

# Rolf Schwartmann

## *Die Verantwortlichkeit für die Verarbeitung von Forschungsdaten an Hochschulen*

### I. Datenschutz an der Hochschule

Das Datenschutzrecht hat die Hochschulen erreicht.<sup>1</sup> Dort werden durch das wissenschaftliche und nicht wissenschaftliche Personal zu Zwecken der Wissenschaft und Verwaltung in großem Umfang personenbezogene Daten verarbeitet. Bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, etwa der Nutzung der Matrikelnummer anstelle des Namens oder eines Codes für Teilnehmer an einer Studie, werden Daten aus datenschutzrechtlichen Gründen oft verschlüsselt oder pseudonymisiert. Solange sie am Ende – faktisch gleich auf welche Weise – wieder einer Person zugeordnet werden können, bleiben sie personenbezogen und unterfallen dem weiten Anwendungsbereich des Datenschutzrechts. Nach der DSGVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie auf einer rechtlichen Grundlage basiert. Diese kann per Einwilligung des Betroffenen erfolgen oder sich aus dem Gesetz ergeben. Im Wissenschaftsbereich gibt es unter Geltung der DSGVO eine Vielzahl gesetzlicher Ermächtigungen. Öffentliche Stellen dürfen in diesem Rahmen grundsätzlich die Daten erheben, die zu ihrer Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Das können Daten über ein bestimmtes Verhalten zu Forschungszwecken sein, aber auch Name und Anschrift der Studierenden für die Einschreibung. Die Verarbeitung von Daten, die über die Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung der Hochschule hinausgehen, kann der Betroffene per Einwilligung erlauben. Diese ist aber jederzeit und ohne Begründung für die Zukunft widerrufbar.<sup>2</sup> Sofern sensible Daten – etwa über ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, sexuelle Orientierung, genetische, biometrische oder Gesundheitsdaten – verarbeitet werden, tritt ein abschließender Katalog von besonderen Erlaubnisgründen hinzu. Zur Erleichterung der wissenschaftlichen Forschung können personenbezogene Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken verarbeitet werden, wobei sie angemessenen Bedingungen

und geeigneten Garantien unterliegen müssen, die im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedsstaaten festgelegt sind.<sup>3</sup> § 17 DSGVO NRW regelt in diesem Zusammenhang etwa spezifische Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn diese wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke verfolgt. Mit Art. 89 DSGVO privilegiert der europäische Gesetzgeber Datenverarbeitungen zu den genannten Zwecken und ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, im Rahmen sog. Öffnungsklauseln eigene Regelungen in den geöffneten Bereichen zu treffen.<sup>4</sup> Gleichzeitig enthält Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO eine derartige Öffnungsklausel für die nationalen Gesetzgeber, soweit besondere personenbezogene Daten zu den abschließend aufgezählten Zwecken verarbeitet werden.<sup>5</sup>

### II. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Besondere Bedeutung kommt insbesondere im Wissenschaftsbereich der Frage zu, wen im Verhältnis zwischen Hochschule und Hochschullehrer die Verantwortung für Datenverarbeitungsvorgänge trifft. Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist „Verantwortlicher“ und damit Adressat der DSGVO-Pflichten die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.<sup>6</sup> Das Recht geht also davon aus, dass die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung „allein oder gemeinsam mit anderen“ getroffen werden kann. Für den Fall, dass mehrere Akteure in dieser Weise verantwortlich beteiligt sind<sup>7</sup> (dazu III. und IV.), knüpft die DSGVO daran in Art. 26 DSGVO eine besondere Rechtsfolge in Form einer Vereinbarung über diese gemeinsame Datenverarbeitung (dazu V.). Bevor der Frage nachgegangen werden kann, welche datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit im Verhältnis zwi-

1 Schwartmann, *Forschung & Lehre* 2019, 1006.

2 Vgl. Art. 7 Abs. 3 S.1 DSGVO.

3 ErwG 157 S. 5.

4 Vertiefend dazu *Wybitul* in HK-DS-GVO/BDSG Art. 89 Rn. 1 ff.; *Nolte* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 89 DS-GVO Rn. 14; *Pauly* in Paal/Pauly Art. 89 DS-GVO Rn. 1.

5 Vertiefend dazu *Jaspers/Schwartmann/Mühlenbeck* in HK-DS-

GVO/BDSG Art. 9 Rn. 187 ff. sowie *Schwartmann/Jacquemain* RDV 5/2019, 219 (222); dazu auch *Smolle* in HK-LDSG RhPf § 22 Rn. 3.

6 So auch *Auernhammer-Eßer* Art. 4 Nr. 7 Rn. 34; *Kühling/Buchner-Hartung* Art. 4 Nr. 7 Rn. 1 sowie *Gierschmann-Kramer* in Vorbemerkung zu Art. 4 Nr. 7.

7 Dazu schon das WP 169 der Art.-29-Datenschutzgruppe S. 21 f.

schen Hochschule und deren wissenschaftlichem Personal besteht (IV.), muss die durch den EuGH gelegte rechtliche Grundlage der gemeinsamen Verantwortlichkeit herausgearbeitet werden (III.). Unter VI. werden erste Handlungsoptionen aufgezeigt.

### III. Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Rechtsprechung

Der EuGH hat 2018 und 2019 in den Rechtssachen *Fanpage*<sup>8</sup>, *Jehova*<sup>9</sup> und *FashionID*<sup>10</sup> wichtige Aussagen zu den Voraussetzungen und zum Begriffsverständnis<sup>11</sup> einer gemeinsamen Verantwortlichkeit getroffen.<sup>12</sup>

#### 1. „Fanpage“

Das erste Urteil in diesem Zusammenhang erging zur Frage der gemeinsamen Verantwortlichkeit von Betreibern einer *Facebook*-Fanpage mit *Facebook*. Gegenstand des Urteils war ein Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG<sup>13</sup>. Hintergrund war ein Verwaltungsrechtsstreit zwischen der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH und dem Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD).<sup>14</sup> Dieses hatte gegenüber der Wirtschaftsakademie angeordnet, den Betrieb einer Fanpage auf *Facebook* einzustellen, da die Besucher der Fanpage nicht über den Einsatz von Cookies und eine damit einhergehende Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten informiert würden.<sup>15</sup> Der EuGH betonte zunächst, dass sich der Begriff des Verantwortlichen nicht zwingend auf eine einzige Stelle bezieht, sondern mehrere an einer Datenverarbeitung beteiligte Akteure betreffen kann, so dass in der Folge jeder dieser Akteure den Vorschriften der DSGVO unterliegt.<sup>16</sup> Ferner wies er darauf hin, dass es für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit

bereits ausreiche, dass eine Stelle (im konkreten Fall der Betreiber einer *Facebook* Fanpage) einem anderen Verantwortlichen (hier *Facebook*) die Möglichkeit gebe, personenbezogene Daten der betroffenen Personen zu verarbeiten.<sup>17</sup> Das entscheidende Kriterium zur Begründung des gemeinsamen Zweckes sieht der EuGH darin, dass der Betreiber der Fanpage und *Facebook* über das Zurverfügungstellen einer Nutzerstatistik (Parametrierung) und das Einräumen der Möglichkeit gegenüber *Facebook* bei Besuchern der Fanpage sogenannte Cookies zu setzen, einen gemeinsamen Zweck zum wechselseitigen Vorteil verfolgen.<sup>18</sup> Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit sei ebenfalls nicht erforderlich, dass bei mehreren Betreibern für dieselbe Verarbeitung jeder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten habe.<sup>19</sup> Die gemeinsame Verantwortlichkeit setze keine gleichwertige Verantwortlichkeit der Akteure voraus.<sup>20</sup> Diese könnten auch „in verschiedenen Phasen und in unterschiedlichem Ausmaß“<sup>21</sup> in die Verarbeitung personenbezogener Daten einbezogen sein, so dass der Grad der Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung aller Umstände der Einzelfalles zu beurteilen sei.<sup>22</sup> Nach dem Ergebnis des EuGH ist der *Facebook*-Fanpage Betreiber also gemeinsam mit *Facebook* für die Verarbeitung personenbezogener Daten und etwaige Datenschutzverstöße verantwortlich.<sup>23</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu *Facebook*-Fanpages für den konkreten Fall am 11.9.2019 befolgt und die Sache zur endgültigen Entscheidung an das OVG Schleswig verwiesen.<sup>24</sup>

#### 2. „Zeugen Jehovas“

Das zweite Urteil des EuGH zur Reichweite einer gemeinsamen Verantwortlichkeit erging zu einer Datenverarbeitung der Zeugen Jehovas. Deren Mitglieder

8 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*).

9 *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 (*Jehova*).

10 *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 (*Fashion ID*).

11 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 28 (*Fanpage*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 66 (*Jehova*); *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 70 (*Fashion ID*).

12 Vgl. dazu auch die Kommentierung von *Kremer* zu Art. 26.

13 *BVerwG* Beschl. v. 25.2.2016 – 1 C 28/14.

14 Dazu *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 14 ff. (*Fanpage*) sowie *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1.

15 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 16 (*Fanpage*) sowie *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1

16 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 29 (*Fanpage*). Dieses Verständnis greift der *EuGH* in *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 67 (*Fashion ID*) unter Verweis auf *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 29 (*Fanpage*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 65 (*Jehova*) ausdrücklich auf.

17 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 35 (*Fanpage*) sowie

dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2; dies, *DataAgenda* Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 2.

18 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*) Rn 35 f.

19 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 38 (*Fanpage*) sowie dazu *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

20 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*); *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

21 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*).

22 *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 Rn. 43 (*Fanpage*) sowie dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die *EuGH*-Rechtsprechung zum Joint-Controllershship, S. 2.

23 Dazu ausführlich *Schwartzmann/Jacquemain* DataAgenda Arbeitspapier 04 – *EuGH*: *Facebook* Fanpages, S. 1.

24 *BVerwG*, Urt. v. 11.9.2019, 6 C 15/18.

fürten im Rahmen ihrer Verkündigungstätigkeit Hausbesuche bei Personen durch, die weder ihnen noch der Gemeinschaft bekannt waren.<sup>25</sup> Die Gemeinschaft gab dabei ihren „Verkündern“ Anleitungen zur Anfertigung von Notizen zu den Hausbesuchen (insbes. Aufzeichnung von Name und Adresse der aufgesuchten Personen, religiöse Überzeugungen) und organisierte und koordinierte die Verkündigungstätigkeit.<sup>26</sup> Dabei verlangt die Gemeinschaft von ihren verkündenden Mitgliedern weder, dass diese personenbezogene Daten durch Notizen erheben noch kannte sie die Inhalte möglicher Notizen oder die Identität der tätigen Mitglieder bei der Datenerhebung.<sup>27</sup> Neben der Frage hinsichtlich des Vorliegens eines Dateisystems i.S.v. Art. 4 Nr. 6<sup>28</sup> nahm der EuGH insbesondere zur inhaltlichen Reichweite der Verantwortlichkeit Stellung.<sup>29</sup> Dabei nimmt das Gericht auf die Ausführungen in *Fanpage* Bezug<sup>30</sup>, und führt ergänzend aus, dass es für die Annahme einer (gemeinsamen) Verantwortlichkeit ausreicht, dass eine natürliche oder juristische Person aus Eigeninteresse auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Einfluss nehme und damit an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung mitwirke.<sup>31</sup> Es sei zum einen für das Vorliegen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit unschädlich, dass die Gemeinschaft keinen Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten habe, zum anderen setze das Vorliegen einer Verantwortlichkeit nicht voraus, dass die Gemeinschaft schriftliche Anleitungen oder Anweisungen zu den Datenverarbeitungen gebe.<sup>32</sup> Maßgebliches Kriterium für die Begründung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit sei insofern, dass die Erhebung der personenbezogenen Daten letztlich „zur Umsetzung des Ziels der Gemein-

schaft – nämlich [der] Verbreitung ihres Glaubens – [diene]“<sup>33</sup> und die Gemeinschaft die Verkündigungstätigkeit organisiert und koordiniert.<sup>34</sup>

### 3. „FashionID“

Im Juli 2019 erging das Urteil des EuGH zu *FashionID*.<sup>35</sup> Es ging um die Frage, ob ein Online-Händler für die Einbindung des *Facebook*-Like-Buttons als Social-Plug-In auf seiner Website gemeinsam mit *Facebook* für eine damit einhergehende Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich ist.<sup>36</sup> Durch die Bestätigung der Kernaussagen aus *Fanpage* und *Jehova* unterstreicht der EuGH in *FashionID* sein weites Begriffsverständnis des gemeinsam Verantwortlichen.<sup>37</sup> Wer „aus Eigeninteresse auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Einfluss nimmt und damit an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung mitwirkt, (kann) als für die Verarbeitung Verantwortlicher [...] angesehen werden [...]“ lautet die Begründung im Kern.<sup>38</sup> Gleichwohl äußert sich das Gericht einschränkend dahingehend, dass die datenverarbeitende Stelle „für vor- oder nachgelagerte Vorgänge in der Verarbeitungskette, für die sie weder die Zwecke noch die Mittel festlegt, nicht als (...) verantwortlich angesehen werden [kann]“<sup>39</sup>. Indem der EuGH festhält, dass es zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortung „erforderlich ist, dass der Betreiber und der Anbieter mit diesen Verarbeitungsvorgängen jeweils ein berechtigtes Interesse [...] wahrnehmen, damit diese Vorgänge für jeden Einzelnen von ihnen gerechtfertigt sind“<sup>40</sup>, macht er deutlich, dass eine vollständige Rechtfertigung der Datenverarbeitung mittels eines Erlaubnistatbestandes für jeden gemeinsam Verantwortlichen erforderlich ist.<sup>41</sup>

25 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 15 (*Jehova*).

26 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 16 (*Jehova*).

27 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 17 (*Jehova*).

28 Vgl. dazu die Kommentierung von Schwartzmann/Hermann zu Art. 4 Nr. 6 Rn. 96a.

29 Dazu Schwartzmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die Rechtsprechung des EuGH zum Joint-Controllership, S. 3 f.

30 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 66 ff. (*Jehova*).

31 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 68 (*Jehova*).

32 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 67 und 69 (*Jehova*).

33 EuGH Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 Rn. 71. (*Jehova*).

34 Zum Ganzen vgl. auch Schwartzmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die Rechtsprechung des EuGH zum Joint-Controllership, S. 3 f.

35 Vgl. hierzu auch BeckOK DSGVO-Ehmann/Selmayr Art. 26 Rn. 9; Golland, CR 2019, 676; Nebel Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit bei der Nutzung von Fanpages und Social Plug-ins,

RDV 2019, 9, 12 f.; Sattler Gemeinsame Verantwortlichkeit – getrennte Pflichten, GRUR 2019, 1023 – alternativer Ansatz zur Einordnung der Akteure bei *Lee/Cross* (Gemeinsame) Verantwortlichkeit beim Einsatz von Drittinhalten auf Websites, MMR 2019, 559

36 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 25 ff. (*Fashion ID*).

37 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 65 ff. (*Fashion ID*).

38 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 25 ff. (*Fashion ID*), Rn. 68.

39 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*).

40 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*), Rn. 97.

41 In Deutschland hat sich das AG Mannheim mit der Frage einer gemeinsamen Verantwortlichkeit einer Wohnungseigentümergeinschaft und eines Verwalters auseinandergesetzt und diese bejaht: Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG.

#### 4. Leitlinien zur gemeinsamen Verantwortung

Aus der Rechtsprechung lassen sich somit folgende Leitlinien formulieren<sup>42</sup>:

- Erforderlich für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist, dass ein Verantwortlicher die Datenverarbeitung ermöglicht und die Parameter für die Verarbeitung vorgibt und diese so beeinflusst oder dass die Datenverarbeitung zumindest im Interesse des einen Verantwortlichen erfolgt.<sup>43</sup>
- Nicht erforderlich ist, dass alle Akteure Zugang zu den verarbeiteten personenbezogenen Daten haben, gleichwertige Beiträge erbringen oder schriftliche Anleitungen oder Anweisungen vornehmen.<sup>44</sup>
- Jeder der gemeinsam Verantwortlichen muss sich auf einen eigenen Rechtfertigungstatbestand der DSGVO für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten berufen können.<sup>45</sup>
- Bei vor- oder nachgelagerten Verarbeitungen personenbezogener Daten beschränkt sich die gemeinsame Verantwortlichkeit auf das Glied in der Verarbeitungskette, auf das der jeweilige Verantwortliche Einfluss nimmt, indem er über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet.<sup>46</sup>

#### IV. (Gemeinsame) Verantwortlichkeit von Hochschulen und Hochschullehrer

Die Organisation des Studiums von der Einschreibung über die Prüfungsorganisation bis hin zur Exmatrikulation ist ebenso ein datenschutzrechtliches Thema, wie die Durchführung der Beschäftigungsverhältnisse mit den Angestellten und dem verbeamteten Personal. Davon unabhängig ist der Umgang mit Forschungsdaten zu wissenschaftlichen Zwecken im Rahmen der Forschung für die Hochschule zu behandeln. Nur um letztgenannte geht es im Folgenden. In der Praxis kommt dies etwa in der medizinischen Forschung bei der Auswahl von Teilnehmern an Studien und der Auswertung der Ergebnisse ebenso vor, wie außerhalb des medizinischen Bereichs, wenn es um die Verarbeitung von Daten

von Personen geht, deren Konsumverhalten oder sonstiges Verhalten wissenschaftlich ausgewertet werden soll. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine Datenverarbeitung im Rahmen des Nebenamts als private Tätigkeit erfolgt oder im Hauptamt.

##### 1. Forschung im Rahmen einer Nebentätigkeit

Findet die Datenverarbeitung im Rahmen einer Nebentätigkeit statt, so erfolgt sie im Verhältnis zur Hochschule in der alleinigen Verantwortung des Forschers nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, weil sie unabhängig vom Interesse der Hochschule erfolgt.<sup>47</sup>

##### 2. Forschung im Hauptamt

###### a) Verantwortung der Hochschule

Bei der Forschung im Hauptamt wird vertreten, dass die Datenverarbeitung insgesamt in der alleinigen Verantwortung der Hochschule liege, die die Wissenschaftler auf die Einhaltung der Datenschutzvorgaben zu verpflichten habe.<sup>48</sup>

###### b) Verantwortung des Hochschullehrers

Nach Ansicht eines Zusammenschlusses von Hochschulen und Hochschulleitungsorganen in NRW spricht demgegenüber vieles dafür, dass die Hochschulen bei Forschungsvorhaben gar nicht Verantwortliche iSd Art. 4 Nr. 7 DS-GVO sind, denn über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden nach deren Auffassung alleine die Wissenschaftler und zwar in Ausübung ihres höchstpersönlichen Grundrechts auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG).<sup>49</sup> Diese freie Grundrechtsbetätigung hätten die Hochschule lediglich zu ermöglichen, ohne inhaltlichen Einfluss nehmen zu dürfen.<sup>50</sup>

###### c) Gemeinsame Verantwortung

Beide Betrachtungen begegnen datenschutzrechtlichen Bedenken vor dem Hintergrund der geschilderten Rechtsprechung des EuGH zur (gemeinsamen) Verant-

42 Vgl. dazu EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controllership under Regulation (EU) 2018/1725 vom 07. November 2019, S. 13 und S. 20 f., abrufbar unter [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-11-07\\_edps\\_guidelines\\_on\\_controller\\_processor\\_and\\_jc\\_reg\\_2018\\_1725\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-11-07_edps_guidelines_on_controller_processor_and_jc_reg_2018_1725_en.pdf) (zuletzt abgerufen: 2.12.2019).

43 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 7.

44 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 7.

45 Schwartmann/Jacquemain DataAgenda Arbeitspapier 10 – Die

EuGH-Rechtsprechung zum Joint-Controllership, S. 6.

46 EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 74 (*Fashion ID*).

47 Zu prüfen bliebe, ob sie nicht in gemeinsamer Verantwortung des Forschers mit dem Auftraggeber erfolgt.

48 Rossnagel, ZD 2019, 157, 160.

49 Stellungnahme der behördlichen Datenschutzbeauftragten der Hochschulen des Landes NRW, S. 5.

50 Schwartmann/Hermann in Schwartmann/Pabst (Hrsg.) HK-LDSG NRW § 17 Rn. 2 ff.; Schwartmann/Jacquemain RDV 5/2019, 219 (222).

wortlichkeit nach der DS-GVO (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO). Die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG garantiert Wissenschaftlern große Entscheidungsfreiheit über Auswahl, Fragestellung, Methodik sowie Bewertung von Forschungsergebnissen. Das führt aber nicht dazu, dass sie deshalb die alleinige Verantwortung über Zwecke und Mittel der Forschungsdatenverarbeitung trifft. Eine Vielzahl datenschutzrelevanter Entscheidungen können Forscher nur aufgrund übergeordneter Entscheidungen der Hochschule treffen. Schon durch die Einwirkungsmöglichkeiten im Rahmen der Drittmittelforschung, die Denomination der Professuren und Festlegung von Forschungsschwerpunkten, das Zurverfügungstellen von IT etc. kann und darf der einzelne Hochschullehrer im Verhältnis zur Hochschule nicht allein über Zwecke und Mittel seiner Datenverarbeitung entscheiden. Diese Bedachtnahme auf Vorgaben der Hochschule korrespondiert mit deren Verpflichtung zur Bereitstellung personeller, finanzieller und organisatorischer Mittel.<sup>51</sup> So verpflichtet der Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einfachrechtlich konkretisierende § 4 Abs. 1 HG NRW Land und Hochschulen dazu, jeder Aushöhlung der Freiheitsgarantien vorzubeugen.<sup>52</sup> Dazu gehört, dass funktionsfähige Institutionen für einen freien Wissenschaftsbetrieb erhalten oder hergestellt werden.<sup>53</sup> Für das einzelne Hochschulmitglied resultiert daraus kein originärer Leistungsanspruch, also auch kein Grundausrüstungsanspruch für die Ausübung der Grundfreiheiten aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Es besteht nur ein Anspruch auf verhältnismäßige und am allgemeinen Gleichheitssatz orientierte Teilhabe an Leistungen und Einrichtungen, die vom Staat bereitgestellt sind.<sup>54</sup> Überträgt man dies auf die Bestimmung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit, ist auch die jeweilige Hochschule für die in ihrem Rahmen durchgeführten wissenschaftlichen Forschungsvorhaben gem. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO verantwortlich, da sie die personellen, finanziellen und organisatorischen Mittel der in ihrem Verantwortungsbereich durchgeführten Forschungsvorhaben festlegt und verteilt, so dass die Hochschule dadurch zumindest mittelbar Einfluss auf die Datenverarbeitungszwecke nimmt.

Daneben entscheiden auch Wissenschaftler über die konkreten Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung, etwa darüber, welche Daten welcher Person in einer wis-

senschaftlichen Auswertung eine Rolle spielen, welche Datenquellen genutzt werden und wie die Details der Datenverarbeitung in der konkreten Situation ausgestaltet sind. Daher ist es naheliegend, den Wissenschaftler gemeinsam mit der Hochschule in der (gemeinsamen) Verantwortung nach Art. 26 DS-GVO zu sehen. Eine Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO oder eine einseitige Zurechnung der Verantwortung scheitern an der fehlenden Weisungsgebundenheit des Forschers in Fragen konkreter Entscheidungen über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung bzw. an der ausschließlichen Entscheidungsbefugnis im Gesamtkontext.

Entscheidend für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist die gemeinsame Abwicklung der Datenverarbeitung, die nach Art. 26 DS-GVO insbesondere eine die gemeinsame Festlegung der Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung verlangt. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist keine Parität bei den Verarbeitungsanteilen der Verantwortlichen erforderlich<sup>55</sup> und eine *Beteiligung an der Entscheidung* über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung reicht für eine gemeinsame Verantwortung aus,<sup>56</sup> wenn die jeweilige Datenverarbeitung in einem weiten Sinn einem gemeinsamen Zweck dient. Für die Begründung der gemeinsamen Verantwortlichkeit kommt es darauf an, dass eine konkrete Datenverarbeitung (Personendatenverarbeitung in einem Forschungsvorhaben) durch einen einem weiteren Verantwortlichen im Hintergrund (Hochschule) organisiert und koordiniert wird. Der mögliche Zugriff eines weiteren Verantwortlichen – hier der Hochschule – auf die von den in der konkreten Verarbeitungssituation erhobenen personenbezogenen Daten oder die Einflussnahme durch konkrete Anleitungen oder Anweisungen zur Datenverarbeitung im Einzelfall ist nicht erforderlich.<sup>57</sup> Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH lassen sich also auf die Hochschulen übertragen. Die Wissenschaftseinrichtung ist neben dem wissenschaftlich verantwortlichen Personal an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung beteiligt. Den Hochschulen obliegt die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgten Rechte der Wissenschaftler, indem sie den dafür erforderlich personellen, sachlichen und organisatorischen Rahmen

51 BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 (1177) – Hochschulurteil.

52 Vgl. BeckOK HochschulR NRW/Schemmer HG § 4 Rn. 4.

53 BeckOK HochschulR NRW/Schemmer, 11. Ed. 1.5.2019, HG § 4 Rn. 4.

54 BeckOK HochschulR NRW/Schemmer, 11. Ed. 1.5.2019, HG § 4

Rn. 4.

55 EuGH Urt. v. 5.6.2018-C-210/16 – *Wirtschaftsakademie*.

56 EuGH Urt. v. 5.6.2018 – C-210/16 Rn. 34 ff. – *Fanpages*; EuGH Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 Rn. 70 (*Fashion ID*).

57 EuGH Urt. v. 10.7.2018 – C-25/17 Rn. 69 – *Zeugen Jehovas*.

schaffen (vgl. § 4 HG NRW). Wissenschaftler nutzen diesen Freiraum zur Ausübung ihrer Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG, indem sie den organisatorisch gewährten Freiraum auch im Wege der Datenverarbeitung nutzen.

### 3. Datenverarbeitung im Rahmen der Lehre

Mit Blick auf die Lehre oder den Vollzug prüfungsrechtlicher Vorgaben kommt es zu zahlreichen Datenverarbeitungsvorgängen. Sie betreffen insbesondere die Erhebung von Daten von Studierenden zur Durchführung von Lehrveranstaltungen und Prüfungen. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben dürften Hochschullehrer in der Praxis erheblichen Entscheidungsspielraum mit Blick auf das Führen etwa von Anwesenheits- und Notenlisten haben. In diesen Fällen kann – geht man von einer Weisungshoheit der Hochschule mit Blick auf diese Datenverarbeitungen aus, auch eine Auftragsverarbeitung durch den Hochschullehrer für die Hochschule in Betracht kommen. War nach § 3 Abs. 7 BDSG a.F. noch die Zweckbestimmung der Datenverarbeitung das wesentliche Abgrenzungsmerkmal des Verantwortlichen, so ist dies nach Art. 4 Nr. 7 nunmehr die Entscheidung über Zweck und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten. Mangels weiterer Ausführungen in der DSGVO sowie im BDSG ist somit als Auslegungshilfe auch hier das WP 169 der Art.-29-Datenschutzgruppe sowie die Rechtsprechung des *EuGH*<sup>58</sup> heranzuziehen:<sup>59</sup> Danach ist der Zweck ein „erwartetes Ergebnis, das beabsichtigt ist oder die geplanten Aktionen leitet“ und das Mittel die „Art und Weise, wie ein Ergebnis oder Ziel erreicht wird“.<sup>60</sup> Insoweit ist im Wege einer kontextbezogenen Betrachtung zu prüfen, wer die Zwecke und Mittel der Verarbeitung, d.h. das Ob, Warum und Wie der Verarbeitung der personenbezogenen Daten festlegt.<sup>61</sup> Dabei ist ausschlaggebend, wie detailliert jemand über Zwecke und Mittel entscheidet und welchen Handlungsspielraum er etwa einem vom Verantwortlichen abzugrenzenden Auftragsverarbeiter<sup>62</sup> einräumt.<sup>63</sup> Dabei

kann für die Bestimmung des Verantwortlichen die Entscheidung über Zweck oder Mittel jeweils unterschiedlich im Vordergrund stehen.<sup>64</sup> Als Abwägungskriterien können etwa das Weisungsrecht des Verantwortlichen gegenüber dem Auftragsverarbeiter, die Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Auftragsverarbeiter oder die Abgrenzung der verschiedenen Handlungsspielräume dienen.<sup>65</sup> Letztlich ist zu fragen, wer entscheidet, warum eine Verarbeitung erfolgt und dabei die Rolle und mögliche Beteiligung der jeweiligen Akteure festlegt. Die Entscheidung über die Mittel beinhaltet sowohl technische als auch organisatorische Fragen.<sup>66</sup>

## V. Rechtliche Konsequenzen der Rechtsprechung

In den Fällen, in denen man zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit zwischen Hochschule und Hochschullehrer kommt, sind die Vorgaben des Art. 26 DS-GVO zu beachten. Es bedarf dann einer Vereinbarung zwischen den Beteiligten (Hochschule/ Wissenschaftler) über die Übernahme der Verpflichtungen nach der DS-GVO.<sup>67</sup> Eine Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO hat nur deklaratorische Wirkung, so dass auch ohne Vereinbarung eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht. Fehlt die Vereinbarung muss jeder Verantwortliche selbst alle Pflichten aus der DSGVO erfüllen. Eine fehlerhafte Einordnung (z.B. als Auftragsverarbeitung) ist sanktionsfähig. Der Vorteil der gemeinsamen Verantwortung liegt in der Möglichkeit der Verteilung der Pflichten aus der DS-GVO auf die gemeinsam Verantwortlichen. Ihr Gegenstand muss etwa die Festlegung zur Erfüllung der Pflichten nach der DSGVO, insbesondere die Rechte betroffener Personen, Art. 15 ff DSGVO und die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO sein. Ihr Ziel ist es, die tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen gebührend widerzuspiegeln. Es geht darum transparent zu machen, welche Verantwortlichen beteiligt sind, welche Verarbei-

58 *EuGH* Urt. v. 29. Juli 2019 Rs. C-40/17 (*Fashion ID*); *EuGH* Urt. v. 10. Juli 2018 Rs. C-25/17 (*Jehova*); *EuGH* Urt. v. 05. Juni 2018 Rs. C-210/16 (*Fanpage*); *AG Mannheim*, Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG.

59 So auch Gierschmann-Kramer Art. 4 Nr. 7 Rn. 23; Kühling/Buchner-Hartung Art. 4 Nr. 7 Rn. 13.

60 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16.

61 *AG Mannheim*, Urt. v. 11.09.2019 – Az. 5 C 1733/19 WEG Rn. 23; *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; Kühling/Buchner-Hartung Art. 4 Nr. 7 Rn. 13; zur Abgrenzung der gemeinsamen zur alleinigen Verantwortung *Kartheuser/Nabulsi* Abgrenzungsfragen bei gemeinsam Verantwortlichen, MMR

2019, 717, 718 ff.

62 Zum Begriff des Auftragsverarbeiters Schwartmann/Hermann in HK DSGVO/BDSG Art. 4 Rn. 27 ff.

63 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16.

64 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; Gierschmann-Kramer Art. 4 Nr. 7 Rn. 27;

65 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16; Kühling/Buchner-Hartung Art. 4 Nr. 7 Rn. 13.

66 *Art.-29-Datenschutzgruppe* WP 169 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, S. 16 f.

67 Vertiefend dazu *Kremer* in HK-DS-GVO/BDSG Art. 26 Rn. 31 ff

tungen betroffen sind (entsprechend Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO) und welche Entscheidungen gemeinsam von Verantwortlichen getroffen werden. Nach der Transparenzpflicht des Art. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 DSGVO ist die Vereinbarung in transparenter Form zu gestalten und das „Wesentliche“ der Vereinbarung muss den betroffenen Personen zur Verfügung gestellt werden. „Wesentliches“ meint mit Blick auf Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO die „jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen“. Zur Verfügung gestellt werden kann sie als Annex zur Datenschutzhinweisung nach Art. 13/14 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO.<sup>68</sup>

Bei Fehlen oder Mängeln der Vereinbarung kommen Sanktionen durch Aufsichtsbehörden in Betracht. Mögliche Sanktionsgründe können insbesondere die falsche Zuordnung der Leistungsbeziehung (etwa Auftragsverarbeitung statt Joint Controllership), eine fehlende oder unvollständige Vereinbarung der gemeinsam Verantwortlichen (Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO), die Nichterfüllung der Festlegungen aus der Vereinbarung, oder die Verweigerung der Erfüllung von Rechten betroffener Personen sein (Art. 26 Abs. 3 DSGVO). Nach Art. 26 Abs. 3 DSGVO haftet jeder Verantwortliche vollumfänglich gegenüber betroffenen Personen.

## VI. Handlungsempfehlung für Hochschulen

Geht man von der gemeinsamen Verantwortung aus, spricht aufgrund der Einbindung des Forschers in die Hochschulorganisation vieles dafür, dass die Hochschule sowohl im Verhältnis zu den Betroffenen als auch im Verhältnis zur Datenschutzaufsicht die datenschutzrechtliche Verantwortung organisiert und diese im Innenverhältnis zum Hochschullehrer übernimmt.<sup>69</sup> Die im Rahmen von Art. 26 DS-GVO rechtlich zulässige Freistellung des Forschers von der datenschutzrechtlichen Haftung im Innenverhältnis<sup>70</sup> ist im Hochschulkontext geboten, weil das wissenschaftliche Personal nur

auf diese Weise vollumfänglich von der verfassungsrechtlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit Gebrauch machen kann. Forscher und Hochschulen sollten insgesamt gemeinsam auf die Schaffung eines sicheren und einheitlichen Rahmens für Verarbeitung personenbezogener Daten hinwirken und dabei aber immer auch die Freiheit ihrer Forschung im Auge haben. Die rechtlichen Rahmenvorgaben sind in vielen Fällen noch nicht spezifiziert. Wissenschaftler sind daran gewöhnt und darauf angewiesen unter freiheitlichen Bedingungen zu arbeiten. Jeder Forscher muss gleichwohl auf den sorgsamsten Umgang mit Daten achten und sensibel werden. Dazu zählen vor allem auch der Einsatz und die Nutzung der technischen Hilfsmittel.<sup>71</sup> Auch über den wissenschaftlichen Bereich hinausgehend, sollten Hochschulen etwa auch im Rahmen ihrer fiskalischen Tätigkeit ihre Leistungsbeziehungen überprüfen, insbesondere stellt sich die Frage, ob eine „alte Auftragsdatenverarbeitung“ auch noch Auftragsverarbeitung nach der DSGVO ist, ob eine „alte Funktionsübertragung“ nicht nunmehr gemeinsame Verantwortung ist und wie die hochschulinternen Vereinbarungen zur Datenverarbeitung gestaltet sind. Wichtig ist es, insbesondere den Betrieb von Fanpages und anderer Social Media-Aktivitäten und den Einsatz ihrer IT bis hin zu fremder Plugins (Like-Button etc.) auf den Prüfstand zu stellen. Denn hier besteht nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts Gewissheit, dass eine Vereinbarung zwischen der Hochschule und dem jeweiligen Anbieter des Dienstes erforderlich ist.

Der Autor leitet die Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der Technischen Hochschule Köln und ist Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V.

68 Vgl. dazu etwa das tabellarische Beispiel von Payback: <https://www.payback.de/gemeinsam-verantwortlich>.

69 Schwartzmann, *Forschung und Lehre* 2019, 1006, 1007; Schwartzmann/Jacquemain RDV 5/2019, 219 (222); dazu insgesamt

Kremer in HK-DS-GVO/BDSG Art. 26 Rn. 21.

70 Schwartzmann/Hermann in Schwartzmann/Pabst (Hrsg.) HK-LDSG NRW § 17 Rn. 2 ff. Dazu Kremer CR 2019, 225 (232).

71 Schwartzmann, *Forschung und Lehre* 2019, 1006, 1007.

