Kapitel 5: Rechtsfolgen der gemeinsamen Verantwortlichkeit

Aus der gemeinsamen Verantwortlichkeit ergeben sich neben[1114] denen aus der Verantwortlichkeit selbst zahlreiche Rechtsfolgen, die sowohl unmittelbar aus Art. 26 DSGVO als auch mittelbar im Zusammenspiel mit weiteren Regelungen der DSGVO erwachsen.

A. Die Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 DSGVO

Nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO sind die gemeinsam Verantwortlichen verpflichtet („shall determine"), zentrale Inhalte ihrer Zusammenarbeit im Innenverhältnis[1115] in einer Vereinbarung (im Englischen üblicherweise als Joint Control Agreement bezeichnet, kurz JCA) zu regeln.

I. Sinn und Zweck

Die Pflicht, die tatsächlichen Verhältnisse und die Pflichtenzuteilung in der Vereinbarung festzuhalten (Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO) ist essenziell für den herausgearbeiteten Zweck der Effektivität der Ausübung der Betroffenen-Rechte[1116] und des Datenschutzrechts im Übrigen sowie für die Ausprägungen des Transparenzgrundsatzes.[1117]

Ein Eckpfeiler der Gewährleistung effektiver Betroffenen-Rechte ist deren Gleichrangigkeit. Damit ist insbesondere die Möglichkeit gemeint, Rechte nach Art. 15 ff. DSGVO grundsätzlich unabhängig davon geltend zu machen, ob die aufgrund von Informationspflichten zur Verfügung gestellten Informationen von der betroffenen Personen tatsächlich zur Kenntnis genommen wurden. So kommt den Informationspflichten auf-

1114 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 4.
1115 *Johannes/Weinhold*, in: Sydow, § 63 Rn. 11.
1116 S. auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 98.
1117 Zu beidem ausführlich unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65) und Kapitel 3:B.V (ab S. 73).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grund der Transparenz i.e.S.[1118] gegenüber betroffenen Personen eine eigenständige und auch grundrechtliche[1119] Bedeutung zu. Diese Weichenstellung wird im Folgenden insbesondere bei der Untersuchung der Informationspflicht nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zu berücksichtigen sein.

Durch die abzuschließende Vereinbarung tragen die gemeinsam Verantwortlichen zu einer „klare[n] […] Zuteilung der Verantwortlichkeiten“[1120] und der Verhinderung einer Herabsenkung des Datenschutzniveaus aufgrund von unklaren Zuständigkeiten[1121] bei. Die gemeinsam Verantwortlichen sind gezwungen, sich selbst einen Überblick zu verschaffen, weshalb die Orientierung an den tatsächlichen Gegebenheiten der Zusammenarbeit nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO unter anderem als Grundlage für die Beurteilung des Vorliegens gemeinsamer Verantwortlichkeit von hervorgehobener Bedeutung ist. Vor allem bei dem Vorliegen von ungleichen Verhandlungspositionen[1122] kann hierdurch die Rolle gemeinsam Verantwortlicher mit schwächerer Verhandlungsposition gestärkt werden, indem die Zurverfügungstellung von Informationen durch einen gemeinsam Verantwortlichen, der sich dazu andernfalls angesichts seiner stärkeren Verhandlungsposition nicht veranlasst sieht, gefördert wird.[1123]

Der so gewonnene Überblick erleichtert die Selbstkontrolle der Verantwortlichen[1124] – etwa im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 DSGVO – und kann in der Folge im Einklang mit der Policy-Funktion zur Etablierung von internen Richtlinien und Verfahren führen, die zur Wahrung des Datenschutzrechts beitragen. Zugleich dient das Zusammentragen der Informationen vorbereitend der Erfüllung von Informationspflichten, wie etwa der aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO.

Zuletzt gibt die Darlegung der Funktionen und Beziehungen in der Vereinbarung den Aufsichtsbehörden ein wichtiges Instrument „mit Blick auf die Überwachungs- und sonstigen Maßnahmen“[1125] an die Hand, sodass

1118 Zu diesem Begriff ausführlich unter Kapitel 3:B.V.1 (ab S. 74).
1119 *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1044).
1120 Erwägungsgrund 79 DSGVO.
1121 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 160.
1122 *EP*, Bericht A7-0402/2013, S. 119, 375; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 138; *Nebel*, in: FS Roßnagel, 341 (359); dies ebenfalls, gerade bei Anbietern außerhalb der EU, hervorhebend, *Krasemann*, in: Jandt/Steidle, B. III. 1. a) bb), Rn. 14.
1123 Zu Mitwirkungsansprüchen ausführlich unter Kapitel 5:D.III (ab S. 373).
1124 Hierzu auch *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, S. 153 ff.; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 172; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 144.
1125 Erwägungsgrund 79 DSGVO.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die „Verantwortung und Haftung der Verantwortlichen“[1126] sichergestellt werden kann.[1127] Denn ein Hinweis auf einen Verstoß nach Art. 58 Abs. 1 lit. d DSGVO durch die Aufsichtsbehörde ist regelmäßig effektiver und gegebenenfalls sogar Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme, wenn sich dieser Hinweis unmittelbar an den (gemeinsam) Verantwortlichen richten kann, der auf den einzelnen Verarbeitungsvorgang den größeren Einfluss hat. Ferner ist die Funktionsdarlegung bei der Bemessung eines möglichen Bußgeldes relevant: Nach Art. 83 Abs. 2 lit. a, d DSGVO sind die Art und Schwere des Verstoßes ebenso wie der „Grad der Verantwortung“[1128] zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund ist es essenziell, einen belastbaren Überblick über die Rollen und Funktionen der (gemeinsam) Verantwortlichen und die durch sie jeweils maßgeblich bestimmten Phasen zu gewinnen, wofür die Festlegung in der Vereinbarung wiederum ein wichtiger Ausgangspunkt sein kann.[1129]

II. Festlegungen in der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 1 DSGVO)

Die in Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 1 DSGVO niedergelegte Pflicht zum Abschluss einer Vereinbarung mit Vorgaben an die darin zu treffenden Festlegungen ist eine der zentralen Neuerungen mit Blick auf die gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO.[1130] Die (Nicht-)Erfüllung dieser Pflicht ist sanktionsbewehrt (vgl. Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO) und zugleich Voraussetzung für die Erfüllung der besonderen Informationspflicht aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO.

1126 Erwägungsgrund 79 DSGVO.

1127 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 15; *Horn*, in: Knyrim, S. 159; *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 13; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 172.

1128 Hierzu u.a. unter Kapitel 5:C.V.2.a (ab S. 359).

1129 So im Hinblick auf Vereinbarungen und Verträge allgemein *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 26; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14, 23; und auch *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 60.

1130 Kapitel 2:A.IV (ab S. 45).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Rechtsnatur der Vereinbarung

Der Begriff der „Vereinbarung" lässt zunächst vermuten, es sei stets ein mit Rechtsbindungswillen geschlossener Vertrag notwendig.[1131] Gleichwohl steht die Formulierung einer abweichenden Auslegung nicht entgegen.

Die gemeinsam Verantwortlichen können sich in der Tat für einen Vertragsschluss durch abzugebende Willenserklärungen entscheiden.[1132] Die Form eines Vertrags bietet sich an, wenn zwischen den Parteien schuldrechtlich verbindliche Regelungen zu der Zusammenarbeit getroffen werden sollen, und so etwa die Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO im Innenverhältnis zusätzlich vertraglich manifestiert werden soll.[1133] Es stellt sich in diesem Zusammenhang aber die Frage, ob ein solcher Vertragsschluss nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO zwingend erforderlich ist.

a. Wortlaut und Systematik

Der Wortlaut in der englischen Sprachfassung („arrangement") legt nahe, dass Vereinbarungen unterhalb der Schwelle eines Vertrags ausreichen könnten.

Der Gemeinsame Leitfaden der *EU* für die Abfassung von Rechtstexten enthält zwar keine Vorgaben zu einem einheitlichen Terminus für Verträge in Abgrenzung zu Vereinbarungen ohne Rechtsbindungswillen.[1134] Die Verwendung der unterschiedlichen Begrifflichkeiten wie „Vereinbarung" und „Vertrag" bzw. „agreement" und „contract" (z.B. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO und Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO) lässt sich also nicht bereits deswegen als in der DSGVO angelegte Differenzierung verstehen. Die Bedeutung der unterschiedlichen Wortwahl tritt aber mit dem Umkehrschluss zu Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO („auf der Grundlage eines Vertrags oder

1131 *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45; *Horn*, in: Knyrim, S. 158; *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 111; *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (295); *C. Sebastian Conrad*, DuD 2019, 563 (564); *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1030, 1039); *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 22; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 211.

1132 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 12.

1133 Dabei bietet es sich an, die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen etwa in einer Anlage bereitzustellen. Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.b (ab S. 249).

1134 *EU*, Leitfaden Rechtstexte.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines *anderen Rechtsinstruments*" bzw. „governed by a contract or *other legal act*", Hervorhebung jeweils durch den Verf.) hervor.

Dass der Begriff der Vereinbarung regelmäßig nicht rechtsverbindliche Instrumente meint, zeigt auch Erwägungsgrund 108 a.E. DSGVO („in nicht rechtsverbindlichen Verwaltungs*vereinbarungen*" bzw. „*arrangements* that are not legally binding" , Hervorhebung jeweils durch den Verf.). Während der Begriff der „Vereinbarung" in der DSGVO nur selten Verwendung findet, taucht der „Vertrag" an zahlreichen weiteren Stellen auf: Dabei legt entweder die Nennung des Vertrags als Alternative zu anderen rechtsverbindlichen (*sic!*) Instrumenten dessen Rechtsverbindlichkeit nahe (z.B. Art. 9 Abs. 2 lit. h, Art. 13 Abs. 2 lit. e, Art. 42 Abs. 2 S. 2 DSGVO), die Rechtsverbindlichkeit eines solchen Vertrags ergibt sich aus dem Schutzzweck der Norm (z.B. Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO) oder aber die Norm zeigt anderweitig die Rechtsverbindlichkeit auf (z.B. Art. 8 Abs. 3 DSGVO).

Wortlaut und Systematik sprechen also dafür, dass sich der europäische Gesetzgeber in Kenntnis des Unterschieds zwischen „Vereinbarung" und „Vertrag" bewusst entschieden hat für das Erfordernis einer grundsätzlich (bloß) unverbindlichen Vereinbarung in Art. 26 DSGVO. Anders als beispielsweise für den Auftragsverarbeiter nach Art. 28 DSGVO[1135] bedarf es bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit gerade keiner verbindlichen Manifestation von Weisungsrechten untereinander. Die gemeinsam Verantwortlichen stehen grundsätzlich gleichberechtigt (auch im Hinblick auf die Haftung) nebeneinander (vgl. Art. 26 Abs. 3, Art. 82 Abs. 4 DSGVO), sodass eine vertragliche Manifestation nicht notwendig ist.

b. Telos des Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO sowie Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3 DSGVO

Im Hinblick auf die Festlegungen zu den tatsächlichen Funktionen und Beziehungen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) könnte eine Unwirksamkeitsprüfung auch teleologisch nicht überzeugen: Rechtsfolgen, wie etwa nach §§ 134, 138, 142 Abs. 1 BGB, ändern nichts daran, dass eine solche gegebenenfalls von der Rechtsordnung missbilligte Zusammenarbeit entweder tatsächlich stattgefunden hat oder aber die Vereinbarung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Damit erübrigt sich insoweit zudem

1135 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Prüfung sowohl der Einbeziehung als auch der Unwirksamkeit nach §§ 305 ff. BGB, wie sie vereinzelt gefordert wird.[1136]

Anders verhält es sich mit Blick auf die Pflichtenverteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3 DSGVO). Die Pflichtenverteilung orientiert sich im Ausgangspunkt ebenfalls an den tatsächlichen Verhältnissen, allerdings kann ihr eine Lenkungsfunktion mit Blick auf die (zukünftigen) tatsächlichen Verhältnisse zukommen.[1137] Eine rechtsgeschäftliche Regelung kann damit als Basis für (vertragliche) Regressansprüche aus Sicht der beteiligten gemeinsam Verantwortlichen sinnvoll sein.[1138]

c. Zwischenergebnis und Konsequenzen der Rechtsnatur

Der Abschluss eines Vertrags ist daher für das Erfordernis einer Vereinbarung insgesamt nicht notwendig.[1139] Ausreichend ist beispielsweise auch ein unverbindliches Memorandum of Understanding (MoU) – etwa in Kombination mit der Festlegung der Einzelheiten in einem Service-Level-Agreement (SLA).[1140]

Falls es nicht zu einem Vertragsschluss kommt, gilt insgesamt mit Blick auf Art. 26 Abs. 1 S. 2, 2 S. 1 DSGVO, dass die Einstufung der geforderten Vereinbarung als grundsätzlich nicht-vertraglich nicht zugleich einhergeht mit einer Einstufung als rechtlich vollkommen unverbindlich. Auf den Einfluss auf den Grad der Verantwortlichkeit, die Indizwirkung der Vereinbarung gegenüber Aufsichtsbehörden[1141] und die mit der Vereinbarung einhergehende Beweiserleichterung im Rahmen von Regressansprüchen[1142] sowie eine von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichende Vereinbarung als relevanter Verstoß im Sinne der Art. 58, 83 DSGVO[1143] wird jeweils an späterer Stelle einzugehen sein.

1136 *Wagner*, ZD 2018, 307 (311); *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 4a.
1137 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255).
1138 Zu fakultativen Regelungsinhalten unter Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269) und zu Ansprüchen im Innenverhältnis unter Kapitel 5:D.III (ab S. 373).
1139 So auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 171; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 11; *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 12; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 70.
1140 *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 31.
1141 Kapitel 5:C.III.4.d.bb (ab S. 351).
1142 Kapitel 5:D.III.3.b (ab S. 385).
1143 Kapitel 5:C.II (ab S. 334).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Soweit ein Rechtsbindungswille der Parteien mit Blick auf die Festlegungen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3 DSGVO vorliegt, kann die Pflichtenverteilung aufgrund ihrer vertraglichen Manifestation zusätzlich vertragliche Ansprüche zwischen den gemeinsam Verantwortlichen begründen. Entsprechende vertragliche Regelungen, denen das Datenschutzrecht grundsätzlich offen gegenübersteht,[1144] unterliegen dabei dem allgemeinen Zivilrecht und damit Regelungen wie §§ 134, 138, 305 ff. BGB.[1145] Die §§ 305 ff. BGB können insoweit auch und gerade bei Verträgen mit Privatnutzern und unangemessenen (vertraglichen) Pflichtenverteilungen Anwendung finden, wie etwa im Zusammenhang mit Smart-Car-Diensten.[1146]

2. Form der Vereinbarung

Die Festlegungen müssen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO in einer Vereinbarung in „transparenter Form" („in a transparent manner") erfolgen. Die entsprechende Formulierung geht zurück auf den Vorschlag des Rats, namentlich Art. 24 Abs. 1 DSGVO-E(RAT). Zuvor wurde schon in Art. 24 DSGVO-E(PARL) ein besonderes Augenmerk auf die Transparenz der Vereinbarung gelegt.

a. Form i.e.S. unter Berücksichtigung der Nachweisbarkeit

Über die Transparenz hinaus enthält Art. 26 DSGVO keine Vorgaben zu der Form. Somit wird, anders als nach Art. 27 Abs. 1 DSGVO und Art. 28 Abs. 9 DSGVO, keine Abfassung in schriftlicher oder elektronischer Form verlangt.[1147]

1144 Vgl. *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745 (3748 f.); *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 9).

1145 Wohl auch *Weichert*, DANA 2019, 4 (8).

1146 *Wagner*, ZD 2018, 307 (311); zu den Anforderungen, wenn einem Privatnutzer als Nicht-Verantwortlichen die Pflicht zur Einholung der Einwilligung auferlegt werden soll *Jansen/Kreis*, RAW 2020, 19 (24).

1147 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 41; *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 23); so aber *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402). Zur Bereitstellung der Information an die betroffene Person unter Kapitel 5:A.III (ab S. 277).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Formerfordernis aufgrund der Nachweispflicht (Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO)

Angesichts der Notwendigkeit, die Erfüllung der Pflicht zu Festlegungen in einer entsprechenden Vereinbarung nachweisen zu können, können sich Anforderungen an die Form ergeben.

Nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO muss der Verantwortliche die Einhaltung der Grundsätze des Art. 5 Abs. 1 DSGVO – also auch des Grundsatzes der Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) – nachweisen. Da die Vorschrift in der Entwurfsfassung, namentlich Art. 5 lit. f DSGVO-E(KOM), noch die Einhaltung aller Vorschriften bei jedem Verarbeitungsvorgang vorsah, kann der jetzige Art. 5 Abs. 2 DSGVO nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Verantwortliche alleine nach dieser Vorschrift den Nachweis der Konformität mit allen DSGVO-Vorschriften erbringen muss. Die Pflichten aus Art. 26 DSGVO als einige von vielen Ausprägungen des Transparenzgrundsatzes fallen daher nicht unter Art. 5 Abs. 2 DSGVO.[1148]

Gleichwohl ergibt sich vorliegend jedoch i.V.m. Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO eine umfangreichere Nachweispflicht.[1149] Der Verantwortliche muss danach auch technische und organisatorische Maßnahmen umsetzen, um nachweisen zu können, dass die Verarbeitungen gemäß dieser Verordnung erfolgen. Die Pflichten aus Art. 26 DSGVO stehen in einem zumindest mittelbaren Zusammenhang mit der Verarbeitung.[1150] Daraus ergibt sich mittelbar – schließlich sind gerade zum Zweck des Nachweises Maßnahmen zu treffen – auch die Pflicht nachweisen zu können, dass Art. 26 DSGVO eingehalten wird, und somit eine Klarstellung der Darlegungs- und Beweislast.[1151] Die im Allgemeinen frei wählbare Form muss also sicherstellen, dass der Verantwortliche den Abschluss der Vereinbarung und den Mindestinhalt nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 2 S. 1 DSGVO nach-

1148 So aber, ohne nähere Begründung *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (72).

1149 *Schantz*, in: Wolff/Brink, Art. 5 Rn. 38; *Kelleher/Murray*, EU Data Protection Law, S. 243 f.; Konkretisierung nach *Lepperhoff*, RDV 2016, 197 (198); und auch nach *Wybitul/Celik*, ZD 2019, 529 (529); ähnlich *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 8; zusammen mit Art. 5 Abs. 2 DSGVO zu lesen, nach *Bergt*, DuD 2017, 555 (560).

1150 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).

1151 Vgl. zust. allgemein zur Darlegungs- und Beweislast *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 55 f.; *Pötters*, in: Gola, Art. 5 Rn. 34; *Wybitul*, CCZ 2016, 194 (197); *Wybitul/Ströbel*, BB 2016, 2307 (2311); *Hamann*, BB 2017, 1090 (1091 f.); krit. hingegen *Veil*, ZD 2018, 9 (12); ebenfalls krit. bzgl. einer Beweislastumkehr und stattdessen eher eine Verschiebung der Darlegungslast anerkennend *Reimer*, in: Sydow, Art. 5 Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weisen kann. Ein rein mündlicher Abschluss scheidet damit regelmäßig praktisch aus.[1152] Insoweit empfiehlt sich letztlich doch eine Orientierung an dem Maßstab des Art. 28 Abs. 9 DSGVO,[1153] was nicht zwangsläufig die schriftliche Form meint,[1154] sondern eher der Textform (vgl. § 126b BGB) entspricht.[1155]

bb. Konkrete Erbringung des Nachweises

Mit dem Erfordernis der Textform lässt sich eine Vereinbarung über allgemeine Geschäftsbedingungen – und erst recht in Gesellschafts- oder Kooperationsverträgen[1156] – und deren Akzeptanz mittels Checkbox bei Online-Sachverhalten in Einklang bringen.[1157] Zwar setzt die Festlegung in einer Vereinbarung nicht den Abschluss eines Vertrags voraus. Es kann aber durch die Akzeptanz etwa per Checkbox – oder im Übrigen entsprechend den Anforderungen an die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen – sichergestellt werden, dass die in der Vereinbarung getroffenen Festlegungen durch *alle* gemeinsam Verantwortlichen erfolgt sind. An die Festlegung durch alle gemeinsam Verantwortlichen sind verglichen mit einem Vertragsschluss geringere Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist insoweit vor allem, dass die Festlegungen zu den Funktionen und Beziehungen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO), sodass sich oftmals die Formulierung durch die Partei, der in dieser Hinsicht mehr Informationen zur Verfügung stehen, und die nachfolgende Zustimmung der übrigen gemeinsam Verantwortlichen anbietet. Die Betreiberin des sozialen Netzwerks Facebook stellt entspre-

1152 *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 213; *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 12; offener hingegen *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 72.

1153 *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 15.

1154 So aber i.E. *Horn*, in: Knyrim, S. 160; ebenfalls empfohlen von *J.-P. Schneider/Forgó/Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil VI. Kap. 1, Rn. 37.

1155 *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 9; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 42.

1156 *Horn*, in: Knyrim, S. 161. Bei der Integration in Gesellschaftsverträge und Satzungen ist jedoch der größere Aufwand bei Änderungen (nur) des datenschutzrechtlichen Teils zu berücksichtigen.

1157 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12; *Weichert*, DANA 2019, 4 (8); *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chend eine zuletzt Ende 2019 überarbeitete Seiten-Insights-Ergänzung als Ergänzung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereit.[1158]

Entsprechend den allgemeinen Anforderungen an den Nachweis der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss konkret durch Dokumentation nachgewiesen werden können – etwa durch die konkrete Zeit und Zuordnung zu dem gemeinsam Verantwortlichen durch die Nutzerkennung –, dass es tatsächlich zu einem Vertragsschluss über diesen Inhalt bzw. zu einer einfachen Zustimmung gekommen ist.[1159] Insbesondere soweit Vereinbarungen im Rahmen eines (teil-)automatisierten Verfahrens im Internet mit nicht-registrierten Nutzern geschlossen werden sollen, stellen sich Fragen nach den konkreten Anforderungen an die Dokumentation des Abschlusses der Vereinbarung. Art. 11 Abs. 1 DSGVO steht beispielsweise nicht der Speicherung der IP-Adresse und des Datums und der Uhrzeit nur für den Zweck der Dokumentation (einer Einwilligung) entgegen.[1160] Daher kann für den Nachweis verlangt werden, dass die IP-Adresse des Zustimmenden und die konkrete Zeit der Zustimmung gespeichert werden.

Denkt man beispielsweise an den Fall eines Social Plugins, z.B. in Form eines „Like"-Buttons, oder an andere Drittinhalte im Internet, sind unterschiedliche Vorgehensweisen denkbar. Die Website-Betreiber, die den Inhalt einbinden möchten, benötigen nämlich Zugriff auf den aktuellen und gegebenenfalls individualisierten Quellcode. Vorgelagert kann dann das Einverständnis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Einschluss einer Vereinbarung im Sinne von Art. 26 DSGVO mittels Checkbox verlangt werden. Statt einer Checkbox kann aber auch ein deutlich erkennbarer Hinweis ausreichen, ohne dass konkrete Informationen, die – wie die IP-Adresse – den Einbindenden identifizieren, gespeichert werden müssen. Das setzt freilich voraus, dass der Quellcode erst nach dem Klick auf die Checkbox bzw. Darstelung des Informationstextes abrufbar ist. Die Einbindung des Skripts auf einer externen Internetseite indiziert dann die Festlegung durch die gemeinsam Verantwortlichen, an die – wie zuvor gezeigt – ohnehin geringere Anforderungen zu stellen sind, sodass der Nachweis einer entsprechenden Vereinbarung erbracht werden kann.

1158 *Facebook*, https://de-de.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum ; hierzu und zurecht mit Zweifeln hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Fanpages, *Jotzo*, JZ 2018, 1159 (1161); s. auch das vorherige Statement bzw. die Aufforderung zur Mitwirkung an Facebook, *DSK*, Entschließung Fanpage.

1159 Vgl. *BGH*, GRUR 2011, 936 (Rn. 31).

1160 *Weichert*, in: Kühling/Buchner, Art. 11 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das entbindet nicht von der exakten Dokumentation, welche Fassung der Vereinbarung zu welchem Zeitpunkt auf der Internetseite zur Verfügung stand.

b. Transparente Form

Das Erfordernis der Festlegung der notwendigen Angaben[1161] in einer transparenten Art und Weise („in a transparent manner" in Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO)[1162] kann unter anderem als Übertragung der Art. 12-14 DSGVO – als Ausprägung des Transparenzgrundsatzes – auf das Innenverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen gesehen werden.[1163] Dabei gelten jedoch nicht die gleichen Anforderungen.[1164]

aa. Anforderungen an die Transparenz

Das Transparenzerfordernis ist vorliegend adressatenspezifisch[1165] und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der jeweiligen Transparenzanforderung auszulegen. Wie bereits gezeigt,[1166] dient die Festlegung der Funktionen und Beziehungen und auch die Zuteilung der Pflichten nur vorbereitend der Transparenz gegenüber den Betroffenen und soll stattdessen vor allem den gemeinsamen Verantwortlichen selbst sowie Aufsichtsbehörden einen Überblick ermöglichen. Der Maßstab des Art. 12 Abs. 1 DSGVO bzw. des Erwägungsgrunds 58 S. 2 DSGVO, wonach „eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information präzise, leicht zugänglich und verständlich sowie in klarer und einfacher Sprache abgefasst ist und gegebenenfalls zusätzlich visuelle Elemente verwendet

1161 Enger zu verstehen, d.h. nur mit Bezug auf die Festlegung der Verantwortungsbereiche, nach *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (293).
1162 Das Erfordernis einer transparenten Form bezieht sich also eher auf den Inhalt, *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 24.
1163 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 28; *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 59.
1164 So aber *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 372; und wohl *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402); wie hier hingegen *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 12; und auch *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 22.
1165 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 29; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (56).
1166 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden“ kommt daher nicht zum Tragen.[1167] Die Inhalte der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 2 S. 1 DSGVO sind schon nicht „für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person“ bestimmt. Daher kann es sich bereits um eine Abfassung in transparenter Form handeln, wenn die Parteien und einschlägige Fachkreise selbst mit einem gewissen zeitlichen Abstand der Vereinbarung die wesentlichen Informationen über Funktionen, Beziehungen und Pflichtenzuteilung entnehmen und diese nachvollziehen können.[1168]

bb. Einzelne Problemkreise

Der Transparenz steht nicht bereits eine Bezeichnung als Auftragsverarbeitungsvereinbarung entgegen.[1169] Unabhängig davon wird es in einem solchen Fall regelmäßig an dem gebührenden Widerspiegeln der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen im Sinne des Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO fehlen.[1170]

Außerdem wird die Transparenz grundsätzlich nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Vereinbarung hinreichend abgegrenzt weitere Pflichten und Inhalte, etwa in Anlehnung an Art. 28 DSGVO, enthält.[1171] Es müssen jedoch nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO sorgfältig Überlegungen zu den notwendigen vertraglichen Regelungen und damit beispielsweise zu dem Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit angestellt werden.[1172]

Zuletzt führt eine größere Anzahl gemeinsamer Verantwortlicher, wie es sich etwa in Bezug auf Beteiligte an Blockchain-Systemen diskutieren lässt,[1173] nicht *per se* zur Intransparenz der Vereinbarung. Gleiches gilt

---

1167 So auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 29; vgl. *GDD*, Praxishilfe XV, S. 17 f.

1168 Ähnlich *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 29; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (56); a.A. *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 12; *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 13; und wohl auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 25.

1169 *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 26); *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (242).

1170 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.b (ab S. 249).

1171 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 21; vgl. auch *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 7. Hierzu auch unter Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269). Hingegen einen Vertrag nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO auch als ausreichende Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO ansehen wollend *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 27).

1172 *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (71).

1173 Hierzu unter Kapitel 4:C.V.5 (ab S. 223) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für eine zunehmende Komplexität bei einer Vielzahl gemeinsam Verantwortlicher.[1174] Die Verantwortlichen müssen sich in jedem Fall anhand der Informationen aus der Vereinbarung, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der dort angegebenen Kriterien, identifizieren lassen. Die (adressatenspezifische) Transparenz ist eben (nur) ein Grundsatz und bestimmt sich letztlich nicht absolut, sondern relativ. Mit anderen Worten: Das, was da ist, muss in eine möglichst transparente Form gegossen werden – vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO. Nicht aber muss das, was da ist bzw. da sein soll, sich danach richten, ob es sich am Ende möglichst kompakt und transparent beschreiben lässt.

c. Bedingungsfeindlichkeit

Die Identifizierung von Konstellationen gemeinsamer Verantwortlichkeit und Abgrenzung zur Nicht-Verantwortlichkeit und der Auftragsverarbeitung kann in der Praxis schwer fallen. Eine falsche Einordnung kann nicht nur Aufsichtsmaßnahmen (insbesondere Art. 58, 83 DSGVO), sondern auch Schadensersatzansprüche (Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO) nach sich ziehen. Zwar mag eine nur geringe Fahrlässigkeit oder gar mangelndes Verschulden erheblich zugunsten der Beteiligten zu berücksichtigen sein, gleichwohl bleibt es – etwa im Hinblick auf den Abschluss einer Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO bzw. eines Vertrags nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO – bei einem Verstoß.[1175] Daher drängt sich die Frage auf, ob sich dieser Verstoß durch Abschluss einer bedingten Vereinbarung und eines bedingten Auftragsverarbeitungsvertrags vermeiden ließe. So könnten etwa gemeinsam Verantwortliche, die ihre Zusammenarbeit als Auftragsverarbeitung einstufen, einen Auftragsverarbeitungsvertrag unter der auflösenden Bedingung[1176] (vgl. § 158 Abs. 2 BGB) schließen, dass

---

1174 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 67; missverständlich *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 29.

1175 Zu der Frage hingegen, wie es sich auswirkt, wenn überobligatorisch eine Vereinbarung zwischen gemeinsam Verantwortlichen abgeschlossen wird, obwohl keine Konstellation gemeinsamer Verantwortlichkeit vorliegt, unter Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299) und Kapitel 5:C.II.1 (ab S. 334).

1176 Die Wirksamkeit bspw. des Auftragsverarbeitungsvertrags und etwaiger Weisungsrechte ist wohl nicht davon abhängig, ob tatsächlich eine Auftragsverarbeitung vorliegt. Dies könnte nämlich im Hinblick auf die Weisungsbefugnis trotz des gesetzlichen Weisungsrechts nach Art. 29 DSGVO auf einen Zirkelschluss hinauslaufen (mangels Einhalten der Weisung keine Auftragsverarbei-

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Konstellation doch als gemeinsame Verantwortlichkeit einzustufen ist. Zugleich würden sie eine (vertraglich manifestierte)[1177] Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit unter der gleichen Bedingung als aufschiebend[1178] schließen (vgl. § 158 Abs. 1 BGB).

Eine solche Lösung stößt gleich aus zwei Gründen auf Bedenken: Zum einen führt die notwendige gewillkürte Rückwirkung (vgl. § 159 BGB), die nur schuldrechtlich *inter partes* wirkt,[1179] zu Diskussionsbedarf, ob die Rückwirkung auch zum Nachteil betroffener Personen mit Blick auf mögliche Schadensersatzansprüche wirken kann. Zum anderen – und aus datenschutzrechtlicher Sicht am wichtigsten, und daher hier vorrangig zu betrachten – könnte eine solche Vorgehensweise der transparenten Form der Vereinbarung zuwiderlaufen. Werden zwei Verträge bzw. Vereinbarungen mit divergierenden Aussagegehalten zur Verantwortlichkeitsverteilung getroffen, kann bezüglich der Vereinbarung nicht mehr von einer transparenten Form im Sinne des Vorherigen gesprochen werden.[1180] Die Beteiligten wissen in einem solchen Fall gerade nicht, ob sie als Verantwortliche zahlreiche Pflichten treffen oder aber, ob sie als Auftragsverarbeiter vor allem die Weisungen des Verantwortlichen befolgen müssen. Insbesondere bei Betroffenen-Ersuchen oder Meldungen der Verletzungen der Datensicherheit (Art. 33 DSGVO) kann diese Unklarheit über die Pflichtenverteilung die Bearbeitung verzögern und damit zu Nachteilen für betroffene Personen führen, wie etwa durch die Beeinträchtigung der Effektivität der Ausübung ihrer Betroffenen-Rechte. Das bereitgestellte Wesentliche der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO) lässt sich zwar größtenteils unter Vermeidung der Erwähnung von möglichen (weisungsgeprägten) Hierarchien bereitstellen. Dennoch werden aber auch diese bereitgestellten Informationen den betroffenen Personen kein klares Bild über das von der Verarbeitung ausgehende Risiko vermitteln können,

---

tung, dementsprechend keine (vertragliche) Weisungsbefugnis und kein Einhalten möglicher Weisungen). Daher handelt es sich wohl nicht um eine Rechtsbedingung. Eine Rechtsbedingung würde voraussetzen, dass die Wirksamkeit der Vereinbarung davon abhängt, ob tatsächlich eine Auftragsverarbeitung vorliegt, vgl. *Westermann*, in: MüKo BGB, § 158 BGB Rn. 54 ff.

1177 Vgl. zur Rechtsnatur der Vereinbarung unter Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).

1178 Freilich lässt sich auch daran denken, hier ebenfalls eine auflösende Bedingung, gerichtet auf die Einstufung als Auftragsverarbeitung, zu wählen.

1179 Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, § 159 BGB Rn. 1.

1180 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 117 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn tatsächlich statt der gemeinsamen Verantwortlichkeit eine Auftragsverarbeitung vorliegt.[1181]

Ein (nur) begrenzt geeigneter Lösungsansatz ist daher, die Vereinbarung entsprechend den Anforderungen nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO zu formulieren, soweit diese nicht ein Weisungsverhältnis voraussetzen. Die Anforderungen aus Art. 28 DSGVO für den Fall einer Auftragsverarbeitung sind dann nämlich mangels vertraglichen Weisungsrechts (Art. 28 Abs. 3 lit. a DSGVO) nicht erfüllt. Das mag zwar angesichts von Art. 29 DSGVO mit Blick auf Aufsichtsmaßnahmen oder Schadensersatzansprüche geringer ins Gewicht fallen, allerdings darf dieser Lösungsansatz nicht den Blick auf das Wesentliche verdecken: Die Notwendigkeit einer klaren Zuteilung von Verantwortlichkeiten. Dementsprechend bedarf es zum einen gegebenenfalls der Entscheidung für einen klar weisungsgebunden Auftragsverarbeiter mit möglichst keinem über die Vertragserfüllung hinausgehenden Eigeninteresse.[1182] Zum anderen sollte sich ein (potenziell) Verantwortlicher auf die Nutzung von Angeboten – wie die Fanpage auf einem sozialen Netzwerk – beschränken, bei denen nicht-essenzielle Bestandteile abgewählt werden können,[1183] sodass dem Verantwortlichen insoweit die Entscheidungshoheit zusteht.

3. Inhalte der Vereinbarung

Die Vereinbarung wird teilweise durch zwingende Rechtsvorschriften in Form von jedenfalls materiellen Gesetzen[1184] ersetzt und besteht im Übrigen aus obligatorischen sowie in der Praxis regelmäßig auch fakultativen Inhalten.[1185]

1181 Etwa aufgrund der Benennung des Auftragsverarbeiters als vermeintlichen gemeinsam Verantwortlichen. Hierzu und zu weiteren notwendigen, „wesentlichen" Informationen unter Kapitel 5:A.III (ab S. 277).

1182 Vgl. Kapitel 4:C.II.2.a.ee (ab S. 145).

1183 Kapitel 4:C.II.2.b.aa(3) (ab S. 149).

1184 Im Regelfall auch formell-gesetzlich, etwa aufgrund des verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes, so und ausführlich *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 27a.

1185 S. a. die Beispiele bei *LfDI BW*, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehr-licht-gemeinsame-verantwortlichkeit-sinnvoll-gestalten/; *Hansen-Oest*, https://www.datenschutz-guru.de/mustervertrag-gemeinsame-verantwortlichkeit/; *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5; *Härting*, ITRB 2018, 167 (168 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Festlegung durch Rechtsvorschriften

Im Hinblick auf die gemeinsame Verantwortlichkeit werden dem Gesetzgeber nicht nur nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO bei der Benennung von (gemeinsam) Verantwortlichen[1186], sondern auch nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO Regelungsspielräume hinsichtlich der Einzelheiten einer datenschutzrechtlichen Zusammenarbeit eingeräumt. Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO setzt voraus, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt oder der nationale Gesetzgeber implizit eine solche regeln kann (insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO oder Art. 9 Abs. 2 lit. g, h, i und j DSGVO).[1187]

aa. Reichweite des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO

„Sofern und soweit die jeweiligen Aufgaben […] durch Rechtsvorschriften der Union oder Mitgliedstaaten" geregelt sind, entfällt die Pflicht zur Regelung im Rahmen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO). Wie es in der englischen Sprachfassung durch den Begriff der „responsibilities" deutlich wird, sind mit „Aufgaben" vor allem die Pflichten nach der DSGVO – d.h. insbesondere die am Satzanfang genannten Betroffenen-Rechte und daneben etwa die Pflichten nach Art. 6, 9 DSGVO – gemeint.[1188]

(1) Auswirkungen auf weitere Festlegungen seitens der Verantwortlichen oder Mitgliedstaaten

Nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO erübrigt[1189] sich im Einzelfall aufgrund einer vorrangigen[1190] gesetzlichen Festlegung eine solche durch

1186 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:B (ab S. 103).
1187 Zu diesen Fällen unter Kapitel 4:B.I (ab S. 103).
1188 Ebenfalls den Begriff der „Aufgaben" in der deutschen Sprachfassung kritisierend *Horn*, in: Knyrim, S. 160; weit auszulegen nach *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 27.
1189 In dem Fall wäre eine abweichende Festlegung in der Vereinbarung unbeachtlich und könnte, sofern dies zur Intransparenz der Vereinbarung führt, einen sanktionsbewehrten Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO darstellen.
1190 *Schumacher*, in: Rücker/Kugler, B., Rn. 227; *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 6; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die gemeinsam Verantwortlichen. Eine insoweit dennoch getroffene Festlegung stellt aufgrund der Intransparenz einen gegebenenfalls sanktionierbaren Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO dar.[1191] Der den Mitgliedstaaten obliegende Spielraum[1192] beschränkt sich insoweit auf die Verteilung der nach der DSGVO bereits vorgesehenen Pflichten und schließt das Vorsehen ergänzender Pflichten aus.[1193]

(2) Bedeutung des Art. 26 Abs. 2 DSGVO

Art. 26 Abs. 2 DSGVO entfaltet insoweit ebenfalls keine Wirkung, da auf die „Vereinbarung gemäß Absatz 1" und damit auch auf den dort genannten Vorbehalt einer gesetzlichen Festlegung Bezug genommen wird.[1194] Dies bedeutet zunächst, dass die Vereinbarung insoweit nicht erforderlich und gegebenenfalls unbeachtlich ist. Es könnte darüber hinaus zugleich zur Folge haben, dass der nationale Gesetzgeber angesichts der Systematik des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO nicht die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen regeln dürfte. Richtigerweise ist es dem nationalen Gesetzgeber anheimgestellt, die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen zu regeln und er wird dies regelmäßig – und sei es nur implizit – tun, auch aufgrund nationaler verfassungsrechtlicher Vorgaben, wie etwa dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) nach deutschem Verfassungsrecht.[1195]

(3) Relevanz für Art. 26 Abs. 3 DSGVO

Art. 26 Abs. 3 DSGVO verweist unter Verwendung des gleichen Wortlauts[1196] auf die „Vereinbarung gemäß Absatz 1", sodass die Anwendung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO naheliegt, soweit keine gesetzliche Zuständigkeitsverteilung getroffen wurde.

1191 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 78.
1192 *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 77.
1193 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 27.
1194 So auch *Rothkegel/Strassemeyer*, CRi 2019, 161 (Rn. 1).
1195 So wohl auch *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 13; a.A. wohl *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 7 Rn. 26.
1196 So etwa auch in der englischen Sprachfassung.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Angesichts der ein Schattendasein fristenden, unten[1197] im Detail aufzuzeigenden Einzelfälle ist davon auszugehen, dass in der Praxis regelmäßig Spielräume für Festlegungen in der Vereinbarung bleiben, da der Gesetzgeber nur vereinzelt Pflichten zuweist. Der Formulierung „soweit" in Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO kommt damit eine besondere Bedeutung zu. Im Übrigen bleibt es bei der Vereinbarung und damit in jedem Fall bei der Anwendung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO. Den betroffenen Personen wäre nach dem Wortlaut dann nicht die Möglichkeit der Geltendmachung von Betroffenen-Rechten jedem gemeinsam Verantwortlichen gegenüber einzuräumen, soweit Rechtsvorschriften die Verantwortlichkeitsverteilung vornehmen.

Dies widerspricht insbesondere nicht der Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte,[1198] der die gemeinsame Verantwortlichkeit unter anderem dient. Im Fall der Vereinbarung soll der betroffenen Person zwar nicht zugemutet werden, sich mit den Einzelheiten auseinandersetzen zu müssen, was einen Grund für die Notwendigkeit des Art. 26 Abs. 3 DSGVO darstellt. Im Fall einer Rechtsvorschrift hingegen liegt es näher, dass der betroffenen Person die Aneignung dieses Wissens zugemutet werden kann, wie es der Umkehrschluss zu Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zeigt. Diesen Befund bestätigen entsprechende Anforderungen im Strafrecht, wie mit dem strengen Vermeidbarkeitsmaßstab im Rahmen des direkten[1199] Verbotsirrtums (§ 17 S. 1 StGB),[1200] sowie im Zusammenhang mit der Kenntnis von Rechtsvorschriften im Rahmen von § 276 BGB.[1201] Das gilt insbesondere auch, weil der (nationale) Gesetzgeber seinerseits verfassungsrechtlich gebunden ist, etwa wenn der deutsche Gesetzgeber als Ausprägung des Rechstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) die Verhältnismäßigkeit berücksichtigen muss. Damit ist das Risiko intransparenter und unverhältnismäßiger Verantwortlichkeitszuweisungen geringer. Zudem bleibt Art. 82 Abs. 4 DSGVO und die die betroffenen Personen begünstigende Gesamtschuldnerschaft mehrerer gemeinsam Verantwortlicher für Schadensersatzansprüche unberührt.

Wenngleich auch die gesetzliche Verantwortungszuweisung wesentliche Funktionen der Vereinbarung – wie die effektive Durchsetzung der Betrof-

1197 Kapitel 5:A.II.3.a.cc (ab S. 248).
1198 Hierzu unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).
1199 *Sternberg-Lieben/F. Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 17 StGB Rn. 10.
1200 Hierzu etwa *Joecks/Kulhanek*, in: MüKo StGB, § 17 StGB Rn. 7 m.w.N.; vgl. auch hierzu im Zivilrecht *OLG Naumburg*, Urt. v. 07.11.2019 – 9 U 6/19.
1201 Vgl. nur *Schulze*, in: Schulze, § 276 BGB Rn. 7; *Ulber*, in: Erman, § 276 BGB Rn. 26 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fenen-Rechte und die Aufsichtserleichterung –[1202] erfüllt, so unterscheidet sie sich doch, indem von außen und durch ein demokratisch legitimiertes und verfassungsrechtlich gebundenes Organ eine Entscheidung getroffen wird. Außerdem lässt sich dem Schutzbedürfnis der betroffenen Personen vor möglicherweise unklaren Aufgabenzuweisungen Rechnung tragen, indem ein aufgrund gesetzlicher Regelung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO unzuständiger gemeinsam Verantwortlicher aus dem Erleichterungsgebot (Art. 12 Abs. 2 S. 1 DSGVO) zur Weiterleitung an den zuständigen gemeinsam Verantwortlichen verpflichtet ist.[1203] Schließlich wird das Erleichterungsgebot insbesondere mit der Notwendigkeit von klaren Zuständigkeiten und der Information hierüber assoziert,[1204] sodass eine abgeleitete Weiterleitungspflicht naheliegend erscheint. Vor allem aber bleibt ein gemeinsam Verantwortlicher auch im Fall von konkreten Aufgabenzuteilungen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO für den jeweiligen Verarbeitungsvorgang weiterhin Verantwortlicher im Sinne des Art. 12 Abs. 2 S. 1 DSGVO. Im Ergebnis überzeugt es daher, dass Art. 26 Abs. 3 DSGVO nur gilt, soweit nicht die Regelung durch eine Rechtsvorschrift aufgrund von Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO erfolgt ist, wobei betroffene Personen sich im Übrigen entsprechend Art. 12 Abs. 2 S. 1 DSGVO auch an einen unzuständigen gemeinsam Verantwortlichen zwecks Weiterleitung wenden können.

(4) Lenkungsfunktion der Pflichtenzuteilung des Gesetzgebers

Die Pflichtenzuteilung des Gesetzgebers auf Grundlage von Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO manifestiert weniger die tatsächlichen Umstände, als dass sie versucht, diese zu lenken. Diese Lenkungsmöglichkeit geht nicht so weit, dass darüber den Aufsichtsbehörden anderer Mitgliedstaaten die Zuständigkeit entzogen werden kann.[1205] Dementsprechend eignet sich die Pflichtenzuteilung des Gesetzgebers nur begrenzt dazu, die Zuständig-

1202 Hierzu unter Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

1203 Rein aus dem nationalen (deutschen) Recht ließe sich eine Weiterleitungspflicht entsprechend den Überlegungen zur Weiterleitung bei Unzuständigkeit öffentlicher Stellen hingegen wohl nicht begründen, vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 24 VwVfG Rn. 63 m.w.N.

1204 Etwa *Franck*, in: Gola, Art. 12 Rn. 13.

1205 Dies aber, wenn auch vorbehaltlich einer genaueren Prüfung, andeutend *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 78. Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.I.2.b (ab S. 332).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit der eigenen Aufsichtsbehörden zu erweitern, indem einem im Inland ansässigen gemeinsamen Verantwortlichen vergleichsweise viele oder gar alle Pflichten auferlegt werden.

Für diese Lenkungsmöglichkeit und Regelungsbefugnis im Rahmen der Vorschriften sprechen außerdem die folgenden Überlegungen: Zum einen lässt sich eine Pflichtenverteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO) nicht strikt von den tatsächlichen Beziehungen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) trennen, wenn etwa ein Verantwortlicher tatsächlich erst nach einer Übermittlung, d.h. ab der Erhebung, hinzu kommt, aber entsprechend der Pflichtenverteilung schon für die Rechtsgrundlage der Übermittlung Sorge tragen soll. Zudem erfordert Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO vor allem das Widerspiegeln der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen, nicht aber eine Regelung, sodass im Umkehrschluss zu Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO nur das Widerspiegeln, nicht aber die *Regelung* der Beziehungen ausgeschlossen wäre. Zum anderen entspricht nur diese Auslegung dem Erfordernis einer „klaren Zuteilung der Verantwortlichkeiten".[1206]

Im Übrigen ist stets im Rahmen des Grads der Verantwortlichkeit von Aufsichtsmaßnahmen[1207] und dem Regress bei Schadensersatzansprüchen[1208] auch den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen, soweit der Gesetzgeber diese nicht durch die Rechtsvorschrift lenken wollte.

bb. Fakultatives Gebrauchmachen (auch) bei öffentlichen Stellen

Anders als von *Veil* vertreten,[1209] ist bei (deutschen) öffentlichen Stellen als gemeinsam Verantwortliche nicht zwingend[1210] – etwa aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz – eine gesetzliche Zuständigkeitsverteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO vorzunehmen und der Abschluss einer Vereinbarung zwischen öffentlichen Stellen insoweit unzulässig.

Einfachgesetzlich zeigt bereits Art. 6 Abs. 3 S. 3 DSGVO („die Rechtsgrundlage *kann* […] [spezifische Bestimmungen enthalten]"), dass eine bis ins Detail augestaltete Zuständigkeitsverteilung nicht den Regelfall der gesetzlichen Ausprägung der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. c,

1206 Erwägungsgrund 79 DSGVO.
1207 Hierzu unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).
1208 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.3.a (ab S. 383).
1209 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 4.
1210 Wohl aber sinnvoll nach Ansicht des *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e DSGVO darstellt. EU-primärrechtlich ist zudem ebenfalls ein, wenn auch eigenständig auszulegender Bestimmtheitsgrundsatz anerkannt,[1211] in dessen Lichte Regelungen wie Art. 6 Abs. 3 S. 3 DSGVO getroffen wurden. Dieser Bestimmtheitsgrundsatz kann zumindest ein Indiz für die Bestimmtheitsanforderungen an nationale Gesetze darstellen.

Entscheidend ist jedoch, dass – soweit es an einer gesetzlichen Regelung fehlt – die betroffene Person sich nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO an jeden der gemeinsam Verantwortlichen zur Geltendmachung der Betroffenen-Rechte wenden kann. Einer gesetzliche Regelung, die zumindest wesentliche Einzelheiten der Verarbeitungen nennt, kann in Zusammenschau mit Art. 26 Abs. 3 DSGVO und einer Zuständigkeitsverteilung in der Vereinbarung kaum die Bestimmtheit versagt werden. Die möglichen Nachteile[1212] einer intransparenten Zuteilung der Pflichten im Innenverhältnis sind weiterhin im Rahmen der DSGVO (unter anderem Art. 58 DSGVO) zu berücksichtigen, wirken sich jedoch nicht auf Ebene der Bestimmtheit der gesetzlichen Vorschrift aus.[1213]

cc. Einzelfälle

Entgegen anderslautender, pauschalisierender Aussagen[1214] bestehen durchaus Regelungen, mit denen der deutsche Gesetzgeber – abhängig vom Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit im Einzelfall – von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht hat. So weist der durch das 2. DSAnpUG-EU[1215] geänderte § 204 Abs. 7 SGB VII nunmehr explizit – im Kern aber auch schon vorher – dem Unfallversicherungsträger die Pflicht zur Information nach Art. 13 DSGVO im Hinblick auf die gemeinsame Nutzung eines Dateisystems durch Unfallversicherungsträger zu. Soweit, abhängig von den unterschiedlichen Konstellationen des § 204 SGB VII, im Einzelfall eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, ist in § 204

1211 *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:190 – Arcelor (Rn. 68) m.w.N.; *Jarass*, in: Jarass, Einl. Rn. 53.
1212 Hierzu etwa unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).
1213 Vgl. zum Kern der Bestimmtheit im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählungsurteil.
1214 So, Stand Ende 2018, *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 33; und ebenfalls, Stand 2020, *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 13; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 4.
1215 Hierzu auch schon unter Kapitel 4:B.II.3 (ab S. 110).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 7 SGB VII eine Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO zu sehen.

Auch in dem Gesetz über das Ausländerzentralregister (AZRG) werden etwa in § 8 Abs. 1 S. 1 AZRG die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit und Aktualität nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO sowie in § 22 Abs. 3 S. 1 AZRG die Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO zugewiesen. Soweit eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, sind darin ebenfalls Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO zu sehen.

Darüber hinaus werden möglicherweise in weiteren Fachgesetzen des deutschen Rechts vereinzelt datenschutzrechtliche Zuständigkeiten zugewiesen. Soweit ersichtlich, findet sich im deutschen Recht jedoch keine Regelung, die sowohl von Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO bezüglich der Zuweisung gemeinsamer Verantwortlichkeit als auch von Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO bezüglich der konkreten Verantwortlichkeitsverteilung Gebrauch macht. Im Übrigen scheint der Handlungsbedarf und -wille des Gesetzgebers, wohl auch angesichts des bereits durch Art. 26 Abs. 3 DSGVO gewährleisteten Betroffenen-Schutzes, gering.[1216]

b. Festlegung der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen gegenüber betroffenen Personen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO)

Während Art. 26 Abs. 1 DSGVO die Verantwortlichen anregt, sich mit den Rechtsfolgen – d.h. insbesondere Pflichten – der gemeinsamen Verantwortlichkeit auseinanderzusetzen, zielt Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO auf die Identifizierung der konkreten Verarbeitung(en) und des Vorliegens („Ob") gemeinsamer Verantwortlichkeit. Die Verantwortlichen sind nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO verpflichtet, die tatsächlichen Umstände – die „Funktionen und Beziehungen" – darzulegen, die eine gemeinsame Verantwortlichkeit für konkrete Verarbeitungen begründen[1217] und z.B. mangels Abhängigkeit von Weisungen andere Formen wie eine Auftragsverar-

1216 *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 77.

1217 Ähnlich *Schreiber*, ZD 2019, 55 (57); *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 80; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 55; *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 15; damit hat sich der europäische Gesetzgeber auch insoweit an dem WP 169 der *Art.-29-Datenschutzgruppe* orientiert, *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beitung ausschließen.[1218] Zudem ist festzuhalten, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt bzw. hiervon seitens der Beteiligten ausgegangen wird.[1219] Da es für die Beurteilung des Vorliegens gemeinsamer Verantwortlichkeit maßgeblich auf die tatsächlichen Umstände ankommt,[1220] wird konsequenterweise verlangt, dass die Vereinbarung die „*tatsächlichen* Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen *gebührend* [*widerspiegelt*]" (Hervorhebung durch den Verf.). Die Regelung ist daher auch und gerade eine Ausprägung der mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit geförderten Selbstkontrolle.[1221]

aa. Allgemeine Anforderungen

Funktionen wie die Selbstkontrolle und Aufsichtserleichterung kann die Vereinbarung nur erfüllen, wenn sie im Sinne des gebührenden Widerspiegelns wahrheitsgemäß[1222] und konkret[1223] ausgestaltet ist. Vor diesem Hintergrund ist ein Detailgrad erforderlich, der das Nachvollziehen der zentralen Verarbeitungsvorgänge und der jeweiligen Mitwirkung der gemeinsam Verantwortlichen ermöglicht, ohne in eine seitenlange technische Dokumentation auszuufern.[1224] Der Detailgrad hängt damit auch von der Komplexität der Vorgänge im Einzelfall ab.[1225] Hingegen kommt es nicht darauf an, ob mit Auseinandersetzungen und Rechtsstreitigkeiten zu rechnen ist.[1226] Dies kann nämlich zum einen zirkelschlüssig wirken, wenn detaillierte Vereinbarungen Fehler oder Ungereimtheiten wahrscheinlicher machen und daher mit einer höheren Wahrscheinlichkeit zu Auseinandersetzungen führen. Zum anderen ist angesichts zentraler Funktionen der Vereinbarung, so vor allem dem unmittelbaren und mittelbaren Betroffenen-Schutz (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO), der Detailgrad

1218 Aus diesem Grund wird eine Auftragsverarbeitungsvereinbarung regelmäßig nicht den Anforderungen nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO entsprechen.
1219 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 47.
1220 Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).
1221 Hierzu unter Kapitel 5:A.I (ab S. 228).
1222 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 30.
1223 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 32.
1224 Ähnlich *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 79, der betont, dass nicht zwangsläufig Vollständigkeit anzustreben ist.
1225 *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 11; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 38.
1226 So aber *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an dem Risiko für betroffene Personen auszurichten und nicht an dem Risiko eines Prozesses oder einer Rechtfertigung durch den gemeinsam Verantwortlichen im Übrigen.

bb. Bedeutung der Herausstellung der Beziehungen gegenüber betroffenen Personen

Nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO sind die „Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen" („the respective roles and relationships of the joint controllers vis-à-vis the data subjects") anzugeben. Die Stellung des Begriffs der betroffenen Personen in beiden Sprachfassungen legt nahe, dass sich die Formulierung „gegenüber betroffenen Personen" sowohl auf die Funktionen als auch auf die Beziehungen bezieht.[1227]

Mit Blick auf den Schutzzweck der DSGVO (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) ließe sich die Erwähnung der betroffenen Personen als deklaratorisch ansehen, indem klargestellt werden soll, dass Funktionen und Beziehungen nur darzustellen sind, soweit sie ein potenzielles Risiko für betroffene Personen darstellen und damit datenschutzrechtlich relevant sein können. Selbst wenn man der Formulierung „gegenüber betroffenen Personen" einen eigenständigen Aussagegehalt zuspricht, setzt eine derartige Beschreibung der Funktionen und Beziehungen regelmäßig auch Informationen über die Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen untereinander voraus. Für die Beziehungen gegenüber betroffenen Personen ist nämlich gerade von Bedeutung, welcher gemeinsam Verantwortliche über welchen Verarbeitungsvorgang inwieweit mitentscheidet[1228] und etwa unmittelbaren Zugriff auf die verarbeiteten personenbezogenen Daten hat.

Nach dieser Lesart sind die Beziehungen der Verantwortlichen ebenfalls nur von Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO umfasst, soweit sie unmittelbar datenschutzrechtlich von Bedeutung sind.[1229] Die Nennung von Beteiligungsverhältnissen und etwa die Einstufung als Joint Venture ist nur dann relevant,[1230] soweit diese für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit

1227 A.A. *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 20.
1228 Notwendigerweise aufgrund der Abgrenzung umfasst dies auch die Darstellung der Zusammenarbeit im Innenverhältnis, nach *Weichert*, DANA 2019, 4 (7).
1229 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 18.
1230 Zu weit hingegen *Horn*, in: Knyrim, S. 159 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Bedeutung sind – etwa im Zusammenhang mit *wahrgenommenen*[1231] gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten.

cc. Notwendige Informationen

Zu den anzugebenden Informationen gehören zunächst solche über die gemeinsam Verantwortlichen selbst, was sich schon aus der Pflicht zur *gemeinsamen* Festlegung in der Vereinbarung ergibt. Die Festlegung der tatsächlichen Funktionen meint vor allem die Verteilung der Entscheidungs- bzw. Festlegungsbefugnisse im Hinblick auf Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung.[1232] Die Funktionen und Beziehungen können zusammen betrachtet als eine Umschreibung des datenschutzrechtlich Wesentlichen der Zusammenarbeit angesehen werden und erfüllen damit eine ähnliche Funktion wie die Nennung der Zwecke und Mittel in Art. 4 Nr. 7 DSGVO.[1233] Geleitet vom Sinn und Zweck der Vorschrift, die Prüfung des „Ob" einer gemeinsamen Verantwortlichkeit zu ermöglichen, sind dementsprechend die Angaben erforderlich, die zuvor[1234] als Kriterien für das Vorliegen der Verantwortlichkeit und der Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Verantwortlichkeit herausgearbeitet wurden.

Einige der relevanten Kriterien für die Verantwortlichkeit und den Kontext der Verarbeitung werden in Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO („Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen") genannt[1235] und sind teilweise etwa auch in Anhang B der Standardvertragsklauseln zwischen Verantwortlichen aufgelistet.[1236] Zugleich dienen diese Informationen als Ausgangsbasis für nach Art. 13-15 DSGVO der betroffenen Personen gegebenenfalls zur Verfügung zu stellende Informa-

1231 Kapitel 4:C.V.5 (ab S. 223).
1232 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 20.
1233 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.1.c (ab S. 130).
1234 S. insb. unter Kapitel 4:C.II.2 (ab S. 133) sowie unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).
1235 Vgl. auch *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 59; und *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 97; sowie *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 32; vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 173. Hierzu bereits unter Kapitel 4:C.II.1.b.bb (ab S. 125).
1236 Etwa 2004/915/EG vom 27.12.2004.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen.[1237] So ist die Angabe des Gegenstands, also das Objekt,[1238] und der Dauer der Datenverarbeitung notwendig. Dabei ist eine Aufschlüsselung einzelner Verarbeitungsvorgänge insoweit geboten, als sich die übrigen hier genannten Umstände ändern, sodass unterschiedliche Phasen gemeinsamer Verantwortlichkeit in Betracht kommen.[1239] Zudem können die verfolgten Zwecke[1240] und ihre Nähe zueinander von Bedeutung für das Vorliegen (gemeinsamer) Verantwortlichkeit sein. Darüber hinaus anzugeben sind die Kategorien betroffener Personen[1241] und die Arten personenbezogener Daten[1242] (z.B. „Name und Anschrift" oder „Gesundheitsdaten"), die wichtig für das Verständnis und auch das Kriterium der Daten-Nähe sind.

Diese für die Verantwortlichkeit maßgeblichen Informationen lassen teilweise bereits Rückschlüsse auf die Gemeinsamkeit zu, wie etwa mit Nennung der verfolgten Zwecke für die Zweck-Ähnlichkeit.[1243] Darüber hinaus sind weitere Kernelemente der Zusammenarbeit anzugeben,[1244] wie etwa Registrierungsverfahren, die Organisation von Absprachen sowie der Kern der Verteilung der Entscheidungsbefugnisse.

Weitere Mittel der Verarbeitung sind unabhängig von Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO als grobe Orientierung insoweit anzugeben – gegebenenfalls[1245] unter Nennung der konkret verwendeten Infrastruktur, Software und Technologie –, als sie für die gemeinsame Verantwortlichkeit relevant sind, etwa mit Blick auf die Daten-Nähe, die Zugriffsmöglichkeiten der jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen und hinsichtlich der Transparenz der grobe Ablauf von aufeinanderfolgenden Vorgängen. So ist etwa ein

1237 *Weichert*, DANA 2019, 4 (7).
1238 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 30.
1239 So auch *Specht-Riemenschneider/Riemenschneider*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, § 4b, Rn. 31; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 55; *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 38. Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).
1240 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 23a. Aus den Zwecken ergibt sich regelmäßig die Rechtsgrundlage. Soweit dies nicht der Fall ist, wird vereinzelt die explizite Nennung der Rechtsgrundlage gefordert, *Weichert*, DANA 2019, 4 (7); *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 134.
1241 Hierzu schon ausführlich unter Kapitel 4:C.II.1.b.bb(2) (ab S. 127).
1242 *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 31; *Herbst*, in: Auernhammer, § 63 Rn. 12.
1243 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.c (ab S. 189).
1244 Vgl. Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).
1245 Weiter hingegen *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verweis auf die bekannte Google Analytics „anonymizeIp"-Funktion,[1246] wenn diese zum Einsatz kommt, für das Verständnis der Verarbeitungsvorgänge und der getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen hilfreich. Ebenfalls sind eingeschaltete Auftragsverarbeiter[1247] bzw. zumindest deren Kategorien (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. e, 14 Abs. 1 lit. e DSGVO) trotz der Zurechnung zu Verantwortlichen zu nennen,[1248] soweit diese etwa aufgrund der Tätigkeit für alle oder nur einen gemeinsam Verantwortlichen Rückschlüsse auf die gemeinsame Verantwortlichkeit selbst zulassen. Separat für jeweils einen gemeinsam Verantwortlichen tätige Webhoster im Fall eines Social Plugins wie dem „Like"-Button wären daher etwa nicht zu nennen.

dd. Musterformulierung

Die nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO erforderlichen Angaben sind mehr noch als die Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO in besonderer Weise vom Einzelfall abhängig. Das erklärt, warum beispielsweise die Mustervereinbarung des *LfDI BW* vergleichsweise allgemeine Formulierungen enthält.[1249] Der Befund wird außerdem dadurch bestätigt, dass andere Empfehlungen und Muster, wie in der Praxis üblich, vor allem auf den Gegenstand des Hauptvertrags verweisen oder die Informationen in der Präambel[1250] oder einer Anlage[1251] zur Verfügung stellen. Dennoch soll die folgende Formulierung beispielhaft eine Möglichkeit zur Formulierung der wesentlichen Informationen aufzeigen. Dieses Muster betrifft den Fall der Zusammenarbeit eines sog. Content Delivery Networks

1246 Hierzu und zu der Entscheidung des *LG Dresden*, *Ernst*, jurisPR-ITR 25/2019 Anm. 5; *DSK*, Google Analytics, S. 6.

1247 Hierzu auch unter Kapitel 5:E.III (ab S. 414).

1248 *Weichert*, DANA 2019, 4 (7); *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 122.

1249 S. §§ 1 Abs. 2, 2 von *LfDI BW*, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehr-licht-gemeinsame-verantwortlichkeit-sinnvoll-gestalten/.

1250 *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); ähnlich auch das Facebook Controller Addendum, das in einer Einleitung auf weitere Richtlinien verweist und im Abschnitt „Datenverarbeitung für Seiten-Insights" auf den Gegenstand der Datenverarbeitungen eingeht *Facebook*, https://de-de.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum.

1251 Etwa § 1 Abs. 1, §§ 2, 3 und Anlagen 1 und 2 von *Hansen-Oest*, https://www.datenschutz-guru.de/mustervertrag-gemeinsame-verantwortlichkeit/.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(Y), das Schriftarten-Dateien zur Ladezeitoptimierung von Websites bereitstellt, mit dem Verein X als Website-Betreiberin:[1252]

> X, [Anschrift und Kontakt-Daten],[1253] stellt die Website x.de für die Vereinsöffentlichkeitsarbeit bereit und nutzt zur Ladezeitoptimierung nach Registrierung auf der Website der Y das vorkonfigurierte Angebot der Y und folgt den dort angegebenen Instruktionen zur Einbindung.
> Y, [Anschrift und Kontakt-Daten], bietet die Auslieferung von Schriftarten-Dateien für Internetseiten über y.de an. Y generiert auf dieser Basis anonyme Statistiken zu Marketingzwecken und für die Produktverbesserung.
> Die Zusammenarbeit erfolgt auf unbestimmte Zeit, d.h. bis zur Einstellung des Angebots seitens Y oder Einstellung der Nutzung des Angebots seitens X. Die Zusammenarbeit erfolgt nach den von Y vorgegebenen AGB.
> 1. Die betroffene Person ruft eine Unterseite von x.de auf, wobei über http-Anfragen personenbezogene Daten, wie etwa die IP-Adresse, das Datum und die Uhrzeit, die aufgerufene Website sowie Geräte-Informationen an X übermittelt werden. X übermittelt daraufhin die Website-Inhalte an die betroffene Person, die Verweise auf y.de enthalten können. Die personenbezogenen Daten werden unmittelbar nach Bearbeitung der Anfrage gelöscht. Im Einzelfall kann eine Speicherung von einigen Minuten bis Stunden zu Zwecken der Website- und Systemsicherheit erfolgen.
> 2. Soweit Verweise enthalten sind, folgt der Internet-Browser der betroffenen Person diesen Verweisen automatisch. An Y.de wird dementsprechend eine http-Anfrage an Y übermittelt, die die oben genannten personenbezogenen Daten enthält. Die personenbezogenen Daten werden unmittelbar nach Bearbeitung der Anfrage anonymisiert und in Form von aggregierten Statistik-Daten weiterverarbeitet.

c. Pflichtenverteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO)

Der zweite obligatorische Bestandteil der Vereinbarung ist die Festlegung, welcher gemeinsam Verantwortliche welche Pflichten erfüllt (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO).

aa. Sinn und Zweck

Die Regelung ermöglicht es den gemeinsam Verantwortlichen, einzelne Pflichten – vorbehaltlich der Festlegung durch Rechtsvorschriften – unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse auf einen anderen Verantwortlichen zu delegieren und beispielsweise Informationspflichten durch

---

1252 Zu den bei HTTP-Anfragen übermittelten Daten vgl. schon *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 37, S. 10 ff.

1253 Alternativ bietet sich hier ein Verweis auf das jeweilige Impressum an.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen gemeinsam Verantwortlichen erfüllen lassen.[1254] Diese Möglichkeit mit Einfluss auf das Innenverhältnis kann als eine Form von datenschutzrechtlicher Selbstregulierung, die Technologieneutralität gewährleistet,[1255] im Kleinen gesehen werden.[1256]

Die Pflicht nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO lässt sich außerdem den beschriebenen[1257] Ausprägungen des Transparenzgrundsatzes zuordnen. Zum einen sollen die gemeinsam Verantwortlichen durch das Niederlegen in der Vereinbarung – vorgelagert für die Verwirklichung des Transparenzgrundsatzes – sensibiliert und angeregt werden, die Betroffenen-Rechte, die in Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO hervorgehoben werden, bei der Umsetzung der Zusammenarbeit durch entsprechende Maßnahmen zu berücksichtigen. So ließe sich etwa an eine Data-Warehouse-Software denken, die bereits eine Möglichkeit zum Extrahieren der Daten in einem maschinenlesbaren Format für einzelne Nutzerkennungen bietet, sodass die Betroffenen-Rechte auf eine Kopie (Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO) und auf die Datenübertragbarkeit (Art. 20 Abs. 1 DSGVO) einfach wahrgenommen werden können. Zugleich schützt die Verpflichtung die betroffenen Personen sowie deren Rechte und erleichtert den Aufsichtsbehörden bei diesbezüglichen Pflichtverstößen mit Anhaltspunkten für den Grad der Verantwortlichkeit die effektive Aufsicht.

bb. Rechtswirkungen der Pflichtendelegation

Die Pflichtenverteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO entfaltet nur begrenzt Rechtswirkungen, da es sich weniger um eine rechtlich uneingeschränkt wirkende Pflichtenverteilung als vielmehr eine praktische[1258] Pflichtenverteilung handelt, die vor allem den Grad der Verantwortlichkeit beeinflussen kann. Im Rahmen des Grads der Verantwortlichkeit sind auch die tatsächlichen Verhältnisse (vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) zu berücksichtigen, etwa wenn eine zugewiesene Pflicht tatsächlich nicht durch

---

1254 *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 26 Rn. 13; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 30; *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 2; *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 11; *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 11.

1255 *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (537 f.).

1256 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 4.

1257 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

1258 *Mahieu/van Hoboken/Asghari*, JIPITEC 10 (2019), 39 (Rn. 61); vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 176; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den verpflichteten gemeinsam Verantwortlichen wahrgenommen werden kann.

Die Delegation von Pflichten wirkt sich nicht im Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen im Hinblick auf die Betroffenen-Rechte aus (Art. 26 Abs. 3 DSGVO).[1259] Da der jeweilige gemeinsam Verantwortliche weiterhin ein Verantwortlicher im Hinblick auf die jeweilige Pflicht nach Art. 58, 83 DSGVO bleibt, bleibt auch die Inanspruchnahme der übrigen gemeinsam Verantwortlichen durch die zuständige Aufsichtsbehörde möglich, wobei diese die Aufgabenverteilung und die tatsächlichen Verhältnisse im Rahmen der Adressatenauswahl berücksichtigen muss.[1260]

Selbst im Innenverhältnis zwischen den gemeinsam Verantwortlichen entfaltet diese Aufgabenzuteilung aufgrund der Rechtsnatur der Vereinbarung[1261] nur dann Wirkung in Form von gegenseitigen Ansprüchen, wenn sich die gemeinsam Verantwortlichen über Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO hinaus mit Rechtsbindungswillen die Pflichten zuweisen. Fehlt es an einer solchen Pflichtenzuweisung mit Rechtsbindungswillen, schränkt die Zuweisung einer Pflicht nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten beispielsweise nicht das Recht im Sinne des „Dürfens" der übrigen gemeinsam Verantwortlichen bezüglich der Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen ein. Die Notwendigkeit der Effektivität der Betroffenen-Rechte,[1262] vgl. auch Art. 26 Abs. 3 DSGVO, bestätigt diesen Befund, indem ein „Dürfen" aller im Innenverhältnis die schnellere Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen ermöglicht. Es würden in dem Fall also *prima facie* weiterhin Innen- („Dürfen") und Außenverhältnis („Können", als gesetzliche Bearbeitungsbefugnis im Hinblick auf Betroffenen-Ersuchen aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO)[1263] übereinstimmen. Im Übrigen impliziert die Zuteilung[1264] einer Pflicht eine Pflicht zur Weiterleitung entsprechender Betroffenen-Ersuchen durch die übrigen gemeinsam Verantwortlichen an den gemeinsam Verantwortlichen, dem die Erfüllung der Pflicht zugewiesen wurde.[1265]

1259 Hierzu auch unter Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274).
1260 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.III.4.d.bb (ab S. 351).
1261 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).
1262 Kapitel 3:B.III (ab S. 65).
1263 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:D.II (ab S. 371).
1264 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 159.
1265 Technische und organisatorische Maßnahmen hierzu für notwendig erachtend *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 52; die explizite Normierung einer Weiterleitungspflicht in der Vereinbarung präferierend *Pe-*

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei Aufsichtsmaßnahmen oder dem Regress nach der Geltendmachung von Schadensersatz durch betroffene Personen nach einer möglichen fehlerhaften Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen durch einen nach der Vereinbarung „unzuständigen" gemeinsam Verantwortlichen sind allerdings erneut der Grad der Veranwortlichkeit – bei Aufsichtsmaßnahmen darüber hinaus weitere Umstände im Rahmen des Ermessens – und damit auch die Aufgabenzuteilung zu berücksichtigen. Insoweit kann sich die Wahrnehmung von Pflichten im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten entgegen einer Zuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO nachteilhaft auswirken.

cc. Möglichkeiten zur Zuteilung der Pflichten

Die beschriebenen Funktionen der Pflichtenzuteilung erfordern es, dass, entsprechend des Wortlauts, alle wesentlichen Pflichten – d.h. insbesondere Art. 6, 9, 12 ff., 33 f. DSGVO – zugeteilt werden, und sei es, indem subsidiär verbleibende Pflichten einem gemeinsam Verantwortlichen zugewiesen werden.[1266] Insgesamt sind für die Aufteilung der Pflichten im Rahmen der Vereinbarung verschiedene Ansätze denkbar. Eine ungleichmäßige Verteilung von Pflichten ist hierbei unschädlich.[1267] Entscheidend ist, dass die Pflichtenverteilung eine Durchführung der Verarbeitungen vollständig im Einklang mit sämtlichen Pflichten aus der DSGVO ermöglicht.[1268]

Insbesondere bei Verarbeitungen, bei denen die gemeinsam Verantwortlichen aufeinanderfolgend und unterschiedlich beteiligt sind, etwa bei Übermittlungen im Zusammenhang mit Social Plugins wie „Like"-Buttons, bietet sich entsprechend dem Muster des *LfDI BW* eine Aufteilung nach „Wirkbereichen" an.[1269] So könnten datenschutzrechtliche Pflichten,

---

tri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 17. Vgl. auch schon unter Kapitel 5:A.II.3.a.aa(3) (ab S. 244).

1266 Vgl. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 162-165; und schon unter der DS-RL *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 27; *Polenz*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, § 4a, Rn. 159.

1267 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 166; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 29; *Bergt*, ITRB 2018, 151 (152); *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 2; *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 7.

1268 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 162.

1269 *LfDI BW*, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehr-licht-gemeinsame-verantwortlichkeit-sinnvoll-gestalten/.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie etwa Art. 6, 9, 12 ff. DSGVO, in dem Wirkbereich der Internetseite des Website-Betreibers, der den „Like"-Button integriert, bis einschließlich zur Veranlassung der Übermittlung dem Website-Betreiber zugewiesen werden. Ab der Erhebung durch das soziale Netzwerk würde dann der Wirkbereich der Betreiberin des sozialen Netzwerks einsetzen.

Wann immer eine solche Abgrenzung nicht möglich ist, kann sich die Differenzierung nach Pflichten anbieten,[1270] wofür etwa die Orientierung an den in Art. 28 Abs. 3 S. 2 DSGVO genannten Pflichten vorgeschlagen wird.[1271] So könnten etwa im Beispiel der die Haustürbesuche durchführenden Verkünder der Zeugen Jehovas die Bearbeitung von Auskunftsersuchen (Art. 15 DSGVO) den Verkündern zugewiesen werden, wenn es sich um handschriftliche Notizen handelt, auf die ausschließlich die jeweiligen Verkünder Zugriff haben.[1272] Die Information der betroffenen Personen (Art. 13, 14 DSGVO) könnte dann ebenfalls durch die Verkünder, aber auf Grundlage von durch die Gemeinschaft zentral bereitgestellten Vorlagen, erfolgen.

Die Zuweisung aller Pflichten für alle Verarbeitungsvorgänge an alle gemeinsam Verantwortlichen gewährleistet im Regelfall gerade keine effektive Zusammenarbeit.[1273] Letztlich werden so – entgegen des Sinn und Zwecks der Vereinbarung – doch wieder Absprachen im Einzelfall notwendig. Eine solche Zuweisung ist daher nicht zulässig.[1274]

dd. Zuteilung der Pflichten im Hinblick auf die Wahrnehmung der Betroffenen-Rechte i.w.S.

Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO hebt explizit die Zuteilung der Pflichten im Hinblick auf „die Wahrnehmung der Rechte der betroffenen Person" hervor. Dies untermauert die Bedeutung der Vereinbarung für die Gewährleistung effektiver Betroffenen-Rechte.[1275]

1270 So auch *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); eine praktische Möglichkeit zur Aufteilung sind Verantwortlichkeitsmatrizen, *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (143 f.).
1271 *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 23.
1272 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 17, 69–70) – Zeugen Jehovas.
1273 Vgl. auch *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 92.
1274 A.A. *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 77; *Bock*, K&R 2019, Beilage 1 zu Heft 7/8, 30 (32); wohl ebenfalls a.A. für gemeinsam genutzte Tools und Systeme *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 167.
1275 Hierzu schon unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Art. 13, 14 DSGVO

Namentlich genannt werden die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO, wenn auch missverständlich[1276] *neben* den Betroffenen-Rechten, obwohl die Informationspflichten schon als Teil des Kapitels III („Rechte der betroffenen Person", Art. 12-23 DSGVO) und entsprechend dem Katalog in Art. 83 Abs. 5 lit. b DSGVO zu den Betroffenen-Rechten zählen. Diese separate Erwähnung unterstreicht die Sonderstellung der proaktiven Informationspflicht und deutet darauf hin, dass auch im Rahmen der Vereinbarung eine deutliche Differenzierung zwischen diesen Informationspflichten und den übrigen Betroffenen-Rechten vorzunehmen ist.[1277] Die Möglichkeit der Zuteilung und (gebündelten[1278]) Erfüllung einer Informationspflicht durch einen[1279] gemeinsam Verantwortlichen mit Wirkung für alle gemeinsam Veranwortlichen[1280] unterstreichen Art. 13 Abs. 4, 14 Abs. 5 lit. a DSGVO: Danach entfällt die Informationspflicht, wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt.

(2) Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO

Darüber hinaus ist an die Informationspflicht aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zu denken. Diese ist, wie Art. 13, 14 DSGVO,[1281] eine Ausprägung des Transparenzgrundsatzes nach Art. 5 lit. a DSGVO,[1282] und verwendet in der deutschen Sprachfassung einen ähnlichen Wortlaut wie Art. 13 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 DSGVO. Damit ist Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO als Informationspflicht im Sinne des Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO einzuordnen. Daher hätte sich die explizite Nennung in Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO angeboten. Die Pflicht aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO gehört aber jedenfalls

1276 So auch *Härting*, DB 2020, 490 (492).
1277 So i.E. auch *Schreiber*, ZD 2019, 55 (57).
1278 *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 6.
1279 Dies muss bspw. nicht stets der gemeinsam Verantwortliche sein, der Informationen übermittelt, vgl. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 104 f.) – Fashion ID, wonach der Zeitpunkt betont wird und die Einzelfallabhängigkeit („Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden"). Vgl. hierzu auch unter Kapitel 5:E.I.1 (ab S. 395).
1280 So auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 171, S. 23 f.; a.A. *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 55, 60), der zudem auch auf die Informationspflicht bezüglich des Widerspruchsrechts eingeht.
1281 Erwägungsgrund 60 S. 1 DSGVO.
1282 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu den Rechten der betroffenen Personen im Sinne der Norm und zählt damit zu den zuzuteilenden Pflichten.

(3) Betroffenen-Rechte i.e.S. und i.w.S.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Rechte betroffener Personen ebenfalls von Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO umfasst sind.

Die DSGVO liefert zwar mit dem entsprechend betitelten Kapitel III einen Hinweis darauf, dass sich in den Art. 12 ff. DSGVO entsprechende Rechte finden. Darüber hinaus weisen aber weitere Vorschriften der betroffenen Person nach ihrem Wortlaut explizit Rechte zu, die zugleich von nicht zwangsläufig geringerer Bedeutung (vgl. etwa Art. 34 DSGVO) für die Verwirklichung der Schutzziele des Datenschutzrechts[1283] sind. Für eine Zusammenfassung all dieser Rechte bietet sich der Begriff der *Betroffenen-Rechte i.w.S.* an. Als *Betroffenen-Rechte i.e.S.* sollen die Rechte verstanden werden, die sich in dem entsprechend betitelten Kapitel III finden.

Sämtliche Betroffenen-Rechte i.w.S. sind elementar für den Schutz betroffener Personen. Außerdem besteht im Hinblick auf die Betroffenen-Rechte i.w.S. insgesamt ein jeweils vergleichbares Risiko einer fehlenden Zuständigkeitsverteilung. Daher umfasst der Verweis auf die Betroffenen-Rechte in Art. 26 DSGVO neben den in Kapitel III genannten Rechten[1284] noch weitere, ist also i.w.S. zu verstehen.[1285] Eine Zuteilung muss jedoch in der Vereinbarung insoweit nicht erfolgen, als ein Betroffenen-Recht von vornherein in Abhängigkeit von den durchgeführten Verarbeitungsvorgängen nicht einschlägig ist, wie etwa das Recht auf Löschung eine Speicherung voraussetzt.[1286]

1283 Vgl. unter Kapitel 3:B (ab S. 61) sowie unter Kapitel 3:C (ab S. 83).
1284 *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 58).
1285 So i.E. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163.
1286 Vgl. *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 59).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter die Betroffenen-Rechte i.w.S. fallen etwa:[1287]

- das Recht auf Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO),
- das Recht auf Zurverfügungstellung des Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO),[1288] wie bereits zuvor dargestellt,
- das Recht auf Benachrichtigung nach einer Datensicherheitsverletzung nach Art. 34 DSGVO,[1289]
- Rechte aus verbindlichen internen Datenschutzvorschriften (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. e DSGVO),[1290]
- das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen (gemeinsam) Verantwortliche (Art. 79 DSGVO)[1291] sowie
- das Recht auf Schadensersatz (Art. 82 DSGVO).[1292]

Im Hinblick auf Art. 82 DSGVO erübrigt sich eine Aufteilung, weil die Frage, wen der Betroffene hier idealerweise kontaktiert, regelmäßig mit der fehlerhaften Ausübung der übrigen Betroffenen-Rechte zusammenhängt.[1293] Da Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO ohnehin die Betroffenen-Rechte nur als nicht abschließendes Beispiel nennt und die Aufteilung aller wesentlichen Pflichten nach der DSGVO verlangt,[1294] wirkt sich der Verweis auf die Betroffenen-Rechte i.w.S. statt der i.e.S. an dieser Stelle kaum aus. Besondere Bedeutung kommt dem weit zu verstehenden Begriff der Betroffenen-Rechte jedoch mit Blick auf die Möglichkeit zur Geltendmachung jedem gemeinsam Verantwortlichen gegenüber zu, da Art. 26 Abs. 3 DSGVO ebenfalls auf die Rechte der betroffenen Person verweist.[1295]

1287 Ausführlich zu den Betroffenen-Rechten i.w.S. im Zusammenhang mit Art. 26 Abs. 3 DSGVO unter Kapitel 5:B.III.2 (ab S. 325). S. außerdem für einen umfassenden Überblick *Franck*, in: Gola, Art. 12 Rn. 5.

1288 Womöglich a.A., indem dieser von einer unterschiedlichen Erfüllungszuständigkeit nach Art. 26 Abs. 2 DSGVO und damit davon ausgeht, dass Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO kein Betroffenen-Recht im Sinne des Art. 26 Abs. 3 DSGVO ist, *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459).

1289 Vgl. die Erwähnung in Art. 12 Abs. 1 S. 1, 5 S. 1 DSGVO. I.E. zust. *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402); *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 136; und vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 250, S. 15.

1290 Hierzu jüngst *EuGH*, GRUR-RS 2020, 16082 (186 f.) – Schrems II.

1291 *Arning*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 6, Rn. 14.

1292 *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 4; im Hinblick auf Art. 82 DSGVO als Betroffenen-Recht zust. *Franck*, RDV 2016, 111 (111).

1293 Nur i.E. zust. *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 36.

1294 Kapitel 5:A.II.3.c.cc (ab S. 258).

1295 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274) sowie Kapitel 5:B.III (ab S. 321).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ee. Zuteilung anderer Pflichten

Neben den Betroffenen-Rechten („insbesondere" bzw. „in particular") sind auch weitere Pflichten zuzuteilen.

(1) Pflichten im unmittelbaren Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung

Dabei ist vor allem an Art. 6, 9 DSGVO zu denken,[1296] da etwa bei der Einwilligung die Einholung durch einen gemeinsam Verantwortlichen ausreichen kann.[1297] Die Datenschutz-Grundsätze nach Art. 5 DSGVO sind als Leitbild für Verarbeitungen und datenschutzrechtlich relevante Festlegungen stets durch alle gemeinsam Verantwortlichen zu beachten.[1298] Mit technischen und organisatorischen Maßnahmen (insbesondere Art. 32 DSGVO) kann es sich ähnlich verhalten, wobei dies vor allem von der Daten-Nähe[1299] bzw. Nähe der gemeinsam Verantwortlichen zu den Verarbeitungsvorgängen abhängt. Erhält beispielsweise ein gemeinsamer Verantwortlicher nur Zugriff auf aggregierte Daten über die Plattform eines anderen gemeinsam Verantwortlichen, ist für die Gewährleistung der Daten-Sicherheit stets die Umsetzung durch den Plattform-Betreiber notwendig. Der Grad der Delegierbarkeit dieser Pflicht hängt also in besonderer Weise vom Einzelfall ab. Als wesentliche Pflicht ist diese Zuweisung im Einzelfall in der Vereinbarung jedoch auch notwendig und vorzunehmen.[1300]

1296 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163.
1297 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:E.I.1 (ab S. 395). Die Zuteilung von Pflichten nach Art. 6, 9 DSGVO hingegen zu pauschal ablehnend *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 55; ähnlich wie hier hingegen *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 59.
1298 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 55; *Karg*, in: Jandt/Steidle, B. III. 5. a), Rn. 140; nicht diff. *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163.
1299 Zu diesem Begriff unter Kapitel 4:C.III.6.d (ab S. 193).
1300 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Dokumentations-, Abwägungs- und Konsultationspflichten (Art. 30, 35, 36 DSGVO)

Zu den wesentlichen und delegierbaren Pflichten zählt auch die Pflicht zur Erstellung eines Verarbeitungsverzeichnisses (Art. 30 Abs. 1 DSGVO) für die von der gemeinsamen Verantwortlichkeit umfassten Verarbeitungen.[1301] Diese Pflicht erfordert nach Art. 30 Abs. 1 S. 2 lit. a DSGVO sogar Angaben zu allen[1302] gemeinsam Verantwortlichen. Während der deutsche Wortlaut des Art. 30 Abs. 1 DSGVO („[…] ein Verzeichnis […]. Dieses Verzeichnis […]") nahelegt, jeder Verantwortliche dürfe separat nur ein Verzeichnis führen, liest sich die englische Sprachfassung weniger strikt („[…] a record […]. That record […]"). Letztere macht deutlich, dass es sich bei „ein" um einen unbestimmten Artikel und nicht um eine zahlenmäßige Begrenzung handeln soll. Dass der Gesetzgeber mehrere, sich überschneidende Verarbeitungsverzeichnisse für zulässig erachtet, zeigt die nach Art. 30 Abs. 2 DSGVO bestehende Pflicht für Auftragsverarbeiter, ein (vereinfachtes) Verarbeitungsverzeichnis zu führen.[1303] Ein separat nur für die Verarbeitungen in gemeinsamer Verantwortlichkeit geführtes Verzeichnis kann zudem die Aufsicht erleichtern und ist auch daher zulässig.[1304]

Nach Art. 35 DSGVO führen Verantwortliche bei einem voraussichtlich hohen Risiko für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen eine Datenschutzfolgeabschätzung durch[1305] und konsultieren nach Art. 36 DSGVO gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde. Auch diese Pflichten können wie die Pflicht aus Art. 30 DSGVO delegiert werden,[1306] und sind angesichts der Bedeutung für potenziell eingriffsintensive Verarbeitungen als wesentliche Pflicht nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO zuzuteilen.

1301 *Horn*, in: Knyrim, S. 159; dies hingegen ohne entsprechende Begründung ablehnend *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 168.

1302 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 13.

1303 S. auch Erwägungsgrund 82 S. 2 DSGVO, wonach „die betreffenden Verarbeitungsvorgänge anhand dieser *Verzeichnisse* kontrolliert werden können" (Hervorhebung durch den Verf.).

1304 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 30 Rn. 5a; *Gardyan-Eisenlohr/Cornelius*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 12, Rn. 44; *Horn*, in: Knyrim, S. 159.

1305 Zur Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei gemeinsamer Verantwortlichkeit unter Kapitel 5:E.II (ab S. 411).

1306 *Horn*, in: Knyrim, S. 159; *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402); wohl auch *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 12; vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 248, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Weitere Pflichten

Angesichts der erheblichen Bedeutung für den Schutzzweck der DSGVO, die sich etwa an der kurzen Meldefrist zeigt, sind Pflichten aus Art. 33 DSGVO ebenfalls zuzuweisen.[1307] Gleiches gilt für die Pflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer nach Art. 44 ff. DSGVO.[1308]

Die detaillierte, transparente Zuweisung der Pflichten, wie etwa aus Art. 33 DSGVO, kann zudem dazu beitragen, die Anforderungen aus Art. 24 Abs. 1, 32 Abs. 1 DSGVO zu erfüllen.[1309]

ff. Abgrenzung zu nicht-zuteilbaren Pflichten

Pflichten, die aufgrund ihrer Eigenart nur durch den jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen selbst erfüllt werden können, sind von vornherein nicht der nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO beschränkt wirkenden Zuteilung zugänglich und müssen dementsprechend nicht in die Vereinbarung aufgenommen werden.[1310] So kann im Umkehrschluss zu Art. 37 Abs. 2, 3 DSGVO im Regelfall kein gemeinsamer Datenschutzbeauftragter für mehrere gemeinsam Verantwortliche benannt werden.[1311] Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten muss, soweit nach Art. 37 Abs. 1 DSGVO bzw. aufgrund von Art. 37 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 DSGVO vorgeschrieben, daher separat durch jeden der gemeinsam Verantwortlichen erfolgen.[1312]

1307 I.E. auch *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 30; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 59; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 136; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 250, S. 15.

1308 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 136; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 30.

1309 Ähnlich *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 50; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 171.

1310 Ebenfalls entsprechend diff. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 66.

1311 So wohl auch *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 79; womöglich wie hier *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 31; a.A., mit nicht überzeugendem Verweis auf die Anlaufstelle (s. im Folgenden), *Schrey*, in: Rücker/Kugler, D., Rn. 771; womöglich auch *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402); unklar auch bei *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 97.

1312 So i.E. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 168.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Angabe einer Anlaufstelle für die betroffenen Personen

Nach dem insoweit erst mit Art. 24 Abs. 1 S. 3 DSGVO-E(RAT) modifizierten späteren Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO „kann" eine Anlaufstelle („contact point") für die betroffenen Personen angegeben werden.

aa. Bedeutung der Regelung

Bei der Anlaufstelle handelt es sich (auch) aufgrund von Art. 26 Abs. 3 DSGVO gegenüber betroffenen Personen nur um eine unverbindliche Empfehlung, also letztlich um ein „Serviceangebot".[1313] Die Anlaufstelle ist zivilrechtlich mit einem Boten zu vergleichen.[1314] Dieses „Serviceangebot" kann dem Betroffenen einen besonders effektiven Weg zur schnellen Bearbeitung seiner Anliegen vor allem bei vielen gemeinsam Verantwortlichen[1315] ermöglichen und erspart der betroffenen Person im Sinne der Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte[1316] einen Blick in die bereitgestellten Informationen. Insoweit zeigen sich Parallelen zu dem Vertreter bei nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern, der nach Art. 27 Abs. 4 DSGVO als Anlaufstelle[1317] für betroffene Personen dient. Während der Vertreter jedoch stets eine Stelle außerhalb des Verantwortlichen ist und der Überwindung von Sprach- und anderen Kommunikationsbarrieren dient,[1318] wird die Anlaufstelle regelmäßig einem der gemeinsam Verantwortlichen zuzuordnen sein und dient vornehmlich der Überwindung von möglichen Transparenzbarrieren, falls die betroffene Person ohne Benennung einer Anlaufstelle, selbst versuchen

1313 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 29; zur eingeschränkten Bedeutung unter der DSGVO schon *Radtke*, JIPITEC 11 (2020), 242 (Rn. 23).

1314 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 34; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 82; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 29a; ähnlich *Horn*, in: Knyrim, S. 162, der darin vor allem eine Stelle zur Koordinierung und Weiterleitung von Anfragen sieht; (wohl) missverständlich im Hinblick auf eine Stellung als zivilrechtlicher Vertreter hingegen *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 23.

1315 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 28.

1316 Hierzu ausführlich unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

1317 Zur Abgrenzung von einem „Adressaten" unter Berücksichtigung der englischen Sprachfassung *Lantwin*, ZD 2019, 14 (15).

1318 Vgl. *Lantwin*, ZD 2019, 14 (15 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würde, den geeignet(er)en Ansprechpartner zu ermitteln.[1319] Zugleich stellt die Einrichtung einer Anlaufstelle nach Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO im Regelfall eine Erleichtung für die gemeinsam Verantwortlichen dar, indem die Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen einfacher koordiniert werden kann.[1320]

Die Reichweite dieser Regelung beschränkt sich letztlich darauf, die gemeinsam Verantwortlichen zu veranlassen, zu erwägen, ob sie der betroffenen Person, eine unverbindliche Empfehlung geben möchten, an wen sie sich wenden könnte. Ergänzende Pflichten für einen gemeinsam Verantwortlichen erwachsen nicht daraus, dass er als Anlaufstelle benannt ist,[1321] sondern nur aus seiner Funktion als gemeinsam Verantwortlicher (vgl. Art. 26 Abs. 3 DSGVO).

bb. Benennung einer Anlaufstelle abgesehen von der Person des gemeinsam Verantwortlichen

Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO stellt keine konkreten Anforderungen an die Anlaufstelle. Das wirft die Frage auf, ob es sich hierbei stets um einen gemeinsam Verantwortlichen handeln muss.

Eine Antwort auf diese Frage lässt sich aus der Gesetzeshistorie ableiten: In Art. 24 Abs. 1 S. 3 DSGVO-E(RAT) wurde noch explizit die Benennung von einem der gemeinsam Verantwortlichen als Anlaufstelle vorgesehen. Dies ist einer allgemeineren Formulierung in Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO gewichen, die zumindest einer Auslegung nicht im Wege steht, wonach unter Umständen externe Stellen als Anlaufstelle benannt werden können.[1322]

Bei der Anlaufstelle muss es sich daher nicht um einen der gemeinsam Verantwortlichen handeln. Es kann sich stattdessen zum einen um eine konkrete Position innerhalb der Organisation eines gemeinsam Verant-

1319 Die Gemeinsamkeit der Kommunikationserleichterung beider Regelungen hervorhebend *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 23.

1320 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 14; a.A. *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 57, der generell keinen Vorteil in der Regelung des Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSVO sieht; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 181.

1321 So aber mit Verweis auf § 50 DSG Österreich 2000 *Horn*, in: Knyrim, S. 162.

1322 Mit der Entstehungsgeschichte hingegen die diametrale Position begründend *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wortlichen handeln, etwa den betrieblichen Datenschutzbeauftragten.[1323] Zum anderen ist in engen Grenzen die Benennung einer Stelle außerhalb der gemeinsam Verantwortlichen möglich.[1324] So kann auch der Vertreter im Sinne von Art. 27 DSGVO als Anlaufstelle benannt werden.[1325]

Die Benennung einer externen Anlaufstelle ist jedoch im Einklang mit dem Telos nur zulässig, soweit die Effektivität der Durchsetzung der Betroffenen-Rechte nicht beeinträchtigt ist, also eine gewisse Nähe der Stelle zu den Verarbeitungen besteht und die Verarbeitung durch die Anlaufstelle ihrerseits im Einklang mit der DSGVO erfolgt. Demnach kann neben einem externen Datenschutzbeauftragten oder einem Vertreter auch ein Auftragsverarbeiter, der mit Verarbeitungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit betraut ist, als Anlaufstelle angegeben werden. Darüber hinaus ist schon aufgrund der Anforderungen aus Art. 6, 9 DSGVO die Einschaltung einer externen Stelle regelmäßig unzulässig.[1326] Die Vorgaben der DSGVO sind nämlich auch im Hinblick auf die Anlaufstelle einzuhalten. Das umfasst insbesondere auch Vertraulichkeitsverpflichtungen und andere technische und organisatorische Maßnahmen nach Art. 32 Abs. 1 DSGVO.

Verzögerungen bei der Bearbeitung oder andere Pflichtverletzungen der benannten Anlaufstelle werden den gemeinsam Verantwortlichen zugerechnet, da die Anlaufstelle mangels zugewiesener eigenständiger Pflichten[1327] die gemeinsam Verantwortlichen insoweit nicht von ihren Pflichten entbinden kann. Aus diesem Grund und der Notwendigkeit, dass die

---

1323 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (293); *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 183.

1324 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 34; a.A. *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 11; *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 57; *Horn*, in: Knyrim, S. 162.

1325 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 81; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 183.

1326 Die Einschaltung einer Stelle, abgesehen von den genannten Ausnahmen wie den Datenschutzbeauftragten, die nicht weisungsgebunden handelt und damit auch – entgegen der Idee einer bloßen „Anlaufstelle" – als Verantwortlicher in Betracht käme, ließe sich nicht über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO rechtfertigen und insb. wohl nicht im Fall von Art. 9 DSGVO nach einem der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO genannten besonderen Erlaubnistatbestände. Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO zielt vor allem darauf ab, den Betroffenen-Schutz zu intensivieren und nicht hingegen die Komplexität zu erhöhen, indem eine Anlaufstelle als womöglich weiterer gemeinsam Verantwortlicher hinzukäme.

1327 S. auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 99, der von einem „Ansprechpartner ohne Rechte und Pflichten" gegenüber betroffenen Personen spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anlaufstelle nicht selbst zu einem (gemeinsam) Verantwortlichen wird, kann die Anlaufstelle auch nicht beliebig mit weiteren (Vertretungs-)Befugnissen ausgestattet werden.[1328] Die Benennung einer nicht zulässigen Stelle stellt einen eigenständigen Verstoß (vgl. etwa Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO) dar und lässt die Vereinbarung im Übrigen unberührt.

cc. Systematische Stellung

Die Aufnahme der Regelung als Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO kann systematisch nicht vollständig überzeugen. Zwar sieht die Regelung zunächst nur die Möglichkeit der Angabe einer Anlaufstelle in der Vereinbarung vor. Diese setzt aber, um Wirkung entfalten zu können, zwangsläufig die Bekanntgabe gegenüber der betroffenen Personen voraus. Dementsprechend ist die Anlaufstelle, soweit in der Vereinbarung benannt, stets als eine wesentliche Angabe im Sinne von Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zu werten und hätte sich in den 2. Absatz besser eingefügt.

e. Fakultative (Regelungs-)Inhalte

Darüber hinaus sind weitere (Regelungs-)Inhalte in der Vereinbarung denkbar.

aa. Orientierung an Art. 28 Abs. 3 DSGVO

Wie schon die Systematik nahelegt, ist über Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO hinaus gerade keine strikte Orientierung an allen nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO notwendigen Regelungsinhalten geboten.[1329] Die potenziell schlankere Vereinbarung ist durchaus ein Vorteil der gemeinsamen Verantwortlichkeit.[1330] Zwar muss der Verantwortliche – wie bei der Auf-

1328 So aber *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 23.

1329 So aber *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (505); *Bernhardt et al.*, Evaluation der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung, S. 9; wie hier hingegen *Weichert*, DANA 2019, 4 (7); und wohl auch *Hörl*, ITRB 2019, 118 (119); *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 59.

1330 *Härting*, DB 2020, 490 (493); insgesamt ebenfalls, ohne diese konkret zu benennen, Vorteile der gemeinsamen Verantwortlichkeit hervorhebend *Herbst*, in: Auernhammer, § 63 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragsverarbeitung – eine Rechtmäßigkeitsprüfung vornehmen.[1331] Die in Art. 28 Abs. 3 DSGVO vorgeschriebenen Mindestinhalte dienen nicht nur dieser vorläufigen Rechtmäßigkeitsprüfung, sondern darüber hinaus der Sicherstellung, dass bei dem Auftragsverarbeiter als „verlängerten Arm" des Verantwortlichen ein konstantes Datenschutzniveau gewährleistet ist, um die Privilegierung der Übermittlung zu rechtfertigen.[1332] Die Übermittlungen zwischen gemeinsam Verantwortlichen sind aber gerade nicht privilegiert.[1333]

Regelungen wie Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a, b, d, g DSGVO, die von einem Weisungsverhältnis ausgehen, passen daher nicht auf das im Außenverhältnis gleichrangige Verhältnis zwischen mehreren gemeinsam Verantwortlichen. Der europäische Gesetzgeber hat sich angesichts der eindeutigen Systematik dagegen entschieden, alle Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 DSGVO zu übernehmen. Stattdessen hat er es für ausreichend erachtet, wenn den gemeinsam Verantwortlichen unter anderem – weiter als bei einem Auftragsverarbeiter (vgl. Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO) – die gesamtschuldnerische Haftung droht (vgl. Art. 82 Abs. 4 DSGVO).

Freilich kann es sich in der Praxis anbieten, sich an dem Katalog des Art. 28 Abs. 3 S. 2 DSGVO zu orientieren.[1334] Dies gilt etwa mit Blick auf Unsicherheiten bezüglich der Einstufung einer Zusammenarbeit als Auftragsverarbeitung oder gemeinsame Verantwortlichkeit.[1335] Außerdem können dem Katalog Anhaltspunkte entnommen werden für die zu regelnden Pflichten – wie Art. 32, 33 f., 35 f. DSGVO (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. c, f DSGVO) – und ergänzende Regelungen – wie Vertraulichkeitsvereinbarungen, Unterstützungs- und Kooperationspflichten, Endschaftsregelungen[1336] und Dokumentationspflichten (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. b, e, g, h DSGVO). Diese ergänzenden Regelungen können beliebig weitere Verpflichtungen enthalten, sofern diese nicht Überhand nehmen und

1331 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (505); *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 12; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 32.

1332 *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); vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 78; darauf eingehend, inwieweit dieses Bild auch unter der DSGVO zutreffend ist, *Gabel/Lutz*, in: Taeger/Gabel, Art. 28 Rn. 2.

1333 Hierzu unter Kapitel 5:E.I.3.c (ab S. 404).

1334 So auch *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 19.

1335 S. schon unter Kapitel 5:A.II.2.c (ab S. 240).

1336 Vgl. *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mangels klarer Abgrenzung die obligatorischen Regelungsinhalte mit der Folge fehlender Transparenz zu verwässern drohen.[1337]

bb. Haftungsregelungen

Insbesondere kann die Haftung untereinander für einen etwaigen Regress in den Grenzen des allgemeinen nationalen Schuldrechts frei verteilt und begrenzt werden.[1338] Es empfiehlt sich auch, die Haftung[1339] und die Erstattung von Auslagen zu regeln – vor allem im Hinblick auf einen möglichen Regress nach aufsichtsbehördlichen Maßnahmen[1340] oder etwa, um die Erstattung von Auslagen sicherzustellen, die im Zusammenhang mit Betroffenen-Anfragen aufgrund des Art. 26 Abs. 3 DSGVO und der korrespondierenden gesetzlichen Bearbeitungsbefugnis aller gemeinsam Verantwortlichen[1341] angefallen sind.

cc. Kooperationspflicht(en)

Das Vorsehen einer allgemeinen Kooperationspflicht zwischen den gemeinsam Verantwortlichen stellt sicher, dass diese sich auch der gegenseitigen Mitwirkung im Innenverhältnis gewiss sein können, um die im

1337 Hierzu auch schon unter Kapitel 5:A.II.2.b (ab S. 238).

1338 Ausführlich *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 11 ff.); *T. Becker*, in: Plath, Art. 82 Rn. 7; vgl. auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 97; vgl. *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 24); krit. *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244); im Hochschulkontext kann die Freistellung der Hochschullehrer gar verfassungsrechtlich geboten sein, nach *Schwartmann*, OdW 2020, 77 (83); zu der Praxis exzessiver Haftungsbegrenzungen (etwa auf 500 USD) durch US-Auftragsverarbeiter, die in gewissen Konstellationen auch als gemeinsam Verantwortliche in Betracht kommen *Flint*, Business Law Review 38 (2017), 171 (171).

1339 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 28; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (57); ebenfalls und zudem mit einem Gliederungsvorschlag der Vereinbarung *I. Conrad/Treeger*, in: Auer-Reinsdorff/I. Conrad, § 34, Rn. 337.

1340 Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Aufsichtsbehörde im Einzelfall maßgeblich von der Effektivität und weniger von dem Grad der Verantwortlichkeit leiten lässt. Dazu auch *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 94; *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 19 f.).

1341 Hierzu unter Kapitel 5:D.II (ab S. 371).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Außenverhältnis auferlegten Pflichten erfüllen zu können.[1342] Diese Kooperationspflicht kann konkretisiert werden, etwa wenn über die DSGVO hinausgehende Anforderungen an die Einschaltung von Auftragsverarbeitern – deren Einschaltung durch einen gemeinsamen Verantwortlichen oder mehrere gemeinsame Verantwortliche möglich ist – festgelegt werden sollen.[1343] Zudem ist eine Kombination mit Regelungen zur Vergütung für das Tätigwerden denkbar.[1344]

dd. Weitere mögliche Regelungen

Zusätzlich kann beispielsweise auch ein (gemeinsam) Verantwortlicher, der der betroffenen Person gegenüber tritt und mit ihr einen Vertrag schließt, zum Abschluss eines/einer (wirksamen) Haftungsausschlusses/-begrenzung mit der betroffenen Person[1345] verpflichtet werden. Die gemeinsam Verantwortlichen können sich außerdem zur Implementierung von Schutzmechanismen, wie etwa einer Pseudonymisierung, verpflichten, um so eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO beeinflussen zu können.[1346] Daneben bieten sich Regelungen zur Vertragsdauer und dem Vorgehen nach Beendigung der vertraglichen Beziehungen,[1347] zu dem Umgang mit Änderungen (Change Management),[1348] zur Rechtswahl für das Innenverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen,[1349] zur Kündigung[1350] sowie allgemeine Regelungen zu Gerichtsstand, Schlichtungs- und Schiedsvereinbarungen und Vertraulichkeitsvereinbarungen (NDA) an.[1351]

1342 *Laue*, in: Laue/Kremer, § 1, Rn. 60; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 34; *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 20.
1343 *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 30.
1344 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 97; vgl. *AG Mannheim*, NZM 2020, 70 (Rn. 32 ff.).
1345 *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 39.
1346 *P. Voigt*, CR 2017, 428 (433); *P. Voigt*, in: Bussche/P. Voigt, Teil 3 Kap. 5, Rn. 24.
1347 *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 22.
1348 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 59; hierzu und übersichtlich zu weiteren möglichen Regelungen *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 36.
1349 Vgl. *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 13.
1350 Hierzu und auch zu weiteren Regelungen *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1039).
1351 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (57) mit detailliertem Muster-Aufbau; *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ee. Festlegungen in der Vereinbarung zu Dokumentationszwecken

Zuletzt kann die Vereinbarung nicht nur dazu genutzt werden, festzuhalten, wie Informationspflichten (insbesondere Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO) erfüllt werden sollen,[1352] sondern auch um die Information der übrigen gemeinsamen Verantwortlichen über Besonderheiten des jeweiligen nationalen Rechts zu dokumentieren.[1353] Soll die Vereinbarung als Vertrag abgeschlossen werden, bieten sich dazu Anerkennungs-/„acknowledge"-Klauseln[1354] an. So könnten sich die gemeinsam Verantwortlichen gegenseitig über mögliche gesetzliche Offenlegungspflichten (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a Hs. 2 DSGVO)[1355] in ihrem Mitgliedstaat informieren und auch Regressregelungen für diesen Fall treffen. Nach vorzugswürdiger Auffassung[1356] besteht insoweit jedoch schon keine gemeinsame Verantwortlichkeit, sodass die Auswirkungen auf die übrigen (zuvor) gemeinsam Verantwortlichen geringer sind.

4. Wirkung der Vereinbarung

Die Vereinbarung wirkt nicht konstitutiv für das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit,[1357] andernfalls würden entgegen dem Telos des Art. 26

1352 So kann es sich etwa anbieten, das Wesentliche im Sinne von Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO bereits in eine Vertragsanlage aufzunehmen, entsprechend der Empfehlung von *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 15.

1353 Die Dokumentation dieser Information könnte einer möglichen Anfechtung der auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung aufgrund arglistiger Täuschung entgegengehalten werden. Regelmäßig wird eine Anfechtung, etwa auf Grundlage einer arglistigen Täuschung (§§ 142 Abs. 1, 123 BGB), im deutschen Recht bereits an dem Nachweis der Kausalität scheitern. Dies gilt umso mehr, da die Wertung der DSGVO hinsichtlich des freien Verkehrs personenbezogener Daten in der Union (Art. 1 Abs. 3 DSGVO) und der Hinnahme unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Verpflichtungen (insb. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c DSGVO) zu berücksichtigen ist. Unabhängig davon würde eine solche Anfechtung u.a. auch die Verletzung einer Aufklärungspflicht oder entsprechende Nachfragen voraussetzen.

1354 Etwa: „Die Partei erkennt an …" bzw. „The party acknowledges …". S. dazu ein Beispiel bei *Zander*, in: Walz, E. 1.

1355 *Monreal*, PinG 2017, 216 (225).

1356 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

1357 Kapitel 4:C.III.3 (ab S. 168). Zum umgekehrten Fall des Abschlusses eines (Auftragsverarbeitungs-)Vertrags zur Verhinderung gemeinsamer Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.II.2.b (ab S. 146).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DSGVO intransparente, nicht-manifestierte Formen der Zusammenarbeit honoriert werden (vgl. etwa Art. 26 Abs. 3 DSGVO). Die Festlegung in der Vereinbarung kann allerdings dann mit der Begründung gemeinsamer Verantwortlichkeit zeitlich eng zusammenfallen, wenn die Parteien erst in der Vereinbarung gemeinsam die Zwecke und Mittel festlegen und auf dieser Basis mit der Verarbeitung beginnen.[1358] Zudem gibt es mangels unmittelbaren Zusammenhangs mit einer Verarbeitung – wie es etwa bei dem Fehlen einer Rechtsgrundlage nach Art. 6, 9 DSGVO der Fall wäre – keinen Automatismus, wonach eine nicht den Anforderungen entsprechende Vereinbarung zur Rechtswidrigkeit zugehöriger Verarbeitungen führt.[1359] Die Vereinbarung entfaltet jedoch in anderer Hinsicht Wirkungen.

a. Rechtsverhältnis zwischen den gemeinsam Verantwortlichen

Das Rechtsverhältnis zwischen den gemeinsam Verantwortlichen kann – muss jedoch nicht, da es sich nicht um eine vertragliche Vereinbarung handeln muss[1360] – durch die Vereinbarung maßgeblich bestimmt und ausgestaltet werden, etwa indem vertraglich die Möglichkeit zum Regress vorgesehen wird. Der Abschluss der Vereinbarung kann, insbesondere wenn dies als Vertrag erfolgt, im deutschen Recht ein maßgeblicher Schritt zur Einordnung der Zusammenarbeit als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) bzw. als offene Handelsgesellschaft (§§ 105 ff. HGB) sein.[1361]

b. Auswirkungen auf Ansprüche der betroffenen Personen

Nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO kann die betroffene Person „ungeachtet der Einzelheiten der Vereinbarung […] ihre Rechte im Rahmen dieser Verordnung bei und gegenüber“ („his or her rights under this Regulation in respect of and against“) jedem einzelnen der gemeinsam Verantwortlichen

1358 *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 25.
1359 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).
1360 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).
1361 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:D.I (ab S. 366).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geltend machen.[1362] Das umfasst mangels Einschränkung im Wortlaut und angesichts der Erwähnung außerhalb des 3. Kapitels sämtliche Betroffenen-Rechte i.w.S.[1363] und nicht nur die nach dem 3. Kapitel (Art. 12 ff. DSGVO).[1364] Damit ist auch – wie es aus der englischen Sprachfassung deutlicher hervorgeht – „the *right* to receive compensation" (Hervorhebung durch den Verf.) nach Art. 82 DSGVO umfasst,[1365] wobei insoweit ohnehin die speziellere Regelung des Art. 82 Abs. 4 DSGVO greift.[1366]

Der Vorschlag des Art. 77 Abs. 2 DSGVO-E(PARL)[1367] – der heutige Art. 82 DSGVO –, der eine gesamtschuldnerische Haftung nur vorsah, wenn die Verantwortlichkeiten nicht ausreichend in der Vereinbarung festgelegt sind, hat sich ebenso wenig wie der in seiner Rechtsfolge vergleichbare Art. 24 Abs. 3 S. 2 DSGVO-E(RAT)[1368] durchgesetzt. Das Risiko der Aufteilung der Rollen und Funktionen zwischen den Verantwortlichen soll nämlich nicht zulasten der betroffenen Person gehen.[1369] Insbesondere geht auch eine fehlende Klarheit der internen Pflichtenverteilung oder eine fehlende Transparenz der Zurverfügungstellung nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO nicht zulasten der betroffenen Personen.[1370] Selbst wenn die Vereinbarung hinreichend klar die Verantwortlichkeiten abgrenzt, soll den betroffenen Personen offensichtlich nach der DSGVO im Einklang mit der Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte[1371] nicht die Auseinandersetzung mit den bereitgestellten Informationen zugemutet werden.

Die Inhalte der Vereinbarung wirken sich also im Außenverhältnis nicht nachteilig gegenüber betroffenen Personen im Hinblick auf ihre Rechte

---

1362 Ausführlich zu den Auswirkungen auf Betroffenen-Rechte unter Kapitel 5:B.III (ab S. 321) sowie auch schon unter Kapitel 5:A.II.3.c.bb (ab S. 256).
1363 Zu diesem Begriff unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).
1364 So wohl auch *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 19.
1365 Unklar bei *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 37.
1366 *Horn*, in: Knyrim, S. 159; dazu auch *Stalla-Bourdillon/Pearce/Tsakalakis*, CLSR 34 (2018), 784 (800, 805 ff.). Hierzu auch unter Kapitel 5:B.I.1.d (ab S. 306).
1367 S. auch *EP*, Bericht A7-0402/2013, S. 119, 555 ff.
1368 Dieser sah eine Ausnahme von der gesamtschuldnerischen Haftung für den Fall vor, dass „die betroffene Person in transparenter und eindeutiger Form darüber informiert wurde, welcher der gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen zuständig ist, es sei denn, eine solche Vereinbarung […] ist im Hinblick auf die Rechte der betroffenen Person unbillig".
1369 *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 18.
1370 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 37; *Horn*, in: Knyrim, S. 163.
1371 Hierzu ausführlich unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus. Die Beschränkung auf die Rechte betroffener Personen in Art. 26 Abs. 3 DSGVO führt nicht dazu, dass betroffene Personen sich insoweit nicht auf zentrale Normen wie Art. 5, 6, 9 DSGVO berufen können. Bei diesen Normen handelt es sich zwar nicht um Betroffenen-Rechte, aber die Norminhalte werden mittelbar bei der Geltendmachung von Betroffenen-Rechten relevant. So kann die Geltendmachung eines Löschungsanspruchs etwa auf das Fehlen eines Erlaubnistatbestands nach Art. 6, 9 DSGVO gestützt werden (Art. 17 Abs. 1 lit. b, d DSGVO)[1372] und ein Berichtigungsanspruch nach Art. 16 DSGVO steht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Richtigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO. Auch im Rahmen von Schadensersatzansprüchen nach Art. 82 DSGVO, für die Art. 82 Abs. 4 DSGVO eine gesamtschuldnerische Haftung beteiligter[1373] gemeinsam Verantwortlicher anordnet, können sich betroffene Personen auf einen Verstoß der Art. 5, 6, 9 DSGVO gegenüber gemeinsam Verantwortlichen ungeachtet der Einzelheiten einer Vereinbarung berufen. Ein etwaiger Regress im Innenverhältnis nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO unter Berücksichtigung der Einzelheiten der Vereinbarung bleibt unberührt.[1374]

c. Vereinbarung als organisatorische Maßnahme

Die Festlegungen in der Vereinbarung stellen, auch durch die Ermöglichung der Selbstkontrolle[1375] und durch die Transparenz[1376] eine organisatorische Maßnahme im Sinne von Art. 24 Abs. 1, Art. 32 Abs. 1 DSGVO dar.[1377] Die Vereinbarung kann zum einen, abhängig von ihren Inhalten, den Nachweis erleichtern, dass der jeweilige (gemeinsam) Verantwortliche neben den in Art. 26 DSGVO normierten auch weitere Pflichten einhält bzw. Maßnahmen diesbezüglich ergreift und zum anderen durch eine klare Verantwortlichkeitszuteilung die Sicherheit und Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten im Einzelfall erhöhen. Die Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO kann also Funktionen erfüllen, die über solche im unmittelbaren Zusammenhang mit der Zusammenarbeit hinausgehen.

1372 *Paal*, in: Paal/Pauly, Art. 17 Rn. 24, 26.
1373 Zu dem Begriff der Beteiligung unter Kapitel 5:B.I.1.a.bb (ab S. 294).
1374 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).
1375 *Jandt*, in: Kühling/Buchner, Art. 32 Rn. 15.
1376 Erwägungsgrund 78 S. 3 DSGVO.
1377 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 171; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 137.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d. Auswirkungen auf den Grad der Verantwortlichkeit und die Beweislast

Während die gemeinsam Verantwortlichen mit der Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO Einfluss auf den Grad der Verantwortlichkeit nehmen können,[1378] bringt die Festlegung der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen nach Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO aufgrund der Vermutung der Richtigkeit der Darstellung den gemeinsam Verantwortlichen einen möglichen Beweis-/Nachweisvorteil. Die gemeinsam Verantwortlichen sind insoweit grundsätzlich an ihre Festlegungen gebunden.[1379] Dies wirkt sich – worauf im Detail unter den jeweiligen Abschnitten einzugehen sein wird – vor allem im Rahmen eines Regresses nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO zwischen den gemeinsam Verantwortlichen[1380] als auch im Rahmen von Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 58, 83 f. DSGVO und Rechtsmitteln gegen diese Aufsichtsmaßnahmen[1381] aus.

III. Bereitstellung des Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO)

Nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO ist der betroffenen Person durch die gemeinsam Verantwortlichen[1382] das Wesentliche[1383] der Vereinbarung zur Verfügung zu stellen. Im Unterschied zu den übrigen Pflichten aus Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 2 S. 1 DSGVO wird den betroffenen Personen dadurch ein subjektives Recht eingeräumt.[1384] Die Pflicht ist zudem insoweit unabhängig von den übrigen Pflichten im Zusammenhang mit der Vereinbarung zu betrachten, als dass ihre Verletzung nicht zur Unbeachtlichkeit der Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO oder der Vereinbarung im Übrigen führt.[1385]

1378 Hierzu bereits unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255). *J. Schneider*, DSGVO, S. 281 spricht in diesem Zusammenhang davon, dass gemeinsam Verantwortliche den „Zuordnungsmaßstab" für den Ausgleich zwischen ihnen festlegen können.

1379 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 50.

1380 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).

1381 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.III.4.d.bb (ab S. 351).

1382 *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 25.

1383 Zutreffend auf diese korrekte Schreibweise hinweisend *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 31.

1384 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 11.

1385 *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Einordnung des Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO

Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO konkretisiert den Transparenzgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO.[1386] Da die Information sich an die gleichen Adressaten[1387] wie die nach Art. 12-14 DSGVO richtet und ebenfalls der Transparenz i.e.S.[1388] dient, können die hierzu normierten Grundsätze Anwendung finden[1389] – Ausnahmen nach Art. 13 Abs. 4, Art. 14 Abs. 4 DSGVO eingeschlossen.[1390] Die Information soll der betroffenen Person nämlich ebenfalls einerseits als Ausprägung der Transparenz i.e.S. ein Verständnis über die Verarbeitungsvorgänge bzw. die Zusammenarbeit ermöglichen und andererseits die effektive Wahrnehmung ihrer Betroffenen-Rechte unter anderem nach Art. 15-22 DSGVO erleichtern.[1391] Letzteres gelingt, indem die betroffene Person Gewissheit darüber hat, an wen sie sich im Hinblick auf welchen Datenverarbeitungsvorgang für eine möglichst schnelle Bearbeitung wenden kann.[1392]

Die betroffene Person wird im Hinblick auf die Informationspflichten letztlich so gestellt als hätte sie es nur mit einem Verantwortlichen zu tun,[1393] indem die zusätzlichen Informationen auch das Informationsdefizit kompensieren, das bei separater Betrachtung der Datenschutz-Erklärungen der gemeinsam Verantwortlichen mangels Verknüpfung der Informationen aus den unterschiedlichen Datenschutz-Erklärungen entstehen würde.

1386 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); *Horn*, in: Knyrim, S. 161; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 4; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 60; vgl. auch *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 2; sowie *Herbst*, in: Auernhammer, § 63 Rn. 13.

1387 Damit abweichend von den Adressaten der Vereinbarung selbst, vgl. unter Kapitel 5:A.II.2.b (ab S. 238).

1388 Zu diesem Begriff unter Kapitel 3:B.V.1 (ab S. 74). So wohl auch *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3 f.

1389 So i.E. auch *Weichert*, DANA 2019, 4 (7); damit ist gegenüber Kindern auch Art. 12 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 DSGVO zu beachten, vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 25; a.A. *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 74.

1390 *Tribess/Spitz*, GWR 2019, 261 (264 f.).

1391 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35.

1392 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, S. 27.

1393 *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Form der Zurverfügungstellung

Aus diesen teleologischen und systematischen Erwägungen heraus ist auch im Hinblick auf die Form bei der Auslegung des Begriffs der Bereitstellung („made available") eine Orientierung an Art. 12 Abs. 1 S. 2 DSGVO und Erwägungsgrund 58 DSGVO geboten,[1394] d.h. die schriftliche oder elektronische Form im Sinne der DSGVO ist regelmäßig[1395] notwendig, um dauerhaft Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten.[1396] Eine mündliche Überlieferung ist damit nicht ausreichend.[1397] In Anlehnung an Erwägungsgrund 58 S. 2 DSGVO könnte die Bereitstellung auf einer Internetseite[1398] und/oder im Rahmen der Datenschutz-Erklärung[1399] diesen Anforderungen gerecht werden.

3. Antragserfordernis

Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO weicht allerdings in seinem Wortlaut mit der Bereitstellung („made available") von dem der Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO, die ein Mitteilen bzw. Zurverfügungstellen (jeweils „provide") verlangen, ab. Dies nehmen einige zum Anlass, die Bereitstellung des Wesentlichen erst auf Anfrage der betroffenen Person ausreichen zu lassen.[1400]

1394 So auch *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 46; *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 3.

1395 Art. 12 Abs. 1 S. 2 DSGVO lässt auch eine „andere […] Form" zu. Hierzu *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, Rn. 17-19.

1396 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 73; *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 15; *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 46.

1397 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 29; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 213; ähnlich *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 46; eingeschränkt für Telefonate *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, S. 23; dazu auch *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12.

1398 *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 4; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 213; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 35; *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 8.

1399 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 17; *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (403); *Schrey*, in: Rücker/Kugler, D., Rn. 507; *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 33.

1400 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 179; *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35; *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 17; *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1032); unklar, aber

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Anhaltspunkte im Wortlaut und Systematik für ein Antragserfordernis

Für ein Antragserfordernis ließe sich zudem die Verwendung des Singulars („der betroffenen Person" bzw. „to the data subject"),[1401] also der Bezug zu einer konkretisierten betroffenen Person statt aller betroffenen Personen, anführen. Auch der fehlende Verweis auf Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO in Art. 12 DSGVO legt nahe, dass es sich um eine besondere Informationspflicht handeln könnte, die nicht zwangsläufig den gleichen Bedingungen wie Art. 13, 14 DSGVO unterliegt.[1402] Dies scheint die Auslagerung in Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO und damit fehlende Nennung im Katalog der Art. 13, 14 DSGVO zu bestätigen.[1403]

b. Sinn und Zweck sowie Systematik im Übrigen

Allerdings zeigen neben den teleologischen Überschneidungen mit Art. 13, 14 DSGVO auch das Erfordernis zur Nennung im Verarbeitungsverzeichnis (Art. 30 Abs. 1 lit. a DSGVO) sowie im Rahmen einer Konsultation (Art. 36 Abs. 3 lit. a DSGVO), dass der Gesetzgeber der Information, ob und mit wem eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, durchaus eine Bedeutung zumisst. Insbesondere lässt sich der Unterschied zwischen den ähnlich formulierten Art. 30 Abs. 1 lit. a DSGVO und Art. 13 Abs. 1 lit. a, b DSGVO bzw. Art. 14 Abs. 1 lit. a, b DSGVO[1404] wohl damit erklären, dass der Gesetzgeber aufgrund von Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO davon ausging, dass die betroffene Person diese Information (zeitgleich) übermittelt bekommt und daher, anders als bei Art. 30 DSGVO, insoweit kein Bedarf zur Nennung in Art. 13, 14 DSGVO besteht. Dass erst mit Art. 24 DSGVO-E(PARL) und damit im späteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eine dem jetzigen Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO entsprechende Rege-

---

nicht auszuschließen, nach *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 16; diskutabel nach *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 22.

1401 Dies ebenfalls anmerkend, wenn auch daraus nur lesend, dass das Wesentliche nicht alles im Sinne des S. 1 meinen soll, *J. Schneider*, DSGVO, S. 280.

1402 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (293 f.).

1403 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 22; vgl. noch den dahingehenden Vorschlag des *LIBE*, 2012/0011(COD), S. 94 f.

1404 „[…] den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen *und gegebenenfalls des gemeinsam mit ihm Verantwortlichen*, des Vertreters des Verantwortlichen sowie eines etwaigen Datenschutzbeauftragten […]", Hervorhebung der Besonderheit des Art. 30 Abs. 1 lit. a DSGVO durch den Verf.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung vorgesehen wurde, legt alternativ die Vermutung eines gesetzgeberischen Versehens nahe.[1405]

Im Übrigen hat der europäische Gesetzgeber durchaus an mehreren Stellen die Bereitstellung von Informationen erst auf Anfrage vorgesehen und dabei in der deutschen Sprachfassung auf den gleichen Wortlaut wie in Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO, *ergänzt um das Antragserfordernis*, zurückgegriffen (z.B. in Art. 30 Abs. 4, Art. 47 Abs. 1 lit. j, Art. 57 Abs. 1 lit. e DSGVO). Wäre ein Antragserfordernis für die Bereitstellung der Informationen nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO gewollt gewesen, hätte eine vergleichbare Formulierung nahegelegen. Betrachtet man etwa in der englischen Sprachfassung die Verwendung von „made available" (Art. 13 Abs. 1 lit. f, Art. 14 Abs. 1 lit. f, Art. 59 S. 3 DSGVO), so fällt auf, dass diese Regelungen (ebenfalls) keinen Antrag voraussetzen.

c. Berücksichtigung grundrechtlicher Positionen

Mit Blick auf die grundrechtliche Dimension des Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO – Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRCh kann auch die Auskunft ohne Antrag und damit erst recht eine entsprechende Information ohne Antrag erfordern[1406] – ist jedenfalls sicherzustellen, dass die betroffene Person überhaupt die Information über das „Ob" einer datenschutzrechtlich relevanten Zusammenarbeit wahrnehmen kann. Ein Offenlegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit erst auf Anfrage ist damit unzureichend. Der betroffenen Person würden dann nämlich essenzielle Informationen für die Geltendmachung ihrer Rechte (vgl. etwa Art. 26 Abs. 3 DSGVO) fehlen und die Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte[1407] wäre nicht gewährleistet. Eine „klare Zuteilung der Verantwortlichkeiten"[1408] zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen wäre zudem dann kein Gewinn (mehr), wenn die betroffene Person irgendwann, nach einigen Verarbeitungsvorgängen, die Information erhält – oder gar erst auf Anfrage.[1409] Bereits ab dem ersten Verarbeitungsvorgang kann sich das Bedürfnis der Geltendmachung von Betroffenen-Rechten oder des bloßen Wissens um die Vorgänge einstellen. Ein vorgelagertes Betroffenen-Recht auf Anfrage

1405 Vgl. aber den Vorschlag des *LIBE*, 2012/0011(COD), S. 94 f.
1406 *Frenz*, Handbuch Europa-Recht IV, Rn. 1398.
1407 Zu diesem Begriff unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).
1408 Erwägungsgrund 79 DSGVO.
1409 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 116.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der betroffenen Personen, um dann einige Zeit nach Erhalt der begehrten Information die übrigen Betroffenen-Rechte effektiv ausüben zu können, läuft nicht nur dem Sinn und Zweck des Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO, sondern auch dem des Art. 12 Abs. 3 DSGVO, der eine schnelle Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen vorsieht, zuwider.

d. Zwischenergebnis

Daher bedarf es keines Antrags der betroffenen Person, sondern die Informationen sind für sie leicht zugänglich bereitzustellen.[1410]

4. Zeitpunkt und Anforderungen an das Zurverfügungstellen im Übrigen

Neben dem Antragserfordernis werden auch die Möglichkeit einer passiven Zurverfügungstellung[1411] oder einer Zurverfügungstellung zu einem späteren Zeitpunkt als nach Art. 12-14 DSGVO[1412] vereinzelt aus dem Wortlaut abgeleitet. Mit Blick auf die oben angeführte Bedeutung der Information für die Möglichkeit der effektiven Ausübung der Betroffenen-Rechte und die teleologischen Parallelen zu Art. 13, 14 DSGVO sind beide vorgeschlagenen Abschwächungen des Informationserfordernisses aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO abzulehnen. Stattdessen sind die Informationen im Gleichlauf mit Art. 13, 14 DSGVO zur Verfügung zu stellen.[1413]

Dies ist praktisch kaum nachteilhaft für gemeinsam Verantwortliche, da den Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1, 2, Art. 14 Abs. 1, 2 DSGVO[1414] beispielsweise regelmäßig[1415] durch eine über die Website

---

1410 Vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 258, S. 17.

1411 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (293); ähnlich *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 66.

1412 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 22; *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 16.

1413 So auch *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 3; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); wohl ebenfalls *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3 f.; diff. *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12 f.

1414 Zu möglichen Unterschieden zwischen den jeweiligen Abs. 2 und Abs. 1 ablehnend *Mester*, in: Taeger/Gabel, Art. 13 Rn. 17 m.w.N.; instruktiv hierzu *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 13 Rn. 28 ff.

1415 Soweit personenbezogene Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, ist Art. 14 Abs. 3 DSGVO mit abweichenden Anforderungen zu beachten.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Verantwortlichen gut zugängliche[1416] Datenschutz-Erklärung Genüge getan werden kann,[1417] sodass insbesondere die Anforderung „zum Zeitpunkt der Erhebung" ohnehin weit auszulegen ist.

5. Das „wesentliche"

Der betroffenen Person ist nur „das wesentliche" der Vereinbarung zur Verfügung zu stellen, Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO.

a. Begriff des Wesentlichen

Der Begriff des Wesentlichen erfährt keine nähere Erläuterung durch die DSGVO.

Auch ein Blick auf die Gesetzgebungshistorie liefert keine Anhaltspunkte. Zwar war nach Art. 24 Abs. 3 DSGVO-E(RAT) noch die Zurverfügungstellung des Kerns vorgesehen, sodass die Änderung für ein weites Begriffsverständnis des Wesentlichen sprechen könnte.[1418] Allerdings wurde in der englischen Fassung durchgehend – bishin zum finalen Art. 26 Abs. 3 DSGVO – „the essence" verwendet. Es handelt sich also lediglich um eine Änderung der deutschen Übersetzung mit der finalen Fassung. Die Systematik, namentlich die Aufnahme der Regelung als S. 2 des Art. 26 Abs. 2 DSGVO, legt jedoch einen Bezug vor allem auf die Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen (vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) nahe.[1419]

In Anbetracht des erläuterten[1420] Schutzzwecks ergeben sich Anhaltspunkte für die Auslegung des Merkmals „wesentlich". Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass die betroffene Person durch eine klare Verteilung der Zuständigkeiten wissen soll, an welchen Verantwortlichen sie sich für

---

1416 Hierzu auch im Kontext des Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 12.

1417 Vgl. Erwägungsgrund 58 S. 2 DSGVO und vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 258, S. 17; *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 13 Rn. 22; zust. *Mester*, in: Taeger/Gabel, Art. 13 Rn. 37; zust., wenn auch mit Einschränkungen, *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, Art. 13 Rn. 59; jedenfalls bei Online-Formularen strengere Anforderungen stellend *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, Rn. 36.

1418 *Horn*, in: Knyrim, S. 161.

1419 *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 16.

1420 Kapitel 5:A.III (ab S. 277).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die voraussichtlich effektivste Durchsetzung ihrer Rechte wenden kann – jedoch nicht muss.[1421] Danach soll die betroffene Person einen Überblick über die zentralen Eckpunkte der Zusammenarbeit, insbesondere über die Aufgabenverteilung und die einzelnen Verarbeitungsvorgänge, bekommen.[1422] Da diese Information neben der Transparenz i.e.S.[1423] vor allem der Effektivität der Betroffenen-Rechte dient, sind auch die Bestandteile der Vereinbarung, aus denen die betroffene Person Rechte ableiten kann[1424] oder, die relevant sind für die Ausübung ihrer Betroffenen-Rechte,[1425] in einer für die betroffenen Person[1426] verständlichen Form (vgl. Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSGVO) zur Verfügung zu stellen. Somit nimmt Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO entgegen der insoweit missglückten Systematik auch auf Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO Bezug.

Das Wesentliche umfasst allerdings nur Besonderheiten, die sich auf Grund der gemeinsamen Verantwortlichkeit und aus der geschlossenen Vereinbarung gegenüber den bereits nach Art. 13, 14 DSGVO zur Verfügung gestellten Informationen ergeben. Eine (vollständige)[1427] Analogie zu Art. 13, 14 DSGVO[1428] ist schon deshalb nicht notwendig, weil die betroffene Person dann gegebenenfalls Informationen – verglichen mit den separaten Datenschutz-Erklärungen – doppelt erhalten würde. Ein derartiger „information overload" würde jedoch dem Transparenzgrundsatz zu widerlaufen.[1429]

Die Beschränkung auf das Wesentliche schützt zugleich das kommerzielle Interesse der gemeinsam Verantwortlichen an der Geheimhaltung von den übrigen, nicht-datenschutzrelevanten Inhalten der Zusammenarbeit.[1430] Fakultative Regelungsinhalte wie kommerzielle Vertragsentschei-

---

1421 *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 32 f.
1422 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 16.
1423 Zu diesem Begriff unter Kapitel 3:B.V.1 (ab S. 74).
1424 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402).
1425 *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (294); *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 44 f.; ähnlich *Dovas*, ZD 2016, 512 (515); und auch *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 12; sowie *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 32.
1426 Diese als Adressaten hervorhebend *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 12.
1427 Eingeschränkt jedoch als Orientierung heranzuziehen nach *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 178.
1428 So *Horn*, in: Knyrim, S. 161.
1429 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 117; vgl. auch allgemein zum „information overload" *M. Voigt*, Einwilligung, S. 87-89, 436-438.
1430 *Horn*, in: Knyrim, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dungen, die Provisionsverteilung,[1431] Haftungsregelungen[1432] und Vertraulichkeitsvereinbarungen[1433] sind daher nicht wesentlich.[1434] Auch sonstige Geschäftsgeheimnisse, wie eingesetzte interne Verfahren oder gar einzelne Quellcode-Auszüge, sind nicht umfasst.[1435]

b. Anforderungen im Einzelnen

Aus dem Vorherigen lassen sich konkrete Anforderungen an die bereitzustellenden Informationen ableiten.

aa. Name und Kontaktdaten der gemeinsam Verantwortlichen sowie gegebenenfalls Kontaktdaten der Vertreter und Datenschutzbeauftragten

Konkret ist grundsätzlich die Angabe aller[1436] gemeinsam Verantwortlichen und der jeweiligen Kontaktdaten sowie gegebenenfalls der Kontaktdaten der Vertreter und Datenschutzbeauftragten notwendig, vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. a, b, Art. 14 Abs. 1 lit. a, b, Art. 30 Abs. 1 lit. a DSGVO und Erwägungsgrund 39 S. 4 DSGVO.[1437] Dies ergibt sich zudem aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO. Da die betroffene Person gegenüber jedem einzelnen gemeinsam Verantwortlichen ihre Rechte geltend machen kann, ist die gebündelte Information darüber, wer die Verantwortlichen sind, und wie sie kontaktiert werden können – etwa unter Angabe von Internetseiten, die weitere Informationen enthalten –, wesentlich. Soweit es

1431 *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 15.
1432 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 64.
1433 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 16; *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 28.
1434 Vgl. auch die fehlende Nennung von Haftungsregelungen im Katalog des Art. 28 Abs. 3 S. 2 DSGVO.
1435 *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402 f.).
1436 So auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35; *LfDI BW*, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehr-licht-gemeinsame-verantwortlichkeit-sinnvoll-gestalten/; wohl ggf. die Nennung einer Anlaufstelle ausreichen lassend *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 11.
1437 So auch *Horn*, in: Knyrim, S. 161; wohl auch *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 17; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 9; ähnlich auch *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 396.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Einzelfall zahlreiche gemeinsam Verantwortliche gibt,[1438] ist im Sinne der Übersichtlichkeit und Transparenz die Angabe der Kategorien und eine Beschreibung ausreichend, die – gegebenenfalls mit Hilfe zusätzlicher Informationen – eine Identifizierung der gemeinsam Verantwortlichen ermöglicht.[1439] Dabei sind allerdings stets Kontaktdaten zumindest einer Stelle, wie etwa der Anlaufstelle (Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO), zur Verfügung zu stellen.

bb. Skizzierung der Zusammenarbeit unter Nennung der verfolgten Zwecke

Zudem sind grobe Angaben über die konkreten Rollen und verfolgten Zwecke (vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO)[1440] über alle sinnvoll zusammengefassten Verarbeitungsvorgänge hinweg zu machen.[1441] Letztlich geht es dabei um die Beschreibung des „Was", „Wie" und „Wofür". Die betreffenden Angaben sollten, angesichts der Adressaten, nicht – wie im Rahmen der Vereinbarung denkbar[1442] – technische Details beinhalten, sondern sollten sich auf möglichst allgemeinverständliche Beschreibungen beschränken.[1443] Es ist beispielsweise gegebenenfalls anzugeben, welche Auftragsverarbeiter oder Kategorien von Auftragsverarbeitern eingeschaltet werden sollen.[1444] Außerdem kann anzugeben sein, welcher gemeinsam Verantwortliche für den Betrieb der Plattform „verantwortlich" ist und welche Daten-Kategorien übermittelt werden[1445] bzw. aus welcher Quelle Daten kommen – was etwa relevant für etwaige Berichtigungsansprüche sein kann.[1446] Im Übrigen sind im Rahmen des Wesentlichen ebenfalls

1438 Vgl. hierzu schon unter Kapitel 5:A.II.2.b (ab S. 238).
1439 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12. Etwa der Verweis auf die Installation einer Software im Zusammenhang mit der Blockchain, soweit man hier eine gemeinsame Verantwortlichkeit animmt. Hierzu schon oben unter Kapitel 5:A.II.2.b (ab S. 238).
1440 *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 64; *Horn*, in: Knyrim, S. 161.
1441 Vgl. auch *LfDI BW*, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/mehr-licht-gemeinsame-verantwortlichkeit-sinnvoll-gestalten/.
1442 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.b (ab S. 249).
1443 Vgl. auch *Walter*, DSRITB 2016, 367 (368).
1444 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 122.
1445 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (505); *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12.
1446 *Frenz*, Handbuch Europa-Recht IV, Rn. 1396.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(grobe) Kernpunkte der Zusammenarbeit darzustellen, die Rückschlüsse auf die Gemeinsamkeit der Festlegungen zulassen, wie etwa getroffene Absprachen, Abhängigkeiten und Vertragsbeziehungen zwischen den Verantwortlichen.[1447]

Dies ermöglicht der betroffenen Personen einen Überblick darüber, mit welchen Daten welcher gemeinsam Verantwortliche in Kontakt kommt. Die betroffene Person kann so entscheiden, ob sie insgesamt das Risiko bei einem gemeinsam Verantwortlichen gegebenenfalls für zu hoch hält und/oder Betroffenen-Rechte konkret bei einem ausgewählten Verantwortlichen geltend machen möchte – etwa weil die Nähe zu dem konkreten Verarbeitungsvorgang dieses gemeinsam Verantwortlichen eine schnellere Bearbeitung ihrer Anliegen möglich erscheinen lässt oder die betroffene Person bereits Erfahrungen mit diesem gemeinsam Verantwortlichen gesammelt hat. Zudem kann die betroffene Person ihre Ersuchen, wie etwa Auskunftsersuchen, spezifizieren. Das kann vor allem bei umfangreichen Datensammlungen im Einzelfall Voraussetzung für die wirksame Geltendmachung von Betroffenen-Rechten sein.[1448]

Diese Erwägungen treffen ebenfalls auf die jeweils verfolgten Zwecke[1449] und Rechtsgrundlagen als Ausgangspunkt für zahlreiche Betroffenen-Rechte (vgl. etwa Art. 17 Abs. 1 lit. b, d DSGVO)[1450] zu, sodass auch diese anzugeben sind, vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c, Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO. Die verfolgten Zwecke sind auch deswegen wesentlich im Kontext des Art. 26 DSGVO, weil sie ein wichtiger Bestandteil für die Begründung gemeinsamer Verantwortlichkeit sind[1451] und die betroffene Person so etwa die Notwendigkeit und gegebenenfalls korrekte datenschutzrechtliche Einordnung einer Zusammenarbeit nachvollziehen kann.

Soweit die Dauer der Zusammenarbeit von vornherein feststeht oder ermittelbar ist, sind Angaben zu dieser oder gegebenenfalls zu den Kriterien für deren Bestimmung zu machen. Außerdem sind etwaige Endschaftsregelungen zu beschreiben, damit die betroffene Person sich ein Bild von möglichen Datenverarbeitungen nach Beendigung der Zusammenarbeit

1447 Vgl. Kapitel 4:C.III.6.b (ab S. 185).
1448 Jüngst *LG Heidelberg*, DuD 2020, 332 (333) m.w.N. und Verweis unter anderem auf Erwägungsgrund 63 S. 7 DSGVO.
1449 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35; *Horn*, in: Knyrim, S. 161; *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 17.
1450 *Horn*, in: Knyrim, S. 161.
1451 Kapitel 4:C.III.6.c (ab S. 189).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

machen kann.[1452] Zudem erhält die betroffene Person für den Moment der Beendigung der Zusammenarbeit einen Überblick über die „klare […] Zuteilung der Verantwortlichkeiten"[1453], sodass ihr auch insoweit eine effektive Geltendmachung der Betroffenen-Rechte möglich ist.

cc. Angaben zur Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO

Wie bereits dargelegt, sind auch Angaben zur Pflichtenzuteilung[1454] zu machen, da diese für die Ausübung der Betroffenen-Rechte trotz Art. 26 Abs. 3 DSGVO relevant sein können.[1455] Dazu bietet sich etwa eine Tabelle oder eine kurze Auflistung der Pflichten mit der Angabe der jeweiligen (internen) Zuteilung an. Die betroffene Person wird durch diese Angabe in die Lage versetzt, ihre durch Art. 26 Abs. 3 DSGVO gewährleistete Wahlfreiheit bezüglich des gemeinsam Verantwortlichen, dem gegenüber das Betroffenen-Recht geltend gemacht werden soll, effektiv auszuüben. Grundsätzlich sind für alle zuvor genannten zuweisungspflichtigen Regelungen, gegebenenfalls durch allgemeine Formulierungen oder subsidiäre Zuweisungen,[1456] Angaben zu machen. Die (differenzierte) Information über die Zuteilung von Pflichten, die nicht zugleich ein Betroffenen-Recht enthalten, ist angesichts der Formulierung des Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO nicht zwingend erforderlich.[1457]

Die Information darüber, wer welchen Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO nachkommt, ist nicht wesentlich, da diese keine Geltendmachung durch die betroffene Person voraussetzen.[1458] Entscheidend sind für die betroffene Person vielmehr die Fundstellen dieser Informationen. Die Fundstellen sind mithin anzugeben.

1452 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 35; *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 31.

1453 Erwägungsgrund 79 DSGVO.

1454 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255).

1455 So auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 178.

1456 Etwa: „Betroffenen-Rechte und weitere datenschutzrechtliche Pflichten werden im Übrigen durch X wahrgenommen".

1457 So i.E. auch *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 64, der dies jedoch mit der Verwendung von „gegenüber" in Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO begründet, das allerdings losgelöst von der Pflichtenzuteilung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO zu betrachten ist.

1458 Wohl ähnlich *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 33; anders aber *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 36; *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (402); und auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd. Anlaufstelle

Da es die Funktion einer Anlaufstelle erfordert,[1459] ist über die Anlaufstelle zu informieren,[1460] so denn eine solche nach Art. 26 Abs. 1 S. 3 DSGVO bestimmt wurde.

c. Beispiel einer Information nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO

Im Fall des oben[1461] dargestellten Content Delivery Networks Y und der Zusammenarbeit mit der Website-Betreiberin X könnten daher etwa folgende Informationen wesentlich sein, die mit der allgemeinen Datenschutz-Erklärung verbunden werden sollten:

X, [**Anschrift und Kontakt-Daten oder Website**] (**empfohlene Anlaufstelle**)**,** nutzt die Dienstleistungen von Y, [Anschrift und Kontakt-Daten oder Website], zur Ladezeitoptimierung und damit für die effektivere Öffentlichkeitsarbeit des Vereins. Y verwendet Daten für die Bearbeitung der Anfrage und darüber hinaus in aggregierter Form für die Optimierung der eigenen Dienste und zu Marketingzwecken.
Mit dem Aufruf einer Unterseite von x.de und einer damit verbundenen Anfrage, sendet ihr Browser automatisch eine Anfrage an y.de, um eingebundene Schriftarten schnell laden zu können. Es werden Anfrage-Daten (IP-Adresse, Geräte-Informationen, aufgerufene Website, Datum und Zeit) an y.de übermittelt. Y anonymisiert diese Daten unmittelbar. X löscht Anfrage-Daten unmittelbar, soweit diese nicht aus IT-Sicherheitszwecken für einige Minuten oder Stunden benötigt werden.
Für Ihre Betroffenen-Rechte und weitere Pflichten im Zusammenhang mit der Anfrage an y.de ist Y zuständig. X ist zuständig für die Anfrage an x.de. **Sie können jedes Ihrer Rechte jederzeit nach Ihrer Wahl gegenüber X oder Y geltend machen.**[1462]

Alternativ ist beispielsweise eine (verkürzte) Darstellung in Tabellenform (z.B. mit Spalten wie „Verantwortlicher", „Zwecke", „Daten-Kategorien", „Löschfrist", „Pflichten und Beiträge im Rahmen der Zusammenarbeit" und „Ablauf") oder unter Nutzung von verständlichen Symbolen denkbar.

1459 Hierzu bereits unter Kapitel 5:A.II.3.d (ab S. 266).
1460 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 13; *Horn*, in: Knyrim, S. 161; *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 27.
1461 Kapitel 5:A.II.3.b (ab S. 249).
1462 Im Sinne der Transparenz empfiehlt sich diese Hervorhebung in Anlehnung an Art. 21 Abs. 4 Hs. 2 DSGVO – insbesondere dann, wenn eine Anlaufstelle genannt wird und andernfalls die Unverbindlichkeit dieser Anlaufstelle nicht deutlich wird. Dies wohl im Sinne der Transparenz befürwortend *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Auswirkungen bei Änderungen der tatsächlichen Beziehungen

Sofern sich wesentliche Änderungen ergeben, etwa indem weitere gemeinsam Verantwortliche hinzukommen, entstehen die Pflichten zum jeweiligen Zeitpunkt nach Art. 26 DSGVO erneut.[1463] Das ergibt sich insbesondere aus dem Erfordernis, dass die Vereinbarung die tatsächlichen Beziehungen gebührend widerspiegeln muss (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO).

Abhängig von den Änderungen können die bisherige Vereinbarung und die nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO bereitgestellten Informationen ausnahmsweise weiterhin zur Erfüllung der Pflichten ausreichen. Dies ist etwa der Fall, wenn unter zahlreichen gemeinsam Verantwortlichen ein weiterer hinzutritt und die bisher angegebenen Kriterien zur Bestimmung der gemeinsam Verantwortlichen auch die Identifizierung des neu hinzugekommenen gemeinsam Verantwortlichen ermöglichen. Im Übrigen ist zwischen den in Art. 26 DSGVO enthaltenen Pflichten zu differenzieren.

1. Auswirkungen mit Blick auf Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO

Der betroffenen Person ist das Wesentliche der (neuen) Vereinbarung zur Verfügung zu stellen (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO).[1464] Dabei gelten für die Bekanntgabe der Änderungen die Anforderungen, die zu Art. 13, 14 DSGVO entwickelt wurden, d.h. es sind angemessene Informationswege, wie etwa eine Information per Email, per (Push-/Website-)Benachrichtigung oder Brief, zu wählen und Änderungen kenntlich zu machen.[1465] Hinsichtlich des Zeitpunkts bietet sich grundsätzlich die Orientierung an Art. 13 Abs. 3 DSGVO an. Art. 13 Abs. 3 DSGVO sieht im Fall einer Zweckänderung und damit – wie bei für Art. 26 DSGVO relevanten Änderungen – einer Veränderung wesentlicher Umstände der Datenverarbeitung die Information der betroffenen Personen über sämtliche wesentliche[1466] Änderungen *vor* der Weiterverarbeitung vor. Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* fordert darüber hinaus, die Informationen „frühzeitig vor dem tatsächlichen Wirksamwerden der Änderung“ zur Verfügung zu stel-

1463 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 116.
1464 *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 3.
1465 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, Rn. 29-31.
1466 *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 13 Rn. 26; *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, Art. 13 Rn. 72 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len.[1467] Abhängig von den Umständen des Einzelfalls, vgl. Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO, kann jedoch auch eine Information wenige Tage vor der beabsichtigen Änderung ausreichen. Bei Abweichungen aus der Sphäre nur einzelner gemeinsam Verantwortlicher und der verspäteten Information der übrigen gemeinsam Verantwortlichen ist jedenfalls die unverzügliche Anpassung notwendig.[1468] Der Transparenzgrundsatz erfordert hier regelmäßig einen strengeren Maßstab als, angelehnt an Art. 12 Abs. 3 S. 1 DSGVO, eine Reaktion bis zu 30 Tage ab Kenntnis. Die verspätete Zurverfügungstellung von Informationen durch einen gemeinsam Verantwortlichen an die übrigen gemeinsam Verantwortlichen ist im Rahmen des Grads der Verantwortlichkeit durch die Aufsichtsbehörden und bei Regressansprüchen zu berücksichtigen.

2. Auswirkungen mit Blick auf Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO

Außerdem entsteht auch die Pflicht zur Festlegung in der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO erneut. Da die Informationspflicht nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO die Festlegungen in der Vereinbarung voraussetzt, sind diese Festlegungen zeitlich vor der Information der betroffenen Personen bzw. spätestens zeitgleich mit dem Inkrafttreten der Änderungen zu überarbeiten. Wird diese Vorgabe nicht eingehalten, drohen nicht nur aufsichtsbehördliche Sanktionen. Es besteht zudem das Risiko, dass sich ein gemeinsamer Verantwortlicher nicht auf den Beweislastvorteil im Rahmen von Regressansprüchen[1469] oder auf eine Indizwirkung beim Vorgehen gegen aufsichtsbehördliche Maßnahmen berufen kann. Eine erst nach dem schadens- bzw. die Maßnahme auslösenden Ereignis angepasste Vereinbarung kann zwar regelmäßig bis zur letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz vorgebracht werden.[1470] Der Beweis- bzw. Indizvorteil droht aber dahinzuschwinden, wenn die Vereinbarung sich bezüglich der Pflichtenzuteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2

1467 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 260, Rn. 30.

1468 Ähnlich *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 115 f.; zur restriktiven Auslegung der Nachweispflicht, was sich auf den Zeitraum der Unverzüglichkeit auswirken kann, *Veil*, ZD 2018, 9.

1469 Es erscheint praktisch ohnehin kaum denkbar, dass ein gemeinsam Verantwortlicher, der gerade von einem anderen gemeinsam Verantwortlichen in Anspruch genommen wird, kurzfristig zu dessen Gunsten einer Anpassung der Vereinbarung zustimmt.

1470 Vgl. nur *Schenke*, JuS 2019, 833 (837).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DSGVO) und tatsächlichen Funktionen und Beziehungen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) nicht ausdrücklich auf den Zeitpunkt des auslösenden Ereignisses zurückbezieht oder im Rahmen der gerichtlichen Verhandlung ohnehin schon die tatsächlichen Verhältnisse abweichend ermittelt wurden und die Vereinbarung diesen Eindruck nicht mehr erschüttern kann.

B. (Außen-)Verhältnis gegenüber betroffenen Personen

Dem mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit unter anderem bezweckten Betroffenen-Schutz (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO)[1471] trägt die DSGVO auch durch Regelungen betreffend das Verhältnis unmittelbar zwischen den gemeinsam Verantwortlichen und den betroffenen Personen Rechnung.

I. Schadensersatz, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche der betroffenen Person

Zusätzlich zu Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen[1472] können betroffenen Personen bei erfolgten Datenschutzverstößen zur Kompensation[1473] etwaiger materieller oder immaterieller Schäden Schadensersatzansprüche zustehen. Neben der Ausrichtung vor allem auf die Vergangenheit erfüllt der Schadensersatz auch unter der DSGVO general-präventive Zwecke[1474] und ist damit teleologisch – wie etwa ein Unterlassungsanspruch – zugleich verhaltenssteuernd auf die Zukunft gerichtet.

1. Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO

Verstöße gegen die DSGVO, die zu einem Schaden „[einer] Person“[1475] geführt haben, lösen nach Art. 82 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 DSGVO – wobei

1471 Kapitel 3:B (ab S. 61).
1472 Hierzu insb. unter Kapitel 5:B.I.2 (ab S. 309).
1473 *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 4; *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2452). S. auch Erwägungsgrund 146 S. 6 DSGVO.
1474 *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 1.
1475 Zu der Aktivlegitimation *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 15 ff.; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 7; *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 9 ff.; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 82 Rn. 5; *Dickmann*, r+s 2018, 345 (346).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 lediglich den Anspruch aus Abs. 1 konkretisiert[1476] – Schadensersatzansprüche gegen die jeweiligen Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter aus.[1477] Der Begriff des Verantwortlichen schließt auch jeden gemeinsam Verantwortlichen ein.[1478] Wie Art. 82 Abs. 4 DSGVO mit der Anordnung der Haftung eines jeden (gemeinsam) Verantwortlichen für den gesamten Schaden zeigt, steht die Verwendung des Singulars in Art. 82 Abs. 1 DSGVO[1479] einer Inanspruchnahme mehrerer (gemeinsam) Verantwortlicher nicht entgegen.[1480]

a. Beteiligung an einer Verarbeitung als Voraussetzung für die Passivlegitimation

Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO setzen die Beteiligung an einer – für den Schaden kausalen („wegen")[1481] – Verarbeitung durch einen (gemeinsam) Verantwortlichen für dessen Passivlegitimation voraus.

aa. Verarbeitung

Die Verarbeitung kann auch mehrere Vorgänge als eine Vorgangsreihe umfassen (Art. 4 Nr. 2 DSGVO). Vorgänge, bei denen es zu Wechseln in der Verantwortlichkeit kommt, lassen sich entsprechend der zuvor entwickelten Kriterien[1482] allerdings oft nicht mehr als eine Vorgangsreihe und damit eine Verarbeitung zusammenfasssen.[1483] Dementsprechend

1476 *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 59; a.A. *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 8.

1477 Haftungsbeschränkungen sind jedoch möglich, *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 37 ff.; vgl. zuvor unter § 7 BDSG a.F. *Gabel*, in: Taeger/Gabel, § 7 Rn. 18; restriktiver hingegen *Dickmann*, r+s 2018, 345 (347). Hierzu auch schon unter Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269).

1478 *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 60.

1479 Auf einen entsprechenden Wortlaut unter der DSRL wies die *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 27 hin.

1480 Schon unter der DSRL *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 27.

1481 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 41; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2568); hierzu auch *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 (206 f.); hingegen eine Beteiligung an dem Schaden statt an der Verarbeitung verlangend *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 7.

1482 Ausführlich unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

1483 Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommt es grundsätzlich zu keinen unterschiedlichen Verantwortlichkeiten im Hinblick auf eine Verarbeitung, sodass sämtliche gemeinsam Verantwortliche für jeden Vorgang der einheitlichen Verarbeitung verantwortlich sind.

bb. Beteiligung

Es bedarf der Beteiligung an einer solchen Verarbeitung.

(1) Reichweite des Begriffs der Beteiligung

Durch die Verwendung des Begriffs der Beteiligung[1484] in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO könnte es zu einer Erweiterung der Haftung gegenüber dem bloßen Abstellen auf die Verantwortlichkeit kommen. Einige Stimmen in der Literatur hegen allerdings Zweifel daran, dass der Begriff der Beteiligung zu einer Ausweitung der Haftung führt.[1485] *Generalanwalt Bobek* hat sich ebenfalls, freilich unter der DSRL, gegen eine Ausweitung der Haftung auf Vorgänge ausgesprochen, auf die ein (zuvor) Verantwortlicher keinen unmittelbaren Einfluss mehr ausüben kann und von denen er womöglich nicht einmal Kenntnis hat.[1486]

(a) Wortlaut

In der englischen Sprachfassung wird – wie in der deutschen Sprachfassung – sowohl in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO als auch in Erwägungsgrund 146 S. 7 DSGVO weit gefasst auf „involved" abgestellt.[1487] Der Begriff der Beteiligung kann dabei als eine Form der Mitwirkung verstan-

1484 Vgl. auch Erwägungsgrund 146 S. 7 DSGVO.

1485 *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 16; *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 23; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 16; wohl auch *Bierekoven*, ITRB 2017, 282 (284 f.); *Lang*, DSB 2019, 206 (208); so wohl auch *Kollmar*, NVwZ 2019, 1740 (1742).

1486 S. insbesondere die englische Sprachfassung von *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 107.

1487 Etwa von *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 82 Rn. 5 geäußerte Zweifel an der redaktionellen Ausarbeitung der deutschen Sprachfassung greifen insoweit nicht durch.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den werden.[1488] Ein eindeutiger Bezug nur zur Verantwortlichkeit hätte stattdessen etwa in der deutschen Sprachfassung durch eine Formulierung wie „Jeder für eine Verarbeitung Verantwortliche …“ hergestellt werden können.

(b) Systematik

In systematischer Hinsicht verdeutlicht Art. 4 Nr. 7 DSGVO, dass die Verantwortlichkeit sich grundsätzlich nur auf Verarbeitungsvorgänge bezieht, über die die Stelle (mit-)entscheidet. Art. 83 Abs. 3 DSGVO stellt auf einen Verstoß eines Verantwortlichen „bei“ der Verarbeitung ab, greift also dieses enge Verständnis auf. In Abgrenzung hierzu ist der abweichende Wortlaut – sprich das Abstellen auf die „Beteiligung“ – in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO zu lesen. Zudem sind Art. 82 Abs. 3, 5 DSGVO als notwendiger Ausgleich des weit gefassten Tatbestands des Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO zu sehen.[1489]

(c) Regelungshistorie

Ein Blick auf Art. 23 Abs. 1 DSRL lässt sich nicht eindeutig für eine Seite fruchtbar machen, spricht jedoch eher für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs durch die Verwendung des Begriffs der Beteiligung in der DSGVO. Art. 23 Abs. 1 DSRL stellte auf einen unter anderem „wegen einer rechtswidrigen Verarbeitung“ entstandenen Schaden ab und setzt damit wohl (enger) eine Verantwortlichkeit für die schadensauslösende Verarbeitung voraus.[1490]

1488 Vgl. Wörterbuch Duden Online, Stichwort: beteiligen, https://www.duden.de/rechtschreibung/beteiligen.
1489 *Wybitul/Celik*, ZD 2019, 529.
1490 *Ehmann/Helfrich*, in: Ehmann/Helfrich, Art. 23 DSRL Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Zwischenergebnis und Vorschlag einer Definition des Begriffs

Angesichts des Wortlauts und der Systematik überzeugt es, den Begriff der Beteiligung weiter als den der bloßen Verantwortlichkeit anzusehen.[1491] In der Folge bedeutet dies, dass ein gemeinsam Verantwortlicher nicht nur an Verarbeitungen bzw. Verarbeitungsphasen[1492] beteiligt ist, über die er (mit-)entscheidet. Denn in solchen Fällen ist er bereits (gemeinsam) Verantwortlicher, ohne dass der weitere Begriff der Beteiligung notwendig wäre.

Die Beteiligung ist stattdessen als eine Form der Mitwirkung seitens eines gemeinsam Verantwortlichen zu verstehen, an die geringere Anforderungen zu stellen sind als an die Verantwortlichkeit. Die Beteiligung kann nach hier vertretener Auffassung als ein Entscheidungs- bzw. Festlegungsbeitrag verstanden werden, der für Datenverarbeitungen kausal geworden ist – unabhängig davon, ob der Beitrag im Hinblick auf die jeweilige Verarbeitung eine Verantwortlichkeit begründet –, wobei Verarbeitungen im Rahmen gesetzlich festgelegter Zuständigkeiten ausgenommen sind.

Ein gemeinsam Verantwortlicher ist demnach als Übermittelnder an allen Verarbeitungen beteiligt, die auf Grundlage der konkret übermittelten Daten erfolgen. Als Empfänger ist ein gemeinsam Verantwortlicher an allen Verarbeitungen beteiligt, die Grundlage für die spätere Übermittlung der konkreten Daten an ihn waren.[1493]

Gesetzlich abgegrenzte Verantwortungsbereiche,[1494] die etwa bei Übermittlungen an Behörden regelmäßig von Bedeutung sind, stehen einer weiteren Beteiligung entgegen. Es fehlt einem übermittelnden Verantwortlichen nämlich an jeglicher Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Verarbeitungen der Behörde und damit an einer „Beteiligung". Damit ist insoweit für einen Entlastungsbeweis (Art. 82 Abs. 3 DSGVO) – dem Korrektiv für den weitgefassten Tatbestand in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO – kein Raum. Im Fall der Anwendung des Entlastungsbeweises bestünde angesichts wohl stets möglicher Entlastung aber auch gar kein Bedürfnis,

1491 So auch *Paal*, MMR 2020, 14 (15); *Bergt*, ITRB 2018, 151 (152); *van Alsenoy*, JIPITEC 7 (2016), 271 (Rn. 62); *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 39; *Ambrock*, ZD 2020, 492 (496 f.); wohl auch *Horn*, in: Knyrim, S. 163, 166; *Wybitul/Celik*, ZD 2019, 529 (530); auch im Sinne von *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 47).

1492 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

1493 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 13; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 22; *Ambrock*, ZD 2020, 492 (496 f.).

1494 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Beteiligung auch auf die durch die Behörde nach der Übermittlung vorgenommenen Verarbeitungen zu erstrecken.

(2) Einschränkung durch das Erfordernis der Kausalität

Über die Kausalität als Tatbestandsmerkmal der Beteiligung und generell als Voraussetzung nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO kann es zu weiteren Einschränkungen im Einzelfall kommen. Voraussetzung ist insoweit das Vorliegen von äquivalenter und adäquater Kausalität sowie des Schutzzweckzusammenhangs bzw. eines hinreichend unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der Verarbeitung, für die eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit besteht, der schadensauslösenden Verarbeitung und dem Schaden.[1495]

Boehm geht entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass es regelmäßig an der adäquaten Kausalität der Übermittlung für einen später im Zusammenhang mit Verarbeitungen des Empfängers eingetretenen Schaden fehlen dürfte.[1496] Mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Entscheidungen des *EuGH* in den letzten Jahren darf dies bezweifelt werden. Die in der Vergangenheit bis vor den *EuGH* getragenen und damit besonders praxisrelevanten Verstöße betrafen vor allem Informationspflichten im Zusammenhang mit Übermittlungen.[1497] Die Verletzung dieser Informationspflichten erscheint aus Sicht des Übermittelnden – der regelmäßig Zugriff auf die (öffentlich zugänglichen) Informationen hat – aber nicht als besonders unwahrscheinlich[1498] und bewegt sich damit im Rahmen adäquater Kausalität.

Freilich ist die Kausalität im Rahmen der Beteiligung – und auch im Übrigen – durch die betroffene Person nachzuweisen.[1499] Dies wird umso schwerer fallen, je länger die Kette dazwischen liegender Verarbeitungen ist, für die die Stelle nicht mehr (gemeinsam) verantwortlich war.

1495 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 11, 13; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 16; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 41 will hierbei auf die in der (kartellrechtlichen) Rechtsprechung des *EuGH* entwickelten Kriterien abstellen.

1496 *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 16.

1497 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 16) – Wirtschaftsakademie; NJW 2019, 2755 (Rn. 103) – Fashion ID; *BGH*, GRUR 2020, 896 (Rn. 30).

1498 Vgl. nur *BVerwG*, NJW 2001, 1878 (1881 f.) m.w.N.

1499 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 48; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 46, 51.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Beispielhafte Anwendung auf den Fall eines Social Plugins

Bezogen auf die Einbindung eines Social Plugins eines sozialen Netzwerks bedeutet das Abstellen auf die Beteiligung: Der einbindende Website-Betreiber ist etwa an Vorgängen auf dem sozialen Netzwerk beteiligt, wenn die IP-Adresse des Website-Besuchers zu lange (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO) gespeichert wird und auch wenn die personenbezogenen Besuchsdaten für Besuchsstatistiken aggregiert werden. Der Website-Betreiber ist jedoch nicht beteiligt an Verarbeitungen der Betreiber des sozialen Netzwerks, soweit die Daten eines nicht durch ihn vermittelten Nutzers des sozialen Netzwerks Gegenstand der Verarbeitung sind. Im Fall einer Zusammenführung personenbezogener Daten liegt weiterhin eine Beteiligung vor, wenn auch nur ein einzelner von mehreren Datensätzen zuvor einmal übermittelt wurde. Erst mit einer Anonymisierung – solange und soweit sie nach dem Stand der Technik eine solche ist – entfällt die Beteiligung, da es dann an einer Verarbeitung (im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten) nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO bzw. der Anwendbarkeit nach Art. 2 Abs. 2 DSGVO fehlt.

(4) Differenzierung zwischen getrennter und gemeinsamer Verantwortlichkeit

Ob eine getrennte oder gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, ist unbeachtlich für eine mögliche Beteiligung.[1500] In Art. 77 Abs. 2 DSGVO-E(PARL) war hingegen noch eine Entlastungsmöglichkeit *speziell für gemeinsam Verantwortliche* unter Berufung auf die Vereinbarung nach dem jetzigen Art. 26 DSGVO vorgesehen. Nach Art. 82 DSGVO wirkt sich nun die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit auf Ebene der Passivlegitimation nicht materiell aus.

Im Gegensatz zu dem Modell der getrennten Verantwortlichkeit[1501] führt die gemeinsame Verantwortlichkeit praktisch aber zu einem Beweisvorteil. Anhand dem der betroffenen Person zur Verfügung gestellten Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO) kann diese leichter den Beweis antreten, dass es sich um (gemeinsam) Verantwortliche für die jeweilige Verarbeitung handelt.

1500 *Lee/Cross*, ZD 2019, 559 (562); *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (720); vgl. auch *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 44.

1501 Dies für vorzugswürdig haltend *Lee/Cross*, ZD 2019, 559 (562).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Im Fall einer getrennten Verantwortlichkeit – vereinzelt als gleichwertige Alternative zur gemeinsamen Verantwortlichkeit angesehen[1502] – fällt der betroffenen Person etwa im Beispiel einer Fanpage auf einem sozialen Netzwerk der Beweis regelmäßig schwerer, dass der Fanpage-Betreiber als Verantwortlicher beteiligt ist. Die betroffene Person hat schließlich nur Zugriff auf die separaten Datenschutz-Erklärungen der getrennten Verantwortlichen (Art. 13, 14 DSGVO) und muss den Nachweis erbringen, inwieweit sich diese im Hinblick auf einzelne Verarbeitungen überschneiden, sodass auch die jeweils andere Partei verantwortlich ist.

(5) Zwischenergebnis

Letztlich führt die skizzierte Tatbestandserweiterung aufgrund des Begriffs der Beteiligung nicht in jedem Fall zu einer verschärften Haftung. Die Tatbestandserweiterung führt aber durch Einbeziehung weiterer Verarbeitungen und daran beteiligter (gemeinsam) Verantwortlicher zu einer erweiterten Entlastungs- (Art. 82 Abs. 3 DSGVO)[1503] bzw. Beweisobliegenheit im Rahmen eines Regresses (Art. 82 Abs. 5 DSGVO).

b. Verstöße mit Blick auf die Besonderheiten gemeinsamer Verantwortlichkeit

Im Hinblick auf die Konstellation gemeinsamer Verantwortlichkeit ergeben sich einige Besonderheiten zu der Reichweite der in Betracht kommenden Verstöße, die nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO eine Schadensersatzpflicht auslösen können.

aa. Verstöße gegen Art. 26 DSGVO

Da Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO einen Verarbeitungsbezug eines Verstoßes voraussetzt,[1504] stellt sich die Frage, ob Verstöße gegen die Pflichten zum Treffen von Festlegungen in einer Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3,

1502 *Lee/Cross*, ZD 2019, 559.
1503 Dies hervorhebend *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 16.
1504 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 2 S. 1 DSGVO) und zum Zurverfügungstellen des Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO) eine Schadensersatzpflicht nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO auslösen können.

(1) Anforderungen an den Zusammenhang mit einer Verarbeitung im Allgemeinen

Erwägungsgrund 146 S. 1 DSGVO verlangt, dass der Schaden „aufgrund einer Verarbeitung" entstanden sein muss. Auch Erwägungsgrund 146 S. 5 DSGVO legt das Erfordernis eines Zusammenhangs mit einer konkreten Verarbeitung nahe.

Allerdings betonen Erwägungsgrund 146 S. 3, 6 DSGVO die Notwendigkeit einer weiten Auslegung des Art. 82 DSGVO, sodass auch hinsichtlich der Schadensverursachung durch Verarbeitungen eine weite Auslegung geboten ist und entsprechend geringere Anforderungen an den Zusammenhang mit einer Verarbeitung zu stellen sind.[1505] Zudem wird in Art. 82 Abs. 3 DSGVO lediglich auf den schadensverursachenden „Umstand" („event") – statt auf eine Verarbeitung – abgestellt.[1506]

Die Gesetzgebungshistorie steht nicht in Widerspruch zu einer weiten Auslegung des Zusammenhangs mit einer Verarbeitung. In Art. 77 Abs. 1 DSGVO-E(KOM) und Art. 77 Abs. 1 DSGVO-E(PARL) wurde, ähnlich wie nach Art. 23 Abs. 1 DSRL, zwar noch zwischen einer „rechtswidrigen Verarbeitung" und einer „anderen mit dieser Verordnung nicht zu vereinbarenden Handlung" differenziert. Die zweite Alternative entfiel aber in der finalen Fassung der DSGVO, während erstere in vergleichbarer Form in Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO zu finden ist. Zugleich wurde aus Art. 77 Abs. 1 DSGVO-E(RAT), der sich noch auf die rechtswidrige Bearbeitung beschränkte, in Art. 82 Abs. 1 DSGVO das Erfordernis bloß eines „Verstoßes gegen diese Verordnung". Letztlich sollte es damit weiterhin bei einer umfangreichen Kompensationsmöglichkeit in Art. 82 DSGVO bleiben.[1507]

1505 So i.E. auch *T. Becker*, in: Plath, Art. 82 Rn. 3; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 9; *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 14; a.A. *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 13; *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 4.

1506 *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 82 Rn. 12.

1507 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 6; *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 82 Rn. 4; *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (113).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinzu kommt in teleologischer und systematischer Hinsicht, dass aufgrund der nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO notwendigen Kausalität des jeweiligen Verstoßes ohnehin ein – insoweit abschließendes – Korrektiv besteht.

Letztlich ist also ein mittelbarer Zusammenhang zwischen dem Verstoß und der Verarbeitung ausreichend, sodass auch Verstöße gegen die Art. 24 ff. DSGVO umfasst sein können.[1508]

(2) Übertragung auf die Pflichten aus Art. 26 DSGVO

Übertragen auf Art. 26 DSGVO bedeutet dies, dass die Pflichten aus Art. 26 DSGVO zumindest mittelbar in einem Zusammenhang mit Verarbeitungen stehen müssen.

Eine Verletzung der in Art. 26 DSGVO normierten Pflichten führt nicht *per se* zur Rechtswidrigkeit der Verarbeitung selbst.[1509] Hierfür spricht die Systematik („Kapitel 4: Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter", in Abgrenzung zu „Kapitel 2: Grundsätze"), wonach Art. 26 DSGVO allgemeine Pflichten für (gemeinsam) Verantwortliche enthält, während beispielsweise Art. 6 DSGVO (Rechtmäßigkeits-)Anforderungen an einzelne Verarbeitungen statuiert. Diese allgemeinen Anforderungen wie in Art. 26 DSGVO sind von den spezifisch auf Verarbeitungen gerichteten Normen abzugrenzen.

Dennoch besteht ein (ausreichender) Zusammenhang zwischen den genannten Pflichten aus Art. 26 DSGVO und den Verarbeitungen.[1510] Die Regelungen des Art. 26 DSGVO verpflichten die gemeinsam Verantwortlichen nämlich gerade aufgrund ihrer Entscheidungen bzw. Festlegungen in Bezug auf konkrete Verarbeitungen (vgl. Art. 4 Nr. 7 DSGVO) und stellen die Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) im Hinblick auf diese konkreten Verarbeitungen – gegebenenfalls gebündelt – sicher. Fehlt es beispielsweise an den nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO bereitzustellenden Informationen, kann die Intransparenz im Hinblick auf einzelne Verarbei-

1508 So i.E. wohl auch *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451); a.A. *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, S. 1054, der nur Verstöße gegen Art. 5 und 6 DSGVO erfasst sieht und im Übrigen nationale Schadensersatzregelungen für einschlägig hält.

1509 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 12; wohl auch *Gola*, in: Gola, Einleitung Rn. 71; a.A. *Schrey*, in: Rücker/Kugler, D., Rn. 502; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (55), die das DSK-Papier zur Fanpage-Entscheidung in diese Richtung – weit – auslegt; und auch *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 4b.

1510 Dies betont auch *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungen (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) deren Rechtswidrigkeit begründen.[1511]

(3) Übertragung auf Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO

Ein Verstoß gegen den allgemeineren Grundsatz der Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) aus dem 2. Kapitel ist entsprechend des Vorherigen erst recht von Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO umfasst.[1512] Der Transparenzgrundsatz kann beispielsweise verletzt sein, wenn der betroffenen Personen überobligatorisch das Wesentliche einer Vereinbarung zur Verfügung gestellt wird, obwohl keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt.[1513] Die betroffene Person wird insoweit nämlich über die tatsächlich Verantwortlichen unzutreffend informiert[1514] und könnte dementsprechend fälschlicherweise davon ausgehen, sich an jeden der (vermeintlich) gemeinsam Verantwortlichen zur Geltendmachung von Betroffenen-Rechten wenden zu können.

(4) Zusammenhang zwischen Verstoß und Schaden

Darüber hinaus bedarf es allerdings nach Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO auch eines Zusammenhangs zwischen dem Verstoß – wiederum im Zusammenhang mit der Verarbeitung –, wie etwa gegen Art. 26 DSGVO, und dem eingetretenen Schaden.

Bei Verstößen gegen Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO, als im Rahmen von Art. 82 DSGVO relevante Informationspflicht,[1515] kann es regelmäßig an einem ausreichend engen Zusammenhang zwischen Verstoß und Scha-

1511 Art. 26 Abs. 3 DSGVO ist hingegen von untergeordneter Bedeutung, da bei Verweigerung der Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen zugleich ein Verstoß gegen die Art. 12 ff. DSGVO vorliegt.

1512 *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 1054. Vgl. auch unter Kapitel 5:C.II.1 (ab S. 334).

1513 Regelmäßig wird zugleich ein Verstoß gegen eine andere Vorschrift, insb. Art. 28 DSGVO im Fall einer Auftragsverarbeitung, vorliegen. *P. Voigt*, in: Bussche/P. Voigt, Teil 3 Kap. 5, Rn. 18 sieht in dieser Konstellation auch einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 DSGVO.

1514 Vgl. *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 5 Rn. 24.

1515 So zu Informationspflichten im Allgemeinen *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den fehlen.[1516] Denkbar ist ein solcher Zusammenhang hingegen, wenn nachweisbar diese Information die (effektivere) Geltendmachung anderer Betroffenen-Rechte erst ermöglicht hätte. Die betroffene Person kann die Präzisierung der im Rahmen einer Auskunft angefragten Informationen[1517] womöglich nicht vornehmen und erhält so nicht die gewünschten Informationen. Zudem weiß die betroffene Person nicht, dass sie sich an alle gemeinsam Verantwortlichen wenden kann (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO).[1518] Die betroffene Person könnte sich daher darauf beschränken, Ansprüche gegen einen gemeinsam Verantwortlichen geltend zu machen, dessen Insolvenzrisiko sich realisiert.

Ein Schaden der betroffenen Personen[1519] mangels Abschluss der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 1 DSGVO) erscheint hingegen unwahrscheinlicher, zumal sich bei immateriellen Schäden das Erfordernis einer tatsächlichen, konkreten Persönlichkeitsrechtsverletzung in der Rechtsprechung andeutet.[1520]

bb. Verstöße im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten

Mit Blick auf Verstöße im Zusammenhang mit der Verarbeitung von Betroffenen-Ersuchen kann sich vor allem die Frage nach der Passivlegitimation stellen.

Diese kann nicht (bloß) durch Prüfung einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen[1521] beantwortet werden. Maßgeblich ist nämlich – ungeachtet des Art. 82 Abs. 3 DSGVO –, die *Beteiligung* an der fehlerbehafteten Verarbeitung. Da jedes Betroffenen-Recht tatbestandsmäßig eine Verarbeitung voraussetzt, für die eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit besteht, war der

---

1516 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 43.

1517 Erwägungsgrund 63 S. 7 DSGVO.

1518 In dem Wesentlichen nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO ist zwar nicht explizit zu erwähnen, dass die betroffene Person sich an beide gemeinsam Verantwortliche wenden kann. Dies wird sich für die betroffene Person aber aus der Darstellung und Begriffen wie „gemeinsamer Verantwortlichkeit" ergeben.

1519 Zu Ansprüchen zwischen den gemeinsam Verantwortlichen unter Kapitel 5:D.III (ab S. 373).

1520 *LG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 18.09.2020 – 2-27 O 100/20; *LG Hamburg*, K&R 2020, 769; *OLG Dresden*, NJW-RR 2020, 1370; *LG Karlsruhe*, Urt. v. 02.08.2019 – 8 O 26/19 (juris) (Rn. 19); s. hierzu auch jüngst *BVerfG*, Beschl. v. 14.01.2021 – 1 BvR 2853/19.

1521 Hierzu unter Kapitel 4:B.II.1 (ab S. 107).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemeinsam Verantwortliche schon an der Schaffung der Voraussetzungen der Betroffenen-Rechte beteiligt und profitiert im Übrigen grundsätzlich auch (vgl. Art. 26 Abs. 3 DSGVO) von der Bearbeitung eines Betroffenen-Ersuchens. Angesichts dieses kausalen Beitrags des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen ist im Hinblick auf Verstöße, wie etwa die unzutreffende, verspätete oder nicht erfolgte Bearbeitung eines Betroffenen-Ersuchens, eine Beteiligung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO anzunehmen.

c. Entlastungsbeweis (Art. 82 Abs. 3 DSGVO)

(Gemeinsam) Verantwortliche können sich nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO entlasten, wenn sie nachweisen, dass sie „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich" sind. Dieser Entlastungsbeweis kann unter anderem unter Verweis auf getroffene technische und organisatorische Maßnahmen geführt werden und ist dementsprechend im Zusammenhang zu sehen mit der Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO[1522] sowie der Pflicht zu technischen und organisatorischen Maßnahmen aus Art. 24 Abs. 1 DSGVO.

aa. „Verantwortlich" für den Umstand

Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 3 DSGVO („verantwortlich") nimmt nach zutreffender Lesart keinen Bezug auf die „Verantwortlichkeit" nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Andernfalls ließe sich die Erwähnung des Auftragsverarbeiters nicht erklären.[1523] Die Verwendung von „verantwortlich" ist stattdessen eine Besonderheit der deutschen Sprachfassung, wie die englische Sprachfassung mit der Verwendung von „controller" und „responsible" zeigt. Maßgeblich für eine mögliche Entlastung eines gemeinsam Verantwortlichen ist damit nicht alleine eine fehlende Verantwortlichkeit im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO für die jeweilige Verarbeitung.[1524]

1522 *Spindler/Horváth*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 82 Rn. 2.

1523 *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 70; *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 1073.

1524 So i.E. auch *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 49; zust. *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Anforderungen an den Entlastungsbeweis mit Blick auf die gemeinsame Verantwortlichkeit

Durch die historische Auslegung kann der Exkulpationstatbestand mit Leben gefüllt werden. Art. 23 Abs. 2 DSRL stimmt in der englischen Sprachfassung („responsible") im Wesentlichen mit Art. 82 Abs. 3 DSGVO überein.[1525] Gegenüber dem Art. 23 Abs. 2 DSRL erfolgte aber eine Verschärfung im Wortlaut, indem die Einschränkung „in keiner Weise" („not in any way") aufgenommen wurde. Daher kann auf Erwägungsgrund 55 DSRL rekurriert werden, der als Beispiele für die Exkulpation ein (Mit)Verschulden der betroffenen Person und höhere Gewalt nennt.[1526] Der Entlastungsbeweis knüpft also an das Vertretenmüssen an.[1527]

Für die Situation gemeinsam Verantwortlicher ist der konkrete Anknüpfungspunkt des Entlastungsbeweises[1528] letztlich ohne besondere Bedeutung. Gemeinsam Verantwortliche können sich aufgrund von Art. 26 Abs. 3 DSGVO jedenfalls nicht bereits mit Verweis auf die Zuständigkeitsverteilung in der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO entlasten.[1529] Stattdessen ist entsprechend der Wertung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO[1530] eine Zuständigkeitsverteilung in solchen Konstellationen erst

1525 Gleiches gilt für die französische Sprachfassung, *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 19.

1526 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 19; zur Berücksichtigung eines Mitverschuldens *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1156).

1527 Vgl. *Ehmann/Helfrich*, in: Ehmann/Helfrich, Art. 23 DSRL Rn. 30.

1528 Auf das Verschulden bzgl. des schadensauslösenden Ereignisses bzw. des Schadens abstellend *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 127 Rn. 22; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 71 f.; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2568); *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 19; *Oberster Gerichtshof Österreich*, Urt. v. 27.11.2019 – 6 Ob 217/19h; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 49; *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 18; *Hullen*, in: Plath, Art. 58 Rn. 5d; *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 82 Rn. 5, allerdings mit dem Verschuldensmaßstab des Art. 24 DSGVO; *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 676 sprechen von einer modifizierten Gefährdungshaftung; eine Entlastung hinsichtlich der Erfüllung sämtlicher eigener datenschutzrechtlicher Pflichten verlangend *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 15; ähnlich *Horn*, in: Knyrim, S. 164; noch höhere Anforderungen stellend *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1042).

1529 *Bergt*, ITRB 2018, 151 (152); *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 18; *Schreibauer*, in: Auernhammer, Art. 26 Rn. 19; a.A. *GDD*, Praxishilfe XV, S. 16; *Horn*, in: Knyrim, S. 159; wohl auch *Stalla-Bourdillon/Pearce/Tsakalakis*, CLSR 34 (2018), 784 (802); und wohl auch *Schreiber*, ZD 2019, 55 (58); widersprüchlich dazu *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (294).

1530 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Innenverhältnis, d.h. im Rahmen des Regresses nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO, zu berücksichtigen.

d. Gesamtschuldnerische Haftung (Art. 82 Abs. 4 DSGVO)

Auch und gerade bei mehreren (gemeinsam) Verantwortlichen kann in der Rechtsfolge der Vorschrift des Art. 82 Abs. 4 DSGVO Bedeutung zukommen.

aa. Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 4 DSGVO

Mehrere (gemeinsam) Verantwortliche, die an der derselben Verarbeitung beteiligt sind und sich nicht entlasten können (Art. 82 Abs. 3 DSGVO),[1531] haften nach Art. 82 Abs. 4 DSGVO unabdingbar[1532] jeweils für den gesamten Schaden.[1533] Der Verstoß gegen die gleiche Vorschrift ist keine Voraussetzung, wie die Einbeziehung von Auftragsverarbeitern mit eigenem Pflichtenprogramm neben Verantwortlichen zeigt.[1534] Diese Einbeziehung verdeutlicht zugleich, dass die gemeinsame Verantwortlichkeit nicht der einzige Anwendungsfall des Art. 82 Abs. 4 DSGVO ist.[1535]

bb. Gesamtschuldnerische Haftung als Rechtsfolge und ihre Bedeutung

Der Wortlaut normiert nicht explizit die Rechtsfolge einer gesamtschuldnerischen Haftung. In Art. 77 Abs. 2 DSGVO-E(PARL) hingegen wurde noch *expressis verbis* die „gesamtschuldnerisch[e]" Haftung („jointly and severally liable") angeordnet. Der nunmehr deskriptive Wortlaut ändert allerdings nichts daran, dass die gleiche Rechtsfolge – sprich die gesamt-

1531 *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 25; *Kahl*, DSRITB 2017, 101 (106).
1532 *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 47.
1533 Vgl. auch Erwägungsgrund 146 S. 7 DSGVO.
1534 *Horn*, in: Knyrim, S. 165.
1535 *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 82 Rn. 6; *Kartheuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (720).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schuldnerische Haftung[1536] – ausgelöst wird.[1537] Er hat lediglich den Hintergrund, dass der Begriff der gesamtschuldnerischen Haftung in den Mitgliedstaaten unterschiedlich verstanden wurde.[1538]

Die Rechtsfolge entspricht im Grundsatz der deliktischen Gesamtschuld nach §§ 840 Abs. 1, 421 ff. BGB.[1539] Diese Rechtsfolge fördert nicht nur die Bereitschaft, im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu handeln,[1540] sondern schafft einen Anreiz, Stellen, an die Daten übermittelt werden sollen, sorgfältig auszuwählen. Zugleich schützt sie die betroffene Person im Sinne des Telos gemeinsamer Verantwortlichkeit[1541] davor, den Anspruch aufgrund einer intransparenten oder ungünstigen Aufteilung oder Umgehungskonstruktionen – etwa indem die Gesellschaft mit dem geringsten (Stamm-)Kapital als Anspruchsgegner ausgewählt wird – in der Vereinbarung nicht oder nur schwer durchsetzen zu können.[1542] Zudem werden die betroffenen Personen von dem Prozessrisiko[1543] angesichts der Beweislast bezüglich des womöglich schwierig zu ermittelnden Verursachungsanteils entlastet,[1544] was wiederum die betroffene Person von der Auswertung bereitgestellter Informationen nach Art. 13, 14, 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO entbindet und somit der Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte[1545] Rechnung trägt. Auch angesichts der faktischen Erweiterung des Anwendungsbereichs[1546] und der damit einhergehenden Einbeziehung weiterer Stellen als gemeinsam Verantwortliche kommt der

1536 Bei Haftungsbeschränkungen im Außenverhältnis – hierzu etwa *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 – können ggf. die Grundsätze über die gestörte Gesamtschuld zur Anwendung kommen.

1537 *T. Becker*, in: Plath, Art. 82 Rn. 7; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 82 Rn. 34; *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 21; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 84; *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 377; *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 2.

1538 *Europäischer Rat*, 9083/15 LIMITE - Chapter VIII, S. 3.

1539 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 126 Rn. 21; *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 23; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 15. Zur Möglichkeit des Regresses unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).

1540 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 16.

1541 Hierzu unter Kapitel 3:B.V (ab S. 73).

1542 *Horn*, in: Knyrim, S. 165.

1543 *Marosi/Matthé*, ZD 2018, 361 (363).

1544 *Van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 177.

1545 Hierzu unter Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

1546 Kapitel 4:C.III.2.b (ab S. 162).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesamtschuldnerischen Haftung der gemeinsam Verantwortlichen eine große Bedeutung zu.[1547]

Die gesamtschuldnerische Haftung wird auch nicht dadurch entwertet, dass – vorausgesetzt die nationale Prozessordnung sieht dies vor[1548] – entsprechend Erwägungsgrund 146 S. 8 DSGVO im Rahmen eines Prozesses gegen mehrere Gesamtschuldner der Innenausgleich bereits vorweggenommen werden kann.[1549] Der Erwägungsgrund betont nämlich sogleich, dass ein vollständiger Schadensersatz der Person sichergestellt werden muss.[1550] Soweit sich einer der Gesamtschuldner nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO entlasten kann, fällt dies daher den anderen Gesamtschuldnern zur Last, nicht aber der betroffenen Person. Unabhängig hiervon kann sich die betroffene Person dafür entscheiden, von vornherein nur einen Teil des Schadensersatzes gegenüber einem gemeinsam Verantwortlichen geltend zu machen.[1551]

cc. Bedeutung im Vergleich zu Art. 26 Abs. 3 DSGVO

Zugleich hat Art. 82 Abs. 4 DSGVO für die Konstellation gemeinsam Verantwortlicher als Anspruchsgegner nur klarstellende Bedeutung. Eine derartige gesamtschuldnerische Haftung ergibt sich nämlich bereits aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO,[1552] der auch auf den Schadensersatzanspruch (Art. 82 DSGVO) als Betroffenen-Recht Anwendung findet.[1553]

Der Annahme einer Gesamtschuld nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO steht nicht entgegen, dass die explizite Normierung einer gesamtschuldnerischen Haftung, wie in Art. 24 S. 3 DSGVO-E(PARL) vorgesehen, nicht in die finale Fassung übernommen wurde. Die Möglichkeit nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO, Betroffenen-Rechte – gegebenenfalls i.V.m. Art. 79 Abs. 1

1547 So i.E. auch, wenngleich mit nicht überzeugender Begründung, *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, S. 205.

1548 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 58.

1549 So aber *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 29.

1550 *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 44.

1551 *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 23.

1552 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 36; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 26 Rn. 16; ähnlich *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 28; a.A. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 64; und *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 11. Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

1553 Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DSGVO gerichtlich – gegenüber jedem gemeinsam Verantwortlichen geltend zu machen, impliziert nämlich insbesondere, dass jeder zur (vollständigen) Bearbeitung der Anfrage verpflichtet ist (vgl. auch § 421 BGB). Andernfalls würde die Regelung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO ins Leere laufen.

e. Zwischenergebnis

Es ergibt sich damit ein Raster aus drei Stufen, um die Letzthaftung – soweit Insolvenzrisiken unberücksichtigt bleiben – eines gemeinsam Verantwortlichen unter Berücksichtigung des Innenverhältnisses zu ermitteln.

Auf erster Stufe fallen gemeinsam Verantwortliche aus dem Raster, die nicht an der entsprechenden Verarbeitung beteiligt sind (Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO). Im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO bedarf es dabei der Beteiligung in Form eines Entscheidungsbeitrags, der für Datenverarbeitungen kausal geworden ist – unabhängig davon, ob der Beitrag im Hinblick auf die jeweilige Verarbeitung eine Verantwortlichkeit begründet – unter Ausschluss von entgegenstehenden gesetzlich festgelegten Zuständigkeiten.

Auf zweiter Stufe fallen die beteiligten Verantwortlichen aus dem Raster, denen der Entlastungsbeweis gelingt (Art. 82 Abs. 3 DSGVO).

Auf dritter Stufe – worauf an späterer Stelle ausführlich einzugehen sein wird[1554] – fallen beteiligte, nicht-entlastete Verantwortliche aus dem Raster, soweit sie wiederum nicht (mehr) im Hinblick auf den gegenständlichen Verarbeitungsvorgang verantwortlich sind, indem sie im Innenverhältnis Regress bei den anderen beteiligten, nicht-entlasteten Verantwortlichen nehmen können (Art. 82 Abs. 5 DSGVO). Dabei ist der Grad der Verantwortlichkeit maßgeblich.

2. Besonderheiten mit Blick auf weitere Ansprüche

Abgesehen von Art. 82 DSGVO können Ansprüche aus dem nationalen Recht, wie im deutschen Recht etwa Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus Vertrag[1555] und vorvertraglichen Schuld-

1554 Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).

1555 *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451) geht davon aus, dass ein insoweit in Betracht kommendes Vertragsverhältnis oft zwischen betroffener Person und den Verantwortlichen bestehen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verhältnissen sowie solche aus unerlaubter Handlung in Betracht kommen.[1556]

a. Europarechtliche Zulässigkeit weiterer Ansprüche

Zur Begründung der Zulässigkeit weiterer Ansprüche nach dem nationalen Recht wird in der Literatur auf Erwägungsgrund 146 S. 4 DSGVO verwiesen.[1557] Auch wenn der Erwägungsgrund den Artikeln wie Art. 82 DSGVO gegenüber nachrangig ist und demnach nicht ein Unterlaufen des Art. 82 DSGVO rechtfertigen könnte, kann dessen Gehalt doch als Auslegungshilfe herangezogen werden.[1558] Der Erwägungsgrund 146 S. 4 DSGVO stellt klar, dass „Schadensersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen *andere* Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten" (Hervorhebung durch den Verf.) unberührt bleiben. Insoweit sind zumindest Zweifel angebracht, ob auf Regelungen wie § 823 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden kann,[1559] die im Kern immer noch auf dem Vorwurf des Verstoßes gegen Vorschriften der DSGVO beruhen und keine engere Bindung in Form einer Nähebeziehung wie bei (vor-)vertraglichen Ansprüchen voraussetzen. Im Grundsatz ist diese Frage im Hinblick auf Schadensersatz praktisch nicht von Relevanz, da sich aus § 823 Abs. 2 BGB die gleiche Rechtsfolge ergeben kann[1560] und die betroffene Person ohnehin einen Anspruch stets auf den Art. 82 DSGVO

1556 *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 8; *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 20 ff.; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 7; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 67; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 101; *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 1051, 1056, 1157–1161, der ausführlich auf die einzelnen Tatbestände eingeht; *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 2); *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 82 Rn. 45; *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 17; zu Unterlassungsansprüchen *LG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 15.10.2020 – 2-03 O 356/20.

1557 Etwa *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 82 Rn. 45; *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 40.

1558 *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze/U. Becker/Hatje/Schoo, Art. 19 EUV Rn. 37; *Paal/Pauly*, in: Paal/Pauly, Einleitung Rn. 10; vgl. auch *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 58.

1559 Vgl. *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 27.

1560 *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451). S. zu § 823 Abs. 2 BGB auch sogleich unter Kapitel 5:B.I.2.b (ab S. 311).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Anspruchsgrundlage mit besonders günstiger Beweislastverteilung (vgl. Art. 82 Abs. 3 DSGVO) stützen wird.[1561]

b. Berücksichtigung vorrangiger Wertungen der DSGVO

Vorsicht mit Blick auf die Konstellation gemeinsam Verantwortlicher ist dann geboten, wenn durch die Hintertür die Wertungen der Art. 82 Abs. 4, 5 DSGVO unterlaufen werden.[1562] Insoweit ist insbesondere Art. 82 Abs. 5 DSGVO hervorzuheben, der den gemeinsam Verantwortlichen die Möglichkeit zum Innenausgleich entsprechend dem tatsächlichen Grad der Verantwortlichkeit gibt.[1563] Ein Kopfteilregress wie ihn § 426 Abs. 1 S. 1 BGB – freilich vorbehaltlich anderer Bestimmungen – vorsieht, würde dem etwa zuwiderlaufen.[1564] Sollte einmal ein Anspruch auf deliktische Anspruchsgrundlagen, wie §§ 823 Abs. 1,[1565] Abs. 2[1566], 824, 826, 831 BGB, gestützt werden, und nicht Unterlassen und Beseitigung, sondern Schadensersatz das Anspruchsziel sein, sind daher die Wertungen des Art. 82 DSGVO hineinzulesen.[1567] Je näher die Anspruchsvoraussetzungen im Falle eines *Schadensersatzanspruchs* denen des Art. 82 DSGVO kommen – wie vor allem bei § 823 Abs. 2 BGB, anders hingegen bei § 826 BGB –, desto größer ist die Sperr- und Vorrangwirkung[1568] des Art. 82 DSGVO. Übertragen auf den § 823 Abs. 2 BGB und den Regress unter gemeinsam Verantwortlichen (vgl. Art. 82 Abs. 5 DSGVO) heißt das: Der – gestützt auf eine Vorschrift der DSGVO als Schutzgesetz – nach § 823 Abs. 2 BGB in Anspruch Genommene kann stets bei den übrigen gemeinsam Verantwortlichen Regress nehmen. Die Höhe des Regressanspruchs richtet sich

1561 Vgl. *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 8.
1562 Ähnlich kritisch *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 27; und auch *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 351 ff.
1563 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).
1564 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 17; *Grages*, CR 2020, 232 (232); vgl. auch *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil XIII. Kap. 3 C., Rn. 49.
1565 *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 25; vgl. etwa *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2020, 370; *OLG Karlsruhe*, GRUR 2020, 1109.
1566 Schutzcharakter wegen Art. 1 Abs. 1 DSGVO nach *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 26; ähnlich *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451); von konkreter DSGVO-Norm abhängig nach *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 103; analog bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 9.
1567 Ähnlich *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 1, 19 f.; a.A. *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 2).
1568 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

statt vor allem nach §§ 840 Abs. 1, 426, 254 BGB[1569] nach dem Grad der Verantwortung, der insoweit eine andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt. Kommt es, obwohl die Voraussetzungen der deliktischen Anspruchsgrundlagen denen des Art. 82 DSGVO ähneln, im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestands nach § 840 Abs. 1 BGB zu keiner Gesamtschuldnerschaft und damit zu keinem Regress zwischen den gemeinsam Verantwortlichen, so sind die Voraussetzungen für eine solche Regressmöglichkeit unter den gemeinsam Verantwortlichen aufgrund der Wertung des Art. 82 Abs. 5 DSGVO zu fingieren. Eine solche Konstellation ist vor allem aufgrund der unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislast in Abhängigkeit von der jeweiligen Anspruchsgrundlage denkbar.

3. Einschränkung durch das Provider-Privileg

Nach Art. 2 Abs. 4 DSGVO und auch der entsprechenden Erläuterung in Erwägungsgrund 21 DSGVO bleiben die Art. 12-15 der Richtlinie 2000/31/EG, umgesetzt im deutschen Recht in §§ 7-10 TMG, zur Privilegierung von Providern (im Folgenden auch: Provider-Privileg) in Fällen der Durchleitung, des Cachings und des Hostings unberührt. Das Provider-Privileg und das Datenschutzrecht könnten etwa im Fall von auf sozialen Netzwerken hochgeladenen Inhalten, wie im Fanpage-Fall,[1570] aufeinandertreffen. Der Art. 2 Abs. 4 DSGVO kann dazu verleiten, neben dem Entlastungsbeweis in Art. 82 Abs. 3 DSGVO einen weiteren Ausweg aus der datenschutzrechtlichen Haftung – auch im Fall (gemeinsamer) Verantwortlichkeit – zu sehen.[1571] Denkbar ist etwa, dass auf einer Hosting-Plattform (vgl. Art. 14 Richtlinie 2000/31/EG) – wie einem sozialen Netzwerk – seitens der Nutzer Inhalte hochgeladen werden, die Informationen mit einem Personenbezug zu anderen Nutzern enthalten.

a. Auswirkungen auf die Haftung datenschutzrechtlich Verantwortlicher

Die Richtlinie 2000/31/EG erklärt sich nach ihrem Art. 1 Abs. 5 lit. b und entsprechend ihres Erwägungsgrunds 14 für nicht anwendbar, soweit die Datenschutz-Richtlinie bzw. nun die DSGVO Regelungen trifft. Da-

1569 *Spindler*, in: BeckOK BGB, § 840 BGB Rn. 20 f. m.w.N.
1570 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.
1571 So etwa *van Alsenoy*, JIPITEC 7 (2016), 271 (Rn. 64).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

her kann das Provider-Privileg weder zum Ausschluss einer datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit[1572] noch eines vorliegenden Haftungstatbestands[1573] führen.[1574] Angesichts des Art. 26 Abs. 3 DSGVO und da es für die Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO gerade nicht auf eigens durchgeführte Verarbeitungen oder gar eigene Inhalte ankommt, führen die Wertungen der Art. 12-15 Richtlinie 2000/31/EG bzw. §§ 7 ff. TMG nicht zu einer Einschränkung der Verpflichtungen oder Haftung unter gemeinsam Verantwortlichen.[1575] Andernfalls bestünde die Gefahr, dass das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[1576] im Online-Plattform-Kontext aufgeweicht würde.[1577] Diesen Befund bestätigt das fehlende Pendant des Erwägungsgrunds 47 DSRL[1578] unter der DSGVO, der die Nicht-Verantwortlichkeit eines Übermittlungsanbieters im Hinblick auf die übermittelten Daten nahelegte.

b. Gleichlauf der Haftung im Übrigen

Es besteht aber regelmäßig ein Gleichlauf zwischen dem Datenschutzrecht und der Richtlinie 2000/31/EG im Hinblick auf die Haftung eines Auftragsverarbeiters:[1579] Zwar haben beide Rechtsakte keine sich gegenseitig ausschließenden Anwendungsbereiche, da insbesondere der „Auftrag" im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2000/31/EG bzw. „für einen Nutzer" im Sinne des § 10 TMG nicht gleichbedeutend ist mit einer weisungsgebundenen Auftragstätigkeit wie nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO.[1580] Es haftet aber ein Webhoster beispielsweise nach Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO nicht, wenn ein Kunde bzw. Webmaster Inhalte, ohne dass dies mit dem Auftragsverarbeiter vereinbart war, hochlädt, die besondere Kategorien personenbezogener

1572 *Moos*, ITRB 2012, 226 (227); *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 134, 138–141.
1573 A.A. *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 82 Rn. 20; und wohl *Mantz*, ZD 2014, 62 (65).
1574 So wohl auch jüngst *EuGH*, EuZW 2021, 209 (Rn. 199 f.) – La Quadrature du Net.
1575 *Jandt/Roßnagel*, in: Schenk/J. Niemann/Reinmann/Roßnagel, Teil III, S. 361.
1576 Zur Kritik an diesem Begriff *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 12 m.w.N.
1577 *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 140.
1578 Hierzu etwa *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 13; *Jääskinen*, Schlussanträge C-131/12, Rn. 87.
1579 Vgl. *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 40; zust. *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 69.
1580 Vgl. *Paal*, in: Gersdorf/Paal, § 10 TMG Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) enthalten und es zu einem Verstoß gegen Art. 9 DSGVO kommt. Die Art. 12 ff. Richtlinie 2000/31/EG würden in diesem Fall zu dem gleichen Ergebnis kommen.

Piltz lässt sich dahingehend verstehen, dass es auch darüber hinaus zu keinen Kollisionen zwischen Datenschutzrecht und der Richtlinie 2000/31/EG kommen könne, da sich der Begriff des Verantwortlichen und der des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft im Sinne der Art. 12-15 Richtlinie 2000/31/EG gegenseitig ausschließen sollen.[1581] Ohne Entscheidungsbefugnis in Bezug auf konkrete Verarbeitungen bestehe keine Verantwortlichkeit nach (nunmehr) Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO und mangels Entscheidungsbefugnis greife auch das Provider-Privileg. Dem ist zugegeben, dass das Merkmal der Festlegung bzw. Entscheidung tatsächlich zumindest eine Kenntnis darüber voraussetzt, dass entsprechende Datenverarbeitungen stattfinden und die DSGVO insoweit sachlich anwendbar ist.[1582] Diese Kenntnis lässt sich jedoch nicht vollständig gleichsetzen mit der Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder den diese begründenden Umständen, wie etwa im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2000/31/EG. Art. 14 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2000/31/EG setzt nämlich Kenntnis im Sinne eines *dolus directus* 2. Grades voraus,[1583] während an die Kenntnis im Rahmen der Festlegung niedrigere Anforderungen zu stellen sind.[1584] Daher sind Überschneidungen möglich, die jedoch unter Beachtung des Vorrangs des Datenschutzrechts zu lösen sind, soweit derartige Inhalte personenbezogene Daten enthalten. Der Provider wird dann im Regelfall nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO (gemeinsam) verantwortlich sein.[1585]

1581 *Piltz*, K&R 2014, 80 (82); ähnlich wohl *Kroschwald*, ZD 2013, 388 (389).
1582 Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).
1583 *Paal*, in: Gersdorf/Paal, § 10 TMG Rn. 24.
1584 Kapitel 4:C.II.2.a.bb (ab S. 135).
1585 Im Einzelfall können sich derartige Verarbeitungen auf ein berechtigtes Interesse stützen lassen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO), Informationspflichten nach bzw. analog Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO ausgeschlossen sein oder – insb. in Fällen des Art. 9 DSGVO – ein fehlendes bzw. geringes Verschulden über Art. 82 Abs. 3, 5 DSGVO bzw. Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. b DSGVO Berücksichtigung finden.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Zivilrechtliche Störerhaftung neben gemeinsamer Verantwortlichkeit

Die zivilrechtliche Störerhaftung[1586] kann zwar nicht zur Begründung einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Rolle herangezogen werden,[1587] sie könnte aber womöglich neben dem Rechtsdurchsetzungs- und Sanktionsregime der DSGVO eigenständig Anwendung finden.

1. Eigenständiger Anwendungsbereich der Störerhaftung hinsichtlich des Inhalts der Daten

Es kommt dann schon zu keinen Kollisionen mit dem Rechtsdurchsetzungs- und Sanktionsregime der DSGVO, wenn die Voraussetzungen der Störerhaftung mit Blick auf die aus Daten ablesbaren Inhalte – wie etwa im Fall eines beleidigenden Inhalts (§§ 185 ff. StGB) – und nicht mit Blick auf datenschutzrechtliche Verstöße vorliegen. In dem Fall fehlender Kollisionen können die Störerhaftung und deren Rechtsfolgen im Zusammenhang mit den sich aus den Daten ergebenden Inhalten bzw. Informationen („Was wird über die Person gesagt?“) und damit zusammenhängenden Verstößen gegen andere Vorschriften, wie etwa die §§ 185 ff. StGB, zur Anwendung gelangen.[1588]

Eine trennscharfe Abgrenzung ist nicht stets möglich, kennt doch auch die DSGVO mit dem Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO) und dem korrespondierenden Berichtigungsanspruch als Betroffenen-Recht (Art. 16 DSGVO)[1589] weniger datenschutzrechtliche als vornehmlich allgemein zivilrechtliche[1590] Anforderungen an die Inhalte und Informationen. Daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit datenschutzrechtliche Pflichten, wie etwa Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO, verletzt

---

1586 Ausführlich zu den Voraussetzungen der Störerhaftung unter Kapitel 3:D (ab S. 92).

1587 Zu den abschließend festgelegten Rollen unter Kapitel 4:C.III.4.a.bb(2) (ab S. 172). Die Störerhaftung kann auch nicht zur Begründung einer datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit herangezogen werden, hierzu unter Kapitel 4:C.III.4.b (ab S. 175).

1588 S. insb. auch die in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten strafrechtlichen Vorschriften. Zur Störerhaftung in Konstellationen mit auch datenschutzrechtlicher Relevanz *Hacker*, MMR 2018, 779 (780 ff.).

1589 S. auch das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung während der Prüfung der Richtigkeit durch den Verantwortlichen (Art. 18 Abs. 1 lit. a DSGVO).

1590 *Hoeren*, ZD 2016, 459 (459).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurden und das grundsätzlich abschließende Rechtsdurchsetzungs- und Sanktionsregime der DSGVO einer Anwendung der Störerhaftung entgegenstehen könnte.[1591]

Das folgende Beispiel mag als ein (scheinbarer) Grenzfall zur Veranschaulichung dienen und zeigt exemplarisch auf, wie eine Abgrenzung bei genauer Untersuchung der getroffenen Aussagen bewerkstelligt werden kann. Man denke an die Veröffentlichung möglicherweise beleidigender (§§ 185 ff. StGB) Inhalte in Form unwahrer Tatsachenbehauptungen auf einem sozialen Netzwerk, die – wie es die §§ 185 ff. StGB grundsätzlich erfordern – eine natürliche Person, über die die Aussagen getroffen werden, erkennen lassen. Unterstellt man die gemeinsame Verantwortlichkeit des veröffentlichenden Nutzers und des sozialen Netzwerks, könnte der beleidigte Nutzer als betroffene Person von dem sozialen Netzwerk oder dem veröffentlichenden Nutzer womöglich nach Art. 16 DSGVO die Berichtigung des Beitrags verlangen und bis dahin die weitere Anzeige des Beitrags im sozialen Netzwerk nach Art. 18 Abs. 1 lit. a DSGVO verhindern. Dabei ist jedoch der Aussagegehalt unter Berücksichtigung der konkreten Verwendung und des Zwecks genau zu untersuchen und zu würdigen.[1592] Die gespeicherten Daten ordnen der beleidigten und zugleich betroffenen Person vor allem die Information zu, dass die Behauptung im Rahmen der Diskussion über sie durch den Nutzer getroffen wurde und zielen vor allem auf den Zweck der Ermöglichung der Meinungsäußerung im Rahmen der Plattform – die Daten sind damit richtig im Sinne der DSGVO. Ansprüche des beleidigten Nutzers ergeben sich also nicht aus datenschutzrechtlichen Vorschriften i.V.m. der Störerhaftung, sondern vielmehr aus straf- und deliktsrechtlichen Vorschriften i.V.m. der Störerhaftung.[1593]

Antworten in Prüfungsarbeiten lassen sich ebenfalls nicht unter Verweis auf die Unrichtigkeit berichtigen, da auch hier der Zweck – die Ermittlung des Leistungsstand des Prüflings zu einem Zeitpunkt und die Bewahrung dieser Information – die Einordung, als richtig, nämlich als von dem Prüfling getroffene Aussage, vorgibt.[1594] Obgleich es sich dabei nicht um einen denkbaren Anwendungsfall der Störerhaftung handelt, bestätigt dies die zuvor angesprochene Auslegung des Merkmals der Richtigkeit, die wiede-

---

1591 Zu diesem Fall sogleich unter Kapitel 5:B.II.2 (ab S. 317).

1592 *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 16 Rn. 14; *Reif*, in: Gola, Art. 16 Rn. 12, 14.

1593 Hingegen ein anderes Verständnis der Richtigkeit zugrundelegend *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 16 Rn. 12 ff.

1594 *EuGH*, NJW 2018, 767 (Rn. 52 f.) – Nowak.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rum im Allgemeinen Bedeutung für die Abgrenzung zur Störerhaftung hat.

2. Raum für eine ergänzende Anwendung der Störerhaftung

Im Übrigen lässt das grundsätzlich abschließende Rechtsdurchsetzungsregime der DSGVO (vgl. Erwägungsgrund 10, 11 DSGVO) nur Raum für die Anwendung der Störerhaftung, soweit Öffnungsklauseln Anwendung finden oder einzelne Rechtsdurchsetzungs- oder Sanktionsmechanismen ausnahmsweise nicht abschließend sind. Dementsprechend ist vor allem daran zu denken, dass es sich bei der Rechtsfigur der Störerhaftung um eine ergänzende Sanktion im Sinne von Art. 84 Abs. 1 DSGVO, gegebenenfalls um einen „verfügbaren […] außergerichtlichen Rechtsbehelf […]" im Sinne des Art. 79 Abs. 1 DSGVO[1595] oder eine „Schadensersatzforderung […] aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten" („any claims for damage deriving from the violation of other rules in Union or Member State law", Erwägungsgrund 146 S. 4 DSGVO) handeln könnte.

a. Ergänzende Sanktion im Sinne von Art. 84 Abs. 1 DSGVO

Nach Art. 84 Abs. 1 S. 1 DSGVO legen die Mitgliedstaaten „die Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung" fest. Die Rechtsfigur der Störerhaftung könnte mit ihren Rechtsfolgen eine solche andere Sanktion darstellen.

aa. Grundsätze der Störerhaftung als eine Sanktion

Die Sanktionen im Sinne des Art. 84 Abs. 1 DSGVO setzen ein hoheitliches Element voraus.[1596] Dies bestätigt auch Erwägungsgrund 148 DSGVO, der etwa in S. 3 Kriterien aufstellt, die wenig zu zivilrechtlichen Ansprüchen, sondern vielmehr zu der Ermessensausübung einer Behörde passen. Daraus ist zu folgern, dass dem Gesetzgeber bei Art. 84 Abs. 1 DSGVO vor allem straf- und verwaltungsrechtliche Sanktionen

1595 Hierzu auch *BGH*, GRUR 2020, 896 (Rn. 41).
1596 Vgl. *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, S. 242.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorschwebten.[1597] Die *zivilrechtliche* Störerhaftung ist daher schon keine Sanktion im Sinne des Art. 84 Abs. 1 DSGVO.

Zudem passen auch die Rechtsfolgen der Störerhaftung – Beseitigung und Unterlassung – nicht zu dem Verständnis einer Sanktion. Sanktionen richten sich nämlich auf ein Verhalten aus der Vergangenheit,[1598] wenngleich auch präventive Wirkungen beabsichtigt sind.[1599] Die Störerhaftung hingegen zielt mit der Ausrichtung auf Beseitigung und Unterlassung ausgehend von einem Vorwurf aus der Vergangenheit vor allem auf die Zukunft ab.[1600]

bb. Merkmal des Verstoßes gegen die DSGVO

Art. 84 Abs. 1 DSGVO setzt außerdem einen Verstoß gegen die DSGVO voraus. Das impliziert einen Verstoß durch die Personen-Rollen, die in der DSGVO angelegt sind.[1601] Ein zivilrechtlicher Störer, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – nur zu einer Verletzung beiträgt, indem er gegen Prüfpflichten verstößt, verstößt nicht gegen die Verordnung selbst. Die Störerhaftung würde den Kreis Passivlegitimierter also erweitern und entspricht insoweit eher einer Erweiterung des Adressatenkreises[1602] statt einer Erweiterung der möglichen Maßnahmen auf Rechtsfolgen- und Rechtsdurchsetzungsebene.[1603]

cc. Berücksichtigung des Telos der Norm

Ein Rückgriff auf den Telos – den Betroffenen-Schutz – rechtfertigt in diesem Zusammenhang nicht das Unterlaufen des harmonisierenden Charak-

1597 Vgl. Erwägungsgründe 149 und 152 S. 2 DSGVO. *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296 (299); auf die Unterscheidung zwischen Rechtsbehelfen, Haftung und Sanktionen eingehend *BGH*, GRUR 2020, 896 (Rn. 38).

1598 *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 84 Rn. 3.

1599 *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, S. 165.

1600 Eine a.A. lässt sich allenfalls unter Berücksichtigung der Begriffshistorie vertreten, *Piltz*, K&R 2014, 80 (85).

1601 Etwa auch dem Verantwortlichen unterstellte Personen, Vertreter und Datenschutzbeauftragte, nach *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 84 Rn. 11.

1602 Anders hingegen bei der – freilich nicht unmittelbar belastend wirkenden (zur Passivlegitimation Rn. 57, wonach der *EuGH* einen „Verletzer" voraussetzt) – Aktivlegitimation unter DSRL *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 51) – Fashion ID.

1603 So aber recht pauschal *Mantz*, ZD 2014, 62 (65).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ters der DSRL[1604] bzw. nun der DSGVO im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Rollen.[1605] Ein vor Jahren gesehenes[1606] Schutzbedürfnis relativiert sich nämlich schon aufgrund der weit auszulegenden gemeinsamen Verantwortlichkeit. Bereits unter der DSRL sahen das *VG Schleswig*[1607] und das *OVG Schleswig*[1608] zumindest bei Aufsichtsmaßnahmen keinen Raum, die Grundsätze der Störerhaftung zu übertragen. Soweit dies anders beurteilt wurde,[1609] erscheint dies unter der DSRL aufgrund von Art. 24 DSRL, der den Mitgliedstaaten einen weitreichenderen Spielraum ließ als Art. 84 Abs. 1 DSGVO, noch plausibel.

dd. Notifizierung nach Art. 84 Abs. 2 DSGVO

Zuletzt bestätigt auch die insoweit ausgebliebene Notifizierung durch den deutschen Gesetzgeber nach Art. 84 Abs. 2 DSGVO,[1610] die Grundsätze der Störerhaftung nicht als eine solche Sanktion anzusehen.

b. Außergerichtlicher Rechtsbehelf im Sinne des Art. 79 Abs. 1 DSGVO

Die Störerhaftung lässt sich nicht als anderweitiger verfügbarer außergerichtlicher Rechtsbehelf im Sinne des Art. 79 Abs. 1 DSGVO einordnen. Systematisch zeigt der Vergleich mit der Alternative „verwaltungsrechtlich", dass der Fokus auf einem anderen *Durchsetzungsinstrument* – wie etwa einer Verbandsklage – statt einer weiteren zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage liegen soll.[1611]

1604 *EuGH*, K&R 2012, 40 (Rn. 28 ff.) – ASNEF; EuZW 2004, 245 (Rn. 96 ff.) – Lindqvist. S. auch Erwägungsgründe 8 und 9 sowie Art. 1 Abs. 2 DSRL.
1605 So aber *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 207.
1606 *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 209.
1607 *VG Schleswig*, ZD 2014, 51 (54).
1608 *OVG Schleswig-Holstein*, K&R 2014, 831 (834).
1609 *Mantz*, ZD 2014, 62 (64); ohne nähere Begründung insoweit *LG Potsdam*, CR 2014, 133; angedeutet bei *BGH*, NJW 2009, 2888 (Rn. 14 f.).
1610 BT-Drucks., 19/5155, 88 ff.; vgl. auch zur Meldung bereits bestehender Regelungen, *WD 3*, 3000 - 123/18, S. 4.
1611 Ähnlich wie hier auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 79 Rn. 12; *Kreße*, in: Sydow, Art. 79 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Ergänzende Schadensersatzforderung im Sinne des Erwägungsgrunds 146 S. 4 DSGVO

Damit bleibt nur die Möglichkeit, die Störerhaftung als ergänzende Schadensersatzforderung („any claims for damage") im Sinne des Erwägungsgrunds 146 S. 4 DSGVO einzuordnen, der klarstellt, dass Art. 82 DSGVO im Hinblick auf Verstöße gegen andere Vorschriften als die der DSGVO keine Regelung trifft.

Zwar unterscheiden sich Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Rahmen der Störerhaftung in ihren Rechtsfolgen von einem Schadensersatzanspruch. Im Rahmen eines Erst-Recht-Schlusses können Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aber als Schadensersatzanspruch im Sinne des Erwägungsgrunds 146 S. 4 DSGVO verstanden werden. Wenn eine betroffene Person Ersatz materieller und immaterieller Schäden als Kompensation aufgrund eines Verstoßes gegen Vorschriften der DSGVO verlangen kann, dann muss erst recht die das Kompensationsbedürfnis gegebenenfalls limitierende Beseitigung und das das Kompensationsbedürfnis für die Zukunft reduzierende Unterlassen verlangt werden können.[1612]

Die Voraussetzung des Verstoßes gegen „*andere* Vorschriften" führt dazu, dass kein derart unmittelbarer Bezug zu einer Verarbeitung wie unter der DSRL (vgl. Erwägungsgrund 55 S. 3 DSRL: „Unabhängig davon, ob es sich um eine Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts handelt, müssen Sanktionen jede *Person* treffen, die die einzelstaatlichen *Vorschriften zur Umsetzung* dieser Richtlinie nicht einhält.") vorliegen muss bzw. darf.[1613] Außerdem verdeutlicht der Wortlaut insoweit die Möglichkeit eines von Art. 82 DSGVO abweichenden Kreises der Anspruchsgegner. Der *EuGH* hat einerseits angedeutet, dass eine zivilrechtliche Haftung nach dem nationalen Recht für vor- und nachgelagerte Vorgänge, für die eine Person nicht (gemeinsam) verantwortlich ist, in Betracht kommen kann.[1614] Vor dem Hintergrund der Vorlagefrage, die auf die Störerhaftung zielt,[1615] kann die Entscheidung des *EuGH* das Verständnis stützen,

1612 *Piltz*, K&R 2014, 80 (84); *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 207; vgl. schon *BAG*, NJW 2009, 1990 (Rn. 55).

1613 Zu der Rechtslage unter der DSRL *Piltz*, K&R 2014, 80 (85).

1614 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 74) – Fashion ID: „[…] unbeschadet einer etwaigen insoweit im nationalen Recht vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung […]" bzw. „[…] and without prejudice to any civil liability provided for in national law in this respect […]"; krit. hingegen *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 110.

1615 *OLG Düsseldorf*, GRUR 2017, 416 (Rn. 15).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Störerhaftung als andere Rechtsvorschrift im Sinne von Erwägungsgrund 146 S. 4 DSGVO anzusehen. Andererseits könnte der *Gerichtshof* damit aber auch nur den Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten *unter der DSRL* gemeint haben, den die DSGVO durch den weiten Begriff der Beteiligung[1616] nach Art. 82 DSGVO ausfüllt.

d. Bedeutung der Störerhaftung neben der gemeinsamen Verantwortlichkeit

Geht man mit dem *EuGH* von einer Anwendbarkeit der Grundsätze der Störerhaftung aus, ist deren Bedeutung unter der DSGVO jedenfalls verschwindend gering. Ohne die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit könnte die Störerhaftung im Datenschutzrecht durchaus gewisse Bedeutung entfalten.[1617] Da die gemeinsame Verantwortlichkeit jedoch weitgehend die Konstellationen erfasst, die andernfalls unter eine Störerhaftung fallen könnten, verbleibt nur ein äußerst geringer Raum für die Anwendung der Störerhaftung.[1618] Hinzu kommt, dass Art. 82 DSGVO – wenn auch mit einer weitergehenden Rechtsfolge in Form des Schadensersatzes – über den weit auszulegenden Begriff der Beteiligung auch vor- und nachgelagerte Datenverarbeitungen umfassen kann und so das Bedürfnis für ein Erfassen dieser Verarbeitungen durch andere Ansprüche weiter reduziert.

III. (Weitere) Betroffenen-Rechte

Daneben sind die übrigen Betroffenen-Rechte i.w.S.[1619] im Verhältnis zwischen betroffener Person und gemeinsam Verantwortlichen von hervorgehobener Bedeutung. Art. 26 Abs. 3 DSGVO legt im Hinblick auf alle

1616 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.a.bb (ab S. 294).
1617 *Petri*, ZD 2015, 103 (105); *Janicki*, in: FS Taeger, 197 (215 f.); Subsumtion auch bei *Piltz*, K&R 2014, 80 (83 f.). Zu den Tatbestandsvoraussetzungen unter Kapitel 3:D (ab S. 92).
1618 *Mantz*, ZD 2014, 62 (66); *Moos/Rothkegel*, MMR 2018, 596 (598); *L. Schmidt*, jurisPR-ITR 22/2019 Anm. 5.
1619 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betroffenen-Rechte[1620] fest, dass die betroffene Person ihre Rechte bei und gegenüber jedem einzelnen geltend machen kann.

1. Gesamtschuld als Folge des Art. 26 Abs. 3 DSGVO und eingeschränkte Berufung auf den Einwand der Unmöglichkeit

Der Wortlaut des Art. 26 Abs. 3 DSGVO erwähnt zwar wie Art. 82 Abs. 4 DSGVO[1621] nicht explizit, dass es sich um eine Gesamtschuld handelt, die normierten Rechtsfolgen sind aber vergleichbar mit denen einer Gesamtschuld im Sinne der §§ 421 ff. BGB.[1622]

a. Wirkung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO im Allgemeinen

Eine in der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 S. 1 DSGVO festgelegte und praktizierte Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den gemeinsam Verantwortlichen schlägt wegen Art. 26 Abs. 3 DSGVO nicht auf das Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen[1623] durch. Der Einfluss der gemeinsam Verantwortlichen beschränkt sich insoweit auf die Ausgestaltung des Innenverhältnisses und auf Regelungen zur Erfüllung geltend gemachter Ansprüche.[1624]

Die betroffene Person kann sich unabhängig von der Vereinbarung an jeden gemeinsam Verantwortlichen wenden. Die Leistung durch einen der anderen gemeinsam Verantwortlichen kann jedoch nicht abgelehnt werden, vgl. § 267 Abs. 2 BGB im deutschen Recht.[1625] Dabei kann die betroffene Person von jedem gemeinsam Verantwortlichen die gleiche

---

1620 Davon nicht umfasst sind Pflichten, die Verantwortliche nach anderen Vorschriften, wie etwa dem Lauterkeitsrecht, treffen, hierzu *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 171, S. 14.

1621 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.d (ab S. 306).

1622 *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 10; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 10a, 36; *N. Schuster*, AuR 2020, 104 (108); a.A. *Härting/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2525), da Art. 26 Abs. 3 DSGVO nur die Wahrnehmung und nicht die Erfüllung der Betroffenen-Rechte regle.

1623 Anders hingegen gegenüber Aufsichtsbehörden *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 10 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C (ab S. 328).

1624 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 24 ff.; *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 27.

1625 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 51; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 13; vgl. auch *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistung – erneut vergleichbar mit der Gesamtschuld im deutschen Recht (vgl. § 421 BGB) – verlangen, etwa gerichtet auf die Bereitstellung einer Daten-Kopie nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO. Freilich divergiert der Weg zu dieser Leistung, etwa wenn ein gemeinsam Verantwortlicher die Bearbeitung vollständig dem anderen gemeinsam Verantwortlichen überlässt[1626] oder zunächst Ansprüche im Innenverhältnis[1627] gegen einen anderen gemeinsam Verantwortlichen geltend machen muss, um die Informationen zu beschaffen. Diese Unterschiede stünden jedoch auch im deutschen Recht der Annahme einer Gesamtschuld nicht entgegen. Das deutsche Recht toleriert nämlich ebenfalls gewisse Differenzen bei einem sonst im Wesentlichen übereinstimmenden Leistungsinteresse,[1628] was erneut die Ähnlichkeit der Rechtsfolge des Art. 26 Abs. 3 DSGVO mit den §§ 421 ff. BGB zeigt.

b. Wirkung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO mit Blick auf eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit

Die angesprochenen Ansprüche im Innenverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen wirken sich auf das Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen und damit auch im Zusammenhang mit Art. 26 Abs. 3 DSGVO und der Geltendmachung der Betroffenen-Rechte aus. Das Vorliegen der (Mitwirkungs-)Ansprüche zwischen den gemeinsam Verantwortlichen versperrt nämlich insoweit einem gemeinsam Verantwortlichen das Berufen auf eine etwaige Unmöglichkeit (vgl. § 275 BGB) gegenüber betroffenen Personen,[1629] sodass diese Auslegung im Einklang mit der Forderung von *Generalanwalt Bobek* steht, von keinem (gemeinsam) Verantwortlichen Unmögliches zu verlangen.[1630]

1626 Eine Weiterverweisung von der Anlaufstelle an einen (anderen) gemeinsam Verantwortlichen ist hingegen nicht zulässig, *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 50.

1627 Hierzu unter Kapitel 5:D.III (ab S. 373). Vgl. auch *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 135.

1628 *Heinemeyer*, in: MüKo BGB, § 421 BGB Rn. 5.

1629 Ähnlich *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 27; vgl. auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 177; wohl auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 36; a.A. *Golland*, K&R 2019, 533 (535), der stattdessen in solchen Fällen eine faktische Unmöglichkeit annehmen will und damit die im Innenverhältnis bestehenden Ansprüche verkennt.

1630 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 93; *Mengozzi*, Schlussanträge C-25/17, Rn. 71; schon zuvor ähnlich *Jandt/Roßnagel*, ZD 2011, 160 (164); und später

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Konsequent ist auch die Rechtsfolge des Art. 26 Abs. 3 DSGVO nicht deshalb eingeschränkt, weil aus objektivierter Sicht einer betroffenen Person erkennbar ist, dass der Verantwortliche diese Pflicht nicht *selbst unmittelbar* erfüllen kann. Eine von *Hacker* aufgrund der Begründung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO durch das „informationelle Schutzprinzip" und in Anlehnung an den Grundsatz „ultra posse nemo obligatur" vorgeschlagene teleologische Reduktion dahingehend, dass sich der Anspruchsinhalt auf ein Hinwirken *im Rahmen des Zumutbaren* beschränkt,[1631] ist damit abzulehnen. Ungeachtet etwaiger Einreden würde eine solche Auslegung nämlich die Entscheidung des Gesetzgebers unterlaufen, die Geltendmachung von Betroffenen-Ansprüchen nicht von der Transparenz der Vereinbarung abhängig zu machen (vgl. Art. 24 S. 3 DSGVO-E(PARL)) und die Gleichrangigkeit der Betroffenen-Rechte sicherzustellen.[1632] Wäre der Inhalt eines Anspruchs bereits deswegen beschränkt, weil aus den Umständen ersichtlich ist, dass ein gemeinsam Verantwortlicher den Anspruch nicht selbst unmittelbar erfüllen kann, ginge das gar über den ohnehin abgelehnten Vorschlag des Art. 24 S. 3 DSGVO-E(PARL) hinaus. In dem Fall einer solchen Auslegung wäre nicht einmal eine insoweit transparente Vereinbarung notwendig, sondern die Ersichtlichkeit aus den Umständen würde für die Einschränkung des Anspruchs ausreichen. Eine solche teleologische Reduktion steht daher im klaren Widerspruch zum erkennbaren Willen des europäischen Gesetzgebers.

c. Anwendung auf den Fall einer gemeinsam betriebenen Online-Plattform

Zusammengefasst heißt dies, um das Beispiel von *Nink*[1633] einer gemeinsam betriebenen Online Plattform aufzugreifen: Wenn A, B und C gemeinsam eine Online-Plattform betreiben, kann die betroffene Person P sich beispielsweise an C zur Geltendmachung eines Auskunftsersuchens wenden, obwohl die Server hauptsächlich durch A verwaltet werden. C muss dann intern in Koordination mit A und B die Informationen beschaffen. P kann dieses Recht auch gerichtlich gegen C geltend machen

---

zust. *Hanloser*, ZD 2019, 122 (123); *Bülte*, StV 2017, 460 (460); *Golland*, K&R 2019, 533 (535).

1631 *Hacker*, MMR 2018, 779 (780, 784).

1632 Kapitel 3:B.III (ab S. 65).

1633 *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(Art. 26 Abs. 3, Art. 79 Abs. 1 DSGVO). Am Ende muss jedoch nicht der C die Auskunft selbst an den P übermitteln.[1634] Eine Pflicht zur höchstpersönlichen Leistung scheidet schon deswegen aus, weil gemeinsam Verantwortliche auch juristische Personen sein können.[1635] Auch die europarechtlich autonome Auslegung der DSGVO ergibt nichts Abweichendes. Für den effektiven Betroffenen-Schutz (Art. 1 Abs. 2 DSGVO) ist es zwar von Bedeutung, an wen sich die betroffene Person wenden kann und mit wem sie sich gegebenenfalls gerichtlich auseinandersetzen muss, nicht aber welcher (gemeinsam) Verantwortliche die geforderten Informationen letzten Endes übermittelt – soweit die Informationen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

2. Passivlegitimation differenziert nach Betroffenen-Rechten

Bei den Betroffenen-Rechten neben denjenigen i.e.S. (Art. 12 ff. DSGVO) sind die Folgen und Reichweite der Anwendung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO nicht ohne Weiteres ersichtlich.

a. Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO)

Wie bei allen Betroffenen-Rechten ist auch der Widerruf der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DSGVO) nur von Art. 26 Abs. 3 DSGVO erfasst, soweit die Einwilligung als Rechtsgrundlage der Legitimierung von Verarbeitungsvorgängen dienen soll, für die eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht. Bei einer Phase[1636] getrennter Verantwortlichkeit, z.B. bei Verarbeitungen nach abgeschlossener Übermittlung im Fall eines eingebetteten Social Plugins,[1637] kann die Einwilligung nur gegenüber dem jeweiligen Verantwortlichen widerrufen werden.

1634 So aber *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 19; ähnlich wie hier hingegen *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 52.

1635 So i.E. auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 86; vgl. zur Höchstpersönlichkeit und juristischen Personen *Baer*, in: Timme, § 26 WEG Rn. 23.

1636 Zu diesem Begriff unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

1637 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 76) – Fashion ID.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Zurverfügungstellung des Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO)

Das Recht auf Zurverfügungstellung des Wesentlichen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO)[1638] ist im Gleichlauf mit Art. 13, 14 DSGVO zum Zeitpunkt der Erhebung zu erfüllen.[1639] Sollte die Zurverfügungstellung jedoch ausbleiben, kann die betroffene Person wählen, von welchem gemeinsam Verantwortlichen sie die Information anfordert.

c. Benachrichtigung nach Datensicherheitsverletzung (Art. 34 DSGVO)

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Personen nach einer Datensicherheitsverletzung (Art. 34 DSGVO) kann einen Anspruch auf Schadensersatz nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO auslösen.[1640] Gleichzeitig ermöglicht die erfolgte Benachrichtigung – ähnlich wie bei den Informations- und Auskunftspflichten nach Art. 13-15 DSGVO – betroffenen Personen die Vorbereitung der Geltendmachung weiterer Betroffenen-Rechte, wie einem Anspruch aus Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO im Zusammenhang mit der Ursache für die Datensicherheitsverletzung. In ihrer Funktion und aufgrund ihrer unmittelbaren Bedeutung für die betroffene Person (vgl. Art. 34 Abs. 1 DSGVO) ist Art. 34 DSGVO daher als ein Betroffenen-Recht i.w.S. einzuordnen.[1641]

Die Anwendung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO auf dieses Betroffenen-Recht stößt jedoch sowohl auf praktische als auch auf systematische Bedenken, weshalb dessen Rechtsfolge insoweit nicht eingreift. Praktisch wird die betroffene Person ein solches Recht nämlich gar nicht geltend machen können, da sie mangels Benachrichtigung, nicht von dem Vorfall wissen wird. Der Anwendungsbereich würde sich dann auf einen Anspruch des Nachlieferns bei unvollständigen Informationen nach erfolgter Benachrichtigung oder einen Anspruch auf Benachrichtigung für den Fall beschränken, dass die betroffene Person beispielsweise über die Medien von dem Vorfall erfahren hat.

1638 Womöglich a.A., aber wohl lediglich unpräzise *Hanloser*, ZD 2019, 458 (459).
1639 Vgl. Kapitel 5:A.III.3 (ab S. 279).
1640 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 34 Rn. 7; *Jandt*, in: Kühling/Buchner, Art. 34 Rn. 17; a.A. *Reif*, in: Gola, Art. 34 Rn. 18.
1641 Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Systematisch legt die explizit geregelte Möglichkeit der Aufsichtsbehörde, eine Benachrichtigung nach Art. 34 Abs. 4 DSGVO zu verlangen, den Umkehrschluss nahe, dass betroffenen Personen dies nicht unmittelbar[1642] – wohl aber mittelbar über das Beschwerderecht, Art. 77 Abs. 1 DSGVO, und einen etwaigen Rechtsbehelf, Art. 78 Abs. 1 DSGVO – möglich sein soll. Diese Auslegung bestätigt auch Erwägungsgrund 86 S. 3 DSGVO. Danach soll die Entscheidung über die Benachrichtigung der betroffenen Personen nach allgemeinem Ermessen und vor allem in enger Absprache mit den zuständigen Behörden und deren Weisungen erfolgen. Das Erfordernis einer Einbeziehung der betroffenen Personen und einer Absprache mit den betroffenen Personen wird dagegen nicht einmal angedeutet. Denkt man an Datensicherheitsvorfälle mit Millionen betroffener Personen,[1643] dürfte sich diese gesetzgeberische Entscheidung als praxistauglich(er) zu erweisen.

d. Rechte aus verbindlichen internen Datenschutzvorschriften (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. e DSGVO)

Die Rechte aus verbindlichen internen Datenschutzvorschriften (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. e DSGVO) verfolgen den Zweck, die ohnehin unter der DSGVO bestehenden Betroffenen-Rechte auch auf Vorgänge zu erstrecken, die räumlich den Anwendungsbereich der DSGVO verlassen würden.[1644] Es werden also keine gänzlich neuen Rechte eingeräumt, sondern der Anwendungsbereich der bestehenden Betroffenen-Rechte wird erweitert. Diese im Anwendungsbereich erweiterten Rechte unterfallen ebenfalls dem Art. 26 Abs. 3 DSGVO.

1642 So aber wohl *Dickmann*, r+s 2018, 345 (354).

1643 Etwa im Fall der Hotelkette Marriott im Zusammenhang mit der unsorgfältigen Prüfung im Rahmen eines Unternehmenskaufs (Due Diligence), vgl. https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/statement-intention-to-fine-marriott-international-inc-more-than-99-million-under-gdpr-for-data-breach/.

1644 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 256, S. 10; *C. Schröder*, in: Kühling/Buchner, Art. 47 Rn. 40; vgl. auch *Lange/Filip*, in: Wolff/Brink, Art. 46 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

e. Wirksamer Rechtsbehelf (Art. 79 DSGVO)

Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen (gemeinsam) Verantwortliche (Art. 79 DSGVO,[1645] § 44 BDSG) ist als Recht, das sich nicht auf materieller, sondern auf Rechtsdurchsetzungsebene auswirkt, eng verknüpft mit den übrigen Betroffenen-Rechten i.w.S. Schon aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO ergibt sich, dass jedes Betroffenen-Recht gegenüber einem beliebigen gemeinsam Verantwortlichen geltend gemacht werden kann. Folgerichtig kann der Anspruch dann auch gerichtlich gegenüber diesem gemeinsam Verantwortlichen geltend gemacht werden, wie Art. 79 DSGVO klarstellt.[1646] Zusätzlich untermauert Art. 79 DSGVO als eigenständiges Recht i.V.m. Art. 26 DSGVO, dass die betroffene Person sich hinsichtlich des Anspruchsgegners umentscheiden darf. Dieser Grundsatz ergibt sich bereits aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO, dessen Wortlaut mit der Verwendung von „bei und gegenüber" als wichtiges Argument für die Möglichkeit einer solchen Umentscheidung gesehen wird.[1647] Wurde das Recht zunächst gegenüber einem gemeinsam Verantwortlichen geltend gemacht, kann daher dennoch ein anderer gemeinsam Verantwortlicher (gerichtlich) in Anspruch genommen werden – ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis unterstellt.

C. *Besonderheiten im Hinblick auf Aufsichtsmaßnahmen (Art. 58, 83, 84 DSGVO)*

Neben dem Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen ist das Verhältnis gegenüber Aufsichtsbehörden im Hinblick auf Aufsichtsmaßnahmen getrennt zu beurteilen. Art. 26 Abs. 3 DSGVO regelt nur das Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen, sodass daraus nicht hervorgeht, wie sich die Vereinbarung im Verhältnis zu Aufsichtsbehörden auswirkt.[1648]

Jeder Aufsichtsbehörde stehen Untersuchungs- (Art. 58 Abs. 1 DSGVO), Abhilfe- (Art. 58 Abs. 2 DSGVO) sowie Genehmigungs- und beratende Be-

1645 Zu dem Gerichtsstand nach Art. 79 Abs. 2 DSGVO *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (67 ff.) m.w.N.

1646 *Koreng*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 79 Rn. 4.

1647 *Horn*, in: Knyrim, S. 162.

1648 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 189; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 22; *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fugnisse zu (Art. 58 Abs. 3 DSGVO). Die Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten nehmen diese Befugnisse wahr und ergreifen damit im Einklang mit dem „Grundsatz mitgliedstaatlicher Durchführung" (vgl. Art. 291 Abs. 1 AEUV)[1649] Maßnahmen zur Durchführung der DSGVO.[1650] In Deutschland sind die Aufsichtsbehörden im Sinne der Norm, vgl. u.a. §§ 9, 40 BDSG, vor allem die zuständigen Landesbeauftragten für Datenschutz.

I. Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden bei gemeinsam Verantwortlichen

Die gemeinsam Verantwortlichen können in sachlicher und territorialer Hinsicht unterschiedlichen Zuständigkeiten unterliegen, woraus sich Zuständigkeitskonflikte ergeben können.

1. Sachliche Zuständigkeitskonflikte

In sachlicher Hinsicht kann eine rechtsaktübergreifende gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen gemeinsam Verantwortlichen im Sinne der DSGVO und der (VO) EU 2018/1725, nicht aber zwischen den genannten Rechtsakten und der JI-RL,[1651] bestehen.[1652]

Da es sich bei den (gemeinsam) Verantwortlichen der VO (EU) 2018/1725 nach ihrem Art. 4 Nr. 8 um Organe und Einrichtungen der Union handelt, lässt sich die Zuständigkeit zwischen den Aufsichtsbehörden unter der DSGVO und der Aufsichtsbehörde unter der (VO) EU 2018/1725 trennscharf abgrenzen. Für die Aufsicht der gemeinsam Verantwortlichen, die als Unionsorgane oder -einrichtungen nach Art. 4 Nr. 8 VO (EU) 2018/1725 (gemeinsam) verantwortlich sind, ist der *Europäische Datenschutzbeauftragte* (Art. 52 ff. VO (EU) 2018/1725) zuständig. Für die übrigen (gemeinsam) Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO fällt die Zuständigkeit in den Bereich der jeweiligen nationalen Aufsichtsbehörde (Art. 51 ff. DSGVO). Die Grundlage für die Zusammenarbeit des *Europäischen Datenschutzbeauftragten* mit den nationalen Aufsichtsbehörden in

1649 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 291 AEUV Rn. 3.
1650 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59).
1651 Gleichwohl ist jedenfalls die Einrichtung einer Aufsichtsbehörde durch einen Mitgliedstaat möglich, die sowohl unter der DSGVO als auch unter der JI-RL als Datenschutzaufsicht fungiert, vgl. Art. 41 Abs. 3 JI-RL.
1652 *Radtke*, JIPITEC 11 (2020), 242 (Rn. 35). Hierzu auch schon ausführlich unter Kapitel 4:C.IV.4 (ab S. 210).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diesen Fällen findet sich in der Kooperationsgeneralklausel des Art. 61 VO (EU) 2018/1725. Selbst wenn man darin eine nur einseitige Verpflichtung des *Europäischen Datenschutzbeauftragten* erblickt, ergibt sich für die nationalen Aufsichtsbehörden bereits aus den ihnen zugewiesenen Aufgaben (Art. 57 DSGVO) die Pflicht zu einer Zusammenarbeit mit dem *Europäischen Datenschutzbeauftragten*, soweit dies für die eigene Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

2. Territoriale Zuständigkeitskonflikte

Territoriale Zuständigkeitskonflikte zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden unter der DSGVO haben ebenfalls eine Regelung erfahren, wenngleich den Besonderheiten der Konstellation gemeinsamer Verantwortlichkeit nicht (ausreichend) Rechnung getragen wurde.

a. Parallelzuständigkeiten und das Konzept der federführenden Aufsichtsbehörde

Im Ausgangspunkt ist jede Aufsichtsbehörde nach Art. 55 Abs. 1 DSGVO „für die Erfüllung und die Ausübung der Befugnisse […] im Hoheitsgebiet ihres eigenen Mitgliedstaats zuständig".[1653]

Territoriale Zuständigkeitskonflikte in Form einer Parallelzuständigkeit in Bezug auf die gleiche Datenverarbeitung können auftreten, wenn die Verarbeitung in den Bereich der Niederlassungen aus mehreren Hoheitsgebieten fällt – etwa im Fall eines Verantwortlichen mit Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten oder im Fall gemeinsamer Verantwortlicher, die in jeweils unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind. Für diese Fälle hat der europäische Gesetzgeber den Begriff der grenzüberschreitenden Verarbeitung normiert (Art. 4 Nr. 23 DSGVO). Hierbei handelt es sich nach der Definition um Verarbeitungen, die im Rahmen von Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten oder in einem Mitgliedstaat erfolgen oder erhebliche Auswirkungen auf betroffene Personen in mehr als einem Mitgliedstaat haben. Bei strenger Wortlaut-Auslegung des Art. 4 Nr. 23 lit. a DSGVO fällt die Konstellation mehrerer gemeinsam Verantwortlicher mit jeweils einer Niederlassung nicht unter die grenzüberschreitende

1653 S. hierzu auch Erwägungsgrund 122 S. 2 DSGVO und auch *Kolany-Raiser/Radtke*, in: Hoeren, 83 (101 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verarbeitung. Da der Begriff des „Verantwortlichen" jedoch wie stets[1654] gemeinsam Verantwortliche unter Berücksichtigung der Besonderheiten einbezieht und teleologisch vergleichbar auch in dieser Konstellation die Zuständigkeit mehrerer Aufsichtsbehörden für die gleiche Datenverarbeitung aufeinandertrifft, wird eine solche Verarbeitung ebenfalls als eine grenzüberschreitende nach Art. 4 Nr. 23 lit. a DSGVO zu qualifizieren sein.[1655]

Für den Fall einer solchen grenzüberschreitenden[1656] Verarbeitung und der parallelen Zuständigkeit sieht die DSGVO das Konzept einer sog. federführenden Aufsichtsbehörde (Art. 56 DSGVO) vor, die die Aufsicht koordiniert. Damit wurde unter der DSGVO ein „One-Stop-Shop"-Prinzip, d.h. die Zuständigkeit einer Aufsichtsbehörde für einen Verantwortlichen in allen (datenschutzrechtlichen) Belangen, wenn auch, verglichen mit Art. 51 Abs. 2 DSGVO-E(KOM) in abgeschwächter[1657] Form, implementiert.[1658] Es besteht zwar nach Art. 55 Abs. 1 DSGVO bei mitgliedstaatübergreifenden Sachverhalten keine ausschließliche Zuständigkeit der sog. federführenden Aufsichtsbehörde, wohl aber ist diese „der einzige Ansprechpartner der Verantwortlichen […] für Fragen der von diesem Verantwortlichen […] durchgeführten grenzüberschreitenden Verarbeitung" (Art. 56 Abs. 6 DSGVO).[1659] Die Hauptniederlassung eines Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 16 lit. a DSGVO) ist maßgeblich für die Ermittlung der federführenden Aufsichtsbehörde. Daher stößt das Konzept bei gemeinsam Verantwortlichen mit jeweils separaten Hauptniederlassungen auf Probleme und kann nach Art. 56 DSGVO zu dem Vorliegen mehrerer federführender Aufsichtsbehörden für die gleiche Verarbeitung führen. Die Idee einer effektiven Koordination durch eine Stelle würde damit konterkariert.[1660]

1654 Kapitel 5:B.I.1.a.bb (ab S. 294).

1655 So i.E. auch *R. Schneider*, ZD 2020, 179 (180 f.).

1656 Bei Verarbeitungen, die darüber hinaus zusätzlich in Drittländern stattfinden, sind auch durch gemeinsam Verantwortliche (selbstverständlich) die Art. 45 ff. DSGVO zu beachten, *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398 (401).

1657 Hierzu und zu den Hintergründen, *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 55 Rn. 1 m.w.N.; s. auch *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1540).

1658 Dazu *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 55 Rn. 1 m.w.N.; *G. F. Schröder*, Datenschutzrecht für die Praxis, S. 222; so auch *Polenz*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, § 4a, Rn. 20; und auch *Wächter*, Datenschutz im Unternehmen, Rn. 350.

1659 S. jüngst zu den dennoch bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten anderer Datenschutzaufsichtsbehörden *Bobek*, Schlussanträge C-645/19.

1660 Hingegen von einer gemeinsamen Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden sprechend, wobei (unzutreffend) auf einen Beitrag über gemeinsame Kon-

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der Literatur werden unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert, wobei insbesondere ein Wahlrecht der gemeinsam Verantwortlichen oder die Einbeziehung des *EDPB* vorgeschlagen wird.[1661] Ein Wahlrecht der gemeinsam Verantwortlichen mag zwar schon bei einem Verantwortlichen durch die freie (tatsächliche) Wahl einer Hauptniederlassung möglich sein.[1662] Die Einrichtung einer Hauptniederlassung geht aber mit umfangreichen weiteren rechtlichen wie tatsächlichen Implikationen einher, während eine rein formale Wahl einen leichten Weg hin zur womöglich „bequemsten" Aufsichtsbehörde als federführende ebnet. Mangels dieser Vergleichbarkeit ist ein solches Wahlrecht, das im Übrigen keine Andeutung im Wortlaut findet, abzulehnen.[1663] Stattdessen ist vor allem die Funktion des *EDPB* (Art. 68 ff. DSGVO) in die Überlegungen einer Lösung im Einklang mit der DSGVO einzustellen,[1664] das nach Art. 65 DSGVO zur Streitbeilegung auch Zuständigkeiten verbindlich beschließen kann.[1665]

b. Beschränkung der Regelungskompetenz nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO auf das eigene Hoheitsgebiet

Der nationale Gesetzgeber kann im Rahmen der dargestellten Öffnungsklauseln in Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO gemeinsam Verantwortliche benennen[1666] bzw. die Kriterien für deren Bestimmung vorsehen. Außerdem kann er für gemeinsam Verantwortliche in seinem Hoheitsgebiet im Rahmen der jeweiligen verfassungsrechtlichen Grenzen

---

trolle durch die gemeinsam Verantwortlichen verwiesen wird, *Weichert*, DANA 2019, 4 (8).

1661 Ausführlich *Piltz*, https://www.delegedata.de/2017/10/dsgvo-zerschiesst-die-gemeinsame-verantwortlichkeit-das-konzept-der-federfuehrenden-behoerde/; im Überblick *R. Schneider*, ZD 2020, 179; vgl. auch zuvor schon *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1539); sowie *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244); Auslegungsbedarf sieht auch *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60); und auch *Ducuing/Schroers/Kindt*, EDPL 4 (2018), 547 (553).

1662 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 244, S. 8 f.; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 100.

1663 *R. Schneider*, ZD 2020, 179 (182).

1664 Dies ebenfalls erwägend *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 100; *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244).

1665 Insoweit für eine analoge Anwendung des Art. 65 Abs. 1 lit. b DSGVO plädierend *R. Schneider*, ZD 2020, 179 (183 f.).

1666 Wie unter Kapitel 4:B.I (ab S. 103) dargelegt, s. dort insb. zu dem Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Aufgabenverteilung festlegen. Damit liegt es in der Hand des nationalen Gesetzgebers beispielsweise einem in seinem Hoheitsgebiet befindlichen gemeinsam Verantwortlichen mit Wirkung (nur) für sein Hoheitsgebiet unter Umständen sämtliche Pflichten zuzuweisen. Diese Zuweisung wirkt sich auf den Grad der Verantwortlichkeit als wichtiges Kriterium der Adressatenauswahl aus, sodass Aufsichtsmaßnahmen möglicherweise gegen diesen gemeinsam Verantwortlichen gerichtet werden können.[1667]

Der nationale Gesetzgeber kann aber über diese Regelungen hinaus keine Aufsichtsbefugnisse zulasten anderer Mitgliedstaaten an sich ziehen.[1668] Für die Benennung der gemeinsam Verantwortlichen oder die Festlegung der Kriterien für ihre Benennung – wie sich die Möglichkeit aus einer Gesamtschau der Art. 4 Nr. 7 Hs. 2, Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO ergibt[1669] – folgt dies bereits aus der Beschränkung der Befugnisse jeder Aufsichtsbehörde auf ihr Hoheitsgebiet, wie in Art. 55 Abs. 1 DSGVO klargestellt wird. Für Art. 4 Nr. 7 Hs. 2 DSGVO ergibt sich dies aus der Bezugnahme auf die Vorgabe der Zwecke und Mittel durch die Mitgliedstaaten und damit die Einschränkung vor allem auf Fälle der Art. 6 Abs. 1 lit. c, e DSGVO. Im Fall des Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO verdeutlicht dies der Wortlaut („Rechtsvorschriften […], der Mitgliedstaaten, denen die Verantwortlichen *unterliegen*"). Im Hinblick auf beide Öffnungsklauseln bedeutet dies, dass der nationale Gesetzgeber Verantwortlichen in seinem Hoheitsgebiet die (gemeinsame) Verantwortlichkeit zuerkennen kann und alternativ oder kumulativ die Aufgabenverteilung der gemeinsam Verantwortlichen regeln kann. Diese Entscheidung wirkt sich allerdings nicht auf die Aufsichtsbehörden und Regelungen anderer Mitgliedstaaten aus. Indem Verantwortlichkeiten einem im Inland ansässigen gemeinsam Verantwortlichen zugewiesen werden, kann zumindest die Zugriffsmöglichkeit (nur) auf diesen gemeinsam Verantwortlichen durch die Aufsichtsbehörden erleichtert werden. Damit bieten die Öffnungsklauseln die Möglichkeit, die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden zu „erweitern" und zumindest effektiver gegen einen im Inland ansässigen gemeinsam Verantwortlichen vorzugehen.[1670]

1667 So i.E. auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 27.

1668 In diese Richtung aber *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 78. Hierzu auch schon unter Kapitel 5:A.II.3.a.aa (ab S. 243).

1669 Kapitel 4:B.I (ab S. 103).

1670 Wenn auch fälschlicherweise zu Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO statt Art. 4 Nr. 7 DSGVO *Kühling et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 78; vgl. *Boehm*, in: Kühling/Buchner, Art. 55 Rn. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Verstöße gegen die besonderen Pflichten aus Art. 26 DSGVO

Neben den gleichermaßen für alleinige Verantwortliche geltenden Pflichten ergeben sich durch die Einordnung als gemeinsam Verantwortliche weitere Pflichten aus Art. 26 DSGVO, nämlich insbesondere die Pflicht[1671] zum „Abschluss" einer Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 DSGVO)[1672] und die Pflicht, den betroffenen Personen das Wesentliche der Vereinbarung zur Verfügung zu stellen (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO).[1673]

Verstöße gegen diese unmittelbar adressatenbezogenen[1674] Pflichten sind nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO ausdrücklich bußgeldbewehrt.[1675]

1. Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO

Werden hingegen die Rechtsfolgen aus Art. 26 DSGVO befolgt, obwohl tatsächlich keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, liegt zwar kein Verstoß gegen Art. 26 DSGVO vor. Es kann darin aber ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO zu sehen sein.[1676] Für einen solchen Verstoß sieht Art. 83 Abs. 5 lit. a DSGVO einen nach oben hin doppelt so hohen Bußgeldrahmen vor. Dies erscheint nur gerechtfertigt, wenn auch tatsächlich das Risiko betroffener Personen entsprechend steigt. Generell besteht nämlich die Gefahr, über eine weite Auslegung der allgemein gehaltenen Datenschutzgrundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO ausufernde Bußgeld-Generalklauseln zu schaffen.[1677]

Daher ist erst dann ein für Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO relevanter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO anzunehmen, wenn ein signifikan-

---

1671 Zu der weiten Auslegung dieses Begriffs durch den EuGH, *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 83 Rn. 65; mit Verweis auf *EuGH*, ECLI:EU:C:1975:19 – Auditeur du Travail.

1672 Hierzu, insb. zur Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung, unter Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).

1673 Hierzu unter Kapitel 5:A.III (ab S. 277).

1674 Dagegen sind in Art. 83 Abs. 5 DSGVO genannten Pflichten unmittelbar von konkreten Verarbeitungen abhängig, vgl. *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 83 Rn. 22.

1675 So auch *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 214.

1676 Kapitel 5:B.I.1.b.aa(3) (ab S. 302).

1677 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 83 Rn. 24; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1543); *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 83 Rn. 52; *Bülte*, StV 2017, 460 (465).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tes Risiko für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen besteht, das mindestens mit der Schwere eines Verstoßes gegen Art. 26 DSGVO vergleichbar ist. Dies ist umso eher der Fall, je intensiver die Transparenz i.e.S.[1678] betroffen ist, also z.B. wenn der betroffenen Person das Wesentliche einer überobligatorisch geschlossenen Vereinbarung zur Verfügung gestellt wird (vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO), das zu erheblichen Unklarheiten bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse und der Ansprechpartner und Passivlegitimierten führen kann. Eine interne, tatsächlich maßgebliche Pflichtenzuteilung und korrekte Schilderung der tatsächlichen Beziehungen und Verhältnisse (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO), ohne dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, stellt hingegen keinen solchen Verstoß dar. Selbst geringfügige Abweichungen von den tatsächlichen Verhältnissen wären unbeachtlich, soweit sie nicht auf die Transparenz i.e.S., d.h. gegenüber betroffenen Personen, durchschlagen. Zudem kann auf den Verstoß gegen weitere Vorschriften als Indiz abgestellt werden. Je eher beispielsweise in einem solchen Verstoß zugleich ein Verstoß gegen Art. 24, 32 DSGVO gesehen werden kann, desto mehr spricht dies ob des diesen Vorschriften innewohnenden Transparenzgehalts für eine ausreichende Signifikanz.

Diese Erwägungen gelten entsprechend für die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 26 DSGVO bei zumindest tatsächlich vorliegender gemeinsamer Verantwortlichkeit zugleich einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO darstellt.[1679] Vor allem in einem Verstoß gegen Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO kann zugleich ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO zu sehen sein.[1680]

2. Auslösen von Abhilfemaßnahmen

Es stellt sich außerdem die Frage, ob Verstöße gegen die Pflichten aus Art. 26 DSGVO die Tatbestandsvoraussetzungen der in Art. 58 DSGVO normierten Aufsichtsmaßnahmen erfüllen.

Verstöße gegen die Pflichten aus Art. 26 DSGVO lösen nämlich nicht stets die Rechtswidrigkeit einer Verarbeitung aus, sodass eine entsprechen-

1678 Zu diesem Begriff unter Kapitel 3:B.V.1 (ab S. 74).
1679 Wohl verneinend *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 373.
1680 Wohl weiter, aber in diese Richtung, *J.-P. Schneider/Forgó/Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil VI. Kap. 1, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de Verarbeitung nicht zwangsläufig gegen die DSGVO verstößt.[1681] Die in Art. 58 Abs. 2 DSGVO aufgezählten Abhilfemaßnahmen, wie etwa die Warnung, Verwarnung und Anweisung (Art. 58 Abs. 2 lit. a, b, d DSGVO), setzen allerdings einen Verstoß eines Verarbeitungsvorgangs bzw. einer Verarbeitung gegen die DSGVO voraus.[1682] Frühere Fassungen wie Art. 53 Abs. 1 DSGVO-E(KOM) kannten dieses Erfordernis noch nicht. Auf den ersten Blick könnten Abhilfemaßnahmen daher nicht stets bei Verstößen gegen Art. 26 DSGVO greifen. Zwar ließen sich die Befugnisse mitgliedstaatlich erweitern (Art. 58 Abs. 6 DSGVO). Davon hat der deutsche Gesetzgeber mit § 16 BDSG aber nicht substanziell Gebrauch gemacht. Immerhin ist es möglich, einen gemeinsam Verantwortlichen anzuweisen, dem – nicht erforderlichen[1683] – Antrag einer betroffenen Person nachzukommen, ihr das Wesentliche einer Vereinbarung zur Verfügung zu stellen (Art. 58 Abs. 2 lit. c DSGVO).

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. etwa Erwägungsgrund 129 S. 5 DSGVO) drängt sich die Möglichkeit zur Durchführung weiterer Abhilfemaßnahmen, die regelmäßig milder wirken als die Verhängung von Bußgeldern, geradezu auf. Eine Vorschrift könnte einen Weg aus diesem Dilemma weisen: Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO. Danach kann die Aufsichtsbehörde einzelne Verarbeitungen vorübergehend oder endgültig beschränken („impose a […] limitation") oder verbieten. Bei enger Auslegung dieser Vorschrift ist davon auszugehen, dass sie die Rechtswidrigkeit der konkreten Verarbeitung voraussetzt.[1684] Das kann im Fall eines Verbots als scharfe Maßnahme beispielsweise gegenüber einer Verwarnung notwendig sein. Die Aufsichtsbehörde kann die Verarbeitung aber auch dahingehend *beschränken*, dass den gemeinsam Verantwortlichen aufgegeben wird, die Verarbeitung erst fortzuführen ab „Abschluss" einer den Anforderungen entsprechenden Vereinbarung und sobald dem Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO Genüge getan ist.

Letztlich fehlt es aber auch damit an der Befugnis zu milderen[1685] Maßnahmen wie der Verwarnung nach Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO. Dabei fällt auf, dass dies auf nahezu alle in Art. 83 Abs. 4 DSGVO genannten Normen zutrifft; Verstöße gegen die übrigen dort genannten Regelungen

---

1681 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).
1682 Weite Auslegung nach *Hullen*, in: Plath, Art. 58 Rn. 12; andeutungsweise mit einem anderen Verständnis *Grittmann*, in: Taeger/Gabel, Art. 58 Rn. 22.
1683 Kapitel 5:A.III.3 (ab S. 279).
1684 Vgl. *Eichler*, in: Wolff/Brink, Art. 58 Rn. 20.
1685 Vgl. *Grittmann*, in: Taeger/Gabel, Art. 58 Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

führen nämlich ebenfalls nicht zur Rechtswidrigkeit der Verarbeitung und dürften damit nach strenger Wortlaut-Auslegung keine bzw. kaum Abhilfemaßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO auslösen können. Nur mit Blick auf die Pflichten der Zertifizierungsstelle (vgl. Art. 83 Abs. 4 lit. b DSGVO) hat der europäische Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung mit einem – kleinen – Maßnahmenkatalog in Art. 58 Abs. 2 lit. h DSGVO getroffen. Da andernfalls bei all diesen Verstößen keine milderen Maßnahmen denkbar wären und diese im Widerspruch zu der gesetzgeberischen Wertung des Art. 83 Abs. 4 DSGVO, diese Verstöße als „harmloser" einzustufen, und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stünden, ist der Begriff des Verstoßes durch Verarbeitungsvorgänge im Katalog des Art. 58 Abs. 2 DSGVO weit auszulegen.[1686] Mit Blick auf Verstöße gegen in Art. 83 Abs. 4 DSGVO genannte Normen besteht dementsprechend ein ausreichend enger Zusammenhang mit der Verarbeitung im Sinne des Art. 58 Abs. 2 DSGVO.

III. Adressatenauswahl bei Maßnahmen gegen gemeinsam Verantwortliche

Nach Art. 58 Abs. 4 DSGVO erfolgt die Ausübung der Aufsichtsbefugnisse letztlich nach dem Recht des Mitgliedstaats – soweit dieses nicht durch Vorgaben insbesondere der DSGVO überlagert wird.[1687] Damit ist das Verfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedstaats grundsätzlich maßgeblich.[1688]

1. Umfang der Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts

Der Wortlaut des Art. 58 Abs. 4 DSGVO wird vereinzelt als bloße Klarstellung bezüglich des europarechtlichen Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten angesehen.[1689] Konsequent vertritt etwa *Martini*, dass nur Verfahrensvorschriften i.e.S. und nicht Vorschriften mit materi-

1686 Wie schon bei Art. 82 DSGVO, Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).
1687 *Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 58 Rn. 5.
1688 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 115; *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 58 Rn. 31; *Nguyen*, in: Gola, Art. 58 Rn. 26; *Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 58 Rn. 5; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 37a; vgl. *EuGH*, NJW 2015, 3636 (Rn. 50) – Weltimmo.
1689 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 37a; anders aber wohl *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 58 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ell-rechtlichen Vorgaben der Mitgliedstaaten nach Art. 58 Abs. 4 DSGVO maßgeblich sein sollen.[1690] Mitgliedstaatliche Anforderungen an das Ermessen wären in dem Fall nicht erfasst. Stattdessen würde sich die Ausübung des Ermessens ausschließlich nach europäischem Recht richten.

Eine solche Auslegung kann nicht überzeugen. Der Wortlaut lässt nämlich schon keine Anhaltspunkte für eine derart restriktive Auslegung erkennen. Die „Ausübung der […] Befugnisse" („exercise of the powers") nimmt etwa Bezug auf die Gestattung – nicht aber die Verpflichtung – der Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO der Anordnung von Abhilfemaßnahmen. Die Ausübung dieser Gestattung nach dem mitgliedstaatlichen Recht impliziert notwendigerweise die Ausübung des Ermessens. Das Erfordernis „geeigneter Garantien einschließlich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe" neben dem ordnungsgemäßgen Verfahren in Art. 58 Abs. 4 DSGVO ist vor allem deswegen notwendig, weil den Aufsichtsbehörden auch ein – gerichtlich zumindest eingeschränkt überprüfbares – Ermessen eingeräumt wird.

Die andere Ansicht kann im Übrigen keine Antwort auf die Frage geben, wie die Prüfung des Ermessens durch Europarecht ausgefüllt werden soll. Letztlich regelt die DSGVO nämlich selbst nicht die Ausübung des Ermessens und lässt den Mitgliedstaaten schon ohne den insoweit deklaratorischen Art. 58 Abs. 4 DSGVO Regelungsspielraum. Soweit die DSGVO Wertungen vorgibt, sind diese allerdings bei der Prüfung des Ermessens nach dem mitgliedstaatlichen Recht zu berücksichtigen.

Bei Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 1, 2 DSGVO[1691] ist das mitgliedstaatliche Recht demnach auf Rechtsfolgenseite zu beachten, d.h. auf Ebene des Ermessens im deutschen Recht.[1692] Nach dem deutschen Verfahrensrecht kann der Behörde ein (Auswahl-)Ermessen auch im Hinblick auf den in Anspruch zu nehmenden Pflichtigen zustehen, vgl. § 40 VwVfG bzw. die korrespondierende Vorschrift auf Landesebene.[1693] Gleich ob es um die Ausübung von Untersuchungs- oder Abhilfebefugnissen geht, die Wahl des Adressaten muss ermessensfehlerfrei erfolgen.[1694] Dies steht im

1690 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 37a.

1691 Zu den Besonderheiten bei der Verhängung von Bußgeldern unter Kapitel 5:C.V (ab S. 357).

1692 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59); *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (231); *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 37b; vgl. auch *OVG Hamburg*, Urt. v. 07.10.2019 – 5 Bf 279/17 (juris).

1693 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, § 40 VwVfG Rn. 48 f.

1694 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59); *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 37b; wohl auch *S. E. Schulz*, MMR 2018, 421 (422).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Übrigen im Einklang mit der von der DSGVO geforderten Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach Erwägungsgrund 129 S. 5 DSGVO. Dabei ist im Rahmen der Ermessensauswahl stets dem zentralen Zweck der DSGVO, einen effektiven Betroffenen-Schutz zu gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 DSGVO), Rechnung zu tragen.[1695] Ein Leitkriterium, das grundsätzlich zu einer abgestuften Haftung mehrerer gemeinsam Verantwortlicher führt, gibt es allerdings nicht.[1696]

2. Kreis der möglichen Adressaten

Die für eine Verarbeitung gemeinsam Verantwortlichen[1697] kommen allesamt als Adressaten einer entsprechenden Maßnahme in Betracht.

Zunächst kennt die DSGVO selbst in Art. 58 Abs. 2 DSGVO im Wesentlichen nur die Kategorien „Verantwortlicher" und „Auftragsverarbeiter" als mögliche Adressaten. Bei den weit überwiegenden Tatbeständen des Art. 58 Abs. 2 DSGVO werden Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter explizit und abschließend[1698] und anders noch als in Art. 28 Abs. 3 DS-RL[1699] als Adressaten genannt, nämlich in Art. 58 Abs. 2 lit. a, b, c, d, e DSGVO. Bei den übrigen Maßnahmen ergibt sich dies entweder aus der Natur der Maßnahme selbst (Art. 58 Abs. 2 lit. f, g, j DSGVO), wie etwa bei Betroffenen-Rechten, oder aber aus der Rechtsfolgen-Norm, auf die verwiesen wird (Geldbuße nach Art. 58 Abs. 2 lit. i, 83 DSGVO, wobei hier auch die Zertifizierungsstelle Adressat sein kann[1700]) oder es wird ausnahmsweise die Zertifizierungsstelle als weiterer Adressat genannt (Art. 58 Abs. 2 lit. h DSGVO).

Versucht man den Kreis möglicher Adressaten des Datenschutzrechts als Sonderordnungsrecht[1701] in klassische verwaltungsrechtliche Kategorien einzuordnen, so erinnern die vorgenannten Adressaten, die jeweils aktiv an Verarbeitungen beteiligt sind, an die Kategorie der Handlungsstö-

1695 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (231).
1696 So auch im Hinblick auf die Sachnähe *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 37c.
1697 Zu Konzernunternehmen als Bußgeldadressaten *Ebner/A. Schmidt*, CCZ 2020, 84 (85 f.) m.w.N.
1698 So auch *Lantwin*, ZD 2019, 14 (16 f.).
1699 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (14).
1700 Zudem richtet sich die Maßnahme nicht nach allgemeinem Verwaltungsrecht und Gefahrenabwehrrecht, hierzu unter Kapitel 5:C.V (ab S. 357).
1701 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (10 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rer.[1702] Daneben kommen allerdings keine weiteren national geprägten Rollen in Betracht.[1703]

Anknüpfend an Forderungen zur teleologischen Reduktion der Inanspruchnahme gemeinsamer Verantwortlicher,[1704] ließe sich daran denken, den Adressatenkreis dahingehend (teleologisch) zu reduzieren, dass nur gemeinsam Verantwortliche mit einem hohen Grad an Verantwortlichkeit im Hinblick auf die konkrete Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der Art. 58, 83 DSGVO sind. Das kann jedoch nicht überzeugen: Denn zum einen zeigt bereits Art. 4 Nr. 7 DSGVO, dass es sich bei gemeinsam Verantwortlichen grundsätzlich lediglich um mehrere Verantwortliche mit erweiterten Pflichten handelt,[1705] was Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO implizit mit der Pflicht zur Aufteilung der Verantwortlichen-Verpflichtungen (*sic!*) nach der DSGVO bestätigt. Auch Art. 58, 83 DSGVO bieten keine Anhaltspunkte dafür, dass eine engere Auslegung des Begriffs der Verantwortlichen geboten sein könnte. Zum anderen verlangt der Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr den Kreis der tatbestandlich in Betracht kommenden Adressaten nicht bloß aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu beschränken. Solche Erwägungen sind im Rahmen der Auswahl unter den einzelnen möglichen Adressaten anzubringen.

3. Ermessensausfall und Ermessensunterschreitung

Verkennt die Behörde – gegebenenfalls in Übereinstimmung mit den (gemeinsam) Verantwortlichen –, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt und daher mehrere gemeinsam Verantwortliche als Adressaten in Betracht kommen, handelt es sich um einen Ermessensfehler in Gestalt des Ermessensausfalls.[1706] Bei der Zusammenarbeit mehrerer gemeinsam Verantwortlicher kann es auch zu einer Ermessensunterschreitung kommen, wenn die Behörde selbst nicht alle möglichen Adressaten ermittelt hat und damit bei ihrer Entscheidung berücksichtigen konnte. Diese Ermessensfehler können sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegebenenfalls

---

1702 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (231).

1703 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.4.a.bb(2) (ab S. 172).

1704 Etwa im Kontext des Art. 26 Abs. 3 DSGVO *Hacker*, MMR 2018, 779 (780).

1705 *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45.

1706 So auch *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59); vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG Rn. 46; *Sachs* verweist etwa auf *BVerwG*, NVwZ-RR 2012, 808 (Rn. 134); s. auch *VGH Mannheim*, NVwZ 1990, 179 (180); *OVG Magdeburg*, NVwZ-RR 2008, 615.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch das Nachschieben von Gründen oder von Ermessenserwägungen[1707] (vgl. § 114 S. 2 VwGO) ausräumen lassen.

Zu diesen Ermessensfehlern kann es zum einen kommen, wenn die Effektivität der Maßnahme es erfordert, vor vollständiger[1708] Sachverhaltsaufklärung zu handeln. Zum anderen können die Ermessensfehler darauf zurückzuführen sein, dass die gemeinsam Verantwortlichen zugleich gegen Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO verstoßen haben, indem nicht alle gemeinsam Verantwortlichen die Vereinbarung abgeschlossen haben und demnach nicht in der Vereinbarung genannt wurden.[1709]

Das wirft die Frage auf, wie es sich auf das Vorliegen eines Ermessensfehlers auswirkt, wenn dieser auf fehlerhafte Angaben seitens der in Anspruch zu nehmenden zurückzuführen ist. Die Verantwortung für einen Irrtum, der sich in einem Ermessensfehler niedergeschlagen hat, kann für die Rechtmäßigkeit von Belang sein,[1710] vgl. auch § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1, 2 VwVfG und das fehlende Pendant in § 49 VwVfG. Andernfalls ließen sich der Geltendmachung der Rechtswidrigkeit durch den Verantwortlichen beispielsweise im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens jedenfalls die auch im öffentlichen Recht anwendbaren[1711] Grundsätze aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenhalten, was letztlich dem Erfolg des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entgegenstehen kann. Das gilt zumindest dann, wenn Umstände wie Arglist seitens der gemeinsam Verantwortlichen hinzukommen. Im Übrigen stehen der Aufsichtsbehörde gerade Untersuchungsbefugnisse zu (vgl. Art. 58 Abs. 1, Art. 57 DSGVO), mit denen sie selbst komplexe Sachverhalte zunächst – soweit in Einklang zu bringen mit der Effektivität des Vorgehens[1712] – aufklären kann und muss, um anschließend ermessensfehlerfrei zu entscheiden. Die nach Art. 26 DSGVO geschlossene Vereinbarung soll nach ihrem Sinn und Zweck zwar auch – jedoch nur sekundär – Aufsichtsbehörden einen Überblick über die Verarbeitungen geben.[1713] Das entbindet Aufsichtsbehörden je-

1707 *BVerwG*, NVwZ 2012, 698 (Rn. 8).
1708 Bezüglich des Umfangs der Sachverhaltsaufklärung ist wiederum § 24 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwVfG bzw. die entsprechende Vorschrift im Landesrecht im Lichte der DSGVO zu beachten.
1709 Hierzu schon unter Kapitel 5:A.II.3.b (ab S. 249).
1710 Vgl. zur Verantwortung für die vollständige Sachverhaltsaufklärung im Allgemeinen *OVG Münster*, NJW 1987, 394; s. auch *Rönnau/Faust/Fehling*, JuS 2004, 667 (674).
1711 Statt aller *Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, § 59 VwVfG Rn. 35.
1712 Vgl. *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 31).
1713 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

doch nicht von der Durchführung ihrer Aufgaben nach Art. 57 DSGVO. Schließlich sind Aufsichtsbehörden gerade weniger schutzwürdig als die betroffenen Personen,[1714] vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 26 Abs. 3 DSGVO und Erwägungsgrund 79 DSGVO (Zuteilung der Verantwortlichkeiten vor allem „zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen") und sind zudem mit umfangreichen Befugnissen zur Sachverhaltsaufklärung ausgestattet. Hinzu kommt, dass gegebenenfalls weiterhin der Verstoß der gemeinsam Verantwortlichen gegen die Pflicht zum Abschluss einer Vereinbarung mit allen gemeinsamen Verantwortlichen selbstständig sanktionierbar bleibt.

Die Frage nach dem Beruhen von Ermessensfehlern auf Angaben der gemeinsam Verantwortlichen ist allerdings vor allem theoretischer Natur und zumindest dann in der Praxis ohne Bedeutung, wenn die Maßnahme – oft ein Verwaltungsakt[1715] – sich nur aus diesem Grund als rechtswidrig erweist. Ein gemeinsam Verantwortlicher wird in dem Fall regelmäßig einen Verwaltungsakt nicht mit der Begründung angreifen – in Deutschland mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) –, die Aufsichtsbehörde habe den Kreis möglicher Adressaten zu eng gezogen. Würde sich dieser zu enge Kreis mit den in der Vereinbarung genannten gemeinsam Verantwortlichen decken, würde der anfechtende gemeinsam Verantwortliche damit der Behörde sogleich Anlass geben, auf einen Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO separat nach Art. 58, 83 DSGVO Maßnahmen folgen zu lassen. Da bereits das Vorgehen aufgrund einer – anders als das verwaltungsgerichtliche Vorgehen gegen einen erlassenen Verwaltungsakt, verpflichtenden – Meldung einer Datensicherheitsverletzung („data breach") nach Art. 33 DSGVO im Regelfall keinen Verstoß gegen den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* darstellt,[1716] wäre erst recht ein solches Vorgehen zulässig.

1714 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (58).

1715 *Grittmann*, in: Taeger/Gabel, Art. 58 Rn. 22, 24, 26; aber *Nguyen*, in: Gola, Art. 58 Rn. 17.

1716 Ausführlich *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 83 Rn. 111; *EuGH*, ECLI:EU:C:1989:387 – Orkem (Rn. 35, 37–40); BB 2006, 697 (Rn. 34) – Dalmine SpA. Daher auch in Erwägungsgrund 87 S. 3 DSGVO vorgesehen.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Kriterien bei der Auswahl unter mehreren gemeinsam Verantwortlichen

Die übrigen denkbaren Ermessensfehler, regelmäßig den Kategorien einer Ermessensüberschreitung und eines Ermessensfehlgebrauchs zugeordnet,[1717] markieren die weiteren Grenzen im Fall einer Adressatenauswahl unter mehreren ermittelten gemeinsam Verantwortlichen. Diese Auswahl muss als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus dem deutschen und europäischen Recht nämlich ermessensfehlerfrei erfolgen.[1718] Der Adressatenauswahl bedarf es dann, wenn es zur Beseitigung des Verstoßes nicht erforderlich ist, die konkrete Maßnahme gegen alle gemeinsam Verantwortlichen zu richten.[1719] Ergibt sich anhand der im Folgenden dargestellten Kriterien im Einzelfall, dass nur einzelne gemeinsam Verantwortliche ermessensfehlerfrei in Anspruch genommen werden können, kommt eine Ermessensreduktion auf Null[1720] in Betracht.

a. Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit

Zunächst setzt dies in diesem Zusammenhang voraus, dass überhaupt eine gemeinsame Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem konkret beanstandeten Verstoß besteht. Das ist nicht der Fall, wenn der Verstoß in eine Phase getrennter Verantwortlichkeit fällt.[1721]

b. Effektivität als Leitkriterium mit weiter Betrachtung des Verstoßes

Unabhängig von der besonderen Situation der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist die Effektivität der Beseitigung des Verstoßes – in zeitlicher oder sonst qualitativer Hinsicht (am „schnellsten, verlässlichsten und

1717 Statt aller *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG Rn. 62, 67.
1718 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ 2015, 1497 (1499); *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 30).
1719 So zu § 38 Abs. 5 BDSG a.F. *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 29); ähnlich unter der DSGVO, jedoch umgekehrt das erfolgreiche Vorgehen gegen nur einen Störer ausreichen lassend *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59).
1720 Statt aller *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 VwVfG Rn. 102a; mit Verweis u.a. auf *BVerwG*, NJW 2016, 3607 (Rn. 27).
1721 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gründlichsten“[1722]) – als ein Leitkriterium[1723] heranzuziehen.[1724] Dabei kann auch die rechtliche oder tatsächliche Komplexität – etwa aufgrund fehlender Kooperationsbereitschaft und im Hinblick auf das anwendbare Recht – der Inanspruchnahme eines anderen gemeinsam Verantwortlichen in die Erwägungen einbezogen werden.[1725] Das gilt zumindest, soweit die Inanspruchnahme des ausgewählten Adressaten in der Form effektiv ist, dass sie zur Beendigung – bzw. im Rahmen von Untersuchungsbefugnissen zur Aufdeckung – des maßgeblichen Verstoßes führen kann.

Entscheidend für die Bewertung der Effektivität der Beseitigung des Verstoßes ist, wie weit der Verstoß zu fassen ist. Denkbar ist es zum einen, abzustellen auf den konkreten Verstoß durch dieselben gemeinsam Verantwortlichen. Übertragen auf den Facebook-Fanpage-Fall,[1726] würde das bedeuten, dass sich die Adressatenauswahlentscheidung der Behörde daran messen lassen muss, wie effektiv sie ist, um Verstöße im Zusammenhang mit dieser konkreten Fanpage zu unterbinden. Dann ließe sich ein Vorgehen nur gegen einen einzelnen Fanpage-Betreiber auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 20 GRCh rechtfertigen („keine Gleichbehandlung im Unrecht“).[1727] Zum anderen könnte der Verstoß jedoch ebenfalls alle weiteren Fanpages umfassen, in deren Zusammenhang es zu ähnlichen Datenverarbeitungen kommt – wenngleich jeweils mit einem anderen gemeinsam Verantwortlichen.

aa. Reichweite des zu betrachtenden Verstoßes unter der DSRL und dem BDSG a.F.

Unter der DSRL bzw. nach § 38 Abs. 5 S. 1, 2 BDSG a.F. ließ das *BVerwG* das Vorgehen gegen einen einzelnen Fanpage-Betreiber zu.[1728] Zugleich

1722 *Kingreen/Poscher*, in: Kingreen/Poscher, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 89.
1723 *Kingreen/Poscher*, in: Kingreen/Poscher, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 89; vgl. Bedeutung des Schutzes betroffener Personen nach *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 26 ff.) – Wirtschaftsakademie; *S. E. Schulz*, ZD 2018, 363 (365).
1724 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 30); *Denninger*, in: Lisken/Denninger, D. Polizeiaufgaben, Rn. 133; wohl auch unter der DSGVO *Dovas*, ITRB 2020, 55 (55).
1725 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 31); wohl auch *Ernst*, EWiR 2018, 413 (414).
1726 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.
1727 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 33); vgl. *Jarass*, in: Jarass, Art. 20 GRCh Rn. 13; mit Verweis u.a. auf *EuGH,* ECLI:EU:C:1993:120 – Ahlström Osakeyhtiö (Rn. 197).
1728 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 31).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ging das *Gericht* davon aus, dass die Inanspruchnahme des einzelnen Fanpage-Betreibers das soziale Netzwerk „unter Zugzwang" setzen könne, sodass „sich Facebook um eine datenschutzrechtskonforme Lösung bemühen [muss], um sein Geschäftsmodell in Deutschland weiterverfolgen zu können".[1729] Das indiziert, dass das *BVerwG* einem weiten Begriffsverständnis nicht abgeneigt ist und nur aufgrund erheblicher Schwierigkeiten der Inanspruchnahme von Facebook ausnahmsweise die Inanspruchnahme eines Fanpage-Betreibers – mit der Folge des Drucks auf den Betreiber des sozialen Netzwerks – für zulässig hält.

Das *OVG Schleswig-Holstein* hielt zuvor im Ergebnis, wenn auch unter anderer Prämisse – namentlich vor dem entsprechenden *EuGH*-Urteil –, ebenfalls eine Inanspruchnahme des Fanpage-Betreibers für zulässig, da dieser durch Weisungen auf Facebook einwirken könne, die Verarbeitungsvorgänge anzupassen.[1730] Angesichts der knappen Ausführungen lässt sich nur erahnen, dass das *OVG* einem engen Begriffsverständnis zugeneigt sein könnte.

Die DSRL stellt bei den Maßnahmen auf einzelne Verarbeitungen ab, vgl. Art. 28 Abs. 3 Gedankenstrich 2 DSRL. Ein solches enges Verständnis liegt auch dem § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG a.F. zugrunde. Dies erleichtert daher unter der DSRL die Rechtfertigung, nur einen einzelnen Facebook-Fanpage-Betreiber in Anspruch zu nehmen.

bb. Weite Auslegung des zu betrachtenden Verstoßes unter der DSGVO

Auf die Rechtslage unter der DSGVO lassen sich diese Erwägungen aus systematischen Gründen und aufgrund der erleichterten Inanspruchnahme Verantwortlicher, die mitgliedstaatenübergreifend personenbezogene Daten verarbeiten, nicht uneingeschränkt übertragen.

Nach dem Wortlaut des Art. 58 Abs. 2 DSGVO beziehen sich die enumerierten Abhilfebefugnisse zum Großteil auf „Verarbeitungsvorgänge" („processing operations") und lassen damit die Ausrichtung einer Abhilfemaßnahme auf mehrere Verarbeitungen[1731] zu. Die Maßnahme der Beschränkung oder eines Verbots nach Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO bezieht

1729 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 31); hierzu auch, mit Zweifeln bezüglich der Effektivität, *Blanc*, EDPL 2018, 120 (124).

1730 *OVG Schleswig-Holstein*, K&R 2014, 831 (833).

1731 Zu diesem Begriff und der Möglichkeit, mehrere Vorgangsreihen unter den Begriff einer Verarbeitung zu fassen unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich hingegen nur auf eine einzelne Verarbeitung („processing"). Das kann ein gesetzgeberisches Versehen gewesen sein.[1732] Denn die Änderung fand – noch geringfügig anderslautend – erst spät, nämlich mit der Ratsfassung des Art. 53 Abs. 1b lit. e DSGVO-E(Rat), Eingang in das Gesetzgebungsverfahren. Es kann sich aber auch um eine (beabsichtigte) Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes handeln. Schließlich ist das Verbot einer Verarbeitung – etwa im Vergleich zur Anweisung, Verarbeitungsvorgänge zu modifizieren (Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO) – die eingriffsintensivere Maßnahme,[1733] sodass die Maßnahme aus diesem Grund auf eine Verarbeitung beschränkt sein könnte. Gleichwohl kann das Verbot einer Verarbeitung *im Einzelfall* auch nur deshalb notwendig sein, weil eine Modifikation und damit andere Maßnahmen unmöglich sind.[1734]

Der Begriff der Verarbeitungsvorgänge bzw. „processing operations" wird an verschiedenen Stellen in der DSGVO verwendet, unter anderem in Art. 35 DSGVO im Zusammenhang mit Datenschutzfolgeabschätzungen. Im Facebook-Fanpage-Fall,[1735] das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO einmal unterstellt, führt das soziale Netzwerk nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 a.E. DSGVO vorab eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten durch. Dabei ist allerdings für die Zusammenarbeit mit jedem gemeinsamen Verantwortlichen nicht separat eine Datenschutzfolgeabschätzung durchzuführen.[1736] Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung eben des Begriffs der Verarbeitungsvorgänge in Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO. Außerdem stellt Art. 35 Abs. 1 S. 2 DSGVO klar, dass eine einzige Abschätzung für mehrere, auch im Hinblick auf das Risiko ähnliche Verarbeitungsvorgänge durchgeführt werden kann.

Dementsprechend ist der Begriff der Verarbeitungsvorgänge im Sinne der Art. 58 Abs. 2 lit. a, b, d DSGVO weit zu verstehen. Dies stellt einen effektiven Betroffenen-Schutz (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) sicher, indem nicht trotz einer rechtswidrigen Verarbeitung zahlreiche weitere, ähnliche Verarbeitungen unter Beteiligung zumindest eines gleichen gemeinsam

---

1732 Davon wohl ausgehend *Boehm*, in: Kühling/Buchner, Art. 58 Rn. 26; und wohl auch *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 58 Rn. 39.

1733 *Hullen*, in: Plath, Art. 58 Rn. 14.

1734 *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 58 Rn. 20.

1735 *EuGH*, NJW 2018, 2537 – Wirtschaftsakademie.

1736 Ungeachtet der Möglichkeit zur internen Pflichtenzuteilung im Rahmen der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO), mittels derer bspw. intern stets dem Fanpage-Betreiber diese Pflicht zugewiesen werden könnte. Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verantwortlichen durchgeführt werden. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit Art. 83 Abs. 3 DSGVO. Dort hat sich der europäische Gesetzgeber entschieden, bei der Bebußung aufgrund von Verstößen durch miteinander verbundene Verarbeitungsvorgänge diese ebenfalls zusammen zu betrachten.

Zugleich kann dieses weite Begriffsverständnis unter der DSGVO größere Bedeutung entfalten, nämlich dann, wenn die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben gegenüber dem in mehreren Verarbeitungsvorgängen gleichen gemeinsam Verantwortlichen, wie etwa dem sozialen Netzwerk Facebook in Bezug auf Fanpages, leichter fällt – anders noch im Verfahrensverlauf mit vorläufigem Abschluss der Entscheidung durch das *BVerwG*.[1737] Die Durchsetzung des Datenschutzrechts gegenüber derartigen internationalen Unternehmen mit mehreren Niederlassungen innerhalb der EU bzw. des EWR ist nämlich mit der DSGVO erleichtert worden.[1738] In diesem Zusammenhang ist nicht nur die Möglichkeit, nach Art. 83 DSGVO immense Bußgelder zu verhängen, zu nennen, sondern auch die weite Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden nach Art. 55, 56 DSGVO – etwa auch mit Blick auf Beschwerden betroffener Personen nach Art. 56 Abs. 2 DSGVO.

cc. Konsequenzen für die Beurteilung der Effektivität einer Maßnahme

Es lässt sich insoweit festhalten, dass die Effektivität ein tragendes Prinzip bei der Adressatenauswahl ist. Bei ähnlich gelagerten Verarbeitungsvorgängen mit zumindest einem gleichen gemeinsam Verantwortlichen wird die Effektivität regelmäßig ein Vorgehen gegen diesen gemeinsam Verantwortlichen – z.B. den Betreiber eines sozialen Netzwerks – erfordern. Das gilt dann umso mehr, wenn es nicht um ein Verbot eines einzelnen Vorgangs geht (Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO), sondern um die zumeist vorrangigen[1739] Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 lit. a, b, d DSGVO wie die Modifizierung der Verarbeitungsvorgänge. Dann nämlich besteht der Verstoß regelmäßig weiterhin fort – die Adressatenauswahl wäre mithin nicht effektiv –, wenn nur ein gemeinsam Verantwortlicher beispielsweise die Zusammenarbeit einstellt, der andere gemeinsam Verantwortliche ähnli-

1737 *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 31).
1738 *Albrecht*, CR 2016, 88 (95 f.); *Wybitul*, ZD 2016, 253 (253).
1739 *Ziebarth*, in: Sydow, Art. 58 Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che Verarbeitungen jedoch weiter in Zusammenarbeit mit zahlreichen anderen Stellen durchführt.[1740]

c. Weitere Kriterien, angelehnt an das Polizei- und Ordnungsrecht

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist ferner[1741] die Zumutbarkeit als Ausdruck der Nähe zum Verstoß zu berücksichtigen.[1742] Je größer das Verschulden einer Partei und je eher der Verstoß der Sphäre einer Partei zuzurechnen ist, desto eher ist ein Vorgehen gegen diesen gemeinsam Verantwortlichen zumutbar.

Außerdem findet die – unter anderem finanzielle – Leistungsfähigkeit Berücksichtigung.[1743] Bei gleicher Effektivität ist eine Maßnahme an den zu richten, auf den sie sich milder auswirkt.[1744] Angesichts des Erfordernisses gleicher Effektivität darf dies jedoch nicht dazu verleiten, einen geringeren Aufwand bei dem zu sehen, der die (Mit-)Entscheidung über das „Ob" trifft, indem er ein von einem anderen gemeinsam Verantwortlichen vorgehaltenes Produkt nutzt,[1745] da er jederzeit durch den Verzicht auf die Zusammenarbeit die Datenverarbeitung einstellen kann. Dabei würden nämlich weitere Verstöße im Zusammenhang mit ähnlichen Datenverarbeitungsvorgängen[1746] fortbestehen, sodass eine solche Maßnahme im Einklang mit dem Vorherigen nicht gleich effektiv wäre.

Die Kriterien der Zumutbarkeit und Leistungsfähigkeit können ein Einfallstor für die (zurückhaltende) Berücksichtigung von zivilrechtlichen Wertungen wie der grundsätzlichen Haftung des Vereins für seine Mitglieder[1747] und sonstigen Wertungen bezüglich der Letztverantwortlichkeit

---

1740 So i.E. auch *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ 2015, 1497 (1497); und wohl *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60).

1741 Im Überblick zu weiteren Kriterien *Schreiber*, ZD 2019, 55 (59 f.); nicht zu berücksichtigen ist hingegen ein Recht auf Nutzung einer datenschutzrechtswidrigen Plattform *BVerwG*, NJW 2020, 414 (Rn. 32); *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 31.

1742 *Kingreen/Poscher*, in: Kingreen/Poscher, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 90 f.; *OVG Münster*, NVwZ 1997, 804 (804 f.).

1743 *Kingreen/Poscher*, in: Kingreen/Poscher, § 9 Pflichtigkeit, Rn. 96.

1744 Vgl. *OVG Münster*, NJW 1980, 2210 (2211).

1745 Vgl. unter Kapitel 4:C.II.2.a.dd (ab S. 141) sowie Kapitel 4:C.II.2.b.aa (ab S. 147). Vgl. bspw. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 75, 80) – Fashion ID.

1746 Hierzu zuvor unter Kapitel 5:C.III.4.b.bb (ab S. 345).

1747 Hierzu auch unter Kapitel 5:D.III.3.c (ab S. 386).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch Regressansprüche[1748] sein. Bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit von Organmitgliedern und einem Verein etwa,[1749] kann es dementsprechend geboten sein, den Verein vorrangig in Anspruch zu nehmen. Regelmäßig wird aber auch schon der Grad der Verantwortlichkeit der Organisation höher sein.

d. Grad der Verantwortlichkeit als besonderes Kriterium

Ausschlaggebend für die Nähe zum Verstoß und die Zumutbarkeit im Datenschutzrecht ist grundsätzlich der Grad der Verantwortlichkeit. Freilich kann dieses Kriterium im Einzelfall aufgrund der Effektivität als Leitkriterium erheblich oder ganz zurücktreten.[1750]

An dieser Stelle wirkt es sich aus, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit „nicht zwangsläufig eine gleichwertige Verantwortlichkeit der verschiedenen Akteure zur Folge hat".[1751] Die Akteure können vielmehr „in verschiedenen Phasen[1752] und in unterschiedlichem Ausmaß in der Weise einbezogen sein, dass der Grad der Verantwortlichkeit eines jeden von ihnen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist".[1753] Dass die DSGVO eine derartige „abgestufte Verantwortlichkeit" im Rahmen des aufsichtsbehördlichen Ermessens vor-

1748 *VGH Mannheim*, NVwZ 2002, 1260 (1263).

1749 Etwa bei Parteien und Mitgliedern im Wahlkampf, *Radtke*, K&R 2020, 479 (484).

1750 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232).

1751 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 43) – Wirtschaftsakademie; auch schon *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 75; *EuGH*, NJW 2019, 285 (Rn. 66) – Zeugen Jehovas; NJW 2019, 2755 (Rn. 70) – Fashion ID; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 23, 39; dies hingegen nicht klar einordnend *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 166; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 50; krit. noch *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 96; diese Auswirkung verkennen etwa *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742 (2744); sowie *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (586). S. auch schon zur Gesetzgebungshistorie in diesem Zusammenhang unter Kapitel 2:A.IV.2 (ab S. 46).

1752 Hierzu bereits unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

1753 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 43) – Wirtschaftsakademie; *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 75 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sieht, verdeutlicht insbesondere Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO,[1754] wobei dies auch schon in Erwägungsgrund 79 DSGVO angedeutet wird.[1755]

Im Außenverhältnis gegenüber betroffenen Personen hingegen kommt es nur darauf an, dass die Schwelle zur Gemeinsamkeit der Festlegungen (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO) für die jeweilige Verarbeitung[1756] überschritten wird.[1757] Ab diesem Punkt ist der Grad der Verantwortlichkeit gegenüber betroffenen Personen im Hinblick auf ihre Betroffenen-Rechte unbeachtlich, wie es sich allgemein aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO[1758] und zudem aus der speziellen Regelung des Art. 82 Abs. 4 DSGVO[1759] ergibt.

aa. Maßgebliche Kriterien für den Grad der Verantwortlichkeit

Der für die Aufsichtsbehörden relevante Grad der Verantwortlichkeit für die jeweilige Verarbeitung bzw. den damit zusammenhängenden Verstoß richtet sich zunächst nach den Kriterien, die für die Prüfung des Vorliegens der Verantwortlichkeit[1760] und der Gemeinsamkeit[1761] herausgearbeitet wurden.[1762] Der relative Grad der Verantwortlichkeit ist umso höher, je größer das Wissen[1763] und der Einfluss eines gemeinsam Verantwortlichen im Verhältnis zu den übrigen gemeinsam Verantwortlichen ist auf die maßgeblichen Zwecke und insoweit die Zweck-Ähnlichkeit,[1764] die wesentlichen Mittel bzw. Umstände – wie etwa die Arten der verarbeiteten

1754 Krit. ob der Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die DSGVO *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (586); ebenfalls krit. *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742 (2744); dagegen zutreffend *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 2.

1755 *Weichert*, DANA 2019, 4 (5).

1756 Hierzu unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117) und Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

1757 Vgl. Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

1758 Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274) und zu der Gesamtschuld als Rechtsfolge in diesem Zusammenhang unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).

1759 Kapitel 5:B.I.1.d (ab S. 306).

1760 Kapitel 4:C.II (ab S. 121).

1761 Hierzu insb. unter Kapitel 4:C.III.6 (ab S. 182).

1762 In diese Richtung auch *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (72); noch unklar, wenn auch in Bezug auf Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO, nach *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 83 Rn. 55.

1763 *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 142.

1764 Kapitel 4:C.III.6.c (ab S. 189). In diese Richtung auch *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 142.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daten und insoweit die Daten-Nähe[1765] sowie die Kategorien betroffener Personen – und je eher Transparenzdefizite auf diese Partei zurückzuführen sind.[1766]

Beispielsweise stellte der *EuGH* für den Fall der Facebook-Fanpages einen hohen Grad der Verantwortlichkeit der Plattform-Betreiberin *Facebook* fest.[1767] Die Fanpage-Betreiber sind im Verhältnis hierzu grundsätzlich nur in geringem Maße für die Verarbeitungen verantwortlich, soweit sie nicht Nicht-Facebook-Nutzer als Kategorien betroffener Personen aufgrund der Fanpage zu Facebook führen.[1768]

bb. Auswirkungen der Festlegungen in der Vereinbarung

Da Art. 26 Abs. 3 DSGVO die Unbeachtlichkeit der Vereinbarung nicht für die Ermessensausübung bei Aufsichtsmaßnahmen anordnet, kann und muss diese Berücksichtigung finden.[1769] Sowohl die Darstellung der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) als auch die Zuteilung konkreter Pflichten in der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO) haben dabei im Einklang mit der Funktion der Vereinbarung, die Verantwortung und Haftung der gemeinsam Verantwortlichen sicherzustellen,[1770] Einfluss auf den Grad der Verantwortlichkeit.

(1) Darstellung der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO)

Bezüglich der Darstellung der tatsächlichen Funktionen und Beziehungen kommt der Vereinbarung (nur) Indizwirkung zu und es spricht eine Vermutung dafür, dass die Darstellung die tatsächlichen Verhältnisse wider-

1765 Kapitel 4:C.III.6.d (ab S. 193).
1766 Vgl. Kapitel 4:C.III.6.d (ab S. 193).
1767 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 30) – Wirtschaftsakademie.
1768 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 41) – Wirtschaftsakademie.
1769 So auch *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 52.
1770 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spiegelt.[1771] Letztlich kommt es nämlich nur auf die tatsächlichen Verhältnisse an.[1772]

(2) Aufgabenverteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO)

Die Pflichtenzuteilung aus der Vereinbarung ist ein wichtiges Kriterium für den Grad der Verantwortlichkeit bei Verletzung einer konkreten, einem gemeinsam Verantwortlichen zugewiesenen Pflicht.[1773] Dies gilt besonders, soweit Pflichten nur von einer Partei erfüllt werden können,[1774] wie etwa Maßnahmen nach Datensicherheitsverletzungen (Art. 33 f. DSGVO), über die die übrigen gemeinsam Verantwortlichen (noch) im Unklaren sind. Da die Vornahme der Pflichtenzuteilung in der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO vorgeschrieben ist, ist die Vereinbarung auch von größerer Bedeutung als (freiwillig) geschlossene Verträge und Vereinbarungen sonst im allgemeinen Verwaltungsrecht.[1775]

Zugleich darf der Pflichtenzuteilung jedoch – auch mit Blick auf die Effektivität des Verwaltungshandelns und aus teleologischen Erwägungen – keine das Ermessen vollständig einschränkende Wirkung zukommen.[1776] Andernfalls wäre dies ein Einfallstor für stärkere Verhandlungspartner, den schwächeren Verhandlungspartnern – nicht nur im Innenverhältnis, was in den zivilrechtlichen Grenzen weiterhin möglich bleibt – willkürlich die Verantwortlichkeit im Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen

1771 Vgl. auch *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 21); so schon unter der DSRL mit Blick allgemein auf Vereinbarungen *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14; und später auch *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 26.

1772 Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).

1773 So auch *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (71); *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 10; *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232); *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60); Unklarheiten in der Hinsicht bestanden noch während des Gesetzgebungsverfahrens, *Europäischer Rat*, 12312/4/14 REV 4, S. 15.

1774 Vgl. *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 85.

1775 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232).

1776 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232); nicht vollständig klar hingegen, aber jedenfalls keine strikte Bindung, nach *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 166, 189; *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 145; a.A. *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 85; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 16; *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 2; und womöglich auch *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 22; abhängig von den Pflichten *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zuzuweisen.[1777] Durch geschicktes Zuweisen von Pflichten könnte die Effektivität des aufsichtsbehördlichen Einschreitens ausgehöhlt werden, zumal die Aufsichtsbehörde mangels Veröffentlichung der Vereinbarung diese vorher stets nach Art. 58 Abs. 1 lit. a, e, Art. 31 DSGVO[1778] anfragen müsste.[1779] Diese teleologischen Erwägungen bestätigt die Bezugnahme in Art. 58, 83 DSGVO auf den „Verantwortlichen", ohne dies etwa abweichend für gemeinsam Verantwortliche mit Blick auf die Vereinbarung zu regeln.[1780] Ein Verweis auf den Umkehrschluss zu Art. 26 Abs. 3 DSGVO[1781] kann insoweit nicht überzeugen, da sich daraus zwar die Notwendigkeit einer Berücksichtigung ableiten lässt, nicht aber deren Grad, der sich nach den Sonderregelungen der Art. 58, 83 DSGVO und des nationalen Rechts (vgl. Art. 58 Abs. 4 DSGVO) bestimmt.

Die Pflichtenzuteilung wirkt sich daher zwar grundsätzlich verantwortlichkeitssteigernd aus.[1782] Ihr kann aber dann eine geringere Bedeutung zukommen, soweit sie der tatsächlichen Situation und den Einflussmöglichkeiten der jeweiligen Partei widerspricht,[1783] etwa wenn ein Auskunftsersuchen durch einen gemeinsam Verantwortlichen mangels unmittelbaren Zugriffs auf die personenbezogenen Daten nicht ohne Weiteres erfüllt werden kann. Aufgrund bestehender zivilrechtlicher Ansprüche zwischen den gemeinsam Verantwortlichen ist jedem gemeinsam Verantwortlichen die Erfüllung einer solchen Verpflichtung zwar nicht unmöglich,[1784] gleichwohl besteht in einem derartigen Fall aber eine geringere Nähe zu dem Verstoß und Effektivitätsgesichtspunkte können ebenfalls gegen die Inanspruchnahme dieses gemeinsam Verantwortlichen sprechen. Zugleich

---

1777 Mit entsprechenden Bedenken *EP*, Bericht A7-0402/2013, S. 119, 375; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 26; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 14; s. auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 10; *Hornung*, in: Hill/Schliesky, 123 (136); und vgl. auch schon *ico*, Data controllers and data processors, Rn. 54.

1778 Vgl. zu Art. 31 DSGVO *Ziebarth*, in: Sydow, Art. 31 Rn. 8.

1779 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232).

1780 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (232).

1781 So etwa *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 2.

1782 *Moos/Rothkegel*, in: Moos, § 5, Rn. 50; *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 21).

1783 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (58); *Horn*, in: Knyrim, S. 159; *J. Nink*, in: Spindler/F. Schuster, Art. 26 Rn. 13; *Hanloser*, ZD 2019, 122 (123); ähnlich wohl *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 113, der die Bedeutung der „Abbildung tatsächlicher Verhältnisse" hervorhebt; ebenfalls ähnlich *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 49; sowie *Petri*, EuZW 2018, 540 (541). Zu Änderungen der tatsächlichen Beziehungen und eventuellen Anpassungen der Vereinbarung unter Kapitel 5:A.IV (ab S. 290).

1784 Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322). Andernfalls bedürfte es ggf. Duldungsverfügungen *Denninger*, in: Lisken/Denninger, D. Polizeiaufgaben, Rn. 132

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist das diesem gemeinsam Verantwortlichen zugeordnete Risiko für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen geringer, was einen reduzierten Grad an Verantwortlichkeit rechtfertigt.

cc. Rechtsvorschrift anstelle der Vereinbarung

Soweit die Pflichten der gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO durch Rechtsvorschrift zugewiesen und die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen geregelt werden,[1785] ergibt sich daraus ein noch höherer[1786] Grad an Verantwortlichkeit des Verantwortlichen, dem die Pflichten zugewiesen wurden. Art. 26 Abs. 1 S. 2 a.E. DSGVO eröffnet dem Gesetzgeber nämlich gerade die Möglichkeit in einigen Konstellationen[1787] die Zusammenarbeit der gemeinsam Verantwortlichen zu lenken[1788] und damit zugleich proaktiv einen gewissen Einfluss auf die Ermessensausübung zu nehmen. Der Grad der Verantwortlichkeit ist damit maßgeblich determiniert. Das gilt nicht, *soweit* eine solche Regelung fehlt und soweit – wie im Verwaltungsrecht üblich – besonderen Umständen des Einzelfalls, deren Berücksichtigung im Rahmen der abstrakt-generellen Regelung nicht möglich und vorgesehen ist, Rechnung zu tragen ist.

dd. Differenzierung nach Pflichten

Einige Pflichten wie die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 1, 4 DSGVO) sind weder einer Zuteilung durch Rechtsvorschrift noch durch Vereinbarung zugänglich.[1789] Ebenso sind die Datenschutzgrundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO als Leitbild stets bei jeder Verarbeitung unter Anleitung eines (gemeinsam) Verantwortlichen zu beachten.[1790] Art. 32 Abs. 1 DSGVO ist zugleich Leitbild als auch Aus-

1785 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.a.aa (ab S. 243).
1786 In diese Richtung wohl auch *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 83 Rn. 55; noch weitergehend *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 85, der von einer Verbindlichkeit für die Aufsichtsbehörde ausgeht; A.A. *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (231), die die gleiche Wirkung wie die einer Vereinbarung animmt.
1787 Hierzu unter Kapitel 4:B.I (ab S. 103).
1788 Kapitel 5:A.II.3.a.aa (ab S. 243).
1789 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.c.ff (ab S. 265).
1790 Kapitel 5:A.II.3.c.ee (ab S. 263).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gangspunkt für konkret zu treffende Maßnahmen. Ob und inwieweit eine Delegation möglich ist, hängt davon ab, ob und inwieweit sich die Pflicht auf einen abgrenzbaren Teil einer Verarbeitung oder eine abgrenzbare Verarbeitung bezieht, der bzw. die eindeutig einem gemeinsam Verantwortlichen zugeordnet werden kann.

Ein Verstoß gegen Art. 32 Abs. 1 DSGVO etwa aufgrund unzureichend gesicherter Server eines gemeinsam Verantwortlichen ist dessen Sphäre zuzuordnen, sodass trotz abweichender Zuteilung ein deutlich überwiegender Grad der Verantwortlichkeit dieses gemeinsam Verantwortlichen vorliegen wird. Bei einer unsicher gewählten Transportverschlüsselung im Internet hingegen wird man aufgrund der Nähe zur Übermittlung, die durch den anderen gemeinsam Verantwortlichen durchgeführt wurde, einen etwas höheren – gleichwohl insgesamt noch, verglichen mit dem empfangenden gemeinsam Verantwortlichen, niedrigeren – Grad der Verantwortlichkeit des Übermittelnden annehmen müssen. Dessen Server haben sich schließlich mit dem des Empfangenden auf diese unsichere Transportverschlüsselung geeinigt.

Im Übrigen ist für Pflichten wie die Wahrnehmung von Betroffenen-Rechten i.w.S.[1791] einschließlich des Art. 34 DSGVO und etwa denen aus Art. 30, 35 DSGVO eine Zuteilung durch die Vereinbarung oder per Rechtsvorschrift möglich.[1792] Dementsprechend wird diesbezüglich grundsätzlich in gleicher Intensität der Grad der Verantwortlichkeit durch eine Pflichtenzuteilung bestimmt.

IV. Besonderheiten bei Untersuchungsbefugnissen

Der Gesetzgeber hat durch die Regelung des Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO gezeigt, dass es die Mitwirkung aller gemeinsam Verantwortlichen braucht, um in einer Vereinbarung die Zusammenarbeit, wie sie tatsächlich stattfindet, ausreichend beschreiben zu können. Diese Wertung lässt sich auch für die Adressatenauswahl bei den Untersuchungsbefugnissen fruchtbar machen.

Die Pflicht zur Bereitstellung aller Informationen (Art. 58 Abs. 1 lit. a DSGVO)[1793] kann, als vergleichsweise milde(re) Maßnahme, regelmäßig

1791 Zu dem Begriff unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).
1792 Kapitel 5:A.II.3.c.ee (ab S. 263).
1793 U.a. diese Vorschrift ist zusammen mit der allgemeinen Kooperationspflicht aus Art. 31 DSGVO zu lesen, *Ingold*, in: Sydow, Art. 26 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an alle gemeinsam Verantwortlichen gerichtet werden.[1794] So wird die Behörde in die Lage versetzt, sich zeitnah einen Überblick zu verschaffen.[1795] Das gleiche gilt für den Zugang zu personenbezogenen Daten und Informationen (Art. 58 Abs. 1 lit. e DSGVO), d.h. den Zugang durch die Aufsichtsbehörden auf analog und digital vorliegende Informationen vor Ort.[1796] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann einer Inanspruchnahme aller gemeinsam Verantwortlichen vor allem bei eingriffsintensiveren Maßnahmen wie Datenschutzüberprüfungen (Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO) in Verbindung mit dem Zutritt (Art. 58 Abs. 1 lit. f DSGVO) entgegenstehen, vgl. auch § 16 Abs. 4 BDSG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Länder.

Der Hinweis auf einen vermeintlichen Verstoß (Art. 58 Abs. 1 lit. d DSGVO) ist als Präventionsmaßnahme[1797] bereits konkret auf einzelne Verarbeitungen gerichtet und enthält in seiner Wirkung ein nur geringfügiges Minus gegenüber den Abhilfebefugnissen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO. Daher gewinnt eine sorgfältige Adressatenauswahl an Bedeutung. Angesichts des Effektivitätsgedankens und als bloß vorgelagerte Maßnahme, kann allerdings auch diese Maßnahme regelmäßig an alle gemeinsam Verantwortlichen gerichtet werden.

Wird eine derartige Untersuchungsmaßnahme an alle gemeinsam Verantwortlichen gerichtet, folgt aus der Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit, dass die Auskunft und Bereitstellung von Informationen auch zugunsten der übrigen gemeinsam Verantwortlichen wirkt.[1798] Ein solches Handeln kann sich umgekehrt ebenfalls zulasten der gemeinsam Verantwortlichen auswirken,[1799] wobei für daraus folgende Maßnahmen nach Art. 58, 83 DSGVO gleichermaßen sämtliche Umstände in die Ermessensausübung einzubeziehen sind.

1794 *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60).
1795 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (233).
1796 *Ziebarth*, in: Sydow, Art. 58 Rn. 30.
1797 *Boehm*, in: Kühling/Buchner, Art. 58 Rn. 17.
1798 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (233). Hierzu auch unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).
1799 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (233).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

V. Besonderheiten bei der Verhängung von Bußgeldern nach Art. 58 Abs. 2 lit. i, Art. 83 DSGVO

Die Verhängung von Bußgeldern hat (verwaltungsrechtlichen) Sanktionscharakter,[1800] und soll „abschreckend" wirken (Art. 83 Abs. 1 DSGVO).[1801] Das deutsche Verfahrensrecht (vgl. Art. 58 Abs. 4 DSGVO)[1802] sieht ein besonderes Verfahren für die Verhängung von Bußgeldern vor. Nach § 41 BDSG kommen insbesondere die Regelungen des OWiG und ergänzend unter anderem[1803] der StPO sowie des GVG zur Anwendung.[1804] Die Regelungen gehen nicht explizit auf das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit ein,[1805] dennoch ergeben sich Besonderheiten.

1. Auswahl des Adressaten mittels Ausübung eines „Entschließungsermessens"

Bei der Verhängung von Bußgeldern ist mangels der Ausrichtung auf Abhilfe wie bei Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO, sondern angesichts des überwiegenden Sanktionscharakters keine Adressatenauswahl aus Effektivitätsgesichtspunkten vorzunehmen. Stattdessen kann grundsätzlich jedem einzelnen gemeinsam Verantwortlichen ein Bußgeld auferlegt werden – jeweils[1806] unter Beachtung der in Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO genannten Kritierien. Eine „Störerauswahl", wie in § 40 VwVfG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften vorgesehen, erfolgt daher nicht.[1807]

1800 Vgl. Art. 84 Abs. 1 DSGVO: „andere Sanktionen"; Erwägungsgrund 150 S. 1 DSGVO. S. auch *Bülte*, StV 2017, 460 (463); *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1541); hierzu und auch zur Anwendbarkeit des *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes, *Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 58 Rn. 6.

1801 Erst in der berichtigten deutschen Sprachfasssung der DSGVO erstreckt sich diese abschreckende Wirkung auch auf den Art. 83 Abs. 4 DSGVO, zuvor wurden nur die Art. 83 Abs. 5, 6 DSGVO genannt.

1802 Zur Reichweite des Art. 58 Abs. 4 DSGVO unter Kapitel 5:C.III (ab S. 337).

1803 *Bohnert/Krenberger/Krumm*, in: Krenberger/Krumm, § 46 OWiG Rn. 4.

1804 So i.E. auch *Körffer*, in: Paal/Pauly, Art. 58 Rn. 31; hierzu auch *LG Bonn*, MMR 2021, 173.

1805 *Mahieu/van Hoboken/Asghari*, JIPITEC 10 (2019), 39 (Rn. 63).

1806 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 37e.

1807 Den § 40 VwVfG für anwendbar haltend hingegen *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine faktische Auswahl anhand von Kriterien wie der Verteilung des Grads der Verantwortlichkeit – d.h. die Nicht-Inanspruchnahme eines gemeinsam Verantwortlichen aufgrund des deutlich überragenden Grads der Verantwortlichkeit eines anderen gemeinsam Verantwortlichen – kann dennoch stattfinden. Eine solche Auswahl lässt sich dogmatisch einerseits über das Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG), das Anwendung finden könnte,[1808] und andererseits direkt aus Art. 83 DSGVO[1809] herleiten.[1810] Beide Möglichkeiten setzen voraus, dass die DSGVO einem solchen „Entschließungsermessen" nicht entgegensteht.[1811] Hiergegen wird insbesondere mit Erwägungsgrund 148 DSGVO argumentiert, der die „konsequente […] Durchsetzung der Vorschriften dieser Verordnung" hervorhebt[1812] und in S. 2 womöglich abschließend Ausnahmen vorsieht, und damit, dass Art. 83 Abs. 2 S. 1 DSGVO („werden […] verhängt" bzw. „shall […] be imposed") grundsätzlich die Pflicht zur Verhängung von Bußgeldern vorsehen soll.[1813] Vertreter dieser Ansicht lassen jedoch angesichts Erwägungsgrund 148 S. 2 DSGVO – auch als Ausfluss aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. Art. 83 Abs. 1 DSGVO) – das Absehen von einer Geldbuße und stattdessen eine Verwarnung bei geringfügigen Verstößen zu.[1814]

Überzeugender erscheint es, von vornherein den Aufsichtsbehörden einen Spielraum im Hinblick auf die Verhängung einer Geldbuße zuzugestehen,[1815] mit dem Zugeständnis eines intendierten Ermessens.[1816] Art. 83 Abs. 2 S. 1 DSGVO lässt der zuständigen Behörde nämlich Raum, nicht nur über „deren Betrag" („the amount"), sondern auch über „die Verhängung einer Geldbuße" (noch deutlicher: „*whether* to impose an administra-

1808 *Bülte*, StV 2017, 460 (463); zust. und bereits angelegt in Art. 83 DSGVO, *T. Becker*, in: Plath, § 41 Rn. 4.
1809 *Ehmann*, in: Gola/Heckmann, § 41 Rn. 15.
1810 Differenzierend *Heghmanns*, in: Sydow, § 41 Rn. 28 f.
1811 Unklar nach *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1153).
1812 *Golla*, in: Auernhammer, § 41 Rn. 14.
1813 *Albrecht*, CR 2016, 88 (96); *Bergt*, DuD 2017, 555 (556 ff.); *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 83 Rn. 30, der wiederum zirkelschlüssig auf die zuvor genannte Quelle verweist.
1814 *Bergt*, DuD 2017, 555 (557 ff.); wohl auch *Hohmann*, in: Roßnagel, X. Sanktionen, Rn. 320.
1815 *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 11; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 83 Rn. 10; *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 83 Rn. 26; *Brodowski/Nowak*, in: Wolff/Brink, § 41 Rn. 41; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 7; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1542); wohl *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 130; wohl auch *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Rn. 1126.
1816 *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 83 Rn. 26; *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tive fine“) „zusätzlich zu oder *anstelle* von Maßnahmen“ („in addition to, or *instead* of“) zu entscheiden – und zwar nach den Kriterien des Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO. Da bereits der vorrangige Art. 83 DSGVO der Aufsichtsbehörde einen solchen Entscheidungsspielraum zugesteht, kommt nicht[1817] bzw. nur subsidiär[1818] über § 41 BDSG das Opportunitätsprinzip aus § 47 OWiG – und eine mögliche „Auswahl“[1819] durch Verfahrenseinstellungen – zur Anwendung.

2. Zu berücksichtigende Kriterien mit Blick auf jeden einzelnen gemeinsam Verantwortlichen

Neben der Frage nach der Möglichkeit von einem Bußgeld abzusehen bzw. ein Verfahren einzustellen, entfalten die in Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO genannten Kriterien – wie etwa der Grad der Verantwortlichkeit (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO) – vor allem im Rahmen der Bußgeldbemessung ihre Relevanz.[1820] Die Nichtbeachtung dieser Bußgeldbemessungskriterien hat die Rechtswidrigkeit des Bußgeldbescheids zur Folge.[1821] Da die Verhängung eines Bußgeldes nicht primär auf die Abstellung eines konkreten Verstoßes gerichtet ist,[1822] sind folgerichtig auch keine Kriterien wie etwa die Effektivität der Abstellung des Verstoßes im Katalog des Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO enthalten.

a. Grad der Verantwortlichkeit

Mit Blick auf die besondere Situation gemeinsam Verantwortlicher sticht ein zentrales[1823] Kriterium ins Auge, nämlich das des Grads der Verantwortlichkeit (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO).

1817 So aber *Roßnagel*, Datenschutzaufsicht nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, S. 132 f.; vgl. auch unter dem BDSG a.F. *WD 3*, 3000 - 306/11 neu, S. 18; *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 7).

1818 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, § 41 Rn. 16.

1819 Zu dem Kreis der Beteiligten über gemeinsam Verantwortliche hinaus (krit.) *Bergt*, in: Kühling/Buchner, § 41 Rn. 9 ff.; zum Einheitstäterbegriff *Heghmanns*, in: Sydow, § 41 Rn. 15.

1820 Vgl. *T. Becker*, in: Plath, § 41 Rn. 6.

1821 *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 16.

1822 *Bergt*, DuD 2017, 555 (556 ff.).

1823 So auch *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (233).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. „Verantwortung" statt „Verantwortlichkeit"

Dass von dem „Grad der *Verantwortung*" – und nicht dem „Grad der *Verantwortlichkeit*" (Hervorhebung jeweils durch den Verf.) – gesprochen wird, legt *prima facie* nahe, es handele sich um ein *aliud* zu der tatsächlichen Verantwortlichkeit. Ein Blick auf die englische Sprachfassung zeigt jedoch, dass der europäische Gesetzgeber dem Begriff die gleiche Bedeutung zugemessen hat. Schließlich spricht er in Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO von „the degree of *responsibility*" und in Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO ebenfalls von „their respective *responsibilities*" (Hervorhebung jeweils durch den Verf.). Deutlich wird dies durch Erwägungsgrund 148 S. 3 DSGVO der deutschen Sprachfassung, wenn von „dem Grad der *Verantwortlichkeit*" (Hervorhebung durch den Verf.) gesprochen wird. Damit beanspruchen die Ausführungen zu dem Grad der Verantwortlichkeit[1824] auch an dieser Stelle Geltung.[1825]

bb. Zusammenhang mit technischen und organisatorischen Maßnahmen

Nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO bezieht sich der Grad der Verantwortlichkeit zunächst vor allem[1826] („unter Berücksichtigung" bzw. „taking into account") auf die nach Art. 25, 32 DSGVO getroffenen Maßnahmen, sodass insoweit womöglich doch ein anderes Begriffsverständnis notwendig ist.

Der Zusatz zu den technischen und organisatorischen Maßnahmen war in den Entwurfsfassungen in Art. 79 Abs. 2 DSGVO-E(KOM) und Art. 79 Abs. 2c lit. c DSGVO-E(PARL) noch nicht enthalten. Die geänderte Formulierung scheint ein Kompromiss zu sein, um in kompakter Form die Verpflichtung zu technischen und organisatorischen Maßnahmen – auch in Bezug auf Privacy by Design[1827] and by Default[1828] – in den Katalog aufnehmen zu können und die hervorgehobene Bedeutung der Datensicher-

1824 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

1825 So i.E. auch *GDD*, Praxishilfe XV, S. 16; *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60).

1826 Hingegen nur Art. 25, 32 DSGVO als maßgeblich ansehend, ohne den Grad der Verantwortlichkeit allgemein zu berücksichtigen, *Sommer*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 83 Rn. 14; eher wie hier *T. Becker*, in: Plath, Art. 83 Rn. 13; und auch *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 83 Rn. 20; sowie *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 14.

1827 *Rost/Bock*, DuD 2011, 30.

1828 *Nolte/Werkmeister*, in: Gola, Art. 25 Rn. 1 und vgl. bereits den Wortlaut des Art. 25 Abs. 2 DSGVO in der englischen Sprachfassung.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heit und des Datenschutzes „von Beginn an" für die Verantwortlichkeit klarzustellen.

Daraus ergibt sich gleichwohl ein enger Zusammenhang mit der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit. Getroffene technische und organisatorische Maßnahmen sind nämlich Ausdruck des Grads der Verantwortlichkeit schlechthin, vgl. schon Art. 24 Abs. 1 S. 1 DSGVO.[1829] Wird beispielsweise im Zusammenhang mit einer Fanpage auf einem sozialen Netzwerk nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Cookies hingewiesen[1830] oder wird eine Einwilligung der betroffenen Person bei Einbindung von Drittinhalten nicht eingeholt,[1831] so hat der Verantwortliche zu einem gewissen Grad auch nicht „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen […] [getroffen], die dafür ausgelegt sind, die Datenschutzgrundsätze wie Datenminimierung wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen dieser Verordnung zu genügen und die Rechte betroffener Personen zu schützen" (Art. 25 Abs. 1 DSGVO).[1832] Bereits bei der sorgfältigen Auswahl eines Dienstleisters bzw. einer Software-Lösung mit den damit potenziell einhergehenden Datenverarbeitungen handelt es sich um eine solche Maßnahme.[1833] Durch die Möglichkeit (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. d DSGVO), dem Datenschutz und der Datensicherheit schon im Stadium der Produktentwicklung Rechnung zu tragen, wird ein Anreiz zu verordnungskonformen Verarbeitungen geschaffen.[1834]

cc. Zwischenergebnis und Folgen der Berücksichtigung des Grads der Verantwortlichkeit

Art. 83 DSGVO lässt daher, auch im Umkehrschluss zu Art. 26 Abs. 3, Art. 82 Abs. 4 DSGVO und wie schon Art. 58 DSGVO,[1835] die Berücksichtigung des Grads der Verantwortlichkeit im Außenverhältnis gegenüber der Aufsichtsbehörde zu. Dieses Kriterium rückt die Entscheidung näher

1829 Ähnlich auch *Wedde*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 24 Rn. 1; vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 14.
1830 Vgl. *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 15) – Wirtschaftsakademie.
1831 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 88) – Fashion ID.
1832 Die Ähnlichkeit zu Art. 24 DSGVO hervorhebend *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 25 Rn. 10; vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 6.
1833 *John/Wellmann*, DuD 2020, 506 (506 f.).
1834 *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 83 Rn. 36.
1835 Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an eine Auswahlentscheidung heran. Es kommt letztlich zu einer Aufteilung der Verantwortlichkeit zwischen den gemeinsam Verantwortlichen: Der gesteigerte Grad der Verantwortlichkeit eines gemeinsam Verantwortlichen geht mit einem niedrigeren Grad der Verantwortlichkeit der übrigen gemeinsam Verantwortlichen einher. Im Verhältnis der Bußgeld-Entscheidungen *zueinander* ist der Grad der Verantwortlichkeit das wichtigste zu berücksichtigende Kriterium. Demnach kann etwa bei einem besonders hohen Grad der Verantwortlichkeit eines gemeinsam Verantwortlichen die Verhängung eines Bußgelds nur gegen diesen in Betracht kommen.[1836] Freilich kann beispielsweise bei einer Verantwortlichkeitsverteilung von 80:20 beiden gemeinsam Verantwortlichen ein Bußgeld in gleicher absoluter und auch relativer Höhe auferlegt werden, weil unterschiedliche Geldbußen-Höchstbeträge[1837] aufgrund des Vorjahresumsatzes nach Art. 83 Abs. 4-6 DSGVO zugrunde zulegen sind und der mit dem geringeren Grad der Verantwortlichkeit etwa Wiederholungstäter (vgl. Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. e DSGVO) war.

b. Weitere „persönliche" Kriterien

Neben dem Grad der Verantwortlichkeit sind nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO weitere Kriterien besonders[1838] zu berücksichtigen, die individuell für jeden gemeinsam Verantwortlichen zu beurteilen sind. Dabei liegt die Bezeichnung dieser als persönliche Kritierien nahe, wenngleich dies nicht dazu verleiten darf, diese als persönliche Merkmale im Sinne von § 9 Abs. 1 OWiG anzusehen.[1839] Die persönlichen Kritierien nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO begründen nämlich nicht, wie ein „Schalter" beim Vorliegen die Möglichkeit der Ahndung, sondern fungieren eher als ein

1836 Ähnlich *Schreiber*, ZD 2019, 55 (60).

1837 S. zur Bußgeldzumessung *DSK*, Bußgeldzumessung, und Berechnungstool etwa unter https://www.dsgvo-portal.de/dsgvo-bussgeld-rechner.php; zu der strittigen, aber nicht besonders für gemeinsame Verantwortlichkeit relevanten Frage des anzuwendenden Unternehmensbegriffs etwa *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 6) m.w.N.; und *LG Bonn*, MMR 2021, 173; zu Geldbußen gegen juristische Unternehmen unter der DSGVO und dem OWiG auch *Ebner/A. Schmidt*, CCZ 2020, 84 (87); vgl. aber auch *Heghmanns*, in: Sydow, § 41 Rn. 16, der insbesondere nicht den Bedarf einer Anwendung des § 30 OWiG sieht.

1838 *Kranenberg*, ITRB 2019, 229 (233).

1839 Zur Verantwortlichkeit als besonderes persönliches Merkmal *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296 (313).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

„Dimmer". Diese Kriterien sind in der Gesamtschau mit den anderen Kriterien für die Entscheidung über die Verhängung eines Bußgelds gegen einen gemeinsam Verantwortlichen und gegebenenfalls für die Entscheidung über die Höhe dieses Bußgelds heranzuziehen. Damit ist, anders als etwa nach §§ 10 f. OWiG im deutschen Recht, zumindest nach dem Wortlaut das Verschulden (Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO)[1840] kein zwingendes Erfordernis. Gleichwohl wird es schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit regelmäßig zumindest des Fahrlässigkeitsvorwurfs bedürfen,[1841] der sich jedoch oft – etwa als Organisationsverschulden – begründen lassen wird.[1842] Dabei ist trotz des missverständlichen Wortlauts in Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. b DSGVO der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit *des Bußgeldadressaten* und nicht des Verstoßes gemeint. Schließlich hängt das Verschulden stets von dem Handelnden bzw. Unterlassenden, nicht aber von dem Verstoß selbst ab – dessen Schwere ist zudem schon nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. a DSGVO zu berücksichtigen.

Ob jemand Ersttäter oder Wiederholungstäter ist (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. e DSGVO), ist daher ebenso wie die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. f DSGVO), z.B. durch Mitteilungen an die Aufsichtsbehörde und Kooperationsmaßnahmen über die bereits gesetzlich explizit vorgesehenen Mitwirkungs- und Duldungspflichten hinaus, zu berücksichtigen.[1843] Auch ein möglicher Irrtum (vgl. § 11 OWiG)[1844] kann im Rahmen des Verschuldens (Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO) des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen berücksichtigt werden. Nicht zuletzt sind auch weitere erschwerende oder mildernde Umstände (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. k DSGVO) vor allem persönliche Kriterien, wie die Beispiele der erlangten finanziellen Vorteile oder vermiedenen Verluste aus dem Wortlaut zeigen.

Die konkret getroffenen Maßnahmen zur Minderung des den betroffenen Personen entstandenen Schadens (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. c DSGVO) sind ein persönliches Kriterium. Dies zeigt sich besonders, wenn ein ge-

1840 Hierzu, insb. zu verschiedenen Verschuldensgraden, muss sich erst ein Verständnis auf europäischer Ebene herausbilden, *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 83 Rn. 34; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 12 f.

1841 *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538 (1542); nach dem Schuldgrundsatz, *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 83 Rn. 18; zum Diskussionsstand auch *Bergt*, DuD 2017, 555 (558 f.).

1842 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 83 Rn. 14; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 83 Rn. 37.

1843 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 15.

1844 *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinsam Verantwortlicher auf den anderen einwirkt,[1845] um die Vereinbarung entsprechend den Anforderungen des Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 DSGVO anzupassen. Außerdem können eine ausführliche Dokumentation und Prüfmechanismen berücksichtigt werden.[1846] Gleichwohl kann das Kriterium bei mehreren gemeinsam Verantwortlichen ähnlich zu beurteilen sein – etwa, wenn die Verantwortlichen entsprechend einem gemeinsam erarbeiteten und dokumentierten Verfahrensablauf nach einem Datensicherheitsverstoß handeln und so die Auswirkungen reduzieren können.

Der Zusammenhang mit anderen (verbundenen) Verarbeitungsvorgängen nach Art. 83 Abs. 3 DSGVO als Voraussetzung für eine Kappung des Gesamtbetrags ist ebenfalls individuell für jeden gemeinsam Verantwortlichen zu ermitteln. Der Wortlaut spricht nämlich ausdrücklich von Verantwortlichen im Singular und setzt ohnehin mehrere Verarbeitungsvorgänge, nicht aber mehrere Verantwortliche für den *gleichen* Verarbeitungsvorgang voraus. Das Zusammenwirken mehrerer (gemeinsam) Verantwortlicher führt also nicht zu einer Deckelung nach Art. 83 Abs. 3 DSGVO.[1847]

c. Verarbeitungs- bzw. verstoßbezogene Kriterien

Kriterien, die nur die zugrundeliegende Verarbeitung bzw. einen regelmäßig darauf gestützten Verstoß betreffen, sind hingegen bei der Bußgeldentscheidung gegen jeden der gemeinsam Verantwortlichen grundsätzlich gleich zu berücksichtigen. Dazu zählen etwa die Art, Schwere und Dauer des Verstoßes nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. a DSGVO, wofür insbesondere die Anzahl der betroffenen Personen und der Datensätze sowie das Ausmaß eines möglichen Schadens betroffener Personen heranzuziehen sind.[1848] Ein danach „geringfügigere[r]" Verstoß (Erwägungsgrund 148 S. 2 DSGVO) wirkt sich insoweit aus.[1849] Auch, ob besondere Kategorien personenbezogener Daten betroffen sind (vgl. Art. 9 DSGVO) und weitere

1845 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 13.
1846 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 92.
1847 Vgl. *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 83 Rn. 22, der darin eine Regelung zur Tateinheit wie auch nach § 19 OWiG erblickt; so auch *Popp*, in: Sydow, Art. 83 Rn. 25.
1848 *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 14; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 11.
1849 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eigenschaften der Daten wie eine Verschlüsselung,[1850] stellen ein solches Kriterium dar (Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. g DSGVO).

VI. Besonderheiten bei weiteren Sanktionen nach dem nationalen Recht (Art. 84 DSGVO)

Nach Art. 84 Abs. 1 DSGVO sehen die Mitgliedstaaten Sanktionen vor, die insbesondere[1851] für Verstöße vorgesehen sind, die keiner Geldbuße nach Art. 83 DSGVO unterliegen. Bei diesen Sanktionen hatte der europäische Gesetzgeber wohl vor allem das Strafrecht vor Augen.[1852] Sanktionen verwaltungsrechtlicher Art sind jedoch ebenfalls nicht ausgeschlossen, vgl. Erwägungsgrund 152 S. 2 Alt. 2 DSGVO.

Nach dem deutschen Recht sind neben dem neu eingeführten § 42 BDSG auch nicht auf den ersten Blick spezifisch datenschutzrechtliche Regelungen umfasst wie §§ 201, 202a ff., 203 f., 268 f. StGB und § 148 TKG,[1853] aber auch §§ 16 Abs. 2 Nr. 3, 13 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 lit. a TMG.[1854] Ein Überblick über weitere bzw. andere Regelungen ermöglicht die aufgrund von Art. 84 Abs. 2 DSGVO erfolgte Mitteilung entsprechender nationaler Vorschriften durch den deutschen Gesetzgeber, freilich auf Basis dessen Einschätzung.[1855] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – gleich ob, im Hinblick auf mögliche Kompetenzprobleme,[1856] direkt aus Art. 84 Abs. 1 DSGVO oder z.B. aus dem deutschen Verfassungsrecht – gebietet jedenfalls, Sanktionen gegen einen gemeinsamen Verantwortlichen nur entsprechend seinem Grad der Verantwortlichkeit zu verhängen. Andernfalls könnte die bloße Mitentscheidung über Zwecke und Mittel bei womöglich nur minimalem Einfluss im Hinblick auf den konkreten Verstoß erhebliche, strafrechtliche Sanktionen auslösen. Das „schärfste Schwert"

1850 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 253, S. 16.
1851 Für nach Art. 83 DSGVO bußgeldbewehrte Verstöße sind nur ergänzende strafrechtliche Sanktionen zulässig, nach *Ehmann*, in: Gola/Heckmann, § 42 Rn. 4; s. aber zu den Spielräumen für weitere Bußgeldtatbestände, die Art. 83 DSGVO lässt, *Martini/Wagner/Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296 (300 f.).
1852 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 84 Rn. 1; *Sommer*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 84 Rn. 2; *T. Becker*, in: Plath, Art. 84 Rn. 1; vgl. auch *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1154 f.).
1853 *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 84 Rn. 5.
1854 *Schreibauer/Spittka*, in: Wybitul, Art. 83 Rn. 39.
1855 BT-Drucks., 19/5155, 88 ff.
1856 Vgl. *Ehmann*, in: Gola/Heckmann, § 42 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

drohte damit womöglich unverhältnismäßig zum Einsatz zu kommen. Soweit ersichtlich, tragen die deutschen Regelungen dem ausreichend Rechnung, etwa wenn in § 42 Abs. 1 Nr. 1 BDSG an den konkret Übermittelnden angeknüpft wird.[1857]

D. Innenverhältnis – Rechtsbeziehungen zwischen den gemeinsam Verantwortlichen

Das Innenverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen kann durch die Vereinbarung gestaltet werden, so sie denn als Vertrag – sprich insbesondere mit Rechtsbindungswillen – geschlossen wird.[1858] In jedem Fall wird das Innenverhältnis in Form des gesetzlichen Schuldverhältnisses[1859] maßgeblich durch die DSGVO bestimmt. Erst im Innenverhältnis wird über Regressansprüche die Letzthaftung in Umsetzung des tatsächlichen Grads der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit sichergestellt. Die Rechtsbeziehung der gemeinsam Verantwortlichen trägt daher auch und gerade zu einer Haftung bei, die sich an dem Risiko für die betroffenen Personen orientiert und damit dem Schutzzweck der DSGVO entspricht.

I. (Gesellschafts-)Rechtliche Einordnung der Zusammenarbeit

Das Innenverhältnis wird nicht nur durch die Regelungen der DSGVO bestimmt, sondern kann zudem durch das nationale Gesellschaftsrecht gestaltet werden.

Im Allgemeinen ist jede Vorschrift der DSGVO darauf zu prüfen, inwieweit diese abschließend ist.[1860] Die DSGVO lässt neben der insoweit nicht abschließenden Regelung des Art. 26 DSGVO[1861] eine weitere zivilrechtliche Haftung und damit auch die Einordnung in das nationale Gesellschaftsrecht unberührt. Dieser Befund wird dadurch gestützt, dass die

1857 Ebenfalls positiv gestimmt *T. Becker*, in: Plath, § 42 Rn. 1.
1858 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).
1859 *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 13; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); *Weichert*, DANA 2019, 4 (8).
1860 Vgl. *Hacker*, ZfPW 2019, 149 (178 ff.); *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745 (3748); *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451); vgl. auch, bezogen auf die DSRL, *EuGH*, K&R 2012, 40 (Rn. 35) – ASNEF.
1861 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 74) – Fashion ID.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(gemeinsame) Verantwortlichkeit keine Rechtsfigur mit *eigener Rechtspersönlichkeit* ist.[1862]

Mögliche Konkurrenzen sind unter Beachtung des Anwendungsvorrangs der DSGVO aufzulösen, sodass die gesellschaftsrechtliche Einordnung keine Auswirkungen auf die Pflichten nach Art. 26 DSGVO hat. Es stellt sich die Frage, wie die gemeinsam Verantwortlichen unter Berücksichtigung der Vereinbarung nach dem deutschen Gesellschaftsrecht einzustufen und wie etwaige Pflichtenkollisionen aufzulösen sind. Unabhängig hiervon können umgekehrt – vom Gesellschaftsrecht ausgehend – etwa die Gesellschafter einer GbR als gemeinsam Verantwortliche einzuordnen sein.[1863] Außerdem können gesellschaftsrechtliche Strukturen und darausfolgende Weisungsrechte zu einer Einordnung als (gemeinsam) Verantwortliche führen.[1864]

1. Vergleich der Pflichten aus Art. 26 DSGVO mit Festlegungen in Gesellschaftsverträgen

Die Anforderungen an die Gestaltung der Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 2 DSGVO mit Regelungen zu gegenseitigen Beiträgen und Pflichten wecken Erinnerungen an Gesellschaftsverträge.[1865] Gemeinsam ist der Vereinbarung und einem Gesellschaftsvertrag, dass diese jeweils Rahmenbedingungen für die Zusammenarbeit zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks festlegen (vgl. § 705 BGB). Die datenschutzrechtliche Zusammenarbeit zielt dabei auf die gemeinsame Durchführung der Datenverarbeitungen als übergeordneten gemeinsamen Zweck.

Der Gesellschaftsvertrag sieht Beiträge der Gesellschafter zur Förderung des Zwecks vor. Die Vereinbarung (Art. 26 DSGVO) hingegen beschreibt lediglich erbrachte Beiträge, die zur Einordnung als gemeinsam Verantwortliche führen, und teilt aus dieser Einordnung folgende Pflichten zu.[1866] Die *verordnungskonforme* Durchführung der Datenverarbeitungen ist bloß (gesetzlich festgelegter) Zweck der Festlegungen in der Vereinba-

---

1862 *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, G. I. 5.; *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 3, 50); insoweit wurde die in *Monreal*, ZD 2014, 611 (613) vertretene Auffassung aufgegeben.

1863 *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 3.

1864 Kapitel 4:C.V.5 (ab S. 223).

1865 *Söbbing*, ITRB 2020, 218 (221).

1866 In diesem Sinne wohl auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung, nicht aber Zweck der Zusammenarbeit selbst. Nur falls man die *verordnungskonforme* Durchführung als gemeinsamen Zweck sieht, könnten in den zugeteilten Pflichten Beiträge zur Erfüllung dieses Zwecks gesehen werden.

Nicht zuletzt setzt die Gesellschaft einen Gesellschafts*vertrag* in Form eines Rechtsgeschäfts voraus (vgl. § 705 BGB). Die Festlegungen in der datenschutzrechtlichen Vereinbarung müssen hingegen nicht zwingend mit Rechtsbindungswillen und damit vertraglich erfolgen.[1867]

Insoweit zeigt sich also die Funktion des Art. 26 DSGVO als Pflichtenzuweisungsnorm auf Basis einer tatsächlich stattfindenden Zusammenarbeit. Gesellschaftsrechtliche Regelungen, wie die nach §§ 705 ff. BGB, gestalten hingegen von Beginn an eine Zusammenarbeit mit und weisen mit der Anforderung eines Gesellschaftsvertrags einen Weg in diese geordnete Form der Zusammenarbeit. Angesichts dieser Unterschiede lassen sich die betreffenden Regelungen grundsätzlich auch im Einzelfall miteinander vereinbaren.

2. Einordnung in das Gesellschaftsrecht

In Anbetracht dieser Parallelität besteht kein Automatismus, wonach die gemeinsame Verantwortlichkeit stets mit der Begründung einer (Außen-)GbR[1868] oder oHG einhergeht. Eine Förderpflicht zwischen den gemeinsam Verantwortlichen ergibt sich nämlich grundsätzlich nicht – wie notwendig – aus der vertraglich manifestierten Zusammenarbeit, sondern aus dem Gesetz,[1869] sprich der DSGVO.

Für die Zusammenarbeit kann nahezu jegliche Klassifizierung aus dem Repertoire (dauer-)schuldrechtlicher Beziehungen relevant werden.[1870] Regelmäßig erfolgt die Zusammenarbeit bereits aufgrund eines Vertrags, wie etwa ein Vertrag über zu erbringende Dienst- oder Werkleistungen oder Rahmenverträge. Diese Zusammenarbeit ist unabhängig von der Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO. Stattdessen wird gesellschaftsrechtlich vor allem der die übergeordnete Zusammenarbeit regelnde Vertrag maß-

1867 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).

1868 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 57; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 65; nach *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 8 hingegen soll eine solche regelmäßig – jedenfalls aufgrund der Vereinbarung – vorliegen.

1869 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 44 ff.); *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 705 BGB Rn. 157.

1870 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geblich sein.[1871] Diese meist ohnehin stattfindende, über die Datenverarbeitung hinausgehende Zusammenarbeit führt vielfach zu einer Einordnung als GbR.[1872] In der Praxis kann die Pflicht zu Festlegungen in der Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO Anlass für weitere – gegebenenfalls auch explizit gesellschaftsrechtliche – Regelungen zur Ausgestaltung des Verhältnisses sein.[1873] Derartige Regelungen, die nicht nur den Kern der datenschutzrechtlichen Zusammenarbeit erfassen, sondern beispielsweise allgemein die Haftung zum Gegenstand haben, können die Zusammenarbeit weiter ausgestalten und in Richtung der Etablierung einer Gesellschaft führen.[1874]

3. Wechselwirkungen zwischen Datenschutzrecht und Gesellschaftsrecht

Bei Qualifizierung der Zusammenarbeit gemeinsam Verantwortlicher als (Außen-)GbR könnte die GbR als *alleinige* Verantwortliche angesehen werden, wie *Kremer* – wenngleich im Ergebnis ablehnend – anmerkt.[1875] In diesem Fall würde das Gesellschaftsrecht sich erheblich auf datenschutzrechtliche Verpflichtungen auswirken. Art. 26 DSGVO würde in zahlreichen Fallkonstellationen – nämlich stets, wenn eine GbR vorliegt (und damit oft) – keine Anwendung finden. Die Anforderungen an die interne Aufteilung und Absprachen blieben damit – statt dem Datenschutzrecht mit Art. 26 DSGVO – vollständig dem nationalen Gesellschaftsrecht überlassen.

Damit der Schutzzweck des Art. 26 DSGVO nicht ausgehöhlt wird, bedarf es insoweit einer restriktiven Auslegung des Merkmals der Stelle in Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO. Nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO kann Verantwortlicher nämlich eine „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle" sein. Wie bereits gezeigt,[1876] kommt es hierbei maßgeblich auf eine rechtliche Einheit an. Durch die Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR[1877] kann auch diese vergleichbar mit juristischen Perso-

1871 *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 65; zust. *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 8; und auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 58.
1872 *Hense*, DSB 2020, 236 (237 f.), der auf zivilprozessuale Folgen hinweist.
1873 Vgl. Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269).
1874 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 58.
1875 *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 42).
1876 Kapitel 4:A (ab S. 97).
1877 *BGH*, NJW 2001, 1056.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen, Behörden, Einrichtungen und anderen Stellen als eine Einheit im Rechtsverkehr auftreten. Die gesellschaftsrechtlichen und -vertraglichen Regelungen enthalten Vorgaben für interne Entscheidungsprozesse. Diese internen Entscheidungsprozesse können zu Entscheidungen über Datenverarbeitungen führen, die nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO als Entscheidung einer rechtlichen Einheit im Sinne des Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO gewertet werden können. Würde der Fall gemeinsam Verantwortlicher regelmäßig Gesellschafter einer GbR betreffen,[1878] würde Art. 26 DSGVO daher tatsächlich weitgehend leerlaufen.

Letztlich ist insoweit zunächst auf das zuvor Gesagte[1879] zu rekurrieren: Die bloßen Festlegungen in der Vereinbarung führen nicht zu einer Gesellschaftsgründung. Für die Zusammenarbeit im Übrigen bedarf es angesichts des Anwendungsvorrangs der Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO einer sorgfältigen Prüfung. Nur wenn die Zusammenarbeit eine hinreichende Festigung – z.B. durch entsprechende vertragliche Regelungen – erfahren hat, kann von der GbR als einer rechtlichen Einheit und damit – auch im Einklang mit Art. 12 Abs. 1 GRCh – einer Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO ausgegangen werden.[1880] Andernfalls bleiben die Gesellschafter (gemeinsam) Verantwortliche. Bei Konstellationen wie der Einbindung von Drittinhalten – z.B. Social Plugins – auf Internetseiten fehlt es nämlich regelmäßig schon – abgesehen von den datenschutzrechtlichen Verpflichtungen aus dem Gesetz – an der (vertraglichen) Verpflichtung zur Erbringung von gegenseitigen Beiträgen. Soweit man dies anders sieht, ist aufgrund des Anwendungsvorrangs der Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO auf die einzelnen Gesellschafter als Verantwortliche abzustellen. Nur bei einer gefestigten Zusammenarbeit über einzelne Verarbeitungen hinaus, die eine explizite und nicht nur konkludente gesellschaftliche Regelung erfahren hat, kann auf die Gesellschaft als Verantwortliche abgestellt werden.

Daneben bestehen weitere Wechselwirkungen zwischen Datenschutzrecht und Gesellschaftsrecht: Die datenschutzrechtliche Vereinbarung kann in Form eines Vertrags und durch die Zuweisung von Pflichten die bestehende gesellschaftsrechtlich relevante Zusammenarbeit mehrerer

---

1878 In diese Richtung etwa *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 26 Rn. 8.

1879 S. unter Kapitel 5:D.I.2 (ab S. 368).

1880 Damit im Einklang mit Art. 12 Abs. 1 GRCh, hierzu unter Kapitel 3:C.III.2 (ab S. 91).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Akteure modifizieren.[1881] Oder die Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO wird in der Praxis sogar in den Gesellschaftsvertrag integriert.[1882]

Die Regelungen des Datenschutzrechts und des Gesellschaftsrechts lassen sich insoweit miteinander vereinbaren und gelangen parallel zur Anwendung. Die jeweiligen rechtlichen Anforderungen können in der Praxis zusammen erfüllt werden. Zugleich führt nicht jede Einordnung als Gesellschaft nach dem nationalen Recht dazu, dass auch diese als eine potenziell Verantwortliche nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO in Betracht kommen kann.

II. Gesetzliche Bearbeitungsbefugnis im Hinblick auf Ersuchen betroffener Personen

Nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO kann die betroffene Person ihre Rechte ungeachtet der Einzelheiten der Vereinbarung der gemeinsam Verantwortlichen „bei und gegenüber jedem einzelnen der Verantwortlichen geltend machen". Darüber hinaus ergeben sich aus Art. 26 Abs. 3 DSGVO zwei Wirkungen: Zum einen wird die Trennung von Außen-[1883] und Innenverhältnis klargestellt.[1884] Zum anderen – worauf an dieser Stelle näher einzugehen sein wird –, folgt daraus, dass der jeweilige Verantwortliche aus dem Innenverhältnis heraus kraft Gesetzes zur Beantwortung der Anfrage – im Außenverhältnis – befugt ist.[1885] Die gesetzlich eingeräumte Befugnis lässt eine mögliche Haftung im Innenverhältnis bei einem Verstoß gegen im Rahmen der Vereinbarung vorgenommene Pflichtenzuweisungen unberührt.[1886]

Für die beschriebene zweite Wirkung des Art. 26 Abs. 3 DSGVO spricht bereits der Wortlaut des Art. 26 Abs. 3 DSGVO, der die *Geltendmachung* des Betroffenen-Rechts vorsieht („geltend machen" bzw. „exercise his or

1881 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 18.
1882 *Horn*, in: Knyrim, S. 161.
1883 Hierzu insb. unter Kapitel 5:B (ab S. 292).
1884 S. zu dieser Trennung unter Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274) sowie mit Blick auf die gesamtschuldnerische Haftung nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).
1885 In diese Richtung auch *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 36. Zu der Rechtsgrundlage nach Art. 6, 9 DSGVO ausführlich unter Kapitel 4:B.II.1.b (ab S. 107).
1886 Hierzu unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

her rights"). Die Befugnis der betroffenen Person beschränkt sich also nicht darauf, sich unverbindlich an den Verantwortlichen wenden zu dürfen, damit dieser etwa die Anfrage an den „korrekten" gemeinsam Verantwortlichen übermittelt. Die Befugnis umfasst stattdessen als Wirkung eine Pflicht zur Prüfung und gegebenenfalls Bearbeitung einschließlich der Weiterleitung der Betroffenen-Anfrage[1887] des gemeinsam Verantwortlichen, demgegenüber die betroffene Person ihr Recht geltend macht. Im Einzelfall kann sich das Ergebnis der Prüfung freilich auf die Feststellung beschränken, dass das Ersuchen z.B. nach Art. 12 Abs. 5 S. 2 lit. b DSGVO offenkundig unbegründet ist. Aus diesem Recht der betroffenen Person folgen zugleich die Pflicht und das Recht des gemeinsam Verantwortlichen, die Anfrage der betroffenen Person zu bearbeiten. Auch hiervon kann die Vereinbarung – allerdings nur mit Wirkung für das Innenverhältnis (vgl. Art. 26 Abs. 3 DSGVO) – abweichen.

Diese Befugnis eines gemeinsam Verantwortlichen ist von einer gesetzlichen Vertretungsmacht abzugrenzen, wie sie etwa §§ 1626 Abs. 1 S. 1, 2, 1629 BGB im deutschen Recht vorsehen. Bei der Beantwortung eines Betroffenen-Ersuchens wird in aller Regel schon kein rechtsgeschäftliches Handeln,[1888] sondern ein Realakt vorliegen. Die DSGVO sieht außerdem nicht vor, dass die Bearbeitung der Anfrage durch einen gemeinsam Verantwortlichen auch Wirkung für die übrigen gemeinsam Verantwortlichen entfaltet. Wird beispielsweise eine von einer betroffenen Person beantragte Berichtigung nach Art. 16 DSGVO nicht korrekt durchgeführt, so wirkt sich diese falsche Berichtigung nicht *per se* auf Haftungsebene auf die übrigen gemeinsam Verantwortlichen aus. Stattdessen richtet sich die Haftung weitestgehend[1889] abschließend nach Art. 82 ff. DSGVO. Dafür wiederum ist maßgeblich, wer für die durchgeführte Berichtigung bzw. anderweitige Umsetzung anlässlich einer Betroffenen-Anfrage als Verarbei-

1887 Unabhängig von einer ohnehin bestehenden objektiven Pflicht zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung unter Einschluss der in Art. 5 Abs. 1 DSGVO genannten Grundsätze, hierzu *Worms*, in: Wolff/Brink, Art. 16 Rn. 6 f. Vgl. auch schon § 6 Abs. 2 BDSG a.F., hierzu unter Kapitel 2:A.III.3 (ab S. 44).

1888 Rechtsgeschäftliches Handeln ist vor allem dann denkbar, wenn ein Vertrag als Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) herangezogen wird und z.B. das Betroffenen-Ersuchen zugleich mit der Ausübung von Gestaltungsrechten verbunden wird.

1889 Vgl. Kapitel 5:B.I.2 (ab S. 309).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO (gemeinsam) verantwortlich (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) ist.[1890]

Aus der Befugnis folgt für die übrigen (gemeinsam) Verantwortlichen vor allem eine pflichtbefreiende Wirkung: Bearbeitet ein (gemeinsam) Verantwortlicher die Anfrage vollständig, befreit dies auch die übrigen gemeinsam Verantwortlichen von ihrer Pflicht zur Bearbeitung der Anfrage. Es handelt sich insoweit – zusammengefasst – um die Gestattung, dass ein gemeinsam Verantwortlicher für die übrigen „sprechen darf".[1891] Diese Befugnis ist Ausdruck der arbeitsteiligen Zusammenarbeit. Zugleich verdeutlicht die Befugnis die Bedeutung der Effektivität der Betroffenen-Rechte[1892] im Datenschutzrecht. Schließlich ermöglicht gerade diese Befugnis die beschleunigte Bearbeitung und beseitigt Hindernisse hierfür zwischen den gemeinsam Verantwortlichen.

Der Anwendungsbereich des Art. 26 Abs. 3 DSGVO umfasst nicht die Maßnahmen der Aufsichtsbehörden. Die Befugnis zu Maßnahmen in Reaktion auf aufsichtsbehördliche Maßnahmen, wie etwa nach Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO, folgt daher aus der Adressatenstellung des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen. Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für Verarbeitungen in diesem Zusammenhang ist hiervon wiederum zu trennen.[1893]

III. Potenzielle gegenseitige Ansprüche

Den gemeinsam Verantwortlichen können gegenseitig Ansprüche zustehen. Neben den im Folgenden darzustellenden Ansprüchen können sich solche aus der Zusammenarbeit – z.B. gesellschaftsrechtlicher oder sonst vertraglicher Art[1894] – ohne spezifische Bedeutung für die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit ergeben.

1890 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:B.II.1 (ab S. 107).
1891 *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 376.
1892 Kapitel 3:B.III (ab S. 65).
1893 Hierzu unter Kapitel 4:C.IV.3 (ab S. 206).
1894 Etwa, wenn die Vereinbarung im Sinne des Art. 26 DSGVO mit Rechtsbindungswillen geschlossen wird und weitere Pflichten enthält. S. zur Rechtsnatur der Vereinbarung unter Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Anspruch auf Mitwirkung bei der Festlegung in einer Vereinbarung (Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO)

Zentral für das Innenverhältnis gemeinsam Verantwortlicher ist ein gegenseitiger Anspruch der gemeinsam Verantwortlichen auf Mitwirkung bei der Festlegung der nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO geforderten Inhalte in einer Vereinbarung. Ein Anspruch auf „Abschluss“[1895] hingegen ist missverständlich, da es sich bei der Vereinbarung nicht um einen Vertrag handeln muss.[1896]

Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO vermittelt nur dann einen solchen Anspruch, wenn über das Auferlegen der Pflicht hinaus auch ein Recht der anderen gemeinsam Verantwortlichen bestehen soll, die Einhaltung dieser Pflicht zu verlangen, vgl. im deutschen Recht § 194 Abs. 1 BGB. Ohne ein solches Recht bestünde grundsätzlich nur für Aufsichtsbehörden nach Art. 58, 83 f. DSGVO und (nachträglich) auch für betroffene Personen durch die Geltendmachung möglicher Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche oder Schadensersatzansprüche im Rahmen von Art. 82 DSGVO[1897] die Möglichkeit zur Durchsetzung.

Allerdings können die übrigen gemeinsam Verantwortlichen in jedem Fall nachträglich über Art. 82 Abs. 5 DSGVO Regress nehmen, wenn sie mangels Mitwirkung eines anderen gemeinsam Verantwortlichen von betroffenen Personen auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurden. Die unterbliebene Mitwirkung erhöht nämlich den „Anteil an der Verantwortung für den Schaden“[1898] (Art. 82 Abs. 5 DSGVO). Dabei ist abhängig von den Umständen ein Regress in voller Höhe denkbar.[1899]

a. Herleitung des Anspruchs

Ein Anspruch unmittelbar aus Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO könnte solche Datenschutz-Verstöße und daraus resultierende Schäden verhindern.

1895 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506).
1896 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).
1897 Zu den Anspruchsberechtigten nach Art. 82 DSGVO s. m.w.N. unter Kapitel 5:B.I.1 (ab S. 292) sowie Kapitel 5:D.III.4.a (ab S. 387).
1898 S. hierzu unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).
1899 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa. Wortlaut und Systematik

Die Aufteilung in Tatbestand (Art. 26 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 DSGVO: „Legen zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest") und Rechtsfolge (Art. 26 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, S. 2 Hs. 1 DSGVO: „so sind sie gemeinsam Verantwortliche. Sie legen in einer Vereinbarung in transparanter Form fest […]" sowie Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO: „Die Vereinbarung […] muss die jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen […] widerspiegeln.") indiziert die Einordnung als Anspruchsgrundlage.[1900] Der Wortlaut des Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO selbst („Sie legen" bzw. „They shall […] determine") steht der Einordnung als Anspruchsgrundlage überdies jedenfalls nicht entgegen.

Genausowenig steht die Systematik dem entgegen. Zwar wird stets im Hinblick auf alle Betroffenen-*Rechte* (Art. 12 ff., 82 DSGVO) die Formulierung „shall have the right" verwendet – nicht aber in Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO. Allerdings ist dies einer Besonderheit des Art. 26 DSGVO geschuldet. Die Norm hat nämlich die Funktion einer gegenseitigen Pflichten- und Rechte-Zuweisung unter gemeinsam Verantwortlichen. Die Betroffenen-Rechte hingegen formulieren einseitig jeweils ein Recht der Betroffenen, woraus sich dann die korrespondierende Pflicht der Verantwortlichen ergibt. Zudem sieht der Gesetzgeber die betroffenen Personen als schutzwürdig(er) an (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO), was eine besonders deutliche Formulierung der Vorschriften über die Betroffenen-Rechte notwendig erscheinen lässt.

Das gleiche gilt unter systematischen Gesichtspunkten für einen Verweis auf die Stellung des Art. 26 DSGVO in Kapitel IV („Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter") Abschnitt 1 („Allgemeine Pflichten"). Der Vergleich mit den anderen dort enthaltenen Vorschriften mit in der Regel bloßen Verpflichtungen schließt nicht aus, dass ein Anspruch in Art. 26 DSGVO geregelt wird. Die DSGVO kennt gerade keinen eigenen Abschnitt nur für Ansprüche der Verantwortlichen, sondern regelt diese Ansprüche dort, wo es sich nach dem Sachzusammenhang anbietet (etwa in Art. 12 Abs. 6,[1901]

1900 *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 13 f.

1901 Ermächtigungsgrundlage nach *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 12 Rn. 52; zur korrespondierenden Mitwirkungsobliegenheit bzw. -pflicht der betroffenen Person, *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly, Art. 12 Rn. 72 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 19 S. 1,[1902] Art. 28 Abs. 2 S. 2,[1903] Art. 33 Abs. 2[1904], Art. 82 Abs. 5 DSGVO[1905]).

Dem europäischen Datenschutzrecht i.V.m. dem nationalen Recht sind Ansprüche unter Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern zur Herstellung von Datenschutzrechtskonformität zudem nicht fremd. Man denke insoweit etwa an die gegebenenfalls notwendige Umwandlung von Auftragsverarbeitungsverträgen unter der DSRL bzw. dem BDSG a.F.: Lässt sich mit der vorrangigen ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB kein Ergebnis erzielen, das den Anforderungen der DSGVO gerecht wird, kommt ein *Anspruch* auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1, 2 BGB in Betracht.[1906]

bb. Telos

Nach teleologischer Auslegung spricht ebenfalls viel für einen solchen Anspruch.[1907] Gemäß Erwägungsgrund 79 DSGVO erfordert der Schutz der Rechte und Freiheiten betroffener Personen eine klare Zuteilung der Verantwortlichkeiten. Die klare Zuteilung soll insbesondere durch eine transparente Vereinbarung erfolgen.[1908] Eine solche effektive Zuteilung und Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse setzt jedoch die Mitwirkung aller beteiligten gemeinsam Verantwortlichen voraus. Das Ziel der klaren Zuteilung würde daher durch die Verweigerung einer Partei regelmäßig vollständig vereitelt. Ein Anspruch auf Mitwirkung hingegen verhilft dem in Erwägungsgrund 79 DSGVO genannten Ziel und damit letztlich auch Art. 8 Abs. 1 GRCh[1909] zur Geltung.

1902 S. hierzu auch unter Kapitel 5:D.III.2 (ab S. 381). die Einordnung als Anspruchsgrundlage für nicht unvertretbar haltend *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 19 Rn. 18; a.A. *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 19 Rn. 5.

1903 Vgl. allgemein zu Art. 28 DSGVO *Ingold*, in: Sydow, Art. 28 Rn. 74.

1904 In diese Richtung *Brink*, in: Wolff/Brink, Art. 33 Rn. 46; und auch *Reif*, in: Gola, Art. 33 Rn. 17; sowie *Wilhelm*, in: Sydow, Art. 33 Rn. 27.

1905 Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383).

1906 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 49; die Vertragsanpassung soll jedoch ausscheiden, wenn die Parteien den Vertrag kurz vor (zeitlicher) Anwendbarkeit der DSGVO geschlossen haben, *Plath*, in: Plath, Art. 28 Rn. 48.

1907 So auch *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506 f.).

1908 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

1909 Kapitel 3:C.II (ab S. 84).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinzu kommt, dass die Pflicht nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO sanktionsbewehrt ist. Einem gemeinsam Verantwortlichen, der alle Maßnahmen zum Treffen der Festlegungen in der Vereinbarung ergreift, könnte letztlich dennoch und gegebenenfalls ohne Regressmöglichkeit[1910] ein Bußgeld auferlegt werden. Freilich lässt sich hiergegen einwenden, dies sei „bei der Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße" (Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO) – mithin bereits bei der Frage nach dem „Ob"[1911] – im Hinblick auf das Verschulden (lit. b) und Minderungsmaßnahmen (lit. c) zu berücksichtigen. Gleichwohl bleibt es bei der (bewussten) Entscheidung, mit einer Stelle zusammenzuarbeiten, die sich nicht bereit erklärt, ihren Pflichten nach Art. 26 DSGVO nachzukommen.[1912] Die Verhängung eines Bußgelds ist damit denkbar. Es erscheint daher geboten, den gemeinsam Verantwortlichen von vornherein jeweils ein Mittel an die Hand zu geben, die Festlegung in einer Vereinbarung durchsetzen zu können. Dies gilt umso mehr als ungleiche Verhandlungspositionen, was bereits das *Europäische Parlament* im Gesetzgebungsverfahren erkannte,[1913] es erforderlich machen, Druckmittel zur Verfügung zu stellen.

Teleologisch gebietet insbesondere auch die effektive Durchsetzung der DSGVO als europäischer Rechtsakt (*effet utile*, Art. 4 Abs. 3 EUV) und der schnellere, wirksame und subsidiäre Vollzug die Einordnung als Anspruchsgrundlage.

Diese Rechtsfolge wirkt sich auch nicht gravierend auf die Beteiligten aus, da jeder gemeinsam Verantwortliche aufgrund der Rechtsfolgen selbst ein Interesse an der Festlegung hat.[1914] Regelmäßig wird auch eher ein Interesse daran bestehen, von der anderen Partei zivilrechtlich in Anspruch genommen zu werden, anstatt Bußgelder in nicht unbeträchtlicher Höhe auferlegt zu bekommen.

1910 Wie sie nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO vorgesehen ist, s. unter Kapitel 5:D.III.3 (ab S. 383). Vertraglich lassen sich für diesen Fall freilich (Regress-)Ansprüche vorsehen. Zu etwaigen gesetzlichen Regressansprüchen für diesen Fall unter Kapitel 5:D.III.4.b (ab S. 390).

1911 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.V.1 (ab S. 357).

1912 *DSK*, Positionierung Fanpage, S. 2.

1913 *EP*, Bericht A7-0402/2013, S. 376; und auch *Bernhardt et al.*, Evaluation der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung, S. 9.

1914 Zumal auch ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht, nach *Weichert*, DANA 2019, 4 (8); *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 13; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); vgl. für den Auftragsverarbeiter *T. Becker*, ITRB 2016, 107 (108).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Einwand des Kontrahierungszwangs

Ein echter Kontrahierungszwang, den der deutsche und der europäische Gesetzgeber nur ausnahmsweise vorsehen[1915] und der daher erhöhte Anforderungen an die Begründung der Anspruchsqualität der Norm erfordern würde, ist damit allerdings nicht verbunden. Beide Parteien können weiterhin frei über das „Ob" einer Zusammenarbeit und – in den Grenzen der DSGVO-Konformität – auch über die Modalitäten der Zusammenarbeit entscheiden. Zudem müssen sie nur aufgrund des Art. 26 DSGVO gerade keine zusätzlichen *vertraglichen*[1916] Verpflichtungen eingehen. Der Anspruch auf den Abschluss einer Vereinbarung ist nicht auf einen konkreten Inhalt – und schon gar nicht auf konkrete vertragliche Regelungen – gerichtet, sondern auf einen Inhalt, der die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen gebührend widerspiegelt (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) und die Aufgabenverteilung im Innenverhältnis[1917] festlegt.

c. Anspruchsinhalt mit Blick auf Mitwirkung, Offenlegung und Auskunft

Damit gewährt Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO den gemeinsam Verantwortlichen gegenseitig das Recht, die Mitwirkung zur Festlegung in einer Vereinbarung (als unvertretbare Handlung, vgl. § 888 ZPO) mit dem vorgeschriebenen Mindestinhalt von den jeweils anderen gemeinsam Verantwortlichen zu verlangen.[1918] Diese Mitwirkungspflicht impliziert die Offenlegung der Beschreibung relevanter eigener Vearbeitungsvorgänge, so z.B. der verfolgten Zwecke und der Kategorien betroffener Personen. Die Bereitstellung eines Vereinbarungsmusters *kann* der Mitwirkungspflicht genügen,[1919] wobei Zweifel bei einer Klage[1920] auf Abschluss eines größ-

1915 Vgl. *Häublein*, in: MüKo BGB, § 535 BGB Rn. 6.
1916 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231).
1917 Vgl. Art. 26 Abs. 3 DSGVO, hierzu unter Kapitel 5:A.II.4.b (ab S. 274) sowie mit Blick auf die gesamtschuldnerische Haftung nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO unter Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).
1918 So auch *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (507); *Weichert*, DANA 2019, 4 (8); und wohl auch *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 26 Rn. 17.
1919 S. hierzu auch unter Kapitel 5:A.II.2.a (ab S. 234).
1920 *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 4; anhängiges Verfahren vor dem *LG Hamburg* unter dem Az. 307 O 285/18 nach *Specht-Riemenschneider/Riemenschneider*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, § 4b, Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tenteils vorausgefüllten Vereinbarungsmusters angebracht sein können. Es kommt darauf an, ob mit der Vervollständigung des Musters eine den Anforderungen nach Art. 26 DSGVO entsprechende Vereinbarung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse erzielt werden kann. Dementsprechend muss etwa die vorgeschlagene Pflichtenverteilung diesen Verhältnissen Rechnung tragen. Neben dem Treffen der Festlegungen in der Vereinbarung umfasst der Anspruch nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO eine Verständigung darüber, welche Inhalte wesentlich für die betroffene Person sind. Letztlich ist der Anspruch aus Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO eine Verlängerung der Tatbestandsvoraussetzung der Gemeinsamkeit auf Rechtsfolgenseite: Wer – weit verstanden – *gemeinsam* über Zwecke und Mittel entscheidet, soll auch – ebenfalls weit zu verstehen – *gemeinsam* über die Inhalte der Vereinbarung entscheiden.[1921]

Darüber hinaus besteht kein selbstständiger Auskunftsanspruch.[1922] Wirft man etwa einen Blick auf die Grundsätze ständiger deutscher Rechtsprechung, setzt ein ungeschriebener Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter anderem voraus, dass die Informationen selbst nicht auf zumutbare Weise beschafft werden können.[1923] Dies kann im Einzelfall bereits zu verneinen sein, soweit[1924] in der öffentlich zugänglichen Datenschutz-Erklärung umfangreiche Informationen bereitgestellt werden. Im Übrigen bietet die DSGVO keine Anhaltspunkte dafür, den gemeinsam Verantwortlichen Auskunftspflichten aufzuerlegen, die nach der hier vertretenen Auslegung über das hinausgehen, was für eine datenschutzkonforme Zusammenarbeit erforderlich ist.

Im Allgemeinen reicht die Bereitstellung der (allgemeinen) Datenschutz-Erkärung (Art. 13, 14 DSGVO) eines gemeinsam Verantwortlichen nicht aus, um den Mitwirkungsanspruch zu erfüllen. Während bei den Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO der Fokus auf einzelnen Verarbeitungsvorgängen liegt, konzentriert sich Art. 26 DSGVO auf den Zusammenhang mehrerer Verarbeitungsvorgänge und die Zusammenarbeit

1921 Vgl. auch *DSK*, Positionierung Fanpage, S. 2.

1922 So aber wohl *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 2 ff.; einschränkend hingegen *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506).

1923 S. nur *BGH*, NJW 1954, 70 (71); NJW 1986, 1247 (1248).

1924 Bei den durch die Facebook-Betreiberin zur Verfügung gestellten Informationen in der Datenschutz-Erklärung werden diesbezüglich etwa Zweifel geäußert, *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehrerer gemeinsam Verantwortlicher.[1925] Die Vereinbarung ist letztlich mehr als die Kombination dessen, was die gemeinsam Verantwortlichen jeweils gegenüber den betroffenen Personen beauskunften (Art. 15 Abs. 1 DSGVO) bzw. worüber sie diese informieren (Art. 13, 14 DSGVO).[1926] Im Rahmen der Informationen nach Art. 13-15 DSGVO besteht jedenfalls keine Einigung darüber, ob Zwecke, Daten- und Betroffenen-Kategorien für jeden Verarbeitungsvorgang aufzuschlüsseln sind – was die Verwertung in der Vereinbarung erleichtern würde – oder gebündelt angegeben werden können, ohne dass die konkrete Zuordnung einer einzelnen Verarbeitung zu Zweck und Rechtsgrundlage möglich ist.[1927]

Zudem kommt es im Rahmen von Art. 26 DSGVO auf die Verknüpfung und konkrete Zuordnung an. Am Beispiel eines durch einen Website-Betreiber eingebundenen sog. Social Plugins hieße das: Der Website-Betreiber verarbeitet Anfrage-Daten (IP-Adresse, Datum und Uhrzeit, Geräte- und System-Informationen, aufgerufene URL) und gegebenenfalls Benutzer- und Kennungsdaten (z.B. via Cookies) der Website-Besucher, die eine Website mit eingebundenem Social Plugin aufrufen, wobei ein soziales Netzwerk unter anderem Empfänger ist. Das soziale Netzwerk verarbeitet nach der durch den Website-Betreiber vermittelten Anfrage die gleichen Daten-Kategorien der gleichen Kategorien betroffener Personen – mit geringfügigen Abweichungen, wie z.B. Cookies bezogen auf die URL des sozialen Netzwerks. Diese Beschreibungen ähneln den nach Art. 13, 14 DSGVO bereitzustellenden Informationen. Darüber hinaus bedarf es jedoch Festlegungen etwa zur Dauer der Zusammenarbeit – z.B. „zeitlich unbegrenzt, aber abhängig von der Zurverfügungstellung der Schnittstelle durch das soziale Netzwerk" – und womöglich konkreten anderen Parteien[1928] mit jeweils eigenen Rechtsgrundlagen.[1929]

1925 Kapitel 5:A.III.5 (ab S. 283).

1926 So aber *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506).

1927 Vgl. die Datenschutz-Erklärungen auf zahlreichen Websites, beispielhaft sei hier https://www.facebook.com/privacy/explanation genannt.

1928 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. e DSGVO hingegen ist die Information über die *Kategorien* von Empfängern ausreichend. Für das Wesentliche der Vereinbarung (Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO) kann dies ausnahmsweise ebenfalls gelten, Kapitel 5:A.III.5.b.aa (ab S. 285).

1929 Kapitel 5:E.I (ab S. 394).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Ansprüche im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten

Die gemeinsame Verantwortlichkeit soll zur effektiven Ausübung der Betroffenen-Rechte beitragen.[1930] Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die gemeinsam Verantwortlichen nicht nur bei der *Zuteilung* von Pflichten wie im Zusammenhang mit Betroffenen-Rechten i.w.S.[1931] im Vorhinein zusammenarbeiten (Art. 26 DSGVO), sondern auch bei der *Erfüllung* einzelner Betroffenen-Ersuchen.

Für die Betroffenen-Rechte aus Art. 16-18 DSGVO ist eine Mitwirkungspflicht bereits in Art. 19 S. 1 DSGVO normiert.[1932] Danach sind die übrigen gemeinsam Verantwortlichen grundsätzlich über die Berichtigung, Löschung und Einschränkung der Verarbeitung zu unterrichten, soweit sie Empfänger sind.[1933] Daraus erwächst ein korrespondierender Anspruch der übrigen gemeinsam Verantwortlichen auf Mitteilung.[1934] Die Empfänger haben nämlich ebenfalls ein Interesse an der Mitteilung.[1935] Dies betrifft etwa den Fall, dass die Verarbeitung durch den Empfänger rechtswidrig erfolgt, weil die Daten von vornherein unrichtig waren.

Über Art. 19 DSGVO hinaus haben gemeinsam Verantwortliche bei allen Betroffenen-Ersuchen einen Anspruch gegen die übrigen gemeinsam Verantwortlichen auf Mitwirkung. Im Fall eines Auskunfts- und Kopieersuchens (Art. 15 DSGVO) bedeutet dies etwa die Bereitstellung der notwendigen Informationen und gespeicherten personenbezogenen Daten. Diese Ansprüche folgen daraus, dass aus jedem Betroffenen-Recht i.V.m. Art. 26 Abs. 3 DSGVO stets alle (gemeinsam) Verantwortlichen verpflichtet sind. Die Notwendigkeit einer Zusammenarbeit zeigt auch Art. 12 Abs. 2 S. 1 DSGVO, der eine möglichst einfache Geltendmachung der Betroffenen-Rechte verlangt.

Die Verpflichtung aus den Betroffenen-Rechten entfällt nicht dadurch, dass die betroffene Person sich zur Geltendmachung gegenüber einem gemeinsam Verantwortlichen entscheidet. Stattdessen besteht die Verpflich-

---

1930 Kapitel 3:B.III (ab S. 65) und zur grundrechtlichen Komponente unter Kapitel 3:C.II (ab S. 84).

1931 Zu diesem Begriff unter Kapitel 5:A.II.3.c.dd (ab S. 259).

1932 Diese Regelung ebenfalls als Vorbild erwähnend *Weichert*, DANA 2019, 4 (8).

1933 Hierzu unter Kapitel 5:E.I.3.c (ab S. 404).

1934 S. hierzu auch unter Kapitel 5:D.III.2 (ab S. 381). Die Einordnung als Anspruchsgrundlage für nicht unvertretbar haltend *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 19 Rn. 18; a.A. *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 19 Rn. 5.

1935 Dies verkennt *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 19 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung fort und ermöglicht der betroffenen Person, sich bezüglich des Adressaten eines Betroffenen-Ersuchens umzuentscheiden.[1936] Der jeweils angesprochene gemeinsam Verantwortliche hat unter anderem angesichts möglicher Sanktionen wie nach Art. 58 Abs. 2 lit. i, Art. 83 DSGVO ein Interesse an der Mitwirkung der übrigen gemeinsam Verantwortlichen. Zudem ist erst die effektive, gemeinsame Bearbeitung von Betroffenen-Ersuchen im Einzelfall die gelebte Umsetzung von Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO. Da diesen teleologischen Erwägungen nicht der Wortlaut der Vorschriften über die Betroffenen-Rechte oder des Art. 26 DSGVO entgegensteht, steht jedem gemeinsam Verantwortlichen aus einem Betroffenen-Recht i.V.m. Art. 26 Abs. 3 DSGVO ein Anspruch auf Mitwirkung bei der Bearbeitung gegen die übrigen gemeinsam Verantwortlichen zu.

Erst diese Mitwirkungsansprüche versperren letztlich auch dem adressierten gemeinsam Verantwortlichen das Berufen auf eine Unmöglichkeit.[1937] Damit tragen sie ebenfalls zu einer effektiveren Bearbeitung der Betroffenen-Ersuchen bei – nämlich, indem die betroffene Person sich tatsächlich auf Wunsch nur einem gemeinsam Verantwortlichen bei einem Anliegen gegenübersieht (Art. 26 Abs. 3 DSGVO).

Soweit die Vereinbarung vertragliche Regelungen enthält, können ergänzende Ansprüche vorgesehen werden, die neben die vorgenannten treten. Umgekehrt können die dargestellten Ansprüche nicht über die Vereinbarung – und angesichts ihrer Bedeutung für die Effektivität der Betroffenen-Rechte auch nicht vertraglich – ausgeschlossen werden. Die nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO vorgenommene Pflichtenzuteilung[1938] ist bei Aufsichtsmaßnahmen und Regressansprüchen im Rahmen des Grads der Verantwortlichkeit zu berücksichtigen. Mit der Pflichtenzuteilung werden allerdings nicht die Mitwirkungs- und Unterstützungsansprüche zwischen den gemeinsam Verantwortlichen abbedungen – sondern eben nur die (Haftungs-)Folgen für den Fall von Verstößen beeinflusst.

1936 Kapitel 5:B.III.2.e (ab S. 328).
1937 Kapitel 5:B.III.1 (ab S. 322).
1938 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:A.II.3.c (ab S. 255).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Regress nach (Schadensersatz-)Inanspruchnahme durch betroffene Personen (Art. 82 Abs. 5 DSGVO)

In Art. 82 Abs. 5 DSGVO ist eine Anspruchsgrundlage[1939] für einen Schadensersatz-Regress zwischen gemeinsam Verantwortlichen normiert. Dieser Regressanspruch führt in der Letzthaftung einen Ausgleich des weiten Begriffs der Beteiligung (Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO)[1940] und damit großen Kreises Passivlegitimierter herbei.

a. Anspruchsvoraussetzungen und -inhalt

Art. 82 Abs. 5 DSGVO setzt die Haftung mehrerer gemeinsam Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter (Art. 82 Abs. 4 DSGVO) und die „vollständige“[1941] Zahlung des Schadensersatzes (Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO) einer Partei an die betroffene Person voraus. Für die Höhe des Ausgleichsanspruchs kommt es auf den jeweiligen „Anteil an der Verantwortung für den Schaden“ („part of responsibility for the damage“) an, wofür die „in Absatz 2 festgelegten Bedingungen“ („the conditions set out in paragraph 2“) maßgeblich sind.

In der Literatur bleibt der Verweis auf die „in Absatz 2 festgelegten Bedingungen“ vielfach unklar. Es wird nämlich regelmäßig nur der Wortlaut ohne ergänzende Ausführungen wiedergegeben.[1942] Die Haftungsprivilegierung des Auftragsverarbeiters (Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO) und die Exkulpationsmöglichkeit (Art. 82 Abs. 3 DSGVO) sind bereits über den Verweis auf Abs. 4, der wiederum auf Abs. 2 und 3 verweist, inkludiert. Die Einbeziehung der Haftungsprivilegierung des Auftragsverarbeiters wird damit also nicht bezweckt. Stattdessen wird vor allem auf Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO („Jeder […] haftet für den Schaden, der durch eine nicht dieser Verordnung entsprechende Verarbeitung verursacht wurde“) verwiesen. So wird klargestellt, dass es auf den für den Schaden kausalen Anteil an dem Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Vorgaben – d.h.

1939 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 23.

1940 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.a.bb (ab S. 294).

1941 Für eine teleogische Reduktion *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 (204); und auch *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 61; sowie *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1156); auch bei Zahlung durch mehrere jeweils über ihren Anteil hinaus *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 17; angesichts der Unklarheiten empfiehlt *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 28) eine vertragliche Regelung.

1942 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 23; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf den Grad der Verantwortlichkeit[1943] – ankommt.[1944] Zugleich wird das Kausalitätserfordernis[1945] hervorgehoben. Die Verwendung des Begriffs der „Verantwortung" in Art. 82 Abs. 5 DSGVO hat nicht eine vom Grad der *Verantwortlichkeit* (vgl. insbesondere Art. 4 Nr. 7 DSGVO) losgelöste Betrachtung zur Folge, sondern beruht auf einer Ungenauigkeit in der deutschen Sprachfassung.[1946]

Im Rahmen dieses Grads der Verantwortlichkeit kommt es vor allem auf die oben genannten[1947] Faktoren an. Dabei hat die in der Vereinbarung vorgenommene[1948] Pflichtenaufteilung (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO) nicht unerhebliches Gewicht[1949] – sogar bis hin zu einer Verschiebung der Verantwortlichkeit vollständig zu einem gemeinsam Verantwortlichen. Insoweit kommt der Vereinbarung eine noch höhere Bedeutung als im Rahmen der Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde zu, bei der weitere Faktoren im Rahmen den Ermessens berücksichtigt werden. Die Bedeutung der Pflichtenzuteilung hängt im Einklang mit Art. 82 Abs. 5, 2 DSGVO freilich davon ab, ob die jeweilige Pflicht einer Zuteilung zugänglich ist,[1950] eine vorrangige[1951] Zuteilung durch den Gesetzgeber erfolgt ist (Art. 26 Abs. 1 S. 1 a.E. DSGVO) und, ob die Vereinbarung Pflichten entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen zuweist – und nicht etwa einem gemeinsam Verantwortlichen Pflichten auferlegt, die dieser etwa mangels Datenzugriff nicht sinnvollerweise erfüllen kann.[1952]

1943 Hierzu etwa unter Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).
1944 So i.E. auch *Bergt*, ITRB 2018, 151 (152); *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 50.
1945 Hierzu kurz und m.w.N. unter Kapitel 5:B.I.1.a (ab S. 293).
1946 Vgl. schon unter Kapitel 5:C.V.2.a (ab S. 359).
1947 Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).
1948 Zu Auswirkungen von (nachträglichen) Anpassungen der Vereinbarung unter Kapitel 5:A.IV (ab S. 290).
1949 *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 22); *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 69; vgl. auch *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 4.
1950 Dies ist bei der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 Abs. 1, 4 DSGVO) etwa nicht der Fall, s. unter Kapitel 5:C.III.4.d.dd (ab S. 354).
1951 Kapitel 5:A.II.3.a.aa (ab S. 243).
1952 Daneben kann der Verschuldensgrad – insb. bei Vorsatz – Berücksichtigung finden, nach *Horn*, in: Knyrim, S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Beweislastverteilung

Die von den in der Vereinbarung niedergelegten „*tatsächlichen*" (Hervorhebung durch den Verf.) Verhältnissen (Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO) ausgehende Indizwirkung[1953] wirkt sich im Rahmen des Art. 82 Abs. 5 DSGVO ebenfalls aus – und zwar in Form einer Beweislastumkehr.[1954] Der gemeinsam Verantwortliche, der von den Festlegungen in der Vereinbarung abweichende Verhältnisse zugrundegelegt wissen möchte, ist hierfür beweispflichtig.

Im Übrigen ist der Regress nehmende Verantwortliche nach allgemeinen Grundsätzen beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 4, 1, 2 DSGVO. Allerdings wird die Beweislastumkehr[1955] durch Art. 82 Abs. 3 DSGVO über den Verweis in Art. 82 Abs. 4 DSGVO mit übernommen.[1956] Die Anspruchsgegner des Regressanspruchs müssen daher gegebenenfalls den Nachweis nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO erbringen, in keinerlei Hinsicht für den schadensverursachenden Umstand verantwortlich zu sein. Der Regressanspruch nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO ist insoweit für die gemeinsam Verantwortlichen vorteilhaft.

In der Praxis werden sich entsprechende Fragen der Beweislast allerdings selten stellen, da regelmäßig schon eine Bindungswirkung bezüglich der Tatsachenfeststellungen aus dem ursprünglichen Prozess eingetreten ist. Soweit nach dem nationalen Recht zulässig, kann diese Wirkung durch die Streitverkündung des in Anspruch genommenen gemeinsam Verantwortlichen gegenüber den übrigen gemeinsam Verantwortlichen herbeigeführt werden (vgl. im deutschen Recht §§ 74 Abs. 1, 68 ZPO).[1957]

1953 Kapitel 5:C.III.4.d.bb (ab S. 351).

1954 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 5; *Veil*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 26 Rn. 69.

1955 Ob sie sich nun auf das Verschulden bezieht oder bloß einen Ausgleich zum weiten Begriff der Beteiligung darstellt, dazu *Wybitul/Celik*, ZD 2019, 529 (530).

1956 A.A. *Grages*, CR 2020, 232 (Rn. 23).

1957 *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 62; *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 16; zust. *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 45; und auch *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c. Regelungsspielraum des nationalen Gesetzgebers und der gemeinsam Verantwortlichen

Mit Blick auf den Anwendungsvorrang der größtenteils zwingenden DSGVO stellt sich auch im Rahmen von Art. 82 Abs. 5 DSGVO die Frage, inwieweit der nationale Gesetzgeber und gegebenenfalls gemeinsam Verantwortliche abweichende Regelungen treffen können.

Die nationale Regelung des § 426 Abs. 2 BGB, die eine Legalzession normiert, kann beispielsweise keine Anwendung im Rahmen von Art. 82 Abs. 5 DSGVO finden.[1958] Regelungen des nationalen Gesetzgebers zum Gesamtschuldnerausgleich neben Art. 82 Abs. 5 DSGVO und zum Regress in Folge von anderen Schadensersatzansprüchen sind stattdessen unter Beachtung des Grads der Verantwortlichkeit als maßgebliches Kriterium auszulegen, soweit sie auf gemeinsam Verantwortliche Anwendung finden.[1959] Nationale Wertungen, wie etwa die des § 31a BGB bezüglich der Haftung von Vereinsorganmitgliedern gegenüber dem Verein, können daher im Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit keine Berücksichtigung finden. Der für den Regress maßgebliche Grad der Verantwortlichkeit eines Vereins wird bei einer Organisation der Verarbeitungen durch den Verein allerdings regelmäßig höher ausfallen, sodass im Ergebnis zumindest keine allzu große Diskrepanz zu der Wertung des § 31a BGB besteht.[1960]

Den gemeinsam Verantwortlichen steht über die Vereinbarung ein größerer Spielraum als dem nationalen Gesetzgeber zu. Art. 82 Abs. 5 DSGVO steht nicht anderweitigen Regelungen zwischen den gemeinsam Verantwortlichen entgegen, die einen solchen Regress ausschließen; er ist mithin abdingbar.[1961] Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass ein gemeinsam Verantwortlicher bereits im Vorhinein abstrakt auf sein Regress-*Recht* („berechtigt" bzw. „entitled") verzichtet, werden die gemeinsam Verantwortlichen durch Art. 26 DSGVO doch geradezu angeregt, ihre Zusammenarbeit mit Auswirkungen auf den Regress detailliert zu regeln. Als Ausprägung der Privatautonomie können die gemeinsam Verantwortlichen vertraglich zudem eigene Regressansprüche mit eigenen Maßstäben für die Bestimmung der Höhe vorsehen.[1962] Im Hinblick auf die Aufsichtsmaßnahmen

1958 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 25.
1959 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.I.2 (ab S. 309).
1960 Hierzu schon unter Kapitel 5:C.III.4.c (ab S. 348).
1961 *Bergt*, ITRB 2018, 151 (152); *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2452), wonach schon Art. 82 Abs. 1 DSGVO in Grenzen abdingbar ist; *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 26 Rn. 7.
1962 *Plath*, in: Plath, Art. 26 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach Art. 58, 83 DSGVO kann sich dies zur Klarstellung[1963] empfehlen, da es an einer dem Art. 82 Abs. 5 DSGVO entsprechenden Regelung fehlt.

4. Weitere Ansprüche im Innenverhältnis

Soweit die vorgenannten Anspruchsgrundlagen aus der DSGVO oder vertraglicher Art nicht einschlägig sind, kann sich im Verhältnis zwischen gemeinsam Verantwortlichen dennoch ein Bedürfnis nach Ansprüchen zur Abbildung des Grads der Verantwortlichkeit ergeben. Zu denken ist dabei etwa an die Konstellation, dass ein gemeinsam Verantwortlicher seiner Pflicht zur Mitwirkung bei den Festlegungen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO nicht nachkommt. Soweit es zu Pflichtverletzungen kommt, die zu einem Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO führen, steht den übrigen gemeinsam Verantwortlichen der Anspruch aus Art. 82 Abs. 5 DSGVO zu. Dabei kann ein entsprechender Verstoß haftungserhöhend berücksichtigt werden.

a. Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO als Anspruchsgrundlage zwischen den gemeinsam Verantwortlichen

Man könnte daran denken, den gemeinsam Verantwortlichen gegenseitig (Schadensersatz-)Ansprüche nach Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO zu eröffnen.

aa. Wortlaut und Systematik

Im Ausgangspunkt ist der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 DSGVO („jede Person“ bzw. „any person“) – wie schon der des Art. 23 DSRL[1964] – missverständlich und kann dazu verleiten, über betroffene Personen hinaus auch weitere Personen – wie etwa Verantwortliche – umfasst zu sehen.[1965] Hier-

1963 Zum Bestehen eines Anspruchs nach nationalem Schuldrecht in diesem Fall unter Kapitel 5:D.III.4.b (ab S. 390).

1964 Weit zu verstehen nach *Ehmann/Helfrich*, in: Ehmann/Helfrich, Art. 23 DSRL Rn. 19. Vgl. aber schon §§ 7, 8 BDSG a.F.

1965 *Quaas*, in: Wolff/Brink, Art. 82 Rn. 37; *Wybitul/Haß/Albrecht*, NJW 2018, 113 (113 f.); *Wolff*, ZD 2018, 248 (251 f.); *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 1247; *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 15 hält eine Einschränkung auf natürliche, nicht aber auf betroffene Personen für vertretbar; *Laue*, in: Laue/Kremer,

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen lässt sich zwar nicht der nach Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO notwendige Zusammenhang mit einer Verarbeitung anführen, da dieser angesichts seiner weiten Auslegung[1966] nicht entgegensteht. Ein genauerer Blick auf den Art. 82 DSGVO nährt aber Zweifel an einer Auslegung, die auch Verantwortlichen einen Anspruch aus Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO zugesteht.

Art. 82 Abs. 1 DSGVO sieht den Ersatz auch von immateriellen Schäden vor. Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO kommen juristische Personen als Verantwortliche in Betracht. Würde man Verantwortliche als Person im Sinne des Art. 82 Abs. 1 DSGVO ansehen, könnten diese grundsätzlich Ersatz auch für immaterielle Schäden verlangen. Ob juristischen Personen ein Ausgleich für immaterielle Schäden zustehen kann, ist jedenfalls in der deutschen Rechtswissenschaft umstritten. Während ein Unternehmenspersönlichkeitsrecht anerkannt wird,[1967] wurde eine Geldentschädigung zum Ausgleich immaterieller Schäden mangels Genugtuung, die eine juristische Person nicht empfinden könne, durch den *BGH* versagt.[1968] Soweit ersichtlich hat sich auf europäischer Ebene ebenfalls keine eindeutige Linie herausgebildet. Es spricht daher vieles dafür, dass der europäische Gesetzgeber über Art. 82 Abs. 1 DSGVO juristischen Personen – und damit generell auch Verantwortlichen – keinen Ersatz für immaterielle Schäden zuerkennen wollte.[1969]

Außerdem hebt Art. 82 Abs. 4 DSGVO den wirksamen Schadensersatz für „die betroffene Person" hervor.[1970]

Zudem hätte der Gesetzgeber durchaus – wie etwa in Art. 4 Nr. 7, 18 Abs. 2, 78 Abs. 1 DSGVO – *expressis verbis* „natürliche [und] juristische Personen" in Art. 82 Abs. 1 DSGVO adressieren können. Diese Formulierung wurde allerdings gerade nicht gewählt.

---

§ 11, Rn. 7; *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451); ebenfalls *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 530.

1966 Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).

1967 *BGH*, NJW 2008, 2110 (2111 f.); offengelassen durch *BVerfG*, NJW 2010, 3501 (Rn. 25).

1968 *BGH*, NJW 1980, 2807 (2810); krit. etwa *Born*, AfP 2005, 110; zust. hingegen *Brost/Hassel*, NJW 2020, 2214 (Rn. 10).

1969 *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 14; *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 82 Rn. 4; krit. *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 13.

1970 *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb. Regelungshistorie

Historisch sah schon der korrespondierende Art. 77 DSGVO-E(KOM) „jede Person" als anspruchsberechtigt an. Art. 75 DSGVO-E(KOM) – der jetzige Art. 78 DSGVO – erwähnte hingegen nur „jede natürliche Person". Während der Wortlaut des Art. 75 DSGVO-E(KOM) im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens an den Wortlaut der übrigen Vorschriften („jede natürliche oder juristische Person") angepasst wurde, wurde der Geburtsfehler des Art. 77 DSGVO-E(KOM) anscheinend schlicht übersehen.

cc. Sinn und Zweck

Neben diesen Wortlaut- und Systematik-Argumenten wird zurecht auch teleologisch argumentiert und auf den Schutzweck der DSGVO (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO) rekurriert, der betroffene Personen – nicht aber deren Gegenstück, die Verantwortlichen – in den Mittelpunkt stellt.[1971] Dies bestätigt Erwägungsgrund 146 S. 6 DSGVO, wonach „die *betroffenen* Personen" (Hervorhebung durch den Verf.) einen vollständigen und wirksamen Schadensersatz erhalten sollen.[1972] Der trotz ähnlichen Wortlauts ebenfalls eng zu verstehende Art. 8 GRCh bestätigt diesen Befund.[1973]

dd. Zwischenergebnis

Unabhängig davon, ob neben betroffenen Personen weitere natürliche Personen vom Kreis der Anspruchsberechtigten erfasst sind,[1974] stehen daher jedenfalls (gemeinsam) Verantwortlichen keine Ansprüche aus Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO zu.[1975]

1971 *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 7; *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil XIII. Kap. 3 C., Rn. 17; a.A. *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451).

1972 *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, Art. 82 Rn. 16; *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 11.

1973 Kapitel 3:C.II (ab S. 84).

1974 So *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 82 Rn. 15 m.w.N.; dies nicht ausschließend *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2568); a.A. etwa *LG Magdeburg*, BeckRS 2019, 197 (Rn. 16); *Wessels*, DuD 2019, 781 (782); *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1155); *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 11; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82 Rn. 7.

1975 So auch im Hinblick auf die Einschränkung auf betroffene Personen *Krätschmer/Bausewein*, in: Wybitul, Art. 82 Rn. 14; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, Art. 82

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. Anspruchsgrundlagen nach dem nationalen Recht

Stattdessen können sich Ansprüche aus dem nationalen Recht ergeben. Wie bereits gezeigt,[1976] sind Regelungen des nationalen Zivilrechts über die Zusammenarbeit der gemeinsam Verantwortlichen anwendbar. Dies betrifft auch die Pflichtverletzung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis der gemeinsam Verantwortlichen,[1977] da die DSGVO dazu – über die in Art. 26 DSGVO enthaltenen Ansprüche hinaus – keine abschließenden Regelungen trifft. Insoweit kann auch Erwägungsgrund 146 S. 4 DSGVO als Indiz gewertet werden,[1978] nach dem Schadensersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen *andere*[1979] Vorschriften unberührt bleiben sollen.

Als Grundlage für etwaige Pflichten kann dabei zum einen das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen den gemeinsam Verantwortlichen herangezogen werden.[1980] Zum anderen kann, ebenfalls im Einklang mit dem Anwendungsvorrang der DSGVO,[1981] abhängig von dem Rechtsbindungswillen der Parteien und unabhängig von der Vereinbarung (Art. 26 DSGVO) ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB bestehen. Ein solches vertragliches Schuldverhältnis ist regelmäßig auf die Durchführung der Zusammenarbeit, etwa in Form des Datenaustausches,

---

Rn. 7; *T. Becker*, in: Plath, Art. 82 Rn. 2; *Gola/Piltz*, in: Gola, Art. 82 Rn. 10; *Kreße*, in: Sydow, Art. 82 Rn. 11; *Hartung/Büttgen*, WPg 2017, 1152 (1155); *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 82 Rn. 4; *Eßer*, in: Auernhammer, Art. 82 Rn. 5; *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 82 Rn. 3; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 (203 f.); *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 126; *Kosmides*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil XIII. Kap. 3 C., Rn. 17; *Härting*, Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 234; und wohl auch *Kahl*, DSRITB 2017, 101 (105); a.A. *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (507).

1976 Kapitel 5:D.I (ab S. 366).

1977 *Schumacher*, in: Rücker/Kugler, D., Rn. 835; wohl auch *Laue*, in: Laue/Kremer, § 11, Rn. 7, 17; *Weichert*, DANA 2019, 4 (8) geht von einem gesetzlichen Schuldverhältnis aus; und auch *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (507).

1978 *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (507).

1979 Diesbezüglich lässt sich freilich diskutieren, wann eine andere Vorschrift im Sinne des Erwägungsgrunds vorliegt, vgl. hierzu Kapitel 5:B.II.2.c (ab S. 320). Darauf kommt es an dieser Stelle jedoch angesichts der ohnehin insoweit nicht abschließenden DSGVO jedoch nicht an.

1980 *Media Kanzlei*, Klageschrift der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen gegen Facebook Ireland Limited v. 28.09.2018, S. 13; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (506); *Weichert*, DANA 2019, 4 (8).

1981 Vgl. *Sackmann*, ZIP 2017, 2450 (2451).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Hauptleistungspflicht gerichtet. Die Mitwirkung an der Vereinbarung zur datenschutzkonformen Zusammenarbeit ist (leistungsbezogene) Nebenpflicht[1982] eines vertraglichen Schuldverhältnisses und Leistungspflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis aufgrund der gegenseitigen Ansprüche aus Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO.[1983] Etwaige Regressansprüche nach Pflichtverletzungen – etwa im Fall von Bußgeldern – können sich daher vor allem aus § 280 Abs. 1 BGB ergeben.

Bei (gesetzlichen) Regressansprüchen anlässlich der Verhängung von Bußgeldern ist jedoch zugleich zu beachten, dass bei der Verhängung des Bußgelds bereits Faktoren berücksichtigt werden, die auch einem Regressanspruch entgegenstehen oder diesen reduzieren könnten. Im Rahmen des Ermessens werden nämlich maßgeblich etwa der Grad der Verantwortlichkeit und Aspekte wie das Verschulden berücksichtigt.[1984] Ein solcher Anspruch kommt damit eher bei Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 58 DSGVO in Betracht, bei denen die Behörde im Einzelfall die Effektivität des Handelns in den Vordergrund stellt.

5. (Besonderer) Gerichtsstand bei Klagen gemeinsam Verantwortlicher

Art. 79 Abs. 2 S. 1 DSGVO bestimmt mit Blick auf die internationale Zuständigkeit der Gerichte,[1985] dass „für Klagen gegen einen Verantwortlichen […] die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig [sind], in dem der Verantwortliche […] eine Niederlassung hat". Diese Vorschrift könnte – gegebenenfalls neben der EuGVVO – auch auf sämtliche (Regress-)Klagen zwischen gemeinsam Verantwortlichen Anwendung finden.[1986]

1982 Vgl. allgemein *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 BGB Rn. 32; vgl. auch *BGH*, NJW 1967, 830; NJW 1960, 523.

1983 Hierzu unter Kapitel 5:D.III.1 (ab S. 374). Alternativ ließe sich etwa auch an die *culpa in contrahendo* und eine Haftung nach § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Zusammenarbeit als eine Vertragsanbahnung oder einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt denken.

1984 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.III.4 (ab S. 343) sowie Kapitel 5:C.V.2 (ab S. 359).

1985 *Werkmeister*, in: Gola, Art. 79 Rn. 5.

1986 Ungeklärt nach *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a. Gerichtsstand nach Art. 79 Abs. 2 S. 1 DSGVO

In Art. 79 Abs. 1 DSGVO ist das Recht einer *betroffenen Person* auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf normiert. Die Systematik legt daher nahe, dass Abs. 2 sich ebenfalls nur auf die Geltendmachung von Rechten durch betroffene Personen bezieht. Zugleich steht allerdings die Stellung als Norm im Kapitel VIII („Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen"), das etwa in Art. 82 Abs. 5 DSGVO Regelungen zur Geltendmachung von Rechten durch (gemeinsam) Verantwortliche enthält, einem weiten Verständnis des Art. 79 Abs. 2 DSGVO nicht entgegen. Letztlich zeigt neben dem offen formulierten Wortlaut des Art. 79 Abs. 2 S. 1 DSGVO vor allem der Umkehrschluss zu Art. 79 Abs. 2 S. 2 DSGVO mit der expliziten Nennung der betroffenen Person, dass auch die Geltendmachung durch Verantwortliche umfasst ist.[1987] Für Klagen zwischen gemeinsam Verantwortlichen regelt Art. 79 Abs. 2 S. 1 DSGVO damit das, was bereits Art. 4 Abs. 1 EuGVVO als allgemeinen Grundsatz vorsieht: Die internationale Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz bzw. Ort der Niederlassung der Beklagten.

b. Gerichtsstand nach der EuGVVO

Darüber hinaus könnte ein besonderer Gerichtsstand nach der EuGVVO in Betracht kommen. Der Erwägungsgrund 147 DSGVO gibt zwar einen Vorrang der DSGVO vor, steht aber einer Anwendbarkeit der EuGVVO im Übrigen – wie im Hinblick auf einen weitere Gerichtszuständigkeit – nicht entgegen.[1988]

Der *EuGH* hat für Regressklagen entschieden, dass sich der besondere Gerichtsstand nach Art. 7 EuGVVO – unter anderem im Zusammenhang mit Verträgen und unerlaubten Handlungen – an dem Gerichtsstand für die ursprüngliche Verpflichtung, aufgrund deren Ausgleich Regress

1987 So i.E. auch *Weichert*, DANA 2019, 4 (8); *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (508).

1988 *Werkmeister*, in: Gola, Art. 79 Rn. 15; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (508); denkbar nach *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 79 Rn. 15; a.A. jedenfalls mit Blick auf Art. 25 EuGVVO *Feiler/Forgó*, in: Feiler/Forgó, Art. 79 Rn. 8; ebenfalls a.A. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 128.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

genommen wird, orientiert.[1989] In der zugrundeliegenden Entscheidung ging es um einen Kreditvertrag. Für die Regressklage war der Erfüllungsort im Sinne des Art. 7 EuGVVO der *ursprünglichen Verpflichtung*, d.h. der Rückzahlungsverpflichtung aus dem Kreditvertrag, maßgeblich. Nur aufgrund der Besonderheiten des Kreditvertrags – namentlich der Abhängigkeit der Rückzahlung von der Auszahlung – war stattdessen auf den Erfüllungsort der Auszahlungsverpflichtung als Dienstleistung (Art. 7 Nr. 1 lit. b Spiegelstrich 2 EuGVVO) abzustellen.[1990] Da es sich bei der ursprünglichen Verpflichtung aus Art. 82 Abs. 1, 2 DSGVO nicht um eine vertragliche Verpflichtung, sondern um eine aus unerlaubter Handlung im Sinne des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO handelt,[1991] lässt sich aus dem Urteil nur eine hier relevante Kernaussage entnehmen: Bei Regressklagen richtet sich der besondere Gerichtsstand nach Art. 7 EuGVVO nach dem Gerichtsstand der ursprünglichen Verpflichtung.[1992] Nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO ist damit der Ort des ursprünglichen[1993] schädigenden Ereignisses (Wahlrecht zwischen Handlungs- oder Erfolgsort)[1994] maßgeblich. Dieser besondere Gerichtsstand besteht daher für gemeinsam Verantwortliche bei Regressansprüchen – sei es nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO oder vertraglich nach Inanspruchnahme durch eine betroffene Person – neben dem aus Art. 79 Abs. 2 S. 1 DSGVO.

E. Verhältnis zu weiteren Regelungen der DSGVO

Neben Haftungsfragen im Fall von Verstößen gegen besondere Pflichten wie aus Art. 26 DSGVO[1995] und den Auswirkungen einer Pflichtenzuteilung im Rahmen der Vereinbarung im Fall eines Verstoßes[1996] wirkt sich die Rechtsfigur der gemeinsamen Verantwortlichkeit schon auf Tatbestandsebene zahlreicher Pflichten nach der DSGVO aus.

1989 *EuGH*, BeckRS 2017, 113096 (Rn. 31) – Kareda; dies ebenfalls hervorhebend *Weichert*, DANA 2019, 4 (8); *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, MMR 2019, 503 (508).
1990 *EuGH*, BeckRS 2017, 113096 (Rn. 41 f.) – Kareda.
1991 So wohl *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 79 Rn. 15.
1992 Dies gilt wohl auch für den Deliktsgerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, nach *Lubrich*, Gesamtschuldnerrückgriff EuGVVO, S. 142.
1993 *Lubrich*, Gesamtschuldnerrückgriff EuGVVO, S. 240.
1994 *Stadler*, in: Musielak/Voit, Art. 7 EuGVVO Rn. 19.
1995 Hierzu unter Kapitel 5:B.I.1.b (ab S. 299).
1996 Vgl. unter Kapitel 5:C.III.4.d.dd (ab S. 354).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Erfordernis einer Rechtsgrundlage (Art. 6, 9 DSGVO)

Für Verarbeitungen in gemeinsamer Verantwortlichkeit[1997] muss jeder der gemeinsam Verantwortlichen sich auf einen Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO bzw. gegebenenfalls nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO berufen – d.h. das Vorliegen der Voraussetzungen nachweisen – können.[1998] Dies folgt aus der Stellung eines jeden gemeinsam Verantwortlichen als „Verantwortlicher" und damit Adressat der entsprechenden Pflichten aus der DSGVO.[1999] Die (gemeinsam) Verantwortlichen können sich auf unterschiedliche Erlaubnistatbestände berufen.[2000] Allerdings ist über die Doppelung von Rechtsgrundlagen dann ebenfalls transparent im Einklang mit Art. 12 ff., 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zu informieren.

Soweit der Nachweis durch bloß einen der gemeinsam Verantwortlichen nicht gelingt, kann dem im Rahmen des Grads der Verantwortlichkeit bei aufsichtsbehördlichen Maßnahmen[2001] und dem Regressanspruch nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO[2002] Rechnung getragen werden. Umgekehrt bedeutet dies allerdings auch, dass ein gemeinsam Verantwortlicher nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO gegebenenfalls aufgrund des fehlenden Nachweises der Rechtmäßigkeit durch einen anderen gemeinsam Verantwortlichen in Anspruch genommen werden kann.[2003]

Im Allgemeinen ist für die Prüfung der Rechtmäßigkeit nach Art. 6, 9 DSGVO entsprechend des Wortlauts („Die Verarbeitung" bzw. „processing" in Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 DSGVO) eine Aufteilung in einzelne Verarbeitungen vorzunehmen.[2004] Die fehlende Rechtsgrundlage für eine

---

1997 Abzugrenzen von Phasen in getrennter Verantwortlichkeit, hierzu unter Kapitel 4:C.IV.1 (ab S. 203).

1998 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 96 f.) – Fashion ID; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 164; *DSK*, Beschl. Fanpage, S. 2; *DSK*, Positionierung Fanpage, S. 2; und auch schon *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 126; ähnlich auch *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (586); *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 26 Rn. 3.

1999 *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45.

2000 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163, s. hierzu die dortige Fußnote; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 1; mit Unklarheiten jedoch nach *Müller-Peltzer/Selz*, PinG 2019, 251 (252).

2001 Kapitel 5:C.III.4.d (ab S. 349).

2002 Kapitel 5:D.III.3.a (ab S. 383).

2003 In der Praxis wird dieser gemeinsam Verantwortliche zumindest im deutschen Recht ab der Streitverkündung im Prozess auf Seiten des beklagten gemeinsam Verantwortlichen mitwirken können. S. auch *Scheja*, in: FS Taeger, 413 (414).

2004 Hierzu schon unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verarbeitung – z.B. eine Verwendung von Daten – führt aufgrund dieser getrennten Prüfung grundsätzlich nicht zur Rechtswidrigkeit sämtlicher nachfolgender Verarbeitungen.[2005] Gleichwohl kann sich beispielsweise die Rechtswidrigkeit der Erhebung der personenbezogenen Daten auf eine spätere Interessenabwägung (Art. 6 Abs 1 lit. f DSGVO) und damit auf einen anderen Erlaubnistatbestand für eine separate Verarbeitung auswirken.[2006]

1. Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, 8 DSGVO)

Im Hinblick auf den Rechtfertigungstatbestand der Einwilligung (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO) bedeutet dies, dass jeder gemeinsam Verantwortliche eine Einwilligung für alle mit einer Verarbeitung verfolgten Zwecke nachweisen können muss (Art. 7 Abs. 1 DSGVO). Nach Art. 7 lit. a DSRL bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO kann insgesamt jedoch eine Einwilligung ausreichen – deren Einholung einem gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO im Innenverhältnis zugeteilt werden kann[2007] –, auf die sich alle gemeinsam Verantwortlichen berufen können.[2008] Folgerichtig wirkt sich eine etwaige Unfreiwilligkeit der Einwilligung in diesem Fall zulasten aller gemeinsam Verantwortlichen aus.[2009]

Im Einzelfall mag es allerdings aus tatsächlichen Gründen nicht allen gemeinsam Verantwortlichen möglich sein, die Einwilligung rechtzeitig einzuholen.[2010] So war etwa dem sozialen Netzwerk im Fall Fashion ID die rechtzeitige Einholung der Einwilligung vor Erhebung der personenbezogenen Daten mittels des Like-Buttons nicht möglich.[2011] Eine Pflicht stets des Übermittelnden die erforderliche Einwilligung einzuholen, kann

2005 *Lurtz/Schindler*, VuR 2019, 471 (475); *S. Schulz*, in: Gola, Art. 6 Rn. 19.
2006 *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 6 Abs. 1 Rn. 111.
2007 Kapitel 5:A.II.3.c.ee (ab S. 263).
2008 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 100, 106) – Fashion ID: „diesem für die Verarbeitung Verantwortlichen"; *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 131 f.; *Jansen/Kreis*, RAW 2020, 19 (24); *Herbst*, in: Auernhammer, § 63 Rn. 7; a.A. wohl, ohne nähere Begründung, *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 51 ff.).
2009 *Martini/Botta*, VerwArch 110 (2019), 235 (253).
2010 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 102) – Fashion ID; *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 132.
2011 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 102) – Fashion ID; *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richtigerweise nicht angenommen werden,[2012] auch wenn man das Urteil des *EuGH*[2013] dahingehend missverstehen könnte.[2014] Denn der *EuGH* hat ausdrücklich nur entschieden, dass die Einwilligung „vor dem Erheben" einzuholen ist, und es „*daher*"[2015] (Hervorhebung durch den Verf.) dem Website-Betreiber obliegt, die Einwilligung einzuholen, da es andernfalls „nämlich nicht einer wirksamen und rechtzeitigen Wahrung der Rechte der betroffenen Person" entspräche.[2016] Eine Kritik dahingehend, dass mit der Pflicht stets des Übermittelnden *contra legem* die – nun nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO mögliche – Pflichtenverteilung durch den *EuGH* vorweggenommen werde,[2017] geht daher fehl. Eine möglicherweise durch das soziale Netzwerk im Rahmen der Registrierung eingeholte Einwilligung der Nutzer auch für Verarbeitungen im Zusammenhang mit Social Plugins wie dem Like-Button,[2018] scheint der *EuGH* im Einklang mit den Ausführungen des Generalanwalts nur mangels Konkretheit der Einwilligung nicht zu berücksichtigen.[2019]

Soweit eine Einwilligung den Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, 8 DSGVO entspricht – d.h. unter anderem „informiert"[2020] und „für den bestimmten Fall" abgegeben wird –, kann jeder gemeinsam Verantwortliche die Einwilligung einholen und Empfänger der Einwilligungserklärung sein. Eine den rechtlichen Anforderungen entsprechende Einwilligung kann sodann durch jeden gemeinsam Verantwortlichen als Rechtsgrundlage herangezogen werden (Art. 6 Abs. 1 lit. a

---

2012 So wohl auch *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (587); *Jansen/Kreis*, RAW 2020, 19 (24); *Kremer*, CR 2019, 676 (Rn. 20).

2013 *EuGH*, NJW 2019, 2755 – Fashion ID.

2014 Etwa *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, GRUR Int. 2020, 159 (161 f.); und *Sattler*, GRUR 2019, 1023 (1025).

2015 Dem sozialen Netzwerk ist es nämlich technisch gerade nicht möglich eine Einwilligung mit Informationstexten auf dem aktuellen Stand vor Darstellung des Like-Button auf der Website des Website-Betreibers einzuholen *ohne zuvor Website-Aufrufe (http Requests) auszulösen*. Dies scheinen etwa *Müller-Peltzer/Selz*, PinG 2019, 251 (252) zu verkennen.

2016 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 102) – Fashion ID; so wie hier auch *Hanloser*, ZD 2019, 122 (124); *L. Schmidt*, jurisPR-ITR 22/2019 Anm. 5; *Kremer*, CR 2019, 676 (Rn. 20).

2017 *Golland*, K&R 2019, 533 (535).

2018 Dies allgemein als Lösungsweg hervorhebend *Hanloser*, ZD 2019, 458 (460); hierzu auch *Sattler*, GRUR 2019, 1023 (1025).

2019 *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 137-139.

2020 Voraussetzung ist etwa die Information über das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit und ggf. Übermittlungen, *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 1; *Martini/Botta*, VerwArch 110 (2019), 235 (246 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DSGVO).[2021] Denn schließlich stellt die Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, 8 DSGVO gerade keine Anforderungen an die Rollen der Beteiligten – wie etwa Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO („des Verantwortlichen oder eines Dritten") –, sondern verlangt nur den Nachweis durch jeden (gemeinsam) Verantwortlichen nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO. Damit besteht im Zusammenhang mit der Rechtsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO keine Pflicht eines jeden (gemeinsam) Verantwortlichen zur Einholung einer Einwilligung,[2022] sondern lediglich zu deren Nachweis. Entscheidend ist mithin nicht, wem gegenüber eine Einwilligung erklärt wird, sondern in welchem Kontext (Erwägungsgrund 32 S. 2 DSGVO) und vor allem zu welchem Zweck (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO).

2. Berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO)

Auch bei einem Berufen auf ein berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) muss jeder gemeinsam Verantwortliche den Nachweis der die Verarbeitungen stützenden Interessenabwägung erbringen, für die er (gemeinsam) verantwortlich ist. Dieser Nachweis setzt regelmäßig die Kenntnis über die Einzelheiten der Datenverarbeitungen voraus,[2023] die etwa im Zusammenhang mit der gegenseitigen Mitwirkung der gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 26 DSGVO erlangt werden kann.[2024]

a. Personen, deren Interessen einzubeziehen sind

Im Zusammenhang mit berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stellt sich zunächst die Frage, *wessen* Interessen Berücksichtigung finden können.

Unter der DSRL (Art. 7 lit. f DSRL) musste nach der Rechtsprechung des *EuGH* jeder gemeinsam Verantwortliche ein *eigenes* berechtigtes Interesse vorweisen können.[2025] Dieses Erfordernis ist mit Blick auf den Wort-

2021 Vgl. auch *Sattler*, GRUR 2019, 1023 (1025).
2022 So aber *Rubin*, r+s 2018, 337 (344).
2023 *EDPB*, Guidelines 8/2020, Rn. 133; *Böllhoff/Rataj*, WRP 2019, 1536 (Rn. 17); vgl. auch *DSK*, Positionierung Fanpage, S. 2.
2024 Vgl. hierzu schon unter Kapitel 5:D.III.1 (ab S. 374).
2025 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 96 f.) – Fashion ID; *Böllhoff/Rataj*, WRP 2019, 1536 (Rn. 16); und auch schon *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 126.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

laut der DSRL („des berechtigten Interesses, das von dem […] Verantwortlichen oder von dem […] Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden" bzw. „legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed") zutreffend. Im Fall eines eingebundenen Social-Plugins gibt es für die Erhebung[2026] – anders als im Rahmen der Weitergabe durch Übermittlung[2027] – noch keinen Dritten, dem die Daten übermittelt werden. Daher kann hier aus Sicht des Website-Betreibers nur auf sein berechtigtes Interesse als Verantwortlicher abgestellt werden.

Die DSGVO hingegen setzt nicht (mehr) voraus, dass dem Dritten Daten übermittelt werden („berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten" bzw. „legitimate interests pursued by the controller or by a third party") und ist damit weiter gefasst.[2028] Diese Unterscheidung zeigt sich auch an Erwägungsgrund 47 S. 1 DSGVO: Genannt werden neben dem Verantwortlichen hier zum einen – wie auch schon nach Art. 7 lit. f DSRL – der „Verantwortliche […], dem die personenbezogenen Daten offengelegt werden dürfen" genannt und zum anderen – über Art. 7 lit. f DSRL hinausgehend – ein „Dritte[r]".

Diese Modifikation lässt sich keinesfalls allein mit dem weiten Begriff des Dritten in Art. 4 Nr. 10 DSGVO begründen,[2029] war dieser doch im Kern bereits der gleiche in Art. 2 lit. f DSRL.

In historischer Hinsicht sah Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO-E(KOM) vor, Interessen Dritter gänzlich außer Betracht zu lassen. Mit Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO-E(PARL) wurde wieder ein Satzteil in DSRL-Manier aufgenommen, wonach die Interessen „eines Dritten, an den die Daten weitergegeben wurden", zu berücksichtigen sind. Seit Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO-E(RAT) kennt die Norm keine Einschränkung mehr auf Dritte als *Empfänger* und scheint damit bewusst in diese Richtung geändert worden zu sein.

2026 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 96) – Fashion ID; *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 131.

2027 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 96) – Fashion ID; *Bot*, Schlussanträge C-210/16, Rn. 131.

2028 *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink, Art. 6 Rn. 47; wohl auch *Hanloser*, ZD 2019, 458 (460); *G. F. Schröder*, Datenschutzrecht für die Praxis, S. 224; beispielhaft zu den Anforderungen bei Verarbeitung durch mehrere Verantwortliche an ein berechtigtes Interesse unter der DSGVO *Kolany-Raiser/Radtke*, in: Hoeren, 121 (135 f.); vgl. auch jüngst *OLG Frankfurt*, GRUR 2020, 1106; vgl. auch *P. Voigt*, CR 2017, 428 (432); a.A. hingegen *Pötters/Rauer*, in: Wybitul, Art. 6 Rn. 42; *Specht-Riemenschneider/R. Schneider*, GRUR Int. 2020, 159 (161); *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 6 Rn. 27.

2029 So aber *Kamara/Hert*, in: Consumer Privacy Handbook, 312 (331).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Da also die Interessen Dritter auch dann zu berücksichtigen sind, wenn es sich nicht um Empfänger handelt, kann auf die Interessen sämtlicher Personen[2030] abgestellt werden.[2031] Es können daher bei sämtlichen Verarbeitungen die Interessen etwaiger späterer Verantwortlicher berücksichtigt werden.[2032] Damit kann beispielsweise bereits bei der Erhebung in alleiniger Verantwortlichkeit ein etwaiges Interesse des Verantwortlichen, dem diese Daten später übermittelt werden, in die Abwägung eingestellt werden. Auch das berechtigte Interesse eines gemeinsam Verantwortlichen kann für die Rechtfertigung der Verarbeitung durch einen anderen gemeinsam Verantwortlichen herangezogen werden.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO dürfen gegenüber jedem einzelnen (gemeinsam) Verantwortlichen die „Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern" nicht überwiegen. Es sind damit separate Interessenabwägungen im Hinblick auf die Einbeziehung eines jeden gemeinsam Verantwortlichen vorzunehmen,[2033] die unterschiedlich ausfallen können. Insbesondere die vernünftige Erwartung (vgl. Erwägungsgrund 47 S. 1 Hs. 2 DSGVO), durch diesen gemeinsam Verantwortlichen erfolge (k)eine Verarbeitung in der konkreten Situation, kann sich im Hinblick auf einzelne gemeinsam Verantwortliche unterscheiden. Da jeder gemeinsam Verantwortliche die Rechtmäßigkeit jeder Verarbeitung insgesamt – d.h. unter Einbeziehung aller gemeinsam Verantwortlichen – nachweisen können muss, bietet sich eine Gesamtabwägung mit Differenzierung bezüglich der Einbeziehung jedes gemeinsam Verantwortlichen – bzw. deren Kategorie bei vielen gemeinsam Verantwortlichen – an. Freilich bleibt die Verarbeitung insgesamt rechtswidrig, wenn die Interessenabwägung bezüglich eines gemeinsam Verantwortlichen zu dessen Ungunsten ausfällt und kein anderer Erlaubnistatbestand aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO einschlägig ist.[2034]

2030 Freilich nur ausnahmsweise die Interessen betroffener Personen, *S. Schulz*, in: Gola, Art. 6 Rn. 59. Dies zeigt neben dem Umkehrschluss zu Art. 6 Abs. 1 lit. d DSGVO vor allem die Tatsache, dass gerade *gegen* die Interessen der betroffenen Person abzwägen ist.

2031 A.A., ohne die Besonderheiten der DSGVO zu berücksichtigen, *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 54).

2032 Dies verkennt etwa *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 6 Rn. 27.

2033 Wohl *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 95 f.) – Fashion ID; und *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (586); *Solmecke*, BB 2019, 2001; unklar *Bobek*, Schlussanträge C-40/17, Rn. 126 f.

2034 In diese Richtung vermutlich auch *Hanloser*, ZD 2019, 458 (460), wenn er von Interessen-Pooling als Gesamtabwägung spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b. In die Abwägung einzustellende Aspekte

Die genannten berechtigten Interessen sind mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen abzuwägen. Die Beeinträchtigung der Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person kann in Abhängigkeit von Umständen[2035] der Verarbeitungen – wie etwa getroffenen Schutzmaßnahmen – reduziert sein, sodass die Interessenabwägung zugunsten der gemeinsam Verantwortlichen verschoben wird. Ein solcher Umstand kann etwa die vernünftige Erwartung einer solchen Verarbeitung der betroffenen Person sein (Erwägungsgrund 47 S. 3 DSGVO). Dieser Umstand wirkt sich bereits auf die Annahme gemeinsamer Verantwortlichkeit aus.[2036]

Umgekehrt kann im Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit eine transparente Aufgabenaufteilung und Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse nach Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO zugunsten der Verantwortlichen wirken. Die Vereinbarung kann zudem fakultativ mit der Verpflichtung zu gegenseitigen Schutzmaßnahmen wie etwa einer Pseudonymisierung kombiniert werden, um mit Umsetzung der Schutzmaßnahmen die Interessenabwägung zugunsten der Verantwortlichen zu lenken.[2037]

Fehlt es hingegen an der Vereinbarung, geht *Kremer* regelmäßig von überwiegenden Interessen der betroffenen Person aus.[2038] Da dieser Verstoß nicht stets im Zusammenhang mit einer konkreten Verarbeitung stehen muss,[2039] ist insoweit jedoch Zurückhaltung geboten und der Verarbeitungszusammenhang zu berücksichtigen. Eine Übermittlung zwischen gemeinsam Verantwortlichen steht beispielsweise eher in einem konkreten Zusammenhang mit der gemeinsamen Verantwortlichkeit und den Inhalten einer möglichen Vereinbarung (Art. 26 DSGVO)[2040] als die bloße Verwendung durch einen gemeinsam Verantwortlichen, nachdem er diese Daten zuvor selbst erhoben hat.[2041]

2035 Ein solcher Umstand kann bspw. auch der Zugriff auf nicht-öffentliche Daten sein, *EuGH*, K&R 2012, 40 (Rn. 45) – ASNEF.

2036 Hierzu unter Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).

2037 *P. Voigt*, CR 2017, 428 (433); *P. Voigt*, in: Bussche/P. Voigt, Teil 3 Kap. 5, Rn. 24. Hierzu auch unter Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269).

2038 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 69.

2039 Kapitel 5:B.I.1.b.aa (ab S. 299).

2040 Vgl. unter Kapitel 5:D.III.1.c (ab S. 378).

2041 Aus der Art der Verarbeitungsvorgänge lässt sich aber kein Rückschluss auf das Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit ziehen, vgl. Kapitel 4:C.III.5.a (ab S. 178).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Privilegierung der gegenseitigen Datenübermittlung

Der Zugriff auf die personenbezogenen Daten ist zwar keine Voraussetzung für die Einstufung eines Beteiligten als gemeinsam Verantwortlicher.[2042] Es wird aber regelmäßig zum Datenzugriff durch einzelne gemeinsam Verantwortliche kommen. Sodann stellt sich – wie auch beim Auftragsverarbeiter[2043] – die Frage, inwieweit es einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO bedarf.

a. Verarbeitungen (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) wie Offenlegung bei Zugriff eines gemeinsam Verantwortlichen

Im Ausgangspunkt setzt die Pflicht aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO nach ihrem Wortlaut eine „Verarbeitung" voraus. Das ist jeder (teil-)automatisierte Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie „das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, de[r] Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung" (Art. 4 Nr. 2 DSGVO). Die dort genannten Beispiele sind nach dem Wortlaut („wie" bzw. „such as") nicht abschließend. Wenn man diese Aufzählung gleichwohl als abschließend ansieht, ist jedenfalls der weite Begriff der Verwendung Auffangtatbestand für jeden übrigen (teil-)automatisierten Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten.[2044]

Abhängig von der Ausgestaltung der Zusammenarbeit können unterschiedliche Verarbeitungsformen vorliegen, wenn ein gemeinsam Verantwortlicher Zugriff auf personenbezogene Daten erhält. Bei einer gemeinsam betriebenen Plattform etwa stellt der bloße Zugriff regelmäßig ein Auslesen[2045] und eine Erhebung dar – ohne korrespondierende einmalige[2046] Verarbeitungen auf Seiten der übrigen gemeinsam Verantwortlichen. Die Weiterleitung über eine Website – etwa unter Zuhilfenahme

2042 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.6.d (ab S. 193).
2043 Hierzu etwa unter Kapitel 5:A.II.3.e (ab S. 269) m.w.N.
2044 *Ernst*, in: Paal/Pauly, Art. 4 Rn. 29.
2045 Vgl. *Ernst*, in: Paal/Pauly, Art. 4 Rn. 28.
2046 Der Zugriff auf gespeicherte Daten impliziert notwendigerweise die durchgehende Speicherung dieser Daten.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Browser-Befehlen – an einen anderen gemeinsam Verantwortlichen stellt eine Offenlegung durch Übermittlung dar,[2047] indem damit erst die Möglichkeit des Zugangs geschaffen wird.[2048] Damit korrespondiert die Erhebung durch den empfangenden gemeinsam Verantwortlichen. Schließt sich ein (gemeinsam) Verantwortlicher erst nachträglich einem Projekt an und erhält dann beispielsweise eine Kopie bereits vorhandener Daten, liegt eine Offenlegung durch Übermittlung[2049] und korrespondierend eine Erhebung durch den empfangenden gemeinsam Verantwortlichen vor. Auch die Freigabe von Daten mittels eines Links aus einem Portal an übrige gemeinsam Verantwortliche stellt aufgrund der aktiven Zugänglichmachung durch einen anderen gemeinsam Verantwortlichen eine solche Offenlegung durch Übermittlung – und korrespondierend eine Erhebung – dar. Werden personenbezogene Daten innerhalb der Sphäre gemeinsamer Verantwortlichkeit intern einem anderen gemeinsam Verantwortlichen zugeordnet, kann eine „(Um-)Speicherung" vorliegen.[2050] Eingriffsintensiver sind regelmäßig Konstellationen, die – anders als die (durchgehende) Speicherung oder (Um-)Speicherung und das bloße Auslesen – mit zwei einmaligen Datenverarbeitungen einhergehen und jeweils über Art. 6 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt werden müssen, wie etwa die Übermittlung und Erhebung.[2051]

Nach dieser, durch den *EuGH* bestätigten,[2052] feingliedrigen Betrachtung der Verarbeitungen ist grundsätzlich[2053] jeder Vorgang für sich zu betrachten und zu rechtfertigen. Schon der Wortlaut des Art. 4 Nr. 2 DSGVO indiziert mit der Aufzählung zahlreicher Beispiele die Notwendigkeit einer kleinschrittigen Betrachtung der Vorgänge. Dementsprechend ist der wechselseitige Datenzugriff durch gemeinsam Verantwortliche keine ein-

2047 Krit. *Müller-Peltzer/Selz*, PinG 2019, 251 (252), die jedoch verkennen, dass sich die Veranlassung der Browser-Weiterleitung durchaus als klarer Anknüpfungspunkt anbietet; *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 77) – Fashion ID, der auf die davor erfolgende Erhebung mittels Social Plugin durch den Website-Betreiber eingeht; hierzu auch *Moos/Rothkegel*, MMR 2019, 584 (585).

2048 *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 2 Rn. 29.

2049 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 24; unklar hingegen *Tinnefeld/Hanßen*, in: Wybitul, Art. 26 Rn. 3, die womöglich generell die Annahme einer Übermittlung zwischen gemeinsam Verantwortlichen ablehnen; generell eher wie hier hingegen *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 1.

2050 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 25.

2051 So i.E. auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 25.

2052 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 76 ff.) – Fashion ID.

2053 Zur Reichweite einer zu betrachtenden Verarbeitung unter Kapitel 4:C.I.2 (ab S. 117).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heitliche Verarbeitung.[2054] Die gemeinsame Festlegung des Wesentlichen der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO) führt ebenfalls nicht zu einer stets einheitlichen, gemeinsamen Verarbeitung.[2055] Dies folgt schon daraus, dass sich die Verantwortlichen-Stellung nach dem Wortlaut aus der *Festlegung* und nicht aus der gemeinsamen *Verarbeitung* ableitet. Die Verarbeitung muss zudem auch nicht durch die Verantwortlichen selbst erfolgen.[2056] Auch bei Verarbeitungen in gemeinsamer Verantwortlichkeit ist also – statt der Annahme einer einheitlichen Verarbeitung – gemäß Art. 4 Nr. 2 DSGVO zu differenzieren.

b. Privilegierung nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO

Die nachträgliche Einbeziehung eines (weiteren) gemeinsam Verantwortlichen und eine damit einhergehende Zweckänderung durch weitere, von diesem verfolgte Zwecke kann dem Privileg des Art. 6 Abs. 4 DSGVO[2057] unterfallen.[2058] In dem Fall reicht die ursprüngliche Rechtsgrundlage aus, da Art. 6 Abs. 4 DSGVO als „Auslegungsregel" den ursprünglichen Zweck bzw. die Vereinbarkeit hiermit erweitert.[2059]

Das Privileg des Art. 6 Abs. 4 DSGVO wird jedoch selten im Fall einer gemeinsamen Verantwortlichkeit greifen. Nach Art. 6 Abs. 4 lit. b DSGVO ist nämlich der Zusammenhang, „in dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den betroffenen Personen und dem Verantwortlichen" zu berücksichtigen. Dies legt nahe, dass der Gesetzgeber bei einer Weiterverarbeitung vornehmlich eine Verarbeitung durch den gleichen Verantwortlichen vor Augen hatte.[2060] Selbst wenn man die Einschaltung eines weiteren (gemeinsam) Verantwortlichen grundsätzlich hierunter fallen lässt, werden Art. 6 Abs. 4 DSGVO und die gemeinsame Verantwortlichkeit selten aufeinandertreffen. Denn für den genannten Zusammenhang nach Art. 6 Abs. 4 lit. b DSGVO ist auf die „vernünftigen Erwartungen" der betroffenen Person abzustellen (Erwägungsgrund 50 S. 6 DSGVO). Je mehr die Weiterver-

2054 So aber *Härting*, DB 2020, 490 (493).
2055 So aber *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 3a; und ursprünglich auch noch *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 40).
2056 *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 4 Rn. 36; *WD 3*, 3000 - 306/11 neu, S. 8.
2057 Im deutschen Recht sind auch §§ 23, 24 BDSG zu beachten.
2058 *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 26 Rn. 24.
2059 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 183.
2060 So auch *Monreal*, CR 2019, 797 (Rn. 49).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

arbeitung diesen vernünftigen Erwartungen entspricht, desto eher greift Art. 6 Abs. 4 DSGVO.[2061]

Zugleich können diese vernünftigen Erwartungen schon der Gemeinsamkeit der Verantwortlichkeit entgegenstehen,[2062] sodass gegebenenfalls zwar das Privileg aus Art. 6 Abs. 4 DSGVO greift, aber oft keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen wird. Soweit Konstellationen verbleiben, können einzelne Verarbeitungen durch einen hinzugetretenen gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO über die ursprüngliche Rechtsgrundlage gerechtfertigt sein, soweit die übrigen dort genannten Abwägungsaspekte dieses Ergebnis im Einzelfall tragen. Da gemeinsam Verantwortliche regelmäßig ähnliche Zwecke verfolgen,[2063] erscheint in dem Fall die Rechtfertigung über Art. 6 Abs. 4 DSGVO i.V.m. der ursprünglichen Rechtsgrundlage durchaus denkbar.

c. Privilegierung der gegenseitigen Datenübermittlung im Übrigen

Einige Stimmen in der Literatur wollen Datenübermittlungen zwischen den gemeinsam Verantwortlichen als privilegiert ansehen.[2064] Eine solche Privilegierung würde neben die bereits nach Art. 26 DSGVO bestehenden Vorteile – wie etwa die interne Pflichtenzuteilung mit Auswirkungen auf Regressansprüche[2065] und Aufsichtsmaßnahmen[2066] – treten.[2067] Dieses Verständnis gründet sich auf die Systematik der DSGVO mit der Differenzierung zwischen Empfängern (Art. 4 Nr. 9 DSGVO) und Dritten (Art. 4 Nr. 10 DSGVO)[2068] sowie teleologisch auf das fehlende Schutzbedürfnis aufgrund von Art. 26 DSGVO und Informationspflichten als Ausprägung

2061 *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 188.
2062 Kapitel 4:C.III.6.e (ab S. 197).
2063 Kapitel 4:C.III.6.c (ab S. 189).
2064 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 3a; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 54; *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 8; von dieser Ansicht zwischenzeitlich abgekehrt *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 65.
2065 Kapitel 5:D.III.3.a (ab S. 383).
2066 Kapitel 5:C.III.4.d.bb (ab S. 351).
2067 Dies hebt *Sommer* in *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (243) hervor.
2068 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 56; *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 8; *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 32; ursprünglich auch noch *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 39 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Transparenzgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO)[2069] und – wie bereits widerlegt[2070] – auf die gemeinsame Festlegung (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO) als Ausgangsbasis für eine gemeinsame, einheitliche Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO).[2071]

aa. Wortlaut und Systematik bezüglich Begriff des Dritten und des Empfängers

Die Diskussion setzt in erster Linie an den Begriffsdefinitionen des Empfängers (Art. 4 Nr. 9 DSGVO) und des Dritten (Art. 4 Nr. 10 DSGVO) an. Der weiter gefasste Begriff des Empfängers umfasst jede „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, denen personenbezogene Daten offengelegt werden, unabhängig davon, ob es sich bei ihr um einen Dritten handelt oder nicht“ (Art. 4 Nr. 9 S. 1 DSGVO). Dritter ist hingegen nur „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 verarbeiten“ (Art. 4 Nr. 10 DSGVO).

(1) Bedeutung unter dem BDSG a.F.

Ein Blick auf das BDSG a.F. zeigt, warum die Diskussion vor allem in der deutschen Rechtswissenschaft geführt wird.[2072] In § 3 Abs. 4 S. 1 BDSG a.F. waren abschließend[2073] die Verarbeitungsvorgänge/-phasen[2074] aufgelistet.

2069 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 57; ursprünglich auch noch *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 41).
2070 Kapitel 5:E.I.3.a (ab S. 401).
2071 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 3a; in diese Richtung auch *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 31 f.; und ursprünglich auch noch *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 40).
2072 S. beispielhaft *Schrey*, in: Rücker/Kugler, D., Rn. 513, der im englischsprachigen Werk – gleichwohl aus dem deutschen Sprachraum – eine entsprechende Privilegierung ablehnt; und auch *Rücker*, in: Rücker/Kugler, B. Scope of application of the GDPR, Rn. 146 f. S. auch schon unter Kapitel 2:A.III (ab S. 43).
2073 Vgl. *Eßer*, in: Eßer/P. Kramer/Lewinski, § 3 Rn. 47.
2074 Freilich war die Verarbeitung unter dem BDSG nur eine Phase neben der Erhebung und Nutzung, vgl. § 3 BDSG a.F.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dabei kam als einzige Verarbeitungsform für die Datenweitergabe das „Übermitteln" im Sinne einer Offenlegung in Betracht. Die gemäß § 4 Abs. 1 BDSG a.F. rechtfertigungsbedürftige Übermittlung setzte nach § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3, Abs. 8 S. 2 und 3 BDSG a.F. einen Dritten als Adressaten voraus. Auftragsverarbeiter waren nach § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG a.F. allerdings keine Dritten, sodass die Übermittlung an Auftragsverarbeiter im Ergebnis privilegiert war.[2075]

Nach der zugrundeliegenden DSRL waren Auftragsverarbeiter zwar keine Dritten (Art. 2 lit. f DSRL),[2076] wohl aber Empfänger (Art. 2 lit. g DSRL) einer rechtfertigungsbedürftigen Weitergabe,[2077] sodass sich eine Privilegierungswirkung nicht aus dem Richtlinien-Wortlaut, sondern nur aus der besonderen Konzeption der Auftrags(daten)verarbeitung herleiten ließ.[2078] Jedenfalls aber wurde davon ausgegangen, dass die DSRL einer nationalen Regelung, die eine entsprechende Privilegierung vorsah, nicht entgegenstand.[2079]

(2) Bedeutung unter der DSGVO

In der DSGVO wird die Übermittlung – wie schon unter der DSRL – nicht definiert. Es stellt sich die Frage, ob das deutsche Begriffsverständnis fortgelten kann bzw. muss, um auch und zumindest den Datenaustausch mit Auftragsverarbeitern und gegebenenfalls auch zwischen gemeinsam Verantwortlichen zu legitimieren.[2080]

Das BDSG a.F. und die DSGVO weisen bezüglich des Verarbeitungsbegriffs und der expliziten Privilegierung des Auftragsverarbeiters erhebliche Unterschiede auf. Die DSGVO definiert die Verarbeitung in Art. 4 Nr. 2 DSGVO weit, während das BDSG a.F. nach seinem § 4 Abs. 1 die Verarbeitung als eine Phase neben der Erhebung und dem Auffangtatbestand

2075 Statt aller *Thomale*, in: Eßer/P. Kramer/Lewinski, § 11 Rn. 25 m.w.N; *Gola/Klug/Körffer*, in: Gola/Schomerus, § 11 Rn. 3 f.; *Regierungspräsidium Darmstadt*, Konzerninterner Datentransfer, S. 2; *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (307).

2076 *VG Bayreuth*, K&R 2018, 524 (526); bestätigend *VGH München*, K&R 2018, 810 (810); so auch unter der DSGVO, nach *G. F. Schröder*, Datenschutzrecht für die Praxis, S. 226.

2077 Vgl. *Ehmann/Helfrich*, in: Ehmann/Helfrich, Art. 2 DSRL Rn. 29 f.

2078 *Drewes/Monreal*, PinG 2014, 143 (145).

2079 *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (308).

2080 *Piltz*, in: Gola, Art. 26 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Nutzung (§ 3 Abs. 5 BDSG a.F.) ansah. Zugleich privilegierte das BDSG a.F. nach § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3, Abs. 8 S. 2 und 3 BDSG a.F. explizit die Übermittlung als Vorgang, bei dem Dritten Daten bekanntgegeben werden. Die DSGVO hingegen kennt weder eine entsprechende explizite Privilegierung noch ist die Übermittlung als grundsätzlich exklusiver Datenweitergabe-Tatbestand vorgesehen.[2081] Stattdessen ist die Privilegierung der Auftragsverarbeitung vorzugswürdig – und wie unter der DSRL – mit Verweis auf die Konzeption der Auftragsverarbeitung und Art. 28 DSGVO zu begründen.[2082]

Die europäischen Rechtsakte DSRL und DSGVO sind sich – wenig überraschend – deutlich ähnlicher. Schon unter der DSRL war die Verarbeitung jeder Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Die Begriffe der Übermittlung, Empfänger und Dritten wurden in ähnlicher Weise verwendet. Statt dem abweichenden deutschen Begriffsverständnis, das unter der DSRL aufgrund des mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraums Bestand haben konnte, kommt es mit der DSGVO nun maßgeblich auf deren Systematik an.

Unter der DSGVO ist einzig darauf abzustellen, ob eine Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) – etwa in Form einer Offenlegung durch Übermittlung – vorliegt. Hierfür ist es nach Wortlaut und Systematik unerheblich, ob die Daten einem Dritten[2083] zugänglich gemacht werden, vgl. auch Art. 4 Nr. 9 S. 1 DSGVO.[2084] Der Begriff des Dritten ist lediglich im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO[2085] und als Abgrenzungshilfe für die Reichweite des Begriffs *eines* Verantwortlichen[2086] und die Abgrenzung

2081 Vgl. schon unter Kapitel 5:E.I.3.a (ab S. 401).

2082 *B. Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 (15 f.); *Gola*, K&R 2017, 145 (148 f.); dem ebenfalls nicht abgeneigt *Härting*, ITRB 2016, 137 (139); dies vor allem auf die Konzeption der Verantwortlichkeit stützend *Monreal*, PinG 2017, 216 (223).

2083 Gemeinsam Verantwortliche zueinander nicht als Dritte ansehend *Moos*, in: Moos/Schefzig/Arning, Kap. 8, Rn. 32; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 56; a.A. *Dovas*, ZD 2016, 512 (515); *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 114; und wohl auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 37; *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 87.

2084 *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 2 Rn. 29; *Mester*, DuD 2019, 167; *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (308); *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 1; und im Hinblick auf den Wortlaut zust. *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 54; a.A. *Plath*, in: Plath, Art. 28 Rn. 6; und wohl *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 108; *van Alsenoy*, Data Protection Law in the EU, Rn. 246.

2085 Kapitel 5:E.I.2.a (ab S. 397).

2086 Etwa im Hinblick auf für einen Verantwortlichen tätige Personen, vgl. *FRA/EGMR/Europäischer Rat* (Hrsg.), Handbuch zum europäischen Datenschutzrecht, S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zur Nicht-Verantwortlichkeit[2087] von Bedeutung. Maßgeblich ist, ob es sich um eine Person außerhalb des Verantwortlichen handelt.[2088] Werden an eine solche Person personenbezogene Daten übermittelt, ist sie Empfänger (vgl. Art. 4 Nr. 2 (englischer Wortlaut), Nr. 9, Art. 15 Abs. 1 lit. c, Art. 19 S. 1,[2089] Art. 30 Abs. 1 lit. d DSGVO und Erwägungsgrund 61 S. 2 DSGVO). Die Empfänger-Eigenschaft ist dabei nicht Voraussetzung für die Einstufung als Übermittlung und damit Verarbeitung, sondern umgekehrt das Ergebnis der Einstufung als Übermittlung.

bb. Teleologische Auslegung und Vergleich mit der Auftragsverarbeitung

Vereinzelt wird eine Privilegierung mit dem – auch grundrechtlich verankerten – Schutzzweck der DSGVO begründet.[2090] Es bestünde kein Schutzbedarf betroffener Personen, da – vermeintlich vergleichbar mit der Konstellation einer Auftragsverarbeitung – eine Übermittlung nur innerhalb des durch eine Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO gesteckten Rahmens erfolgen dürfe.[2091] Außerdem wird auf die ergänzenden Schutzmaßnahmen in Form der Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 lit. e, Art. 14 Abs. 1 lit. e, f, Abs. 3 lit. c, Art. 15 Abs. 1 lit. c, Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO hingewiesen.[2092]

Diese Transparenzanforderungen (Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO) sind jedoch für sich genommen nicht geeignet, die Risiken für betroffene Personen so zu reduzieren, dass teleologisch eine Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gerechtfertigt wäre. Die gemeinsam Verantwortlichen nehmen jeweils Einfluss auf die Verarbeitungszwecke und erhöhen damit das Risiko für den Schutz der Daten der betroffenen Personen (Art. 8 Abs. 1 GRCh), während sich mit der Einschaltung eines Auftragsverarbeiters nur das „Wie" der Datenverarbeitung in den vom Verantwortlichen vorgegebenen Grenzen verändert.[2093] Die Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO dient außerdem nicht einer Einhegung der (gemeinsamen) Verarbeitungs-

2087 Hierzu unter Kapitel 4:C.II.2.c (ab S. 154).
2088 Vgl. unter Kapitel 4:A (ab S. 97).
2089 S. hierzu auch Erwägungsgrund 66 S. 2 DSGVO, der von einer Verantwortlichen-Stellung der Empfänger ausgeht.
2090 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 57; ursprünglich auch noch *Kremer*, CR 2019, 225 (Rn. 41).
2091 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 57.
2092 *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 57.
2093 Vgl. *Monreal*, PinG 2017, 216 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aktivitäten, sondern stellt diese dar und definiert Kernzuständigkeiten der Zusammenarbeit, sodass die Vereinbarung im Wesentlichen der – auch internen – Transparenz dient.[2094] Der Umfang der Verarbeitungen wird nicht begrenzt.

Anders verhält es sich bei der Auftragsverarbeitung: Im Rahmen einer Auftragsverarbeitung erfolgt die Verarbeitung „auf der Grundlage [des] Vertrags" nach Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO. Dieser enthält spezifische Pflichten, vgl. Art. 28 Abs. 3 DSGVO. Insbesondere wird der Umfang der Verarbeitungen grundsätzlich auf solche im Zusammenhang mit Weisungen des Verantwortlichen beschränkt (vgl. Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. a DSGVO). Die betroffene Person hat so die Gewissheit, dass nur der Verantwortliche über das Wesentliche der Verarbeitungsvorgänge entscheidet.[2095] Angesichts dieser und weiterer Pflichten ist das Risiko, das von der Übermittlung ausgeht, derart reduziert, dass eine Privilegierung[2096] gerechtfertigt ist.[2097]

Aus dem Vergleich mit der privilegierten Auftragsverarbeitung lassen sich weitere Argumente gegen eine Privilegierung der Datenübermittlungen zwischen gemeinsam Verantwortlichen gewinnen. Einen Anhaltspunkt für die Privilegierung bietet der deutsche Wortlaut des Art. 28 Abs. 3 DSGVO, wonach die „Verarbeitung […] *auf der Grundlage* eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten" erfolgt.[2098] Im Unterschied dazu ist bei der gemeinsamen Verantwortlichkeit schon gar kein Vertrag erforderlich.[2099] Auch die Wendung eines „anderen Rechtsinstruments" als Ausdruck von Verbindlichkeit, um eine Privilegierung legitimieren zu können, sucht man in Art. 26 DSGVO vergeblich.

2094 Kapitel 5:A.I (ab S. 228).

2095 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 114.

2096 Zu den diskutierten Grundlagen der Privilegierung etwa *Härting*, ITRB 2016, 137 (138); *B. Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 (14 ff.); *Monreal*, PinG 2017, 216 (221 ff.); *Krohm/Müller-Peltzer*, RDV 2016, 307 (308 ff.).

2097 *Gabel/Lutz*, in: Taeger/Gabel, Art. 28 Rn. 11; *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 114; *B. Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 (16); *Koós/Englisch*, ZD 2014, 276 (284 f.); *DSK*, Kurzpapier Nr. 13, S. 2; *Fromageau/Bäuerle/Werkmeister*, PinG 2018, 216 (218); anders noch anfangs *Roßnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495 (497 f.).

2098 *B. Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 (15), der jedoch auch darauf hinweist, dass es sich um eine Besonderheit der deutschen Sprachfassung handelt.

2099 Kapitel 5:A.II.1 (ab S. 231). Auch auf den Wortlaut des Art. 26 DSGVO eingehend *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (293).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ferner setzt Art. 29 DSGVO die Privilegierung der Auftragsverarbeitung voraus („Der Auftragsverarbeiter und jede […] unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, dürfen diese Daten ausschließlich auf Weisung verarbeiten […]" bzw. „The processor and any person […], who has access to the data, shall not process those data except on instructions […]").[2100] Nach Art. 29 DSGVO haben Auftragsverarbeiter nämlich regelmäßig Zugang zu personenbezogenen Daten. Ohne die Privilegierung wäre eine solche Verarbeitung rechtfertigungsbedürftig und der Daten-Zugang möglicherweise nicht mehr der in Art. 29 DSGVO vorgesehene Regelfall. Eine vergleichbare Regelung findet sich in der DSGVO allerdings nicht für gemeinsam Verantwortliche. Art. 26 DSGVO setzt gerade nicht – wie Art. 29 DSGVO – Übermittlungen voraus, sondern setzt am Anfang der datenschutzrechtlichen Zusammenarbeit an, nämlich bei der Festlegung von Zwecken und Mitteln (Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO).

cc. Historische Auslegung

Nicht zuletzt spricht auch die historische Auslegung für die Ablehnung einer solchen Privilegierung. Der Vorschlag in Erwägungsgrund 62 DSGVO-E(PARL),[2101] die Übermittlung *expressis verbis* zu privilegieren, hat sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchgesetzt.

dd. Zwischenergebnis

Eine Privilegierung ist also entsprechend der vorherigen Argumentation und mit der herrschenden Meinung abzulehnen.[2102] Dahingehend lässt

2100 *B. Schmidt/Freund*, ZD 2017, 14 (16).

2101 „Die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Maßgabe dieser Verordnung sollte auch die Möglichkeit umfassen, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche den gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter die Daten zum Zwecke der Datenverarbeitung in deren Namen übermittelt".

2102 *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 26 Rn. 11; *Bierekoven*, ITRB 2017, 282 (284); *Dovas*, ZD 2016, 512 (515); *GDD*, Praxishilfe XV, S. 11; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann, Kap. 9, Rn. 203; *Jungkind/Ruthemeyer/Eickmeier*, DK 2019, 289 (294); *Lachenmann*, in: Koreng/Lachenmann, G. I. 5.; *Mester*, DuD 2019, 167 (167); *Monreal*, ZD 2014, 611 (616); *Öztürk*, DuD 2019, 143 (146 f.); *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 26 Rn. 1; *Polenz*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, § 4a, Rn. 160; *Quiel*, PinG 2018, 30 (35); *Rücker*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich zutreffend auch die Fashion-ID-Entscheidung des *EuGH* werten,[2103] in welcher der *Gerichtshof* klarstellt, dass jeder gemeinsam Verantwortliche bei Übermittlungen untereinander ein berechtigtes Interesse wahrnehmen muss.[2104]

II. Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 4 DSGVO)

Mit dem Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit könnte die Notwendigkeit der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung einhergehen. Nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO ist dies der Fall, wenn „eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge [hat]".[2105]

1. Zwingende Durchführung beim Vorliegen gemeinsamer Verantwortlichkeit

Der nicht abschließende („insbesondere" bzw. „in particular") Katalog in Art. 35 Abs. 3 DSGVO nennt etwa in lit. a den Zusammenhang mit Profiling (Art. 4 Nr. 4 DSGVO) und die automatisierte Entscheidungsfindung (Art. 22 DSGVO) als Tatbestände, die eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfordern. Diese Tatbestände knüpfen jedoch an die konkret durch die gemeinsam Verantwortlichen durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten an (vgl. Art. 4 Nr. 4 DSGVO) – und sind gerade nicht davon

---

Rücker/Kugler, B. Scope of application of the GDPR, Rn. 146; *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Rn. 375; *Schemmel*, DSB 2018, 202 (204); *J.-P. Schneider/Forgó/Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil VI. Kap. 1, Rn. 42; *Uecker*, ZD-Aktuell 2018, 6247; *P. Voigt*, CR 2017, 428 (431); *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45; zust. auch *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 62; so auch für Konzernsachverhalte, bei denen regelmäßig eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen kann, *Uwer*, ZHR 2019, 154 (159).

2103 *Golland*, K&R 2019, 533 (533); *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 67; *Kollmar*, NVwZ 2019, 1740 (1742).

2104 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 96) – Fashion ID.

2105 Hierzu ausführlich *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 248.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

abhängig, wie viele Verantwortliche der betroffenen Person gegenüberstehen. Die Pflicht, eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO vornehmen zu müssen, folgt also nicht bereits aus dem Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit.[2106] Dies gilt entsprechend für die Pflicht nach Art. 37 Abs. 1 lit. b DSGVO, einen Datenschutzbeauftragten zu ernennen, die ähnliche Tatbestandsvoraussetzungen nennt.

Eine Liste weiterer Verarbeitungsvorgänge, für die nach Ansicht der Aufsichtsbehörden Datenschutz-Folgenabschätzungen durchzuführen sind (Art. 35 Abs. 4 S. 1 DSGVO), wurde in Deutschland durch die *DSK* bzw. die jeweiligen Aufsichtsbehörden veröffentlicht.[2107] Die Zusammenarbeit mehrerer Verantwortlicher als gemeinsam Verantwortliche wird nicht als solcher Vorgang genannt. Ein maßgebliches Kriterium, das einigen in der Liste genannten Verarbeitungsvorgängen gemeinsam ist, ist die Datenverarbeitung in großem Umfang.[2108] Allein die Zusammenarbeit mehrerer gemeinsam Verantwortlicher führt jedoch nicht zu einem Umfang, der eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfordert.[2109] Denn der Umfang der *Verarbeitung* bestimmt sich entsprechend des Wortsinns und des Zwecks des Schutzes betroffener Personen richtigerweise anhand der Menge der betroffenen Personen und der Menge der Daten,[2110] nicht aber anhand der Anzahl der (gemeinsam) Verantwortlichen.

2. Gemeinsame Verantwortlichkeit als zu berücksichtigender Umstand

Gleichwohl kann es sich bei der gemeinsamen Verantwortlichkeit um einen „Umstand" (Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO) handeln, der zu berücksichtigen ist und zusammen mit anderen Umständen zum Erfordernis der Vornahme einer – intern delegierbaren[2111] – Datenschutz-Folgenabschät-

2106 So wohl auch *Mester*, DuD 2019, 167; vgl. auch *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 248, S. 8.
2107 *DSK*, DSFA-Verarbeitungen.
2108 *DSK*, DSFA-Verarbeitungen, S. 5. Vgl. insb. die dort genannten Beispiele 5, 6, 10 und 15.
2109 *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 14.
2110 *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 24 Rn. 33; wohl auch *Wybitul/Ströbel*, BB 2016, 2307 (2308).
2111 Kapitel 5:A.II.3.c.ee (ab S. 263). Dies erfordert regelmäßig dennoch die intensive Mitwirkung aller gemeinsam Verantwortlichen – beispielsweise die Bereitstellung von Informationen –, *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zung führen kann.[2112] Regelmäßig haben nämlich weitere Personen aus Eigeninteresse Zugriff, es kommt daher potenziell zu einer steigenden Zahl von Verarbeitungen und es werden womöglich mehrere Zwecke verfolgt. Da der europäische Gesetzgeber in Art. 26, 82 Abs. 4 DSGVO bereits entsprechende Schutzmaßnahmen vorgesehen hat, wirkt sich das Hinzutreten eines weiteren (gemeinsam) Verantwortlichen allerdings zumindest weniger intensiv auf die betroffenen Personen aus,[2113] bleibt jedoch ein nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO zu berücksichtigender Umstand.

3. Vornahme einer einzigen Abschätzung für ähnliche Verarbeitungen (Art. 35 Abs. 1 S. 2 DSGVO)

Soweit eine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist, kann diese über ein Projekt hinaus thematisch breiter angelegt werden[2114] (vgl. schon Art. 35 Abs. 1 S. 2 DSGVO) – „beispielsweise wenn […] mehrere Verantwortliche eine gemeinsame Anwendung oder Verarbeitungsumgebung für einen gesamten Wirtschaftssektor, für ein bestimmtes Marktsegment oder für eine weit verbreitete horizontale Tätigkeit einführen möchten" (Erwägungsgrund 92 DSGVO). Damit nennt die DSGVO an dieser Stelle ausdrücklich mehrere – in der Regel gemeinsam – Verantwortliche, die eine gemeinsame Anwendung betreiben und bestätigt damit das bereits angesprochene potenziell gesteigerte Risiko für betroffene Personen im Sinne des Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO im Fall gemeinsamer Verantwortlichkeit. Größere Projekte implizieren zumeist auch damit zusammenhängende Phasen getrennter Verantwortlichkeit, die ebenfalls im Rahmen der einheitlichen Datenschutz-Folgenabschätzung behandelt werden können.[2115]

Die Datenschutz-Folgenabschätzung für Projekte mit gemeinsamer Verantwortlichkeit setzt nach Art. 35 Abs. 2 DSGVO auch die Einholung des Rats der Datenschutzbeauftragten der gemeinsam Verantwortlichen[2116]

2112 So i.E. auch *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 21; *GDD*, Praxishilfe XV, S. 14; hingegen wohl der Regelfall nach *Dovas*, ZD 2016, 512 (516); „nicht selten […] geboten" nach *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, S. 4.

2113 *GDD*, Praxishilfe XV, S. 14.

2114 *P. Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), S. 45 empfehlen den Prüfungsumfang über die gesetzliche Pflicht hinaus ggf. zu erweitern.

2115 A.A. *EDSB*, Leitlinien Verantwortlicher, S. 32 wonach jedoch zumindest die Einigung auf eine gemeinsame Methodik möglich und sinnvoll ist.

2116 Aller gemeinsam Verantwortlichen, nach *Dovas*, ZD 2016, 512 (516).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

voraus. Angesichts der Effektivität der Abschätzung muss bei zahlreichen Verantwortlichen die (umfangreiche) Beteiligung der entsprechenden Datenschutzbeauftragten aus je einer Verantwortlichen-Kategorie (entsprechend dem Kategorie-Begriff nach Art. 13 Abs. 1 lit. e DSGVO) ausreichen. Art. 35 Abs. 2 DSGVO zielt nämlich darauf, dass die *Mitwirkung* („bei der Durchführung" bzw. „when carrying out a data protection impact assessment") eines jeden gemeinsam Verantwortlichen unter Berücksichtigung des Rats seines Datenschutzbeauftragten erfolgt. Soweit sich einzelne gemeinsam Verantwortliche angesichts ähnlich gelagerter Vorgänge und Interessen weitestgehend zurückziehen, bedarf es *insoweit* auch nicht der Einholung des Rats ihrer Datenschutzbeauftragten.[2117]

Soweit eine vorherige Konsultation aufgrund eines hohen Risikos und mangels Gegenmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 1 DSGVO erforderlich ist, sind nach Art. 36 Abs. 3 lit. a DSGVO explizit Angaben zu allen gemeinsam Verantwortlichen zu machen.

III. Gemeinsame Beauftragung eines Auftragsverarbeiters

Verarbeitungsvorgänge in gemeinsamer Verantwortlichkeit können die gemeinsam Verantwortlichen durch einen Auftragsverarbeiter durchführen lassen.[2118] Die Einschaltung eines Auftragsverarbeiters führt damit grundsätzlich nicht insoweit zu einer separaten Verantwortlichkeit anstelle einer gemeinsamen Verantwortlichkeit.[2119]

2117 Vollständig auf die Einbindung eines gemeinsam Verantwortlichen kann angesichts des Schutzziels der (auch) umfassenden Information des Datenschutzbeauftragten nicht verzichtet werden, vgl. *Hansen*, in: Wolff/Brink, Art. 35 Rn. 22.

2118 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 121; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 62; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 26 Rn. 15; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 26; *J.-P. Schneider/Forgó/Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/J. Schneider, Teil VI. Kap. 1, Rn. 41.

2119 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 122; *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Auswirkungen der Einschaltung eines Auftragsverarbeiters auf eine gemeinsame Verantwortlichkeit

Die Rechtsprechung des *EuGH* lässt vermuten, dass die Einschaltung eines Auftragsverarbeiters die gemeinsame Verantwortlichkeit unberührt lässt. In der Fashion-ID-Entscheidung wurde eine gemeinsame Verantwortlichkeit der Website-Betreiberin *Fashion ID* und des sozialen Netzwerks für die Daten-Erhebung über die Website und die Übermittlung an das soziale Netzwerk angenommen.[2120] Bezüglich *Fashion ID* ist naheliegenderweise davon auszugehen, dass für den Betrieb der Website ein sog. Webhoster als Dienstleister eingeschaltet wurde. Die Veranlassung[2121] der Anfragen an das soziale Netzwerk durch den Internetbrowser des Nutzers geht von Inhalten aus, die über die Server des Webhosters als Auftragsverarbeiter ausgeliefert werden. Die Einschaltung des Webhosters durch nur einen gemeinsam Verantwortlichen stand der Annahme gemeinsamer Verantwortlichkeit auch für diesen Verarbeitungsvorgang nicht entgegen. Freilich wurden hierzu im Instanzenzug und durch den *EuGH* keine expliziten Feststellungen getroffen.

2. Beauftragung durch einen gemeinsam Verantwortlichen

Die Einbeziehung eines Auftragsverarbeiters kann durch einen der gemeinsam Verantwortlichen alleine erfolgen. Diese Konstellation sieht Art. 28 DSGVO nach seinem Wortlaut (etwa Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO: „in Bezug auf *den* Verantwortlichen bindet" bzw. „binding […] with regard to *the* controller", Hervorhebung jeweils durch den Verf.) als Regelfall vor. Diese Entscheidung ist regelmäßig keine derart wesentliche[2122] Mittel-Entscheidung, dass sie durch alle gemeinsam Verantwortlichen getroffen werden müsste. Es empfiehlt sich allerdings zwischen den gemeinsam Verantwortlichen eine Pflicht zur Weiterleitung von Weisungen an den Auftragsverarbeiter zu vereinbaren.[2123] Fehlt eine solche Verpflichtung, steht dies einer gemeinsamen Verantwortlichkeit freilich nicht

2120 *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 84) – Fashion ID.
2121 Vgl. *EuGH*, NJW 2019, 2755 (Rn. 85) – Fashion ID.
2122 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 17; wohl ebenfalls *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 163.
2123 *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 62.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entgegen.[2124] Denn maßgeblich für das Vorliegen (gemeinsamer) Verantwortlichkeit sind nicht vertraglich eingeräumte Entscheidungs- bzw. in diesem Fall Weisungsbefugnisse.[2125] Stattdessen kommt es darauf an, inwieweit ein (gemeinsam) Verantwortlicher *tatsächlichen* Einfluss auf die Verarbeitungen hat, d.h. ob der gemeinsam Verantwortliche beispielsweise tatsächlich Einfluss auf die Verarbeitungen – etwa über Weisungen an den Auftragsverarbeiter – nimmt.

3. Beauftragung durch mehrere gemeinsam Verantwortliche

Da der Begriff des Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DSGVO auch den gemeinsam Verantwortlichen umfasst, kann nach Art. 28, 29 DSGVO i.V.m. Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO ein Auftragsverarbeiter zeitgleich mehreren bzw. allen gemeinsam Verantwortlichen gegenüber weisungsgebunden sein.[2126] In diesem Fall sollten Abstimmungsmechanismen zwischen den gemeinsam Verantwortlichen – etwa im Wege der Vereinbarung (Art. 26 DSGVO) – vorgesehen werden. Dass diese Weisungsgebundenheit gemeinsam Verantwortlichen gegenüber möglich ist, bestätigt Art. 29 DSGVO, wonach es für die Annahme einer Auftragsverarbeitung auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt und darauf, dass sich der Auftragsverarbeiter Weisungen Verantwortlicher unterwirft.[2127] Nach diesen tatsächlichen Verhältnissen ist nämlich gerade auch eine gemeinsame Entscheidung – und damit gemeinsame Verantwortlichkeit – möglich, vgl. Art. 4 Nr. 7 Hs. 1, Art. 26 DSGVO.[2128] Dementsprechend ist auch eine gemeinsame Einflussnahme über Weisungen nach den tatsächlichen Verhältnissen denkbar.

2124 Dies verkennt *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 62.

2125 Vgl. schon unter Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).

2126 So i.E. auch *Kremer*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, Art. 26 Rn. 62; *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 121; *Lang*, in: Taeger/Gabel, Art. 26 Rn. 26.

2127 Vgl. unter der DSRL *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 33; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, Art. 4 Nr. 8 Rn. 7; zu dem Streitstand unter dem BDSG a.F. *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Art. 4 Nr. 8 Rn. 7.

2128 Vgl. schon zu der funktionellen Betrachtungsweise und dem Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse für die Beurteilung gemeinsamer Verantwortlichkeit unter Kapitel 4:C.I.1 (ab S. 112).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Auswirkungen des Privilegs der Auftragsverarbeitung

In allen Konstellationen führt das Privileg der Auftragsverarbeitung nur dazu, dass keine ergänzende Rechtfertigung für die Einschaltung des Auftragsverarbeiters und etwa eine an diesen erfolgende Übermittlung notwendig ist.[2129] Im Übrigen unterliegen die Verarbeitungen vollständig den Art. 6, 9 DSGVO. Soweit über den Auftragsverarbeiter der Datenaustausch zwischen gemeinsam Verantwortlichen erfolgt, bedürfen auch diese Verarbeitungen eines Erlaubnistatbestands. Nur der Datenaustausch zwischen einem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter – entsprechend der Idee eines „verlängerten Arms"[2130] – ist privilegiert. Die Entscheidung des Gesetzgebers, Verarbeitungen durch und zwischen gemeinsam Verantwortlichen nicht zu privilegieren,[2131] setzt sich insoweit durch; eine Umgehung durch Einschaltung eines Auftragsverarbeiters ist nicht möglich.[2132]

F. Überprüfungs- und Überwachungsobliegenheit als Konsequenz

Die gemeinsam Verantwortlichen trifft zwar keine explizite Pflicht zur gegenseitigen sorgfältigen Auswahl wie im Hinblick auf Auftragsverarbeiter nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO.[2133] Zugleich sind aber auch gemeinsam Verantwortliche von dem Erfordernis einer sorgfältigen Auswahl bzw. Überprüfung und Überwachung[2134] nicht befreit. Davon losgelöst ist die Haftung gemeinsam Verantwortlicher für eigene Verstöße zu betrachten.[2135]

I. Auswahlverantwortung unter dem BDSG a.F. und der DSRL

Vor den einschlägigen Entscheidungen des *EuGH* und unter der DS-RL bzw. dem BDSG a.F. schlugen *Martini* und *Fritzsche* eine Auswahl-

2129 *Fromageau/Bäuerle/Werkmeister*, PinG 2018, 216 (218); *Spoerr*, in: Wolff/Brink, Art. 28 Rn. 29; *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 8a.
2130 Etwa *Jandt/Nebel*, NJW 2013, 1570 (1572).
2131 Kapitel 5:E.I.3.c.dd (ab S. 410).
2132 *Poll*, Datenschutz und Unternehmensgruppen, S. 122 f.
2133 Hierzu etwa *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 92-97.
2134 Für den Auftragsverarbeiter *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 26 Rn. 21; hierzu mit Blick auf den Auftragsverarbeiter *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 21; vgl. auch prägnant *Bock*, K&R 2019, Beilage 1 zu Heft 7/8, 30 (33).
2135 Vgl. dazu die Ausführungen in diesem Kapitel im Übrigen.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verantwortlichkeit bei einer datenschutzrechtlich relevanten Zusammenarbeit wie zwischen sozialem Netzwerk und Fanpage-Betreiber vor.[2136] Das an die Störerhaftung angelehnte[2137] Konzept wies allerdings Widersprüche auf: Denn die Auswahlverantwortung (Art. 17 Abs. 2 DSRL, § 11 Abs. 2 S. 1 und 4 BDSG a.F.) im Hinblick auf Auftragsverarbeiter *erst recht* auf andere möglicherweise[2138] Verantwortliche zu erstrecken, verkennt, dass die Auswahlverantwortung bei der Auftragsverarbeitung die Kehrseite der gewährten Privilegierung[2139] ist.[2140] Die Tätigkeit des sozialen Netzwerks hingegen – und im Allgemeinen eines Verantwortlichen – war schon unter der DSRL und dem BDSG a.F. nicht privilegiert. Dementsprechend geht insoweit der Erst-Recht-Schluss bezüglich einer Auswahlverantwortung fehl. Ungeachtet dessen fand der Vorschlag schließlich Niederschlag in dem Wirtschaftsakademie-Vorlagebeschluss des *BVerwG*.[2141] Der *EuGH* lehnte diesen Ansatz implizit ab, indem er stattdessen die (gemeinsame) Verantwortlichkeit weit auslegte.[2142] Aus Sicht von *Martini* und *Fritzsche* dürfte dies insoweit zunächst eine unbefriedigende Lösung gewesen sein. Selbst im Fall einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit beider Akteure, bestünde nämlich eine Umgehungsgefahr, „wenn bei Online-Portalen mit mehrschichtiger Anbieterstruktur der die Datenverarbeitung kontrollierende primäre Diensteanbieter sich deutschem Datenschutzrecht faktisch zu entziehen in der Lage ist".[2143] Das in der gleichen Entscheidung des *EuGH* verankerte weite Verständnis der Zuständigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden[2144] – etwa gegenüber der Betreiberin des sozialen Netzwerks Facebook – dürfte diese Befürchtung zumindest gemindert haben.

2136 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (9 ff.); ähnlich nach den *EuGH*-Urteilen, *S. E. Schulz*, MMR 2018, 421, für den eine Auswahlverantwortlichkeit aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt.
2137 *C. Hoffmann/S. E. Schulz*, https://www.juwiss.de/24-2016/.
2138 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (11) gingen davon aus, dass jedenfalls das soziale Netzwerk oder der Fanpage-Betreiber verantwortlich sei.
2139 D.h. sowohl im Hinblick auf die Pflichten des Auftragsverarbeiters als auch die Datenübermittlung zwischen Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern.
2140 In diese Richtung auch *Schunicht*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 213.
2141 *BVerwG*, ZD 2016, 393 (396 f.).
2142 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 44) – Wirtschaftsakademie.
2143 *Martini/S. Fritzsche*, NVwZ-Extra 34 (21/2015), 1 (11).
2144 *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 64, 74) – Wirtschaftsakademie.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Obliegenheit unter der DSGVO

Unter der DSGVO können unter Berücksichtigung der drei einschlägigen *EuGH*-Entscheidungen unter anderem[2145] die Aufsichtsbehörden noch effektiver zur Durchsetzung des europäischen Datenschutzrechts auch gegenüber Unternehmen, die in mehreren Mitgliedstaaten personenbezogene Daten verarbeiten, vorgehen (Art. 51 ff. DSGVO).[2146] Daneben bedarf es aus systematischen Gründen keiner Auswahlverantwortung (mehr). Es besteht unter der DSGVO zwar keine selbstständig sanktionierbare Pflicht zur Auswahl eines gemeinsam Verantwortlichen wie im Hinblick auf den Auftragsverarbeiter nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO.[2147]

Allerdings ergibt sich aus den in diesem Kapitel dargestellten Rechtsfolgen die Obliegenheit eines gemeinsam Verantwortlichen zur sorgfältigen Auswahl bzw. Überprüfung – und darüber hinaus fortlaufenden Überwachung – der gemeinsam Verantwortlichen, mit denen zusammengearbeitet wird. Unterbleiben die Überprüfung und Überwachung, bleiben mögliche beabsichtigte oder erfolgte Verstöße gegen die datenschutzrechtlichen Vorschriften durch einen gemeinsam Verantwortlichen unerkannt. Die übrigen gemeinsam Verantwortlichen können ohne Kenntnis des Verstoßes nicht zur Abhilfe beitragen oder die Zusammenarbeit beenden. Die längere Dauer eines Verstoßes führt regelmäßig zum einen zu höheren Schäden für betroffene Personen und hat zum anderen Auswirkungen auf die Bußgeldzumessung (vgl. Art. 83 Abs. 2 lit. a DSGVO).[2148]

III. Nichtbeachtung und Folgen für Schadensersatzansprüche betroffener Personen insbesondere nach Art. 82 DSGVO

Im Hinblick auf Schadensersatzansprüche betroffener Personen nach Art. 82 DSGVO[2149] und gegebenenfalls nationalen Vorschriften bedeutet dies eine Inanspruchnahme als Gesamtschuldner (Art. 26 Abs. 3, 82 Abs. 4 DSGVO) in erhöhtem Umfang. Dieses Risiko ist dabei besonders hoch, da

---

2145 Betroffenen Personen ist gegen diese sog. Global Player ein effektives Vorgehen nach Art. 82 DSGVO ebenfalls möglich, wie etwa dieses Beispiel des freilich unterliegenen Klägers zeigt, *LG Essen*, AfP 2020, 527.

2146 Vgl. auch schon unter Kapitel 5:C.I (ab S. 329).

2147 Zu letzterer *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 28 Rn. 19; *Colcelli*, ECLIC 2019, 1030 (1032).

2148 Hierzu unter Kapitel 5:C.V.2.c (ab S. 364).

2149 Bzw. ggf. auch nach nationalen Vorschriften, vgl. Kapitel 5:B.I.2 (ab S. 309).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgrund des weit auszulegenden Begriffs der Beteiligung (Art. 82 Abs. 2 S. 1 DSGVO)[2150] auch Verstöße in separater Verantwortlichkeit durch einen zuvor oder im Anschluss beteiligten gemeinsam Verantwortlichen zur Inanspruchnahme der übrigen gemeinsam Verantwortlichen als Gesamtschuldner führen können. Angesichts der Regressmöglichkeit nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO und gegebenenfalls ergänzenden vertraglichen Regressregelungen, handelt es sich dabei *idealiter* freilich nicht um eine Letzthaftung. Stattdessen bürdet sich der gemeinsam Verantwortliche, der die Überprüfungs- und Überwachungsobliegenheit nicht beachtet, insoweit ein erhöhtes Prozess- und Insolvenzrisiko auf. Dem zivilrechtlichen und vor allem bereicherungsrechtlichen Grundsatz, dass jede (Vertrags-)Partei das Insolvenzrisiko der ausgewählten (Vertrags-)Partei trägt,[2151] kommt damit im Datenschutzrecht eine erhebliche Bedeutung zu.

IV. Nichtbeachtung und Folgen für Aufsichtsmaßnahmen (Art. 58, 83 f. DSGVO)

Im Ausgangspunkt ähnlich verhält es sich im Hinblick auf Aufsichtsmaßnahmen. Jeder gemeinsam Verantwortliche kann als Verantwortlicher Adressat von Maßnahmen im Zusammenhang mit Verarbeitungen in gemeinsamer Verantwortlichkeit sein. Zugleich können den gemeinsam Verantwortlichen nach nationalem Zivilrecht oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung Regressansprüche zustehen.[2152]

Bei Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 58 DSGVO und in dem Zusammenhang notwendigen Aufwendungen mit Ausnahme von Bußgeldern kann es sich wie im Hinblick auf Schadensersatzansprüche um eine bloße Verlagerung des Prozess- und Insolvenzrisikos handeln. Vor allem wenn die Aufsichtsbehörde Effektivitätserwägungen berücksichtigt, fallen der für den (gesetzlichen)[2153] Regressanspruch maßgebliche Grad der Verantwortlichkeit und die tatsächliche Inanspruchnahme auseinander. In diesen Fällen besteht die Regressmöglichkeit aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis.

Bei Bußgeldern (Art. 83 DSGVO) hingegen berücksichtigt die Behörde nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO eine Reihe von Kriterien, die mit

2150 Kapitel 5:B.I.1.a.bb (ab S. 294).
2151 Vgl. nur *BGH*, JuS 2005, 649 (650).
2152 Kapitel 5:D.III.4.b (ab S. 390).
2153 Die Möglichkeit, im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen vertraglich weitergehende Regressansprüche vorzusehen, bleibt unberührt.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Handeln des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen zusammenhängen.[2154] Dazu zählen das Verschulden (lit. b), der *Grad der Verantwortlichkeit* (lit. d), frühere Verstöße (lit. e) und der Umfang der Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde (lit. f). Die einem Bußgeld zugrundeliegenden Erwägungen verlaufen damit oft parallel zu den für einen Regressanspruch maßgeblichen Kriterien. Ein (gesetzlicher) Regressanspruch besteht daher in der Regel nicht bzw. nur in geringem Umfang. Zugleich ist im Rahmen des Verschuldens (Art. 83 Abs. 2 lit. b DSGVO) die nicht sorgfältige Überprüfung und Überwachung zu berücksichtigen. Damit führt die Nichtbeachtung der Obliegenheit an dieser Stelle nicht nur zu einem erhöhten Prozess- und Insolvenzrisiko, sondern auch zu einem unmittelbar erhöhten Haftungsrisiko. Werden freilich weitreichende vertragliche Regressansprüche zulässigerweise vorgesehen, bleibt es insoweit erneut (nur) bei einem erhöhten Prozess- und Insolvenzrisiko.

Das Prozess- und Insolvenzrisiko gewinnt an Bedeutung, wenn man die umsatzorientierte Bußgeldhöhe nach Art. 83 Abs. 4, 5 und 6 DSGVO in die Überlegungen einstellt. Das Bußgeld gegen ein wirtschaftlich stärkeres Unternehmen wie einen „Global Player" kann deutlich höher ausfallen.[2155] Das Unternehmen könnte Schwierigkeiten haben, in vollem Umfang einen Regress bei einem kleineren gemeinsam verantwortlichen Unternehmen durchzusetzen. Die DSGVO kann daher auch und gerade Anreize für international tätige, wirtschaftsstarke Unternehmen setzen, die gemeinsam Verantwortlichen zu überprüfen und zu überwachen – oder im Zweifel die Pflichten, soweit denn möglich, selbst zu übernehmen.

G. *Auswirkungen auf andere Rechtsakte*

Die Eigenständigkeit des Begriffs der (gemeinsamen) Verantwortlichkeit wird durch das *EDPB* hervorgehoben: Der Begriff berührt die Einstufung nach anderen Rechtsgebieten, etwa als „Urheber", nicht – und ist umgekehrt unabhängig von der Einordnung nach anderen Rechtsgebieten.[2156] Dennoch kann sich, wie etwa im Hinblick auf das Provider-Privileg nach

2154 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:C.V.2.b (ab S. 362).
2155 S. hierzu etwa auch das deutsche DSK-Bußgeldkonzept, *DSK*, Bußgeldzumessung.
2156 *EDPB*, Guidelines 7/2020, Rn. 13; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 169, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 12-15 der Richtlinie 2000/31/EG und die Umsetzungsvorschriften in §§ 7-10 TMG, die Frage nach Wechselwirkungen stellen.[2157]

Die ePrivacy-RL – umgesetzt derzeit noch[2158] in §§ 91 ff. TKG und §§ 11 ff. TMG[2159] – ist im Verhältnis zur DSGVO soweit die Verarbeitung von personenbezogenen Daten geregelt wird[2160] *lex specialis*, vgl. Art. 1 Abs. 2 S. 1 ePrivacy-RL.[2161] Soweit Pflichten[2162] dasselbe Ziel verfolgen, werden dabei nach Art. 95 DSGVO die Pflichten aus der DSGVO verdrängt. Pflichten im Zusammenhang mit einer datenschutzrechtlichen Zusammenarbeit und der Schaffung von Transparenz diesbezüglich finden sich nicht in der ePrivacy-RL.[2163] Daher kommt es insoweit gar nicht erst darauf an, inwieweit §§ 91 ff. TKG die ePrivacy-RL überschießend umsetzen und damit die DSGVO aufgrund ihres Anwendungsvorrangs zu beachten ist.[2164] Art. 26 DSGVO gilt also ohnehin für Telekommunikationsanbieter im Rahmen der §§ 91 ff. TKG.[2165] Auch die Pflicht zur Einholung der Einwilligung im Zusammenhang mit Cookies (Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePrivacy-RL) kann gemeinsam Verantwortliche treffen und in die Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO aufgenommen werden.[2166] Gleichwohl kann regelmäßig die Einholung dieser Einwilligung die ge-

2157 Hierzu ausführlich unter Kapitel 5:B.I.3 (ab S. 312).

2158 Vgl. den Entwurf des TTDSG *Bundesregierung*, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-der-privatssphaere-in-der-telekommunikation-und-bei-telemedien.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

2159 Die freilich richtlinienkonform auszulegen sind, *EuGH*, MMR 2019, 732 (Rn. 47) – Planet49. S. hierzu auch das TDDSG-E.

2160 Hierzu ausführlich *Heun/Assion*, in: Auernhammer, Art. 95 Rn. 8 f.

2161 Nach der Antwort von *Kugelmann* in *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244).

2162 Diese können sich auch aus Betroffenen-Rechten ergeben, wie Erwägungsgrund 173 S. 1 DSGVO klarstellt, *Klabunde/Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 95 Rn. 17.

2163 Vgl. auch *Klabunde/Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 95 Rn. 18 ff.; *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, Art. 95 Rn. 6 ff.; *Sydow*, in: Sydow, Art. 95 Rn. 4 f.; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, Art. 95 Rn. 6.

2164 *Holländer*, in: Wolff/Brink, Art. 95 Rn. 5.

2165 *Kugelmann* in *Sommer/Kugelmann/S. Schulz*, PinG 2019, 241 (244).

2166 Vgl. auch unter der DSRL *EuGH*, NJW 2018, 2537 (Rn. 38) – Wirtschaftsakademie; hierzu auch *Kremer*, CR 2019, 676 (Rn. 16); eher ablehnend hingegen *Hanloser*, BB 2020, 1683 (1684); Überblick zur gemeinsamen Verantwortlichkeit bei dem Einsatz von Cookies *Rauer/Ettig*, ZD 2021, 18 (23) m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meinsame Verantwortlichkeit entfallen lassen.[2167] In diesem Fall findet Art. 26 DSGVO von vornherein keine Anwendung.

Im Rahmen von Interessenabwägungen[2168] und der Auslegung von Erklärungen nach anderen Gesetzen kann die erhöhte Eingriffsintensität zu berücksichtigen sein, wenn zugleich datenschutzrechtliche Verstöße gegen Vorschriften wie Art. 26 DSGVO vorliegen und es etwa an der notwendigen Vereinbarung fehlt. Soweit das KUG trotz des Anwendungsvorrangs der DSGVO zur Anwendung gelangen kann,[2169] ist dies in die Prüfung einer (konkludenten) Einwilligung im Sinne von § 22 S. 1 KUG einzustellen.[2170] Bei der Auslegung des Verhaltens Abgebildeter ist nämlich zu berücksichtigen inwieweit der „Umfang der geplanten Veröffentlichung" bekannt war.[2171] Veröffentlichungen, die unter Zusammenarbeit mehrerer gemeinsam Verantwortlicher ohne strukturierte Arbeitsteilung entsprechend Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 DSGVO erfolgen, sind demnach regelmäßig nicht von einer konkludenten Einwilligung erfasst.

2167 Hierzu ausführlich unter Kapitel 4:C.III.6.e.cc (ab S. 201) sowie unter Kapitel 4:C.V.2 (ab S. 217).
2168 Vgl. auch schon zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO unter Kapitel 5:E.I.2.b (ab S. 400).
2169 Offengelassen bei *VG Hannover*, K&R 2020, 169 (170); hierzu etwa ausführlich *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76.
2170 *VG Hannover*, K&R 2020, 169 (171).
2171 *OLG Hamburg*, NJW-RR 2005, 479 (480).

https://doi.org/10.5771/9783748927303-228, am 13.08.2024, 13:24:40
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb