

Christina Claudia Breunig

# **Interessenwahrnehmung durch fremdnützige Datenverwerter im niederländischen und deutschen Recht**

Untersuchung am Beispiel ausgewählter  
Datenverwertungsmodelle

**Band 12**

Christina Claudia Breunig

# Interessenwahrnehmung durch fremdnützige Datenverwerter im niederländischen und deut- schen Recht

Untersuchung am Beispiel ausgewählter Datenverwertungsmodelle

## **digital | recht**

Schriften zum Immaterialgüter-, IT-, Medien-, Daten- und Wettbe-  
werbsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Maximilian Becker, Prof. Dr. Katharina  
de la Durantaye, Prof. Dr. Franz Hofmann, Prof. Dr. Ruth Janal,  
Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg, Prof. Dr. Benjamin Raue,  
Prof. Dr. Herbert Zech

**Band 12**

*Christina Claudia Breunig*, geboren 1991 in Aschaffenburg; Studium der Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth; 2016 Erste Juristische Staatsprüfung; 2022 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2023 Zulassung als Rechtsanwältin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig als elektronische Version über die Webseite der Schriftenreihe: <http://digitalrecht-z.uni-trier.de/> zur Verfügung.

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ CC BY-ND 4.0 International (Namensnennung, keine Bearbeitung) lizenziert:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, an denen keine Rechte der Autorin/des Autors oder der UB Trier bestehen.

Umschlaggestaltung von Monika Molin

ISBN: 9783758417924

URN: urn:nbn:de:hbz:385-2023071704

DOI: <https://doi.org/10.25353/ubtr-xxxx-14b4-72ad>



© 2023, Christina Claudia Breunig, Frankfurt

Die Schriftenreihe wird gefördert von der Universität Trier und dem Institut für Recht und Digitalisierung Trier (IRDT).

Anschrift der Herausgeber: Universitätsring 15, 54296 Trier.

 UNIVERSITÄT  
TRIER

**IRDT** Institut für  
Recht und Digitalisierung  
Trier

Meinen Eltern.  
In Liebe und Dankbarkeit.



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2020 als Dissertation bei der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth eingereicht und im Mai 2023 verteidigt. Die Arbeit und die entsprechenden Nachweise beruhen im Wesentlichen auf dem Stand des Jahres 2020.

Mein tiefster Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel. Er weckte in mir nicht nur den Entschluss zur Anfertigung dieser Arbeit, sondern stand mir auch während der Bearbeitung mit Rat und Tat zur Seite. Dabei wurde er es nicht müde, Ideen mit mir zu diskutieren und weiterzuspinnen, bewahrte mir hinsichtlich der inhaltlichen Ausrichtung jedoch stets die nötige wissenschaftliche Freiheit. Danke, lieber Martin für dein allzeit offenes Ohr, die vielfältigen Inspirationen und die Unterstützung bei einer nicht ganz klassischen Themenfindung.

Ebenso zu Dank verpflichtet bin ich Prof. Dr. Ruth Janal, LL.M. für die Erstellung des Zweitgutachtens und den wertvollen Hinweis auf die Schriftenreihe digital | recht. Ich bedanke mich bei Prof. Dr. Benjamin Raue und sämtlichen Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe und die hiermit verbundene Möglichkeit der Open-Access-Veröffentlichung.

Mein herzlicher Dank gebührt zudem Tim Wybitul und Anita de Jong, die mir während meiner wissenschaftlichen Mitarbeit einen mehrmonatigen Forschungsaufenthalt in den Büroräumen der Kanzlei Hogan Lovells am Standort Amsterdam ermöglichten. Der hiermit verbundene Zugang zu niederländischer Literatur ermöglichte mir erst die vertiefte Untersuchung und Auseinandersetzung mit dem niederländischen Interessenwahrnehmungsrecht. *Hartelijk dank* an das gesamte Team für die herzliche Aufnahme vor Ort!

Ich danke zudem Petra Wesemann für die Bereitstellung eines rechtsorde.nl-Zugangs während meiner wissenschaftlichen Beschäftigung bei der Kanzlei Baker McKenzie. Danke dafür, dass Sie einen Weg gefunden haben, wie ich den Zugang auch noch nach der Beendigung meiner Tätigkeit nutzen konnte.

Meiner Freundin Franziska Lange-Schlüter danke ich für die stetige Bereitschaft zur Diskussion meiner Ansätze und die hierdurch gewonnenen Anregungen. Ebenso danke ich meiner Freundin Celina Niesigk, die mich zu dem langjährigen Promotionsvorhaben ermutigt und durchgehend unterstützt hat.

Unmöglich schließlich wäre die Anfertigung dieser Arbeit ohne meine Eltern Sigrun und Bernhard Breunig gewesen, die mich bereits mein ganzes Leben lang bedingungslos unterstützen und mir ausnahmslos und mit viel Zuversicht zur Seite stehen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Frankfurt, im Oktober 2023

Christina Breunig

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
<i>Kapitel 1</i>	
<i>Einleitung</i> .....	1
<i>Teil 1</i>	
<i>Grundlagen</i> .....	9
<i>Kapitel 2</i>	
<i>Rechtsgeschäftliche Übertragung von Rechten</i> .....	11
A. Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Deutschland.....	11
B. <i>Causaal stelsel</i> in den Niederlanden.....	15
C. Rechtsvergleichende Betrachtung – Übertragung in den Niederlanden unabhängig von der <i>causa</i> .....	17
<i>Kapitel 3</i>	
<i>Datenschutzrechtliche Grundlagen</i> .....	19
A. Entwicklung des Rechts auf Datenschutz und seine verfassungsrechtliche Verankerung.....	20
B. Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen nach der DSGVO.....	25
I. Einwilligung in die Datenverarbeitung .....	29
II. Datenverarbeitung zur Vertragsdurchführung.....	32
III. Datenverarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Verantwortlichen.....	34

C. Datenschutzrechtliche Einwilligung als möglicher Vertragsgegenstand....	37
D. Datenschutzrechtliche Sicherungspflichten.....	43

## Teil 2

<i>Vertragsverhältnisse mit Interessenwahrnehmungscharakter.....</i>	47
--	----

## Kapitel 4

<i>Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter.....</i>	49
--	----

A. Leistung oder Erfolg geschuldet – Dienstvertrag und Werkvertrag im deutschen Recht.....	49
B. <i>Overeenkomst van opdracht</i> als Ausgangspunkt in den Niederlanden.....	51
C. <i>Aannemingsovereenkomst</i> über ein <i>werk van stoffelijke aard</i> .....	55
D. Rechtsvergleichende Betrachtung – Unterschiede in den Abgrenzungskriterien .....	58

## Kapitel 5

<i>Vertragsverhältnisse über die Wahrnehmung fremder Interessen.....</i>	63
--	----

A. Auftrag und entgeltliche Geschäftsbesorgung – Interessenwahrnehmung im deutschen Recht.....	64
B. Interessenwahrnehmung als Vertragsgegenstand der <i>opdracht tot belangenbehartiging</i> .....	67
C. Rechtsvergleichende Betrachtung – umfassender Anwendungsbereich der <i>overeenkomst van opdracht</i> .....	69

## Kapitel 6

<i>Interessenwahrnehmung durch Intermediäre.....</i>	71
--	----

A. Rechtsgeschäftliche Befugnis zur unmittelbaren Vertretung.....	72
I. Vollmacht im Kontext des Stellvertretungsrechts in Deutschland..	72
II. Vollmacht als Ausgangspunkt des Stellvertretungsrechts in den Niederlanden.....	77
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – weitreichende Rechtsscheinhaftung in den Niederlanden .....	83
B. <i>Lastgevingsovereenkomst</i> – Verpflichtung zur direkten oder mittelbaren Vertretung .....	87
C. Vertragliche Abbildung der mittelbaren Vertretung.....	92

I. Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem Vertreter und Vertretenem in Deutschland .....	93
II. Lastgevingsovereenkomst als Rechtsverhältnis zur Abbildung der mittelbaren Vertretung in den Niederlanden .....	99
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – gesetzlich normierte Durchgriffsmöglichkeiten im niederländischen Recht.....	103
D. Vermittlungstätigkeiten durch Makler und <i>bemiddelaar</i> .....	105
I. Keine Pflicht zum Tätigwerden des Maklers in Deutschland.....	106
II. Bemiddelingsovereenkomst verpflichtet zum Tätigwerden.....	108
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – erhebliche Unterschiede der gesetzlichen Leitbilder .....	113

### Kapitel 7

<i>Treuhandcharakter von Interessenwahrnehmungsverhältnissen</i> .....	115
A. Treuhand in Deutschland .....	117
I. Arten der Treuhand ausgehend von sachenrechtlichen Befugnissen über das Treugut .....	117
II. Entwicklungsbestrebungen hin zu einem schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungsrecht.....	123
B. <i>Fiduciaire rechtsverhoudingen</i> in den Niederlanden .....	124
I. Primär sachenrechtliche Zielsetzung des fiduciaverbod .....	124
II. Alternativen zur klassischen fiducia .....	127
C. Rechtsvergleichende Betrachtung – Ausgestaltung einer Ermächtigungstreuhand in beiden Ländern zulässig .....	131

### Teil 3

<i>Einordnung der untersuchten Datenverwertungsmodelle als funktionale Datentreuhand</i> .....	135
--	-----

### Kapitel 8

<i>Überblick über die untersuchten Datenverwertungsmodelle</i> .....	137
A. Dime – Data is me.....	137
I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts .....	137
II. Auswertung der Beschreibung.....	141
B. <i>Data Fairplay</i> .....	145

I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts	145
II. Auswertung der Beschreibung.....	148
C. <i>Datacoup</i> .....	150
I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts	150
II. Auswertung der Beschreibung.....	152
D. Zusammenfassende Gegenüberstellung der Auswertungen.....	154

### *Kapitel 9*

<i>Modellübergreifende Ableitung von Leistungspflichten</i> .....	157
---	-----

A. Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes mit bestimmten Funktionalitäten .....	158
B. Pflicht zur Wahrung der Interessen der Datensubjekte .....	161
I. Interessenwahrnehmung zur Unterstützung beim Absatz der Daten	162
II. Interessenwahrnehmung zur Gewährleistung von Kontrolle .....	163
III. Einhaltung des Qualitätsstandards Fairness .....	166
1. Anforderungen des Qualitätsstandards bei Data Fairplay .....	167
2. Anforderungen des Qualitätsstandards bei Dime.....	167
C. Ergebnis: Interessenwahrnehmungspflicht als charakterisierende Pflicht	169

### *Kapitel 10*

<i>Typisierungsüberlegungen bezüglich der Pflicht zur Absatzunterstützung</i> .....	171
A. Einführung zu plattformbasierten Internetdiensten .....	172
B. Anwendbarkeit von für Plattformen geltende Einordnungskriterien auf die Datenverwertungsmodelle.....	176
C. Varianten vertraglicher Ausgestaltung bei Drei-Personen-Konstellationen mit Bezug zur Datenverwertung .....	178
I. Ausführungsverträge zwischen anbietender und nachfragender Partei .....	179
II. Ausführungsverträge zwischen nachfragender Partei und Plattformbetreiber.....	181
III. Bilaterale Rahmenverträge in den untersuchten Modellen .....	182

D. Vertragspartnereigenschaft von Plattformen im Lichte der <i>Uber</i> -Rechtsprechung.....	183
I. Uber als Erbringerin von Beförderungsdienstleistungen.....	185
II. Der Einfluss des Plattformbetreibers als Anhaltspunkt für die vertragliche Einordnung und Maultzsch's Kritik .....	188
III. Berücksichtigung des "beherrschenden Eindrucks" des Plattformbetreibers im Rahmen der Vertragsauslegung.....	192
E. Exemplarische Einordnung der Pflicht zur Absatzunterstützung.....	194
I. Dime – Funktion eines mittelbaren Stellvertreters.....	196
1. Auslegung des Internetauftritts ergibt mittelbar stellvertretende Tätigkeit .....	196
2. Plattformspezifische Kriterien erfordern keine andere Bewertung .....	198
3. Vertragliche Abbildung durch Kommissionsrecht und lastgevingsovereenkomst .....	200
II. Data Fairplay – Funktion eines Vermittlers.....	204
1. Auslegung des Internetauftritts ergibt vermittelnde Stellung .....	204
2. Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch plattformspezifische Kriterien .....	206
3. Vertragliche Abbildung durch Auftragsrecht und bemiddelingsovereenkomst .....	206
III. Datacoup – Funktion eines Zwischenhändlers .....	208
1. Auslegung des Internetauftritts zeigt Doppelfunktion.....	208
2. Folgen eines (unzulässigen) Selbsteintritts für die Vertragsbeziehungen .....	210
3. Plattformspezifische Kriterien zeigen beherrschenden Eindruck .....	211
4. Vertragliche Abbildung durch Auftragsrecht und bemiddelingsovereenkomst .....	212
F. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	214

## Kapitel 11

<i>Datenschutzrechtliche Abbildung der Verwertungsmodelle</i> .....	217
A. Abbildung der Rahmenverträge mittels Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) und Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO .....	218
I. „Vertragserfüllung“ rechtfertigt Datenverarbeitungen im Rahmen der Pflichtenerfüllung .....	218

II. Ausdrückliche Einwilligung bei Betroffenheit sensibler Daten erforderlich.....	221
III. Verarbeitungen außerhalb der vertraglichen Pflichtenerfüllung bedürfen zusätzlicher Rechtfertigung .....	222
B. Abbildung der Ausführungsverträge mittels datenschutzrechtlicher Einwilligung .....	225
I. Einwilligung der Datensubjekte als Gegenstand der Ausführungsverträge .....	225
II. Entbehrlichkeit der Einwilligung bei anonymisierter Weitergabe	227
C. Stellvertretung und Botenschaft bei datenschutzrechtlicher Einwilligung .....	228
I. Zulässigkeit von Stellvertretung und Botenschaft .....	229
II. Abbildung in den Datenverwertungsmodellen .....	232
D. Verknüpfung von schuldrechtlicher Ausgestaltung und datenschutzrechtlicher Zulässigkeit .....	234

### *Kapitel 12*

<i>Kontrollpflicht bedingt besondere Vertrauenssituation – Überlegungen zu einer Datentreuhand.....</i>	<i>237</i>
---	------------

A. Überlegungen zum Begriff der Datentreuhand nach deutschem Recht..	239
I. Treuhand über Daten keine klassische Treuhand .....	239
II. Vollmacht zur Einwilligungserteilung gewährt datenschutzrechtliche Macht .....	242
1. Gleichlauf von „datenschutzrechtlichem Können“ und „schuldrechtlichem Dürfen“ beim Datenverwerter Dime.....	242
2. Dingliche Rechtsmacht und datenschutzrechtliche Macht .....	244
3. Datenschutzrecht als Grenze datenschutzrechtlicher Macht .....	247
III. Datentreuhand unterfällt vom Sachenrecht losgelösten Treuhandbegriff.....	248
1. Personenbezogene Daten als Treugut.....	248
2. Offenlegung von Daten bedingt „Einwirkungsmacht“ des Datentreuhänders.....	251
IV. Ergebnis: Datentreuhand nach deutschem Recht de lege lata geeigneter Begriff für die Überlassung von Daten zu Verwertungszwecken.....	255

B. Überlegungen zu einem fiduziarischen Rechtsverhältnis über Daten nach niederländischem Recht .....	256
I. Last tot beheer of exploitatie als fiduziarisches Rechtsverhältnis ..	257
II. „Last tot gegevensbeheer of exploitatie“ als hypothetisches Pendant zum Begriff der Datentreuhand .....	259
C. Zusammenfassung der Überlegungen zum Begriff der Datentreuhand und ihrem niederländischen Äquivalent .....	261
D. Einordnung der Verwertungsmodelle unter die erarbeiteten Begrifflichkeiten .....	263

### *Kapitel 13*

<i>Ergebnis der Einordnung: Datenverwertungsverhältnisse als faktische Datentreuhandverhältnisse .....</i>	<i>267</i>
--	------------

### *Teil 4*

<i>Interessenkonflikte und deren Vermeidung – Konkretisierung der Pflichten eines fremdnützigen Datenverwerters.....</i>	<i>271</i>
--	------------

### *Kapitel 14*

<i>Interessenkonflikte – Systematisierung, Regelungsstruktur und Rechtsfolgen.....</i>	<i>273</i>
--	------------

A. Systematisierung von Interessenkonflikten mit Bezügen zum Datenverwertungsverhältnis.....	273
B. Regelungsstruktur interessenwahrender Vorschriften.....	276
C. Rechtsfolgen bei Verletzung interessenwahrender Pflichten .....	279
D. Wechselwirkungen mit dem Datenschutzrecht – Pflichten und Abbildung von Interessenkonflikten .....	283
I. Ergänzung schuldrechtlicher Vorschriften durch das Datenschutzrecht .....	283
II. Abbildung von Interessenkonflikten im Datenschutzrecht.....	285
1. Widerruf und Widerspruch als interessenverwirklichende Interventionsrechte .....	286
2. Korrelation von interessenwährendem Verhalten und Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO .....	288
3. Schranken der Rechtfertigungsgründe als datenschutzrechtliche Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte .....	291
III. Rechtsfolgen datenschutzrechtlicher Verstöße .....	292

*Kapitel 15*

<i>Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis</i> .....	295
A. Pflicht zur Interessenwahrnehmung .....	296
I. Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht als Ausgangspunkt einer allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht .....	297
II. Sorgpflicht des opdrachtnemer, art. 7:40 BW, umfasst Pflicht zur Interessenwahrnehmung .....	300
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – einzelfallbezogene Ausprägung der Pflicht zur Interessenwahrnehmung .....	304
IV. Ausgeprägte Interessenwahrnehmungspflicht der Datenverwerter .....	305
V. Datenschutzrecht dient Schutz des Einzelnen und somit Verwirklichung seiner Interessen.....	308
B. Ausführende Person der interessenwahrnehmenden Tätigkeiten .....	311
I. Interessenwahrnehmung im Zweifel unübertragbar, § 664 Abs. 1 S. 1 BGB.....	312
II. Gesamtschuldnerische Verantwortung des „tatsächlichen opdrachtnemer“, art. 7:404 BW .....	316
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – unterschiedliche Regelungen zur persönlichen Ausführung.....	322
IV. Ausführung der Datenverwertung.....	325
V. Selbstständige Datenverarbeitungen durch Dritte nur mit Rechtsgrundlage zulässig.....	325
1. Einschalten von Hilfspersonen grundsätzlich erlaubt .....	325
2. Abgrenzung von Auftragsverarbeitung und gemeinsamer Verantwortlichkeit .....	328
3. Parallelen zu schuldrechtlichen Vorgaben .....	331
C. Konkretisierung der Interessenwahrnehmung durch Weisungen .....	332
I. Spannungsverhältnis zwischen selbstständigem Tätigwerden und Weisungsbefugnis, § 665 BGB.....	332
II. Weisungsbefugnis des opdrachtgever und Beendigungsrecht des opdrachtnemer, art. 7:402 BW .....	336
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – stärkere Weisungsgebundenheit des Beauftragten im deutschen Recht ...	340
IV. Weisungsrecht der Datensubjekte gegenüber den Datenverwertern .....	342

V. Datenschutzrechtliche Interventionsrechte der betroffenen Person	343
D. Offenlegung und Rechenschaft im Interessenwahrnehmungsverhältnis	346
I. Offenlegung während Durchführung der Interessenwahrnehmung	347
1. Benachrichtigungspflicht des Beauftragten, § 666 Fall 1 BGB und Auskunftsanspruch des Geschäftsherrn, § 666 Fall 2 BGB	347
2. Art. 7:403 lid 1 BW – Unterrichtung über Ausführung und Fertigstellung der opdracht	351
3. Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten – belangenverstrengeling, art. 7:418 BW	353
II. Rechenschaft über Ausführung der Interessenwahrnehmung	356
1. Rechenschaftspflicht nach § 666 Fall 3 BGB	356
2. Rechenschaftspflicht gemäß art. 7:403 lid 2 BW	358
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – vergleichbarer Umfang von Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten	360
IV. Dime verstößt gegen Rechenschaftspflicht	361
V. Informations- und Benachrichtigungspflichten nach DSGVO	363
E. Herausgabepflicht des Interessenwahrers	367
I. Pflicht zur Herausgabe nach § 667 BGB	368
II. Ableitung einer Herausgabepflicht aus art. 7:403 lid 2 BW	370
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – Herausgabepflicht umfasst Überlassenes und Erlangtes	371
IV. Erlös und Wertsteigerung gebührt den Datensubjekten	371
V. Löschung beendet Einwirkungsmöglichkeit des Verantwortlichen	373

## *Kapitel 16*

<i>Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung</i>	377
A. Regelungsstruktur bei mittelbarer und unmittelbarer Vertretung	378
B. Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung im Einzelnen	380
I. Insihgeschäft, § 181 BGB – Selbstkontrahieren im fremden Namen und Mehrfachvertretung	380
II. Selbsteintritt des Kommissionärs, § 400 HGB – Selbstkontrahieren im eigenen Namen	383

III. Selbsteintritt, art. 7:416 BW – Selbstkontrahieren im fremden und eigenen Namen.....	385
IV. Twee heren dienen, art. 7:417 BW – Mehrfachvertretung.....	389
C. Rechtsvergleichende Betrachtung .....	391
I. Handlungsbeschränkungen bei unzulässigem Selbsteintritt im fremden Namen .....	392
II. Unterschiedliche dogmatische Einordnung eines Selbsteintritts im fremden Namen .....	394
III. Keine Handlungsbeschränkung bei unzulässiger Mehrfachvertretung in den Niederlanden.....	395
D. Selbsteintritt von <i>Dime</i> wäre unzulässig .....	396
E. Zulässigkeit von Verarbeitungen im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen .....	397
I. Rechtsgrundlage bei erlaubtem Selbstkontrahieren und erlaubter Mehrfachvertretung .....	398
II. Rechtsgrundlage bei schwebend unwirksamen Verträgen.....	398
1. Vorvertragliche Maßnahmen bedürfen dem Willen beider Parteien .....	399
2. Schwebend unwirksamer Vertrag kein „Vertrag“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO .....	400
3. Berechtigtes Interesse des Verantwortlichen an Herbeiführung eines Schwebezustands .....	401
III. Rechtsgrundlage beim unerlaubten Abschluss wirksamer Verträge .....	403
IV. Rechtsgrundlage bei Formmangel der Gestattung .....	404
V. Nationale schuldrechtliche Besonderheiten beeinflussen datenschutzrechtliche Zulässigkeit .....	405

### *Kapitel 17*

<i>Doppeltätigkeit und Selbstkontrahieren eines Vermittlers</i> .....	407
---	-----

A. Zulässigkeit und Folgen doppelter Vermittlungstätigkeiten .....	408
I. Verwirkung der Vergütung bei vertragswidriger Doppelmakelerei, § 654 BGB.....	408
II. Anwendbarkeit des twee heren dienen, art. 7:417 BW .....	410
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – Provisionsverlust nach beiden Rechtsordnungen.....	411

IV. Doppeltätigkeit von Data Fairplay zulässig .....	412
V. Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Doppeltätigkeit zulässig.....	413
B. Klassifizierung des Selbstkontrahierens eines Vermittlers.....	414
I. Eigengeschäft in Deutschland .....	414
II. Behandlung als twee heren dienen in den Niederlanden .....	415
III. Rechtsvergleichende Betrachtung – unterschiedliche dogmatische Einordnung .....	417
IV. Selbstkontrahieren von Datacoup unzulässig.....	418
V. Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Selbstkontrahieren zulässig.....	420

## Teil 5

<i>Schlussbetrachtung</i> .....	421
---------------------------------	-----

## Kapitel 18

<i>Gesamtbetrachtung</i> .....	423
--------------------------------	-----

## Kapitel 19

<i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i> .....	427
--	-----

A. Einordnung fremdnütziger Datenverwertungsverhältnisse als faktische Datentreuhand .....	427
I. Schuldrechtliche Einordnung fremdnütziger Datenverwertungsmodelle .....	427
1. Fremdnützige Datenverwertungsmodelle als Interessenwahrnehmungsverhältnisse .....	428
2. Regelungsstruktur von Interessenwahrnehmungsverhältnissen in Deutschland und den Niederlanden .....	429
3. Einordnung der exemplarisch untersuchten Datenverwertungsverhältnisse.....	431
4. Entwicklung des „beherrschenden Eindrucks“ als plattformspezifisches Auslegungskriterium.....	433
II. Datenschutzrechtliche Abbildung der Verwertungsmodelle.....	433
1. Abbildung von Rahmen- und Ausführungsverträgen.....	434
2. Stellvertretung und Botenschaft bei datenschutzrechtlicher Einwilligung .....	436
III. Einordnung als Datentreuhand.....	437

1. Fiduziarische Rechtsverhältnisse in Deutschland und den Niederlanden.....	437
2. Ausgestaltung einer Datentreuhand de lege lata in Deutschland	438
3. „Last tot gegevensbeheer of exploitatie“ als fiduziarisches Rechtsverhältnis in den Niederlanden .....	440
4. Einordnung der untersuchten Verwertungsmodelle als Datentreuhand.....	441
B. Interessenwahrende Vorschriften und Handlungsbeschränkungen für fremdnützige Datenverwerter.....	442
I. Schuld- und datenschutzrechtliche Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis .....	442
1. Pflicht zur Interessenwahrnehmung.....	443
2. Ausführende Person der Interessenwahrnehmung.....	444
3. Konkretisierung des Interessenwahrnehmungsverhältnisses durch Weisungen.....	445
4. Offenlegung und Rechenschaft im Interessenwahrnehmungsverhältnis .....	446
5. Herausgabepflicht des Interessenwahrers .....	448
II. Strenge Voraussetzungen für Selbsteintritt, Mehrfachvertretung und Doppeltätigkeit eines Interessenwahrers .....	449
1. Schuldrechtliche Vorgaben und Handlungsbeschränkungen ...	449
2. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit (un)erlaubter Handlungen .	452
III. Datenschutzrecht als Interessenwahrnehmungsrecht .....	453
 Literaturverzeichnis .....	 457
 Anhang 1: Internetauftritt <i>Dime</i> .....	 481
Anhang 2: Internetauftritt <i>Data Fairplay</i> .....	487
Anhang 3: Internetauftritt <i>Datacoup</i> .....	503
Anhang 4: Protokoll – Interview mit <i>Mariska van Boehmen</i> , Gründerin von <i>Dime</i> .....	517

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
aant.	aantal
Abs.	Absatz/ Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
afl.	aflevering
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
App	Applikation
Art.	Artikel(n)/ Article
art.	artikel(en)
Art.-29-DSG	Artikel-29-Datenschutzgruppe
AVG	Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)
BayObLG	Bayrisches oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales

BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BN'ers	Bekende Nederlanders
bspw.	beispielsweise
Buchst.	Buchstabe(n)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven (nl. Gericht)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CJEU	Court of Justice of the European Union
Co.	Kompanie
COM	European Commission
CR	Computerrecht (dt. und nl. Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DatenSR	Datenschutzrecht
Digitale Inhalte-RL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
DSAnpUG-EU	Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU
DSGVO/DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
DS-RL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr
dt.	deutsch
Dtl.	Deutschland
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
e.v.	en folgende

EBJS	Ebenroth/ Boujong/ Joost/ Strohn
ECLI	European Case Law Identifier
EDPB	European Data Protection Board
EDPS	European Data Protection Supervisor
EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf v	Einführung vor
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englisch
E-Privacy-RL	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation
ErwGr.	Erwägungsgrund/ Erwägungsgründe
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende/ fortfolgende
FAQ	Frequently Asked Questions
GDPR	Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)
gem.	gemäß
GewA	Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

ggü.	gegenüber
GR-Charta	EU-Grundrechtecharta
grds.	grundsätzlich
GROM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen (nl. Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	GRUR Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-Prax	Praxis für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR	GRUR Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
GS	Groene Serie
Gw	Grondwet
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Handelsvertreter-RL	Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter
HB	Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk	Handkommentar
HR	Hoge Raad
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/ im Sinne der
i.S.v./ iSv	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Inl.	inleidende
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IR	Tijdschrift voor Internetrecht
IRLCT	International Review of Law, Computers & Technology
IT	Informationstechnologie
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht

JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
jo.	juncto
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KG	Kammergericht
KKRD	Koller/ Kindler/ Roth/ Drüen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
m.nt.	met noot
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht (nl. Zeitschrift)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie (nl. Zeitschrift)
NJB	Nederlands Juristenblad (nl. Zeitschrift)
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak (nl. Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-Beil	NJW Beilage (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
nl.	niederländisch
Nl.	Niederlande
no.	number
Nr.	Nummer
nr.	nummer/number
NtEr	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
opm.	opmerking(en)

opt.	optional
OVG	Oberverwaltungsgericht
P&C	Privacy & Compliance (nl. Zeitschrift)
P&I	Privacy & Informatie (nl. Zeitschrift)
P2B-Verordnung	Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten
PWW	Prütting/ Wegen/ Weinreich
r+s	recht und schaden (Zeitschrift)
Rb.	Rechtbank
Rdnr.	Randnummer
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz
SachenR	Sachenrecht
SEW	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
sog.	sogenannt
stellv.	stellvertretend
T&C	Tekst & commentaar
t/m	tot en met
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TvC	Tijdschrift voor consumentenrecht & handelspraktijken
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UAVG	Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming
UrhG	Urheberrechtsgesetz
USA	United States of America
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vor	Vorbemerkung

VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WD	Wissenschaftliche Dienste
WISO	Wirtschafts- und Sozialpolitik
WP	Working Party
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht



## Kapitel 1

# Einleitung

*„Der Marktplatz für deine Daten –  
Direkt. Fair. Transparent.“*

Data Fairplay, Deutschland<sup>1</sup>

*„Inzicht en controle over jouw data.  
Verdien geld met persoonlijke data.“*

Dime – Data is me, Niederlande<sup>2</sup>

*„Unlock the Value of Your Personal  
Data. Introducing the world’s first per-  
sonal data marketplace.“*

Datacoup, USA<sup>3</sup>

Im Zeitalter von Big Data und dem Internet der Dinge werden so viele Nutzerdaten preisgegeben und gesammelt wie nie zuvor. Die Erhebung, Verknüpfung und Verarbeitung personenbezogener Daten eröffnet der Wirtschaft ungeahnte Möglichkeiten der Wertschöpfung.<sup>4</sup> Die mannigfache Aufbereitung der Daten lässt wirtschaftliche Akteure profitieren. Der Nutzer jedoch, der viel-

---

<sup>1</sup> <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>2</sup> <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>3</sup> <https://Datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>4</sup> Kerber, GRUR Int. 2016, 639 (639); Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697 (1697).

fach selbst Gegenstand kommerzieller Interessen ist, wird an den Gewinnen zu-  
meist nicht beteiligt.<sup>5</sup> Die zunehmende Kommerzialisierung von Daten wirft  
komplexe schuldrechtliche, datenschutzrechtliche und wettbewerbsrechtliche  
Fragen auf.<sup>6</sup> Schließlich sind personenbezogene Daten kein beliebiges Wirt-  
schaftsgut, sondern Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung.<sup>7</sup> Mit der  
beispiellosen Menge an Daten, die über das Verhalten, die Wünsche, Interessen  
und Meinungen fast aller Mitglieder der Gesellschaft gesammelt werden, wächst  
die Besorgnis über den Verlust der Privatsphäre und der individuellen Autono-  
mie.<sup>8</sup> Die anhaltende Kritik an der Datenverwertungspraxis bringt Start-ups her-  
vor, die dieser Praxis durch innovative Geschäftsmodelle entgegenwirken wol-  
len. Sie wollen natürlichen Personen die Möglichkeit eröffnen, die Kontrolle  
über ihre Daten zurückzuerhalten.<sup>9</sup> Die Geschäftsmodelle verstehen sich als di-  
gitaler Marktplatz, auf welchem der Einzelne seine personenbezogenen Daten  
bewusst und kontrolliert „verkaufen“ kann. Natürliche Personen sollen nicht  
nur die Kontrolle darüber erhalten, welche konkreten Daten sie zur Nutzung  
freigeben, sondern – entgegen der bisherigen Gepflogenheiten – auch finanziell  
für die Offenlegung kompensiert und damit an der Wertschöpfung beteiligt  
werden.<sup>10</sup>

Ob eine Kommerzialisierung von Daten aus grundrechtlicher und datenschutz-  
rechtlicher Sicht überhaupt zulässig ist, wurde bereits von mehreren Autoren  
erörtert und überwiegend bejaht.<sup>11</sup> Ebenso kam der Frage nach den datenschutz-

---

<sup>5</sup> Jöns, Daten als Handelsware, 17 ff.

<sup>6</sup> Zech, GRUR 2015, 1151 (1152); Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697 (1697); Kerber,  
GRUR Int. 2016, 639 (640).

<sup>7</sup> Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697 (1697); Ensthaler, NJW 2016, 3473 (3473).

<sup>8</sup> Kerber, GRUR Int. 2016, 639 (639).

<sup>9</sup> Neben den in dieser Arbeit exemplarisch untersuchten Start-ups *Dime*, *Data Fairplay* und  
*Datacoup* gibt es weitere Start-ups mit dieser Geschäftsidee, z.B.: *Bitsaboutme*, <https://bits-about.me/de/> (zuletzt aufgerufen am 11.05.2020); *Datawallet*, <https://datawallet.com/> (zu-  
letzt aufgerufen am 12.05.2020); *Citizenme*, <https://www.citizenme.com/> (zuletzt aufgerufen  
am 12.05.2020).

<sup>10</sup> Vgl. hierzu die Internetauftritte der soeben genannten Start-ups.

<sup>11</sup> S. etwa: Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht; Specht-Riemenschnei-  
der, Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, 75 ff.; Schmidt-Kessel/Grimm, ZfPW 2017,  
84 (88 ff.); Dommering, in: 16 miljoen BN'ers, 83; Sattler, in: Telematiktarife & Co., 1.

rechtlichen Anforderungen und der schuldrechtlichen Einordnung eines Vertragsverhältnisses, das eine Datennutzungsbefugnis zum Gegenstand hat, zuletzt vermehrte Aufmerksamkeit zu.<sup>12</sup> Eine rechtliche Untersuchung der vorgestellten neuartigen Geschäftsmodelle ist bis dato nicht erfolgt.<sup>13</sup> Die in Deutschland und den Niederlanden geltende Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien, innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei über Abschluss, Inhalt und die Rechtsfolgen von Verträgen zu bestimmen.<sup>14</sup> Die Ausgestaltung eines digitalen Marktplatzes für personenbezogene Daten ist somit innerhalb der gesetzlichen Grenzen und unabhängig von gesetzlich normierten Schuldverhältnissen möglich. Die Zuordnung der den Geschäftsmodellen zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse zu gesetzlichen Vertragstypen ist dennoch unerlässlich, um die Rechte von Verbrauchern zu bestimmen. Durch die Zuordnung werden zwingende Pflichten und der daraus resultierende Handlungsspielraum von Datenverwertern identifiziert.

Die beworbenen Geschäftsmodelle wollen natürliche Personen bei der Verwertung ihrer personenbezogenen Daten unterstützen – und somit die Interessen dergleichen wahrnehmen. Eine Interessenwahrnehmung birgt jedoch stets das Potential von Interessenkonflikten. Interessenwahrnehmungsverhältnisse zeichnen sich dadurch aus, dass eine Überlagerung der Interessensphären der Parteien stattfindet. So kommen in der Person des Interessenwahrers regelmäßig seine eigenen Interessen mit den gegebenenfalls entgegenstehenden Interessen der Partei, für die er tätig wird, zusammen. Es besteht dann die Gefahr einer Kollision von Eigen- mit Fremdinteressen.<sup>15</sup> Durch die Zuordnung zu einem Vertragstyp und der damit einhergehenden Bestimmung des Pflichtengefüges kann das hohe Interessenkonfliktpotential aufgelöst werden. Es wird sichergestellt, dass die Interessen natürlicher Personen, der zumeist schwächeren Partei,

---

<sup>12</sup> S. hierzu: *Langhanke*, Daten als Leistung; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218; *Metzger*, AcP 216 (2016), 818; *Specht*, JZ 2017, 763; *Hacker*, ZfPW 2019, 148; *Cristofaro*, in: Rechte an Daten, 151.

<sup>13</sup> Kurz gehaltene abstrakte Überlegungen zum Vertragsverhältnis mit Datentreuhändern finden sich bei: *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 290 f.; *Wendeborst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (111 ff.).

<sup>14</sup> Für Dtl.: *Busche*, in: MüKo-BGB, BGB Vor § 145, Rdnr. 24; für die Nl.: *Hondius*, WPnR 1990/5982, 768 (770).

<sup>15</sup> S. hierzu: Kapitel 5.

tatsächlich gewahrt werden – trotz eventuell gegenläufiger Eigeninteressen des Interessenwahrers.

Die vorliegende Arbeit widmet sich daher der Erfassung der schuldrechtlichen Beziehung zwischen den Intermediären (im Folgenden: Datenverwertern) und natürlichen Personen (im Folgenden: Datensubjekten). Aufgrund der regelmäßig schwächeren Stellung natürlicher Personen gegenüber spezialisierten Unternehmen, hier den Datenverwertern, untersucht die Arbeit die Vertragsbeziehung aus einer Verbraucherperspektive mit Augenmerk auf die Pflichten der Datenverwerter. Die Untersuchung erfolgt rechtsvergleichend mit den Niederlanden. Es wird sich zeigen, dass das Vertragsverhältnis nach beiden Rechtsordnungen als Interessenwahrungsverhältnis mit Treuhandcharakter einzuordnen ist. Damit unterliegen die Datenverwerter sowohl einer allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht als auch besonderen interessenwahrenden Vorschriften. Die schuldrechtliche Untersuchung erfolgt unter Bezugnahme auf verbundene datenschutzrechtliche Aspekte. Schuld- und Datenschutzrecht können nicht losgelöst voneinander betrachtet werden, sondern stehen vielmehr in einer wechselseitigen Beziehung zueinander. Der Untersuchungsgegenstand beschränkt sich auf die Analyse der Rahmenvertragsbeziehung von Datensubjekten und Datenverwertern (im Folgenden: Rahmenverträge). Die für einen erfolgreichen Verwertungsvorgang erforderlichen Verträge über die Datennutzung (im Folgenden: Ausführungsverträge) werden nur da, wo es für die Einordnung der Rahmenverträge von Relevanz ist, beleuchtet. Kartellrechtlichen Fragestellungen<sup>16</sup> wird nicht nachgegangen. Ebenso bleibt die Frage, ob die teils als kostenfrei beworbenen Dienste tatsächlich kostenlos sind, oder gar selbst als eine (Dienst-)Leistung gegen Daten anzusehen sind, sowie die Rahmenbeziehung der Datenverwerter zu an den Daten interessierten Unternehmen, den „Käufern“, ausgespart. Bei der Analyse des Zusammenspiels zwischen Schuld- und Datenschutzrecht werden datenschutzrechtliche (Auslegungs-)Feinheiten zwischen den Ländern nicht beleuchtet. Jene sind für die Erfassung der Modelle nicht erforderlich. Die Fragen der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit, datenschutzrechtlicher Grenzen und datenschutzrechtlicher Pflichten lassen sich zufriedenstellend aus einem länderübergreifenden Blickwinkel beurteilen.

---

<sup>16</sup> Zu kartellrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung und spezifisch bei Plattformen sei verwiesen auf: *Körber/Immenga*, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie; *Spieker gen. Döhmman*, GRUR 2019, 341; *Busch*, GRUR 2019, 788.

Die Untersuchung orientiert sich maßgeblich an drei Start-ups, die ihre Geschäftsmodelle zum Zeitpunkt des Beginns der Forschung bereits entwickelt hatten und im Internet anboten. Das Heranziehen exemplarischer Modelle hat den Vorteil, dass abstrakte Forschungsergebnisse konkret hinterfragt und subsumiert werden können. Die untersuchten Modelle sind so gewählt, dass sie zum einen die gleiche Zielsetzung, die Eröffnung eines „fairen“ Marktplatzes für personenbezogene Daten, verfolgen, sich zum anderen aber in der konkreten Ausgestaltung unterscheiden. Hierdurch wird gewährleistet, dass die Untersuchung trotz des konkreten Bezugs möglichst vielfältige und umfassende Ergebnisse hervorbringt, die als allgemeingültige Basis zur Einordnung verschiedenster Datenverwertungsmodelle angesehen werden können. Um die Geschäftsidee länderunabhängig erfassen zu können, werden Start-ups aus den Vergleichsrechtsordnungen Deutschland und den Niederlanden, jedoch auch aus den USA herangezogen. Das niederländische Start-up *Dime – Data is me* (*Dime*), wurde 2013 aus einer studentischen Initiative heraus mit dem Ziel der Einführung eines ethischen Datenhandels gegründet.<sup>17</sup> Im Jahr 2014 folgte das Hamburger Start-up *Data Fairplay*,<sup>18</sup> das es sich ebenso wie *Dime* zum Ziel gesetzt hat, dem Einzelnen die Kontrolle über seine Daten zurückzugeben.<sup>19</sup> Den beiden europäischen Unternehmen wird das US-amerikanische Unternehmen *Datacoup* gegenübergestellt, das bereits 2012 gegründet<sup>20</sup> wurde und einen weit aus liberaleren Ansatz verfolgt. Dieser zielt vorwiegend auf die Monetarisierung personenbezogener Daten ab.<sup>21</sup> Die vorliegende Arbeit untersucht die Start-ups nicht unter der jeweiligen Ursprungsrechtsordnung. Vielmehr wird die jeweilige

---

<sup>17</sup> Mariska van Bohemen over Dime, Interview in *Marketing Tribune*, 11 sep 2015, abrufbar unter: [https://www.marketingtribune.nl/media/nieuws/2015/09/\[interview\]-mariska-van-bohemen-over-dime/index.xml](https://www.marketingtribune.nl/media/nieuws/2015/09/[interview]-mariska-van-bohemen-over-dime/index.xml) (zuletzt aufgerufen am 11.05.2020).

<sup>18</sup> *Schlautmann/ Koenen*, Geld her für meine Daten!, Handelsblatt, 05.03.2014, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/cebit2014/neue-plattform-data-fairplay-geld-her-fuer-meine-daten/9565908.html> (zuletzt aufgerufen am 11.05.2020).

<sup>19</sup> S. für eine zusammenfassende Gegenüberstellung der Leistungsbeschreibung der untersuchten Start-ups: Kapitel 8 D.

<sup>20</sup> *Tom Brewster*, Meet Datacoup – the company that wants to help you sell your data, the Guardian, 05.08.2014, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/technology/2014/sep/05/datacoup-consumer-sell-data-control-privacy-advertising> (zuletzt aufgerufen am 11.05.2020).

<sup>21</sup> S. für eine zusammenfassende Gegenüberstellung der Leistungsbeschreibung der untersuchten Start-ups: Kapitel 8 D.

Geschäftsidee erfasst, abstrahiert und sodann erörtert, welche Pflichten mit der Vertragstypenzuordnung in den Vergleichsrechtsordnungen Deutschland und den Niederlanden einhergehen. Für die Untersuchung wird die Darstellung der jeweiligen Internetauftritte Ende des Jahres 2017 herangezogen. Der Internetauftritt zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit im Sommer 2020 variiert hiervon teils stark, da die einzelnen Unternehmen sich weiterentwickelt, oder aber, wie viele junge Unternehmen, ihre Geschäftstätigkeit eingestellt haben. Die besagten Internetauftritte aus dem Jahr 2017 sind anhand von Screenshots in den Anhängen 1 bis 3 einzusehen.

Das niederländische Recht wird als Vergleichsrechtsordnung gewählt, da es ein deutlich ausgeprägteres schuldrechtliches Regelungsregime zum Umgang mit Interessenkonflikten als das deutsche Recht bietet und bisher nur selten Gegenstand deutschsprachiger Untersuchungen war.<sup>22</sup> Die Erfassung jener Vorschriften in der deutschen Sprache sowie der angegliederte Rechtsvergleich sollen eine neue Perspektive zum Umgang mit solchen Kollisionen aufzeigen. Als Teil einer größeren Forschungsgruppe zu digitalen Themen rund um die Forschungsstelle für Verbraucherrecht Bayreuth und ihrem Direktor Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, soll die vorliegende Arbeit einen Beitrag zur Entwicklung eines Datenschuldrechts leisten.

Die rechtsvergleichende Untersuchung richtet sich am methodischen Grundprinzip der Funktionalität aus, wonach nur das vergleichbar ist, „was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt“.<sup>23</sup> Eine fruchtbare Anwendung der funktionalen Methode erfordert für die vorliegende Untersuchung eine vorangestellte Einordnung der Datenverwertungsverhältnisse unter die in Deutschland und den Niederlanden bestehenden Vertragstypen. Dies geschieht mittels einer dog-

---

<sup>22</sup> Sehr allgemein zum niederländischen Recht bisher: *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht; zum niederländischen Vertragstyp *overeenkomst van opdracht*: *Westkamp*, Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländischen Recht.

<sup>23</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 33; kritisch zum „claim[...] of monopoly“ der Funktionalität als Methode der Rechtsvergleichung, *Michaels*, in: *The Oxford handbook of comparative law*, 339 (343); zu seinem Vorschlag, das Prinzip der Funktionalität methodischer auszurichten s.: *Michaels*, in: *The Oxford handbook of comparative law*, 339 (363 ff.).

matischen Herangehensweise. Die erfolgte Vertragstypisierung ermöglicht sodann eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem gefundenen Regelungsregime und einen darauf basierenden sachfragenorientierten Rechtsvergleich. Auch innerhalb der an sich dogmatisch geprägten Vertragstypenzuordnung findet im Rahmen der Länderberichte an gebotener Stelle ein funktionaler Rechtsvergleich statt. Aufgrund der noch nicht bestehenden Dogmatiken wird zur Erfassung der Datenverwertungsverhältnisse daher gleichermaßen eine dogmatische und sachfragenorientierte Herangehensweise gewählt. Innerhalb der Arbeit finden methodische Perspektivenwechsel statt.<sup>24</sup>

Die Untersuchung beginnt in ihrem ersten Teil mit einer Darstellung zivilrechtlicher und datenschutzrechtlicher Grundlagen, die für die spätere Einordnung als Treuhandverhältnis relevant sind. Der zweite Teil enthält eine Erörterung der Vertragsverhältnisse mit Interessenwahrnehmungscharakter der untersuchten Rechtsordnungen und legt damit den Grundstein für die in Teil drei vorgenommene Vertragstypisierung, die das Pflichtengefüge der Datenverwerter festlegt. Nach einer Beschreibung der Internetauftritte der exemplarisch herangezogenen Datenverwertungsmodelle, werden modellübergreifend Leistungspflichten der Datenverwerter abgeleitet. Diese erfahren, unter Hinzuziehung von für Plattformen geltenden Einordnungskriterien, eine modellspezifische vertragliche Einordnung. Es wird untersucht, ob die fremdnützige Verwertung von Daten als Treuhandverhältnis qualifiziert werden kann. Dabei werden grundsätzliche Erwägungen zur Ausgestaltung einer Datentreuhand angestellt. Die vertragliche Einordnung wird von der Bestimmung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit und Abbildbarkeit der Verwertungsmodelle flankiert. Der vierte Teil setzt sich vertieft mit im Datenverwertungsverhältnis drohenden Interessenkonflikten und den zu deren Vermeidung bestehenden schuldrechtlichen Pflichten und Handlungsbeschränkungen auseinander. Dabei wird dem sich bereits im dritten Teil zeigenden Zusammenspiel von Schuld- und Datenschutzrecht weiter nachgegangen und analysiert, ob und inwieweit die schuldrechtlichen Pflichten durch das Datenschutzrecht ergänzt oder gar abgebildet werden. In der Schlussbetrachtung werden die Herausforderungen im Zusammenhang mit fremdnützigen Datenverwertungsverhältnissen aufgezeigt und die gefundenen Ergebnisse reflektiert.

---

<sup>24</sup> Vgl. zur Notwendigkeit der Bestimmung einer eigenen Methode im Rahmen der Rechtsvergleichung: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 32.



Teil 1

Grundlagen



## Kapitel 2

# Rechtsgeschäftliche Übertragung von Rechten

Vertragsverhältnisse mit dem Gegenstand der fremdnützigen Datenverwertung sind durch einen besonderen Vertrauenstatbestand geprägt, der die Einordnung als fiduziarisches Verhältnis bedingt.<sup>1</sup> Dem Umgang der deutschen und der niederländischen Rechtsordnung mit fiduziarischen Rechtsverhältnissen liegen unterschiedliche Prinzipien zugrunde. Während die rechtsgeschäftliche Übertragung von Rechten in Deutschland nach dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip erfolgt (Abschnitt A.), findet in den Niederlanden das sogenannte *causaal stelsel* (Kausalitätsprinzip) Anwendung (Abschnitt B.). Das *causaal stelsel* führt dazu, dass die wirksame Übertragung von Rechten in den Niederlanden von einem wirksamen Rechtsgrund, der *causa*, abhängt. In Deutschland hingegen ist die Übertragung von Rechten grundsätzlich vom Vorliegen eines Rechtsgrunds für die Übertragung losgelöst zu betrachten (Abschnitt C.). Die hieraus resultierenden Unterschiede bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Rechten sind essentiell, um den Umgang der Rechtsordnungen mit fiduziarischen Rechtsverhältnissen zu verstehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das in den Niederlanden geltende *fiduciaverbod*, welches bestimmte treuhänderische Verhältnisse verbietet.<sup>2</sup>

### A. Trennungs- und Abstraktionsprinzip in Deutschland

Das BGB unterscheidet zwischen der rechtsgeschäftlichen Übertragung von beweglichen Sachen (§§ 929 ff. BGB)<sup>3</sup>, von Grundstücken (§§ 873, 925 ff.

---

<sup>1</sup> Kapitel 13.

<sup>2</sup> Zum *fiduciaverbod*: Kapitel 7 B.I.

<sup>3</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 12.

BGB)<sup>4</sup> sowie von Forderungen (§§ 398 ff. BGB).<sup>5</sup> Die dort normierten Voraussetzungen einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Übertragung weisen Parallelen auf.<sup>6</sup> Erforderlich ist stets ein Willenselement, das die Privatautonomie wieder spiegelt, sowie die Verfügungsbefugnis des Veräußerers. Bei beweglichen Sachen und Grundstücken ist zusätzlich die Publizität des Übergangs vorausgesetzt.<sup>7</sup> Für die Übertragung von Forderungen besteht das Publizitätserfordernis nicht.<sup>8</sup> Die Übertragung von Urheberrechten ist grundsätzlich ausgeschlossen (§ 29 Abs. 1 UrhG).<sup>9</sup> Stattdessen können Nutzungsrechte eingeräumt, schuldrechtliche Einwilligungen gegeben oder Vereinbarungen zu Verwertungsrechten getroffen werden.<sup>10</sup> Ferner sind bestimmte Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte zulässig.<sup>11</sup>

Im Detail erfordert die rechtsgeschäftliche Übertragung beweglicher Sachen gemäß § 929 BGB eine Einigung der Parteien, dass das Eigentum übergehen soll, sogenannte dingliche Einigung<sup>12</sup>, die Übergabe der Sache<sup>13</sup>, sowie die Verfügungsbefugnis des Veräußerers.<sup>14</sup> Das Trennungsprinzip besagt, dass die dingliche Einigung ein von der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung zu

---

<sup>4</sup> *Kohler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 6; § 873 BGB gilt nicht nur für die Übertragung, sondern auch für die Belastung eines Grundstücks mit einem Recht, sowie für die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts, vgl. § 873 Abs. 1 BGB.

<sup>5</sup> *Müller*, in: PWW-BGB, BGB § 398, Rdnr. 1.

<sup>6</sup> *Kohler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 2.

<sup>7</sup> *Kohler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 2.

<sup>8</sup> *Schulze*, in: Hk-BGB, BGB § 398, Rdnr. 2; s. zu den Voraussetzungen im Detail die sogleich folgenden Ausführungen.

<sup>9</sup> § 29 Abs. 1 UrhG; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG § 29, Rdnr. 3.

<sup>10</sup> Vgl. § 29 Abs. 2 S. 1 ggf. i.V.m. § 31 UrhG; *Hoche*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 29, Rdnr. 34.

<sup>11</sup> § 29 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 39 UrhG; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG § 29, Rdnr. 20.

<sup>12</sup> *Kindl*, in: BeckOK-BGB, BGB § 929, Rdnr. 8; *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB § 929, Rdnr. 3; BGH, Urteil vom 24. Juni 1958 – VIII ZR 205/57 (LG Wuppertal), NJW 1958, 1133 (1134); zur dinglichen Einigung als Rechtsgeschäft s. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 23-26.

<sup>13</sup> Die Übergabe der Sache ist ein Realakt, *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB § 929, Rdnr. 10; *Kindl*, in: BeckOK-BGB, BGB § 929, Rdnr. 23.

<sup>14</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 1.

unterscheidendes Rechtsgeschäft darstellt.<sup>15</sup> Die schuldrechtliche Verpflichtung ist zwar der Rechtsgrund (*causa*) der Verfügung. Die tatsächliche Veränderung der dinglichen Rechtslage erfolgt aber erst durch die Verfügung selbst.<sup>16</sup> Darüber hinaus ist die Verfügung von der *causa*, z.B. einem Kaufvertrag, losgelöst und abstrakt zu betrachten, sogenanntes Abstraktionsprinzip.<sup>17</sup> Als Konsequenz aus dem Abstraktionsprinzip bleibt die Wirksamkeit der Verfügung bei Fehlen eines Rechtsgrunds unberührt.<sup>18</sup> Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts wird von der Frage, ob eine *causa* besteht und ob diese wirksam ist, nicht berührt.<sup>19</sup> Trennungs- und Abstraktionsprinzip sind allgemeine Grundsätze des Sachenrechts, die für sämtliche Verfügungsgeschäfte gelten.<sup>20</sup>

Die Übergabe der beweglichen Sache stellt die Publizität des Vorgangs sicher.<sup>21</sup> Sie ist in bestimmten Fällen entbehrlich (§ 929 S. 2 BGB) oder kann durch ein Besitzmittlungskonstitut (§§ 868, 930 BGB) oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 BGB) ersetzt werden.<sup>22</sup> Bei Grundstücken wird die zur wirksamen Übereignung erforderliche dingliche Einigung<sup>23</sup> Auflassung genannt.<sup>24</sup> Diese muss „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen

---

<sup>15</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 5.

<sup>16</sup> *Gaier*, in: MüKo-BGB, BGB Einl. SachenR, Rdnr. 15.

<sup>17</sup> *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB § 929, Rdnr. 4; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 8.

<sup>18</sup> *Oechsler*, in: MüKo-BGB, BGB § 929, Rdnr. 10; *Kindl*, in: BeckOK-BGB, BGB § 929, Rdnr. 5.

<sup>19</sup> *Gaier*, in: MüKo-BGB, BGB Einl. SachenR, Rdnr. 16.

<sup>20</sup> *Gaier*, in: MüKo-BGB, BGB Einl. SachenR, Rdnr. 9 ff.

<sup>21</sup> *Staudinger*, in: Hk-BGB, BGB § 873, Rdnr. 8.

<sup>22</sup> *Prütting*, Sachenrecht, § 32, Rdnr. 375.

<sup>23</sup> *Eckert*, in: BeckOK-BGB, BGB § 873, Rdnr. 14; *Kobler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 49; auch für die Verfügung an Grundstücken gelten freilich Trennungs- und Abstraktionsprinzip.

<sup>24</sup> Vgl. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB; *Grün*, in: BeckOK-BGB, BGB § 925, Rdnr. 1.

Stelle erklärt werden<sup>25</sup>.<sup>25</sup> Ferner muss die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen werden.<sup>26</sup> Hierdurch wird dem Erfordernis der Publizität des Rechtsübergangs entsprochen.<sup>27</sup> Wie schon bei der Übertragung beweglicher Sachen, ist auch bei der Übereignung von Grundstücken, die Verfügungsbefugnis des Veräußerers Voraussetzung für einen wirksamen Eigentumsübergang.<sup>28</sup>

Die Übertragung von Forderungen ist in Buch 2 des BGB, dem Recht der Schuldverhältnisse verortet.<sup>29</sup> Sie wird Abtretung oder Zession genannt.<sup>30</sup> Auch hier ist eine Einigung über den Übergang zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Gläubiger erforderlich.<sup>31</sup> Die Abtretung ist ein Verfügungsvertrag.<sup>32</sup> Für eine wirksame Abtretung muss die Forderung tatsächlich bestehen und der bisherige Gläubiger (Zedent) Verfügungsbefugt sein.<sup>33</sup> Ferner darf die Abtretung nicht gemäß §§ 399, 400 BGB ausgeschlossen sein.<sup>34</sup> Als Folge der Abtretung tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Es findet ein Gläubigerwechsel statt.<sup>35</sup>

---

<sup>25</sup> § 925 Abs. 1 S. 1 BGB; Die Auflassung ist eine Formvorschrift mit Warn- Beratungs- und Belehrungsfunktion. Gleichzeitig sollen klare Unterlagen für die Grundbucheintragung ein Auseinanderfallen von Grundbuch und materieller Rechtslage verhindern, *Rubwinkel*, in: MüKo-BGB, BGB § 925, Rdnr. 1.

<sup>26</sup> § 873 Abs. 1 BGB; *Staudinger*, in: Hk-BGB, BGB § 873, Rdnr. 8; in Ausnahmefällen entfällt das Erfordernis der Eintragung, *Kohler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 94.

<sup>27</sup> *Kohler*, in: MüKo-BGB, BGB § 873, Rdnr. 2.

<sup>28</sup> *Staudinger*, in: Hk-BGB, BGB § 873, Rdnr. 14.

<sup>29</sup> §§ 398 ff BGB.

<sup>30</sup> Vgl. § 398 S. 1 BGB.

<sup>31</sup> *Schulze*, in: Hk-BGB, BGB § 398, Rdnr. 3; *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB, BGB § 398, Rdnr. 3.

<sup>32</sup> *Müller*, in: PWW-BGB, BGB § 398, Rdnr. 4; *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB, BGB § 398, Rdnr. 13.

<sup>33</sup> *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB, BGB § 398, Rdnr. 10.

<sup>34</sup> *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB, BGB § 398, Rdnr. 62; *Schulze*, in: Hk-BGB, BGB § 399, Rdnr. 1.

<sup>35</sup> § 398 S. 2 BGB; *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB, BGB § 398, Rdnr. 1.

## B. Causaal stelsel in den Nederlanden

In den Nederlanden ist die rechtsgeschäftliche Übertragung von *goederen* (die *overdracht*) im allgemeinen Vermögensrecht, dem dritten Buch des *Burgerlijk Wetboek* (BW), einheitlich geregelt (art. 3:83 e.v. BW<sup>36</sup>).<sup>37</sup> Der Begriff *goed* umfasst gemäß art. 3:1 BW alle *zaken*<sup>38</sup> und *vermogensrechten*<sup>39</sup>, also sowohl (bewegliche und unbewegliche) stoffliche Objekte, als auch Vermögensrechte.<sup>40</sup> Eigentum ist gemäß art. 3:83 lid 1 BW grundsätzlich übertragbar.<sup>41</sup> Das gilt ebenso für Forderungen.<sup>42</sup> Deren Übertragbarkeit kann aber vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>43</sup> Sonstige Rechte, z.B. intellektuelle Eigentumsrechte sind nur dann übertragbar, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist.<sup>44</sup> Voraussetzung einer Übertragung (*overdracht*) ist gemäß art. 3:84 lid 1 BW eine *levering* (Leistung), ein *geldige titel* (gültiger Titel), sowie die *beschikkingsbevoegdheid* (Verfügungsbefugnis) des Veräußerers.<sup>45</sup>

Auch in den Nederlanden besteht das Prinzip der Trennung zwischen verpflichtendem und dinglichem Rechtsgeschäft.<sup>46</sup> Der alleinige Abschluss einer

<sup>36</sup> Titel 4. *Verkrijging en verlies van goederen.*

<sup>37</sup> *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 135.

<sup>38</sup> *Zaken* sind in art. 3:2 BW definiert: „*Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten.*“; auf dt.: *Zaken* sind für das menschliche Bewusstsein wahrnehmbare stoffliche Objekte.

<sup>39</sup> *Vermogensrechten* sind in art. 3:6 BW definiert.

<sup>40</sup> Vgl. den Wortlaut des art. 3:1 BW: „*Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.*“ *Stein*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:1, aant. A.

<sup>41</sup> Art. 3:83 lid 1 BW; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 205; *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:83, aant. 2.

<sup>42</sup> Art. 3:83 lid 1 BW; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 206; *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:83, aant. 2.

<sup>43</sup> Art. 3:83 lid 2 BW; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 213; *Bergervoet*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:83, aant. 15; *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:83, aant. 4.

<sup>44</sup> Art. 3:83 lid 3 BW; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 207; *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:83, aant. 5.

<sup>45</sup> Art. 3:84 lid 1 BW; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 219; *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 136.

<sup>46</sup> *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 142; zur Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft: *Keirse*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.2.4.3.

Verpflichtung zur Übertragung, etwa ein Kaufvertrag, bewirkt noch nicht den Übergang der Sache. Der Übergang muss noch mittels der *levering* (Leistung) ausgeführt werden.<sup>47</sup> Die *levering* bezeichnet die für die Übertragung von den Parteien erforderlichen Handlungen. Überwiegend wird für eine wirksame *levering* zudem eine *goederenrechtelijke overeenkomst*, ein dinglicher Vertrag, gefordert.<sup>48</sup> Zweck der *levering* ist die öffentliche Nachvollziehbarkeit des Rechtsübergangs.<sup>49</sup> Die Art und Weise, auf die die *levering* zu erfolgen hat, ist in den art. 3:89 e.v. BW für die verschiedenen *goederen* differenziert geregelt.<sup>50</sup> Die *levering* beweglicher Sachen geschieht beispielsweise mittels Besitzverschaffung.<sup>51</sup> Im Gegensatz zu Deutschland, wo das Abstraktionsprinzip gilt, gilt in den Niederlanden das *causaal stelsel* (Kausalitätsprinzip). Erfolgt die *levering* ohne gültigen *titel*, findet keine *overdracht*, also kein Rechtsübergang, statt.<sup>52</sup> Für einen wirksamen Übergang ist nämlich nicht nur eine *goederenrechtelijke overeenkomst* (dinglicher Vertrag), sondern auch ein gültiger<sup>53</sup> *titel* erforderlich.<sup>54</sup> Der Begriff des *titel* meint das der Übertragung zugrunde liegende Rechtsverhältnis.<sup>55</sup> Dies kann beispielsweise ein schuldrechtlicher Vertrag, etwa ein Kaufvertrag sein. Ein *titel* kann aber auch kraft Gesetz bestehen, sodass nicht nur an schuldrechtliche Verpflichtungen zu denken ist.<sup>56</sup> Das sich aus dem *causaal stel-*

<sup>47</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.1.1.

<sup>48</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.1.1; Rank-Berenschot, in: T&C BW, BW art. 3:84, aant. 2; Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 222. Der Charakter der *goederenrechtelijke overeenkomst* ist umstritten, vgl. Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.2.4.2.

<sup>49</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.1.2.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu die Übersicht von Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.3.3.3; s. ausführlich zu den verschiedenen Arten der *levering*: Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 292 ff.

<sup>51</sup> Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 311.

<sup>52</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.4.2.3.1; s. hierzu auch Mincke, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 142 ff.

<sup>53</sup> Zu Beispielen, wann ein *titel* nicht gültig ist: Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.4.2.3.2.

<sup>54</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.4.1.1.

<sup>55</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.A.

<sup>56</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.4.2.2.

sel ergebende Zusammenspiel von Rechtsgrund und Übertragung soll unge-rechtfertigte Vermögensverschiebungen verhindern<sup>57</sup> und bietet den Anknüp-fungspunkt für das *fiduciaverbod*.<sup>58</sup> Neben der *levering* (Leistung) und einem gültigen *titel* (Rechtsgrund) ist außerdem die Verfügungsbefugnis des Veräuße-rers eine Voraussetzung einer wirksamen Übertragung.<sup>59</sup> Verfügungsbefugt ist grundsätzlich der Rechteinhaber<sup>60</sup> oder eine Person, die vom Rechteinhaber eine Verfügungsbefugnis erteilt bekommen hat.<sup>61</sup>

### C. Rechtsvergleichende Betrachtung – Übertragung in den Niederlanden unabhängig von der *causa*

Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive lässt sich festhalten, dass beide Rechtsordnungen zwischen dem Grund, der *causa*, für einen rechtsgeschäftli-chen Eigentumsübergang und dem Übergang an sich, der mittels einer Verfü-gung herbeigeführt wird, unterscheiden. In den Niederlanden sind für die Wirk-samkeit einer Übertragung von *goederen* sowohl eine wirksame *causa* (*geldige titel*) als auch die dingliche Einigung (*goederenrechtelijke overeenkomst* im Rah-men der *levering*) erforderlich. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, findet kein Rechtsübergang statt. Das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft sind in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängig, sogenanntes *causaal stelsel* (Kausalitätsprinzip). In Deutschland gilt im Gegensatz hierzu das Abstraktions-prinzip, welches über die Trennung von Rechtsgrund und Übertragung hinaus deren Unabhängigkeit voneinander bewirkt. Eine wirksame Übertragung setzt somit nur eine wirksame Verfügung, nicht aber auch einen bestehenden Rechts-grund für diese Verfügung voraus. *Causa* und dingliche Einigung sind vonei-ander unabhängig. Hierdurch entstehende Unterschiede werden im Rahmen

---

<sup>57</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.4.1.2.

<sup>58</sup> In den Niederlanden sind bestimmte fiduziarische Rechtsverhältnisse verboten, s. Kapi-tel 7 B. I.

<sup>59</sup> Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 285; Rank-Berenschot, in: T&C BW, BW art. 3:84, aant. 2.

<sup>60</sup> Keirse, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.5.2.2.

<sup>61</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 136.

der Treuhandüberlegungen<sup>62</sup> deutlich. Abgesehen von diesem elementaren Unterschied laufen die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Übertragung von Rechten in Deutschland und den Niederlanden weitestgehend parallel. Neben einer Einigung der Parteien ist häufig die Publizität des Übergangs sowie die Verfügungsbefugnis des Veräußerers gefordert. Während das deutsche Recht speziell zugeschnittene Regelungen für Grundstücke, bewegliche Sachen und Forderungen vorsieht, ist die Übertragung von *goederen* in den Niederlanden zunächst übergreifend geregelt. An die *leveringshandeling* werden sodann entsprechend der Spezifika der verschiedenen *goederen* unterschiedliche Anforderungen gestellt.

---

<sup>62</sup> S. hierzu insbes. Kapitel 7 C.

## Kapitel 3

# Datenschutzrechtliche Grundlagen

Die fremdnützige Verwertung personenbezogener Daten erfordert Datenverarbeitungen, die geltendem Datenschutzrecht unterfallen.<sup>1</sup> Das Recht natürlicher Personen auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten genießt in Deutschland wie in den Niederlanden Verfassungsrang. Die *Europäische Datenschutzgrundverordnung* (DSGVO)<sup>2</sup> garantiert natürlichen Personen den Schutz ihrer personenbezogenen Daten, indem sie harmonisierte gesetzliche Rahmenbedingungen in Fragen des Datenschutzes aufstellt (Abschnitt A.). Sie ergänzt die von den Datenverwertern zu beachtenden schuldrechtlichen Vorschriften durch datenschutzrechtliche Vorgaben.<sup>3</sup> So stellt sie etwa die Zulässigkeit sämtlicher Datenverarbeitungen unter den Vorbehalt einer bestehenden Rechtsgrundlage. Die Datenverwertungsverhältnisse werden mithilfe der Erlaubnistatbestände der Einwilligung, der Datenverarbeitung zur Vertragsdurchführung und der Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Verantwortlichen abgebildet (Abschnitt B.). Die Befugnis, die verwerteten Daten nutzen zu können, wird mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung erteilt. Diese kann der Vertragsgegenstand schuldrechtlicher Verträge sein (Abschnitt C.). Neben dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen, legt die DSGVO dem Verantwortlichen für die Datenverarbeitung unter anderem Sicherungspflichten auf (Abschnitt D.).

---

<sup>1</sup> S. Kapitel 11.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

<sup>3</sup> S. hierzu Kapitel 14 D.I.

## A. Entwicklung des Rechts auf Datenschutz und seine verfassungsrechtliche Verankerung

Mit dem zunehmenden Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsprogramme in Wirtschaft und Verwaltung wurde auch der Ruf nach Schutzmechanismen laut.<sup>4</sup> Im Jahre 1970 wurde das erste Datenschutzgesetz weltweit vom Bundesland Hessen erlassen; dem folgte 1974 das Land Rheinland-Pfalz und am 1. Februar 1977 schließlich die Verkündung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG).<sup>5</sup> Seit dem *Volkszählungsurteil*<sup>6</sup> des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 1983, in welchem weite Teile des Volkszählungsgesetzes für verfassungswidrig erklärt wurden, genießt der Datenschutz in Deutschland Verfassungsrang.<sup>7</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat im *Volkszählungsurteil* das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt. Jenes gewährleistet dem Einzelnen die Befugnis, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Einschränkungen dieses Rechts sind „nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig“ und „bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage“. <sup>8</sup> Zeitgleich wurde in den Niederlanden im Zuge einer Verfassungsänderung<sup>9</sup> das Recht auf „*eerbiediging van [de] persoonlijke levenssfeer*“, das Recht auf Achtung der persönlichen Lebenssphäre, in art. 10 lid 1 *Grondwet* (Gw) aufgenommen.<sup>10</sup> Ein Gesetzgebungsauftrag zum Erlass schützender Regelungen für die Speicherung und

<sup>4</sup> *Wagner/Brink*, in: BeckOK-DSR (16. Edition), Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz, Landesdatenschutz, Rdnr. 5 ff.; zur Geschichte des Datenschutzrechts s.: *Lewinski*, in: Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit, 196.

<sup>5</sup> *Gola/Klug/Körffler*, in: Gola/Schomerus-BDSG, Einl., Rdnr. 1.

<sup>6</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83, *Volkszählungsurteil*, NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167.

<sup>7</sup> *Wagner/Brink*, in: BeckOK-DSR (16. Edition), Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz, Landesdatenschutz, Rdnr. 24 f.; *Simitis/Hornung/Spieker gen. Döbmann*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, Einl., Rdnr. 39 ff.

<sup>8</sup> BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83, *Volkszählungsurteil*, NJW 1984, 419.

<sup>9</sup> Die Verfassung der Nl. heißt: *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815*.

<sup>10</sup> Art. 10 Gw; MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, 7.

Weitergabe persönlicher Daten, für die Sicherstellung eines Anspruchs auf Einblick in gesammelten Daten sowie auf Berichtigung solcher Daten sollte die Umsetzung des Rechts aus art. 10 lid 1 Gw sicherstellen.<sup>11</sup> Der niederländische Gesetzgeber kam dem Gesetzgebungsauftrag durch Erlass des *Wet persoonsregistraties* nach, das 1989 in Kraft trat.<sup>12</sup>

Auch supranational genießt das Recht auf Schutz personenbezogener Daten Verfassungsrang. Es ist in Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>13</sup> und in Art. 8 der EU-Grundrechtecharta (GR-Charta)<sup>14</sup> verankert.<sup>15</sup> Auch der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>16</sup> sieht das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten in Art. 16 Abs. 1 explizit vor.<sup>17</sup> Der Europarat prägte die Entwicklung des Datenschutzrechts maßgebend. Die damaligen Mitgliedstaaten vereinbarten im Jahre 1981 die *Europäische Datenschutzkonvention*<sup>18</sup>, einen völkerrechtlichen Vertrag, der 1985 in den

---

<sup>11</sup> Art. 10 lid 1-3 Gw.

<sup>12</sup> MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, 7.

<sup>13</sup> Art. 8 EMRK statuiert ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der Begriff des „Privatlebens“ wird vom EGMR dabei weit ausgelegt, sodass hiervon auch „die persönlichen Informationen, bei denen eine Person berechtigterweise erwarten kann, dass sie nicht ohne ihr Einverständnis veröffentlicht werden“ umfasst werden, EGMR, Urteil vom 19. September 2013 – 8772/10, Rdnr. 41, ZUM 2014, 284 (288); ähnlich EGMR, Urteil vom 24. Juni 2004 – 9320/00, Rdnr. 70, *Caroline von Hannover/Deutschland*, NJW 2004, 2647.

<sup>14</sup> Art. 8 GR-Charta, 2012/C 326/02, statuiert explizit ein Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, welches in der EMRK das Recht auf Datenschutz umfasst, ist eigenständig in Art. 7 normiert. Die Charta wurde mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, 2007/C 306/01, rechtlich bindend.

<sup>15</sup> *Breunig/Schmidt-Kessel*, in: German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, 589 (589); *European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook on European data protection law, 14, 20; *Gola/Klug/Körffler*, in: *Gola/Schomerus-BDSG*, Einl., Rdnr. 28; *Hijmans*, NtEr mei 2012, nr. 4, 132 (133).

<sup>16</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C 326/47.

<sup>17</sup> Art. 16 Abs. 1 AEUV.

<sup>18</sup> Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention Nr. 108).

unterzeichnenden Ländern in Kraft trat.<sup>19</sup> Mit Verabschiedung der *Datenschutzrichtlinie* (DS-RL)<sup>20</sup> wurden 1995 Datenschutzbestrebungen innerhalb der Europäischen Union umgesetzt und eines der bedeutendsten datenschutzrechtlichen Regelungsinstrumente geschaffen. Die DS-RL sollte die in der *Europäischen Datenschutzkonvention* niedergelegten Rechte und Pflichten untermauern und ausbauen.<sup>21</sup> Lange war umstritten, ob die DS-RL lediglich Mindeststandards für die Mitgliedstaaten vorgab, oder aber auf Vollharmonisierung abzielte. Erst im Jahre 2011 entschied der EuGH<sup>22</sup>, dass grundsätzlich von einer „umfassenden Harmonisierung“ auszugehen sei. Die DS-RL bezwecke ein gleichwertig hohes Schutzniveau.<sup>23</sup>

Die Vorgaben der Richtlinie wurden in Deutschland erst 2001, nachdem die EG-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet hatte, mittels der Verabschiedung entsprechender Anpassungen im BDSG umgesetzt.<sup>24</sup> Auch in den Niederlanden erfolgte die Umsetzung der DS-RL erst im Jahr 2001 durch die Einführung des *Wet bescherming persoonsgegevens* (Wbp), welches das *Wet persoonsregistraties* von 1989 außer Kraft setzte.<sup>25</sup> Im Rahmen der *Digital Single Market Strategy*<sup>26</sup> haben der Europäische Rat und das Europäische Parlament ca. 20 Jahre später die *Europäische Datenschutzgrundverordnung* (DSGVO)<sup>27</sup> angenommen. Die DSGVO

<sup>19</sup> *Simitis*, in: *Simitis-BDSG*, Einl., Rdnr. 151; *Hijmans*, NtEr mei 2012, nr. 4, 132 (133).

<sup>20</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

<sup>21</sup> *European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook on European data protection law, 17 f.; *Hijmans*, NtEr mei 2012, nr. 4, 132 (133).

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 24. November 2011 – C-468, 469/10, EuZW 2012, 37 = NZA 2011, 1409.

<sup>23</sup> EuGH, Urteil vom 24. November 2011 – C-468, 469/10, EuZW 2012, 37 (39).

<sup>24</sup> S. ausführlich zu den Umsetzungsschwierigkeiten in Dtl., *Simitis*, in: *Simitis-BDSG*, Einl., Rdnr. 89 ff.

<sup>25</sup> *Vries*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (5. druk), Wbp, Inl. opm., aant. 1; MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, 5 f.

<sup>26</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

<sup>27</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum

zielt auf die unionsweite Schaffung moderner und harmonisierter gesetzlicher Rahmenbedingungen in Fragen des Datenschutzes.<sup>28</sup> Seit dem 25. Mai 2018<sup>29</sup> gilt die DSGVO als Verordnung in allen Mitgliedstaaten unmittelbar<sup>30</sup>. Sie hebt die *Datenschutzrichtlinie* auf,<sup>31</sup> führt die dort aufgestellten Grundsätze aber fort.<sup>32</sup> Die Öffnungsklauseln und Regelungsaufträge an die Mitgliedstaaten<sup>33</sup> werden in Deutschland mittels Anpassungen des BDSG<sup>34</sup> und in den Niederlanden mittels des *Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG)* erfüllt.

---

freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

<sup>28</sup> S. insbes. ErwGr. (6) bis (13) DSGVO.

<sup>29</sup> Art. 99 Abs. 2 DSGVO.

<sup>30</sup> Die verbindliche, unmittelbare Geltung von Verordnungen ist in Art. 288 Abs. 2 AEUV festgelegt; s. zur Vollharmonisierung und Spielräumen des nationalen Gesetzgebers, *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1841 f.); *Laue*, ZD 2016, 463.

<sup>31</sup> Art. 94 Abs. 1 DSGVO.

<sup>32</sup> S. insbes. ErwGr. (9) DSGVO. Die in Art. 6 DS-RL aufgestellten Grundsätze werden in Art. 5 DSGVO fortgeführt und erweitert, *Terwangne*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 5, no. A; *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1841); s. für einen Überblick der Neuerungen der DSGVO aus EU-Perspektive: *Terwangne*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 5, no. B.1; für Dtl.: *Kübling/Martini*, EuZW 2016, 448; für die NL.: *van Schelven/van Schelven*, NtEr 2016, nr. 3, 99; *Jong*, RegelMaat 2015 (30) 1, 6.

<sup>33</sup> S. zur Vollharmonisierung und Spielräumen des nationalen Gesetzgebers, *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1841 f.); *Laue*, ZD 2016, 463.

<sup>34</sup> Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) sowie Zweites Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU - 2. DSAnpUG-EU).

Die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>35</sup> sind in Art. 5 Abs. 1 DSGVO niedergelegt.<sup>36</sup> Personenbezogene Daten müssen rechtmäßig<sup>37</sup>, nach Treu und Glauben und in nachvollziehbarer Weise verarbeitet<sup>38</sup> werden (Buchst. a)). Sie müssen stets für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht entgegen dieser Zwecke weiterverarbeitet werden, sogenannter Grundsatz der „Zweckbindung“ (Buchst. b)). Aus dem sodann statuierten Grundsatz der „Datenminimierung“ (Buchst. c)) folgt, dass jene Zwecke angemessen und erheblich sein, sowie auf das notwendige Maß beschränkt werden müssen. Ferner gelten die Grundsätze der „Richtigkeit“ (Buchst. d)) personenbezogener Daten und der „Speicherbegrenzung“ (Buchst. e)). Der anschließend normierte Grundsatz der „Integrität und Vertraulichkeit“ (Buchst. f)) gewährleistet eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten.<sup>39</sup> Art. 5

---

<sup>35</sup> Gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind „personenbezogene Daten“ „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“. Zum Personenbezug: *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49 (61 ff.).

<sup>36</sup> S. zu den Grundsätzen der Datenverarbeitung, *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 1 ff.; *Schantz*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 5, Rdnr. 1 ff; *Rofßnagel*, ZD 2018, 339; *Vries*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (6. druk), AVG art. 5.

<sup>37</sup> S. zu den Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen: Kapitel 3 B.

<sup>38</sup> „Verarbeitung“ meint gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe 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, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

<sup>39</sup> S. zu datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten: Kapitel 3 D.

Abs. 2 DSGVO normiert die sogenannte „Rechenschaftspflicht“ des Verantwortlichen<sup>40, 41</sup>. Sie wird durch Art. 24 Abs. 1 DSGVO ergänzt und bürdet diesem die Beweislast<sup>42</sup> betreffend der bußgeldbewehrten<sup>43</sup> Einhaltung der Datenschutzgrundsätze auf. Dadurch verhilft sie der Einhaltung der Grundsätze zu einem höheren Gewicht.<sup>44</sup> Trotz der unmittelbaren Gültigkeit der Datenschutzgrundsätze ist ihre Wirkung dadurch begrenzt, dass sie in zahlreichen Vorschriften der DSGVO und mittels der Ausfüllung mitgliedstaatlicher Öffnungsklauseln konkretisiert werden.<sup>45</sup> Sie unterfallen zudem der Beschränkungsmöglichkeit nach Art. 23 DSGVO.<sup>46</sup> Außerdem können die Mitgliedstaaten für Verarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken Abweichungen von Art. 5 DSGVO treffen, sogenanntes Medienprivileg.<sup>47</sup>

## B. Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen nach der DSGVO

Aufgrund der weitgehenden Vollharmonisierung datenschutzrechtlicher Fragen mittels der DSGVO auf EU-Ebene, sind die Rechtsgrundlagen von Da-

---

<sup>40</sup> „Verantwortlicher“ i.S.d. DSGVO ist gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO „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>41</sup> Art. 5 Abs. 2 DSGVO; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 50.

<sup>42</sup> *Veil*, ZD 2018, 9 (13); *Berning*, ZD 2018, 348 (348); *Schantz*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 5, Rdnr. 39.

<sup>43</sup> Ein Verstoß gegen die in Art. 5 statuierten Grundsätze kann mit einer Geldbuße von bis zu 20.000.000 Euro oder von bis zu 4 % des weltweit erzielten Jahresumsatzes eines Unternehmens geahndet werden, Art. 83 Abs. 5 Buchst. a) DSGVO.

<sup>44</sup> S. zu den Nachweis- und Rechenschaftspflichten der DSGVO und deren Umsetzung, *Jung*, ZD 2018, 208; *Berning*, ZD 2018, 348; *Wybitul/Breunig/Ströbel*, digma 2017.1, 20; *Veil*, ZD 2018, 9; *Katus*, P&C 01/2013, 7.

<sup>45</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 81.

<sup>46</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 82. Art. 23 DSGVO ermöglicht die Beschränkung bestimmter Rechte und Pflichten u.a. zu Verteidigungs- und Sicherheitszwecken.

<sup>47</sup> Art. 85 Abs. 2 DSGVO, *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 83. Hiervon haben die Nl. in Art. 43 UAVG Gebrauch gemacht.

tenverarbeitungen in Deutschland und den Niederlanden überwiegend einheitlich geregelt.<sup>48</sup> Zentrale Norm für die Frage, wann Datenverarbeitungen zulässig sind, ist Art. 6 DSGVO. Im Datenschutzrecht gilt das Prinzip des grundsätzlichen Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt. Danach sind Datenverarbeitungen ohne gesetzliche Erlaubnis oder wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung verboten.<sup>49</sup> Die Erfüllung mindestens eines Erlaubnisgrundes<sup>50</sup> rechtfertigt das „Ob“ der Datenverarbeitung.<sup>51</sup> Neben dem Erfordernis des Vorliegens einer Rechtsgrundlage muss eine rechtmäßige Datenverarbeitung stets auch allen anderen, in Art. 5 Abs. 1 DSGVO verankerten Datenschutzprinzipien genügen.<sup>52</sup> Art. 1 Abs. 1 DSGVO enthält eine abschließende Liste materiell gleichwertiger Voraussetzungen, bei deren Erfüllung Datenverarbeitungen zulässig sind.<sup>53</sup> Danach ist die Verarbeitungen personenbezogener Daten erlaubt, wenn die betroffene Person<sup>54</sup> ihre Einwilligung erteilt hat (Buchst. a)) oder die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages oder einer vorvertraglichen Maßnahme erforderlich ist (Buchst. b)). Gleiches gilt für die Erforderlichkeit von Datenverarbeitungen zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Buchst. c)) oder zum Schutz lebenswichtiger Interessen (Buchst. d)). Die Verarbeitung ist zudem rechtmäßig, wenn sie zur Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder zur Ausübung öffentlicher

<sup>48</sup> Die DSGVO enthält auch Öffnungsklauseln, die den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum ermöglicht, s. zur Vollharmonisierung und Spielräumen des nationalen Gesetzgebers, *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1841 f.); *Laue*, ZD 2016, 463.

<sup>49</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (89); *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 1; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 1; *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 2; kritisch zu diesem Begriff, *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 2; *Rofßnagel*, NJW 2019, 1.

<sup>50</sup> Art. 6 Abs. 1 DSGVO; *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 4; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 2; *Vries*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (6. druk), AVG art. 6, aant. 1.

<sup>51</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 1; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 7.

<sup>52</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. A.1; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 7.

<sup>53</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.1; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 2; a.A.: *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 1.

<sup>54</sup> Eine „betroffene Person“ ist „eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person“, Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

Gewalt erfolgt (Buchst. e)). Buchst. f) legitimiert Datenverarbeitungen schließlich, sofern diese nach dem Ergebnis einer Interessenabwägung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen erforderlich sind.<sup>55</sup>

Art. 6 Abs. 4 DSGVO enthält Prüfkriterien für die Zulässigkeit einer zweckändernden Weiterverarbeitung, also für Verarbeitungen zu anderen Zwecken als zu denjenigen, zu denen die Daten ursprünglich erhoben wurden.<sup>56</sup> Für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten<sup>57</sup>, sogenannte sensible Daten,<sup>58</sup> statuiert Art. 9 Abs. 1 DSGVO ein grundsätzliches Verarbeitungsverbot.<sup>59</sup> Mit der Verarbeitung dieser Datenkategorien kann ein besonderes Risiko für die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person einhergehen.<sup>60</sup> Das Verbot kann durch Erfüllung der in Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) bis j) DSGVO genannten abschließenden Rechtsgrundlagen, z.B. durch eine ausdrückliche Einwilligung (Buchst. a)), durchbrochen werden.<sup>61</sup> Die Ausnahmetatbestände sind jedoch enger gefasst als diejenigen des Art. 6 DSGVO. Insbesondere existiert keine mit Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO zu vergleichende

---

<sup>55</sup> Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO.

<sup>56</sup> ErwGr. (50) DSGVO; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 1; hierzu *Monreal*, ZD 2016, 507 Die Vorschrift muss im Zusammenhang mit dem in Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO verankerten Zweckbindungsgrundsatz gesehen werden, s. hierzu *Terwangne*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 5, no. C.2.

<sup>57</sup> Besondere Kategorien personenbezogener Daten sind gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO „personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie [...] genetische[n] Daten, biometrische[...] Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person [...]“.

<sup>58</sup> ErwGr. (10) S. 5 DSGVO.

<sup>59</sup> *Weichert*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 9, Rdnr. 7; *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 3.

<sup>60</sup> *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 1; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 9, Rdnr. 6; ErwGr. (51) S. 1 DSGVO; *Vries*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (6. druk), AVG art. 9, aant. 1.

<sup>61</sup> *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 9, Rdnr. 6; *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 12; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 9, Rdnr. 45 f.

Generalklausel.<sup>62</sup> Es bestehen nationale Öffnungsklauseln, die jedenfalls eine Verschärfung der Regelungen erlauben.<sup>63</sup> Auch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten unterliegt gemäß Art. 10 DSGVO zusätzlichen Anforderungen, wie etwa der Vorgabe, dass die Verarbeitung unter behördlicher Aufsicht vorgenommen werden muss, sogenannter Behördenvorbehalt.<sup>64</sup>

Für Verarbeitungen von Daten im Zusammenhang mit ihrer rechtsgeschäftlichen Verwertung kommen als Rechtsgrundlagen insbesondere die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO), der Erlaubnistatbestand der Vertragsdurchführung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO) sowie die Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen des Verantwortlichen (Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO) in Betracht.<sup>65</sup> Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verwertungsmodelle und damit die Frage nach der datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage ist dabei untrennbar mit der konkreten schuldrechtlichen Ausgestaltung verknüpft.<sup>66</sup> In den auf Interessenkonflikte ausgerichteten Überlegungen des vierten Teils wird deutlich, dass die Schranken der datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründe gleichzeitig als Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte fungieren.<sup>67</sup> Doch nicht immer wird sich ein Gleichlauf von Datenschutzrecht und Schuldrecht feststellen lassen. Im Zusammenhang mit schuldrechtlich unerlaubten Handlungen können Datenverarbeitungen trotz entgegenstehender schuldrechtlicher Pflichten zulässig sein.<sup>68</sup> Die

---

<sup>62</sup> *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 12; s. zum Verhältnis von Art. 6 und Art. 9 Abs. 2 und 3 DSGVO sowie zum Verhältnis von Art. 6 Abs. 4 (Zweckänderung) und Art. 9 DSGVO, *Albers/Veit*, in: *BeckOK-DatenSR*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 24 f.

<sup>63</sup> *Albers/Veit*, in: *BeckOK-DatenSR*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 98. Für eine Erweiterung von Verarbeitungsmöglichkeiten durch nationale Bestimmungen, *Weichert*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 150; gegen eine Erweiterung, *Schulz*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 37. Umsetzung in Dtl. in § 22 BDSG, in den Nl. in art. 22 -30 UAVG.

<sup>64</sup> S. Art. 10 DSGVO; *Bäcker*, in: *BeckOK-DatenSR*, DSGVO Art. 10, Einl.

<sup>65</sup> So auch: *Sattler*, in: *Rechte an Daten*, 49 (67 f.).

<sup>66</sup> Kapitel 11 D.

<sup>67</sup> Kapitel 14 D.II.

<sup>68</sup> So hat ein Verantwortlicher etwa ein berechtigtes Interesse an der Herbeiführung eines vertraglichen Schwebezustands, Kapitel 16 E.II.3.

datenschutzrechtliche Zulässigkeit wird dabei auch durch nationale vertragsrechtliche Unterschiede beeinflusst.<sup>69</sup>

Die Voraussetzungen der Erlaubnistatbestände der Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO sowie von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) und Buchst. f) DSGVO werden im Folgenden genauer dargestellt.

## I. Einwilligung in die Datenverarbeitung

Der Begriff der „Einwilligung“ meint gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.<sup>70</sup> Eine Einwilligung muss demnach freiwillig, für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben werden.<sup>71</sup> Sie kann mittels einer schriftlichen oder mündlichen Erklärung oder auf elektronische Weise erteilt werden.<sup>72</sup> Im Einklang mit dem Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO) muss sie sich auf einen oder mehrere bestimmte Zwecke beziehen.<sup>73</sup> Weitere Bedingungen an die Einwilligung sieht Art. 7 DSGVO vor.<sup>74</sup> Art. 7 Abs. 2 fordert eine „verständliche und leicht zugängliche Form“ sowie eine „klare und einfache Sprache“, sodass „das Ersuchen um Einwilligung [...] von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden

---

<sup>69</sup> S. Kapitel 16 E.V.

<sup>70</sup> Art. 4 Nr. 11 DSGVO; s. auch ErwGr. (32) DSGVO; s. zu den Anforderungen der Einwilligung EDSA, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gem. Verordnung 2016/679, WP 259, erlassen von Art.-29-DSG, angenommen durch EDSA; noch im Rahmen von Art. 7 DS-RL, Art.-29-DSG, Stellungnahme 15/2011, WP 187.

<sup>71</sup> *Schild*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 4, Rdnr. 122.

<sup>72</sup> ErwGr. (32) S. 1 DSGVO; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 11.

<sup>73</sup> ErwGr. (32) S. 4 DSGVO; vgl. *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 8; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 4; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 23.

<sup>74</sup> *Kosta*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 7, no. C.1; s. zu den einzelnen Voraussetzungen von Art. 7 DSGVO, *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (211 ff.).

ist“.<sup>75</sup> Ferner spezifiziert Art. 7 DSGVO durch das sogenannte Koppelungsverbot die Anforderungen an die Freiwilligkeit,<sup>76</sup> garantiert der betroffenen Person ein jederzeitiges Widerrufsrecht<sup>77</sup> und legt dem Verantwortlichen die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung auf.<sup>78</sup>

Für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft<sup>79</sup> sieht Art. 8 DSGVO Sonderregelungen, insbesondere ein Mindestalter von 16 Jahren<sup>80</sup>, vor.<sup>81</sup> Auch für sensible Daten erhöht die DSGVO die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung.<sup>82</sup> Die betroffene Person muss die Einwilligung nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO „ausdrücklich“ (und nicht, wie von Art. 4 Nr. 11 DSGVO verlangt, „unmissverständlich“) erklären.<sup>83</sup> Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit schließt eine konkludente Einwilligung zur Legitimation der Verarbeitung sensibler Daten

<sup>75</sup> Art. 7 Abs. 2 DSGVO; die Vorschrift konkretisiert den Grundsatz der Transparenz, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO, *Stemmer*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 7, Rdnr. 52.

<sup>76</sup> Art. 7 Abs. 4 DSGVO „stellt die Freiwilligkeit einer Einwilligung infrage, wenn ein Anbieter von ihr die Erbringung einer Leistung abhängig macht, ohne dass dies für die Erfüllung des Vertrags erforderlich ist“, *Kosta*, in: *Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR*, GDPR Art. 7, no. C.5 f.; *Kübling/Martini*, EuZW 2016, 448 (451); *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 23. S. zur Freiwilligkeit der Einwilligung auch ErwGr. (42), (43) DSGVO. Zum Kopplungsverbot, s. *Engeler*, ZD 2018, 55. Zur Vereinbarkeit des Koppelungsverbot mit der Vertragsgestaltung „Daten als Leistung“: Kapitel 3 C.

<sup>77</sup> Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Der Widerruf wirkt *ex nunc*, *Stemmer*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 7, Rdnr. 89; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 16. Zum Zusammenspiel von Widerruf und der Vertragsgestaltung „Daten als Leistung“: Kapitel 3 C. Zum Recht auf Widerruf als Interventionsrecht: Kapitel 14 D.II.1.; Kapitel 15 C.V.

<sup>78</sup> Art. 7 Abs. 1 DSGVO; *Feiler/Forgó/Weigl*, GDPR. A commentary, Art. 7, no. 2; *Spindler/Dalby*, in: *Recht der elektronischen Medien*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 3.

<sup>79</sup> Zur Definition von „Dienst der Informationsgesellschaft“ s. Art. 4 Nr. 25 DSGVO.

<sup>80</sup> Art. 8 Abs. 1 S. 2 DSGVO; die Mitgliedstaaten können eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unterhalb von 13 Jahren liegen darf, Art. 8 Abs. 1 S. 3 DSGVO. Weder die Nl. noch Dtl. haben eine solche Absenkung vorgenommen.

<sup>81</sup> ErwGr. (38) DSGVO; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 7, Rdnr. 8; *Spindler/Dalby*, in: *Recht der elektronischen Medien*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 4; s. zum Datenschutz und insbesondere der Einwilligung von Kindern, *van der Hof*, IR 2012, nr. 5, 134 (137 ff.).

<sup>82</sup> *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 9, Rdnr. 13.

<sup>83</sup> Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO.

aus.<sup>84</sup> „Ausdrücklichkeit“ meint, dass die Einwilligung der betroffenen Person die konkrete Nennung der von der Verarbeitung betroffenen Daten umfasst.<sup>85</sup> Eine Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten ist ferner nur dann möglich, wenn kein diese Daten betreffendes unionsrechtliches oder nationales Verarbeitungsverbot besteht.<sup>86</sup>

In den untersuchten Rahmenvertragsbeziehungen der Datenverwertungsmodelle dient die Rechtsgrundlage der Einwilligung einerseits der Rechtfertigung von Verarbeitungen sensibler Daten, andererseits können mit ihr Verarbeitungen, die über das zur Vertragsdurchführung Erforderliche hinausgehen, wirksam durchgeführt werden.<sup>87</sup> Daneben fungiert die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand der Ausführungsverträge,<sup>88</sup> die die datenschutzrechtliche Nutzungsbefugnis abbildet.<sup>89</sup> Da die Datenverwerter als Intermediäre agieren, stehen die Datensubjekte regelmäßig nicht selbst im Kontakt mit Unternehmen. Im Modell *Dime* wird der Datenverwerter daher dazu bevollmächtigt, für die Datensubjekte in die Nutzung der personenbezogenen Daten einzuwilligen.<sup>90</sup> Die durch die Bevollmächtigung entstehende datenschutzrechtliche Macht des Datenverwerter kann ausgehend von ihrer Wirkung mit einer Verfügungsbefugnis verglichen werden, was dazu führt, dass *Dime* eine treuhänderische Position innehat. Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann im Datenverwertungsverhältnis folglich als Mittel zur Einräumung treuhänderischer Befugnisse fungieren.<sup>91</sup>

---

<sup>84</sup> *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 9, Rdnr. 21; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 9, Rdnr. 7.

<sup>85</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 9, Rdnr. 51; *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 9, Rdnr. 13.

<sup>86</sup> Gem. Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) Hs. 2 DSGVO können die Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen erlassen und somit das Verbot des Art. 9 Abs. 1 „einwilligungsfest“ machen, *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 9, Rdnr. 22.

<sup>87</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Rahmenverträge: Kapitel 11 A.

<sup>88</sup> Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand s. sogleich: Kapitel 3 C.

<sup>89</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Ausführungsverträge: Kapitel 11 B.

<sup>90</sup> Zur Zulässigkeit einer Vollmacht im Zusammenhang mit der Einwilligung sowie zur konkreten modellspezifischen Ausgestaltung: Kapitel 11 C.

<sup>91</sup> Zur datenschutzrechtlichen Macht und der Entwicklung einer Datentreuhand: Kapitel 12.

## II. Datenverarbeitung zur Vertragsdurchführung

Der in Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO normierte Erlaubnistatbestand der Vertragsdurchführung erklärt Verarbeitungen für zulässig, wenn sie „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich [ist], die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen“. Dieser Erlaubnistatbestand kann nur herangezogen werden, wenn die betroffene Person selbst Vertragspartei ist, oder wenn vorvertragliche Maßnahmen auf ihre Anfrage hin durchgeführt werden.<sup>92</sup> Der Verantwortliche muss hingegen nicht selbst Vertragspartei sein. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert auch Datenverarbeitungen durch unbeteiligte Dritte, soweit die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages mit der betroffenen Person als Vertragspartei erforderlich ist.<sup>93</sup> Bei der Auslegung des Begriffs der „Erfüllung eines Vertrages“ ist freilich nicht das deutsche oder niederländische Begriffsverständnis maßgebend. Der Begriff ist „unionsrechtlich autonom auszulegen“<sup>94</sup>. Die Terminologie „Erfüllung“ meint deshalb Leistungs- und Neben- bzw. Rücksichtspflichten. Die Tatsache, dass die Rechtsgrundlage auch vorvertragliche Maßnahmen nennt, zeigt, dass sie sich auch auf den Abschluss von Verträgen bezieht. Nach einer unionsrechtlich autonomen Auslegung ist jede, „ein bestehendes Vertragsverhältnis betreffende Datenverarbeitung erfasst“<sup>95</sup>. Hierzu zählen insbesondere auch die Abwicklung und Beendigung von Verträgen sowie nachträgliche Sorgfaltspflichten.<sup>96</sup> Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO ist es, das privatrechtliche Instrument des Vertrags auch unter Gültigkeit der DSGVO „funktionieren“ zu lassen.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> *Vries*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (6. druk), AVG art. 6, aant. 1c; *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 13; s. ausführlich zu diesem Erlaubnistatbestand: EDSA, Guidelines 2/2019; *Indenbuck/Britz*, BB 2019, 1091.

<sup>93</sup> *Plath*, in: Plath-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 14; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 30; *Schmidt-Kessel*, in: Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 127 (130 f.) appelliert für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf den Verantwortlichen und insbes. gegen eine Anwendung auf die betroffene Person.

<sup>94</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 30.

<sup>95</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 31.

<sup>96</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 30 f.; ebenso *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 28; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 33.

<sup>97</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.2.

Erforderlich ist die Verarbeitung immer dann, wenn der Vertrag ohne die Verarbeitung nicht so erfüllt werden könnte, wie die Parteien sich geeinigt haben.<sup>98</sup> Im Rahmen einer normativen Betrachtung ist mittels einer umfassenden Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ermitteln, welche Verarbeitung für die Vertragserfüllung unentbehrlich und objektiv sinnvoll ist und wo die Grenzen der Zumutbarkeit liegen. Maßgeblich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Verarbeitung und dem konkreten Zweck des Vertragsverhältnisses.<sup>99</sup>

Fremdnützige Datenverwerter können grundsätzlich sämtliche Verarbeitungen, die der Erfüllung des Rahmenvertragsverhältnisses dienen, auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO stützen. Hiervon sind insbesondere Verarbeitungen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte umfasst.<sup>100</sup> Verarbeitungen, die nicht der Pflichtenerfüllung dienen, oder sich gar konträr zur Interessenwahrnehmung verhalten, sind hingegen nicht von der Rechtsgrundlage des zur Vertragsdurchführung Erforderlichen gedeckt.<sup>101</sup> Ebenso kann die Verarbeitung sensibler Daten nicht auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Hier ist vielmehr eine Rechtfertigung nach Art. 9 DSGVO erforderlich.<sup>102</sup>

Datenschutzrechtliche Zulässigkeitsprobleme im Datenverwertungsverhältnis stellen sich insbesondere bei Bemühungen der Datenverwerter, Ausführungsverträge im Wege des Selbstkontrahierens oder der Mehrfachvertretung abzuschließen. Ob diese als zur Erfüllung des Rahmenvertrags erforderlich angesehen werden können, hängt von der schuldrechtlichen Behandlung dieser Fragestellungen ab. Hat der Datenverwerter nach deutschem Recht keine Vertretungsmacht für den Abschluss besagter Verträge und sind diese daher aufgrund von mangelnder Vertretungsmacht schwebend unwirksam, können Verarbeitungen zu Zwecken der Vertragsanbahnung nicht auf Art. 6 Abs. 1

---

<sup>98</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 32; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 14.

<sup>99</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 32; *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.2; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 6 sprechen von einem „engen Sachzusammenhang“.

<sup>100</sup> Kapitel 11 A.I.

<sup>101</sup> Kapitel 11 A.III.

<sup>102</sup> Kapitel 11 A.II.

Buchst. b) DSGVO gestützt werden.<sup>103</sup> Regelmäßig sind solche Verarbeitungen jedoch als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegend anzusehen.<sup>104</sup> Das niederländische Vertragsrecht gewährt dem Vertreter hingegen auch bei unerwünschter Mehrfachvertretung Vertretungsmacht, sodass ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Konsequenterweise besteht bei einem schuldrechtlich unerlaubten Abschluss eines wirksam zustande kommenden Vertrages auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive der privatautonome Wille zum Vertragsabschluss. Auf dessen Grundlage können die hierzu erforderlichen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert werden.<sup>105</sup>

### III. Datenverarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Verantwortlichen

Datenverarbeitungen sind auch dann zulässig, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sind, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO. Der Erlaubnistatbestand steht unter dem Vorbehalt einer Interessenabwägung. Die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, dürfen die berechtigten Interessen des Verantwortlichen nicht überwiegen.<sup>106</sup> Dies ist insbesondere bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern von Bedeutung.<sup>107</sup> Die Regelung ist sehr allgemein gehalten und stellt den letzten der sechs Erlaubnistatbestände dar. Dennoch sollte sie nicht als allgemeiner Auffangtatbestand für den Fall, dass kein anderer Tatbestand erfüllt ist, angesehen werden. Sie ist vielmehr als Ausnahmetatbestand für die Fälle anzusehen, in denen keine andere Zulässigkeitsvoraussetzung greift.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> Kapitel 16 E.II.1. und E.II.2.

<sup>104</sup> Kapitel 16 E.II.3; zur Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO: Kapitel 3 B.III.

<sup>105</sup> Kapitel 16 E.III.

<sup>106</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO; zur Interessenabwägung: *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291.

<sup>107</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) Hs. 2 DSGVO; *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 6, Rdnr. 47; s. hierzu *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291.

<sup>108</sup> *Frenzel*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 6, Rdnr. 26 f.; zur Weite des Tatbestands *Plath*, in: *Plath-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 6, Rdnr. 51.

Das Interesse des Verantwortlichen muss recht- und zweckmäßig, also mit geltendem Recht und den Datenschutzgrundsätzen vereinbar sein.<sup>109</sup> Erwägungsgrund 47 der DSGVO gibt einige Anhaltspunkte, wann das Interesse „berechtigt“ sein kann.<sup>110</sup> Er weist darauf hin, dass ein berechtigtes Interesse „beispielsweise vorliegen [könnte], wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, z.B. wenn die betroffene Person ein Kunde des Verantwortlichen ist [...]“.<sup>111</sup> Auch die Verarbeitung zur „Verhinderung von Betrug [im] unbedingt erforderlichen Umfang“ wird als berechtigtes Interesse eines Verantwortlichen qualifiziert.<sup>112</sup> Verarbeitungen „zum Zwecke der Direktwerbung“ begründen laut Erwägungsgrund 47 DSGVO möglicherweise ein berechtigtes Interesse.<sup>113</sup>

Dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen stehen die Interessen bzw. die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person gegenüber. An die Interessen der Betroffenen wird im Gegensatz zum Verantwortlichen nicht das Erfordernis der „Berechtigung“ gestellt, sodass auch verwerfliche Interessen zu berücksichtigten sind.<sup>114</sup> Die Position der betroffenen Person wird dadurch extensiv geschützt.<sup>115</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung sind gemäß Erwägungsgrund 47 die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen“,<sup>116</sup> sowie die Frage, ob sie „zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass

---

<sup>109</sup> *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 14; *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291 (291 f.); *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 49; s. zum berechtigten Interesse im Rahmen von Art. 7 DS-RL, Art.-29-DSG, Stellungnahme 06/2014, WP 217.

<sup>110</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.6.

<sup>111</sup> ErwGr. (47) S. 2 DSGVO.

<sup>112</sup> ErwGr. (47) S. 6 DSGVO.

<sup>113</sup> ErwGr. (47) S. 7 DSGVO.

<sup>114</sup> *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 58; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 17; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 51.

<sup>115</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.6.

<sup>116</sup> ErwGr. (47) S. 1 DSGVO; *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.6; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 19.

möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird“, zu berücksichtigen.<sup>117</sup> Zu den Abwägungskriterien zählen also die vernünftige Erwartungshaltung der betroffenen Person, ihre Beziehung zum Verantwortlichen sowie die Absehbarkeit der Verarbeitung.<sup>118</sup> Aus Gründen, die sich aus der besonderen Situation der betroffenen Person ergeben, kann diese Widerspruch gegen die Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO einlegen.<sup>119</sup>

Im Datenverwertungsverhältnis erhält die Rechtsgrundlage der Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Verantwortlichen insbesondere im Zusammenhang mit schuldrechtlich unerlaubten Handlungen Bedeutung. So können etwa Verarbeitungen im Zusammenhang mit der Anbahnung von vertraglich nicht gestatteten, jedoch genehmigungsfähigen Handlungen auf das berechtigte Interesse des Verantwortlichen gestützt werden. Beispielhaft ist hier der Abschluss eines Vertrages im Selbsteintritt ohne Vertretungsmacht zu nennen. Hierfür sprechen die ohnehin bestehende Vertragsbeziehung der betroffenen Person zum Verantwortlichen und deren Erwartung, dass Datenverarbeitungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses stattfinden werden.<sup>120</sup> Gleiches gilt für Verarbeitungen im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung bei einer unzulässigen Doppeltätigkeit oder eines unzulässigen Selbstkontrahierens eines Vermittlers.<sup>121</sup> Zudem sind bereits erfolgte Verarbeitungen, die gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO rechtmäßig sind, bei einer *ex tunc* Nichtigkeit des Vertrags als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegend, der von einem wirksamen Vertrag ausgehen durfte, anzusehen.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> ErwGr. (47) S. 3 DSGVO.

<sup>118</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 53.

<sup>119</sup> Art. 21 Abs 1 S. 1 Hs. 1 DSGVO; zum Recht auf Widerspruch als Interventionsrecht: Kapitel 14 D.II.1.

<sup>120</sup> Kapitel 16 E.II.3.

<sup>121</sup> Für Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit der unzulässigen Doppeltätigkeit eines Vermittlers s. Kapitel 17 A.V.; im Zusammenhang mit unzulässigem Selbstkontrahieren eines Vermittlers: Kapitel 17 B.V.

<sup>122</sup> Kapitel 16 E.IV.

## C. Datenschutzrechtliche Einwilligung als möglicher Vertragsgegenstand

Die untersuchten Geschäftsmodelle der Datenverwerter beruhen darauf, dass Verträge geschlossen werden, welche die „Überlassung“ von Daten zur Nutzung zum Vertragsgegenstand haben.<sup>123</sup> Die Nutzungsrechte an den Daten sind nicht Gegenstand des in dieser Arbeit untersuchten Vertragsverhältnisses. Vielmehr sind die Nutzungsrechte Gegenstand der als Ergebnis der digitalen Marktplatznutzung geschlossenen Ausführungsverträge.<sup>124</sup> Die Geschäftsmodelle wären jedoch obsolet, wenn die durch die Modelle beworbenen und bezweckten Datenverwertungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive unzulässig wären, weil keine rechtlichen Verpflichtungen an Daten begründet werden könnten.

Im Folgenden wird deshalb kurz dargelegt, dass Datennutzungsrechte Gegenstand zivilrechtlicher Verträge sein können<sup>125</sup> und wie Vertrags- und Datenschutzrecht in dieser Konstellation zusammenspielen.<sup>126</sup> Die dogmatische Erarbeitung dieser Materie orientiert sich an der Argumentation deutscher Autoren. Jene halten die vertragsrechtliche Erfassung von „Daten als Leistung“ überwiegend als überfällig um die gängige Praxis des Datenhandels abzubilden<sup>127</sup> und

---

<sup>123</sup> S. zu den Geschäftsmodellen: Kapitel 8. Die Leistungsbeschreibungen der Modelle sprechen überwiegend vom „Verkauf“ der Daten.

<sup>124</sup> Zur Begrifflichkeit Ausführungsvertrag und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands: Kapitel 1; zu den Vertragsbeziehungen im Rahmen der Datenverwertung: Kapitel 10 C.

<sup>125</sup> S. grundlegend zu Daten als Leistung, *Langhanke*, Daten als Leistung; zur Möglichkeit von Verträgen über Daten, *Specht-Riemenschneider*, Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels sowie zu personenbezogenen Daten als Leistungsgegenstand; *Sattler*, in: Telematiktarife & Co., 1. Auch das LG Berlin und zuletzt der BGH haben die Möglichkeit eines „vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses“ mit einer Einwilligung zur Datennutzung anerkannt, LG Berlin, Urteil vom 19. November 2013, 15 O 402/12, *Facebook*, VuR 2014, 183 (185) = MMR 2014, 563 (564). Der BGH spricht vom „Zahlen mit Daten“, BGH, Urteil vom 14. März 2017, VI ZR 721/15, ZD 2017, 327 (328 f.) = NJW 2017, 2119 (2120).

<sup>126</sup> Allgemein zum Verhältnis von Zivil- und Datenschutzrecht: *Dix*, ZEuP 2017, 1; *Specht-Riemenschneider*, GRUR Int. 2017, 1040 und *Purtova*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2010, 28 (2), 179.

<sup>127</sup> So etwa: *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (84 ff.); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (218 f.); *Metzger*, AcP 216 (2016), 818 (864 f.); *Sattler*, in: Telematiktarife & Co., 1 (2 f.); a.A.: *Schulte-Nölke*, TvC 2018-2, 74.

beleuchten dogmatische Aspekte der Fragestellung unter Bezug auf die DSGVO.<sup>128</sup> In den Niederlanden liegt der Fokus der aktuellen Debatte, soweit ersichtlich, eher auf der Frage, ob die Anerkennung schuldrechtlicher Verträge mit Daten als Leistungsgegenstand aus Verbrauchersicht wünschenswert ist<sup>129</sup> und ob ein Eigentumsrecht an Daten eingeführt werden sollte.<sup>130</sup> Noch vor Verabschiedung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (E-Privacy-RL)<sup>131</sup>, kam die Debatte auf, ob die Datenschutzerklärung im Internet als einseitiger oder gegenseitiger Vertrag gesehen werden kann.<sup>132</sup> Die Überlegungen betreffen auch Schnittpunkte des Datenschutzrechts unter der DS-RL mit dem niederländischen Vertragsrecht. In diesem Zusammenhang wird die begrenzende Wirkung des Datenschutzrechts für die Vertragsfreiheit aufgezeigt.<sup>133</sup> Die Kernpunkte der damals geführten Diskussion sind aber aufgrund der Einführung von Informationspflichten für Cookies und hohen Geldbußen seit Einführung der E-Privacy-RL gegenstandslos geworden.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Vgl. *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84; *Metzger*, AcP 216 (2016), 818; *Hacker*, ZfPW 2019, 148.

<sup>129</sup> Aus Sicht des nl. Gesetzgebers sei dies jedenfalls erstrebenswert, s. Aanhangel van Handelingen II 2016/17, 2669. Kritisch hingegen *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (214); *Schulte-Nölke*, TvC 2018-2, 74; *Lubomirov*, WPNR 2018/7181, 151 (159 ff.); *van de Pas/Christianen*, IR 2016, nr. 1, 4-11 (11); die Regelung begrüßt hingegen *Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 10; *Mak*, NJB 2016/397, afl. 8, 518 (522).

<sup>130</sup> S.u.a.: *Prins*, NJB 2016/339, 449; *Purtova*, Property rights in personal data; *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2015/7085, 993. Freilich gibt es jene Überlegungen auch für Dtl., s. stellv. *Zech*, CR 2015, 137-146 und *Zech*, in: European contract law, 51 (51 ff.).

<sup>131</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

<sup>132</sup> S. hierzu insbesondere *Verbelst*, Recht doen aan privacyverklaringen und *Verbelst*, P&I 2009/4, afl. 1, 19 sowie die Reaktionen auf dessen Überlegungen, *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127; *van der Hof*, CR 2013/41, afl. 1; *Holvast*, P&I 2012/232, afl. 6, 285; *Bettink*, MvV 2013, nr. 1, 22; *van der Sloot*, P&I 2010/101, afl. 3, 106.

<sup>133</sup> *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127 (127); *Verbelst*, Recht doen aan privacyverklaringen, 68 ff.

<sup>134</sup> *Bettink*, MvV 2013, nr. 1, 22 (25).

Der weite Leistungsbegriff des BGB ermöglicht es, einen Vertrag über personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand zu schließen.<sup>135</sup> Die grundsätzliche Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen über personenbezogene Daten wird auch in den Niederlanden angenommen.<sup>136</sup> Eine reine Übermittlung der Daten reicht für eine legale Verarbeitung und Verwertung der Daten jedoch regelmäßig nicht aus. Ursache hierfür ist das im Datenschutzrecht geltende Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>137</sup> Im Rahmen einer ökonomischen Verwertung greifen regelmäßig keine gesetzlichen Erlaubnistatbestände.<sup>138</sup> Insbesondere greift Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO (Verarbeitung zur Vertragserfüllung) nicht. Denn von dieser Vorschrift werden nur Datenverarbeitungen, die für den „Abschluss und die Abwicklung des Vertrages erforderlich sind“, erfasst. Die Norm bezieht sich nicht auf Daten, die „als eigenständiger Leistungsgegenstand innerhalb einer vertraglichen Beziehung“ fungieren.<sup>139</sup> Für eine über die gesetzlich vorgesehenen Zwecke hinausgehende Datenverarbeitungserlaubnis benötigen die Unternehmen folglich eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO. Nur so können sie die Daten, die sie „kaufen“, auch rechtmäßig verwerten und somit ihren wirtschaftlichen Wert nutzen. Inhalt eines Vertrags mit Daten als Leistungsgegenstand sind deshalb nicht die Daten an sich, sondern das Einräumen

---

<sup>135</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (89); *Lubomirov*, WPNR 2018/7181, 151 (153). Zu Hindernissen des Datenhandels aufgrund des Personenbezugs: *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49.

<sup>136</sup> *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127 (127); *Verhelst*, Recht doen aan privacyverklaringen, 68 ff.

<sup>137</sup> Art. 6 DSGVO; s. zu Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen: Kapitel 3 B.

<sup>138</sup> *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (220).

<sup>139</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (90); vgl. auch *Schmidt-Kessel*, in: Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 127 (131 f.); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (220); *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79); *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49 (69 f.); a.A. wohl *Indenbuck/Britz*, BB 2019, 1091 (1095), welche für eine Zulässigkeit des „Zahlens mit Daten“ gerade mit der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO argumentieren; ebenso *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (640) und wohl auch *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (165).

einer Datennutzungsbefugnis mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung.<sup>140</sup> Letztere kann das Objekt einer Obligation sein, da sie von den ihr zugrunde liegenden Verträgen zu trennen ist.<sup>141</sup> Die Einwilligung muss dabei stets den strengen Voraussetzungen der DSGVO, namentlich den Anforderungen der Bestimmtheit, der Freiwilligkeit, der Informiertheit und der Unmissverständlichkeit, genügen.<sup>142</sup>

Das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot steht der Vertragskonstellation „Daten als Leistung“ grundsätzlich nicht entgegen. Das Koppelungsverbot stellt die Freiwilligkeit einer Einwilligung infrage, wenn ein Anbieter die Erbringung einer Leistung von der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig macht, ohne dass diese für die Erfüllung des Vertrags erforderlich wäre.<sup>143</sup> Die Regelung zielt ihrem Zweck nach auf die Verhinderung von Datenverarbeitungen ab, die nicht mit dem Vertragszweck einhergehen. Sie erfüllt somit eine Transparenzfunktion. Solange die Einräumung einer Nutzungsbefugnis mittels der datenschutzrechtlichen Einwilligung offen als Leistungspflicht deklariert wird, beeinträchtigt das Koppelungsverbot nicht die Freiwilligkeit jener Einwilligung.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (89 f.); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (220). So auch ohne genauere Begründung der Rechtsgrundlage, *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (211); *Buchner*, DuD 2010, 39 (39), der vom Tauschmodell „Leistung gegen Einwilligung“ spricht und *Metzger*, AcP 216 (2016), 818 (821). Grundlegend hierzu *Langhanke*, Daten als Leistung, 95 ff.

<sup>141</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79); *Schmidt-Kessel*, in: Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 127 (129); vgl. auch *Metzger*, AcP 216 (2016), 818 (831 ff.).

<sup>142</sup> Zu den Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

<sup>143</sup> Art. 7 Abs. 4 DSGVO; *Kübling/Martini*, EuZW 2016, 448 (451); nach dem härter formulierten ErwGr. (43) S. 2 DSGVO gilt die Einwilligung in diesem Fall als „nicht freiwillig erteilt“.

<sup>144</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (78 f.); *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (91); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (221 f.); so auch *Spindler*, MMR 2016, 147 (150). Zum gleichen Ergebnis kommen *Graf von Westphalen/Wendeborst*, BB 2016, 2179 (2185), welche Art. 7 Abs. 4 DSGVO die Funktion der Verhinderung von „Daten-Erpressung“ bei schon geschlossenen Verträgen zuschreiben. A.A.: *Faust*, NJW-Beil. 2016, 29 (29); *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (636); *Schulte-Nölke*, TvC 2018-2, 74 (74). Zur Auslegung des Koppelungsverbots vgl. *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (182 f.).

Auch das unionsweit grundrechtlich verankerte Recht auf den Schutz personenbezogener Daten<sup>145</sup> steht der Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Verwertung von Daten nicht entgegen. Zwar ist das Grundrecht selbst unveräußerlich, sein ökonomischer Wert kann jedoch, wie auch andere Persönlichkeitsrechte, durch die Einräumung von Nutzungsbefugnissen ausgebeutet werden und unterliegt insoweit der Disponibilität des Rechteinhabers.<sup>146</sup> Dass der EU-Gesetzgeber die mittlerweile gängige Praxis des Datenhandels anerkennt und mit Erlass der DSGVO nicht die Intention hatte, persönliche Daten als Vertragsgegenstand datenschutzrechtlich zu verbieten, zeigt schon der Erlass der Richtlinie über digitale Inhalte (Digitale Inhalte-RL)<sup>147</sup>.<sup>148</sup> Die Richtlinie sieht die Möglichkeit eines Vertragsverhältnisses mit dem Vertragsgegenstand digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen gegen die Bereitstellung von Daten explizit vor<sup>149</sup> und erkennt somit an, dass Daten eine synallagmatische Gegenleistung darstellen können.<sup>150</sup> Gleichzeitig weist der europäische Gesetzgeber darauf hin, „dass der

---

<sup>145</sup> Jenes ist in Dtl. Ausfluss des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; in den Nl. Ausfluss des Grundrechts auf Achtung der persönlichen Lebenssphäre, art. 10 lid 1 Gw. Das Recht auf Datenschutz ist ferner in der EMRK, der GR-Charta sowie der AEUV verankert, s. hierzu: Kapitel 3 A.

<sup>146</sup> Dies wird sowohl von dt. als auch nl. Autoren angenommen, s. *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (218 f.); *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (88); *Buchner*, DuD 2010, 39 (43); *Indenhuck/Britz*, BB 2019, 1091 (1095); ausführlich hierzu *Dommering*, in: 16 miljoen BN'ers, 83 (83 ff.); a.A.: EDSB, opinion 4/2017, 9 ff.

<sup>147</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Digitale Inhalte-RL).

<sup>148</sup> *Metzger*, JIPITEC 2017, 1, 2 (5); *Pertot*, in: Rechte an Daten, 1 (2).

<sup>149</sup> Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale Inhalte-RL erweitert den Anwendungsbereich der Richtlinie auf Fälle, in denen ein „Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt [...] und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt [...]“. S. auch ErwGr. (24) Digitale Inhalte-RL. S. zum Anwendungsbereich, *Loos*, NtEr 2016, nr. 4, 148 (149); sehr kritisch zum Richtlinienentwurf, *Graf von Westphalen/Wendeborst*, BB 2016, 2179.

<sup>150</sup> *Indenhuck/Britz*, BB 2019, 1091 (1095); *van de Pas/Christianen*, IR 2016, nr. 1, 4-11 (9). So auch: *Metzger*, AcP 216 (2016), 818 (833 ff.); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (223). Laut *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (169) kann nur bei einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Datenüberlassung von einem Synallagma gesprochen werden.

Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht ist und daher personenbezogene Daten nicht als Ware betrachtet werden können“.<sup>151</sup> Konsequenterweise weist Art. 3 Abs. 8 Digitale Inhalte-RL explizit darauf hin, dass die DSGVO von den Bestimmungen der Richtlinie unberührt bleibt und letztere im Fall von Widersprüchen maßgeblich ist.<sup>152</sup> Der datenschutzrechtliche Persönlichkeitsschutz, dessen Ausfluss die unabdingbare Verankerung des jederzeitigen Widerrufsrechts der Einwilligung<sup>153</sup> ist,<sup>154</sup> wirkt sich jedoch insoweit aus, als dass das Vertragsverhältnis keinen Verzicht auf jenes Recht vorsehen darf.<sup>155</sup> Wie sich das Widerrufsrecht auf die Durchsetzbarkeit der Forderung auswirkt, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.<sup>156</sup> Das Datenschutzrecht fungiert somit auch als Grenze der Vertragsfreiheit.<sup>157</sup>

Es bleibt somit festzuhalten, dass weder das Datenschutzrecht noch das Schuldrecht dem Geschäftsmodell „Daten als Leistung“, welches eine datenschutzrechtliche Einwilligung zum Vertragsgegenstand hat, entgegensteht. Teilweise

---

<sup>151</sup> ErwGr. (24) Digitale Inhalte-RL; so auch EDSA, Guidelines 2/2019, version 2.0, nr. 54, wo darauf hingewiesen wird, dass personenbezogene Daten aufgrund des Grundrechts auf Datenschutz nicht als handelbares Wirtschaftsgut angesehen werden können.

<sup>152</sup> Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 DSGVO; ErwGr. (37); *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (210).

<sup>153</sup> Art. 7 Abs. 3 DSGVO.

<sup>154</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (91); *Schmidt-Kessel*, in: Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 127 (134 f., 136 ff.).

<sup>155</sup> *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (91); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (221); *Schmidt-Kessel*, in: Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 127 (134 f.); *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (170). Zur Einordnung sich daraus ergebender schuldrechtlicher Fragestellungen: *Langhanke*, Daten als Leistung, 137 ff.; *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (103 ff.); *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (222).

<sup>156</sup> Für eine Durchsetzbarkeit bis zum erfolgten Widerruf: *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (169 f.). Gegen eine Durchsetzbarkeit in natura: *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (80); *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (106 f.).

<sup>157</sup> Das vertragliche Wegkontrahieren des Rechts auf Datenschutz ist nur innerhalb der grundrechtlich vorgegebenen Grenzen möglich, *Purtova*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2010, 28 (2), 179; *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127 (127); *Verhelst*, Recht doen aan privacyverklaringen, 68 ff.

wird in diesem Zusammenhang vor einer „Aushöhlung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ durch die Einwilligung gewarnt.<sup>158</sup> Denn die Einwilligung ist zwar an strenge Voraussetzungen geknüpft, steht jedoch vielfach in der Kritik. Beanstandet werden insbesondere die Informiertheit der Einwilligung sowie die Freiwilligkeit ihrer Erteilung.<sup>159</sup> Eine mögliche, insbesondere in der niederländischen Literatur geforderte, Alternative zur Stärkung des Bewusstseins betroffener Personen ist es, Verbrauchern die Wahl zwischen dem Bezahlmittel – Daten oder Geld – zu geben.<sup>160</sup>

Im Falle der in dieser Arbeit untersuchten Modelle, die explizit darauf ausgerichtet sind, im Gegenzug für die Nutzung der Daten eine geldwerte Vergütung zu erhalten, sind die Bedenken mangelnder Informationen oder nicht vorliegender Freiwilligkeit jedoch unbegründet. Denn die Modelle zielen gerade auf eine Verarbeitung der Daten im Gegenzug zu geldwerten Leistungen ab. Somit sollte bei den Nutzern dieser Dienste ein Bewusstsein sowohl darüber, dass Datenverarbeitungen stattfinden, als auch darüber, dass jene für die verarbeitenden Unternehmen offensichtlich einen Wert haben, vorhanden sein.

## D. Datenschutzrechtliche Sicherungspflichten

Nach dem Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO) müssen personenbezogene Daten „in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet.“ Hierzu zählen der „Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“.<sup>161</sup> Nähere Vorgaben zur Ausgestaltung des Grundsatzes

---

<sup>158</sup> *Buchner*, DuD 2010, 39 (41 ff.). Auch warnend vor einer „Aushöhlung“, aber aufgrund einer Ausweitung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO, *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745.

<sup>159</sup> Vgl. *Zuiderveen Borgesius*, NJB 2015/680, afl. 14, 878; *van Alsenoy/Kosta/Dumortier*, IRLCT 2014, Vol. 28, no. 2, 185; *Schwartzmann/Hentsch*, RDV 2015, 221 (228); *Jöns*, Daten als Handelsware, 51 f.; *Prins*, NJB 2016/339, 449; *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (212 ff.); *Lubomirov*, WPNR 2018/7181, 151 (158); *van der Sloot*, NJB 2011/1173, afl. 23, 1493.

<sup>160</sup> *Spierings*, MvV 2019, nr. 6, 207 (214); *Lubomirov*, WPNR 2018/7181, 151 (160).

<sup>161</sup> Art. 5 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO.

enthält Art. 32 DSGVO.<sup>162</sup> Verantwortliche und etwaige Auftragsverarbeiter<sup>163</sup> müssen „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen [treffen] um ein dem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten“.<sup>164</sup> Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 enthält einen nicht abschließenden Maßnahmenkatalog, der solche technischen und organisatorischen Maßnahmen nennt.<sup>165</sup> Hierzu zählen die „Pseudonymisierung und Verschlüsselung personenbezogener Daten“ (Buchst. a)), die dauerhafte Sicherstellung der „Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit“ datenverarbeitender Systeme und Dienste (Buchst. b)), die „Fähigkeit, die Verfügbarkeit der“ und „den Zugang zu“ den Daten bei Zwischenfällen „rasch wiederherzustellen“ (Buchst. c)) sowie „Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit“ der Sicherheitsmaßnahmen (Buchst. d)).<sup>166</sup>

Bei der Auswahl der Maßnahmen mit dem Ziel der Gewährleistung eines „angemessenen Schutzniveaus“ sind zum einen das Ausmaß der Verarbeitung, namentlich die Art, der Umfang, die Umstände und die Zwecke der Verarbeitung sowie „Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere des Risikos“ zu berücksichtigen.<sup>167</sup> Zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit und der wirtschaftlichen Innovationsfähigkeit<sup>168</sup> fließen gleichermaßen der Stand der Technik sowie die Implementierungskosten in die Maßnahmenauswahl ein.<sup>169</sup> Welche Risiken möglicherweise mit der Verarbeitung verbunden sind, zählt Art. 32 Abs. 2

---

<sup>162</sup> ErwGr. 83 DSGVO; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 2.

<sup>163</sup> „Auftragsverarbeiter“ ist „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“, Art. 4 Nr. 8 DSGVO.

<sup>164</sup> Art. 32 Abs. 1 DSGVO.

<sup>165</sup> *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 3.

<sup>166</sup> Art. 32 Abs. 1 Hs. 2 Buchst. a) - d) DSGVO; *Löschhorn/Fuhrmann*, NZG 2019, 161 (165).

<sup>167</sup> Art. 32 Abs. 1 DSGVO.

<sup>168</sup> *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 3; *Laue*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 32, Rdnr. 6 ff.

<sup>169</sup> Art. 32 Abs. 1 DSGVO.

DSGVO beispielhaft auf.<sup>170</sup> Der Absatz nennt die Vernichtung, den Verlust, die Veränderung, die unbefugte Offenlegung von und den unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten.<sup>171</sup> Die Erwägungsgründe 75 und 76 DSGVO enthalten weitere Anhaltspunkte zur Bestimmung der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken und zur Herstellung eines angemessenen Schutzniveaus. Hier wird unter anderem auf das Risiko eines physischen, materiellen oder immateriellen Schadens der betroffenen Person, beispielsweise durch Identitätsdiebstahl, hingewiesen.<sup>172</sup> Die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln (Art. 40 DSGVO) oder eines genehmigten Zertifizierungsverfahrens (Art. 42 DSGVO) kann bei der Beurteilung, ob die in Art. 32 DSGVO gestellten Anforderungen erfüllt werden, herangezogen werden.<sup>173</sup>

Daneben verlangen die in Art. 25 DSGVO niedergelegten Prinzipien des „privacy by design“ und „privacy by default“ die Sicherstellung des Datenschutzes durch eine entsprechende Ausgestaltung der Technik (Abs. 1) und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Abs. 2).<sup>174</sup> Der Aufnahme der Prinzipien des „privacy by design and by default“ in die DSGVO liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Berücksichtigung der Datenschutzgrundsätze bereits bei der Entwicklung und Gestaltung von Informationssystemen die Wirkung der Prinzipien wesentlich verbessern wird.<sup>175</sup> Im Gegensatz zu den Sicherungspflichten aus Art. 32 DSGVO setzt die Pflicht nach Art. 25 DSGVO nicht erst zum Zeitpunkt der Verarbeitung an, sondern ausdrücklich bereits in einem früheren Stadium, nämlich dann, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche die Mittel für die Verarbeitung bestimmt.<sup>176</sup>

---

<sup>170</sup> *Jandt*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 31 *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 4.

<sup>171</sup> Art. 32 Abs. 2 DSGVO.

<sup>172</sup> ErwGr. 75 DSGVO; *Paulus*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 32, Rdnr. 10.

<sup>173</sup> Art. 32 Abs. 3 DSGVO; *Frisse/Glaßl/Baranowski/Duwald*, BKR 2018, 177 (182); *Laue*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 32, Rdnr. 24.

<sup>174</sup> Art. 25 DSGVO; s. hierzu: *Feiler/Forgó/Weigl*, GDPR. A commentary, Art. 25.

<sup>175</sup> *Bygrave*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 25, no. A.

<sup>176</sup> *Bygrave*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 25, no. C.1.



## Teil 2

### Vertragsverhältnisse mit Interessenwahrnehmungscharakter

Die in Deutschland und den Niederlanden geltende Vertragsfreiheit erlaubt die Gestaltung neuartiger, von den Gesetzgebern nicht geregelten Vertragskonstellationen. Eine vertragliche Zuordnung zu den gesetzlichen Vertragstypen ist dennoch unerlässlich, um gesetzliche Grenzen sowie die Rechte und Pflichten der involvierten Parteien zu bestimmen. So können die Rechte von Verbrauchern, den Datensubjekten, und der Handlungsspielraum der Datenverwerter bestimmt werden.<sup>1</sup>

Die in Teil 3 erfolgende Untersuchung der Datenverwertungsmodelle wird zeigen, dass das Verhältnis zwischen Datenverwertern und den Nutzern des digitalen Marktplatzes, den Datensubjekten, Interessenwahrnehmungscharakter aufweist.<sup>2</sup> Da bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen stets eine Überlagerung der Interessensphären der Parteien in der Person des Interessenwahrers geschieht, gilt es insbesondere Vorschriften zur Vermeidung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten zu identifizieren.<sup>3</sup> Entsprechend ihrer konkreten Ausgestaltung können die Modelle unterschiedlichen Vertragsverhältnissen zugeordnet werden.<sup>4</sup> Dabei ist allen Modellen gemein, dass sie treuhänderisch ausgestaltet sind.<sup>5</sup> In diesem Teil wird beschrieben, welche Vertragsverhältnisse mit Interessenwahrnehmungscharakter es im deutschen und niederländischen Recht gibt und welche nationalen Unterschiede mit ihnen einhergehen. Aufbauend auf die in diesem Teil erfolgende Darstellung der Vertragstypen werden

---

<sup>1</sup> S. Kapitel 1; zu Pflichten der Datenverwerter im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Teil 4.

<sup>2</sup> Kapitel 9 B. und C.

<sup>3</sup> Für einen Überblick der bestehenden Regelungen zu Interessenkonflikten s. Kapitel 14 B. und C. Für eine ausführliche Darstellung der einzelnen Vorgaben s. Kapitel 15 ff.

<sup>4</sup> Die Zuordnung der konkreten Modelle erfolgt in Kapitel 10 E.

<sup>5</sup> Kapitel 13.

die einschlägigen Vorschriften zur Interessenwahrnehmung in Teil 4 vertieft erörtert.

Sowohl die niederländische als auch die deutsche Rechtsordnung sehen verschiedene Vertragstypen vor, die auf die Interessenwahrnehmung der einen durch die andere Partei gerichtet sind. Die Vertragsverhältnisse, welche spezifisch auf die Wahrnehmung von Interessen gerichtet sind, verweisen in beiden Ländern auf allgemeine Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter. Es werden daher zunächst allgemeine Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter dargestellt (Kapitel 4), bevor Vertragsverhältnisse über die Wahrnehmung fremder Interessen beleuchtet werden (Kapitel 5). Anschließend wird ein besonderes Augenmerk auf Vertragsbeziehungen bei der Wahrnehmung fremder Interessen durch Intermediäre gelegt (Kapitel 6) sowie auf Treuhandverhältnisse in den untersuchten Rechtsordnungen eingegangen (Kapitel 7).

## Kapitel 4

# Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter

### A. Leistung oder Erfolg geschuldet – Dienstvertrag und Werkvertrag im deutschen Recht

Der Dienstvertrag ist in den §§ 611 bis 630 BGB normiert. „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“<sup>1</sup> Die vertragstypische Hauptleistung des Dienstvertrages ist also das Erbringen einer Tätigkeit, des „versprochenen Dienste[s]“<sup>2</sup>. Dieser Leistung steht die Verpflichtung zum Entrichten einer Vergütung gegenüber. Der Dienstvertrag ist deshalb als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB einzustufen.<sup>3</sup> „Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.“<sup>4</sup> Begrenzt wird die inhaltliche Freiheit hinsichtlich der versprochenen Tätigkeit durch die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit. Die versprochenen Dienste dürfen nicht gegen ein gesetzliches Verbot<sup>5</sup> oder gegen die guten Sitten<sup>6</sup> verstoßen.<sup>7</sup> Zur Bestimmung der geschuldeten Dienste sind die allgemein gültigen Auslegungsregeln, die §§ 133, 157 BGB, heranzuziehen. Hierbei ist die „besondere Personenbezogenheit des Dienstvertrages“ zu berücksichtigen. Im Zweifel

---

<sup>1</sup> § 611 Abs. 1 BGB.

<sup>2</sup> § 611 Abs. 1 BGB.

<sup>3</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 1.

<sup>4</sup> § 611 Abs. 2 BGB.

<sup>5</sup> Bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich nichtig, § 134 BGB; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, BGB § 134, Rdnr. 119.

<sup>6</sup> Bei einem Verstoß gegen die guten Sitten ist das Rechtsgeschäft dem Wortlaut nach nichtig, § 138 Abs. 1 BGB. Verbreitet wird der Vorbehalt des § 134 BGB auch auf § 138 BGB übertragen, *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, BGB § 138, Rdnr. 157.

<sup>7</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 43.

schließt der Dienstberechtigte den Vertrag aufgrund individueller Fähigkeiten des Dienstverpflichteten mit diesem ab.<sup>8</sup>

Während bei einem Dienstvertrag die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung im Vordergrund steht, ist bei einem Werkvertrag über die Erbringung der Dienstleistung hinaus auch ein bestimmter Erfolg geschuldet.<sup>9</sup> Dieses entscheidende Abgrenzungskriterium ergibt sich aus der genauen Lektüre von § 611 Abs. 1 BGB und § 631 Abs. 2 BGB. Gemäß § 611 Abs. 1 BGB „wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste [...] verpflichtet.“<sup>10</sup> Bei einem Dienstvertrag ist demnach „ausschließlich die Erbringung einer Tätigkeit“ geschuldet.<sup>11</sup> Gegenstand eines Werkvertrags ist dagegen laut § 631 Abs. 2 BGB „sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg“.<sup>12</sup> Vertragsgegenstand ist nicht nur die Verrichtung der Dienste an sich, sondern auch ein „Erzeugnis“ dieser Dienste.<sup>13</sup> Das Tätigwerden des Unternehmers ist bei einem Werkvertrag bloß das „Mittel zur Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs“<sup>14</sup> und fällt nicht wie bei einem Dienstvertrag mit dem Leistungserfolg zusammen.<sup>15</sup> Für eine Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag ist folglich entscheidend, ob nur die Tätigkeit des Verpflichteten als solche oder darüber hinaus auch ein durch diese Tätigkeit herbeizuführender Erfolg geschuldet ist.<sup>16</sup> Die Abgrenzung ist im Einzelfall mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Es kommt darauf an, ob die Parteien einen

---

<sup>8</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 44 f.; zur ausführenden Person der Leistungserbringung: Kapitel 15 B.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 16. Juli 2002 – X ZR 27/01 (Hamburg), NJW 2002, 3323 (3324).

<sup>10</sup> § 611 Abs. 1 BGB.

<sup>11</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 7.

<sup>12</sup> § 631 Abs. 2 BGB.

<sup>13</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 7.

<sup>14</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 8, Rdnr. 6.

<sup>15</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 7, Rdnr. 7.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 16. Juli 2002 – X ZR 27/01 (Hamburg), NJW 2002, 3323; *Busche*, in: MüKo-BGB, BGB § 631, Rdnr. 16; *Emmerich*, JuS 2002, 923 (924); ausführlich zu Abgrenzungsfragen s. *Greiner*, AcP 211 (2011), 221.

„tätigkeitsbezogenen Dienstvertrag“ oder einen „erfolgsbezogenen Werkvertrag“ schließen wollten. Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung. Dabei sind die Gesamtumstände des Vertragsschlusses entscheidend.<sup>17</sup>

„Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“<sup>18</sup> Möglicher Vertragsinhalt können demnach sowohl körperliche Werke, z.B. die Errichtung oder Reparatur eines Bauwerkes, als auch unkörperliche Werke wie etwa eine Beförderungsleistung sein.<sup>19</sup> Der vertragstypischen Leistung beim Werkvertrag steht, wie auch beim Dienstvertrag, die Pflicht zur Entrichtung einer Vergütung gegenüber,<sup>20</sup> sodass auch der Werkvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB ist.<sup>21</sup>

## B. *Overeenkomst van opdracht als Ausgangspunkt in den Niederlanden*

Ausgangspunkt der Vertragstypen mit Tätigkeitscharakter in den Niederlanden ist die *overeenkomst van opdracht*.<sup>22</sup> „*De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt [...] werkzaamheden te verrichten [...]*“<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> *Busche*, in: MüKo-BGB, BGB § 631, Rdnr. 16 f.

<sup>18</sup> § 631 Abs. 2 BGB.

<sup>19</sup> *Busche*, in: MüKo-BGB, BGB § 631, Rdnr. 2; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 8, Rdnr. 6.

<sup>20</sup> § 631 Abs. 1 BGB.

<sup>21</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 8, Rdnr. 4.

<sup>22</sup> *Schelhaas/Wessels*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 1 (nr. 4).

<sup>23</sup> Art. 7:400 lid 1 BW.

Die *overeenkomst van opdracht* ist in art. 7:400 lid 1 BW definiert. Das Schuldverhältnis *opdracht*<sup>24</sup> bezeichnet einen Vertrag über die Ausführung von Tätigkeiten (*het verrichten van werkzaamheden*).<sup>25</sup> Neben dieser sehr allgemein gehaltenen Umschreibung des Anwendungsbereichs nennt art. 7:400 lid 1 BW Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter, die keine *overeenkomst van opdracht* im Sinne des art. 7:400 lid 1 BW sein können.<sup>26</sup> Hierdurch wird der sehr weite Anwendungsbereich der *opdracht* negativ eingegrenzt.<sup>27</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut sind die Schuldverhältnisse *aanneming van werk*<sup>28</sup>, *bewaarneming*<sup>29</sup>, *arbeidsovereenkomst*<sup>30</sup>, *overeenkomst tot uitgifte van werken*<sup>31</sup> und *vervoersovereenkomst*<sup>32</sup> keine *overeenkomst van opdracht*.<sup>33</sup> Die *opdracht* erfasst demnach alle Schuldverhältnisse, die die Ausführung von *werkzaamheden* zum Inhalt haben und keinem der per Definition ausgenommenen Schuldverhältnisse zuzuordnen sind.<sup>34</sup> Ihr kommt die Funktion einer Auffangvorschrift („*vangnetregeling*“) zu.<sup>35</sup> Der niederländische Gesetzgeber sieht diese ausgenommenen

<sup>24</sup> Im juristischen Sprachgebrauch können *opdracht* und *dienstverlening* als Synonyme gebraucht werden. Auch die Formulierungen *dienste* und *werkzaamheden* meinen aus einer juristischen Perspektive das Gleiche, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 15.

<sup>25</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 15.

<sup>26</sup> Art. 7:400 lid 1 BW; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 44.

<sup>27</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 232); *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>28</sup> Vertragsgegenstand der *aannemingsovereenkomst* sind Tätigkeiten, die auf die Herstellung verkörperter Werke gerichtet sind. S. zum Gegenstand der *aanneming van werk* und zur Abgrenzung von der *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 4 C.

<sup>29</sup> Gegenstand der in Buch 7 Titel 9 BW geregelten *bewaarnemingsovereenkomst* ist die Verwahrung und anschließende Zurückgabe einer *zaak*, die dem *bewaarnemer* von dem *bewaargever* anvertraut wird, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 38.

<sup>30</sup> Die *arbeidsovereenkomst* ist das Pendant zum dt. Arbeitsvertrag. Sie ist in art. 7:610 BW e.v. normiert, s. hierzu *Asser/van Heerma Voss*, Asser 7-V, nr. 19.

<sup>31</sup> Das Schuldverhältnis *overeenkomst tot uitgifte van werken* ist – entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention – nicht im BW geregelt. Gemeint war das Vertragsverhältnis zwischen Herausgebern und Autoren, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 40.

<sup>32</sup> Ausgeschlossen sind Transportverträge betreffend Personen und Sachen sowie das transportieren lassen derselben. Transport- und Beförderungsverträge sind ausführlich in Buch 8 BW geregelt, *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>33</sup> Art. 7:400 lid 1 BW; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 35; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>34</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 34.

<sup>35</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 44.

Schuldverhältnisse nicht als besondere Formen der *opdracht* an, da er sie ausdrücklich von der gesetzlichen Definition ausschließt.<sup>36</sup> Aus systematischer Sicht könnten jedoch auch die ausgeschlossenen Vertragsarten als Ausprägungsformen der *opdracht* angesehen werden.<sup>37</sup>

Der Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* umfasst in der Praxis ein weites Spektrum. Als *overeenkomst van opdracht* werden beispielsweise persönliche Dienstleistungen eines Anwalts, eines Frisörs oder eines Physiotherapeuten qualifiziert.<sup>38</sup> Die *overeenkomst van opdracht* umfasst sowohl Vertragsverhältnisse, die auf die Fertigstellung eines bestimmten Werkes oder das Erreichen eines bestimmten Resultats gerichtet sind, als auch Vertragsverhältnisse, die Tätigkeiten umfassen, und damit nicht auf das Erreichen eines bestimmten Ergebnisses zielen, wie etwa Beratungstätigkeiten.<sup>39</sup> Für eine Qualifikation als *overeenkomst van opdracht* ist es dabei irrelevant, ob der Dienst gegen Entgelt oder unentgeltlich versprochen wird.<sup>40</sup> Wurde in den Vertragsverhandlungen keine Absprache über eine Vergütung für die Ausführung der *werkzaamheden* (Tätigkeiten) getroffen, ist ein Entgelt nur dann geschuldet, wenn die Ausführung der *werkzaamheden* im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Auftragnehmers stattfindet.<sup>41</sup>

Die Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* sind nicht anwendbar, wenn die sogenannte *uitschakelbepaling* des art. 7:400 lid 2 BW greift.<sup>42</sup> Die *uitschakelbepaling* bestimmt, dass die Vorschriften keine Anwendung finden, wenn sich dies aus dem Gesetz, dem Inhalt oder der Art des Schuldverhältnisses

---

<sup>36</sup> Der Gesetzgeber begründet seine Entscheidung mit einem Verweis auf die Eigenarten der jeweiligen Vorschriften, MvA, Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, 2.

<sup>37</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 35. Der Gesetzgeber bleibt in seiner Regelungsstruktur nicht konsistent. Er normiert die *overeenkomst van opdracht* mit besonderen Formen (*lastgeving, bemiddeling, agentuur*), aber schließt andere besondere Formen (*arbeidsovereenkomst, aannemingsovereenkomst* etc.) per Definition aus. So auch *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 39 f.

<sup>38</sup> MvT, Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, 4; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 232).

<sup>39</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 242).

<sup>40</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 126.

<sup>41</sup> Art. 7:405 lid 1 BW; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 242).

<sup>42</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 48.

oder aus ungeschriebenem Recht ergibt.<sup>43</sup> Die Regelung soll sicherstellen, dass die Parteien die zwingenden Regelungen anderer Schuldverhältnisse, z.B. über Arbeitsverhältnisse, nicht umgehen können, indem sie die Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* für anwendbar erklären.<sup>44</sup> Greift die *uitschakelbepaling* nicht, können die allgemeinen Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* auch auf andere Schuldverhältnisse angewendet werden.<sup>45</sup>

Die Vorschriften über die *overeenkomst van opdracht* sind überwiegend dispositiv und sollten im konkreten Fall stets hinterfragt werden, da sie aufgrund des vielfältigen Anwendungsbereichs der *overeenkomst van opdracht* für die unterschiedlichsten Vertragsbeziehungen gelten.<sup>46</sup> Die Parteien können abweichende Regelungen treffen, solange es sich nicht um zwingende Vorschriften im Sinne von art. 7:413 BW handelt.<sup>47</sup> Häufig steht der zwingende Charakter einer Vorschrift im Zusammenhang damit, dass ein Verbraucher involviert ist.<sup>48</sup>

Nach den allgemeinen Vorschriften betreffend die *overeenkomst van opdracht* werden besondere Formen der *opdracht* normiert: *lastgeving*,<sup>49</sup> *bemiddeling*,<sup>50</sup> *agentuur*<sup>51</sup> und *geneeskundige behandeling*.<sup>52</sup> Die allgemeinen Bestimmungen

<sup>43</sup> Art. 7:400 lid 2 BW.

<sup>44</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 38.

<sup>45</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 38.

<sup>46</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 38.

<sup>47</sup> Nijland, in: GS *Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 6; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 43.

<sup>48</sup> Art. 7:413 lid 1 und lid 2 BW, wonach von bestimmten Vorschriften nicht zum Nachteil von Verbrauchern abgewichen werden darf. Auch innerhalb der besonderen Regelungen zur *lastgevingsovereenkomst* gibt es solche verbraucherschützende Normen (art. 7:416 lid 3 BW und art. 7:417 lid 2 BW), Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 39.

<sup>49</sup> Zur *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B. und C.II.

<sup>50</sup> Zur *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.II.

<sup>51</sup> Die *agentuurovereenkomst* ist das niederländische Pendant zur dt. Handelsvertretung. Die Materie ist durch die Handelsvertreter-RL weitestgehend harmonisiert worden, *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 84, Rdnr. 3.

<sup>52</sup> Ernes, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 232); Lamers spricht von der *overeenkomst van opdracht* als „genus“ und den besonderen Formen als „species“, Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 37; die *reisovereenkomst* ist wohl auch als besondere Form der *opdracht* zu qualifizieren, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 53.

der *opdracht* (art. 7:400 bis 7:414 BW) sind grundsätzlich auch auf die besonderen Formen der *opdracht* anwendbar, solange jene keine abweichenden Vorschriften von den allgemeinen Regelungen vorsehen.<sup>53</sup>

Die exemplarisch untersuchten Datenverwertungsverhältnisse sind alle dem Vertragstyp der *overeenkomst van opdracht* in einer ihrer Sonderformen zuzuordnen. Die Rahmenvertragsbeziehung der Datensubjekte mit *Dime* weist die Eigenschaften einer *lastgevingsovereenkomst* auf,<sup>54</sup> die Vertragsbeziehungen mit *Data Fairplay* und *Datacoup* sind als *bemiddelingsovereenkomst* einzuordnen.<sup>55</sup> Mit dieser Qualifikation gehen bestimmte Pflichten der Datenverwerter einher. Beispielhaft sind die *zorgplicht*,<sup>56</sup> Unterrichts- und Rechenschaftspflichten<sup>57</sup> sowie die Herausgabepflicht<sup>58</sup> zu nennen.

### C. *Aannemingsovereenkomst über ein werk van stoffelijke aard*

„*Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt [...] een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren [...].*”<sup>59</sup>

*Aanneming van werk* bezeichnet nach der gesetzlichen Umschreibung ein Schuldverhältnis, bei welchem das *tot stand brengen* (die Herstellung) und die

---

<sup>53</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 53.

<sup>54</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>55</sup> S. für die Einordnung von *Data Fairplay*: Kapitel 10 E.II.3., von *Datacoup*: Kapitel 10 E.III.4.

<sup>56</sup> Art. 7:401 BW; s. allgemein zum Inhalt der *zorgplicht*: Kapitel 15 A.II.; zum Inhalt der *zorgplicht* bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 A.IV.

<sup>57</sup> Art. 7:403, 7:418 BW; s. allgemein zum Inhalt der Unterrichts- und Rechenschaftspflichten: Kapitel 15 D.I.2. und D.I.3. sowie Kapitel 15 D.II.2.; zum Inhalt bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 D.IV.

<sup>58</sup> Art. 7:403 lid 2 BW; s. allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.II.; zum Inhalt bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 E.IV.

<sup>59</sup> Art. 7:750 lid 1 BW.

Übergabe (*opleveren*<sup>60</sup>) eines *werk van stoffelijke aard* geschuldet sind.<sup>61</sup> Vertragsgegenstand der *aannemingsovereenkomst* sind demnach Tätigkeiten, die auf das *tot stand brengen* (die Herstellung) verkörperter Werke gerichtet sind.<sup>62</sup> Die Formulierung *tot stand brengen* eines *stoffelijk werk* ist über ihren Wortlaut hinaus weit auszulegen. Sie umfasst nicht allein die Herstellung verkörperter Werke, sondern auch die Vornahme von Arbeiten an denselben, wie etwa das Bearbeiten, Umbauen, Erweitern, Reparieren und Abreißen von Werken. Dass in letzteren Fällen kein – wie vom Gesetzeswortlaut gefordert – verkörpertes Werk hergestellt wird, ist irrelevant. Die Norm ist sowohl auf Bauwerke als auch auf bewegliche Sachen anwendbar.<sup>63</sup> Eine *aannemingsovereenkomst* liegt dann vor, wenn Herstellungsverpflichtung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses (*buiten dienstbetrekking*) besteht.<sup>64</sup> Als Gegenleistung für die Herstellung des Werkes schuldet der *opdrachtgever* (Auftragnehmer) eine Vergütung.<sup>65</sup> Obwohl die *aannemingsovereenkomst* ausdrücklich keine *overeenkomst van opdracht* darstellt,<sup>66</sup> wird die Vertragspartei, welche den Auftrag erteilt, vom Gesetzgeber dennoch als *opdrachtgever* bezeichnet.<sup>67</sup>

Die Abgrenzung der *aannemingsovereenkomst* von der *overeenkomst van opdracht* erfolgt aufgrund der Art der *werkzaamheden*.<sup>68</sup> Vertragsgegenstand der *overeenkomst van opdracht* können sämtliche Tätigkeiten sein, solange sie nicht in den Anwendungsbereich der *aannemingsovereenkomst* fallen.<sup>69</sup> Gegenstand der *aannemingsovereenkomst* ist die Herstellung eines *werk van stoffelijke aard*. Das entscheidende Abgrenzungskriterium nach der Art der *werkzaamheden* ist

---

<sup>60</sup> S. zum *opleveren*, art. 7:758 BW, *Chao-Duivis*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 391 (nr. 378).

<sup>61</sup> Art. 7:750 lid 1 BW.

<sup>62</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>63</sup> *Chao-Duivis*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 391 (nr. 376).

<sup>64</sup> Art. 7:750 lid 1 BW; durch das Erfordernis „*buiten dienstbetrekking*“ wird die *aannemingsovereenkomst* von der *arbeidsovereenkomst* abgegrenzt, *Chao-Duivis*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 391 (nr. 376).

<sup>65</sup> 7:750 lid 1 BW, *Chao-Duivis*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 391 (nr. 387).

<sup>66</sup> Vgl. art. 7:400 lid 1 BW; zur Definition der *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 4 B.

<sup>67</sup> Art. 7:750 lid 1 BW.

<sup>68</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>69</sup> Art. 7:400 lid 1 BW; zur *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 4 B.

also, ob der Gegenstand der Tätigkeiten die Herstellung eines *werk van stoffelijke aard* ist.<sup>70</sup>

Durch das Erfordernis der Herstellung einer verkörperten Sache ist die *overeenkomst tot aanneming van werk* eher ergebnisorientiert, während der Akzent der *werkzaamheden* des *opdrachtnemer* bei der *overeenkomst van opdracht* auf dem Ausmaß der Bemühungen liegt. Die *opdracht* ist insgesamt eher auf eine geistige Leistung gerichtet. Dennoch werden vielerlei Tätigkeiten als *opdracht* eingeordnet. Vielerorts werden nicht nur die Tätigkeiten eines Anwalts, eines Arztes oder eines Notars als *opdracht* qualifiziert, sondern auch die eines Frisörs oder eines Kuriers. Die Abgrenzung anhand des Kriteriums *tot stand brengen van een stoffelijk werk* ist häufig mit Schwierigkeiten verbunden.<sup>71</sup> Die Tätigkeiten einer Reinigung werden laut Gesetzesbegründung als *aanneming van werk*,<sup>72</sup> in der Praxis aber als *opdracht* eingeordnet.<sup>73</sup> Die Tätigkeiten eines Architekten werden als *opdracht* angesehen – obwohl dessen Arbeit auf die Erstellung eines *stoffelijk werk* (wenn auch nicht durch ihn selbst) gerichtet sind. Hier wird wohl die geistige Erstellung der Bauzeichnungen als maßgebend angesehen.<sup>74</sup> Das Vorliegen einer *aannemingsovereenkomst* wird überwiegend auch bei der Erstellung eines Gemäldes oder der Verfassung eines Romans verneint. Aus der Tätigkeit des Künstlers geht zwar ein verkörpertes Werk hervor. Gleichzeitig entsteht das Werk aber aus seiner Kreativität, seiner geistigen Arbeit.<sup>75</sup> Das verkörperte Ergebnis, das entstandene Werk selbst, sei daher nicht als Kern der Tätigkeit zu sehen. Aufgrund der geistigen (literarischen oder künstlerischen) Leistung liege eine *overeenkomst van opdracht* vor.<sup>76</sup> An einem verkörperten Werk fehlt es nach der Rechtbank Amsterdam auch im Fall der Erneuerung einer Internetseite. Hier läge mangels der Herstellung eines *werk van stoffelijke aard* keine *aanneming van werk*, sondern eine *overeenkomst van opdracht* vor.<sup>77</sup> An

---

<sup>70</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:400, aant. 3.

<sup>71</sup> *Van der Ven*, GROM XXX 2013, 103 (144).

<sup>72</sup> MvT, Kamerstukken II 1992/93, 20 095, nr. 3, 12.

<sup>73</sup> *Van der Ven*, GROM XXX 2013, 103 (144 f.).

<sup>74</sup> *Van der Ven*, GROM XXX 2013, 103 (145).

<sup>75</sup> *Van der Ven*, GROM XXX 2013, 103 (145).

<sup>76</sup> *Chao-Duivis*, in: Bijzondere overeenkomsten, 391 (nr. 376); *van der Ven*, GROM XXX 2013, 103 (145); so auch *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 46.

<sup>77</sup> Rb. Amsterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2674, nr. 4.2; *Chao-Duivis*, in: Bijzondere overeenkomsten, 391 (nr. 376).

dem Erfordernis der Herstellung eines verkörperten Werks scheitert auch die von den Datenverwertern beworbene Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes.<sup>78</sup> Daher scheidet die *aannemingsovereenkomst* als potentieller Vertragstyp für Datenverwertungsverhältnisse aus.

Die Ergebnisorientiertheit der *aannemingsovereenkomst* legt die Annahme nahe, dass es sich um ein *resultaatsverbintenis*<sup>79</sup> handelt, also ein Erfolg geschuldet ist. Die Reichweite der Leistungspflicht hängt jedoch stark von der Detailtiefe der Vorgaben für das Werk sowie dem Maß der Realisierungsfreiheit des *aannemer* (Beauftragten) ab.<sup>80</sup> Je stärker sich der *opdrachtgever* um die Herstellung des Werkes kümmert, desto größer ist sein Einfluss auf die Entstehung desselben. Die Einflussmöglichkeiten des Beauftragten nehmen entsprechend ab. Nimmt der *opdrachtgever* dem Beauftragten die Freiheit, selbst über die Art und Weise der Herstellung des Werkes zu bestimmen, kann von Letzterem auch nicht verlangt werden, dass er für das Ergebnis verantwortlich ist.<sup>81</sup> Die Antwort auf die Frage, ob ein tatsächlicher Erfolg oder aber eine zufriedenstellende Ausführung der Tätigkeiten, die auf den Erfolg gerichtet sind, geschuldet ist, hängt demnach von der Genauigkeit der Weisungen des *opdrachtgever* ab. Je genauer die Vorgaben, denen das *werk* genügen soll, sind, desto präziser steht das zu erreichende Ergebnis fest.<sup>82</sup>

#### D. Rechtsvergleichende Betrachtung – Unterschiede in den Abgrenzungskriterien

Bei allen vier betrachteten Vertragstypen ist das Ausführen von Tätigkeiten durch die eine für die andere Partei der zentrale Vertragsgegenstand. Der systematische Aufbau der allgemeinen Vertragstypen mit Dienstleistungscharakter

<sup>78</sup> Die Datenverwerter werben mit der Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes für personenbezogene Daten, welcher an den Interessen der Datensubjekte ausgerichtet ist, Kapitel 9.

<sup>79</sup> S. zur Unterscheidung von *resultaatsverbintenissen* (Erfolg geschuldet) und *inspanningsverbintenissen* (Leistung geschuldet): *Krans*, in: *Verbintenissenrecht algemeen*, 1 (nr. 56).

<sup>80</sup> *Van den Berg/van Gulijk*, Asser 7-VI, nr. 85.

<sup>81</sup> *Chao-Duivis*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 391 (nr. 376).

<sup>82</sup> Rb. Zutphen 16 juni 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM9572, nr. 7.3; *van den Berg/van Gulijk*, Asser 7-VI, nr. 85.

ist aber im deutschen und niederländischen Recht unterschiedlich. Das BW enthält eine Art Grundregelung, die *overeenkomst van opdracht*. Sie umfasst sämtliche Verträge, die auf das Ausführen von Diensten (*verrichten van werkzaamheden*) der einen Partei für die andere Partei gerichtet sind. Dabei ist es unerheblich, ob die Dienste tätigkeits- oder erfolgsbezogen sind, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden, und ob sie speziell auf die Person des *opdrachtgever* ausgerichtet werden oder der Vertragsgegenstand bereits feststeht. Für bestimmte Vertragsgestaltungen, die in den Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* fallen, sieht das BW Sondervorschriften vor, die den Charakteristika dieser bestimmten Vertragsverhältnisse besonders Rechnung tragen und die allgemeinen Vorschriften teils ergänzen bzw. ersetzen.<sup>83</sup> Die besonderen Formen der *overeenkomst van opdracht* heißen *lastgevingsovereenkomst*, *bemiddelingsovereenkomst* und *agentuurovereenkomst*.<sup>84</sup> Der weite Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* wird negativ eingegrenzt, indem Vertragsverhältnisse, die eine bestimmte Art von *werkzaamheden* zum Gegenstand haben, per Definition keine *overeenkomst van opdracht* sind. Hierdurch werden beispielsweise Arbeitsverhältnisse, Beförderungsverhältnisse und die *aannemingsovereenkomst* ausgeschlossen. Die Definition zeigt im Umkehrschluss, dass die *overeenkomst van opdracht* den Ausgangspunkt für die Einordnung und Abgrenzung tätigkeitsbezogener Verhältnisse darstellt.

In Deutschland wird den verschiedenen Ausprägungen möglicher Dienstleistungen hingegen zumeist<sup>85</sup> ein eigenes Regelungsregime gewidmet. Tätigkeitsbezogene Dienstleistungen unterfallen Dienstvertragsrecht; erfolgsbezogene Tätigkeiten Werkvertragsrecht. Interessenwahrnehmungsverträge werden durch das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht<sup>86</sup> abgedeckt und Vermittlungstätigkeiten durch das Regelungsregime des Maklervertrags<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Für die *lastgevingsovereenkomst* sind beispielsweise besondere Regelungen zu Interessenkonflikten vorgesehen, art. 7:416 e.v. BW; ausführlich hierzu: Kapitel 16. Für die *bemiddelingsovereenkomst* sieht das BW besondere Vorschriften über das Entstehen des Lohnanspruchs vor, art. 7:426 BW.

<sup>84</sup> S. zu den besonderen Formen der *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 6 B., C.II., D. II. und E.

<sup>85</sup> Kein eigenes Regelungsregime erhalten Arbeitsverhältnisse, die als besondere Vorschriften des Dienstvertragsrechts reguliert werden, z.B. §§ 611a, 622, 623 BGB.

<sup>86</sup> Zum Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht: Kapitel 5 A.

<sup>87</sup> Zum Maklervertrag: Kapitel 6 D.I.

Ein Vergleich der einzelnen Vertragstypen zeigt, dass die *aannemingsovereenkomst* aufgrund ihrer Erfolgsbezogenheit am ehesten dem deutschen Werkvertrag ähnelt. Eine *aannemingsovereenkomst* liegt vor, wenn die geschuldete Tätigkeit auf das Herstellen (*tot stand brengen*) eines verkörperten Werkes (*werk van stoffelijke aard*) gerichtet ist. Reine Dienstleistungen können deshalb nicht Gegenstand einer *aannemingsovereenkomst* sein. Der Begriff der Herstellung eines Werkes ist weit zu verstehen. Umfasst ist nicht nur die Tätigkeit des Herstellens als solche, sondern auch die Vornahme von Tätigkeiten an den verkörperten Werken, z.B. Reparaturen. Die Abgrenzung der *aannemingsovereenkomst* zur *overeenkomst van opdracht* erfolgt anhand der Art der geschuldeten Dienste und ist im Einzelfall schwierig und umstritten. Vergleicht man den Vertragsgegenstand der *aannemingsovereenkomst* mit dem des Werkvertrags, fällt auf, dass der Gegenstand des niederländischen Schuldverhältnisses einerseits enger als der des deutschen Werkvertrags ist. Beim deutschen Werkvertrag kann nicht nur die Herstellung oder Veränderung von körperlichen Sachen, sondern auch ein durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg Vertragsgegenstand sein.<sup>88</sup> Entscheidend für eine Einordnung als Werkvertrag ist aber – und hier ist der deutsche Werkvertrag andererseits strenger als die niederländische *aannemingsovereenkomst* – die Pflicht zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs. Auch die *aannemingsovereenkomst* ist naturgemäß aufgrund ihres Vertragsgegenstandes erfolgsbezogen. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist ein Erfolg aber nicht zwingend geschuldet. Die Reichweite der Leistungspflicht hängt einzelfallabhängig von der Detailtiefe der Vorgaben für das Werk sowie von dem Maß der Realisierungsfreiheit des *aannemer* ab.

Der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrags steht im deutschen Recht die Tätigkeitsbezogenheit des Dienstvertrags gegenüber. Im Vordergrund steht nicht das Herbeiführen eines bestimmten Erfolges, sondern die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Dienste. Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein. Hierin ist eine Parallele zur niederländischen *overeenkomst van opdracht* zu sehen. Die *overeenkomst van opdracht* umfasst aber nicht nur solche Dienste, die auch der deutsche Dienstvertrag umfasst, sondern

---

<sup>88</sup> S. zum Vergleich vom deutschen Werkvertrag und der *aannemingsovereenkomst* auch: Westkamp, Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländischen Recht, 20 ff.

darüber hinaus auch erfolgsbezogene Tätigkeiten, die – mangels Verkörperung – nicht in den Anwendungsbereich der *aannemingsovereenkomst* fallen. Erfolgsbezogene Dienste sind in Deutschland hingegen stets Werkverträge. Der Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* ist deshalb dort, wo sie erfolgsbezogene Tätigkeiten bezüglich einer verkörperten Sache erfasst, weiter als der des deutschen Dienstvertrags gefasst. Hingegen können nicht erfolgsbezogene Tätigkeiten an verkörperten Gegenständen in den Anwendungsbereich des deutschen Dienstvertrags, jedoch nicht als *overeenkomst van opdracht* eingeordnet werden. Die *overeenkomst van opdracht* kann unentgeltlich geschlossen werden. Bei einem Dienstvertrag steht der geschuldeten Dienstleistung dagegen stets eine Vergütung gegenüber. Jedenfalls bezüglich der Unentgeltlichkeit der Dienste eröffnet die *overeenkomst van opdracht* also einen weiteren Anwendungsbereich als der deutsche Dienstvertrag.



## Kapitel 5

# Vertragsverhältnisse über die Wahrnehmung fremder Interessen

Im Rechtsverkehr verfolgt typischerweise jede Partei ihre eigenen Interessen. Dies gilt besonders für reine Austauschverträge, wie beispielsweise Kaufverträge. Hier sind beide Parteien an der Leistung des jeweils anderen interessiert; der Austausch ist von beiden Parteien gewollt und von Vorteil. Mit zunehmender Komplexität der Sachverhalte wächst das Bedürfnis, die eigenen Interessen durch andere wahrnehmen und sich durch deren Expertise und Fachwissen unterstützen zu lassen.<sup>1</sup> Hieran knüpfen die in dieser Arbeit untersuchten Geschäftsmodelle an. Sie bieten Verbrauchern Unterstützung bei der Verwertung ihrer personenbezogenen Daten an – bei einem Geschäftsbereich, der für den Einzelnen aktuell kaum zugänglich ist.<sup>2</sup>

Solche Vertragsverhältnisse über die Wahrnehmung der Interessen der anderen Partei zeichnen sich dadurch aus, dass die Leistung nicht „an“, sondern „für“ die andere Partei erbracht wird. Die Interessen der Vertragsparteien stehen sich nicht wie bei klassischen Austauschverträgen „gegenüber“. Stattdessen findet eine „Überlagerung der Interessensphären der Parteien“ statt.<sup>3</sup> Die Wahrung der Interessen der anderen Partei ist nicht länger nur eine Nebenpflicht in Form einer Schutzpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB,<sup>4</sup> sondern wird regelmäßig zum „Hauptleistungsprogramm“.<sup>5</sup>

In Deutschland finden Verträge über die Interessenwahrnehmung ihre allgemeinen Regelungen im Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht (Abschnitt A.). In den Niederlanden fällt die Wahrnehmung fremder Interessen in

---

<sup>1</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 1 f.

<sup>2</sup> Zur Leistungsbeschreibung der untersuchten Modelle s.: Kapitel 8.

<sup>3</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 1 f.

<sup>4</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 1.

<sup>5</sup> *Esser/Weyers*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil 1, 308.

den Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* (Abschnitt B.) Daneben gibt es zahlreiche Vorschriften, die spezielle Situationen von Interessenwahrnehmungsverhältnissen regeln. Besondere Regelungen zu Intermediären werden in Kapitel 6 vorgestellt.

### A. Auftrag und entgeltliche Geschäftsbesorgung – Interessenwahrnehmung im deutschen Recht

Interessenwahrnehmungsverträge werden im deutschen Recht durch die Vertragsverhältnisse Auftrag und Geschäftsbesorgung abgebildet.<sup>6</sup> Der Auftrag, welcher unentgeltliche Geschäftsbesorgungsverhältnisse erfasst, wird umfassend in den §§ 662 bis 674 BGB geregelt.<sup>7</sup> Bei einem Auftrag „verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.“<sup>8</sup> Der Geschäftsbesorgungsbegriff, der dem Auftrag zugrunde liegt, wird weit ausgelegt. Demnach umfasst die Geschäftsbesorgung jedes Tätigwerden im Interesse eines anderen, sei es wirtschaftlicher oder ideeller, rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur. Es genügt also jedwede fremdnützige Tätigkeit.<sup>9</sup> So fallen sämtliche Tätigkeiten, die bei Entgeltlichkeit als Dienst- oder Werkverträge zu qualifizieren wären, in den Anwendungsbereich des Auftrags. Aufgrund des Merkmals der Unentgeltlichkeit beschränkt sich der Auftrag in der Praxis hauptsächlich auf „begleitende Servicegeschäfte (z.B. Beratungsverträge zu Finanzgeschäften [...]), ehrenamtliche Tätigkeiten und das persönliche Umfeld“. Letztere sind stets von Gefälligkeitsverhältnissen abzugrenzen.<sup>10</sup>

Über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus kommt dem Auftragsrecht Bedeutung als „Grundmodell“ für sonstige „Geschäftsbesorgungs- und

---

<sup>6</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 3.

<sup>7</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 3.

<sup>8</sup> § 662 BGB.

<sup>9</sup> BGH, Urteil vom 17. Mai 1971 – VII ZR 146/69 (LG Bonn), NJW 1971, 1404; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 7; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 662, Rdnr. 18.

<sup>10</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 662, Rdnr. 1.

Geschäftsführungsverhältnisse“ zu.<sup>11</sup> Für entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge verweist § 675 Abs. 1 BGB auf das Auftragsrecht und erklärt dieses zu großen Teilen neben den dienst- oder werkvertraglichen Vorschriften für anwendbar.<sup>12</sup> Die entgeltliche Geschäftsbesorgung wird in § 675 Abs. 1 BGB umschrieben als „Dienstvertrag oder [...] Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat [...]“.<sup>13</sup> Die Frage, was unter einer Geschäftsbesorgung zu verstehen ist, und ob beim unentgeltlichen Auftrag und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung das gleiche Geschäftsbesorgungsverständnis zugrunde zu legen ist, ist im BGB nicht geregelt. Überwiegend wird der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht als entgeltlicher Auftrag angesehen. Nach dieser sogenannten Trennungstheorie<sup>14</sup> wird der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 Abs. 1 BGB enger als in den §§ 662 ff. BGB, dem Auftragsrecht, verstanden.<sup>15</sup> Nach dem engen Geschäftsbesorgungsbegriff sei bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung eine „selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ erforderlich.<sup>16</sup>

Die Einordnung als Geschäftsbesorgungsvertrag ist allerdings nicht streng begriffsorientiert, sondern geht letztlich von Indizien aus. Entscheidend ist, ob der Vertragsgegenstand eine Interessenwahrnehmung des Geschäftsherrn erfordert,

---

<sup>11</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 4; Verweisungen auf das Auftragsrecht existieren z.B. für den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 Abs. 1 BGB) sowie für den geschäftsführenden Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft (§ 713 BGB). Letztere Regelungen gelten aufgrund der Verweisungen in §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB auch für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften. Außerdem wird für die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 681 S. 2, 683 S. 1 BGB auf die Bestimmungen des Auftrags verwiesen.

<sup>12</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 3.

<sup>13</sup> § 675 Abs. 1 BGB.

<sup>14</sup> Der Trennungstheorie steht die Einheitstheorie gegenüber, welche einen einheitlichen Geschäftsbesorgungsbegriff zugrunde legt. Demnach umfasst auch die entgeltliche Geschäftsbesorgung nicht nur selbstständige, sondern jede unselbstständige Tätigkeit rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art, vgl. *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 10.

<sup>15</sup> *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 2 f.; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 8.

<sup>16</sup> *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 3; BGH, Urteil vom 25. April 1966 – VII ZR 120/65 (KG), NJW 1966, 1452 (1454).

oder den Austausch einer Leistung gegen ein Entgelt vorsieht.<sup>17</sup> Klassische Beispiele für Verrichtungen, denen Geschäftsbesorgungsverträge zugrunde liegen, sind die Tätigkeiten von Anwälten und Steuerberatern.<sup>18</sup> Auch das Rahmenvertragsverhältnis mit dem Datenverwertungsmodell *Dime* ist als Geschäftsbesorgungsvertrag in der besonderen handelsrechtlichen Form der Kommission<sup>19</sup> einzuordnen.<sup>20</sup> Die Vertragsbeziehungen mit *Data Fairplay* und *Datacoup* unterfallen aufgrund ihrer Unentgeltlichkeit dem Auftragsrecht.<sup>21</sup> Sämtliche untersuchte Datenverwerter unterliegen daher den im Auftragsrecht verankerten und überwiegend auf das Geschäftsbesorgungsrecht anwendbaren Pflichten der Interessenwahrnehmung<sup>22</sup> in ihren Ausprägungen der Weisungsgebundenheit<sup>23</sup>, dem Substitutionsverbot,<sup>24</sup> der Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflichten<sup>25</sup> und der Herausgabepflicht<sup>26</sup>. Die Vorschriften zur Kommission sehen teils strengere Konkretisierungen dieser Vorgaben,<sup>27</sup> etwa bei der Rechenschaftspflicht,<sup>28</sup> vor.

---

<sup>17</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 675, Rdnr. 4; *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 9.

<sup>18</sup> *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 26.

<sup>19</sup> Zum Vertragstyp der Kommission: Kapitel 6 C.I.

<sup>20</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>21</sup> Für *Data Fairplay* s.: Kapitel 10 E.II.3.; für *Datacoup* s.: Kapitel 10 E.III.4.

<sup>22</sup> Zu Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 14 B. und Kapitel 15.

<sup>23</sup> § 665 BGB; s. allgemein zum Inhalt der Weisungsgebundenheit: Kapitel 15 C.I.; zum Weisungsrecht der Datensubjekte bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 C.IV.

<sup>24</sup> § 664 Abs. 1 S. 1 BGB; s. allgemein zum Inhalt des Substitutionsverbots: Kapitel 15 B.I.; zum Substitutionsverbot im Datenverwertungsverhältnis: Kapitel 15 B.IV.

<sup>25</sup> §§ 666 BGB; s. allgemein zum Inhalt der Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I.1. und D.II.1.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 D.IV.

<sup>26</sup> § 667 BGB; s. allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.I.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 E.IV.

<sup>27</sup> Kommissionsrechtliche Sondervorschriften werden im Zusammenhang mit den einzelnen Pflichten beleuchtet, s. Kapitel 15 A.I, B.I., D.I. und E.I.

<sup>28</sup> § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB; bei der Kommission muss der Geschäftsführer nicht nur auf Verlangen, sondern auf eigene Initiative Rechenschaft ablegen.

## B. Interessenwahrnehmung als Vertragsgegenstand der *opdracht tot belangenbehartiging*

Das Schuldverhältnis *overeenkomst van opdracht* fungiert in den Niederlanden als Auffangtatbestand für sämtliche Dienstleistungen, die nicht einem anderen Regelungsregime unterfallen. Gegenstand der *overeenkomst van opdracht* ist die Ausführung von Tätigkeiten (*werkzaamheden*) jeglicher Art für die eine durch die andere Partei.<sup>29</sup> Charakteristisch für die *overeenkomst van opdracht* ist nicht nur, dass sie primär auf ein „Tun“ abzielt, sondern auch, dass dem Interesse des *opdrachtgever* eine größere Bedeutung zukommen kann, als dies bei gewöhnlichen Dienstleistungen der Fall ist.<sup>30</sup> Bei gewöhnlichen Dienstleistungen steht das Interesse des *opdrachtgever*, also seine Beweggründe zum Abschluss eines Vertrages, üblicherweise im Hintergrund. Die Leistungspflicht wird so objektiv wie möglich festgelegt, denn es ist grundsätzlich die Aufgabe des Gläubigers zu entscheiden, auf welche Art und Weise seine Interessen bestmöglich verwirklicht werden. Dementsprechend schließt er einen Vertrag. Der Schuldner hat lediglich diesen Vertrag zu erfüllen. Gegebenenfalls kennt er die Gläubigerinteressen nicht einmal. Die *overeenkomst van opdracht* ist in diesen Fällen häufig von vornherein genau spezifiziert, wie bei Fensterputzern und Frisören.<sup>31</sup>

Möglich ist aber auch, dass das Parteiinteresse des *opdrachtgever* im Gegensatz hierzu verstärkt im Vordergrund steht. Teilweise ist die Wahrnehmung des Interesses des *opdrachtgever* sogar der eigentliche Vertragsgegenstand. Oft ist der Gegenstand der *opdracht* dann relativ unbestimmt und wird erst während der Ausführung der Dienste determiniert. Handwerker, Sekretärinnen oder auch Anwälte können eine *overeenkomst van opdracht* schließen, ohne dass im Vorfeld genau feststeht, was sie zur Vertragserfüllung tun müssen.<sup>32</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund sind die Interessen des *opdrachtgever* besonders schutzwürdig: Sie werden erst während der Ausführung des Schuldverhältnisses konkretisiert, sie sind meist individuell und von konkreter Bedeutung und sie werden bei

---

<sup>29</sup> Zur *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 4 B.

<sup>30</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 18.

<sup>31</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 18.

<sup>32</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 18.

Versagen des *opdrachtnemer* unmittelbar verletzt.<sup>33</sup> Die *overeenkomst van opdracht* umfasst sowohl die Wahrnehmung vermögensrechtlicher als auch persönlicher Interessen. Es muss sich auch nicht zwingend um Interessen des *opdrachtgever* handeln, möglich ist auch die Wahrnehmung von Interessen Dritter.<sup>34</sup>

Dabei wird die Verwirklichung der Interessen des *opdrachtgever*, wie etwa bei einer Vermögensverwaltung, in die Hände des *opdrachtnemer* gelegt. Die Dienstleistung wird gleichzeitig produziert und konsumiert und kann nicht – wie beispielsweise eine Kaufsache – vorab auf ihre Qualität geprüft werden. Die *overeenkomst van opdracht* sieht dementsprechend Regelungen vor, die dem *opdrachtgever* ein Weisungsrecht<sup>35</sup> zuerkennen und dem *opdrachtgever* Unterrichts- und Auskunftspflichten<sup>36</sup> auferlegen. Entsprechend kann der *opdrachtgever* die konkrete Ausführung der Tätigkeiten selbst definieren und die Ausführung dadurch lenken. Er kann aber auch auf den Ratschlag des *opdrachtnemer* vertrauen und ihm die konkreten Modalitäten der Ausführung überlassen. In diesem Fall muss sich der *opdrachtnemer* in stärkerem Ausmaß von den tatsächlichen Interessen des *opdrachtgever* leiten lassen und es kann von einer „*opdracht tot belangenbehartiging*“ (*opdracht* zur Interessenwahrnehmung) mit entsprechenden Sorgfaltspflichten gesprochen werden.<sup>37</sup> Je nach Ausgestaltung des konkreten Verhältnisses sind die besonderen Vorschriften zur *lastgevingsovereenkomst*,<sup>38</sup> *bemiddelingsovereenkomst*<sup>39</sup> oder *agentuurovereenkomst*<sup>40</sup> einschlägig.

<sup>33</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

<sup>34</sup> S. noch zum alten Recht, *Coehorst*, De opdracht, 21.

<sup>35</sup> Das Weisungsrecht (*aanwijzingen*) ist in art. 7:402 BW normiert. Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht in Dtl. sehen auch ein Weisungsrecht (§ 665 BGB) vor, s. hierzu: Kapitel 15 C.

<sup>36</sup> Unterrichts- und Auskunftspflichten sind in art. 7:403 BW verankert. Auch in Dtl. treffen den Auftragnehmer Auskunfts- und Rechenschaftspflichten: Kapitel 15 D.

<sup>37</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

<sup>38</sup> Zur *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B., C.

<sup>39</sup> Zur *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.II.

<sup>40</sup> Die *agentuurovereenkomst* ist das niederländische Pendant zur dt. Handelsvertretung. Die Materie ist durch die Handelsvertreter-RL weitestgehend harmonisiert worden, *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 84, Rdnr. 3.

Die untersuchten Datenverwertungsmodelle werden alle der *overeenkomst van opdracht*, in der Ausprägung der *lastgevingsovereenkomst* oder *bemiddelingsovereenkomst*, zugeordnet.<sup>41</sup> Die Vertragsverhältnisse werden durch eine besondere Vertrauenssituation charakterisiert,<sup>42</sup> aufgrund der der Pflicht zur Interessenwahrnehmung ein besonderes Gewicht zukommt.<sup>43</sup> Die Qualifizierung als *opdracht tot belangenbehartiging* wirkt sich auf die Bestimmung des Umfangs der *zorgplicht*<sup>44</sup> der Datenverwerter und die Pflicht zur eigenverantwortlichen Ausführung<sup>45</sup> aus.<sup>46</sup>

### C. Rechtsvergleichende Betrachtung – umfassender Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht*

Während das deutsche Recht eigene Regelungsregime für Vertragsverhältnisse mit dem Gegenstand der entgeltlichen oder unentgeltlichen Wahrnehmung fremder Interessen vorsieht, fallen solche in den Niederlanden regelmäßig in den Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht*, der allgemeinen Vorschrift für Vertragsverhältnisse mit Tätigkeitscharakter oder einer ihrer Sondervorschriften. Steht die Wahrnehmung fremder Interessen nach den Umständen des Einzelfalls im Vordergrund, kann von einer „*opdracht tot belangenbehartiging*“<sup>47</sup> (*opdracht* zur Interessenwahrnehmung) gesprochen werden. Desto mehr Vertrauen der *opdrachtgever* dem *opdrachtnemer* entgegenbringt, desto mehr Spielraum kommt Letzterem bei der Ausführung der *werkzaamheden* zu. Hierbei muss er die Interessen des *opdrachtnemer* entsprechend stark berücksichtigen.

---

<sup>41</sup> Kapitel 10 E.I.3., E.II.3. und E.III.4.

<sup>42</sup> Kapitel 12 D.

<sup>43</sup> Kapitel 9 C; Kapitel 15 A.IV.

<sup>44</sup> Art. 7:401 BW; Kapitel 15 A.II.

<sup>45</sup> Diese folgt aus der *zorgplicht*, art. 7:401 BW, s. Kapitel 15 B.II.

<sup>46</sup> Zur Interessenwahrnehmungspflicht der Datenverwerter, die aus der *zorgplicht* abgeleitet wird: Kapitel 15 A.IV.; zur Ausführung der Datenverwertung: Kapitel 15 B.IV.

<sup>47</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

Es lässt sich festhalten, dass das niederländische Regelungsregime der *overeenkomst van opdracht* einen umfassenden, flexiblen Anwendungsbereich hat. Es gilt nicht nur für allgemeine Tätigkeitsverträge, die in Deutschland als Dienst- oder Werkvertrag eingeordnet würden, sondern auch für unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge, für die das deutsche Recht jeweils eigene Regime vorsieht – den Auftrag und den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag.<sup>48</sup> Der Auftrag umfasst jedwede fremdnützige Tätigkeit, sowohl rechtsgeschäftlicher als auch tatsächlicher Natur und kann für unentgeltliche Verträge als Pendant zur *overeenkomst van opdracht* gesehen werden, deren Vertragsgegenstand sämtliche *werkzaamheden* sein können. Für entgeltliche Verträge stünden der *overeenkomst van opdracht* entsprechend Dienst-, Werk-, und Geschäftsbesorgungsvertrag gegenüber. Im Gegensatz zur *overeenkomst van opdracht*, die auch bei Entgeltlichkeit die Wahrnehmung jeglicher Interessen umfasst, ist der Anwendungsbereich des Geschäftsbesorgungsvertrags auf die Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen beschränkt.

---

<sup>48</sup> S. zum Vergleich der *overeenkomst van opdracht* mit deutschen Vorschriften auch *Westkamp*, Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländischen Recht, 25 ff.

## Kapitel 6

# Interessenwahrnehmung durch Intermediäre

Die Vertragsparteien müssen ihre Geschäfte grundsätzlich nicht höchstpersönlich abschließen.<sup>1</sup> Gelegentlich erleichtert es den Rechtsverkehr, wenn sich eine Partei beim Abschluss von Rechtsgeschäften der Unterstützung Dritter bedient oder sich vertreten lässt.<sup>2</sup> Die Art des Tätigwerdens von Intermediären ist dabei vielfältig. Sie können Rechtsgeschäfte für eine andere Partei wirksam in deren Namen abschließen, sogenannte direkte Stellvertretung, oder diese nur mittelbar vertreten. Ferner können Intermediäre vermittelnd auftreten, indem sie die andere Vertragspartei überhaupt erst finden oder ihren Auftraggeber bei den Vertragsverhandlungen unterstützen. Die exemplarisch untersuchten Datenverwerter fungieren in allen drei Modellen als Intermediäre.<sup>3</sup> Sie spiegeln die vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten wider. Während das Rahmenvertragsverhältnis mit dem Datenverwerter *Dime* als mittelbare Stellvertretung einzuordnen ist,<sup>4</sup> wird *Data Fairplay* vermittelnd<sup>5</sup> und *Datacoup* als Zwischenhändler<sup>6</sup> tätig. Die Erteilung einer Vollmacht zu Stellvertretungszecken kann im Zusammenhang mit der fremdnützigen Datenverwertung zum Einräumen datenschutzrechtlicher Befugnisse herangezogen werden.<sup>7</sup> Die verschiedenen Rechtsverhältnisse, die diesen Gestaltungsmöglichkeiten zugrunde liegen, werden im Folgenden dargestellt.

---

<sup>1</sup> S. zu höchstpersönlichen Rechtsgeschäften (z.B. Eheschließung, § 1311 BGB), *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 4.

<sup>2</sup> *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 1.

<sup>3</sup> Kapitel 9 B.II.

<sup>4</sup> Kapitel 10 E.I.

<sup>5</sup> Kapitel 10 E.II.

<sup>6</sup> Kapitel 10 E.III.

<sup>7</sup> Kapitel 12 A.II., eine solche Ausgestaltung findet sich beim Modell *Dime*, Kapitel 11 C.II.

## A. Rechtsgeschäftliche Befugnis zur unmittelbaren Vertretung

Eine rechtsgeschäftliche Befugnis zur unmittelbaren Vertretung kann in Deutschland (Abschnitt I.) wie den Niederlanden (Abschnitt II.) mittels einer Vollmacht eingeräumt werden. Interessenkollisionsregeln, die für die Erfassung der fremdnützigen Datenverwertung von Belang sind, sehen die Institute beider Länder im Zusammenhang mit der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung vor.<sup>8</sup> Daneben enthalten die einer Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse weitere Vorschriften, die die Interessenwahrung des Vollmachtgebers sicherstellen.<sup>9</sup>

### I. Vollmacht im Kontext des Stellvertretungsrechts in Deutschland

Das Institut der Vollmacht ist in Deutschland in den §§ 164 ff. BGB im Kontext der Stellvertretung geregelt.<sup>10</sup> Eine Stellvertretung ermöglicht den Abschluss von Rechtsgeschäften durch einen Dritten, den Vertreter.<sup>11</sup> Die durch den Vertreter abgegebene Willenserklärung wirkt „unmittelbar für und gegen den Vertretenen.“<sup>12</sup> Der Vertretene wird durch die von dem Vertreter abgegebene Willenserklärung „direkt – ohne die Person des Vertreters als Durchgangsstadium – aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet.“<sup>13</sup> Die Rechtsfolgen aus dem Handeln des Vertreters treffen also den Vertretenen, so wie wenn dieser in eigener Person rechtsgeschäftlich gehandelt hätte.<sup>14</sup>

Eine Stellvertretung kann bei Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften gleichermaßen erfolgen.<sup>15</sup> § 164 Abs. 3 BGB erweitert den Anwendungsbereich

---

<sup>8</sup> Die Interessenkollisionsregeln im Zusammenhang mit der unmittelbaren Stellvertretung werden ausführlich in Kapitel 16, auch mit Bezug zu den Datenverwertungsverhältnissen, erörtert.

<sup>9</sup> Zu interessenschützenden Vorschriften von Auftrag/ *overeenkomst van opdracht*, den Vertragsverhältnissen, die einer Bevollmächtigung häufig zugrunde liegen, s. Kapitel 15.

<sup>10</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 167, Rdnr. 1.

<sup>11</sup> *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 1.

<sup>12</sup> § 164 Abs. 1; *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 36.

<sup>13</sup> *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 36.

<sup>14</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 23, Rdnr. 1.

<sup>15</sup> *Schilken*, in: Staudinger-BGB, BGB Vor §§ 164 ff., Rdnr. 38.

der Stellvertretung von der Abgabe von Willenserklärungen auf die Entgegennahme von Willenserklärungen.<sup>16</sup> Auf geschäftsähnliche Handlungen, z.B. eine Fristsetzung sind die §§ 164 ff. BGB nicht direkt, aber entsprechend anwendbar.<sup>17</sup> Auf Realakte sind die Vorschriften hingegen unanwendbar.<sup>18</sup> Die weitere Untersuchung wird zeigen, dass eine Vertretung auch bei der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zulässig ist.<sup>19</sup> Im Zusammenhang mit der fremdnützigen Datenverwertung ist sie mögliches Mittel zur Einräumung datenschutzrechtlicher Befugnisse.<sup>20</sup> Diese Ausgestaltung ist beim Datenverwertungsmodell *Dime* zu finden.<sup>21</sup> In funktionaler Nähe zur Stellvertretung steht die Ermächtigung, § 185 Abs. 1 BGB. Denn auch die Ermächtigung ermöglicht ein rechtsgeschäftliches Handeln mit Fremdwirkung.<sup>22</sup> Der Ermächtigte handelt im Unterschied zur Stellvertretung jedoch im eigenen Namen.<sup>23</sup> Ferner ist eine Ermächtigung, welche durch die Erteilung einer Rechtsmacht geschieht, stets auf bestimmte Rechte beschränkt und somit gegenstandsbezogen. Die Stellvertretung hingegen ist personenbezogen; der Vertreter kann alle Rechtsgeschäfte abschließen, auf die sich seine Vertretungsbefugnis erstreckt.<sup>24</sup>

Eine Stellvertretung ist nur dort möglich, wo kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll.<sup>25</sup> Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung ist ferner, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung im fremden Namen abgibt. Anhand des Merkmals der eigenen Willenserklärung erfolgt die Abgrenzung zum Boten, der lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt

---

<sup>16</sup> § 164 Abs. 3 BGB; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 164, Rdnr. 13.

<sup>17</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 164, Rdnr. 2.

<sup>18</sup> *Schilken*, in: Staudinger-BGB, BGB Vor §§ 164 ff., Rdnr. 38 a; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 164, Rdnr. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 24, Rdnr. 6.

<sup>19</sup> Kapitel 11 C.I.

<sup>20</sup> Kapitel 12 A.II. Durch die Einräumung datenschutzrechtlicher Befugnisse wird dem Datenverwerter eine datenschutzrechtliche Macht zuteil, welche ein treuhänderisches Verhältnis begründet, Kapitel 12 A.III. und A.IV.

<sup>21</sup> Kapitel 11 C.II.

<sup>22</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 58.

<sup>23</sup> *Klumpp*, in: Staudinger-BGB, BGB § 185, Rdnr. 29 f.; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 59.

<sup>24</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 58 f.

<sup>25</sup> *Ellenberger*, in: Palandt-BGB, BGB Einf v § 164, Rdnr. 4; s. zu den höchstpersönlichen Rechtsgeschäften (z.B. Eheschließung, § 1311 BGB), *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 4; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 164, Rdnr. 3.

oder entgegennimmt.<sup>26</sup> Der Datenverwerter *Data Fairplay* übermittelt datenschutzrechtliche Einwilligungen im Gegensatz zu *Dime* im Wege der Botenschaft.<sup>27</sup> Der Vertreter gibt die Willenserklärung im fremden Namen ab, wenn der Wille, für den Vertretenen zu handeln hinreichend zum Ausdruck kommt, sogenanntes Offenkundigkeitsprinzip.<sup>28</sup> Schließlich muss er Vertretungsmacht besitzen. Die Vertretungsmacht kann sich aus dem Gesetz ergeben, sogenannte gesetzliche Vertretungsmacht, kann aber auch mittels Rechtsgeschäft erteilt werden.<sup>29</sup> Eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht heißt Vollmacht.<sup>30</sup> Sie wird gemäß § 167 Abs. 1 BGB durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung erteilt.<sup>31</sup> Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, weshalb eine Annahme durch den Bevollmächtigten nicht erforderlich ist. Sie berechtigt den Bevollmächtigten, verpflichtet ihn jedoch nicht.<sup>32</sup> Die Bevollmächtigung kann ausdrücklich, konkludent oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.<sup>33</sup> Gemäß § 167 Abs. 2 BGB unterliegt die Erteilung der Vollmacht nicht den Formvorschriften, die für das Geschäft, für welches die Vollmacht erteilt wird, gelten. Sofern gesetzlich kein Formerfordernis für die Bevollmächtigung besteht, kann diese daher formfrei erfolgen.<sup>34</sup> Bei einer Vollmacht zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung sind jedoch datenschutzrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Eine Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten kann beispielsweise nur ausdrücklich erfolgen<sup>35</sup> – ebenso hat eine Vollmacht zur Erteilung einer solchen Einwilligung diese Anforderung zu erfüllen.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 71.

<sup>27</sup> Kapitel 11 C.II.

<sup>28</sup> Ellenberger, in: Palandt-BGB, BGB Einf v § 164, Rdnr. 2; Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 164, Rdnr. 5.

<sup>29</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 182; Schäfer, in: BeckOK-BGB, BGB § 164, Rdnr. 35. Besteht keine Vertretungsmacht, besteht die Möglichkeit einer Genehmigung durch den Vertretenen, § 177 BGB, Schubert, in: MüKo-BGB, BGB § 177, Rdnr. 49.

<sup>30</sup> § 166 Abs. 2 BGB, Ellenberger, in: Palandt-BGB, BGB § 167, Rdnr. 1.

<sup>31</sup> § 167 Abs. 1 BGB, Ellenberger, in: Palandt-BGB, BGB § 167, Rdnr. 1.

<sup>32</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 13.

<sup>33</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 167, Rdnr. 2.

<sup>34</sup> § 167 Abs. 2 BGB; in bestimmten Fällen ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren, Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 167, Rdnr. 5.

<sup>35</sup> Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO, s. hierzu auch: Kapitel 3 B.I.

<sup>36</sup> Kapitel 11 C.I.

Inhalt und Umfang der Vollmacht werden durch den Vollmachtgeber bestimmt und im Zweifel durch Auslegung ermittelt. Dabei können verschiedene Arten der Vollmacht unterschieden werden. Eine „Spezialvollmacht“ beschränkt sich auf das vorzunehmende Rechtsgeschäft, eine „Gattungsvollmacht“ erfasst hingegen eine Gruppe bestimmter Rechtsgeschäfte. Am weitreichendsten ist die Erteilung einer „Generalvollmacht“. Diese umfasst sämtliche Rechtsgeschäfte des Vollmachtgebers.<sup>37</sup> Im Rahmen der Erteilung können aber bestimmte Rechtsgeschäfte von ihrem Umfang ausgenommen werden.<sup>38</sup> Im Handelsrecht ist der Umfang bestimmter Vollmachten aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Bedürfnis der zügigen Abwicklung zwingend festgelegt. Sie dürfen Dritten gegenüber nicht beschränkt werden. Handelsrechtliche Vollmachten sind Prokura (§§ 48 ff. HGB) und Handlungsvollmacht (§ 54 HGB).<sup>39</sup> Eine Vollmacht zum Erteilen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung muss hingegen den Vorgaben des datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatzes genügen und damit genau bestimmt sein. Eine Vollmacht zur Erteilung pauschaler Einwilligungen ist unzulässig.<sup>40</sup>

Die Vollmachtserteilung beruht in der Regel auf einem weiteren Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, dem Innenverhältnis, auch Grundverhältnis genannt. Mögliche Grundverhältnisse können Dienst<sup>41</sup>- oder Arbeitsvertrag, Auftrag und entgeltliche Geschäftsbesorgung<sup>42</sup> sein. Die Vollmacht muss dabei stets streng von diesem Innenverhältnis unterschieden werden.<sup>43</sup> Das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem legt die Berechtigung des Vertreters fest, das sogenannte „rechtliche Dürfen“.<sup>44</sup> Gegebenenfalls wird der Vertreter durch das Grundverhältnis auch zum stellvertretenden Tätigwerden verpflichtet.<sup>45</sup> Die Vollmacht betrifft hingegen das Außenverhältnis zwischen

---

<sup>37</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 7.

<sup>38</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 167, Rdnr. 11.

<sup>39</sup> Weber, in: EBS-HGB, HGB Vorb. §§ 48-58, Rdnr. 1 f.; Schäfer, in: BeckOK-BGB, BGB § 167, Rdnr. 22.

<sup>40</sup> Kapitel 11 C.I.

<sup>41</sup> Zum Dienstvertrag: Kapitel 4 A.

<sup>42</sup> Zu Auftrag und Geschäftsbesorgung: Kapitel 5 A.

<sup>43</sup> Schäfer, in: BeckOK-BGB, BGB § 167, Rdnr. 1 f.

<sup>44</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 209.

<sup>45</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 14.

dem Vertreter und dem Dritten, das „rechtliche Können“.<sup>46</sup> Die Vollmacht als einseitiges Rechtsgeschäft wird von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis „abstrahiert“, sogenanntes „Abstraktionsprinzip“.<sup>47</sup> Für eine wirksame Vertretung ist deshalb nur der Umfang der Vollmacht entscheidend. Mängel im Innenverhältnis wirken sich grundsätzlich nicht auf die Wirksamkeit der Vertretung aus.<sup>48</sup> Vollmacht und Innenverhältnis sind dennoch nicht völlig losgelöst voneinander zu betrachten. So kann etwa bei der Bestimmung des Umfangs der Vollmacht das Innenverhältnis herangezogen werden. Außerdem wird das Erlöschen der Vollmacht gemäß § 168 S. 1 BGB an das Innenverhältnis geknüpft.<sup>49</sup> Demnach erlischt die Vollmacht mit dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.<sup>50</sup> Die Vollmacht erlischt außerdem, wenn sich das aus ihrem Inhalt ergibt. Wurde die Vollmacht zur Erreichung eines bestimmten Zwecks erteilt, oder unterliegt sie einer Bedingung oder Befristung, so erledigt sie sich mit der Zweckerreichung oder erlischt durch Zeitablauf oder Bedingungseintritt.<sup>51</sup> Ferner kann die Vollmacht jederzeit widerrufen werden.<sup>52</sup>

Unter gewissen Voraussetzungen unterliegt der Vertretene gemäß §§ 170-173 BGB einer gesetzlichen Rechtsscheinhaftung.<sup>53</sup> Obwohl die Vollmacht erloschen ist, wird ein gutgläubiger Dritter im Hinblick auf das Fortbestehen einer einmal wirksam erteilten Vollmacht geschützt.<sup>54</sup> Den §§ 170 ff. BGB ist der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, dass ein Vollmachtgeber, der den Rechtsschein einer Vollmacht veranlasst hat, das vom vermeintlichen Vertreter

<sup>46</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 209.

<sup>47</sup> Schäfer, in: BeckOK-BGB, BGB § 167, Rdnr. 2; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 15.

<sup>48</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 15; Möglich ist aber das Vorliegen von Fehleridentität; Innenverhältnis und Vollmacht leiden dann am gleichen Fehler, BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 – III ZR 182/00 (Köln), NJW 2002, 66; BGH, Urteil vom 14. Mai 2002 – XI ZR 155/01 (Karlsruhe), NJW 2002, 2325; Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 167, Rdnr. 8.

<sup>49</sup> § 168 S. 1 BGB; Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 167, Rdnr. 8.

<sup>50</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 168, Rdnr. 3.

<sup>51</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 168, Rdnr. 2.

<sup>52</sup> § 168 S. 2, 3; Dörner, in: Hk-BGB, BGB § 168, Rdnr. 5. Der Widerruf ist nicht möglich, wenn die Vollmacht durch einseitigen Widerrufsverzicht als unwiderruflich ausgestaltet wurde.

<sup>53</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB §§ 170-173, Rdnr. 1.

<sup>54</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 21.

abgeschlossene Rechtsgeschäft auch gegen sich gelten lassen muss.<sup>55</sup> Die Rechtsprechung hat die Rechtsscheinhaftung des Vertretenen durch die Entwicklung der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht weiterentwickelt.<sup>56</sup> Diese Grundsätze schützen den Dritten auch dann, wenn eine Vollmacht von vornherein nicht bestand, der Dritte jedoch aufgrund des sich ihm bietenden Erscheinungsbildes von einer bestehenden Vollmacht ausgehen durfte.<sup>57</sup>

## II. *Volmacht* als Ausgangspunkt des Stellvertretungsrechts in den Niederlanden

In den Niederlanden ist der *volmacht* ein eigener Titel in Buch 3, dem „*Vermogensrecht*“ gewidmet.<sup>58</sup> „*Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevollmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten.*“<sup>59</sup> Eine *volmacht* ist demnach eine Befugnis, die der Vollmachtgeber einem anderen, dem Bevollmächtigten erteilt, und die diesen dazu berechtigt, im Namen des Vollmachtgebers *rechtshandelingen* vorzunehmen. Der niederländische Begriff der *rechtshandeling* entspricht im Wesentlichen dem deutschen Begriff des Rechtsgeschäfts.<sup>60</sup> Mit der Formulierung „*in zijn naam*“ (in seinem Namen) wird zum Ausdruck gebracht, dass eine *volmacht* dazu befugt, den Vollmachtgeber in einer Weise unmittelbar an die Gegenpartei zu binden, dass die Handlung des Bevollmächtigten rechtlich als Handlung des Vollmachtgebers gilt. Eine *volmacht* ist deshalb die Befugnis zur unmittelbaren/ direkten Vertretung des Vertretenen.<sup>61</sup> Die Zurechnung der durch den Vertreter vorgenommenen *rechtshandeling* an den Vertretenen ist für die *volmacht* in art. 3:66 lid 1 BW normiert. Demnach treffen die Rechtsfolgen der *rechtshandeling* den Vollmachtgeber.<sup>62</sup> Bei der Zurechnung der Handlungen des Vertreters an den

<sup>55</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 26.

<sup>56</sup> Dörner, in: Hk-BGB, BGB §§ 170-173, Rdnr. 7.

<sup>57</sup> Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, § 25, Rdnr. 26.

<sup>58</sup> Boek 3 *Vermogensrecht in het algemeen*, Titel 3 *Volmacht*, art. 3:60-3:79 BW.

<sup>59</sup> Art. 3:60 lid 1 BW.

<sup>60</sup> Der Begriff *rechtshandeling* ist im BW nicht definiert, die Voraussetzungen jedoch in art. 3:33 BW genannt: „*Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichtete will die zich door een verklaring heeft geopenbaard.*“, vgl. Lamers, *Oprichting, lastgeving en bemiddeling*, 113. Eine *rechtshandeling* erfordert demnach einen auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen, der sich mittels einer Erklärung offenbart hat. Der Begriff kann mit dem dt. Begriff des Rechtsgeschäfts verglichen werden, vgl. Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, § 8, Rdnr. 215.

<sup>61</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 20.

<sup>62</sup> Art. 3:66 lid 1 BW; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 75.

Vertretenen spielen zwei Elemente eine Rolle. Die handelnde Person muss erstens zur Vertretung befugt sein und innerhalb dieser Grenzen gehandelt haben.<sup>63</sup> Eine solche Vertretungsbefugnis kann sich aus einer *volmacht*, aus Gesetz oder aus Gerichtsentscheidungen ergeben.<sup>64</sup> Die vertretend handelnde Person muss zweitens als Vertreter (im Namen des Vertretenen) auftreten.<sup>65</sup> Die Gegenpartei muss aus den Erklärungen und dem Verhalten der handelnden Person erkennen können, dass sie als Vertreter handelt.<sup>66</sup> Vertragspartei ist diejenige Partei, in deren Name ein Vertrag geschlossen wird.<sup>67</sup> Das Erfordernis des Handelns im fremden Namen gilt gleichzeitig als Abgrenzungskriterium zur mittelbaren Vertretung.<sup>68</sup>

Die Möglichkeit der Vertretung ist in den Niederlanden anerkannt.<sup>69</sup> Eine allgemeine Regelung des Begriffs Vertretung (*vertegenwoordiging*) existiert im BW jedoch nicht.<sup>70</sup> Das niederländische Recht kennt prinzipiell zwei Formen der *vertegenwoordiging*: die direkte, unmittelbare Vertretung und die mittelbare Vertretung.<sup>71</sup> Der Begriff der *vertegenwoordiging* wird dabei häufig auf die Fälle der direkten, unmittelbaren Vertretung im Rahmen von *rechtshandelingen* begrenzt.<sup>72</sup> Obwohl sich die Zurechnungsnorm art. 3:66 lid 1 BW explizit nur auf die *volmacht* bezieht, gilt sie als allgemeine Regel des Vertretungsrechts. Sie ist gemäß art. 3:78 BW auf andere Formen der *vertegenwoordiging* entsprechend anwendbar.<sup>73</sup>

---

<sup>63</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 5; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 116 f.

<sup>64</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 116.

<sup>65</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 5; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 116 f.

<sup>66</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 117.

<sup>67</sup> Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 6.

<sup>68</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 117.

<sup>69</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 4; Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 2.1.

<sup>70</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 115.

<sup>71</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 116.

<sup>72</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 1.

<sup>73</sup> Art. 3:78 BW; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 116; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 75.

Die Erteilung der *volmacht* ist eine *rechtshandeling*, die darauf gerichtet ist, den Bevollmächtigten zur Vornahme von *rechtshandeligen* zu berechtigen.<sup>74</sup> Die *volmacht* kann ausdrücklich oder stillschweigend,<sup>75</sup> mündlich oder schriftlich erteilt werden.<sup>76</sup> Sollte die *rechtshandeling*, für die sie erteilt wird, Formvorschriften unterliegen, so gelten diese nicht für die *volmacht*-Erteilung.<sup>77</sup> Datenschutzrechtliche Anforderungen sind jedoch zu wahren.<sup>78</sup> Oft wird die *volmacht* im Rahmen eines bestehenden Rechtsverhältnisses verliehen. Sie kann aber auch getrennt von einem solchen erteilt werden.<sup>79</sup> Außerdem kann sich eine *volmacht* aus einem anderen Schuldverhältnis, z.B. einem Anstellungsverhältnis, ergeben.<sup>80</sup> Die Frage, ob eine *volmacht* erteilt wurde, ist anhand der art. 3:33 BW und 3:35 BW zu beantworten. Dabei kommt es darauf an, was der Vollmachtgeber und der Bevollmächtigte erklärt haben und wie sie das Verhalten des jeweils anderen auffassen und deuten durften.<sup>81</sup> Die Möglichkeit der *volmacht*-Erteilung gegenüber der Gegenpartei und nicht nur gegenüber dem Bevollmächtigten wird in der niederländischen Literatur überwiegend anerkannt.<sup>82</sup>

Eine Annahme durch den Bevollmächtigten ist wohl nicht erforderlich; überwiegend wird davon ausgegangen, dass die *volmacht* einseitig erteilt werden kann.<sup>83</sup> Der Bevollmächtigte muss die *volmacht*-Erteilung jedoch zur Kenntnis

---

<sup>74</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 20.

<sup>75</sup> Art. 3:61 lid 1 BW; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22.

<sup>76</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 26.

<sup>77</sup> Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:61, aant. 2.

<sup>78</sup> Vgl. die Ausführungen zur Vollmacht in Deutschland: Kapitel 6 A.I.

<sup>79</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22; a.A. Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 2.3: demnach läge jeder *volmacht* ein irgendwie geartetes Rechtsverhältnis zugrunde, welches einen normativen Einfluss auf die *volmacht* verübe.

<sup>80</sup> Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:61, aant. 2. Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 28.

<sup>81</sup> HR 12 oktober 2012, NJ 2012/686 = ECLI:NL:PHR:2012:BW9243; Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 4; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 32; zur Frage, ob eine *volmacht* im Rahmen einer *lastgevingsovereenkomst* erteilt wurde: Kapitel 6 B.

<sup>82</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 23; Hijma, in: T&C BW, BW art. 3:61, aant. 2.

<sup>83</sup> Der *Hoge Raad* hat bisher noch nicht darüber entschieden, ob die *volmacht* einseitig erteilt werden kann. Er hat zwar festgestellt, dass die *volmacht*-Erteilung kein Schuldverhältnis i.S.v. art. 6:213 BW ist, da sie keinen schuldrechtlichen Charakter hat. Die Frage der einseitigen Erteilung wurde jedoch offengelassen, HR 24 juni 1938, NJ 1939/337 = ECLI:NL:HR:1938:29;

genommen haben, damit sie wirksam ist.<sup>84</sup> Sollte eine Annahme durch den Bevollmächtigten doch erforderlich sein, kann diese spätestens in dem Gebrauchmachen der *volmacht* gesehen werden.<sup>85</sup> Die *volmacht* befugt den Bevollmächtigten zur Vertretung, verpflichtet ihn hierzu aber grundsätzlich nicht. Ist die *volmacht* mit einem anderen Rechtsverhältnis verbunden, kann sich jedoch aus diesem eine Verpflichtung zum Tätigwerden ergeben (z.B. *arbeidsovereenkomst*, *overeenkomst van opdracht*).<sup>86</sup>

Eine *volmacht* kann (nur) für vermögensrechtliche *rechtshandelingen* erteilt werden.<sup>87</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass die Bestimmungen zur *volmacht* in Buch 3 des BW, das die Überschrift „*Vermogensrecht in het algemeen*“ trägt, verortet sind.<sup>88</sup> Art. 3:60 lid 2 BW stellt klar, dass im Rahmen der *volmacht* der Begriff *rechtshandelingen* nicht nur die Abgabe, sondern auch das in Empfang nehmen von Erklärungen umfasst. Hierdurch wird sichergestellt, dass für die passive Vertretung die gleichen Regeln wie für die aktive Vertretung gelten.<sup>89</sup> Inhalt und Umfang der *volmacht* sind wie schon deren Erteilung anhand des Maßstabs der art. 3:33 BW und 3:35 BW zu bestimmen.<sup>90</sup> Das BW unterscheidet zwischen allgemeiner und besonderer *volmacht*. Eine allgemeine *volmacht* wird in art. 3:62 lid 1 BW beschrieben als *volmacht*, die alle *zaken*<sup>91</sup> und alle *rechtshandelingen* des Vollmachtgebers umfasst, mit Ausnahme dessen, was eindeutig ausgeschlossen wurde. *Daden van beschikking* werden von einer allgemei-

---

Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22; Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 4; Hijma, in: T&C BW, BW art. 3:61, aant. 2.

<sup>84</sup> Art. 3:37 BW; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22.

<sup>85</sup> So Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22.

<sup>86</sup> Hijma, in: T&C BW, BW art. 3:60, aant. 2.

<sup>87</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 32; zur Frage ob *volmacht* stets möglich ist, s. Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 9.

<sup>88</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 116.

<sup>89</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 20; Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 8.

<sup>90</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 32.

<sup>91</sup> Das Wort *zaken* ist in diesem Fall nicht als *zaak* im Sinne von art. 3:2 BW, sondern als Formulierung für „alles“ zu verstehen, van der Korst/Gerver, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:62, aant. 2.

nen *volmacht* nur dann erfasst, wenn dies schriftlich und unmissverständlich bestimmt ist.<sup>92</sup> Der Begriff *daden van beschikking* meint die Übertragung oder Belastung eines *goed*<sup>93</sup>.<sup>94</sup> Er kann somit mit dem deutschen Begriff der Verfügungshandlung verglichen werden.<sup>95</sup> Nach der Systematik des art. 3:62 lid 1 BW ist jede *volmacht*, die nicht der Beschreibung einer allgemeinen *volmacht* entspricht, als besondere *volmacht* zu qualifizieren.<sup>96</sup> Ob *daden van beschikking* Gegenstand einer besonderen *volmacht* sind, hängt wiederum von ihrer Formulierung ab. Liegt der besonderen *volmacht* eine allgemeine Formulierung zugrunde, so erfasst diese nur dann *daden van beschikking*, wenn dies unmissverständlich bestimmt ist. Eine Schriftform ist in diesem Fall nicht vorgeschrieben. Wird die *volmacht* für einen bestimmten Zweck erteilt, so erfasst sie alle Verwaltungs- und Verfügungstätigkeiten (*daden van beheer en van beschikking*), die der Zweckerreichung dienen können.<sup>97</sup> Der Umfang einer Vollmacht zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen muss die datenschutzrechtlichen Grenzen, insbesondere den Grundsatz der Zweckbindung, wahren und darf daher nicht zu weit gefasst werden.<sup>98</sup>

Wünscht der Bevollmächtigte die Befugnis zur Vertretung nicht (länger), so kann er dies dem Vollmachtgeber mitteilen, was zum Ende der *volmacht* führen würde.<sup>99</sup> Dieser und weitere Gründe, weshalb die *volmacht* endet, sind in art. 3:72 BW genannt. Es handelt sich um eine nicht abschließende Liste, die unter anderem den Widerruf durch den Vollmachtgeber nennt. Ist die *volmacht* Teil eines anderen Rechtsverhältnisses oder mit einem solchen verbunden, so endet sie grundsätzlich, sobald dieses endet. Ein klassisches Beispiel ist hier das

<sup>92</sup> Art. 3:62 lid 1 BW; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 27.

<sup>93</sup> *Goederen* (Plural von *goed*) werden in art. 3:1 BW definiert: „*Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.*“ *Goederen* sind danach alle *zaken* und alle *vermogensrechten*. *Zaken* sind in art. 3:2 BW definiert, *vermogensrechten* in art. 3:6 BW.

<sup>94</sup> *Van der Korst/Gerver*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:62, aant. 2; *Hijma*, in: T&C BW, BW art. 3:62, aant. 2 b); a.A.: Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 27.

<sup>95</sup> *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 138; *Weyers*, Praktisch juridisch duits, 155, 165.

<sup>96</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 27.

<sup>97</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 27.

<sup>98</sup> Kapitel 11 C.I.; vgl. auch die Ausführungen zur Vollmacht in Deutschland: Kapitel 6 A.II.

<sup>99</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 22.

Ende eines Arbeitsverhältnisses, das das Ende der entsprechenden *volmacht* mit sich bringt.<sup>100</sup>

Der Bevollmächtigte kann den Vollmachtgeber lediglich im Rahmen der ihm erteilten Befugnis vertreten. Dennoch kann es vorkommen, dass eine Partei stellvertretend auftritt, obwohl eine hinreichende *volmacht* fehlt.<sup>101</sup> Zum Schutz des rechtmäßigen Vertrauens der Gegenpartei ist geregelt,<sup>102</sup> dass der Vertretene trotz Nichtbestehen einer hinreichenden *volmacht* aus einem unberechtigten stellvertretenden Handeln gebunden werden kann, sogenannter „*schijn van volmacht*“ (Scheinvollmacht).<sup>103</sup> Hat der Dritte aufgrund einer Erklärung oder des Verhaltens des Vertretenen angenommen, dass eine hinreichende *volmacht* erteilt wurde und durfte er dies unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise annehmen, so kann sich der Vertretene gegenüber dem Dritten laut art. 3:61 lid 2 BW<sup>104</sup> nicht auf die Unrichtigkeit dieser Annahme berufen.<sup>105</sup> Hat jemand eine bestimmte Funktion inne, so dürfen Dritte davon ausgehen, dass er auch die *volmacht* innehat, welche hieran gemäß gesetzlichen Bestimmungen oder Verkehrsauffassungen geknüpft ist.<sup>106</sup> Dies trifft z.B. auf Ladenangestellte zu. Hat der Vertretene eine solche *volmacht* nicht oder nur eingeschränkt verliehen, so muss er dies gegenüber Dritten deutlich machen.<sup>107</sup>

Die in art. 3:61 lid 2 BW normierte Scheinvollmacht wird durch art. 3:61 lid 3 BW ergänzt, der festlegt, dass Beschränkungen, die aufgrund von gesetzlichen

<sup>100</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 52.

<sup>101</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 37. Bei fehlender Vertretungsbefugnis ist eine Genehmigung durch den Vertretenen gem. art. 3:69 lid 1 BW möglich. Die Parteien sind dann so gestellt, als läge eine Vertretungsbefugnis vor, vgl. art. 3:69 lid 1 BW, Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 83.

<sup>102</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 20.

<sup>103</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 37.

<sup>104</sup> Wortlaut von art. 3:61 lid 2 BW: „*Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft angenommen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan.*“

<sup>105</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 37.

<sup>106</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 48; s. für Beispiele und Rechtsprechung Hillen-Muns, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:61, aant. 3.3. und aant. 3.5.

<sup>107</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 48.

Anforderungen<sup>108</sup> oder aufgrund von Übung öffentlich gemacht wurden, der Gegenpartei nicht entgegengehalten werden können, wenn diese Beschränkungen so ungewöhnlich sind, dass die Gegenpartei sie nicht erwarten konnte und auch tatsächlich nicht kannte.<sup>109</sup> Beispielhaft hierfür ist ein Prokurist, dessen *volmacht* auf einen so geringen Transaktionsbetrag beschränkt ist, dass dies mit seiner Funktion kaum zu vereinbaren ist. Selbst wenn diese Beschränkung öffentlich gemacht wurde, kann sich der Vertretene nur dann darauf berufen, dass keine Vertretungsbefugnis bestand, wenn die Gegenpartei diese ungewöhnliche Einschränkung der *volmacht* kannte.<sup>110</sup>

Als Folge einer Scheinvollmacht kann die „externe“ Befugnis des Vertreters weiter reichen als seine „interne“ Befugnis: Die *externe* Befugnis erfasst auch *rechtshandelingen* bezüglich derer ein dem Vertretenen zurechenbarer Schein der Befugnis gesetzt wurde.<sup>111</sup> Die in Deutschland bestehende Trennung zwischen Innen- und Außenvollmacht wird aber in den Niederlanden überwiegend nicht geteilt.<sup>112</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – weitreichende Rechtsscheinhaftung in den Niederlanden

Sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden kennt man das Prinzip der direkten Vertretung. Die Rechtsordnungen unterscheiden sich in ihrem Aufbau voneinander. In Deutschland sind Vertretung und Vollmacht im ersten Buch des BGB (Allgemeiner Teil) im Abschnitt über Rechtsgeschäfte geregelt. Die deutschen Vertretungsregeln sind allgemein formuliert und gelten für rechtsgeschäftliche Vertretungen, unabhängig davon, ob sich die Vertretungsmacht aus einer Vollmacht oder aus dem Gesetz ergibt. Das niederländische BW enthält keine allgemeinen Vertretungsvorschriften. Hier ist die *volmacht* der

---

<sup>108</sup> Solche gesetzlichen Vorgaben befinden sich z.B. im *Handelsregisterbesluit 2018*. Art. 12 lid 1 *Handelsregisterbesluit 2018* legt fest, dass die *volmacht* eines *handelsagent* eingetragen werden muss, s. *Hillen-Muns*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:61, aant. 4.

<sup>109</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 49.

<sup>110</sup> *Hillen-Muns*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:61, aant. 4.

<sup>111</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 37.

<sup>112</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 37; teilweise wird auch in den NL die Auffassung vertreten, dass *volmacht* und das zugrunde liegende Rechtsverhältnis wie in Dtl. getrennt voneinander zu betrachten sind, vgl. hierzu: *Struycken*, WPNR 1976/5346.

Anknüpfungspunkt für sämtliche Vertretungen. Die *volmacht* ist ausführlich innerhalb des dritten Buches (Allgemeines Vermögensrecht) geregelt. Aufgrund einer Verweisungsnorm (*schakelbepaling*) sind die Vorschriften zur *volmacht* entsprechend anwendbar, wenn jemand aus anderen Gründen als einer *volmacht*, z.B. aufgrund einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis, als Vertreter auftritt. Die Vorschriften zur *volmacht* gelten daher teilweise als allgemeine Regelungen zum Vertretungsrecht.

Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Verankerung sind Voraussetzungen und Folgen einer wirksamen direkten Vertretung in beiden Ländern nahezu identisch: Durch die Handlung des Vertreters wird nicht er selbst, sondern der Vertretene rechtsgeschäftlich verpflichtet. Ihn treffen die Folgen des Handelns so, als hätte er selbst gehandelt. Beiden Ländern ist ferner gemein, dass eine wirksame Vertretung ein Handeln im fremden Namen innerhalb einer Vertretungsbefugnis voraussetzt. Letztere kann sich dabei unter anderem aus Gesetz oder einer Vollmacht/*volmacht* ergeben. Sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden ist die Erteilung der Vollmacht/*volmacht* grundsätzlich formfrei und konkludent möglich. Die Erteilung unterliegt in beiden Ländern nicht der Formvorschrift, welcher das Rechtsgeschäft, für welches die Vertretungsbefugnis erteilt wird, unterliegt. Bei einer Vollmacht/*volmacht* zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung sind jedoch datenschutzrechtliche Vorgaben, etwa die Ausdrücklichkeit bei der Betroffenheit sensibler Daten, zu berücksichtigen. Auch der Umfang einer möglichen Vollmacht/*volmacht* wird durch das Datenschutzrecht begrenzt. Eine Annahme der Vollmacht/*volmacht* durch den Bevollmächtigten ist nicht erforderlich; die Erteilung kann einseitig<sup>113</sup> durch rechtsgeschäftliche Erklärung geschehen. Entsprechend ist der Bevollmächtigte zum stellvertretenden Handeln nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt. Beide Rechtsordnungen ermöglichen eine aktive und eine passive Vertretung.

---

<sup>113</sup> Dies ist in den NL. noch nicht höchstrichterlich bestätigt worden. Der *Hoge Raad* hat bisher noch nicht darüber entschieden, ob die *volmacht* einseitig erteilt werden kann. Er hat zwar festgestellt, dass die *volmacht*-Erteilung kein Schuldverhältnis i.S.v. art. 6:213 BW ist, da sie keinen schuldrechtlichen Charakter hat. Die Frage der einseitigen Erteilung wurde jedoch offengelassen, vgl. HR 24 juni 1938, NJ 1939/337 = ECLI:NL:HR:1938:29; *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 22; *Hillen-Muns*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:60, aant. 4; *Hijma*, in: T&C BW, BW art. 3:61, aant. 2.

In den Niederlanden kann das Rechtsverhältnis *volmacht* durch den Bevollmächtigten beendet werden; dies ist in Deutschland nicht vorgesehen. Der Unterschied ist wohl der Tatsache geschuldet, dass die Vollmachtserteilung in Deutschland schon dem Gesetzeswortlaut nach eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die den Empfänger lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet. Sie kann durch denjenigen, der sie abgegeben hat, widerrufen werden. In den Niederlanden ist der einseitige Charakter der *volmacht* hingegen weder gesetzlich verankert noch höchstrichterlich entschieden. Da die *volmacht* auch ein gegenseitiges Rechtsverhältnis sein kann, verwundert das Bestehen eines Beendigungsrechts der anderen Partei nicht.

Häufig wird die Vollmacht/*volmacht* im Rahmen oder aufgrund weiterer Vertragsbeziehungen erteilt. In Deutschland wird dieses Vertragsverhältnis, das Innenverhältnis, dabei streng von der Vollmacht als eigenständigem Rechtsverhältnis, dem Außenverhältnis, getrennt. Beide Rechtsverhältnisse sind voneinander abstrakt zu betrachten (Abstraktionsprinzip), sodass sich Mängel des einen Verhältnisses grundsätzlich nicht auf das andere Verhältnis auswirken. Der Umfang der Vollmacht, die Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten im Außenverhältnis, das rechtliche Können, kann dabei über das im Innenverhältnis vereinbarte rechtliche Dürfen hinausgehen. Ein Vertreter, der innerhalb seines rechtlichen Könnens sein rechtliches Dürfen überschreitet, handelt mit Vertretungsmacht. Ein klassisches Beispiel hierfür ist ein Prokurist, dessen Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis durch den Vollmachtgeber eingeschränkt ist. Im Außenverhältnis darf eine Prokura aber aus Gründen der Rechtssicherheit nicht beschränkt werden; der Umfang der Prokura ist gegenüber Dritten zwingend.<sup>114</sup> In Deutschland kann ein Prokurist seinen Vollmachtgeber somit im Rahmen der von einer Prokura erfassten Rechtsgeschäfte wirksam vertreten, auch wenn er hierzu laut Innenverhältnis nicht berechtigt ist.

In den Niederlanden wird ein Abweichen der *volmacht* im Außenverhältnis vom Innenverhältnis nicht diskutiert. Dies mag der Tatsache geschuldet sein, dass der Umfang bestimmter *volmachten* wie etwa der Prokura, nicht zwingend

---

<sup>114</sup> § 50 Abs. 1 HGB.

und daher ein Auseinanderfallen von Innen- und Außenverhältnis unwahrscheinlich ist.<sup>115</sup> Dennoch geht der Vertragspartner unter bestimmten Umständen, etwa wenn er einem Prokuristen oder einem Filialleiter gegenübersteht, davon aus, dass dieser zu bestimmten Vertretungshandlungen befugt ist. Der Vertrauensschutz der Gegenpartei erfolgt in solchen Fällen nicht wie in Deutschland über einen zwingenden Vollmachtumfang, sondern über den *schijn van volmacht*, die Scheinvollmacht. Die Scheinvollmacht ist im BW explizit geregelt.<sup>116</sup> Der Vertretene wird auch dann durch das Handeln des Vertreters gebunden, wenn der Vertragspartner von einer bestehenden *volmacht* ausging und auch ausgehen durfte und diese Annahme dem Vertretenen zugerechnet werden kann. Eine solche Zurechnung kann sich eben daraus ergeben, dass der Vertretene dem Vertreter eine gewisse Stellung (z.B. Prokurist) einräumt.

Bei der Scheinvollmacht reicht die „externe Befugnis“ des Vertreters weiter als seine „interne Befugnis“. Speziell für den Fall des Prokuristen ergibt sich im niederländischen Recht aus einem Zusammenspiel des Handelsrechts mit der Scheinvollmacht, dass auch ins Handelsregister eingetragene Beschränkungen der Prokura dem Dritten nicht entgegengehalten werden können, wenn diese so ungewöhnlich sind, dass er mit diesen nicht rechnen musste und sie auch nicht kannte. Die Anerkennung eines zurechenbar gesetzten Rechtsscheins existiert auch im deutschen Recht. Im BGB ist die Rechtsscheinhaftung nur bezüglich einer erteilten, aber nicht mehr bestehenden Vollmacht normiert. Die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung wurden aber von der Rechtsprechung durch die Instrumente Duldungs- und Anscheinvollmacht auch für Fälle, für die keine ehemalige Vollmacht bestand, weiterentwickelt.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die direkte Vertretung in Deutschland und den Niederlanden trotz der dogmatisch unterschiedlichen Regelungsweise ähnlich konzipiert ist. Voraussetzungen und Wirkung der direkten Vertretung sind prinzipiell gleich. Außerdem sehen beide Länder Vertrauensschutzmechanismen für die Gegenpartei zum Schutz des Rechtsverkehrs vor. In Deutschland erfolgt der Vertrauensschutz sowohl mittels zwingender Vollmachtsumfänge,

---

<sup>115</sup> Es gibt aber Auslegungsregelungen über die allgemeine und besondere *volmacht*, welche Zweifelsregelungen und Schriftformerfordernisse für die *volmacht* für Verfügungshandlungen vorsehen.

<sup>116</sup> Art. 3:61 BW.

die aufgrund der Abstraktion von Innen- und Außenverhältnis gegenüber Dritten nicht beschränkt werden können, als auch mittels der Rechtsscheinhaftung, welche sonstige Fälle bereits erteilter, nicht mehr bestehender oder nicht erteilter Vollmachten umfasst. In den Niederlanden erfolgt der Schutz vor allem über die Scheinhaftung. Voraussetzung für eine bestehende Rechtsscheinhaftung ist in beiden Ländern ein vom Vertretenen zurechenbar gesetzter Rechtsschein.

### B. Lastgevingsovereenkomst – Verpflichtung zur direkten oder mittelbaren Vertretung

Die *lastgevingsovereenkomst* ist ein dem deutschen Recht unbekannter Vertragstyp. Sie kann wohl am ehesten mit dem deutschen Geschäftsbesorgungsvertrag verglichen werden. Die Rahmenvertragsbeziehung mit dem Datenverwerter *Dime* ist als *lastgevingsovereenkomst* einzuordnen.<sup>117</sup>

„*Lastgeving is de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de lasthebber, zich jegens de andere partij, de lastgever, verbindt voor rekening van de lastgever een [...] rechtshandeling[.] te verrichten.*”<sup>118</sup>

Das Schuldverhältnis *lastgeving* ist eine besondere Form der *overeenkomst van opdracht*. Es ist in den art. 7:414 bis 7:424 BW geregelt. Die allgemeinen Regelungen der *overeenkomst van opdracht* sind grundsätzlich auf die *lastgevingsovereenkomst* anwendbar, solange nicht etwas anderes in den spezielleren Regelungen bestimmt ist.<sup>119</sup> Das die *lastgevingsovereenkomst* von der *overeenkomst van opdracht* unterscheidende Merkmal ist die Art der *werkzaamheden*, zu denen der *opdrachtnemer* bzw. der *lasthebber* verpflichtet sind. Während bei der *overeenkomst van opdracht* ganz allgemein das *verrichten van werkzaamheden* geschuldet ist, ist Kern der *lastgevingsovereenkomst* die Pflicht zum *verrichten van rechtshandelingen* auf Rechnung des *lastgever*.<sup>120</sup> Der niederländische Begriff

---

<sup>117</sup> Kapitel 10 E.I.

<sup>118</sup> Art. 7:414 lid 1 BW.

<sup>119</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 53; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 111; zu interessenswährenden Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* s.: Kapitel 15.

<sup>120</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 257); in diesem Sinne auch *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:414, aant. 1.

der *rechtshandeling* entspricht im Wesentlichen dem deutschen Begriff des Rechtsgeschäfts.<sup>121</sup> Die *lastgevingsovereenkomst* ist also ein Rechtsverhältnis, das den *lasthebber* (Vertreter) zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts (*rechtshandeling*) auf fremde Rechnung (Rechnung des *lastgever*) verpflichtet. Da der Abschluss der Geschäfte auf Rechnung des *lastgever* (des Vertretenen) erfolgt, treffen ihn die Folgen der Transaktion, inklusive deren Kosten. Die *lastgeving* betrifft oft die Interessen des *lastgever*. Dies ist aber keine zwingende Voraussetzung.<sup>122</sup> Beispiele für das Ausführen einer *rechtshandeling* auf Rechnung des *lastgever* sind der Kauf einer Immobilie oder der Abschluss eines Mietvertrags. Eine *lastgevingsovereenkomst* kann auch einseitige *rechtshandelingsen* wie etwa das Begleichen von Rechnungen gegenüber Dritten oder die Vornahme von Pfändungen beinhalten.<sup>123</sup> Ein weiteres klassisches Beispiel für eine *lastgevingsovereenkomst* sind Verträge mit einem *commissionair*.<sup>124</sup> Der *commissionair* verrichtet im eigenen Namen auf Rechnung eines anderen *rechtshandelingsen*. Vorwiegend schließt er Kaufverträge ab.<sup>125</sup>

Ist die Ausführung der *rechtshandelingsen* kein Kernelement der vertraglichen Beziehung, sondern nur ein indirekter Bestandteil innerhalb einer anderweitigen *overeenkomst van opdracht*, liegt keine *lastgeving* vor. Bestellt ein Architekt für seinen *opdrachtgever* eine Küche, ist diese Bestellung nur ein untergeordneter Bestandteil der Gesamttätigkeit des Architekten. Durch die Beauftragung des Architekten mit der Durchführung der Bestellung, also mit der Vornahme einer *rechtshandeling*, entsteht keine *lastgevingsovereenkomst*. Die Beauftragung

<sup>121</sup> Der Begriff *rechtshandeling* ist im BW nicht definiert, die Voraussetzungen jedoch in art. 3:33 BW genannt: „Een *rechtshandeling* vereist een op een rechtsgevolg gerichte will die zich door een verklaring heeft geopenbaard.“, vgl. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 113. Eine *rechtshandeling* erfordert demnach einen auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen, der sich mittels einer Erklärung offenbart hat. Der Begriff kann mit dem dt. Begriff des Rechtsgeschäfts verglichen werden, vgl. Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, § 8, Rdnr. 215.

<sup>122</sup> Meijer, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 257); Nijland, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:414, aant. 3.

<sup>123</sup> Meijer, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 256).

<sup>124</sup> Tjong Tjin Tai, *Asser 7-IV*, nr. 225.

<sup>125</sup> Van der Grinten, *Lastgeving*, 25 f.; Tjong Tjin Tai, *Asser 7-IV*, nr. 56, das *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch) enthielt früher besondere Bestimmungen bezüglich der *commissieovereenkomst*.

ist vielmehr als Weisung im Rahmen der bestehenden *overeenkomst van opdracht* bezüglich der Architektenleistung zu qualifizieren.<sup>126</sup> Die Regeln der *lastgeving* können aber entsprechend Anwendung finden. Denn art. 7:424 BW erklärt bestimmte Regelungen zur *lastgeving* auf andere Schuldverhältnisse anwendbar, kraft deren die eine Partei dazu verpflichtet oder aber dazu befugt ist, auf Rechnung der anderen Partei *rechtshandelingen te verrichten*.<sup>127</sup> Im Prinzip sind die Vorschriften der *lastgeving* somit auf alle Fälle der mittelbaren Vertretung anwendbar.<sup>128</sup> Die sogenannte *schakelbepaling*, art. 7:424 BW, kann greifen, wenn eine *overeenkomst van opdracht* nur inzident die Vornahme einer *rechtshandeling* im Namen des *opdrachtgever* beinhaltet, wie es etwa in eben genanntem Architektenbeispiel der Fall wäre.<sup>129</sup> Die Vorschriften der *lastgeving* können ferner auf eine *arbeidsovereenkomst*, aus welcher sich die Verpflichtung zur Vornahme von *rechtshandelingen* mit Dritten ergibt oder auf Schuldverhältnisse, welche keine Verpflichtung, sondern nur die Erlaubnis zur Vornahme von *rechtshandelingen* beinhalten, wie etwa bei einem Gesellschaftsvertrag, angewendet werden.<sup>130</sup>

Die *lastgevingsovereenkomst* kann den *lasthebber* dazu verpflichten, im eigenen Namen zu handeln. Möglich ist auch eine Verpflichtung zum Handeln im fremden Namen.<sup>131</sup> Ferner kann es dem *lasthebber* freigestellt sein, ob er im eigenen Namen oder im Namen des *lastgever* handelt.<sup>132</sup> Soll der *lasthebber* im eigenen Namen tätig werden, liegt eine mittelbare Vertretung vor.<sup>133</sup> Hier kann an den *commissionair* gedacht werden, der ein Gemälde im eigenen Namen auf Rechnung des *opdrachtgever* ersteigert.<sup>134</sup> Bei einer Verpflichtung zum Tätigwerden

---

<sup>126</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:414, aant. 1.

<sup>127</sup> Art. 7:424 BW.

<sup>128</sup> Van Neer-van den Broek, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:424, aant. 1.

<sup>129</sup> Van Neer-van den Broek, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:424, aant. 1.

<sup>130</sup> Meijer, in: Bijzondere overeenkomsten, 249 (nr. 259); van Neer-van den Broek, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:424, aant. 1; a.A.: Van der Grinten, s. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 112.

<sup>131</sup> Art. 7:414 lid 2 BW; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 20; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 228.

<sup>132</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 114; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 228.

<sup>133</sup> Zur mittelbaren Vertretung: Kapitel 6 C.II.

<sup>134</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 228.

im fremden Namen handelt es sich dagegen um eine direkte Vertretung.<sup>135</sup> In diesem Fall hat der *lasthebber* die *rechtshandeling* im Namen des *lastgever* zu *verrichten*. Hierzu benötigt der *lasthebber* eine *volmacht*.<sup>136</sup> Liegt eine gültige *volmacht* vor, wird der Vollmachtgeber in der Weise unmittelbar an die Gegenpartei gebunden, dass die Handlung des Bevollmächtigten rechtlich als Handlung des Vollmachtgebers angesehen wird.<sup>137</sup> Die Erteilung der *volmacht* kann innerhalb der *lastgevingsovereenkomst* liegen.<sup>138</sup> Für den Umfang der *volmacht*, insbesondere die Frage, ob *daden van beschikking*<sup>139</sup> (Verfügungsgeschäfte) erfasst sind, gilt art. 3:62 BW unabhängig davon, ob sie Teil einer *lastgevingsovereenkomst* ist.<sup>140</sup> Eine dahingehende Vermutung, in jeder *lastgeving* die Erteilung einer *volmacht* zu sehen, würde aber zu weit gehen. Hierfür spricht auch, dass *lastgeving* und *volmacht* im BW getrennt voneinander und nicht mehr, wie im alten BW, gemeinsam geregelt sind.<sup>141</sup> Aus der Pflicht des *lasthebber*, auf Rechnung des *lastgever* tätig zu werden, kann nicht grundsätzlich auf das Vorliegen einer *volmacht* geschlossen werden. Die Pflicht zum *verrichten* der *rechtshandelingen* auf Rechnung des *lastgever* hat keine Auswirkung auf dessen Vertretungsbefugnis und befugt den *lastgever* nicht automatisch auch dazu, die *rechtshandelingen* im Namen des *lastgever* vorzunehmen.<sup>142</sup> Es ist daher nach den Umständen des Einzelfalls zu untersuchen, ob innerhalb der *lastgevingsovereenkomst* eine *volmacht*-Erteilung zu sehen ist. Wo die einzelfallabhängige Aus-

<sup>135</sup> Zur direkten Vertretung: Kapitel 6 A.

<sup>136</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 228; s. zu Erteilung, Form, Inhalt, Erlöschen und Umfang der *volmacht*: Kapitel 6 A.II.

<sup>137</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 20; ausführlich zur *volmacht*: Kapitel 6 A.II.

<sup>138</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:414, aant. 4; *Meijer*, in: Bijzondere overeenkomsten, 249 (nr. 257).

<sup>139</sup> *Van der Korst/Gerver*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:62, aant. 2; *Hijma*, in: T&C BW, BW art. 3:62, aant. 2 b); a.A.: *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 27.

<sup>140</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 11, der zwar von art. 3:63 BW spricht, aber wohl art. 3:62 BW meint. Zum Umfang der *volmacht* s.: Kapitel 6 A.II.

<sup>141</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 228; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 115.

<sup>142</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 228.

legung zu dem Ergebnis kommt, dass bei Abschluss der *lastgeving* auch eine *volmacht* erteilt wurde, kann das Vorliegen einer solchen anhand des Instituts der stillschweigenden *volmacht*<sup>143</sup> konstruiert werden.<sup>144</sup>

Für das Verhältnis zwischen *volmacht* und *lastgeving* gilt dementsprechend folgendes: Ein *lasthebber*, der keine *volmacht* hat, ist nicht dazu befugt, im Namen des *lastgever* zu handeln. In diesem Fall kann er nur sich selbst binden. Es handelt sich um eine mittelbare Vertretung. Ist der *lasthebber* vertretungsbefugt, ist er jedenfalls dazu berechtigt, die *rechtshandeling* im Namen des *lastgever* vorzunehmen. Handelt der *lasthebber* im Namen und auf Rechnung des *lastgever*, wird von direkter oder unmittelbarer Vertretung gesprochen. In diesem Fall wird der *lastgever* durch das Handeln des *lasthebber* direkt gebunden.<sup>145</sup> Um zu bestimmen, wer Vertragspartei der durch den *lasthebber* vorgenommenen *rechtshandeling* ist, ist also entscheidend, ob der *lasthebber* in eigenem oder in fremdem Namen gehandelt hat.<sup>146</sup>

*Volmacht* und *lastgeving* liegen demnach nicht notwendigerweise gemeinsam vor. Der *lastgever* kann eine Vertretungsbefugnis sogar ausschließen. Eine *volmacht* kann hingegen auch völlig unabhängig von dem Bestehen einer *lastgevingsovereenkomst* erteilt werden.<sup>147</sup> *Volmacht* und *lastgeving* sind im BW daher auch unterschiedlichen Regeln unterworfen. Jene sind aber, da *volmacht* und *lastgeving* vielfach gleichzeitig vorliegen, aufeinander abgestimmt.<sup>148</sup> Aus dogmatischer Sicht beschreibt die *lastgevingsovereenkomst* das Schuldverhältnis, welches die Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem sowohl bei einer direkten als auch bei einer mittelbaren Vertretung bestimmt.<sup>149</sup> Für den Fall der

---

<sup>143</sup> Gem. art. 3:61 lid 1 BW kann eine *volmacht* ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden.

<sup>144</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 228.

<sup>145</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 257.); *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:414, aant. 4.

<sup>146</sup> Dies ist in der Praxis nicht immer einfach. Nach der allgemeinen Formel des *Hoge Raad* kann angenommen werden, dass der *lasthebber* im eigenen Namen handelt, solange er nicht deutlich etwas anderes hervorhebt, HR 11 maart 1977, nr. 11086, *Kribbebijter*, NJ 1977/521 = ECLI:NL:PHR:1977:AC1877; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 228.

<sup>147</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 22.

<sup>148</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:414, aant. 4.

<sup>149</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 223.

mittelbaren Vertretung sieht die *lastgevingsovereenkomst* in den art. 7:419 bis 421 und 7:423 BW besondere Vorschriften vor, auf die im nächsten Abschnitt über die vertragliche Abbildung der mittelbaren Vertretung näher eingegangen wird.<sup>150</sup>

### C. Vertragliche Abbildung der mittelbaren Vertretung

Nicht immer wünscht der Vertretene, dass die Vertretung durch das Handeln eines Vertreters in seinem Namen nach außen hin offengelegt wird. In diesem Fall kann er sich mittelbar (verdeckt) vertreten lassen.<sup>151</sup> Bei der mittelbaren Vertretung wird der Handelnde nicht im Namen des Vertretenen, sondern im eigenen Namen tätig. Er handelt aber im Interesse und auf Rechnung eines anderen.<sup>152</sup> Sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden wird – im Gegensatz zur direkten Stellvertretung – nicht der Vertretene,<sup>153</sup> sondern der Vertreter selbst Vertragspartner des Dritten. Er wird zunächst selbst aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet.<sup>154</sup> Die Abwicklung zwischen Vertreter und Vertretenem erfolgt sodann sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden über das zwischen diesen zwei Parteien geschlossene Rechtsverhältnis. Ein Auftreten als mittelbarer Stellvertreter eignet sich auch für die Abbildung der fremdnützigen Datenverwertung.<sup>155</sup> Die vertragliche Einordnung der exemplarisch untersuchten Modelle zeigt, dass der Datenverwerter *Dime* entsprechend tätig wird.<sup>156</sup>

---

<sup>150</sup> Kapitel 6 C.II.

<sup>151</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 39.

<sup>152</sup> Für das dt. Recht: *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 164-181, Rdnr. 10; für das nl. Recht: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 118; *Kortmann/Kortmann*, *Asser 3-III*, nr. 102.

<sup>153</sup> Zur Wirkung der direkten Stellvertretung: Kapitel 6 A.I.

<sup>154</sup> Für das dt. Recht: *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 40; für das nl. Recht: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 118; *Kortmann/Kortmann*, *Asser 3-III*, nr. 102.

<sup>155</sup> Kapitel 10 C.II.

<sup>156</sup> Kapitel 10 E.I.

## I. Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem Vertreter und Vertretenem in Deutschland

In Deutschland erfolgt die Abwicklung zwischen dem mittelbaren Vertreter und dem Vertretenen über das Innenverhältnis. Im Innenverhältnis besteht häufig ein Geschäftsbesorgungsverhältnis oder ein unentgeltliches Auftragsverhältnis, das so ausgestaltet ist, dass die Rechtsfolgen des durch den Handelnden ausgeführten Geschäfts den Vertretenen treffen. Dies geschieht etwa durch die Pflicht des Vertreters zur Herausgabe des Erlangten (§§ 667, 675 BGB), durch Abtretung (§ 398 BGB) oder Übereignung (§§ 929 ff. BGB). Es wird eine Annäherung an die Wirkung der direkten Stellvertretung erstrebt.<sup>157</sup> Die mittelbare Vertretung ist dabei keine „echte“ Stellvertretung.<sup>158</sup> Denn zwischen demjenigen, für den der Handelnde tätig wird und dem Dritten wird keine Rechtsbeziehung begründet. Die Rechtswirkungen des sogenannten Ausführungsgeschäfts treffen allein den mittelbaren Stellvertreter.<sup>159</sup> Zu Verfügungen im Rahmen der Veräußerung von Sachen oder Rechten des Geschäftsherrn ist der mittelbare Stellvertreter in der Regel gemäß § 185 BGB ermächtigt.<sup>160</sup>

Das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht ist als allgemein gehaltenes Interessenwahrnehmungsrecht nicht auf die Situation der mittelbaren Stellvertretung ausgerichtet und kann somit keine spezifischen Vorschriften für den Umgang mit einer solchen Konstruktion, die wirtschaftlich drei Parteien involviert, liefern. Im Handelsrecht ist die verdeckte Stellvertretung partiell anerkannt. Hier existieren Regelungen für das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff. HGB) und das Speditionsgeschäft (§§ 453 ff. HGB). Während der Kommissionär immer im eigenen Namen auf fremde Rechnung, also mittelbar vertretend tätig

---

<sup>157</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 42.

<sup>158</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 23, Rdnr. 8.

<sup>159</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 23, Rdnr. 8; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 164-181, Rdnr. 10.

<sup>160</sup> *Schilken*, in: Staudinger-BGB, BGB Vor §§ 164 ff., Rdnr. 44; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 40; zur Ermächtigung, § 185 BGB: Kapitel 6 A.I.

wird,<sup>161</sup> kann ein Spediteur auch im fremden Namen handeln.<sup>162</sup> Die handelsrechtlichen Vorschriften enthalten Regelungen zum Schutz der Interessen des Geschäftsherrn vor den Gläubigern des Vertreters (§§ 392, 457 HGB).<sup>163</sup>

Der Anwendungsbereich des Speditionsgeschäfts, der bei einer Verpflichtung zur entgeltlichen Besorgung der Versendung eines Gutes im Betrieb eines gewerblichen Unternehmens eröffnet ist,<sup>164</sup> ist sehr spezifisch. Das Kommissionsrecht erfährt hingegen durch die in § 406 HGB normierte Erstreckung der Vorschriften auf die uneigentliche und die Gelegenheitskommission – dazu sogleich – eine weitreichende Ausdehnung auf sämtliche kommissionsartige Geschäfte im gewerblichen Bereich.<sup>165</sup> So ist selbst das Speditionsgeschäft eine besondere Form der Kommission, auch wenn ein Verweis auf die subsidiäre Anwendung von Kommissionsvorschriften gestrichen wurde.<sup>166</sup> Kommissions- und Speditionsrecht sind besondere Formen der entgeltlichen Geschäftsbesorgung, sodass neben den einschlägigen handelsrechtlichen Regelungen der §§ 383 ff., 453 ff. HGB auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 675 Abs. 1 BGB und die entsprechenden auftragsrechtlichen Normen<sup>167</sup> sowie gegebenenfalls auch Dienst- oder Werkvertragsrecht anwendbar sind.<sup>168</sup> Die handelsrechtlichen Regelungen ergänzen damit das allgemeine Auftragsrecht, das für die Situation der mittelbaren Stellvertretung teilweise unvollständig ist. So sieht das Auftragsrecht nicht nur keine den §§ 392, 457 HGB entsprechende Regelung

<sup>161</sup> § 383 Abs. 1 HGB; § 383 Abs. 1 HGB; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 1.

<sup>162</sup> § 454 Abs. 3 HGB; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 453, Rdnr. 13; *Koller*, in: KKRD-HGB, HGB § 453, Rdnr. 1.

<sup>163</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 39.

<sup>164</sup> § 453 HGB; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 453, Rdnr. 11; *Koller*, in: KKRD-HGB, HGB § 453, Rdnr. 1.

<sup>165</sup> § 406 Abs. 1, 2 HGB; § 406 Abs. 1, 2 HGB; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 406, Rdnr. 1; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 406, Rdnr. 1.

<sup>166</sup> *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 453, Rdnr. 61.

<sup>167</sup> §§ 663, 665-670, 672-674 BGB, s. § 675 Abs. 1 BGB.

<sup>168</sup> Für die Kommission: *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 44; *Füller*, in: EBJS-HGB, § 383, Rdnr. 13; für die Spedition: *Spieker/Schönfleisch*, in: BeckOK-HGB, HGB § 453, Rdnr. 3; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 453, Rdnr. 18.

vor, sondern auch keine ausdrückliche Normierung der Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn.<sup>169</sup> Es fehlt ferner an Interessenkonfliktregelungen, wie etwa Vorgaben zu einem Selbsteintritt des mittelbaren Stellvertreters.<sup>170</sup>

Das Zusammenspiel der Vertragsbeziehungen zwischen den beteiligten Parteien bei der mittelbaren Stellvertretung wird daher unter Heranziehung der Regelungen des Kommissionsgeschäfts genauer erläutert. Ein Kommissionär kauft oder verkauft gemäß § 383 Abs. 1 HGB gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen.<sup>171</sup> Die Kommissionsvorschriften gelten nicht nur für kaufmännische, sondern auch für kleingewerbliche Kommissionäre, also für Kommissionäre, deren Gewerbe keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern und deren Firma nicht nach § 2 HGB in das Handelsregister eingetragen sind.<sup>172</sup> Der Anwendungsbereich des Kommissionsgeschäfts wird durch § 406 Absätze 1 und 2 HGB auf die uneigentliche Kommission (Abs. 1 S. 1), die Gelegenheitskommission (Abs. 1 S. 2) und die Werklieferungskommission über nicht vertretbare Sachen (Abs. 2) erweitert.<sup>173</sup> Unter uneigentlicher Kommission ist die Übernahme von Geschäften anderer Art als Kaufgeschäfte über Waren oder Wertpapiere eines Kommissionärs im Sinne des § 383 HGB zu verstehen, z.B. die Verlagskommission, die Tätigkeit von Werbeagenturen oder die Inkassokommission.<sup>174</sup> Der Begriff der Gelegenheitskommission bezeichnet die kommissionsweise Übernahme eines Geschäfts durch einen Kaufmann, der nicht

---

<sup>169</sup> Die Interessenwahrnehmungspflicht bei Auftrag und Geschäftsbesorgung wird jedoch aus dem Gesamtcharakter der Vorschrift abgeleitet, s. Kapitel 15 A.I.; ausdrückliche Normierung bei Kommission und Spedition in §§ 384 Abs. 1 Fall 2, 454 Abs. 4 Alt. 2 HGB.

<sup>170</sup> Der Selbsteintritt ist für die Kommission in § 400 HGB, für die Spedition in § 458 HGB normiert; zum Selbsteintritt: Kapitel 16 B.II.

<sup>171</sup> § 383 Abs. 1 HGB; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 1.

<sup>172</sup> § 383 Abs. 2 S. 1 HGB; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 26; *Roth*, in: KKRd-HGB, HGB § 383, Rdnr. 1.

<sup>173</sup> § 406 Abs. 1, 2 HGB; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 406, Rdnr. 1; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 406, Rdnr. 1.

<sup>174</sup> § 406 Abs. 1 S. 1 HGB; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 406, Rdnr. 1; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 406, Rdnr. 3, 5.

Kommissionär ist, im Betrieb seines auf andere Gegenstände gerichteten Handelsgewerbes.<sup>175</sup> Kommissionsverträge werden häufig da geschlossen, wo der Kommittent nicht selbst am Markt teilnehmen oder auf ein eigenes Absatzsystem zurückgreifen kann oder möchte.<sup>176</sup> So besteht für natürliche Personen die Schwierigkeit, am Markt für personenbezogene Daten teilzunehmen. Das Verwertungsmodell *Dime* löst diese Problematik mit einem Agieren als mittelbarer Stellvertreter. Das dem Modell zugrunde liegende Vertragsverhältnis erfüllt dabei die Voraussetzungen einer uneigentlichen Kommission, sodass die handelsrechtlichen Vorschriften zur Kommission anwendbar sind.<sup>177</sup>

Der Kommissionär wird nur fallweise für den Kommittenten tätig und ist anhand dieses Merkmals vom Kommissionsagenten abzugrenzen. Als Kommissionsagent wird ein selbständiger Gewerbetreibender bezeichnet, der ständig mit dem Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren zu festgelegten Preisen im eigenen Namen auf Rechnung eines anderen betraut ist.<sup>178</sup> Der Kommissionsagentenvertrag ist gesetzlich nicht normiert und steht aufgrund seiner Dauerhaftigkeit zwischen Kommissionsvertrag und Handelsvertretervertrag. Er beinhaltet kommissions-, geschäftsbesorgungs-, dienst- und handelsvertreterrechtliche Elemente.<sup>179</sup> Der Kommissionsagent ist wie ein Absatzmittler (z.B. ein Handelsvertreter) dauerhaft und systematisch in die Vertriebsorganisation eines Unternehmens eingegliedert.<sup>180</sup> Je nach Ausgestaltung des Agenturvertrags kann im Innenverhältnis die analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften geboten sein, um etwa einen Ausgleichsanspruchs des Kommissionsagenten

---

<sup>175</sup> § 406 Abs. 1 S. 2 HGB; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 406, Rdnr. 8; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 406, Rdnr. 2; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 406, Rdnr. 3.

<sup>176</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 7 f.

<sup>177</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>178</sup> BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 229/15, NJW 2017, 475, Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 20. März 2003 – I ZR 225/00 (Hamm), NJW-RR 2003, 1056 (1058); *Flohr/Pohl*, in: Handbuch des Vertriebsrechts (§ 34, Rdnr. 4); *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 3; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 28.

<sup>179</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 28; *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 383, Rdnr. 18.

<sup>180</sup> BGH, Urteil vom 20. März 2003 – I ZR 225/00 (Hamm), NJW-RR 2003, 1056 (1059); *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 383, Rdnr. 18.

für eine Überlassung des Kundenstamms gemäß § 89 b HGB sicherstellen.<sup>181</sup> Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn der Kommissionsagent wie ein Handelsvertreter kein unternehmerisches Risiko trägt.<sup>182</sup> Die Rahmenvertragsbeziehungen mit *Dime* sind zwar auf Dauer angelegt, einer Einordnung als Kommissionsagentur steht jedoch entgegen, dass es sich bei der Zielgruppe von *Dime* um natürliche Personen handelt, die den Handel mit ihren personenbezogenen Daten nicht unternehmerisch betreiben. Eine analoge Anwendung der Handelsvertretervorschriften erscheint daher trotz des längerfristigen Rahmenvertrags mit *Dime* unpassend und ist nicht erforderlich.<sup>183</sup>

Bei der Hinzuziehung eines Kommissionärs als mittelbarem Vertreter gilt es, die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Parteien genau zu unterscheiden. Der Kommissionsvertrag bezeichnet das Vertragsverhältnis zwischen dem mittelbar vertretenen Auftraggeber (Kommittenten) und dem mittelbaren Vertreter (Kommissionär) mit dem Inhalt, dass der Kommissionär im eigenen Namen auf Rechnung des Kommittenten tätig wird. In Erfüllung dieser Verpflichtung schließt der Kommissionär einen Vertrag mit einem Dritten ab, sogenanntes „Ausführungsgeschäft“.<sup>184</sup> Dabei handelt er dann in Ausführung der Kommission, wenn er den Willen dazu hat und das Geschäft nicht als eigenes will.<sup>185</sup> Die Chancen und Risiken aus dem Geschäft sollen nicht ihn, den Kommissionär, sondern den Auftraggeber treffen. Er handelt auf dessen Rechnung.<sup>186</sup> Parteien dieses, in seinem rechtlichen Bestand von der Kommission unabhängigen Ausführungsgeschäfts, sind der Kommissionär und der Dritte. Dem Kommissionär stehen aus dem Ausführungsgeschäft eigene Rechte und Ansprüche gegen den Dritten zu – obwohl er das Geschäft auf Rechnung des Kommittenten abgeschlossen hat.<sup>187</sup> Die anschließende Abtretung dieser Rechte, also die Herausgabe des aus dem Ausführungsgeschäft Erlangten an den Kommittenten, dient

---

<sup>181</sup> BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 229/15, NJW 2017, 475; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 383, Rdnr. 11.

<sup>182</sup> *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 383, Rdnr. 18.

<sup>183</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>184</sup> *Füller*, in: EBJS-HGB, § 383, Rdnr. 2; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 34.

<sup>185</sup> *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 16.

<sup>186</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 67.

<sup>187</sup> *Füller*, in: EBJS-HGB, § 383, Rdnr. 37; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 18.

der Erfüllung des Kommissionsvertrags.<sup>188</sup> Der Herausgabeanspruch des Kommissionärs ist in § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB geregelt; eine entsprechende Pflicht besteht auch für das Auftrags- und das Speditionsrecht in den §§ 667 BGB, 457 HGB.<sup>189</sup> Erst nach erfolgter Abtretung kann der Kommittent die Rechte dem Dritten gegenüber geltend machen.<sup>190</sup> Zum Schutz des Kommittenten, etwa bei Insolvenz des Kommissionärs, gelten gemäß § 392 Abs. 2 HGB auch solche Forderungen des Kommissionärs, welche er noch nicht abgetreten hat, als Forderung des Kommittenten; § 457 S. 2 HGB regelt entsprechendes für den Versender.<sup>191</sup> Bei Leistungsstörungen kann der Kommissionär etwaige Schäden, die dem Kommittenten entstanden sind, im Wege der Drittschadensliquidation<sup>192</sup> gegenüber dem Dritten geltend machen.<sup>193</sup>

Das Kommissionsrecht enthält zudem ausgeprägte Vorschriften zur Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten, die die über das Geschäftsbesorgungsrecht anwendbaren auftragsrechtlichen Regelungen konkretisieren und teils verschärfen.<sup>194</sup> Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist beispielweise in § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB explizit normiert, zudem trifft den Kommissionär die Pflicht

---

<sup>188</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 34; *Flobr/Pobl*, in: Handbuch des Vertriebsrechts (§ 34, Rdnr. 5). Nach anderer Ansicht handelt es sich hierbei um ein weiteres Rechtsverhältnis, so *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 1.

<sup>189</sup> Zum Herausgabeanspruch im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 15 E.

<sup>190</sup> § 392 Abs. 1 HGB; *Füller*, in: EBJS-HGB, § 383, Rdnr. 37; *Flobr/Pobl*, in: Handbuch des Vertriebsrechts (§ 34, Rdnr. 5).

<sup>191</sup> § 392 Abs. 2 HGB; *Flobr/Pobl*, in: Handbuch des Vertriebsrechts (§ 34, Rdnr. 57); eine vergleichbare Vorschrift existiert für das Speditionsgeschäft: § 457 HGB.

<sup>192</sup> Die Lehre von der Drittschadensliquidation soll die bei einer Kommission häufig typische Schadensverlagerung ausgleichen und wird vom BGH als Gewohnheitsrecht angesehen, BGH, Urteil vom 21. Mai 1996 – XI ZR 199/95 (München), NJW 1996, 2734 (2735); *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 80.

<sup>193</sup> *Flobr/Pobl*, in: Handbuch des Vertriebsrechts (§ 34, Rdnr. 55); *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 80.

<sup>194</sup> Kommissionsrechtliche Sondervorschriften werden im Zusammenhang mit den einzelnen Pflichten beleuchtet, s. Kapitel 15 A.I, B.I., D.I. und E.I.

auf eigene Initiative hin Rechenschaft abzulegen.<sup>195</sup> Ein Selbsteintritt des Kommissionärs ist nur bei im Vorfeld genau bestimmbar Sachverhalten zulässig.<sup>196</sup> Beim Datenverwerter *Dime* sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.<sup>197</sup>

## II. *Lastgevingsovereenkomst* als Rechtsverhältnis zur Abbildung der mittelbaren Vertretung in den Niederlanden

Auch in den Niederlanden sind Voraussetzungen und Folgen der mittelbaren Vertretung nicht allgemein geregelt.<sup>198</sup> Hier bestehen für die Zurechnung der Rechtsfolgen des von dem Handelnden abgeschlossenen Geschäfts an den Vertretenen zwei Voraussetzungen. Zunächst muss der mittelbare Vertreter dazu befugt sein, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln. Er muss außerdem in seiner Funktion als mittelbarer Vertreter – und nicht auf eigene Rechnung – gehandelt haben.<sup>199</sup> Die Befugnis, mittelbar stellvertretende Handlungen vorzunehmen, ergibt sich regelmäßig aus einer *overeenkomst van opdracht* oder ihrem speziellen Fall der *lastgevingsovereenkomst*. In Analogie zur *volmacht* soll die Befugnis zur mittelbaren Vertretung auch einseitig erteilt werden oder auf einem anderen Rechtsgrund beruhen können.<sup>200</sup>

Inhalt der *lastgevingsovereenkomst* kann sowohl eine Erlaubnis oder Pflicht zur mittelbaren Vertretung sowie die dingliche Verfügungsbefugnis sein.<sup>201</sup> Entsprechend dem Inhalt der *lastgevingsovereenkomst* ist der *lastbehebber* verfügungsbefugt im Sinne von art. 3:84 lid 1 BW.<sup>202</sup> Auch die Verwaltung und Ausbeutung von Rechten kann Gegenstand der *lastgevingsovereenkomst* sein. Es wird

---

<sup>195</sup> § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB.

<sup>196</sup> S. hierzu ausführlich Kapitel 16 B.II.

<sup>197</sup> Kapitel 16 D.

<sup>198</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 244.

<sup>199</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 103.

<sup>200</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 103; zur Verfügungsbefugnis im Rahmen der Übergabe eines *goed* im Zusammenhang mit mittelbarer Vertretung: *Keirse*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 1.5.3.3.

<sup>201</sup> HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 = ECLI:NL:HR:2011:BO3521; *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 136; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 234.

<sup>202</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 135. S. hierzu Kapitel 7 B.II.

dann von einer *last tot gegevensbebeer of exploitatie* gesprochen.<sup>203</sup> Der Datenverwerter *Dime* ist mit einer solchen Verwertung von Daten im Wege der mittelbaren Stellvertretung betraut.<sup>204</sup> Die Situation der fremdnützigen Datenverwertung kann als *last tot gegevensbebeer of exploitatie* bezeichnet werden, die regelmäßig einen treuhänderischen Charakter hat.<sup>205</sup>

Mit der *privatieve lastgeving* wurde ein besonderes Institut geschaffen, mit welchem dem *lasthebber* eine ausschließliche Befugnis zur Rechtswahrnehmung im eigenen Namen erteilt werden kann. Bemerkenswert ist die Drittwirkung der schuldrechtlichen Bestimmung.<sup>206</sup> Auf die *privatieve lastgeving* wird im Rahmen des *fiduciaverbod* genauer eingegangen.<sup>207</sup> Das Ausgestalten einer *privatieve lastgeving* im Zusammenhang mit der fremdnützigen Datenverwertung ist nicht möglich. Die Einräumung einer ausschließlichen Befugnis zur Wahrnehmung datenschutzrechtlicher Rechte verstößt gegen den grundrechtlichen Schutz personenbezogener Daten und ist deshalb datenschutzrechtlich unzulässig.<sup>208</sup>

Im Regelungszusammenhang mit der *lastgevingsovereenkomst*, die sowohl vertragliche Grundlage der unmittelbaren als auch der mittelbaren Stellvertretung sein kann,<sup>209</sup> hat der niederländische Gesetzgeber spezielle Vorschriften erlassen, die nur auf *lastgevingsovereenkomst* in ihrer Ausprägung als mittelbarer Vertretung anwendbar sind (art. 7:419 bis 421 BW). Sie können als allgemeine Regelung der mittelbaren Vertretung angesehen werden, da sie über die *schakelbepaling* in art. 7:424 BW<sup>210</sup> für fast alle Fälle der mittelbaren Vertretung gelten.<sup>211</sup> Die art. 7:419 bis 421 BW stellen eine Beziehung zwischen Vertretenem (*lastgever*) und Drittem her. Sie enthalten Regelungen, welche nach Abschluss des Vertrages zwischen mittelbarem Vertreter (*lasthebber*) und Drittem unter be-

---

<sup>203</sup> Zur *last tot gegevensbebeer of exploitatie*: Kapitel 12 B.I.

<sup>204</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>205</sup> Kapitel 12 B.II.

<sup>206</sup> *Van der Grinten*, Lastgeving, 11 ff.; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 129 f.

<sup>207</sup> Kapitel 7 B.II.

<sup>208</sup> Kapitel 12. B.II.

<sup>209</sup> Zur *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

<sup>210</sup> Zur *schakelbepaling*: Kapitel 6 B.

<sup>211</sup> *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 118.

stimmten Voraussetzungen einen Übergang der Rechte und Pflichten des Vertreters (*lasthebber*) auf den Vertretenen bewirken, wodurch der Dritte bezüglich der entstandenen Pflichten zum Schuldner oder Gläubiger des Vertretenen wird. Die Vorschriften betreffen vier Situationen.<sup>212</sup> Gemäß art. 7:419 BW hat ein schadensersatzpflichtiger Dritter dem mittelbaren Vertreter nicht nur seinen Schaden, sondern auch den durch die Schlechtleistung entstandenen Schaden des *lastgever* zu ersetzen, sogenannter *Drittschaden*. Der *lasthebber* als Vertragspartei des Dritten ist dazu berechtigt, gegenüber dem Dritten im eigenen Namen nicht nur seinen Schaden, sondern auch den des *lastgever* geltend zu machen.<sup>213</sup> Leistet der *lasthebber* gegenüber dem *lastgever* nicht oder wird er insolvent, kann der *lastgever* einen Übergang der Rechte des *lasthebber* auf sich selbst bewirken. Dies betrifft beispielsweise Fälle, in welchen der *lasthebber* Gegenstände des *lastgever* verkauft hat und vor Zahlung des Kaufpreises durch den Dritten insolvent geht. Die Herbeiführung des Übergangs geschieht mittels schriftlicher Erklärung des *lastgevers* gegenüber *lasthebber* und Drittem.<sup>214</sup> Dasselbe gilt, wenn der Dritte seinen Pflichten gegenüber dem *lasthebber* nicht nachkommt. Auch dann ist es dem *lastgever* möglich, mittels schriftlicher Erklärung einen Übergang der Rechte des *lasthebbbers* gegen den Dritten auf sich selbst zu bewirken.<sup>215</sup> Der Übergang der Rechte geschieht nicht im Wege der Abtretung. Vielmehr findet ein Gläubigerwechsel (*crediteurswisseling*) statt.<sup>216</sup> Kommt hingegen der *lasthebber* seinen Pflichten gegenüber dem Dritten nicht nach oder geht er insolvent, kann der Dritte seine Rechte nicht nur gegen den

---

<sup>212</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 265); vgl. vertiefend zu den art. 7:419-7:421 BW: *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 252 ff.

<sup>213</sup> Art. 7:419 BW, *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 266). Dies gilt nur im Rahmen des Vorhersehbaren, *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 125.

<sup>214</sup> Art. 7:420 lid 1 BW; dies gilt nicht für Rechte, die im Verhältnis *lastgever* – *lasthebber* dem *lasthebber* zustehen, z.B. den Lohnanspruch. Der Übergang ist ferner auf übertragbare Rechte beschränkt, *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 267).

<sup>215</sup> Art. 7:420 lid 2 BW; dies gilt nicht, wenn der *lasthebber* gegenüber dem *lastgever* so handelt, als hätte der Dritte ordnungsgemäß erfüllt. In diesem Fall hat der *lastgever* kein rechtmäßiges Interesse, gegen den Dritten vorzugehen. Der Übergang ist auf übertragbare Rechte beschränkt, *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 267).

<sup>216</sup> S. tiefgehend zu den Folgen des Gläubigerwechsels: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 128.

*lasthebber*, sondern auch gegen den *lastgever* geltend machen.<sup>217</sup> Sein Recht, den *lasthebber* in Anspruch zu nehmen, bleibt dabei bestehen, sogenannte *hoofdelijke verbondenheid* (gesamtschuldnerische Haftung).<sup>218</sup>

Die Vorschriften betreffend die *lastgevingsovereenkomst* sind nicht auf Spediti-  
onsverträge<sup>219</sup> anwendbar. Diese sind aus der Definition der *overeenkomst van  
opdracht* explizit ausgenommen und werden speziell geregelt. Die Herbeifüh-  
rung einer Anwendbarkeit ist auch nicht mittels der *schakelbepaling* möglich.<sup>220</sup>  
Das Kommissionsgeschäft ist in den Niederlanden nicht (mehr)<sup>221</sup> speziell gere-  
gelt, sondern unterfällt den allgemeinen Vorschriften der *overeenkomst van last-  
geving*.<sup>222</sup> Dementsprechend sind die Rahmenvertragsbeziehungen mit dem Da-  
tenverwerter *Dime* als *lastgevingsovereenkomst* einzuordnen. *Dime* unterliegt

---

<sup>217</sup> Art. 7:421 lid 1 BW; dies kann er nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der *lastgever* seine Pflicht gegenüber dem *lasthebber* noch nicht erfüllt hat, *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 268).

<sup>218</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 129; die *hoofdelijke verbondenheid* ist in art. 6:6 lid 2 BW niedergelegt und entspricht der dt. Gesamtschuldnerhaftung, *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 8, Rdnr. 240.

<sup>219</sup> Die *expeditieovereenkomst* ist in art. 8:60 BW definiert. Sie umfasst Vertragsverhältnisse, bei dem sich eine Partei (*expediteur*) gegenüber der anderen Vertragspartei (Gegenpartei) dazu verpflichtet, entsprechend der Bedürfnisse der Gegenpartei einen oder mehrere Verträge mit einem Spediteur über die Verfrachtung von durch die Gegenpartei zur Verfügung gestellten *zaken* abzuschließen. Ebenso kann der *expediteur* solche Frachtverträge schließen, die er mit einer Bedingung entsprechend der Bedürfnisse der Gegenpartei ausgestaltet.

<sup>220</sup> *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 102.

<sup>221</sup> Das *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch) enthielt früher besondere Bestimmungen bezüglich der *commissieovereenkomst*, *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 102.

<sup>222</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, nr. 102.

damit den interessenwahrenden Pflichten der *overeenkomst van opdracht*,<sup>223</sup> namentlich der *zorgplicht*,<sup>224</sup> Unterrichts- und Rechenschaftspflichten<sup>225</sup> sowie der Herausgabepflicht<sup>226</sup>. Speziell für Vertretungssituationen sieht die *lastgevingsovereenkomst* Vorschriften zum Selbsteintritt vor.<sup>227</sup> Auch nach niederländischem Recht dürfte *Dime* nicht selbstkontrahieren.<sup>228</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – gesetzlich normierte Durchgriffsmöglichkeiten im niederländischen Recht

Obwohl keine der beiden Rechtsordnungen die mittelbare Vertretung unter dieser Bezeichnung in ihrem Bürgerlichen Gesetzbuch normiert hat, ist sie in beiden Ländern anerkannt. Sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden wird unter dem Begriff der mittelbaren Vertretung das Handeln eines Intermediärs, der im eigenen Namen auf fremde Rechnung tätig wird, verstanden. Durch das mittelbar vertretende Handeln des Intermediärs entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen diesem und dem Dritten, dessen Folgen zunächst direkt den Mittelmann binden, aus wirtschaftlicher Sicht aber den Auftraggeber treffen sollen. Zur Erreichung dieses Zwecks ist eine Abwicklung im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem mittelbaren Vertreter erforderlich.

Mangels spezieller Regelungen wird die mittelbare Vertretung in Deutschland häufig durch die Regelungen zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung oder durch ein anderes Interessenwahrnehmungsverhältnis abgebildet. Gegenstand des Innenverhältnisses sind Einzelfragen der mittelbaren Vertretung sowie die im Anschluss erforderliche Abwicklung durch Abtretung oder Herausgabe des durch das Ausführungsgeschäft Erlangten. Innenverhältnis und Ausführungsgeschäft

---

<sup>223</sup> Die *lastgevingsovereenkomst* ist eine Sonderform der *overeenkomst van opdracht*, Kapitel 6 B.

<sup>224</sup> Art. 7:401 BW; s. allgemein zum Inhalt der *zorgplicht*: Kapitel 15 A.II.; zum Inhalt der *zorgplicht* bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 A.IV.

<sup>225</sup> Art. 7:403, 7:418 BW; s. allgemein zum Inhalt der Unterrichts- und Rechenschaftspflichten: Kapitel 15 D.I.2. und D.I.3. sowie Kapitel 15 D.II.2.; zum Inhalt bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 D.IV.

<sup>226</sup> Art. 7:403 lid 2 BW; s. allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.II.; zum Inhalt bezogen auf die Verwertungsmodelle: Kapitel 15 E.IV.

<sup>227</sup> Kapitel 16 B.III.

<sup>228</sup> Kapitel 16 D.

sind dabei streng zu unterscheiden; ein direkter Durchgriff des mittelbar Vertretenen, welcher in keiner rechtlichen Beziehung zum Dritten steht, ist nicht vorgesehen. Für Kommissionäre und Spediteure sieht das deutsche Handelsrecht besondere Vorschriften vor. Der Anwendungsbereich des Kommissionsgeschäfts wird über § 406 HGB auf sämtliche kommissionsartige Geschäfte und gelegentliche Kommissionsgeschäfte im gewerblichen Bereich ausgedehnt, so dass das Kommissionsrecht in diesem Zusammenhang quasi als allgemeines Interessenwahrnehmungsrecht angesehen werden kann.

Das niederländische Recht ermöglicht im Gegensatz zum deutschen Recht in bestimmten Situationen solch einen Durchgriff. Im Falle von Vertragsstörungen und zum Schutz des Geschäftsherrn vor Insolvenz sind im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* für die Situation der mittelbaren Vertretung direkte Ansprüche der beteiligten Parteien vorgesehen, art. 7:419 bis 421 BW.<sup>229</sup> In diesem Zusammenhang ist außerdem die Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadens des Vertretenen durch den Vertreter gegenüber dem Dritten gesetzlich vorgesehen. Die Regelung des *Drittschaden* entspricht der in Deutschland durch die Rechtsprechung anerkannten, aber gesetzlich nicht verankerten Lehre von der Drittschadensliquidation.<sup>230</sup> Einen Insolvenzschutz bieten auch das Kommissions- und das Speditionsrecht, §§ 392, 457 HGB.

Die Durchgriffsregelungen des niederländischen Rechts gelten laut Gesetzeswortlaut zwar nur im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst*. Tatsächlich sind sie aber aufgrund einer *schakelbepaling*, art. 7:424 BW, auf nahezu alle Fälle der mittelbaren Vertretung anwendbar. Sie können somit als allgemeine Vorschriften angesehen werden. Die vergleichende Betrachtung zeigt, dass die mittelbare Vertretung in den Niederlanden im Gegensatz zu Deutschland quasi gesetzlich normiert ist. In Deutschland kann von einer quasi gesetzlichen Normierung höchstens im gewerblichen Zusammenhang aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Kommission gesprochen werden. Die niederländischen Regelungen spiegeln den wirtschaftlichen Zweck der mittelbaren Vertretung wider, da sie eine stärkere Verzahnung der Rechtsverhältnisse der beteiligten Parteien bewirken. In Deutschland sind die Rechtsverhältnisse zwischen mittelbarem Ver-

---

<sup>229</sup> S. auch *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 8, Rdnr. 278.

<sup>230</sup> Vgl. *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 8, Rdnr. 278.

treter und Vertretenem sowie zwischen mittelbarem Vertreter und Drittem dagegen bis auf wenige Ausnahmen zum Insolvenzschutz und bei der Drittschadensliquidation, streng zu trennen. Inhaltlich kann die *lastgevingsovereenkomst* je nach Ausgestaltung nicht nur die Befugnis zum schuldrechtlichen mittelbaren Tätigwerden umfassen; vielmehr kann sie auch die dingliche Verfügungsbefugnis enthalten.<sup>231</sup> Für die Erteilung einer Verfügungsbefugnis ist in Deutschland zusätzlich zu dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis eine Ermächtigung gemäß § 185 BGB erforderlich.

#### D. Vermittlungstätigkeiten durch Makler und *bemiddelaar*

Ein vermittelndes Tätigwerden eignet sich, wie bei vielen anderen digitalen Marktplätzen, auch für die fremdnützige Datenverwertung. Verträge, die ein vermittelndes Tätigwerden zum Gegenstand haben werden in Deutschland durch den Maklervertrag (Abschnitt I.), in den Niederlanden durch die *bemiddelingsovereenkomst* (Abschnitt II.) abgebildet. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung kommt der Ausführungsvertrag direkt zwischen anbietender und nachfragender Partei, also zwischen Datensubjekten und Datenverwertern, zustande.<sup>232</sup> So liegt der Fall bei den Verwertungsmodellen *Data Fairplay* und *Datacoup*, die dem niederländischen Regelungsregime der *bemiddelingsovereenkomst* zuzuordnen sind. Für diese Datenverwerter gelten die im Rahmen der *overeenkomst van opdracht* normierten interessenwahrenden Vorschriften.<sup>233</sup> Das Regelungsregime der *bemiddelingsovereenkomst* sieht zudem besondere Vorschriften für eine Doppeltätigkeit und ein Selbstkontrahieren des *bemiddelaar* vor.<sup>234</sup> Die detaillierte Untersuchung der interessenwahrenden Vorschriften in Teil 4 wird zeigen, dass die Doppeltätigkeit von *Data Fairplay* als

---

<sup>231</sup> HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 = ECLI:NL:HR:2011:BO3521; *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 136; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 234.

<sup>232</sup> Kapitel 10 C.I.

<sup>233</sup> S. hierzu Kapitel 15.

<sup>234</sup> Zur Doppeltätigkeit s. Kapitel 17 A.II.; zum Selbstkontrahieren s.: Kapitel 17 B.II.

zulässig,<sup>235</sup> das Selbstkontrahieren von *Datacoup* hingegen als unzulässig<sup>236</sup> einzustufen sind. Deutsches Maklerrecht findet auf diese Modelle hingegen mangels einer Vergütung keine Anwendung.<sup>237</sup>

### I. Keine Pflicht zum Tätigwerden des Maklers in Deutschland

Wer den Abschluss eines Rechtsgeschäfts nur vermittelt, ist kein Stellvertreter, weil er zwar am Zustandekommen des Geschäfts beteiligt ist, selbst aber keine Willenserklärung abgibt.<sup>238</sup> Vermittlungstätigkeiten werden in Deutschland insbesondere durch den Makler (§§ 652 ff. BGB) und den Handelsmakler (§§ 93 ff. HGB) abgebildet.<sup>239</sup> Ein Makler wird „im Vorfeld eines Vertragschlusses“ zwischen zwei anderen Parteien tätig.<sup>240</sup> § 652 Abs. 1 S. 1 BGB unterscheidet zwei Varianten des Tätigwerdens eines Maklers. Ein Nachweismakler gibt seinem Auftraggeber allein durch das Benennen eines Interessenten die Gelegenheit zum Vertragsabschluss (Alt. 1). Ein Vermittlungsmakler wird bei Abschluss des vermittelten Vertrags fördernd tätig, indem er z.B. an den Vertragsverhandlungen teilnimmt (Alt. 2).<sup>241</sup> Der Maklervertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Makler aus dem Vertrag grundsätzlich nicht zum Tätigwerden oder gar zur Herbeiführung eines Erfolgs verpflichtet wird. Der Maklervertrag ist ein einseitig verpflichtender Vertrag.<sup>242</sup> War die Tätigkeit des Maklers erfolgreich, wird der Auftraggeber einseitig zum Zahlen einer Provision verpflichtet.<sup>243</sup> Treffen die Parteien keine Vereinbarung über die Vergütung, gilt der Maklerlohn gemäß § 653 Abs. 1 BGB als stillschweigend vereinbart, wenn eine Vergütung

<sup>235</sup> Kapitel 17 A.IV.

<sup>236</sup> Kapitel 17 B.IV.

<sup>237</sup> Für *Data Fairplay*: Kapitel 10 E.II.3.; für *Datacoup*: Kapitel 10 E.III.4. *Datacoup* wird zwar als Zwischenhändler tätig, die Vertragsschlüsse sind jedoch als Selbstkontrahieren im Rahmen einer vermittelnden Tätigkeit zu werten, Kapitel 10 E.III.2.

<sup>238</sup> *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 23, Rdnr. 7.

<sup>239</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 65.

<sup>240</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 3.

<sup>241</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 3; *Loosbelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 1.

<sup>242</sup> *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 7; *Loosbelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 2; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 4.

<sup>243</sup> *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 7; *Loosbelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 2; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 4.

den Umständen nach zu erwarten ist.<sup>244</sup> Aufwendungsersatz im Zusammenhang mit seinen Tätigkeiten kann der Makler nur bei einer entsprechenden Vereinbarung verlangen.<sup>245</sup>

Ein Erfolg der Maklertätigkeit liegt dann vor, wenn „unter kausaler Mitwirkung des Maklers“ zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten<sup>246</sup>, also „infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers“ ein Vertrag zustande gekommen ist.<sup>247</sup> Die Tätigkeit des Maklers muss „ursächlich“ für diesen Vertragsabschluss sein.<sup>248</sup> Der Vertragsabschluss ist als aufschiebende Bedingung, § 158 Abs. 1 BGB, für das Entstehen der Provision anzusehen. Der Anspruch des Maklers auf Provision ist somit von einer Entscheidung des Auftraggebers abhängig. Er entsteht nur dann, wenn der Auftraggeber, anknüpfend an das Tätigwerden des Maklers, die Entscheidung zum Abschluss des Vertrages mit dem Dritten fällt. Die Entscheidung über den Vertragsabschluss kann der Auftraggeber frei treffen. Gegenüber dem Makler hat er keine Pflicht zum Abschluss des Vertrags.<sup>249</sup>

Trotz „fehlender Leistungspflicht des Maklers und der nur aufschiebend bedingten Leistungspflicht des Auftraggebers“<sup>250</sup>, wird durch den Abschluss eines Maklervertrags zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis mit Nebenleistungs- und Schutzpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB begründet.<sup>251</sup> Schließen die Parteien eine Provision für die erfolgreiche Maklertätigkeit aus, ist das Vertragsverhältnis nicht als Maklervertrag einzustufen. In diesem Fall ist keine der Parteien zum Erbringen einer Leistung verpflichtet. Es liegt ein Gefälligkeitsverhältnis vor.<sup>252</sup>

---

<sup>244</sup> § 653 Abs. 1 BGB; *Loosbelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 3. Die Höhe der Vergütung richtet sich gem. § 653 Abs. 2 BGB nach dem taxmäßigen Lohn oder bei Nichtexistieren eines solchen nach dem üblichen Lohn.

<sup>245</sup> § 652 Abs. 2 BGB; *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 65.

<sup>246</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 5.

<sup>247</sup> § 652 Abs. 1 BGB.

<sup>248</sup> *Loosbelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 2.

<sup>249</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 4 f.

<sup>250</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 7.

<sup>251</sup> *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 7; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 7.

<sup>252</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 6.

Dem Makler kommt nach dem gesetzlichen Leitbild folglich eine eher schwache Stellung zu. In der Praxis sind Maklerverträge daher häufig durch AGB geprägt.<sup>253</sup> Diese unterliegen der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB; insbesondere darf durch AGB keine erfolgsunabhängige Provision vereinbart werden.<sup>254</sup> Mithilfe einer vertraglichen Abrede kann der Makler, anders als vom gesetzlichen Leitbild vorgesehen, zu einem Tätigwerden verpflichtet werden. Meist ist dann auch eine Tätigkeitsvergütung geschuldet. Eine solche Vertragsgestaltung wird Maklerdienstvertrag genannt. Auf ihn finden neben den §§ 652 ff. BGB auch die §§ 611 ff. BGB Anwendung.<sup>255</sup> Für die Darlehensvermittlung, die Ehevermittlung sowie die gewerbsmäßige Vermittlung (Handelsmakler) bestehen Sonderregelungen. Sondervorschriften existieren auch in den Bereichen Wohnungsvermittlung, Arbeitsvermittlung und der Vermittlung von Versicherungen.<sup>256</sup>

## II. *Bemiddelingsovereenkomst* verpflichtet zum Tätigwerden

In den Niederlanden werden Vermittlungstätigkeiten durch die *bemiddelingsovereenkomst* abgebildet.<sup>257</sup> Die *bemiddelingsovereenkomst* ist gemäß art. 7:425 BW „*de overeenkomst van opdracht waarbij de opdrachtnemer zich tegenover de opdrachtgever verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een [...] overeenkomst[...] tussen de opdrachtgever en derden.*“<sup>258</sup> Bei der *bemiddelingsovereenkomst* verpflichtet sich der *opdrachtnemer* laut art. 7:425 BW gegen eine Bezahlung dazu, dahingehend tätig zu werden, dass zwischen dem *opdrachtgever* und einem Dritten ein Vertrag zustande kommt. *Bemiddelen* meint demnach die Vornahme von Tätigkeiten, die auf den Abschluss eines Vertrags zwischen dem *opdrachtgever* und Dritten gerichtet sind.<sup>259</sup> Hierunter fallen unterschiedliche tatsächliche Tätigkeiten. Der *bemid-*

<sup>253</sup> *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 6.

<sup>254</sup> BGH, Urteil vom 20. November 2008 – III ZR 60/08 (OLG Hamburg), NJW 2009, 1199; *Roth*, in: MüKo-BGB, BGB § 652, Rdnr. 5.

<sup>255</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 9; *Fehrenbacher*, in: PWW-BGB, BGB § 652, Rdnr. 9.

<sup>256</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 10, Rdnr. 1 f.

<sup>257</sup> *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 8, Rdnr. 279.

<sup>258</sup> Art. 7:425 BW.

<sup>259</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 271 f.).

*delaar* sucht Vertragspartner für den *opdrachtgever*, er führt die Vertragsverhandlungen und er bereitet den Vertrag so gut wie möglich vor.<sup>260</sup> Er nutzt seine Kenntnisse und seine Reputation, um Kontakte zu knüpfen. Häufig verlässt sich der *opdrachtgever* auf die Sachkunde des *bemiddelaar*.<sup>261</sup> Die *bemiddelingsovereenkomst* ist eine besondere Form der *opdracht*. Sie findet ihre rechtliche Grundlage in den art 7:425 bis 7:427 BW.<sup>262</sup> Als Sonderfall der *overeenkomst van opdracht* gelten deren allgemeine Vorschriften (art. 7:400 bis 7:414 BW) entsprechend für die *bemiddelingsovereenkomst*, soweit die besonderen Regeln nichts anderes vorsehen.<sup>263</sup> Ein klassisches Beispiel für einen *bemiddelaar* ist der Makler (*makelaar*).<sup>264</sup> Das *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch) enthielt früher eine Regelung zum *makelaar*.<sup>265</sup> Seit diese Regelung abgeschafft ist, ist der *makelaar* aus juristischer Sicht ein berufstätiger *bemiddelaar*, für welchen keine Sonderregelungen greifen.<sup>266</sup> *Bemiddelingsovereenkomsten* bilden die Grundlage von Partnervermittlungs- oder Headhunterverträgen.<sup>267</sup> Für Versicherungs- und Kreditverträge enthält das *Wet op het financieel toezicht* eine besonders weite Definition des Begriffs *bemiddelen*.<sup>268</sup>

Hauptpflicht des *bemiddelaar* ist die Vornahme von *werkzaamheden*, die darauf gerichtet sind, den Abschluss eines oder mehrerer Verträge herbeizuführen. Die Definition der *bemiddelingsovereenkomst* in art. 7:425 BW impliziert, dass der *bemiddelaar* nicht als Vertreter des Auftraggebers auftritt. Der *bemiddelaar* führt lediglich vermittelnde Tätigkeiten aus; hat jedoch grundsätzlich keine Ver-

---

<sup>260</sup> *Keuning/Smit*, HB 2012\_01, 29 (29); *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 276).

<sup>261</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 305.

<sup>262</sup> *Spanjaard*, *Contracteren* 2015 I, nr. 4, 115 (115); *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 271 f.).

<sup>263</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 142; zu interessenschützenden Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* s.: Kapitel 15.

<sup>264</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 303.

<sup>265</sup> S. zur Entwicklung der Regelung zum *makelaar*: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 135.

<sup>266</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 57.

<sup>267</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 271 f.); *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 303.

<sup>268</sup> Vgl. hierzu *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 136.

tretungsbefugnis. Der Auftraggeber kann dem *bemiddelaar* freilich bei Abschluss der *bemiddelingsovereenkomst* zusätzlich eine Vollmacht erteilen.<sup>269</sup> Ist der *bemiddelaar* nicht nur befugt, sondern verpflichtet, den Vertrag im Namen des *opdrachtgever* abzuschließen, und ist diese Verpflichtung Hauptbestandteil des Vertrages, liegt keine *bemiddelingsovereenkomst*, sondern eine *lastgevingsovereenkomst* vor.<sup>270</sup>

Der Hauptleistungspflicht des *bemiddelaar*, Vertragsschlüsse zu vermitteln, steht die Zahlung eines Entgelts als Hauptleistungspflicht des *opdrachtgever* gegenüber. Der Anspruch auf Lohn des *bemiddelaar* entsteht nach art. 7:426 lid 1 BW sobald durch seine *bemiddeling* der Vertrag zwischen dem *opdrachtgever* und dem Dritten entstanden ist,<sup>271</sup> sogenanntes „*no cure, no pay-principe*“.<sup>272</sup> Der Abschluss des zustande kommenden Vertrages zwischen dem *opdrachtgever* und dem Dritten muss kausal auf der *bemiddelings*-Aktivität des *bemiddelaar* beruhen; er muss „durch“ die Tätigkeit des *bemiddelaar* zustande gekommen sein.<sup>273</sup> An die Kausalität werden dabei vom Gesetzgeber und der Literatur keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Ein einfacher „Beitrag“ reicht aus.<sup>274</sup> Kommt kein Vertrag zustande, hat der *bemiddelaar* auch keinen Anspruch auf Lohn.<sup>275</sup> Er hat aber das Recht auf Aufwendungsersatz für die ihm entstandenen Kosten.<sup>276</sup> Der *opdrachtgever* ist nicht dazu verpflichtet, den von dem *bemiddelaar* vorbereiteten Vertrag auch tatsächlich abzuschließen. Er muss keine Rechenschaft über seine Entscheidung ablegen. Handelt er entgegen der Redlichkeit und Billigkeit, kann in Ausnahmefällen ein Lohnanspruch des *bemiddelaar* trotz nicht erfolgreicher Vermittlung entstehen.<sup>277</sup> Von dem gesetzlich

<sup>269</sup> *Keuning/Smit*, HB 2012\_01, 29 (29); *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 276); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 136.

<sup>270</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 136.

<sup>271</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 277).

<sup>272</sup> S. zur Entwicklung des *no cure, no pay-principe*: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 137 f.

<sup>273</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 277); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 138.

<sup>274</sup> MvT, *Kamerstukken II 1982/83*, nr. 17 779, nr. 3, 16; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 138.

<sup>275</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 277).

<sup>276</sup> Art. 7:406 BW; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 139.

<sup>277</sup> *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 312; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 140.

vorgesehenen Kausalitätserfordernis des Lohnanspruchs kann – solange kein Verbraucher beteiligt ist – durch eine entsprechende Parteiabrede abgewichen werden.<sup>278</sup> Auch der Entstehungszeitpunkt des Lohnanspruchs kann zeitlich nach hinten oder vorne verlagert werden.<sup>279</sup>

Treffen die Parteien keine Vereinbarung über die Höhe des Lohns, richtet dieser sich gemäß art. 7:405 lid 2 BW nach dem Üblichen und wird hilfsweise nach Gesichtspunkten der Redlichkeit bestimmt.<sup>280</sup> Wird die *bemiddelingsovereenkomst* vorzeitig durch den *opdrachtgever* beendet, würde das *no cure, no pay-principe* des art. 7:426 lid 1 BW dazu führen, dass der *bemiddelaar* keinerlei Bezahlung für die bis zu diesem Zeitpunkt von ihm verrichteten, auf die Vermittlung eines Vertrages gerichteten, Tätigkeiten erhalten würde. Nach einem Urteil des *Hoge Raad*<sup>281</sup> ist in diesem Fall ein Rückgriff auf die allgemeine Regelung des art. 7:411 BW zulässig. Nach art. 7:411 BW hat der *opdrachtnemer* respektive *bemiddelaar* bei vorzeitiger Beendigung des Schuldverhältnisses einen Anspruch auf einen nach Redlichkeitsgesichtspunkten festzustellenden allgemeinen Lohn.<sup>282</sup> Der in art. 7:426 lid 1 BW aufgestellte Grundsatz des erfolgsabhängigen Lohnentstehungszeitpunkts steht der Anwendung von art. 7:411 BW nicht entgegen.<sup>283</sup>

---

<sup>278</sup> Durch eine derartige Absprache würde art. 7:411 BW abbedungen, welcher einen nach Redlichkeitsaspekten zu bemessenden Lohn im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung der *opdracht* vorschreibt. Das Abbedingen dieser Vorschrift ist gem. art. 7:413 lid 2 BW unzulässig, wenn der *opdrachtgever* ein Verbraucher ist, *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 315.

<sup>279</sup> Die Dispositivität von art. 7:426 lid 1 BW ergibt sich aus art. 7:426 lid 2 BW, welcher die Risikoverteilung für den Fall vorsieht, dass sich die Parteien auf einen späteren als auf den von art. 7:426 lid 1 BW vorgegebenen Entstehungszeitpunkt geeinigt haben. Der Gesetzgeber zieht die Möglichkeit einer anderweitigen, von art. 7:426 lid 1 BW abweichenden Vereinbarung durch die Parteien offensichtlich in Betracht, *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 278).

<sup>280</sup> Art. 7:405 lid 2 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 279).

<sup>281</sup> HR 23 mei 2003, NJ 2003/518 = ECLI:NL:HR:2003:AF4626.

<sup>282</sup> Art. 7:411 BW.

<sup>283</sup> *Meijer*, MvV 2007, nr. 5, 90 (94); *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 277).

Es herrschte lange Zeit Uneinigkeit darüber, ob die Pflicht zum Entrichten einer Vergütung eine Voraussetzung für das Vorliegen einer *bemiddelingsovereenkomst* darstellt.<sup>284</sup> Die Definition der *bemiddelingsovereenkomst* nennt ausdrücklich eine Vergütung des *bemiddelaar* als Gegenleistung für seine Tätigkeiten.<sup>285</sup> Es wird deshalb vertreten, dass eine unentgeltliche „*bemiddelingsovereenkomst*“ eine unbenannte Form der *overeenkomst van opdracht* und keine *bemiddeling* im Sinne von art. 7:425 BW ist.<sup>286</sup> Die Formulierung „gegen Lohn“ sei nach anderer Sicht jedoch vielmehr mit gesetzestechnischen Gründen zu erklären, weshalb auch eine kostenlose *bemiddeling* als *bemiddelingsovereenkomst* qualifiziert werden kann.<sup>287</sup> Diese Auffassung wurde zuletzt durch den *Hoge Raad* bestätigt.<sup>288</sup> Danach können die Rahmenvertragsbeziehungen von *Data Fairplay* und *Datacoup*, die beide vermittelnd tätig werden, als *bemiddelingsovereenkomst* eingeordnet werden.<sup>289</sup>

Für gewöhnlich ist das *bemiddelings*-Verhältnis nicht exklusiv, wobei für bestimmte Branchen auch etwas anderes gelten kann. Es werden in der Regel mehrere Headhunter eingeschaltet; meist jedoch nur ein Immobilienmakler. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein *bemiddelaar*, welcher Exklusivität wünscht, diese ausdrücklich vereinbaren muss. Ebenso kann auch ein *opdrachtgever* die Exklusivität des *bemiddelaar* bezüglich bestimmter Transaktionen oder Bereiche verlangen.<sup>290</sup>

---

<sup>284</sup> *Spanjaard*, *Contracteren* 2015 I, nr. 4, 115 (116); Bedeutung hat diese Frage vor allem für die Anwendbarkeit von art. 7:427 BW (Regeln zur Interessenwahrnehmung) auf die „unentgeltliche *bemiddeling*“: Kapitel 17 A.II., B.II.

<sup>285</sup> Art. 7:425 BW.

<sup>286</sup> *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 307.

<sup>287</sup> *Spanjaard*, *Contracteren* 2015 I, nr. 4, 115 (116); *Azghay/Rampersad*, *MvV* 2016, nr. 3, 74(75).

<sup>288</sup> HR 16 oktober 2015, nr. 15/00688, *Duinzigt/Tacq*, *NJ* 2016/108 = *NJB* 2015/1909 = *ECLI:NL:HR:2015:3099*, nr. 4.4.4; Urteilsbesprechung: *Dammingh*, *TvC* 2016-1, 31-38.

<sup>289</sup> Für *Data Fairplay*: Kapitel 10 E.II.3.; für *Datacoup*: Kapitel 10 E.III.4. *Datacoup* wird zwar als Zwischenhändler tätig, die Vertragsschlüsse sind jedoch als Selbstkontrahieren im Rahmen einer vermittelnden Tätigkeit zu werten, Kapitel 10 E.III.2.

<sup>290</sup> *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 305.

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – erhebliche Unterschiede der gesetzlichen Leitbilder

Maklervertrag und *bemiddelingsovereenkomst* betreffen beide Vermittlungstätigkeiten der einen für die andere Partei, wobei dem Vermittler keine direkte oder mittelbar stellvertretende Rolle zukommt. Ziel der Vermittlungstätigkeit ist der Abschluss eines Vertrags des Auftraggebers mit einem Dritten. Während der deutsche Maklervertrag eine Ausgangsvorschrift für zahlreiche spezialgesetzliche Vorschriften ist, bezieht sich der Anwendungsbereich der *bemiddelingsovereenkomst* auf sämtliche Vermittlungstätigkeiten. Beiden Vertragsverhältnissen ist gemein, dass der Provisionsanspruch des Vermittlers erst entsteht, wenn der Auftraggeber einen Vertrag mit einem Dritten abschließt und dieser Vertragsschluss kausal auf der Tätigkeit des Vermittlers beruht. Ob der vermittelte Vertrag letztendlich geschlossen wird, unterliegt dabei in beiden Ländern der freien Entscheidung des Auftraggebers. Maklervertrag und *bemiddelingsovereenkomst* unterscheiden sich aber grundlegend in der Stellung des Vermittlers.

Der deutsche Maklervertrag ist nur einseitig verpflichtend, den Makler trifft keine Pflicht zum Tätigwerden. Der *bemiddelaar* in den Niederlanden wird aus der *bemiddelingsovereenkomst* hingegen zum vermittelnden Tätigwerden verpflichtet. Hierauf ist es wohl zurückzuführen, dass der deutsche Makler hinsichtlich Vergütung und Aufwendungsersatz nach dem gesetzlichen Leitbild eine erheblich schwächere Position als der *bemiddelaar* innehat. Nach den gesetzlichen Vorschriften erhält der Makler Aufwendungen für vorgenommene Tätigkeiten nur dann ersetzt, wenn dies vertraglich vereinbart wurde. In den Niederlanden steht dem *bemiddelaar* dagegen grundsätzlich ein Aufwendungsersatzanspruch zu. Außerdem erlaubt der niederländische Gesetzgeber eine Abbedingung des erfolgsabhängigen Lohnanspruchs sowohl hinsichtlich der Kausalität als auch bezüglich des Entstehungszeitpunktes, solange kein Verbraucher involviert ist. Zudem kann der *bemiddelaar* im Falle der vorzeitigen Beendigung einer *bemiddelingsovereenkomst* einen nach Billigkeitsgesichtspunkten festzulegenden Teil der Provision für seine bisherigen Tätigkeiten fordern. Eine erfolgsunabhängige Abbedingung des Provisionsanspruch ist nach deutschem Recht hingegen unzulässig.<sup>291</sup> Deutsches Maklerrecht ist nur bei Entgeltlichkeit der

---

<sup>291</sup> BGH, Urteil vom 20. November 2008 – III ZR 60/08 (OLG Hamburg), NJW 2009, 1199; Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 652, Rdnr. 5.

Leistung anwendbar, die niederländische *bemiddelingsovereenkomst* umfasst hingegen auch die unentgeltliche Vermittlung.

Die unterschiedlichen gesetzlichen Leitbilder wirken sich auch bei Fragen von Eigengeschäften des Maklers aus. Während diese nach deutschem Recht nicht als Vermittlungsleistung angesehen werden, findet nach niederländischem Recht durchaus eine relevante Vertragsleistung statt.<sup>292</sup>

---

<sup>292</sup> S. hierzu Kapitel 17 B.

## Kapitel 7

# Treuhandcharakter von Interessenwahrnehmungsverhältnissen

Die fremdnützige Verwertung von Daten ist durch das Vertrauen der Daten-subjekte in die Datenverwerter geprägt,<sup>1</sup> sodass eine Einordnung als Treuhand-verhältnis nahe liegt.<sup>2</sup> Die Zulässigkeit von Treuhandverhältnissen wird vom deutschen und niederländischen Gesetzgeber unterschiedlich beurteilt. In Deutschland können Treuhandverhältnisse vielfältig ausgestaltet sein. Im BGB fehlt es an einer diesbezüglichen verbindlichen Vorgabe.<sup>3</sup> Häufig wird als Treuhänder bezeichnet, „wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen“.<sup>4</sup> Charakteristisch für treuhänderische Rechtsverhältnisse ist, dass der „Treugeber dem Treuhänder Rechte überträgt oder Rechtsmacht anvertraut“.<sup>5</sup> Hiervon kann der Treuhänder im Außenverhältnis Gebrauch machen, sogenanntes rechtliches Können. Inwieweit er von dieser Rechtsmacht auch Gebrauch machen darf, sogenanntes rechtliches Dürfen, bestimmt sich nach dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Treuhandvertrag. Klassischerweise übersteigt bei einer Treuhand das rechtliche Können das rechtliche Dürfen.<sup>6</sup> Die Klassifizierung der verschiedenen Treuhandarten erfolgt dabei klassischerweise ausgehend von sachenrechtlichen Befugnissen über das Treugut (Abschnitt A.I.). Jüngere Literaturstimmen

---

<sup>1</sup> Kapitel 9 B.I.

<sup>2</sup> Zur Einordnung als faktische Datentreuhand s. Kapitel 13; zur Entwicklung des Begriffs der Datentreuhand s. Kapitel 12.

<sup>3</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 64; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 51.

<sup>4</sup> Nach *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 72, der auf *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1 verweist; vgl. auch *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 164, Rdnr. 12.

<sup>5</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 164, Rdnr. 51.

<sup>6</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 164-181, Rdnr. 10.

plädieren dafür, den Treuhandbegriff an der schuldrechtlichen Seite der Treuhand auszurichten (Abschnitt A.II.). Hieran anknüpfend wird in der vorliegenden Arbeit im Zusammenhang mit der vertraglichen Einordnung in Teil 3 der Begriff der Datentreuhand herausgearbeitet. Dieser kann, losgelöst von sachenrechtlichen Überlegungen, *de lege lata* als geeigneter Begriff für die Überlassung von Daten zu Verwertungszwecken gebraucht werden.<sup>7</sup> Alle exemplarisch untersuchten Datenverwertungsmodelle unterfallen diesem entwickelten Begriff der Datentreuhand.<sup>8</sup> Dabei sind die personenbezogenen Daten der Datensubjekte als Treugut anzusehen. Die für die Verwertung erforderliche Offenlegung derselben gegenüber den Datenverwertern bedingt eine „Einwirkungsmacht“ der Datenverwerter, aufgrund der die Verhältnisse als treuhänderisch einzustufen sind.<sup>9</sup> Dem Datenverwerter *Dime* werden über diese „Einwirkungsmacht“ hinausgehende datenschutzrechtliche Befugnisse eingeräumt.<sup>10</sup>

Auch das niederländische Recht kennt *fiduciare rechtsverhoudingen* (fiduziarische Rechtsverhältnisse). Diese Verhältnisse, für welche allgemein auch die Bezeichnung *fiducia* verwendet wird, zeichnen sich dadurch aus, dass das Recht nicht bei demjenigen liegt, welcher ein wirtschaftliches Interesse hat, sondern bei einem *fiduciarius*. Als Konsequenz hat der *fiduciarius* meist mehr Befugnisse als für die von den Parteien erstrebte Zweckerreichung erforderlich. Dies geschieht im Vertrauen darauf, dass der *fiduciarius* diese Befugnisse nicht missbrauchen wird und dass er sie, sobald der Zweck erreicht ist oder er sie nicht mehr benötigt, an den *fiduciant* zurückgibt.<sup>11</sup> Seit dem im Jahre 1992 eingeführten *fiduciaverbod* können solche Verhältnisse nur noch unter strengen Voraussetzungen ausgestaltet werden (Abschnitt B.I.). Das niederländische Recht bietet jedoch schuldrechtliche Alternativen (Abschnitt B.II.), welche sowohl die Abbildung eines nach deutschem Recht als Ermächtigungstreuhand zu bezeichnenden Rechtsverhältnisses (Abschnitt C.), als auch die Entwicklung eines Pendantes zum deutschen Begriff der Datentreuhand,<sup>12</sup> erlauben.

---

<sup>7</sup> Kapitel 12 A.

<sup>8</sup> Kapitel 12 D.

<sup>9</sup> Kapitel 12 A.III.

<sup>10</sup> Kapitel 12 A.II.

<sup>11</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 563.

<sup>12</sup> Kapitel 12 B.

## A. Treuhand in Deutschland

## I. Arten der Treuhand ausgehend von sachenrechtlichen Befugnissen über das Treugut

Der moderne Treuhandbegriff des deutschen Rechts hat sich aus verschiedenartigen Frühformen und Treuhandphänomenen herausgebildet. Jene Vorläufer, wie etwa die sogenannte „Lehnsträgerschaft“, mithilfe derer feudale Beschränkungen bei der Veräußerung von Lehen umgangen werden konnten, bildeten neben romanistischen Quellen die Grundlage für die im 19. Jahrhundert durch die Wissenschaft geschaffene Treuhand-Doktrin.<sup>13</sup> Bei der Herausbildung des modernen Treuhandbegriffs standen sich Verfechter romanistischer und germanistischer Rechtswissenschaft gegenüber.<sup>14</sup> Der Begriff der fiduziarischen Rechtsgeschäfte wurde, aufbauend auf römischen Quellen, maßgeblich von *Regelsberger* entwickelt.<sup>15</sup> Der Terminus des fiduziarischen Rechtsgeschäfts umfasst „die Zuwendung eines Rechts an einen Fiduziar, der kraft erworbener Rechtsstellung nach außen hin frei verfügen kann, während er durch obligatorische Abrede dem Treugeber intern verpflichtet ist, mit der Sache nur in bestimmter Weise zu verfahren und sie gegebenenfalls zurückzugeben.“<sup>16</sup> *Schultze* stellte diesen fiduziarischen Rechtsverhältnissen einen germanistischen Treuhandbegriff, die „deutschrechtliche Treuhand“ gegenüber.<sup>17</sup> Bei der „germanistischen Treuhand“ „werde die beschränkende Zweckbestimmung schon im Bereich der Rechtsmacht des Treuhänders wirksam. Diese sei von vornherein auf das zur Erreichung des Zwecks nötige Maß herabgesetzt.“<sup>18</sup> *Schultze* erkannte

---

<sup>13</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 137 ff., der die geschichtliche Entwicklung der Treuhand und ihres Begriffs ausführlich aufarbeitet.

<sup>14</sup> S. hierzu ausführlich: *Hofer*, in: *Itinera fiduciae*, 389 (389 ff.); *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 149 ff.

<sup>15</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157; zu seiner Theoriebildung s. *Hofer*, in: *Itinera fiduciae*, 389 (390 ff.); *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 149 ff.

<sup>16</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 150, der sich auf die Zusammenfassung von *von Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2 (2), 185 f. bezieht.

<sup>17</sup> *Schultze*, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 151.

<sup>18</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 151; zu *Schulzes* Theoriebildung ausführlich: *Hofer*, in: *Itinera fiduciae*, 389 (410 ff.).

beide Treuhandmodelle als „Unterarten derselben Kategorie“ an,<sup>19</sup> und kann daher als „Wegbereiter für die moderne umfassende Treuhandtheorie“ angesehen werden.<sup>20</sup>

Das Institut der Treuhand wurde im BGB nicht geregelt.<sup>21</sup> Auch in der deutschen Literatur besteht kein einvernehmlicher Treuhandbegriff.<sup>22</sup> Stattdessen können verschiedene Arten treuhänderischer Verhältnisse beschrieben werden, über welche nachfolgend ein kurzer Überblick gegeben wird. Als Anknüpfungspunkt für die Einordnung werden dabei häufig die dem Treuhänder über das Treugut eingeräumten Befugnisse herangezogen.<sup>23</sup> Demnach kann zwischen der Vollrechtstreuhand (fiduziarische und deutschrechtliche Treuhand), der Ermächtigungstreuhand und der Vollmachtstreuhand unterschieden werden.<sup>24</sup> Neben einer Klassifizierung nach der eingeräumten Rechtsmacht können auch die Treuhandverhältnissen zugrundeliegenden Interessen und Zwecke divergieren. Danach sind „eigennützige“ und „fremdnützige“, sowie Sicherungs- und Verwaltungstreuhand zu differenzieren.<sup>25</sup>

Von einer „wahren“ Vollrechtstreuhand, sogenannte fiduziarische Treuhand, wird gesprochen, wenn dem Treuhänder das Treugut ohne Beschränkung der Verfügungsbefugnis übertragen wird. Gegenüber Dritten ist der Treuhänder alleiniger Rechteinhaber. Er unterliegt lediglich im Innenverhältnis gegenüber dem Treugeber einer schuldrechtlichen Bindung. Hierdurch entsteht das die Treuhand auszeichnende typische Merkmal einer im Außenverhältnis bestehenden Rechtsmacht, die über die im Innenverhältnis vereinbarten Befugnisse

---

<sup>19</sup> *Schultze*, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, 105, zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 153.

<sup>20</sup> *Hofer*, in: *Itinera fiduciae*, 389 (413); vgl. *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 153.

<sup>21</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 153.

<sup>22</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 117.

<sup>23</sup> *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 22; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 66.

<sup>24</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 66; *Kumpen*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 46.

<sup>25</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 89; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 64 ff.

hinausgeht.<sup>26</sup> Der Treuhänder hat eine „überschießende Rechtsmacht“.<sup>27</sup> Die Form der fiduziarischen Treuhand geht auf das fiduziarische Rechtsgeschäft nach *Regelsberger* zurück.<sup>28</sup> *Coing* spricht vom Entstehen eines *Sondervermögen*, das neben die persönliche Vermögensmasse des Treuhänders tritt. Ein und derselben Person seien demnach zwei Vermögensmassen „formell in gleicher Weise zugeordnet [...]; in der Verfügung und Verwendung der einen ist er frei (persönliches Vermögen); bei der anderen bestehen bestimmte Zweckbindungen (Sondervermögen)“.<sup>29</sup>

Auch bei der sogenannten „deutschrechtlichen Treuhand“, die maßgeblich durch *Schultze* geprägt wurde,<sup>30</sup> findet eine Vollrechtsübertragung auf den Treuhänder statt. Dessen Verfügungsbefugnis wird jedoch nicht nur schuldrechtlich, sondern auch dinglich beschränkt. Hierfür wird insbesondere das Mittel der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB gewählt, welche unter bestimmten Voraussetzungen den automatischen Rückfall des Treuguts an den Treugeber bewirkt.<sup>31</sup>

Der Ausgestaltung einer Vollrechtstreuhand im Bereich der fremdnützigen Datenverwertung verwehrt sich das Datenschutzrecht. Das Recht auf Schutz personenbezogener Daten ist grundrechtlich geschützt und Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung.<sup>32</sup> Eine unbeschränkte oder beschränkte Übertragung dieses Rechts ist deshalb datenschutzrechtlich unzulässig.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 46; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 66 f.

<sup>27</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 154; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 662, Rdnr. 31.

<sup>28</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 154.

<sup>29</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 86.

<sup>30</sup> *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 155.

<sup>31</sup> *Kötz*, Trust und Treuhand, 125 f.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 98; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 67.

<sup>32</sup> Kapitel 3 A.

<sup>33</sup> Kapitel 12. B.II.3.

Bei der Ermächtigungstreuhand wird der Treuhänder gemäß § 185 Abs. 1 BGB zur Verfügung über das Treugut im eigenen Namen ermächtigt.<sup>34</sup> Das Treugut wird nicht wie bei der Vollrechtstreuhand an den Treuhänder übertragen, sondern der Treugeber hat weiterhin auch selbst die Rechtsmacht über das Treugut inne. Die Verfügungsbefugnisse von Treuhänder und Treugeber treten nebeneinander.<sup>35</sup> *Coing* spricht von einer „Verdoppelung der Rechtszuständigkeit hinsichtlich der Gegenstände des Treuhändervermögens“.<sup>36</sup> Ähnlich wie bei der deutschrechtlichen Treuhand ist die Verfügungsmacht des Treuhänders nicht nur schuldrechtlich, sondern auch dinglich begrenzt.<sup>37</sup> Da es in dieser Situation meist an dem für die Treuhand typischen Auseinanderfallen von rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen fehlt, wird die Ermächtigungstreuhand häufig als „unechte“ Treuhand bezeichnet.<sup>38</sup>

Wird der Treuhänder bloß zur unmittelbaren Vertretung bevollmächtigt, wird überwiegend nicht mehr vom Vorliegen einer Treuhand ausgegangen.<sup>39</sup> Schließlich ist eine Treuhand dadurch gekennzeichnet, dass der Treuhänder eine „eigenrechtliche Berechtigung“<sup>40</sup> hinsichtlich des Treuguts innehat. Bei einer Bevollmächtigung ist dieses Kriterium im Gegensatz zu einer Ermächtigung nicht mehr erfüllt.<sup>41</sup> Dem Treuhänder fehlt „jede eigene dingliche Rechtsposition“, <sup>42</sup>

---

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 05. November 1953 – IV ZR 95/53 (Celle), NJW 1954, 190 (191); *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 47; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 68; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 96. Zur Ermächtigung in Abgrenzung zur Stellvertretung: Kapitel 6 A.I.

<sup>35</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 68; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 96.

<sup>36</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 96.

<sup>37</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 68.

<sup>38</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 68; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 89; vgl. zur Ermächtigungstreuhand auch *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 83 f.

<sup>39</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 47; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 69; *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 25; *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 157 f.; kritisch hierzu *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 85 f.

<sup>40</sup> *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 25.

<sup>41</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 47.

<sup>42</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 69; a.A. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 97 f.

da er auf dinglicher Ebene lediglich ein Übereignungsgeschäft mit Wirkung für den Treugeber abschließen kann.<sup>43</sup>

Im Zusammenhang mit der fremdnützigen Datenverwertung gilt es zu beachten, dass eine Vollmacht zum Erteilen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung den Datenverwerter in die Position versetzt, wirksam über datenschutzrechtliche Sachverhalte disponieren zu können. Die durch die Bevollmächtigung entstehende datenschutzrechtliche Macht des Datenverwerter kann daher ausgehend von ihrer Wirkung mit einer Verfügungsbefugnis verglichen werden, und ist somit eher mit einer Ermächtigung zu vergleichen. Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann im Datenverwertungsverhältnis folglich als Mittel zur Einräumung treuhänderischer Befugnisse fungieren.<sup>44</sup>

Eine Zugrundelegung der Interessen, denen der Abschluss eines Treuhandvertrags zugutekommen soll, ergibt eine Unterteilung in die „eigennützige“ und die „fremdnützige“ Treuhand. Insbesondere bei Sicherungsübereignungen und -zessionen dient die Treuhand primär den Interessen des Treuhänders selbst. Es liegt eine eigennützige Treuhand vor. Stehen sonstige Interessen, wie die des Treugebers oder Dritter oder gar objektive Zwecke im Vordergrund, ist das Verhältnis als fremdnützig einzustufen. Allein die Bezahlung des Treuhänders mittels eines Entgelts macht die Treuhand nicht zu einer Eigennützigen. Maßgeblich sind die hauptsächlichen Interessen, aufgrund derer das Verhältnis überhaupt geschaffen wurde.<sup>45</sup> Bei den in dieser Arbeit untersuchten Modelle steht das Interesse der Datensubjekte an der Verwertung ihrer personenbezogenen Daten im Vordergrund. Die Modelle sind deshalb als fremdnützig einzustufen.<sup>46</sup>

Ausgehend vom Zweck der Treuhandverhältnisse werden Verwaltungstreuhand und Sicherungstreuhand unterschieden.<sup>47</sup> Im Rahmen einer Verwaltungstreuhand sollen die Vermögensinteressen des Treugebers „in einer selbständigen

---

<sup>43</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 69.

<sup>44</sup> Zur datenschutzrechtlichen Macht s. Kapitel 12 A.II.

<sup>45</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 89.

<sup>46</sup> S. auch Kapitel 13.

<sup>47</sup> *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 32 f.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 89.

Vertrauensstellung“ wahrgenommen werden.<sup>48</sup> Eine Sicherungstreuhand dient der Sicherung von Forderungen des Treuhänders. Als Beispiel ist die Sicherungsübereignung zu nennen.<sup>49</sup> Überwiegend ist eine Verwaltungstreuhand fremdnütziger Natur; eine Sicherungstreuhand ist typischerweise eigennützig. Dennoch sind die Begriffspaare der Sicherungs- und Verwaltungstreuhand nicht völlig deckungsgleich mit eigen- und fremdnütziger Treuhand und somit nicht als Synonyme zu gebrauchen. Gegebenenfalls kann es zu Abweichungen kommen.<sup>50</sup> Von der Einteilung in Verwaltungstreuhand und Sicherungstreuhand werden die überwiegenden Fälle an treuhänderischen Rechtsverhältnissen erfasst. In Einzelfällen mag eine klare Zuordnung jedoch nicht immer möglich sein.<sup>51</sup> Die Datenverwertungsverhältnisse dienen der Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Datensubjekte. Sie sollen für die Einräumung von Nutzungsbefugnissen an ihren personenbezogenen Daten eine Gegenleistung erhalten.<sup>52</sup> Fremdnützige Datenverwertungsverhältnisse können deshalb als Verwaltungstreuhand kategorisiert werden.

Neben die Herstellung von Rechtsmacht, welche je nach Ausgestaltung der Treuhand mit der gegebenenfalls auflösend bedingten Übertragung des Vollrechts oder einer Ermächtigung geschieht, tritt in jedem Fall eine schuldrechtliche Treuhandabrede, der sogenannte Treuhandvertrag.<sup>53</sup> Dieser beschreibt die Aufgaben des Treuhänders und „organisiert“ das Treuhandverhältnis.<sup>54</sup> In der Regel handelt es sich um einen unentgeltlichen Auftrag oder eine entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB.<sup>55</sup> Dies trifft auch auf die exemplarisch untersuchten Datenverwertungsmodelle zu, die dem Auftrags- und Kommissionsrecht zugeordnet werden.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 32 f.

<sup>49</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 89.

<sup>50</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 65.

<sup>51</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 89.

<sup>52</sup> Zur Leistungsbeschreibung der Verwertungsmodelle: Kapitel 8.

<sup>53</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 90.

<sup>54</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 92; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 175.

<sup>55</sup> *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 92; kritisch mit Hinweis auf andere schuldrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 204 f.

<sup>56</sup> Vgl. Kapitel 10 E.I.3., E.II.3. und E.III.4.

## II. Entwicklungsbestrebungen hin zu einem schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungsrecht

Die dogmatische Entwicklung der Treuhand erfolgte lange Zeit überwiegend anhand des Sachenrechts.<sup>57</sup> Dabei wurde die schuldrechtliche Seite von Treuhandverhältnissen weitgehend außer Acht gelassen, sodass sich kein einheitliches Interessenwahrnehmungsrecht oder eine „alle (Interessenwahrungs-)Verhältnisse einigende schuldrechtliche Pflicht aus der Treuhand entwickelt“ hat.<sup>58</sup> In der jüngeren Literatur finden sich Bestrebungen, die schuldrechtliche Seite der Treuhand zu einem allgemeinen Interessenwahrnehmungsrecht zu vereinheitlichen. Die schuldrechtliche Ausgestaltung als Anknüpfungspunkt für eine Treuhand rückt bei diesen Ansätzen in den Fokus und erweitert dadurch ihren Anwendungsbereich.<sup>59</sup> So plädiert *Grundmann* für einen „am Innenverhältnis ausgerichteten Ansatz“,<sup>60</sup> da der „Anlass für eine sachenrechtliche Sicht“ entfallen sei und diese „historisch – und national – verengte Sicht [...] den Blick auf die eigentlichen Ursprünge [rein schuldvertraglicher Art]“ entstelle.<sup>61</sup> Er folgt damit *Beyerles* Ansatz, der bereits 1932 den „Grundgedanken aller Treuhandfälle“ darin sah, „fremde Belange an Personen, Sachen, an Vermögen, Rechtsbeziehungen wahrzunehmen“. <sup>62</sup> *Beyerle* lehnte eine Objektbezogenheit der Treuhand ab.<sup>63</sup> Stattdessen sei „die vertretungsweise uneigennützig Belangwahrung“ charakteristisch für die Treuhand.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 45 f.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 87; zur sachenrechtlichen Betrachtungsweise der Treuhand: Kapitel 7 A.I.

<sup>58</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 46; ebenso: *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 194.

<sup>59</sup> So insbesondere *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 88; vgl. *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 46.

<sup>60</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 92.

<sup>61</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 88.

<sup>62</sup> *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 7; zitiert von *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 85 f. und *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 159.

<sup>63</sup> *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 19; zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 159.

<sup>64</sup> *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 19; zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 159 und *Coing*, Die Treuhand kraft privaten

Löhnig führt diesen Gedanken weiter, indem er einen noch weiteren Treuhandbegriff vertritt, bei dem es entscheidend auf die „Einwirkungsmacht des Treuhänders“ statt auf das Innehaben eines „Treugut[s] im herkömmlichen Sinne“ ankomme.<sup>65</sup> Auch *Kumpan*, der das „Interessenwahrungsverhältnis als übergreifende Kategorie“ definiert, sympathisiert jedenfalls in Bezug auf das Innenverhältnis für eine Zusammenfassung von Treuhand und sonstigen „Rechtsverhältnissen mit treuhänderischem Charakter“.<sup>66</sup> Die Erweiterung des klassischen Treuhandbegriffs dient als Grundlage für die Entwicklung des Begriffs der Datentreuhand in Teil 3<sup>67</sup> und in diesem Zusammenhang der Qualifizierung personenbezogener Daten als möglichem Treugut.<sup>68</sup>

## B. *Fiduciaire rechtsverhoudingen* in den Niederlanden

### I. Primär sachenrechtliche Zielsetzung des *fiduciaverbod*

Unter dem in den Niederlanden bis 1992 geltenden Recht waren vor allem die *fiducia cum creditore* sowie die *fiducia cum amico* bekannt. Diese Rechtsverhältnisse sind im neuen BW nicht mehr geregelt; es besteht aber weiterhin ein praktischer Bedarf für die Rechtsfiguren.<sup>69</sup> Die *fiducia cum creditore* zielte auf das Schaffen von Sicherheiten für den *fiduciaris* ab. Dieser erhielt das volle Eigentum und somit mehr Rechte, als er eigentlich als Sicherheitsleistung benötigte. Der fiduziarische Charakter des Rechtsverhältnisses bestand in der Annahme, dass der *fiduciaris* das erhaltene Eigentum nicht zu anderen als zu Sicherheitszwecken gebrauchen würde.<sup>70</sup> Eine *fiducia cum amico* geschah im Interesse des *fiduciant*. Sie verlagerte die Verwaltung des Eigentums von dem Interessenträger auf einen *bebeerder* (Verwalter) und umfasste eine Vielzahl von Rechtsfiguren. Eine solche Aufspaltung des Eigentums oder von aus dem Eigentum folgenden Befugnissen zu Verwaltungszwecken ist nach heutigem

---

Rechtsgeschäfts, 86. *Coing* sieht entgegen *Beyerle* jedoch die Schaffung eines „Sondervermögens“ als essentielle Grundlage einer Treuhand.

<sup>65</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

<sup>66</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 49.

<sup>67</sup> Zur Entwicklung des Begriffs der Datentreuhand: Kapitel 12 A.

<sup>68</sup> Zur Qualifizierung personenbezogener Daten als Treugut: Kapitel 12 A.III.2.

<sup>69</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 563.

<sup>70</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 563.

Recht nicht mehr möglich. Das Eigentum liegt entweder beim *beheerder* oder beim Interessenträger.<sup>71</sup>

1992 wurde art. 3:84 lid 3 BW, der im juristischen Sprachgebrauch als *fiducia-verbod* (Fiduciaverbot) bezeichnet wird, eingeführt.<sup>72</sup> Seitdem sind die der *fiducia cum creditore* und der *fiducia cum amico* zugrunde liegenden Eigentumsübertragungen als unwirksam einzustufen.<sup>73</sup> Die Einführung der neuen Vorschrift sollte dem Zweck dienen, fiduziarische Rechtsverhältnisse zu vermeiden, da diese zu einer unklaren Verteilung der *goederenrechtelijke rechten* (dinglichen Rechte) und Befugnisse der Parteien führten. Ferner sollte das Bestehen von Sicherheiten für Gläubiger besser erkennbar sein.<sup>74</sup> Deshalb normiert art. 3:84 lid 3 BW, dass Rechtsgeschäfte, die auf Sicherungsübereignungen zielen, sowie Rechtsgeschäfte, die es nicht zum Ziel haben, dass das *goed* nach der *overdracht* in das Vermögen des Empfängers übergehen soll, im Rahmen einer *overdracht* keinen *geldige titel* (gültigen Titel) darstellen.<sup>75</sup> Aufgrund des in art. 3:84 lid 1 BW niedergelagerten *causaal stelsel*<sup>76</sup> (Kausalitätsprinzip) kann ohne *geldige titel*, welcher den Rechtsgrund für die Übertragung meint, keine wirksame *overdracht* stattfinden.<sup>77</sup> Infolge des Zusammenwirkens des *causaal stelsel* mit art. 3:84 lid 3 BW ist die zum Zwecke einer *fiducia* angestrebte *overdracht* somit mangels *geldige titel* ungültig.<sup>78</sup> Die Wirksamkeit der Übertragung ist somit von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgrund, welcher keine fiduziarische Gestaltung beinhalten darf, abhängig.

Neben der Vermeidung einer unklaren dinglichen Rechtslage soll das *fiducia-verbod* verhindern, dass das Eigentum auf andere als vom Gesetz vorgesehene

---

<sup>71</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 563.

<sup>72</sup> *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.1.2.

<sup>73</sup> Vgl. für die *fiducia cum creditore*, *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567; für die *fiducia cum amico*, *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 570.

<sup>74</sup> *Kortmann*, GROM XXVII 2010, 63 (64); *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.1.5; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567.

<sup>75</sup> Art. 3:84 lid 3 BW; *Heyman*, WPNR 1994/6119, 1 (5); *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 568; für Ansatzpunkte zur Einordnung, ob das *fiduciaverbod* greift, s. *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.5.

<sup>76</sup> Zum *causaal stelsel*: Kapitel 2 B.

<sup>77</sup> Zur Übertragung von *goederen* in den NL.: Kapitel 2 B.

<sup>78</sup> *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.1.2.

Weise eingeschränkt wird oder Eigentumsbefugnisse zwischen Veräußerer und Erwerber aufgeteilt werden.<sup>79</sup> Die Regelung betont und sichert hierdurch das *gesloten stelsel* des *goederenrecht*.<sup>80</sup> Das *gesloten stelsel* ist in art. 3:81 lid 1 BW normiert und teilweise mit dem deutschen Typenzwang<sup>81</sup> vergleichbar.<sup>82</sup> Von der Einführung des art. 3:84 lid 3 BW unberührt blieb die Rechtsfigur des Eigentumsvorbehalts, da dieser in art. 3:92 BW gesetzlich normiert ist. Er kann allerdings nur noch innerhalb der von art. 3:92 lid 2 BW gesetzten Grenze, das heißt für eine im direkten Zusammenhang stehende Leistung, vereinbart werden.<sup>83</sup> Obwohl art. 3:84 lid 3 BW nur *goederenrechtelijke* und keine schuldrechtlichen Einschränkungen vorsieht, wird die Norm als *fiduciaverbod*<sup>84</sup> bezeichnet. Schuldrechtlich können aber weiterhin uneingeschränkt Absprachen mit fiduziarischem Charakter getroffen werden. Solche Absprachen sind schuldrechtlich wirksam, können aber keinen *geldige titel* im Zusammenhang mit Eigentumsübertragungen darstellen.<sup>85</sup> Die Reichweite des *fiduciaverbod* führt insbesondere im Zusammenhang mit Leasing zu Problemen.<sup>86</sup>

<sup>79</sup> *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.1.5; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 570.

<sup>80</sup> *Heyman*, WPNR 1994/6119, 1 (5); *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:84, aant. 5; *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.6.1.

<sup>81</sup> Im deutschen Sachenrecht existiert nur eine geschlossene Anzahl dinglicher Rechte, sog. *numerus clausus*. Der Inhalt dieser Rechte ist weitgehend gesetzlich festgelegt, sog. *Typenzwang*. Neue dingliche Rechte können nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden, *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 854-1296, Rdnr. 19; *Berger*, in: Jauernig-BGB, BGB Vor Buch 3 SachenR, Rdnr. 3.

<sup>82</sup> *Weyers*, Praktisch juridisch duits, 22. Nach dem *gesloten stelsel* dürfen nur die im Gesetz normierten *bepaalde rechten* (beschränkte Rechte) begründet werden, vgl. *van Es*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:81, aant. A. *Bepaalde rechten* sind Rechte, welche aus einem umfassenden Recht abgeleitet werden, welches mit dem *bepaalde recht* beschwert ist, art. 3:8 BW.

<sup>83</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 568.

<sup>84</sup> *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.1.2.

<sup>85</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 568; *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.2.2.

<sup>86</sup> S. zur Reichweite von art. 3:84 lid 3 BW im Zusammenspiel mit Leasing, *Heyman*, WPNR 1994/6119, 1; HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 = ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, Besprechung des Urteils von *Kortmann*, WPNR 1995/6187, 455; HR 18 november 2005, NJ 2006/151 = ECLI:NL:PHR:2005:AT8241; zur Vereinbarkeit des *fiduciaverbod* mit bestimmten Transaktionsgeschäften; *Struycken/Heilbron*, in: GS Vermögensrecht, BW art. 3:84, aant. 3.4.

Trotz des *fiduciaverbod* ist die treuhänderische Ausgestaltung fremdnütziger Datenverwertungsverhältnisse auch nach niederländischem Recht zulässig. Sie sollten dann aber nicht wie nach deutschem Recht als Datentreuhand bezeichnet werden. Stattdessen bietet sich der Begriff der „*last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ an.<sup>87</sup>

## II. Alternativen zur klassischen *fiducia*

Um dem praktischen Bedürfnis nach einer die Treuhand ermöglichenden Gestaltung nachzukommen, wurde die *fiducia cum creditore* durch die Möglichkeit eines Pfandrechts auf bewegliche *zaken* ersetzt, welches auch dann bestehen kann, wenn sich jene nicht in der Macht des Pfandgläubigers befinden.<sup>88</sup> Ein besitzloses Pfandrecht an beweglichen *zaken* existierte bis dahin noch nicht.<sup>89</sup> Verpfändete Sachen mussten stets in den Machtbereich des Pfandgläubigers gebracht werden. Die durch das *fiduciaverbod* angestrebte Offenkundigkeit von Sicherheiten sollte in Form eines öffentlichen Registers für Pfandrechte sichergestellt werden.<sup>90</sup> Gegen das Erfordernis der Offenkundigkeit sprach allerdings die praktische Handhabung und die Einfachheit des Systems, sodass es die heutige Pfandrechtsregelung (art. 3:237 und 3:239 BW) potenziellen Gläubigern nicht ermöglicht, festzustellen, ob und inwieweit eine Sicherheit vorliegt.<sup>91</sup>

Die *fiducia cum amico* sollte im neuen BW durch eine allgemeine Regelung über den *bewind* geregelt werden.<sup>92</sup> Die Rechtsfigur *bewind* entzieht dem Berechtigten die Verwaltung bestimmter Vermögensbestandteile sowie die Verfügungsbefugnis über dieselben in bestimmtem Umfang und überträgt diese an einen

---

<sup>87</sup> S. hierzu Kapitel 12 B.

<sup>88</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567; *Rank-Berenschot*, in: T&C BW, BW art. 3:84, aant. 4.

<sup>89</sup> *Kortmann*, GROM XXVII 2010, 63 (63); *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567.

<sup>90</sup> *Kortmann*, GROM XXVII 2010, 63 (64 f.); *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567.

<sup>91</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 567.

<sup>92</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 571.

Verwalter.<sup>93</sup> Eine spezifische Regelung über den *bewind* gibt es im Familien, Insolvenz- und Erbrecht.<sup>94</sup> Die allgemeine Regelung über den *bewind* wurde bisher jedoch nicht eingeführt. Dennoch bietet das niederländische Recht neben dem besitzlosen Pfandrecht verschiedene andere Instrumente, um dem praktischen Bedürfnis an fiduziarischen Rechtsverhältnissen, insbesondere im Bereich der Verwaltung von *goederen*<sup>95</sup>, nachzukommen.<sup>96</sup>

Möglich ist dies beispielsweise durch eine *bewind*-Konstruktion – auch ohne Einführung einer allgemeinen Regelung in das BW.<sup>97</sup> Eine gängige Alternative ist auch die *lastgevingsovereenkomst*, die bei einer Ausgestaltung als *last tot bebeer of exploitatie* den *lasthebber* zur Verwaltung oder Ausbeutung eines Rechts verpflichtet.<sup>98</sup> Bei der fremdnützigen Datenverwertung kann dann von einer „*last tot gegevensbebeer of exploitatie*“ gesprochen werden.<sup>99</sup> Mittels der *lastgevingsovereenkomst* kann der *lastgever* (Auftraggeber/ Vertretene) dem *lasthebber* (Auftragnehmer/ Vertreter) sowohl eine Erlaubnis oder eine Verpflichtung zur mittelbaren Vertretung sowie die im Rahmen der *levering* relevante Verfügungsbefugnis (*beschikkingsbevoegdheid*)<sup>100</sup> über bestimmte *goederen* (des *lastgever*) erteilen.<sup>101</sup> So werden dem Datenverwerter *Dime* datenschutzrechtliche Befugnisse eingeräumt indem er von den Datensubjekten dazu bevollmächtigt wird, in bestimmte Datenverarbeitungen einzuwilligen.<sup>102</sup> Als klassisches Beispiel für eine *lastgevingsovereenkomst* mit fiduziarischem Charakter kann die Situation

<sup>93</sup> Mincke, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 125.

<sup>94</sup> Mincke, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 126; s. zu den einzelnen Regelungen ausführlicher: Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 572.

<sup>95</sup> *Goederen* (Plural von *goed*) werden in art. 3:1 BW definiert: „*Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten.*“ *Goederen* sind demnach alle *zaken* und alle *vermogensrechten*. *Zaken* sind in art. 3:2 BW definiert; *vermogensrechten* in art. 3:6 BW.

<sup>96</sup> Mincke, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 126; Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 571.

<sup>97</sup> Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 571.

<sup>98</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 279; zur *lastgevingsovereenkomst* allgemein: Kapitel 6 B; zu ihrer besonderen Ausprägung, der *last tot bebeer of exploitatie*: Kapitel 12 B.I.

<sup>99</sup> Kapitel 12 B.II.

<sup>100</sup> Zu den Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Übertragung in den Niederlanden: Kapitel 2 B.

<sup>101</sup> HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 = ECLI:NL:HR:2011:BO3521; Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 136; Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 234.

<sup>102</sup> Kapitel 12 A.II.

angeführt werden, in welcher ein Verkäufer im Rahmen eines Eigentumsvorbehalts dem Vorbehaltskäufer eine Erlaubnis zum Weiterverkauf und zur *levering* im eigenen Namen im Rahmen seines üblichen Geschäftsbetriebs erteilt. Solch eine Erlaubnis impliziert die Verleihung einer entsprechenden *beschikkingsbevoegdheid* über das *goed*.<sup>103</sup> Der Umfang der Verfügungsbefugnis des *lasthebber* wird anhand des Umfangs des Vertragsinhalts bestimmt.<sup>104</sup> Insoweit ist dieser dann Verfügungsbefugt im Sinne von art. 3:84 lid 1 BW.<sup>105</sup> Der Umfang datenschutzrechtlicher Befugnisse kann sich hingegen nicht implizit aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis ergeben. Hier sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten, welche an die Bevollmächtigung zur Einwilligung die gleichen Anforderungen wie an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung stellen. Dementsprechend muss die Vollmacht stets zweckbestimmt sein. Bei der Betroffenheit sensibler Daten muss die Bevollmächtigung ausdrücklich erfolgen.<sup>106</sup>

Die Verfügungsbefugnis des *lasthebber* tritt regelmäßig neben die des *lastgever*. Denn es ist grundsätzlich nicht möglich, die Verfügungsbefugnis von dem Recht, welches beim *lastgever* verbleibt „abzutrennen“ und zu übertragen.<sup>107</sup> Die Einräumung einer ausschließlichen Verfügungsbefugnis ist jedoch im Rahmen einer *privatieve lastgeving* möglich.<sup>108</sup> Das in art. 7:423 BW geregelte Institut gewährt dem *lasthebber* die kontinuierliche und ausschließliche Verfügungsmöglichkeit über das von ihm zu verwaltende Vermögen.<sup>109</sup> Die Norm bestimmt, dass eine Vereinbarung, nach der der *lasthebber* (Vertreter) ein Recht des *lastgever* (Vertretenen) im eigenen Namen und unter Ausschluss des *lastgever* ausüben soll, auch gegenüber Dritten gilt.<sup>110</sup> Der *lastgeving* kommt dann eine *privatieve* Wirkung zu, das heißt, dass die Befugnis des *lastgever*, sein Recht

---

<sup>103</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 135; Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 234.

<sup>104</sup> HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 = ECLI:NL:HR:2011:BO3521; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 251.

<sup>105</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 135.

<sup>106</sup> Kapitel 11 C.I.

<sup>107</sup> Kortmann/Kortmann, Asser 3-III, nr. 136.

<sup>108</sup> Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 573.

<sup>109</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 130; Bartels/van Mierlo, Asser 3-IV, nr. 573.

<sup>110</sup> Art. 7:423 lid 1 BW.

selbst wahrzunehmen, auch gegenüber Dritten ausgeschlossen ist. Der Ausschluss kann Dritten aber nicht entgegengehalten werden, wenn diese den Ausschluss weder kannten noch kennen mussten. Hierdurch wird der gute Glaube Dritter an die Verfügungsbefugnis des *lastgever* geschützt.<sup>111</sup> Die Regelung ermöglicht es, ein Recht für die Dauer des Vertrags ausschließlich durch einen anderen in dessen Namen verwalten oder ausbeuten zu lassen, ohne dass die Rechte an diesen übertragen werden müssen.<sup>112</sup> Hierdurch soll verhindert werden, dass der Rechteinhaber die Verwaltung oder Ausbeutung der Rechte durch eigene Handlungen behindert.<sup>113</sup> Eine solche Ausgestaltung der *lastgevingsovereenkomst* ist im Zusammenhang mit der fremdnützigen Datenverwertung nicht möglich. Die Einräumung einer ausschließlichen Befugnis zur Wahrnehmung datenschutzrechtlicher Rechte verstößt gegen den grundrechtlichen Schutz personenbezogener Daten und ist deshalb datenschutzrechtlich unzulässig.<sup>114</sup>

Vor Einführung der *privatieve last* war eine Drittwirkung ausschließlicher Verfügungsbefugnisse nicht denkbar.<sup>115</sup> Nach dem *Hoge Raad* waren an die Ausschließlichkeit einer schuldrechtlichen Regelung nur die Parteien gebunden, die Teil der Absprache waren.<sup>116</sup> Auch nach Inkrafttreten der neuen Regelungen des BW und des Rechtsinstituts der *privatieve lastgeving* verwundert die Bestimmung aufgrund des Zusammenspiels von Sachen- und Schuldrecht. Schließlich knüpft die Regelung eine sachenrechtliche Wirkung gegenüber Dritten an schuldrechtliche Absprachen zwischen *lastgever* und *lasthebber*.<sup>117</sup> Der Gesetzgeber begründet die Regelung damit, dass der *lastgever* aufgrund praktischer oder ideeller Motive dem *lasthebber* zwar kein Eigentum übertragen, ihn aber

<sup>111</sup> *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 130; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 573.

<sup>112</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 270); *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 573; die Regelung wurde insbesondere mit Blick auf Verwertungsgesellschaften, welche große Zahlen von Urheberrechten verwalten, geschaffen, vgl. *Struycken/Heilbron*, in: *GS Vermögensrecht*, BW art. 3:84, aant. 3.6.3.2.

<sup>113</sup> *Van der Grinten*, Lastgeving, 12.

<sup>114</sup> Kapitel 12. B.II.

<sup>115</sup> *Van der Grinten*, Lastgeving, 12.

<sup>116</sup> HR 29 september 1989, NJ 1990, 397 = ECLI:NL:PHR:1989:AD0896; *van der Grinten*, Lastgeving, 12.

<sup>117</sup> Kritisch hierzu: *van der Grinten*, Lastgeving, 13.

unter Ausschließlichkeitwirkung mit der vollständigen Verwaltung beauftragen will.<sup>118</sup>

Die *privatieve lastgeving* als Alternative zur *fiducia cum amico* und dem *bewind* ist eine schuldrechtliche Konstruktion, bei welcher eine bestehende Verfügungsbefugnis auch Dritten gegenüber gilt. Hierbei ähnelt sie stark dem *bewind*, bei welchem der *bewindvoerder* auch mit Drittwirkung ausschließlich die Rechte einer anderen Person verwaltet. Im Ergebnis verbleibt sowohl bei der *privatieven lastgeving* als auch beim *bewind* das Vermögensrecht in seinem Ganzen beim Rechteinhaber. Dem *lasthebber* bzw. *bewindvoerder* kommen bestimmte Vertretungsbefugnisse zu, wodurch er den *lastgever* bzw. den Rechteinhaber, dessen Vermögen unter *bewind* gestellt wurde, entweder in seinem gesamten Vermögen oder in einem Teil davon binden kann. Aus einer formellen Perspektive werden Vermögensrechte und die entsprechende Verfügungsbefugnis auf diese Weise nur auf die durch das Gesetz vorgeschriebene Weise aufgeteilt. Das damit in der Praxis erzielte Ergebnis entspricht jedoch eher einer Aufspaltung von Rechteinhaber und Verfügungsbefugtem.<sup>119</sup>

### C. Rechtsvergleichende Betrachtung – Ausgestaltung einer Ermächtigungstreuhand in beiden Ländern zulässig

Die untersuchten Rechtsordnungen kennen beide Rechtsverhältnisse mit Treuhandcharakter. In beiden Ländern gründen solche Verhältnisse auf dem Bedürfnis zur Schaffung von Sicherheiten oder sollen der Verwaltung dienen. In Deutschland zeichnen sich Treuhandverhältnisse ausgehend von der klassischen Treuhand dadurch aus, dass das rechtliche Können des Treuhänders hinsichtlich seiner dinglichen Befugnisse sein rechtliches Dürfen übersteigt. In der jüngeren Literatur finden sich Bestrebungen, den Treuhandbegriff vom Sachenrecht loszulösen und das schuldrechtliche Innenverhältnis in den Fokus zu rücken. Hierdurch würde der Treuhandbegriff erweitert.

---

<sup>118</sup> MvA, Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, 8; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 283.

<sup>119</sup> *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 573.

Nach dem klassischen, am Sachenrecht ausgerichteten Treuhandbegriff werden verschiedene Ausprägungen der Treuhand unterschieden. Am stärksten spiegelt sich das Merkmal der überschießenden Rechtsmacht des Treuhänders in der fiduziarischen Vollrechtstreuhand wider, bei welcher der Treugeber dem Treuhänder das Treugut uneingeschränkt überträgt. Etwas geschmälert erfüllt auch die deutschrechtliche Treuhand dieses Charaktermerkmal, auch wenn hier eine dingliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis möglich ist und der Treuhänder somit nicht beliebig mit dem Treugut verfahren kann. Die Ermächtigungstreuhand ermöglicht hingegen kein Überschreiten des rechtlichen Könnens gegenüber dem rechtlichen Dürfen. Sie wird überwiegend dennoch als „unechte“ Treuhand angesehen.

Rechtsgestaltungen wie die Vollrechtstreuhand waren in den Niederlanden vor 1992 mit der *fiducia cum creditore* oder der *fiducia cum amico* bis zur Einführung des in art. 3:84 lid 3 BW normierten *fiduciaverbod* gängige Praxis. Von dem *fiduciaverbod* betroffen sind Übereignungen zu Sicherheitszwecken (*fiducia cum creditore*) und solche, die nicht auf einen endgültigen Eigentumsübergang zielen (*fiducia cum amico*). Durch das *fiduciaverbod* gewann insbesondere das besitzlose Pfandrecht auf bewegliche Sachen Popularität sowie spezielle *bebind*-Regelungen und die *lastgevingsovereenkomst*, gegebenenfalls *met private werking*. Jene Institute bieten die Möglichkeit, Vertretungs- oder Verfügungsbefugnisse, teilweise sogar mit Ausschließlichkeitswirkung, an eine andere Person zu übertragen. Die Aufgaben dieser Person können im schuldrechtlichen Innenverhältnis konkretisiert und mit Treuhandcharakter ausgestaltet werden. Mittels einer *lastgevingsovereenkomst* kann etwa durch eine entsprechende schuldrechtliche Ausgestaltung ein der Ermächtigungstreuhand entsprechendes Rechtsverhältnis geschaffen werden. Im Rahmen einer Ermächtigungstreuhand wird eine Treuhandabrede, meist ein Geschäftsbesorgungsvertrag, geschlossen, sowie der Treuhänder zur Verfügung über das Treugut gemäß § 185 BGB ermächtigt. Ebenso kann eine *lastgevingsovereenkomst* treuhänderische Pflichten sowie eine Verfügungsbefugnis über die entsprechenden *goederen* des *lastgever* beinhalten. Bei beiden Rechtsverhältnissen tritt die Verfügungsbefugnis des Treuhänders bzw. des *lasthebber* neben die des Treugebers bzw. des *lastgever*.

Bei einer *lastgeving met private werking* kann dem *lasthebber* sogar eine Rechtsmacht zuteilwerden, welche über die innerhalb einer Ermächtigungstreuhand erteilte Verfügungsbefugnis hinausgeht. Denn die *lastgeving met private werking* schließt den *lastgever* von der Verfügungsbefugnis aus. Sie gilt darüber hinaus auch gegenüber Dritten. Das niederländische *fiduciaverbod* darf deshalb nicht allzu strikt verstanden werden. Es verhindert die in Deutschland als „echte“ Treuhand angesehene fiduziarische Treuhand sowie die deutschrechtliche Treuhand. Die in Deutschland zwar als „unechte“ aber dennoch als Treuhand akzeptierte Ermächtigungstreuhand, ist jedoch auch in den Niederlanden konstruierbar. Gleiches gilt freilich für die nach überwiegender Auffassung nicht zu den Treuhandverhältnissen zählende Vollmachtstreuhand.

Dementsprechend lassen sich fremdnützige Datenverwertungsverhältnisse nach beiden Rechtsordnungen treuhänderisch ausgestalten. Nach deutschem Recht sind sie als Datentreuhand, nach niederländischem Recht als „*last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ zu bezeichnen. Das Datenschutzrecht bildet dabei die Grenze der möglichen Einräumung von Befugnissen indem es sowohl die unbeschränkte als auch die beschränkte Übertragung des Rechts auf Datenschutz verbietet.

Mittels des *fiduciaverbod* wird deutlich, welche Auswirkungen das *causaal stelsel* (Kausalitätsprinzip) im Gegensatz zum Abstraktionsprinzip auf eine Übertragung haben kann.<sup>120</sup> Die in den Niederlanden gewählte Ausgestaltung des *fiduciaverbod* würde in Deutschland nicht das gewünschte Ergebnis liefern. Denn das *fiduciaverbod* verhindert eine wirksame Übertragung von Rechten indem es an den der Übertragung zugrunde liegenden Rechtsgrund, die *causa*, anknüpft. In den Niederlanden wird folglich der Rechtsgrund, der möglicherweise schuldrechtlicher Natur ist, herangezogen, um auf die dingliche Rechteverteilung Einfluss zu nehmen. Dies ist nur aufgrund des *causaal stelsel* möglich, welches für eine wirksame Übertragung auch einen wirksamen Rechtsgrund erfordert. Der Rechtsgrund für eine Übertragung steht im deutschen Recht, anders als in den Niederlanden, aufgrund des Abstraktionsprinzips – abgesehen

---

<sup>120</sup> Zum Abstraktionsprinzip: Kapitel 2 A; zum *causaal stelsel*: Kapitel 2 B.

von vereinzelt Durchbrechungen<sup>121</sup> – völlig losgelöst von dem Verfügungsgeschäft, der Übertragung, selbst. Eine wie in den Niederlanden gewählte Gestaltung der dinglichen Rechtslage über die *causa* wäre in Deutschland daher nicht möglich.

---

<sup>121</sup> S. zu möglichen Durchbrechungen, die z.B. bei Sittenwidrigkeit oder der sog. Fehleridentität vorliegen kann, *Gaier*, in: MüKo-BGB, BGB Einl. SachenR, Rdnr. 17 ff.

## Teil 3

### Einordnung der untersuchten Datenverwertungsmodelle als funktionale Datentreuhand

In diesem Teil werden die Rahmenbeziehungen zwischen den Datenverwertern und den Nutzern der Dienste, den sogenannten Datensubjekten, den in Teil 2 vorgestellten Vertragsverhältnissen zugeordnet. Die Einordnung als Interessenwahrnehmungsverhältnis ermöglicht die Feststellung des Pflichtengefüges der Datenverwerter und der Rechte der Datensubjekte.<sup>1</sup> Hierfür werden die Leistungsbeschreibungen der exemplarisch untersuchten Modelle, *Dime*, *Data Fairplay* und *Datacoup* mittels einer Auswertung der jeweiligen Internetauftritte dargestellt und analysiert (Kapitel 8). Die Leistungsbeschreibung ist von elementarer Bedeutung für die vertragliche Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Datenverwertern und Datensubjekten. Sie dient der Bestimmung der geschuldeten Leistungen und des Erwartungshorizonts der Kunden.<sup>2</sup> Die Auswertung zeigt modellübergreifend, dass die Datenverwerter zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte verpflichtet sind. Diese Pflicht prägt das Vertragsverhältnis zwischen den beiden Parteien entscheidend und umfasst zum einen die Gewährleistung von Kontrolle, zum anderen die Unterstützung beim Absatz der Daten (Kapitel 9). Die Pflicht zur Absatzunterstützung wird sodann unter Bezugnahme auf Typisierungsüberlegungen zu Plattformen modellspezifisch konkretisiert und einem Vertragstyp zugeordnet (Kapitel 10). Kapitel 11 hinterfragt die datenschutzrechtliche Abbildung der Ergebnisse. Schließlich wird die durch das Kontrollversprechen bedingte Vertrauenssituation untersucht und der Begriff einer Datentreuhand *de lege lata* entwickelt (Kapitel 12). Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass die untersuchten Datenverwertungsmodelle als faktische Datentreuhandverhältnisse einzuordnen sind

---

<sup>1</sup> Kapitel 1; zu Pflichten der Datenverwerter im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Teil 4.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 16. April 1973 – VII ZR 155/72 (München), NJW 1973, 1235 (1236); BGH, Urteil vom 10. Mai 1979 – VII ZR 30/78 (Koblenz), NJW 1979, 2207 (2209); *Schmidt-Kessel/Kramme*, in: PWW-BGB, BGB § 241, Rdnr. 17.

(Kapitel 13). Die konkreten Pflichten fremdnütziger Datenverwerter werden in Teil 4 konkretisiert. Hier wird ein besonderes Augenmerk auf die Vermeidung von im Interessenwahrnehmungsverhältnis häufig auftretenden Interessenkonflikte gelegt. Zudem wird das Zusammenspiel schuldrechtlicher interessenwahrer Vorschriften mit dem Datenschutzrecht dargestellt.

## Kapitel 8

# Überblick über die untersuchten Datenverwertungsmodelle

Zur Bestimmung der Leistungsbeschreibung werden die Internetauftritte der Unternehmen *Dime* (Abschnitt A.), *Data Fairplay* (Abschnitt B.) und *Datacoup* (Abschnitt C.) beschrieben und ausgewertet. Die Darstellung bezieht sich auf den Zeitpunkt der Untersuchung Ende des Jahres 2017. Zu diesem Zeitpunkt waren die Internetauftritte von *Dime* und von *Data Fairplay* detaillierter ausgestaltet als zum Zeitpunkt des Fertigstellens der juristischen Untersuchung im Frühjahr 2020. Da die Internetauftritte der verschiedenen Unternehmen lediglich beispielhaft als Basis zum Verständnis und Aufbereiten einer anschließend verallgemeinerten und letztlich juristisch untersuchten Thematik dienen, werden weiterhin die damaligen Darstellungen herangezogen. Screenshots der Internetauftritte zu diesem Zeitpunkt sind der vorliegenden Untersuchung in ihrem Anhang beigefügt. Die abschließende Gegenüberstellung der Beschreibungen zeigt, dass die Modelle viele Gemeinsamkeiten aufweisen, sich im Detail jedoch unterscheiden (Abschnitt D.).

### A. Dime – Data is me

#### I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts

Das niederländische Startup *Dime* wirbt mit dem Hauptslogan: „*Inzicht en controle over jouw data.*“<sup>1</sup> Der Werbespruch lässt sich ins Deutsche mit *Einsicht und Kontrolle über deine Daten.* übersetzen. Die Unterüberschrift des Titels lautet: „*Verdien geld met persoonlijke data. Meld je gratis aan!*“<sup>2</sup> auf Deutsch: *Verdiene Geld mit persönlichen Daten. Melde dich kostenlos an!*

---

<sup>1</sup> <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>2</sup> <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

Nachdem Interessenten die Möglichkeit erhalten, sich zu registrieren oder einzuloggen, folgen weitergehende Informationen. Unter der Frage *Was ist Dime?* wird erklärt: *Dir ist es vielleicht nicht immer bewusst, aber Unternehmen wissen manchmal mehr über dich als du denkst. Dime sorgt dafür, dass du selbst die Fäden in der Hand hältst. Bestimme, welche persönlichen Daten Organisationen von dir kennen dürfen. Netter Nebeneffekt: Du verdienst damit auch noch Geld. Denn eine Hand wäscht die andere, oder?*<sup>3</sup>

Ein Video mit dem Titel *Dime – Wie funktioniert das? Erklärt in einer Minute* zeigt im Schnelldurchlauf den Registrierungsprozess und verschiedene Einstellungsoptionen. Eine Stimme im Hintergrund erklärt die Funktionsweise in einfacher Sprache: *Hi, hier ist Dime. Die Internetseite, auf der du Einblicke in und Kontrolle über deine persönlichen Daten erhältst. Und auch noch Geld verdienen kannst. Wie das funktioniert? Ganz einfach. Auf der Internetseite erstellst du ein Profil mit deinem Computer, Tablet oder Handy. Verbinde dich mit den verschiedenen Internetdiensten, die du benutzt. Von jetzt an siehst du, welche persönlichen Daten von dir bekannt sind. Wähle aus, welche dieser Daten du zum Verkaufen teilen willst. Füge noch mehr neue Internetdienste hinzu, um mehr verdienen zu können. Oben auf der Seite kannst du sehen, wie viel du schon verdient hast. Überprüfe dein Profil regelmäßig, um zu sehen, wann das Geld ausbezahlt werden kann. Das Gute an Dime ist, dass du nur die Daten teilst, zu denen du auch dein Einverständnis gegeben hast. Und Anpassungen sind blitzschnell geschehen. Dime – probiere es einfach mal aus.*<sup>4</sup>

Unter dem Video und dem Kurztext findet sich eine schlagwortartige Zusammenfassung der Vorteile von *Dime*:

- *Kontrolle: Erhalte die Kontrolle über deine persönlichen Daten.*
- *Verdienen: Melde dich kostenlos an und verdiene Geld.*

---

<sup>3</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>4</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, auch zu finden unter [https://www.youtube.com/watch?v=mSJvqj\\_LzBA](https://www.youtube.com/watch?v=mSJvqj_LzBA), zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

- *Informieren: Du weißt, wofür Organisationen deine Daten verwenden.*
- *Sicher: Dein Profil ist optimal gesichert.*<sup>5</sup>

Am unteren Ende der Startseite befinden sich weitere Informationen. Der Unterpunkt Was ist Dime? erklärt die Zielsetzung des Startups: Wir wollen einen ethischen Datenhandel in den Niederlanden einführen. Für Menschen, die Internetdienste benutzen, bedeutet Einsicht in und Kontrolle über ihre persönlichen Daten zu haben, sich ihr eigenes Online-Verhalten bewusst zu machen. Daneben wollen sie ihre Daten zu einem fairen Preis an Organisationen verkaufen und selbst entscheiden, welche Daten sie teilen. Organisationen ernten viel Kritik betreffend das Kaufen und die Verwendung von Daten. Wir wollen aus dieser Kritik einen Mehrwert ziehen, indem wir Organisationen Daten anbieten, die wir auf faire Art und Weise erhalten haben. Zusammen arbeiten wir an einem transparenten Datenhandel.<sup>6</sup>

Im Anschluss an diese Erklärung findet sich ein einminütiges Video, in dem die Gründerin des Startups, *Mariska van Bohemen*, zu sehen ist. Sie erklärt: *Dime will die Niederlande auf den Kopf stellen, indem es über die Verwendung von Daten informiert und hierdurch einen fairen Markt von persönlichen Daten kreiert. Einen Markt, auf dem der Einzelne entscheidet, welche persönlichen Daten er zum Verkauf freigibt. Innerhalb von drei Jahren wollen wir erreichen, dass jeder mit seinen eigenen persönlichen Daten Geld verdient. Du hast bestimmt ein Profil auf Google oder Facebook. Mit diesem Profil verdienen Google und Facebook Geld, aber warum wirst du nicht beteiligt? Es sind schließlich deine Daten! Dime unternimmt etwas dagegen. Mit Dime kannst du mit den Daten, die du teilen willst, etwas verdienen. Wie das funktioniert? Ganz einfach. Du verknüpfst*

---

<sup>5</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://www.dataisme.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>6</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://www.dataisme.com/info/wat-is-Dime/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

*deine Daten mit dem Marktplatz von Dime und Unternehmen, die danach suchen, finden faire Daten auf diesem Marktplatz. Sie bezahlen Dime und hiervon erhältst du einen fairen Anteil. Also, mach die Welt von Datenhändlern fairer.*<sup>7</sup>

Der Internetauftritt beantwortet ebenfalls FAQ. Sowohl die Fragen als auch die jeweiligen Antworten sind leicht verständlich formuliert. Erklärt wird unter anderem, was unter persönlichen Daten zu verstehen ist: *Jeder hinterlässt im Internet Informationen, die verarbeitet, verknüpft und analysiert werden. Diese persönlichen Informationen werden als persönliche Daten bezeichnet. Daten sind digitale Informationssätze, also Informationsströme, die auf Computern zu finden sind. Hierunter fällt beispielsweise dein Suchverhalten, deine Personalien wie Name und Adresse, demografische Daten wie dein Alter, soziale Informationen wie deine Freunde und deine Interessen, etwa deine Likes oder das, worüber du viel erzählst. Diese persönlichen Datensätze haben einen hohen Wert für Organisationen und Forschungsgesellschaften.*<sup>8</sup> Ferner wird erläutert, dass ein Profil von Privatpersonen bei *Dime* mit keinerlei Kosten verbunden ist.<sup>9</sup>

Es wird erklärt, dass Daten nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des Nutzers verkauft und nur für vorab festgelegte Zwecke genutzt werden dürfen. *Zu solchen Zwecken zählen die wirtschaftliche Analyse, wissenschaftliche Forschung oder das Marketing. Entscheidend sind deine Angaben darüber, wozu die Daten genutzt werden dürfen.*<sup>10</sup> Auch der Begriff *faire Daten* wird erklärt: *Die Daten, die durch Dime verkauft werden, werden nur mit Einwilligung der Privatperson verkauft. Viele persönliche Daten, die sich im Internet befinden, werden ohne dein Wissen verkauft. Mit Dime lenken wir die Aufmerksamkeit auf diese Thematik und bringen gleichzeitig eine neue Option auf den Markt; faire Daten.*<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://www.dataisme.com/info/wat-is-Dime/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, auch zu finden unter <https://www.youtube.com/watch?v=Sc4jllTtAHU>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>8</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 3, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>9</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 6, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>10</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 14, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>11</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 8, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

Bezüglich des Verdienstes an den Daten wird ausgeführt: Die Summe, die verdient werden kann, hängt von der Menge der Daten ab, die du anbietest. Je mehr Daten du verknüpfst und je mehr Informationen die Internetdienste von dir kennen, desto öfter wirst du von einer Organisation gefunden. Die Organisationen bezahlen Dime und wir geben dir hiervon einen fairen Anteil.<sup>12</sup> Als Käufer der Daten werden sowohl Non-Profit-Organisationen als auch Unternehmen mit Firmensitz in den Niederlanden genannt.<sup>13</sup> Die Verknüpfung mit den verschiedenen Internetdiensten wird hergestellt, um den Einzelpersonen Einsicht in ihre persönlichen Daten zu geben. Diese Daten bilden ein Profil, das mit Organisationen geteilt werden kann.<sup>14</sup> Bezüglich der Möglichkeit Einsicht darin nehmen zu können, wer die Daten kauft, wird ausgeführt: Aus Datenschutzgründen können wir solche Informationen nur preisgeben, wenn die Organisation darin eingewilligt hat. Wir empfehlen den Organisationen, dies auch zu tun, damit sie zeigen können, dass sie faire Daten verwenden. In diesem Fall erhältst du eine Nachricht darüber.<sup>15</sup> In den Gewinn, den die Organisation selbst mit den erworbenen Daten macht, habe Dime hingegen keine Einblicke.<sup>16</sup>

## II. Auswertung der Beschreibung

Erklärtes Ziel des Unternehmens *Dime*<sup>17</sup> ist die Einführung eines *ethisch* korrekten Datenhandels in den Niederlanden.<sup>18</sup> Dies soll mithilfe eines *fairen Marktes* für Daten geschehen, welcher es dem Einzelnen nicht nur ermöglicht,

---

<sup>12</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 10, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>13</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 12, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>14</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 13, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>15</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 15, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>16</sup> Übersetzt ins Deutsche von FAQ Nr. 17, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>17</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate bezüglich der Leistungsbeschreibung in diesem Abschnitt: Kapitel 8 A.I.

<sup>18</sup> Vgl. die Formulierungen: *Wir wollen einen ethischen Datenhandel in den Niederlanden einführen; Zusammen arbeiten wir an einem transparenten Datenhandel; Dime will die Niederlande auf den Kopf stellen, indem es [...] einen fairen Markt von persönlichen Daten kreiert.*, Kapitel 8 A.I.

*Geld* mit seinen *persönlichen Daten zu verdienen*, sondern auch die *Kontrolle* über und die *Einsicht* in seine persönlichen Daten zu erhalten. Dieser von *Dime* eröffnete Markt für persönliche Daten soll Individuen keinen direkten selbstständigen Handel ihrer Daten, sondern die Möglichkeit einer indirekten Verwertung mithilfe von *Dime* ermöglichen. *Dime* bietet die Daten interessierten Unternehmen und Organisationen an und unterstützt den Nutzer hierdurch bei dem Vertrieb seiner Daten.<sup>19</sup>

Das *Geld verdienen* wird als Hauptaufhänger genutzt und immer wieder aufgegriffen.<sup>20</sup> Durch die Wortwahl *netter Nebeneffekt* und *ganz einfach* wird ferner suggeriert, dass das Geld bei der Nutzung ganz nebenbei, gewissermaßen wie von selbst verdient wird.<sup>21</sup> Hierdurch wird beim Nutzer der Eindruck erweckt, dass er nach Registrierung und Verknüpfung der Daten tatsächlich zu irgendeinem Zeitpunkt eine monetäre Gegenleistung erhalten wird. Trotz der herausstechenden Betonung einer Verdienstmöglichkeit lässt sich aus dem Internetauftritt kein garantierter Verwertungserfolg ableiten. Das Absatzrisiko verbleibt beim Nutzer des Marktplatzes. Auch wenn *Dime* die Verdienstmöglichkeit als gewiss darstellt, wird deutlich, dass sich ein möglicher Profit aus der Marktplatznutzung ergeben kann, das Unternehmen aber für die tatsächliche Realisierung eines solchen Gewinns nicht eintreten will. Über die Höhe der zu realisierenden Vergütung wird keine konkrete Aussage getroffen; in den FAQ wird lediglich von einem *fairen Anteil* gesprochen.<sup>22</sup> Auch der genaue Ablauf der Abwicklung der Verwertung im Einzelnen, die Auswahl von Käufern, die Preisbildung und das genaue Prozedere des Verkaufs, erschließt sich auch bei detaillierter Lektüre

---

<sup>19</sup> Vgl. die Formulierungen: [...] indem wir (gemeint ist *Dime*) Organisationen Daten anbieten, [...]; Sie (gemeint sind Unternehmen) bezahlen *Dime* und hiervon erhältst du einen fairen Anteil; Die Daten, die durch *Dime* verkauft werden [...]; Die Organisationen bezahlen *Dime* und wir (gemeint ist *Dime*) geben dir hiervon einen fairen Anteil., Kapitel 8 A.I.

<sup>20</sup> Vgl. die Formulierungen: [...] einiges an Geld verdienen kannst; Du verdienst damit auch noch Geld; Verdienen: Melde dich kostenlos an und verdiene Geld; [...] mit seinen eigenen persönlichen Daten Geld verdient. [...] etwas verdienen., Kapitel 8 A.I.

<sup>21</sup> Vgl. die Formulierungen: *Netter Nebeneffekt*; *Ganz einfach* [...], Kapitel 8 A.I.

<sup>22</sup> Vgl. die Formulierung: [...] und wir geben dir hiervon einen fairen Anteil., Kapitel 8 A.I.

nicht. Es wird lediglich angegeben, dass der Einzelne einen *fairen Anteil* des Erlöses erhalte.<sup>23</sup> Eine Antwort auf die Frage, wie sich dieser *faire Anteil* letztlich berechnet, bleibt *Dime* schuldig.<sup>24</sup>

*Kontrolle* über die persönlichen Daten zu erlangen bedeutet nach dem Verständnis von *Dime*, dass der Einzelne selbst entscheiden kann, welche Daten zu welchen Zwecken verkauft werden dürfen. Dieses Verständnis lässt sich unter anderem daraus ablesen, dass *Dime* auf seiner Startseite davon spricht, der Nutzer behalte die *Fäden in der Hand*, indem er selbst bestimmt, welche persönlichen Daten an Organisationen weitergegeben werden dürfen.<sup>25</sup> Außerdem wird mehrfach hervorgehoben, dass der *faire Datenmarkt* von *Dime* dem Nutzer die Möglichkeit gebe, *selbst zu entscheiden, welche persönlichen Daten er zum Verkauf freigibt*.<sup>26</sup> Die Kombination aus der Eröffnung einer Verdienstmöglichkeit für natürliche Personen (*Geld verdienen*) und den Entscheidungsbefugnissen betreffend die Einzelheiten der Datenverwertung (*Kontrolle*) zeichnen einen *fairen Datenhandel* aus.<sup>27</sup>

Neben der Möglichkeit, *Geld zu verdienen* und *Kontrolle* auszuüben, wird ferner versprochen, dass die Nutzer von *Dime* *Einblicke* in ihre Daten erhielten.<sup>28</sup> Sie sollen dadurch erfahren können, was die von ihnen genutzten Internet-

<sup>23</sup> Vgl. die Formulierung: [...] *hiervon erhältst du einen fairen Anteil.*, Kapitel 8 A.I.

<sup>24</sup> In einem persönlichen Interview mit Mariska van Bohemen, der Mitgründerin des Start-Ups, sagte sie, dass *Dime* 50 % des Erlöses behalte und die anderen 50 % unter den Datengebern aufteile, Interviewprotokoll, Anhang 4; in der Intransparenz liegt ein Verstoß gegen die Offenlegungspflichten, s. Kapitel 15 D.IV.

<sup>25</sup> Vgl. die Formulierung: [...] *dass du selbst die Fäden in der Hand hältst. Bestimme, welche persönlichen Daten Organisationen von dir kennen dürfen.*, Kapitel 8 A.I.

<sup>26</sup> Dass Kontrolle mit Entscheidungsbefugnissen gleichzusetzen ist, ergibt sich auch aus folgenden Formulierungen: *Das Gute an Dime ist, dass du nur die Daten teilst, zu denen du auch dein Einverständnis gegeben hast; Menschen [...] wollen selbst entscheiden, welche Daten sie teilen; Wähle aus, welcher dieser Daten du zum Verkaufen teilen willst.*, Kapitel 8 A.I.

<sup>27</sup> Vgl. die Formulierung: [...] *einen fairen Markt [...] auf dem der Einzelne entscheidet, welche persönlichen Daten er zum Verkauf freigibt*; und die Definition *fairer Daten* in den FAQ: *Die Daten, die durch Dime verkauft werden, werden nur mit ausdrücklicher Einwilligung der Privatperson verkauft.*, Kapitel 8 A.I.

<sup>28</sup> S. Hauptlogan: *Einsicht und Kontrolle über deine Daten.*, Kapitel 8 A.I.

dienstleister über sie wissen und welche Daten jene von ihnen gesammelt haben.<sup>29</sup> Bei dem Versprechen der Einsichtnahme scheint es sich eher um einen Nebenschauplatz zu handeln. Zwar ist die Einsichtnahme Teil des Hauptslogans und steht noch vor dem Kontrollversprechen an erster Stelle.<sup>30</sup> Jedoch wird auf der Internetseite nur im Zusammenhang mit der Verknüpfung der Daten zu Verwertungszwecken auf die Möglichkeit von Einblicken eingegangen. In diesem Zusammenhang wird sichtbar, welche Daten den Dienstleistern bekannt sind. Darüber hinaus wird die Ermöglichung von Einsichtnahme nicht weiter beworben.

Der Internetauftritt richtet sich vorrangig nach den Bedürfnissen von Einzelpersonen, welchen durch die Schaffung des beschriebenen Marktes eine neuartige und *faire* Möglichkeit der Datenverwertung eröffnet werden soll. Sie werden auf der Internetseite von *Dime* durchgängig (mit *Du*) angesprochen. Über die Schaffung einer Verwertungsmöglichkeit mittels des Marktplatzes hinaus stellt *Dime* sich demnach nicht als neutraler Datenverwerter dar, sondern als Unternehmen, das die Verwertung persönlicher Daten im Interesse von Einzelpersonen ermöglicht. Diese Beobachtung lässt sich unter anderem auf Aussagen wie, *Zusammen arbeiten wir an einem transparenten Datenhandel* und *Dime unternimmt etwas dagegen* stützen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass *Dime* sich als Unternehmen versteht, welches die Eröffnung eines fairen Datenmarktes zum Ziel hat, auf dem der Einzelne bei der Verwertung seiner Daten unterstützt wird. Dieser Datenmarkt soll sich durch die Kontrolle über die zu verwertenden Daten, Einsichtsmöglichkeiten in die Menge der bereits gesammelten Daten und eine entsprechende Beteiligung des Einzelnen am Gewinn auszeichnen.

---

<sup>29</sup> Vgl. die Formulierungen: [...] *siehst du, welche persönlichen Daten von dir bekannt sind; sich ihr eigenes Online-Verhalten ein Stück weit bewusst zu machen.*, Kapitel 8 A.I.

<sup>30</sup> S. Hauptslogan: *Einsicht und Kontrolle über deine Daten.*, Kapitel 8 A.I.

## B. Data Fairplay

### I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts

Das deutsche Start Up *Data Fairplay* wirbt mit dem Hauptslogan „*Der Marktplatz für deine Daten*“. Auf dem Banner der Startseite wird abwechselnd mit vier Vorteilen geworben: Der „*Kontrolle*“ über die eigenen Daten, dem „*Geld verdienen*“ mit Daten, dem Erhalt „*interessanter Werbung*“ und mit einer „*Gemeinschaft von Dateneigentümern*“. Zur Veranschaulichung der aufgeworfenen Punkte werden Fragen gestellt und beantwortet.<sup>31</sup>

„Kann ich wirklich nicht kontrollieren, wer meine Daten nutzt? Nein, dazu müsstest du wissen, wer deine Daten besitzt. – Hol dir die Kontrolle über deine Daten zurück: Mach mit bei Data Fairplay.“

Jemand verkauft meine Daten – warum krieg ich dafür kein Geld? Weil interessierte Unternehmen sie nicht direkt von dir kaufen können. – Lass dich für deine Daten bezahlen: Mach mit bei Data Fairplay.“

[Foto von einer älteren Dame] Wieso bekomme ich ständig Werbung, die mich nicht interessiert? Weil die Unternehmen nicht wissen, dass du 70 Jahre alt bist. – Mach Werbung für dich interessanter: Mach mit bei Data Fairplay.“

Wäre es nicht toll, wenn alle Dateneigentümer an einem Strang ziehen? Ja, um als starke Gemeinschaft für die Interessen der Dateneigentümer einzutreten. – Stärke die Gemeinschaft der Dateneigentümer: Mach mit bei Data Fairplay.“<sup>32</sup>

Unter der Überschrift „*Der Marktplatz für deine Daten*“ werden die vier aufgezählten Vorteile näher erläutert:

- „*Hier hast du die Kontrolle: Bei Data Fairplay bietest du deine Daten interessierten Partnerunternehmen direkt an. Du bestimmst,*

---

<sup>31</sup> <https://www.datafairplay.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>32</sup> <https://www.datafairplay.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

welche deiner Daten sie nutzen dürfen und auch wofür und wie lange.

- *Es gibt Geld für deine Daten: Finden Partnerunternehmen deine Daten interessant, bekommst du ein Angebot und abhängig von Datenmenge und Nutzungsdauer eine entsprechende Bezahlung.*
- *Interessantere Angebote für dich: Angebote und Werbung werden interessanter, weil Partnerunternehmen durch deine Daten wissen, wer du bist, welche Interessen du hast und was du gerade suchst.*
- *Du bist Teil einer starken Gemeinschaft: Je mehr Dateneigentümer bei Data Fairplay mitmachen, desto mehr können wir auf dem Datenmarkt bewegen und damit neue Verdienstmöglichkeiten für jeden Einzelnen schaffen.*<sup>33</sup>

Anschließend wird der Datenhandel der heutigen Zeit, ähnlich wie bei *Dime*, beschrieben.<sup>34</sup> Es wird darauf hingewiesen, dass Personen täglich persönliche Daten im Netz hinterlassen. Diese würden von Datenhändlern gesammelt, welche sie für „gutes Geld“ an andere Unternehmen weiterverkauften. *Data Fairplay* biete einen fairen Marktplatz für diese Daten. „*Stell dir vor, du eröffnest [...] einen Stand, bestimmst, welche Daten du anbietest und wer sie gegen Bezahlung wie lange nutzen darf. [...] Du bekommst Geld, Vergünstigungen und interessante Angebote. Und Partnerunternehmen müssen nicht bei Datenhändlern kaufen, sondern erfahren direkt von dir, was dich interessiert und was du magst.*“<sup>35</sup>

„*Die Idee, die alles ändert*“ wird auf der nächsten Seite erläutert. Die Seite beginnt mit einem Banner, auf welchem der Hauptslogan „*Der Marktplatz für deine Daten – Direkt. Fair. Transparent.*“ zu lesen ist. Darunter wird erläutert:

<sup>33</sup> <https://www.datafairplay.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>34</sup> Zum Internetauftritt von *Dime*: Kapitel 8 A.

<sup>35</sup> <https://www.datafairplay.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

*„Unternehmen geben viele Millionen Euro aus, um Daten von potenziellen Kunden zu bekommen. Unter anderem kaufen sie diese Daten über Umwege von sogenannten Datenhändlern. Wieso nicht direkt von dir?“<sup>36</sup>*

„Data Fairplay hilft dir deine Daten direkt anzubieten. Du kannst Partnerunternehmen Vorlieben und Bedürfnisse mitteilen, dann können diese dir ganz gezielt und mit deinem Einverständnis Angebote machen. Aber natürlich nur, solange du willst und wenn der Preis für deine Daten stimmt![...] Sowohl Dateneigentümer als auch Datennutzer halten sich an Regeln und profitieren dadurch. [...]“<sup>37</sup>

„Dateneigentümer“ können hierfür auf einem Online-Portal zentral ihre Daten hinterlegen. „Unternehmen suchen nach passenden Datenprofilen für ihre Aktionen. Hast du das passende Profil, können Unternehmen dir ein Angebot für die Nutzung deiner Daten machen. Data Fairplay heißt, dass du bis dahin für das Unternehmen anonym bleibst. Findest du das Angebot interessant, nimmst du an der Aktion teil und bekommst dafür sogar Geld oder Vergünstigungen.“ Anschließend wird ein unverbindliches Konto dargestellt. Als Daten können beispielsweise Lieblingsmarken, Hobbies, Interessen, Kleidergrößen und Arbeitszeiten angegeben werden. Partnerunternehmen bieten darauf abgestimmte Angebote an. Diese können individuell angenommen oder abgelehnt werden. In dem unverbindlichen Beispiel wird, abgestimmt auf die Lieblingsmarke, ein Gutschein in Höhe von fünf Euro für eine Online-Shop Eröffnung angeboten und als Reaktion auf Arbeitszeiten von 9.00 bis 18.00 Uhr zu einem Late-Night-Shopping-Event im Wert von zehn Euro eingeladen.<sup>38</sup>

Ein Klick auf den Reiter „Die Gemeinschaft“ lässt ein Banner mit der Aufschrift „Die Gemeinschaft der Dateneigentümer. Wir alle stehen auf der gleichen Seite.“ erscheinen. Darunter wird ausgeführt: „Wir, das Team hinter Data Fairplay, wollen einen fairen Marktplatz eröffnen, der es dir ermöglicht, deine Daten selbst anzubieten und zu verwerten. Wir können diese Idee nicht allein zum Erfolg machen. Das geht nur, wenn viele Dateneigentümer sich zusammentun. Nur dann werden sich auch viele Unternehmen dem Fairplay anschließen und

---

<sup>36</sup> <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>37</sup> <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>38</sup> <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

für deine wertvollen Daten bezahlen. Lasst uns gemeinsam den Datenhandel in Deutschland verändern. Der Weg hat erst begonnen und wir brauchen dich jetzt!“<sup>39</sup>

## II. Auswertung der Beschreibung

Durch die klare Struktur des Internetauftritts sind die beschriebenen Leistungen,<sup>40</sup> welche das Unternehmen *Data Fairplay* bewirbt, direkt erkennbar. *Data Fairplay* versteht sich als *Marktplatz* für die Daten von *Dateneigentümern*. Durch die Nutzung des digitalen Marktplatzes behalten die *Dateneigentümer* die *Kontrolle* über die eigenen Daten. Zudem ergibt sich für sie die Möglichkeit, ihre Daten in einen monetären oder auf andere Interessen ausgerichteten Vorteil umzuwandeln. Die Nutzer können sich außerdem entscheiden, personalisierte Werbung zu erhalten und *Teil einer Gemeinschaft* zu werden.

Unter der *Idee die alles ändert* ist die Schaffung eines *Marktplatzes für Daten* zu verstehen, welcher sich durch die Attribute *direkt*, *fair* und *transparent* auszeichnet. Als *direkt* wird der Marktplatz bezeichnet, weil die *Dateneigentümer* ihre Daten selbst interessierten Unternehmen anbieten können und kein Umweg über Datenhändler nötig ist.<sup>41</sup> Die Eigenschaft *Fairness* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Datenverwertung nur mit dem Einverständnis der *Dateneigentümer* und im Austausch für eine Gegenleistung geschieht. Zudem kann der *Dateneigentümer* selbst beurteilen, ob er einen Preis als fair betrachtet und das Angebot annimmt.<sup>42</sup> Das Merkmal *Transparenz* wird auf der Internetseite nicht genauer definiert. Aus der Gesamtschau ergibt sich aber, dass die Transparenz der Datenverwertung mit der *Direktheit* und *Fairness* automatisch einhergeht. Dadurch, dass die *Dateneigentümer* unmittelbar in den Verwer-

<sup>39</sup> <https://www.datafairplay.com/die-gemeinschaft/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>40</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate in diesem Abschnitt: Kapitel 8 B.I.

<sup>41</sup> Vgl. die Formulierungen: [...] *Partnerunternehmen müssen nicht bei Datenhändlern kaufen, sondern erfahren direkt von dir [...]; [...] über Umwege von sogenannten Datenhändlern. Wieso nicht direkt von dir?*, Kapitel 8 B.I.

<sup>42</sup> Vgl. die Formulierungen: [...] *können diese dir [...] mit deinem Einverständnis Angebote machen. Aber natürlich nur, solange du willst und wenn der Preis für deine Daten stimmt!*, Kapitel 8 B.I.

tungsvorgang eingebunden und nur solche Verwertungen vorgenommen werden, für die ein Einverständnis besteht, ist der Verwertungsvorgang transparent. Die *Dateneigentümer* kennen die Einzelheiten jedes einzelnen Verwertungsvorgangs.

Wie bereits *Dime*, wirbt auch *Data Fairplay* damit, dass der Einzelne durch die Nutzung des Dienstes die *Kontrolle* über die eigenen Daten ausüben könne. *Kontrolle* bedeutet für *Data Fairplay*, entscheiden zu können, welche Daten von welchen Unternehmen für welche Zwecke wie lange genutzt werden dürfen.<sup>43</sup> Hier wird also das gleiche Verständnis wie das des Anbieters *Dime* zugrunde gelegt.<sup>44</sup> Überdies wirbt *Data Fairplay* mit auf die Interessen der *Dateneigentümer* zugeschnittener Werbung und Angeboten. Diese werden aufgrund der Datenpreisgabe besser auf die Interessen der *Dateneigentümer* abgestimmt. Neben der Bündelung von interessengerichteter Werbung bietet dies für die *Dateneigentümer* weitere Vorteile, wie beispielsweise Rabattcoupons.<sup>45</sup>

Nutzer von *Data Fairplay* zu sein, bedeutet, zu einer *Gemeinschaft von Dateneigentümern* zu gehören. Diese hat das Ziel, den Datenhandel in Deutschland gemeinsam zu verändern. Durch Aussagen wie, *Wir alle stehen auf der gleichen Seite* und *Lasst uns gemeinsam den Datenhandel in Deutschland verändern*, positioniert sich *Data Fairplay* noch deutlicher als *Dime* zugunsten der *Dateneigentümer*, also den Nutzern der Dienste. Auch *Data Fairplay* nimmt somit keine neutrale Position ein, sondern *hilft* den *Dateneigentümern* indem es diesen die Verwertung ihrer Daten *ermöglicht* und sie dabei unterstützt.<sup>46</sup>

Zusammenfassend stellt sich *Data Fairplay* als Unternehmen dar, das einen Marktplatz für Datenhandel bereitstellt, der auf die Bedürfnisse der *Dateneigen-*

---

<sup>43</sup> Vgl. die Formulierung: *Du bestimmst, welche deiner Daten sie nutzen dürfen und auch wofür und wie lange.*, Kapitel 8 B.I.

<sup>44</sup> Vgl. die entsprechenden Ausführungen zu *Dime*: Kapitel 8 A.

<sup>45</sup> Vgl. die Formulierung: *Angebote und Werbung werden interessanter, weil Partnerunternehmen durch deine Daten wissen, wer du bist, welche Interessen du hast und was du gerade suchst.*, Kapitel 8 B.I.

<sup>46</sup> Vgl. die Formulierungen: *Data Fairplay hilft dir deine Daten direkt anzubieten; Wir, das Team hinter Data Fairplay, wollen einen fairen Marktplatz eröffnen, der es dir ermöglicht, deine Daten selbst anzubieten und zu verwerten.*, Kapitel 8 B.I.

tümer zugeschnitten ist. Der Marktplatz ermöglicht die *Kontrolle* der Datenverwertungen sowie die selbstständige Verwertung durch die *Dateneigentümer*. Durch die Nutzung der angebotenen Dienste erhalten diese ferner interessengerechte Werbung und sie werden *Teil einer Gemeinschaft*.

### C. Datacoup

#### I. Leistungsbeschreibung basierend auf Analyse des Internetauftritts

Die Internetseite des amerikanischen Unternehmens *Datacoup* wirbt mit dem Hauptslogan „*Unlock the Value of Your Personal Data*“ und der Überschrift „*Introducing the world’s first personal data marketplace*“. Ins Deutsche lässt sich der Werbespruch übersetzen mit: *Entfessele den Wert deiner persönlichen Daten – Der weltweit erste Marktplatz für den Handel mit persönlichen Daten*. Unter diesen Slogans folgt ein Registrierungsbereich. Darunter finden sich nähere Informationen. Unter der Überschrift „*You’ve got data, we’ve got connections*“, *Du hast Daten, wir haben Beziehungen*, wird erklärt: *Datacoup ermöglicht die Verknüpfung von Apps und Dienstleistungen, die du bereits nutzt. Von deinen online Sozialdaten bis hin zu offline Transaktionsdaten – du kannst sie problemlos mit nur einem Klick verbinden.*<sup>47</sup>

Darunter befindet sich ein Bild, auf dem beispielhaft verschiedene soziale Netzwerke wie Facebook oder Twitter ausgewählt sind. Anschließend wird in großer Schrift die Aussage getätigt: „*You deserve more for your data*“, auf Deutsch, *Du verdienst mehr für deine Daten*. In kleinerer Schrift steht darunter: *Es ist an der Zeit, dass du mehr als nur einen ‚kostenlosen Service‘ für deine Daten erhältst. Datacoup ist das einzige Unternehmen, das dir dabei hilft, deine anonymen Daten gegen Bares zu verkaufen. Es ist ganz einfach. Sobald du deine Daten verknüpfst, verdienst du Geld.*“ Unter einem Streudiagramm, welches steigende

---

<sup>47</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

Verdienste verbildlichen soll, heißt es sinngemäß: „Finde heraus, was deine Daten über dich aussagen. Deine Daten erzählen viel über dich. Datacoup gibt dir das Handwerkszeug, um deine Daten und dich selbst besser zu verstehen.“<sup>48</sup>

Bei Betätigen des Reiters Wie es funktioniert, erscheinen nähere Informationen: Wir glauben, dass jeder wertvolle Daten hat. Deshalb haben wir eine Plattform aufgebaut, die es den Menschen auf einfache Art und Weise ermöglicht, ihre Daten aus den verschiedensten üblichen Quellen zu verknüpfen. [...] Auch Bank- oder Kreditkarten können so verbunden werden. [...] <sup>49</sup>

Nachfolgend wird erklärt, dass *Datacoup* aus den Daten der verknüpften Konten ein Profil erstellt und diesem einen Wert zuschreibt. Zur Bestimmung des Wertes werden die einzelnen Daten entsprechend der aktuellen Nachfrage auf dem Datenmarktplatz kategorisiert, eingestuft und hieraus ein Gesamtwert ermittelt. Das Datenprofil wird mit einem öffentlichen Link versehen, den die Einzelpersonen mit potenziellen Käufern teilen können. Bei einem Verkauf auf dem Datenmarkt werden die Nutzer per E-Mail benachrichtigt.<sup>50</sup>

Unter dem Unterpunkt Datenkäufer wird ausgeführt: Momentan kauft Datacoup deine Daten. Wir stellen einen ersten Datensatz zusammen, um potenzielle Datenkäufer [...] zu gewinnen.<sup>51</sup>

Der Abschnitt Mission, legt die Zielsetzung von Datacoup dar: Unsere Mission ist es, den Menschen dabei zu helfen, den Wert ihrer persönlichen Daten zu nutzen. Beinahe jedes Glied in der Wirtschaftskette bedient sich einfach an unseren Datenbeständen. Allein in den USA beläuft sich die Industrie der Datenmakelei auf 15 Billionen US-Dollar. Und das, obwohl die Makler keinerlei Beziehungen zu den Verbrauchern haben, deren Daten sie ernten und verkaufen. Sie geben

---

<sup>48</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>49</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/docs#how-it-works>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>50</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/docs#how-it-works>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>51</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/docs#data-purchasers>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

den Erzeugern dieser großartigen Datenbestände – dir – keinen erkennbaren Vorteil zurück. Datacoup verändert diese asymmetrische Dynamik, die unsere persönlichen Daten umgibt. Der erste und wichtigste Schritt ist es, die Menschen für die Güter, welche sie erzeugen, zu entschädigen. Wir stehen für eine Zukunft in der Individuen wie du die Kontrolle über ihre Daten haben und von ihrem Wert am meisten profitieren.<sup>52</sup>

In den FAQs werden Einzelfragen beantwortet. Interessant sind insbesondere die Fragen: *Worauf haben die Käufer meiner Daten Zugriff?* und *Welche Daten werden aus meinen Konten herausgezogen?* Die erste Frage wird beantwortet mit: *Die Datenkäufer haben Zugang zu einem großen Pool gesammelter, anonymer Daten von Datacoup Nutzern. Beginnst du deine Daten zu verkaufen, verknüpfen wir sie mit allen anderen Daten von Datacoup Nutzern, filtern alles, was zur persönlichen Identifikation beitragen könnte, heraus und analysieren dann den großen Pool, um Verhaltensmuster der verschiedenen Gruppen und andere Charakteristika zu erkennen. Keine dieser gesammelten Daten kann zu einzelnen Personen zurückverfolgt werden.* Die zweite Frage wird beantwortet mit: *Sobald du damit beginnst, deine Konten in der Datacoup App zu verknüpfen, fügst du Informationen aus allen autorisierten Konten hinzu. Bei Finanzkonten sind dies der Händlernername, Transaktionszeitpunkte und Transaktionsbeträge. Bei sozialen Konten sind es Basisinformationen, wie Likes, Aufenthaltsorte, Aktivitätsprotokolle, Freunde und weitere. Auf der ‚Verknüpfungsseite‘ gibt es für jede Kontooption eine Erklärung, welche Daten aus diesem speziellen Konto gesammelt werden.*<sup>53</sup>

## II. Auswertung der Beschreibung

*Datacoup*<sup>54</sup> fokussiert sich auf die Freisetzung des Wertes von persönlichen Daten und die Bereitstellung eines Marktplatzes zum Datenhandel. Dies zeigt sich in dem Werbespruch: *Entfessele den Wert deiner persönlichen Daten – Der*

<sup>52</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/docs#mission>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>53</sup> Übersetzt ins Deutsche von <https://Datacoup.com/docs#faq>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>54</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate bezüglich der Leistungsbeschreibung in diesem Abschnitt: Kapitel 8 C.I.

weltweit erste Marktplatz für den Handel mit persönlichen Daten. Das Unternehmen hat das Ziel, den Menschen dabei zu *helfen*, den Wert ihrer persönlichen Daten zu nutzen. Der wichtigste Schritt sei es, die *Menschen für die Güter, welche sie erzeugen, zu entschädigen*.<sup>55</sup> Um dieses Versprechen zu verwirklichen, werden möglichst viele Daten anonymisiert und zu einer Gesamtheit verknüpft. Daraus wird ein Datenprofil erstellt, welches dann auf dem Marktplatz verkauft werden kann. Der Gesamtwert des Datenprofils wird ermittelt, indem die einzelnen Datenwerte entsprechend der aktuellen Nachfrage kategorisiert und eingestuft werden.

Mittels des Werbespruchs *Du hast Daten – wir haben Beziehungen*, wirbt Datacoup mit Beziehungen, welche es zu Unternehmen unterhält, die an Datenkäufen interessiert sind.<sup>56</sup> Datacoup erklärt aber auch, dass das Unternehmen selbst zunächst die Daten kaufe, *um den Ball ins Rollen zu bringen*.<sup>57</sup> Außerdem wird das Profil der Nutzer mit einem öffentlichen Link versehen, den die *Erzeuger der Daten* mit potenziellen Kunden teilen können. So können sie auch selbst zu Verkäufern ihrer Daten werden.<sup>58</sup> Gleichzeitig soll der *Datenerzeuger* die Möglichkeit erhalten, seine eigenen Daten besser zu verstehen, indem er nachvollziehen lernt, wie sein Verhalten aus seinen Daten abgeleitet wird. Datacoup will *Datenerzeugern* das *Handwerkszeug zur Verfügung stellen*, dieses Verständnis zu erlangen.<sup>59</sup> Dieses Versprechen rückt – wie bei *Dime*<sup>60</sup> – insgesamt in den Hintergrund.<sup>61</sup> Auf der Internetseite von Datacoup wird zudem erwähnt, dass

---

<sup>55</sup> Vgl. die Formulierungen: *Unsere Mission ist es, den Menschen dabei zu helfen, den Wert ihrer persönlichen Daten zu nutzen; Der erste und wichtigste Schritt ist es, die Menschen für die Güter, welche sie erzeugen, zu entschädigen.*, Kapitel 8 C.I.

<sup>56</sup> Vgl. die Formulierung: *Du hast Daten, wir haben Beziehungen.*, Kapitel 8 C.I.

<sup>57</sup> Vgl. die Formulierung: *Momentan kauft Datacoup deine Daten. Wir stellen einen ersten Datensatz zusammen, um potenzielle [...] Datenkäufer zu gewinnen.*, Kapitel 8 C.I.

<sup>58</sup> S. Beschreibung des Internetauftritts: Kapitel 8 C.I.

<sup>59</sup> Vgl. die Formulierung: *Deine Daten erzählen viel über dich. Datacoup gibt dir das Handwerkszeug um deine Daten und dich selbst besser zu verstehen.*, Kapitel 8 C.I.

<sup>60</sup> Vgl. die Ausführungen in: Kapitel 8 A.

<sup>61</sup> Zwar findet sich die Aussage „Finde heraus, was deine Daten über dich aussagen. Deine Daten erzählen viel über dich. Datacoup gibt dir das Handwerkszeug um deine Daten und dich selbst besser zu verstehen.“ direkt auf der Startseite. Jedoch wird dieses Versprechen nicht weiter ausgeführt., Kapitel 8 C.I.

die Individuen die *Kontrolle* über ihre Daten hätten.<sup>62</sup> Die *Kontrolle* wird jedoch im Zusammenhang mit der Möglichkeit, *Geld* mit den Daten *zu verdienen*, genannt und bewirbt somit nicht, wie bei *Dime* oder *Data Fairplay* die Entscheidungsmacht des Einzelnen. Die Betonung liegt auf der Möglichkeit, den Wert von persönlichen Daten zu nutzen. Zusammenfassend dominiert bei *Datacoup* die Zielsetzung, dem *Datenerzeuger* zu ermöglichen, monetären Profit aus seinen Daten zu generieren.

#### D. Zusammenfassende Gegenüberstellung der Auswertungen

Eine Gegenüberstellung der Leistungsbeschreibungen zeigt, dass sich die drei analysierten Datenverwerter in wesentlichen Punkten ähneln. Modellübergreifend dominiert die Beschreibung der Eröffnung eines digitalen Marktplatzes, der den Handel mit personenbezogenen Daten ermöglicht. Die Einführung eines solchen Marktplatzes ist die Vision aller drei Datenverwerter und Dreh- und Angelpunkt weiterer Funktionalitäten. Mittels dieses Marktplatzes erhalten Einzelpersonen die Möglichkeit, eine finanzielle Gegenleistung im Austausch gegen ihre Daten zu erwirtschaften. Bei allen drei Anbietern können die Nutzer des Marktplatzes (im Folgenden: Datensubjekte) Profile erstellen. *Data Fairplay* betont die Möglichkeit des direkten Marktplatzes ohne Zwischenschaltung von Datenmaklern oder -händlern. Auch *Datacoup* ermöglicht ein selbstständiges Anbieten der erstellten Datensätze mittels eines Links, tritt jedoch zusätzlich selbst als Käufer der Daten auf. *Dime* positioniert sich sowohl bezüglich des Verkaufs als auch hinsichtlich der Bezahlung als Intermediär zwischen Datensubjekten und Unternehmen.

Die digitalen Marktplätze weisen die Besonderheit auf, dass die Datensubjekte mit der Datenverwertung nicht nur Geld verdienen können, sondern zugleich die Kontrolle über die Einzelheiten der Verwertung behalten. Mit diesem Versprechen werben insbesondere *Dime* und *Data Fairplay*. Kontrolle über Datenverwertungen meint nach deren Verständnis, dass die Datensubjekte selbst entscheiden können, welche Daten in eine monetäre Gegenleistung umgewandelt werden. Nur diese Daten, für die der Einzelne sein Einverständnis erteilt

---

<sup>62</sup> Vgl. die Formulierung: *Wir stehen für eine Zukunft in der Individuen wie du die Kontrolle über ihre Daten haben.*, Kapitel 8 C.I.

hat, werden zum Gegenstand des Handels. Die Datensubjekte können ferner Zwecke und Dauer der Datenverwertung bestimmen. Bei *Data Fairplay* kann der Einzelne sogar auswählen, welchen Unternehmen er seine Daten verkauft. Kontrolle bedeutet für *Dime* und *Data Fairplay* demnach Entscheidungsmacht der Datensubjekte über Einzelfragen der Datenverwertung. Die Kontrolle des *Datenerzeugers* wird zwar auch auf der Internetseite von *Datacoup* erwähnt. *Kontrolle* meint nach dem Verständnis dieses Unternehmens aber den Austausch von Geld gegen Daten und nicht die Möglichkeit darüber bestimmen zu können, welche Unternehmen welche Daten zu welchen Zwecken nutzen.<sup>63</sup> Im Fokus steht nicht die Möglichkeit des Einzelnen, die Datenverwertungen kontrollieren zu können, sondern die *Entfesselung* des monetären Werts der Daten.

*Dime* und *Data Fairplay* greifen außerdem den Gedanken eines fairen Datenhandels auf. Fairness bedeutet nach deren Definition sowohl Kontrolle über die Umstände der Datenverwertung als auch die Möglichkeit, mittels der Verwertung einen monetären Vorteil zu erlangen. Es werden nur solche Daten verkauft und in der Folge verwertet, für die der Einzelne sein Einverständnis erteilt hat. Diese Kombination aus finanzieller Kompensation und Selbstbestimmtheit über Einzelheiten der Datenverwertung macht den Marktplatz zu einem fairen Marktplatz für Datensubjekte. *Datacoup* ist hingegen rein kommerziell geprägt. Das Wort *fair* kommt auf der Internetseite nicht vor. Dennoch spricht auch *Datacoup* von einer *asymmetrischen Dynamik* zwischen Datenmaklern und *Datenerzeugern*. Diese sei dadurch begründet, dass Unternehmen *enorme Summen* mit Daten verdienen, ohne dabei eine Vergütung an diejenigen zu zahlen, von denen die Daten stammen. Die bestehende Ungleichheit soll nach dem Verständnis von *Datacoup* bereits durch die Möglichkeit der Realisierung des Wertes der persönlichen Daten aufgehoben werden. Das Fairnessversprechen von *Datacoup* ist demnach – wie schon sein Kontrollversprechen – rein kommerziell geprägt.

---

<sup>63</sup> Vgl. den Zusammenhang, in welchem Kontrolle auf der Internetseite von *Datacoup* erwähnt wird: [...] *wichtigste Schritt ist es, die Menschen für die Güter, welche sie herstellen, zu entschädigen. Wir stehen für eine Zukunft in der Individuen wie du die Kontrolle über ihre Daten haben und von ihrem Wert am meisten profitieren.*, Kapitel 8 C.I.

Die Motivation der Marktplatzeröffnung liegt bei allen Anbietern in dem Streben begründet, einen Ort zum Datenhandel zu schaffen und somit dem bereits erwähnten *status quo* entgegenzuwirken. Nach der aktuellen Verwertungspraktik werden die Datensubjekte nicht an dem, mittels ihrer Daten generierten Gewinn beteiligt. Die Eröffnung des Marktplatzes geschieht, um diese Praxis im Interesse und zugunsten der Datensubjekte zu verändern. Alle drei Datenverwerter sympathisieren mit den Datensubjekten, in deren Interesse sie eine noch nicht bestehende Verwertungsmöglichkeit schaffen wollen. Sie wollen *helfen*, ihre Daten zum Gegenstand eines Handels zu machen. Dieser Eindruck wird durch die Gesamtwirkung der Internetseiten vermittelt. Die Betreiber greifen die Bedürfnisse von Einzelpersonen auf und bieten Abhilfemöglichkeiten von der aktuellen Praktik. *Dime* verwendet beispielsweise Formulierungen wie, *Dime unternimmt etwas dagegen und Zusammen arbeiten wir an einem transparenten Datenhandel*. *Data Fairplay* wählt die Formulierungen *Wir alle stehen auf der gleichen Seite* und *Lasst uns gemeinsam den Datenhandel in Deutschland verändern*. Und *Datacoup* spricht davon, *die asymmetrische Dynamik, die unsere persönlichen Daten umgibt*, ändern zu wollen. Die Unternehmen stehen der aktuellen Situation dementsprechend nicht neutral gegenüber, sondern beziehen Partei für die Individuen. Die Bereitstellung des Marktplatzes geschieht im Interesse der Datensubjekte und ist somit nicht gleichermaßen an Anbieter- und Käuferinteressen ausgerichtet.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich die Leistungsbeschreibungen von *Dime* und *Data Fairplay* sehr ähneln. Beide bieten einen digitalen Marktplatz für Datenhandel an, mit der Besonderheit, dass dieser Marktplatz fairen Regeln unterworfen ist. Kommerziellen Aspekten sowie Fairness- und Kontrollgesichtspunkten kommt eine gleichgestellte Bedeutung zu. *Datacoup* verspricht rein kommerzielle Vorteile, nämlich die Generierung eines möglichst hohen geldwerten Vorteils. Kontroll- oder Fairnessgedanken, welche über die Realisierung eines Profits hinausgehen, bleiben außen vor. Alle drei Anbieter positionieren sich auf der Seite der Einzelpersonen, um diese bei der Verwertung ihrer Daten zu unterstützen. Hier kristallisiert sich der Interessenwahrnehmungscharakter der Rechtsverhältnisse heraus,<sup>64</sup> der eine Einordnung als Treuhand bedingt.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Kapitel 9.

<sup>65</sup> Kapitel 12.

## Kapitel 9

# Modellübergreifende Ableitung von Leistungspflichten

Die Ableitung von Leistungspflichten ermöglicht die Bestimmung der geschuldeten Leistung und damit eine Einordnung der untersuchten Verwertungsmodelle als Interessenwahrnehmungsverhältnis.<sup>1</sup> Hierdurch können die Pflichten, denen fremdnützige Datenverwerter im Datenverwertungsverhältnis unterliegen, bestimmt und die Rechte von Verbrauchern identifiziert werden.<sup>2</sup>

Die Analyse zeigt, dass sich die Leistungspflichten der untersuchten Verwertungsmodelle im Kern ähneln. Die Leistungspflichten können deshalb modellübergreifend bestimmt werden. Alle Datenverwerter haben die Pflicht, einen digitalen Marktplatz, der die von ihnen beworbenen Funktionalitäten aufweist, bereitzustellen (Abschnitt A.). Bei der Verwertung der Daten haben sie die Interessen der Datensubjekte zu wahren (Abschnitt B.). Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung beinhaltet zwei Komponenten. Zum einen haben sie die Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten zu unterstützen (Abschnitt B.I.), zum anderen haben sie sicherzustellen, dass den Datensubjekten die Kontrolle über Einzelheiten der Datenverwertung zukommt (Abschnitt B.II.). Die Datenverwerter *Dime* und *Data Fairplay* haben sich zudem den Qualitätsstandard der Fairness gesetzt, welcher die Interessenwahrnehmungspflicht konkretisiert und intensiviert (Abschnitt B.III.). Die konkreten Anforderungen, die der Qualitätsstandard an die Datenverwerter stellt, unterscheiden sich bei *Dime* und *Data Fairplay*. *Data Fairplay* hat zu gewährleisten, dass die Angebote, die es an die Datensubjekte weiterleitet, eine Gegenleistung enthalten (Abschnitt B.III.1.). Auch *Dime* darf nur solche Ausführungsverträge mit Unternehmen schließen, welche eine Gegenleistung beinhalten. Zudem muss es die

---

<sup>1</sup> Vgl. Teil 3; zu Interessenwahrnehmungsverhältnissen in Dtl. und den Nl.: Kapitel 5 ff.

<sup>2</sup> Zu Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 15.

Datensubjekte an dieser Gegenleistung in einem fairen Ausmaß beteiligen (Abschnitt B.III.2.). Die Betrachtung des Gesamterscheinungsbilds der beworbenen digitalen Marktplätze ergibt, dass die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte dominierend ist und die Vertragsverhältnisse maßgebend charakterisiert (Abschnitt C.).

### A. Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes mit bestimmten Funktionalitäten

Die Leistungsbeschreibungen der Datenverwerter zeigen,<sup>3</sup> dass sie einen digitalen Marktplatz zum Handel mit persönlichen Daten eröffnen wollen. Diese Beschreibung korrespondiert mit der Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes, der die Funktionalitäten aufweist, die auf den Internetseiten beworben werden.

Objekte des Marktplatzes sind personenbezogene Daten, welche im Austausch gegen eine Gegenleistung gehandelt werden.<sup>4</sup> Mangels der Verkörperung der Handelsobjekte muss der Marktplatz digital ausgestaltet sein und erfordert daher eine technische Infrastruktur. Da laut Leistungsbeschreibung ausschließlich die Verwertung von Daten beworben wird, muss die Infrastruktur auch nur die Verwertung derselben ermöglichen. Eine Handelsmöglichkeit mit anderen Waren oder Dienstleistungen muss nicht angeboten werden. Zur genauen Bestimmung des geschuldeten Leistungsumfanges ist es erforderlich, den weiten Begriff *Daten* einzugrenzen. Die Internetauftritte der Datenverwerter werben mit der Handelsmöglichkeit von Daten, die sich auf die jeweiligen Datensubjekte beziehen.<sup>5</sup> Welche persönlichen Daten Objekt des Handels auf dem digitalen Markt sein können, variiert je nach Angebot des spezifischen Datenverwerter und bestimmt sich entsprechend der jeweiligen Leistungsbeschreibung auf deren Internetseite. Bei den in dieser Arbeit analysierten Verwertern können bestimmte

---

<sup>3</sup> Zu den Leistungsbeschreibungen: Kapitel 8.

<sup>4</sup> Welche Waren oder Dienstleistungen auf wirtschaftlichen Handelsplattformen gehandelt werden, sollte Teil der Leistungsbeschreibung sein, vgl. *Redeker*, in: Handbuch Multimedia-recht (Teil 12, Rdnr. 464).

<sup>5</sup> Zur Beschreibung der Internetauftritte der Datenverwerter: Kapitel 8.

Daten zur Verfügung gestellt oder aus anderen Internetdiensten verknüpft werden. Hieraus ergibt sich, welche Daten Gegenstand des Handels sein können. Bei *Data Fairplay* müsste beispielsweise zumindest eine Verwertungsmöglichkeit für Lieblingsmarken, Hobbys und Kleidergrößen geschaffen werden;<sup>6</sup> bei *Dime* müssten etwa Personalien und demografische Daten Objekt des Handels sein können.<sup>7</sup> *Datacoup* wirbt damit, dass auch Bank- oder Kreditkarten verbunden werden können.<sup>8</sup>

Datenverwertung bedeutet nach dem Verständnis der hier untersuchten Modelle, dass Unternehmen die Daten von Individuen zur Nutzung erhalten und im Gegenzug eine geldwerte Vergütung bezahlen. Dies erfordert den Abschluss eines Ausführungsvertrags, der das Einräumen einer Nutzungsmöglichkeit der Daten mittels einer Einwilligung der Datensubjekte gegenüber den Unternehmen zum Gegenstand hat.<sup>9</sup> Aus dem Bewerben einer Verdienstmöglichkeit in Form des Datenmarktplatzes erwächst für die Datenverwerter die Pflicht, dass dieser Marktplatz die tatsächliche Möglichkeit zum Abschluss von Verträgen vorsieht, die auf die Verwertung von Daten gerichtet sind. Die technische Infrastruktur des digitalen Marktplatzes muss entsprechend ausgestaltet sein und die für eine Verwertung erforderlichen Schritte ermöglichen. In den untersuchten Modellen werben die Datenverwerter damit, dass die Datensubjekte ein Profil erstellen, welches interessierte Unternehmen einsehen können. Die technische Infrastruktur sollte die Möglichkeit einer solchen Profilerstellung durch die Datensubjekte unterstützen. Die Profile müssen gegenüber interessierten Käufern geeignet aufbereitet und präsentiert werden. Ferner ist je nach Ausgestaltung des Modells eine Möglichkeit der Kontaktaufnahme interessierter Unternehmen mit den anbietenden Datensubjekten oder den Datenverwertern nötig. Des Weiteren soll die Organisation und Abwicklung des Austauschs der Daten

---

<sup>6</sup> Vgl. die Beschreibung des Internetauftritts von *Data Fairplay*: Kapitel 8 B.

<sup>7</sup> Vgl. die Beschreibung des Internetauftritts von *Dime*: Kapitel 8 A.

<sup>8</sup> Vgl. die Beschreibung des Internetauftritts von *Datacoup*: Kapitel 8 C.

<sup>9</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Ausführungsverträge: Kapitel 11 B.; zur datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand: Kapitel 3 C.

gegen die Gegenleistung als Folge erfolgreicher Verhandlungen ermöglicht werden.<sup>10</sup>

Neben der Möglichkeit, auf dem Datenmarktplatz Geld zu verdienen, muss die technische Infrastruktur die Kontrolle der Datensubjekte über die Datenverwertungen gewährleisten. Legt man die untersuchten Geschäftsmodelle zugrunde, bedeutet Kontrolle über Datenverwertungen die Schaffung von Einflussnahmemöglichkeiten auf die Datenverwertung. Die tatsächliche Ausprägung der Pflicht ist modellabhängig. Je nach der individuellen Ausgestaltung des Geschäftsmodells kann sich die Einflussnahmemöglichkeit auf die Auswahl der zum Verkauf freigegebenen Daten<sup>11</sup> und auf die Festlegung der Verwertungszwecke<sup>12</sup> beschränken. Sie kann darüber hinaus auch das Erfordernis einer Genehmigung jedes einzelnen Verkaufsangebotes bedeuten.<sup>13</sup> Entscheidend ist jedenfalls, dass der Einzelne innerhalb des versprochenen Rahmens selbst bestimmen kann, welche seiner Daten verwertet werden. Die Personen müssen selbst festlegen können, welche Angaben sie in das Profil einpflegen. Eine Änderung dieser Daten muss jederzeit möglich sein. Kontrolle bedeutet ferner das Einräumen einer sofortigen Beendigungsmöglichkeit.

Der digitale Marktplatz muss zugänglich und verfügbar sein. Die technische Infrastruktur erfordert komplexe technische Systeme, die Störungen aufweisen können und regelmäßig gewartet werden müssen. Da Störungen selbst bei optimierter Technik mit zuverlässigen Backup-Services nicht auszuschließen sind,

---

<sup>10</sup> Vgl. zur Pflicht der Ermöglichung von Kommunikation bei wirtschaftlich orientierten Plattformen, *Redeker*, in: Handbuch Multimediarecht (Teil 12, Rdnr. 458); für die Pflichten von Plattformbetreibern von Auktionsplattformen vgl. *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 87).

<sup>11</sup> Sowohl bei *Dime* als auch bei *Datacoup* können die Nutzer entscheiden, welche Internetdienste verknüpft werden. Bei *Dime* kann sogar innerhalb der Dienstauswahl eine Auswahl der dort vorhandenen Daten getroffen werden. Bei *Data Fairplay* erfolgt keine Verknüpfung mit anderen Internetdiensten, sondern die Nutzer können selbst ausgewählte Informationen in ihr Profil einpflegen, s. die Darstellung der Internetauftritte von *Dime* und *Data Fairplay*: Kapitel 8 A. und B.

<sup>12</sup> Bei *Dime* können die Nutzer zwischen der Datenverwertung zum Zweck wissenschaftlicher Studien und Marketing wählen, s. die Ausführungen zum Internetauftritt: Kapitel 8 A.

<sup>13</sup> Bei *Data Fairplay* können die Nutzer über die Annahme jedes Angebotes von Unternehmen selbst entscheiden, s. die Ausführungen zum Internetauftritt: Kapitel 8 B.

dürfen die Datensubjekte nicht von einer einhundertprozentigen Zuverlässigkeit des digitalen Marktplatzes ausgehen. Erwartet werden kann jedoch, dass Systemausfälle nur insoweit auftreten, wie sie bei der Verwendung geeigneter Sicherheitsmaßnahmen einschließlich entsprechender Backup-Systeme nicht vermeidbar sind. Entsprechend trifft die Datenverwerter die Pflicht zur Gewährleistung einer möglichst hohen Verfügbarkeit des digitalen Marktplatzes unter Zuhilfenahme angemessener technischer Standards wie etwa Sicherheitsvorkehrungen, Backup-Systemen und Wartungen in regelmäßigen Intervallen.<sup>14</sup> Bei der Auswahl der Technik ist darauf zu achten, dass die datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten gemäß Art. 32 DSGVO umgesetzt werden. Hierfür müssen unter anderem Pseudonymisierungs- und Verschlüsselungsmaßnahmen ergriffen werden. Außerdem sind die Vorgaben des privacy by design und by default, Art. 25 DSGVO, zu berücksichtigen.<sup>15</sup>

Zusammenfassend beinhaltet die Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes die Bereitstellung einer technischen Infrastruktur, die den Abschluss von Verträgen über die Nutzung personenbezogener Daten des Einzelnen ermöglicht. Hierzu ist eine Profilerstellung erforderlich, die mit Auswahl- und Beendigungsmöglichkeiten ausgestattet ist. Die Infrastruktur sollte die Vorbereitung, Durchführung und Abwicklung der Datentransaktionen ermöglichen und unter Einbeziehung angemessener technischer Standards möglichst ohne Störungen zur Verfügung stehen. Dabei sind die datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten zu berücksichtigen.

## B. Pflicht zur Wahrung der Interessen der Datensubjekte

Im Zusammenhang mit dem Verwertungsvorgang haben die Datenverwerter im Interesse der Datensubjekte zu handeln. Die Datenverwerter bewerben einen digitalen Marktplatz, der die Verwertung von personenbezogenen Daten sowie die Kontrolle über Spezifika der Verwertung ermöglichen soll. Hierdurch ist der digitale Marktplatz an den Bedürfnissen der Datensubjekte ausgerichtet, denen

---

<sup>14</sup> Zu wirtschaftlich orientierten Plattformen vgl. *Redeker*, in: Handbuch Multimediarecht (Teil 12, Rdnr. 20); zur Einschränkung der Verfügbarkeit in AGB: BGH, Urteil vom 12. Dezember 2000 – XI ZR 138/00 (OLG Köln, LG Köln), MMR 2001, 225.

<sup>15</sup> Zu den datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten: Kapitel 3 D.

er die Gelegenheit bietet, selbstbestimmt monetäre Ziele zu erreichen. Die Marktplätze von *Dime* und *Data Fairplay* weisen zudem die Besonderheit auf, fair zu sein. Durch die Ausrichtung des Marktplatzes auf die Interessen der Datensubjekte signalisieren die Datenverwerter eine gewisse Loyalität gegenüber den Letzteren. Dementsprechend trifft sie auch die Pflicht, stets entsprechend der Bedürfnisse der Datensubjekte, und nicht entgegen ihrer Interessen, zu handeln. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung beinhaltet die Interessenwahrnehmung zur Unterstützung beim Absatz der Daten (Abschnitt I.), die Interessenwahrnehmung zur Gewährleistung von Kontrolle (Abschnitt II.) und bei *Dime* und *Data Fairplay* die Einhaltung des Qualitätsstandards der Fairness (Abschnitt III.).

### I. Interessenwahrnehmung zur Unterstützung beim Absatz der Daten

Im Rahmen der Absatzunterstützung müssen die Datenverwerter ihre Bemühungen darauf ausrichten, die monetären Interessen der Datensubjekte in Bezug auf ihre Daten umzusetzen. Dabei hängen die konkret geschuldeten Tätigkeiten von der jeweiligen Funktion des Datenverwerter ab. Diese variiert modellspezifisch. Die Einordnung von *Data Fairplay* ergibt beispielsweise eine Vermittlerrolle, *Dime* wird mittelbar stellvertretend tätig und *Datacoup* agiert als Zwischenhändler.<sup>16</sup> Die Pflichten des Datenverwerter ergeben sich nicht nur aus der Leistungsbeschreibung, sondern auch aus dem Vertragstyp, dem das Vertragsverhältnis angehört.<sup>17</sup> Die einschlägigen Interessenwahrnehmungsverhältnisse sehen spezifische, auf die jeweilige Intermediärtätigkeit abgestimmte Pflichten wie die Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers, Offenlegungs- und Herausgabepflichten vor.<sup>18</sup>

Modellübergreifend lässt sich festhalten, dass der Datenverwerter in all seinen Funktionen zwischen Datensubjekten und Unternehmen steht. Die Interessenwahrnehmungspflicht ist modellspezifisch ausgestaltet. Sie verpflichtet die Intermediäre dazu, im Interesse der Datensubjekte einen möglichst hohen geldwerten Vorteil zu erreichen. Dabei muss den Interessen der Datensubjekte oberste Priorität zukommen. Die Datenverwerter dürfen Provisionsanreize

---

<sup>16</sup> Zu den Typisierungsüberlegungen: Kapitel 10 E.

<sup>17</sup> Vgl. Kapitel 1.

<sup>18</sup> Zu den Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis Kapitel 15.

nur nachgehen, wenn die Verwertung für die Datensubjekte vorteilhaft ist. Verwertungen, die ausschließlich im Interesse der Datenverwerter liegen, jedoch konträr zu den Interessen der Datensubjekte stehen, bedeuten eine Pflichtverletzung.<sup>19</sup>

## II. Interessenwahrnehmung zur Gewährleistung von Kontrolle

Die Interessenwahrnehmungspflicht umfasst nicht nur die Pflicht, die Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten zu unterstützen, sondern auch die Pflicht, ihnen die Kontrolle über Einzelheiten der Verwertung zu ermöglichen. Das Leistungsversprechen, das Datensubjekt könne Einfluss auf die Einzelheiten der Datenverwertungen nehmen, wäre wertlos, wenn die Datenverwerter mit den Daten nicht in diesem Sinne umgingen. Der Datenverwerter darf deshalb zunächst nur solche Verwertungen anvisieren, welche auch von dem Datensubjekt genehmigt werden. Er muss darauf achten, dass die von ihm verwerteten Daten stets richtig und vollständig sind. Er darf die Daten nicht im eigenen Interesse nutzen und muss angemessene technische Sicherungsvorkehrungen treffen. Die Einzelheiten dieser Anforderungen werden im Folgenden genauer erläutert. Es wird sich zeigen, dass die Datenverwertungsverhältnisse aufgrund der besonderen Vertrauenssituation als treuhänderische Verhältnisse einzuordnen sind.<sup>20</sup>

Zur Gewährleistung von Kontrolle müssen die Datenverwerter die Daten, welche die Datensubjekte in das Profil eingeben und zur Verwertung freigeben, entsprechend der jeweiligen Vorgaben behandeln. Verwertungsbemühungen dürfen sie nur in Bezug auf die Daten, für die die Datensubjekte ihre Erlaubnis erteilt haben, sowie nur in dem jeweils bestimmten Umfang nachgehen. Die von den Datensubjekten angegebenen Zwecke, zu welchen die Daten „verkauft“ und zukünftig verarbeitet werden dürfen, müssen strikt beachtet werden.<sup>21</sup> Bei einem Verstoß gegen die Zweckbindung läge nicht nur eine Verletzung der Interessenwahrnehmungspflicht vor. Vielmehr wäre der Verwertungsvorgang aus

---

<sup>19</sup> Zur allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.

<sup>20</sup> Kapitel 12.

<sup>21</sup> Zur allg. Pflicht zur Interessenwahrnehmung: Kapitel 15 A.

datenschutzrechtlicher Sicht aufgrund eines Verstoßes gegen den Zweckbindungsgrundsatz<sup>22</sup> unzulässig, und die Datenverarbeitung somit unrechtmäßig. Dasselbe Schicksal träfe eine Verwertung von Daten, welche nicht zur Verwertung freigegeben wurden. Für eine Verarbeitung dergleichen läge keine datenschutzrechtliche Einwilligung vor, welche als Rechtsgrundlage des Vorgangs dienen könnte.<sup>23</sup>

Gewährleistung von Kontrolle bedeutet des Weiteren, dass die Datenverwerter keine unrichtigen oder unvollständigen Daten verarbeiten. Sie dürfen die Daten nicht vorsätzlich verändern oder verfälschen. Die zivilrechtliche Pflicht zur ausschließlichen Verwertung richtiger Daten wird datenschutzrechtlich durch das Recht auf Berichtigung, Art. 16 DSGVO, ergänzt.<sup>24</sup> Die hier angesprochenen unerlaubten Datenänderungen müssen jedoch sorgfältig von erlaubten, bzw. der Verwertung sogar dienlichen Veränderungen abgegrenzt werden. Die Aufbereitung der Daten, welche gelegentlich die Anonymisierung beinhaltet, ist teilweise ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung enthalten<sup>25</sup> und liegt im Interesse der Datensubjekte. Solche Verarbeitungen sind dementsprechend auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive zulässig.<sup>26</sup>

Ausgeschlossen ist auch eine Aufbereitung der Daten durch die Datenverwerter zu eigenen Zwecken. Die Datenverwerter dürfen die Daten nicht im eigenen Interesse verarbeiten, z.B. außerhalb der Leistungsbeschreibung analysieren und auswerten. Sie dürfen die Daten nicht eigennützig gegenüber Dritten offenlegen oder die Daten gar außerhalb der von den Datensubjekten erlaubten Zwecken selbstständig verwerten, um hieraus einen Profit zu ziehen. Sie dürfen den Datensubjekten ferner keine Verwertungen anraten oder vorschlagen, welche zwar den eigenen Interessen dienen, die Interessen der Datensubjekte aber konterkarieren. Mögliche Verstöße wären in der Weitergabe an unseriöse Unternehmen,

---

<sup>22</sup> Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Zum Zweckbindungsgrundsatz und den Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen: Kapitel 3 B.

<sup>23</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung des Vertrages: Kapitel 11.

<sup>24</sup> Zum Recht auf Berichtigung und weiteren Interventions- und Steuerrechten der betroffenen Person: Kapitel 15 C.V.

<sup>25</sup> *Datacoup* anonymisiert die Daten zu Aufbereitungszwecken: Kapitel 8 C; *Data Fairplay* bietet die Daten anonymisiert an: Kapitel 8 B.

<sup>26</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung des Vertrages: Kapitel 11.

die für einen verantwortungslosen Umgang mit Daten bekannt sind, zu Provisionszwecken zu sehen.<sup>27</sup>

Dem Versprechen, die Kontrolle ausüben zu können, ist immanent, dass die Daten nicht unbeabsichtigt anderweitig an Dritte gelangen können. Die Datenverwerter sind also verpflichtet, mit den Daten verantwortungsvoll und gewissenhaft, das heißt im Interesse der Datensubjekte, umzugehen. Profildaten, für das ein Unternehmen ein Angebot macht, dürfen erst dann offengelegt werden, wenn ein Vertrag geschlossen wurde. Außerdem müssen die Daten angemessen gesichert und vor fremdem Zugriff geschützt werden. Könnten Dritte ohne das Überwinden von Sicherheitsmechanismen auf die Daten zugreifen, wäre die Kontrolle über die Datenverwertungen nicht gewahrt. Hier findet eine Überschneidung zu der Pflicht zum Ergreifen angemessener Sicherheitsstandards, welche sich schon aus der Pflicht zur Bereitstellung des digitalen Marktplatzes ergibt, statt. Erforderlich sind solche Standards, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen und die datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten umsetzen.<sup>28</sup> Die zivilrechtlichen Sicherungspflichten werden durch datenschutzrechtliche Sicherungspflichten ergänzt.<sup>29</sup>

Die Ausführungen zur Gewährleistung von Kontrolle gelten insbesondere für *Dime* und *Data Fairplay*. Diese Unternehmen werben in ihrer Leistungsbeschreibung mit dem Erhalt von Kontrolle.<sup>30</sup> Doch auch *Datacoup* unterliegt der Pflicht zu einem verantwortungsvollen Umgang mit den Daten, obwohl es diese nicht explizit herausstellt. Auch die Leistungsbeschreibung von *Datacoup* zielt auf die Unterstützung der Datensubjekte. Diese Zusicherung impliziert die Beachtung der gemachten Vorgaben und ein interessenwahrendes Verhalten. Zudem unterliegt *Datacoup*, wie auch die beiden anderen Unternehmen, dem gel-

---

<sup>27</sup> Zur Pflicht zur Interessenwahrnehmung und der Voranstellung der Interessen des Geschäftsherrn s. Kapitel 15 A.

<sup>28</sup> Zu den Anforderungen an die Bereitstellung des Marktplatzes: Kapitel 9 A.

<sup>29</sup> Art. 25, 32 DSGVO; s. hierzu: Kapitel 3 D.

<sup>30</sup> S. zusammenfassend zum Inhalt der Leistungsbeschreibungen: Kapitel 8 D.

tenden Datenschutzrecht. Das Unternehmen muss sich also datenschutzkonform verhalten und insbesondere die Verarbeitungsgrundsätze<sup>31</sup> und das Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>32</sup> beachten.

### III. Einhaltung des Qualitätsstandards Fairness

Die Interessenwahrnehmungspflicht wird durch das Versprechen von Fairness zusätzlich bekräftigt. *Dime* und *Data Fairplay* betonen in ihren Leistungsbeschreibungen wiederholt, der digitale Marktplatz sei – im Gegensatz zu der bisherigen Verwertungspraktik – von Fairness geprägt.<sup>33</sup> Durch diese Aussage wird ein Qualitätsstandard an den digitalen Marktplatz gesetzt. Dieser muss von den Datenverwertern dementsprechend eingehalten werden. Der Qualitätsstandard umfasst nach dem Verständnis von *Dime* und *Data Fairplay*, dass Datenverwertungen nur mit Einverständnis der Datensubjekte geschehen und diese von dem aus der Verwertung resultierenden Gewinn profitieren.<sup>34</sup> Inhaltlich wirkt sich der Fairnessgedanke insofern auf die Pflicht zur Interessenwahrnehmung aus, als dass er sowohl die Gewährleistung von Kontrolle als auch die Unterstützung beim Absatz der Daten umfasst.

Bezogen auf die Pflicht zur Gewährleistung von Kontrolle untermauert die Fairnessanforderung die Vorgabe, dass die Datenverwerter nur diejenigen Daten anbieten und verwerten dürfen, für die eine Erlaubnis der Datensubjekte vorliegt. Die Datenverwerter dürfen keine Verwertungsvorgänge entgegen der Angaben der Datensubjekte bemühen. Bezüglich der geschuldeten Absatzunterstützung manifestiert sich die Fairnessanforderung in einem angemessenen geldwerten Vorteil für die Datensubjekte. Das heißt konkret, dass die Daten nicht kostenlos an Unternehmen weitergegeben werden dürfen; sämtliche Verwertungen müssen eine Gegenleistung der Unternehmen vorsehen. Die exakten Anforderungen des Qualitätsstandards hängen von dem jeweiligen Verwertungsmodell ab und werden im Folgenden exemplarisch für *Data Fairplay* und *Dime* untersucht.

---

<sup>31</sup> Die Verarbeitungsgrundsätze sind in Art. 5 DSGVO niedergelegt; s. hierzu: Kapitel 3 A.

<sup>32</sup> Sämtliche Datenverarbeitungen bedürfen einer Rechtsgrundlage, Art. 6 DSGVO, s. hierzu: Kapitel 3 B.

<sup>33</sup> S. die Ausführungen zum Internetauftritt: Kapitel 8 A., B.

<sup>34</sup> Vgl. die Ausführungen zum Internetauftritt: Kapitel 8 A., B. und D.

### 1. Anforderungen des Qualitätsstandards bei *Data Fairplay*

*Data Fairplay* wirbt mit der Aussage, *Lass dich für deine Daten bezahlen*. Das Erhalten einer Leistung im Austausch gegen die Datennutzung zeichnet den *fairen* digitalen Datenmarktplatz von *Data Fairplay* aus.<sup>35</sup> Der Qualitätsstandard setzt daher die Anforderung an die Datenverwerter, dass die Datensubjekte einen geldwerten Vorteil im Gegenzug für die Datennutzung erhalten. Bei *Data Fairplay* wenden sich die Unternehmen mit ihren Angeboten direkt an die Datensubjekte. Der Datenverwerter hat in diesem Modell keinen direkten Einfluss auf die Angebote, die Unternehmen den Datensubjekten auf dem digitalen Marktplatz unterbreiten. Die Datensubjekte entscheiden selbst darüber, das Offerierte anzunehmen oder abzulehnen.<sup>36</sup> Diese Ausgestaltung des Modells weist die Entscheidungsmacht, einen gebotenen Preis zu akzeptieren, eindeutig dem Datensubjekt zu. Vorausgesetzt wird, dass überhaupt eine Gegenleistung angeboten wird. Der Qualitätsstandard legt *Data Fairplay* somit die Pflicht auf, die Angebote der Unternehmen auf das Vorhandensein einer Gegenleistung zu prüfen und nur solche Angebote an die Datensubjekte heranzutragen, die diese Anforderung erfüllen. Sonstige Angebote sind als *unfair* einzustufen und entsprechen nicht dem beworbenen Qualitätsstandard eines fairen Marktplatzes.

### 2. Anforderungen des Qualitätsstandards bei *Dime*

Der Datenverwerter *Dime* wirbt damit, dass er den Unternehmen *faire Daten* anbietet. Damit sind Daten gemeint, die mit Einverständnis der Datensubjekte und im Austausch für eine Gegenleistung genutzt werden. Die Unternehmen bezahlen *Dime* und *Dime* leitet einen *fairen Anteil* der Gegenleistung an die Datensubjekte weiter.<sup>37</sup> Der Datenverwerter *Dime* ist somit in zweierlei Hinsicht an die Wahrung von Fairness gebunden. Der Qualitätsstand wirkt sich zunächst dahingehend aus, dass die Daten nur gegen einen monetären Vorteil verwertet werden. Sodann sind die Datensubjekte mittels eines *fairen Anteils* an dem Verkaufserlös zu beteiligen.

---

<sup>35</sup> S. die Ausführungen zum Internetauftritt: Kapitel 8 B.

<sup>36</sup> Vgl. die Formulierungen: „*Findest du das Angebot interessant, nimmst du an der Aktion teil [...]?*“ und „*Aber natürlich nur, solange [...] der Preis für deine Daten stimmt!*“: Kapitel 8 B.I.

<sup>37</sup> S. die Ausführungen zum Internetauftritt von *Dime*: Kapitel 8 A.

Bei dem von *Dime* beworbenen Verwertungsmodell können die Individuen nicht selbst entscheiden, welche Angebote sie annehmen. Der Verwertungsvorgang erfolgt über den Datenverwerter. Somit bedingt der Qualitätsstandard, dass *Dime* die Daten nur im Austausch gegen eine monetäre Gegenleistung verwerten darf. Insoweit wirkt sich der Qualitätsstandard des Rahmenvertrags über die digitale Marktplatznutzung auf den Inhalt der auf dem digitalen Marktplatz geschlossenen Ausführungsverträge über die Datennutzung aus. Fraglich ist, ob der Qualitätsstandard auch bestimmte Anforderungen an die Höhe der Gegenleistung stellt, oder ob die Fairnessanforderung schon dadurch gewahrt wird, dass – entgegen der gängigen Praxis – überhaupt eine Gegenleistung erlangt wird. Die Möglichkeit, überhaupt einen monetären Vorteil aus der Datenverwertung zu erlangen, stellt nach dem Verständnis von *Dime* die *Verwertungspraxis auf den Kopf*. Hierdurch soll ein *fairer* Datenmarkt geschaffen werden.<sup>38</sup> Der Qualitätsstandard bezieht sich deshalb lediglich auf die Tatsache, dass überhaupt eine Gegenleistung gezahlt wird, stellt aber keine Anforderungen an die Höhe dergleichen.

Die Datensubjekte sollen an der monetären Gegenleistung *fair* beteiligt werden. Die Fairness des Marktplatzes bezieht sich damit auch auf das Verhältnis zwischen dem Ausgangsbetrag der Gegenleistung und dem an das Datensubjekt weitergeleiteten Betrag. Genauere Informationen darüber, was *Dime* unter einem *fairen Anteil* versteht, lässt der Internetauftritt vermissen.<sup>39</sup> Bei der Bestimmung eines fairen Verhältnisses sollten Interessen beider Parteien Berücksichtigung finden. Dies sind zum einen das Interesse des Datenverwerter an einer Gewinnerzielung und der Deckung der Bereitstellungskosten des digitalen Marktplatzes, zum anderen das Interesse des Datensubjekts, mittels der Datenverwertung – wie es der Marktplatz ausdrücklich verspricht – Geld verdienen zu können.

Zusammenfassend verpflichtet der beworbene Qualitätsstandard *Dime* einerseits dazu, lediglich solche Ausführungsverträge mit Unternehmen zu schließen, welche eine Gegenleistung beinhalten. Andererseits müssen die Datensubjekte an dieser Gegenleistung in einem fairen Ausmaß beteiligt werden.

---

<sup>38</sup> S. die Ausführungen zum Internetauftritt von *Dime*: Kapitel 8 A.

<sup>39</sup> Hierin ist ein Verstoß gegen Offenlegungspflichten zu sehen: Kapitel 15 D.IV.

## C. Ergebnis: Interessenwahrnehmungspflicht als charakterisierende Pflicht

Die Auswertung der Leistungsbeschreibung der Verwertungsmodelle hat ergeben, dass die Datenverwerter zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes und zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte verpflichtet sind.

Die Pflicht zur Bereitstellung des digitalen Marktplatzes beinhaltet vor allem technische und datenschutzrechtliche Komponenten. Erforderlich ist die Bereitstellung einer technischen Infrastruktur, welche die erforderlichen Funktionen zum Betreiben eines digitalen Marktplatzes aufweist und gleichzeitig die datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten einhält.

Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung verlangt von den Datenverwertern, die Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten zu unterstützen. Die von der Pflicht zur Absatzunterstützung konkret verlangten Tätigkeiten variieren mit der Ausgestaltung des jeweiligen Modells. Hier ist einzelfallabhängig zu untersuchen, welche konkrete Intermediär-Funktion der Datenverwerter bewirbt. Eine konkrete Zuordnung der Verwertungsmodelle zu einem gesetzlichen Vertragstyp erfolgt im nächsten Abschnitt (Kapitel 10). Modellübergreifend stellt der Erhalt einer monetären Gegenleistung für die Nutzung der Daten das Ziel der Absatzbemühungen dar. Zur Zielerreichung agieren die Datenverwerter als Zwischenpersonen zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen. Der Qualitätsstandard der Fairness spezifiziert die an die Absatzbemühungen zu stellende Qualität bei *Data Fairplay* und *Dime*. *Data Fairplay* ist dazu verpflichtet, nur solche Angebote an die Datensubjekte weiterzuleiten, die tatsächlich eine geldwerte Gegenleistung beinhalten. Auch *Dime* darf im Rahmen der Absatzbemühungen nur solche Verträge abschließen, die eine Gegenleistung enthalten. An dieser Leistung hat *Dime* die Datensubjekte in einem fairen Umfang zu beteiligen.

Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung verpflichtet die Datenverwerter ferner dazu sicherzustellen, dass die Vorgaben über Einzelheiten der Datenverwertung bei den Datensubjekten liegen. Diese Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht wird für *Dime* und *Data Fairplay* aus dem expliziten Versprechen von Kontrolle in der Leistungsbeschreibung abgeleitet. Die Bedeutung des

Kontrollversprechen wird durch die Betonung der Fairness bei der Datenverwertung unterstrichen. *Datacoup* wirbt zwar nicht explizit mit der Herstellung von Kontrolle, allerdings kann aus dem Internetauftritt, der die Loyalität von *Datacoup* gegenüber den Datensubjekten suggeriert, die Verpflichtung, die Vorgaben der Datensubjekte zu respektieren und nicht entgegen deren Interessen zu handeln, abgeleitet werden. Modellübergreifend sind die Datenverwerter zur Interessenwahrnehmung der Datensubjekte verpflichtet. Hierdurch entsteht eine besondere Vertrauenssituation. Das Ausmaß des entgegengebrachten Vertrauens wird modellspezifisch im Zusammenhang mit Treuhandüberlegungen untersucht (Kapitel 12).

Eine Betrachtung des Gesamtinhalts des Vertrages macht deutlich, dass die Pflicht zur Interessenwahrnehmung das Verhältnis zwischen Datensubjekten und Datenverwertern charakterisiert. Schließlich wird der digitale Marktplatz nur geschaffen, um den Datensubjekte eine Verdienstmöglichkeit zu eröffnen. Zur Sicherstellung einer Abkehr von der bisherigen Datenhandelspraxis richten die Datenverwerter die Ausgestaltung des digitalen Marktplatzes an den Bedürfnissen der Datensubjekte aus. Die Bereitstellung des digitalen Marktplatzes ist nur das notwendige Mittel, das die Ausübung der Interessenwahrnehmungspflicht ermöglicht.<sup>40</sup> Die charakteristische Leistung der Datenverwerter liegt nicht in der Bereitstellung einer Infrastruktur, sondern in der Eröffnung eines Marktplatzes, der den Handel mit personenbezogenen Daten ermöglicht. Die Bereitstellung der technischen Infrastruktur steht somit im Hintergrund. Die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte prägt dagegen elementar das Geschäftsmodell. Die Interessenwahrnehmungspflicht ist somit die charakterisierende Pflicht des Vertrages.

---

<sup>40</sup> Überlegung angelehnt an *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 88 f.).

## Kapitel 10

# Typisierungsüberlegungen bezüglich der Pflicht zur Absatzunterstützung

Zur Determinierung konkreter vertragsspezifischer Interessenwahrnehmungspflichten wird in diesem Abschnitt untersucht, welchem Vertragstyp<sup>1</sup> die Rahmenbeziehung zwischen Datensubjekten und Datenverwertern im Hinblick auf die Pflicht zur Unterstützung beim Absatz der Daten<sup>2</sup> zuzuordnen ist. Hierbei werden im Zusammenhang mit Plattformen stehende Überlegungen zurate gezogen. Zur Einführung des Begriffs Plattformen und die im Zusammenhang mit Plattformen stehenden Problematiken, auch in Hinblick auf die vertragliche Einordnung, beginnt das Kapitel mit einer Einführung zu plattformbasierten Internetdiensten (Abschnitt A.). Anschließend werden Gemeinsamkeiten der Verwertungsmodelle mit Plattformen aufgezeigt, welche die Heranziehung der Materie rechtfertigen (Abschnitt B.). Um die Einordnung zu erleichtern, werden sodann Möglichkeiten der vertragsrechtlichen Ausgestaltung bei Drei-Personen-Konstellationen mit Bezug zu den Datenverwertungsmodellen aufgezeigt (Abschnitt C.). Es gilt zu beachten, dass für die vertragliche Zuordnung die tatsächlichen Gegebenheiten des Vertragsverhältnisses entscheidend sind. Die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien ist hingegen nicht ausschlaggebend. Vor diesem Hintergrund wird die zur Plattform *Uber* ergangene Rechtsprechung vorgestellt. Trotz des Eigenverständnisses von *Uber* als Vermittlerin spricht der EuGH der Plattform aufgrund ihres „beherrschenden Einflusses“ die Eigenschaft als Vertragspartnerin zu (Abschnitt D.I.). Dieser Anknüpfungspunkt wird auch von der Europäischen Kommission sowie einer Forschungsgruppe des European Law Institute vorgeschlagen, jedoch von *Maultzsch* kritisiert (Abschnitt D.II.). Ausgehend von *Maultzsch* Kritik entwickelt die vorliegende Arbeit das Kriterium des „beherrschenden Eindrucks“ für

---

<sup>1</sup> Zu Vertragstypen im deutschen und niederländischen Recht: Teil 2.

<sup>2</sup> Kapitel 9 B.I.

plattformbezogene Zuordnungsschwierigkeiten (Abschnitt D.III.). Die exemplarische Zuordnung der Pflicht zur Absatzunterstützung für das jeweilige Verwertungsmodell erfolgt in Abschnitt E. Hier wird der Internetauftritt unter Hinzuziehung des im vorherigen Abschnitt entwickelten Kriteriums des „beherrschenden Eindrucks“ ausgelegt. Die Ergebnisse der Einordnung werden in Abschnitt F. zusammengefasst.

## A. Einführung zu plattformbasierten Internetdiensten

Digitale Plattformen wie Airbnb, BlaBlaCar, Amazon oder Deliveroo erfahren seit einigen Jahren einen rasanten Aufstieg. Damit ist die Debatte entfacht, ob der rechtliche Rahmen die Gegebenheiten der Plattformökonomie ausreichend berücksichtigt oder ob er angepasst werden sollte.<sup>3</sup> Gegenstand der Diskussion sind Transparenzgesichtspunkte zum Schutz von Verbrauchern<sup>4</sup>, die Rolle von Plattformen als „Gatekeeper“ und deren Auswirkung auf die Meinungsfreiheit<sup>5</sup> sowie wettbewerbsrechtliche Fragen<sup>6</sup>. Ferner entstehen neben arbeits- und sozialrechtlichen Problemen<sup>7</sup> auch urheber- und medienrechtliche

---

<sup>3</sup> Vgl. *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 4; zur Schlüsselrolle von Online-Plattformen in der digitalen Wirtschaft s. *Franceschi*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 9 (9). Für ein Tätigwerden des Gesetzgebers, *Tonner*, VuR 2017 (5), 161.

<sup>4</sup> Zu verbraucherrechtlichen Gesichtspunkten und Informationspflichten: *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787; *Busch*, WISO Diskurs 15/2018; *Hauck/Blaut*, NJW 2018, 1425; *Busch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 37 (37 ff.); *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, EuCML 2016, 3; *Damjan*, EuCML 2016, 25; *Wendeborst*, EuCML 2016, 30.

<sup>5</sup> Zur Sicherung von Vielfalt im Netz, *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498; *Schütz*, MMR 2018, 36 (37); *Paal*, MMR 2018, 567.

<sup>6</sup> Zur Frage der Leistung eines fairen Wettbewerbs auf digitalen Märkten s. *Monopolkommission*, Sondergutachten 68; zur Marktmacht von Plattformen und kartellrechtlichen Entscheidungen auf Europäischer Ebene s. *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10; zu wettbewerbsrechtlichen Aspekten in der Plattformökonomie s. *Körber*, ZUM 2017, 93; *Podszun/Kreifels*, EuCML 2016, 33.

<sup>7</sup> Aus arbeits- und sozialrechtlicher Perspektive stellt sich vor allem die Frage, ob die für Plattformen Tätigwerdenden als Arbeitnehmer oder Selbstständige einzuordnen sind, für Dtl. s.: *Klebe*, WISO Direkt 22/2017; zu arbeits- und sozialrechtlichen Herausforderungen digitaler Plattformen auch *BMAS*, Weissbuch Arbeiten 4.0, 55 ff.; *Kocher/Hensel*, NZA 2016, 984. Für

Herausforderungen<sup>8</sup>. Häufig besteht Unklarheit darüber, welche Rolle den Plattformen zukommt – ob sie als Vermittler operieren oder gar als Dienstleister einzustufen sind. Letzteres würde bedeuten, dass sie selbst zum Vertragspartner der Plattformnutzer würden und als Konsequenz selbst für die Qualität der vermittelten Dienste einstehen müssten.<sup>9</sup>

Die Ausgestaltungsformen von Plattformen sind vielfältig. Nach dem deutschen Bundesministerium für Wirtschaft sind Plattformen „internetbasierte Foren für digitale Interaktion und Transaktion“, welche sich durch eine „große Vielfalt und Dynamik“ auszeichnen. Hierzu zählen Suchmaschinen, Vergleichs- und Bewertungsportale, Marktplätze, Handelsplattformen, Mediendienste, Online-Spiele, soziale Netzwerke und Kommunikationsdienste.<sup>10</sup> Nach dieser Definition umfasst der Plattformbegriff auch „Internet-Intermediäre, die eine vor- und nachgelagerte Vermittlungsfunktion zum Nutzer einnehmen“.<sup>11</sup> Ähnliche Definitionen finden sich auch in der Literatur. Als Kernelement der Funktionalität wird dabei stets das „in Verbindung bringen“<sup>12</sup> von Anbietern und Nachfragern einer Leistung „mithilfe des Internets“<sup>13</sup> hervorgehoben.<sup>14</sup> Innerhalb der Geschäftsmodelle kann unter anderem zwischen digitalen Marktplätzen und Vermittlungsplattformen unterschieden werden. Digitale Marktplätze ermöglichen das Zusammentreffen von Anbieter und Nachfrager an einem virtuellen Ort. Der Plattformbetreiber greift selbst nicht direkt in die Transaktion

---

die Nl. s.: *Bennaars*, *ArbeitsRecht* 2018/28, afl. 6/7, 8-14; *Houwerzijl*, *TRA* 2017/14, afl. 2; *Houwerzijl*, *TRA* 2017/59, afl. 6/7.

<sup>8</sup> Zu urheber- und medienrechtlichen Problematiken s. *Grünberger*, *ZUM* 2017, 89; *Lausen*, *ZUM* 2017, 278; Tagungsbericht zu einem Symposium betreffend diese Thematik: *Pech*, *ZUM* 2017, 141.

<sup>9</sup> *Busch*, *WISO Diskurs* 15/2018, 7; zur Vermittlungstätigkeit von Plattformen s. *Dreyer/Haskamp*, *ZVertriebsR* 2017, 359; zur (Erfüllungs-)Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern s. *Maultzsch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 223 (223 ff.).

<sup>10</sup> *BMWi*, *Weissbuch Digitale Plattformen*, 21; *Busch*, *WISO Diskurs* 15/2018, 6.

<sup>11</sup> *Wissenschaftliche Dienste*, *WD* 10 - 3000 - 061/18, 10, hier erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Plattformbegriff im Hinblick auf das Medien- und Wettbewerbsrecht, s. tiefergehend zu Plattformen im Medienrecht, *Kluth/Schulz*, *Konvergenz und regulatorische Folgen*.

<sup>12</sup> *Philipps*, *WISO Diskurs* 15/2018, 2.

<sup>13</sup> *Redeker*, in: *Handbuch Multimediarecht* (Teil 12, Rdnr. 458).

<sup>14</sup> *Cichon*, in: *Vertragsrecht der Internet-Provider* (Teil XII, Rdnr. 18); *Philipps*, *WISO Diskurs* 15/2018, 2; *Tjong Tijn Tai*, *WPNR* 2018/7214, 835 (835); *Redeker*, in: *Handbuch Multimediarecht* (Teil 12, Rdnr. 458).

ein. Zu den digitalen Marktplätzen zählen eBay oder Kleiderkreisel. Vermittlungsplattformen greifen hingegen „in die Interaktion z.B. zwischen den Marktteilnehmern ein“. Sie üben Einfluss auf die Preissetzung oder auf die Eigenschaften der Produkte oder Dienstleistungen aus.<sup>15</sup> Sie bieten alle für die Vermittlung und den Leistungsaustausch notwendigen Dienste, wodurch der Plattformbetreiber die Rolle eines Intermediär einnimmt, der die Spielregeln auf der Plattform bestimmt. Durch eine Umsatzbeteiligung profitiert er von stattfindenden Transaktionen. Aufgrund von Netzwerkeffekten kommt ihm gegebenenfalls sogar eine Monopolstellung zu.<sup>16</sup>

Im Zusammenhang mit Transaktionen, die über digitale Plattformen geschlossen werden, sind regelmäßig drei Vertragsbeziehungen voneinander zu unterscheiden: Die Verträge, die jeweils zwischen dem Plattformbetreiber und der anbietenden bzw. nachfragenden Partei geschlossen werden (Rahmenverträge) und der Vertrag, der direkt zwischen den Plattformnutzern, also zwischen der anbietenden und der nachfragenden Partei (Ausführungsvertrag) geschlossen wird. Diese Drei-Personen-Konstellation, in der die Plattform gegebenenfalls als Vermittlerin zwischen den Parteien tätig wird, ist bislang auf EU-Ebene kaum spezifisch adressiert.<sup>17</sup> Lediglich für den Sektor des Reiserechts wurde die Frage, wann eine vorgeblich reisevermittelnde Plattform für die Erbringung einer Gesamtleistung eintreten muss, bereits 2015 in der neuen Pauschalreiserichtlinie<sup>18</sup> geregelt.<sup>19</sup> Eine vertragliche Einordnung der Plattformverträge wird dadurch erschwert, dass internetbasierte Verträge gegenüber den klassischen Vertragstypen meist die Besonderheit aufweisen, dass sie nicht nur eine, sondern verschiedene Leistungsverpflichtungen enthalten.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> *BMAS*, Weissbuch Arbeiten 4.0, 56.

<sup>16</sup> *Srnicek*, Plattform-Kapitalismus, 90 ff.; *Philipps*, WISO Diskurs 15/2018, 2. Zur wachsenden Lenkungsmacht von Plattformen: *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1.

<sup>17</sup> *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 7.

<sup>18</sup> Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates (Pauschalreiserichtlinie).

<sup>19</sup> *Tonner*, VuR 2017 (5), 161 (162).

<sup>20</sup> *Redeker*, in: Handbuch Multimediarecht (Teil 12, Rdnr. 12).

Die durch den Aufstieg der Plattformökonomie entstehenden Herausforderungen wurden in einem „Discussion Draft“ von einer Gruppe von Wissenschaftlern des European Law Institut aufgegriffen. Mit dem „Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms“<sup>21</sup> (*Diskussionsentwurf*) möchte die Gruppe einen Beitrag zu der Diskussion über die Frage, ob und inwieweit eine EU-weite Regulierung von Plattformen wünschenswert ist, leisten.<sup>22</sup> Mit Plattformen meint der *Diskussionsentwurf* „Transaktions-Plattformen“, die es den Nutzern ermöglichen, einen Vertrag über Waren, Dienstleistungen oder digitale Inhalte auf der Plattform zu schließen,<sup>23</sup> z.B. *Airbnb*, *Ebay* oder *Uber*. Plattformen, die als reine Suchmaschinen (*Google*) oder soziales Netzwerk (*Facebook*) dienen werden dadurch von den Überlegungen ausgeschlossen.<sup>24</sup> Der Entwurf bezieht sich ferner nur auf Transaktionen von Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalten, bei denen der Verbraucher eine Gegenleistung in Form von Geld entrichtet.<sup>25</sup> Soziale Plattformen, wie Couchsurfing, sind deshalb nicht erfasst.<sup>26</sup>

Auch die EU-Kommission setzte sich in letzter Zeit vermehrt mit der Frage auseinander, ob eine Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen von Online-Plattformen erforderlich ist.<sup>27</sup> Obwohl sie die Herausforderungen auf regulatorischer Ebene und die Notwendigkeit eines angemessenen Verbraucherschutzes

---

<sup>21</sup> *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (166 ff.); auch veröffentlicht in: *Mak*, TvC 2016-5, 259. Für eine deutsche Übersetzung des Entwurfs s. *Busch/Danne-mann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (790 ff.).

<sup>22</sup> *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (164).

<sup>23</sup> Art. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 2 Buchst. a) *Diskussionsentwurf*, *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (166 ff.).

<sup>24</sup> *Busch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 37 (42).

<sup>25</sup> Art. 2 Buchst. e) *Diskussionsentwurf*, *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (166 ff.).

<sup>26</sup> *Busch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 37 (43).

<sup>27</sup> S. hierzu: *EU-Kommission*, Mitteilung, Online Plattformen im digitalen Binnenmarkt. Chancen und Herausforderungen für Europa, 25. Mai 2016, COM(2016) 288 final sowie *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final. S. für eine kurze Zusammenfassung der Überlegungen der Kommission, *Franceschi*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 9 (12 ff.) Die EU schlägt ferner eine Novelle der Verbraucherrechte im Rahmen eines „New Deal for Consumers“ vor, *EU-Kommission*, Mitteilung, Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher, 11. Ap-

anerkennt,<sup>28</sup> betont sie die Notwendigkeit der richtigen Balance zwischen Marktregulierung und Innovation und Fortschritt.<sup>29</sup> Jüngst hat die EU eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten<sup>30</sup>, sogenannte P2B-Verordnung, erlassen.<sup>31</sup> Diese Verordnung soll Gefahren eindämmen, die aus der wachsenden Abhängigkeit gewerblicher Unternehmen von Online-Plattformen und der damit einhergehenden größeren Verhandlungsmacht der Plattformen entstehen.<sup>32</sup>

## B. Anwendbarkeit von für Plattformen geltende Einordnungskriterien auf die Datenverwertungsmodelle

Für die Einordnung der vertraglichen Beziehung zwischen Datensubjekten und Datenverwertern können auf Plattformen zutreffende Überlegungen herangezogen werden, wenn es sich bei den Datenverwertungsmodellen um Plattformen handelt, oder wenn zwischen diesen zumindest Gemeinsamkeiten bestehen. Die Datenverwerter werben mit der Eröffnung eines digitalen Marktplatzes für Datenhandel. Ausgehend von dem Definitionsansatz des BMWi, wonach Plattformen internetbasierte Foren „für digitale Interaktion und Transaktion“ sind, die auch „vor- und nachgelagerte Vermittlungsfunktion[en]“ umfassen,<sup>33</sup> fallen die Datenverwertungsmodelle unter den Plattformbegriff. Der in

---

ril 2018, COM(2018) 183 final. Entsprechend wurde ein Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung bestimmter Vorschriften mit dem Ziel der besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften entwickelt: *EU-Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993, der Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, 11. April 2018, COM(2018) 185 final.

<sup>28</sup> *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 4.

<sup>29</sup> *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (165).

<sup>30</sup> Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

<sup>31</sup> S. zur P2B-Verordnung: *Busch*, GRUR 2019, 788; zum Verordnungsentwurf: *Busch*, IWRZ 2018, 147.

<sup>32</sup> ErwGr. (1) bis (3) Verordnung (EU) 2019/1150.

<sup>33</sup> *BMW*, Weissbuch Digitale Plattformen, 21; *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 6.

den Datenverwertungsmodellen beworbene digitale Marktplatz für Datenhandel eröffnet ein internetbasiertes Forum, auf welchem Datensubjekte, die ihre persönlichen Daten verkaufen wollen, und Unternehmen, die an diesen Daten interessiert sind, virtuell zusammentreffen. Der Datenverwerter ermöglicht die Erstellung und Aufbereitung von Profilen und organisiert die Durchführung von Transaktionen. Insoweit übernimmt er vor- und nachgelagerte Vermittlungsfunktionen, oder agiert je nach konkreter Ausgestaltung des Modells als mittelbarer Stellvertreter oder Zwischenhändler und somit als direkter Vertragspartner der Datensubjekte.<sup>34</sup> Hierbei bringen die Datenverwerter Anbieter und Nachfrager von Leistungen über das Internet zusammen.<sup>35</sup> An der Datenverwertung sind, wie auch im Rahmen von Plattformtransaktionen, drei Vertragsparteien beteiligt, deren bilaterale Vertragsbeziehungen es zu unterscheiden gilt. Verbraucher erhalten mittels des digitalen Marktplatzes die Möglichkeit, ihre Daten zu verwerten und selbst als Anbieter dergleichen zu agieren. Ihnen wird die Gelegenheit eröffnet, eine Einkommensquelle zu generieren, die sie ohne die Bereitstellung des Dienstes nicht erschließen könnten. Letzteres ist als typischer Vorteil der Plattformökonomie einzustufen.<sup>36</sup>

Die Datenverwertungsmodelle zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich auf der Interessenseite der Datensubjekte positionieren. Neutrale Marktplätze wie etwa die Versteigerungsplattform Ebay<sup>37</sup> oder der Essenslieferant Lieferando<sup>38</sup> richten sich gleichermaßen an Käufer und Verkäufer. Die Datenverwerter ergreifen dagegen Partei für die Datensubjekte, die sie bei einer fairen Verwertung ihrer Daten unterstützen wollen. Sie werben nicht mit der Bereitstellung eines neutralen Orts, auf dem ein Produkt oder eine Dienstleistung gefunden oder angeboten werden kann. Stattdessen zeichnen sich die Modelle dadurch aus, dass sie die Interessen der Datensubjekte mittels der Gewährleistung von Fairness, Kon-

---

<sup>34</sup> Zu Varianten vertraglicher Ausgestaltung: Kapitel 10 C.

<sup>35</sup> Zur Definition von Plattformen: Kapitel 10 A.

<sup>36</sup> *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 3, 8; *Gurkmann*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 39 (39 ff.); *Monopolkommission*, Sondergutachten 68, 120.

<sup>37</sup> <https://www.ebay.com/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>38</sup> <https://www.lieferando.de/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

trolle und der Unterstützung beim Absatz umsetzen wollen. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist nicht nur als Geschäftsbesorgungselement Teil des Vertrages, sondern prägt das Vertragsverhältnis maßgeblich.

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Datenverwertungsmodelle aufgrund ihrer Selbstdarstellung als digitaler Marktplatz, ihrem Agieren als Intermediär und der Konstellation der involvierten Parteien unter den Plattformbegriff fallen. Zur Einordnung, welchem Vertragstyp die Verwertungsmodelle zuzuordnen sind, können daher die für Plattformen geltenden Kriterien herangezogen werden.

### C. Varianten vertraglicher Ausgestaltung bei Drei-Personen-Konstellationen mit Bezug zur Datenverwertung

In der deutschen und der niederländischen Rechtsordnung gibt es mehrere Vertragstypen, die auf die Wahrnehmung fremder Interessen im Zusammenhang mit einer Tätigkeit als Intermediär gerichtet sind.<sup>39</sup> Die verschiedenen Vertragstypen bedingen unterschiedliche bilaterale Beziehungen der an der Interessenwahrnehmung in Form der Datenverwertung beteiligten Parteien, welche mit andersartigen Pflichten des Datenverwerter als Intermediär einhergehen. Die Zuordnung zu einem Vertragstyp hängt somit zwingend mit der Frage zusammen, zwischen welchen der involvierten Parteien Vertragsbeziehungen eingegangen werden.<sup>40</sup> Die Frage, wer Vertragspartei der Ausführungsverträge wird, hat entscheidende Bedeutung für die Leistungspflichten des Datenverwerter aus dem Rahmenvertrag mit den Datensubjekten. Die möglichen Funktionen des Datenverwerter, die sich aus dem Rahmenvertrag ergeben können, reichen von einer bloßen Bereitstellung einer Kommunikationsmöglichkeit über eine vermittelnde Tätigkeit (Abschnitt I.) und eine mittelbare Stellvertretung bis hin zu einer Rolle als Zwischenhändler (Abschnitt II.). Neben bilateralen Beziehungen ist auch das Vorliegen eines sogenannten Dreiecksvertrags möglich (Abschnitt III.).

---

<sup>39</sup> S. zu den Vertragstypen: Kapitel 6.

<sup>40</sup> Für Plattformen vgl. *Rott*, in: *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, 62 (68); *Redeker*, in: *Handbuch Multimediarecht* (Teil 12, Rdnr. 467 f.); vgl. auch die Übersicht zu verschiedenen Vertragskonstellationen bei Plattformen von *Dreyer/Haskamp*, *ZVertriebsR* 2017, 359.

## I. Ausführungsverträge zwischen anbietender und nachfragender Partei

Die Selbstdarstellung der Datenverwerter als digitaler Marktplatz erinnert zunächst an traditionelle Erscheinungsformen von Märkten. Auf physischen Märkten, den Vorgängern von Online-Marktplätzen, vermietet der Marktplatzbetreiber in der Regel Standplätze. Er verdient an der Miete und legt die Nutzungsbedingungen für den Markt fest, an die sich die Mieter halten müssen. Jene verkaufen ihre Ware auf dem Marktplatz auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. Für ihr Verhalten ist der Betreiber regelmäßig nicht verantwortlich. Er eröffnet den Markt, steht dem dort stattfindenden Handel selbst aber neutral gegenüber.<sup>41</sup> Die Datenverwertungsmodelle wären mit dieser Situation vergleichbar, wenn der digitale Marktplatzbetreiber (der Datenverwerter) den potenziellen Marktteilnehmern (Datensubjekten und Unternehmen) die Möglichkeit des direkten geschäftlichen Kontakts miteinander biete, ohne dabei vermittelnd tätig zu werden.<sup>42</sup> Kommt ein Geschäft zustande, würde wie auf einem physischen Markt ein individueller Ausführungsvertrag zwischen dem anbietenden Datensubjekt und dem Unternehmen geschlossen. Die Ausführungsverträge wären inhaltlich unabhängig von dem die Marktplatznutzung regelnden Rahmenvertrag und somit frei vom Einfluss des Marktplatzbetreibers. Bietet der Datenverwerter nur die Möglichkeit des Kontaktes, hat er schließlich keine Berührungspunkte zu inhaltlichen Aspekten von Verträgen, die als Folge der Kontaktmöglichkeit geschlossen werden.

Die bloße Bereitstellung eines Raums für Kommunikation ist von einer darüberhinausgehenden Vermittlungsleistung abzugrenzen. Nach dem *Hoge Raad* ist zur Abgrenzung der bloßen Bereitstellung eines Marktes (*prikbord* = schwarzes Brett) und der Vermittlung – *bemiddeling* – entscheidend, ob der Intermediär die potenziellen Vertragsparteien so voneinander abschirmt, dass es ihnen quasi unmöglich ist, außerhalb der Plattform miteinander in direkten

---

<sup>41</sup> Vgl. für Plattformen, *Tjong Tijn Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (836 f.).

<sup>42</sup> Vgl. zur Eröffnung einer Kontaktmöglichkeit durch Online-Handelsplattformen, *Redeker*, in: Handbuch Multimediarecht (Teil 12, Rdnr. 470); angelehnt an *prikbord*-Erwägungen in HR 16 oktober 2015, nr. 15/00688, *Duinziigt/Tacq*, NJ 2016/108 = NJB 2015/1909 = ECLI:NL:HR:2015:3099; Urteilsbesprechung: *Dammingh*, TvC 2016-1, 31-38; *Tjong Tijn Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (837).

Kontakt zu treten. Eine Plattform, die die Parteien nicht voneinander abschirmt, fungiert als *prikbord* und ist kein *bemiddelaar*. Schirmt die Plattform die Parteien voneinander ab, wird sie hingegen als *bemiddelaar* tätig.<sup>43</sup> Die Internetseiten der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Modelle sind so ausgestaltet, dass die Datensubjekte nicht direkt, sondern – wenn überhaupt – nur mittels des digitalen Marktplatzes kommunizieren können. Die Datenverwerter sind demnach involvierter als sie es wären, wenn sie nur einen „Raum zum Austausch“ böten. Modellübergreifend werden auch die Zahlung und der Transfer der Daten über den digitalen Marktplatz abgewickelt. In allen Modellen erhalten die Datenverwerter die Daten schon vor Abschluss der Ausführungsverträge von den Nutzern und übermitteln diese selbst an die Unternehmen weiter.<sup>44</sup> Die Datenverwerter sind also in stärkerem Maße in die Organisation der Transaktionen einbezogen, als sie es bei der bloßen Bereitstellung eines Marktplatzes oder eines „Raums für den Austausch“ wären.<sup>45</sup> Es kann somit eher von einem Abschirmen der Parteien voneinander als von der Eröffnung einer Kommunikationsmöglichkeit miteinander gesprochen werden. Ein Vergleich mit klassischen psychischen Märkten bzw. einem *prikbord* scheitert somit an einer zu großen Beteiligung der Datenverwerter am Verwertungsvorgang.

Aus niederländischer Perspektive kann deshalb an die Vertragsfigur *bemiddelaar*,<sup>46</sup> aus deutscher Perspektive an einen Makler<sup>47</sup> gedacht werden.<sup>48</sup> Bei einer erfolgreich verlaufenden vermittelnden Tätigkeit des Datenverwerter würde der Ausführungsvertrag zwischen dem jeweiligen Datensubjekt und dem Unternehmen geschlossen. Der Datenverwerter würde nicht zur Vertragspartei des Ausführungsvertrags. Ihn träfe keine Haftung für die Erfüllung der Ansprü-

---

<sup>43</sup> HR 16 oktober 2015, nr. 15/00688, *Duinziigt/Tacq*, NJ 2016/108 = NJB 2015/1909 = ECLI:NL:HR:2015:3099; *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (837); Urteilsbesprechung: *Dammingh*, TvC 2016-1, 31-38 Häufig wird dann eine Kombination von *huurovereenkomst* und *bemiddelingsovereenkomst* vorliegen, *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (837 f.).

<sup>44</sup> S. zu den Internetauftritten der untersuchten Modelle: Kapitel 8.

<sup>45</sup> Angelehnt an Typisierungserwägungen betreffend Plattformen, vgl. *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (836 f.).

<sup>46</sup> Zur *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.II.

<sup>47</sup> Zum Maklervertrag: Kapitel 6 D.I.

<sup>48</sup> Angelehnt *Redeker*, in: Handbuch Multimediarecht (Teil 12, Rdnr. 469) und *Tjong Tjin Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (836 f.).

che aus diesem Vertragsverhältnis. Stattdessen wäre er Vertragspartei von Rahmenverträgen mit beiden Parteien. Die Rahmenverträge enthielten Einzelheiten über die Umstände der Vermittlungstätigkeit des Datenverwerter<sup>49</sup> und könnten sich, je nach Ausgestaltung des konkreten Modells, inhaltlich auf die Ausführungsverträge auswirken.<sup>50</sup> Sie könnten einmalig für alle folgenden Transaktionen abgeschlossen werden.<sup>51</sup>

## II. Ausführungsverträge zwischen nachfragender Partei und Plattformbetreiber

Statt vermittelnd tätig zu werden, könnten die Datenverwerter die Daten auch mittelbar stellvertretend<sup>52</sup> im eigenen Namen auf Rechnung der Daten-subjekte verwerthen.<sup>53</sup> Hierzu würden die Datensubjekte die Datenverwerter in einem Rahmenvertrag ermächtigen.<sup>54</sup> Die Ausführungsverträge würden entsprechend zwischen Datenverwertern und Unternehmen geschlossen. Zwischen Datensubjekten und Unternehmen bestünde keine Vertragsbeziehung.<sup>55</sup> Eine ähnliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen ergäbe sich bei einem Auftreten der Datenverwerter als Zwischenhändler.<sup>56</sup> Auch hier würde der Ausführungsvertrag zwischen Datenverwerter und Unternehmen geschlossen; zwischen Datensubjekten und Unternehmen bestünde keine Vertragsbeziehung.

---

<sup>49</sup> Vgl. hierzu die Überlegungen von *Cichon* zu Plattformverträgen, *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 32 f.).

<sup>50</sup> Überlegungen angelehnt an *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 31).

<sup>51</sup> Überlegungen angelehnt an *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 33).

<sup>52</sup> Zum mittelbar stellvertretenden Tätigwerden: Kapitel 6 C.

<sup>53</sup> Überlegungen angelehnt an das sog. „Schenkel-Modell“ für Plattformverträge, s. *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 29); auch *Tjong Tijn Tai* zeigt die Möglichkeit voneinander getrennter Verträge auf, *Tjong Tijn Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (839).

<sup>54</sup> Überlegungen angelehnt an das sog. „Schenkel-Modell“ für Plattformverträge, s. *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 29).

<sup>55</sup> Im niederländischen Recht ist bei Leistungsstörungen unter gewissen Voraussetzungen ein Durchgriff möglich, vgl. art. 7:419-421 BW, s. hierzu: Kapitel 6 C.II.

<sup>56</sup> Überlegungen angelehnt an das sog. „Schenkel-Modell“ für Plattformverträge, s. *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 29); auch *Tjong Tijn Tai* zeigt die Möglichkeit voneinander getrennter Verträge auf, *Tjong Tijn Tai*, WPNR 2018/7214, 835 (839).

Als Vertragspartei müsste der Datenverwerter für die ordnungsgemäße Erbringung der Leistung und die Vertragsabwicklung haften.<sup>57</sup> Diese Variante ermöglicht es dem Datenverwerter, die Daten der Kunden zu sammeln, aufzubereiten und gebündelt anzubieten. Gerade personenbezogene Daten gewinnen erheblich an Wert, wenn sie von einer Vielzahl natürlicher Personen vorliegen.<sup>58</sup> Hierdurch könnte der Datenverwerter mittels einer stärkeren Verhandlungsposition bessere Konditionen erhalten und so einen höheren Gewinn bei der Verwertung der Daten realisieren.<sup>59</sup> Die jeweilige Bereitschaft zur Eingehung von Lieferbeziehungen und gegebenenfalls Ein- und Verkaufskonditionen könnten in Rahmenverträgen über die Marktplatznutzung geregelt werden.<sup>60</sup>

### III. Bilaterale Rahmenverträge in den untersuchten Modellen

Nach *Cichon* könnte der Datenverwerter neben bilateralen Vertragsbeziehungen auch einen sogenannten Dreiecksvertrag mit den Datensubjekten und den Unternehmen schließen. Jeder Beteiligte hätte dann gegenüber jeder anderen Partei unmittelbare vertragliche Rechte. Da in einem solchen Vertrag die Interessen dreier Parteien berücksichtigt werden müssten, birgt diese Ausgestaltung erheblichen Raum für Komplikationen. Bei einem Fehlverhalten einer der Parteien gegenüber einer anderen Partei wären stets zusätzlich die Interessen einer weiteren Partei zu berücksichtigen.<sup>61</sup> Auch *Tjong Tijn Tai* zieht die Möglichkeit einer „*meerpartijovereenkomst*“ (Mehr-Parteien-Vertrag) in Betracht.<sup>62</sup> Die Verpflichtung mehrerer Parteien aus einem Vertragsverhältnis müsste sich aber explizit aus dem Rahmenvertrag ergeben. Keines der untersuchten Modelle enthält Anhaltspunkte, aus denen auf das Vorliegen eines Dreiecksvertrags geschlossen werden könnte. Vielmehr erfolgt die Registrierung

---

<sup>57</sup> Überlegungen angelehnt an das sog. „Schenkel-Modell“ für Plattformverträge, s. *Cichon*, in: *Vertragsrecht der Internet-Provider* (Teil XII, Rdnr. 37).

<sup>58</sup> Vgl. zum Wert von Big Data, *Hacker*, *ZfPW* 2019, 148 (151 f.).

<sup>59</sup> Angelehnt an die sog. Einkaufsgemeinschaften auf Online-Handelsplattformen, s. *Redeker*, in: *Handbuch Multimediarecht* (Teil 12, Rdnr. 459).

<sup>60</sup> Überlegungen angelehnt an sog. Einkaufsgemeinschaften auf Online-Handelsplattformen, s. *Redeker*, in: *Handbuch Multimediarecht* (Teil 12, Rdnr. 467 f.).

<sup>61</sup> Vgl. zum Dreiecksvertrag die Überlegungen von *Cichon* betreffend Plattformverträge, *Cichon*, in: *Vertragsrecht der Internet-Provider* (Teil XII, Rdnr. 30).

<sup>62</sup> *Tjong Tijn Tai*, *WPNR* 2018/7214, 835 (839).

und somit der Abschluss des Rahmenvertrags zwischen Datensubjekten und Datenverwertern ohne Einbezug der Unternehmen.<sup>63</sup>

Die nachfolgende Untersuchung geht deshalb davon aus, dass zwischen Datensubjekten und Datenverwertern ein bilaterales Verhältnis besteht, welches eine Vermittlungstätigkeit, eine mittelbar stellvertretende Tätigkeit oder das Auftreten des Datenverwertern als Vertragspartner der Datensubjekte zum Gegenstand hat.

## D. Vertragspartnereigenschaft von Plattformen im Lichte der *Uber*-Rechtsprechung

Über die Frage, ob eine Plattform als Vertragspartnerin von Ausführungsverträgen oder lediglich als Vermittlerin der einzelnen Ausführungsverträge anzusehen ist, gibt die *Uber*-Rechtsprechung Aufschluss. Die Antwort auf diese Frage wirkt sich entscheidend auf die Funktion des Datenverwertern als Intermediär aus und ist deshalb für die vertragliche Einordnung des Rahmenvertrags von Bedeutung.

Die Beförderungsdienste vermittelnde Plattform *Uber*<sup>64</sup> ist in den letzten Jahren in den Fokus der EU-Mitgliedstaaten gerückt. Die Gerichte mehrerer Länder<sup>65</sup> hielten die von *Uber* angebotenen Dienste *UberPop*<sup>66</sup> und *Uber Black*<sup>67</sup> für rechtswidrig. Sie waren der Auffassung, dass *Uber* als Verkehrsdienstleister selbst Beförderungsleistungen erbringe, ohne die nationalen Anforderungen,

---

<sup>63</sup> Vgl. zur Registrierung auf Plattformen: *Härting*, Internetrecht, Rdnr. 1053 f.; *Gläser*, MMR 2015, 699; *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (223 f.); *Cichon*, in: Vertragsrecht der Internet-Provider (Teil XII, Rdnr. 72 verweisend auf Rdnr. 41 f.).

<sup>64</sup> <https://www.uber.com/de/de/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>65</sup> Unter anderem Spanien, Frankreich, Deutschland und die Niederlande.

<sup>66</sup> Zur Beschreibung des Dienstes *UberPop*, <https://www.uberguide.net/what-is-uberpop/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>67</sup> Zur Beschreibung des Dienstes *Uber Black*, <https://www.uberguide.net/what-is-uber-black/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

die für die Beförderung von Personen gelten, zu erfüllen. Nach der Selbstdarstellung des Unternehmens sei jenes dagegen lediglich ein Vermittlungs- und kein Beförderungsdienstleister.<sup>68</sup>

Kern der Diskussion war die Frage, ob die Plattform mittels einer Smartphone-Applikation Beförderungen vermittelt und so als Anbieterin von Diensten der Informationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie 98/34/EG<sup>69</sup> einzuordnen ist, oder ob *Uber* unter den Begriff des Verkehrsdienstleisters im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Dienstleistungs-Richtlinie<sup>70</sup> fällt. Bei einer Qualifikation als Verkehrsdienstleisterin unterläge *Uber* dem jeweiligen nationalen Recht betreffend die Beförderung von Personen, das regelmäßig bestimmte Genehmigungen bzw. Lizenzen für die Organisation und Durchführung von Personenbeförderungen erfordert. Voraussetzung für die Einordnung als Verkehrsdienstleisterin im Sinne der Dienstleistungs-Richtlinie ist, dass die Gesellschaft (und nicht die einzelnen Fahrer) die Transportleistung selbst erbringt. In diesem Sinne entschied der EuGH in zwei Fällen.<sup>71</sup> Als Begründung führte er an, dass das Unternehmen eine erhebliche Kontrolle über die Umstände der Organisation und Abwicklung der Beförderungsleistung ausübe. Es bestimme über die Fahrer und die Zahlungsgegebenheiten und sei daher als Erbringerin von Beförderungsleistungen einzustufen.<sup>72</sup> Die Urteile stehen vorwiegend im Kontext der Frage, ob *Uber* der nationalen Gesetzgebung zur Beförderung von Personen unterliegt. Dennoch können aus ihnen Rückschlüsse auf die Eigenschaft von *Uber*

---

<sup>68</sup> S. nur die nationalen Verfahren in Spanien und Frankreich im Vorfeld von *Elite Taxi* und *Uber France SAS* sowie die Urteile in den Nl. und Dtl.; auf die Entscheidungen wird folgend in Kapitel 10 D.I. mit entsprechenden Verweisen eingegangen.

<sup>69</sup> Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

<sup>70</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungs-Richtlinie).

<sup>71</sup> EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017 – C-434/15, *Elite Taxi*, MMR 2018, 144 = GRUR 2018, 308 = EuZW 2018, 131 (mit Anm. *König*); EuGH, Urteil vom 10. April 2018 – C-320/16, *Uber France SAS*, GRUR 2018, 739 = NVwZ 2018, 1703 = EuZW 2018, 378; s. zu den Urteilen: *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (49); *Vries-Stotijn*, TvC 2017-4, 174; *Schaub*, EuCML 2018, 109; *Tans*, SEW 2018/85, afl. 5, 229-233.

<sup>72</sup> EuGH, *Elite Taxi*, MMR 2018, 144; EuGH, *Uber France SAS*, GRUR 2018, 739.

und daher auch allgemein auf die Eigenschaft von Plattformen als Vertragspartner oder Vermittler gezogen werden.<sup>73</sup>

Die einzelnen, in diesem Zusammenhang zu *Uber* ergangenen Urteile, werden im folgenden Abschnitt I. vorgestellt. In Abschnitt II. werden vergleichbare Ansätze der Europäischen Kommission und einer Forschungsgruppe des European Law Institute vorgestellt sowie die von *Maultzsch* geübte Kritik an diesen Überlegungen. Ausgehend von *Maultzsch* Kritik wird das Kriterium des „beherrschenden Eindrucks“ für plattformbezogene Zuordnungsschwierigkeiten entwickelt (Abschnitt III.).

### I. *Uber* als Erbringerin von Beförderungsdienstleistungen

Im Fall *Elite Taxi* entschied der EuGH, dass *Uber* mit der Bereitstellung seines Dienstes *UberPop* keine reinen Vermittlungsdienste ausübe, sondern auch „innerstädtische Verkehrsdienstleistungen“ anbiete.<sup>74</sup> Schließlich übe *Uber* einen „entscheidenden Einfluss auf die [Transport]bedingungen“ aus, indem die Plattform Höchstpreise festsetze und das Beförderungsentgelt an sie bezahlt werde. Die Vermittlungsleistung sei als „integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht, anzusehen und daher nicht als ‚Dienst der Informationsgesellschaft‘ iSv Art. 1 Nr. 2 RL 98/34, auf den Art. 2 Buchst. a RL 2000/31 verweist, sondern als ‚Verkehrsdienstleistung‘ iSv Art. 2 II Buchst. d RL 2006/123 einzustufen“.<sup>75</sup> Mit dieser Entscheidung folgt der EuGH der Empfehlung des Generalanwalts *Szpunar*.<sup>76</sup> *Szpunar* sieht *Uber* als gemischten Dienst, bei dem die Transportdienstleistung von der elektronisch erbrachten Vermittlungsleistung wirtschaftlich abhängig sei. Der wirtschaftliche Charakter des Dienstes sei nicht die Kontaktvermittlung, sondern die tatsächliche Beförderung des Fahrgastes. Letztere sei die Hauptleistung, gegenüber der die Vermittlungsleistung keine eigenständige Bedeutung habe.<sup>77</sup> Auf diese Argumentation verwies der EuGH auch im

---

<sup>73</sup> *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (49).

<sup>74</sup> EuGH, *Elite Taxi*, MMR 2018, 144 (144 f.).

<sup>75</sup> EuGH, *Elite Taxi*, GRUR 2018, 308 (310 f.).

<sup>76</sup> *Szpunar*, Schlussantrag vom 11. Mai 2017 – C-434/15, *Elite Taxi vs. Uber Systems Spain*, ECLI:EU:C:2017:364 = GRUR-Prax 2017, 288; s. auch die Darstellung der Argumentation von *Vries-Stotijn*, TvC 2017-4, 174 (175 f.) und in MMR-Aktuell 2017, 390649.

<sup>77</sup> Vgl. *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (47 f.).

Urteil *Uber France SAS*,<sup>78</sup> in dem er die in der *Elite Taxi*-Entscheidung aufgestellten Grundsätze für anwendbar erklärt.<sup>79</sup>

Anknüpfend an die EuGH-Rechtsprechung bestätigte der BGH im *Uber Black II*-Urteil ein Verbot des Dienstes *Uber Black* in Berlin.<sup>80</sup> Der BGH hatte dem EuGH in diesem Fall ursprünglich Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt,<sup>81</sup> das Vorabentscheidungsersuchen aber nach dem Urteil in Sachen *Elite Taxi* und einem Hinweis des EuGH<sup>82</sup> wieder zurückgenommen.<sup>83</sup> Der BGH wandte die vom EuGH in *Elite Taxi* entwickelten Grundsätze über Verkehrsdienstleistungen betreffend *UberPop* auf das Modell *Uber Black* an. Er kam zu dem Schluss, dass auch hier der „mittels einer Smartphone-Applikation erbrachte Vermittlungsdienst der Bekl. [...] [als] integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtdienstleistung iSv Art. 2 II Buchst. d der RL 2006/123 und Art. 58 I AEUV“ anzusehen sei. Denn auch bei der Bereitstellung des Dienstes *Uber Black* übe *Uber* einen entscheidenden Einfluss auf die Vertragsbedingungen aus.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> EuGH, *Uber France SAS*, GRUR 2018, 739.

<sup>79</sup> EuGH, *Uber France SAS*, GRUR 2018, 739 (739 f.); BGH, *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 (304).

<sup>80</sup> BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 – I ZR 3/16 (KG), *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 = MMR 2019, 301.

<sup>81</sup> BGH, Beschluss vom 18. Mai 2017 – I ZR 3/16 (KG), *Uber Black I*, EuGH-Vorlage zur digitalen Vermittlung von Beförderungsaufträgen an konzessionierte Mietwagenunternehmer, GRUR 2017, 743 = MMR 2017, 686.

<sup>82</sup> BGH, *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 (299).

<sup>83</sup> BGH, Beschluss vom 29.03.2018 – I ZR 3/16, BeckRS 2018, 4410, ECLI:DE:BGH:2018:290318BIZR3.16.0.

<sup>84</sup> BGH, *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 (302).

Niedrigere Instanzgerichte hatten zuvor bereits ähnlich entschieden.<sup>85</sup> So stellte unter anderem das OVG Hamburg<sup>86</sup> fest, dass *UberPop* selbst „Verträge mit den Nutzern der Applikation als Nachfragern von Beförderungsleistungen“ schließe und diese nicht bloß vermittele. *UberPop* setze die Fahrpreise fest und die Nutzer verpflichteten sich, *Uber* und nicht den Fahrern gegenüber zur Zahlung der anfallenden Beträge wie Fahrpreis oder gegebenenfalls Stornogebühren.<sup>87</sup> Es würden keine bereits festgelegten Fahrten auf der Plattform inseriert, sondern *UberPop* initiiere die Fahrten erst entsprechend der Nutzeranfragen.<sup>88</sup> Auf die Argumentation des OVG Hamburg verwies das OLG Frankfurt a.M. in seinem Urteil gegen *UberPop* vom 9. Juni 2016.<sup>89</sup> Auch in den Niederlanden wurde das Angebot von *UberPop* wegen eines Verstoßes gegen das niederländische Gesetz über Personenbeförderung unter Verhängung eines Zwangsgeldes untersagt. In diesem Zusammenhang wurde zunächst gegen vier *Uber*-Fahrer ein Bußgeld verhängt, weil sie ohne entsprechende Lizenz Beförderungsleistungen ausführten. *Uber* sei an diesen Verstößen als Mittäter beteiligt, weil das Unternehmen eine wichtige Rolle betreffend die Bereitstellung der Leistung spiele und eng mit den Fahrern zusammenarbeite. Hierin sei ein Verstoß gegen das Personenbeförderungsgesetz zu sehen, der eine Untersagung rechtfertige.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> In Dtl., etwa LG Berlin, Urteil vom 11. April 2014 – 15 O 43/14, BeckRS 2014, 11647; LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 10. September 2014 – 2-03 O 329/14, BeckRS 2014, 18788; VG Berlin, Beschluss vom 26. September 2014 – 11 L 353/, BeckRS 2014, 5708714; s. hierzu auch *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80. Aus dem Taxi-Gewerbe wurde bereits eine neue Klage gegen *Uber* eingereicht, s. Pressemitteilung beck-aktuell, becklink 2013808. In den Nl., CBB 8 december 2014, nr. 14/726, NJB 2015/110 = ECLI:NL:CBB:2014:450; Urteilszusammenfassung in SEW 2017/12 (nr. 197), 525; hierzu *Westerveld*, NJB 2015/595, afl. 12, 758–760.

<sup>86</sup> OVG Hamburg, Beschluss vom 24. September 2014 – 3 Bs 175/14 (VG Hamburg), NVwZ 2014, 1528.

<sup>87</sup> OVG Hamburg, Beschluss vom 24. September 2014 – 3 Bs 175/14 (VG Hamburg), NVwZ 2014, 1528 (1530).

<sup>88</sup> *Nebel/Kramer*, NVwZ 2014, 1528 (1533), Anm. zu OVG Hamburg, Beschluss vom 24. September 2014 – 3 Bs 175/14.

<sup>89</sup> OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 09. Juni 2016 – 6 U 73/15, GRUR-RR 2017, 17 (19) = BeckRS 2016, 12645. Ebenso LG Frankfurt a.M., Urteil vom 19. Dezember 2019 – 3-08 O 44/19, beck-aktuell, becklink 2015072.

<sup>90</sup> CBB 8 december 2014, nr. 14/726, NJB 2015/110 = ECLI:NL:CBB:2014:450; Urteilszusammenfassung in SEW 2017/12 (197), 525; hierzu *Westerveld*, NJB 2015/595, afl. 12, 758–760.

Nach einem erneuten Verbot von *Uber* in Frankfurt a.M.<sup>91</sup> hat *Uber* sein Geschäftsmodell in Deutschland umgestellt. Vor Fahrtantritt wird der Nutzer nun explizit darauf hingewiesen, dass der Dienst durch ein lizenziertes Unternehmen erfolge, welches auch den Preis bestimme. Außerdem sind Werbungen mit dem Hinweis, dass *Uber* Fahrtanfragen an lizenzierte Mietwagen- und Taxiunternehmen vermittelt, versehen.<sup>92</sup>

## II. Der Einfluss des Plattformbetreibers als Anhaltspunkt für die vertragliche Einordnung und *Mautzsch's* Kritik

Die *Uber*-Rechtsprechung verdeutlicht, dass sich Plattformen unter bestimmten Voraussetzungen nicht auf eine reine Vermittlerposition zurückziehen können. Gegebenenfalls müssen sie als Vertragspartner für die Leistung eintreten. Als entscheidendes Kriterium hat sich in der Rechtsprechung der Grad des Einflusses einer Plattform auf die Erbringung der geschuldeten Leistung herauskristallisiert. Hierunter fallen beispielsweise die Festsetzung des Preises, Rechnungsstellung und Empfang der anfallenden Beträge, sowie die Steuerung des Einsatzes der anbietenden Partei auf der Plattform.<sup>93</sup> Entscheidend sind nach den von den Gerichten zugrunde gelegten Kriterien der „Grad der Einbeziehung und Weisungsmacht der Plattform in Bezug auf Vertragsinhalt und -abwicklung“. Ist die Plattform derart am Vertragsschluss beteiligt, dass ihre Tätigkeiten über das zur Vermittlung erforderliche Maß hinausgehen, so „kann die Plattform als Vertragspartnerin angesehen werden“.<sup>94</sup>

Nicht nur in der *Uber*-Rechtsprechung werden objektive Gesichtspunkte zur Qualifizierung einer Plattform als Vermittlerin oder Vertragspartei herangezogen.<sup>95</sup> Auch die Europäische Kommission<sup>96</sup> sowie der Diskussionsentwurf der

---

<sup>91</sup> LG Frankfurt a.M., Urteil vom 19. Dezember 2019 – 3-08 O 44/19, beck-aktuell, becklink 2015072.

<sup>92</sup> <https://www.uber.com/global/de/u/wir-sind-hier/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>93</sup> Zur *Uber*-Rechtsprechung: Kapitel 10 D.I.

<sup>94</sup> *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (49).

<sup>95</sup> *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (51).

<sup>96</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final.

Forschungsgruppe des European Law Institute (im Folgenden: *Diskussionsentwurf*)<sup>97</sup> stellen im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Plattform Dienstleistungen vermittelt oder selbst als Erbringerin einer Dienstleistung anzusehen ist, darauf ab, ob die Plattform eine beherrschende Rolle bei den über sie zustande kommenden Transaktionen einnimmt.<sup>98</sup>

In der „Agenda für die kollaborative Wirtschaft“<sup>99</sup> hat die EU-Kommission kumulative Kriterien aufgestellt, bei deren Vorliegen ein erheblicher Einfluss der Plattform indiziert ist. Hierzu zählen die Festsetzung des „zu zahlenden Endpreises“ und „sonstige[r] wichtige[r] Vertragsbedingungen“ durch die Plattform sowie der Umstand, ob sich „wesentliche Güter, die zur Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistung genutzt werden im Eigentum“ der Plattform befinden. Liegen diese Merkmale und somit ein erheblicher Einfluss der Plattform bzw. eine erhebliche Kontrolle über die Anbieter von Dienstleistungen vor, operiere sie unter Umständen selbst als aktiver Dienstleister.<sup>100</sup> Neben den genannten Anhaltspunkten könne in Einzelfällen auch auf andere Kriterien abgestellt werden, etwa auf die Kosten- und Risikotragung der Erbringung der zugrunde liegenden Dienstleistung.<sup>101</sup>

Den beherrschenden Einfluss des Plattformbetreibers greift der *Diskussionsentwurf* im Kontext der gesamtschuldnerischen Haftung, Art. 18, auf: Für die „Beurteilung, ob der Kunde vernünftigerweise auf einen beherrschenden Einfluss

---

<sup>97</sup> Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (166 ff.); s. zum Entwurf auch: Kapitel 10 A.; für eine deutsche Übersetzung des Entwurfs: *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (790 ff.); kritisch zum *Diskussionsentwurf*: *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223.

<sup>98</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6 f.; Art. 18 Abs. 1 *Diskussionsentwurf*; *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (50).

<sup>99</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final.

<sup>100</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6 f.

<sup>101</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 7; zur Konstruktion der Vertragspartnereigenschaft von Plattformen mittels des wirtschaftlichen Risikos s. *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (55 ff.).

des Plattformbetreibers auf den Anbieter vertrauen kann“, nennt Art. 18 Abs. 2 Kriterien, die den von der EU-Kommission aufgestellten ähneln.<sup>102</sup> Für einen beherrschenden Einfluss des Plattformbetreibers spricht demnach, wenn der Anbieter-Kunden-Vertrag ausschließlich über „Einrichtungen [...], die von der Plattform zur Verfügung gestellt werden“, geschlossen wird (Buchst. a)) und wenn der Plattformbetreiber „Zahlungen zurückbehalten [kann], die Kunden im Rahmen von Anbieter-Kunden-Verträgen leisten“ (Buchst. b)). Ferner werden die Festlegung von Vertragsbedingungen des „Anbieter-Kunden-Vertrages“ (Buchst. c)) und des Preises (Buchst. d)) aufgeführt, sowie ein „einheitliches Erscheinungsbild der Anbieter“ (Buchst. e)) und das Herausstellen des Plattformbetreibers und nicht der Anbieter in der Werbung (Buchst. f)). Optional wird das Versprechen des Plattformbetreibers, „das Verhalten der Anbieter zu überwachen“, als Abgrenzungskriterium vorgeschlagen (opt.: Buchst. g)).<sup>103</sup> Liegt ein beherrschender Einfluss vor, ist der Plattformbetreiber als Folge zur gesamtschuldnerischen Haftung für eine Nichterfüllung des auf der Plattform geschlossenen Vertrags verpflichtet, Art. 18 Abs. 1 *Diskussionsentwurf*.<sup>104</sup>

*Maultzsch* kritisiert diese, von ihm als „haftungsorientierte Lösung“ bezeichnete Rechtsfolge, bei der eine ergänzende gesamtschuldnerische Erfüllungshaftung des Plattformbetreibers neben die vertraglichen Pflichten von Anbietern und Kunden tritt.<sup>105</sup> Eine Übertragung des im Zusammenhang mit „hoheitlich-regulierungsbezogenen“<sup>106</sup> Erwägungen stehende Kriterium des „beherrschenden Einflusses“ auf vertragsrechtliche Aspekte stelle einen „deutlichen Bruch im Gefüge des Vertragsrechts“ dar.<sup>107</sup> Ein „liberales Vertragsrecht“ lasse Raum für privatautonome Lösungen und lege einer Person nicht aus objektiven Gründen eine zwingende Verantwortlichkeit auf.<sup>108</sup> Vielmehr beurteile sich die Frage der Vertragspartnereigenschaft nach privatrechtlichen Prinzipien, in Deutschland nach einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont, §§ 133, 157

---

<sup>102</sup> Hier wird Art. 18 Abs. 2 der dt. Übersetzung des Entwurfs zitiert, *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (791).

<sup>103</sup> Art. 18 Abs. 2 *Diskussionsentwurf*; *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (791).

<sup>104</sup> Art. 18 Abs. 1 *Diskussionsentwurf*.

<sup>105</sup> *Maultzsch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 223 (231).

<sup>106</sup> *Maultzsch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 223 (240).

<sup>107</sup> *Maultzsch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 223 (240 f.).

<sup>108</sup> *Maultzsch*, in: *Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge*, 223 (244).

BGB.<sup>109</sup> Die sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergebende Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont<sup>110</sup> wird zur Feststellung der Vertragspartnereigenschaft nicht nur in der deutschen, sondern auch in der europäischen Rechtsprechung regelmäßig herangezogen.<sup>111</sup> In den Niederlanden ist entscheidend, was die Parteien unter den konkreten Umständen des Einzelfalls vernünftigerweise erwarten durften.<sup>112</sup> Bei einer privatautonomen Vertragsauslegung ist zu untersuchen, ob deutlich wird, dass die Angebote von verschiedenen Anbietern stammen, die Anbieter also auf den Angebotsseiten platziert werden, oder ob ein einheitliches Erscheinungsbild der Angebote gegeben wird.<sup>113</sup> Eine einheitliche Vermarktung und ein einheitliches Erscheinungsbild können beim Nutzer den Eindruck erwecken, er kontrahiere mit dem Plattformbetreiber selbst.<sup>114</sup> Es bedarf einer Gesamtwürdigung des Einzelfalls um zu untersuchen, ob der Plattformbetreiber hinreichend transparent darstellt, dass er eine bloße Vermittlerrolle einnimmt oder selbst als Erbringer der Dienste auftritt.<sup>115</sup> Bei mangelnder Transparenz kommt ein „waren- oder dienstleistungsbezogener Vertrag“ zwischen dem Plattformbetreiber und dem Kunden zustande, nach dem der Plattformbetreiber dem Kunden selbst und unmittelbar für die Leistungserbringung verantwortlich ist.<sup>116</sup> Diese Variante der Verantwortlichkeit bezeichnet *Maultzsch* als „vertragspartnerorientierte“ Lösung.<sup>117</sup>

---

<sup>109</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (228 f.); so auch *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, EuCML 2016, 3 (5); *Busch*, WISO Diskurs 15/2018, 7; *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (54 f.) will den objektiven Empfängerhorizont neben objektiven Kriterien ergänzend heranziehen.

<sup>110</sup> BGH, Urteil vom 07. Juni 2001 – I ZR 49/99 (Frankfurt a.M.), NJW-RR 2002, 20 (22); *Mittelstädt*, ZfPW 2017, 175 (177 f.).

<sup>111</sup> S. ständige Rspr. des BVerwG im Rahmen der Personenbeförderung, BVerwG, Urteil vom 27. August 2015 – 3 C 14.14, NVwZ 2016, 695 = GewA 2016, 384; EuGH, Urteil vom 9. September 2016 – C-149/15, *Wathelet*, NJW 2017, 874; s. ausführlich hierzu *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (58 f.).

<sup>112</sup> HR 13 maart 1981, *Haviltex*, NJ 1981/635, m.nt. *Brunner* = ECLI:NL:HR:1981:AG4158; *Krans*, in: Verbintenissenrecht algemeen, 1 (nr. 26).

<sup>113</sup> *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (58 ff.).

<sup>114</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (229).

<sup>115</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (229).

<sup>116</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (229).

<sup>117</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (231), zu Vor- und Nachteilen der „vertragspartnerorientierten“ ggü. der „haftungsorientierten Lösung“, s. *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (231 ff.).

Als vertragspartnerorientierte Lösung lassen sich auch die *Uber*-Rechtsprechung und die Auffassung der EU-Kommission einordnen. So ordnete der EuGH die Tätigkeit von *Uber* als „Verkehrsdienstleistung“ und nicht als Vermittlungsleistung ein,<sup>118</sup> weshalb *Uber* nach der Rechtsprechung aus vertragsrechtlichen Gesichtspunkten konsequenterweise als zur Erbringung der Verkehrsdienstleistung verpflichtet, und nicht nur als subsidiär haftend, angesehen werden muss. Die von der EU-Kommission aufgestellten Kriterien dienen dazu festzustellen, ob „kollaborative Plattform[en] die zugrunde liegende Dienstleistung auch selbst anbiete[n]“. <sup>119</sup> Beide Ansätze ordnen Plattformbetreibende daher, anhand von Kriterien, die nach *Maultzsch* ungeeignet sind,<sup>120</sup> als anbietende Partei und somit als Vertragspartner der Ausführungsverträge ein.

### III. Berücksichtigung des "beherrschenden Eindrucks" des Plattformbetreibers im Rahmen der Vertragsauslegung

Tatsächlich schließt eine Auslegung nach geltenden privatrechtlichen Prinzipien die Berücksichtigung der von der Rechtsprechung, der EU-Kommission und den im *Diskussionsentwurf* herangezogenen objektiven Kriterien nicht zwingend aus. Vielmehr können diese Kriterien überwiegend auch im Rahmen der Feststellung dessen, was die Parteien vernünftigerweise erwarten durften, Beachtung finden. Kommt einer Plattform nach objektiven Kriterien ein beherrschender Einfluss zu, so entsteht dadurch beim Nutzer regelmäßig ein „beherrschender Eindruck“. Diese Beobachtung soll durch einen Blick auf die einzelnen Kriterien untermauert werden. Die Rechtsprechung nennt die Festsetzung des Fahrtpreises durch den Plattformbetreiber,<sup>121</sup> die Zahlung der angefallenen Beträge an den Plattformbetreiber,<sup>122</sup> den entscheidenden Einfluss

---

<sup>118</sup> S. stellv., EuGH, *Elite Taxi*, GRUR 2018, 308 (310 f.); ausführlich zur *Uber*-Rechtsprechung: Kapitel 10 D.I.

<sup>119</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6.

<sup>120</sup> *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (240 ff.).

<sup>121</sup> S. stellvertretend: EuGH, *Elite Taxi*, GRUR 2018, 308 (310); OVG Hamburg, NVwZ 2014, 1528 (1530); BGH, *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 (302).

<sup>122</sup> S. stellvertretend: EuGH, *Elite Taxi*, GRUR 2018, 308 (310); OVG Hamburg, NVwZ 2014, 1528 (1530).

des Plattformbetreibers auf die Vertragsbedingungen,<sup>123</sup> sowie die Initialisierung von Fahrten entsprechend der Nutzeranfragen.<sup>124</sup> Der Einfluss des Plattformbetreibers auf die Vertragsbedingungen und den zu zahlenden Endpreis werden auch im *Diskussionsentwurf* und von der EU-Kommission genannt.<sup>125</sup> Der *Diskussionsentwurf* nennt zudem das Kriterium eines Zurückbehaltungsrechts der Plattform bezüglich Leistungen des Kunden an den Anbieter.<sup>126</sup> All jene Gegebenheiten bleiben dem Nutzer einer Plattform nicht verborgen. Es ist ihm bewusst, dass er an die Plattform zahlt und er erkennt, dass für alle Fahrten einheitliche Vertragsbedingungen gelten. Er nimmt wahr, dass die Erbringung der Beförderungsleistung erst auf seine Anfrage hin durch die Plattform koordiniert wird und dass für jede solche Fahrt ein durch die Plattform bestimmter Betrag zu zahlen ist, der nicht mit dem einzelnen Fahrer verhandelt werden kann. Aufgrund jener Beobachtungen erhält der Nutzer im Vorfeld und bei Inanspruchnahme des Dienstes regelmäßig den Eindruck, dass der Plattformbetreiber die Leistungsgegebenheiten dominiert. Dies gilt ebenso für die in dem *Diskussionsentwurf* genannten Kriterien des einheitlichen Erscheinungsbilds und dem Herausstellen des Plattformbetreibers in der Werbung,<sup>127</sup> die unstrittig im Rahmen der Vertragsauslegung zu berücksichtigen sind.<sup>128</sup> Allein das von der EU-Kommission aufgestellte und auch im *Diskussionsentwurf* genannte Kriterium des Eigentums der Plattform an wesentlichen Gütern<sup>129</sup> ist für den Nutzer nicht erkennbar.

Die Darstellung zeigt, dass die zur Einordnung der Vertragspartnerschaft von Plattformen genannten objektiven Kriterien, die einen beherrschenden Einfluss des Plattformbetreibers indizieren, beim Nutzer regelmäßig einen beherrschenden Eindruck erzeugen. Aufgrund des beherrschenden Eindrucks darf dieser

---

<sup>123</sup> S. stellvertretend: BGH, *Uber Black II*, GRUR 2019, 298 (302).

<sup>124</sup> S. stellvertretend *Nebel/Kramer*, NVwZ 2014, 1528 (1533), Anm. zu OVG Hamburg, Beschluss vom 24. September 2014 – 3 Bs 175/14.

<sup>125</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6 f.; Art. 18 Abs. 2 Buchst. (c) und (d) *Diskussionsentwurf*.

<sup>126</sup> Art. 18 Abs. 2 Buchst. (b) *Diskussionsentwurf*.

<sup>127</sup> Art. 18 Abs. 2 Buchst. (e) und (f) *Diskussionsentwurf*.

<sup>128</sup> Diese Kriterien nennen *Domurath*, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 44 (58 ff.) und *Maultzsch*, in: Plattformen. Geschäftsmodelle und Verträge, 223 (229).

<sup>129</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6 f.; Art. 18 Abs. 2 Buchst. (a) *Diskussionsentwurf*.

nach einer verständigen Erwartungshaltung davon ausgehen, dass die Plattform selbst ihre Dienste anbieten will. Eine Beurteilung der Vertragspartnereigenschaft von Plattformen sollte deshalb richtigerweise nicht ohne eine Untersuchung des beherrschenden Einflusses des Plattformbetreibers vorgenommen werden. Vielmehr können die entwickelten Kriterien hilfreiche, spezifisch auf die Plattformsituation abgestimmte Ansatzpunkte für die vertragliche Einordnung von Plattformen bieten. Um dogmatische Verfehlungen zu vermeiden, sollte in diesem Zusammenhang jedoch stets von einem beherrschenden Eindruck beim Nutzer statt von einem beherrschenden Einfluss des Plattformbetreibers gesprochen werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zur Bestimmung, ob eine Plattform die Eigenschaft einer Vertragspartnerin oder einer Vermittlerin hat, nicht das eigene Verständnis der Plattform entscheidend ist. Es kommt stattdessen auf das beim Nutzer erzeugte Erscheinungsbild an. Die im Rahmen der *Uber*-Rechtsprechung, von der EU-Kommission und im *Diskussionsentwurf* entwickelten Kriterien bieten plattformspezifische Anhaltspunkte, mit welchen untersucht werden kann, ob beim Nutzer ein so beherrschender Eindruck des Plattformbetreibers entsteht, dass dieser davon ausgehen darf, der Betreiber sei der Leistungserbringer und werde nicht als Vermittler tätig.

## E. Exemplarische Einordnung der Pflicht zur Absatzunterstützung

Die Auswertung der Leistungsbeschreibung der Verwertungsmodelle hat ergeben, dass das Rahmenverhältnis zwischen Datensubjekten und Datenverwertern durch die Pflicht zur Interessenwahrnehmung charakterisiert wird.<sup>130</sup> Die Interessen der Datensubjekte werden unter anderem mittels der Unterstützung beim Absatz ihrer personenbezogenen Daten wahrgenommen.<sup>131</sup> Das aus dem Rahmenvertrag erwachsende bilaterale Verhältnis zwischen Datensubjekten und Datenverwertern kann je nach konkreter Ausgestaltung des Modells unterschiedliche Eigenschaften aufweisen und als Konsequenz unterschiedlichen

---

<sup>130</sup> Kapitel 9 C.

<sup>131</sup> Kapitel 9 B.I.

Vertragstypen zugeordnet werden.<sup>132</sup> Aufgrund der Drei-Personen-Konstellation kann die Einordnung der Pflicht zur Absatzunterstützung des Rahmenvertrags nicht isoliert von den Ausführungsverträgen erfolgen. Vielmehr ist es für die Einordnung der Pflicht zur Absatzunterstützung erforderlich, auch die Vertragsparteien, zwischen welchen die Ausführungsverträge geschlossen werden, zu bestimmen und zu berücksichtigen. Deshalb wird an entsprechender Stelle die Stellung der Datensubjekte und des Datenverwerter gegenüber den Unternehmen beleuchtet. Es ist außerdem bedeutsam, eine exakte Differenzierung zwischen dem Rahmenvertrag, der die Pflicht zur Absatzunterstützung beinhaltet, einerseits, und den in Erfüllung des Rahmenvertrags geschlossenen Ausführungsverträgen andererseits, aufrechtzuerhalten.

Die Unterstützung der Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten kann eine vermittelnde oder mittelbar stellvertretende Tätigkeit des Datenverwerter verlangen. Je nach Intermediärfunktion des Datenverwerter werden die Ausführungsverträge zwischen anderen Parteien geschlossen. Die Intermediärfunktion kann auch vorsehen, dass der Datenverwerter nicht nur als Vertragspartner des Rahmenvertrags, sondern auch als Vertragspartner der Datensubjekte im Ausführungsverhältnis auftritt.<sup>133</sup>

Die Vertragspartnereigenschaft von Plattformen wird nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung bestimmt.<sup>134</sup> Hierbei sollte – angelehnt an die *Uber*-Rechtsprechung<sup>135</sup>, den *Diskussionsentwurf*<sup>136</sup> und die Erwägungen der EU-Kommission<sup>137</sup> – der beherrschende Einfluss des Plattformbetreibers insoweit

---

<sup>132</sup> Zur Ausgestaltung eines „Wahrnehmungsvertrag“, der Rechtsbeziehung eines Datenteilhänders zu einem Betroffenen s. auch *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 290 f. Zu Varianten vertraglicher Ausgestaltung bei der Datenverwertung: Kapitel 10 C.

<sup>133</sup> Zu Varianten vertraglicher Ausgestaltungen: Kapitel 10 C.

<sup>134</sup> Vgl. zur Vertragsauslegung: Kapitel 10 D.II.

<sup>135</sup> Insbesondere EuGH, *Elite Taxi*, MMR 2018, 144 und EuGH, *France SAS Uber*, GRUR 2018, 739.

<sup>136</sup> Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, *Research group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (166 ff.), Art. 18; deutsche Übersetzung des Entwurfs: *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (790 ff.).

<sup>137</sup> *EU-Kommission*, Mitteilung, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final, 6 f.

berücksichtigt werden, als dass durch diesen ein beherrschender Eindruck beim Nutzer entsteht.<sup>138</sup> Aufgrund der Anwendbarkeit von für Plattformen geltende Einordnungskriterien auf die Datenverwertungsmodelle können die hierzu entwickelten Grundsätze bei der Erfassung der vertraglichen Ausgestaltung herangezogen werden.<sup>139</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass die Berücksichtigung des „beherrschenden Einflusses“<sup>140</sup> nur Aufschluss über die Frage einer möglichen Vertragspartnereigenschaft des Datenverwerterers hinsichtlich des Ausführungsverhältnisses zu geben vermag. Diese Frage wirkt sich aufgrund des Zusammenspiels zwischen Rahmen- und Ausführungsverträgen naturgemäß auch auf den Inhalt des Rahmenvertrags, der die Datenverwerter zur Absatzunterstützung verpflichtet, aus und ist somit für die Zuordnung des Rahmenvertrags von Relevanz.

Im Folgenden werden die Internetauftritte der Verwertungsmodelle in Hinblick auf die Frage ausgelegt, welche Intermediärtätigkeit des Datenverwerterers geschuldet ist. Anschließend wird überprüft, ob die Berücksichtigung des entwickelten Kriteriums des „beherrschenden Eindrucks“<sup>141</sup> im Rahmen einer Beurteilung der Gesamtumstände zu einem anderen Ergebnis führt. Sämtliche in den folgenden Unterabschnitten zitierten Aussagen der Datenverwerter sind in der unter Kapitel 8 dargestellten Leistungsbeschreibung des jeweiligen Datenverwerterers wiederzufinden. Auf einen Verweis bezüglich jeder Aussage wird der Übersichtlichkeit halber verzichtet.

## I. *Dime* – Funktion eines mittelbaren Stellvertreters

### 1. Auslegung des Internetauftritts ergibt mittelbar stellvertretende Tätigkeit

Eine Auslegung der Internetseite<sup>142</sup> von *Dime* lässt erkennen, dass das Unternehmen sich als Vertragspartei der Ausführungsverträge über die Datennutzung präsentiert. Hierauf weisen Formulierungen hin wie, *indem wir Organisationen Daten anbieten* und *[die Organisationen] bezahlen Dime und hiervon*

---

<sup>138</sup> S. hierzu Kapitel 10 D.III.

<sup>139</sup> Zur Übertragbarkeit aufgrund von Gemeinsamkeiten: Kapitel 10 B.

<sup>140</sup> Zum Kriterium des „beherrschenden Eindrucks“: Kapitel 10 D.III.

<sup>141</sup> S. hierzu Kapitel 10 D.III.

<sup>142</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate bezüglich der Leistungsbeschreibung in diesem Abschnitt: Kapitel 8 A.I.

*erhältst du einen fairen Anteil.* Dieser Eindruck wird durch einen Blick in die FAQ verstärkt. Auch hier wird von *Daten, die durch Dime verkauft werden*, gesprochen. Zwar wird in den FAQ auch einmal die Formulierung, *Daten [...], die du anbietest*, verwendet und somit das Datensubjekt als anbietende Partei bezeichnet. Jedoch wird noch im gleichen Absatz erneut erklärt, dass die Organisationen *Dime* bezahlen und *Dime* die Datensubjekte bezahlt. Laut Internetauftritt ist das Verwertungsmodell also so konzipiert, dass der Rahmenvertrag über die Marktplatznutzung vorsieht, dass *Dime* die Daten der Datensubjekte anbietet, „verkauft“ und die für die Nutzung der Daten erbrachte Gegenleistung empfängt. An dieser Gegenleistung werden die Datensubjekte schließlich *fair* beteiligt. Der Nutzer kann daher vernünftigerweise erwarten, dass die einzelnen Verwertungsvorgänge zwischen *Dime* und dem jeweiligen Unternehmen abgewickelt werden. *Dime* tritt selbst als Vertragspartei der Ausführungsverträge mit den Unternehmen auf und verwertet in dieser Funktion die Daten für die Datensubjekte.

Die Auslegung ergibt ferner, dass *Dime* die Datensubjekte bei dem „Verkauf“ der Daten an die Unternehmen mittelbar vertritt. Eine mittelbare Vertretung setzt ein Handeln auf fremde Rechnung voraus. Entscheidend ist, dass die Chancen und Risiken aus dem Ausführungsvertrag die Datensubjekte treffen sollen und *Dime* das Vertragsverhältnis nicht als Eigengeschäft eingehen will.<sup>143</sup> Wertet man die Leistungsbeschreibung mit Augenmerk hierauf aus, fällt auf, dass *Dime* damit wirbt, dass die Datensubjekte mittels eines Marktplatzes Geld mit ihren Daten verdienen können. In der beschriebenen Zielsetzung geht *Dime* davon aus, dass die Datensubjekte *ihre Daten zu einem fairen Preis an Organisationen verkaufen [wollen]*. *Dime* will zu diesem Zweck gemeinsam mit den Datensubjekten *an einem transparenten Datenhandel* arbeiten. Hierzu können die Datensubjekte ihre Daten mit dem Marktplatz von *Dime* verknüpfen und *Unternehmen, die danach suchen, finden faire Daten auf diesem Marktplatz. Sie bezahlen Dime und hiervon [erhalten die Datensubjekte] [...] einen fairen Anteil.* Durch diese Aussagen gibt *Dime* zu verstehen, dass es den Verkauf der Daten im Sinne der Datensubjekte ermöglicht und hierbei unterstützend tätig

---

<sup>143</sup> Zum Handeln für fremde Rechnung in Dtl.: *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 67; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 16; in den Nl.: *Lamers*, *Oprdracht, lastgeving en bemiddeling*, 118.

wird. Es ist jedoch nicht die Intention des Datenverwerter, die Daten eigenständig auf- und weiterzuverkaufen. Aufgrund der Leistungsbeschreibung können die Datensubjekte davon ausgehen, dass *Dime* die Ausführungsverträge mit den Unternehmen nicht auf eigene, sondern auf ihre Rechnung schließt. Die Chancen und Risiken der Verwertung sollen allein die Datensubjekte treffen. Für ein Handeln auf fremde Rechnung ist ausreichend, wenn der Wille, auf fremde Rechnung zu handeln, gegenüber demjenigen, für dessen Rechnung gehandelt wird, zum Ausdruck kommt. Dem Dritten gegenüber, mit dem das Geschäft geschlossen wird, muss dieser Wille nicht angezeigt werden.<sup>144</sup> Es ist demnach ausreichend, dass der Wille von *Dime*, für Rechnung der Datensubjekte zu handeln, gegenüber Letzteren zum Ausdruck kommt. Dies geschieht mittels der Leistungsbeschreibung im Rahmen des Internetauftritts.

## 2. Plattformspezifische Kriterien erfordern keine andere Bewertung

Das Heranziehen plattformspezifischer Auslegungskriterien bestätigt die Einordnung als mittelbarer Stellvertreter. Der Internetauftritt von *Dime* weist ein einheitliches Erscheinungsbild auf. Einzelne potenzielle „Datenkäufer“ stehen nicht im Fokus. Die Datensubjekte können entscheiden, welche Daten für welche Zwecke grundsätzlich zum Verkauf freigegeben werden. Somit geben die Datensubjekte die entscheidenden Faktoren für die Ausführungsverträge, nämlich Gegenstand und Nutzungsumfang, vor. Die sonstigen Umstände der Verwertung entziehen sich ihrer Einflussnahme und gegebenenfalls sogar ihrer Kenntnis. *Dime* legt – eventuell gemeinsam mit den Unternehmen – den Preis für die Daten fest und empfängt die Bezahlung. Die Datensubjekte können nicht darauf einwirken, ob die Ausführungsverträge tatsächlich abgeschlossen werden. Sie erfahren lediglich, ob ihre Daten verkauft wurden und welchen Betrag sie hierfür erhalten. Die Datensubjekte werden also erst nachträglich über erfolgreiche Verwertungsvorgänge in Kenntnis gesetzt. Die gesamte Abwicklung der Transaktion verläuft über den digitalen Marktplatz. Datensubjekte und Unternehmen stehen überhaupt nicht miteinander in Kontakt. Ein Einfluss des Datenverwerter kann deshalb nicht bestritten werden und wirkt sich auch auf die Erwartungshaltung der Datensubjekte aus. Dennoch ist *Dime* in-

---

<sup>144</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 68 f.; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 383, Rdnr. 16.

nerhalb des von den Datensubjekten vorgegeben Verwertungsrahmens weisungsgebunden. Denn die Datensubjekte entscheiden über die zu verwertenden Daten und die Zwecke der Verwertung. Hierdurch verbleibt die grundlegende „Steuerung des Einsatzes“, die in der *Uber*-Rechtsprechung als Kriterium für einen beherrschenden Einfluss angeführt wird<sup>145</sup> bei den Datensubjekten.

Der Verbleib der grundlegenden Steuerung des Einsatzes bei den Datensubjekten – trotz mangelnder Einflussnahme auf die konkrete Vertragsabwicklung – soll durch einen Vergleich von *Dime* und *Uber* untermauert werden. Schließlich bleibt auch den Nutzern von *Uber* die Entscheidung über die konkreten Umstände der Beförderung (Uhrzeit, Startpunkt und Fahrtziel) überlassen. Lediglich die Preissetzung und Auswahl der Fahrer obliegt *Uber*. Trotzdem gilt der Einfluss von *Uber* als so beherrschend, dass aus ihm eine Vertragspartnerschaft abgeleitet wird.<sup>146</sup> Die Kompetenzen der Nutzer von *Uber* scheinen zunächst mit den Einflussnahmemöglichkeiten der Datensubjekte übereinzustimmen. Jene bestimmen die Art und Zwecke der Datenverwertung. Auf die Preissetzung haben sie, ebenso wie die Nutzer von *Uber*, keinen Einfluss. Jedoch darf der Gesamtcharakter der Geschäftsmodelle bei einem Vergleich nicht vernachlässigt werden. Die beiden Dienste verfolgen eine andere Zielsetzung. Während die Nutzer von *Uber* ausschließlich eine erfolgreiche Beförderungsleistung zu einem möglichst günstigen Preis erstreben, ist das Anliegen der Nutzer von *Dime* komplexer. Auch sie möchten einen geldwerten Vorteil erreichen, indem sie Geld mit ihren Daten verdienen. Die Preissetzung an sich steht jedoch nicht im Vordergrund. Kernversprechen des Modells *Dime* ist, dass die Möglichkeit des Datenverkaufs und den damit verbundenen Kontrollmöglichkeiten überhaupt besteht – unter Beachtung der von den Datensubjekten auferlegten Vorgaben. Jene Vorgaben umfassen die Art der Daten und die Zwecksetzung ihrer Verarbeitung. Die Höhe der Gegenleistung kann hingegen keine primäre Rolle für die Datensubjekte spielen, erhalten sie doch im Vorfeld der Ausführungsverträge keinerlei Informationen über dieselbe. Ein Vergleich des Charakters der Dienste zeigt also, dass für den Nutzer von *Uber* drei Hauptkriterien von Relevanz sind: Strecke, Zeit und Preis. Auf letzteren kann der Nutzer nicht einwirken. Für den Nutzer von *Dime* sind die Merkmale Art und Zwecke der Daten

---

<sup>145</sup> Die Steuerung des Einsatzes der anbietenden Partei wird in der *Uber*-Rspr. als Kriterium für einen beherrschenden Einfluss angeführt: Kapitel 10 D.I.

<sup>146</sup> Zur *Uber*-Rechtsprechung: Kapitel 10 D.I.

sowie das Erreichen überhaupt einer Gegenleistung entscheidend. Da der Erhalt der Gegenleistung gesichert ist<sup>147</sup> und die Datensubjekte die sonstigen Eigenschaften jederzeit beeinflussen können, verbleibt die grundlegende Steuerung des Einsatzes bei ihnen.

Die Heranziehung plattformspezifischer Kriterien ergibt daher, dass *Dime* zwar einen gewissen Einfluss auf die Ausführungsverträge hat, dieser jedoch nicht so entscheidend ist, dass *Dime* deshalb als direkter Vertragspartner der Datensubjekte und nicht als mittelbarer Stellvertreter anzusehen wäre. Die Berücksichtigung plattformspezifischer Besonderheiten berührt somit das durch eine Auslegung des Internetauftritts gefundene Ergebnis nicht. Die Ausführungsverträge mit den Unternehmen werden von *Dime* abgeschlossen; die wirtschaftlichen Folgen sollen die Datensubjekte treffen. *Dime* wird mittelbar stellvertretend tätig.

### 3. Vertragliche Abbildung durch Kommissionsrecht und *lastgevingsovereenkomst*

Bei einer mittelbaren Vertretung kommt das Ausführungsgeschäft zwischen dem mittelbaren Vertreter und dem Dritten zustande. Dabei hat der mittelbare Vertreter die Vorgaben des mittelbar Vertretenen aus dem der Vertretung zugrunde liegenden Innenverhältnisses zu berücksichtigen. Der Vertreter ist zur Verwertung der Verwertungsgegenstände des Vertretenen befugt. Das aus dem Ausführungsgeschäft zwischen mittelbarem Vertreter und Drittem Erlangte wird schließlich an den Vertretenen herausgegeben. Faktisch kommt der Ausführungsvertrag somit zwischen dem mittelbaren Vertreter und dem Dritten zustande, wogegen er wirtschaftlich als zwischen mittelbar Vertretenem und Drittem zu betrachten ist.<sup>148</sup>

Übertragen auf das Datenverwertungsmodell bedeutet das, dass die Ausführungsgeschäfte faktisch zwischen *Dime* und den Unternehmen zustande kommen, wirtschaftlich aber zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen gelten. Bei Abschluss der Ausführungsverträge über Datennutzungsbefugnisse

---

<sup>147</sup> Zum Qualitätsstandard Fairness: Kapitel 9 B.III.2.

<sup>148</sup> Zu den Vertragsbeziehungen bei der mittelbaren Stellvertretung in Dtl. und den Nl.: Kapitel 6 C.

hat *Dime* die Vorgaben der Datensubjekte aus dem der Verwertung zugrunde liegenden Rahmenvertrag, namentlich Art der Daten und Verarbeitungszwecke, zu berücksichtigen.<sup>149</sup> Der Qualitätsstandard der Fairness verpflichtet *Dime* dazu, nur solche Verträge abzuschließen, die eine Gegenleistung enthalten. An dieser Gegenleistung sind die Datensubjekte mit einem *fairen Anteil* zu beteiligen.<sup>150</sup> Der restliche Betrag kann als Provision angesehen werden. Inhaltlich verpflichtet der Rahmenvertrag *Dime* also zur mittelbaren Vertretung bei der Verwertung der personenbezogenen Daten der Datensubjekte.

Eine mittelbare Stellvertretung wird in Deutschland grundsätzlich durch das Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsrecht abgebildet.<sup>151</sup> Bei Unentgeltlichkeit gilt Auftragsrecht, bei Entgeltlichkeit liegt eine Geschäftsbesorgung vor.<sup>152</sup> Wird der Interessenwahrer gewerbsmäßig tätig, ist der Anwendungsbereich des Kommissionsrechts eröffnet. Dies gilt auch für kleingewerbliche Kommissionäre, die nicht ins Handelsregister eingetragen sind, § 383 Abs. 2 HGB.<sup>153</sup> *Dime* wirbt mit einer kostenlosen Marktplatznutzung. Dennoch erhält *Dime* faktisch eine Provision, da es den Datensubjekten nicht den gesamten aus der Datenverwertung erzielten Gewinn, sondern einen *fairen Anteil* desgleichen weiterleitet. Damit ist eine Entgeltlichkeit der Dienste anzunehmen. Das Vorliegen von Gewerblichkeit erfordert eine selbstständige anbietende Tätigkeit am Markt gegen Entgelt sowie eine planmäßige, auf Dauer angelegte Ausrichtung der Tätigkeit.<sup>154</sup> Von einer gewerblichen Ausrichtung der Tätigkeiten von *Dime* ist auszugehen. Aufgrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Kommissionsvorschriften auf die uneigentliche Kommission, § 406 Abs. 1 S. 1 HGB, also auf solche Kommissionsgeschäfte, die nicht den An- oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren, sondern Geschäfte und Dienstleistungen anderer Art umfassen,<sup>155</sup> ist der Anwendungsbereich der §§ 383 ff. HGB für *Dime* eröffnet.

---

<sup>149</sup> Zur Pflicht zur Absatzunterstützung: Kapitel 9 B.I.

<sup>150</sup> Zum Qualitätsversprechen bezogen auf *Dime*: Kapitel 9 B.III.2.

<sup>151</sup> Zur Abbildung der mittelbaren Stellvertretung in Deutschland: Kapitel 6 C.I.

<sup>152</sup> Zum Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht: Kapitel 5 A.

<sup>153</sup> Zum Anwendungsbereich des Kommissionsgeschäfts: Kapitel 6 C.I.

<sup>154</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 24; zum Gewerbebegriff: *Schmidt*, in: MüKo-HGB, HGB § 1, Rdnr. 27 ff.; *Roth*, in: KKRd-HGB, HGB § 1, Rdnr. 4 ff.

<sup>155</sup> Zum Anwendungsbereich des Kommissionsgeschäfts: Kapitel 6 C.I.

Aufgrund der auf Dauer angelegten Vertragsbeziehung zwischen den Datensubjekten mit *Dime*, könnte *Dime* die Eigenschaft eines Kommissionsagenten haben. Die Kommissionsagentur steht zwischen Kommissions- und Handelsvertreterrecht und zeichnet sich durch eine dauerhafte und systematische Eingliederung in die Vertriebsorganisation eines Unternehmens aus.<sup>156</sup> Eine solche systematische Eingliederung in eine Vertriebsorganisation besteht bei *Dime* schon deshalb nicht, da es sich bei der Zielgruppe von *Dime* um natürliche Personen, die die Datenverwertung nicht unternehmerisch betreiben, handelt. Die Datensubjekte bemühen sich nicht um einen systematischen Absatz ihrer Daten. Eine analoge Anwendung der Handelsvertretervorschriften erscheint trotz des längerfristigen Rahmenvertrags mit *Dime* unpassend und ist nicht erforderlich. Somit wird der Rahmenvertrag zwischen *Dime* und den Datensubjekten aus deutscher Perspektive durch das Kommissionsrecht, §§ 383 ff. HGB bestimmt.

Das Kommissionsrecht enthält ausgeprägte Vorschriften zur Wahrnehmung der Interessen des Kommittenten, die die über das Geschäftsbesorgungsrecht anwendbaren auftragsrechtlichen Regelungen konkretisieren und teils verschärfen.<sup>157</sup> So hat *Dime* stets die Interessen der Datensubjekte zu wahren,<sup>158</sup> die Interessenwahrnehmung selbst auszuführen<sup>159</sup> und ist dabei an Weisungen der Datensubjekte gebunden.<sup>160</sup> Zudem unterliegt *Dime* Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflichten<sup>161</sup> sowie der Pflicht, das aus der Verwertung Erlangte an die Datensubjekte herauszugeben.<sup>162</sup> Die vertiefte Untersuchung der Pflichten

---

<sup>156</sup> Zur Kommissionsagentur: Kapitel 6 C.I. Zum Vorliegen von Kommission/Kommissionagentur bei Plattformen: *Dreyer/Haskamp, ZVertriebsR* 2017, 359 (361 f.).

<sup>157</sup> Kommissionsrechtliche Sondervorschriften werden im Zusammenhang mit den einzelnen Pflichten beleuchtet, s. Kapitel 15 A.I., B.I., D.I. und E.I.

<sup>158</sup> § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB; allgemein zum Inhalt der Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.I.; zur Interessenwahrnehmungspflicht bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 A.IV.

<sup>159</sup> § 664 BGB analog; allgemein zum Substitutionsverbot: Kapitel 15 B.I.; zum Substitutionsverbot bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 B.IV.

<sup>160</sup> § 665 BGB; allgemein zum Inhalt der Weisungsgebundenheit: Kapitel 15 C.I.; zur Weisungsgebundenheit bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 C.IV.

<sup>161</sup> § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB, § 666 BGB; allgemein zum Inhalt der Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I.1. und D.II.1.

<sup>162</sup> § 384 Abs. 2 Hs. 2 Fall 2 HGB; allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.I.; zur Herausgabepflicht bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 E.IV.

wird einen Verstoß von *Dime* gegen die Rechenschaftspflicht ergeben.<sup>163</sup> Da ein Selbsteintritt eines Kommissionärs nur bei im Vorfeld genau bestimmbar Sachverhalten zulässig ist,<sup>164</sup> ist *Dime* ein Selbsteintritt nicht gestattet.<sup>165</sup> Die schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten werden durch datenschutzrechtliche Vorgaben ergänzt.<sup>166</sup>

Das niederländische BW sieht mit der *lastgevingsovereenkomst* einen speziell auf Vertretungsverhältnisse abgestimmten Vertragstyp vor, der explizit auch die mittelbare Stellvertretung erfasst. Sie kann zu einem einmaligen oder mehrmaligen vertretenden Tätigwerden verpflichtet und ist somit bei punktueller sowie bei ständiger Beauftragung gleichermaßen anwendbar.<sup>167</sup> Die *lastgevingsovereenkomst* ist eine Sonderform der *overeenkomst van opdracht* und nur dann einschlägig, wenn die Pflicht zum mittelbar/ unmittelbar stellvertretenden Handeln Kerninhalt des Vertrags ist. Ist die Vertretungstätigkeit nur indirekt Inhalt des Vertragsgegenstands, weil der Vertrag von mehreren Elementen gekennzeichnet ist, so ist das Schuldverhältnis als *overeenkomst van opdracht* einzuordnen.<sup>168</sup> Der Rahmenvertrag mit dem Datenverwerter *Dime* ist auf ein mittelbar stellvertretendes Tätigwerden desselben bei der Verwertung der personenbezogenen Daten der Datensubjekte ausgerichtet. Die mittelbare Stellvertretung ist als Hauptinhalt des Vertrags zu qualifizieren. Sie ist die charakterisierende Leistungspflicht, aufgrund der die Datensubjekte die Rahmenverträge überhaupt erst abschließen.<sup>169</sup> Somit ist das Vertragsverhältnis zwischen den Datensubjekten und *Dime* den besonderen Regelungen zur *lastgevingsovereenkomst* unterworfen. Die subsidiären Regelungen zur *overeenkomst van opdracht* sind da, wo die *lastgevingsovereenkomst* keine spezielleren Vorschriften enthält, ergänzend

---

<sup>163</sup> Kapitel 15 D.IV.

<sup>164</sup> S. hierzu ausführlich Kapitel 16 B.II.

<sup>165</sup> Kapitel 16 D.

<sup>166</sup> Vgl. hierzu die Kapitel 15 A.V, B.V, C.V, D.V und E.V.

<sup>167</sup> S. Wortlaut von art. 7:414 lid 1 BW: „[...] voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten.“; ferner ist für die *lastgeving* eine Kündigungsoption bei unbefristetem Vertrag vorgesehen, art. 7:422, 408 lid 2 BW, *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 132.

<sup>168</sup> Zu den Vertragsverhältnissen *overeenkomst van opdracht* und *lastgevingsovereenkomst* und ihrer Abgrenzung: Kapitel 4 B.

<sup>169</sup> S. Kapitel 9 C.

anwendbar.<sup>170</sup> Die Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* sehen ähnliche interessenwahrende Pflichten wie das deutsche Recht vor. Auch nach niederländischem Recht ist *Dime* zur Wahrung der Interessen der Datensubjekte<sup>171</sup> und an deren Weisungen gebunden.<sup>172</sup> Ebenso gelten für *Dime* Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflichten<sup>173</sup> sowie die Pflicht, das aus der Verwertung Erlangte an die Datensubjekte herauszugeben.<sup>174</sup> Auch nach niederländischem Recht darf *Dime* nicht selbst in den Vertrag eintreten.<sup>175</sup> Zudem ist ein Verstoß von *Dime* gegen die Rechenschaftspflicht festzustellen.<sup>176</sup> Die Ergänzung schuldrechtlicher Interessenwahrnehmungspflichten durch datenschutzrechtliche Vorgaben gilt für das niederländische Recht gleichermaßen wie für das deutsche Recht.<sup>177</sup>

## II. *Data Fairplay* – Funktion eines Vermittlers

### 1. Auslegung des Internetauftritts ergibt vermittelnde Stellung

Eine Auslegung des Internetauftritts von *Data Fairplay* und der dort zu findenden Leistungsbeschreibung<sup>178</sup> ergibt, dass die Ausführungsverträge zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen geschlossen werden. Denn *Data Fairplay* wirbt mit einem *direkten* Datenmarktplatz, auf dem der Einzelne *einen Stand [eröffnet]* und bestimmt, welche Daten er anbietet. Die Unternehmen können den Datensubjekten ein *Angebot für die Nutzung [ihrer] Daten machen*. Dass die Datensubjekte mittels des Marktplatzes selbst in Kontakt mit

<sup>170</sup> Zur Anwendung der Regelungen der *overeenkomst van opdracht* auf die *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

<sup>171</sup> Art. 7:401 BW; allgemein zum Inhalt der Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.II.; zur Interessenwahrnehmungspflicht bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 A.IV.

<sup>172</sup> Art. 7:402 BW; allgemein zum Inhalt der Weisungsgebundenheit: Kapitel 15 C.II.; zur Weisungsgebundenheit bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 C.IV.

<sup>173</sup> Art. 7:403, 418 BW; allgemein zum Inhalt der Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I.2., D.I.3. und D.II.2.

<sup>174</sup> Art. 7:403 lid 2 BW; allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.II.; zur Herausgabepflicht bezogen auf *Dime*: Kapitel 15 E.IV.

<sup>175</sup> Kapitel 16 D.

<sup>176</sup> Kapitel 15 D.IV.

<sup>177</sup> Vgl. hierzu die Kapitel 15 A.V, B.V, C.V, D.V und E.V.

<sup>178</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate bezüglich der Leistungsbeschreibung in diesem Abschnitt: Kapitel 8 B.I.

Unternehmen geraten können, wird mehrfach unterstrichen durch Aussagen wie: [...] *bekommst du ein Angebot, und deine Daten direkt anzubieten*. Ob eine Transaktion zustande kommt, entscheiden die Datensubjekte nach Erhalt des jeweiligen Angebots selbst: *Du bestimmst, welche Daten du anbietest und wer sie gegen Bezahlung wie lange nutzen darf. Findest du das Angebot interessant nimmst du an der Aktion teil*.

Obwohl die Angebote der Unternehmen auf der Internetseite von Data Fairplay mittels eines einheitlichen Erscheinungsbilds aufbereitet werden, können die Nutzer aufgrund des Internetauftritts vernünftigerweise erwarten, dass sie auf dem digitalen Marktplatz ihre personenbezogenen Daten anbieten können und von an diesen Daten interessierten Unternehmen Angebote erhalten. Diese Angebote können sie annehmen oder ablehnen. Die Annahme eines Angebots erfolgt mittels eines „Klicks“ in ein Kontrollkästchen auf der Angebotsübersicht des digitalen Marktplatzes. *Data Fairplay* operiert dabei als Bote, indem es sowohl die Angebote selbst als auch erfolgte Annahmen derselben (und wohl auch die zur Herstellung datenschutzrechtlicher Zulässigkeit erforderliche Einwilligungserklärung)<sup>179</sup> mittels der technischen Vorrichtungen des digitalen Marktplatzes an die jeweils andere Vertragspartei übermittelt. Somit wird *Data Fairplay* nicht selbst zur Partei von Ausführungsverträgen; diese werden vielmehr zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen geschlossen.

Inhalt des Rahmenvertrages zwischen den Datensubjekten und *Data Fairplay* ist die Ermöglichung solcher selbstständiger Verwertungsgelegenheiten für die Datensubjekte. Durch die Eröffnung des Marktplatzes bringt *Data Fairplay* Datensubjekte und Unternehmen zusammen und unterstützt die Datensubjekte bei der Vorbereitung, Organisation und Abwicklung der Vertragsschlüsse. Hierzu zählt die Aufbereitung der Angebote der Unternehmen und die Weiterleitung dergleichen an potenziell interessierte Datensubjekte. Die Pflicht zur Absatzunterstützung beinhaltet speziell für *Data Fairplay* somit die Pflicht zum vermittelnden Tätigwerden.

---

<sup>179</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung: Kapitel 11 B.C.II.

## 2. Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch plattformspezifische Kriterien

Eine Auslegung des Internetauftritts nach vertragsrechtlichen Grundsätzen hat ergeben, dass die Ausführungsverträge direkt zwischen Datensubjekten und Unternehmen geschlossen werden. Das gefundene Ergebnis wird bei der Zugrundelegung plattformspezifischer Kriterien bestätigt. *Data Fairplay* übt keinen beherrschenden Einfluss über die auf dem Marktplatz geschlossenen Ausführungsverträge aus. Denn die Einzelheiten des Vertragsinhalts liegen in der Sphäre der Unternehmen und der Datensubjekte. *Data Fairplay* wirkt weder darauf ein, ob und von welchem Unternehmen Angebote gemacht werden, noch darauf, wie hoch die Gegenleistung, also der Preis für die Nutzungsbefugnis der Daten, ist. *Data Fairplay* greift nur insoweit steuernd auf den Inhalt der Ausführungsverträge ein, als dass es die Pflicht trifft, zu kontrollieren, ob das Angebot der Unternehmen überhaupt eine Gegenleistung aufweist.<sup>180</sup> Die Datensubjekte bestimmen selbst über den Abschluss jedes einzelnen Ausführungsvertrages. *Data Fairplay* übt somit keinen beherrschenden Einfluss auf die Vertragsabschlüsse aus und kann somit auch nicht aufgrund eines beherrschenden Eindrucks als Vertragspartner der Datensubjekte qualifiziert werden. Das Heranziehen plattformspezifischer Auslegungskriterien beeinflusst somit nicht das im Rahmen einer allgemeinen Auslegung gefundene Ergebnis – der vermittelnden Funktion zur Unterstützung beim Absatz der personenbezogenen Daten.

3. Vertragliche Abbildung durch Auftragsrecht und *bemiddelingsovereenkomst*

Ein Vermittlungsverhältnis zielt auf die Begründung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten ab. Die Art der Vermittlungstätigkeit variiert entsprechend des konkreten Vertragsverhältnisses und reicht von dem Bieten einer bloßen Gelegenheit des Vertragsabschlusses, bis hin zu einer Beteiligung an Vertragsverhandlungen. Der Vertrag mit dem Dritten kommt zwischen dem Auftraggeber der Vermittlung und dem Dritten zustande. Der Vermittler wird keine Vertragspartei. Übertragen auf das Datenverwertungsverhältnis bedeutet das, dass *Data Fairplay* und die Datensubjekte einen Vertrag abschließen, der die Vermittlung von Ausführungsverträgen durch *Data Fairplay* zum Gegenstand hat. *Data Fairplay* trifft aufgrund des Quali-

---

<sup>180</sup> Zum Qualitätsversprechen bezogen auf *Data Fairplay*: Kapitel 9 B.III.1.

tätsversprechens der Fairness die Pflicht, nur solche Vertragsoptionen an die Datensubjekte heranzutragen, die eine Gegenleistung für die Datennutzung vorsehen.

Im deutschen Recht besteht die Besonderheit eines Maklerverhältnisses darin, dass den Makler keine Pflicht zum Tätigwerden trifft – entsprechend erhält er nach der gesetzlichen Ausgangslage auch keine Aufwendungen ersetzt.<sup>181</sup> In den Niederlanden besteht hingegen sowohl eine Pflicht zum Tätigwerden als auch ein Aufwendungsersatzanspruch des *bemiddelaar*.<sup>182</sup> Aufgrund der Unentgeltlichkeit der von *Data Fairplay* angebotenen Dienste kann das deutsche Maklerrecht keine Anwendung finden.<sup>183</sup> Aus deutscher Perspektive ist der Rahmenvertrag daher als ein entsprechend ausgeprägtes Auftragsverhältnis, das eine vermittelnde Tätigkeit zum Gegenstand hat, zu sehen. Besonders ist dabei, dass Vertragsgegenstand keine einmalige Übertragung eines Auftrags, sondern eine dauerhafte Beauftragung zur Interessenwahrnehmung ist. In den Niederlanden war die Anwendung der besonderen Vorschriften zur *bemiddelingsovereenkomst* bei Unentgeltlichkeit lange umstritten. Mit dem *Hoge Raad* ist seit 2015 auch eine kostenlose *bemiddeling* als *bemiddelingsovereenkomst* zu qualifizieren,<sup>184</sup> sodass ihre Vorschriften auf das Rechtsverhältnis der Datensubjekte mit *Data Fairplay* Anwendung finden. Die *bemiddeling* ist eine besondere Form der *overeenkomst van opdracht*, deren Vorschriften subsidiär gelten.<sup>185</sup> Sie gilt für die einmalige oder mehrfache Vermittlung.<sup>186</sup>

Das Auftragsrecht und die *overeenkomst van opdracht* sehen gleichermaßen Pflichten zur Interessenwahrnehmung,<sup>187</sup> namentlich die eigenverantwortliche

---

<sup>181</sup> Zum Maklervertrag: Kapitel 6 D.I.

<sup>182</sup> Zur *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.II.

<sup>183</sup> *Data Fairplay* ist laut Leistungsbeschreibung kostenlos. Eine Untersuchung, ob, wie bei vielen „kostenlosen Internetdiensten“ tatsächlich keine Gegenleistung erfolgt, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten und ist auch für die weitere Untersuchung der Interessenwahrnehmungspflicht nicht von Relevanz.

<sup>184</sup> HR 16 oktober 2015, nr. 15/00688, *Duinzigt/Tacq*, NJ 2016/108 = NJB 2015/1909 = ECLI:NL:HR:2015:3099, nr. 4.4.4; Urteilsbesprechung: *Dammingh*, TvC 2016-1, 31-38.

<sup>185</sup> Zum anwendbaren Recht auf die *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.II.

<sup>186</sup> S. den Wortlaut von art. 7:425 BW: „[...] bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten.“; ferner ist art. 7:408 lid 2 BW auf die *bemiddeling* anwendbar.

<sup>187</sup> Zu Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 14 B. und Kapitel 15.

Ausführung,<sup>188</sup> die Weisungsgebundenheit<sup>189</sup>, Benachrichtigungs- und Rechenschaftspflichten<sup>190</sup> und die Herausgabepflicht vor.<sup>191</sup> Zudem unterliegt *Data Fairplay* Vorgaben bezüglich der Zulässigkeit von Doppeltätigkeiten<sup>192</sup> und Eigengeschäften<sup>193</sup>. Die ausgeübte Doppeltätigkeit von *Data Fairplay* wird im weiteren Verlauf der Arbeit als zulässig angesehen.<sup>194</sup> Die schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten werden durch datenschutzrechtliche Vorgaben ergänzt.<sup>195</sup>

### III. *Datacoup* – Funktion eines Zwischenhändlers

#### 1. Auslegung des Internetauftritts zeigt Doppelfunktion

Eine Auslegung der Internetseite<sup>196</sup> von *Datacoup* ergibt zweierlei Verwertungswege. Einerseits stellt sich *Datacoup* als Vermittler zwischen Datensubjekten und Unternehmen dar, andererseits erklärt *Datacoup* auch, dass es selbst die Daten kauft.

Für eine Vermittlungstätigkeit spricht zunächst der Werbeslogan von *Datacoup*: You've got data – we've got connections<sup>197</sup>. Außerdem beschreibt sich *Datacoup* als Unternehmen, das [...] [dem Datensubjekt] dabei hilft [...] [seine] Daten [...] zu verkaufen. Hierzu will es dem Datensubjekt Werkzeuge geben,<sup>198</sup>

---

<sup>188</sup> Allgemein zur Ausführung der Interessenwahrnehmung: Kapitel 15 B; zur Ausführung bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 B.IV.

<sup>189</sup> Allgemein zum Inhalt der Weisungsgebundenheit: Kapitel 15 C.; zum Weisungsrecht der Datensubjekte bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 C.IV.

<sup>190</sup> Allgemein zum Inhalt der Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I. und D.II.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 D.IV.

<sup>191</sup> Allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 E.IV.

<sup>192</sup> Zur Doppeltätigkeit eines Vermittlers: Kapitel 17 A.

<sup>193</sup> Zu Eigengeschäften eines Vermittlers: Kapitel 17 B.

<sup>194</sup> Zur zulässigen Doppeltätigkeit von *Data Fairplay*: Kapitel 17 A.IV.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu die Kapitel 15 A.V, B.V, C.V, D.V und E.V.

<sup>196</sup> S. für die Leistungsbeschreibung und sämtliche Zitate bezüglich der Leistungsbeschreibung in diesem Abschnitt: Kapitel 8 C.I.

<sup>197</sup> <http://datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 18.12.2009, s. auch Anhang 3.

<sup>198</sup> Vgl. die Aussage "We wanted to give you the tools to help you sell your data, so your data profile also has a public link that you can share with potential purchasers.", Kapitel 8 C.I.

nämlich einen öffentlichen Link mit einem Datenprofil, den die Datensubjekte mit potenziellen Käufern teilen können. Werden die Daten verkauft, wird das Datensubjekt per E-Mail benachrichtigt. Nach dieser Beschreibung des Verwertungsvorgangs werden die Ausführungsverträge direkt zwischen Datensubjekten und Unternehmen geschlossen. Das Teilen des Links durch die Datensubjekte scheint dabei als bindendes Angebot zu gelten, das nur noch angenommen werden muss. Schließlich wird das Datensubjekt über eine erfolgreiche Transaktion erst im Nachhinein per E-Mail informiert, was nicht geschehen könnte, wenn es die Daten im Vorfeld nicht bereits angeboten hätte. Bei der Übermittlung der Willenserklärungen zum Vertragsschluss agiert *Datacoup*, wie auch *Data Fairplay*,<sup>199</sup> als Bote.

Daneben tritt *Datacoup* selbst als direkter „Käufer“ der Daten und somit als Vertragspartei der Datensubjekte in den Ausführungsverträgen auf: *Momentan kauft Datacoup deine Daten. Wir stellen einen [...] Datensatz zusammen, um potenzielle Datenkäufer [...] zu gewinnen.* Im Gegensatz zur Leistungsbeschreibung bei *Dime* lässt diese Formulierung nicht darauf schließen, dass *Datacoup* beim „Kauf“ der Daten auf Rechnung der Datensubjekte handelt. Vielmehr wird der Eindruck erweckt, der „Ankauf“ der Daten durch *Datacoup* erfolge unabhängig von einem potenziellen Weiterverkauf. *Datacoup* bereitet die Daten nach dem „Ankauf“ weiter auf, um sodann weitere Käufer zu finden und handelt dabei im eigenen Interesse. Eine mittelbare Stellvertretung liegt deshalb nicht vor. Stattdessen wird *Datacoup* als Zwischenhändler tätig. Als Zwischenhändler schließt *Datacoup* Ausführungsverträge mit den Datensubjekten, um die hieraus gewonnene Datennutzungsbefugnis unabhängig von dem Ausführungsvertrag mit den Datensubjekten und auf eigenes Risiko weiter zu verwerten. Bei einem erfolgreichen Datenverwertungsvorgang werden also zwei voneinander unabhängige Ausführungsverträge geschlossen. Zum einen wird ein solcher zwischen Datensubjekt und Datenverwerter, zum anderen zwischen Datenverwerter und Unternehmen geschlossen.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Zur vertraglichen Einordnung von *Data Fairplay*: Kapitel 10 E.II.

<sup>200</sup> Zu Varianten vertraglicher Ausgestaltung der Datenverwertungsmodelle: Kapitel 10 C.

## 2. Folgen eines (unzulässigen) Selbsteintritts für die Vertragsbeziehungen

Die von *Datacoup* beschriebene Kombination aus Vermittlungstätigkeit und selbstständigem Ankauf der Daten erinnert an einen Selbsteintritt. Als Selbsteintritt eines Maklers wird das Zustandekommen des Ausführungsvertrags zwischen Auftraggeber und Makler verstanden.<sup>201</sup> *Datacoup* beschreibt sich gegenüber den Datensubjekten als Unternehmen, das ihnen dabei hilft, einen passenden Vertragspartner für die Realisierung des Wertes der Daten zu finden. Dabei stellt sich *Datacoup* auch selbst als passenden Vertragspartner dar und schließt teilweise in eigener Person den Ausführungsvertrag ab. Ein solcher Selbsteintritt eines Vermittlers wird im niederländischen und deutschen Recht unterschiedlich behandelt.

In Deutschland wird ein Selbsteintritt des Maklers als „Eigengeschäft“ qualifiziert und die Vermittlungsleistung als nicht erbracht angesehen. Es hat keine erfolgreiche Vermittlung mit einem Dritten stattgefunden, sodass kein Provisionsanspruch des Maklers entstanden ist. Aufgrund des fehlenden Drittbezugs liegt schon begrifflich keine Maklertätigkeit vor.<sup>202</sup> Bei Unentgeltlichkeit der Vermittlungstätigkeit ist der Selbsteintritt nach Auftragsrecht zu beurteilen.<sup>203</sup> Da das Auftragsrecht keine spezielle Vorschrift zum Selbstkontrahieren vorsieht, ist entscheidend, ob der Selbsteintritt mit der das Auftragsverhältnis prägenden Pflicht zur Interessenwahrnehmung<sup>204</sup> vereinbar ist. Bei einem Selbsteintritt konfliktieren regelmäßig Eigen- und Fremddinteressen in der kontrahierenden Person, hier in der Person des Datenverwerter *Datacoup*. Da *Datacoup* den Wert der Daten selbst bestimmt, können Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden. Das Selbstkontrahieren von *Datacoup* im Rahmen des Auftragsverhältnisses ist daher als Pflichtverletzung des Rahmenvertrags zu werten.<sup>205</sup> Die Pflichtverletzung wirkt sich jedoch nicht auf die bestehenden Vertragsbeziehungen aus. Aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen

---

<sup>201</sup> *Arnold*, in: Staudinger-BGB, BGB §§ 652, 653, Rdnr. 155; zum Selbsteintritt des Maklers: Kapitel 17 B.

<sup>202</sup> *Roth*, in: MüKo-BGB, BGB § 652, Rdnr. 125; *Arnold*, in: Staudinger-BGB, BGB §§ 652, 653, Rdnr. 155; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 6; s. ausführlich dazu: Kapitel 17 B.I.

<sup>203</sup> Zum Auftragsrecht: Kapitel 5 A.

<sup>204</sup> Zur Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.

<sup>205</sup> Kapitel 16 B.IV.

der Parteien kommt unabhängig von gegebenenfalls bestehenden Pflichtverletzungen im Rahmenverhältnis ein Ausführungsvertrag zwischen Datensubjekten und *Datacoup* zustande.

Das niederländische Recht enthält eine Interessenkonfliktregel zum Selbsteintritt eines Maklers, die sich an der Zulässigkeit des *twee beren dienen* im Rahmen einer *lastgevingsovereenkomst* orientiert.<sup>206</sup> Der Selbsteintritt eines Maklers ist demnach dann zulässig, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts so genau feststeht, dass eine Interessenkollision zwischen den Interessen des Maklers und der beauftragenden Partei ausgeschlossen werden kann.<sup>207</sup> Der Inhalt des Ausführungsvertrags über die personenbezogenen Daten der Datensubjekte steht nicht im Vorhinein fest. Vielmehr bietet *Datacoup* den Datensubjekten Unterstützung beim Verwertungsvorgang, der auch die Preissetzung beinhaltet, an. Die Frage des Preises ist konfliktbelastet, sodass ein Selbsteintritt nach niederländischem Recht nicht zulässig wäre.<sup>208</sup> Der mittels eines unzulässigen Selbsteintritts geschlossene Ausführungsvertrag kommt nach niederländischem Recht wirksam zustande; es entfällt jedoch der Lohnanspruch aus der *bemiddelingsovereenkomst*.

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass *Datacoup* sowohl als Vermittler als auch als Vertragspartei auftritt. Der Ausführungsvertrag wird sowohl nach niederländischem als auch nach deutschem Recht entweder zwischen den Datensubjekten und der dritten, vermittelten Partei, oder mit *Datacoup* selbst geschlossen.

### 3. Plattformspezifische Kriterien zeigen beherrschenden Eindruck

Eine ergänzende Heranziehung plattformspezifischer Kriterien zeigt einen beherrschenden Einfluss von *Datacoup* über die Ausführungsverträge. Dieser besteht unabhängig davon, ob *Datacoup* vermittelnd tätig wird oder die Daten direkt „ankauft“. *Datacoup* bereitet die Daten in einem anonymisierten Pool auf, kategorisiert die einzelnen Daten entsprechend der aktuellen Nachfrage,

---

<sup>206</sup> Art. 7:427 BW; zum Inhalt der Regelung ausführlich: Kapitel 17 B.II.

<sup>207</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 1 BW; s. ausführlich zur Zulässigkeit des Selbsteintritts des Maklers: Kapitel 17 B.II.; zur Zulässigkeit des *twee beren dienen*: Kapitel 16 B.IV.

<sup>208</sup> Zur Unzulässigkeit des Selbsteintritts von *Datacoup* auch: Kapitel 17 B.IV.

bildet hieraus einen Gesamtwert und setzt damit den Endpreis fest. Die gesamte Vertragsabwicklung erfolgt über den Marktplatz. Über erfolgreiche „Verkäufe“ – aufgrund einer Vermittlung oder eines direkten „Ankaufs“ – werden die Datensubjekte erst im Nachhinein informiert. Bezüglich des Vertragsinhalts ist *Datacoup*, im Gegensatz zu *Dime*,<sup>209</sup> nicht weisungsgebunden. Die Daten sämtlicher verknüpfter sozialer Netzwerke können Gegenstände einer potenziellen Verwertung sein. Das Datensubjekt hat, abgesehen von der Auswahl der verknüpften Internetdienste, keine Entscheidungsbefugnisse über Einzelheiten der Ausführungsverträge. Dieser beherrschende Einfluss über die Ausführungsverträge bringt es mit sich, dass *Datacoup* auch dann, wenn es nach seiner Selbstdarstellung nicht selbst Vertragspartei der Ausführungsverträge ist, sondern vermittelnd tätig wird, in einem Ausmaß auf Inhalt und Abschluss dieser Verträge einwirkt, als wäre es selbst Vertragspartei. Aufgrund der faktischen Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertragsinhalt der Ausführungsverträge muss auch beim Datensubjekt der Eindruck entstehen, dass *Datacoup* das Leistungsgeschehen in einem solchen Ausmaß beeinflusst, dass es selbst die Leistung erbringt. Aufgrund des beherrschenden Eindrucks sollte *Datacoup* ausschließlich als Leistungserbringerin eingeordnet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre *Datacoup* demnach stets als Vertragspartei der Ausführungsverträge und damit als Zwischenhändler anzusehen.

#### 4. Vertragliche Abbildung durch Auftragsrecht und *bemiddelingsovereenkomst*

Die Heranziehung objektiver Kriterien hat gezeigt, dass *Datacoup* stets als Vertragspartner der Ausführungsverträge anzusehen ist. *Datacoup* tritt demnach stets selbst in die Ausführungsverträge über die Datennutzung mit den Datensubjekten ein. Bei einer Anwendbarkeit von deutschem Maklerrecht würde *Datacoup* ausschließlich Eigengeschäfte abschließen, die nicht als Vermittlungstätigkeit anerkannt würden. Da *Datacoup* seine Dienste entgeltfrei anbietet, kann das deutsche Maklerrecht jedoch keine Anwendung finden. Stattdessen werden die aus dem Rahmenvertrag erwachsenden Pflichten zur Absatzunterstützung, die von *Datacoup* die Vornahme sämtlicher, zum Abschluss und Abwicklung der Ausführungsverträge erforderlichen Schritte, unter anderem die Anonymisierung, Zusammenführung und Bewertung der personenbezogenen Daten verlangt, durch das Auftragsrecht abgebildet. Daneben werden separate

---

<sup>209</sup> Zur vertraglichen Einordnung von *Dime*: Kapitel 11 E.I.

Ausführungsverträge zwischen den Datensubjekten und *Datacoup* mit dem Gegenstand der Datennutzung abgeschlossen. Da *Datacoup* den Wert der Daten und damit die Gegenleistung der Ausführungsverträge selbst festsetzt, ist hierin eine Pflichtverletzung gegen die aus dem Rahmenvertrag erwachsende Interessenwahrnehmungspflicht zu sehen.<sup>210</sup>

Im niederländischen Recht wird ein Selbsteintritt im Rahmen einer *bemiddelingsovereenkomst* hingegen nicht als Eigengeschäft angesehen, das eine Vermittlungstätigkeit ausschließt. Vielmehr wird der Selbsteintritt als zulässig angesehen, wenn dies mit den Interessen beider Parteien vereinbar ist. Diese Voraussetzung ist aufgrund einer Interessenkollision im Bereich der Preissetzung nicht erfüllt, sodass der Selbsteintritt unzulässig ist. Folge eines unzulässigen Selbsteintritts eines *bemiddelaar* ist das Entfallen des Lohnanspruchs. Der geschlossene Vertrag ist wirksam.<sup>211</sup> Die vor- und nachbereitenden Vermittlungspflichten, namentlich die Einleitung der zum Abschluss und Abwicklung der Ausführungsverträge erforderlichen Schritte, sind weiterhin Gegenstand der *bemiddelingsovereenkomst*. Der Umstand, dass die Erbringung der Dienste entgeltfrei erfolgt, schließt die Anwendung der Regelungen über die *bemiddelingsovereenkomst* nicht aus. Er macht lediglich die Sanktion eines unzulässigen Selbsteintritts – das Entfallen des Lohnanspruchs – gegenstandslos.<sup>212</sup>

Für den Datenverwerter *Datacoup* gelten daher ebenso wie für *Data Fairplay* die vom Auftragsrecht und der *overeenkomst van opdracht* vorgesehenen Pflichten zur Interessenwahrnehmung,<sup>213</sup> in ihren Ausprägungen der eigenverantwortlichen Ausführung,<sup>214</sup> der Weisungsgebundenheit<sup>215</sup>, Benachrichtigungs-

---

<sup>210</sup> S. hierzu auch Kapitel 10 E.III.2. sowie Kapitel 17 B.IV.

<sup>211</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 BW; zum Selbsteintritt eines *bemiddelaar*: Kapitel 17 B.II., konkret zur Unzulässigkeit bei *Datacoup*: Kapitel 17 B.IV; s. auch: Kapitel 10 E.III.2.

<sup>212</sup> Kapitel 6 D.I.

<sup>213</sup> Zu Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 14 B. und Kapitel 15.

<sup>214</sup> Allgemein zur Ausführung der Interessenwahrnehmung: Kapitel 15 B; zur Ausführung bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 B.IV.

<sup>215</sup> Allgemein zum Inhalt der Weisungsgebundenheit: Kapitel 15 C.; zum Weisungsrecht der Datensubjekte bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 C.IV.

und Rechenschaftspflichten<sup>216</sup> und der Herausgabepflicht.<sup>217</sup> Zudem unterliegt *Datacoup* Vorgaben bezüglich der Zulässigkeit von Doppeltätigkeiten<sup>218</sup> und Eigengeschäften<sup>219</sup>. Die schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten werden durch datenschutzrechtliche Vorgaben ergänzt.<sup>220</sup>

## F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Typisierungsüberlegungen ergeben, dass alle drei Datenverwerter ihre Modelle als digitalen Marktplatz beschreiben. Keiner der Anbieter bietet jedoch einen mit einem physischen Markt vergleichbaren Dienst. Über die bloße Bereitstellung eines „Raums“ zu einer Kommunikationsmöglichkeit hinaus, sind sämtliche untersuchten Modelle weitaus stärker in die auf dem Marktplatz stattfindenden Transaktionen involviert. Die Kommunikation verläuft ausschließlich über den Datenverwerter; keiner der Verwerter stellt den Kontakt zwischen Datensubjekten und Unternehmen so her, dass diese unabhängig von dem digitalen Marktplatz miteinander kommunizieren könnten. Auch die Abwicklung der Ausführungsverträge verläuft stets über den zur Verfügung gestellten Marktplatz.

Abgesehen hiervon hat *Data Fairplay* einen nur sehr geringen Einfluss auf den Inhalt der Ausführungsverträge. *Data Fairplay* wird vermittelnd tätig und hat eine aus dem Rahmenvertrag erwachsende Prüfpflicht, nur solche Angebote weiterzuleiten, die eine Gegenleistung enthalten. Die unentgeltliche Vermittlungstätigkeit von *Data Fairplay* wird aus deutscher Sicht mittels eines Auftragsverhältnisses, aus niederländischer Sicht mittels einer *bemiddelingsovereenkomst* abgebildet. Bei *Dime* und *Datacoup* wirken die Datenverwerter auf den Inhalt der Ausführungsverträge ein. *Dime* wird mittelbar stellvertretend für die

---

<sup>216</sup> Allgemein zum Inhalt der Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I. und D.II.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 D.IV.

<sup>217</sup> Allgemein zum Inhalt der Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.; zum Inhalt bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse: Kapitel 15 E.IV.

<sup>218</sup> Zur Doppeltätigkeit eines Vermittlers: Kapitel 17 A.

<sup>219</sup> Zu Eigengeschäften eines Vermittlers: Kapitel 17 B.

<sup>220</sup> Vgl. hierzu die Kapitel 15 A.V, B.V, C.V, D.V und E.V.

Datensubjekte tätig und agiert somit als Vertragspartei der Ausführungsverträge. Die konkrete Ausgestaltung der Ausführungsverträge liegt in der Verantwortung von *Dime*. Bezüglich des Vertragsgegenstands unterliegt *Dime* dabei den Weisungen der Datensubjekte. Der Rahmenvertrag verpflichtet *Dime* ferner dazu, dass sämtliche Ausführungsverträge eine geldwerte Gegenleistung enthalten müssen, an der die Datensubjekte fair beteiligt werden. Aus einer vertragstypisierenden Perspektive ist die Tätigkeit von *Dime*, die Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten zu unterstützen, dem deutschen Vertragstyp der Kommission und der niederländischen *lastgevingsovereenkomst* zuzuordnen. *Dime* schuldet eine mittelbar stellvertretende Tätigkeit gegen Entgelt. Sie ist gewerblich angelegt, was für die Einordnung unter die deutsche handelsrechtliche Vorschrift der Kommission von Bedeutung ist. Trotz der auf Dauer angelegten Tätigkeit werden die Regelungen zur Handelsvertretung nicht entsprechend herangezogen. Der Einfluss von *Datacoup* auf die Ausführungsverträge ist so beherrschend, dass das Unternehmen in Anlehnung an die für Plattformen entwickelten Einordnungskriterien als Vertragspartner der Ausführungsverträge angesehen werden sollte.

Die plattformspezifischen Überlegungen werden aufgrund von Gemeinsamkeiten von Plattformen und den Datenverwertungsmodellen herangezogen. Im Lichte der *Uber*-Rechtsprechung hat sich neben der klassischen Vertragsauslegung die Berücksichtigung objektiver Kriterien bei der Bestimmung der Vertragspartnereigenschaft von Plattformen herauskristallisiert. Die vorliegende Arbeit berücksichtigt diese objektiven Kriterien im Rahmen des Eindrucks, den die Nutzer der Dienste aufgrund des Auftretens der Plattform erhalten und somit im Rahmen der klassischen Vertragsauslegung. Danach ist der Einfluss von *Datacoup* so beherrschend, dass sich das Unternehmen nicht auf eine Vermittlerrolle zurückziehen kann. *Datacoup* wird daher als Vertragspartei sämtlicher Ausführungsverträge qualifiziert. Aus deutscher Perspektive werden bei einem Selbsteintritt eines Vermittlers regelmäßig Eigengeschäfte abgeschlossen, die nicht als erfolgreiche Vermittlung angesehen werden. Aufgrund der Unentgeltlichkeit liegt ein Auftragsverhältnis vor. Aus niederländischer Perspektive sind die Selbsteintritte von *Datacoup* nach den Vorschriften der *bemiddelingsovereenkomst* als unzulässig einzustufen, sodass der Provisionsanspruch entfällt. Der im Selbsteintritt geschlossene Vertrag bleibt aber wirksam.

Somit unterliegen alle Datenverwertungsverhältnisse den deutschen auftragsrechtlichen Interessenwahrnehmungsvorschriften, die entweder direkt anwendbar sind oder, wie bei der Kommission, ergänzend über das Geschäftsbesorgungsrecht Anwendung finden und partiell durch das Kommissionsrecht konkretisiert oder verschärft werden. Nach niederländischem Recht gelten die Interessenwahrungspflichten der *overeenkomst van opdracht*, die durch die speziellen Regelungen der *lastgevingsovereenkomst* und der *bemiddelingsovereenkomst* erweitert und konkretisiert werden. Alle mit den Datenverwertern geschlossenen Rahmenverträge sind von dauerhafter Natur, auch wenn die einzelnen gesetzlichen Vertragstypen häufig nur die situative Absatzunterstützung erfassen. Die Dauerhaftigkeit der Vertragsbeziehung wirkt sich insbesondere auf die Öffnung der Interessensphäre der Datensubjekte aus, was sich im Rahmen der Betrachtung des Kontrollversprechens (Kapitel 12) zeigen wird.

## Kapitel 11

# Datenschutzrechtliche Abbildung der Verwertungsmodelle

Das von den Datenverwertungsmodellen beworbene Geschäftsmodell der Schaffung eines digitalen Marktplatzes für Daten fällt in den Anwendungsbereich der DSGVO. Gegenstand des Handels sind persönliche Daten der Daten-subjekte, wie Namen und Wohnort, demographische oder soziale Informationen.<sup>1</sup> Diese fallen unter den weiten Begriff „personenbezogene Daten“ im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO.<sup>2</sup> Ein digitaler Marktplatz, der die Verwertung von personenbezogenen Daten ermöglicht, erfordert naturgemäß auch Verarbeitungen derselben. Aufgrund des im Datenschutzrecht geltenden grundsätzlichen Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt bedürfen diese Verarbeitungsvorgänge, auch bereits die bloße Erhebung von Daten,<sup>3</sup> einer Rechtsgrundlage.<sup>4</sup> Im Folgenden werden die Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen in den Rahmenverträgen (Abschnitt A.) und den Ausführungsverträgen (Abschnitt B.) untersucht. Es wird erörtert, ob die zur Abbildung der Ausführungsverträge häufig erforderliche datenschutzrechtliche Einwilligung mittels einer Botenschaft der Datenverwerter überbracht oder im Rahmen einer Stellvertretung erteilt werden kann (Abschnitt C.). Es zeigt sich, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Verarbeitungen mit der schuldrechtlichen Ausgestaltung verknüpft ist (Abschnitt D.). Neben dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage stellt

---

<sup>1</sup> Für genauere Informationen, welche Daten auf dem Handelsmarktplatz „verkauft“ werden können, s. die Darstellung der Internetauftritte: Kapitel 8.

<sup>2</sup> Zur Definition „personenbezogener Daten“ s. stellv *Schild*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 4, Rdnr. 3 ff. und *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4, Rdnr. 3 ff.; hierzu auch EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-582/14, *Breyer*, MMR-Aktuell 2016, 382533 = ZIP 2017, 233, weiterführend: *Specht-Riemenschneider/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71; *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49 (61 ff.).

<sup>3</sup> Die Erhebung ist eine Verarbeitung i.S.d. DSGVO, Art. 4 Nr. 2 DSGVO.

<sup>4</sup> Zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen: Kapitel 3 B.

das Datenschutzrecht weitere Vorgaben, welche bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und somit bei der Ausführung der Datenverwertung zu berücksichtigen sind.<sup>5</sup> So bedarf etwa auch die selbstständige Datenverarbeitung durch Dritte einer Rechtsgrundlage,<sup>6</sup> der Datenverwerter unterliegt Informations- und Benachrichtigungspflichten nach der DSGVO<sup>7</sup> und den Datensubjekten stehen datenschutzrechtliche Interventionsrechte gegen die Datenverwerter zu.<sup>8</sup>

## A. Abbildung der Rahmenverträge mittels Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) und Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO

Im Zusammenhang mit den zwischen Datensubjekten und Datenverwertern geschlossenen Rahmenverträgen müssen Datenverwerter bestimmte Datenverarbeitungsvorgänge durchführen. Nur so können sie die sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten erfüllen.<sup>9</sup> Der jeweilige Datenverwerter entscheidet dabei selbstständig über die Erhebung, Speicherung und sonstige Verarbeitung jener personenbezogenen Daten und ist somit Verantwortlicher für die Datenverarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO.<sup>10</sup>

### I. „Vertragserfüllung“ rechtfertigt Datenverarbeitungen im Rahmen der Pflichtenerfüllung

Primäre Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen durch den Datenverwerter ist Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Demnach ist die Verarbeitung rechtmäßig,

<sup>5</sup> Kapitel 14 D.I.

<sup>6</sup> Kapitel 15 B.V.

<sup>7</sup> Kapitel 15 D.V.

<sup>8</sup> Kapitel 15 C.V.

<sup>9</sup> Zu den Pflichten der Datenverwerter: Kapitel 9.

<sup>10</sup> S. zum Begriff des „Verantwortlichen“, EuGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – C-25/17, *Zen-Gen Jehovas*, ZD 2018, 469 = NJW 2019, 285; EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 – C-40/17, *Fashion ID*, ZD 2019, 455 = NJW 2019, 2755; EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 – C-210/16, *Facebook Fanpages*, ZD 2018, 357 = NJW 2018, 2537; *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143; sowie u.a. *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4, Rdnr. 55 ff.

wenn sie zur Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, erforderlich ist.<sup>11</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO erfasst all diejenigen Verarbeitungen, die die Erfüllung des Vertrages überhaupt erst ermöglichen. Erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Verarbeitung und dem konkreten Vertragszweck.<sup>12</sup>

Als prägende Pflicht des Rahmenvertragsverhältnisses hat sich die Pflicht zur Interessenwahrnehmung herauskristallisiert.<sup>13</sup> Um im Zusammenhang mit der Datenverwertung stets im Interesse der Datensubjekte zu handeln, ist etwa das Abfragen oder die Organisation und Aufbereitung der persönlichen Daten, die zur Verwertung bereitstehen, sowie die Verschlüsselung zu Sicherheitszwecken, erforderlich. Welche Datenverarbeitungen die Pflicht zur Interessenwahrnehmung konkret erfordert, hängt von der Ausgestaltung des jeweiligen Vertrags ab. Die modellabhängigen Intermediär-Funktionen der Datenverwerter bringen unterschiedliche Pflichten mit sich. Agiert der Datenverwerter, wie z.B. *Data Fairplay*, vermittelnd,<sup>14</sup> so muss er die Parteien zusammenbringen, den Kontakt herstellen und gegebenenfalls beim Vertragsabschluss durch Übermittlung der Daten unterstützend tätig werden. Bei einem mittelbar stellvertretenden Tätigwerden (etwa *Dime*)<sup>15</sup> oder bei einem Auftreten als Zwischenhändler (etwa *Datacoup*)<sup>16</sup>, erfordern unter anderem die Aufbereitung zu Verwertungszwecken, der Abschluss von Verwertungsverträgen sowie die Weitergabe der Daten an die Unternehmen, Verarbeitungen. Werden die Daten dabei unter Erhalt des Personenbezugs weitergegeben, findet eine Offenlegung der Daten statt, die als Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO zu qualifizieren ist. Ano-

---

<sup>11</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO.

<sup>12</sup> Zur Zulässigkeit von Datenverarbeitungen zur Vertragsdurchführung: Kapitel 3 B.II.; vgl. hierzu, *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 32; *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 6 sprechen von einem „engen Sachzusammenhang“.

<sup>13</sup> Kapitel 9 C, zu ihrem Inhalt im Einzelnen s.: Kapitel 9 B.

<sup>14</sup> Zur vertraglichen Einordnung von *Data Fairplay*, Kapitel 10 E.II.

<sup>15</sup> Zur vertraglichen Einordnung von *Dime*, Kapitel 10 E.I.

<sup>16</sup> Zur vertraglichen Einordnung von *Datacoup*, Kapitel 10 E.III.

nymisieren die Datenverwerter die Daten vor der Weitergabe an die Unternehmen, ist der Vorgang der Anonymisierung<sup>17</sup> als Verarbeitung einzustufen.<sup>18</sup> Welche Verarbeitungen zur Vertragserfüllung erforderlich sind, muss einzelfallabhängig unter Hinzuziehung der konkreten Leistungsbeschreibung festgestellt werden. Bei *Data Fairplay* werden die Daten ausweislich der Leistungsbeschreibung zunächst zu Angebotszwecken anonymisiert<sup>19</sup> und bei „Einverständnis“ des „Dateneigentümers“ mit Personenbezug weitergegeben.<sup>20</sup> Bei diesem Modell sind zur Vertragserfüllung sowohl Verarbeitungen zur Anonymisierung<sup>21</sup> als auch zur Offenlegung erforderlich.

Neben der Pflicht zur Interessenwahrnehmung erfordert auch die Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes eine Reihe an Datenverarbeitungen.<sup>22</sup> Um dieser Bereitstellungspflicht nachzukommen, haben die Datenverwerter eine technische Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, welche die Funktionen des digitalen Marktes ermöglicht. Auf diese Weise sollen etwa die Konto- und Profilerstellung gewährleistet werden. Zur Sicherung der technischen Infrastruktur müssen angemessene Sicherheitsmaßnahmen ergriffen werden.

Die vorangegangenen Aufzählungen von Verarbeitungen sind lediglich beispielhaft und zeigen auf, welche Verarbeitungsvorgänge auf den Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden können.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Personenbezogene Daten gelten erst dann als anonym, wenn sie auf eine Weise verarbeitet wurden, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann, ErwGr. (26) S. 5; *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4 Nr. 1, Rdnr. 31.

<sup>18</sup> Art.-29-DSG, Stellungnahme 5/2014, WP 216, 7 f.

<sup>19</sup> Da der Personenbezug offensichtlich wieder hergestellt werden kann, liegt hier wohl keine Anonymisierung, sondern nur eine Pseudonymisierung i.S.v. Art. 4 Nr. 5 DSGVO vor.

<sup>20</sup> <https://www.datafairplay.com/faqs>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>21</sup> Richtigerweise wohl Pseudonymisierung.

<sup>22</sup> Zum Inhalt der Pflicht der Marktplatzbereitstellung: Kapitel 9 A.

<sup>23</sup> Zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO als Interessenkollisionsnorm: Kapitel 14 D.II.2.

## II. Ausdrückliche Einwilligung bei Betroffenheit sensibler Daten erforderlich

Strengere Maßstäbe gelten, wenn sensible Daten betroffen sind, also im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 DSGVO.<sup>24</sup> Die Verarbeitung sensibler Daten kann nicht auf die Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Vielmehr ist das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO erforderlich. Im Zusammenhang mit der kommerziellen Verwertung von Daten kommt nur der Tatbestand der ausdrücklichen Einwilligung<sup>25</sup> des Datensubjekts in Frage. Die Einwilligung sollte insbesondere ausdrücklich, klar verständlich, zweckgebunden und von anderen Sachverhalten abgrenzbar sein.<sup>26</sup> Die Einwilligung muss nicht schriftlich erteilt werden, sondern kann auch in elektronischer Form, z.B. durch Anklicken eines Kästchens bei Besuch einer Internetseite erfolgen. Ein ohne Zutun der betroffenen Person bereits angekreuztes Kästchen wird mit Stillschweigen gleichgesetzt und reicht deshalb für die Erteilung einer Einwilligung nicht aus.<sup>27</sup> Die Möglichkeit einer elektronischen Einwilligung gilt auch im Bereich besonderer Kategorien personenbezogener Daten solange das Ausdrücklichkeitserfordernis gewahrt wird.<sup>28</sup>

Die untersuchten Modelle differenzieren in ihrer Leistungsbeschreibung nicht danach, ob die zu verwertenden personenbezogenen Daten sensibel sind. In den beispielhaften Nennungen der Daten, die verwertet werden können, werden Suchverhalten, Personalien, demografische Daten und soziale Informationen, insbesondere solche, die über soziale Netzwerke geteilt werden, genannt.<sup>29</sup> Zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten zählen unter anderem

---

<sup>24</sup> S. hierzu: Kapitel 3 B.I.

<sup>25</sup> Art. 9 Abs. 2 Buchst. a), Art. 7 DSGVO.

<sup>26</sup> Zu den Anforderungen an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

<sup>27</sup> ErwGr. (32) S. 2 und 3; *Schild*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 4, Rdnr. 124; *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4, Rdnr. 89.

<sup>28</sup> *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 9, Rdnr. 7.

<sup>29</sup> Vgl. den Internetauftritt von *Dime*: Kapitel 8 A.I.; *Data Fairplay* nennt Lieblingsmarken, Hobbies, Interessen, Kleidergrößen und Arbeitszeiten: Kapitel 8 B.I.; *Datacoup* bietet die Verknüpfung von Daten aus sämtlichen sozialen Netzwerken inklusive Debit- und Creditcards an: Kapitel 8 C.I.

politische Meinungen, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen, Gesundheitsdaten oder Daten zur sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.<sup>30</sup> Eine Analyse des Suchverhaltens einer Person oder Informationen aus sozialen Netzwerken können solche sensiblen Daten betreffen. Natürlich hängt die Frage, ob sensible Daten betroffen sind, entscheidend von dem konkreten Nutzungsverhalten des Datensubjekts ab. Dass einige der Datensubjekte, insbesondere auch durch das Setzen von „Likes“<sup>31</sup>, etwa ihre politischen oder religiösen Überzeugungen kundtun oder andere Informationen, welche als sensibel einzuordnen sind, teilen, ist jedoch zu erwarten. Sollen solche Daten verwertet werden, lassen sich die zur Verwertung erforderliche Verarbeitungen im Rahmenvertrag nur mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung abbilden. Denn diese Einwilligung rechtfertigt neben den durch Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO erlaubten Datenvereinbarungen auch die Verarbeitung sensibler Daten. Die Einwilligung muss neben den formalen Anforderungen so detailliert sein, dass sie den zivilrechtlichen Vertrag und die für die Erfüllung der schuldrechtlichen Pflichten erforderlichen Datenverarbeitungen und somit die Befugnisse des Datenverwerters nachzeichnet. Nur so können der Grundsatz der Zweckbindung und die Bestimmtheit der Einwilligung gewahrt werden.<sup>32</sup>

### III. Verarbeitungen außerhalb der vertraglichen Pflichtenerfüllung bedürfen zusätzlicher Rechtfertigung

Spannend ist nicht nur die Bestimmung der unproblematisch unter den Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO fallenden Datenverarbeitungen, sondern auch die Frage, welche Verarbeitungen gerade noch, oder eben gerade nicht mehr von dem Tatbestand erfasst und somit unzulässig sind. Datenverarbeitungen, die der Erfüllung der vertraglichen Pflichten dienen, sind, wie bereits erwähnt, zulässig. Das bedeutet im Umkehrschluss aber auch, dass sonstige Datenverarbeitungen nicht unter den Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung fallen. Zu denken wäre beispielsweise an Datenverarbeitung

---

<sup>30</sup> Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

<sup>31</sup> Auf die Verwertung von sog. „Likes“ weisen *Dime* und *Datacoup* explizit hin: Kapitel 8 A.I. und Kapitel 8 C.I.

<sup>32</sup> Zu den Datenschutzgrundsätzen: Kapitel 3 B.; zu den Anforderungen an die Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

gen, die nicht von der Erlaubnis des Datensubjekts gedeckt sind, Verarbeitungen zu Werbezwecken oder andere Verarbeitungen, die lediglich im eigenen Interesse der Datenverwerter liegen, jedoch die Interessen der Datensubjekte nicht tangieren oder sogar im Konflikt mit letzteren stehen.<sup>33</sup> Die Grenze des datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO fungiert dadurch als datenschutzrechtliche Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte.<sup>34</sup>

Hiervon ist insbesondere auch die Zulässigkeit von Bemühungen der Datenverwerter, Ausführungsverträge im Wege des Selbstkontrahierens oder der Mehrfachvertretung abzuschließen, betroffen. Solche Bemühungen dienen freilich dann der Vertragserfüllung, wenn Selbsteintritt oder Mehrfachvertretung erlaubt sind.<sup>35</sup> Liegt eine solche Erlaubnis nicht vor, hängt die datenschutzrechtliche Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO von der schuldrechtlichen Behandlung der unerlaubten Handlung ab.<sup>36</sup> Nach deutschem Recht hat der Datenverwerter keine Vertretungsmacht für den Abschluss von Verträgen mittels eines unerlaubten Selbsteintritts oder einer unerlaubten Mehrfachvertretung. Solche Verträge sind daher aufgrund der mangelnden Vertretungsmacht schwebend unwirksam. Verarbeitungen zu Zwecken der Vertragsanbahnung von schwebend unwirksamen Verträgen können nicht auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden.<sup>37</sup> Das niederländische Vertragsrecht gewährt dem Vertreter hingegen auch bei unerwünschter Mehrfachvertretung Vertretungsmacht, sodass ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Konsequenterweise besteht auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive der privatautonome Wille zum Vertragsabschluss. Auf dessen Grundlage können die hierzu erforderlichen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert werden.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Zum Inhalt der Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 9 B.II; zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO als Interessenkollisionsnorm: Kapitel 14 D.II.2.

<sup>34</sup> Kapitel 14 D.II.2.

<sup>35</sup> Kapitel 16 E.I.

<sup>36</sup> Kapitel 16 E.V.

<sup>37</sup> Kapitel 16 E.II.1. und E.II.2.

<sup>38</sup> S. hierzu ausführlich: Kapitel 16 E.III.

Verarbeitungen, die nicht der Pflichtenerfüllung dienen, können dennoch erlaubt sein, wenn sie im berechtigten Interesse der Datenverwerter liegen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO. Will der Datenverwerter Verarbeitungen auf seine berechtigten Interessen stützen, so hat er diese sorgfältig gegen die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der Datensubjekte abzuwägen.<sup>39</sup> Bei einer erfolgreichen Abwägung zugunsten des Datenverwerter können mittels dieses Erlaubnistatbestands etwa Verarbeitungen zum Zwecke der Direktwerbung gerechtfertigt werden.<sup>40</sup> Häufig können auch Verarbeitungen der Datenverwerter im Zusammenhang mit einer unerlaubten Vertragsanbahnung als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegend angesehen werden.<sup>41</sup> Beispielhaft sind hier die eben bereits angesprochene unzulässige Mehrfachvertretung und der unzulässige Selbsteintritt nach deutschem Recht zu nennen. Für eine Zulässigkeit der hierfür erforderlichen Verarbeitungen nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO sprechen die ohnehin bestehende Vertragsbeziehung der betroffenen Person zum Verantwortlichen und deren Erwartung, dass Datenverarbeitungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses stattfinden werden.<sup>42</sup> Entsprechend sind Verarbeitungen im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung bei einer unzulässigen Doppeltätigkeit oder eines unzulässigen Selbstkontrahierens eines Vermittlers als zulässig gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO einzustufen.<sup>43</sup> Zudem sind bereits erfolgte Verarbeitungen, die gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO rechtmäßig sind, bei einer *ex tunc* Nichtigkeit des Vertrags als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegend, der von einem wirksamen Vertrag ausgehen durfte, anzusehen.<sup>44</sup>

Sonstige Datenverarbeitungen, die über das zur Vertragserfüllung Erforderliche hinausgehen und einer Interessenabwägung nicht standhalten, können, solange

---

<sup>39</sup> Zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO: Kapitel 3 B.III.

<sup>40</sup> ErwGr. (47) S. 7 DSGVO.

<sup>41</sup> S. hierzu ausführlich: Kapitel 16 E.II.3.

<sup>42</sup> Kapitel 16 E.II.3.

<sup>43</sup> Für Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit der unzulässigen Doppeltätigkeit eines Vermittlers s. Kapitel 17 A.V.; im Zusammenhang mit unzulässigem Selbstkontrahieren eines Vermittlers: Kapitel 17 B.V.

<sup>44</sup> Kapitel 16 E.IV.

kein anderer der gesetzlichen Erlaubnistatbestände vorliegt, nur auf eine wirksame Einwilligung des Datensubjekts gestützt werden. Dabei muss die Einwilligung allen datenschutzrechtlichen Wirksamkeitserfordernissen entsprechen.<sup>45</sup>

## B. Abbildung der Ausführungsverträge mittels datenschutzrechtlicher Einwilligung

### I. Einwilligung der Datensubjekte als Gegenstand der Ausführungsverträge

Die Ausführungsverträge sind Ausfluss der konkreten Datenverwertung. Gegenstand der Verträge sind „Daten als Leistung“. Aus einer datenschutzrechtlichen Perspektive zielt der schuldrechtliche Ausführungsvertrag darauf ab, die an den Daten interessierten Unternehmen mittels einer Einwilligung des Datensubjekts in die Lage zu versetzen, dass sie als Verantwortliche<sup>46</sup> personenbezogene Daten der Datensubjekte verarbeiten dürfen. Nur so können sie die Daten, die sie „kaufen“, auch rechtmäßig verwerten und somit ihren wirtschaftlichen Wert nutzen. Inhalt eines Vertrags mit Daten als Leistungsgegenstand sind deshalb nicht die Daten an sich, sondern das Einräumen einer Datennutzungsbefugnis mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung.<sup>47</sup>

Damit die datenschutzrechtliche Einwilligung wirksam ist, sollte im Zusammenhang mit den Ausführungsverträgen insbesondere beachtet werden, dass eine „pauschale“ Einwilligung, also eine Einwilligung in sämtliche Datenverarbeitungen, unwirksam ist.<sup>48</sup> Die Zwecke, zu welchen die Unternehmen die Daten verarbeiten, z.B. Marketing- oder Forschungszwecke, müssen aufgrund der

---

<sup>45</sup> Zu den Anforderungen an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

<sup>46</sup> Als Verantwortliche können sie selbstständig über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden, Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

<sup>47</sup> Vgl. die Ausführungen zur datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand zum Einräumen einer Nutzungsbefugnis: Kapitel 3 C.

<sup>48</sup> Eine „pauschale“ Einwilligung kann gem. ErwGr. (33) für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung ausnahmsweise erlaubt sein, *Gola*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 84; *Buchner/Kübling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 62; *Albers/Veit*, in: *BeckOK-DatenSR*, DSGVO Art. 6, Rdnr. 23.

Bestimmtheitsanforderung an die Einwilligung<sup>49</sup> genau beschrieben werden.<sup>50</sup> Sollen die Daten später anonymisiert<sup>51</sup> werden, so muss auch dieser Zweck von der Einwilligung erfasst sein. Ansonsten liegt eine Zweckänderung gemäß Art. 6 Abs. 4 DSGVO vor.<sup>52</sup> Umfasst die Nutzungsbefugnis sensible Daten, muss eine ausdrückliche Einwilligung für ebendiese Daten und deren Verarbeitungszwecke vorliegen.<sup>53</sup> Das Recht der Datensubjekte, die Einwilligung jederzeit widerrufen zu können, ist unabdingbar.<sup>54</sup>

Im Zusammenhang mit dem Abschluss von Ausführungsverträgen treten neben die Verarbeitungen durch die Unternehmen die Verarbeitungen der Datenverwerter. Denn sie leiten die spezifischen Daten, über die ein Ausführungsvertrag geschlossen wird, an die Unternehmen weiter. Solange dies nicht anonymisiert<sup>55</sup> geschieht, ist die Weiterleitung eine datenschutzrechtlich relevante Offenlegung und somit eine Verarbeitung.<sup>56</sup> Diese Verarbeitung findet ihre Rechtsgrundlage bereits in der Vertragserfüllung des Rahmenvertrags, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO.<sup>57</sup> Für die im Zusammenhang mit den Ausführungsverträgen erfolgende Datenweitergabe ist deshalb – außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 9 Abs. 1 DSGVO<sup>58</sup> – keine zusätzliche Einwilligung im Verhältnis zwischen Datensubjekten und Datenverwertern erforderlich. Die datenschutzrechtliche Abbildung der Ausführungsverträge erfordert also – vorbehaltlich sensibler Daten – lediglich die Erteilung einer Einwilligung der Datensubjekte gegenüber den Unternehmen.

<sup>49</sup> Art. 4 Nr. 11 DSGVO: „für den bestimmten Fall“.

<sup>50</sup> Zu den Anforderungen an die Einwilligung: Kapitel 3 B.I.; zur Schwierigkeit, sämtliche Zwecke im Vorfeld zu bestimmen, *Sattler*, in: *Rechte an Daten*, 49 (68 f.).

<sup>51</sup> Zur Anonymisierung auch: Kapitel 11 B.II.

<sup>52</sup> Zu den Anforderungen, wann eine Zweckänderung erlaubt ist und dem hierzu vorzunehmenden „Kompatibilitätstest“: Kapitel 3 B.

<sup>53</sup> Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO; zur Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten: Kapitel 3 B.I.

<sup>54</sup> Kapitel 14 D.II.1.

<sup>55</sup> Im Falle einer Weitergabe von anonymisierten Daten ist die DSGVO nicht anwendbar und für die Weitergabe keine Rechtsgrundlage erforderlich. Vgl. zur Anonymisierung auch: Kapitel 11 B.II.

<sup>56</sup> Art. 4 Nr. 2 DSGVO.

<sup>57</sup> S. Kapitel 11 A.I.

<sup>58</sup> Sind sensible Daten von der Weiterleitung betroffen, ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich, Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO; vgl. Kapitel 11 A.II.

## II. Entbehrlichkeit der Einwilligung bei anonymisierter Weitergabe

Das Erfordernis der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Herstellung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Ausführungsverträge gilt unter der Prämisse, dass die Unternehmen Daten mit Personenbezug erhalten. Außerhalb des Personenbezugs findet das Datenschutzrecht keine Anwendung.<sup>59</sup> Geben die Datenverwerter die Daten anonymisiert an die Unternehmen weiter, ist eine datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage nur im Rahmenverhältnis zwischen dem Datensubjekt und dem Datenverwerter zu Anonymisierungszwecken,<sup>60</sup> nicht aber im Verhältnis zu den Unternehmen erforderlich. An eine Anonymisierung werden jedoch hohe Anforderungen gestellt.<sup>61</sup> Personenbezogene Daten gelten erst dann als anonym, wenn sie auf eine Weise verarbeitet wurden, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann.<sup>62</sup> Kann der Personenbezug unter Hinzuziehung zusätzlicher, gesondert aufbewahrter, Informationen hergestellt werden, z.B. mittels einer Kennziffer,<sup>63</sup> hat keine Anonymisierung stattgefunden. In einem solchen Fall handelt es sich lediglich um eine Pseudonymisierung, Art. 4 Nr. 5 DSGVO. Pseudonymisierte Informationen sind personenbezogene Daten.<sup>64</sup> Bei der Beurteilung eines bestehenden Personenbezugs sind solche Mittel zu berücksichtigen, die von dem Verantwortlichen oder Dritten „wahrscheinlich genutzt werden“.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> ErwGr. (26) S. 5 und 6: „Die Grundsätze des Datenschutzes sollten [...] nicht für anonyme Informationen gelten [...]. Diese Verordnung betrifft somit nicht die Verarbeitung solcher anonymer Daten, auch für statistische oder für Forschungszwecke.“; sowie e-contrario Art. 2 Abs. 1 DSGVO.

<sup>60</sup> Die Abbildung dieses Verhältnisses wird unter dem Punkt Abbildung des Rahmenvertrags, Kapitel 11 A. geprüft.

<sup>61</sup> *Conrad/Treeger*, in: Handbuch IT- und Datenschutzrecht (§ 34, Rdnr. 107); s. zu den technischen Voraussetzungen, *Winter/Battis/Halvani*, ZD 2019, 489.

<sup>62</sup> ErwGr. (26) S. 5; *Klar/Kübling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4 Nr. 1, Rdnr. 31.

<sup>63</sup> *Klar/Kübling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4 Nr. 5, Rdnr. 8; *Gola*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 4, Rdnr. 37.

<sup>64</sup> *Schild*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 4, Rdnr. 78.

<sup>65</sup> ErwGr. (26) S. 3; *Klar/Kübling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4 Nr. 1, Rdnr. 32.

Ist das Datenverwertungsmodell dahingehend ausgestaltet, dass „nur“ anonymisierte Daten verwertet werden, ist für die Abbildung des Ausführungsvertrags keine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage erforderlich. Die Weitergabe anonymer Daten und die anschließende Verarbeitung zu Verwertungszwecken fällt nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO. *Datacoup* etwa weist in der Leistungsbeschreibung des Rahmenvertrags explizit darauf hin, dass die Daten anonymisiert und in einem großen Pool gesammelt und aufbereitet werden.<sup>66</sup> Bei diesem Modell ist für den „Weiterverkauf“ somit keine datenschutzrechtliche Einwilligung erforderlich.

### C. Stellvertretung und Botenschaft bei datenschutzrechtlicher Einwilligung

Besonderheiten ergeben sich aus der Funktion des Datenverwerterers als Intermediär und der damit verbundenen Drei-Personen-Konstellation. Die Kommunikation zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen erfolgt, unabhängig von der konkreten schuldrechtlichen Ausgestaltung, stets über den digitalen Marktplatz und somit über den Datenverwerter.<sup>67</sup> Bei der Begründung der schuldrechtlichen Ausführungsverträge agieren die Datenverwerter teilweise als Bote oder als Vertreter der Datensubjekte.<sup>68</sup> Die Einwilligung in die Datenverarbeitung muss aber von dem Datensubjekt selbst erteilt werden. Das Datenschutzrecht kennt keine „Einwilligung zulasten Dritter“,<sup>69</sup> weshalb die Datenverwerter nicht für die Datensubjekte in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einwilligen können. Fraglich ist, ob die Datenverwerter bezüglich der Einwilligungserteilung stellvertretend tätig werden oder diese als Bote überbringen können (Abschnitt I.). Nimmt man diese Möglichkeit mit der hier vertretenen Ansicht an, stellt sich die Frage nach der Praxistauglichkeit von Botenschaft und Stellvertretung in den untersuchten Modellen (Abschnitt II.).

---

<sup>66</sup> S. Internetauftritt von *Datacoup*: Kapitel 8 C.I.

<sup>67</sup> Vgl. Kapitel 10 C.I.; zur vertragsrechtlichen Erfassung der Datenverwertungsmodelle: Kapitel 10 E.; Zusammenfassung in Kapitel 10 F.

<sup>68</sup> *Data Fairplay* als Vermittler leitet die Willenserklärung der Datensubjekte zum Vertragschluss als Bote an die Unternehmen weiter. *Dime* wird als Kommissionär tätig und agiert somit mittelbar vertretend zwischen Datensubjekten und Unternehmen, Kapitel 10 E. I., II.

<sup>69</sup> *Buchner/Kübling*, DuD 2017, 544 (548).

## I. Zulässigkeit von Stellvertretung und Botenschaft

Die DSGVO gibt keine Antwort auf die Frage, ob eine datenschutzrechtliche Einwilligung grundsätzlich stellvertretend erteilt oder mittels eines Boten überbracht werden kann. Sie behandelt nur die Möglichkeit einer stellvertretenden Einwilligung der Eltern für Kinder unter 16 Jahren<sup>70</sup> im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft.<sup>71</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist per Definition eine „Willensbekundung“, (engl.: „indication of the data subject’s wishes“).<sup>72</sup> Die Rechtsnatur einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist in Deutschland strittig.<sup>73</sup> Bei einer Einordnung als rechtsgeschäftlicher Erklärung<sup>74</sup> würden die Vorschriften über die Abgabe von Willenserklärungen und somit auch die Stellvertretungsregeln gelten.<sup>75</sup> Bei einer Klassifizierung als geschäftsähnliche Handlung<sup>76</sup> würden jene Regelungen zwar nicht direkt, jedoch analog gelten.<sup>77</sup> Sähe man sie als tatsächliche Handlung an,<sup>78</sup> könnten die Normen über Willenserklärungen ausnahmsweise angewendet werden.<sup>79</sup> In den Niederlanden ist die Frage der Rechtsnatur oder Zulässigkeit einer stellvertretenden Einwilligung, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand der Diskussion.<sup>80</sup> Es

---

<sup>70</sup> Die Altersgrenze kann von den Mitgliedstaaten heruntergesetzt werden, nicht jedoch unter ein Alter von 13 Jahren, Art. 8 Abs. 1 S. 3 DSGVO.

<sup>71</sup> Art. 8 Abs. 1 S. 2 DSGVO; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 32.

<sup>72</sup> Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

<sup>73</sup> *Langhanke*, Daten als Leistung, 42 f.; *Ernst*, ZD 2017, 110 (111); *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 4, Rdnr. 65.

<sup>74</sup> So etwa: *Schild*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 4, Rdnr. 130 ff. sowie *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 10; *Rogosch*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, 44; tendierend hierzu wohl auch *Langhanke*, Daten als Leistung, 43 f.; so auch BGH im Zusammenhang mit AGB, BGH, Urteil vom 27. Januar 2000 – ZR 241/97, NJW 2000, 2677 (2677) = MMR 2000, 607 (608).

<sup>75</sup> Vgl. § 164 Abs. 1 BGB.

<sup>76</sup> *Holznagel/Sonntag*, in: Handbuch Datenschutzrecht, 678 (686).

<sup>77</sup> *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, BGB Vor § 116, Rdnr. 30; *Ulrici*, NJW 2003, 2053 (2055 f.); BGH, Urteil vom 17. April 1967 – II ZR 228/64, NJW 1967, 1800 (1802); BGH, Urteil vom 06. Dezember 1988 – XI ZR 81/88, NJW 1989, 1792.

<sup>78</sup> *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 7, Rdnr. 9.

<sup>79</sup> *Langhanke*, Daten als Leistung, 44.

<sup>80</sup> Noch vor Inkrafttreten der E-Privacy-RL kam die Debatte auf, ob die Datenschutzerklärung, mittels der teilweise die Abgabe der Einwilligung verknüpft ist, als einseitiger oder gegen-

wird jedoch auf die Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe<sup>81</sup> hingewiesen,<sup>82</sup> die unter der Gültigkeit der DS-RL für eine Überschneidung zwischen dem Anwendungsbereich des Zivilrechts und der DS-RL plädierte. Demnach regle die DS-RL zwar keine zivilrechtlichen Aspekte der Einwilligung, schließe diese aber auch nicht aus.<sup>83</sup> Richtigerweise ist eine konkrete Zuordnung zu nationalen zivilrechtlichen Kategorien aufgrund der Pflicht zur „unionsrecht-autonomen“ Auslegung ohnehin nicht erforderlich und könnte – bei uneingeschränkter Anwendung des jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechts – gar zu Fehlinterpretationen führen.<sup>84</sup> Entscheidend ist, dass die Anforderungen des Unionsrechts, die für die Einwilligung insbesondere in Art. 4 und 7 DSGVO niedergelegt sind, stets gewahrt werden.<sup>85</sup> Die Zulässigkeit einer Stellvertretung bei einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist deshalb nicht nach ihrer Rechtsnatur entsprechend des mitgliedstaatlichen Rechts, sondern vielmehr aus einer datenschutzrechtlichen Perspektive zu beurteilen.

Die Disposition über einen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position, wozu das Recht auf Schutz personenbezogener Daten unionsweit zählt,<sup>86</sup> hat

---

seitiger Vertrag eingeordnet werden kann, s. hierzu ausführlich *Verbelst*, Recht doen aan privacyverklaringen und *Verbelst*, P&I 2009/4, afl. 1, 19 sowie die Reaktionen auf diese Überlegung, *van der Hof*, CR 2013/41, afl. 1; *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127; *Holvast*, P&I 2012/232, afl. 6, 285; *Bettink*, MvV 2013, nr. 1, 22; *van der Sloot*, P&I 2010/101, afl. 3, 106.

<sup>81</sup> Die Art.-29-DSG wurde durch die frühere DS-RL als unabhängiges Beratungsorgan der Europäischen Kommission eingesetzt. Mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung wurde sie durch den Europäischen Datenschutzausschuss ersetzt. Die Stellungnahmen sind nicht verbindlich, können aber zur Auslegung der Datenschutzgrundverordnung herangezogen werden.

<sup>82</sup> *Verbelst*, Recht doen aan privacyverklaringen, 74.

<sup>83</sup> Art.-29-DSG, Stellungnahme 15/2011, WP 187, 7. Die Stellungnahme bleibt auch nach Inkrafttreten der DSGVO maßgeblich, vgl. EDSA, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gem. Verordnung 2016/679, WP 259, 3.

<sup>84</sup> *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 1a; solche Anforderungen seien vom EuGH zu entwickeln.

<sup>85</sup> *Stemmer*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 7, Rdnr. 27.

<sup>86</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz: Kapitel 3 A.

höchstpersönlichen Charakter.<sup>87</sup> *Simitis* schließt die Möglichkeit einer Stellvertretung deshalb aus.<sup>88</sup> *Ernst* bejaht zumindest die Möglichkeit einer Botenschaft<sup>89</sup> bzw. einer botenähnlichen Überbringung.<sup>90</sup> *Gola* plädiert hingegen für die Möglichkeit einer Vollmachterteilung, solange ihr Inhalt hinreichend konkret bestimmt ist. Bei einer konkreten inhaltlichen Ausgestaltung sei sichergestellt, dass der Wille des Betroffenen bezüglich der Verarbeitung seiner Daten gewahrt wird.<sup>91</sup> *Kühling/Buchner* vertreten, dass sich das Recht auf Schutz personenbezogener Daten auf die Befugnis des Einzelnen erstrecke, selbst darüber zu entscheiden, ob er über sein Recht höchstpersönlich oder mittels eines Vertreters disponieren wolle. Die Vertretungsmöglichkeit sei daher zur Wahrung des Grundrechts nicht nur zulässig, sondern sogar erforderlich.<sup>92</sup> Wie auch *Gola*,<sup>93</sup> stellen sie an die Vollmacht die gleichen Anforderungen, die nach Unionsrecht für die Einwilligung gelten. Sie muss zweckbestimmt und in informierter Weise erteilt werden, sowie jederzeit widerrufbar sein.<sup>94</sup> Diese Ansicht ist zu befürworten. Geht man, wie in dieser Arbeit vertreten, von der Möglichkeit der Ausbeutung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten innerhalb der aufgezeigten Grenzen aus, und erachtet damit die zivilrechtliche Erfassung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand als zulässig,<sup>95</sup> so ist die Akzeptanz einer möglichen Stellvertretung im Rahmen dieser Disposition nur folgerichtig.<sup>96</sup> Es kann nicht darauf ankommen, ob die betroffene Person ihre Einwilligung innerhalb der datenschutzrechtlichen Grenzen selbst erteilt oder einen Dritten dazu bevollmächtigt. Die DSGVO zeigt in Art. 8, dass ihr das

---

<sup>87</sup> *Gola*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 86; *Ernst*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 65; *Weichert*, in: *D/W/W/S-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 106.

<sup>88</sup> Noch unter Gültigkeit der DS-RL, *Simitis*, in: *Simitis-BDSG*, § 4a, Rdnr. 31.

<sup>89</sup> *Ernst*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 65.

<sup>90</sup> *Ernst*, ZD 2017, 110 (111).

<sup>91</sup> *Gola*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 86.

<sup>92</sup> Vgl. *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 31; ähnlich *Weichert*, in: *D/W/W/S-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 103, 105.

<sup>93</sup> *Gola*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 4, Rdnr. 86.

<sup>94</sup> Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 31; zu Anforderungen an die Einwilligung: Kapitel 3 B.I.; im Ergebnis so auch: *Wendeborst/Schwamberger/Grinzinger*, in: *Rechte an Daten*, 103 (107).

<sup>95</sup> Zur Einwilligung als Vertragsgegenstand: Kapitel 3 C.

<sup>96</sup> Vgl. auch: *Buchner*, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, 281 ff.

Instrument der Stellvertretung nicht fremd ist. Solange die strengen Anforderungen an die Einwilligung bei der Vollmachtserteilung gewahrt bleiben, ist in ihr kein über eine persönlich erteilte Einwilligung hinausgehende Disposition über das Recht auf Datenschutz zu sehen. Die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist deshalb mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten vereinbar und sollte bejaht werden. Mangels unionsrechtlicher Vorgaben richtet sich die Stellvertretung nach den nationalen Regelungen.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht kann die datenschutzrechtliche Einwilligung eines Datensubjekts somit mittels des digitalen Marktplatzes durch den Datenverwerter als Stellvertreter überbracht werden. Diese Annahme schließt die Möglichkeit einer Überbringung der Einwilligung als Bote, welche im Gegensatz zu einem stellvertretenden Tätigwerden keine eigene Willenserklärung des Boten und somit eine geringere Gefährdung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten bedeutet, ein. Ein direkter, unmittelbarer Kontakt zwischen Datensubjekten und Unternehmen ist zur datenschutzrechtlichen Abbildung des schuldrechtlichen Ausführungsvertrags deshalb nicht erforderlich.

## II. Abbildung in den Datenverwertungsmodellen

Die Internetauftritte der untersuchten Datenverwertungsmodelle enthalten keine Beschreibung über die Herstellung datenschutzrechtlicher Zulässigkeit in den Ausführungsverträgen und insbesondere auch nicht darüber, wie die datenschutzrechtliche Einwilligung erteilt wird. In diesem Abschnitt soll daher untersucht werden, ob Stellvertretung oder Botenschaft hierfür praxistaugliche Instrumente darstellen.

Aufgrund der strengen Anforderungen an die Einwilligung, die auf eine mögliche Vollmacht durchschlagen, scheint eine Stellvertretung nicht für alle untersuchten Datenverwertungsmodelle praxistauglich. Eine Generalvollmacht zur Erteilung einer Einwilligung ist unwirksam.<sup>97</sup> Zudem ist die „informierte

---

<sup>97</sup> *Buchner/Kübling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 31*; entsprechend *Gola*, in: *Gola-DSGVO, DSGVO Art. 4, Rdnr. 86*.

Weise<sup>98</sup> der Einwilligung nur sichergestellt, wenn die Rahmenbedingungen der Verarbeitung feststehen.<sup>99</sup> Nicht umsetzbar scheinen die Anforderungen deshalb, wenn die vertraglichen Beziehungen so ausgestaltet sind, dass der Datenverwerter die personenbezogenen Daten als unabhängiger Zwischenhändler „aufkauft“ und jene unter Personenbezug<sup>100</sup> selbstständig „weiterverkauft“. In dieser Konstellation bräuchte der Datenverwerter eine wirksame Vollmacht. Diese Vollmacht müsste ihn zur Einwilligung in die zukünftigen Datenverwertungen, die aus dem „Weiterverkauf“ resultieren, ermächtigen. Da diese aber die konkreten Verarbeitungsumstände erfassen muss, müssten die konkreten Umstände der Datenverarbeitung bereits im Vorfeld feststehen. Nur dann könnte die Vollmacht so präzise erteilt werden, dass sie den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügt. Das gleiche gilt für die Variante der Botenschaft, im Rahmen derer die Willenserklärung bereits abgegeben, und lediglich überbracht wird. Auch hier müsste der Inhalt der Einwilligung im Vorfeld genau feststehen. Diese Anforderungen können bei einem Tätigwerden als selbstständiger Zwischenhändler aus praktischer Sicht wohl kaum gewahrt werden.

Die exemplarische Einordnung der Modelle ergibt, dass *Datacoup* als Zwischenhändler tätig wird.<sup>101</sup> *Datacoup* verwertet die Daten jedoch anonymisiert,<sup>102</sup> so dass die Problematik einer genau spezifizierten Einwilligung bzw. Vollmacht nicht zum Tragen kommt. *Dime* agiert als mittelbarer Stellvertreter unter Erhalt des Personenbezugs der Daten.<sup>103</sup> Die datenschutzrechtliche Abbildbarkeit kann in diesem Modell hergestellt werden, indem die Datensubjekte dem Datenverwerter im Zusammenhang mit dem Abschluss der Rahmenverträge eine zweckbestimmte Vollmacht erteilen. Für das Modell von *Dime* bedeutet das konkret, dass die Vollmachtserteilung so ausgestaltet sein müsste, dass die Datensubjekte auf der Internetseite konkret entscheiden könnten, für den „Verkauf“ welcher Daten und für welche Zwecke sie ihre Einwilligung erteilen. Diese

---

<sup>98</sup> Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

<sup>99</sup> *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 31.

<sup>100</sup> Liegt dagegen ein anonymisierter Weiterverkauf vor, so bedarf es über die Anonymisierung hinaus keiner weiteren Rechtsgrundlage für Verarbeitungen, welche nach der Anonymisierung stattfinden sollen, s. hierzu: Kapitel 11 B.II.

<sup>101</sup> S. zur vertraglichen Einordnung von *Datacoup*, Kapitel 10 E.III.

<sup>102</sup> S. Kapitel 11 B.II.

<sup>103</sup> S. zur vertraglichen Einordnung von *Dime*, Kapitel 10 E.I.

Einwilligung müsste von anderen Vertragsabsprachen klar zu unterscheiden sein. Sie müssten die Einwilligung jederzeit verändern oder widerrufen können. Für eine Botschaft verbleibt bei der mittelbaren Stellvertretung kein Raum. Im Rahmen der mittelbaren Stellvertretung schließt der Datenverwerter mit dem Unternehmen den Ausführungsvertrag im eigenen Namen und somit unter Abgabe einer eigenen Willenserklärung.<sup>104</sup> Die exakten Vertragsumstände stehen im Vorfeld noch nicht fest. Die Datensubjekte können im Vorhinein keine genau bestimmte Einwilligung für einen spezifischen, noch nicht konkretisierten Vertrag erteilen, die dann als Bote überbracht werden könnte. In diesem Fall scheint deshalb eine Stellvertretung auf Basis einer konkretisierten Vollmacht dienlicher. Durch die Einräumung einer solchen Vollmacht werden *Dime* datenschutzrechtliche Befugnisse eingeräumt.<sup>105</sup> Hierdurch wird *Dime* eine datenschutzrechtliche Macht zuteil, welche ein treuhänderisches Verhältnis begründet.<sup>106</sup>

Eine Überbringung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Bote scheint aber im Modell *Data Fairplay* das richtige Instrument zur Übermittlung des Willens der Datensubjekte zu sein. Hier entscheiden die Datensubjekte von Fall zu Fall, ob sie ein Angebot annehmen und können dabei eine entsprechende datenschutzrechtliche Einwilligung erteilen. Die schuldrechtliche Entscheidung wird von *Data Fairplay* als Bote an die Unternehmen übermittelt. Es sollte sich für den Datenverwerter daher anbieten, die datenschutzrechtliche Einwilligung ebenso zu überbringen.

#### D. Verknüpfung von schuldrechtlicher Ausgestaltung und datenschutzrechtlicher Zulässigkeit

Die Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Abbildung haben gezeigt, dass die datenschutzrechtliche Rechtfertigung der Vertragsverhältnisse untrennbar mit der konkreten zivilrechtlichen Ausgestaltung verknüpft ist. Sie kann deshalb nicht allgemeingültig untersucht werden. Dennoch lassen sich einige grundsätzliche Beobachtungen festhalten.

---

<sup>104</sup> Zur mittelbaren Stellvertretung: Kapitel 6 C.

<sup>105</sup> Kapitel 12 A.II.

<sup>106</sup> Kapitel 12 A.III. und A.IV.

Die schuldrechtliche Vertragstypenbestimmung wirkt sich auf die datenschutzrechtliche Lage aus. Die schuldrechtliche Erfassung der Leistungspflichten determiniert die vertraglichen Rechte und Pflichten und somit auch die datenschutzrechtlichen Befugnisse des Datenverwerter aufgrund von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Welche Datenverarbeitungen erlaubt sind, passt sich somit in Bezug auf die Vertragserfüllung flexibel dem Schuldrecht an. Das Datenschutzrecht zieht damit sogleich eine Grenze für schuldrechtlich unerlaubte Handlungen. In der Literatur wird dennoch teilweise davor gewarnt, dass durch eine unnötige Ausweitung der schuldrechtlichen Leistungspflichten die Notwendigkeit von Datenverarbeitungen zur Vertragserfüllung missbräuchlich ausgeweitet werden könnte.<sup>107</sup>

Konkret bleibt in Bezug auf die Rahmenverträge zwischen Datensubjekten und Datenverwertern festzuhalten, dass die zur Vertragserfüllung erforderlichen Datenverarbeitungen grundsätzlich über Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gerechtfertigt sind. Hierunter fallen insbesondere Datenverarbeitungen zur Erfüllung der Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte, die das Vertragsverhältnis charakterisiert. Welche Verarbeitungen die Pflichtenerfüllung konkret erfordert, muss einzelfallbezogen ermittelt werden. Grundsätzlich trifft dies auf alle Verarbeitungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung des digitalen Marktplatzes sowie der Aufbereitung der Daten zu Verwertungszwecken zu. Teilweise sieht die Vertragsbeschreibung eine Weiterleitung der Daten an die Unternehmen vor, welche als Offenlegung personenbezogener Daten und somit als Verarbeitung im Sinne der DSGVO zu qualifizieren ist.<sup>108</sup> Statt einer Weitergabe der personenbezogenen Daten ist teilweise die Anonymisierung der Daten zur Weitergabe ohne Personenbezug Teil der Leistungsbeschreibung. Auch der Anonymisierungsvorgang ist als Verarbeitung zu werten.<sup>109</sup> Verfährt der Datenverwerter entsprechend den vertraglichen Vorgaben, sind sowohl Offenlegung als auch Anonymisierung sowie alle sonstigen zur Vertragserfüllung erforderlichen Datenverarbeitungen von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gedeckt. Auch ein Tätigwerden im Selbsteintritt, im Rahmen einer Mehrfachvertretung oder einer Doppeltätigkeit kann gegebenenfalls auf

---

<sup>107</sup> *Wendeborst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745 (3747).

<sup>108</sup> Art. 4 Nr. 2 DSGVO.

<sup>109</sup> Art.-29-DSG, Stellungnahme 5/2014, WP 216, 7 f.

Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Das Verfolgen eigener Interessen der Datenverwerter außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO bedarf dagegen überwiegender berechtigter Interessen des Datenverwerter oder einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Datensubjekts. Sind besondere Kategorien personenbezogener Daten betroffen, greift Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO, auch wenn die Verarbeitung der Vertragserfüllung dient, nicht. Stattdessen ist eine ausdrückliche Einwilligung, Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO, erforderlich. Ist der Anwendungsbereich von Art. 9 DSGVO eröffnet, erfordert somit nicht nur eigennütziges, sondern auch fremdnütziges Handeln eine qualifizierte Einwilligung. Die Datensubjekte haben das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen.<sup>110</sup>

Die Ausführungsverträge können grundsätzlich mithilfe der datenschutzrechtlichen Einwilligung abgebildet werden.<sup>111</sup> Jene ist aber nur dann erforderlich, wenn die Daten unter Erhalt des Personenbezugs weitergegeben werden. Bei einer zuvor erfolgten Anonymisierung fallen die Daten außerhalb des datenschutzrechtlichen Anwendungsbereichs. Somit ist in diesem Fall keine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Weiterverarbeitung erforderlich.

Findet keine Anonymisierung statt, können die Datenverwerter je nach Ausgestaltung des Modells als Stellvertreter oder Boten für die Abgabe der Einwilligungserklärung auftreten. Datensubjekte und Unternehmen kommunizieren grundsätzlich nur mittels des digitalen Marktplatzes. Die Erteilung einer Vollmacht für die Abgabe einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ist zulässig, solange die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Einwilligung auch im Rahmen der Vollmachtserteilung gewahrt sind. Die Erteilung einer Generalvollmacht ist deshalb nicht möglich. Für solche Modelle, bei denen sich die Zwecke der Weiterverarbeitung erst während des Verwertungsvorgangs konkretisieren, ist eine (stellvertretend erteilte) Einwilligung des Datensubjekts daher praktisch schwer konstruierbar. In solchen Fällen sollten zur Vermeidung datenschutzrechtlicher Verstöße ausschließlich anonymisierte Daten weitergegeben werden.

---

<sup>110</sup> Kapitel 14 D.II.1.

<sup>111</sup> Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsgegenstand: Kapitel 3 C.

## Kapitel 12

# Kontrollpflicht bedingt besondere Vertrauenssituation – Überlegungen zu einer Datentreuhand

Die Datenverwerter *Dime* und *Data Fairplay* versprechen den Datensubjekten die Gewährleistung von Kontrolle über die Datenverwertungen. Die Kontrolle ist Teil der Interessenwahrnehmungspflicht und verpflichtet die Datenverwerter zur Einhaltung der von den Datensubjekten gemachten Vorgaben bezüglich der Einzelheiten der Datenverwertung. Hierdurch wird eine besondere Vertrauenssituation geschaffen. *Datacoup* wirbt zwar nicht explizit mit einem verantwortungsvollen Umgang mit den Daten. Dennoch versteht sich auch *Datacoup* als Unternehmen, das die Datensubjekte unterstützt und die gängige Praxis des Datenhandels zu deren Gunsten verändern will. Dies setzt ein interessenwahrendes Verhalten voraus, sodass auch *Datacoup* eine größere Vertrauensstellung zukommt, als dies bei nicht interessenwahrenden Vertragsverhältnissen der Fall ist.<sup>1</sup>

Die Nutzung der Dienste sämtlicher untersuchten Verwertungsmodelle erfordert, dass die Datensubjekte den Datenverwertern ihre personenbezogenen Daten anvertrauen. Die Intermediäre werden erst tätig, wenn die Datensubjekte sich registriert, ihre persönlichen Daten verknüpft und zur Profilerstellung freigegeben haben.<sup>2</sup> Die Datensubjekte legen ihre Daten sozusagen „in die Hände“ der Datenverwerter. Diese versprechen, die Datensubjekte unter Wahrung ihrer Interessen beim Verwertungsvorgang zu den vertraglichen Konditionen zu unterstützen.<sup>3</sup> Diese Situation, in der eine Partei einer anderen Partei „Vermögensgegenstände“ zur Verwaltung bzw. Verwertung anvertraut, erinnert an eine

---

<sup>1</sup> Zur Pflicht zur Gewährleistung von Kontrolle: Kapitel 9 B.II.

<sup>2</sup> Vgl. zur Leistungsbeschreibung der Verwertungsmodelle: Kapitel 8.

<sup>3</sup> Zur Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 9 B.

Treuhandsituation.<sup>4</sup> Fraglich ist, ob die Übereinstimmung mit Treuhandverhältnissen so groß ist, dass von einer Datentreuhand gesprochen werden kann und somit auch die für Treuhandverhältnisse geltenden Überlegungen, z.B. ausgeprägte Interessenwahrnehmungspflichten und Regelungen zu Interessenkonflikten, Anwendung finden.

Die Entwicklung von Datentreuhandmodellen wurde in letzter Zeit vermehrt gefordert.<sup>5</sup> Was unter einer Datentreuhand genau zu verstehen ist, wird dabei je nach vorgeschlagenem Konzept unterschiedlich beurteilt.<sup>6</sup> Der Begriff der Datentreuhand wird dabei häufig mit sachenrechtlichen Konzepten in Verbindung gebracht, die *de lege lata* nicht auf personenbezogene Daten anwendbar sind.<sup>7</sup> Die folgenden Überlegungen finden nicht vor dem Hintergrund der Übertragung sachenrechtlicher Institute auf Daten statt, sondern untersuchen die Erweiterung des Treuhandbegriffs auf vom Sachenrecht losgelöste Sachverhalte. Die Zugrundelegung eines erweiterten Treuhandbegriffs ermöglicht die Einführung des Instituts einer Datentreuhand als Bezeichnung für die gewinnorientierte fremdnützige Verwertung personenbezogener Daten *de lege lata*, ohne dass eine Veränderung der sachenrechtlichen Lage hierfür erforderlich wäre. Aufgrund der stark differierenden rechtlichen Bewertung von Treuhandverhältnissen durch den niederländischen und den deutschen Gesetzgeber,<sup>8</sup> erfolgen die grundsätzlichen Erwägungen zum Begriff einer Datentreuhand getrennt für das deutsche (Abschnitt A.) und das niederländische Recht (Abschnitt B.). Dabei wird Bezug auf die exemplarisch untersuchten

---

<sup>4</sup> Zur Treuhand: Kapitel 7.

<sup>5</sup> So etwa: *EU-Kommission*, Mitteilung, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final 10, sowie auch auf dt. Ebene: *Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung*, Gutachten der Datenethikkommission, 21; s. für eine Übersicht der Modelle: *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (103); zur Idee einer Datentreuhand bereits 2006: *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 277 ff.

<sup>6</sup> *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (103); s. für einen Überblick: *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (104 ff.).

<sup>7</sup> So etwa: *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103; zur Unanwendbarkeit sachenrechtlicher Konzepte s. sogleich: Kapitel 12 A.I.

<sup>8</sup> Zu Treuhandverhältnissen in Dtl. und den Nl.: Kapitel 7.

Verwertungsmodelle genommen. Die Ergebnisse der Untersuchung werden anschließend zusammengefasst (Abschnitt C.) und die Verwertungsmodelle unter die erarbeiteten Begrifflichkeiten eingeordnet (Abschnitt D.).

## A. Überlegungen zum Begriff der Datentreuhand nach deutschem Recht

Eine Auseinandersetzung mit dem Begriff einer Datentreuhand ergibt aus der Perspektive des deutschen Rechts zunächst, dass keine klassische Treuhandsituation vorliegt (Abschnitt I.). Die Einordnung der Verwertungsmodelle als Datentreuhand erscheint dennoch geboten. Dem Datentreuhänder kann mittels einer Vollmacht zur Einwilligungserteilung eine datenschutzrechtliche Macht übertragen werden, die die Bezeichnung als Treuhand rechtfertigt (Abschnitt II.). Die Einordnung als Datentreuhand wird durch Literaturstimmen, die für eine Loslösung vom sachenrechtlichen Treuhandbegriff plädieren, untermauert (Abschnitt III.). Der Begriff einer Datentreuhand ist deshalb *de lege lata* als passender Terminus im deutschen Rechtssystem anzusehen (Abschnitt IV.).

### I. Treuhand über Daten keine klassische Treuhand

Die Definition eines Treuhandvertrags erfolgt in Deutschland klassischerweise über das Sachenrecht. So zeichnen sich etwa die fiduziarische und die deutschrechtliche Treuhand typischerweise dadurch aus, dass das rechtliche Können (dingliche Lage) das rechtliche Dürfen (schuldrechtliche Lage) überschreitet. Auch bei einer Ermächtigungstreuhand besteht zumindest ein Gleichlauf von rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen.<sup>9</sup> Mangels einer Verkörperung von Daten können die sachenrechtlichen Regelungen auf die Situation der Datenverwertung keine unmittelbare Anwendung finden.<sup>10</sup> *De lege lata* existiert kein Eigentumsrecht an Daten.<sup>11</sup> Die Verwertung personenbezogener

---

<sup>9</sup> Zu verschiedenen Ausprägungsformen der Treuhand: Kapitel 7 A.I.

<sup>10</sup> Sachen im Sinne des BGB sind nur körperliche Gegenstände, § 90 BGB; so auch *Sattler*, in: *Telematiktarife & Co.*, 1 (9); *Sattler*, in: *Rechte an Daten*, 49 (53).

<sup>11</sup> *Determann*, ZD 2018, 503 (505); *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (25); *Wendeborst/Schwamberger/Grinzing*, in: *Rechte an Daten*, 103 (115).

Daten kann somit nicht ohne Weiteres unter den klassischen Treuhandbegriff, der zur Erfassung von fiduziarischen, deutschrechtlichen oder Ermächtigungstreuhandverhältnissen verwendet wird, gefasst werden.

In der deutschen Literatur wurde ausgiebig diskutiert und erwogen, ob die Einführung eines Eigentums- oder eines Immaterialgüterrechts an Daten geboten ist.<sup>12</sup> Zuletzt wurde ein Eigentumsrecht an Daten sehr kritisch gesehen.<sup>13</sup> Seit die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der JustizministerInnen der Länder 2017 in ihrem ausführlichen Abschlussbericht zu dem Ergebnis kam, dass weder ein absolutes Recht an digitalen Daten bestehe, noch die Schaffung eines solchen absoluten Rechts nötig oder wünschenswert sei,<sup>14</sup> richtet sich das Augenmerk in der Literatur auf das Institut des Datenbesitzes.<sup>15</sup> Sämtliche Überlegungen in diese Richtung haben freilich ihre Berechtigung, sollen aber für die vorliegende Untersuchung nicht vertieft werden, da sie eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen voraussetzen bzw. verlangen.

Als Grundlage für die weiteren Überlegungen werden einige Besonderheiten des aktuell geltenden Datenschutzrechts und seinem Verhältnis zum Sachenrecht herausgestellt. Die DSGVO verleiht der betroffenen Person in den Art. 12 ff. Kontroll- und Einschränkungsrechte gegenüber Dritten, die einer absoluten Rechtsposition sehr nahe kommen.<sup>16</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung ermöglicht es der betroffenen Person, über Fragen der Datenverarbeitung zu entscheiden und kann deshalb mit der Wirkung einer Verfügung verglichen

---

<sup>12</sup> S. *Zech*, CR 2015, 137-146 und *Zech*, in: European contract law, 51 sowie *Stiftung Datenschutz*, Dateneigentum und Datenhandel; *Fezer*, MMR 2017, 3; *Hoeren*, MMR 2013, 486; *Hofmann*, in: Rechte an Daten, 9.

<sup>13</sup> Vgl. nur *Zimmer*, in: Dateneigentum und Datenhandel, 315; *Faust*, in: Dateneigentum und Datenhandel, 85; *Kübling/Sackmann*, ZD 2020, 24; *Determann*, ZD 2018, 503; *Determann*, MMR 2018, 277.

<sup>14</sup> *Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart"*, Bericht vom 15. Mai 2017, 5 ff.; *Hoeren*, MMR 2019, 5 (5 f.).

<sup>15</sup> S. etwa: *Hoeren*, MMR 2019, 5; *Hoeren*, in: Rechte an Daten, 37; *Michl*, NJW 2019, 2729; gegen das Institut Datenbesitz: *Kübling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (26); im Ergebnis ablehnend auch: *Zech*, in: Rechte an Daten, 91.

<sup>16</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79); ähnlich: *Determann*, ZD 2018, 503 (505); *Stender-Vorwachs/Steeger*, NJOZ 2018, 1361 (1362 f.).

werden.<sup>17</sup> Der ausschlaggebende Unterschied zwischen Sachenrecht und Datenschutzrecht ist jedoch der Personenbezug der Daten. Für eine (Weiter-)Verarbeitung personenbezogener Daten ist – außerhalb der gesetzlichen Erlaubnistatbestände – stets die Einwilligung der betroffenen Person vonnöten.<sup>18</sup> Auch wenn eine Offenlegung von Daten gerechtfertigt ist, kann derjenige, dem die Daten offengelegt wurden, im Anschluss nicht nach Belieben mit den Daten verfahren. Personenbezogene Daten sind als solche nicht übertragbar.<sup>19</sup> Der Eigentümer von Sachen kann hingegen „mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“.<sup>20</sup> Er kann sie nach eigenem Belieben nutzen, veräußern, umgestalten, belasten<sup>21</sup> und wirtschaftlich verwerten<sup>22</sup>. Die betroffene Person im datenschutzrechtlichen Sinne bleibt hingegen aufgrund des Höchstpersönlichkeitscharakters von Daten stets selbst betroffen und mittels der Einwilligung „verfügungsbefugt“ über die Daten. Es bleibt somit festzuhalten, dass das Datenschutzrecht zwar an einigen Stellen eine dem Sachenrecht ähnliche Wirkung *erga omnes* entfaltet.<sup>23</sup> Die Betroffenenrechte und die bedingungslose Einwirkungsmöglichkeit auf Daten verbleiben dennoch stets bei der betroffenen Person, was eine „Marktfähigkeit“ von Daten erheblich einschränkt.<sup>24</sup>

---

<sup>17</sup> Zum Vergleich der Wirkung von datenschutzrechtl. Einwilligung und Verfügung: Kapitel 12 A.II.2.; *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79 f.); *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (24).

<sup>18</sup> Zu Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen: Kapitel 3 B.; zum Personenbezug von Daten als Hindernis des Datenhandels: *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49.

<sup>19</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79 f.); *Determann*, ZD 2018, 503 (505).

<sup>20</sup> § 903 S. 1 BGB; vgl. *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (116); zum Inhalt des Eigentums: *Prütting*, Sachenrecht, § 27, Rdnr. 307 f.

<sup>21</sup> *Brückner*, in: MüKo-BGB, BGB § 903, Rdnr. 23.

<sup>22</sup> BGH NJW 1975, 778, 779; *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, BGB § 903, Rdnr. 18.

<sup>23</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79 f.); S. zur Vergleichbarkeit von Datenschutzrecht und absoluten Rechten, *Wandtke*, MMR 2017, 6 (10); *Specht*, JZ 2017, 763 (766).

<sup>24</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (80); s. zum Hindernis der Marktfähigkeit aufgrund des Personenbezugs von Daten auch: *Sattler*, in: Rechte an Daten, 49 (67 ff.); zum Ausschluss der Übertragung sachenrechtlicher Konzepte auf Daten aus diesem Grund: *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (116).

Auch wenn der betroffenen Person durch die DSGVO eine eigentümerähnliche Stellung eingeräumt wird, bestehen keine Rechte *erga omnes* an Daten. Eine Treuhand über Daten kann deshalb nicht ohne nähere Begründung unter den klassischen, sachenrechtlich geprägten Treuhandbegriff gefasst werden.

## II. Vollmacht zur Einwilligungserteilung gewährt datenschutzrechtliche Macht

Treuhandverhältnisse sind klassischerweise vom Zusammenspiel zwischen Schuld- und Sachenrecht geprägt. Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Datenschutzrecht zwar an einigen Stellen eine Wirkung *erga omnes* entfaltet, aufgrund des Personenbezugs jedoch keine absolute Rechtsposition an personenbezogenen Daten begründet werden kann. Nachfolgend wird analysiert, ob die Verwertung personenbezogener Daten dennoch als treuhänderisch bezeichnet werden kann. Hierzu wird erörtert, ob die datenschutzrechtliche Lage ähnlich einer dinglichen Lage so ausgestaltet werden kann, dass sie den vermeintlichen Datentreuhänder zu einem – gegebenenfalls über das schuldrechtliche Dürfen hinausgehenden – „datenschutzrechtlichen Können“ befähigt. Das Zusammenspiel von datenschutzrechtlichem Können und schuldrechtlichem Dürfen wird zunächst am Beispiel des Datenverwerter *Dime* untersucht (Abschnitt 1.). Die Verallgemeinerung des Ergebnisses zeigt, dass das Datenschutzrecht die Übertragung einer datenschutzrechtlichen Macht auf einen Treuhänder erlaubt, die mit einer dinglichen Rechtsmacht vergleichbar ist (Abschnitt 2.). Der Umfang der Übertragung datenschutzrechtlicher Macht ist jedoch auf einen Gleichlauf mit dem schuldrechtlichen Dürfen beschränkt (Abschnitt 3.).

### 1. Gleichlauf von „datenschutzrechtlichem Können“ und „schuldrechtlichem Dürfen“ beim Datenverwerter *Dime*

*Dime* ist bei Abschluss der Ausführungsverträge aufgrund des Rahmenvertrags schuldrechtlich dazu verpflichtet, die konkreten Vorgaben der Datensubjekte bezüglich der Einzelheiten der Datenverwertung zu beachten. Aus schuldrechtlicher Perspektive darf *Dime* nur Verträge über die Nutzung bestimmter personenbezogener Daten zu bestimmten Zwecken abschließen. Missachtet der Datenverwerter die Einschränkungen der Datensubjekte, bricht er das Kontroll-

versprechen und somit die Pflicht zur Interessenwahrnehmung. Die im Rahmenvertrag gemachten Angaben der Datensubjekte determinieren somit das rechtliche Dürfen von *Dime*.<sup>25</sup>

Um den schuldrechtlichen Vertrag erfüllen zu können, müssen die Datensubjekte *Dime* eine konkrete Vollmacht erteilen<sup>26</sup>, die *Dime* dazu befugt, gegenüber den Unternehmen eine datenschutzrechtliche Einwilligung im Namen der Datensubjekte<sup>27</sup> in die Verarbeitung abzugeben.<sup>28</sup> Das datenschutzrechtliche Können wird somit vom Umfang dieser Vollmacht bestimmt. Im Gegensatz zu dem im deutschen Sachenrecht geltenden Typenzwang<sup>29</sup> ist der Umfang einer datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht gesetzlich vorgesehen und kann individuell angepasst werden. Dies wird vom Datenschutzrecht aufgrund der strengen Anforderungen an die Einwilligung sogar verlangt; die Einwilligung muss sich stets auf bestimmte Zwecke beziehen.<sup>30</sup> Ebenso muss die auf eine Einwilligung bezogene Vollmacht spezifisch und bestimmt sein. Eine Generalvollmacht, welche auch Verarbeitungen, die das Datensubjekt schuldrechtlich nicht erlaubt, umfasst, wäre datenschutzrechtlich unzulässig. Die strengen Voraussetzungen an eine Vollmacht resultieren aus dem grundrechtlich verankerten Recht auf Schutz personenbezogener Daten, welches nur bei einer Einwilligung oder bei

---

<sup>25</sup> S. zur schuldrechtlichen Erfassung des Rahmenvertrags und der entsprechenden Pflichten von *Dime*: Kapitel 10 E.I.

<sup>26</sup> Zur Zulässigkeit einer Vollmacht bei datenschutzrechtlicher Einwilligung: Kapitel 11 C.I.

<sup>27</sup> Die DSGVO kennt keine Einwilligung zulasten Dritter, *Buchner/Kübling*, DuD 2017, 544 (548).

<sup>28</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Rahmenbeziehung mit *Dime*, Kapitel 11 C.II.

<sup>29</sup> Im deutschen Sachenrecht existiert nur eine geschlossene Anzahl dinglicher Rechte, sog. *numerus clausus*. Der Inhalt dieser Rechte ist weitgehend gesetzlich festgelegt. Neue dingliche Rechte können nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden, *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 854-1296, Rdnr. 19; *Berger*, in: Jauernig-BGB, BGB Vor Buch 3 SachenR, Rdnr. 3.

<sup>30</sup> Zu den Anforderungen an die Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

Vorliegen gesetzlicher Voraussetzungen eingeschränkt werden kann.<sup>31</sup> Aufgrund des Zweckbindungsgrundsatzes<sup>32</sup> darf die Vollmacht und somit das datenschutzrechtliche Können stets nur die konkreten, schuldrechtlich erlaubten, Verwertungen umfassen.

Aufgrund des Gleichlaufs des Umfangs der Vollmacht zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung mit den im schuldrechtlichen Verhältnis gemachten Vorgaben über die Datenverwertung, kann das datenschutzrechtliche Können von *Dime* nur ebenso weit reichen wie sein rechtliches Dürfen. Würde *Dime* Verträge über die Nutzung von Daten schließen, die außerhalb der von den Datensubjekten gemachten schuldrechtlichen Vorgaben lägen, wäre *Dime* datenschutzrechtlich nicht imstande, für diese Nutzungen auch eine entsprechende datenschutzrechtliche Einwilligung zu erteilen und könnte damit keine zulässige Weiterverarbeitung ermöglichen. Die Situation weist demnach keine Vergleichbarkeit mit „echten“ fiduziarischen Rechtsverhältnissen auf, bei welchen die Interessenwahrnehmungspflicht besonders ausgeprägt ist, weil das rechtliche Können das rechtliche Dürfen übersteigt und somit ein Missbrauch der eingeräumten Rechtsmacht möglich ist.<sup>33</sup> Stattdessen erscheint ein Vergleich mit einer Ermächtigungstreuhand, bei der das rechtliche Können das rechtliche Dürfen ergänzt, passender.<sup>34</sup>

## 2. Dingliche Rechtsmacht und datenschutzrechtliche Macht

Die exemplarische Untersuchung des Zusammenspiels von Datenschutzrecht und Schuldrecht hat gezeigt, dass – zumindest für den Datenverwerter *Dime* – aufgrund des Gleichlaufs von datenschutzrechtlichem Können und

---

<sup>31</sup> Zur Zulässigkeit einer Vollmacht zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung: Kapitel 11 C.I.

<sup>32</sup> Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO, Art. 4 Nr. 11 DSGVO; zu Grenzen der Vollmacht bei datenschutzrechtlicher Einwilligung: Kapitel 11 C.I.

<sup>33</sup> Zu fiduziarischen Rechtsverhältnissen: Kapitel 7.

<sup>34</sup> A.A. ohne nähere Begründung wohl: *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: *Rechte an Daten*, 103 (121), die nur die Möglichkeit eines mit einer Vollmachtstreuhand vergleichbaren Instituts nennen.

schuldrechtlichem Dürfen ein Vergleich mit der Ermächtigungstreuhand nahe liegt.<sup>35</sup> Die vorangegangenen Überlegungen werden nun verallgemeinert. Es wird untersucht, ob und inwieweit einem Datentreuhänder eine datenschutzrechtliche Macht, die von ihrer Wirkung her mit der dinglichen Rechtsmacht eines klassischen Treuhänders vergleichbar ist, eingeräumt werden kann.

Bei Treuhandverhältnissen wird unter dem Einräumen von Rechtsmacht die Verschaffung einer Einwirkungsmöglichkeit auf das Treugut verstanden.<sup>36</sup> Unter der Rechtsmacht des klassischen Treuhänders wird also grundsätzlich dessen Möglichkeit verstanden, auf die dingliche Lage einzuwirken. Die Macht eines Datentreuhänders muss entsprechende Befugnisse über die datenschutzrechtliche Lage beinhalten. Auf die datenschutzrechtliche Lage wird mittels der Erlaubnis einer Verarbeitung personenbezogener Daten eingewirkt. Eine Einwirkungsmöglichkeit auf die datenschutzrechtliche Lage besteht also bei der Berechtigung, die Verarbeitung personenbezogener Daten zu legitimieren. Bei einem Vergleich zwischen klassischer Treuhand und Datentreuhand steht der sachenrechtlichen Rechtsmacht zur Veränderung der dinglichen Lage folglich die datenschutzrechtliche Macht zur Legitimation von Datenverarbeitungen gegenüber. Während den klassischen Treuhänder das Innehaben einer dinglichen Rechtsmacht auszeichnet, kommt dem Datentreuhänder entsprechend eine datenschutzrechtliche Macht zu.

Dingliche Rechte werden mittels Verfügungen übertragen, verändert, aufgehoben oder belastet.<sup>37</sup> Die Macht, solche Verfügungen zu bewirken, erhält der Treuhänder bei der fiduziarischen Treuhand dadurch, dass ihm das Treugut unbedingt übertragen wird. Bei der deutschrechtlichen Treuhand wird ihm das Treugut bedingt übertragen; bei der Ermächtigungstreuhand wird er zur Vornahme bestimmter Verfügungen ermächtigt.<sup>38</sup> Der Treuhänder ist also nicht nur schuldrechtlich zur Vornahme von Verfügungen berechtigt (oder gar verpflichtet), sondern er ist verfügungsbefugt und somit in der Lage, die Verfügungen auch dinglich wirksam vorzunehmen. Bei der Datentreuhand müsste der

---

<sup>35</sup> Kapitel 12 A.II.1.

<sup>36</sup> *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 66.

<sup>37</sup> *Schulte-Nölke*, in: Hk-BGB, BGB Vor §§ 854-1296, Rdnr. 7; *Gater*, in: MüKo-BGB, BGB Einl. SachenR, Rdnr. 7.

<sup>38</sup> Zu den verschiedenen Arten der Treuhand: Kapitel 7 A.I.

Datentreuhänder korrespondierend zur Vornahme datenschutzrechtlich zulässiger Datenverarbeitungen imstande und hierzu nicht nur schuldrechtlich befugt sein. Datenverarbeitungen sind nur dann rechtmäßig, wenn ein Erlaubnisgrund vorliegt.<sup>39</sup> Neben den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen bietet sich als Rechtsgrundlage insbesondere eine datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person in die Datenverarbeitung an.<sup>40</sup> Will ein Dritter im Namen der betroffenen Person wirksam in die Datenverarbeitung einwilligen, benötigt er hierfür eine Vollmacht.<sup>41</sup>

Die Tatsache, dass im Zusammenhang mit der Datentreuhand lediglich eine Bevollmächtigung des Treuhänders erfolgt, wirft, ausgehend von dem Begriff „Vollmacht“, Zweifel auf, ob es sich tatsächlich um ein Treuhandverhältnis handeln kann. Im Zusammenhang mit sachenrechtlichen Treuhandverhältnissen wird die sogenannte Vollmachtstreuhand schließlich in Ermangelung der Übertragung „rechtlicher Befugnisse“ überwiegend nicht als Treuhandverhältnis anerkannt.<sup>42</sup> Ein solcher Vergleich verkennt jedoch, dass mittels einer schuldrechtlichen Bevollmächtigung nicht auf die sachenrechtliche Lage eingewirkt werden kann; hierzu bedarf es einer Ermächtigung.<sup>43</sup> Aus einer datenschutzrechtlichen Perspektive kann jedoch durchaus mittels einer Bevollmächtigung auf die datenschutzrechtliche Lage eingewirkt werden. Anhand einer Einwilligung können bestimmte Datenverarbeitungen datenschutzrechtlich zulässig werden. Die datenschutzrechtliche Bevollmächtigung darf deshalb von ihrer Wirkung her nicht mit einer schuldrechtlichen Bevollmächtigung gleichgesetzt werden. Der Umfang der Vollmacht determiniert das datenschutzrechtliche Können und damit die datenschutzrechtliche Macht ebenso wie der Umfang einer Ermächtigung die Verfügungsmacht bestimmt.

---

<sup>39</sup> Art. 6 Abs. 1 DSGVO; s. zu Grundlagen des Datenschutzrechts: Kapitel 3 B.

<sup>40</sup> Auch *Kübling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (24) sehen in der Einwilligung „ein zentrales Instrument für Verfügungen über Daten“.

<sup>41</sup> Zur Zulässigkeit der Bevollmächtigung: Kapitel 11 C.I.

<sup>42</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 47; *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, 69; *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 25; *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 157 f.; kritisch hierzu *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 85 f.

<sup>43</sup> Zur Abgrenzung von Vollmacht und Ermächtigung: Kapitel 6 A.I.

### 3. Datenschutzrecht als Grenze datenschutzrechtlicher Macht

Ein Datentreuhänder erhält datenschutzrechtliche Macht indem er zur Einwilligung in bestimmte Datenverarbeitungen bevollmächtigt wird und hiermit Einfluss auf die datenschutzrechtliche Lage nehmen kann.<sup>44</sup> Eine Generalvollmacht würde den Datentreuhänder in die Position versetzen, in eine Vielzahl unbestimmter Verarbeitungen einzuwilligen – ähnlich der umfassenden Verfügungsbefugnis bei einer Vollrechtstreuhand. Eine spezifische Vollmacht bezogen auf bestimmte Einwilligungen wäre hingegen mit der Ermächtigungstreuhand zu vergleichen, bei der der Treuhänder keine umfassende, sondern nur eine spezifische Verfügungsbefugnis eingeräumt bekommt. Einer umfassenden Einwirkung auf personenbezogene Daten durch einen Dritten (den Datentreuhänder) verwehrt sich das Datenschutzrecht und hier insbesondere der Zweckbindungsgrundsatz, Art. 5 Abs. 1 Buchstabe b) DSGVO<sup>45</sup>. Als Ausprägung des Rechts auf Datenschutz ist es betroffenen Personen nicht möglich, umfassend und pauschal mittels einer Generaleinwilligung Datenverarbeitungen zu legitimieren. Entsprechendes gilt für die Bevollmächtigung zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung.<sup>46</sup> Eine solche Generalvollmacht wäre jedoch erforderlich, um dem Datentreuhänder eine so umfassende Einwirkungsmöglichkeit zu erteilen, dass sie mit den aus einer Rechtsgutübertragung resultierenden Befugnissen vergleichbar wäre. Deshalb kann eine Datentreuhand nur entsprechend einer Ermächtigungstreuhand ausgestaltet werden. Einem Datentreuhänder kann eine datenschutzrechtliche Macht eingeräumt werden, die von ihrer Wirkung her mit den Befugnissen vergleichbar ist, die ein Ermächtigungstreuhänder innehat.<sup>47</sup>

Es bleibt somit festzuhalten, dass die Wirkung einer sachenrechtlichen Ermächtigung mit der Wirkung einer Bevollmächtigung im datenschutzrechtlichen Zu-

---

<sup>44</sup> Kapitel 12 A.II.2.

<sup>45</sup> Zum Zweckbindungsgrundsatz: *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 23 ff.; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 63 ff.; *Terwangne*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 5, no. C.2.

<sup>46</sup> Zur datenschutzrechtlichen Bevollmächtigung über eine Einwilligungserteilung: Kapitel 11 C.I.

<sup>47</sup> A.A. wohl *Wendehorst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (121), die ohne nähere Begründung nur den Vergleich mit einer Vollmachtstreuhand nennen.

sammenhang gleichgesetzt werden kann. Eine Vollmacht zum Erteilen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung überträgt dem Datentreuhänder datenschutzrechtliche Macht. Der Umfang der zulässigen Übertragung datenschutzrechtlicher Macht wird durch das Datenschutzrecht, insbesondere den Zweckbindungsgrundsatz begrenzt. Eine über das schuldrechtliche Dürfen hinausgehende datenschutzrechtliche Macht kann nicht übertragen werden.<sup>48</sup> Eine Datentreuhand lässt sich deshalb nur mit einer Ermächtigungs- und nicht mit einer Vollrechtstreuhand vergleichen. Ermächtigungs- wie Datentreuhand zeichnen sich dadurch aus, dass das rechtliche Können der Treuhänder ihrem rechtlichen Dürfen entspricht. Die Überlassung personenbezogener Daten zu Verwertungszwecken kann als Treuhand bezeichnet werden.

### III. Datentreuhand unterfällt vom Sachenrecht losgelösten Treuhandbegriff

Einige Autoren vertreten einen vom Sachenrecht losgelösten Treuhandbegriff. Nach deren Verständnis stellen personenbezogene Daten ein geeignetes Treugut dar (Abschnitt 1.). *Löhnig* lässt für die Annahme eines Treuhandverhältnisses das Bestehen einer „Einwirkungsmacht“ des Treuhänders ausreichen. Eine solche Einwirkungsmacht bedingt die Offenlegung personenbezogener Daten, da mit ihr das Risiko irreversibler Grundrechtseingriffe einhergeht (Abschnitt 2.).

#### 1. Personenbezogene Daten als Treugut

Die Autoren *Beyerle*, *Grundmann* und *Löhnig* plädieren für eine Loslösung des Treuhandbegriffs vom Sachenrecht<sup>49</sup> und für eine Konzentration auf das der Treuhand zugrunde liegende Innenverhältnis. *Beyerle* lehnte bereits 1932 eine Objektbezogenheit der Treuhand ab.<sup>50</sup> Er stellte „die vertretungsweise un-

---

<sup>48</sup> S. hierzu auch Kapitel 12 B.II.

<sup>49</sup> Zum sachenrechtl. Treuhandbegriff.: Kapitel 7 A.I.; zu Entwicklungsbestrebungen hin zu einem schuldrechtlichen Treuhandbegriff: Kapitel 7 A.II.

<sup>50</sup> *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 19; zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treupflichten, 159.

eigennützige Belangwahrung“ als charakteristisches Merkmal eines Treuhandverhältnisses heraus.<sup>51</sup> Die uneigennützige Interessenwahrnehmung zur Verwertung personenbezogener Daten fällt in den Anwendungsbereich des von *Beyerle* vertretenen Treuhandbegriffs.

Auch *Grundmann* plädiert für eine Abkehr von einer sachenrechtlichen Sicht der Treuhand.<sup>52</sup> Er bevorzugt einen „am Innenverhältnis ausgerichteten Ansatz“<sup>53</sup> und erkennt „nicht öffentliche Informationen, die (zumindest für einen der Beteiligten) Geldwert haben“ als Teil des Treuguts an.<sup>54</sup> Ebenso nennt er „Positionen, die dem Inhaber rechtlich die Macht geben, Entscheidungen in (auch) fremden Vermögensangelegenheiten zu treffen“, als mögliches Treugut.<sup>55</sup> Rechte des geistigen Eigentums wie etwa Patent- und Urheberrechte schließt er jedoch als Treugut aus.<sup>56</sup> Unter Informationspositionen versteht er in erster Linie den Kundenstamm,<sup>57</sup> als Beispiel für Entscheidungs- und Kontrollpositionen nennt er Stimmrechte.<sup>58</sup> Er begründet die Akzeptanz jener Positionen als Treugut mit ihrer Zugehörigkeit in den Schutzbereich der Art. 12 und 14 GG.<sup>59</sup> Seine Überlegungen beziehen sich demnach auf ein wirtschaftliches Umfeld. Zwar bezieht sich *Grundmanns* Analyse offensichtlich nicht auf persönliche Daten mit einem ökonomischen Wert als Treugut. Dennoch erfüllen personenbezogene Daten alle von *Grundmann* aufgestellten Vorgaben zur Erfassung als Treugut. Personenbezogene Daten sind nicht-öffentliche Informationen, die sich nicht zu einem anerkannten Recht des geistigen Eigentums verdichten haben. Sie haben einen ökonomischen Wert und sind somit als vermögensrechtliche Position der Datensubjekte anzusehen.<sup>60</sup> Auch personenbezogene Daten genießen grundrechtlichen Schutz. In Deutschland ist

---

<sup>51</sup> *Beyerle*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, 19; zitiert von *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 159.

<sup>52</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 88.

<sup>53</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 92.

<sup>54</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 82 f.

<sup>55</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 83, 101 ff.

<sup>56</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 83; kritisch dazu: *Löbnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

<sup>57</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 103.

<sup>58</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 105.

<sup>59</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 103 ff.

<sup>60</sup> Zum Wert von Daten: *Lehner*, in: Datenrecht in der Digitalisierung, 471;

das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>61</sup> Insbesondere im unternehmerischen Umfeld können die gesammelten Daten – man denke an sogenannte „Datenkraken“<sup>62</sup> *Facebook, Google* und Co. – einen einem Kundentamm vergleichbaren Wert erlangen. Personenbezogene Daten sind als Positionen, die nach *Grundmann* ein Treugut darstellen können, anzusehen.

*Löhnig* führt *Grundmanns* Gedanken fort, indem er einen noch weiteren Treuhandbegriff vertritt, bei dem es entscheidend auf die „Einwirkungsmacht des Treuhänders“ statt auf das Innehaben eines „Treugut[s] im herkömmlichen Sinne“ ankommt.<sup>63</sup> Für ihn zeichnet sich ein Treuhandverhältnis dadurch aus, dass der Treuhänder „Machtmittel innehat“. Der Treuhänder habe dann Machtmittel inne, wenn er „rechtlich und tatsächlich [...] dazu befähigt ist, auf den Interessenkreis des Treuhänders einzuwirken“. <sup>64</sup> Die „Übertragung von Machtbefugnissen auf den Treuhänder“ orientiert sich an dem jeweiligen Machtmittel und kann somit auf unterschiedliche Weise geschehen. Als Beispiel nennt *Löhnig* unter anderem die Einräumung von Wissen um Geschäftsgeheimnisse wie Know-how oder den Kundentamm.<sup>65</sup> Dass *Grundmann* Rechte des geistigen Eigentums ausschließt, kritisiert *Löhnig* als „auf halbem Wege stehen [geblieben]“. <sup>66</sup> Im Gegensatz zu *Grundmann* bezieht er daher auch Rechte des geistigen Eigentums in den von ihm vertretenen Treuhandbegriff mit ein.<sup>67</sup> Insbesondere das von *Löhnig* genannte Beispiel der Einräumung von Wissen lässt sich als Anknüpfungspunkt dafür heranziehen, dass auch personenbezogene Daten von seinem Treuhandverständnis erfasst werden. Die Einräumung von

---

<sup>61</sup> Zur grundrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz in Dtl., Nl. und der EU: Kapitel 3 A.

<sup>62</sup> Als „Datenkrake“ wird ein „Internetunternehmen, das auf legalem oder illegalem Weg massenhaft (Nutzer)daten speichert“ bezeichnet, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Datenkrake#bedeutung>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

<sup>63</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161. Zur „Einwirkungsmacht“ als Anknüpfungspunkt für die Herleitung einer Interessenwahrnehmungspflicht s. auch *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 91 f.

<sup>64</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 159.

<sup>65</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 160.

<sup>66</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

<sup>67</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

Wissen lässt sich als Offenlegung von Informationen verstehen. Eine solche Offenlegung von Informationen geschieht bei der Offenlegung von personenbezogenen Daten. Schließlich sind personenbezogene Daten nichts anderes als Informationen über bestimmte Personen.<sup>68</sup> Eine Offenlegung personenbezogener Daten wäre nach *Löhnig* als Übertragung eines Machtmittels an den Treuhänder, respektive Datentreuhänder, zu werten. *Löhnig* betont, dass das Innehaben eines „Treuguts im herkömmlichen Sinne“ keine Voraussetzung einer treuhänderischen Macht darstellt, der Treuhänder benötige weder eine Vollrechtsinhaberschaft noch eine Rechtsmacht, sondern lediglich eine „Einwirkungsmacht in Bezug auf den Interessenkreis des Treugebers“.<sup>69</sup> Die Offenlegung personenbezogener, zuvor nicht öffentlich gemachter Daten, hat regelmäßig zur Folge, dass auf den Interessenkreis desjenigen, dem die jeweiligen Informationen zuvor vorbehalten waren, eingewirkt werden kann.<sup>70</sup> Auch *Löhnigs* Treuhandverständnis öffnet, wie bereits das Verständnis von *Beyerle* und *Grundmann*, die Tür für eine Datentreuhand.

Nach allen drei Ansätzen fungieren personenbezogene Daten als geeignetes Treugut. Die Literaturstimmen zur Loslösung des Treuhandbegriffs vom Sachenrecht hin zu einer Konzentration auf das Innenverhältnis untermauern somit die Einführung des Begriffs einer Datentreuhand.

## 2. Offenlegung von Daten bedingt „Einwirkungsmacht“ des Datentreuhänders

Voraussetzung eines Treuhandverhältnisses nach *Löhnig* ist, dass der Treuhänder eine „Einwirkungsmacht in Bezug auf den Interessenkreis des Treugebers“ innehat.<sup>71</sup> Eine Offenlegung personenbezogener Daten bedingt regelmäßig einen Zugriff auf die Interessenssphäre der betroffenen Person. Diesem Umstand kommt besondere Bedeutung zu, da es sich bei personenbezogenen Daten nicht um gewöhnliche Vermögensgegenstände handelt, sondern um Informationen, die verfassungsrechtlichen Schutz genießen.<sup>72</sup> Gegebenenfalls sind sogar

---

<sup>68</sup> Vgl. auch die Definition personenbezogener Daten in Art. 4 Nr. 1 DSGVO: „Personenbezogene Daten [sind] alle Informationen, die [...]“.

<sup>69</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

<sup>70</sup> Die konkreten Einwirkungsmöglichkeiten bezogen auf das Datenverwertungsverhältnis werden im nächsten Abschnitt einer detaillierten Untersuchung unterzogen: Kapitel 12 A.III.2.

<sup>71</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 161.

<sup>72</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz: Kapitel 3 A.

sensible Daten, für die gemäß Art. 9 DSGVO besonders strenge Verarbeitungsvoraussetzungen gelten, betroffen. Jede Offenlegung personenbezogener Daten birgt das Risiko eines gegebenenfalls ungerechtfertigten und möglicherweise irreversiblen Grundrechteingriffs. Sobald die Daten in den Machtbereich eines Datentreuhänders gelangen, hat dieser, unabhängig von einer Erlaubnis der betroffenen Person, die Möglichkeit, die Daten für eigene Zwecke zu nutzen. Die Risiken einer Offenlegung werden anhand von zwei Beispielen illustriert, der ungerechtfertigten Offenlegung und der ungerechtfertigten Anonymisierung. Anhand eines Vergleichs mit sachenrechtlichen Missbrauchsmöglichkeiten wird die Leichtigkeit eines Missbrauchs offengelegter Daten und somit eine Erhöhung des Risikos dargelegt.

Eine Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte durch den Datentreuhänder ohne datenschutzrechtliche Befugnis ist eine unrechtmäßige Datenverarbeitung.<sup>73</sup> Bei einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung kann die betroffene Person von dem Verantwortlichen die Löschung der Daten verlangen, Art. 17 Abs. 1 Buchst. d) DSGVO. Den Verantwortlichen trifft eine Löschungspflicht.<sup>74</sup> Hat er die Daten Dritten gegenüber offengelegt, muss er allen Empfängern der Daten die Löschung mitteilen, Art. 19 S. 1 DSGVO.<sup>75</sup> In diesem Fall hat die betroffene Person außerdem das Recht, über die Empfänger der Daten unterrichtet zu werden, Art. 19 S. 2 DSGVO.<sup>76</sup> Die Unterrichtungspflicht soll die Effektivität und Fortwirkung der Betroffenenrechte gewährleisten.<sup>77</sup> Auch bei einer „Öffentlichmachung“<sup>78</sup> der Daten, muss der Verantwortliche andere Verantwortliche über die Löschung informieren, Art. 17 Abs. 2 DSGVO.<sup>79</sup> Die Mitteilungspflichten der Art. 17 Abs. 2 und 19 S. 2 DSGVO sind jedoch auf

---

<sup>73</sup> Eine rechtmäßige Datenverarbeitung erfordert stets eine Rechtsgrundlage: Kapitel 3 B.

<sup>74</sup> Art. 17 Abs. 1 Buchst. d) DSGVO; zum Recht auf Löschung s. auch Kapitel 15 E.V.; zum Recht auf Löschung als Interventionselement s. auch Kapitel 15 C.V.

<sup>75</sup> Art. 19 S. 1 DSGVO.

<sup>76</sup> Art. 19 S. 2 DSGVO.

<sup>77</sup> *Paal*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 19, Rdnr. 3.

<sup>78</sup> „Öffentlichmachen“ der Daten bedeutet die Ermöglichung des Zugriffs durch einen unbestimmten Personenkreis, *Paal*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 33.

<sup>79</sup> Art. 17 Abs. 2 DSGVO; *Paal*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 35.

„angemessene Maßnahmen“<sup>80</sup> bzw. auf Unmöglich- oder Unverhältnismäßigkeit<sup>81</sup> beschränkt. Können die Empfänger der Daten nur unter einem unverhältnismäßigen Aufwand kontaktiert werden, darf die Kontaktaufnahme rechtmäßig unterbleiben und die Daten können von den Empfängern weiterhin verarbeitet werden. Das Recht auf Löschung würde nicht vollumfänglich durchgesetzt.

Auch *Kühling/Sackmann* merken an, dass mit der Weitergabe an Dritte der Schutz von Datenbeständen vielfach ende und sich auf einen relativen Schutz gegenüber dem Vertragspartner beschränke. Der Vertragspartner habe zwar die „vertragliche (Neben-)Pflicht, die Daten nur im vereinbarten Umfang zu nutzen und weiterzugeben. Verletzt der Vertragspartner diese Pflicht, bestehen gegebenenfalls (Schadensersatz-)Ansprüche gegen ihn. In den meisten Konstellationen wird der ursprünglich Berechtigte an den Daten aber gegen Dritte, die widerrechtlich Zugang zu den Daten erhalten haben, keine rechtliche Handhabe haben.“<sup>82</sup> Daneben haben die in der Praxis bestehende „Komplexität und Intransparenz“ von Verarbeitungen häufig zur Folge, dass die Betroffenenrechte in der Realität nicht wie in der Verordnung vorgesehen umgesetzt werden können. Intransparenz entsteht dadurch, dass im „Verborgenen bleibenden [...] Unternehmen das Mitsammeln von Daten ermöglicht wird“.<sup>83</sup>

Irreversible Grundrechtseingriffe drohen auch bei einer unzulässigen Anonymisierung. Ein erfolgreicher Anonymisierungsprozess bewirkt die Unanwendbarkeit der DSGVO.<sup>84</sup> Sind die Daten erst einmal anonymisiert, können sie ohne datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgrund, z.B. einer Einwilligung der betroffenen Person, und obwohl der Anonymisierungsvorgang an sich unzulässig war, datenschutzkonform weiterverarbeitet werden. Bei der Anonymisierung wird jeglicher Personenbezug entfernt, sodass keine personenbezogenen Daten

---

<sup>80</sup> Art. 17 Abs. 2 DSGVO.

<sup>81</sup> Art. 19 S.1 DSGVO.

<sup>82</sup> *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24 (27).

<sup>83</sup> *Wendeborst/Schwamberger/Grinzinger*, in: Rechte an Daten, 103 (104).

<sup>84</sup> ErwGr. (26) S. 5 und 6: „Die Grundsätze des Datenschutzes sollten [...] nicht für anonyme Informationen gelten [...]. Diese Verordnung betrifft somit nicht die Verarbeitung solcher anonymen Daten, auch für statistische oder für Forschungszwecke.“; sowie e-contrario Art. 2 Abs. 1 DSGVO.

mehr vorliegen.<sup>85</sup> Zwar finden bei einer Verarbeitung anonymisierter Daten auch keine weiteren Grundrechtseingriffe statt, da in das Recht auf Datenschutz nicht länger eingegriffen wird. Jedoch ist der Anonymisierungsprozess an sich als irreversibler Eingriff zu werten, gegen den sich der Betroffene – ist die Anonymisierung erst einmal geschehen – nicht mittels der in Art. 12 ff. DSGVO gewährten Rechte wehren kann. Erfolgreich anonymisierte Daten können aufgrund der Entfernung jeglichen Personenbezugs nicht „de-anonymisiert“ und dann gelöscht werden.<sup>86</sup>

Das Sachenrecht kennt ähnliche Problematiken. Auch Sachen können trotz mangelnder Verfügungsbefugnis mittels des gutgläubigen Erwerbs/ *goeder trouw* wirksam veräußert werden.<sup>87</sup> Auch bei einer Verbindung/ *natrekking*, Vermischung/ *vermenging* oder Verarbeitung/ *zaakvorming* kann derjenige, der den Vorgang durchführt, Eigentum an einer Sache erwerben<sup>88</sup> – unabhängig davon, ob er hierzu schuld- oder sachenrechtlich befugt war.<sup>89</sup> Die bei einer unrechtmäßigen Verarbeitung von Daten oft betroffene Datenmenge und die gegebenenfalls bestehende Sensibilität der Datenbestände kombiniert mit der Schnellebigkeit des Internets und der Leichtigkeit, diese Daten mittels weniger Klicks einer Vielzahl von Dritten gegenüber offenzulegen, erhöht das Risiko und die Intensität von Grundrechtseingriffen gegenüber den sachenrechtlichen Missbrauchsmöglichkeiten. Darüber hinaus ist es betroffenen Personen regelmäßig nicht möglich, selbstständig zu überprüfen, ob sich ein Verantwortlicher

---

<sup>85</sup> ErwGr. (26) S. 5 DSGVO.

<sup>86</sup> Wäre die Herstellung des Personenbezugs mittels einer Kennziffer oder eines anderen Mittels möglich, läge keine Anonymisierung, sondern eine Pseudonymisierung vor, Art. 4 Nr. 5 DSGVO.

<sup>87</sup> In Dtl.: § 932 Abs. 1 BGB; in den Nl.: art. 3:86 lid 1 BW. Zu den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs, für Dtl.: *Prütting*, Sachenrecht, § 35; für die Nl.: HR 14 januari 2011, NJ 2012/88 = ECLI:NL:HR:2011:BO3521; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 419.

<sup>88</sup> Verbindung, Vermischung und Verarbeitungen sind in den §§ 946 ff. BGB geregelt; *natrekking roerende zaken, vermenging* und *zaakvorming* in art. 5:14 ff. BW.

<sup>89</sup> Dem früheren Eigentümer steht in Dtl. gem. § 951 BGB grds. ein Ausgleichsanspruch für den Verlust des Eigentums zu, s. *Prütting*, Sachenrecht, § 39. In den Nl. ist ein Ausgleichsanspruch nicht explizit gesetzlich normiert, ergibt sich aber aus den allgemein deliktsrechtlichen (art. 6:162 BW) oder bereicherungsrechtlichen (art. 6:212 BW) Vorschriften, *Bartels/van Velten*, Asser 5, nr. 70.

datenschutzrechtlich einwandfrei und somit vertragstreu verhält. Hierzu bedürfte es Einblicken in das Unternehmen und die dort stattfindenden Datenverarbeitungen. Erkennen die Datensubjekte Verstöße nicht, können sie auch nicht gegen Datenschutzverletzungen vorgehen oder ihre Rechte durchsetzen.

Die Kombination aus grundrechtlich geschütztem Gut und den Möglichkeiten der Beeinträchtigungen führt zu einem hohen Risiko irreversibler Grundrechtseingriffe und somit zu einer besonders weiten Öffnung der Interessensphäre mit entsprechend bestehender Einwirkungsmacht. Es bleibt festzuhalten, dass einer Offenlegung von Daten zu Verwertungszwecken das Risiko irreversibler Grundrechtseingriffe immanent ist. Eine Offenlegung von Daten gibt dem Datentreuhänder unabhängig von den eingeräumten Befugnissen und schuldrechtlichen Vorgaben<sup>90</sup> die tatsächliche Macht, auf die Interessensphäre der betroffenen Person einzuwirken. Damit wird nach *Löhnigs* Verständnis durch die Offenlegung personenbezogener Daten zu Verwertungszwecken ein Treuhandverhältnis begründet.

IV. Ergebnis: Datentreuhand nach deutschem Recht *de lege lata* geeigneter Begriff für die Überlassung von Daten zu Verwertungszwecken

Als Ergebnis der Überlegungen zum Begriff einer Datentreuhand aus deutscher Perspektive lässt sich festhalten, dass die Benutzung der Bezeichnung *de lege lata* vertretbar ist. Eine Vollmacht zur Einwilligungserteilung gewährt eine datenschutzrechtliche Macht. Diese datenschutzrechtliche Macht kann ausgehend von ihrer Wirkung mit einer Ermächtigung zur Vornahme von Verfügungen verglichen werden. Mittels einer gezielten Bevollmächtigung wird der Datentreuhänder in die Position versetzt, auf die datenschutzrechtliche Lage einwirken zu können. Denn eine Vollmacht zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung beinhaltet die Berechtigung, die Verarbeitung personenbezogener Daten zu legitimieren. Dabei bildet das Datenschutzrecht die Grenze der zulässigen Rechteeinräumung. Die strengen Anforderungen an die Einwilligung haben zur Folge, dass ebenso strenge Vorgaben für die Bevollmächtigung eines Dritten zur Erteilung derselben gelten.

---

<sup>90</sup> Zur schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.

Zudem sind personenbezogene Daten nach dem vom Sachenrecht losgelösten Treuhandbegriff ein geeignetes Treugut. Die Offenlegung von Daten bedingt eine „Einwirkungsmacht“ auf die Interessensphäre der betroffenen Person, da sie mit der Gefahr irreversibler Grundrechtseingriffe einhergeht. Das Missbrauchsrisiko der eingeräumten Befugnisse ist bezüglich personenbezogener Daten im Vergleich zu sachenrechtlichen Vermögensgegenständen aufgrund der Möglichkeit multipler Offenlegungen, der Schnelllebigkeit des Internets und mangelnder Kontrolle der betroffenen Personen als besonders hoch einzustufen.

Eine Datentreuhand besteht danach sowohl dann, wenn dem Datentreuhänder eine datenschutzrechtliche Macht mittels einer datenschutzrechtlichen Bevollmächtigung eingeräumt wurde, als auch dann, wenn dem Datentreuhänder eine solche Befugnis zwar nicht zusteht, er aber eine faktische „Einwirkungsmacht“ auf die Interessensphäre der anderen Partei hat. Bei einer Offenlegung personenbezogener Daten zu Verwertungszwecken ist das Bestehen einer tatsächlichen Einwirkungsmacht aufgrund des Risikos irreversibler Grundrechtseingriffe regelmäßig anzunehmen.

## B. Überlegungen zu einem fiduziarischen Rechtsverhältnis über Daten nach niederländischem Recht

In den Niederlanden sind *fiducia cum amico* und *fiducia cum creditore* – die niederländischen Äquivalente zur deutschen Vollrechtstreuhand – seit Einführung des *fiduciaverbod* nicht mehr zulässig.<sup>91</sup> Da das *fiduciaverbod* rein dinglicher Natur ist, können trotz des *fiduciaverbod* schuldrechtliche treuhänderische Verhältnisse und somit auch der Ermächtigungstreuhand entsprechende Konstruktionen gestaltet werden.<sup>92</sup> Aufgrund des *fiduciaverbod* hat die Treuhandüberlegung in den Niederlanden zwangsläufig auf einer schuldrechtlichen Ebene zu erfolgen.

---

<sup>91</sup> Zum *fiduciaverbod*: Kapitel 7 B.I.

<sup>92</sup> Kapitel 7 C.

Eine Alternative für eine *fiducia cum amico* (Verwaltungstreuhand) bietet unter anderem die *lastgevingsovereenkomst*.<sup>93</sup> *Tjong Tijn Tai* beschreibt eine besondere Ausprägungsform der *lastgevingsovereenkomst*, die *last tot bebeer of exploitatie*.<sup>94</sup> Diese Ausprägung der *lastgevingsovereenkomst* hat fiduziarischen Charakter (Abschnitt I.) und ist das passende Schuldverhältnis zur Abbildung einiger der aus deutscher Perspektive als Datentreuhand beschriebenen Rechtsverhältnisse (Abschnitt II.).

### I. *Last tot bebeer of exploitatie* als fiduziarisches Rechtsverhältnis

Eine *lastgevingsovereenkomst*<sup>95</sup> kann auf die Verwaltung oder Ausbeutung gewisser Vermögenswerte des *lastgever* ausgerichtet sein. Eine sogenannte *last tot bebeer of exploitatie* ist etlicher Gestaltungsformen zugänglich. Dabei kann der *lasthebber* mit oder ohne *volmacht* handeln; er kann die an den Vermögenswerten bestehenden Rechte übertragen bekommen haben oder nicht<sup>96</sup>. Sollten ihm die Rechte nicht übertragen worden sein, so kann ihm zu Verwaltungszwecken eine Verfügungsbefugnis erteilt werden.<sup>97</sup> Der Umfang der Verfügungsbefugnis umfasst Verwaltungs- und Verfügungsgeschäfte (*daden van bebeer en van beschikking*). Eine genaue Abgrenzung der Begrifflichkeiten ist abstrakt kaum möglich und hängt vom Gegenstand der jeweiligen *last* ab.<sup>98</sup> Erteilt der *lastgever* dem *lasthebber* eine Verfügungsbefugnis, so bleibt der *lastgever* regelmäßig auch selbst verfügungsbefugt.<sup>99</sup>

Die Verwaltung und Ausbeutung von Vermögenswerten ist auch im Wege der mittelbaren Stellvertretung zulässig. Dies folgt insbesondere aus art. 7:423 BW,

---

<sup>93</sup> Zu Alternativen zur klassischen *fiducia*: Kapitel 7 B.II.

<sup>94</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 279.

<sup>95</sup> Zum Schuldverhältnis *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

<sup>96</sup> Solche Übertragungen sind aufgrund des *fiduciaverbod* nur in den vom Gesetz vorgesehenen Konstellationen möglich, z.B. bei einem Eigentumsvorbehalt, art. 3:92 BW, vgl. *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 568.

<sup>97</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 279.

<sup>98</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 281.

<sup>99</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 279.

der Vorschrift über die *privatieve lastgeving*<sup>100</sup>. Die *privatieve lastgeving* ermöglicht es den Parteien sich darauf zu einigen, dass die *lastgeving* eine ausschließende (sogenannte *privatieve*) Wirkung hat. Der *lastgever* hat dann für die Dauer der *lastgevingsovereenkomst* keine Verfügungsbefugnis über seine Rechte mehr inne.<sup>101</sup> Ein solcher schuldrechtlicher Ausschluss der Verfügungsbefugnis gilt auch gegenüber Dritten.<sup>102</sup> Ob dem Vertragsverhältnis eine *privatieve* Wirkung innewohnt muss anhand einer einzelfallabhängigen Untersuchung des konkreten Vertragsverhältnisses festgestellt werden.<sup>103</sup>

Eine *last tot bebeer of exploitatie* ist auf die Erlangung eines möglichst guten Ausbeutungsergebnisses gerichtet. Beispielhaft zu nennen sind die Verwaltung von Wertpapieren und Vermögen, das Factoring und die Ausbeutung von Urheberrechten oder anderer Rechte des geistigen Eigentums. Wird nur ein einzelnes Recht des *lastgever* verwaltet, findet aus ökonomischen Gesichtspunkten meist eine kollektive Vermögensverwaltung ähnlicher Rechte einer Vielzahl von *lasthebbers* statt. So werden etwa Musikurheberrechte durch die Organisation *Buma/Stemra*, meist unter Vereinbarung von Ausschließlichkeit, kollektiv verwaltet.<sup>104</sup> Für die ausschließliche kollektive Verwaltung von Rechten ermöglicht art. 7:423 lid 2 BW die Vereinbarung einer Mindestlaufzeit von einem Jahr.<sup>105</sup> Hierdurch soll eine gewisse Kontinuität für den *lasthebber* gesichert werden.<sup>106</sup>

Die Ausgestaltung der *lastgeving* mit *privatieve werking* wurde nicht nur im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder die kollektive Verwaltung intellektuellen Eigentums eingeführt, sondern auch für andere Gelegenheiten. So kann die Einführung von art. 7:423 BW nach *Tjong Tijn Tai* als Schritt in Richtung

---

<sup>100</sup> Zur *privatieve lastgeving*: Kapitel 7 B.II.

<sup>101</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 280.

<sup>102</sup> *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 130; *Bartels/van Mierlo*, Asser 3-IV, nr. 573; s. zur Wirkung der *privatieve last*: Kapitel 7 B.II.

<sup>103</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 279.

<sup>104</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 270); *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 279.

<sup>105</sup> Art. 7:423 lid 2 BW.

<sup>106</sup> S. Zur Mindestlaufzeit, *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 130 f.; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 288.

eines Treuhandverhältnisses verstanden und zur Herbeiführung eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses genutzt werden.<sup>107</sup> Es wird somit trotz des bestehenden *fiduciaverbod* insbesondere mit Hinblick auf die *privatieve last* von fiduziarischen Rechtsverhältnissen gesprochen.

Untersucht man die *lastgevingsovereenkomst* aus einer deutschen Perspektive hin auf ihren fiduziarischen Charakter, so würde man – bei entsprechender Ausgestaltung der Pflichten – sowohl eine *lastgeving* mit *privatieve werking* als auch eine *lastgeving* ohne Ausschließlichkeitswirkung als fiduziarisches Rechtsverhältnis einstufen. Denn auch ohne ausschließende, *privatieve* Wirkung, kann der *lasthebber* mit Rechten, Pflichten und Befugnissen ausgestattet werden, die von ihrem Umfang her der deutschen Ermächtigungstreuhand entsprechen.<sup>108</sup>

II. „*Last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ als hypothetisches Pendant zum Begriff der Datentreuhand

Die *lastgevingsovereenkomst* in ihrer Ausprägung der *last tot beheer of exploitatie* eignet sich zur Erfassung fiduziarischer Rechtsverhältnisse.<sup>109</sup> Im Rahmen dieses Schuldverhältnisses kann der *lasthebber* mit Befugnissen ausgestattet werden, die unter den für das deutsche Recht entwickelten Treuhandbegriff fallen. Bezogen auf die fremdnützige Datenverwertung bedeutet das, dass die Einräumung eines datenschutzrechtlichen Könnens, das inhaltlich dem schuldrechtlichen Dürfen entspricht, auch nach niederländischem Recht möglich ist.<sup>110</sup> Aufgrund der EU-weiten Harmonisierung des Datenschutzrechts gelten für eine datenschutzrechtliche Bevollmächtigung eines niederländischen *lasthebber* die bereits zum deutschen Recht angestellten Überlegungen. Somit ist eine gezielte Bevollmächtigung des *lasthebber* zur Einwilligung in bestimmte Datenverarbeitungen von personenbezogenen Daten der betroffenen Person zulässig; eine Generalbevollmächtigung hingegen nicht möglich.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 287.

<sup>108</sup> Kapitel 7 C.

<sup>109</sup> Kapitel 12 B.I.

<sup>110</sup> Kapitel 7 C.

<sup>111</sup> Zum Umfang des datenschutzrechtlichen Könnens bei einer Datentreuhand: Kapitel 12 A.II.3.

Für die Ausbeutung personenbezogener Daten verbietet der datenschutzrechtliche Schutz der personenbezogenen Daten eine Ausgestaltung der *lastgevingsovereenkomst* als *lastgeving met privatieve werking*. Zwar bewirkt eine *privatieve werking* keine vollständige Übertragung der zu verwaltenden Güter. Vielmehr bewirkt die *privatieve werking* bloß den Ausschluss des Rechteinhabers, des *lastgever*, von der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die spezifischen Güter für die Dauer des Schuldverhältnisses.<sup>112</sup> Bei der Verwertung personenbezogener Daten würde dies den Ausschluss der betroffenen Person von Verfügungen über ihre personenbezogenen Daten bedeuten. Ein solcher Ausschluss der betroffenen Person würde elementar gegen den grundrechtlichen Schutz personenbezogener Daten verstoßen.<sup>113</sup> Die betroffene Person muss stets selbst in der Lage sein, über ihre Daten mittels einer Einwilligung zu verfügen. Personenbezogene Daten sind weder in ihrer Gesamtheit übertragbar,<sup>114</sup> noch ist es möglich, eine umfassende oder gar ausschließliche Verfügungsbefugnis an diesen Daten einzuräumen. Ist bereits das Einräumen einer Generalvollmacht unzulässig,<sup>115</sup> ist erst recht die Übertragung einer ausschließlichen Verfügungsbefugnis unzulässig.

Da es im Falle der Verwaltung oder Ausbeutung personenbezogener Daten stets um „*gegevens*“ (niederländisch: Daten) geht, scheint als Pendant zum deutschen Begriff der Datentreuhand der niederländische Begriff einer „*last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ passend. Der *lastgever* kann mit den erforderlichen datenschutzrechtlichen Befugnissen, einer datenschutzrechtlichen Macht, ausgestattet und das Innenverhältnis mit entsprechenden schuldrechtlichen fiduziari-schen Vorgaben ausgestaltet werden. Unter den Vertragstyp der *last tot gegevensbeheer of exploitatie* können aufgrund der Natur der *lastgevingsovereenkomst* jedoch nur solche Schuldverhältnisse fallen, die auf eine direkte oder mittelbare Stellvertretung gerichtet sind.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Zur Wirkung der *last met privatieve werking*: Kapitel 7 B.II.

<sup>113</sup> Zur grundrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz: Kapitel 3 A.

<sup>114</sup> *Schmidt-Kessel*, in: Digital Revolution - New Challenges for Law, 77 (79 f.); *Determann*, ZD 2018, 503 (505).

<sup>115</sup> Zur Unzulässigkeit einer Generalvollmacht zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen: Kapitel 11 C.I.

<sup>116</sup> Zum Vertragstyp der *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

## C. Zusammenfassung der Überlegungen zum Begriff der Datentreuhand und ihrem niederländischen Äquivalent

Die Überlegungen zum Begriff einer Datentreuhand zur Erfassung der Verwaltung personenbezogener Daten zum Zwecke ihrer gewinnorientierten Verwertung haben ergeben, dass der Terminus aus einer deutschen Perspektive *de lege lata* verwendet werden kann.<sup>117</sup> In den Niederlanden sollte der Begriff der Treuhand aufgrund des *fiduciaverbod* nicht verwendet werden. Dennoch lassen sich die unter den deutschen Terminus der Datentreuhand fallenden Konstruktionen teilweise mittels des Vertragstyps der *lastgevingsovereenkomst*, die mit fiduziarischem Charakter ausgestaltet werden kann, abbilden. Faktisch liegt auch hier eine Datentreuhand vor. Speziell für die Verwertung personenbezogener Daten kann die Bezeichnung *last tot gegevensbeheer of exploitatie* verwendet werden.

Die Datentreuhand und die *last tot gegevensbeheer of exploitatie* können inhaltlich vergleichbare Sachverhalte abbilden. In beiden Rechtsordnungen bildet die Grenze der zulässigen Rechteeinräumung das Datenschutzrecht, genau genommen, die Bestimmtheit der Einwilligung. Die strengen Anforderungen an die Einwilligung haben zur Folge, dass ebenso strenge Vorgaben für die Bevollmächtigung eines Dritten zur Erteilung derselben gelten. Das Datenschutzrecht wirkt insoweit beschränkend, als dass einem Datentreuhänder bzw. *lasthebber* „nur“ solche Befugnisse eingeräumt werden können, die mit der im deutschen Recht anerkannten Ermächtigungstreuhand vergleichbar sind. Im Rahmen einer faktischen Datentreuhand kann der Datentreuhänder/ *lasthebber* also nur zur Vornahme spezifischer Datenverarbeitungen bevollmächtigt werden, die Erteilung einer Generalvollmacht oder eine Übertragung der Daten an den faktischen Datentreuhänder ist nicht möglich. Ebenso wenig ist eine Bevollmächtigung mit ausschließender, sogenannter *privatieve werking* möglich. Eine solche ausschließliche Rechteeinräumung, die im niederländischen Recht im Zusammenhang mit der *lastgevingsovereenkomst* vorgesehen ist, würde den *lastgever*, also die betroffene Person, von der Wahrnehmung ihrer datenschutzrechtlichen Rechte ausschließen. Im Zusammenhang mit der Verwertung von

---

<sup>117</sup> S. ausführlich hierzu das Zwischenergebnis: Kapitel 12 A.IV.

Daten ist eine *lastgeving met privatieve werking* deshalb datenschutzrechtlich unzulässig und nicht konstruierbar.

Die Bevollmächtigung des Datentreuhänders bzw. *lasthebbers* kann ausgehend von ihrer Wirkung mit der Erteilung einer Verfügungsbefugnis gleichgesetzt werden. Eine dingliche Verfügung verleiht dem Verfügungsbefugten die Macht, auf die sachenrechtliche bzw. *goederenrechtelijke* Lage Einfluss zu nehmen. Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist das privatautonome Instrument zu Verfügungen über Daten – eine Bevollmächtigung hierzu versetzt eine dritte Person in die Position, die datenschutzrechtliche Lage wirksam verändern zu können. Die Wirkungen einer datenschutzrechtlichen Bevollmächtigung und einer schuldrechtlichen Vollmacht bzw. *volmacht* sind nicht die gleichen.

Unabhängig von dem Einräumen einer datenschutzrechtlichen Macht mittels einer Bevollmächtigung wird im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis bereits aufgrund der Offenlegung personenbezogener Daten eine Treuandsituation geschaffen. Die Offenlegung von Daten bedingt eine faktische „Einwirkungsmacht“ auf die Interessensphäre der betroffenen Person, die mit der Gefahr irreversibler Grundrechtseingriffe einhergeht.

Das in den Niederlanden geltende *fiduciaverbod* wirkt sich nicht einschränkend auf die Funktion des faktischen Datentreuhänders respektive *lasthebbers* aus – obwohl man das ausgehend von der Bezeichnung hätte erwarten können. Der Anwendungsbereich der *lastgeving tot gegevensbeheer of exploitatie* ist jedoch enger als der der Datentreuhand. Die *lastgevingsovereenkomst* umfasst bereits von ihrem Anwendungsbereich her nur solche Schuldverhältnisse, die eine fiduziarische Rechtswahrnehmung im Wege der direkten oder mittelbaren Vertretung umfassen. Der deutsche Begriff der Datentreuhand umfasst hingegen sämtliche Schuldverhältnisse, die, unabhängig von der Einräumung vertretungsrechtlicher Befugnisse, mit einer tatsächlichen Einwirkungsmacht auf die Interessensphäre des Treugebers einhergehen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Datentreuhand in Deutschland eine neben den gesetzlichen Vertragstypen bestehende Kategorie beschreibt, die den Inhalt eines Schuldverhältnisses konkretisiert. Sie wirkt sich nicht auf den

gesetzlichen Vertragstyp aus. Vielmehr können sämtliche Vertragstypen, die die herausgearbeiteten Eigenschaften der Datentreuhand aufweisen, als solche bezeichnet werden. In den Niederlanden ist die Bildung eines solchen Treuhandbegriffs schwierig. Zur Abbildung fiduziarischer Rechtsverhältnisse dient hier vor allem die *lastgevingsovereenkomst*. Sie kann so ausgestaltet werden, dass faktisch gesehen ein Treuhandverhältnis vorliegt – auch wenn eine Bezeichnung als solche aufgrund des *fiduciaverbod* unangebracht scheint. Sonstige, nicht durch den Vertragstyp der *lastgevingsovereenkomst* abbildbare Verhältnisse, die aufgrund ihres Treuhandcharakters aus deutscher Sicht als Datentreuhand bezeichnet werden können, sind im niederländischen Recht durch andere Vertragstypen abbildbar. Die niederländische Rechtsordnung sieht ebenso wie die deutsche keinen Typenzwang vor, sodass eine Ausgestaltung, die nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, zulässig ist. Dass fiduziarische Rechtsverhältnisse über die Verwertung von Daten gerade nicht gegen das *fiduciaverbod* verstoßen, hat die Untersuchung gezeigt. Kann ein in Deutschland als Datentreuhand qualifiziertes Rechtsverhältnis nicht mittels einer *lastgevingsovereenkomst* abgebildet werden, kann gegebenenfalls ein anderes Rechtsverhältnis schuldrechtlich fiduziarisch ausgestaltet werden.

## D. Einordnung der Verwertungsmodelle unter die erarbeiteten Begrifflichkeiten

Die Nutzung der Datenverwertungsmodelle setzt eine Offenlegung von personenbezogenen Daten der Datensubjekte gegenüber den Datenverwertern voraus. Letztere werden erst nach einer Registrierung auf dem digitalen Marktplatz und einer Verknüpfung der Daten aus sozialen Netzwerken zur Profilerstellung tätig.<sup>118</sup> Dadurch, dass die Datensubjekte gegenüber den Datenverwertern ihre personenbezogenen Daten offenlegen, ermöglichen sie diesen den Zugriff auf ihre Interessensphäre. Die Offenlegung personenbezogener Daten räumt den Datenverwertern eine Einwirkungsmacht ein.<sup>119</sup> Die folgenden Ausführungen untersuchen modellabhängig, ob die Datenverwerter eine Einwirkungsmacht „nur“ aufgrund der Offenlegung der Daten erhalten,

---

<sup>118</sup> Zu den Leistungsbeschreibungen: Kapitel 8.

<sup>119</sup> Kapitel 12. A.III.2.

oder ob ihnen weitreichende datenschutzrechtliche Befugnisse übertragen werden.

Im Zusammenhang mit den Überlegungen zum Begriff einer Datentreuhand wurde bereits herausgearbeitet, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Daten-subjekten und *Dime* einen mit der Ermächtigungstreuhand vergleichbaren Charakter aufweist. Es wurde ein Gleichlauf zwischen datenschutzrechtlichem Können und schuldrechtlichem Dürfen festgestellt. Das datenschutzrechtliche Können wird *Dime* durch eine Vollmacht zur Erteilung von Einwilligungen in bestimmte Datenverarbeitungen eingeräumt.<sup>120</sup> Überlegungen zum Umfang der datenschutzrechtlichen Befugnisse von *Data Fairplay* und *Datacoup* wurden bereits im Rahmen der datenschutzrechtlichen Abbildung angestellt.<sup>121</sup> *Data Fairplay* benötigt keine datenschutzrechtlichen Befugnisse, sondern kann die spezifischen datenschutzrechtlichen Einwilligungen der Datensubjekte als Bote überbringen.<sup>122</sup> *Datacoup* wird als Zwischenhändler tätig und kauft die Daten selbstständig auf. Um den „Ankauf“ vorzubereiten, anonymisiert und bereitet es die Daten auf, um sie gesammelt zu kaufen und gegebenenfalls im Anschluss weiterzuverkaufen. Für derartige Weiterverkäufe benötigt *Datacoup* mangels Personenbezug der anonymisierten Daten keine datenschutzrechtliche Rechtfertigung. Deshalb erhält *Datacoup* auch keine datenschutzrechtlichen Befugnisse zum Abschluss von Ausführungsverträgen.<sup>123</sup> Sowohl *Data Fairplay* als auch *Datacoup* wird folglich keine über die Offenlegung der Daten hinausgehende datenschutzrechtliche Macht eingeräumt. Die Offenlegung der Daten allein genügt jedoch, damit den Datenverwertern eine Einwirkungsmacht zuteil wird. Die Einwirkungsmacht bedingt eine besondere Vertrauenssituation, die mit grundrechtlichen Risiken der Datensubjekte einhergeht.<sup>124</sup> Schon allein deshalb ist das Vertragsverhältnis in besonderem Maße durch die Pflicht zur Interessenwahrnehmung geprägt.

---

<sup>120</sup> S. hierzu: Kapitel 12 A.II.1.

<sup>121</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung: Kapitel 11 C.II.

<sup>122</sup> S. Kapitel 11 C.II.

<sup>123</sup> S. Kapitel 11 B.II.

<sup>124</sup> Zur Einwirkungsmacht durch Offenlegung: Kapitel 12 B.III.2.

Demnach trifft alle Datenverwerter aufgrund der besonderen Vertrauenssituation eine ausgeprägte Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte. *Dime* erhält datenschutzrechtliche Befugnisse mittels einer Vollmacht eingeräumt. Abgesehen davon sieht die Nutzung aller drei Verwertungsmodelle vor, dass die Datensubjekte den Verwertern ihre Daten anvertrauen. Hierdurch ermöglichen sie ihnen den Zugriff auf ihre Interessensphäre. Diesem Umstand kommt besondere Bedeutung zu, da es sich bei personenbezogenen Daten nicht um gewöhnliche Vermögensgegenstände handelt, sondern um Informationen, die verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Somit haben alle drei Verwerter, unabhängig von der Einräumung einer datenschutzrechtlichen Macht, eine tatsächliche Einwirkungsmacht auf die datenschutzrechtliche Lage. Diese führt dazu, dass nach deutschem Recht alle Verträge als Datentreuhand zu bezeichnen sind. Da die Interessen der Datensubjekte im Vordergrund stehen, handelt es sich um eine fremdnützige Verwaltungstreuhand.

Unter das niederländische fiduziarische Verhältnis der *last tot gegevensbeheer of exploitatie* können nur solche Verträge gefasst werden, die den *lasthebber* zu einer fiduziarischer Rechtswahrnehmung im Wege der direkten oder mittelbaren Vertretung verpflichten. Von den untersuchten Verwertungsmodellen trifft diese Vorgabe nur auf *Dime* zu, da *Dime* mittelbar stellvertretend tätig wird.<sup>125</sup> Die Modelle *Data Fairplay* und *Datacoup* werden im Wege der *bemiddelingsovereenkomst* abgebildet.<sup>126</sup> Aufgrund der Vertragsfreiheit kann diese so ausgestaltet werden, dass sie neben den typischen Eigenschaften explizit eine Pflicht zur Interessenwahrnehmung beinhaltet und sie damit fiduziarisch ausgestaltet wird. Vertragsgegenstand der *last tot gegevensbeheer of exploitatie* und der *bemiddelingsovereenkomst* ist in allen Verhältnissen eine *opdracht tot belangenbehartiging*,<sup>127</sup> also ein Auftrag, der besonders auf die Interessenwahrnehmung ausgerichtet ist.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>126</sup> Kapitel 10 E.II.3. und E.III.4.

<sup>127</sup> Zum Vertragsgegenstand einer *opdracht tot belangenbehartiging*: Kapitel 5 B.

<sup>128</sup> Die Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* sind nur ergänzend anwendbar, weil die Vertragsverhältnisse die besonderen Eigenschaften der *lastgeving* und *bemiddeling* aufweisen.



## Kapitel 13

# Ergebnis der Einordnung: Datenverwertungsverhältnisse als faktische Datentreuhandverhältnisse

Aus den Leistungsbeschreibungen der Datenverwertungsmodelle *Dime*, *Data Fairplay* und *Datacoup* wurden die Pflichten zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes sowie die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte abgeleitet. Da die Bereitstellung der technischen Infrastruktur im Rahmen der Marktplatzbereitstellung nur ein nötiger Zwischenschritt zur Erfüllung der beworbenen Dienste ist, ist die Interessenwahrnehmungspflicht als prägendes Leistungselement anzusehen. Sie umfasst bei *Dime* und *Data Fairplay* die Gewährleistung von Kontrolle. Kontrolle bedeutet, dass die Datenverwerter dafür Sorge tragen, dass nur solche Daten verwertet werden, für die das Datensubjekt auch seine Zustimmung erteilt hat und die im Rahmen der von den Datensubjekten vorgegebenen Bedingungen liegen. Die Interessenwahrnehmungspflicht verpflichtet alle Datenverwerter zur Unterstützung der Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten. Welche konkreten Tätigkeiten hierunter fallen, variiert von Modell zu Modell und hängt auch mit der konkreten Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen im Drei-Personen-Verhältnis zusammen. Die Untersuchung, die unter Bezug auf aus der *Uber*-Rechtsprechung entwickelten Einordnungskriterien erfolgte, ergibt, dass *Dime* als mittelbarer Stellvertreter fungiert, *Data Fairplay* die Funktion eines Vermittlers einnimmt und *Datacoup* als Zwischenhändler auftritt. *Dime* und *Data Fairplay* versprechen überdies einen bestimmten Qualitätsstandard, den Standard der Fairness. Dieser intensiviert die im Rahmen der Interessenwahrnehmungspflicht bestehenden Pflichten der Datenverwerter. Konkrete Auswirkungen hat der Qualitätsstandard auf die Gegenleistung der Ausführungsverträge. Das Fairnessversprechen von *Data Fairplay* verpflichtet das Unternehmen dazu, nur solche Angebote an die Datensubjekte weiterzuleiten, die auch eine Gegenleistung für die Datennutzung vorsehen. Für *Dime* gilt die gleiche Vorgabe, ergänzt durch die Pflicht, die Datensubjekte in einem *fairen* Ausmaß an der Gegenleistung zu beteiligen.

Der grundrechtliche Schutz der Verwertungsgegenstände, der personenbezogenen Daten, bringt eine besondere Vertrauensstellung der Datenverwerter hervor. Die Unternehmen *Dime* und *Data Fairplay* betonen diese Stellung explizit in ihrer Leistungsbeschreibung durch das Kontrollversprechen. Doch selbst ohne eine solche Leistungsbeschreibung zeigt eine Analyse der Verwertungsmodelle, dass den Datenverwertern zumindest faktisch eine datenschutzrechtliche Einwirkungsmöglichkeit zukommt. Diese Einwirkungsmöglichkeit resultiert aus der Offenlegung der personenbezogenen Daten und der damit verbundenen Gefahr irreversibler Grundrechtseingriffe. *Dime* erhält sogar eine rechtliche Befugnis zur Einwirkung auf die datenschutzrechtliche Lage. Die faktische Einwirkungsmacht wird durch den dauerhaften Charakter des Rahmenvertrags intensiviert. Diese Einwirkungsmöglichkeiten – egal ob rechtlicher oder tatsächlicher Natur – bedingen eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Vertrauensstellung der Datenverwerter, weshalb angelehnt an den im Zuge der Analyse entwickelten deutschen Terminus einer Datentreuhand sämtliche Modelle als solche einzuordnen sind. Die Treuhand ist stets fremdnütziger Natur. Für das niederländische Recht ist ein solcher Begriff aufgrund des *fiduciaverbod* unpassend. Hier wird die besondere Vertrauenssituation über eine entsprechende fiduziarische Ausgestaltung des jeweils einschlägigen Vertragstyps wiedergegeben. Die Datenverwertungsverhältnisse sind demnach als faktische Datentreuhandverhältnisse einzuordnen.

Vertragsrechtlich lassen sich die Datenverwertungsmodelle wie folgt einordnen: Der Rahmenvertrag zwischen den Datensubjekten und *Dime* unterliegt deutschem Kommissionsrecht und der niederländischen *lastgevingsovereenkomst*. *Data Fairplay* wird vermittelnd tätig und unterliegt dem Regelungsregime der niederländischen *bemiddelingsovereenkomst*. Aufgrund der Unentgeltlichkeit findet in Deutschland nicht das Maklerrecht, sondern das Auftragsrecht Anwendung. Auch der Datenverwerter *Datacoup* unterliegt dem deutschen Auftragsrecht mit dem Vertragsinhalt die Daten so aufzubereiten, dass ein geeigneter Vertragspartner oder gar das Unternehmen selbst einen Ausführungsvertrag abschließt. Faktisch ist *Datacoup* aufgrund seines beherrschenden Einflusses durchgehend selbst als Vertragspartei der Ausführungsverträge anzusehen. Aus niederländischer Sicht wird *Datacoup* als *bemiddelaar* tätig, der selbst in den Ausführungsvertrag eintritt. Obwohl der Selbsteintritt von *Datacoup* nach den niederländischen Vorschriften unzulässig ist, sind die Ausführungsverträge

wirksam. Für die exemplarisch untersuchten Datenverwerter gelten die deutschen auftragsrechtlichen Interessenwahrnehmungsvorschriften. Sie sind entweder direkt anwendbar oder, wie bei der Kommission, ergänzend über das Geschäftsbesorgungsrecht. Nach niederländischem Recht gelten die Interessenwahrungspflichten der *overeenkomst van opdracht*, welche durch die besonderen Vorschriften zur *lastgevingsovereenkomst* und zur *bemiddelingsovereenkomst* konkretisiert oder erweitert werden. Die interessenwahrenden Vorschriften werden in Teil 4 einer ausführlichen Erörterung zugeführt.

Datenschutzrechtlich werden die zur Ausführung der vertraglichen Pflichten erforderlichen Datenverarbeitungen mittels des Erlaubnistatbestands des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO abgebildet. Sind besondere Kategorien personenbezogener Daten von der Verarbeitung betroffen, ist für die Verarbeitung dergleichen eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich. Eine Einwilligung ist auch das erforderliche Instrument zur Herstellung datenschutzrechtlicher Zulässigkeit im Zusammenhang mit den Ausführungsverträgen. Die datenschutzrechtliche Einwilligung der Datensubjekte kann *Data Fairplay* im Rahmen einer Botschaft überbringen. *Dime* sollte zur Erteilung konkreter Einwilligungen bevollmächtigt werden. *Datacoup* benötigt aufgrund der Anonymisierung der Daten keine weiteren Rechtsgrundlagen. Insgesamt wurde festgestellt, dass die datenschutzrechtliche Abbildung des jeweiligen Vertragsverhältnisses stark mit der schuldrechtlichen Ausgestaltung zusammenhängt.



## Teil 4

### Interessenkonflikte und deren Vermeidung – Konkretisierung der Pflichten eines fremdnützigen Datenverwerterers

Die vorangehende Untersuchung hat gezeigt, dass fremdnützige Datenverwertungsverhältnisse faktische Treuhandverhältnisse sind, die maßgebend durch die Pflicht zur Interessenwahrnehmung geprägt sind.<sup>1</sup> Aufgrund der bei der Interessenwahrnehmung stattfindenden „Überlagerung“ der Interessensphären der Parteien, birgt sie regelmäßig das Risiko von Interessenkonflikten.<sup>2</sup> Die deutsche und die niederländische Rechtsordnung begegnen dem Konfliktpotential mit Regelungen, die die Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn sicherstellen sollen. Kapitel 14 zeigt mit Bezügen zum Datenverwertungsverhältnis auf, welche Arten von Interessenkonflikten entstehen können (Abschnitt A.), welche interessenwahrenden Vorschriften in Deutschland und den Niederlanden existieren (Abschnitt B.) und welche Rechtsfolgen bei Verstößen drohen (Abschnitt C.). Sodann werden Wechselwirkungen mit dem Datenschutzrecht untersucht. Dabei wird unter anderem die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit schuldrechtliche Interessenkonfliktregeln auch datenschutzrechtlichen Schranken unterliegen (Abschnitt D.).

Die Pflichten eines Interessenwahrers nach deutschem und niederländischem Recht werden in Kapitel 15 vertieft.<sup>3</sup> Hier werden die Pflicht zur Interessenwahrnehmung (Abschnitt A.), die ausführende Person interessenwahrnehmender Tätigkeiten (Abschnitt B.), die Weisungsgebundenheit des Interessenwahrers (Abschnitt C.), Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten (Abschnitt D.) sowie die Herausgabepflicht des Interessenwahrers (Abschnitt E.) beleuchtet.

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Teil 3.

<sup>2</sup> Kapitel 5.

<sup>3</sup> Zu Pflichten eines Datentreuhänders s. auch: *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 285 ff.

Die Kapitel 16 und 17 setzen sich detailliert mit einem Selbstkontrahieren des Interessenwahrers sowie einem Tätigwerden für mehrere Geschäftsherrn auseinander. Die Darstellungen in den Kapiteln 15, 16 und 17 erfolgen zunächst getrennt für das deutsche und das niederländische Recht. Die Ergebnisse werden sodann einer rechtsvergleichenden Betrachtung zugeführt und auf die untersuchten Datenverwertungsmodelle angewendet. Teil 3 hat bereits gezeigt, dass das Schuldrecht und das Datenschutzrecht in der Situation der Datenverwertungsmodelle nicht isoliert voneinander betrachtet werden können. Die erörterten Interessenwahrnehmungsvorschriften werden daher auch daraufhin untersucht, ob das Datenschutzrecht zum Schuldrecht korrespondierende Vorschriften vorsieht und ob und gegebenenfalls wie sich die datenschutzrechtliche und die schuldrechtliche Lage beeinflussen.

## Kapitel 14

# Interessenkonflikte – Systematisierung, Regelungsstruktur und Rechtsfolgen

Interessenkonflikte können in den unterschiedlichsten Ausprägungen auftreten. Sie lassen sich anhand verschiedener Kriterien systematisieren (Abschnitt A.). Diese Systematik hilft, die Regelungsstruktur von Vorschriften, die die Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn sicherstellen sollen, zu verstehen (Abschnitt B.). in Abschnitt C. werden die an die Verletzung dieser Vorschriften geknüpften Rechtsfolgen vorgestellt. Auch das Datenschutzrecht bildet Interessenkonflikte ab. Die Wechselwirkungen zwischen Schuld- und Datenschutzrecht, bezogen auf den Umgang mit Interessenkonflikten, werden in Abschnitt D. untersucht.

### A. Systematisierung von Interessenkonflikten mit Bezügen zum Datenverwertungsverhältnis

Interessenkonflikte lassen sich nach *Kumpan* anhand unterschiedlicher Merkmale systematisieren. Als Anknüpfungspunkte für eine Differenzierung zieht er die kollidierenden Interessen, die Dauer und die Ursache von Konflikten, sowie eine Einteilung danach, ob sie abstrakt oder konkret vorliegen, heran.<sup>1</sup> Eine Unterscheidung nach den kollidierenden Interessen gibt einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Konfliktarten und stimmt mit den gesetzlichen Anknüpfungspunkten der Konfliktlösungsregeln<sup>2</sup> überein. Daher werden die im Interessenwahrnehmungsverhältnis potenziell auftretenden Konflikte nach dieser Einteilung dargestellt. Demnach können insbesondere Eigen-

---

<sup>1</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 37.

<sup>2</sup> Sowohl das dt. als auch das nl. Recht unterscheiden – wenn überhaupt Konfliktlösungsregelungen vorliegen – nach der Art der konfligierenden Interessen, s. hierzu sogleich in diesem Abschnitt.

mit Fremdinteressen und Fremd- mit Fremdinteressen kollidieren. Fremdinteressen können sich auf derselben und auf verschiedenen Marktseiten gegenüberstehen.

Die Kollision von Eigen- mit Fremdinteressen wird auch als Interessenkollision im engen Sinne bezeichnet. Eine Interessenkollision im engen Sinne liegt vor, wenn der Interessenwahrer ein eigenes Interesse hat, das im Konflikt mit dem ihm anvertrauten Interesse steht. Da der Interessenwahrer aus dem Interessenwahrungsverhältnis regelmäßig zur Wahrung der Interessen seines Auftraggebers verpflichtet ist, kollidieren in diesem Fall seine Interessen mit seinen Pflichten.<sup>3</sup> Eine Interessenkollision im engen Sinne kann im Datenverwertungsverhältnis in vielerlei Erscheinungsformen auftreten. Zum einen könnten die Datenverwerter dazu verleitet sein, die ihnen offengelegten Daten im eigenen Interesse zu verwerten. Das Unternehmen *Dime*, das durch eine Gewinnbeteiligung von sämtlichen erfolgreichen Verwertungen profitiert,<sup>4</sup> könnte versucht sein, auch dann Ausführungsverträge abzuschließen, wenn diese nicht im Interesse der Datensubjekte liegen, um selbst einen höheren Verdienst zu generieren. Den Datenverwerter *Datacoup*, der die Daten aufbereitet, bewertet und anschließend selbst „kauft“,<sup>5</sup> könnte die Möglichkeit verlocken, den Preis für die Daten zu niedrig anzusetzen, um selbst eine höhere Gewinnspanne zu verwirklichen.

Stehen sich fremde Interessen gegenüber, wird von einer Pflichtenkollision gesprochen. Eine Pflichtenkollision liegt vor, wenn der Interessenwahrer parallel für zwei oder mehrere Auftraggeber, deren Interessen miteinander konfliktieren, tätig wird. Um seiner Pflicht nachzukommen, müsste der Interessenwahrer „gegenläufige Handlungen“<sup>6</sup> vornehmen, welche dem Interesse eines der Geschäftsherrn dienen, jedoch gleichzeitig dem Interesse eines anderen Geschäftsherrn zuwiderlaufen.<sup>7</sup> Bezogen auf das Datenverwertungsverhältnis bedeuten

---

<sup>3</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 38.

<sup>4</sup> Zur Leistungsbeschreibung von *Dime*: Kapitel 8 A; zur vertraglichen Einordnung von *Dime*: Kapitel 10 E.I.

<sup>5</sup> Zur Leistungsbeschreibung von *Datacoup*: Kapitel 8 C; zur vertraglichen Einordnung von *Datacoup*: Kapitel 10 E.III.

<sup>6</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 38.

<sup>7</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 38.

gegensätzliche Interessen der Datensubjekte eine Pflichtenkollision für den Datenverwerter. Ein Widerstreit der wahrzunehmenden Interessen könnte aus einer begrenzten Anfrage eines Unternehmens entspringen. Wäre ein Unternehmen etwa an dem Kauf einer bestimmten Anzahl von Daten-sätzen einer spezifizierten Zielgruppe interessiert und fiele eine größere als die nachgefragte Zahl an Datensubjekten in diese Zielgruppe, so würde das Herantragen der Offerte dem Interesse all dieser in die Zielgruppe fallenden Datensubjekte entsprechen. Gleichzeitig widerspräche es aber dem Interesse des einzelnen Datensubjekts, ein Angebot zu erhalten, welches nicht mehr wahrgenommen werden kann, da die nachgefragte Anzahl bereits erreicht wurde. Aus jedem einzelnen Rahmenvertrag erwüchse in diesem Szenario die Pflicht für den Datenverwerter, das jeweilige Datensubjekt als erstes zu informieren, oder bei einem mittelbar stellvertretenden Tätigwerden den Vertrag zuerst für dieses Datensubjekt abzuschließen. Würde der Datenverwerter dieser Pflicht nur einem Datensubjekt gegenüber nachkommen, so würde er dadurch mindestens einem anderen Datensubjekt gegenüber dieselbe Pflicht verletzen. Das Beispiel illustriert die Problematik von Fremdinteressen auf derselben Marktseite. Im „Fall der gleichen Marktseiten“<sup>8</sup> sind die Interessen der Geschäftsherren auf die gleichen Objekte gerichtet, von denen jedoch keine ausreichende Menge verfügbar ist. Eine adäquate Zufriedenstellung aller Auftraggeber ist nicht möglich.<sup>9</sup>

Befinden sich die Auftraggeber auf „unterschiedlichen Marktseiten“<sup>10</sup>, sind ihre Interessen offenkundig gegenläufig. Ein Makler, der sowohl für den Käufer als auch den Verkäufer handelt, sieht sich regelmäßig einer Interessenkollision ausgesetzt.<sup>11</sup> Die Datenverwerter, die die Datensubjekte bei ihren Absatzbemühungen unterstützen, müssen, um dieser Pflicht im versprochenen Umfang nachzukommen, zwangsläufig auch mit den Unternehmen, welche die Daten kaufen, Kontakt aufnehmen oder gar mit ihnen verhandeln. Um im Interesse der Datensubjekte eine hohe Nachfrage zu generieren, gehen sie gegebenenfalls auch längerfristige Beziehungen mit den Käufern ein. Es besteht ein Risiko widerstreitender Interessen.

---

<sup>8</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 39.

<sup>9</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 39 f.

<sup>10</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 39.

<sup>11</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 39.

## B. Regelungsstruktur interessenwahrender Vorschriften

Die deutsche und die niederländische Rechtsordnung begegnen den geschilderten Interessenkonflikten mit teils unabdingbaren Regelungen, die die Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn sicherstellen sollen. Beide Rechtsordnungen verpflichten den Interessenwahrer allgemein zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn.<sup>12</sup> Die allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist in einigen deutschen Interessenwahrnehmungsverhältnissen explizit normiert.<sup>13</sup> Wo dies nicht der Fall ist, lässt sie sich aus dem Gesamtcharakter des Vertragsverhältnisses ableiten.<sup>14</sup> In den Niederlanden macht die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn Teil der *zorgplicht* des *opdrachtnemer* aus.<sup>15</sup> In beiden Rechtsordnungen beinhalten die Interessenwahrnehmungsverhältnisse daneben spezifische, interessenwahrende Regelungen, die ein an dem Interesse des Geschäftsherrn ausgerichtetes Tätigwerden und seine Hoheit über die Ausführung sicherstellen.<sup>16</sup> Die Anknüpfungspunkte beider Länder sind diesbezüglich vergleichbar; Unterschiede bestehen in den Feinheiten der tatsächlichen Ausgestaltung.

Beide Länder sehen das Interessenwahrnehmungsverhältnis als Vertragsbeziehung, die durch das Vertrauen des Geschäftsherrn in den Interessenwahrer geprägt ist. Der Geschäftsherr vertraut dem Interessenwahrer die Ausführung seiner Angelegenheiten an und verlässt sich gegebenenfalls auf dessen Expertise. Die Entscheidung zur Auftragserteilung basiert regelmäßig auf der Person des Auftragnehmers, dem der Geschäftsherr eine ordnungsgemäße Ausführung zutraut. Diesem persönlichen Charakter des Schuldverhältnisses begegnen beide Rechtsordnungen mit einer Vorschrift zur ausführenden Person der Interessenwahrnehmung.<sup>17</sup> Auch wenn der Interessenwahrer aufgrund seiner Sachkunde

<sup>12</sup> Zur allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht: Kapitel 15 A.

<sup>13</sup> Bspw. im Rahmen der Kommission, der Spedition und der Handelsvertretung: §§ 384 Abs. 1 Hs. 2, 454 Abs. 4 Alt. 1, 86 Abs. 1 Hs. 2 HGB.

<sup>14</sup> Zur Interessenwahrnehmungspflicht in Dtl.: Kapitel 15 A.I.

<sup>15</sup> Die *zorgplicht* ist in art. 7:401 BW normiert. Zur Interessenwahrnehmung in den Nl.: Kapitel 15 A.II.

<sup>16</sup> S. Kapitel 15 B.-E.; *Kumpán* differenziert zwischen Regelungen zur Konfliktoffenlegung, zur Konfliktvermeidung und zur Konfliktlösung, *Kumpán*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 229.

<sup>17</sup> Zur ausführenden Person der Interessenwahrnehmung: Kapitel 15 B.

selbstständig tätig wird, räumen beide Rechtsordnungen dem Geschäftsherrn ein Weisungsrecht ein. Da es sich um die Angelegenheiten des Geschäftsherrn handelt, soll dieser selbst über die Art und Mittel der Interessenwahrnehmung entscheiden können.<sup>18</sup> Um von diesem Recht vollumfänglich Gebrauch machen zu können, ist der Interessenwahrer durch Offenlegungspflichten zur Unterrichtung über den Verlauf der Auftragsausführung verpflichtet. Die Pflicht umfasst auch die Mitteilung aufkommender oder bestehender Interessenkonflikte an den Geschäftsherrn.<sup>19</sup> Um im Nachhinein kontrollieren zu können, ob die Interessen ordnungsgemäß wahrgenommen wurden, trifft den Interessenwahrer die Pflicht zur Ablegung von Rechenschaft.<sup>20</sup> Er hat dem Geschäftsherrn außerdem all das, was ihm zur Ausführung der Interessenwahrnehmung überlassen wurde, und all das, was er aus der Ausführung erlangt hat, herauszugeben. Schließlich handelt es sich um eine Angelegenheit des Geschäftsherrn, sodass diesem auch die Vor- und Nachteile aus der Auftragsdurchführung zustehen.<sup>21</sup>

Die deutsche und die niederländische Rechtsordnung sehen außerdem Handlungsbeschränkungen vor, die an konfliktbelastete Situationen anknüpfen. So treffen im Fall des Selbstkontrahierens des Interessenwahrers in seiner Funktion als Vertreter oder Vermittler stets seine eigenen Interessen auf die Interessen des Geschäftsherrn.<sup>22</sup> Bei einer Tätigkeit für nicht nur einen Geschäftsherrn könnte der Interessenwahrer in die Situation kommen, dass die Interessen der Geschäftsherrn miteinander kollidieren.<sup>23</sup> Das deutsche Recht sieht hier striktere, abstraktere Verbote als das niederländische Recht vor, welches nur dann eine Handlungsbeschränkung anordnet, wenn ein Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>24</sup>

---

<sup>18</sup> Zum Weisungsrecht: Kapitel 15 C.

<sup>19</sup> Zu Offenlegungspflichten während des Interessenwahrnehmungsverhältnisses: Kapitel 15 D.I.; *Kumpan* bezeichnet die Offenlegungspflichten als „Kern der Interessenwahrungspflicht“, *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 245.

<sup>20</sup> Zur Rechenschaftspflicht: Kapitel 15 D.II.

<sup>21</sup> Zur Herausgabepflicht: Kapitel 15 E.

<sup>22</sup> Zum Selbstkontrahieren eines Vertreters: Kapitel 16 B.I.II. und B.IV; zum Selbstkontrahieren/ Eigengeschäft eines Vermittlers: Kapitel 17 B.

<sup>23</sup> Zur Mehrfachvertretung: Kapitel 16 B.I. und B.III.; zur Doppeltätigkeit eines Maklers: Kapitel 17 A.

<sup>24</sup> Zum Rechtsvergleich der Vorschriften: Kapitel 16 C., 17 A.III., B.III.

Die vorgestellten Regelungen im Interessenwahrnehmungsverhältnis werden in den folgenden Abschnitten einer vertieften Untersuchung zugeführt.<sup>25</sup> Ausgangspunkt für die deutschen Interessenwahrnehmungsverhältnisse ist das Auftragsrecht, auf das das Geschäftsbesorgungsrecht in großen Teilen Bezug nimmt<sup>26</sup> und das somit auch subsidiär auf speziellere Interessenwahrnehmungsverhältnisse, wie z.B. die Kommission, anwendbar ist.<sup>27</sup> Die auftragsrechtlichen Vorschriften gelten damit direkt oder entsprechend für alle exemplarisch untersuchten Verwertungsmodelle.<sup>28</sup> Die folgende Untersuchung basiert daher auf diesen Vorschriften unter Verweis auf speziellere Regelungen. Die interessenswährenden Verhältnisse in den Niederlanden sind Sonderformen der *overeenkomst van opdracht*, deren Regelungen auch auf die spezielleren Vertragstypen, die *lastgevingsovereenkomst* und die *bemiddelingsovereenkomst*, anwendbar sind, solange diese keine abweichenden Regelungen vorsehen.<sup>29</sup> Die Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* gelten insoweit für die untersuchten Verwertungsmodelle.<sup>30</sup> Fragen des Selbsteintritts und der Mehrfachvertretung richten sich in Deutschland nach § 181 BGB oder spezialgesetzlichen Normen im Handelsrecht. Interessenkollisionen bei der entgeltlichen Vermittlung werden nach Maklerrecht aufgelöst. Im niederländischen Recht sind Vorschriften zu Selbsteintritt und Mehrfachvertretung im Zusammenhang mit der *lastgevingsovereenkomst* verankert,<sup>31</sup> auf die für *bemiddelingsovereenkomst* verwiesen wird.<sup>32</sup>

Für die Auflösung einer Kollision von Fremd- mit Fremdinteressen auf dergleichen Marktseite existieren weder in Deutschland noch in den Niederlanden allgemeine, nicht spezialgesetzliche Normen. Die Auflösung solcher Kollisionen

---

<sup>25</sup> Kapitel 15, 16 und 17.

<sup>26</sup> § 675 BGB; s. zur Anwendbarkeit von Auftragsrecht auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung: Kapitel 5 A.

<sup>27</sup> S. Kapitel 6 C.I.

<sup>28</sup> Kapitel 13.

<sup>29</sup> Zur *overeenkomst van opdracht*, ihren Sonderformen und ihrem Anwendungsbereich: Kapitel 4 B.

<sup>30</sup> Kapitel 13.

<sup>31</sup> Art. 7:416-418 BW.

<sup>32</sup> Art. 7:427 BW.

wird deshalb in dieser allgemeinen rechtsvergleichenden Untersuchung nicht vertieft.<sup>33</sup>

### C. Rechtsfolgen bei Verletzung interessenwahrender Pflichten

Bei der Verletzung einer interessenwahrenden Pflicht gelten sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften für vertragliche Pflichtverletzungen.<sup>34</sup> So können in Deutschland insbesondere die allgemeinen Regelungen der §§ 280 ff. BGB herangezogen werden um Schadensersatzforderungen geltend zu machen.<sup>35</sup> In den Niederlanden richtet sich der Schadensersatzanspruch nach den art. 6:74 e.v. BW.<sup>36</sup> Ferner kann die pflichtwidrige Lösung eines Interessenkonflikts dem Vertragsverhältnis die Basis entziehen, sodass nur die Beendigung des Vertragsverhältnisses in Frage kommt.<sup>37</sup> Einige Vertragstypen normieren als Sanktion bestimmter Verstöße gegen die Interessenwahrnehmungspflicht die Verwirkung der Vergütung.<sup>38</sup>

Die Vertragsbeendigung von Interessenwahrnehmungsverhältnissen nach der deutschen Rechtsordnung erfolgt überwiegend durch einen Widerruf oder eine Kündigung. § 671 Abs. 1 BGB gewährt dem Auftraggeber ein jederzeitiges Widerrufsrecht; dem Beauftragten ein jederzeitiges Kündigungsrecht.<sup>39</sup> Eine Kündigung durch den Beauftragten ist nach § 671 Abs. 2 BGB insoweit eingeschränkt, als dass sie nur so erfolgen darf, dass der Geschäftsherr für die Geschäftsbesorgung anderweitig Fürsorge treffen kann.<sup>40</sup> Den Beauftragten trifft die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Geschäftsherrn. Eine Missachtung der

---

<sup>33</sup> Vgl. vertiefend für das dt. Recht: *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 345 ff.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 459 ff.

<sup>34</sup> Für Dtl.: *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 580; für die Nl.: *Sieburgh*, Asser 6-I, nr. 322; *Jong*, in: *Verbintenissenrecht algemeen*, 103 (nr. 128).

<sup>35</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 580.

<sup>36</sup> Art. 6:95 e.v.; *Sieburgh*, Asser 6-I, nr. 322, 380 e.v.

<sup>37</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 584 ff.

<sup>38</sup> § 654 BGB, art. 7:416 lid 4, 417 lid 3, 427 BW; s. zu diesen Vorschriften: Kapitel 16 B.III., B.IV. und Kapitel 17 A.I., A.II. und B.II.

<sup>39</sup> § 671 Abs. 1 BGB; *Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, BGB § 671, Rdnr. 1.

<sup>40</sup> § 671 Abs. 2 BGB; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 570.

Rücksichtnahmepflicht wird mit einer Pflicht zum Schadenersatz sanktioniert.<sup>41</sup> Für Geschäftsbesorgungsverträge gilt Dienst- oder Werkvertragsrecht, solange nicht, wie etwa beim Handelsvertreter,<sup>42</sup> spezielle Kündigungsfristen normiert sind.<sup>43</sup> Interessenwahrnehmungsverhältnisse mit dienstvertraglichem Charakter können gemäß § 627 Abs. 1 BGB ohne Einhaltung einer Frist von beiden Seiten gekündigt werden.<sup>44</sup> Das Kündigungsrecht des Verpflichteten wird wie beim Auftragsrecht durch eine Rücksichtnahmepflicht eingeschränkt.<sup>45</sup> Die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung wird durch die besondere Vertrauensstellung des Dienstleiters begründet.<sup>46</sup> Eine umgehende Vertragsbeendigung von Dauerschuldverhältnissen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 627 BGB kann nur mittels einer außerordentlichen fristlosen Kündigung bewirkt werden, zu der nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes berechtigt.<sup>47</sup> Ein solcher wichtiger Grund kann in einem „erheblichen und dauerhaften Interessenkonflikt“ des Interessenwahrers, wie etwa einem Vertrauensverlust, liegen.<sup>48</sup> Die Vertragsbeendigung als Folge einer bereits erfolgten Pflichtverletzung ist von der präventiven Beendigung zur Verhinderung eines sich anbahnenden

---

<sup>41</sup> Vgl. § 671 Abs. 2 S. 2 BGB; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 671, Rdnr. 18.

<sup>42</sup> Zu Kündigungsfristen beim Handelsvertretervertrag: § 89 HGB.

<sup>43</sup> S. *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 25; vgl. auch den Wortlaut von § 675 BGB, der nicht auf § 671 BGB verweist; a.A.: *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 558 f.

<sup>44</sup> § 627 Abs. 1 BGB; *Hensler*, in: MüKo-BGB, BGB § 627, Rdnr. 9.

<sup>45</sup> § 672 Abs. 2 BGB; *Hensler*, in: MüKo-BGB, BGB § 627, Rdnr. 33.

<sup>46</sup> *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 559; *Hensler*, in: MüKo-BGB, BGB § 627, Rdnr. 2; *Plum*, in: BeckOK-BGB, BGB § 627, Rdnr. 1.

<sup>47</sup> Allg. für Dauerschuldverhältnisse: § 314 Abs. 1 BGB; speziell für den Handelsvertreter: § 89 HGB; s. *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 559; *Löhnig*, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, 477 f.

<sup>48</sup> *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 559; *Löhnig*, *Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, 478; vgl. hierzu BGH, Urteil vom 02. September 1999 – VII ZR 225/98 (München), NJW 2000, 202; BGH, Urteil vom 17. Januar 2001 – VIII ZR 186/99 (Dresden), NJW-RR 2001, 677. Zur Problematik, wenn der wichtige Grund aus der Sphäre des Interessenwahrers stammt und ihn gleichzeitig zur Beendigung berechtigt, s. *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 573 f.

Interessenkonflikts zu unterscheiden.<sup>49</sup> Liegt eine besonders schwerwiegende Situation vor, kann sich das „Beendigungsrecht des Interessenwahrers zu einer Beendigungspflicht verdichten“.<sup>50</sup>

Auch der *opdrachtgever* (Auftraggeber) kann die *overeenkomst van opdracht* jederzeit *opzeggen* (kündigen), art. 7:408 lid 1 BW. Dies gilt sowohl für befristete als auch für unbefristete Vertragsverhältnisse. Für den Verbraucher-*opdrachtgever* ist die Vorschrift zwingend, art. 7:413 lid 2 BW. Eine natürliche Person, die in ihrer Eigenschaft als Verbraucher die *opdracht* erteilt, muss nicht für den aus einer *opzegging* (Kündigung) resultierenden Schaden aufkommen, art. 7:408 lid 3 BW. Sie hat aber gemäß art. 7:406 BW die für die Ausführung der *opdracht* anfallenden Kosten zu tragen.<sup>51</sup> Ein *opdrachtnemer* (Auftraggeber), der unternehmerisch tätig ist, kann die *overeenkomst van opdracht* stets aus wichtigem Grund (*gewichtige redenen*) *opzeggen*, art. 7:408 lid 2 BW.<sup>52</sup> Wie schon für das deutsche Recht, zählt als wichtiger Grund auch im niederländischen Recht der Vertrauensverlust in den *opdrachtgever*.<sup>53</sup> Neben dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund hat der unternehmerische *opdrachtnemer* bei unbefristeten Verträgen ein allgemeines Kündigungsrecht. Bei befristeten Verträgen oder solchen Verträgen, die durch Erfüllung enden, kann er nur bei Vorliegen wichtiger Gründe kündigen.<sup>54</sup> Für einen *opdrachtnemer*, der in seiner Eigenschaft als Verbraucher auftritt, enthält art. 7:408 BW keine Regelung. Es wird davon ausgegangen, dass dieser jederzeit kündigen kann, vertraglich aber eine andere Vereinbarung möglich, die Norm also abdingbar ist.<sup>55</sup>

Im Zusammenhang mit einem möglichen Anspruch auf Schadenersatz muss für das deutsche Recht danach unterschieden werden, ob der Interessenwahrer die Erfüllung der Pflichtverletzung nachholen kann. Ist dies nicht möglich, weil bei-

---

<sup>49</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 584 f.

<sup>50</sup> Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 574.

<sup>51</sup> Ernes, in: Bijzondere overeenkomsten, 229 (nr. 249).

<sup>52</sup> Ernes, in: Bijzondere overeenkomsten, 229 (nr. 250).

<sup>53</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 52.

<sup>54</sup> Ernes, in: Bijzondere overeenkomsten, 229 (nr. 250).

<sup>55</sup> Ernes, in: Bijzondere overeenkomsten, 229 (nr. 250); Tjong Tjin Tai, Asser 7-IV, nr. 167. S. ausführlich zur Regelungsstruktur des art. 7:408 BW: Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 51 ff.

spielsweise eine Geschäftschance verstrichen ist, hat der Geschäftsherr einen Anspruch auf Schadenersatz statt der ganzen Leistung, §§ 280 Abs. 1, 283 BGB.<sup>56</sup> Der Schadenersatz statt der Leistung ist auf das Erfüllungsinteresse, sogenanntes positives Interesse, gerichtet und soll die geschädigte Partei so stellen, wie sie bei einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung stehen würde.<sup>57</sup> Bei einer Nachholmöglichkeit kann der Geschäftsherr den Schaden, den er aufgrund der Verzögerung erlitten hat, geltend machen, §§ 280 Abs. 2, 286 BGB. Wird die Pflicht nicht wie geschuldet nachgeholt, kann er Schadenersatz statt der Leistung fordern, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB. Die hierfür grundsätzlich erforderliche Frist ist wegen besonderer Umstände gemäß § 281 Abs. 2 Fall 2 BGB entbehrlich.<sup>58</sup> Daneben schützt § 280 Abs. 1 BGB das Integritätsinteresse des Gläubigers.<sup>59</sup>

Auch das niederländische Recht unterscheidet zwischen verschiedenen Arten des Schadenersatzes, der sogenannten *vervangende schadevergoeding* und der *aanvullende* oder *bijkomende schadevergoeding*.<sup>60</sup> Der Schuldner ist zur *aanvullende schadevergoeding* verpflichtet, wenn die Leistung zu spät oder mangelhaft erbracht wird. Der Gläubiger kann in diesem Fall neben der Leistungserbringung auch Schadensersatz aufgrund der Verzögerung (*vertragingsschade*) verlangen. Bleibt die geschuldete Leistung aus, kann sich der Gläubiger im Rahmen der *vervangende schadevergoeding* den Schaden ersetzen lassen, den er durch das Ausbleiben der Leistung erleidet.<sup>61</sup> Für die konkrete Anspruchsprüfung wird auch hier unterschieden, ob eine Nacherfüllung (*nakoming*) noch möglich oder unmöglich ist.<sup>62</sup>

Für die Pflichtverletzung eines Maklers enthält § 654 BGB die besondere Regelung der Verwirkung der Vergütung.<sup>63</sup> Eine Verwirkung der Vergütung als

<sup>56</sup> S. *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 580 f.

<sup>57</sup> *Luckey*, in: PWW-BGB, BGB § 249, Rdnr. 17 f.; zu den Kategorien der Schadensarten, s. *Schmidt-Kessel/Kramme*, in: PWW-BGB, BGB § 280, Rdnr. 6 f.

<sup>58</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 581 f.

<sup>59</sup> Zum Integritätsinteresse s. *Schwarze*, in: Staudinger-BGB, BGB § 280, Rdnr. C 37 f.

<sup>60</sup> *Sieburgh*, Asser 6-I, nr. 380.

<sup>61</sup> *Sieburgh*, Asser 6-I, nr. 380.

<sup>62</sup> *Sieburgh*, Asser 6-I, nr. 381.

<sup>63</sup> § 654 BGB; s. zu dieser Sanktionsvorschrift: Kapitel 17 A.I.; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 583 f.

Sanktion gilt in den Niederlanden für die Mehrfachvertretung und den *Selbsteintritt* eines *lasthebber* und für ein Selbstkontrahieren und eine Doppeltätigkeit des Maklers.<sup>64</sup>

## D. Wechselwirkungen mit dem Datenschutzrecht – Pflichten und Abbildung von Interessenkonflikten

Die fremdnützigen Datenverwerter unterliegen nicht nur schuldrechtlichen Vorschriften, sondern aufgrund des Personenbezugs der zu verwertenden Daten auch dem Datenschutzrecht.<sup>65</sup> Die datenschutzrechtlichen Vorgaben ergänzen die schuldrechtlichen Vorgaben (Abschnitt I.) Es wird untersucht, wie das Datenschutzrecht mit Interessenkonflikten umgeht. Dabei wird beleuchtet, ob schuldrechtliche Interessenskollisionen datenschutzrechtliche Auswirkungen haben, oder das Datenschutzrecht nur datenschutzrechtliche Interessen austariert. Die Untersuchung zeigt, dass die Schranken datenschutzrechtlicher Rechtfertigungsgründe als Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte fungieren (Abschnitt II.). Abschließend werden die Rechtsfolgen datenschutzrechtlicher Verstöße vorgestellt (Abschnitt III.).

### I. Ergänzung schuldrechtlicher Vorschriften durch das Datenschutzrecht

Bereits im Rahmen der Treuhandüberlegung hat sich gezeigt, dass die Ausgestaltung des „datenschutzrechtlichen Könnens“ der Datenverwerter der Grenze der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit unterliegt. Datenschutzrechtliche Grenzen bei der Einräumung treuhänderischer Befugnisse haben sich insbesondere im Zusammenhang mit der Erteilung einer Vollmacht zur datenschutzrechtlichen Einwilligung herauskristallisiert.<sup>66</sup> Daneben legt das Datenschutzrecht dem verantwortlichen Datenverwerter eine Vielzahl an Pflichten auf. Ihn treffen etwa Sicherungspflichten, die, bezogen auf die hiesige Untersuchung,

---

<sup>64</sup> Art. 7:416 lid 4, 417 lid 3, 427 BW; zur Behandlung dieser Vorschriften: Kapitel 16 B.III., B. IV., Kapitel 17 A. II., B.II.

<sup>65</sup> Kapitel 11.

<sup>66</sup> Hier hat sich gezeigt, dass eine Generalvollmacht zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligung unzulässig ist: Kapitel 12 A.II.3.

Anforderungen an die technische Sicherheit des digitalen Marktplatzes stellen.<sup>67</sup> Zudem hat der Verantwortliche Nachweis- und Dokumentationspflichten, insbesondere aus Art. 5 Abs. 2, 24 DSGVO,<sup>68</sup> und Pflichten gegenüber den Betroffenen, Art. 12 ff. DSGVO.<sup>69</sup> Die DSGVO dient dem Schutz des Einzelnen. Die dort normierten Pflichten ergänzen die schuldrechtlichen Pflichten des Datenverwerterers um datenschutzrechtliche Pflichten mit dem Ziel der Wahrung des grundrechtlich gewährleisteten Rechts auf Datenschutz.<sup>70</sup>

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften dienen nicht nur dem Schutz der betroffenen Person, sondern stellen auch deren Autonomie sicher. Die DSGVO berücksichtigt die Vertragsfreiheit und gewährt dem Einzelnen Selbstbestimmtheit mittels Instrumenten wie der Einwilligung, des Widerrufs- und Widerspruchsrechts sowie Informationsrechten.<sup>71</sup> Die vertragliche Abbedingung solcher Instrumente ist dann, wenn es sich um eine verbotene Abweichung datenschutzrechtlicher Kernbestimmungen handelt, unwirksam.<sup>72</sup> Zum datenschutzrechtlichen Kernbereich, von welchem vertraglich nicht abgewichen werden darf, gehören das jederzeitige Recht auf Widerruf der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO sowie das Widerspruchsrecht, Art. 21 Abs. 1 DSGVO.<sup>73</sup> Die Nichtigkeit eines Vertrages als Folge eines Verstoßes gegen die

---

<sup>67</sup> Zu datenschutzrechtlichen Sicherungspflichten: Kapitel 3 D., zu ihren Anforderungen an den digitalen Marktplatz: Kapitel 9 A.

<sup>68</sup> Zu Dokumentations- und Nachweispflichten: Kapitel 15 D.IV.

<sup>69</sup> Spiegelbildlich bestehen häufig Steuer- und Interventionsrechte der Betroffenen: Kapitel 15 C.IV., sowie Auskunftsrechte, s.: Kapitel 15 D.IV.

<sup>70</sup> Zum Datenschutzrecht als Interessenwahrnehmungsrecht: Kapitel 15 A.V.

<sup>71</sup> Ausführlich zur Autonomie der betroffenen Personen unter der DSGVO: *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (133); zu Steuer- und Interventionsrechten der betroffenen Person s. auch: Kapitel 15 C.V.

<sup>72</sup> So *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (134 f.); *Rank-Haedler*, in: *Datenrecht in der Digitalisierung*, 489 (494 f.); zu Verbotsgesetzen bei BDSG-Vorschriften, *Specht-Riemenschneider*, *Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels*, 172 ff.

<sup>73</sup> Mit umfangreicher Begründung: *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (134 f., 136 ff.); für das Widerrufsrecht: *Schmidt-Kessel/Grimm*, *ZfPW* 2017, 84 (91); *Graf von Westphalen/Wendehorst*, *BB* 2016, 2179 (2183 f.); *Hacker*, *ZfPW* 2019, 148 (170); a.A.: *Sattler*, *JZ* 2017, 1036 (1042).

DSGVO ist jedoch die Ausnahme.<sup>74</sup> Stattdessen kann ein Verstoß andere negative Folgen nach sich ziehen. Einen Auftragsverarbeiter, der auf Grundlage eines Vertrages, der den Anforderungen nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO nicht genügt, tätig wird, behandelt die DSGVO als Verantwortlichen.<sup>75</sup> Eine unzulässige Datenverarbeitung kann auch ein Leistungshindernis begründen,<sup>76</sup> welches sich sowohl auf die Durchsetzung der Leistung als auch der Gegenleistung auswirken kann.<sup>77</sup>

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Datenschutzrecht dem Schutz des Persönlichkeitsinteresses des Einzelnen dient, ihm hierfür eine gewisse Autonomie einräumt, gleichzeitig jedoch auch dem Verantwortlichen Pflichten auferlegt und unabdingbare Grenzen für die Zulässigkeit der Verarbeitung aufzeigt. Es ergänzt somit vertragliche Pflichten um datenschutzrechtliche Pflichten und fungiert dabei gleichzeitig als Grenze der Vertragsfreiheit.<sup>78</sup>

## II. Abbildung von Interessenkonflikten im Datenschutzrecht

Die DSGVO schützt das Persönlichkeitsinteresse des Einzelnen<sup>79</sup> und stellt dessen Autonomie sicher.<sup>80</sup> Dem Persönlichkeitsinteresse des Einzelnen steht re-

---

<sup>74</sup> *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (133); Nichtigkeit des Vertrages wird von der DSGVO selbst nur im Zusammenhang mit Regelungen zum unlauteren Wettbewerb (ErwGr. (42)) oder dem Koppelungsverbot vorgesehen (Art. 7 IV DSGVO).

<sup>75</sup> *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (134).

<sup>76</sup> *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (135); *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (103).

<sup>77</sup> *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (135); *Metzger*, AcP 216 (2016), 818 (855) sieht ein solches Hindernis nicht für das Widerrufsrecht.

<sup>78</sup> Das vertragliche Wegkontrahieren des Rechts auf Datenschutz ist nur innerhalb der grundrechtlich vorgegebenen Grenzen möglich, vgl. *Purtova*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2010, 28 (2), 179; *Hoving*, P&I 2009/101, afl. 3, 127 (127); *Verhelst*, *Recht doen aan privacyverklaringen*, 68 ff.

<sup>79</sup> S. hierzu insbes. Kapitel 15 A.V.

<sup>80</sup> Zur Autonomie des Einzelnen als Grundprinzip der DSGVO: *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (133); s. auch Kapitel 14 D.I.

gelmäßig das Verarbeitungsinteresse der Öffentlichkeit oder des Verantwortlichen gegenüber.<sup>81</sup> Die DSGVO versucht einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Schutzinteresse des Einzelnen mit den konfligierenden Verarbeitungsinteressen zu schaffen.<sup>82</sup> Es ist daher nur konsequent, dass die Verordnung – gegebenenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – für den Einzelnen Möglichkeiten vorsieht, seine Interessen zu verwirklichen. Dies geschieht vorwiegend im rechtsgeschäftlichen Kontext, wo die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen häufig – wie auch bei der Datenverwertung<sup>83</sup> – auf eine Einwilligung, einen privatrechtlichen Vertrag oder die berechtigten Interessen des Verantwortlichen gestützt wird. Mit dem Recht auf Widerruf der Einwilligung und dem Widerspruchsrecht erhält die betroffene Person interessenverwirklichende Interventionsrechte (Abschnitt 1). Daneben wird die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen zur Vertragserfüllung durch Interessenkonflikte begrenzt (Abschnitt 2). Die privatautonom geprägten Rechtfertigungsgründe sehen somit gleichsam Schranken vor, um datenschutzrechtlichen Interessenkonflikten gerecht zu werden (Abschnitt 3).

#### 1. Widerruf und Widerspruch als interessenverwirklichende Interventionsrechte

Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO garantiert der betroffenen Person das Recht, ihre Einwilligung<sup>84</sup> jederzeit zu widerrufen.<sup>85</sup> Der Widerruf entzieht der Datenverarbeitung die Rechtsgrundlage *ex nunc* und lässt zukünftige Datenverarbeitungen

---

<sup>81</sup> S. nur ErwGr. (45) - (56).

<sup>82</sup> Viele Rechtsgrundlagen von Datenverarbeitungen stellen ausdrücklich auf ein bestimmtes Interesse ab, aufgrund dessen eine Verarbeitung zulässig ist, s. bspw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. d) - f), Art. 9 Abs. 2 Buchst. b), c), g), i), j) DSGVO.

<sup>83</sup> Kapitel 11 A.

<sup>84</sup> Zu Datenverarbeitungen auf Basis einer Einwilligung: Kapitel 3 B.I.

<sup>85</sup> Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO; *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 7, Rdnr. 54; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 35.

unzulässig werden.<sup>86</sup> Das Widerrufsrecht kann uneingeschränkt ausgeübt werden.<sup>87</sup> Art. 21 DSGVO berechtigt die betroffene Person bestimmten Datenverarbeitungen zu widersprechen.<sup>88</sup> Die Wahrnehmung des Widerspruchsrechts ist auf bestimmte, in Art. 21 DSGVO genannte Fallgruppen beschränkt.<sup>89</sup> Es gewährt der betroffenen Person kein allgemeines Recht, der Verarbeitung personenbezogener Daten zu widersprechen.<sup>90</sup> Gegen eine Verarbeitung, die sich nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO auf die berechtigten Interessen des Verantwortlichen stützt, kann die betroffene Person nur aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben,<sup>91</sup> Widerspruch einlegen.<sup>92</sup> Bei der Begründung der besonderen Situation können einzelfallspezifische Besonderheiten angeführt werden, die in der normativen Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO keine vollständige Berücksichtigung gefunden haben.<sup>93</sup> Die Norm will „atypische Konstellation[en]“ erfassen, die den Interessen der betroffenen Person eine besondere Bedeutung beimessen.<sup>94</sup> Kann der Verantwortliche keine ausreichenden Gründe für eine Fortsetzung der Verarbeitung trotz des Widerspruchs nachweisen, hat er die Datenverarbeitung zu beenden.<sup>95</sup>

---

<sup>86</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 DSGVO; *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 85, 90; *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 7, Rdnr. 46, 48; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 35 ff.

<sup>87</sup> *S. Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 7, Rdnr. 54; *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 35.

<sup>88</sup> Art. 21 DSGVO.

<sup>89</sup> Ein Widerspruchsrecht besteht in den Fällen des Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) und f) DSGVO, gegen Direktwerbung und gegen Verarbeitungen zu Forschungs- oder Statistikzwecken, Art. 21 DSGVO; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 16.

<sup>90</sup> Art. 21 Abs. 1, 2 und 6 DSGVO; *Helfrich*, in: Sydow-DSGVO, Art. 21, Rdnr. 1; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 5; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 1.

<sup>91</sup> Zu Datenverarbeitungen auf Grundlange von Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO: Kapitel 3 B.III.

<sup>92</sup> Art. 21 Abs 1 S. 1 Hs. 1 DSGVO.

<sup>93</sup> *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 31.

<sup>94</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 15; *Robrahn/Bremer*, ZD 2018, 291 (296); a.A. *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 7, der für eine weitere Ansicht plädiert.

<sup>95</sup> Art. 21 Abs. 1 S. 2; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 18; *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 21, Rdnr. 11.

Datenverarbeitungen, die auf einer Einwilligung oder dem Überwiegen berechtigter Interessen des Verantwortlichen beruhen, kann also durch die betroffene Person mit Wirkung für die Zukunft die Rechtsgrundlage entzogen werden. Während das Widerrufsrecht keinen Vorgaben unterliegt und die betroffene Person das Recht deshalb immer dann, wenn die Verarbeitung nicht mehr ihren Interessen entspricht, ausüben kann, muss sie für einen Widerspruch besondere entgegenstehende Interessen nachweisen. Mit beiden Vorschriften löst die DSGVO Konflikte zwischen Verarbeitungs- und Schutzinteresse auf und gibt der betroffenen Person Interventionsrechte an die Hand, die es ihr freistellen, selbst über die Datenverarbeitungen entscheiden zu können. Diese Rechte sind, da sie zum Kernbereich des Datenschutzes gehören, vertraglich nicht abdingbar.<sup>96</sup> Für die fremdnützige Datenverwertung bedeutet das, dass die Daten-subjekte ihre datenschutzrechtliche Einwilligung, die die Nutzungsbefugnis im Ausführungsverhältnis darstellt,<sup>97</sup> jederzeit widerrufen dürfen. Eine Vorschrift im Rahmenvertragsverhältnis, die etwas anderes vorsieht, ist unzulässig.

## 2. Korrelation von interessenwährendem Verhalten und Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO

Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO löst potenzielle Interessenkonflikte, indem die Rechtsgrundlage nur die zur Vertragserfüllung erforderlichen Verarbeitungen zulässt.<sup>98</sup> Hiervon ausgenommen ist die Verarbeitung sensibler Daten, die stets einer Einwilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO bedarf.<sup>99</sup> Interessenwahrnehmungsverhältnisse haben die Wahrnehmung fremder Interessen zum Vertragsgegenstand.<sup>100</sup> Zur Vertragserfüllung erforderlich sind nur solche Datenverwertungen, die der Interessenwahrnehmung dienen.<sup>101</sup> So haben die

---

<sup>96</sup> Mit umfangreicher Begründung: *Schmidt-Kessel*, in: *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, 127 (134 f., 136 ff.); s. Kapitel 14 D.I.

<sup>97</sup> Kapitel 11 B., vgl. auch Kapitel 3 C.

<sup>98</sup> Zum Umfang der Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO: Kapitel 3 B.II.

<sup>99</sup> Zur Verarbeitung sensibler Daten: Kapitel 3 B.; zur Erforderlichkeit der Einwilligung bei sensiblen Daten zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Rahmenverträge: Kapitel 11 A.II.

<sup>100</sup> Zum Vertragsgegenstand von Interessenwahrnehmungsverhältnissen: Kapitel 5.

<sup>101</sup> Zur datenschutzrechtlichen Abbildung der Rahmenverträge und der Bestimmung des zur Vertragserfüllung Erforderlichen im Zusammenhang mit Datenverwertungsmodellen: Kapitel 11 A.I.

Datenverwerter stets im Interesse der Datensubjekte zu handeln.<sup>102</sup> Ein Handeln entgegen der Interessen des Vertragspartners dient nicht der Wahrnehmung seiner Interessen und stellt eine Vertragspflichtverletzung dar.<sup>103</sup> Ein mit den Interessen des Geschäftsherrn konfligierendes Verhalten ist nicht zur Vertragserfüllung erforderlich und damit nicht vom Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO umfasst. Wo ein schuldrechtlicher Interessenkonflikt entsteht, besteht somit keine datenschutzrechtliche Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO.<sup>104</sup> Die Rechtsgrundlage gestattet nur die fremdnützige Pflichtenerfüllung, nicht die eigennützige Datenverwertung.

Etwas anderes gilt dann, wenn konfliktbelastete Handlungen vertraglich erlaubt sind, etwa bei der Konkretisierung des Interessenwahrnehmungsverhältnisses durch Weisungen<sup>105</sup> oder der Gestattung des Selbstkontrahierens<sup>106</sup>. Enthält ein Interessenwahrnehmungsverhältnis eine schuldrechtliche Pflicht, welche den Geschäftsherrn zur Vornahme konfliktbelasteter Handlungen verpflichtet, dient ein Gebrauchmachen von dieser Regelung regelmäßig der Vertragserfüllung. Somit sind auch die hierzu notwendigen Datenverarbeitungen als zur Vertragserfüllung erforderlich anzusehen. Dies gilt nicht nur bei der Erfüllung von Pflichten, sondern auch bei der Erfüllung bloßer Befugnisse. Auch wenn aufgrund der Natur einer Befugnis keine Pflicht zur Wahrnehmung dergleichen besteht, so dienen Handlungen, die sich auf eine Befugnis stützen, regelmäßig dennoch der Vertragserfüllung. Im Falle eines erlaubten Selbstkontrahierens beispielsweise, trifft den Geschäftsherrn regelmäßig keine Pflicht dazu, selbst in den Vertrag einzutreten. In dem Moment, in dem der Geschäftsherr jedoch von seinem Recht zum Selbstkontrahieren Gebrauch macht, dient das Selbstkontrahieren der Vertragserfüllung und ist zur Vertragserfüllung erforderlich. Fallen hierzu Datenverarbeitungen wie etwa das Ausstellen einer Rechnung an, so sind solche Verarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO zulässig.

---

<sup>102</sup> Kapitel 15 A.

<sup>103</sup> Zur allg. Interessenwahrnehmungspflicht und sie konkretisierende Pflichten: Kapitel 15.

<sup>104</sup> Zu Verarbeitungen außerhalb der vertraglichen Pflichtenerfüllung: Kapitel 11 A.III.

<sup>105</sup> Zu Weisungen: Kapitel 15 C.

<sup>106</sup> Zu den handlungsbeschränkenden Normen: Kapitel 16, 17.

Missbraucht der Interessenwahrer seine Befugnis oder verstößt er gegen eine sich aus einer Weisung ergebende Pflicht, wahrt er nicht mehr die Interessen des Geschäftsherrn. Die mit dem Missbrauch verbundenen Datenverarbeitungen sind nicht zur Vertragserfüllung erforderlich und damit nicht mehr von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gedeckt. Das Abgrenzungskriterium der Erforderlichkeit ist stets dann gegeben, wenn der Vertrag ohne die Verarbeitung nicht so erfüllt werden könnte, wie die Parteien sich geeinigt haben.<sup>107</sup> Im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis entstehen Abgrenzungsfragen bezogen auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit insbesondere beim Selbstkontrahieren, einer Mehrfachvertretung oder einer Doppeltätigkeit des Datenverwerter.<sup>108</sup>

Die Untersuchung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO als Interessenkollisionsnorm zeigt demnach, dass Verarbeitungen, die im Zusammenhang mit dem zur Vertragserfüllung Erforderlichen stehen, grundsätzlich zulässig sind. Bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen sind dies regelmäßig Tätigkeiten, die der Interessenwahrnehmung förderlich sind. Im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis zählt hierzu etwa die Vornahme von Absatzbemühungen zur Verwertung der von den Datensubjekten offengelegten Daten gegen ein Entgelt.<sup>109</sup> Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Tätigkeiten, die im Konflikt mit den Interessen des Geschäftsherrn stehen, etwa die Aufbereitung zu eigenen Zwecken, sind dagegen regelmäßig unzulässig. Sind konfliktbelastete Tätigkeiten vertraglich gestattet oder gar gefordert und wird von der Gestattung zur Zweckerreichung des Vertrags Gebrauch gemacht bzw. die Verpflichtung erfüllt, so sind auch hiermit verbundene Datenverarbeitungen rechtmäßig.

Obwohl der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO nicht auf die Interessenwahrnehmung abzielt, hat die Untersuchung gezeigt, dass die Norm nur solche Verarbeitungen stützt, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person geschehen.

---

<sup>107</sup> Vgl. *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 32; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 14; s. zu den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 Buchst. b): Kapitel 3 B.II.

<sup>108</sup> Vgl. überblicksartig hierzu: Kapitel 11 A.III.; s. ausführlich zur Erörterung der Zulässigkeit dieser Konstellationen: Kapitel 16 E., 17 A.V. und 17 B.V.

<sup>109</sup> Vgl. Kapitel 9 B.I.

### 3. Schranken der Rechtfertigungsgründe als datenschutzrechtliche Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte

Die Untersuchung der DSGVO im Hinblick auf Vorschriften, die der Auflösung von Interessenkonflikten dienen, ergibt, dass die Schranken der untersuchten Rechtfertigungsgründe gleichzeitig als datenschutzrechtliche Grenze von schuldrechtlichen Interessenkonflikten fungieren. Die Schranke des Rechtfertigungstatbestands der Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO ist ihr Widerruf (Art. 7 Abs. 3 DSGVO). Die erlaubte Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO, wird durch das Recht zum Widerspruch, Art. 21 Abs. 1 DSGVO, begrenzt. Die Erlaubnisnorm, die Verarbeitungen zur Vertragserfüllung rechtfertigt, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO, unterliegt der immanenten Schranke der „Erforderlichkeit“.

Die drei aufgezeigten Schranken sind regelmäßig dann erfüllt, wenn der Verarbeitung durch den Verantwortlichen Interessen der betroffenen Person entgegenstehen. Die Ausübung des Rechts auf Widerruf kann aufgrund beliebiger Interessen erfolgen; bei der Einlegung eines Widerspruchs ist die Darlegung von Gründen, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben, erforderlich. Die Vertragserfüllung kommt jedenfalls bei Vertragspflichtverstößen, das bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen grundsätzlich bei einem Agieren entgegen der Interessen des Geschäftsherrn gegeben ist, nicht mehr als Rechtfertigungsgrundlage für in diesem Zusammenhang erfolgte Datenverwertungen in Betracht.

Schuldrechtliche Interessenkonflikte werden demnach durch die Schranken der Rechtfertigungsgründe für Datenverarbeitungen begrenzt. Wo aufgrund eines Interessenkonflikts keine Rechtfertigung mehr besteht, entsteht eine datenschutzrechtliche Unzulässigkeit, weshalb auf diese Erlaubnistatbestände gestützte Datenverarbeitungen unzulässig sind. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit wird also bei Bestehen schuldrechtlicher Interessenkonflikte – beim Widerspruch unter bestimmten Voraussetzungen – eingeschränkt. Die Schranken der Rechtfertigungsgründe können damit als datenschutzrechtliche Grenze im Rahmen von Interessenkonflikten angesehen werden.

## III. Rechtsfolgen datenschutzrechtlicher Verstöße

Das achte Kapitel der DSGVO, „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“, normiert die Rechtsfolgen datenschutzrechtlicher Verstöße. Die sogleich vorgestellten Rechtsbehelfe stehen den Datensubjekten im Datenverwertungsverhältnis zu. Bei Verstoß gegen das Datenschutzrecht drohen den Datenverwertern Haftungsrisiken und hohe Bußgelder. Zur Verhinderung eines Durchsetzungsdefizits, wie es unter Geltung der DS-RL bestand, zielt die DSGVO auf eine „konsequente Durchsetzung“ des Datenschutzrechts.<sup>110</sup> Hierzu wird die betroffene Person in den Art. 77 bis 79 DSGVO mit einem detaillierten Rechtsschutzsystem ausgestattet. Darüber hinaus hat die betroffene Person gemäß Art. 82 DSGVO einen eigenständigen, deliktsrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz für Datenschutzverstöße, der auch den Ausgleich immaterieller Schäden vorsieht. Die Effektivität der Rechtsbehelfe wird durch die mit Art. 80 DSGVO geschaffene Möglichkeit der Rechtewahrnehmung durch Verbände und einer Öffnungsklausel zur Einführung eines Verbandsklagerechts durch die Mitgliedstaaten sichergestellt.<sup>111</sup> Daneben werden die Aufsichtsbehörden mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet. Sie sind insbesondere zur Verhängung von Geldbußen, die „in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind, aufgerufen.<sup>112</sup> Der umfassende Bußgeldkatalog des Art. 83 DSGVO sieht vor, dass ein Verstoß gegen die DSGVO mit einer Geldbuße von bis zu 20.000.000 Euro oder von bis zu 4 % des weltweit erzielten Jahresumsatzes eines Unternehmens geahndet werden kann.<sup>113</sup>

Im Einzelnen hat die betroffene Person das Recht, sich bei einer Aufsichtsbehörde zu beschweren, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen die DSGVO verstößt, Art. 77

---

<sup>110</sup> ErwGr. (148) S. 1 DSGVO; *Bergt*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Vor Art. 77 bis 84, Rdnr. 1 f.

<sup>111</sup> *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2563).

<sup>112</sup> Art. 83 Abs. 1 DSGVO; vgl. *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2563); s. zum Behördenvollzug und Sanktionen, *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538.

<sup>113</sup> Art. 83 Abs. 5 DSGVO; *Schenck/Mueller-Stöfen*, GWR 2017, 171 (179).

Abs. 1 DSGVO.<sup>114</sup> Daneben hat die betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen eine Aufsichtsbehörde, um sich gegen einen sie betreffenden rechtsverbindlichen Beschluss einer Aufsichtsbehörde zu wehren (Art. 78 Abs. 1 DSGVO), oder wenn sich die Aufsichtsbehörde nicht mit der Beschwerde nach Art. 77 DSGVO befasst (Art. 78 Abs. 2 DSGVO).<sup>115</sup> Neben diesen verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen garantiert die DSGVO der betroffenen Person in Art. 79 DSGVO ferner das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verarbeitung ihrer Daten nicht im Einklang mit der DSGVO geschieht und die betroffene Person dadurch in ihren Rechten verletzt wurde, Art. 79 Abs. 1 DSGVO.<sup>116</sup>

Ist der betroffenen Person aufgrund eines Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden, hat sie einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter, Art. 82 Abs. 1 DSGVO.<sup>117</sup> Die Aufnahme des Rechts auf den Ersatz eines immateriellen Schadens in die DSGVO stellt eine Neuerung gegenüber der DS-RL dar.<sup>118</sup> Als Beispiele immaterieller Schäden führen die Erwägungsgründe Kontrollverlust und Diskriminierung an.<sup>119</sup> Der Begriff des Schadens soll „weit“ aus-

---

<sup>114</sup> Art. 77 Abs. 1 DSGVO; zu Einzelheiten des Beschwerderechts: *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2563 f.); *Pötters/Werkmeister*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 77; *Mundil*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 77.

<sup>115</sup> Art. 78 DSGVO; zu Einzelheiten des gerichtlichen Rechtsbehelfs gegen die Aufsichtsbehörde, *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2564); *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 78; *Moos/Schefzig*, DSGVO Art. 78.

<sup>116</sup> Art. 79 DSGVO; zu Einzelheiten des gerichtlichen Rechtsbehelfs gegen Verantwortliche, *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2564 f.); *Mundil*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 79; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 79.

<sup>117</sup> Art. 82 Abs. 1 DSGVO; *Schenck/Mueller-Stöfen*, GWR 2017, 171 (178 f.); zum Anspruch auf Schadenersatz: *Dickmann*, r+s 2018, 345; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2567 ff.); *Quaas*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 82.

<sup>118</sup> S. *Bergt*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 82, Rdnr. 2 *Schenck/Mueller-Stöfen*, GWR 2017, 171 (178).

<sup>119</sup> Vgl. ErwGr. (75), (85).

gelegt werden, sodass der Verletzte einen „vollständigen und wirksamen Schadenersatz“ erhält.<sup>120</sup> Hat der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter die erforderliche Sorgfalt beachtet, kann er die Haftungsverpflichtung abwehren.<sup>121</sup> Der Schadenersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO tritt neben vertragliche Schadenersatzansprüche der §§ 280 ff. BGB.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> ErwGr. (146) S. 3, 6 DSGVO; *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 2563 (2567); *Bergt*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 82, Rdnr. 17.

<sup>121</sup> Art. 82 Abs. 3 DSGVO; ErwGr. (146) S. 2 DSGVO; *Dickmann*, r+s 2018, 345 (347) *Schenck/Mueller-Stöfen*, GWR 2017, 171 (178 f.).

<sup>122</sup> *Franck*, RDV 2016, 3, 111 (119).

## Kapitel 15

### Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis

Im Interessenwahrnehmungsverhältnis findet eine Überlagerung der Interessensphären der involvierten Parteien statt.<sup>1</sup> Dem hieraus erwachsenden Konfliktpotential begegnen die deutsche und die niederländische Rechtsordnung unter anderem mit Pflichten, die die Ausführung des Vertragsverhältnisses im Interesse des Geschäftsherrn sicherstellen sollen. Ausgangspunkt für diese Regelungen ist in Deutschland das Auftragsrecht, in den Niederlanden die *overeenkomst van opdracht*.<sup>2</sup> Die Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis werden daher ausgehend vom Auftragsrecht und von den Vorschriften über die *overeenkomst van opdracht* dargestellt.

Die interessenwahrenden Pflichten des Auftragsrechts gelten für alle exemplarisch untersuchten Verwertungsmodelle. Sie sind entweder direkt anwendbar oder, wie bei der Kommission, ergänzend über das Geschäftsbesorgungsrecht. Nach niederländischem Recht unterfallen die Verwertungsverhältnisse besonderen Formen der *overeenkomst van opdracht*, der *lastgevingsovereenkomst* und der *bemiddelingsovereenkomst*.<sup>3</sup> Die besonderen Formen sehen überwiegend keine Konkretisierungen, höchstens Ergänzungen der in der *overeenkomst van*

---

<sup>1</sup> Kapitel 14 A.

<sup>2</sup> Vgl. überblicksartig zu Pflichten und Handlungsbeschränkungen im Interessenwahrnehmungsverhältnis: Kapitel 14 C.

<sup>3</sup> Kapitel 13.

*opdracht* niedergelegten interessenwahrenden Vorschriften vor, sodass diese Anwendung finden.<sup>4</sup> Sondervorschriften finden sich für die Situationen der Mehrfachvertretung, des Selbstkontrahierens und einer Doppeltätigkeit.<sup>5</sup> Diese Vorschriften werden in den Kapiteln 16 und 17 erörtert.

Beide Regelungsregime verpflichten den Interessenwahrer allgemein zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn (Abschnitt A.). Der besonderen Vertrauenssituation, die Interessenwahrnehmungsverhältnissen häufig zugrunde liegt, tragen beide Rechtsordnungen durch Regelungen zur ausführenden Person des Vertragsverhältnisses Rechnung (Abschnitt B.). Das deutsche und das niederländische Recht sprechen dem Geschäftsherrn das Recht zu, mittels Weisungen über die Art und Mittel der Interessenwahrnehmung entscheiden zu können (Abschnitt C.). Zudem normiert es Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten, die die Informiertheit des Geschäftsherrn sicherstellen und ihm dadurch die Kontrolle der Tätigkeiten ermöglichen (Abschnitt D.). Gegenstand der Interessenwahrnehmung sind Angelegenheiten des Geschäftsherrn. Entsprechend gebührt ihm das aus der Interessenwahrnehmung Erlangte (Abschnitt E.). Sehen die Pflichten keine besondere Rechtsfolge vor, kommen bei ihrer Verletzung Schadenersatzansprüche sowie die Beendigung des Vertrags in Betracht.<sup>6</sup>

Die schuldrechtlichen Pflichten werden durch datenschutzrechtliche Vorgaben ergänzt. Diese unterwerfen den Verantwortlichen, im Datenverwertungsverhältnis den Datenverwerter, größtenteils unabdingbaren datenschutzrechtlichen Pflichten.

## A. Pflicht zur Interessenwahrnehmung

Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung wird in Deutschland aus dem Gesamtcharakter des Vertrags abgeleitet (Abschnitt I.). In den Niederlanden ist die Pflicht zur Interessenwahrnehmung bei einer entsprechenden Ausprägung des

---

<sup>4</sup> Zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften der *overeenkomst van opdracht* auf ihre Sonderformen s.: Kapitel 4 B.

<sup>5</sup> Kapitel 13.

<sup>6</sup> Kapitel 14 C.

Schuldverhältnisses in der *zorgplicht* des *opdrachtnemer* enthalten (Abschnitt II.). Umfang und Inhalt der Pflicht zur Interessenwahrnehmung werden in beiden Rechtsordnungen einzelfallspezifisch nach den konkreten Umständen des Vertragsverhältnisses bestimmt (Abschnitt III.). Entsprechend stark ist diese Pflicht im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis ausgeprägt (Abschnitt IV.). Die schuldrechtliche Pflicht der Datenverwerter zur Interessenwahrnehmung wird durch die das Persönlichkeitsrecht der Datensubjekte schützenden datenschutzrechtlichen Pflichten ergänzt (Abschnitt V.).

### I. Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht als Ausgangspunkt einer allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht

Bei Verhältnissen, welche die Wahrung fremder Interessen zum Gegenstand haben, spielt die Interessenwahrnehmungspflicht eine bedeutende Rolle. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung verpflichtet den Interessenwahrer, „die Interessen seines Geschäftsherrn umfänglich zu wahren, Konflikte mit dessen Interessen zu vermeiden und gegebenenfalls eigene Interessen zurückzustellen.“ Dadurch, dass sie den „Interessenwahrer zu einer besonderen Loyalität gegenüber dem Geschäftsherrn verpflichtet“, geht sie über die in § 242 BGB normierte Treupflicht hinaus.<sup>7</sup> Denn bei der Interessenwahrnehmung ist nicht der „Leistungsaustausch, bei dem jede Partei ihre eigenen Interessen verfolgt“ charakteristisch, sondern „die Wahrnehmung bestimmter Interessen“ der einen durch die andere Partei. Die Interessenwahrnehmung erfolgt dabei in einer Weise, als wären es die eigenen Interessen der Partei „quasi mea“.<sup>8</sup>

Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist inhaltlich nicht – wie es bei Austauschverhältnissen, z.B. bei einem Kaufvertrag, gewöhnlich der Fall ist – bereits von Anfang an konkretisiert. Vielmehr müssen die Interessen einzelfallbezogen entsprechend der jeweiligen Situation wahrgenommen werden. *Löhnig* bezeichnet die treuhänderische Pflicht zur Interessenwahrnehmung daher auch als

---

<sup>7</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 98.

<sup>8</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 116; für das Kommissionsgeschäft, *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 383; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 17.

„Rahmenpflicht“. Innerhalb dieses Rahmens entstünden während der Ausführung der Treuhand nach und nach „konkrete Einzelpflichten“, welche es zu ermitteln gelte.<sup>9</sup>

In Deutschland sind der Auftrag und die entgeltliche Geschäftsbesorgung der vertragsrechtliche Ausgangspunkt für die Wahrnehmung fremder Interessen.<sup>10</sup> Bei diesen Schuldverhältnissen hat der Beauftragte regelmäßig einen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausführung. Zudem erhält er meist eine Verfügungsgewalt über Vermögensinteressen des Auftraggebers. Diese kann je nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis sehr weitreichend sein und Verfügungsbefugnisse umfassen. Sie kann aber auch in einer bloßen Befugnis zu einem vermittelnden Tätigwerden bestehen. Charakteristisch für Auftrag und Geschäftsbesorgung ist nach *Kumpan* die „Öffnung der Interessensphäre des Auftraggebers“. Diese Öffnung der Interessensphäre resultiert in einer besonderen Treue- bzw. Loyalitätspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber.<sup>11</sup> Verschiedene andere Vertragstypen fassen das im Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht niedergelegte Grundmodell der Interessenwahrnehmung mit unterschiedlichen Ausprägungen auf. Hierzu zählen Handelsvertretung, Kommission und die Maklertätigkeit.<sup>12</sup> Der tatsächliche „Grad an Öffnung der Interessensphäre“ des Geschäftsherrn gegenüber dem „Interessenwahrer“ und somit auch die Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht variiert innerhalb der verschiedenen Vertragstypen.<sup>13</sup>

Die „Öffnung der Interessensphäre“ kann „punktuell“ oder „dauerhaft“ erfolgen. Eine punktuelle Öffnung der Interessensphäre ist regelmäßig auf ein Geschäft begrenzt. Dagegen findet eine dauerhafte Öffnung der Interessensphäre statt, wenn die Interessenwahrnehmung für eine Vielzahl von Geschäften statt-

<sup>9</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 195 f.

<sup>10</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 101; nach *Löhnig* ist die Geschäftsbesorgung gem. § 675 Abs. 1 BGB die „treuhänderische Generalnorm“, *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 152.

<sup>11</sup> Für den Auftrag, *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 101 f.; für die Geschäftsbesorgung, *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 103; so auch *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 662, Rdnr. 54 f.

<sup>12</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 104.

<sup>13</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 104.

finden soll. Bei einer solchen längerfristigen Öffnung der Interessensphäre besteht ein höheres Risiko für Interessenkonflikte, da diese nicht nur für einzelne Geschäfte, sondern über einen Zeitraum von bestimmter Dauer entstehen können.<sup>14</sup> Neben der Dauer der Öffnung der Interessensphäre ist zusätzlich von Bedeutung, wie weit der Geschäftsherr seine Interessensphäre öffnet und somit eine Gefährdung seiner Interessen riskiert.<sup>15</sup>

Übertragen auf die verschiedenen Interessenwahrnehmungsverhältnisse bedeutet das, dass bei einem Makler sowohl Dauer als auch Grad der Öffnung der Interessensphäre als eher gering einzustufen sind. Er wird lediglich bei der Anbahnung des Hauptvertrags unterstützend tätig.<sup>16</sup> Den Makler trifft bei seinen Tätigkeiten die Pflicht, das Interesse des Auftraggebers im Rahmen des Zumutbaren zu wahren,<sup>17</sup> da er als Interessenvertreter in einem „besonderen Treueverhältnis“ zu seinem Auftraggeber steht.<sup>18</sup> Je enger das Vertrauensverhältnis des Auftraggebers mit dem Makler ist, desto ausgeprägter ist die Interessenwahrnehmungspflicht. Eine besondere Vertrautheit liegt beim Vertrauensmakler vor.<sup>19</sup>

Bei der Kommission findet eine weitere Öffnung der Interessensphäre als beim Maklervertrag statt. Zwar sind, wie auch beim Makler, nur punktuelle Geschäfte Gegenstand der Kommission. Der Kommissionär übernimmt aber regelmäßig die Pflicht zum Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren auf Rechnung des Kommittenten und wird somit als mittelbarer Stellvertreter tätig. Der Auftraggeber trägt dem Kommissionär nicht nur die Suche eines Geschäftspartners auf, sondern überlässt diesem auch den Abschluss von Geschäften.<sup>20</sup> Eine allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist bei der Kommission im

---

<sup>14</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 104.

<sup>15</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 104 f.

<sup>16</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 105 f.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 26. Januar 1983 – IV a ZR 158/81 (Celle), NJW 1983, 1847 (1848); *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 9; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 654, Rdnr. 4.

<sup>18</sup> *Fischer*, NJW 2016, 3281 (3284); BGH, Urteil vom 28. September 2000 – III ZR 43/99 (Frankfurt a.M.), NJW 2000, 3642.

<sup>19</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 654, Rdnr. 3; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 105 f.

<sup>20</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 106.

HGB explizit gesetzlich normiert. Gemäß § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB hat „der Kommissionär [...] das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen [...]“.<sup>21</sup> Das bedeutet, dass der Kommissionär die Interessen des Kommittenten „bestmöglich und unter Zurückstellen seiner eigenen Interessen“ wahrzunehmen hat.<sup>22</sup> Hierzu gehört auch die Offenlegung von Interessenkonflikten, gegebenenfalls schon vor Vertragsschluss.<sup>23</sup> Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung muss bei allen Entscheidungen im Rahmen der Ausführung des Kommissionsvertrags berücksichtigt werden.<sup>24</sup> § 454 Abs. 4 Alt. 1 HGB sieht eine ebensolche Interessenwahrnehmungspflicht des Spediteurs vor, die unabhängig von der gesetzlichen Normierung schon daraus folgt, dass der Speditionsvertrag ein fremdnütziges Geschäftsbesorgungsvertrag ist.<sup>25</sup>

## II. *Zorgpflicht* des *opdrachtnemer*, art. 7:40 BW, umfasst Pflicht zur Interessenwahrnehmung

Art. 7:401 BW verpflichtet den *opdrachtnemer* (Auftragnehmer) dazu, bei Ausführung der Tätigkeiten die „*zorg van een goed opdrachtnemer*“ (die Sorgfalt eines guten *opdrachtnemer*) walten zu lassen.<sup>26</sup> Die Sorgfaltspflicht des art. 7:401 BW weist inhaltlich keinerlei Gemeinsamkeiten mit dem – aus einer deutschen Perspektive vergleichbar klingenden – Verschuldensmaßstab des § 276 BGB und der in diesem Zusammenhang gegebenen Fahrlässigkeitsdefinition der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ auf.<sup>27</sup> Ebenso wenig besteht ein Zusammenhang mit dem in den §§ 384 Abs. 1 Hs. 1, 86 Abs. 3 HGB normierten Sorgfaltungsmaßstab eines „ordentlichen Kaufmanns“.<sup>28</sup> Vielmehr beruht art. 7:401 BW auf

<sup>21</sup> § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB.

<sup>22</sup> *Kumpán*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 106; für eine Priorität der Kommittenteninteressen auch *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 384, Rdnr. 1; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 384, Rdnr. 7.

<sup>23</sup> *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 384, Rdnr. 9, 11; s. zu den Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.I.

<sup>24</sup> *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 18.

<sup>25</sup> § 454 Abs. 4 Alt. 1 HGB; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 454, Rdnr. 107 ff.; *Paschke*, in: Oetker-HGB, HGB § 454, Rdnr. 11; *Spieker/Schönfleisch*, in: BeckOK-HGB, HGB § 454, Rdnr. 37 f.

<sup>26</sup> Art. 7:401 BW; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 235).

<sup>27</sup> § 276 Abs. 2 BGB; *Schmidt-Kessel*, in: *PWW-BGB*, BGB § 276, Rdnr. 9.

<sup>28</sup> §§ 384 Absatz 1 Halbsatz 1, 86 Absatz 3 HGB; vgl. *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 8; *Lehmann*, in: BeckOK-HGB, HGB § 86, Rdnr. 84.

art. 6:248 BW,<sup>29</sup> einer allgemeinen schuldrechtlichen Vorschrift, die die Rechtsfolgen vertraglicher Schuldverhältnisse konkretisiert.<sup>30</sup> Nach art. 6:248 BW folgen aus einem Vertrag nicht nur die von den Parteien übereingekommenen Rechtsfolgen, sondern auch solche Rechtsfolgen, die sich aus der Art des Schuldverhältnisses, dem Gesetz, Gewohnheitsrechts oder aus „*redelijkheid en billijkheid*“ (Redlichkeit und Billigkeit) ergeben.<sup>31</sup> Inhaltlich kann art. 6:248 BW somit eher mit der deutschen Treu- und Glaubensvorschrift des § 242 BGB verglichen werden.<sup>32</sup> Der Inhalt der *zorgplicht* des art. 7:401 BW bemisst sich somit am Maßstab der Redlichkeit und Billigkeit.<sup>33</sup> Folgens *van der Grinten* bringt die Norm keinen über die Grundregel des art. 6:248 BW hinausgehenden Mehrwert, da art. 6:248 BW ohnehin auch für die *overeenkomst van opdracht* gilt. Art. 7:401 BW sei daher obsolet.<sup>34</sup>

Die konkreten, sich aus der *zorgplicht* ergebenden Anforderungen an das jeweilige Schuldverhältnis sind aufgrund der weiten Formulierung des art. 7:401 BW abhängig von den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.<sup>35</sup> Nach *Lamers* und *Asser* bemisst sich die *zorgplicht* aus art. 7:401 BW nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses und möglichen Anweisungen des *opdrachtgever* (Auftraggebers). Sie beinhaltet die Pflicht des *opdrachtnemer* (Auftragnehmers), die Interessen des *opdrachtgever* voranzustellen und Interessenkonflikte sowie unnötige Risiken zu vermeiden. Ferner erfährt die *zorgplicht* in bestimmten Situationen, wie etwa einem kostenlosen Tätigwerden oder besonderer Sachkundigkeit des *opdrachtnemer*, eine unterschiedliche Ausprägung.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 62; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 93, der zwar von art. 6:247 BW spricht, aber vom Kontext her art. 6:248 BW meint.

<sup>30</sup> *Sieburgh*, *Asser 6-III*, nr. 398; *Vriend*, in: *GS Verbintenissenrecht*, BW art. 6:248, aant. 1.1.

<sup>31</sup> Art. 6:248 BW; *Vriend*, in: *GS Verbintenissenrecht*, BW art. 6:248, aant. 1.1; *Valk*, in: *T&C BW*, BW art. 6:248, aant. 1 ff.

<sup>32</sup> *Mincke*, *Einführung in das niederländische Recht*, § 6, Rdnr. 88.

<sup>33</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 15; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 93.

<sup>34</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 15, der wörtlich davon spricht, dass die Regelung „*geen zin*“ (keinen Sinn) macht.

<sup>35</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 236); *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 15.

<sup>36</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 63 ff.; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 93 ff.

In Bezug auf die Interessenwahrnehmung sind insbesondere die Pflichten des *opdrachtnemer*, sich von den Interessen des *opdrachtgever* leiten zu lassen, Interessenkonflikte möglichst zu vermeiden und, wo erforderlich, die eigenen Interessen hintenanzustellen, als Ausfluss der *zorgplicht* zu nennen. Die meisten Vertragsverhältnisse enthalten keine detaillierten Anweisungen des *opdrachtgever* bezogen auf die Art und Weise der konkreten Erfüllung des Schuldverhältnisses. Denn es ist grundsätzlich die Aufgabe des *opdrachtnemer*, autonom zu entscheiden, mit welchen Mitteln er den vertraglich festgelegten Inhalt erreicht. Bei der Auswahl derselben muss er die „*zorg van een goed opdrachtnemer*“, art. 7:401 BW, walten lassen.<sup>37</sup> Insbesondere bei einer „*opdracht tot belangenbehartiging*“ stehen die Interessen des *opdrachtgever* im Gegensatz zu einer *overeenkomst van opdracht* über gewöhnliche Dienstleistungen verstärkt im Vordergrund.<sup>38</sup> Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit des Schutzes dieser Interessen.<sup>39</sup>

Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der *opdrachtgever*-Interessen wird dadurch verstärkt, dass der *opdrachtnemer* häufig aufgrund seiner Sachkompetenz auf einem bestimmten Gebiet eingeschaltet wird. In diesen Fällen geht der *opdrachtgever* verstärkt davon aus, dass der *opdrachtnemer* sich um die konkreten Fragen der Ausführung kümmert. Verlässt sich der *opdrachtgever* auf den Ratschlag des gegebenenfalls sachkundigen *opdrachtnemer*, muss dieser die Bedürfnisse des *opdrachtgever* einzelfallspezifisch untersuchen. Seine Tätigkeiten müssen auf die auftraggebende Person abgestimmt werden. Somit muss sich der *opdrachtnemer* von den konkreten Interessen des *opdrachtgever* leiten lassen. Hierzu gehört auch die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden.<sup>40</sup> Dabei ist der *opdrachtnemer* regelmäßig in hohem Maße abhängig von einer ordnungsgemäßen Ausführung, auf die er vertraut.<sup>41</sup> Mangels Fachkompetenz ist der *opdrachtgever* selbst regelmäßig nicht zur Beurteilung der Sachlage oder Ausführung der Tätigkeit imstande. Dieses besondere Abhängigkeitsverhältnis und die daraus resultierende Schutzwürdigkeit des *opdrachtgever* verlangt vom *opdrachtnemer*, dass dieser die Interessen des *opdrachtgever* nicht nur berücksichtigt, sondern

---

<sup>37</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

<sup>38</sup> Zur *opdracht tot belangenbehartiging*: Kapitel 5 B.

<sup>39</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

<sup>40</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 19.

<sup>41</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 20.

vor seine eigenen Interessen stellt.<sup>42</sup> So hat ein Anwalt seinen Mandaten beispielsweise auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu beziehen, auch dann hinzuweisen, wenn das bedeutet, dass er selbst eine geringere Vergütung erhalten sollte.<sup>43</sup>

Die *zorgplicht* aus art. 7:401 BW verlangt von dem *opdrachtnemer* ferner, dass dieser nicht für Konkurrenten des *opdrachtgever* tätig wird. Zwar darf ein *opdrachtnemer* bei der Ausführung gewöhnlicher Dienste grundsätzlich auch für miteinander konkurrierende Auftraggeber tätig werden. Verrichtet der *opdrachtnemer* aber keine objektiven Tätigkeiten und ist stattdessen zur bestmöglichen Wahrnehmung der Interessen des *opdrachtgever* verpflichtet, so besteht das Risiko, dass ein Tätigwerden im Interesse des einen Auftraggebers die Interessen des anderen Auftraggebers beeinträchtigt. Bei einer *opdracht tot belangenehartiging* wird deshalb überwiegend ein Verbot des Tätigwerdens für mehrere Auftraggeber angenommen, sogenanntes *dienen van twee heren*. Festgeschrieben sind solche Regeln z.B. im Berufsrecht von Anwälten<sup>44</sup> sowie im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst*<sup>45</sup>. Ansonsten werden sie aus einer analogen Anwendung der Vorschriften zur *lastgevingsovereenkomst* abgeleitet. Zwar kann nicht in allen Berufsgruppen eine vollständige Unabhängigkeit sichergestellt werden, wie z.B. im Beratungsbereich. Dennoch sollte nach *Tjong Tijn Tai* in solchen Bereichen zumindest die Pflicht bestehen, mögliche Interessenkonflikte mitzuteilen.<sup>46</sup> Sowohl auf die Mitteilungspflichten als auch auf das Verbot des *twee heren dienen* wird an entsprechender Stelle ausführlicher eingegangen.<sup>47</sup> Insgesamt lässt sich festhalten, dass die *zorgplicht* mit Augenmerk auf die Interessenwahrnehmung insbesondere umfasst, dass der *opdrachtnemer* bei der Vertrags-

---

<sup>42</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 99; s. hierzu auch *Lamers*, *Opracht, lastgeving en bemiddeling*, 64 f. Gegen so eine starke Ausprägung der Interessen plädiere laut *Lamers: Nieuwenhuis*, NJB 2009/1711, 2254. *Nieuwenhuis* behandelt aber nicht die Situation einer Interessenwahrnehmung als Hauptpflicht.

<sup>43</sup> HR 8 november 1991, NJ 1992/134 = ECLI:NL:HR:1991:ZC0403; HR 23 december 2016, NJ 2017/26 = ECLI:NL:HR:2016:2992; HR 1 november 1991, nr. 14378, NJ 1992/121 = ECLI:NL:HR:1991:ZC0393.

<sup>44</sup> Art. 7 lid 1 und 2 *Gedragsregels 1992 Advocatuur*.

<sup>45</sup> Art. 7:417 BW; s. hierzu: Kapitel 16 B.IV.

<sup>46</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 99.

<sup>47</sup> Zu Offenlegungspflichten: Kapitel 15 D.; zum *twee heren dienen*: Kapitel 16 B.IV.

durchführung die Interessen des *opdrachtgever* berücksichtigen und bestmöglich verwirklichen muss. Interessenkonflikte sollte er vermeiden. Das kann im Einzelfall bedeuten, dass der *opdrachtnemer* seine eigenen Interessen hinter die seines Auftraggebers stellen muss und im Zweifelsfall nicht für Konkurrenten seines Auftraggebers tätig werden darf.

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – einzelfallbezogene Ausprägung der Pflicht zur Interessenwahrnehmung

Ein Vergleich der deutschen und niederländischen Rechtsordnung bezogen auf eine allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen zeigt, dass diese Pflicht in beiden Rechtsordnungen mit weitestgehend gleichem Inhalt besteht. Ihre Herleitung differiert jedoch.

In Deutschland ist die allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung im Rahmen der besonderen Formen des Geschäftsbesorgungsvertrags, namentlich bei Kommissions-, und Speditionsverträgen, explizit im HGB normiert. Bei den im BGB normierten Schuldverhältnissen, dem Geschäftsbesorgungsvertrag, dem Auftrag und dem Maklervertrag, wird sie aus dem prägenden Charakter dieser Schuldverhältnisse entwickelt. Dabei ist die Pflicht zur Interessenwahrnehmung desto stärker ausgeprägt, je größer die Öffnung der Interessensphäre der auftraggebenden Partei und das damit verbundene Vertrauen in die ausführende Partei ist. Die Anforderungen der Interessenwahrnehmungspflicht an das Handeln des Interessenwahrers werden somit einzelfallbezogen durch das konkrete Verhältnis bestimmt.

Eine individuelle Bestimmung der Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht verlangt auch das niederländische Recht. Hier ist die Pflicht zur Interessenwahrnehmung nicht explizit normiert. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung kann jedoch Gegenstand der für die *overeenkomst van opdracht* normierten *zorgplicht* sein. Der Inhalt der *zorgplicht* bestimmt sich nach dem konkreten Schuldverhältnis. Wird dieses im Hinblick auf die besondere Sachkunde des Interessenwahrers abgeschlossen oder gilt es gerade der Wahrnehmung der Interessen des *opdrachtgever* (*overeenkomst tot belangenbehartiging*), ist sie besonders ausgeprägt. Eine solche Pflicht kann aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der *overeenkomst van opdracht* nicht für sämtliche von ihr erfassten Vertragsverhältnisse abgeleitet werden. Dies ist auch nicht erforderlich, umfasst

die *overeenkomst tot opdracht* doch auch die Verrichtung einfach gehaltener oder objektiv bestimmbarer Dienste, welche kein über das gewöhnliche hinausgehende Maß an Vertrauen der einen Vertragspartei in die andere erfordert.<sup>48</sup>

Der konkrete Inhalt der allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht unterliegt somit in beiden Ländern einer gewissen Flexibilität und richtet sich einzelfallbezogen nach dem individuellen Vertragsverhältnis. Dennoch lassen sich einige Gemeinsamkeiten festhalten. In beiden Ländern hat der Interessenwahrnehmer die Interessen des Auftraggebers im angemessenen Rahmen bestmöglich zu verwirklichen und seine eigenen, gegebenenfalls widerstreitenden Interessen hintenanzustellen. Interessenkonflikte sollte er grundsätzlich vermeiden. Sollten solche dennoch bestehen, gehen hiermit Benachrichtigungspflichten einher.

#### IV. Ausgeprägte Interessenwahrnehmungspflicht der Datenverwerter

Die allgemeinen Anforderungen an die Pflicht, die Interessen der anderen Vertragspartei wahrzunehmen, variieren einzelfallbezogen entsprechend der jeweiligen Öffnung der Interessensphäre. Übertragen auf die Datenverwertungsmodelle bedeutet das, dass die Ausprägung der allgemeinen Pflicht zur Interessenwahrnehmung je nach vertraglicher Einordnung unterschiedlich stark sein kann. Die Nutzung der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Verwertungsmodelle erfordert die Offenlegung der personenbezogenen Daten, die verwertet werden sollen, gegenüber den Datenverwertern. Hierdurch erhalten die Datenverwerter eine faktische Einwirkungsmacht auf die Interessensphäre der Datensubjekte, welche eine Treuandsituation begründet. Auch sensible Daten können betroffen sein. Die Offenlegung dieser grundrechtlich geschützten Daten birgt das Risiko irreversibler Grundrechtseingriffe.<sup>49</sup> Ferner sind die untersuchten Rahmenverträge als Dauerschuldverhältnisse einzuordnen. Wurde der Registrierungsprozess erfolgreich durchgeführt, endet der Rahmenvertrag erst mit einer Abmeldung von dem jeweiligen Datenverwertungsdienst.<sup>50</sup> Die Datensubjekte vertrauen den Unternehmen die Daten dauerhaft an, wodurch eine

---

<sup>48</sup> Zum Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 4 B.

<sup>49</sup> Zur Einwirkungsmacht aufgrund Offenlegung: Kapitel 12 A.III.2.; zur Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht in den Datenverwertungsverhältnissen s. auch: Kapitel 12 D.

<sup>50</sup> Zu den Internetauftritten: Kapitel 8.

weite Öffnung der Interessensphäre stattfindet. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist entsprechend stark ausgeprägt. Aus niederländischer Perspektive liegt eine *opdracht tot belangenbehartiging* vor.

Konkret bedeutet das für die Datenverwerter, dass sie bei der Durchführung des Vertragsverhältnisses stets die Interessen der Datensubjekte berücksichtigen müssen.<sup>51</sup> Sie müssen alles Zumutbare tun, um diese zu wahren, Interessenkonflikte möglichst vermeiden und bei Kollisionen ihre eigenen Interessen hintenanstellen. Beim Absatz ihrer Daten dürfen die Datenverwerter nur solche Verwertungen anstreben, die von den Datensubjekten erwünscht sind. Die Datenverwerter müssen stets vorteilhaft für die Datensubjekte agieren. Dies beinhaltet auch einen verantwortungsvollen Umgang mit den Daten und eine angemessene technische Sicherung dergleichen, um Datenpannen und unberechtigte Zugriffe Dritter zu verhindern. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, sollten sich die Datenverwerter auf der Seite der Datensubjekte positionieren und diese Position bei einer Zusammenarbeit mit den „Käufern“ der Daten auch vertreten. Datenverwertungen im eigenen Interesse stellen eine Verletzung der Interessenwahrnehmungspflicht dar, da ein solches Verhalten die eigenen Interessen der Datenverwerter über die Interessen der Datensubjekte stellen würde. Eine solche Verwertung im eigenen Interesse würde etwa in einer eigenen Auswertung oder einer Weitergabe an Dritte ohne Beteiligung oder Erlaubnis der Datensubjekte liegen. Auch der Abschluss von Ausführungsverträgen mit Dritten allein der Provision willen würde den Interessen der Datensubjekte zuwiderlaufen.

Die verschiedenen Funktionen der Datenverwerter bewirken unterschiedliche Aufgaben. Als Vermittler bringt *Data Fairplay* die Vertragsparteien zusammen, ist aber nicht am Vertragsabschluss und auch nicht am Inhalt des Vertrags beteiligt.<sup>52</sup> Grundsätzlich trifft Makler keine Pflicht zur Überprüfung der Angaben der Anbieter,<sup>53</sup> es sei denn er hätte eine solche Prüfung zugesichert oder

---

<sup>51</sup> S. ausführlich zum Inhalt der Pflicht zur Interessenwahrnehmung der Datenverwerter: Kapitel 9 B.

<sup>52</sup> Zur Einordnung von *Data Fairplay*: Kapitel 10 E.II.

<sup>53</sup> Rott, in: Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 62 (72); BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – III ZR 146/06 (OLG Hamm), NJW-RR 2007, 711.

durch besonders intensive Werbung den Eindruck der Überprüfung erweckt.<sup>54</sup> *Data Fairplay* wird nicht nur vermittelnd tätig, sondern genießt durch das Fairnessversprechen und die weite Öffnung der Interessensphäre der Datensubjekte ein besonders großes Vertrauen. Aufgrund des beworbenen Qualitätsstandards der Fairness trifft *Data Fairplay* neben der Weiterleitung der Angebote an die Datensubjekte die Pflicht zu einer dahingehenden Prüfung, ob die Angebote eine Gegenleistung enthalten.<sup>55</sup> Dass *Data Fairplay* sowohl für die Datensubjekte als auch für Dritte tätig wird und damit eine sogenannte Doppeltätigkeit ausübt, ist aufgrund der offenen Kommunikation über diese Tatsache vertraglich erlaubt und somit als zulässig zu erachten.<sup>56</sup>

*Dime* wird mittelbar stellvertretend tätig, ist somit selbst in die Vertragsverhandlungen involviert und kann aktiv Einfluss auf den Inhalt der zustande kommenden Verträge nehmen.<sup>57</sup> Hierdurch entstehen größere Missbrauchsmöglichkeiten als bei einer bloß vermittelnden Tätigkeit wie bei *Data Fairplay*. *Dime* trifft die Pflicht, nur solche Ausführungsverträge mit Unternehmen zu schließen, denen das Datensubjekt zugestimmt hat und die eine Gegenleistung beinhalten. Ferner hat *Dime* die Datensubjekte an dieser Gegenleistung in einem fairen Ausmaß zu beteiligen.<sup>58</sup> Die Umstände und Einzelheiten zu den abgeschlossenen Verträgen legt *Dime* jedoch nicht hinreichend offen, weshalb ein Verstoß gegen die Rechenschaftspflicht vorliegt.<sup>59</sup>

*Datacoup* agiert als Zwischenhändler, obwohl sich das Unternehmen auch als Vermittler bewirbt.<sup>60</sup> In dieser Konstellation sticht insbesondere die Pflicht heraus, die Bewertung der aufbereiteten Daten neutral vorzunehmen. Denn die Datensubjekte vertrauen auf diese Bewertung. Während eine höhere Bewertung einen größeren Verdienst für die Datensubjekte bedeutet, bedeutet sie eine gegebenenfalls geringere Gewinnspanne für den Datenverwerter. Die eigenen Interessen von *Datacoup* befinden sich hier im Konflikt mit den Interessen der

---

<sup>54</sup> OLG Hamm, Urteil vom 6. Juli 1995 – 18 U 72/95, NJW-RR 1996, 1081.

<sup>55</sup> Zum Erfordernis durch den Qualitätsstandard: Kapitel 9 B.III.1.

<sup>56</sup> S. hierzu ausführlich: Kapitel 17 A.IV.

<sup>57</sup> Zur Einordnung von *Dime*: Kapitel 10 E.I.

<sup>58</sup> Zum Erfordernis durch den Qualitätsstandard: Kapitel 9 B.III.2.

<sup>59</sup> S. hierzu ausführlich: Kapitel 15 D.IV.

<sup>60</sup> Zur Einordnung von *Datacoup*: Kapitel 10.E.III.

Datensubjekten, weshalb die Ausgestaltung des Modells von *Datacoup* als unzulässig einzustufen ist.<sup>61</sup>

V. Datenschutzrecht dient Schutz des Einzelnen und somit Verwirklichung seiner Interessen

Es wird untersucht, ob die schuldrechtliche Pflicht zur Interessenwahrnehmung datenschutzrechtlich widergespiegelt wird und ob das Datenschutzrecht den Datenverwertern weitere Interessenwahrnehmungspflichten auferlegt.

Ein Blick in die DSGVO zeigt zunächst, dass eine Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person nicht explizit normiert ist. Dennoch dient das Datenschutzrecht neben dem freien Verkehr personenbezogener Daten dem Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen.<sup>62</sup> Art. 1 DSGVO erläutert, dass „diese Verordnung [...] Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten [...] [enthält]“<sup>63</sup>. Sie „schützt die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten“<sup>64</sup>. Der „Datenschutz“ erschöpft sich somit gerade nicht im Schutz von Daten.<sup>65</sup> Vielmehr sind die hinter den Daten stehenden natürlichen Personen, die Betroffenen<sup>66</sup>, Schutzgegenstand des Datenschutzrechts.<sup>67</sup> Sie sollen vor der Preisgabe und Verwendung ihrer Daten präventiv geschützt werden.<sup>68</sup> Das Datenschutzrecht dient somit in erster Linie dem Persönlichkeitsschutz<sup>69</sup> und ist ein Menschenrecht.<sup>70</sup> Es dient

<sup>61</sup> S. hierzu ausführlich: Kapitel 17 B.IV.

<sup>62</sup> Art. 1 Abs. 1, 2, ErwGr. (1) DSGVO; *Pötters*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 1, Rdnr. 1 ff.; *Buchner*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 1; *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 1.

<sup>63</sup> Art. 1 Abs. 1 DSGVO.

<sup>64</sup> Art. 1 Abs. 2 DSGVO; zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz: Kapitel 3 A.

<sup>65</sup> *Pötters*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 1, Rdnr. 8.

<sup>66</sup> Eine Definition der betroffenen Person enthält Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

<sup>67</sup> *Pötters*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 1, Rdnr. 8.

<sup>68</sup> *Hornung/Spieker gen. Döbmann*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 3 f.

<sup>69</sup> *Pötters*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 1, Rdnr. 8.

<sup>70</sup> *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 7; *Hornung/Spieker gen. Döbmann*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 12.

keinen wirtschaftlichen Interessen der Datensubjekte, ergänzt jedoch die schuldrechtlichen Pflichten des Datenverwerter um Pflichten zur Wahrung des grundrechtlich gewährleisteten Rechts auf Persönlichkeitsschutz.

Die DSGVO stützt sich auf Art. 8 GR-Charta, der verfassungsrechtlichen Garantie eines Rechts auf Schutz personenbezogener Daten<sup>71</sup> und setzt das in Art. 8 Abs. 2 GR-Charta normierte Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt um.<sup>72</sup> Demnach sind Datenverarbeitungen grundsätzlich verboten und nur aufgrund einer Einwilligung oder einer gesetzlich geregelten Legitimationsgrundlage zulässig, Art. 6 Abs. 1 DSGVO.<sup>73</sup> Daneben konkretisieren die unmittelbar geltenden<sup>74</sup> Datenschutzgrundsätze des Art. 5 DSGVO<sup>75</sup> die allgemeinen Vorgaben zur Sicherstellung des Schutzes personenbezogener Daten<sup>76</sup> sowie der Zusicherung der in Art. 8 Abs. 2 GR-Charta garantierten Verarbeitungsgrundsätze.<sup>77</sup> So statuiert Art. 5 DSGVO beispielsweise die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, der Verarbeitung nach Treu und Glauben und der Zweckbindung.<sup>78</sup>

Neben den Datenschutzprinzipien (Art. 5 DSGVO) und dem Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 6 DSGVO) lässt auch die restliche Konzeption der DSGVO eine Ausrichtung auf die Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes des Einzelnen und somit Pflichten zur Wahrnehmung dieses Interesses erkennen. Der betroffenen Person steht eine Vielzahl an Betroffenenrechten zu,

---

<sup>71</sup> Art. 8 Abs. 1 GR-Charta; *Buchner*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 9; zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Rechts auf Datenschutz: Kapitel 3 A.

<sup>72</sup> Art. 8 Abs. 2 GR-Charta; *Buchner*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 11; *Ernst*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 1, Rdnr. 5.

<sup>73</sup> Art. 6 DSGVO; zum Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt: Kapitel 3 B.

<sup>74</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 1; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 23.

<sup>75</sup> Art. 5 Abs. 1 DSGVO; zu den Datenschutzgrundsätzen: Kapitel 3 A.

<sup>76</sup> *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 3, 20 ff.

<sup>77</sup> *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 2.

<sup>78</sup> Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 2.

Art. 12 ff. DSGVO, die insbesondere Transparenz-, Informations- und Löschpflichten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen beinhalten.<sup>79</sup> Daneben treffen die Verantwortlichen eine Vielzahl an Pflichten, Art. 24 ff. DSGVO.<sup>80</sup> Sie haben unter anderem Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die der Sensibilität des Schutzguts des Persönlichkeitsrechts Rechnung tragen.<sup>81</sup> Zur Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften legt die DSGVO den Verantwortlichen umfassende Dokumentations- und Nachweispflichten<sup>82</sup> auf, stattet die Aufsichtsbehörden mit weitreichenden Befugnissen aus<sup>83</sup> und implementiert wirksame Rechtsbehelfe und hohe Bußgelder.<sup>84</sup>

Schließlich wird die Berücksichtigung der grundrechtlichen Interessen der betroffenen Person, respektive des Persönlichkeitsschutzes, an verschiedenen Stellen der DSGVO explizit vorgeschrieben. So ist eine Datenverarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO erst nach einer Abwägung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten mit den Interessen der betroffenen Person zulässig.<sup>85</sup> Die Interessen der betroffenen Person am Schutz ihrer Daten sind auch beim Erlass bestimmter nationaler Vorschriften, die Datenverarbeitungen erlauben, einzubeziehen.<sup>86</sup> Neben dem Persönlichkeitsschutz

---

<sup>79</sup> Art. 12 ff. DSGVO; *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 1 ff.; *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 4; *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 12, Rdnr. 6

<sup>80</sup> Art. 24 ff. DSGVO; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 24, Rdnr. 1.

<sup>81</sup> Art. 32 ff. DSGVO; *Piltz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 32, Rdnr. 1 ff.; *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 32, Rdnr. 1.

<sup>82</sup> S. u.a. Art. 5 Abs. 2, Art. 24, Art. 30, Art. 35 DSGVO; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 24, Rdnr. 1, 9; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 30, Rdnr. 1.

<sup>83</sup> Art. 51 ff. DSGVO; *Boehm*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 51, Rdnr. 1, 10; *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 51, Rdnr. 2; vgl. auch EuGH, Urteil vom 09. März 2010 – C-518/07, NJW 2010, 1265; EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2012 – C-614/10, ZD 2012, 563.

<sup>84</sup> Art. 77 ff. DSGVO; *Bergt*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Vor Art. 77 bis 84, Rdnr. 2 f.; *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 77, Rdnr. 1.

<sup>85</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO; s. zu den Voraussetzungen: Kapitel 3 B.III.

<sup>86</sup> Vgl. etwa: Art. 9 Abs. 2 Buchst. b), g), j) und Art. 88 Abs. 2 DSGVO.

wird in vereinzelt Situationen auch der Schutz des lebenswichtigen Interesses der betroffenen Person bewahrt.<sup>87</sup>

Es lässt sich festhalten, dass die Wahrung der Interessen der betroffenen Person in der DSGVO zwar nicht explizit normiert ist und aus der DSGVO auch keine, mit der schuldrechtlichen Pflicht vergleichbaren, allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung abgeleitet wird. Jedoch ist die gesamte Konzeption der DSGVO – neben dem freien Verkehr personenbezogener Daten – auf den Schutz personenbezogener Daten und damit auf das Interesse des Einzelnen am Schutz seines Persönlichkeitsrechts ausgerichtet. Die schuldrechtliche Pflicht der Datenverwerter zur Interessenwahrnehmung wird durch die das Persönlichkeitsrecht der Datensubjekte schützenden datenschutzrechtlichen Pflichten ergänzt.

## B. Ausführende Person der interessenwahrnehmenden Tätigkeiten

Ein Interessenwahrer wird regelmäßig aufgrund des bestehenden Vertrauens des Auftraggebers in dessen Fähigkeiten zu Rate gezogen. In Deutschland ist die Interessenwahrnehmung daher im Zweifel unübertragbar (Abschnitt I.). Der niederländische Gesetzgeber verpflichtet aus diesem Gedanken heraus die natürliche Person, die der Geschäftsherr bei Abschluss des Vertragsverhältnisses „im Auge“ hatte, zur Ausführung der Interessenwahrnehmung. Auch wenn diese Person, der „tatsächliche *opdrachtnemer*“, nicht der juristische Vertragspartner („juristischer *opdrachtnemer*“) ist, werden beide zur gesamtschuldnerischen Haftung verpflichtet (Abschnitt II.). Die Rechtsordnungen reagieren folglich mit unterschiedlichen Vorschriften auf den Vertrauenscharakter interessenwahrrender Verhältnisse (Abschnitt III.). Die Ausführung der fremdnützigen Datenverwertung ist nach beiden Rechtsordnungen grundsätzlich nicht übertragbar (Abschnitt IV.). Ebenso ist die selbständige Übertragung der hierzu erforderlichen Datenverarbeitungen auf Dritte ohne gesonderte Rechtsgrundlage unzulässig (Abschnitt V.).

---

<sup>87</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. d), Art. 9 Abs. 2 Buchst. c), Art. 49 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO.

## I. Interessenwahrnehmung im Zweifel unübertragbar, § 664 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Öffnung der Interessensphäre des Geschäftsherrn gegenüber dem Interessenwahrer bringt es naturgemäß mit sich, dass dieser dem Interessenwahrer ein besonderes Vertrauen betreffend die Ausführung der Tätigkeiten entgegenbringt.<sup>88</sup> Die Person des Beauftragten und seine Zuverlässigkeit spielen dabei im Zweifelsfall eine entscheidende Rolle. Der Beauftragte soll deshalb auch persönlich für die Interessenwahrnehmung verantwortlich sein. Aus diesem Grund errichtet § 664 Abs. 1 S. 1 BGB ein disponibles Substitutionsverbot.<sup>89</sup> Im Zweifel darf die Ausführung der Tätigkeiten nicht an Dritte übertragen werden.<sup>90</sup> Das bedeutet aber nicht, dass der Auftragnehmer sich bei der Ausführung des Auftrags keiner Gehilfen bedienen dürfte. Die Einschaltung von Erfüllungsgehilfen ist unabhängig von dem Übertragungsverbot grundsätzlich gestattet,<sup>91</sup> da sie lediglich der Unterstützung des Beauftragten dient.<sup>92</sup> Entsprechend muss sich dieser das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB zurechnen lassen, § 664 Abs. 1 S. 3 BGB.<sup>93</sup>

Ob eine, gegebenenfalls verbotene, Substitution vorliegt, beurteilt sich unabhängig von formellen Aspekten und wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt. Nach der Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur sei es irrelevant, ob die Übertragung intern oder extern, vollständig oder nur teilweise geschieht. Entscheidend sei vielmehr, ob ein Dritter mit der „selbstständigen und eigenverantwortlichen Erledigung“ betraut wird.<sup>94</sup> Eine derartige

<sup>88</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 186; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 664, Rdnr. 2.

<sup>89</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 31; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 39, Rdnr. 5.

<sup>90</sup> § 664 Abs. 1 S. 1 BGB; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 1; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 8.

<sup>91</sup> § 664 Abs. 1 S. 3 BGB; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 1; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 664, Rdnr. 3; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 21.

<sup>92</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 664, Rdnr. 2.

<sup>93</sup> § 664 Abs. 1 S. 3 BGB; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 664, Rdnr. 6; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 21; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 7.

<sup>94</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 31; ähnlich: BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – III ZR 133/91 (München), NJW 1993, 1704 (1705); so auch *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 2; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 664, Rdnr. 2.

Delegation bewirke ein faktisches Einrücken des Dritten in die Stellung des Beauftragten, was der Vertrauenseinräumung zuwiderliefe.<sup>95</sup> Ein Ausscheiden des Beauftragten aus dem Auftragsverhältnis sei dafür nicht erforderlich.<sup>96</sup> Nach anderer Ansicht seien Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit ungeeignete Abgrenzungskriterien. Vielmehr sei die Abgrenzung zum bloßen Erfüllungsgehilfen entscheidend, da die Substitution ein dogmatisches *Aliud* hierzu bilde. Die nach dem Gesetzeswortlaut uneingeschränkte Zulässigkeit der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen zeige bereits, dass eine solche als unproblematisch anzusehen sei, sonstige Fälle der Hinzuziehung einer anderen Person im Umkehrschluss nicht.<sup>97</sup> Keine Substitution liegt bei einem sogenannten „weitergeleiteten Auftrag“ vor, bei dem der Beauftragte von vornherein nur die Einschaltung eines weiteren Beauftragten schuldet.<sup>98</sup>

§ 664 Abs. 1 S. 1 BGB stellt eine Auslegungsregel dahingehend auf, dass die Substitution im Zweifel nicht gestattet, ein Substitutionsverbot also der Regelfall ist.<sup>99</sup> Hierdurch wird von der allgemeinen Regel des § 267 Abs. 1 BGB, der eine Ausführung durch Dritte grundsätzlich gestattet, abgewichen.<sup>100</sup> Die Gestattung muss sich daher ausdrücklich oder durch Auslegung aus dem Auftrag ergeben.<sup>101</sup> Ist die Substitution erlaubt, tritt neben den ursprünglichen Auftrag (Hauptauftrag), ein Unterauftrag. Je nach Vertragsgestaltung ist die Substitutionsgestattung mit einer entsprechenden Vollmacht des Beauftragten verbunden, für den Auftraggeber einen Unterauftrag mit dem Substituten zu schließen. Es handelt sich dann um eine direkte Substitution (Fremdsubstitution). Besitzt der Beauftragte keine entsprechende Vollmacht des Auftraggebers und tritt deshalb gegenüber dem Substituten im eigenen Namen auf, kommt der

---

<sup>95</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 31.

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – III ZR 133/91 (München), NJW 1993, 1704 (1705).

<sup>97</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 6; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 187 f. stellt darauf ab, ob eine Person außerhalb des Einflussbereichs des Auftragnehmers steht. A.A. *Metzler*, AcP 159 (1960), 143, der zu dem Ergebnis kommt, dass Gehilfenschaft und Substitution auch gleichzeitig vorliegen können.

<sup>98</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 7; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 2; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 664, Rdnr. 4.

<sup>99</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 3; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 8.

<sup>100</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 8.

<sup>101</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 3.

Unterauftrag zwischen dem Auftragnehmer und dem Substituten zustande. In diesem Fall ist von einer indirekten Substitution (Eigensubstitution) die Rede.<sup>102</sup>

Vor der Substitutionsvornahme schuldet der Beauftragte im Regelfall die Ausführung des Auftrags in eigener Person. Nach einer Substitution hängt die Haftung des Auftragnehmers mit dem Gestattungsumfang zusammen. Bei einer Teilsubstitution bleibt der Beauftragte für die sonstigen Teilbereiche selbst verantwortlich. Bei einer Vollsubstitution und innerhalb der substituierten Bereiche bei einer Teilsubstitution kommt ihm die Haftungsbeschränkung des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB zugute.<sup>103</sup> § 664 Abs. 1 S. 2 BGB schränkt bei einer erlaubten Substitution das Verschulden des Auftragnehmers auf die Übertragung ein. Der Beauftragte haftet dann nur für die „sorgfältige Auswahl und Instruktion des Dritten“.<sup>104</sup> Eine Pflicht zur Überwachung des Dritten trifft ihn nur bei ausdrücklicher Vereinbarung.<sup>105</sup>

Die Haftung des Substituten ist im Auftragsrecht nicht geregelt und verläuft deshalb nach allgemeinen Regeln. Bei einer direkten Substitution kommt der Unterauftrag zwischen dem Substituten und dem Auftraggeber zustande; entsprechend haftet der Substitut dem Auftraggeber gegenüber unmittelbar aus dem Unterauftrag. Kommt der Unterauftrag im Falle der indirekten Substitution hingegen zwischen dem Auftragnehmer und dem Substituten zustande, hat der Auftraggeber keinen direkten Anspruch auf Schadenersatz. Der Beauftragte kann den Schaden des Auftraggebers dann aber im Wege der Drittschadensliquidation<sup>106</sup> gegen den Substituten geltend machen.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 11.

<sup>103</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 15.

<sup>104</sup> § 664 Abs. 1 S. 2 BGB; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – III ZR 133/91 (München), NJW 1993, 1704 (1706); Mansel, in: Jauernig-BGB, BGB § 664; Fischer, in: BeckOK-BGB, BGB § 664, Rdnr. 9; Wiese, in: Hk-BGB, BGB § 664, Rdnr. 4.

<sup>105</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 15.

<sup>106</sup> Die Lehre von der Drittschadensliquidation wird vom BGH als Gewohnheitsrecht angesehen, BGH, Urteil vom 21. Mai 1996 – XI ZR 199/95 (München), NJW 1996, 2734 (2735); Häuser, in: MüKo-HGB, HGB § 383, Rdnr. 80.

<sup>107</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 16; Mansel, in: Jauernig-BGB, BGB § 664, Rdnr. 4.

Umstritten ist die Anwendbarkeit von § 664 BGB auf entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge. Trotz fehlender Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB auf § 664 BGB, wird eine entsprechende Anwendung vielfach angenommen.<sup>108</sup> Häufig kann die Pflicht zur höchstpersönlichen Erbringung der Interessenwahrnehmung auch durch eine Anwendung des Dienstleistungsrechts, § 613 BGB, erreicht werden. Entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge, die auf eine Interessenwahrnehmung gerichtet sind, haben häufig dienstvertraglichen Charakter, weshalb die §§ 611 ff. BGB und somit auch die Unübertragbarkeitsanordnung des § 613 BGB,<sup>109</sup> Anwendung finden.<sup>110</sup> Unterschiede zwischen §§ 613 und 664 BGB bestehen aber in der Regelung des Haftungsmaßstabs. § 613 BGB enthält kein § 664 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechendes Haftungsprivileg.<sup>111</sup> Die Frage der analogen Anwendbarkeit von § 664 BGB auf entgeltliche Interessenwahrnehmungsverhältnisse spielt deshalb insbesondere im Hinblick auf das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB eine Rolle.<sup>112</sup> Mit *Löhnig* ist im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, Interessenkonflikte zu verhindern, eine Anwendung von § 664 BGB auch bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung zu befürworten. Die Übertragung der Interessenwahrnehmung auf einen Dritten wäre dann als Erfüllung der Interessenwahrnehmungspflicht anzusehen. Hierdurch hätte der Interessenwahrer, wenn eine solche Übertragung zur bestmöglichen Erfüllung der Interessen des Auftraggebers angezeigt ist, einen Anreiz, die Übertragung tatsächlich zu veranlassen. Ohne das Haftungsprivileg wäre er einem eigenen Haftungsrisiko ausgesetzt und könnte die Übertragung aus diesem Grund im eigenen Interesse und zu Lasten des Geschäftsherrn scheuen.<sup>113</sup>

Auch für die in dieser Arbeit untersuchten handelsrechtlichen Interessenwahrnehmungsverhältnisse – Kommission und Spedition – gilt damit jedenfalls

---

<sup>108</sup> So etwa BGH, Beschluss vom 22. April 2010 – VII ZB 15/09 (LG Potsdam), NJW 2010, 2346 (2347); *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 664, Rdnr. 1; für einen Überblick s. *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 188.

<sup>109</sup> § 613 S. 1 BGB bestimmt, dass „der zur Dienstleistung Verpflichtete [...] die Dienste im Zweifel in Person zu leisten [hat].“; s. auch Kapitel 4 A.

<sup>110</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 188 f.; *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 24.

<sup>111</sup> Vgl. § 613 BGB.

<sup>112</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 188 f.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 664, Rdnr. 3.

<sup>113</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 189 f.

§ 613 BGB; nach der hier vertretenen Ansicht auch § 664 BGB über § 675 BGB analog. Eine ausdrückliche Regelung zur Substitution sieht keines der handelsrechtlichen Verhältnisse vor. Die Erbringung der Leistung hat daher im Zweifel persönlich zu erfolgen. Die Einschaltung von Hilfspersonen ist, wie auch im Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht, erlaubt.<sup>114</sup>

## II. Gesamtschuldnerische Verantwortung des „tatsächlichen *opdrachtnemer*“, art. 7:404 BW

Auch der Gesetzgeber der Niederlande erkennt mit dem Erlass von art. 7:404 BW an, dass die Person, die die *opdracht* ausführt, für den *opdrachtgever* (Auftraggeber) von entscheidender Bedeutung für den Vertragsabschluss sein kann. Ausgangspunkt von art. 7:404 BW ist, dass der *opdrachtgever* (Auftraggeber) den *opdrachtnemer* (Auftragnehmer) für gewöhnlich gerade aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften und dem ihm entgegengebrachten Vertrauen auswählt.<sup>115</sup> Häufig erteilt ein *opdrachtgever* eine *opdracht* daher im Hinblick auf eine spezifische Person.<sup>116</sup> Die von dem *opdrachtgever* ausgesuchte Person kann der *opdrachtnemer* selbst sein.<sup>117</sup> Möglich ist jedoch auch, dass die *opdracht* nicht durch den „juristischen *opdrachtnemer*“ ausgeführt werden soll, sondern im Hinblick auf eine andere Person, den sogenannten „tatsächlichen *opdrachtnemer*“<sup>118</sup> erteilt wurde.<sup>119</sup> Für diesen Fall normiert art. 7:404 BW, dass der tatsächliche *opdrachtnemer* – bei bestehendem Vertragsverhältnis mit dem juristischen *opdrachtnemer* – zur Ausführung der Tätigkeit verpflichtet ist.<sup>120</sup>

Bei der Schaffung von art. 7:404 BW hatte der niederländische Gesetzgeber Situationen vor Augen, in welchen der Vertrag mit Personengesellschaften oder

<sup>114</sup> Für die Kommission s.: *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 10; *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 384, Rdnr. 8 ff.; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 384, Rdnr. 3; für die Spedition s.: *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 454, Rdnr. 34.

<sup>115</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 82.

<sup>116</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 82; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>117</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>118</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:404, aant. A4.

<sup>119</sup> *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:404, aant. 1; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>120</sup> Art. 7:404 BW; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

juristischen Personen geschlossen wird.<sup>121</sup> Ist der Gesprächspartner des *opdrachtgever* offensichtlich für eine Personengesellschaft oder eine juristische Person tätig, wird die Gesellschaft – und nicht der für diese Gesellschaft tätige Gesprächspartner – regelmäßig Vertragspartner des *opdrachtgever*. Möglich ist dann aber, dass eine bestimmte, für jene Rechtspersönlichkeit tätige, natürliche Person die *opdracht* ausführen soll.<sup>122</sup> Als Beispiel hierfür ist eine Partnerschaft von Rechtsanwälten zu nennen, wobei der Mandant wünscht, dass ein ganz bestimmter Rechtsanwalt die Sache vertreten solle. Möglich ist auch ein Behandlungsvertrag mit einem Krankenhaus, der einen bestimmter Arzt zur Durchführung der Operation vorsieht.<sup>123</sup>

Regelungsgegenstand von art. 7:404 BW ist nur die Situation, dass die *opdracht* gerade mit Blick auf einen tatsächlichen *opdrachtnemer* erteilt wird. In diesem Fall hat jener – und nicht der juristische *opdrachtnemer* – die vertragliche Leistung zu erbringen.<sup>124</sup> Wird die *opdracht* mit Hinblick auf den juristischen *opdrachtnemer* erteilt, ist art. 7:404 BW nicht anwendbar. In diesem Fall ergibt sich die Pflicht zur Leistungserbringung durch den Vertragspartner regelmäßig aus dem Schuldverhältnis an sich bzw. aus der *zorgplicht*<sup>125</sup> des art. 7:401 BW.<sup>126</sup> Gleichmaßen ist es möglich, dass der *opdrachtgever* keinerlei Präferenzen hinsichtlich der die *werkzaamheden* ausführenden Person hat.<sup>127</sup> In diesem Fall gilt die allgemeine Regelung des art. 6:30 lid 1 BW, der die Einschaltung Dritter bei der Erfüllung eines Schuldverhältnisses grundsätzlich erlaubt.<sup>128</sup> Art. 7:404 BW beinhaltet also keine Vorgaben über eine Einschaltung eines Dritten durch den

---

<sup>121</sup> MvT, Kamerstukken II 1982/83, 17 779, nr. 3, 4; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 1.

<sup>122</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 77; s. ausführlich zum Vertragsschluss mit Personengesellschaften, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 78.

<sup>123</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>124</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:404, aant. 2.

<sup>125</sup> Zur *zorgplicht*: Kapitel 15 A.II.

<sup>126</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:404, aant. 2; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>127</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>128</sup> Art. 6:30 lid 1 BW; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:404, aant. 2.

juristischen *opdrachtnemer*.<sup>129</sup> Es ist möglich und in der Praxis auch gebräuchlich, vertraglich von art. 7:404 BW abzuweichen.<sup>130</sup>

Ob die *opdracht* durch eine bestimmte Person ausgeführt werden soll, wird durch Auslegung des Vertrags bestimmt. Dabei werden auch die Verkehrsauffassung und Üblichkeiten der Branche berücksichtigt. Sollte eine persönliche Ausführung gewünscht sein, scheint es heutzutage nach der Verkehrsauffassung erforderlich, dass der *opdrachtgever* diesen Wunsch explizit präzisiert.<sup>131</sup>

Der Inhalt der Pflicht des art. 7:404 BW zur persönlichen Ausführung ist nicht wortwörtlich zu nehmen. Nicht alle erforderlichen Tätigkeiten müssen von dem tatsächlichen *opdrachtnemer* selbst vorgenommen werden. Insbesondere bloß unterstützende Tätigkeiten, z.B. Tätigkeiten von Assistenten, können durch Dritte durchgeführt werden. Die Pflicht zur persönlichen Ausführung verlangt lediglich, dass die wesentlichen Teile der *opdracht*, welche besondere Fähigkeiten und Sachkunde erfordern, persönlich durchgeführt werden. Welche Handlungen hierunter fallen ist entsprechend der Gegebenheiten der jeweiligen Branche zu bestimmen. Von diesen Handlungen abgesehen beinhaltet die persönliche Ausführung primär die Überwachung der vorzunehmenden Tätigkeiten.<sup>132</sup> Außerdem kann sich selbst dann, wenn die *opdracht* persönlich ausgeführt werden soll – explizit aus dem Vertrag oder aufgrund der Natur der *opdracht* – ergeben, dass der tatsächliche *opdrachtnemer* die Ausführung der *opdracht* übertragen darf.<sup>133</sup> Exemplarisch sind hier Krankheits- oder Urlaubsvertretungen zu nennen.<sup>134</sup>

Die Haftung für eine rechtmäßige Ausführung verbleibt unabhängig von der die *opdracht* ausführenden Person beim juristischen *opdrachtnemer*.<sup>135</sup> Der *op-*

<sup>129</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 2.

<sup>130</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 122; Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 5.

<sup>131</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 82; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>132</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 123.

<sup>133</sup> Art. 7:404 BW.

<sup>134</sup> Castermans/Krans, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 2; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 123.

<sup>135</sup> Art. 7:404 BW; Ernes, in: Bijzondere overeenkomsten, 229 (nr. 240).

*drachtgever* kann verlangen, dass die *opdracht* durch den tatsächlichen *opdrachtnemer* ausgeführt wird. Dann ist jene Person persönlich neben dem juristischen *opdrachtnemer* zur Erfüllung der *opdracht* gegenüber dem *opdrachtgever* verpflichtet.<sup>136</sup> Nach dem ausdrücklichen Willen des niederländischen Gesetzgebers soll der tatsächliche *opdrachtnemer* neben dem juristischen *opdrachtnemer* gesamtschuldnerisch im Sinne von art. 6:6 lid 2 BW haften und im Fall einer Schlechtleistung zum Schadenersatz verpflichtet sein.<sup>137</sup> Gemeinsam mit dem juristischen *opdrachtnemer* haftet er auch für die durch seine Hilfspersonen ausgeführten Tätigkeiten nach den grundsätzlichen vertragsrechtlichen Prinzipien aus art. 6:76 BW,<sup>138</sup> sowie für eine möglicherweise erlaubte Übertragung der *overeenkomst van opdracht* auf andere.<sup>139</sup> Dies unterscheidet ihn von gewöhnlichen Hilfspersonen, derer sich der juristische *opdrachtnemer* bei der Ausführung bedient.<sup>140</sup> Aufgrund der eigenen Haftbarkeit ist davon auszugehen, dass der tatsächliche *opdrachtnemer* gemäß art. 7:402 lid 2 BW die Befolgung von Anweisungen des juristischen *opdrachtnemer* aus angemessenen<sup>141</sup> Gründen verweigern darf.<sup>142</sup>

Diese sehr weitgehende Konsequenz des art. 7:404 BW ist insbesondere dann, wenn es sich bei dem tatsächlichen *opdrachtnemer* um einen Arbeitnehmer des juristischen *opdrachtnemer* handelt, starker Kritik ausgesetzt.<sup>143</sup> Die persönliche gesamtschuldnerische Haftung eines Arbeitnehmers liefe grundsätzlichen Prinzipien des BW zuwider. Es sei nicht einzusehen, weshalb einem Arbeitnehmer

---

<sup>136</sup> Art. 7:404 BW; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>137</sup> *Van Zeben/Reehuis/Slob*, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, 329 ff.; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 122; *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 3; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 3.

<sup>138</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 3; zur Haftung für Hilfspersonen, s. *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 91 ff.

<sup>139</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 3.

<sup>140</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 3.

<sup>141</sup> Der nl. Wortlaut „*redelijk*“ wird ins Deutsche wortwörtlich mit „redlich“ übersetzt. Jedoch erscheint eine Übersetzung mit „angemessen“ vom Sinn und Zweck der Vorschrift passender, vgl. *Mincke*, Einführung in das niederländische Recht, § 6, Rdnr. 88.

<sup>142</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 2; zum Weigerungsrecht des art. 7:402 lid 2 BW: Kapitel 15 C.II.

<sup>143</sup> S. für einen Überblick und unterschiedliche Lösungsansätze, *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:404, aant. 3.

einseitig durch den Arbeitgeber oder dessen Vertragspartner eine Aufgabe auf-erlegt werden sollte, die gegebenenfalls außerhalb seiner Interessen oder seiner Kapazitäten liegt und für deren Erfüllung der Arbeitnehmer dann persönlich haften soll, obwohl er selbst einen solchen Vertrag niemals abgeschlossen hätte. Eine solche persönliche Haftung des Arbeitnehmers stehe im Widerspruch zu dem im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer nicht für die Verbindlichkeiten seines Arbeitgebers eintreten müsse, es sei denn es handele sich um Ansprüche aus unerlaubter Handlung.<sup>144</sup>

Entsprechend hat die *Rechtbank Dordrecht* die weitreichende Haftung von art. 7:404 BW einschränkend ausgelegt und geurteilt, dass es Sinn und Zweck der Vorschrift sei, dass sich *opdrachtnemer* im Rahmen ihrer Berufsausübung nicht hinter einer Gesellschaft „verstecken“ könnten. Die Regelung bestrebe jedoch nicht, dass ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Dienstaussübung für eine mangelhafte Ausführung einzustehen habe. Für eine Haftung bedürfe es einer mit der Haftung übereinstimmenden Willenserklärung des abhängigen Arbeitnehmers.<sup>145</sup>

Es ist deshalb mit *Tjong Tijn Tai* davon auszugehen, dass die Rechtsfolge von art. 7:404 BW trotz des eindeutigen gesetzgeberischen Willens und des Wortlauts der Norm nicht uneingeschränkt gilt. Systematisch will er die Rechtsfolge von art. 7:404 BW mittels art. 7:400 lid 2 BW einschränken.<sup>146</sup> Art. 7:400 lid 2 BW besagt, dass die art. 7:401 bis 7:412 BW Anwendung finden, solange sich nicht aus dem Gesetz, dem Inhalt oder der Art der *overeenkomst van opdracht* oder aus Gewohnheitsrecht etwas anderes ergibt.<sup>147</sup> Nach *Tjong Tijn Tai* stelle die Rechtsfolge von art. 7:404 BW einen radikalen Bruch<sup>148</sup> mit dem BW dar.

<sup>144</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>145</sup> Rb. Dordrecht 7 mei 2008, NJF 2008/333 = ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0461; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 240).

<sup>146</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>147</sup> Art. 7:400 lid 2 BW.

<sup>148</sup> *Tjong Tijn Tai* spricht von einem „*radicale breuk met het systeem*“, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

Ein Systembruch liege insbesondere dann vor, wenn der tatsächliche *opdrachtnemer* dem juristischen *opdrachtnemer* untergeordnet und dennoch zur Haftung verpflichtet ist.<sup>149</sup>

Im Fall eines Rechtsanwalts hat der *Hoge Raad* hingegen geurteilt, dass die Tatsache, dass er seiner Tätigkeit im Rahmen einer persönlich haftenden Gesellschaft nachkam, weder ausschließt, dass die *opdracht* im Hinblick auf seine Person erteilt wurde, noch, dass er hieraus persönlich zur Haftung im Rahmen jener *opdracht* verpflichtet sei.<sup>150</sup> Hier sieht *Tjong Tijn Tan* die persönliche Haftung als noch vertretbar an, weil ein Anwalt durchaus selbst mit dem Mandanten interagiere und als Gesellschafter auch vom Gewinn profitiere. Für sonstige Konstellationen erachtet er die persönliche Haftung des tatsächlichen *opdrachtnemer* als unangemessen, weshalb sie auf Grund von art. 7:400 lid 2 BW als unanwendbar erklärt werden sollte.<sup>151</sup>

In der ausgewerteten Literatur waren im Zusammenhang mit art. 7:404 BW keine Ausführungen betreffend eine *opdracht tot belangenbehartiging* zu finden. Da bei einer solchen Ausprägung der *overeenkomst van opdracht* die Person des *opdrachtnemer* aufgrund des entgegengebrachten Vertrauens verstärkt in den Vordergrund rückt, wird sie wohl regelmäßig im Hinblick auf eine bestimmte Person abgeschlossen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in den überwiegenden Fällen einer *opdracht tot belangenbehartiging* eine Pflicht zur Ausführung durch diese bestimmte Person besteht. Jene ist, je nachdem, ob diese Person der juristische *opdrachtnemer* oder ein tatsächlicher *opdrachtnemer* ist, aus dem allgemeinen Vertragsverhältnis und der *zorgplicht*, oder aber aus art. 7:404 BW abzuleiten.

---

<sup>149</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>150</sup> HR 15 maart 2013, NJ 2013/290 = ECLI:NL:HR:2013:BY7840; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:404, aant. 3; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122. In einem anderen Fall hatte der HR hingegen einer persönlichen Haftung eines Anwalts, der tatsächlicher *opdrachtnemer* war, direkt aus art. 6:162 BW hergeleitet, sodass ein Rückgriff auf art. 7:404 BW nicht mehr nötig war, HR 18 september 2015, NJ 2016/66 = ECLI:NL:HR:2015:2745.

<sup>151</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – unterschiedliche Regelungen zur persönlichen Ausführung

Ein Vergleich der deutschen und der niederländischen Rechtsordnungen zeigt, dass beide Rechtsordnungen das Bedürfnis nach einer persönlichen Ausführung bei einer Interessenwahrnehmung anerkennen. Das bei der Übertragung einer Interessenwahrnehmung häufig bestehende Vertrauen des Auftraggebers in den Auftragnehmer soll nicht dadurch unterlaufen werden können, dass der Auftragnehmer die Leistungserbringung auf einen Dritten überträgt. Die gesetzliche Ausgestaltung dieses Ausgangsgedankens weist in Deutschland und den Niederlanden gravierende Unterschiede auf.

Der niederländische und der deutsche Gesetzgeber gehen zunächst von unterschiedlichen Ausgangslagen aus. Während in Deutschland bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen „im Zweifel“<sup>152</sup> von einer Unübertragbarkeit der Interessenwahrnehmung ausgegangen wird (§ 664 BGB), sieht das BW eine Unübertragbarkeit nur ausnahmsweise für den Fall, dass die *overeenkomst tot opdracht* im Hinblick auf eine bestimmte Person geschlossen wird, vor (art. 7:404 BW).<sup>153</sup> In Deutschland wird bei einer Interessenwahrnehmung also grundsätzlich von einer Unübertragbarkeit der Vertragserfüllung ausgegangen. Hierdurch wird von der allgemeinen schuldrechtlichen Vorschrift, dass die Leistung grundsätzlich durch Dritte erbracht werden kann, § 267 Abs. 1 BGB, abgewichen. Die Vorschriften zur *overeenkomst tot opdracht* weichen von der allgemein gültigen Möglichkeit einer Leistungserbringung durch Dritte, art. 6:30 lid 1 BW, grundsätzlich nicht ab. Die andersartige Wertung der Gesetzgeber lässt sich mit dem unterschiedlich weiten Anwendungsbereich der Vertragstypen erklären. Die unter das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht fallenden Vertragsverhältnisse haben in Deutschland stets Interessenwahrnehmungscharakter, während die *overeenkomst tot opdracht* mit ihrem weiteren Anwendungsbereich auch Vertragsverhältnisse erfasst, die in Deutschland als Dienst- oder Werkverträge eingestuft würden.<sup>154</sup> Auch einfach gehaltene erfolgsbezogene Tätigkeiten, wie beispielsweise die Tätigkeiten eines Kuriers oder auch die einer

<sup>152</sup> § 664 Abs. 1 BGB; s. auch § 613 BGB. Die Regelungen weichen von der allgemeinen Vorschrift des § 267 Abs. 1 BGB ab.

<sup>153</sup> Art. 7:404 BW.

<sup>154</sup> Zum Vergleich der Schuldverhältnisse: Kapitel 5 C.

Reinigung fallen in den Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht*.<sup>155</sup> Solche Tätigkeiten erfordern naturgemäß kein außergewöhnlich hohes Maß an Vertrauen in den Vertragspartner, weshalb eine Unübertragbarkeitsregelung in solchen Fällen den Schuldner unangemessen einschränken könnte. Entsprechend sieht das niederländische Regelungsregime zur *overeenkomst van opdracht* auch nur bei Vorliegen bestimmter Fälle die Unübertragbarkeit der Vertragsdurchführung vor. In Deutschland hingegen, wo die Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsregelungen überhaupt erst anwendbar sind, wenn die Wahrnehmung fremder Interessen Gegenstand des Schuldverhältnisses ist, geht die gesetzgeberische Wertung davon aus, dass in diesem Fall das besondere Vertrauen in die Person des Auftragnehmers regelmäßig im Vordergrund steht.

§ 664 BGB und art. 7:404 BW unterscheiden sich ferner dadurch, dass ihr Regelungsgehalt ein gänzlich anderer ist. Obwohl sich beide Normen auf die Person, die den Vertrag ausführt, beziehen, behandeln sie andersartige Fragestellungen. § 664 Abs. 1 S. 1 BGB statuiert ein grundsätzliches Substitutionsverbot, also das Verbot der Übertragung des Auftrags an einen Dritten. Für den Fall einer erlaubten Substitution regulieren die Sätze 2 und 3 des § 664 BGB Haftungsfragen. Ist eine Übertragung erlaubt, verringert das Haftungsprivileg des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB die Haftung des Auftragnehmers auf ein Auswahl- und Einweisungsverschulden. Regelungsgegenstand von art. 7:404 BW ist hingegen gerade nicht die – erlaubte oder verbotene – Übertragung der Tätigkeit auf Dritte, gegebenenfalls betriebsfremde Personen. Art. 7:404 BW legt vielmehr fest, dass die Ausführung der *opdracht* durch eine bestimmte Person zu erfolgen hat, wenn der *opdrachtgever* den Vertrag im Hinblick auf diese Person, den sogenannten tatsächlichen *opdrachtnemer*, abgeschlossen hat. Ist art. 7:404 einschlägig, trifft den tatsächlichen *opdrachtnemer* eine Erfüllungspflicht. Er haftet mit dem juristischen *opdrachtnemer* gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der *opdracht*. Beiden Ländern ist dagegen gemein, dass sie die Einschaltung von Hilfspersonen nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen erlauben.

Die drastische Rechtsfolge des art. 7:404 BW, namentlich die gesamtschuldnerische Haftung von tatsächlichem *opdrachtnemer* und juristischem *opdrachtnemer*

---

<sup>155</sup> Zum Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht*: Kapitel 5 B.

*mer*, ist aus einer deutschen Perspektive in mehrerlei Hinsicht schwer nachvollziehbar. Sie verstößt, wie auch von niederländischen Autoren und auch teilweise den Gerichten moniert, gegen verschiedene zivilrechtliche Grundsätze. Richtigerweise wird sie daher von *Tjong Tijn Tai* als Systembruch<sup>156</sup> bezeichnet. Zum einen unterscheidet die Regelung nicht danach, ob der tatsächliche *opdrachtnemer* dem juristischen *opdrachtnemer* untergeordnet ist oder nicht. Die hierdurch mögliche Haftungsbegründung von Arbeitnehmern für Verbindlichkeiten des Arbeitgebers mutet grundlos und willkürlich an. Dasselbe gilt für die Haftung eines Gesellschafters im Rahmen einer Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung. Durch art. 7:404 BW werden Haftungsregime, die eigentlich vor einer persönlichen Haftung schützen sollen, untergraben. Darüber hinaus erfordert die Regelung trotz haftungsrechtlicher Konsequenzen keine übereinstimmende Willenserklärung des tatsächlichen *opdrachtnemer*. Dies erinnert an einen – in Deutschland aufgrund eines Verstoßes gegen die Privatautonomie unzulässigen<sup>157</sup> – Vertrag zugunsten Dritter.

Es überrascht, dass ein *opdrachtgever*, der die *opdracht* im Hinblick auf eine andere Person als den juristischen *opdrachtnemer* erteilt, einen persönlich haftenden Gesamtschuldner dazugewinnt. Ein *opdrachtgever*, für den die ausführende Person nicht entscheidend ist, oder der eine Ausführung durch den juristischen *opdrachtnemer* wünscht, ist gleichermaßen an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung interessiert. Er hat dann nur einen Schuldner, seinen juristischen Vertragspartner. Warum ein *opdrachtgever*, der die Ausführung von einer anderen Person verlangt, zwei Schuldner in Anspruch nehmen kann, und ein *opdrachtgever*, der keine bestimmte Person oder aber eben seinen Vertragspartner im Blick hat, nicht, erscheint willkürlich. Zugleich scheint das Haftungsrisiko des juristischen *opdrachtnemer* aus dessen Sicht erhöht, wenn er gesamtschuldnerisch mit einer anderen Person haften muss, die ihm gegebenenfalls nicht untergeordnet ist oder aber aufgrund der eigenen Verantwortlichkeit seine Weisungen nicht zu befolgen hat. Zurecht versuchen daher viele niederländische Autoren die Regelung mittels des Rückgriffs auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Schuldrechts abzuschwächen.

<sup>156</sup> „Radicale breuk met het systeem“, *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 122.

<sup>157</sup> *Gottwald*, in: MüKo-BGB, BGB § 328, Rdnr. 261; *Schulze*, in: Hk-BGB, § 328, Rdnr. 5. Das Versprechen der Leistung eines Dritten ist zulässig, da sich aus dem bloßen Versprechen keine Leistungspflicht des Dritten ergibt, *Gottwald*, in: MüKo-BGB, BGB § 328, Rdnr. 262.

#### IV. Ausführung der Datenverwertung

Eine Anwendung der Vorschriften zur ausführenden Person bezogen auf die Datenverwertungsverhältnisse ergibt, dass die Datenverwerter regelmäßig selbst zur Ausführung verpflichtet sein werden. Die Auslegung der untersuchten Modelle hat keine Substitutionsgestattung im Sinne des § 664 Abs. 1 S. 1 BGB gezeigt, sodass nach deutschem Recht ein Substitutionsverbot gilt. Aufgrund der Vertrauensstellung, die das Verwertungsverhältnis prägt, ist davon auszugehen, dass der Vertrag im Hinblick auf die Person des *opdrachtnemers*, hier des Datenverwerter, geschlossen wurde. Die Pflicht zur Ausführung durch den *opdrachtnemer* selbst wird in diesem Fall aus dem Schuldverhältnis an sich bzw. aus der *zorgplicht*, art. 7:401 BW hergeleitet. Art. 7:404 BW fände nur dann Anwendung, wenn die Datensubjekte den Rahmenvertrag mit den Datenverwertern im Hinblick auf eine spezifische natürliche Person, die gegebenenfalls für den jeweiligen Datenverwerter tätig wird, schließen würden. Im Hinblick darauf, dass der Rahmenvertrag über einen Registrierungsprozess im Internet abgeschlossen wird, ist dies regelmäßig nicht der Fall.

#### V. Selbstständige Datenverarbeitungen durch Dritte nur mit Rechtsgrundlage zulässig

Den Datenverwertern ist es grundsätzlich erlaubt, Hilfspersonen bei der Vornahme der zulässigen Datenverarbeitungen für die Ausführung des Datenverwertungsverhältnisses einzuschalten (Abschnitt 1.). Dabei ist genauestens darauf zu achten, dass die Vorgaben einer Auftragsverarbeitung eingehalten sind und keine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt (Abschnitt 2.). Für die Einschaltung von Hilfspersonen im Datenverwertungsverhältnis können somit schuldrechtliche und datenschutzrechtliche Parallelen festgestellt werden (Abschnitt 3.).

##### 1. Einschalten von Hilfspersonen grundsätzlich erlaubt

Auch das Datenschutzrecht trifft Vorgaben zu der die Daten verarbeitenden Person und die Einschaltung von Hilfspersonen. Der Verantwortliche kann für die Datenverarbeitung prinzipiell auf die Hilfe spezialisierter Unternehmen zurückgreifen.<sup>158</sup> An die Einschaltung eines sogenannten Auftragsverarbeiters

---

<sup>158</sup> *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 8.

stellt Art. 28 DSGVO zur Wahrung des Schutzniveaus der DSGVO strenge Anforderungen auf.<sup>159</sup> Auftragsverarbeiter müssen gemäß Art. 28 Abs. 1 DSGVO „hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit [der DSGVO] erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet.“<sup>160</sup> Eine Unterbeauftragung darf nur bei vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verantwortlichen erfolgen.<sup>161</sup> Ferner muss ein Auftragsverarbeitungsvertrag oder ein anderes Rechtsinstrument nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO den Auftragsverarbeiter zur Weisungsgebundenheit und zur Erfüllung bestimmter Anforderungen verpflichten.<sup>162</sup> Art. 29 DSGVO ergänzt die Vorgaben von Art. 28 DSGVO durch das sogenannte „Verarbeitungsverbot unter Weisungsvorbehalt“. Demnach darf eine Datenverarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter grundsätzlich nur auf Weisung des Verantwortlichen erfolgen.<sup>163</sup> Hierdurch wird die Weisungsbefugnis des Verantwortlichen über Zweck und Mittel der Verarbeitung grundlegend und umfassend gesichert.<sup>164</sup> Sie ergänzt die in den Vertrag aufzunehmende vertragliche Weisungsgebundenheit aus Art. 28 Abs. 3 DSGVO um eine gesetzliche Regelung.<sup>165</sup>

Die Einschaltung von Auftragsverarbeitern entlastet den Verantwortlichen nicht von seiner Haftung.<sup>166</sup> Die Auftragsverarbeitung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich ein Verantwortlicher bei einer von ihm auszuführenden Datenver-

<sup>159</sup> Art. 28 DSGVO; *Klug*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 28, Rdnr. 1.

<sup>160</sup> Art. 28 Abs. 1 DSGVO; *Klug*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 28, Rdnr. 6; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 13 f.

<sup>161</sup> Art. 28 Abs. 2 DSGVO; zu Unterauftragnehmern: *Klug*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 28, Rdnr. 13 ff.; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 15 f.

<sup>162</sup> Art. 28 Abs. 3 DSGVO, schreibt detailliert den Regelungsinhalt vor; s. auch *Klug*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 28, Rdnr. 8 ff.

<sup>163</sup> Art. 29 DSGVO; *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 29, Rdnr. 1.

<sup>164</sup> *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 29, Rdnr. 4; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 29, Rdnr. 1.

<sup>165</sup> *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 29, Rdnr. 5; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 29, Rdnr. 2.

<sup>166</sup> *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 28, Rdnr. 11; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 11; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 2.

arbeitung der Unterstützung Dritter bedient. Der unterstützend tätige Auftragsverarbeiter ist weisungsgebunden. Dem Auftraggeber obliegt im Außenverhältnis die volle datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit für eine rechtmäßige Datenverarbeitung.<sup>167</sup> Er ist insbesondere für die Einhaltung der Auswahlanforderungen, die Prüfung der Nachweise und Garantien und für die Erfüllung der Ansprüche von Betroffenen haftbar.<sup>168</sup>

Das Instrument der Auftragsverarbeitung ist insbesondere vor dem Hintergrund des Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt<sup>169</sup> von Relevanz.<sup>170</sup> In Deutschland war, insbesondere vor und nach Verabschiedung der DSGVO, die Frage umstritten, ob der Verantwortliche für die Einbeziehung eines Auftragsverarbeiters eine über sein eigenes Verarbeitungsinteresse hinausgehende gesonderte Rechtsgrundlage benötigt.<sup>171</sup> Die Diskussion um diese sogenannte Privilegierungswirkung scheint deutschlandspezifisch zu sein<sup>172</sup> und sich darauf zurückführen zu lassen, dass die Privilegierungsfrage im BDSG a.F. mithilfe von Definitionen aufgelöst wurde.<sup>173</sup> Eine so nationale Sichtweise darf jedoch nicht zur Auslegung von EU-Recht herangezogen werden.<sup>174</sup> Statt einem Vergleich mit dem BDSG a.F. ist für die Frage nach der Rechtsgrundlage der Auftragsverarbeitung ein Vergleich mit der DS-RL zu ziehen. Diese sah zwar keine aus-

---

<sup>167</sup> *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 28, Rdnr. 11.

<sup>168</sup> *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 11; s. überblicksartig zur Haftung: *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 2.

<sup>169</sup> Art. 6 DSGVO; s. zum Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt: Kapitel 3 B.

<sup>170</sup> *Eckhardt*, CCZ 2017, 111 (111).

<sup>171</sup> *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 15; für das Erfordernis einer eigenen Rechtsgrundlage: *Rofsnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495 (497); *Dovas*, ZD 2016, 512 (516); zu den vertretenen Ansichten: *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 30 ff.

<sup>172</sup> *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 33; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 8.

<sup>173</sup> *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 33; zur Privilegierungswirkung nach dem BDSG a.F.: *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 13 f.

<sup>174</sup> *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 33.

drückliche Privilegierung vor, eine solche wurde aber von der Artikel-29-Datenschutzgruppe angenommen.<sup>175</sup> Das Institut der Auftragsverarbeitung ist europaweit anerkannt und wird, soweit ersichtlich, weder von den anderen Mitgliedstaaten<sup>176</sup> noch von der Artikel-29-Datenschutzgruppe hinterfragt.<sup>177</sup> „Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitungstätigkeit des Auftragsverarbeiters“ wird gemäß der Artikel-29-Datenschutzgruppe „durch den von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen erteilten Auftrag bestimmt.“<sup>178</sup>

Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Auftragsverarbeitung, die sich auf einen die Anforderungen des Art. 28 DSGVO währenden Auftragsverarbeitungsvertrag stützt, keiner weiteren Rechtsgrundlage nach Art. 6 DSGVO bedarf. Hierfür spricht auch die Konzeption der Verordnung, die den Auftragsverarbeiter den Weisungen des Verantwortlichen unterwirft (Art. 29 DSGVO) und die Haftungsverantwortung des Verantwortlichen für den Auftragsverarbeiter ausweitet.<sup>179</sup> Der Auftragsverarbeiter wird somit von der DSGVO „in das Lager des Verantwortlichen“ gestellt.<sup>180</sup>

## 2. Abgrenzung von Auftragsverarbeitung und gemeinsamer Verantwortlichkeit

Eine Datenverarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter bedarf dann keiner Rechtsgrundlage nach Art. 6 oder 9 DSGVO, wenn es sich tatsächlich um eine Auftragsverarbeitung handelt und der vermeintliche Auftragsverarbeiter die Daten nicht gemeinsam mit dem Verantwortlichen verarbeitet. Denn die Hin-

<sup>175</sup> Art.-29-DSG, Stellungnahme 1/2010, WP 169; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 19; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 33.

<sup>176</sup> In der niederländischen Kommentarliteratur findet die Privilegierungsfrage beispielsweise keine Erwähnung bei Art. 28 DSGVO, vgl. *Kroes*, in: T&C Privacy/Telecommunicatie (6. druk), AVG art. 28.

<sup>177</sup> *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 8.

<sup>178</sup> Art.-29-DSG, Stellungnahme 1/2010, WP 169, 31; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 8.

<sup>179</sup> *Eckhardt*, CCZ 2017, 111 (111 f.); *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 7 f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 15 ff.; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 28, Rdnr. 8a ff.

<sup>180</sup> *Schmitz/Dall'Armi*, ZD 2016, 427 (429); *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 28 DSGVO, Rdnr. 8.

zuziehung eines weiteren Verantwortlichen ist, ohne die Erfüllung eines Erlaubnistatbestands des Art. 6 DSGVO, nicht zulässig. Insbesondere ist Art. 26 DSGVO keine eigene Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung durch mehrere Verantwortliche und entbindet nicht vom Rechtmäßigkeitserfordernis. Vielmehr erfordert die Verarbeitung durch jeden einzelnen Verantwortlichen eine eigene Rechtsgrundlage.<sup>181</sup>

Für die Frage nach einer zulässigen Auftragsverarbeitung ist daher eine genaue begriffliche Abgrenzung zwischen Verantwortlichem, gemeinsam Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter unentbehrlich. „Verantwortlicher“ im Sinne der DSGVO ist gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO „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>182</sup> Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche legen gemäß Art. 26 DSGVO „gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest“.<sup>183</sup> „Auftragsverarbeiter“ ist hingegen „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“, Art. 4 Nr. 8 DSGVO.<sup>184</sup> Auftragsverarbeitung und gemeinsame Verantwortlichkeit sind anhand der Frage abzugrenzen, inwieweit eine Weisungsabhängigkeit in Bezug auf Zweck und Mittel der Datenverarbeitung besteht.<sup>185</sup> Die gemeinsame Verantwortlichkeit war bereits wiederholt Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung.<sup>186</sup> Der EuGH neigt zu einer weiten Auslegung des Begriffs der Verantwortlichkeit.<sup>187</sup>

---

<sup>181</sup> Art. 6 DSGVO; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 26 DSGVO, Rdnr. 11; *Hartung*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 26, Rdnr. 27; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 26, Rdnr. 1.

<sup>182</sup> Art. 4 Nr. 7 DSGVO; *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144).

<sup>183</sup> Art. 26 DSGVO.

<sup>184</sup> Art. 4 Nr. 8 DSGVO.

<sup>185</sup> *Specht-Riemenschneider/Schneider*, MMR 2019, 503 (504).

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 – C-210/16, *Facebook Fanpages*, ZD 2018, 357 = EuZW 2018, 534; EuGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – C-25/17, *Zeugen Jehovas*, ZD 2018, 469; EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 – C-40/17, *Fashion-ID*, MMR 2019, 579. Die Urteile des EuGH ergingen zwar zum Begriff des Verantwortlichen unter Art. 2 d) DS-RL. Die Definition des Verantwortlichen in der DSGVO ist jedoch identisch und die Rechtsprechung somit übertragbar, *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (70).

<sup>187</sup> *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (144).

In *Facebook Fanpages* urteilte er, dass die Betreiber einer Facebook Fanpage gemeinsam mit Facebook für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich sind.<sup>188</sup> Die sogenannte *Fashion-ID* Entscheidung stellt klar, dass auch der Betreiber einer Internetseite, der in diese Internetseite ein Social Plugin, z.B. einen „Gefällt mir“-Button von Facebook, einbindet, als für die Verarbeitung Verantwortlicher angesehen werden kann.<sup>189</sup>

Zur Untersuchung der Verantwortlichkeit ist zunächst zu erforschen, wer Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung festlegt. Die Befugnis zur Entscheidungsgewalt kann aus einer rechtlichen Zuständigkeit, dem tatsächlichen Einfluss oder implizierter Entscheidungsgewalt hergeleitet werden. Jedenfalls dann, wenn das Unternehmen Daten zu eigenen Zwecken verarbeitet, wird eine Verantwortlichkeit vorliegen.<sup>190</sup> Der EuGH stellte in *Facebook Fanpages* darauf ab, ob und inwieweit die an einer Verarbeitung Beteiligten einen „Beitrag zur Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung der personenbezogenen Daten [...] leisten“.<sup>191</sup> Eine Einflussnahme zu eigenen Zwecken durch die Organisation, Koordination und Ermunterung zu Datenverarbeitungen, sah der EuGH in *Zeugen Jehovas* als ausreichenden Beitrag an.<sup>192</sup> Die Verantwortlichkeit des jeweiligen gemeinsam Verantwortlichen sei jedoch auf „den Vorgang oder die Vorgänge der Verarbeitung [...] beschränkt, für den bzw. für die er tatsächlich über die Zwecke und Mittel entscheidet.“<sup>193</sup> Zur Feststellung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist also eine „wechselseitige“ Ergänzung<sup>194</sup> bzw. ein „gemeinsames Element“<sup>195</sup> ausreichend. Es ist weder erforderlich, dass die gemeinsam Verantwortlichen die gleichen Ziele verfolgen, noch, dass sie

---

<sup>188</sup> EuGH, *Facebook Fanpages*, ZD 2018, 357.

<sup>189</sup> EuGH, *Fashion-ID*, ZD 2018, 357.

<sup>190</sup> *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (147).

<sup>191</sup> EuGH, *Facebook Fanpages*, ZD 2018, 357 (358), Rdnr. 32; *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (70); *Zu Facebook Fanpages: Härting/Gössling*, NJW 2018, 2523.

<sup>192</sup> EuGH, *Zeugen Jehovas*, ZD 2018, 469 (472), Rdnr. 70; *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (70).

<sup>193</sup> EuGH, *Fashion-ID*, ZD 2019, 455, 2. Leitsatz; *Gierschmann*, ZD 2020, 69 (70 f.).

<sup>194</sup> *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (147).

<sup>195</sup> *Kartbeuser/Nabulsi*, MMR 2018, 717 (720); *Specht-Riemenschneider/Schneider*, MMR 2019, 503 (504).

gleichwertig einbezogen werden oder sich einen jeweiligen Zugang zu den personenbezogenen Daten eröffnen.<sup>196</sup> Üben beide Parteien Einfluss auf Mittel und Zweck der Verarbeitung aus, bleibt kein Raum mehr für eine Auftragsverarbeitung.<sup>197</sup>

### 3. Parallelen zu schuldrechtlichen Vorgaben

Die DSGVO bietet also ähnlich dem schuldrechtlichen Auftragsrecht die Möglichkeit, sich bei der Datenverarbeitung der Tätigkeit von Hilfspersonen, sogenannten Auftragsverarbeitern, zu bedienen. Die Einschaltung eines Auftragsverarbeiters ist bei Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 28 DSGVO uneingeschränkt zulässig. Der Auftragsverarbeiter ist den Weisungen des Verantwortlichen unterworfen; die Verantwortlichkeit für eine rechtmäßige Datenverarbeitung verbleibt entsprechend beim Verantwortlichen. Das Instrument der Auftragsverarbeitung ist von seinem Charakter her – Weisungsgebundenheit des Beauftragten und Haftung des Auftraggebers – mit der grundsätzlich zulässigen Einschaltung von Ausführungsgehilfen zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses zu vergleichen. Die Hinzuziehung weisungsgebundener Hilfspersonen zur Ausführung von Assistenz Tätigkeiten ist im deutschen wie im niederländischen Interessenwahrnehmungsrecht erlaubt.<sup>198</sup>

Für die Zulässigkeit einer datenschutzrechtlichen Auftragsverarbeitung ist von hoher Wichtigkeit, dass es sich tatsächlich um ein Auftragsverarbeitungsverhältnis handelt und keine gemeinsame Verantwortlichkeit des vermeintlich Beauftragten mit dem Auftraggeber vorliegt. Der EuGH legt die Hürde zum Vorliegen einer Verantwortlichkeit niedrig; entsprechend genau ist eine Qualifikation als Auftragsverarbeiter zu prüfen und von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit abzugrenzen. Die Übertragung der Tätigkeit an einen Dritten zur eigenverantwortlichen Ausführung ist hingegen datenschutzrechtlich grundsätzlich verboten. Für ein Tätigwerden als datenschutzrechtlicher Verantwortlicher, der Mittel und Zwecke der Verarbeitung selbst festlegt, ist stets das Vorliegen eines Erlaubnisgrundes des Art. 6 DSGVO erforderlich. Die Einschaltung eines

---

<sup>196</sup> *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (147); *Specht-Riemenschneider/Schneider*, MMR 2019, 503 (504).

<sup>197</sup> *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143 (148).

<sup>198</sup> S. hierzu Kapitel 15 B.I.-III.

selbstständigen Dritten im Zusammenhang mit Datenverarbeitungen kann also, ebenso wie die schuldrechtliche Übertragung einer Interessenwahrnehmung an einen Dritten, nur mit der Genehmigung der betroffenen Person erfolgen. Selbst wenn schuldrechtlich die Übertragung der Tätigkeit auf eine Dritte Person erlaubt wäre, dürften Datenverarbeitungen nur im Rahmen einer Auftragsverarbeitung ausgelagert werden. In den untersuchten Modellen ist jedoch auch von einem schuldrechtlichen Übertragungsverbot auszugehen,<sup>199</sup> sodass das Datenschutzrecht für die Datenverwertung keine über die schuldrechtlichen Vorgaben hinausgehenden Grenzen bewirkt.

### C. Konkretisierung der Interessenwahrnehmung durch Weisungen

Interessenwahrnehmungsverhältnisse betreffen die Angelegenheiten des Geschäftsherrn. Letzterer soll daher nach deutschem wie niederländischem Recht die Möglichkeit haben, die Art und Mittel der Wahrnehmung seiner Interessen durch Weisungen gegenüber dem Auftragnehmer zu konkretisieren (Abschnitte I. und II.). Die Weisungsgebundenheit des Interessenwahrers ist im deutschen Recht intensiver ausgeprägt als im niederländischen Recht (Abschnitt III.). Bei der fremdnützigen Datenverwertung unterliegen die Datenverwerter den Weisungen der Datensubjekte im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Möglichkeiten (Abschnitt IV.). Die Datensubjekte können auch auf die datenschutzrechtliche Lage einwirken. Hier kommt ihnen jedoch kein allgemeines Weisungsrecht zu, sondern lediglich bestimmte situationsgebundene Interventionsrechte (Abschnitt V.).

#### I. Spannungsverhältnis zwischen selbstständigem Tätigwerden und Weisungsbefugnis, § 665 BGB

Oft sind die Besorgungen, die der Interessenwahrer vornehmen soll, im Interessenwahrnehmungsverhältnis nur allgemein umrissen. Die „konkreten Einzelpflichten“ des Auftragnehmers variieren von Interessenwahrnehmungsverhältnis zu Interessenwahrnehmungsverhältnis. Einerseits hat der Interessenwahrer die Interessen selbstständig wahrzunehmen, da er häufig über weitreichendere

<sup>199</sup> Für Dtl. gilt das „im Zweifel“; für die Niederlande ergibt es sich aus der *zorgplicht*, s. Kapitel 15 B.I.-III.

Kompetenz oder Ressourcen als der Geschäftsherr verfügt. Der Entscheidungsbefugnis des Auftragnehmers steht andererseits die in § 665 BGB normierte Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber,<sup>200</sup> die die selbstständige Ausführung der Tätigkeit durch den Interessenwahrer begrenzt.<sup>201</sup> Der Umfang der Selbstbestimmtheit des Auftragnehmers und das Ausmaß der zu befolgenden Weisungen variieren einzelfallabhängig. In bestimmten Interessenwahrungsverhältnissen, wie etwa bei einem Kreditkartenvertrag, darf der Interessenwahrer ausschließlich auf Weisung des Geschäftsherrn tätig werden, sodass die Ausfüllung der Interessenwahrnehmung allein durch den Geschäftsherrn geschieht. In wiederum anderen Verhältnissen kann es zulässig sein, dass der Geschäftsherr auf sein Weisungsrecht komplett verzichtet und die Pflichtenkonkretisierung somit durch den Interessenwahrnehmer allein stattfindet.<sup>202</sup>

Solange der Geschäftsherr keine Weisungen erteilt, entscheidet der Auftragnehmer nach pflichtgemäßem Ermessen selbst über die Mittel der Interessenwahrnehmung. Dabei hat er sich an den Zielen der Interessenwahrnehmung zu orientieren.<sup>203</sup> Die konkreten Pflichten des Auftragnehmers finden ihre Grenzen in den allgemeinen Grundsätzen der §§ 134, 138 BGB. Er muss demnach keine Pflichten erfüllen, welche gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen würden. Auch muss er keine unverhältnismäßigen Anstrengungen unternehmen, es sei denn, diese sind ausdrücklicher Teil der Vereinbarung.<sup>204</sup> Durch eine Weisung des Geschäftsherrn wird das Ermessen des Beauftragten „ausgeschaltet“.<sup>205</sup> Den Geschäftsherrn trifft keine Pflicht, derartige Weisungen zu erteilen. Da es sich aber um seine Interessen handelt, soll er die Möglichkeit haben, die Wahrnehmung derselben jederzeit steuern zu können. Macht er also von seinem Weisungsrecht Gebrauch, so ergibt sich aus der Weisung eine kon-

---

<sup>200</sup> Vgl. § 665 BGB; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 29, Rdnr. 12; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 665, Rdnr. 2.

<sup>201</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 196.

<sup>202</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 196 f.

<sup>203</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 198; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 665, Rdnr. 28.

<sup>204</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 204 f.

<sup>205</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 206.

krete Pflicht innerhalb des Interessenwahrnehmungsverhältnisses, die der Auftragnehmer befolgen muss.<sup>206</sup> Weisungen sind grundsätzlich bindend.<sup>207</sup> Durch die strenge – „peinlich genau[e]“<sup>208</sup> – Weisungsgebundenheit tritt der fremdnützige Charakter des Auftrags zutage.<sup>209</sup> Aufgrund des Verweises in § 675 Abs. 1 BGB, besteht grundsätzlich auch im Rahmen entgeltlicher Geschäftsbesorgungsverträge eine Weisungsbefugnis.<sup>210</sup>

§ 665 S. 1 BGB erlaubt es dem Beauftragten unter bestimmten Bedingungen, von einer Weisung des Auftraggebers abzuweichen.<sup>211</sup> Der Beauftragte darf von Weisungen abweichen, „wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichungen billigen würde.“<sup>212</sup> § 665 S. 1 BGB gibt dem Auftragnehmer somit ein Werkzeug, die Interessenwahrnehmung mittels „situationsgerechter Reaktion[en] [...] optimieren“ zu können.<sup>213</sup> Der Auftragnehmer ist zum „Mitdenken“ verpflichtet,<sup>214</sup> sogenannter „denkender Gehorsam“<sup>215</sup>. Wird der Interessenwahrer gerade aufgrund seiner besonderen Kompetenz beauftragt, hat dieser eine „besondere Hinweis- oder Aufklärungspflicht“ bei Weisungen, die er „aufgrund seiner Fachkenntnis für interessen- oder zweckwidrig halten muss“.<sup>216</sup> Bedenken gegen Weisungen

<sup>206</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 206.

<sup>207</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 206 f.; a.A.: *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 1, der die Weisungsbindung aus der Treupflicht des Auftragnehmers, § 662 BGB ableitet.

<sup>208</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 665, Rdnr. 7; vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2007 – IX ZR 44/04 (OLG Karlsruhe), NJW 2008, 1309.

<sup>209</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 33.

<sup>210</sup> §§ 675 Abs. 1, 665 BGB; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 207; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 5.

<sup>211</sup> § 665 BGB; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 206 f.

<sup>212</sup> § 665 BGB; *Greiner*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 4, Rdnr. 182; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 206 f.; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 29, Rdnr. 12.

<sup>213</sup> *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 2.

<sup>214</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 210.

<sup>215</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 34; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 3.

<sup>216</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 211; BGH, Urteil vom 20. März 1984 – VI ZR 154/82 (Düsseldorf), NJW 1985, 42 (43); vgl. *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 662, Rdnr. 13.

muss er grundsätzlich vortragen; in unaufschiebbaren Fällen darf er gemäß § 665 S. 2 BGB ohne vorherige Anzeige weisungswidrig handeln.<sup>217</sup> Sollte aufgrund der Unaufschiebbarkeit der Abweichung eine vorherige Anzeige entbehrlich sein, so ergibt sich eine nachträgliche Benachrichtigungspflicht aus § 666 BGB.<sup>218</sup> Auch bei einer solchen sofortigen Abweichung ist der hypothetische Wille des Auftraggebers zu beachten.<sup>219</sup>

Der Auftraggeber soll soweit als möglich „Herr des Geschehens“ bleiben.<sup>220</sup> Auch bei unvernünftigen Weisungen soll er selbst entscheiden können, ob er an der Weisung festhält oder nicht.<sup>221</sup> Besteht der Geschäftsherr trotz eines entsprechenden Hinweises auf eine objektiv unvernünftige Weisung, so hat der Interessenwahrer entsprechend zu handeln. Es ist nicht die Aufgabe des Interessenwahrers, den Geschäftsherrn „vor sich selbst zu schützen“.<sup>222</sup> Der Beauftragte darf sich nicht über die Weisung hinwegsetzen, weil er sie selbst für unzumutbar hält.<sup>223</sup>

Die Weisungsbefugnis wird durch das dem Beauftragten Zumutbare begrenzt. Außerdem darf die Rechtsposition des Auftragnehmers durch Weisungen „nicht ausgehöhlt“ werden. Während der Geschäftsherr das Ziel vorgibt, be-

---

<sup>217</sup> § 665 S. 2 BGB; *Greiner*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 4, Rdnr. 182; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 210 f.

<sup>218</sup> *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 29, Rdnr. 12; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 37; s. zu Offenlegungspflichten allgemein: Kapitel 15 D.

<sup>219</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 665, Rdnr. 16; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 37.

<sup>220</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 35; *Martinek/Omlor* sprechen von „Herr des [...] Geschäfts“, *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 1.

<sup>221</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 35.

<sup>222</sup> BGH, Urteil vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03 (OLG Stuttgart), NJW-RR 2004, 484 (485); *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 662, Rdnr. 13; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 212.

<sup>223</sup> BGH, Urteil vom 29. Mai 1979 – II ZR 89/76 (Frankfurt), NJW 1978, 1852; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 1.

stimmt der Auftragnehmer grundsätzlich selbstständig den Weg der Zielerreichung.<sup>224</sup> Ansonsten wäre er Arbeitnehmer.<sup>225</sup> Die konkreten Pflichten des Interessenwahrers sind folglich durch ein Spannungsverhältnis zwischen der selbstständigen ermessensgemäßen Ausführung und dem Weisungsrecht des Geschäftsherrn geprägt.

Für den Kommissionär ist die Pflicht, die Weisungen des Kommittenten zu befolgen, explizit in § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB festgehalten.<sup>226</sup> Ausnahmsweise kann auch der Kommissionär von Weisungen des Kommittenten abweichen, wenn er den Umständen nach von einer Billigung des Kommittenten ausgehen durfte.<sup>227</sup> Zusätzlich stellt § 385 Abs. 1 HGB klar, dass ein weisungswidriges Handeln des Kommissionärs diesen schadenersatzpflichtig werden lässt und der Kommittent das weisungswidrige Geschäft nicht gegen sich gelten lassen muss.<sup>228</sup> Auch das Speditionsrecht wiederholt neben der Gültigkeit von § 665 BGB die Pflicht zur Befolgung von Weisungen in § 454 Abs. 4 Alt. 2 HGB.<sup>229</sup> Die Weisungsgebundenheit gilt auch hier nur für pflichtenkonkretisierende Weisungen. Die Ausführung einer vertragsändernden Weisung kann eine stillschweigende Vertragsänderung bedeuten.<sup>230</sup>

## II. Weisungsbefugnis des *opdrachtgever* und Beendigungsrecht des *opdrachtnemer*, art. 7:402 BW

Der *opdrachtnemer* ist gemäß art. 7:402 lid 1 BW dazu verpflichtet, Weisungen bezüglich der Ausführung der *opdracht* Folge zu leisten.<sup>231</sup> Die Norm ist

<sup>224</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 207 f.

<sup>225</sup> *Greiner*, Schuldrecht Besonderer Teil, § 4, Rdnr. 182.

<sup>226</sup> § 384 Abs. 1 Hs. 2 HGB; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 207.

<sup>227</sup> § 385 Abs. 2 HGB i.V.m. § 665 BGB; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 207.

<sup>228</sup> § 385 Abs. 1 HGB; *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 207.

<sup>229</sup> § 454 Abs. 4 Alt. 2 HGB.

<sup>230</sup> *Spieker/Schönfleisch*, in: BeckOK-HGB, HGB § 454, Rdnr. 39; *Paschke*, in: Oetker-HGB, HGB § 454, Rdnr. 11.

<sup>231</sup> Art. 7:402 lid 1 BW.

Ausfluss der *zorgplicht*<sup>232</sup> des *opdrachtnemer*. Das Rechtsverhältnis zwischen *opdrachtnemer* (Auftragnehmer) und *opdrachtgever* (Auftraggeber) ist davon geprägt, dass der *opdrachtgever* „meester“ (Meister) des Geschehens und daher zur Erteilung von Weisungen befugt ist, sogenannte „*instructiebevoegdheid*“ (Weisungsbefugnis).<sup>233</sup> Schließlich dient die *opdracht* in der Regel den Interessen des *opdrachtgever*. Ihm soll es möglich sein, genaue Angaben darüber machen zu können, wie seiner Meinung nach diesen Interessen bestmöglich Rechnung getragen wird.<sup>234</sup>

Der Weisungsbefugnis des *opdrachtgever* sind Grenzen gesetzt.<sup>235</sup> So werden einerseits an die Weisung an sich Anforderungen gestellt;<sup>236</sup> andererseits wirken sich Inhalt und Art der jeweiligen *opdracht* limitierend aus.<sup>237</sup> Zunächst unterliegt die Weisung nach dem Gesetzeswortlaut den Voraussetzungen, dass sie „*tijdig verleend*“ (rechtzeitig erteilt) und „*verantwoord*“ (vertretbar/ vernünftig) ist.<sup>238</sup> Die Weisung muss so rechtzeitig erfolgen, dass es dem *opdrachtnemer* möglich ist, ihr nachzukommen.<sup>239</sup> Betreffend die Frage, wann eine Weisung vertretbar ist, können freilich Meinungsverschiedenheiten entstehen.<sup>240</sup> Nicht rechtzeitig erteilten oder unvertretbaren Weisungen muss der *opdrachtnemer* nicht nachkommen.<sup>241</sup> Der *opdrachtnemer* muss mit „*gezond inzicht en begrip*“ (Kenntnis und Verständnis) handeln.<sup>242</sup> Unvertretbaren Weisungen darf er unter Umständen sogar nicht nachkommen. Hierin wäre ein Verstoß gegen die *zorgplicht*<sup>243</sup> zu sehen.<sup>244</sup>

<sup>232</sup> Zur *zorgplicht*: Kapitel 15 A.II.

<sup>233</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 71.

<sup>234</sup> Castermans/Krans, in: T&C BW, BW art. 7:402, aant. 1; Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 71; Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. A2.

<sup>235</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 71.

<sup>236</sup> Vgl. den Wortlaut von art. 7:402 lid 1 BW.

<sup>237</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 1; MvA, Kamerstukken I 1992/93, 17 779, nr. 95b, 2.

<sup>238</sup> „*De opdrachtnemer is gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende en verantwoorde aanwijzingen [...]*“, art. 7:402 lid 1 BW.

<sup>239</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 2.

<sup>240</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 2.

<sup>241</sup> Castermans/Krans, in: T&C BW, BW art. 7:402, aant. 3.

<sup>242</sup> Castermans/Krans, in: T&C BW, BW art. 7:402, aant. 3.

<sup>243</sup> S. zur *zorgplicht*: Kapitel 15 A.II.

<sup>244</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 2.

Ferner dürfen sich Weisungen nur auf Sachverhalte im Rahmen der *opdracht* beziehen.<sup>245</sup> Der Inhalt der vereinbarten Dienstleistung bildet gleichzeitig die Grenze der Weisungsbefugnis. Werden Weisungen nicht mehr durch den Inhalt des Vereinbarten gedeckt, muss der *opdrachtnemer* diese nicht akzeptieren.<sup>246</sup> Ein Anwalt kann beispielsweise nicht dazu verpflichtet werden, als Chauffeur seines Mandanten zu fungieren; auch nicht, wenn dieser das wünscht.<sup>247</sup> Neben dem Inhalt der *opdracht* wirkt die Art der *opdracht* begrenzend. Die Art der *opdracht* kann zu einer Einschränkung oder gar einem Ausschluss der Weisungsbefugnis führen, sogenannte „*professionele autonomie*“ (berufliche Autonomie).<sup>248</sup> Vom Vorliegen von *professionele autonomie* wird regelmäßig bei Ärzten und juristischen Berufen, etwa Notaren und Anwälten ausgegangen. Es sei selbstredend, dass ein Chirurg eine Operation grundsätzlich nach eigenem Ermessen durchführen darf.<sup>249</sup>

Die eigene Verantwortlichkeit des *opdrachtnemer* kann dazu führen, dass er das Schuldverhältnis aus wichtigen Gründen beenden darf oder sogar muss.<sup>250</sup> Ein solches Beendigungsrecht normiert art. 7:402 lid 2 BW.<sup>251</sup> Nach art. 7:402 lid 2 BW liegt ein wichtiger Beendigungsgrund vor, wenn der *opdrachtnemer* die Ausführung der *opdracht* aus „*redelijke*“ (vernünftigen/ vertretbaren<sup>252</sup>) Gründen verweigert.<sup>253</sup> Hierunter werden Gründe verstanden, die von der Art der *opdracht* und den Pflichten, denen der *opdrachtnemer* gegebenenfalls unterliegt,

<sup>245</sup> S. auch den Wortlaut von art. 7:402 lid 1 BW: „[...] *anwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht.*“

<sup>246</sup> Vgl. *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 237); *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 71.

<sup>247</sup> *Tjong Tijn Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 103.

<sup>248</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 71; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 237); s. auch: HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155.

<sup>249</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 71; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 237).

<sup>250</sup> Vgl. *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:402, aant. A2; *Tjong Tijn Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 104.

<sup>251</sup> Art. 7:402 lid 2 BW; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:402, aant. A2.

<sup>252</sup> Der nl. Wortlaut „*redelijk*“ wird ins Deutsche wortwörtlich mit „redlich“ übersetzt. Jedoch erscheint eine Übersetzung mit „vernünftig“ vom Sinn und Zweck der Vorschrift passender, vgl. *Mincke*, *Einführung in das niederländische Recht*, § 6, Rdnr. 88.

<sup>253</sup> Art. 7:402 lid 2 BW.

abhängen.<sup>254</sup> Neben dem Chirurgenbeispiel kann dabei an die Situation des Entgegenstehens zwingender gesetzlicher Regelungen gedacht werden. Einer Weisung, sich an strafrechtlich verbotenen Handlungen, wie beispielsweise Geldwäsche zu beteiligen, darf der *opdrachtnemer* nicht nachkommen. Auch branchenübliche Regelungen können der Pflicht zur Ausführung einer Weisung entgegenstehen.<sup>255</sup> Weigert sich der *opdrachtnemer* aus angemessenen Gründen, die Weisung des *opdrachtgever* zu befolgen, und hält dieser an seiner Weisung fest, so darf der *opdrachtnemer* die *opdracht* aus wichtigem Grund beenden.<sup>256</sup>

Aus dem in art. 7:402 lid 2 BW normierten Beendigungsrecht wird in einigen Fällen eine Hinweispflicht des *opdrachtnemer* abgeleitet. Er hat den *opdrachtgever* darauf hinzuweisen, wenn dieser aufgrund seiner fehlenden Sachkunde Weisungen erteilt, die zur Zielerreichung ungeeignet erscheinen.<sup>257</sup> Bevor der *opdrachtnemer* von seinem Beendigungsrecht Gebrauch macht, soll er versuchen, den *opdrachtgever* zur Einsicht zu bewegen und ihn vor Risiken zu warnen.<sup>258</sup>

Ob der *opdrachtnemer* bei einer Beendigung der *opdracht* trotz eines Beendigungsrechts schadenersatzpflichtig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und wird unterschiedlich beurteilt. Eine Schadenersatzpflicht des *opdrachtnemer* greift nach überwiegender Meinung dann, wenn er sein Beendigungsrecht so spät gebraucht, dass dem *opdrachtgever* hieraus Schäden entstehen können. Beispielhaft wird hier das Niederlegen eines Mandats am Abend vor der Gerichtsverhandlung angeführt.<sup>259</sup> *Lamers* plädiert dafür, dass einen *opdrachtnemer* bei berechtigter Beendigung der *opdracht* grundsätzlich keine

---

<sup>254</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 1; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 71.

<sup>255</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 105.

<sup>256</sup> Art. 7:402 lid 2 BW; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 237).

<sup>257</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 104.

<sup>258</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:402, aant. 3; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 104.

<sup>259</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:402, aant. 4; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 237); diesen Fall erkennt auch *Lamers* an, *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 73.

Schlechtleistung vorzuwerfen sei und er daher auch nicht für einen eventuellen Schaden aufkommen müsse.<sup>260</sup>

Die Parteien können von art. 7:402 BW abweichende Regelungen treffen. Sie können beispielsweise vereinbaren, dass der *opdrachtgever* keine konkreten Weisungen geben darf.<sup>261</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – stärkere Weisungsgebundenheit des Beauftragten im deutschen Recht

Das deutsche und das niederländische Interessenwahrnehmungsrecht sind von dem Gedanken geprägt, dass der Geschäftsherr grundsätzlich die konkreten Umstände der Ausführung der jeweiligen Interessenwahrnehmung bestimmen darf. Es geht schließlich um die Wahrnehmung seiner Interessen. Somit soll er auch entscheiden können, auf welchem Wege diese verwirklicht werden. Da sich der Inhalt des Vertragsverhältnisses häufig erst mit Ausführung der jeweiligen Interessenwahrnehmung konkretisiert, sehen sowohl das niederländische als auch das deutsche Recht eine verbindliche Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn vor. Der Geschäftsherr hat in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich das Recht, konkrete Weisungen betreffend die Art und Weise der Ausführung der Leistung durch den Interessenwahrer zu erteilen.<sup>262</sup>

Die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn ist in beiden Ländern ein Recht und keine Pflicht. Die erteilten Weisungen unterliegen ferner – trotz ihrer grundsätzlichen Bindungswirkung – gewissen Einschränkungen. Schließlich steht der Interessenwahrer nicht in einem mit Arbeitsverhältnissen vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis, sondern er ist aufgrund seiner Expertise zur selbständigen Ausführung der Tätigkeiten gehalten.

<sup>260</sup> Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 73.

<sup>261</sup> Nijland, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:402, aant. 1; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 103.

<sup>262</sup> Vgl. § 665 BGB und art. 7:402 lid 1 BW.

Beide Länder lehnen einen reinen Gehorsam des Interessenwahrers ab und befürworten einen „denkenden Gehorsam“<sup>263</sup> bzw. „gezond inzicht en begrip“<sup>264</sup> (Kenntnis und Verständnis) des Interessenwahrers. Auf unvertretbare, nicht zielführende Weisungen muss der Interessenwahrer den Geschäftsherrn hinweisen. Die Hinweispflicht ist in Deutschland in § 665 BGB normiert, in den Niederlanden wird sie aus dem Beendigungsrecht des *opdrachtnemer*, art. 7:402 lid 2 BW hergeleitet.

Die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn ist in den Niederlanden inhaltlich beschränkt. So müssen Weisungen rechtzeitig erfolgen und vertretbar sein. Erfüllt eine Weisung jene Voraussetzungen nicht, so muss der Interessenwahrer sie auch nicht beachten. Gegebenenfalls würde er durch eine Ausführung einer unvertretbaren Weisung gar gegen seine *zorgplicht* verstoßen. Hält der Geschäftsherr an einer Weisung fest und bestehen auf Seiten des Interessenwahrers „*redelijke*“ (angemessene) Gründe für eine Nichtausführung derselben, hat jener ein Beendigungsrecht. Angemessene Gründe bestehen etwa bei rechtlichen Verstößen oder wenn die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn aufgrund der Art des Schuldverhältnisses reduziert ist. Nach deutschem Recht muss der Interessenwahrer hingegen auch unvertretbare Weisungen umsetzen. Zwar hat er den Geschäftsherrn auf deren Zweckwidrigkeit hinzuweisen. Besteht der Geschäftsherr dennoch auf der Durchführung, darf der Geschäftsherr die Weisung nicht ignorieren. Er ist nicht dazu verpflichtet, den Geschäftsherrn „vor sich selbst zu schützen“<sup>265</sup>.

Insgesamt zeigt der Rechtsvergleich, dass die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn in Deutschland und den Niederlanden auf dem gleichen Gedanken beruht, nämlich darauf, dass die Vorstellung des Geschäftsherrn über die Art und Weise, wie seine Interessen umzusetzen sind, ausschlaggebend ist. Beide Rechtsordnungen erkennen auch an, dass dem Interessenwahrer eine eigene Autono-

---

<sup>263</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, § 11, Rdnr. 34; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger-BGB, BGB § 665, Rdnr. 3.

<sup>264</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:402, aant. 3.

<sup>265</sup> BGH, Urteil vom 11. November 2003 – XI ZR 21/03 (OLG Stuttgart), NJW-RR 2004, 484 (485); *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 662, Rdnr. 13; *Löbnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 212.

mie bei der Ausführung zukommt und dass dieser häufig aufgrund seiner Sachkunde herangezogen wird. So ist der Interessenwahrer in beiden Ländern zum „denkenden Gehorsam“ verpflichtet, das heißt Bedenken über unvertretbare Weisungen hat er mitzuteilen. Die Gehorsamspflicht des Interessenwahrers im deutschen Recht scheint etwas weitreichender als im niederländischen Recht zu sein. Nach deutschem Recht muss ein Interessenwahrer bei ausdrücklichem Wunsch des Geschäftsherrn auch Weisungen ausführen, die dem Zweck des Rechtsverhältnisses zuwiderlaufen könnten. Der deutsche Geschäftsherr muss nicht „gegen sich selbst geschützt“ werden. In den Niederlanden wird die Weisung an sich an zeitlichen und inhaltlichen Grenzen bemessen. Die Weisungsbefugnis kann aufgrund der Art des Schuldverhältnisses eingeschränkt oder ausgeschlossen sein. Ferner verstößt der niederländische Interessenwahrer, der eine unvertretbare Weisung ausführt, gegen seine *zorgplicht*. Der größte Unterschied in den beiden Regelungsregimen ist deshalb darin zu sehen, dass der Interessenwahrer nach deutschem Recht zur Ausführung unvertretbarer Weisungen verpflichtet ist; nach niederländischem Recht kann die Ausführung solcher Weisungen zu einer Pflichtverletzung führen.

#### IV. Weisungsrecht der Datensubjekte gegenüber den Datenverwertern

Den Datensubjekten kommt nach der deutschen und der niederländischen Rechtsordnung die Befugnis zum Erteilen von Weisungen zu. Das Datenverwertungsverhältnis zielt auf die Verwertung der personenbezogenen Daten der Datensubjekte. Entsprechend sind die Datensubjekte auch als „Herren des Verwertungsgeschehens“ anzusehen. Die konkreten Umstände der Datenverwertung müssen ihnen überlassen sein. So sollten sie etwa bestimmen können, welche Daten sie zu welchen Zwecken verwerten möchten. Alle drei untersuchten Modelle eröffnen den Datensubjekten Einwirkungsmöglichkeiten in unterschiedlichem Maße. *Dime* bietet beispielsweise die Möglichkeit, zunächst die Art der verknüpften Dienste und anschließend die Art der Daten sowie die Verwertungszwecke auszuwählen.<sup>266</sup> Auch *Data Fairplay* und *Datacoup* ermöglichen eine Auswahl an Verknüpfungsmöglichkeiten.<sup>267</sup> Die Auswahlmöglichkeiten werden von allen Modellen transparent dargestellt, sodass das Vertragsverhältnis nach seiner vertraglichen Ausgestaltung auf diese

<sup>266</sup> Vgl. den Internetauftritt von *Dime*: Kapitel 8 A.

<sup>267</sup> Vgl. die Internetauftritte: Kapitel 8 B., C.

Auswahlmöglichkeiten begrenzt ist. Betreffend die Höhe der Vergütung halten sich sämtliche Modelle bedeckt. Die Datensubjekte haben nicht die Möglichkeit, diesbezüglich Anforderungen zu stellen oder Weisungen zu erteilen. Dies scheint jedoch vertretbar. Der Markt der Verwertung personenbezogener Daten von Einzelpersonen erschließt sich – jedenfalls nach der Leistungsbeschreibung der Datenverwerter – gerade erst. Weder Datensubjekte noch Datenverwerter können daher konkrete Vorstellungen über die tatsächlichen Absatzerfolge haben.

#### V. Datenschutzrechtliche Interventionsrechte der betroffenen Person

Die schuldrechtliche Weisungsbefugnis der Datensubjekte wirft die Frage auf, ob den Datensubjekten entsprechende datenschutzrechtliche Instrumente zur Verfügung stehen. Die betroffene Person hat mittels des Rechts auf Berichtigung (Art. 16 DSGVO), auf Löschung (Art. 17 DSGVO), auf Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DSGVO) sowie mittels des Widerrufs- und Widerspruchsrechts (Art. 7 Abs. 3, Art. 21 Abs. 1 DSGVO) die Möglichkeit, Einfluss auf die Datenverarbeitung zu nehmen, sogenannte Interventions- und Steuerrechte.<sup>268</sup> Als Konkretisierung des in Art. 8 GR-Charta verankerten Rechts auf Datenschutz sind die Betroffenenrechte der Art. 16 ff. DSGVO nicht abdingbar und können nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden.<sup>269</sup> Ob in diesen Rechten einem Weisungsrecht entsprechende Instrumente zu sehen sind, bedarf einer genaueren Untersuchung.

Eine Ausübung der aufgezählten Rechte ist, abgesehen vom Widerruf der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO, den die betroffene Person jederzeit erklären kann,<sup>270</sup> an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft. Das in Art. 16

---

<sup>268</sup> *Reif*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 16, Rdnr. 1; *Franck*, RDV 2016, 3, 111 (113); *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 16, Rdnr. 3. Zum Widerrufs- und Widerspruchsrecht als kollisionsauflösende Normen: Kapitel 14 D.II.1.

<sup>269</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 6; zum Zusammenspiel von Datenschutzrecht und Vertragsrecht, s. auch: Kapitel 14 D.I.

<sup>270</sup> Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Der Widerruf wirkt *ex nunc*, *Stemmer*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 7, Rdnr. 89; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 7, Rdnr. 16.

DSGVO statuierte Recht auf Berichtigung erfordert beispielsweise eine Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der personenbezogenen Daten.<sup>271</sup> Vom Recht auf Löschung kann nur bei Vorliegen der in Art. 17 Abs. 1 DSGVO aufgezählten Gründe und Nichtvorliegen eines Ausschlussstatbestands des Absatzes 3 Gebrauch gemacht werden.<sup>272</sup> Den Voraussetzungstatbeständen des Art. 17 Abs. 1 DSGVO ist gemein, dass sie Situationen erfassen, in denen eine Verarbeitung aufgrund datenschutzrechtlicher Sachverhalte nicht (mehr) zulässig ist.<sup>273</sup> Das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Art. 18 DSGVO, dient insbesondere der Überbrückung von Unklarheiten und der Herstellung eines vorübergehenden Schutzzustands.<sup>274</sup> Auch das Recht auf Einschränkung ist an das Vorliegen der in Art. 18 Absatz 1 DSGVO genannten abschließenden Tatbestände geknüpft.<sup>275</sup> Die Ausübung des Widerspruchsrechts ist ebenfalls auf bestimmte, in Art. 21 DSGVO genannte Fallgruppen beschränkt. Es gewährt der betroffenen Person kein allgemeines Recht, der Verarbeitung personenbezogener Daten zu widersprechen.<sup>276</sup>

<sup>271</sup> Art. 16 DSGVO; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 16, Rdnr. 16; *Paal*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 16, Rdnr. 15, 18; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 16, Rdnr. 8, 26. Zum Begriff der Unrichtigkeit/ Unvollständigkeit: *Reif*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 16, Rdnr. 10 ff.; *Kamann/Braun*, in: Ehmman/Selmayr-DSGVO, Art. 16 DSGVO, Rdnr. 13 ff, 36 ff.

<sup>272</sup> Art. 17 Abs. 1, Abs. 3 DSGVO; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 1; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 2 f.

<sup>273</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 1 Buchst. a)-f) DSGVO, s. insbes. Art. 17 Abs. 1 Buchst. d); *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 14 f.; *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 9.

<sup>274</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 DSGVO; *Kamann/Braun*, in: Ehmman/Selmayr-DSGVO, Art. 18 DSGVO, Rdnr. 2; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 18, Rdnr. 9.

<sup>275</sup> S. Art. 18 Abs. 1 Buchst. a)-d) DSGVO; *Paal*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 18, Rdnr. 12, 15; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 18, Rdnr. 2, 9 ff.; *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 18, Rdnr. 3 ff.

<sup>276</sup> Art. 21 Abs. 1, 2 und 6 DSGVO; *Helfrich*, in: Sydow-DSGVO, Art. 21, Rdnr. 1; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 5; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 21, Rdnr. 1.

An die Ausübung der vorgestellten Betroffenenrechte knüpft die DSGVO präzise Rechtsfolgen. Die Rechte der Betroffenen sind unter anderem auf ein Verlangen nach Berichtigung<sup>277</sup>, nach Löschung<sup>278</sup> und nach Einschränkung<sup>279</sup> begrenzt. Sie ermöglichen keine voraussetzungslose und rechtsfolgenoffene Möglichkeit, die Art und Weise des Verarbeitungsvorgangs zu beeinflussen. Voraussetzungsunabhängig jederzeitig möglich ist allein der Widerruf der Einwilligung, dessen Umfang die betroffene Person frei wählen kann.<sup>280</sup> Er entzieht der Datenverarbeitung die Rechtsgrundlage *ex nunc* und lässt zukünftige Datenverarbeitungen unzulässig werden.<sup>281</sup> Der Widerruf wirkt sich aber gerade nicht gestaltend auf die Art und Weise der Datenverarbeitung aus – vielmehr zielt er auf eine Einstellung derselben.<sup>282</sup> Einwilligung und Widerruf gewähren der betroffenen Person somit das Recht zur Permission und zur Intervention.<sup>283</sup>

Es bleibt festzuhalten, dass die DSGVO der betroffenen Person zwar eine Anzahl an Einwirkungsrechten gewährleistet. Eine von bestimmten Sachverhalten losgelöste Möglichkeit, auf die Art und Weise der Datenverarbeitung einzuwirken, existiert jedoch nicht. Die größtmögliche Gestaltungsmöglichkeit erhält die betroffene Person, wenn für die Verarbeitung eine Einwilligung erforderlich ist. In diesem Fall kann der Betroffene seine Einwilligung in dem von ihm gewollten Umfang abgeben und somit auf bestimmte Verarbeitungszwecke beschränken. Bei einem Meinungswechsel kann er die erteilte Einwilligung oder Teile derselben jederzeit widerrufen, sodass zukünftige Datenverarbeitungen unzulässig

---

<sup>277</sup> Art. 16 DSGVO; zum Inhalt des Berichtigungsanspruchs: *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr-DSGVO*, Art. 16 DSGVO, Rdnr. 30 ff.; *Herbst*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 16, Rdnr. 18 ff., 28 ff.

<sup>278</sup> Art. 17 Abs. 1 DSGVO; zum Inhalt des Löschantritts: *Peuker*, in: *Sydow-DSGVO*, Art. 17, Rdnr. 31 ff.; *Herbst*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 37 ff.

<sup>279</sup> Art. 18 Abs. 1, 2 DSGVO; zum Inhalt des Anspruchs auf Einschränkung: *Herbst*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 18, Rdnr. 28 ff.; *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr-DSGVO*, Art. 18 DSGVO, Rdnr. 25 ff.

<sup>280</sup> *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 35.

<sup>281</sup> Art. 7 Abs. 3 DSGVO; *Klement*, in: *Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 85, 90; *Ingold*, in: *Sydow-DSGVO*, Art. 7, Rdnr. 46, 48; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 7, Rdnr. 35 ff.

<sup>282</sup> Vgl. *Franck*, RDV 2016, 3, 111 (113).

<sup>283</sup> *Franck*, RDV 2016, 3, 111 (112 f.).

werden.<sup>284</sup> Die Datensubjekte haben jedoch kein, mit dem schuldrechtlichen Weisungsrecht vergleichbares, allgemeines datenschutzrechtliches Gestaltungsrecht.

## D. Offenlegung und Rechenschaft im Interessenwahrnehmungsverhältnis

Offenlegungspflichten stützen sich auf die Annahme, dass sich ein aufgeklärter Vertragspartner selbst hinreichend schützen kann. Sie dienen der Überwindung von Informationsasymmetrien, einer gelungenen Ausführung des Vertragsverhältnisses und somit der Kommunikation zwischen Interessenwahrer und Geschäftsherrn.<sup>285</sup> Häufig fehlt dem Geschäftsherrn der erforderliche Einblick in die Geschehnisse, um mögliche Interessenkonflikte zu erkennen. Werden solche jedoch offengelegt, kann er informiert beurteilen, ob und wie er seine Interessen schützen möchte.<sup>286</sup> Gegebenenfalls kann er von seinem Weisungsrecht<sup>287</sup> Gebrauch machen oder von ursprünglichen Wünschen abweichen.<sup>288</sup> *Kumpan* bezeichnet die Offenlegungspflichten als „Kern der Interessenwahrnehmungspflicht“.<sup>289</sup>

Die Offenlegungspflichten werden durch Rechenschaftspflichten ergänzt.<sup>290</sup> Rechenschaftspflichten sind weitreichender als Offenlegungspflichten.<sup>291</sup> Durch den Rechenschaftsanspruch erhält der Geschäftsherr die Möglichkeit, zu erfahren, wie der Interessenwahrer mit den zur Verfügung gestellten Mitteln

<sup>284</sup> S. zum Widerrufs- und Widerspruchsrecht als Interventionsrechte auch: Kapitel 14 D.I.

<sup>285</sup> Für Dtl.: *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 245 f.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 1; für die Nl.: *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 238).

<sup>286</sup> Für Dtl.: *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 245 f.; für die Nl.: *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 108.

<sup>287</sup> Zum Weisungsrecht: Kapitel 15 C.

<sup>288</sup> Für Dtl.: *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 214; für die Nl.: *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 108.

<sup>289</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 245.

<sup>290</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 287.

<sup>291</sup> Für Dtl.: *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 666, Rdnr. 5; für die Nl.: *Lamers*, Opracht, lastgeving en bemiddeling, 77.

umgegangen ist.<sup>292</sup> Er wird im Nachhinein in die Lage versetzt, die Kontrolle über die vorgenommenen *werkzaamheden* auszuüben.<sup>293</sup>

Neben den Normen, die explizit auf eine Offenlegungs- oder Rechenschaftspflicht ausgerichtet sind, bestehen auch im Zusammenhang mit Weisungen Hinweispflichten. In beiden Rechtsordnungen besteht die Pflicht des Interessenwahrers, den Geschäftsherrn auf unvertretbare Weisungen hinzuweisen, um dem Geschäftsherrn, dem es möglicherweise an der entsprechenden Sachkunde fehlt, die Möglichkeit zu geben, seine Weisung zu überdenken und gegebenenfalls zurückzunehmen.<sup>294</sup>

Offenlegungspflichten während der Durchführung des Interessenwahrnehmungsverhältnisses werden in Abschnitt I. vorgestellt. Rechenschaftspflichten in Deutschland und den Niederlanden sind Gegenstand von Abschnitt II. Die rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass die untersuchten Rechtsordnungen Interessenwahrern vergleichbare Pflichten auferlegen (Abschnitt III.). Die vorgestellten Pflichten gelten auch im fremdnützigem Datenverwertungsverhältnis. Beim Datenverwerter *Dime* lässt sich ein Verstoß gegen die Rechenschaftspflicht feststellen (Abschnitt IV.). Die Datenverwerter unterliegen neben den schuldrechtlichen Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten auch datenschutzrechtlichen Informations- und Benachrichtigungspflichten (Abschnitt V.).

## I. Offenlegung während Durchführung der Interessenwahrnehmung

### 1. Benachrichtigungspflicht des Beauftragten, § 666 Fall 1 BGB und Auskunftsanspruch des Geschäftsherrn, § 666 Fall 2 BGB

Allgemeine Rechtsgrundlage der Offenlegungspflicht bei der Wahrnehmung fremder Interessen aufgrund eines Vertragsverhältnis ist in Deutschland § 666 Fall 1 BGB.<sup>295</sup> § 666 BGB entspringt dem Auftragsrecht und gilt aufgrund

---

<sup>292</sup> Für Dtl.: *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 289 f.; für die Nl.: *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2.

<sup>293</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 112.

<sup>294</sup> S. hierzu: Kapitel 15 C.

<sup>295</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 247 f.

der Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB auch für entgeltliche Geschäftsbesorgungsverhältnisse.<sup>296</sup> Gemäß § 666 Fall 1 BGB ist „[...] der Beauftragte [...] verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben [...]“.<sup>297</sup> Das bedeutet, dass der Beauftragte dem Geschäftsherrn ohne Aufforderung all diejenigen Informationen mitzuteilen hat, die jener benötigt, um „seine Rechte wahrnehmen, Pflichten erfüllen und sachgerechte Entscheidungen“ treffen zu können.<sup>298</sup> Der Auftragnehmer muss den Geschäftsherrn bei Erforderlichkeit auf eigene Initiative hin unterrichten. Der Geschäftsherr hat aber keinen einklagbaren Anspruch auf Erfüllung dieser Pflicht. Die Benachrichtigungspflicht des § 666 Fall 1 BGB wird durch § 666 Fall 2 BGB ergänzt, der spiegelbildlich einen Auskunftsanspruch des Auftraggebers normiert.<sup>299</sup>

Die von § 666 Fall 1 BGB verlangte Erforderlichkeit bemisst sich nach der Eignetheit, Erforderlichkeit im engen Sinne und Verhältnismäßigkeit der Benachrichtigung.<sup>300</sup> Der Parameter der Geeignetheit verlangt eine vollständige und unmissverständliche sowie nachprüfbar Information.<sup>301</sup> Die Erforderlichkeit im engen Sinne bestimmt den Zeitpunkt der Information. Die Information kann vor,<sup>302</sup> während oder auch nach der Ausführung fällig sein.<sup>303</sup> Inhalt und Umfang der Benachrichtigungspflicht werden durch die Verhältnismäßigkeitsanforderung definiert. Entscheidend ist die objektive Bedeutung der Information, subjektive Bedürfnisse sind irrelevant.<sup>304</sup> Der Auftraggeber ist über „alle

<sup>296</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 666, Rdnr. 2; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 3.

<sup>297</sup> § 666 Fall 1 BGB.

<sup>298</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 247 f.; so auch *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 215 f.

<sup>299</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 6, 22.

<sup>300</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 23.

<sup>301</sup> BGH, Urteil vom 07. Mai 2002 – XI ZR 197/01 (Bamberg), NJW 2002, 2703; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 4; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 23.

<sup>302</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 1991 – IX ZR 250/89 (Stuttgart), NJW 1991, 982; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 4.

<sup>303</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 24.

<sup>304</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 25.

Umstände zu benachrichtigen“, die für ihn von Bedeutung sind.<sup>305</sup> Informationsdichte und -tiefe hängen von den Umständen des Einzelfalls ab, etwa der Selbstständigkeit der Ausführung und Branchenüblichkeiten.<sup>306</sup>

Die Offenlegungspflicht des § 666 Fall 1 BGB beinhaltet auch die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten. Interessenkonflikte können den Interessenwahrer stets beeinflussen und stellen somit eine abstrakte oder konkrete Gefährdung für die Interessen des Geschäftsherrn dar. Eine Offenlegung derselben ist daher immer im Sinne von § 666 Fall 1 BGB erforderlich.<sup>307</sup> Die Pflicht zur Offenlegung besteht schon dann, wenn sich ein Interessenkonflikt anbahnt. So wird gewährleistet, dass der Geschäftsherr möglichst frei reagieren kann.<sup>308</sup> Ein bloßer Hinweis auf das Bestehen eines Konflikts ist nicht ausreichend. Es ist vielmehr erforderlich, die Gründe für den Konflikt aufzuzeigen und es dem Geschäftsherrn so zu ermöglichen, sich eine eigene Entscheidungsgrundlage zu bilden.<sup>309</sup>

Der in § 666 Fall 2 BGB normierte Auskunftsanspruch des Geschäftsherrn ergänzt die Benachrichtigungspflicht des Interessenwahrers aus § 666 Fall 1 BGB.<sup>310</sup> Inhalt und Umfang des Anspruchs hängen von Auftragsgegenstand, Üblichkeit im Geschäftsverkehr und Auftragszweck ab.<sup>311</sup> Wie schon die Benachrichtigungspflicht kann ein Anspruch auf Auskunft bereits vor der Auftragsausführung bestehen. Ein Auskunftsverlangen des Geschäftsherrn ist dann

---

<sup>305</sup> BGH, Urteil vom 20. November 1997 – III ZR 310/95 (KG), NJW 1998, 680 (681); BGH, Urteil vom 23. November 2004 – XI ZR 137/03 (OLG Celle), NJW 2005, 1113 (1114); *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 4.

<sup>306</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 25; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 666, Rdnr. 2.

<sup>307</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 247 f.; so auch *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 215 f.

<sup>308</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 216; ähnlich *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 244 f.

<sup>309</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 217.

<sup>310</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 6, 22.

<sup>311</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 6; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 27.

zulässig, wenn dieser ein berechtigtes Interesse hat.<sup>312</sup> Hierfür ist ein allgemeines Interesse auf Überprüfung der Tätigkeit des Beauftragten ausreichend.<sup>313</sup> Der Auskunftsanspruch bezieht sich nur auf das jeweilige Rechtsverhältnis. Es ist nicht möglich, ihn gänzlich abzubedingen. Gerade in Fällen, in welchen der Interessenwahrer die Interessen des Geschäftsherrn treuwidrig verletzt hat, muss Letzterer ein Recht auf Auskunft haben, um Vorkehrungen zum Schutz seiner Interessen treffen zu können.<sup>314</sup>

Das HGB enthält in § 384 Abs. 2 Hs. 1 entsprechende Pflichten des Kommissionärs.<sup>315</sup> Der Kommissionär hat dem Kommittenten „[...] die erforderlichen Nachrichten zu geben“.<sup>316</sup> Auch die handelsrechtlichen Offenlegungspflichten erfordern eine Mitteilung über alle Informationen, welche für Entscheidungen des Geschäftsherrn wichtig sind.<sup>317</sup> Hierzu zählt die Benachrichtigung über mögliche Gefahren für die Interessen des Kommittenten bzw. des Unternehmers aufgrund potenzieller Interessenkonflikte. Hat der Geschäftsherr Kenntnis von möglichen Beeinträchtigungen, kann er seine Weisungen den Gegebenheiten anpassen.<sup>318</sup> Für das Speditionsgeschäft sind die Pflichten des § 666 Fall 1 und 2 BGB über § 675 BGB anwendbar.<sup>319</sup>

---

<sup>312</sup> Das berechtigte Interesse ist ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 27.

<sup>313</sup> BGH, Urteil vom 19. Mai 2016 – III ZR 274/15, NJW-RR 2016, 842, Rdnr. 43; BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 – III ZR 282/14, NJW-RR 2016, 1391, Rdnr. 29; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 5.

<sup>314</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 287 f.; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 7.

<sup>315</sup> Vgl. § 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 249 f.

<sup>316</sup> §§ 384 Abs. 2 Hs. 1, 86 Abs. 2 HGB.

<sup>317</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 249 f.; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 51; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 384, Rdnr. 14.

<sup>318</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 249 f.

<sup>319</sup> *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 454, Rdnr. 127 ff.; *Paschke*, in: Oetker-HGB, HGB § 454, Rdnr. 8; *Koller*, in: KKRD-HGB, HGB § 454, Rdnr. 1.

Eine ausdrückliche Offenlegungspflicht, wie sie in § 666 BGB und § 384 HGB verankert ist, existiert für das Maklerrecht nicht. Sie wird stattdessen aus der allgemeinen Pflicht zur Interessenwahrnehmung<sup>320</sup> sowie aus der Pflicht zur Unparteilichkeit bei Doppeltätigkeit<sup>321</sup> hergeleitet.<sup>322</sup> Aus dem besonderen Treuverhältnis ergeben sich Aufklärungs- und Beratungspflichten.<sup>323</sup> Auch ein Makler muss seinen Auftraggeber somit über „alle Umstände, insbesondere also Interessenkonflikte“ informieren, die ihn bei der Durchführung seiner Vertragspflichten beeinflussen könnten.<sup>324</sup> Der Umfang der Unterrichtungspflicht hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>325</sup>

## 2. Art. 7:403 lid 1 BW – Unterrichtung über Ausführung und Fertigstellung der *opdracht*

In den Niederlanden sind Offenlegungspflichten im Rahmen der *overeenkomst van opdracht* gesetzlich normiert. Art. 7:403 lid 1 BW bestimmt, dass der *opdrachtnemer* (Auftragnehmer) den *opdrachtgever* (Auftraggeber) stets über die von ihm vorgenommenen *werkzaamheden* zur Ausführung der *opdracht* zu unterrichten und ihn unverzüglich von der Fertigstellung in Kenntnis zu setzen hat.<sup>326</sup> Aus der Unterrichtungspflicht wird ein Fragerecht des *opdrachtgever* abgeleitet.<sup>327</sup>

---

<sup>320</sup> Zur Pflicht zur Interessenwahrnehmung: Kapitel 15 A.I.

<sup>321</sup> Diese Pflicht ist in § 654 BGB verankert, s. hierzu: Kapitel 17 A.I.

<sup>322</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 250 f.

<sup>323</sup> BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 – I ZR 152/17, NJW 2019, 1223, Rdnr. 12, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 08. Juli 1981 – Iva ZR 244/80 (Frankfurt), NJW 1981, 2685; BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – III ZR 146/06 (OLG Hamm), NJW-RR 2007, 711, Rdnr. 11; *Fischer*, NJW 2019, 1182 (1185).

<sup>324</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 250 f.; s. auch BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 – I ZR 152/17, NJW 2019, 1223, Rdnr. 12, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 08. Juli 1981 – Iva ZR 244/80 (Frankfurt), NJW 1981, 2685; BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – III ZR 146/06 (OLG Hamm), NJW-RR 2007, 711, Rdnr. 11.

<sup>325</sup> BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 – I ZR 152/17 = NJW 2019, 1223, Rdnr. 12, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 08. Juli 1981 – Iva ZR 244/80 (Frankfurt), NJW 1981, 2685; BGH, Urteil vom 18. Januar 2007 – III ZR 146/06 (OLG Hamm), NJW-RR 2007, 711, Rdnr. 11; *Fischer*, NJW 2019, 1182 (1185).

<sup>326</sup> Art. 7:403 lid 1 BW: „*De opdrachtnemer moet de opdrachtgever op de hoogte houden van zijn werkzaamheden ter uitvoering van de opdracht [...]*“.

<sup>327</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 1.

Die Regelung ist Ausfluss der Tatsache, dass die Ausführung der *opdracht* grundsätzlich auf das Interesse des *opdrachtgever* gerichtet ist<sup>328</sup> und konkretisiert die *zorgplicht* des *opdrachtnemer*.<sup>329</sup> Sie stellt eine gute Kommunikation zwischen den Parteien sicher.<sup>330</sup> Der *opdrachtnemer* hat im Rahmen des Erforderlichen nachzufragen, ob die von ihm vorgenommenen *werkzaamheden* mit der Vorstellung des *opdrachtgever* im Einklang stehen. Er hat den *opdrachtgever* zu informieren, sodass dieser eine Entscheidung treffen und gegebenenfalls mit der Erteilung einer Weisung reagieren kann.<sup>331</sup>

Umfang und Inhalt der Unterrichtungspflicht werden entweder durch eine gesonderte Absprache bestimmt oder ergeben sich – falls eine solche Absprache nicht bestehen sollte – aus der Art der *opdracht*, der Redlichkeit und den Umständen des konkreten Einzelfalls („*de opdracht in concreto*“).<sup>332</sup> Bei einer auf ein konkretes Ziel gerichteten *opdracht* werden grundsätzlich geringere Mitteilungspflichten bestehen als bei einer *opdracht*, welche eine Interessenwahrnehmung zum Gegenstand hat.<sup>333</sup> Die Informationspflicht besteht nicht nur auf Anfrage, sondern der *opdrachtnemer* hat die Informationen ungefragt, auf eigene Initiative hin, mitzuteilen.<sup>334</sup> Die in art. 7:403 lid 1 BW normierte Unterrichtspflicht beinhaltet gleichzeitig ein aktives Fragerecht des *opdrachtgever*. Das Fragerecht ist durch den Maßstab der Angemessenheit begrenzt.<sup>335</sup> Der *opdrachtgever* darf den *opdrachtnemer* nicht durch wiederholtes Fragen unredlich belasten.<sup>336</sup>

<sup>328</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 108; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 74.

<sup>329</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:403, aant. 1; *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 238); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 75.

<sup>330</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 75.

<sup>331</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 108; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 75.

<sup>332</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 238); *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 109; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 1; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 75; HR 25 maart 1977, nr. 11079, NJ 1977/448 = ECLI:NL:PHR:1977:AC5918.

<sup>333</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 109.

<sup>334</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 76; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 1; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 108.

<sup>335</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 1.

<sup>336</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:403, aant. 2; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 1.

Erkennt der *opdrachtgever* aufgrund der Art der *opdracht* nicht von selbst, dass die *opdracht* fertiggestellt wurde, trifft den *opdrachtnemer* die Pflicht, den *opdrachtgever* über die Fertigstellung unverzüglich zu unterrichten.<sup>337</sup> Der Mandant eines Privatdetektivs kann beispielsweise ohne entsprechende Mitteilung nicht wissen, wann die Person, welche er sucht, gefunden wurde.<sup>338</sup> Die konkrete Ausformung und auch der Zeitpunkt der Informationspflicht hängen ebenso wie der Zeitpunkt der allgemeinen Unterrichtungspflicht von der Art der *opdracht* ab.<sup>339</sup>

Die Unterrichtungspflichten gelten ebenso für die Sonderformen der *overeenkomst van opdracht*, soweit diese keine besonderen Regelungen treffen.<sup>340</sup> Sie sind abgesehen von der *agentuurovereenkomst*<sup>341</sup> abdingbar. Eine Abdingbarkeit bietet sich etwa an, wenn ein Erfolg geschuldet ist.<sup>342</sup>

### 3. Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten – *belangenverstrengeling*, art. 7:418 BW

Im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* ist eine spezifisch auf Interessenkonflikte bezogene Mitteilungspflicht normiert. Art. 7:418 BW dient als Auffangvorschrift für die art. 7:416 und 7:417 BW, die weitere Regelungen zu Interessenkonflikten, insbesondere auch Handlungsbeschränkungen,<sup>343</sup> vorsehen.<sup>344</sup> Hat ein *lasthebber* ein direktes oder indirektes Interesse am Zustandekommen einer *rechtshandeling*, so ist er gemäß art. 7:418 lid 1 BW dazu verpflichtet, den *lastgever* hierüber zu informieren.<sup>345</sup> Die in diesem Fall bestehende Interessenverflechtung wird *belangenverstrengeling* genannt.<sup>346</sup>

<sup>337</sup> Art. 7:403 lid 1 BW.

<sup>338</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 111.

<sup>339</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 238); *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 1.

<sup>340</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 43.

<sup>341</sup> Art. 7:445 lid 1 BW; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:403, aant. 1.

<sup>342</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 76.

<sup>343</sup> S. zu den art. 7:416 und 417 BW: Kapitel 16 B.III. und B.IV.

<sup>344</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 242.

<sup>345</sup> Art. 7:418 lid 1 BW; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 124; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 242.

<sup>346</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 264); *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:418; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 242.

Freilich hat ein *lasthebber* häufig das Interesse, seinen meistens an den Erfolg der *rechtshandeling* geknüpften Entgeltanspruch zu realisieren. Für solche Situationen ist art. 7:418 BW nicht vorgesehen.<sup>347</sup> Es geht nicht um das Interesse am Zustandekommen irgendeiner, sondern vielmehr einer ganz bestimmten *rechtshandeling*.<sup>348</sup> In der Literatur herrscht Unstimmigkeit über die Reichweite von art. 7:418 BW.<sup>349</sup> Interessenverflechtungen können aufgrund familiärer Verbundenheit des *lasthebber* mit der Gegenpartei bestehen.<sup>350</sup> Ein solches, für den *lastgever* nicht erkennbares Interesse kann der *lasthebber* auch an einer Gesellschaft haben, für die er unerkannt als Vertreter auftritt.<sup>351</sup>

Die Mitteilungspflicht besteht, sobald das direkte oder indirekte Interesse vorhanden ist. Der *lastgever* soll selbst die Möglichkeit erhalten, zu entscheiden, ob die gegebene Situation einer bestmöglichen Wahrnehmung seiner eigenen Interessen durch den *lasthebber* entgegensteht.<sup>352</sup> Die Mitteilungspflicht besteht somit unabhängig davon, ob das eigene Interesse des *lasthebber* tatsächlich mit den Interessen des *lastgever* konkurriert.<sup>353</sup> Sie entsteht auch dann, wenn das eigene Interesse des *lasthebber* erst nach Abschluss der vorgenommenen Tätigkeiten entsteht. Die Vorschrift ist demnach weit auszulegen.<sup>354</sup> Eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht greift, wenn der Inhalt der *rechtshandeling* so genau feststeht, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen sind.<sup>355</sup>

<sup>347</sup> *Van Neer-van den Broek*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:418, aant. 2.

<sup>348</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 124.

<sup>349</sup> *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 124.

<sup>350</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 264).

<sup>351</sup> *MvA*, *Kamerstukken II 1991/92*, 17 779, nr. 8, 6; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 264); *van Neer-van den Broek*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:418, aant. 1.

<sup>352</sup> HR 15 september 2017, NJ 2018/164 = ECLI:NL:HR:2017:2366; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:418, aant. 2.

<sup>353</sup> HR 6 april 2007, *Savills/B&S*, NJ 2008/493 = ECLI:NL:PHR:2007:AZ5440; *Meijer*, *MvV* 2007, nr. 5, 90 (91 f.).

<sup>354</sup> HR 6 april 2007, *Savills/B&S*, NJ 2008/493; *Meijer*, *MvV* 2007, nr. 5, 90 (91 f.); *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 242.

<sup>355</sup> Art. 7:418 lid 1 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 264); *van Neer-van den Broek*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:418, aant. 2.

Bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht verliert der *lasthebber* als Sanktion seinen Entgeltanspruch.<sup>356</sup> Er muss eventuellen Schadenersatzforderungen des *lastgever* nachkommen.<sup>357</sup> Diese in art. 7:418 lid 2 BW normierte Sanktion ist zum Schutz des *lastgever* zwingender Natur, sowohl wenn der *lastgever* ein Verbraucher ist, als auch wenn dieser in seiner Tätigkeit als Unternehmer handelt.<sup>358</sup> Einen solchen Schutz eines unternehmerischen *lasthebber* gewährleisten die art. 7:416 und 417 BW nicht. Die zwingende Natur der dort normierten Sanktionen ist an die Verbrauchereigenschaft geknüpft.<sup>359</sup>

Die Vorschriften der *lastgevingsovereenkomst* und somit die Pflicht zur Mitteilung von Interessenkonflikten ist mittels der *schakelbepaling* des art. 7:424 BW auf sämtliche Verpflichtungen zur mittelbaren oder direkten Vertretung anwendbar, auch wenn sie nur untergeordneter Bestandteil eines anderen Vertrages sind.<sup>360</sup> Die Mitteilungspflicht gilt aufgrund des Verweises in art. 7:427 BW auch für die *bemiddelingsovereenkomst*.<sup>361</sup> Entsprechend art. 7:418 BW muss der *bemiddelaar* den *opdrachtgever* davon in Kenntnis setzen, wenn er, abgesehen von seinem Lohnanspruch, ein direktes oder indirektes Interesse am Zustandekommen des vermittelten Vertrages hat.<sup>362</sup> Auch für den *bemiddelaar* greift eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht, wenn der Vertragsinhalt so

---

<sup>356</sup> Art. 7:418 lid 2 BW; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 124.

<sup>357</sup> Art. 7:418 lid 2 BW; das Nichtmitteilen des Interesses wird als zurechenbare Pflichtverletzung der *lastgevingsovereenkomst* qualifiziert, weshalb der *lasthebber* für einen möglicherweise daraus entstandenen Schaden des *lastgever* aufzukommen hat, *Meijer*, *MvV* 2007, nr. 5, 90 (90); s. hierzu auch: *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 242.

<sup>358</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 124; *van Neer-van den Broek*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:418, aant. 4.

<sup>359</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 264); *van Neer-van den Broek*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:418, aant. 4; zu den Rechtsfolgen von art. 7:416 und 417 BW: Kapitel 16 B.III. und B.IV.

<sup>360</sup> Art. 7:424 BW; zur Anwendbarkeit der Regeln über die *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

<sup>361</sup> Art. 7:427 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141; *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 318.

<sup>362</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:418 lid 1 BW; HR 6 april 2007, NJ 2008, 493, nr. 3.6 = ECLI:NL:PHR:2007:AZ5440; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Tjong Tjin Tai*, *Asser* 7-IV, nr. 318.

genau feststeht, dass ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist.<sup>363</sup> Primäre Sanktion ist das Entfallen des Rechts auf Lohn sowie eine mögliche Schadensersatzpflicht.<sup>364</sup> Bei einer unentgeltlichen *bemiddeling*, die nach dem *Hoge Raad*<sup>365</sup> in den Anwendungsbereich der art. 7:425 e.v. BW fällt, ist die vom Gesetz normierte Sanktion freilich gegenstandslos. Der im Juni 2016 neu eingeführte zweite Satz des art. 7:427 BW stellt aber klar, dass auch bei einer entgeltfreien *bemiddeling* art. 7:418 BW entsprechend anzuwenden ist.<sup>366</sup>

## II. Rechenschaft über Ausführung der Interessenwahrnehmung

### 1. Rechenschaftspflicht nach § 666 Fall 3 BGB

§ 666 Fall 3 BGB verpflichtet den Beauftragten auf Ablegung von Rechenschaft nach Auftragsausführung.<sup>367</sup> § 666 Fall 3 BGB ist wie die Auskunft nach § 666 Fall 2 BGB als einklagbarer Anspruch ausgestaltet. Der Beauftragte muss nicht von sich aus, sondern nur auf Verlangen Rechenschaft ablegen.<sup>368</sup> Hierin unterscheidet sich § 666 Fall 3 BGB wie bereits § 666 Fall 2 BGB von § 666 Fall 1 BGB, der die Benachrichtigungspflicht unabhängig von einem „Verlangen“ normiert.<sup>369</sup> Der Anspruch auf Rechenschaft entsteht zu dem Zeitpunkt, in dem der Auftrag ausgeführt wurde, nicht erst nach vollständiger Erledigung.<sup>370</sup>

<sup>363</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:418 lid 1 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281).

<sup>364</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:418 lid 2 BW; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 318.

<sup>365</sup> HR 16 oktober 2015, nr. 15/00688, *Duinzigt/Tacq*, NJ 2016/108 = NJB 2015/1909 = ECLI:NL:HR:2015:3099, nr. 4.4.4; Urteilsbesprechung: *Dammingh*, *TvC* 2016-1, 31-38.

<sup>366</sup> Art. 7:427 BW; MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 207, nr. 3, 4 f.; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:427.

<sup>367</sup> § 666 Fall 3 BGB.

<sup>368</sup> *Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, BGB § 666, Rdnr. 29; *Fischer*, in: *BeckOK-BGB*, BGB § 666, Rdnr. 9.

<sup>369</sup> *Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, BGB § 666, Rdnr. 29.

<sup>370</sup> *Kumpan*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht*, 289 f.; *Mansel*, in: *Jauernig-BGB*, BGB § 666, Rdnr. 4; *Wiese*, in: *Hk-BGB*, BGB § 666, Rdnr. 5.

Bei dauerhaften Vertragsverhältnissen entsteht die Rechenschaftspflicht gegebenenfalls in periodischen Abständen.<sup>371</sup> Im Gegensatz zum Auskunftsanspruch ist es möglich, den Rechenschaftsanspruch gänzlich abzubedingen.<sup>372</sup>

Das Rechenschaftsverlangen des Auftraggebers verpflichtet den Beauftragten dazu, „in verkehrüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen.“<sup>373</sup> Die Rechenschaftspflicht geht über die bloße Auskunftspflicht hinaus.<sup>374</sup> Erforderlich ist eine genaue Information durch „Vorlage einer geordneten Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben“.<sup>375</sup> Die Angaben müssen so detailliert und verständlich sein, dass es dem Auftraggeber möglich ist, sie ohne fremde Hilfe nachzuvollziehen und auf Grund und Höhe überprüfen zu können.<sup>376</sup> Bei einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Verwaltung sind eine Rechnung, die eine Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben beinhaltet, sowie die dazugehörigen Belege vorzulegen, sogenannte Rechnungslegung gemäß § 259 Abs. 1 BGB.<sup>377</sup> Der Rechenschaftsanspruch ermöglicht es dem Geschäftsherrn, sich einen Überblick über die vom Interessenwahrer verwendeten Mittel, also über die Art der Geschäftsführung zu verschaffen. Hierdurch wird die Abwicklung im Innenverhältnis erleichtert.<sup>378</sup>

Eine spezialgesetzliche Regelung des Rechenschaftsanspruchs beinhalten die Kommissionsvorschriften in § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB.<sup>379</sup> Im Gegensatz zu § 666 Fall 3 BGB besteht die Pflicht zur Rechenschaft bei der Kommission nicht nur

---

<sup>371</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 289 f.; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 666, Rdnr. 4; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 666, Rdnr. 5.

<sup>372</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 289 f.; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 11.

<sup>373</sup> BGH, Urteil v. 30. November 1989 – III ZR 112/88, NJW 1990, 510 (511); *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 666, Rdnr. 4.

<sup>374</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 666, Rdnr. 5.

<sup>375</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 666, Rdnr. 5.

<sup>376</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 31.

<sup>377</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 666, Rdnr. 10; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 666, Rdnr. 32.

<sup>378</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 289 f.

<sup>379</sup> § 666 Fall 3 BGB; § 384 Abs. 2 Hs. 2 HGB.

auf Verlangen, sondern der Kommissionär muss aus eigener Initiative Rechenschaft ablegen.<sup>380</sup> Bei Interessenwahrnehmungsverhältnissen, die keinen ausdrücklichen Rechenschaftsanspruch normieren, kann ein solcher aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung bestehen.<sup>381</sup> Bei der Spedition ergibt sich die Pflicht zur Ablegung von Rechenschaft mangels spezialgesetzlicher Normierung auf Verlangen des Geschäftsherrn aus § 666 Fall 3 BGB.<sup>382</sup>

## 2. Rechenschaftspflicht gemäß art. 7:403 lid 2 BW

Während art. 7:403 lid 1 BW den *opdrachtnemer* zur Unterrichtung verpflichtet,<sup>383</sup> erlegt die Norm dem *opdrachtnemer* in seinem zweiten Absatz eine Pflicht zur Rechenschaft auf. Gemäß art. 7:403 lid 1 Satz 1 BW hat der *opdrachtnemer* dem *opdrachtgever* über die Art und Weise der Ausführung der *opdracht* Rechenschaft abzulegen.<sup>384</sup> Hat er im Rahmen der Ausführung der *opdracht* Gelder ausgegeben oder empfangen, trifft ihn gemäß Satz 2 eine Rechnungslegungspflicht.<sup>385</sup> Der Anspruch besteht nicht nur bei einer Erledigung, sondern bereits nach Ausführung der *opdracht*.<sup>386</sup> Art. 7:403 BW ist kein zwingendes Recht, weshalb anderweitige Absprachen möglich sind.<sup>387</sup> Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht können vertraglich ausgeschlossen<sup>388</sup> oder verschärft werden.<sup>389</sup>

<sup>380</sup> *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 384, Rdnr. 16; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 384, Rdnr. 64; *Füller*, in: EBJs-HGB, § 384, Rdnr. 27.

<sup>381</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 289 f.

<sup>382</sup> *Paschke*, in: Oetker-HGB, HGB § 454, Rdnr. 8; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 454, Rdnr. 127 ff.; *Koller*, in: KKRD-HGB, HGB § 454, Rdnr. 1.

<sup>383</sup> Zur Unterrichtungspflicht: Kapitel 15 D.I.2.

<sup>384</sup> Art. 7:403 lid 2 BW: „*De opdrachtnemer doet aan de opdrachtgever verantwoording van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten.*“

<sup>385</sup> Art. 7:403 lid 2 BW: „*Heeft hij bij de uitvoering van de opdracht ten laste van de opdrachtgever gelden uitgegeven of te diens behoeve gelden ontvangen, dan doet hij daarvan rekening.*“

<sup>386</sup> Ausführlich hierzu: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 77.

<sup>387</sup> *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 113 *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 78.

<sup>388</sup> HR 28 mei 1971, NJ 1971/346 = ECLI:NL:PHR:1971:AC5122.

<sup>389</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 80; *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 113.

Die Rechenschaftspflicht verpflichtet den *opdrachtnemer* dazu, sich gegenüber dem *opdrachtgever* über die Ausführung der *opdracht* zu verantworten. Eine Information über die vorgenommenen Schritte ist ungenügend. Vielmehr hat der *opdrachtnemer* dem *opdrachtgever* auch zu erklären, weshalb er jene Schritte ergriffen hat und in diesem Rahmen gegebenenfalls darzulegen, dass er hierdurch das bestmögliche für den *opdrachtgever* erreicht hat.<sup>390</sup> Die Rechenschaftspflicht ist weit auszulegen.<sup>391</sup> Die genaue Ausprägung der Pflicht hängt unter anderem von der Art der *opdracht* ab, kann aber auch durch die Sachkunde des *opdrachtgever* beeinflusst werden.<sup>392</sup> So hat ein Anwalt seinen Mandanten grundsätzlich nicht über juristische Feinheiten zu unterrichten. Ist der Mandant jedoch fachkundig, kann letzteres durchaus der Fall sein.<sup>393</sup> Ein Frisör hat hingegen keine weiteren Erklärungen abzugeben. Aus dem durch den Frisör bewirkten Resultat ist direkt erkennbar, ob die *opdracht* zur Zufriedenheit des Kunden ausgeführt wurde oder nicht.<sup>394</sup> Bei sogenannten *pakketdiensten*,<sup>395</sup> bei welchen das Pflichtenprogramm von vornherein genau bestimmt ist, muss keine Rechenschaft über die genaue Ausführung abgelegt werden.<sup>396</sup>

Die Pflicht zur Rechnungslegung ist ein wichtiger Teil der Rechenschaftspflicht.<sup>397</sup> Der *opdrachtgever* hat einen Anspruch darauf, dass der *opdrachtnemer* Einnahmen und Ausgaben genau auflistet. Hierdurch soll der *opdrachtgever* in die Lage versetzt werden, die verschiedenen Posten nachzuvollziehen.<sup>398</sup> Die Pflicht zur Rechnungslegung spielt insbesondere bei der unmittelbaren und

---

<sup>390</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2; Castermans/Krans, in: T&C BW, BW art. 7:403, aant. 3.

<sup>391</sup> Rb. Maastricht 22 november 1979, NJ 1980, 655 = ECLI:NL:RBMAA:1979:AC6729; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 78.

<sup>392</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 77; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 112.

<sup>393</sup> Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 77.

<sup>394</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 112; Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 77.

<sup>395</sup> Zur Kategorie der *pakketdiensten*: Kapitel 5 B.

<sup>396</sup> Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 112.

<sup>397</sup> Lamers, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 79; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 113.

<sup>398</sup> HR 25 maart 1977, 11079, NJ 1977/448 = ECLI:NL:PHR:1977:AC5918; Nijland, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:403, aant. 2; Tjong Tijn Tai, Asser 7-IV, nr. 113.

mittelbaren Stellvertretung, also im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* eine große Rolle.<sup>399</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – vergleichbarer Umfang von Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das deutsche und niederländische Recht ähnlich gehaltene Offenlegungsmechanismen vorsehen. In beiden Ländern ist der Interessenwahrer dazu verpflichtet, dem Geschäftsherrn auf eigene Initiative Informationen betreffend die Ausführung der Interessenwahrnehmung mitzuteilen. Hierdurch soll das Informationsgefälle zwischen dem gegebenenfalls sachkundigen Interessenwahrer und dem Geschäftsherrn, der sich auf die Ausführung verlässt, behoben und die Kommunikation zwischen beiden Parteien gefördert werden. Der Geschäftsherr erhält hierdurch die Möglichkeit, auf Änderungen der Sachlage zu reagieren und seine Weisungen gegebenenfalls zurückzunehmen oder anzupassen. Beide Rechtsordnungen sehen nicht nur die Pflicht des Interessenwahrers vor, bei entsprechender Relevanz von sich aus tätig zu werden, sondern gestehen dem Geschäftsherrn ein entsprechendes Fragerecht, bzw. einen entsprechenden Auskunftsanspruch zu.

Die dogmatische Anknüpfung erfolgt in Deutschland in § 666 BGB. § 666 Fall 1 BGB normiert die Pflicht des Interessenwahrers zur Benachrichtigung. Sie wird in § 666 Fall 2 BGB durch einen Auskunftsanspruch des Geschäftsherrn ergänzt. Die Pflicht zur Mitteilung über die Art und Weise der Vertragsdurchführung und die Pflicht zur Benachrichtigung bei Fertigstellung ist in den Niederlanden in art. 7:403 lid 1 BW niedergelegt. Hieraus wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ein entsprechendes Fragerecht des Geschäftsherrn abgeleitet.

Die Offenlegung möglicher Interessenkonflikte wird im deutschen Recht unter die allgemeine Benachrichtigungspflicht des § 666 Fall 1 BGB gefasst. Sie entsteht mit Konflikthanbahnung. Das niederländische Recht geht spezifischer mit widerstreitenden Interessen um. Im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* sind dem potenziellen Konfliktrisiko widerstreitender Interessen drei Normen gewidmet, die differenzierte Regelungen, unter anderem Handlungsbeschränkungen und Offenlegungspflichten, vorsehen. Hier wird in art. 7:418 BW eine

---

<sup>399</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 113; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 79.

Pflicht zur Offenlegung eines direkten oder indirekten Interesses des *lasthebbbers* am Zustandekommen des Vertrags festgeschrieben. Dem *lastgever* sind nicht nur konfligierende Interessen mitzuteilen. Vielmehr ist er, unter Strafe der Vergütungsverwirkung, über sämtliche bestehenden Interessen des *lasthebbbers* – sein Provisionsinteresse ausgenommen – zu informieren, damit dieser sich selbst einen Überblick über die Sachlage verschaffen kann. Trotz der unterschiedlichen Herleitungen besteht in beiden Ländern gleichermaßen die Pflicht, den Geschäftsherrn frühzeitig über potenzielle Interessenkonflikte zu unterrichten.

Die Offenlegungspflichten werden in beiden Ländern durch eine nach Ausführung der Interessenwahrnehmung, teilweise nur auf Verlangen bestehende Rechenschaftspflicht komplettiert. Die Rechenschaftspflicht ist inhaltlich weiter als die Offenlegungspflicht gefasst. Sie soll den Geschäftsherrn in die Lage versetzen, die ausgeführten Tätigkeiten nachvollziehen und überprüfen zu können. Die Rechenschaftspflicht umfasst sowohl in der deutschen als auch in der niederländischen Rechtsordnung die Pflicht zur Rechnungslegung, also die Pflicht zur Erstellung einer genauen Auflistung von im Rahmen der Interessenwahrnehmung angefallenen Einnahmen und Ausgaben.

#### IV. *Dime* verstößt gegen Rechenschaftspflicht

Die Ausprägung der Auskunfts- und Rechenschaftspflichten der Datenverwerter variiert entsprechend der konkreten Ausgestaltung des Datenverwertungsverhältnisses. Für alle untersuchten Modelle lässt sich festhalten, dass der Rahmenvertrag nicht exklusiv der Wahrnehmung der Bedürfnisse einzelner Datensubjekte dient. Vielmehr liegt eine „Massenleistung“ vor. Die Datenverwerter haben den Datensubjekten deshalb lediglich die allgemeine Vorgehensweise bei der Verwertung offenzulegen. Eine Berichterstattungspflicht über die Vornahme jeder einzelnen Verwertungsbemühung, also über jegliche Einzelschritte ist als zu weitreichend abzulehnen. Auf das Auftreten von Komplikationen oder Interessenkonflikten müssen die Datenverwerter die Datensubjekte hingegen aus eigener Initiative hinweisen.

Insbesondere beim Modell *Datacoup* bestehen Missbrauchsmöglichkeiten und somit das Potential für Interessenkonflikte. *Datacoup* nimmt selbst eine Bewertung der durch die Datensubjekte offengelegten Daten vor, um die Daten so-

dann zu diesem Preis abzukaufen. Den Offenlegungspflichten kommt *Datacoup* nach, indem es auf seiner Internetseite ausführlich erklärt, wie es die Bewertung und Aufbereitung einzelner personenbezogenen Daten vornimmt.<sup>400</sup>

*Dime* und *Datacoup* haben den Datensubjekten über die einzelnen abgeschlossenen Ausführungsgeschäfte Rechenschaft abzulegen. Das gilt vor allem für den mittelbar stellvertretenden Datenverwerter *Dime*, dem das deutsche Kommissionsrecht eine Rechenschaftspflicht aus eigener Initiative auferlegt. Bei *Data Fairplay* nehmen die Datensubjekte den Abschluss der Ausführungsverträge selbst vor, sodass hier keine weitere Information vonnöten ist. Während *Datacoup* laut Leistungsbeschreibung eine entsprechende nachträgliche Information über erfolgreiche Verwertungsvorgänge und den daraus erzielten Gewinn erteilt,<sup>401</sup> finden sich bei *Dime* überhaupt keine Informationen über den Verkaufsprozess an sich. *Dime* spricht lediglich wiederholt davon, die Datensubjekte in *fairem* Ausmaß an dem aus der Datenverwertung resultierenden Gewinn beteiligen zu wollen. Wie hoch der Gewinn und die Beteiligung ausfallen, wird nicht erläutert. Die Datensubjekte erhalten keine Information über die in den Ausführungsverträgen geregelte Gegenleistung, geschweige denn über den Anteil, den *Dime* „*fairerweise*“ für sich behält. Hierin liegt ein schwerer Verstoß gegen die Rechenschaftspflicht und den Charakter einer mittelbar stellvertretenden Tätigkeit. Ein mittelbarer Stellvertreter handelt auf fremde Rechnung. Auch wenn die Rechenschaftspflicht nach deutschem und niederländischem Recht grundsätzlich abdingbar ist, ist es mit dem Grundgedanken der mittelbaren Stellvertretung nicht zu vereinbaren, dass der Geschäftsherr weder im Vorfeld, noch im Nachgang einer Verwertung Informationen über den Inhalt der Ausführungsverträge, die die Nutzung ihrer Vermögenspositionen zum Gegenstand haben, und auch nicht über die Höhe der durch den Interessenwahrer erhobenen Provision, erhält.

---

<sup>400</sup> Zur Beschreibung des Internetauftritts: Kapitel 8 C.I.; dennoch liegt ein unzulässiger Selbsteintritt vor: Kapitel 17 B.V.

<sup>401</sup> Zur Beschreibung des Internetauftritts: Kapitel 8 C.I.

## V. Informations- und Benachrichtigungspflichten nach DSGVO

Auch das Datenschutzrecht sieht Informations- und Benachrichtigungspflichten der betroffenen Person vor.<sup>402</sup> Sie sind Ausdruck einer fairen und transparenten Datenverarbeitung<sup>403</sup> und Ausfluss des in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO normierten Transparenzgrundsatzes.<sup>404</sup> Die Informationspflichten der Art. 13 und 14 DSGVO gelten bei der Erhebung personenbezogener Daten und dienen somit der allgemeinen Information über die Verarbeitung dieser Daten.<sup>405</sup> Sie ermöglichen der betroffenen Person insoweit die Kontrolle, als dass für eine Unterbindung unzulässiger Datenverarbeitungen das Wissen darum, dass dergleichen überhaupt stattfinden, unerlässlich ist.<sup>406</sup> Sie sollen der betroffenen Person eine effektive Wahrnehmung ihrer datenschutzrechtlichen Rechte, insbesondere der Art. 15 ff. DSGVO, ermöglichen.<sup>407</sup>

Die DSGVO unterscheidet die Datenerhebung bei der betroffenen Person, sogenannte Direkterhebung (Art. 13 DSGVO) und bei Dritten (Art. 14 DSGVO).<sup>408</sup> In beiden Fällen ist die Information von dem Verantwortlichen aktiv, also ohne besondere Aufforderung, zur Verfügung zu stellen.<sup>409</sup> Unterschiede bestehen lediglich hinsichtlich einiger Informationskategorien, des Zeitpunktes der Informationspflicht und ihren Ausnahmen.<sup>410</sup> Der betroffenen

---

<sup>402</sup> Zu Offenlegungspflichten unter dem alten BDSG im Zusammenhang mit einer Datenteuhand: *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 296 ff.

<sup>403</sup> *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 4.

<sup>404</sup> *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 13, Rdnr. 2; *Terwangne*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 5, no. C.1.

<sup>405</sup> Art 13, 14 DSGVO; *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 13, Rdnr. 3.

<sup>406</sup> *Knyrim*, in: Ehmman/Selmayr-DSGVO, Art. 13 DSGVO, Rdnr. 1; *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 8.

<sup>407</sup> *Ingold*, in: Sydow-DSGVO, Art. 13, Rdnr. 1; *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 4.

<sup>408</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 1; *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 13, Rdnr. 4.

<sup>409</sup> *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 13, Rdnr. 3; für Art. 13 DSGVO: *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 1; für Art. 14 DSGVO: *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 14, Rdnr. 1.

<sup>410</sup> *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13, Rdnr. 3; *Lorenz*, VuR 2019, 213 (213); a.A.: *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 13,

Person sind sämtliche Umstände der Datenverarbeitung, wie ihre Zwecke, Rechtsgrundlage, Dauer, Empfänger der Daten, sowie die Kontaktdaten des Verantwortlichen, eines möglichen Vertreters und des Datenschutzbeauftragten mitzuteilen. Ferner ist sie über die ihr zustehenden Betroffenenrechte aufzuklären.<sup>411</sup>

Die Informationspflichten der Art. 13 und 14 DSGVO stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht der betroffenen Person nach Art. 15 DSGVO. Die Erfüllung der Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO kann die betroffene Person dazu anregen, überhaupt von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch zu machen.<sup>412</sup> Das Auskunftsrecht soll es der betroffenen Person ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der sie betreffenden personenbezogenen Daten zu überprüfen und sie in die Lage versetzen, die Rechte der Art. 16 ff. DSGVO sowie Schadensersatzansprüche gemäß Art. 82 DSGVO geltend zu machen.<sup>413</sup> Dem Auskunftsrecht kommt neben den Informationspflichten der Art. 13 und 14 DSGVO eine eigenständige Bedeutung zu. Es ermöglicht weitergehende präzise Auskünfte über personenbezogene Daten, die der Verantwortliche nicht bereits von sich aus preisgeben muss.<sup>414</sup> Das Auskunftsrecht gilt als zentrale Schutznorm der Betroffenen und wird deshalb auch als „Magna Charta des Datenschutzes“ bezeichnet.<sup>415</sup> Ihm wird eine „herausgehobene Bedeutung“ zugeschrieben.<sup>416</sup> Als unmittelbarer Ausfluss des in Art. 8 GR-Charta verbürgten Grundrechts auf Datenschutz kann es, ebenso wenig wie die Art. 13 und 14

---

Rdnr. 1, der den Informationsumfang als gleich ansieht. Für eine Synopse der Informationspflichten nach den Art. 13, 14 DSGVO: EDSA, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev.01, Anhang.

<sup>411</sup> S. den Wortlaut der Art. 13, 14 DSGVO; zum Inhalt der Informationspflichten: *Lorenz*, VuR 2019, 213; Stichpunktartiker Überblick bei: *Greve*, in: Sydow-DSGVO, Art. 12, Rdnr. 9.

<sup>412</sup> *Specht*, in: Sydow-DSGVO, Art. 15, Rdnr. 2; *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 15, Rdnr. 1.

<sup>413</sup> Erw-Gr. (63) DSGVO; *Specht*, in: Sydow-DSGVO, Art. 15, Rdnr. 1 f.; *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 15, Rdnr. 1; *Paal*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 15, Rdnr. 3.

<sup>414</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 15, Rdnr. 3. Zum Inhalt des Auskunftsrechts: *Engeler/Quiel*, NJW 2019, 2201; *Wybitul/Brams*, NZA 2019, 672.

<sup>415</sup> *Wedde*, in: Handbuch Datenschutzrecht, 546 (547); zustimmend *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 15, Rdnr. 1.

<sup>416</sup> *Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 15 DSGVO, Rdnr. 1; von einer „elementaren“ Bedeutung sprechen *Engeler/Quiel*, NJW 2019, 2201 (2201).

DSGVO sowie die sonstigen Betroffenenrechte der Art. 16 bis 22 DSGVO, nicht abbedungen und nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden.<sup>417</sup>

Die allgemein gehaltenen Art. 13 bis 15 DSGVO werden durch Informationspflichten und -rechte, die in bestimmten Situationen entstehen, ergänzt. Aus eigener Initiative hat der Verantwortliche die betroffene Person über die Aufhebung einer Verarbeitungseinschränkung, Art. 18 Abs. 3 DSGVO, vorgefallene Datenschutzverletzungen, Art. 34 DSGVO, einmaligen Drittstaatstransfer, Art. 49 Abs. 1 S. 4 DSGVO und Vereinbarungen nach Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO zu unterrichten. Auf Antrag der betroffenen Person unterrichtet der Verantwortliche sie im Zusammenhang mit den Rechten der Art. 16, 17 und 18 DSGVO über die Empfänger von Daten.<sup>418</sup>

Modalitäten der Informationserteilung und Ausübung der Betroffenenrechte werden in Art. 12 DSGVO festgelegt.<sup>419</sup> Art. 12 DSGVO enthält zum einen allgemeine Transparenzregelungen über die Art und Weise der Erteilung von Informationen, zum anderen Verfahrensregelungen für Betroffenenrechte, die auf Antrag erfolgen.<sup>420</sup> Informationen sind in „präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln“.<sup>421</sup> Art. 12 DSGVO enthält ferner Fristen, zu denen die Information spätestens erteilt werden muss,<sup>422</sup> sowie die Vorgabe, diese grundsätzlich unentgeltlich zu erteilen.<sup>423</sup> Die Form- und Fristvorschriften des Art. 12 DSGVO stärken und präzisieren die Informations- (Art. 12 bis 15 DSGVO)

---

<sup>417</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 2.

<sup>418</sup> S. hierzu den Wortlaut der genannten Artikel; vgl. *Franck*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 13, Rdnr. 3.

<sup>419</sup> Art. 12 DSGVO; zum Anwendungsbereich von Art. 12 DSGVO: *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 3.

<sup>420</sup> *Bäcker*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 1; *Heckmann/Paschke*, in: Ehmman/Selmayr-DSGVO, Art. 12 DSGVO, Rdnr. 1.

<sup>421</sup> Art. 12 Abs. 1 DSGVO; zu den allgemeinen Anforderungen: *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 12 ff.; *Greve*, in: Sydow-DSGVO, Art. 12, Rdnr. 12 ff.

<sup>422</sup> Art. 12 Abs. 3 DSGVO; zu den Fristen: *Greve*, in: Sydow-DSGVO, Art. 12, Rdnr. 24 f.

<sup>423</sup> Art. 12 Abs. 5 DSGVO; zur Unentgeltlichkeit und Ausnahmen: *Greve*, in: Sydow-DSGVO, Art. 12, Rdnr. 27 ff.

und Interventionsrechte (Art. 16 bis 22 DSGVO) und somit die Rechtewahrnehmung durch die betroffene Person.<sup>424</sup>

Der für die Datenverarbeitung Verantwortliche unterliegt nicht nur Informations- und Auskunftspflichten, sondern auch Nachweis- und Rechenschaftspflichten. Die in Art. 5 Abs. 2 normierte Rechenschaftspflicht soll sicherstellen, dass der Verantwortliche seine Pflichten nicht nur erfüllt, sondern ihre Erfüllung auch nachweisen kann.<sup>425</sup> Bei einer Einhaltung der Rechenschaftspflicht kann er sich von der Haftung befreien.<sup>426</sup> Die Rechenschaftspflicht wird durch die allgemeine Sicherstellungs- und Nachweispflicht des Verantwortlichen aus Art. 24 Abs. 1 DSGVO konkretisiert.<sup>427</sup> Überschneidungen der allgemeinen Nachweispflicht bestehen mit spezifischen Nachweispflichten, die ihm bei einer Verarbeitung auf Grund einer Einwilligung (Art. 7 Abs. 1 DSGVO), zur Erstellung eines Verarbeitungsverzeichnisses (Art. 30 DSGVO) und zur Dokumentation von Datenschutzverletzungen (Art. 33 Abs. 5 DSGVO) auferlegt werden.<sup>428</sup> Die Einhaltung der Rechenschaftspflicht wird durch die Aufsichtsbehörden, nicht aber durch die Betroffenen, überwacht.<sup>429</sup> Die Nachweispflichten dienen bereits ausgehend von ihrem Wortlaut der Vorlage bei einer Aufsichtsbehörde.<sup>430</sup> Sie können daher systematisch nicht mit den Informationspflichten gegenüber der betroffenen Person verglichen werden.<sup>431</sup>

<sup>424</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 2; *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 12, Rdnr. 4.

<sup>425</sup> *Reimer*, in: Sydow-DSGVO, Art. 5, Rdnr. 53; *Rofßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 181; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 77.

<sup>426</sup> *Rofßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 181; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 79.

<sup>427</sup> *Pötters*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 5, Rdnr. 31.

<sup>428</sup> *Reimer*, in: Sydow-DSGVO, Art. 5, Rdnr. 57; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 52.

<sup>429</sup> Vgl. Art. 57 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 5, Rdnr. 79; *Reimer*, in: Sydow-DSGVO, Art. 5, Rdnr. 58.

<sup>430</sup> Vgl. den Wortlaut der Art. 30 Abs. 4, 33 Abs. 5 S. 2 DSGVO; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 30 DSGVO, Rdnr. 2; *Klug*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 30, Rdnr. 1.

<sup>431</sup> Vgl. *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 30 DSGVO, Rdnr. 2; *Martini*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 30, Rdnr. 1.

Der datenschutzrechtliche Überblick über die Informations- und Auskunftspflichten zeigt, dass den datenschutzrechtlichen Mitteilungspflichten eine den schuldrechtlichen Auskunftspflichten entsprechende Funktion zukommt. Die betroffene Person soll durch eine angemessene Information über die sie betreffenden Sachverhalte in die Lage versetzt werden, ihre datenschutzrechtlichen Interessen bestmöglich zu schützen und hierzu gegebenenfalls ihre Rechte wahrzunehmen. Die datenschutzrechtlichen Informationspflichten dienen der Kontrolle und Einflussnahme auf Datenverarbeitungen und der Unterbindung unrechtmäßiger Verarbeitungsvorgänge. Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen obliegt nicht nur den betroffenen Personen selbst, sondern findet auch durch die öffentliche Hand statt. Um eine Kontrolle durch datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörden zu ermöglichen, unterliegt der für die Datenverarbeitung Verantwortliche Nachweis- und Rechenschaftspflichten.

Die Datenverwerter unterliegen demnach nicht nur schuldrechtlichen Benachrichtigungspflichten, die sich aus dem Datenverwertungsverhältnis ergeben, sondern haben den Datensubjekten daneben auch über datenschutzrechtlich relevante Ereignisse Auskunft zu erteilen.

## E. Herausgabepflicht des Interessenwahrers

Beide Rechtsordnungen ordnen die Interessenwahrnehmung als Angelegenheit des Geschäftsherrn ein. Entsprechend gebührt ihm auch das, was er dem Interessenwahrer zur Ausführung der Interessenwahrnehmung übertragen hat, sowie all das, was jener aus der Interessenwahrnehmung erlangt hat. In Deutschland ist die Pflicht zur Herausgabe explizit in § 667 BGB normiert (Abschnitt I.). In den Niederlanden wird sie aus der Rechenschaftspflicht abgeleitet (Abschnitt II.). Der Umfang der Herausgabepflicht bezieht sich in Deutschland wie in den Niederlanden auf das Überlassene und das Erlangte (Abschnitt III.). Demnach steht der gegen eine Datennutzungsbefugnis erlangte Erlös sowie eine durch die Aufbereitung von Daten erfolgte Wertsteigerung den Datensubjekten zu (Abschnitt IV.). Als datenschutzrechtliches Pendant für die Herausgabepflicht des Interessenwahrers nach Durchführung des Vertragsverhältnisses kann die Löschpflicht des Verantwortlichen angeführt werden (Abschnitt V.).

## I. Pflicht zur Herausgabe nach § 667 BGB

§ 667 BGB normiert einen auf der Fremdnützigkeit des Auftrags<sup>432</sup> beruhenden Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn.<sup>433</sup> Der Beauftragte soll aus der Ausführung des Auftrags keine Vorteile erlangen, die eigentlich dem Geschäftsherrn zustehen.<sup>434</sup> Als Gegenstück zu § 667 BGB normiert § 670 BGB den Aufwendungsersatz des Beauftragten. Aufgrund der Unentgeltlichkeit des Auftrags soll der Beauftragte weder Gewinne noch Verluste machen.<sup>435</sup> Bei entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen, bei welchen § 667 BGB über § 675 BGB Anwendung findet,<sup>436</sup> soll ihm außerhalb von Aufwendungsersatz und Vergütung kein Vorteil aus der Geschäftsbesorgung zukommen.<sup>437</sup>

Die dispositive Vorschrift<sup>438</sup> umfasst in ihrer ersten Alternative „alles, was [der Beauftragte] zur Ausführung des Auftrags erhält“<sup>439</sup> und dient der Rückgabe von nicht zweckgemäß eingesetzten Mitteln.<sup>440</sup> § 667 Alt. 2 BGB weist das „aus der Geschäftsbesorgung Erlangt[e]“<sup>441</sup> dem Geschäftsherrn, dem diese Vorteile vertraglich gebühren, zu.<sup>442</sup> Um eine ungestörte Auftragsbefriedigung zu gewährleisten, kommt § 667 BGB grundsätzlich erst nach Auftragsbeendigung zur Anwendung.<sup>443</sup> Bei einer verwaltenden Geschäftsbesorgung wird der Anspruch periodisch fällig.<sup>444</sup>

---

<sup>432</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1; a.A.: *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1, der in § 667 BGB eine Abschöpfungsfunktion sieht.

<sup>433</sup> § 667 BGB; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 3.

<sup>434</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1.

<sup>435</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1.

<sup>436</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1.

<sup>437</sup> *Heermann*, in: MüKo-BGB, BGB § 675, Rdnr. 18.

<sup>438</sup> BGH, Beschluss vom 28. November 1996 – III ZR 45/96 (Celle), NJW-RR 1997, 778; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

<sup>439</sup> § 667 Alt. 1 BGB.

<sup>440</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2.

<sup>441</sup> § 667 Alt. 2 BGB.

<sup>442</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 1.

<sup>443</sup> *Schäfer*, in: MüKo-BGB, BGB § 667, Rdnr. 3; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

<sup>444</sup> *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

Zur Ausführung des Auftrags erhalten gilt alles, was dem Beauftragten zum Zweck der Geschäftsbesorgung vom Auftraggeber oder einem Dritten zur Verfügung gestellt wird, z.B. Urkunden, Materialien, Geld.<sup>445</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Beauftragte an den Gegenständen Eigentum erworben hat und ob er sie bei der Auftragsausführung verbrauchen sollte.<sup>446</sup> Zu dem aus der Geschäftsführung Erlangten zählen alle Sachen, Gegenstände und Rechte, die der Beauftragte tatsächlich erhalten hat und die in einem inneren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung stehen.<sup>447</sup> Hierzu gehören beispielsweise Urkunden, Unterlagen, Belege, Früchte, Zinsen und Nutzungen.<sup>448</sup> Die Herausgabepflicht erstreckt sich nicht nur auf diejenigen Sachen, die der Beauftragte von Dritten erhalten hat, sondern auch auf die von ihm selbst während der Geschäftsführung angelegten Aufzeichnungen, Belege und Unterlagen – ausgenommen sind private Aufzeichnungen –,<sup>449</sup> sowie jeden Vorteil, den er aufgrund eines inneren Zusammenhangs mit dem geführten Geschäft erhalten hat.<sup>450</sup>

Für ein Entstehen des Anspruchs aus § 667 BGB ist es nicht erforderlich, dass das Empfangene noch beim Auftragnehmer vorhanden ist. Der Anspruch ist

---

<sup>445</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 3; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 8.

<sup>446</sup> BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 – III ZR 205/95 (Karlsruhe), NJW 1997, 47 (48); BGH, Urteil vom 04. Dezember 2003 – III ZR 30/02 (OLG Rostock), NVwZ 2005, 484 (486); *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 8; *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2.

<sup>447</sup> BGH, Urteil vom 30. November 1989 – III ZR 112/88 (Frankfurt), NJW 1990, 510; BGH, Urteil vom 11. März 2004 – IX ZR 178/03 (LG Stade), NJW-RR 2004, 1290; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

<sup>448</sup> *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

<sup>449</sup> BGH, Urteil vom 11. März 2004 – IX ZR 178/03 (LG Stade), NJW-RR 2004, 1290; BGH, Urteil vom 30. November 1989 – III ZR 112/88 (Frankfurt), NJW 1990, 510 (513); *Wiese*, in: Hk-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

<sup>450</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2015 – V ZR 206/14, NJW 2016, 317 (320), Rdnr. 36; BGH, Urteil vom 11. März 2004 – IX ZR 178/03 (LG Stade), NJW-RR 2004, 1290; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 4.

verschuldensunabhängig<sup>451</sup> und entsteht auch bei einer auftrags- oder weisungswidrigen Verwendung.<sup>452</sup> Er erstreckt sich auch auf das erst nach Beendigung des Auftrags Erlangte.<sup>453</sup>

Bei der Kommission ist die Pflicht zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten spezialgesetzlich in § 384 Abs. 2 Hs. 2 Fall 2 HGB normiert;<sup>454</sup> für die Pflicht zur Herausgabe des zur Auftragsausführung Erlangten ist auf die §§ 675, 667 BGB zurückzugreifen.<sup>455</sup> Die §§ 675, 667 BGB gelten auch für die Spedition.<sup>456</sup>

## II. Ableitung einer Herausgabepflicht aus art. 7:403 lid 2 BW

Aus art. 7:403 lid 2 BW, der die Rechenschaftspflicht des *opdrachtnemer* normiert,<sup>457</sup> wird ein Anspruch auf Herausgabe dessen, was er aufgrund der *opdracht* für den *opdrachtgever* in Besitz genommen hat, abgeleitet.<sup>458</sup> Infolgedessen ist der *opdrachtnemer* dazu verpflichtet, Sachen, Dokumente, Belege, Beweisstücke, elektronische Daten sowie Geld herauszugeben.<sup>459</sup> Umfasst ist all das, was der *opdrachtgever* dem *opdrachtnemer* zur Ausführung der *overeenkomst van opdracht* überlassen hat. Die Herausgabepflicht bezieht sich aber

<sup>451</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2.

<sup>452</sup> BGH, Urteil vom 13. Juni 1983 – II ZR 226/82 (Schleswig), NJW 1983, 2944; BGH, Urteil vom 13. Juni 1995 – XI ZR 154/94 (Köln), NJW 1995, 2483; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2.

<sup>453</sup> BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 – XI RZ 21/06 (OLG Brandenburg), NJW 2007, 914, Rdnr. 22; *Fischer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 667, Rdnr. 2.

<sup>454</sup> § 384 Abs. 2 Hs. 2 Fall 2 HGB; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 384, Rdnr. 27; *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 384, Rdnr. 32 ff.

<sup>455</sup> *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 384, Rdnr. 28; *Martinek*, in: Oetker-HGB, HGB § 384, Rdnr. 31.

<sup>456</sup> *Koller*, in: KKRD-HGB, HGB § 454, Rdnr. 1; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 454, Rdnr. 97 ff.

<sup>457</sup> Zur in art. 7:403 lid 2 BW normierten Rechenschaftspflicht: Kapitel 15 D.II.2.

<sup>458</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 80; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:403, aant. 4; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 115.

<sup>459</sup> *Ernes*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 229 (nr. 239); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 80; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 115.

auch auf Materialien, die der *opdrachtnemer* selbst zur Ausführung der *opdracht* angefertigt hat, z.B. schriftliche Unterlagen.<sup>460</sup>

Der Zeitpunkt der Herausgabepflicht beurteilt sich situationsgebunden. Meist kann die Herausgabe des Erlangten nach Beendigung der *opdracht* gefordert werden. Benötigt der *opdrachtnemer* die Unterlagen noch zur Rechnungslegung, kann die Forderung nach einer unverzüglichen Herausgabe unbillig sein.<sup>461</sup> Vom *opdrachtnemer* empfangene Gelder können grundsätzlich sofort gefordert werden.<sup>462</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – Herausgabepflicht umfasst Überlassenes und Erlangtes

Niederländisches und deutsches Recht verpflichten den Interessenwahrer dazu, dasjenige, was er im Zusammenhang mit der Interessenwahrnehmung erlangt hat und eigentlich für den Geschäftsherrn bestimmt ist, herauszugeben. Die Herausgabepflicht des Interessenwahrers umfasst in beiden Ländern sowohl dasjenige, was ihm zur Ausführung des Vertragsverhältnisses vom Geschäftsherrn überlassen wurde, als auch das im Zusammenhang mit der Ausführung der Interessenwahrnehmung Erlangte, z.B. Gelder oder eigens angefertigte Unterlagen. Während die Herausgabepflicht in Deutschland ausdrücklich in § 667 BGB und teilweise auch spezialgesetzlich normiert ist, wird sie in den Niederlanden aus der Rechenschaftspflicht, art. 7:403 lid 2 BW abgeleitet. Ein Unterschied zwischen den Rechtsordnungen ist beim Zeitpunkt des Entstehens der Herausgabepflicht festzustellen. In Deutschland wird die Herausgabepflicht grundsätzlich erst bei Beendigung des Auftrags angenommen, in den Niederlanden wird der Fälligkeitszeitpunkt situationsgemäß beurteilt.

### IV. Erlös und Wertsteigerung gebührt den Datensubjekten

Die Herausgabepflicht der Datenverwerter erstreckt sich auf das, was sie zur Verwertung von den Datensubjekten erhalten haben sowie auf das durch die

---

<sup>460</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 115.

<sup>461</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 80.

<sup>462</sup> HR 24 maart 1995, NJ 1996/447 = ECLI:NL:HR:1995:ZC1678; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 115.

Verwertung Erlangte. Die Datensubjekte legen den Datenverwertern zu Verwertungszwecken ihre personenbezogenen Daten offen und erteilen ihnen teilweise datenschutzrechtliche Befugnisse. Nach Beendigung des Rahmenvertrags haben die Datenverwerter das Erhaltene zurückzugeben. Eine Rückgabe offengelegter Informationen scheidet naturgemäß aus, vielmehr sind die personenbezogenen Daten unwiderruflich zu löschen.<sup>463</sup> Eine datenschutzrechtliche Vollmacht würde bei einer Kündigung des Rahmenverhältnisses nach beiden Rechtsordnungen schon aufgrund der Beendigung des Rahmenverhältnisses enden.<sup>464</sup> Eine „Herausgabe“ der Bevollmächtigung ist daher nicht vonnöten.

Die Datenverwerter erlangen aus der Interessenwahrnehmung eine Gegenleistung für die Nutzung der personenbezogenen Daten. Diese Gegenleistung ist ein Vorteil, der den Datensubjekten gebührt und ist daher von der Herausgabepflicht erfasst. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt wird der Geldbetrag nicht erst nach Beendigung des Rahmenverhältnisses, sondern nach deutschem Recht in periodischen Abständen nach, niederländischem Recht unter Umständen sofort fällig. Die Herausgabepflicht wird – zumindest laut Leistungsbeschreibung – eingehalten. Bei *Dime* und *Datacoup* wird der Fälligkeitszeitpunkt in den FAQ spezifiziert. Ein Auszahlungsanspruch besteht bei *Dime* ab einem Betrag von zehn Euro<sup>465</sup>, bei *Datacoup* ab einem Betrag von 5 US-Dollar.<sup>466</sup> Die Datensubjekte erhalten bei *Dime* nicht den gesamten Erlös aus der Datenverwertung, sondern nur einen *fairen Anteil*. Es ist davon auszugehen, dass hier eine Aufrechnung des Herauszugebenden mit Provisionsansprüchen des Datenverwerter geschieht. Die mangelnde Transparenz bezüglich der Provisionshöhe und des aus der Verrechnung Erlangten ist als Verstoß gegen die Rechenschafts- und nicht als Verstoß gegen die Herausgabepflicht zu werten.<sup>467</sup> Die Internetseite von *Data Fairplay* enthält keine genaueren Ausführungen oder Vorgaben zum Zeitpunkt der Auszahlung des aus der Verwertung Erlangten.

---

<sup>463</sup> Zum korrespondierenden datenschutzrechtlichen Recht auf Löschung: Kapitel 15 E.V.

<sup>464</sup> Zum Erlöschen einer Vollmacht und einer *volmacht*: Kapitel 6 A.

<sup>465</sup> FAQ Nr. 3, <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 1.

<sup>466</sup> <https://Datacoup.com/docs#faq>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019, s. Anhang 3.

<sup>467</sup> Zur Rechenschaftspflicht: Kapitel 15 D.II.

Die Herausgabepflicht wirft ferner die Frage auf, ob der durch die Kombination, Sammlung und Aufbereitung der Daten erlangte Mehrwert als „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ gilt, oder (zumindest teilweise) den Datenverwertern zukommt. Der durch den „Verkauf“ der Daten erwirtschaftete Erlös ergibt sich nicht nur durch die bloße Offenlegung, sondern auch durch die aufbereitenden Tätigkeiten der Datenverwerter. Der hiermit erzielte Gewinn kann nicht unmittelbar der Interessensphäre der Datensubjekte zugerechnet werden kann, da er auf eigenen Handlungen der Datenverwerter beruht. *Buchner* hält es daher für interessengerecht, den erzielten Gewinn, als teilweise aus der Interessenwahrnehmung erlangt, und teilweise als dem Interessenwahrer zustehend, zu qualifizieren.<sup>468</sup> Bei der mittels der Aufbereitung erzielten Wertsteigerung besteht jedoch der von § 667 BGB verlangte innere Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung. Die Herausgabepflichten nach beiden Rechtsordnungen beziehen sich außerdem auch auf die vom Interessenwahrer zur Ausführung der *opdracht* angefertigten Materialien. Die Herausgabepflicht sollte sich daher auch auf die aufbereiteten Daten bzw. die hierdurch erzielte Wertsteigerung beziehen.

## V. Löschung beendet Einwirkungsmöglichkeit des Verantwortlichen

Die schuldrechtliche Pflicht zur Herausgabe umfasst in Deutschland und den Niederlanden die Herausgabe dessen, was dem Interessenwahrer zur Ausführung der Interessenwahrnehmung überlassen wurde sowie dessen, was er im Zusammenhang mit der Interessenwahrnehmung erlangt hat. Die schuldrechtliche Herausgabepflicht dient der Abwicklung des Interessenwahrnehmungsverhältnisses, insbesondere am Ende desgleichen. Die DSGVO sieht auf den ersten Blick keine entsprechende Herausgabepflicht des Verantwortlichen vor. Jedoch stellt die DSGVO sicher, dass der Verantwortliche die Daten bei Zweckerreichung der Verarbeitung unverzüglich zu löschen hat.<sup>469</sup> Mangels einer Verkörperung können die Daten nicht zurückgegeben werden. Eine Löschung der Daten hat jedoch einen entsprechenden Effekt. Eine Löschung der

---

<sup>468</sup> *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 291.

<sup>469</sup> Art. 17 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO; *Nolte/Werkmeister*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 17, Rdnr. 11 ff.; *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 17 DSGVO, Rdnr. 20 ff.; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 16 f.

Daten geht ebenso mit dem Ende einer Einwirkungsmacht des Verantwortlichen auf die Daten einher, wie eine Herausgabe von Gegenständen. Weder der Verantwortliche noch Dritte haben dann noch die Möglichkeit die Daten einzusehen, zu nutzen oder auf andere Weise zu verarbeiten.

Der Begriff der Löschung ist in der DSGVO nicht definiert.<sup>470</sup> *Peuker* versteht unter dem Begriff der Löschung eine „irreversible Handlung, die eine Kenntnisnahme von und Informationsgewinnung aus personenbezogenen Daten fortan verhindert“.<sup>471</sup> Nach *Herbst* ist die „(faktische) Unmöglichkeit, die zuvor in den zu löschenden Daten verkörperte Information wahrzunehmen“ maßgeblich.<sup>472</sup> *Paal* differenziert zwischen der „physischen Vernichtung bzw. Unbrauchbarmachung“ und der „technischen Löschung von elektronischen Daten“.<sup>473</sup> Dem überwiegenden Verständnis nach ist entscheidend, dass die Daten nach dem Vorgang nicht mehr ohne übermäßigen Aufwand wiederhergestellt werden können.<sup>474</sup> Die Löschung kann beispielsweise durch Überschreiben oder Unleserlichmachen geschehen.<sup>475</sup> Der technische Fortschritt wirkt sich auf die Anforderungen an die gebotene Handlung aus.<sup>476</sup>

Das Recht auf Löschung der Daten besteht neben der Zweckerreichung gemäß Art. 17 Abs. 1 DSGVO auch dann, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung widerruft und sich die Datenverarbeitung auf keine andere Rechtsgrund-

---

<sup>470</sup> *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 17 DSGVO, Rdnr. 34; *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 5; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 31.

<sup>471</sup> *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 32.

<sup>472</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 37.

<sup>473</sup> *Paal*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 30.

<sup>474</sup> *Paal*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 30; *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 32; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 37; a.A.: *Nolte/Werkmeister*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 17, Rdnr. 10, die keine zu hohen Anforderungen an die Löschung stellen wollen.

<sup>475</sup> *Peuker*, in: Sydow-DSGVO, Art. 17, Rdnr. 32; *Herbst*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 37 f.; *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 17 DSGVO, Rdnr. 38.

<sup>476</sup> *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 17, Rdnr. 5.

lage stützen kann (Buchst. b)) oder die betroffene Person begründet Widerspruch gegen die Verarbeitung einlegt (Buchst. c)).<sup>477</sup> Das in Art. 17 Abs. 2 normierte „Recht auf Vergessenwerden“ stellt sicher, dass auch öffentlich gemachte Daten im Rahmen der technischen Möglichkeiten sowie alle Links, Kopien oder Replikationen dieser Daten gelöscht werden. Das „Recht auf Vergessenwerden“ soll dem Lösungsrecht insbesondere im Internet und vor dem Hintergrund der Bedeutung von Suchmaschinen zu mehr Geltung verhelfen.<sup>478</sup> Die in der DSGVO vorgesehenen Betroffenenrechte setzen in der Regel einen Antrag der betroffenen Person voraus.<sup>479</sup> Die Löschungspflicht trifft den Verantwortlichen nach überwiegender Ansicht hingegen auch ohne eine Mitwirkung des Betroffenen.<sup>480</sup>

Die Pflicht zur Löschung kann somit von ihrer tatsächlichen Auswirkung her mit der Pflicht zur Herausgabe des zur Ausführung der Interessenwahrnehmung Überlassenen verglichen werden. Eine datenschutzrechtliche Pflicht, die mit der Pflicht zur Herausgabe dessen, was aus der Interessenwahrnehmung erlangt wurde, verglichen werden kann, scheint hingegen nicht zu existieren. Schließlich dient das Datenschutzrecht in erster Linie dem Schutz personenbezogener Daten und nicht der gerechten Verteilung wirtschaftlicher Vermögenspositionen.

---

<sup>477</sup> Art. 17 Abs. 1 Buchst. b)-c) DSGVO. Es besteht ferner im Fall einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung (Buchst. d)), einer rechtlichen Pflicht zur Löschung (Buchst. e)) sowie bei einer Datenerhebung in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 (Buchst. f)); vgl. *Peuker*, in: *Sydow-DSGVO*, Art. 17, Rdnr. 14; *Nolte/Werkmeister*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 9.

<sup>478</sup> Art. 17 Abs. 2 DSGVO; *ErwGr. (66) DSGVO*; *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr-DSGVO*, Art. 17 DSGVO, Rdnr. 1; *Paal*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 8.

<sup>479</sup> *Herbst*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 8.

<sup>480</sup> So: *Peuker*, in: *Sydow-DSGVO*, Art. 17, Rdnr. 43; *Herbst*, in: *Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 8; *Paal*, in: *Paal/Pauly-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 1; *Nolte/Werkmeister*, in: *Gola-DSGVO*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 9; einschränkend mit vorheriger Pflicht zur Kontaktaufnahme: *Dix*, in: *Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG*, DSGVO Art. 17, Rdnr. 6.



## Kapitel 16

# Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung

In den Niederlanden existieren umfangreiche Vorschriften zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* sind Regelungen zum Selbstkontrahieren im eigenen und fremden Namen, zur Mehrfachvertretung sowie die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten normiert, art. 7:416-418 BW. In Deutschland sind Vorgaben zu Selbsteintritt und Mehrfachvertretung im Stellvertretungsrecht (§ 181 BGB) zu finden. Der Selbsteintritt bei der mittelbaren Vertretung ist spezialgesetzlich für das Kommissionsgeschäft (§ 400 HGB) und das Speditionsgeschäft (§ 458 HGB) geregelt.

Für den Datenverwerter *Dime*, der mittelbar vertretend tätig wird, sind die entsprechenden Vorschriften der *lastgevingsovereenkomst*, art. 7:416-418 BW, sowie die kommissionsrechtliche Vorschrift des § 400 HGB von Relevanz.<sup>1</sup> Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung eines direkten Stellvertreters spielen im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis keine erkennbare Rolle. Insbesondere sind Bevollmächtigungen zur Einwilligung in Datenverarbeitungen so genau bestimmt, dass sie den Datenverwerter nie zur Erteilung einer Einwilligung im Namen der Datensubjekte für eigene Zwecke bevollmächtigen könnten.<sup>2</sup> Die Vorschriften zum Selbstkontrahieren und der Mehrfachvertretung eines direkten Stellvertreters werden aber, der Vollständigkeit halber, und um einen Rechtsvergleich zu ermöglichen, mitbeleuchtet.

Zunächst wird die Regelungsstruktur der Vorschriften zum Selbstkontrahieren und der Mehrfachvertretung in Deutschland und den Niederlanden vorgestellt

---

<sup>1</sup> Kapitel 10 E.I.3.

<sup>2</sup> Zur strengen Voraussetzungen einer Bevollmächtigung zur datenschutzrechtlichen Einwilligung, Kapitel 11 C.I.

(Abschnitt A.). Sodann werden die Normen einer detaillierten Betrachtung zugeführt (Abschnitt B.) und anschließend in einem Rechtsvergleich gegenübergestellt (Abschnitt C.). Die Anwendung der Vorschriften auf *Dime* zeigt, dass ein Selbsteintritt des Datenverwerterers unzulässig wäre (Abschnitt D.). Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Verarbeitungen im Zusammenhang mit schuldrechtlich unerlaubten Handlungen wird in Abschnitt E. erörtert.

### A. Regelungsstruktur bei mittelbarer und unmittelbarer Vertretung

§ 181 BGB trägt die amtliche Überschrift „Insichgeschäft“ und umfasst zwei Fälle. § 181 Fall 1 BGB behandelt den Fall des Selbstkontrahierens eines unmittelbaren Stellvertreters. § 181 Fall 2 BGB regelt die Situation der Mehrfachvertretung des Stellvertreters.<sup>3</sup> Handlungsbeschränkungen für die Situation der mittelbaren Stellvertretung existieren im BGB nicht. Ein gesetzliches Aufgreifen von Interessenkonflikten bei der mittelbaren Stellvertretung im BGB wäre auch schwer zu verorten – schließlich „existiert“ der Vertragstyp der mittelbaren Stellvertretung im BGB nicht.<sup>4</sup> Der jeweilige Schutz der wirtschaftlichen Parteien findet stets im bilateralen Vertragsverhältnis statt. Das spezifische Kommissionsrecht, eine gesetzlich normierte Ausprägungsform einer mittelbaren Stellvertretung,<sup>5</sup> thematisiert die Zulässigkeit eines sogenannten „Selbsteintritts“ des Kommissionärs unter bestimmten Voraussetzungen in § 400 HGB.<sup>6</sup> Bei der Spedition ist ein Selbsteintritt gemäß § 458 HGB grundsätzlich erlaubt.<sup>7</sup>

In den Niederlanden sind potenziellen Interessenkonflikten drei Vorschriften gewidmet. Art. 7:416 BW umfasst Fälle des „*Selbsteintritt*“, art. 7:417 BW thematisiert das „*twee heren dienen*“ (Mehrfachvertretung) und art. 7:418 BW be-

<sup>3</sup> § 181 BGB; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 23, 29.

<sup>4</sup> Zur Abbildung der mittelbaren Stellvertretung in Deutschland: Kapitel 6 C.I.

<sup>5</sup> Zum Kommissionsrecht: Kapitel 6 C.I.

<sup>6</sup> § 400 HGB; s. hierzu: Kapitel 16 B.II.

<sup>7</sup> § 458 HGB; *Bydlinksi*, in: MüKo-HGB, HGB § 458, Rdnr. 5 ff.; *Spieker/Schönfleisch*, in: BeckOK-HGB, HGB § 458, Rdnr. 1 ff.; *Paschke*, in: Oetker-HGB, HGB § 458, Rdnr. 1 ff.

inhaltet die in Kapitel 15 besprochene Offenlegungspflicht für sonstige Interessenkonflikte, sogenannte „*belangenverstremgeling*“.<sup>8</sup> Der Anwendungsbereich der *lastgevingsovereenkomst* erstreckt sich auf Schuldverhältnisse, die den *lasthebber* sowohl zur direkten als auch zur indirekten Vertretung verpflichten.<sup>9</sup> Ebenso umfassen die Interessenkollisionsregeln Fälle der unmittelbaren und der mittelbaren Vertretung. So bezieht sich art. 7:416 lid 1 BW auf die Situation des Selbstkontrahierens eines unmittelbaren Stellvertreters. Art. 7:416 lid 2 BW stellt sodann klar, dass die Vorschrift des art. 7:416 lid 1 BW auch für das Selbstkontrahieren eines mittelbaren Stellvertreters gilt.<sup>10</sup>

Der kurze Überblick lässt erkennen, dass das deutsche und das niederländische Recht die gleichen kollisionssträchtigen Situationen kennen und allgemein (oder spezifisch) adressieren. Sie werden jedoch an unterschiedlichen Stellen adressiert. Während § 181 BGB unter dem Überbegriff „Insichgeschäft“ die Fälle des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung eines direkten Stellvertreters behandelt, werden diese Situationen in den Niederlanden von unterschiedlichen Normen erfasst. Art. 7:416 BW erfasst Sachverhalte des Selbstkontrahierens; art. 7:417 BW ist der Mehrfachvertretung gewidmet. Es fällt weiterhin auf, dass der Begriff Selbsteintritt sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden verwendet wird. In Deutschland wird er vor allem im Zusammenhang mit einem Selbstkontrahieren des Kommissionärs verwendet, gelegentlich auch für ein Selbstkontrahieren des direkten Stellvertreters. Auch in den Niederlanden wird unter *Selbsteintritt* das Selbstkontrahieren eines unmittelbaren oder eines mittelbaren Vertreters verstanden. Die Niederlande haben den Begriff Selbsteintritt aus dem deutschen Recht übernommen.<sup>11</sup> Zwar betrifft der Term die gleichen Situationen, dennoch dürfen die deutsche und die niederländische Regelung nicht verwechselt werden, da sie den Umgang mit einem Selbsteintritt unterschiedlich regeln.

---

<sup>8</sup> S. Kapitel 15 D.I.3.; *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 120; *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 231.

<sup>9</sup> Art. 7:411 BW; zum Anwendungsbereich der *lastgevingsovereenkomst*: Kapitel 6 B.

<sup>10</sup> Art. 7:416 lid 1, 2 BW; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 1 f.

<sup>11</sup> *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 232.

## B. Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung im Einzelnen

### I. Inschlaggeschäft, § 181 BGB – Selbstkontrahieren im fremden Namen und Mehrfachvertretung

Bei einem Inschlaggeschäft, § 181 BGB, tritt der Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auf. Mindestens einmal agiert er dabei als Vertreter.<sup>12</sup> Ein Inschlaggeschäft ist grundsätzlich verboten. Es umfasst zwei Situationen – das Selbstkontrahieren (§ 181 Fall 1 BGB) und die Mehrfachvertretung (§ 181 Fall 2 BGB).<sup>13</sup> Beim Selbstkontrahieren im Sinne von § 181 Fall 1 BGB schließt der Vertreter ein Rechtsgeschäft für den Vertretenen mit sich selbst ab. Ausschlaggebend für das Vorliegen eines Selbstkontrahierens ist das Bestehen von Personenidentität. Wirtschaftliche Identität genügt nicht.<sup>14</sup> Für die Annahme eines Selbstkontrahierens ist es auch nicht ausreichend, wenn der Vertreter auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts im eigenen und im fremden Namen auftritt. Das Geschäft muss zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zustande kommen, ansonsten fehlt es an der Interessenkollision.<sup>15</sup> Bei der Mehrfachvertretung im Sinne von § 181 Fall 2 BGB tritt ein Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts vertretend auf. Er wird zwar für unterschiedliche Parteien tätig, der „Interessenkonflikt zwischen ihnen trifft jedoch in seiner Person zusammen“.<sup>16</sup> Stehen die beiden Parteien hingegen auf derselben Seite, liegt keine Mehrfachvertretung und auch kein Selbstkontrahieren vor.<sup>17</sup>

Sinn und Zweck von § 181 BGB ist es, den Vertretenen vor einem Missbrauch der Vertretungsmacht zu schützen, welcher aufgrund potenzieller Interessenkonflikte beim Vertreter stattfinden könnte. Das Risiko der Schädigung einer

---

<sup>12</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 23.

<sup>13</sup> *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 4; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 5.

<sup>14</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 23.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 23. Februar 1968 – V ZR 188/64 (Stuttgart), NJW 1968, 936; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 24; *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 181, Rdnr. 8.

<sup>16</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 29.

<sup>17</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 29.

der Parteien besteht regelmäßig dann, wenn verschiedene, gegebenenfalls widerstreitende Interessen durch ein und dieselbe Person vertreten werden.<sup>18</sup> § 181 BGB erfasst die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision beim Insichgeschäft.<sup>19</sup> Das Vorliegen einer tatsächlichen Interessenkollision ist grundsätzlich nicht erforderlich. Ausreichend ist, dass ein Vertreter formal auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auftritt.<sup>20</sup> Diese formale Herangehensweise verbietet eine Einschränkung oder Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 181 BGB<sup>21</sup> und dient der Verkehrs- und Rechtssicherheit.<sup>22</sup> Überwiegend wird der Normzweck aber mittels einer abstrakt-generellen Betrachtung bestimmt<sup>23</sup> und auf diesen Bereich teleologisch reduziert.<sup>24</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Insichgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.<sup>25</sup>

Nach § 181 BGB ist ein Vertreter zur Vornahme von Insichgeschäften grundsätzlich nicht befugt.<sup>26</sup> Wird er trotz mangelnder Vertretungsmacht tätig, ist das Geschäft schwebend unwirksam. Der abgeschlossene Vertrag kann von dem oder den Vertretenen genehmigt werden, §§ 177 ff. BGB.<sup>27</sup>

---

<sup>18</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 325; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 1; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 2.

<sup>19</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 4.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 1991 – IX ZR 250/89 (Stuttgart), NJW 1991, 982 (983); BGH, Urteil vom 13. Juni 1984 – VIII ZR 125/83 (Karlsruhe), NJW 1984, 2085; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 1; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 6.

<sup>21</sup> *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 181, Rdnr. 3.

<sup>22</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 4.

<sup>23</sup> BGH, Beschluss vom 15. November 2004 – V ZB 13/04 (BayObLG), NJW 2005, 415; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 5 f.; *Schilken*, in: Staudinger-BGB, BGB § 181, Rdnr. 6.

<sup>24</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 5 f.; *Frensch*, in: PWW-BGB, BGB § 181, Rdnr. 9.

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 27. Juni 1972 – IV ZR 225/69 (Frankfurt/M), NJW 1972, 2262; BGH, Urteil vom 25. April 1985 – IX ZR 141/84 (Karlsruhe), NJW 1985, 2407; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 13; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 32; *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 181, Rdnr. 19.

<sup>26</sup> § 181 BGB; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 324 f.; *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 5; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 4.

<sup>27</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 6; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 14; ausführlich zur Genehmigung: *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 60 ff.

Ausnahmsweise ist ein Insichgeschäft erlaubt, wenn dies dem Vertreter „gestattet ist“<sup>28</sup> oder „das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“<sup>29</sup>.<sup>30</sup> Eine rechtsgeschäftliche Gestattung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, § 183 BGB. Sie kann bereits in der Bevollmächtigung enthalten sein<sup>31</sup> und muss vor dem Geschäft erfolgen, für das sie wirken soll.<sup>32</sup> Sie kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden.<sup>33</sup> Auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt eine Zulässigkeit des Insichgeschäfts. Unter den Gesetzeswortlaut fallen sowohl die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Vertretenen als auch die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Vertreters.<sup>34</sup> Die Verbindlichkeit muss wirksam bestehen, fällig und einredfrei sein.<sup>35</sup>

§ 181 BGB ist auf die Interessenlage bei der Vertretung abgestimmt. Die Vorschrift ist keine allgemeine Regelung, die grundsätzlich auf Interessenkonflikte anzuwenden ist. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Norm als auch aus der Tatsache, dass Interessenkonflikte nicht erst beim Abschluss des Rechtsgeschäfts entstehen.<sup>36</sup> Eine analoge Anwendung auf sämtliche Sachverhalte mit möglichen Interessenkonflikten ist deshalb abzulehnen.<sup>37</sup> Eine analoge Anwendung wird jedoch bei vergleichbarer Interessenlage, z.B. bei Insolvenzverwaltern, Nachlassverwaltern und Testamentsvollstreckern angenommen.<sup>38</sup> Auch

<sup>28</sup> § 181 Hs. 1 BGB.

<sup>29</sup> § 181 Hs. 2 BGB.

<sup>30</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 330; vgl. *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 7, 10.

<sup>31</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 7; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 9.

<sup>32</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 69.

<sup>33</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 71; *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 181, Rdnr. 33.

<sup>34</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 10 f.; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 10; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 92.

<sup>35</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 10 f.; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 94.

<sup>36</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 326.

<sup>37</sup> *Dörner*, in: Hk-BGB, BGB § 181, Rdnr. 18; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 44; *Schilken*, in: Staudinger-BGB, BGB § 181, Rdnr. 44.

<sup>38</sup> Für Testamentsvollstreckung: BGH, Urteil vom 12. Juni 1989 – II ZR 246/88 (München), NJW 1989, 2694 (2695); für Insolvenzverwaltung: BGH, Urteil vom 24. Januar 1991 –

hier kommt es, wie schon bei der direkten Anwendung von § 181 BGB, nicht auf eine Bewertung des Einzelfalls, sondern auf das Vorliegen abstrakt-genereller Interessenkonflikte an.<sup>39</sup>

## II. Selbsteintritt des Kommissionärs, § 400 HGB – Selbstkontrahieren im eigenen Namen

Das HGB enthält für das Kommissionsgeschäft eine ähnliche Regelung wie § 181 BGB.<sup>40</sup> „Die Kommission zum Einkauf [...] von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, [...] kann, [...] von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, dass er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert [...]“.<sup>41</sup> Die in § 400 Abs. 1 HGB ausdrücklich gegebene Erlaubnis eines Selbsteintritts für den Fall eines festen Börsen- oder Marktpreises zeigt e contrario, dass ein Selbsteintritt des Kommissionärs grundsätzlich unzulässig ist. Obwohl der Kommissionär den Kommittenten nicht unmittelbar vertritt, treffen diesen die Rechtsfolgen seines Handels unmittelbar. Hierdurch entsteht für den Kommissionär im Falle eines Selbsteintritts eine Kollision zwischen seinen eigenen Interessen und den Interessen des Kommittenten. Die verkaufende Partei erstrebt einen möglichst hohen Verkaufspreis; die kaufende Partei einen möglichst niedrigen Preis, also gerade das Gegenteil. Für den mittelbar vertretenen Kommittenten entstehen in dieser Konstellation vergleichbare Gefahren für seine Interessen wie beim Selbstkontrahieren eines unmittelbaren Vertreters.<sup>42</sup> Die §§ 400 bis 405 HGB stellen den Schutz des Kommittenten vor Manipulation des Kommissionärs durch Selbsteintritt sicher.<sup>43</sup>

---

IX ZR 250/89 (Stuttgart), NJW 1991, 982; für Nachlassverwalter: BGH, Urteil vom 29. April 1959 – V ZR 11/58 (Saarbrücken), NJW 1959, 1429; Überblick: *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 181, Rdnr. 2; *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 57.

<sup>39</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB, BGB § 181, Rdnr. 44; zu Fällen der analogen Anwendung s. auch: *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, BGB § 181, Rdnr. 21 ff.

<sup>40</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 339.

<sup>41</sup> § 400 Abs. 1 HGB; selbiges gilt für den Verkauf von Waren sowie für den Ein- und Verkauf von Wertpapieren, § 400 Abs. 1 HGB; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 400, Rdnr. 3; *Füller*, in: EBS-HGB, § 400, Rdnr. 4.

<sup>42</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 339 f.

<sup>43</sup> §§ 400-405 HGB; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 400, Rdnr. 1; *Bergmann*, in: Oetker-HGB, HGB § 400, Rdnr. 3.

Ein Selbsteintritt des Kommissionärs kann neben der ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis des § 400 Abs. 1 HGB auch aufgrund vertraglicher Bestimmungen zulässig sein. § 402 HGB bestimmt, dass die Vorschriften der §§ 400 Abs. 2 bis 5, 401 HGB nicht nachteilig für den Kommittenten abbedungen werden dürfen, § 400 Abs. 1 HGB ist im Umkehrschluss aber abdingbar.<sup>44</sup> Eine Abbedingung ist auch mittels AGB zulässig.<sup>45</sup> Der Kommissionär ist weiterhin zur Wahrung der Interessen des Kommittenten verpflichtet und darf nur dann selbst eintreten, wenn dies dem Interesse des Kommittenten entspricht.<sup>46</sup> Ein Selbsteintritt erfolgt durch ausdrückliche Erklärung des Kommissionärs, § 405 HGB.<sup>47</sup> Bis zur Absendung der Ausführungsanzeige hat der Kommittent gemäß § 405 Abs. 3 HGB das Recht, den Selbsteintritt zu widerrufen.<sup>48</sup>

Ein zulässig erklärter Selbsteintritt bewirkt nach heutiger Ansicht keine reine Umwandlung der Kommission in einen Kauf bzw. Verkauf mit der Folge der bloßen Anwendbarkeit von Kaufvertragsrecht. Der Vertrag wird jedoch dem Umstand angepasst, dass die Abwicklung des Kommissionsgeschäfts nun untypischerweise direkt zwischen Kommissionär und Kommittenten stattfindet. Der Vertrag ist typengemischt; teils findet Kommissions- und Geschäftsbesorgungsrecht, teils Kaufrecht Anwendung. Der Kommissionär hat eine „Doppel-funktion“ inne.<sup>49</sup> Daneben wird die Rechenschaftspflicht des Kommissionärs gemäß § 400 Abs. 2 S. 1 HGB darauf beschränkt, die Einhaltung des Preises

<sup>44</sup> § 402 HGB; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 400, Rdnr. 2; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 400, Rdnr. 3.

<sup>45</sup> *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 400, Rdnr. 10.

<sup>46</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 340; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 400, Rdnr. 5; *Füller*, in: EBJS-HGB, § 400, Rdnr. 4, 7.

<sup>47</sup> § 405 HGB; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 400, Rdnr. 2; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 400, Rdnr. 8; *Füller*, in: EBJS-HGB, § 400, Rdnr. 8.

<sup>48</sup> § 405 Abs. 3 HGB; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 400, Rdnr. 3; *Roth*, in: KKRD-HGB, HGB § 400, Rdnr. 5.

<sup>49</sup> *Bergmann*, in: Oetker-HGB, HGB § 400, Rdnr. 9; *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 400, Rdnr. 11; *Füller*, in: EBJS-HGB, § 400, Rdnr. 9; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 400, Rdnr. 35; a.A.: *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 400, Rdnr. 5, der von einer Umwandlung in Kaufrecht spricht, jedoch eine Überlagerung der kaufrechtlichen Regeln durch die Interessenwahrnehmungspflicht des Kommissionärs annimmt.

nachzuweisen.<sup>50</sup> Bei einem unzulässigen Selbsteintritt kann der Kommittent den Selbsteintritt zurückweisen und Schadenersatz verlangen.<sup>51</sup>

### III. *Selbsteintritt*, art. 7:416 BW – Selbstkontrahieren im fremden und eigenen Namen

Die Regelung zum *Selbsteintritt*, art. 7:416 BW, behandelt die Situation, in welcher der *lasthebber* (Auftragnehmer) bei der Ausführung der ihm im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* vom *lastgever* (Auftraggeber) aufgetragenen *rechtshandeling* (Rechtsgeschäft) selbst als Vertragspartner des *lastgever* auftritt. Ein solcher *Selbsteintritt* birgt naturgemäß Interessenkonflikte. Der *lasthebber* ist einerseits aus der *lastgevingsovereenkomst* dazu verpflichtet, die Interessen des *lastgever* wahrzunehmen. Andererseits ist er in seiner Position als Vertragspartner dazu geneigt, seine eigenen Belange durchzusetzen – sei es auf Kosten der Interessen seines Vertragspartners, in diesem Fall des *lastgever*. Ein *Selbsteintritt* des *lasthebber* ist dennoch nicht in jeglichen Fällen unerwünscht und nicht ausnahmslos unzulässig.<sup>52</sup> Gemäß art. 7:416 lid 1 und 2 BW kann ein *lasthebber* dann als Vertragspartner des *lastgever* auftreten, wenn der Inhalt der *rechtshandeling* so genau feststeht, dass ein Konflikt zwischen den Interessen beider Parteien ausgeschlossen ist.<sup>53</sup> Als Beispiel für eine Situation, in welcher keine Interessenkonflikte drohen, kann der Kauf von Wertpapieren zum Börsenkurs in einem bestimmten Moment genannt werden. Der Vertragsgegenstand ist dann objektiv so genau bestimmt, dass kein Raum für eine interessengerichtete Einflussnahme bleibt.<sup>54</sup> Der Begriff des Vertragspartners im Sinne von art. 7:416 BW ist weit auszulegen. Er umfasst sowohl Sachverhalte, in denen der *lasthebber*

---

<sup>50</sup> § 400 Abs. 2 HGB; *Bergmann*, in: Oetker-HGB, HGB § 400, Rdnr. 12; *Häuser*, in: MüKo-HGB, HGB § 400, Rdnr. 83 f.

<sup>51</sup> *Baer*, in: BeckOK-HGB, HGB § 400, Rdnr. 10; *Bergmann*, in: Oetker-HGB, HGB § 400, Rdnr. 13.

<sup>52</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 232; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 120.

<sup>53</sup> Art. 7:416 lid 1 BW: „Een lasthebber kan slechts als wederpartij van de lastgever optreden, indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten.“; *Meijer*, in: Bijzondere overeenkomsten, 249 (nr. 262); *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 2; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 120.

<sup>54</sup> *Van Zeben/Reehuis/Slob*, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, 344; *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:416, aant. 1; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 2.

direkt als Vertragspartner auftritt, als auch Situationen, in denen der *lasthebber* ein direktes oder indirektes Interesse an der Vertragspartei hat.<sup>55</sup>

Art. 7:416 lid 1 BW erfasst den Fall des Selbstkontrahierens im fremden Namen. Die Norm verläuft parallel zu der vertretungsrechtlichen Vorschrift des art. 3:68 BW<sup>56</sup> und erklärt ein Selbstkontrahieren des *lasthebber*-Vertreters unter den gleichen Voraussetzungen als zulässig.<sup>57</sup> Art. 7:416 lid 2 BW stellt klar, dass die Möglichkeit des Selbstkontrahierens auch gegeben ist, wenn der *lasthebber* gemäß der *lastgevingsovereenkomst* nur im eigenen Namen auftreten darf.<sup>58</sup> Art. 7:416 lid 2 BW knüpft an die Problematik an, dass es grundsätzlich nicht möglich ist, einen Vertrag mit sich selbst zu schließen, da für einen Vertrag nach überwiegender Ansicht stets zwei Parteien erforderlich sind.<sup>59</sup> Ist ein *lasthebber* zur mittelbaren Stellvertretung verpflichtet, kommt ihm gewöhnlich keine Vertretungsbefugnis zu. Ohne eine Bevollmächtigung ist er nicht zur Vertretung befugt und kann daher nicht, wie ein unmittelbarer Stellvertreter, einen Vertrag im Namen des *lastgever* mit sich selbst abschließen. Hier setzt art. 7:416 lid 2 BW an, der dem *lasthebber* für den Fall eines zulässigen Selbstkontrahierens eine gesetzliche Vertretungsbefugnis einräumt. Obwohl er aufgrund des Inhalts der ihn verpflichtenden *lastgevingsovereenkomst* im eigenen Namen auftreten müsste, darf er bei Vorliegen der Voraussetzungen des art. 7:416 lid 1 BW wie ein unmittelbarer Stellvertreter einen Vertrag mit sich selbst für den *lastgever* abschließen.<sup>60</sup> Ein praxisrelevantes Beispiel hierfür ist ein *commissionair*, der – in Übereinstimmung mit den vertraglichen Bestimmungen – etwas aus seinem eigenen Bestand liefert.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Rb. Roermond 28 maart 2012, NJF 2012/238, ECLI:NL:RBROE:2012:BW0043; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262).

<sup>56</sup> Das in art. 3:68 BW normierte Verbot des *Selbsteintritt* bei einer Vertretung verläuft weitgehend parallel zu art. 7:416 lid 1 BW, s. hierzu: *Kortmann/Kortmann*, Asser 3-III, nr. 15.

<sup>57</sup> Art. 7:416 lid 1, 3:68 BW; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 39; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 1.

<sup>58</sup> Art. 7:416 lid 2 BW; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 40; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 2.

<sup>59</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 2; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 235.

<sup>60</sup> So *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 2; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 40.

<sup>61</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 232.

*Tjong Tijn Tai* wirft die Frage auf, ob der *lasthebber* bei einem *Selbsteintritt* neben den gesetzlichen Voraussetzungen des art. 7:416 lid 1, 2 BW zu einer Mitteilung verpflichtet sein sollte. Er erkennt zwar an, dass der Gesetzgeber wohl davon ausging, durch art. 7:416 BW den *lastgever* ausreichend vor einer Benachteiligung geschützt zu haben, plädiert aber dennoch für die Sinnhaftigkeit einer solchen Mitteilungspflicht.<sup>62</sup> Er geht davon aus, dass bei einer nicht erfolgten Mitteilung über einen *Selbsteintritt*, der *Selbsteintritt* häufig trotz Vorliegen der Voraussetzungen des art. 7:416 lid 1 BW und obwohl formal keine Mitteilungspflicht besteht, unzulässig sei. Dies begründet er damit, dass eine *volmacht* regelmäßig keine Befugnis zur Vornahme eines undefinierten *Selbsteintritts* umfasse. Ohne eine Information über den *Selbsteintritt* sei daher grundsätzlich von einer nicht bestehenden *volmacht* und damit von einer Unwirksamkeit der Willenserklärung auszugehen. In einem solchen Fall sei aber eine nachträgliche Genehmigung möglich.<sup>63</sup> Seine Ansicht scheint jedoch mit dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen im Konflikt zu stehen. Sowohl im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* als auch im Vertretungsrecht erklärt das Gesetz einen *Selbsteintritt* unter bestimmten Voraussetzungen explizit für zulässig. Es sollte daher nur dann ein Mangel der Vertretungsbefugnis angenommen werden, wenn das der *volmacht* zugrunde liegende Rechtsgeschäft ausdrücklich einen Ausschluss eines *Selbsteintritts* vorsieht, oder aber die Voraussetzungen des art. 7:416 BW nicht gewahrt sind.

Solange kein Verbraucher involviert ist, ist eine Abbedingung von art. 7:416 lid 1 und 2 BW möglich.<sup>64</sup> Handelt der *lastgever* als Verbraucher, also nicht in Ausübung seines Berufs oder Gewerbes,<sup>65</sup> hat er einem *Selbsteintritt* des *lasthebber* schriftlich zuzustimmen.<sup>66</sup> Diese Formvorschrift ist zwingend, um *lastgever* in der Rolle als Verbraucher vor gewerbsmäßigen *lasthebbers*, auf deren Rat

---

<sup>62</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 232.

<sup>63</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 236.

<sup>64</sup> Art. 7:416 lid 3 BW; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 120.

<sup>65</sup> *Van der Grinten*, Lastgeving, 40; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 121.

<sup>66</sup> Art. 7:416 lid BW; *Nijland*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:416, aant. 3; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 121.

und Sachkundigkeit sie vertrauen, zu schützen.<sup>67</sup> Ob eine schriftliche Zustimmung vorliegt, wird anhand der art. 3:33 und 3:35 BW beurteilt.<sup>68</sup> Das Schriftformerfordernis ist nicht gewahrt, wenn die Zustimmung im Rahmen von in die *lastgevingsovereenkomst* einbezogenen AGB gegeben wird.<sup>69</sup> Ein zu weites Einverständnis im Voraus kann schnell den Verdacht wecken, dass es den *lastgever* schädigen könnte, da er dann keine wirksame Kontrolle mehr hat.<sup>70</sup> Bei einem Verstoß gegen das Formerfordernis, ist das im Selbsteintritt geschlossene Geschäft anfechtbar.<sup>71</sup> Nach überwiegender Ansicht müssen die Voraussetzungen des art. 7:416 lid 1 und 2 BW bei Vorliegen einer schriftlichen Zustimmung nicht erfüllt sein.<sup>72</sup> Nach Ansicht von *Tjong Tijn Tai* hingegen reicht die schriftliche Zustimmung des Verbrauchers allein nicht für die Zulässigkeit des *Selbsteintritts* aus. Sie muss vielmehr kumulativ mit dem Ausschluss von Interessenkonflikten vorliegen.<sup>73</sup>

Art. 7:416 lid 4 BW stellt klar, dass der *lasthebber* im Falle des erlaubten *Selbsteintritts* seinen Entgeltanspruch behält. Schließlich hat er seine Leistung, zu der er sich verpflichtet hat, erfüllt.<sup>74</sup> Bei einem unzulässigen Selbstkontrahieren ohne Verbraucherbeteiligung wird mangels Vertretungsmacht kein wirksamer

---

<sup>67</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 234; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 121; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262).

<sup>68</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 234.

<sup>69</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262).

<sup>70</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 234; auch *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 3 fordern die Zustimmung zu konkreten oder zusammenhängenden Willenserklärungen.

<sup>71</sup> Art. 7:416 lid 3 jo. art. 3:39 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262); *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 3; *Lamers*, Opdracht, lastgeving en bemiddeling, 121.

<sup>72</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262); *Nijland*, in: GS *Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:416, aant. 3; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 40; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 1.

<sup>73</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 234.

<sup>74</sup> Art. 7:416 lid 4 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262); *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:416, aant. 4.

Vertrag geschlossen. Der *lastgever* hat die Möglichkeit, den geschlossenen Vertrag zu genehmigen, art. 3:69 BW (*bekrachtigen*).<sup>75</sup> Daneben entfällt der Lohnanspruch des *lasthebber* und er wird möglicherweise schadenersatzpflichtig.<sup>76</sup> Lamers plädiert dafür, dass der Lohnanspruch unter dem Vorbehalt der Redlichkeit und Billigkeit auch bei nachträglicher Genehmigung (art. 3:69 BW) eines unzulässigen Selbstkontrahierens entfalle – durch die Genehmigung würde lediglich der geschlossene Vertrag zulasten des *lastgever* gültig; nicht jedoch der *Selbsteintritt* zulässig.<sup>77</sup>

#### IV. *Twee heren dienen*, art. 7:417 BW – Mehrfachvertretung

Der niederländische Gesetzgeber hat auch die Situation der Mehrfachvertretung als konfliktbelastete Situation anerkannt.<sup>78</sup> Möglicherweise verspürt der *lasthebber* mit einer der Parteien mehr Affinität als mit der anderen Partei oder kann aufgrund seiner Expertise oder Erfahrung das Interesse der einen Partei besser vertreten.<sup>79</sup> Dem soll art. 7:417 lid 1 BW entgegenwirken indem er festlegt, dass ein *lasthebber* gleichzeitig als *lasthebber* der Gegenpartei auftreten darf wenn Interessenkonflikte ausgeschlossen sind, sogenanntes *twee heren dienen*.<sup>80</sup> Die Vorschrift knüpft damit an den Wortlaut und die Voraussetzungen des *Selbsteintritt*, art. 7:416 BW an. Sie unterscheidet sich jedoch in der konkreten Formulierung, was sich auf die Rechtsfolge eines Verstoßes auswirkt. Während art. 7:416 lid 1 BW das Verb „*kan*“ (können) verwendet, wird dem *lasthebber* die Beschränkung beim *twee heren dienen* mit „*mag*“ (darf) auferlegt.<sup>81</sup> Im Gegensatz zum Selbstkontrahieren hat ein Verstoß gegen die in art. 7:417 lid 1 BW

<sup>75</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 236; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 262); *Lamers*, *Oprichting, lastgeving en bemiddeling*, 121; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 39.

<sup>76</sup> *Lamers*, *Oprichting, lastgeving en bemiddeling*, 120.

<sup>77</sup> *Lamers*, *Oprichting, lastgeving en bemiddeling*, 122; kritisch zu striktem Entfallen des Lohnanspruchs: *van der Grinten*, *Lastgeving*, 41 f.

<sup>78</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 1.

<sup>79</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 238.

<sup>80</sup> Art. 7:417 lid 1 BW: „*Een lasthebber mag slechts tevens als lasthebber van de wederpartij optreden, indien de inhoud van de rechtsbehandeling zo nauwkeurig vaststaat dat strijd tussen de belangen van beide lastgevers is uitgesloten.*“; *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 1; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:417, aant. 2; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 238.

<sup>81</sup> *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 2; *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 239; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 43.

gemachten Vorgaben deshalb nicht die Unwirksamkeit der *rechtshandeling* zur Folge. Sie ist rechtlich wirksam. Stattdessen verliert der *lasthebber* gegen den *lastgever*, gegenüber welchem die Voraussetzungen der zulässigen Konstellation des *twee heren dienen* nicht erfüllt sind, gemäß art. 7:417 lid 3 BW seinen Entgeltanspruch und ist diesem gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>82</sup> Diese Sanktion kann je nach den Umständen gegenüber beiden *lastgevern* oder nur gegenüber einem der *lastgever* eintreten – je nachdem ob ein Verstoß in beiden oder nur in einem Verhältnis vorliegt.<sup>83</sup> Art. 7:417 lid 3 BW ist insoweit zwingend, als dass nicht zum Nachteil des *lastgever* von der Vorschrift abgewichen werden darf.<sup>84</sup>

Bei einem Verstoß gegen das *twee heren dienen* liegt regelmäßig auch eine unzulässige Vertretung vor. Die Voraussetzungen des *twee heren dienen* sind gleichzeitig eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis. Beruft sich ein *lastgever* auf einen Verstoß des *twee heren dienen*, kommt der Vertrag daher grundsätzlich mangels einer Vertretungsbefugnis nicht zustande. Der Vertrag kann jedoch aufgrund des Rechtsscheins der Vertretungsmacht wirksam geschlossen worden sein oder im Nachhinein genehmigt werden. Die vertretungsrechtlichen Erwägungen schränken die in art. 7:417 lid 3 BW genannten Rechtsbehelfe nicht ein.<sup>85</sup>

In Abgrenzung zum *Selbsteintritt* ist art. 7:417 BW nur dann einschlägig, wenn der *lasthebber* für zwei Parteien im fremden Namen handelt.<sup>86</sup> Tritt der *lasthebber* als direkter Vertreter einer Partei und als mittelbarer Vertreter einer anderen Partei auf, ist nach *van der Grinten* nicht art. 7:417 BW einschlägig, sondern art. 7:416 BW. Handelt der *lasthebber* für eine der Parteien im eigenen Namen, wird er selbst Vertragspartei, auch wenn er auf fremde Rechnung handelt. Es

<sup>82</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 263); *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 2 f.; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:417, aant. 2; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 43.

<sup>83</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 44 f.; *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 122 f.

<sup>84</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 263); *Nijland*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 3.

<sup>85</sup> *Tjong Tjin Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 240; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 43 f.; *Lamers*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, 123.

<sup>86</sup> So *van der Grinten*, *Lastgeving*, 44.

liegt ein *Selbsteintritt* vor.<sup>87</sup> Ein Auftreten im eigenen Namen auf Rechnung beider Parteien ist nicht möglich. In einem solchen Fall kann der *lasthebber* jedoch gemäß art. 7:416 lid 2 BW für beide Parteien kraft gesetzlicher Vertretungsbefugnis als direkter Stellvertreter tätig werden und somit den Vertrag im Namen der beiden Parteien schließen.<sup>88</sup>

Bei einem als Verbraucher handelnden *lastgever* verlangt art. 7:417 lid 2 BW wie auch schon im Falle des *Selbsteintritt*<sup>89</sup>, dass Letzterer seine schriftliche Zustimmung erklärt hat.<sup>90</sup> Ein im Rahmen von in die *lastgevingsovereenkomst* einbezogenen AGB erteiltes Einverständnis ist wiederum nicht ausreichend.<sup>91</sup> Auch im Falle einer Verbraucherbeteiligung folgt aus einem Verstoß gegen das *twee heren dienen* nicht die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags, sondern das Entfallen des Lohnanspruchs sowie die Haftbarkeit für entstandene Schäden.<sup>92</sup> Wie schon beim *Selbsteintritt* plädiert *Tjong Tijn Tai* für eine Mitteilungspflicht im Falle des *twee heren dienen*.<sup>93</sup>

### C. Rechtsvergleichende Betrachtung

Die rechtsvergleichende Betrachtung zeigt, dass der deutsche und der niederländische Gesetzgeber die Fragen des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung unterschiedlich beurteilen. Bei einem unzulässigen *Selbsteintritt* im fremden Namen beschränken beide Rechtsordnungen die Handlungsmöglichkeiten des Vertreters, sodass dieser den Vertretenen nicht wirksam binden kann (Abschnitt I.). Ein *Selbsteintritt* im fremden Namen wird von den Rechtsordnungen dogmatisch unterschiedlich verortet (Abschnitt II.). Ein Vertreter, der in den Niederlanden unzulässigerweise im Wege der Mehrfachvertretung tätig

---

<sup>87</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 44.

<sup>88</sup> *Van der Grinten*, *Lastgeving*, 43.

<sup>89</sup> Art. 7:416 lid 3 BW; s. Kapitel 16 B.III.

<sup>90</sup> Art. 7:417 lid 2 BW; *Nijland*, in: GS *Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 4.

<sup>91</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 249 (nr. 263); *Nijland*, in: GS *Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:417, aant. 4.

<sup>92</sup> *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:417, aant. 3; *van der Grinten*, *Lastgeving*, 44.

<sup>93</sup> *Tjong Tijn Tai*, *Asser 7-IV*, nr. 238.

wird, unterliegt keinen Handlungsbeschränkungen. Nach deutschem Recht hätte er in dieser Situation keine Vertretungsmacht inne (Abschnitt III.).

#### I. Handlungsbeschränkungen bei unzulässigem Selbsteintritt im fremden Namen

Ein Selbsteintritt im fremden Namen ist in Deutschland gemäß § 181 BGB grundsätzlich verboten. Ausnahmsweise ist ein Selbsteintritt erlaubt, wenn er vom Vertretenen gestattet wurde oder der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient. § 181 BGB schützt den Vertretenen abstrakt vor den aus kollidierenden Interessen resultierenden Gefahren. Die Norm hat Strafcharakter. Sie wird jedoch nach herrschender Meinung auf abstrakt-generelle Gefahren teleologisch reduziert, weshalb ein Selbsteintritt insbesondere auch dann, wenn er für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, erlaubt ist. Ferner ist eine analoge Anwendung auf gleichartige Interessenlagen, beispielsweise auf Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker, anerkannt.

Die korrespondierende niederländische Vorschrift beurteilt die Zulässigkeit eines Selbsteintritts hingegen nach den Umständen des Einzelfalls. Nach den art. 7:416 lid 1 und 3:68 BW ist der Selbsteintritt eines direkten Vertreters erlaubt, wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrags so genau feststeht, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen sind. Vertraglich kann grundsätzlich etwas anderes vereinbart werden. Ist ein Verbraucher als *lastgever* involviert, muss dieser einem Selbsteintritt gemäß art. 7:416 lid 3 BW schriftlich zustimmen. Wird das Formerfordernis missachtet, ist das im Selbsteintritt geschlossene Geschäft anfechtbar.

Die Rechtsordnungen legen bei der Frage der Zulässigkeit eines Selbsteintritts eines direkten Vertreters folglich einen anderen Maßstab an. Während sich das deutsche Recht von abstrakten Erwägungen leiten lässt, erfordert die niederländische Rechtsordnung eine einzelfallbezogene Untersuchung der konkreten Situation. Gemein ist beiden Ländern, dass neben den gesetzlichen Voraussetzungen auch der Parteiwille Berücksichtigung findet. In Deutschland kann der Selbsteintritt „gestattet“ werden, in den Niederlanden ist die Vorschrift – jedenfalls ohne Verbraucherbeteiligung – abdingbar.

Bezogen auf die Frage, welche Anforderungen an die Person des Vertreters gestellt werden, damit tatsächlich ein Selbsteintritt vorliegt, ist das deutsche Recht strenger als das niederländische Recht, was zu einer insgesamt milderer Regel führt. Ein Selbsteintritt nach deutschem Recht erfordert Personenidentität; wirtschaftliche Identität ist nicht ausreichend. Hierdurch ist der Anwendungsbereich der handlungsbeschränkenden Norm kleiner als in den Niederlanden, wo die Regelung des art. 7:416 lid 1 BW auch dann gilt, wenn der *lasthebber* ein direktes oder indirektes Interesse an der Vertragspartei hat.

Bei einem zulässigen Selbsteintritt handelt der Vertreter nach beiden Rechtsordnungen mit Vertretungsmacht, sodass aufgrund des Selbsteintritts ein Vertrag zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zustande kommt. Im Innenverhältnis hat keine Pflichtverletzung stattgefunden.

Für die Beurteilung der Folgen eines unzulässigen Selbsteintritts ist die systematische Verortung der Regelungen von Relevanz. § 181 BGB ist im Stellvertretungsrecht verortet. Ebenso ist die Rechtsfolge eines unzulässigen Selbsteintritts vertretungsrechtlicher Natur. Aufgrund des Nichtbestehens der Vertretungsmacht ist der geschlossene Vertrag schwebend unwirksam; eine Genehmigung des Vertretenen ist möglich. Schuldrechtliche Konsequenzen aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Schuldverhältnisses sind dem jeweils anwendbaren Regelungsregime, regelmäßig dem Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsrecht, zu entnehmen. Das niederländische Schuldrecht sieht im Gegensatz zum deutschen Schuldrecht einen Vertragstyp vor, der die Pflicht zum Tätigwerden als Stellvertreter erfasst. Entsprechend sind im Rahmen der Interessenkollisionsregel auch schuldrechtliche Rechtsfolgen normiert. Schuldrechtliche Rechtsfolgen im Falle eines unzulässigen Selbsteintritts sind das Entfallen des Lohnanspruchs und die Pflicht zum Ersatz eines möglicherweise entstandenen Schadens. Ferner ist der abgeschlossene Vertrag ebenso wie in Deutschland aufgrund mangelnder Vertretungsbefugnis unwirksam. Eine nachträgliche Genehmigung ist möglich.

Beide Länder verbieten den Selbsteintritt also nicht nur unter bestimmten Voraussetzungen, sondern beschränken die vertretungsrechtlichen Befugnisse des Vertreters und somit dessen Handlungskompetenzen.

## II. Unterschiedliche dogmatische Einordnung eines Selbsteintritts im fremden Namen

Ein Selbsteintritt im eigenen Namen ist in den Niederlanden unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen ein Selbsteintritt des unmittelbaren Stellvertreters zulässig ist, erlaubt. Im Falle eines zulässigen Selbsteintritts erhält der mittelbare Stellvertreter, der eigentlich keine Vertretungsmacht innehat, aus art. 7:416 lid 2 BW eine gesetzliche Vertretungsmacht zum Abschluss des Geschäfts im Selbsteintritt. Die mittelbare Stellvertretung wird für diese spezifische Situation in eine unmittelbare Stellvertretung „umgewandelt“. Es gelten die gleichen Anforderungen und Rechtsfolgen, die auch an ein Selbstkontrahieren im fremden Namen gestellt werden. Die Vorschrift des Selbstkontrahierens eines mittelbaren Stellvertreters wird ebenso wie das Selbstkontrahieren eines unmittelbaren Stellvertreters im Rahmen der *lastgevingsovereenkomst* geregelt und ist somit schuldrechtlicher Natur.

In Deutschland existiert hingegen keine allgemeine Regelung zum Umgang mit Interessenkonflikten bei der mittelbaren Stellvertretung. Das Fehlen einer solchen Vorschrift ist auf die deutsche Systematik zurückzuführen. Das BGB erkennt die mittelbare Stellvertretung, die keine „echte Stellvertretung“ ist, sondern „nur“ wirtschaftliche Zusammenhänge berücksichtigt, nicht als Vertragstyp an. Die Rechte und Pflichten im mittelbaren Stellvertretungsverhältnis beurteilen sich nach dem jeweiligen bilateralen Vertragsverhältnis. Einer mittelbaren Stellvertretung liegt häufig ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde, sodass den Geschäftsherrn insbesondere die in Kapitel 15 besprochenen Pflichten schützen. Spezifisch wird das Selbstkontrahieren im eigenen Namen vom Kommissionsrecht aufgegriffen, das die mittelbare Stellvertretung als handelsrechtlichen Vertragstyp normiert. Die kommissionsrechtliche Regelung, § 400 HGB, erlaubt ein Selbstkontrahieren des Kommissionärs bei feststehenden Börsen- oder Marktpreisen. Die Regelung zieht somit die gleichen Anknüpfungskriterien wie die niederländische allgemeine Vorschrift zum Selbsteintritt, art. 7:416 BW, zu Rate. Entscheidend sind objektiv bestimmbare Kriterien, bei deren Vorliegen die Gesetzgeber die Gefahr eines Interessenkonflikts als gering einstufen bzw. das Vorliegen eines solchen ausschließen.

Während ein Selbsteintritt des niederländischen mittelbaren Stellvertreters quasi in einen Selbsteintritt eines unmittelbaren Stellvertreters „umgewandelt“

wird, hat das Selbstkontrahieren des deutschen Kommissionärs andere Rechtsfolgen. Es wird kein zusätzlicher Kaufvertrag zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär abgeschlossen und das Kommissionsverhältnis wandelt sich auch nicht in ein Kaufverhältnis um. Vielmehr wird der bestehende Kommissionsvertrag angepasst und umfasst in der Folge sowohl kommissionsrechtliche als auch kaufvertragliche Rechte und Pflichten. Ein weiterer Unterschied im Umgang der Rechtsordnungen mit der mittelbaren Stellvertretung besteht darin, dass dem deutschen Kommittenten eine weitreichendere Befugnis über die Frage des „ob“ des Selbsteintritts zukommt als einem niederländischen *lastgever*. Denn ein deutscher Kommissionär hat bis zur Ausführungsanzeige des Kommittenten das Recht, den Selbsteintritt zu widerrufen. Zwar kann auch im niederländischen *lastgevings*-Verhältnis ein Selbsteintritt des *lasthebbers* ausgeschlossen werden. Ist ein solcher aber erst einmal zulässig, kann der *lasthebber* den *lastgever* wirksam binden.

### III. Keine Handlungsbeschränkung bei unzulässiger Mehrfachvertretung in den Niederlanden

Die Mehrfachvertretung wird im niederländischen Recht in einer neben dem *Selbsteintritt* stehenden eigenständigen Regelung, dem sogenannten *twee heren dienen* (art. 7:417 BW), behandelt. Für die Frage der Zulässigkeit knüpft art. 7:417 BW an art. 7:416 BW an, indem er die Zulässigkeit der Mehrfachvertretung davon abhängig macht, ob Interessenkonflikte aufgrund im Voraus feststehender Einzelheiten des abzuschließenden Vertrags ausgeschlossen sind. Für die Beteiligung eines Verbrauchers wird das Formerfordernis der Schriftlichkeit normiert, art. 7:417 lid 2 BW. Auch in Deutschland wird die Mehrfachvertretung parallel zum Selbstkontrahieren geregelt. Zusammen mit dem Selbsteintritt im fremden Namen fällt sie in den Anwendungsbereich des Ingeschäfts, § 181 BGB. Die Mehrfachvertretung ist unter den gleichen Voraussetzungen wie das Selbstkontrahieren im fremden Namen zulässig, also bei einer Gestattung, der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder mittels einer teleologischen Reduktion, wenn das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Insoweit kann für einen Vergleich bezüglich der Zulässigkeit der Mehrfachvertretung auf den Vergleich der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Selbsteintritts im fremden Namen in Deutschland und den Niederlanden verwiesen werden.

Die Rechtsfolge einer unzulässigen Mehrfachvertretung ist in den Niederlanden jedoch milder als die eines unzulässigen Selbsteintritts. Beim zulässigen *twee be- ren dienen* kommt der Vertrag zustande. In dem Verhältnis, in welchem der *lasthebber* gegen art. 7:417 BW verstoßen hat, verliert er seinen Entgeltanspruch gegen den *lastgever* und hat für mögliche Schäden aufzukommen. In Deutschland verläuft hingegen auch die Rechtsfolge der Mehrfachvertretung parallel zum Selbsteintritt im fremden Namen – bei einem Verstoß gegen die Voraussetzungen handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, sodass das abgeschlossene Geschäft schwebend unwirksam ist. Die niederländische Rechtsordnung begegnet einer konfliktbelasteten Mehrfachvertretung also nur mit einem schuldrechtlichen Verbot, während das deutsche Recht dem Vertreter in diesem Fall eine Handlungsbeschränkung auferlegt. Er kann den Vertretenen nicht entgegen der Vorschrift wirksam binden.

#### D. Selbsteintritt von *Dime* wäre unzulässig

Die Regelungen zum Selbsteintritt und der Mehrfachvertretung gelten nur für den Datenverwerter *Dime*, da die anderen untersuchten Datenverwerter nicht vertretend tätig werden. *Dime* schließt mittelbar für die Datensubjekte Ausführungsverträge mit den Unternehmen ab und unterfällt dabei den deutschen Kommissionsvorschriften. Diese erlauben e contrario § 400 HGB dann einen Selbsteintritt, wenn ein Börsen- oder Marktpreis für die zu kaufenden oder verkaufenden Vermögenswerte besteht oder sich aus dem Vertrag ergibt, dass ein Selbsteintritt des Kommissionärs zulässig ist. Eine solch objektive Bestimmung des Preises für die Datennutzung anhand von Börsen- oder Marktpreisen ist jedenfalls aktuell nicht möglich. Der Rahmenvertrag enthält auch keine Ausführungen zu einem möglichen Selbsteintritt, sodass ein solcher nach deutschem Recht unzulässig wäre.

Nach niederländischem Recht dürfte *Dime* gemäß art. 7:416 lid 2 BW nur dann selbst in den Vertrag mit den Datensubjekten eintreten, wenn die konkreten Bedingungen des Ausführungsvertrags bereits im Rahmenvertrag zwischen *Dime* und den Datensubjekten festgelegt wurden, oder der Rahmenvertrag (aufgrund der Verbrauchereigenschaft der Datensubjekte) eine schriftliche Abbedingung

von art. 7:416 lid 2 BW enthält. Eine genaue Bestimmung des Inhalts der Ausführungsverträge durch die Datensubjekte findet beim Modell von *Dime* jedoch nicht statt. Die Datensubjekte geben lediglich die Arten der personenbezogenen Daten und ihre Verwertungszwecke an. Konkrete Vorgaben betreffend eine bestimmte Anzahl zu „verkaufender“ Daten zu einem genau bestimmten Preis werden nicht gemacht. Ebenso wenig wird art. 7:416 lid 2 BW schriftlich abgedungen.

*Dime* darf somit weder nach deutschem noch nach niederländischem Recht selbst in den Vertrag mit den Datensubjekten eintreten, sondern muss die Ausführungsverträge mit Dritten abschließen. Soweit dies entsprechend der Leistungsbeschreibung zu beurteilen ist, wird *Dime* nicht im Selbsteintritt tätig und verstößt somit nicht gegen diese Vorgabe.

Die Frage der Zulässigkeit einer Mehrfachvertretung stellt sich in keinem der untersuchten Datenverwertungsmodelle, da keiner der Datenverwerter zum unmittelbar stellvertretenden Handeln bevollmächtigt wurde.

## E. Zulässigkeit von Verarbeitungen im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen

Bei der Untersuchung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Verarbeitungen im Zusammenhang mit zivilrechtlich unerlaubten Handlungen deuten sich vier Szenarios an. Zunächst können Selbstkontrahieren bzw. Mehrfachvertretung vertraglich gestattet oder gesetzlich erlaubt sein (Abschnitt I.). Entgegen den von § 181 Fall 1 und 2 BGB (Selbstkontrahieren im fremden Namen und Mehrfachvertretung) sowie Art. 7:416 lid 1 und lid 2 BW (Selbstkontrahieren im fremden und eigenen Namen) auferlegten Handlungsbeschränkungen geschlossene Verträge können im Nachhinein genehmigt und somit wirksam werden (Abschnitt II.). Verträge, die entgegen der Bestimmungen von art. 7:417 BW (*twee heren dienen*) geschlossen werden, sind stets wirksam (Abschnitt III.). Bei einer Verbraucherbeteiligung in den Niederlanden kann die vertragliche Erlaubnis einem Formfehler unterliegen. Ein im Selbsteintritt geschlossener Vertrag ist dann anfechtbar (Abschnitt IV.). Insgesamt zeigt sich, dass nationale

schuldrechtliche Besonderheiten die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit beeinflussen (Abschnitt V.).

### I. Rechtsgrundlage bei erlaubtem Selbstkontrahieren und erlaubter Mehrfachvertretung

Sowohl die deutsche als auch die niederländische Rechtsordnung erachten ein Selbstkontrahieren oder eine Mehrfachvertretung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als zulässig. In diesem Fall dienen Datenverarbeitungen zum Zwecke des Selbstkontrahierens bzw. der Mehrfachvertretung der Vertragserfüllung. Denn das Gebrauchmachen von der Befugnis erfolgt regelmäßig zum Abschluss des von dem Geschäftsherrn gewünschten Ausführungsvertrags. Der Interessenwahrnehmungsvertrag wird in diesem Fall gerade durch das Selbstkontrahieren oder die Mehrfachvertretung erfüllt.<sup>94</sup> Erforderliche Verarbeitungen zur Erfüllung des im Selbsteintritt geschlossenen Geschäfts oder des im Rahmen einer Mehrfachvertretung abgeschlossenen Vertrags können auf die Erforderlichkeit zur Erfüllung des Ausführungsvertrags gestützt werden, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO.<sup>95</sup>

### II. Rechtsgrundlage bei schwebend unwirksamen Verträgen

Eine erste Einschätzung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Verarbeitungen im Zusammenhang mit einem unzulässigen Selbstkontrahieren oder einer unzulässigen Mehrfachvertretung legt die Annahme der Unrechtmäßigkeit hiermit zusammenhängender Verarbeitungen nahe. Schließlich kann ein zivilrechtlich unzulässiges Tätigwerden per se nicht der Vertragserfüllung dienen und schon gar nicht zur Vertragserfüllung erforderlich sein.<sup>96</sup> Das niederländische und das deutsche Zivilrecht ordnen die ohne Vertretungsmacht geschlossenen Verträge jedoch als genehmigungsfähig ein. Im Falle einer Genehmigung entstände ein wirksamer Vertrag. Datenverarbeitungen zur Erfüllung dieses Vertrags wären dann auf der Basis von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO rechtmäßig. Dies wirft die Frage auf, wie Verarbeitungen zur Herbeiführung des

---

<sup>94</sup> S. zur Subsumtion des Gebrauchmachens einer vertraglichen Befugnis unter die von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO geforderte Erforderlichkeit auch: Kapitel 14 D.II.2.

<sup>95</sup> Zur Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO: Kapitel 3 B.II.

<sup>96</sup> S. zur grundsätzlichen Unvereinbarkeit konfliktbelastender Handlungen und einer Subsumtion unter Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO: Kapitel 14 D.II.2.

Schwebezustands datenschutzrechtlich zu beurteilen sind, und ob diese entgegen der ersten Einschätzung doch gerechtfertigt sind.

### 1. Vorvertragliche Maßnahmen bedürfen dem Willen beider Parteien

Die bis zum Genehmigungszeitpunkt angefallenen Datenverarbeitungen könnten auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden, wenn sie die für die Zulässigkeit vorvertraglicher Maßnahmen erforderlichen Kriterien erfüllen. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO erlaubt in seiner zweiten Alternative Verarbeitungen, die zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich sind und auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen.<sup>97</sup> Hierunter werden Verarbeitungen zur Vertragsanbahnung und im Stadium der Vertragsverhandlungen verstanden.<sup>98</sup> Möglicherweise könnte ein schwebend unwirksamer Vertrag unter diesen Erlaubnistatbestand fallen. Bis zum Genehmigungszeitpunkt ist nicht bekannt, ob überhaupt ein Vertrag zustande kommen wird. Die Ungewissheit über das tatsächliche Zustandekommen ist für ein vorvertragliches Stadium charakteristisch. Es gilt daher für Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) Alt. 2 DSGVO gerade nicht als Voraussetzung, dass tatsächlich ein Vertrag zustande kommen wird.<sup>99</sup> Zentral für die Erlaubnisnorm im vorvertraglichen Stadium ist jedoch, dass die Initiative von der betroffenen Person ausgeht.<sup>100</sup> Der Verordnungswortlaut drückt diese Anforderung durch das Tatbestandsmerkmal „auf Anfrage“ (engl.:

---

<sup>97</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) Alt. 2 DSGVO; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 34; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rdnr. 14; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 33.

<sup>98</sup> *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 34.

<sup>99</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 33; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 34; nach *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 15 erfüllt die Erforderlichkeit in diesem Fall *ex nunc*.

<sup>100</sup> *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr-DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rdnr. 14; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 15.

„at request“) aus und legitimiert die Verarbeitung somit – wie bei einem geschlossenen Vertrag – mit dem Willen der betroffenen Person.<sup>101</sup> Ein eigenmächtiges Handeln des Verantwortlichen ist ausgeschlossen.<sup>102</sup> Bei Vertragsbemühungen trotz entgegenstehender Handlungsbeschränkung liegt der Wille zum Abschluss eines konkreten Vertrags mit dem Vertragspartner des Interessenwahrnehmungsverhältnisses (beim Selbstkontrahieren) oder mit einer durch die gleiche Person vertretenen Gegenpartei (bei Mehrfachvertretung) gerade nicht vor. Die Vertragsbereitschaft bezieht sich stattdessen regelmäßig auf eine dritte (unabhängige) Person. Die Selbstkontrahierungsbemühungen oder der versuchte Abschluss eines Vertrags mittels einer Mehrfachvertretung können daher nicht durch den Willen der betroffenen Person legitimiert und somit nicht auf das vorvertragliche Stadium gestützt werden.

## 2. Schwebend unwirksamer Vertrag kein „Vertrag“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO

Neben dem Abstellen auf vorvertragliche Maßnahmen zur Vertragsdurchführung, könnte zur Rechtfertigung der bis zum Genehmigungszeitpunkt erfolgten Verarbeitungen auch auf den schwebend unwirksamen Vertrag selbst abgestellt werden. Der schwebend unwirksame Vertrag könnte schon im Stadium vor der potenziellen Genehmigung als „Vertrag“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO eingeordnet werden.

Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert Verarbeitungen mit dem Gedanken der Privatautonomie, indem er voraussetzt, dass die betroffene Person aufgrund einer auf den Vertrag gerichteten Willenserklärung auch mit den erforderlichen Verarbeitungen zur Erfüllung desgleichen rechnet.<sup>103</sup> Einseitige Rechtsgeschäfte werden überwiegend nur dann als Legitimationsgrundlage im

---

<sup>101</sup> *Kotschy*, in: Kuner/Bygrave/Docksey-GDPR, GDPR Art. 6, no. C.1.2.2.; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 35, 37; *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 27.

<sup>102</sup> *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 33; EDSA, Guidelines 2/2019, 47; *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 15.

<sup>103</sup> *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 15; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 26.

Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO anerkannt, wenn die betroffene Person an ihrem Zustandekommen beteiligt war.<sup>104</sup> Nichtigte Verträge können nicht als Legitimation herangezogen werden.<sup>105</sup> Bei nichtigen Verträgen leidet der Wille der betroffenen Person im Hinblick auf den Vertragsinhalt an einem Mangel.<sup>106</sup> Vertragsähnliche Rechtsgeschäfte, wie Gesellschaftsverträge oder Satzungen werden hingegen überwiegend als ausreichend erachtet – hier kann die betroffene Person mit einer Verarbeitung rechnen und hat ihren Beitritt in die Gesellschaft oder den Verein willentlich begründet.<sup>107</sup> Bei einem ungenehmigten Vertrag hat noch keine Willensäußerung stattgefunden. Die Einordnung eines genehmigungsfähigen Vertrags als „Vertrag“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO würde den Legitimationsgedanken des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO unterlaufen und ist daher abzulehnen.<sup>108</sup>

### 3. Berechtigtes Interesse des Verantwortlichen an Herbeiführung eines Schwebestands

Möglicherweise können Verarbeitungen zur Herbeiführung eines Schwebestands auf ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO gestützt werden.<sup>109</sup> Bemüht sich der Verantwortliche um ein Selbstkontrahieren oder eine Mehrfachvertretung, ist davon

---

<sup>104</sup> *Taeger*, DSGVO Art. 6, Rdnr. 60; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 16; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 30; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 28; ohne Vorbehalt: *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 29; nach *Frenzel*, in: Paal/Pauly-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 13 sind einseitige Rechtsgeschäfte nicht unter Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO, sondern unter Buchst. f) zu fassen.

<sup>105</sup> *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 17; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 31.

<sup>106</sup> *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 31.

<sup>107</sup> *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spieker-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 16; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 30; hierzu tendierend auch: *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner-DSGVO/BDSG, DSGVO Art. 6, Rdnr. 29 f.; a.A. *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 31, wonach solche Verarbeitungen unter Buchst. f) fallen.

<sup>108</sup> Auch *Reimer* plädiert dafür, dass nur materiellrechtlich wirksame Verträge nach dem jeweils anwendbaren mitgliedstaatlichen Recht als „Vertrag“ i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO anzusehen sein sollten, s. *Reimer*, in: Sydow-DSGVO, Art. 6, Rdnr. 19.

<sup>109</sup> S. zu den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO auch: Kapitel 3 B.III.

auszugehen, dass ein solcher bzw. eine solche sein Interesse widerspiegelt. Die DSGVO schweigt zu der Frage, wann Interessen als berechtigt gelten.<sup>110</sup> Gemäß Erwägungsgrund 47 der DSGVO können berechtigte Interessen zur Verarbeitung vorliegen, wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, z.B. wenn die betroffene Person ein Kunde des Verantwortlichen ist [...].<sup>111</sup> Berechtigte Interessen können laut Erwägungsgrund 47 DSGVO Verarbeitungen „zum Zwecke der Direktwerbung“ begründen.<sup>112</sup> Zu den Kriterien im Rahmen der von dem Erlaubnistatbestand geforderten Abwägung mit den Betroffeneninteressen<sup>113</sup> zählen die vernünftige Erwartungshaltung der betroffenen Person, ihre Beziehung zum Verantwortlichen sowie die Absehbarkeit der Verarbeitung.<sup>114</sup>

Die Vornahme der vertraglich unzulässigen Handlungen zur Herbeiführung eines Schwebezustands sind nicht so fernliegend, dass sie für die betroffene Person nicht absehbar wären. Die Vertragsparteien stehen in einem Interessenwahrnehmungsverhältnis, das die in Frage stehenden Handlungen nicht vorsieht. Jedoch haben es die Gesetzgeber der niederländischen und der deutschen Rechtsordnungen in Betracht gezogen, dass sich der Interessenwahrer trotz der Unzulässigkeit um ein Selbstkontrahieren bzw. eine Mehrfachvertretung bemüht und dies – wider den Regelfall – im Interesse des Geschäftsherrn geschieht. Für diesen Fall sieht das Vertragsrecht die Möglichkeit der anschließenden Genehmigung vor. Da die Vertragsverhältnisse den Umgang mit den infrage stehenden unzulässigen Handlungen regeln, dürften hierauf beruhende Datenverarbeitungen für die betroffene Person, den Geschäftsherrn des Vertragsverhältnisses, nicht außerhalb ihres Vorstellungsbereichs liegen. Dies wird dadurch untermauert, dass die betroffene Person und der Verantwortliche zu dem Verarbeitungs-

---

<sup>110</sup> *Spindler/Dalby*, in: Recht der elektronischen Medien, DSGVO Art. 6, Rdnr. 14; *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291 (291 f.); *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 49; s. zum berechtigten Interesse im Rahmen von Art. 7 DS-RL, Art.-29-DSG, Stellungnahme 06/2014, WP 217.

<sup>111</sup> ErwGr. (47) S. 2 DSGVO.

<sup>112</sup> ErwGr. (47) S. 7 DSGVO.

<sup>113</sup> Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO; zur Interessenabwägung: *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291.

<sup>114</sup> S. ErwGr. (47) S. 1, 3 DSGVO; *Albers/Veit*, in: BeckOK-DatenSR, DSGVO Art. 6, Rdnr. 53; *Schulz*, in: Gola-DSGVO, DSGVO Art. 6, Rdnr. 61 ff.

zeitpunkt in einer vertraglichen Beziehung zueinanderstehen, die dem Abschluss des gewünschten Geschäfts durch den Verantwortlichen dient. Die bei einem Selbstkontrahieren oder einer Mehrfachvertretung verarbeiteten Daten würden sowieso verarbeitet, die Verarbeitungen sind von der betroffenen Person sogar erwünscht. Zwar sollten sie eigentlich zum Abschluss eines Vertrags mit einer dritten, nicht durch den Verantwortlichen vertretenen Person verarbeitet werden und werden nun zum Abschluss mit dem Verantwortlichen selbst, oder mit einer durch den Verantwortlichen vertretenen Person, verarbeitet. Es erfolgt aber keine unerwünschte Offenlegung von Daten gegenüber einer dritten Person. Die Verarbeitungen für ein Selbstkontrahieren oder eine Mehrfachvertretung sind deshalb nicht als so überraschend und eingreifend anzusehen, dass sie ein Risiko für die Grundrechte der betroffenen Person darstellen. Die Überlegung wird dadurch gestützt, dass nach Erwägungsgrund 47 DSGVO Direktmarketingzwecke ein berechtigtes Interesse an einer Verarbeitung begründen können. Besteht eine Beziehung zwischen Verantwortlichem und der betroffenen Person, ist dem Verantwortlichen somit das Interesse, sich um einen weiteren Vertrag zu bemühen, zuzuerkennen. Die Interessen der betroffenen Person überwiegen damit die Interessen des Verantwortlichen an der Herbeiführung eines Schwebezustands grundsätzlich nicht. Verarbeitungen im Zusammenhang mit vertraglich nicht gestatteten, jedoch genehmigungsfähigen Handlungen können auf das berechtigte Interesse des Verantwortlichen gestützt werden.

### III. Rechtsgrundlage beim unerlaubten Abschluss wirksamer Verträge

Das niederländische Äquivalent zur deutschen Mehrfachvertretung im Sinne von § 181 BGB, das *twee heren dienen*, sieht als Folge einer unzulässigen Mehrfachvertretung nicht die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags, sondern den Verlust der Provision als Sanktion vor.<sup>115</sup> Die Sanktionsbehauptung einer unzulässigen Mehrfachvertretung zeigt, dass ein solches Verhalten nicht der Erfüllung des Interessenwahrnehmungsvertrags dienen kann, weshalb die in diesem Zusammenhang erfolgten Verarbeitungen auch nicht als zur Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO erforderlich angesehen werden können. Bei einer unzulässigen Mehrfachvertretung kommt nach niederländischem

---

<sup>115</sup> Zum *twee heren dienen*: Kapitel 16 B.IV.

Recht ein wirksamer Vertrag zustande, der die zu seiner Erfüllung erforderlichen Verarbeitungen selbst legitimiert. Das niederländische Vertragsrecht sieht den Willen der vertretenen Parteien zum Abschluss eines Vertrages trotz unerwünschter Mehrfachvertretung als vorhanden an. Der Vertrag kommt aufgrund der übereinstimmenden Willenserklärungen der betroffenen Person mit einer dritten Partei, beide vertreten durch den Verantwortlichen, zustande. Konsequenterweise sollte auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive der privatautonome Wille zu einem neuen Vertragsabschluss anerkannt und auf dessen Grundlage auch die hierzu erforderlichen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert werden.

#### IV. Rechtsgrundlage bei Formmangel der Gestattung

Die Gestattung eines *Selbsteintritts* und des *twee heren dienen* unterliegt in den Niederlanden bei einer Verbraucherbeteiligung dem Schriftformerfordernis. Ist ein Verbraucher beteiligt, so hat dieser einem *Selbsteintritt* bzw. einem *twee heren dienen* schriftlich zuzustimmen. Ein Verstoß gegen das Formerfordernis zieht beim *Selbsteintritt* die Anfechtbarkeit des geschlossenen Geschäfts nach sich,<sup>116</sup> beim *twee heren dienen* gilt der Vertrag trotz des Verstoßes als wirksam geschlossen.<sup>117</sup>

Leidet die Zustimmung des Verbrauchers zu einem *Selbsteintritt* des *lasthebbers* an einem Formmangel, ist der im *Selbsteintritt* geschlossene Vertrag anfechtbar. Wird der geschlossene Vertrag nicht angefochten, können in seinem Zusammenhang erforderliche Datenverarbeitungen auf die Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Der Gesetzgeber eröffnet dem Verbraucher zwar die Möglichkeit, sich von dem, gegebenenfalls seinen Interessen widersprechenden, Vertrag zu lösen, sieht den Vertrag jedoch nicht als prinzipiell nichtig oder unwirksam an, sodass er bis zum Zeitpunkt einer Anfechtungserklärung existiert. Da der Vertragsschluss vom Gesetzgeber als grundsätzlich wirksam angesehen wird, liegen zunächst übereinstimmende Willenserklärungen vor, die auch die erforderlichen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1

---

<sup>116</sup> Art. 7:416 lid 3; zu dem Formerfordernis s. auch: Kapitel 16 B.III.

<sup>117</sup> Art. 7:417 lid 2 BW; zu dem Formerfordernis s. auch: Kapitel 16 B.IV.

Buchst. b) DSGVO legitimieren können. Wird der Vertrag angefochten,<sup>118</sup> wird er *ex tunc* nichtig,<sup>119</sup> sodass auch die datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage *ex tunc* entfällt. Zur Vertragserfüllung und -Anbahnung bereits erfolgte erforderliche Verarbeitungen sollten in diesem Fall als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO, angesehen werden, der von einem wirksamen Vertrag ausgehen durfte. Zukünftigen Verarbeitungen fehlt die Rechtsgrundlage.

Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis beim *twee heren dienen* berührt im Gegensatz zu einem Verstoß beim Selbsteintritt die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags nicht. Hier sieht der Gesetzgeber den übereinstimmenden Willen beider Parteien zum Vertragsschluss als gegeben an. Sowohl die zur Vertragsanbahnung als auch zur Erfüllung dieses Vertrags erforderlichen Verarbeitungen können daher auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden.

#### V. Nationale schuldrechtliche Besonderheiten beeinflussen datenschutzrechtliche Zulässigkeit

Die vorgestellten Überlegungen zeigen, dass eine statische Bestimmung datenschutzrechtlicher Rechtsgrundlagen im Zusammenhang mit handlungsbeschränkenden Vorschriften nicht möglich ist. Es ist stets eine einzelfallorientierte, am nationalen Recht ausgerichtete Untersuchung erforderlich. Aufgrund der nationalen vertragsrechtlichen Besonderheiten kann die datenschutzrechtliche Beurteilung von Verarbeitungsvorgängen in verschiedenen Rechtsordnungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten nicht harmonisiert ist. Während eine unzulässige Mehrfachvertretung in Deutschland an einem Mangel der Vertretungsmacht leidet, wird bei einem Verstoß gegen das *twee heren dienen* in den Niederlanden ein wirksamer Vertrag geschlossen. Dadurch, dass die DSGVO trotz ihrer Bestrebungen zur Vollharmonisierung für die Bestimmung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit auch an Institute anknüpft, die der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit unterfallen, nimmt sie nationale Unterschiede bei der Beurteilung der Zulässigkeit in Kauf. Hierdurch ermöglicht die DSGVO eine

---

<sup>118</sup> Die Anfechtung kann durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner geschehen, art. 3:49, 50 lid 1 BW.

<sup>119</sup> Art. 3:53 BW.

begrüßenswerte Flexibilität, die zu einem Gleichlauf von datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Lage führt und keine unbilligen oder unverständlichen Ergebnisse hervorruft.

Verarbeitungen zur Herbeiführung eines Schwebezustands lassen sich auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO stützen. Werden Verträge entgegen zivilrechtlicher Vorgaben geschlossen, beurteilt das Zivilrecht jene aber dennoch als wirksam, können diese als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für erforderliche Verarbeitungen dienen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Da die Rechtsordnungen in diesem Fall vom Willen der involvierten Partei zum Vertragsabschluss ausgehen, ist konsequenterweise auch von einem Willen zu einer hierfür zwangsläufig notwendigen Vertragsanbahnung auszugehen. Verarbeitungen hierzu sind ebenso auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO zu stützen. Verarbeitungen zur Erfüllung anfechtbarer Verträge stützen sich, solange keine entsprechende Erklärung erfolgt, auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Wird der Vertrag aufgrund einer Anfechtung *ex tunc* nichtig, können die bereits erfolgten Verarbeitungen auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO gestützt werden.

Ein unerlaubter Selbsteintritt von *Dime* ist nicht ersichtlich.<sup>120</sup> Würde *Dime* jedoch unzulässigerweise in einen oder mehrere Verträge mit den Datensubjekten selbst eintreten, müsste genau untersucht werden, wie der Mangel der Zulässigkeit schuldrechtlich begründet ist und wie die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der für den Selbsteintritt vorgenommenen Handlungen entsprechend zu beurteilen ist.

---

<sup>120</sup> Kapitel 16 D.

## Kapitel 17

# Doppeltätigkeit und Selbstkontrahieren eines Vermittlers

*Data Fairplay* und *Datacoup* werden vermittelnd tätig. Nach niederländischem Recht sind die Rahmenverträge mit diesen Datenverwertern als *bemiddelingsovereenkomst* einzuordnen.<sup>1</sup> Die *bemiddelingsovereenkomst* erlaubt eine doppelte Vermittlungstätigkeit und ein Selbstkontrahieren des *bemiddelaar* nur unter bestimmten Voraussetzungen. Mangels Entgeltlichkeit unterfallen die Vertragsverhältnisse mit *Data Fairplay* und *Datacoup* nicht dem deutschen Maklerrecht, sondern sind als Auftrag einzuordnen.<sup>2</sup> Die Vorgaben, die das Maklerrecht zur Interessenwahrnehmung eines Maklers statuiert, können jedoch auch für die Interessenwahrnehmung eines unentgeltlichen Vermittlers im Rahmen der allgemeinen auftragsrechtlichen Interessenwahrnehmungspflicht einfließen. Eine Untersuchung der deutschen maklerrechtlichen Vorschriften ist deshalb nicht nur aus rechtsvergleichenden Aspekten von Relevanz.

Die folgenden Ausführungen stellen in Abschnitt A. den Umgang der untersuchten Rechtsordnungen mit einer doppelten Vermittlungstätigkeit vor. Trotz unterschiedlicher Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Doppeltätigkeit, knüpfen beide Rechtsordnungen an eine unerlaubte Doppeltätigkeit den Verlust der Provision. Abschnitt B. untersucht die Klassifizierung eines Selbstkontrahierens eines Vermittlers. Hier variiert der Ansatz der Rechtsordnungen aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Leitbilder des Vertrags erheblich.<sup>3</sup> Während in Deutschland bei einem sogenannten Eigengeschäft überhaupt keine Vermittlungsleistung vorliegt und das Maklerrecht daher keine Anwendung findet, behandelt die niederländische *bemiddelingsovereenkomst* diesen Fall explizit gesetzlich.

---

<sup>1</sup> Kapitel 13.

<sup>2</sup> Kapitel 13.

<sup>3</sup> Zu den Vertragstypen Maklervertrag und *bemiddelingsovereenkomst*: Kapitel 6 D.

## A. Zulässigkeit und Folgen doppelter Vermittlungstätigkeiten

### I. Verwirkung der Vergütung bei vertragswidriger Doppelmakerei, § 654 BGB

Ein Makler verliert gemäß § 654 BGB seinen Anspruch auf Vergütung wenn er „[...] dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist.“<sup>4</sup> Eine solche Doppeltätigkeit des Maklers kann „einen erheblichen Interessenkonflikt“ hervorrufen<sup>5</sup> und stellt eine Treupflichtverletzung dar.<sup>6</sup> Die Rechtsprechung sieht in § 654 BGB eine sanktionierende Norm mit „Strafcharakter“.<sup>7</sup> Aufgrund des Strafcharakters ist für den Eintritt der Vergütungsverwirkung kein Nachteil des Auftraggebers erforderlich.<sup>8</sup>

Der unmittelbare Anwendungsfall von § 654 BGB betrifft nach dem Wortlaut der Norm ein Tätigwerden des Maklers für beide Parteien. Eine Doppeltätigkeit ist erlaubt, wenn beide Seiten zugestimmt haben.<sup>9</sup> Nach dem BGH ist eine Doppeltätigkeit ferner zulässig, wenn keine Interessenkollision droht und der Makler strikte Unparteilichkeit einhält.<sup>10</sup> Der BGH weitet den Rechtsgedanken von § 654 BGB weit über den Wortlaut der Vorschrift aus.<sup>11</sup> Er wendet § 654 BGB grundsätzlich analog auf vorsätzliche oder grob leichtfertige wesentliche Pflichtverletzungen an, wenn diese die Interessen des Auftraggebers schwerwiegend

<sup>4</sup> § 654 BGB.

<sup>5</sup> *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 583.

<sup>6</sup> *Roth*, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 1.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (734 f.); BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 – III ZR 322/04 (LG Karlsruhe), NJW-RR 2005, 1423 (1424); BGH, Urteil vom 18. Oktober 2012 – III ZR 106/11 (LG Aurich), NJW 2012, 3718, Rdnr. 16; *Roth*, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 1.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (735); BGH, Urteil vom 29. November 1989 – IV a ZR 206/88 (Nürnberg), NJW-RR 90, 372; *Scheuch*, in: Hk-BGB, BGB § 654, Rdnr. 1, 4.

<sup>9</sup> § 654 BGB; *Roth*, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 9.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 08. Juni 2000 – III ZR 187/99 (Frankfurt a.M.), NJW-RR 2000, 1502; BGH, Beschluss vom 30. April 2003 – III ZR 318/02 (Köln), NJW-RR 2003, 991; BGH, Urteil vom 06. Februar 2003 – III ZR 287/02 (Hamburg), NJW 2003, 1249.

<sup>11</sup> *Fischer*, NJW 2016, 3281 (3284).

verletzen.<sup>12</sup> Entscheidend ist eine „subjektiv [...] schwerwiegende Treuepflichtverletzung [...]“; der Makler muss sich seines Lohns ‚unwürdig‘ erwiesen haben“.<sup>13</sup> Er darf den Lohn „nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden“ trotz erfolgreicher Vermittlungsleistung nicht verdienen.<sup>14</sup> Verletzt der Makler seine Treuepflicht in diesem Ausmaß, bedarf es für das Entfallen des Lohnanspruchs keines Nachweises eines Schadens beim Auftraggeber.<sup>15</sup> Der Makler erweist sich nicht schon bei jeder objektiven Sorgfaltspflichtverletzung, wie etwa dem formularmäßigen Ausschluss aller Beratungspflichten, als seines Lohns „unwürdig“.<sup>16</sup> Der Auftraggeber hat dann aber einen Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB.<sup>17</sup> Die Literatur sieht die vom BGH vorgenommene Übertragung des Verwirkungsgedankens auf andere Treuepflichtverletzungen kritisch.<sup>18</sup> Hinterfragt wird insbesondere die für die Zulässigkeit einer Analogie bestehende Regelungslücke. Häufig steht dem Geschädigten aus § 280 Abs. 1 BGB ein Schadenersatzanspruch zu. In diesen Fällen sei die Übertragung des Verwirkungsgedankens nicht gerechtfertigt.<sup>19</sup>

Die Rechtsprechung wendet die Sanktion der Vergütungsverwirkung nicht nur innerhalb des Maklerverhältnisses analog an, sondern weitet die Anwendung auch auf andere Berufsgruppen aus. Eine Verwirkung der Vergütung wurde

---

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (735); BGH, Urteil vom 26. September 1984 – IVa ZR 162/82 (Köln), NJW 1985, 45.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 18. Oktober 2010 – III ZR 106/11 (LG Aurich), NJW 2012, 3718, im Anschl. an BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 – III ZR 322/04 (LG Karlsruhe), NJW-RR 2005, 1423 (1424).

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (735); Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 2.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (734 f.).

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 19. Mai 2005 – III ZR 322/04 (LG Karlsruhe), NJW-RR 2005, 1423 (1424); BGH, Urteil vom 05. Februar 1962 – VII ZR 248/60 (Celle), NJW 1962, 734 (735); kritisch dazu: Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 2 f.

<sup>17</sup> Scheuch, in: Hk-BGB, BGB § 654, Rdnr. 10; Mansel, in: Jauernig-BGB, BGB § 654, Rdnr. 1.

<sup>18</sup> Übersicht anderer Erklärungsmuster bei: Kotzian-Marggraf/Kneller, in: BeckOK-BGB, BGB § 654, Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Vgl. die Argumentation von Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 583 f.; ebenso Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 654, Rdnr. 2f.

etwa bei einem vorsätzlichen Parteiverrat durch einen Rechtsanwalt angenommen, sowie bei einem grob pflichtwidrig handelnden Handelsvertreter.<sup>20</sup> Weitere Analogien werden vom BGH bei Insolvenzverwaltern, Zwangsverwaltern und Vermögensverwaltern gebildet.<sup>21</sup>

## II. Anwendbarkeit des *twee heren dienen*, art. 7:417 BW

Art. 7:427 BW erklärt die im Regelungszusammenhang der *lastgevingsovereenkomst* niedergelegte Vorschrift zum *twee heren dienen*<sup>22</sup> auf *bemiddelingsovereenkomsten* für anwendbar.<sup>23</sup> Gemäß art. 7:427 jo. art. 417 lid 1 BW ist es einem *bemiddelaar* nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, gleichzeitig für den *opdrachtgever* und den Dritten, mit welchem der vermittelte Vertrag zustande kommt, tätig zu werden. Voraussetzung für eine zulässige Doppeltätigkeit ist, dass der Inhalt des Vertrags so genau feststeht, dass Interessenkonflikte zwischen dem *opdrachtgever* und dem Dritten ausgeschlossen sind.<sup>24</sup> Bei einem Verbraucherbezug ist für eine Doppeltätigkeit des *bemiddelaar* eine schriftliche Zustimmung erforderlich.<sup>25</sup> Bei einem Verstoß gegen art. 7:427 jo. art. 7:417

<sup>20</sup> Zum Parteiverrat: BGH, Urteil vom 15. Januar 1981 – III ZR 19/80 (Celle), NJW 1981, 1211, Fortführung der Beschlüsse, BGH, 29. April 1963, NJW 1963, 1301 und BGH, 30. September 1976 – III ZR 140/74; zum Handelsvertreter: BGH, Urteil vom 23. November 1973 – IV ZR 34/73 (Celle), NJW 1974, 137; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 583.

<sup>21</sup> Zur Insolvenzverwaltung: BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 – IX ZR 310/14, NJW 2017, 2613 (2616); BGH, Urteil vom 09. Dezember 2010 – IX ZR 60/10 (OLG Karlsruhe), NJW 2011, 1732 (1733); BGH, Beschluss vom 22. November 2018 – IX ZB 14/18, NJW 2019, 935 (936). Zum Zwangsverwalter: BGH, Beschluss vom 23. September 2009 – V ZB 90/09 (LG Duisburg), NJW-RR 2009, 1710. Zur Vermögensverwaltung: BGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 – XI ZR 67/11 (KG), NJW-RR 2012, 411; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, BGB § 654, Rdnr. 1; *Scheuch*, in: Hk-BGB, BGB § 654, Rdnr. 5.

<sup>22</sup> S. zu art. 7:417 BW: Kapitel 16 B.IV.

<sup>23</sup> Art. 7:427 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141.

<sup>24</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 1 BW; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:427.

<sup>25</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 2 BW; *Castermans/Krans*, in: T&C BW, BW art. 7:427; s. auch Hof Leeuwarden 28 december 1994, NJ 1996/117.

BW entfällt der Lohnanspruch des *bemiddelaar* und dieser wird schadensersatzpflichtig.<sup>26</sup>

Stellt eine *bemiddeling* bloß den Kontakt zwischen zwei Parteien her, finden also keine Vertragsverhandlungen statt, steht einer beiderseitigen Vermittlung häufig kein materieller Interessenkonflikt entgegen. Bei einer Partnervermittlung ist es beispielsweise von vornherein ersichtlich, dass der *bemiddelaar* auch für die Gegenpartei tätig wird. Eine dahingehende Zustimmung beider Parteien kann bereits bei Abschluss der *bemiddelingsovereenkomst* eingeholt werden.<sup>27</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – Provisionsverlust nach beiden Rechtsordnungen

Sowohl die niederländische als auch die deutsche Rechtsordnung behandeln die Folgen einer Doppeltätigkeit des Vermittlers. Die niederländische Regelung verweist dabei in art. 7:427 BW auf die Interessenkonfliktregelung des *twee heren dienen* bei der *lastgevingsovereenkomst* (art. 7:417 BW). Das deutsche Recht sieht eine eigene maklerrechtliche Vorschrift in § 654 BGB vor. Folge einer unzulässigen Doppeltätigkeit ist in beiden Rechtsordnungen die Verwirkung der Vergütung. Bei der Frage der Zulässigkeit einer Doppeltätigkeit knüpft das deutsche Recht, wie auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, an den abstrakten Pflichtverstoß an. § 654 BGB hat Strafcharakter. Der Anwendungsbereich von § 654 BGB wird von der Rechtsprechung in Deutschland über die Doppeltätigkeit hinaus auch auf sonstige subjektiv schwerwiegende Treupflichtverstöße des Maklers ausgeweitet. Daneben wird die Vorschrift analog unter anderem auf die Berufsgruppen von Rechtsanwälten, Insolvenzverwaltern und Handelsvertretern angewandt.

Die niederländische Regelung des *twee heren dienen* fragt hingegen nach dem konkreten Vertragsgegenstand, genauer danach, ob dieser so genau feststeht, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen sind. Beide Rechtsordnungen erlauben eine Doppeltätigkeit auch dann, wenn diese vertraglich vereinbart wurde. Bei

---

<sup>26</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 3 BW; Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141; Meijer, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); s. zur Folge von Verstößen: Kapitel 16 B.IV.

<sup>27</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 317.

einer Verbraucherbeteiligung in den Niederlanden muss die Schriftform gewahrt werden. *Tjong Tijn Tai* erwägt, den Anwendungsbereich einer zulässigen Doppeltätigkeit auch auf Fälle einer bloßen Kontaktvermittlung auszuweiten. Nach ihm sei dort in den meisten Fällen eine vertragliche Zustimmung zu konstruieren.

#### IV. Doppeltätigkeit von *Data Fairplay* zulässig

Das Verwertungsmodell von *Data Fairplay* ist dem niederländischen Vertragstyp der *bemiddelingsovereenkomst* zuzuordnen. *Data Fairplay* wirbt offen damit, dass es Datensubjekte und an „Datenkäufen“ interessierte Unternehmen zusammenbringt. In die Vertragsverhandlungen ist *Data Fairplay* nicht involviert, das Unternehmen leitet die Angebote von Unternehmen an die Datensubjekte nur weiter. Diese entscheiden selbst und ohne Einfluss des Datenverwerters, ob sie ein Angebot als angemessen empfinden und annehmen wollen. *Data Fairplay* trifft aufgrund des Qualitätsversprechens der Fairness lediglich die Prüfpflicht, nur solche Angebote weiterzuleiten, die eine geldwerte Gegenleistung enthalten. Aufgrund des Gesamtcharakters der Leistung von *Data Fairplay* ist davon auszugehen, dass das Unternehmen nicht nur für die Datensubjekte, sondern ebenso für die interessierten Unternehmen als Vermittler tätig wird. Das Unternehmen versteht sich als Marktplatz, auf dem die beiden Vertragsparteien zusammenkommen und einander vermittelt werden. Die vertraglichen Umstände ergeben für die Datensubjekte erkennbar, dass *Data Fairplay* auch für die Unternehmen tätig wird. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Doppeltätigkeit nicht dem Vertrag zuwider, sondern vertraglich erlaubt ist. In den Niederlanden müsste diese Erlaubnis von den Datensubjekten schriftlich eingeholt werden.

In Deutschland unterliegt ein Modell nach dem Vorbild von *Data Fairplay* aufgrund seiner Entgeltlichkeit nicht dem Maklerrecht, sondern dem Auftragsrecht. Hier existiert keine Vorschrift zu einer Doppeltätigkeit, sodass die Frage einer Zulässigkeit dergleichen nach den allgemeine Vertragspflichten zu beurteilen ist. Das Auftragsverhältnis wird durch die Pflicht zur Interessenwahrnehmung geprägt. Fraglich ist daher, ob eine Doppeltätigkeit des Datenverwerters mit der Pflicht zur Interessenwahrnehmung vereinbar oder gar vertraglich erlaubt ist. Aufgrund der offenen Kommunikation und Werbung mit der Eröff-

nung eines Marktplatzes, auf welchem Datensubjekte und Unternehmen mittels der Vermittlungsleistung von *Data Fairplay* zusammenfinden können, ist von einer vertraglichen Zulässigkeit der Doppeltätigkeit auszugehen. Auf die Frage, ob bei einer Doppeltätigkeit ein Verstoß gegen die Interessenwahrnehmungspflicht zu sehen ist, kommt es daher nicht mehr an. Selbst wenn keine vertragliche Einigung zur Doppeltätigkeit vorläge, wäre bei einer reinen Vermittlung ohne Beratung kein Nachteil für die Interessen der Datensubjekte erkennbar, sodass die Doppeltätigkeit nicht als Verstoß gegen die Pflicht zur Interessenwahrnehmung einzuordnen wäre.

#### V. Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Doppeltätigkeit zulässig

Verarbeitungen im Zusammenhang mit einer zulässigen Doppeltätigkeit sind datenschutzrechtlich nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO zulässig. In diesem Fall sind Verarbeitungen zur Vorbereitung des vermittelten Vertragsschlusses als zur Erfüllung des Vermittlungsvertrags notwendig anzusehen.<sup>28</sup>

Ist eine Doppeltätigkeit vertraglich hingegen nicht gestattet, dienen Verarbeitungen zur Unterbreitung eines Vorschlags an die beiden Auftraggeber nicht der Vertragserfüllung und können daher nicht auf die Erforderlichkeit für den Vermittlungsvertrag gestützt werden. Schließen die beiden Auftraggeber trotz der doppelten Vermittlungstätigkeit einen Vertrag, können zur Erfüllung dieses Vertrags erforderliche Verarbeitungen ab dem Vertragsschluss auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Da dem Vermittler (zumindest in dem hier beleuchteten Grundfall) keine Vertretungsmacht eingeräumt wird, sind es die Parteien selbst, die bei Abschluss eines Vertrages trotz Doppeltätigkeit eigene Willenserklärungen abgeben. Diese Willenserklärungen können zwar nicht rückwirkend die zur Vertragsanbahnung erforderlichen Verarbeitungen rechtfertigen. Die zur Vertragsanbahnung erforderlichen Verarbeitungen sind jedoch, wie auch Verarbeitungen im Zusammenhang mit einem schwebend unwirksamen Vertrag, aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Interessenwahrers zulässig. Hierfür sprechen die ohnehin bestehende Vertragsbeziehung der betroffenen Person zum Verantwortlichen und deren Erwartung, dass Datenverarbeitungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses

---

<sup>28</sup> Vgl. zum ähnlich gelegenen Sachverhalt bei erlaubter Mehrfachvertretung: Kapitel 16 E.I.

stattfinden werden.<sup>29</sup> Sollten aufgrund einer gegebenenfalls unerkannten Doppeltätigkeit Willensmängel bei einer der Parteien bezüglich des vermittelten Geschäfts bestehen, können diese mit den zivilrechtlichen Möglichkeiten geltend gemacht werden. Sollte dies die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben, sind bereits erfolgte Verarbeitungen auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO zu stützen.<sup>30</sup>

Leidet die Genehmigung für eine doppelte Vermittlungstätigkeit aufgrund der Beteiligung eines Verbrauchers an einem Formmangel, wirkt sich dieser nicht auf den zustande gekommenen Vertrag aus. Der Formmangel kann die datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung nicht beeinflussen.<sup>31</sup>

## B. Klassifizierung des Selbstkontrahierens eines Vermittlers

### I. Eigengeschäft in Deutschland

Als Selbstkontrahieren eines Maklers wird das Zustandekommen des Ausführungsvertrags zwischen Auftraggeber und Makler verstanden.<sup>32</sup> Ein solches Selbstkontrahieren des Maklers wird in Deutschland als „Eigengeschäft“ qualifiziert und die Vermittlungsleistung als nicht erbracht angesehen.<sup>33</sup> Bei einem Selbstkontrahieren besteht die Gefahr einer Interessenkollision, die dem Auftraggeber verborgen bleiben könnte.<sup>34</sup> Jede Maklertätigkeit setzt ein Zusammenwirken von drei Personen voraus. Ein solches Zusammenwirken ist nicht ge-

<sup>29</sup> Vgl. für die Argumentation: Kapitel 16 E.II.3.

<sup>30</sup> Zur Rechtfertigung von Verarbeitungen vor Anfechtung vgl.: Kapitel 16 E.IV.

<sup>31</sup> S. ausführlich zu Auswirkungen eines Formmangels beim *twee heren dienen* auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit: Kapitel 16 E.IV. Die Regelungen zum *twee heren dienen* gelten über art. 7:425 BW für die Doppeltätigkeit des *bemiddelaar*.

<sup>32</sup> Arnold, in: Staudinger-BGB, BGB §§ 652, 653, Rdnr. 155.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 24. April 1985 – IV a ZR 211/83 (Köln), NJW 1985, 2473; BGH, Urteil vom 01. April 1992 – IV ZR 154/91 (KG), NJW 1992, 2818 (2819); BGH, Urteil vom 26. September 1990 – IV ZR 226/89 (München), NJW 1991, 168; Kotzian-Marggraf/Kneller, in: BeckOK-BGB, BGB § 652, Rdnr. 39; Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 652, Rdnr. 125.

<sup>34</sup> Kotzian-Marggraf/Kneller, in: BeckOK-BGB, BGB § 652, Rdnr. 39.

ben, wenn das Geschäft zwischen Auftraggeber und dem Makler selbst abgeschlossen wird.<sup>35</sup> Es hat keine erfolgreiche Vermittlung mit einem Dritten stattgefunden, sodass kein Provisionsanspruch des Maklers entsteht.<sup>36</sup> Ein nicht provisionspflichtiges Eigengeschäft des Maklers liegt auch dann vor, wenn der Makler zwar nicht selbst das Geschäft mit seinem Auftraggeber abschließt, er mit dem Dritten aber „verflochten“ ist. Eine sogenannte „echte Verflechtung“ ist gegeben, wenn der Makler gesellschaftsrechtlich oder auf sonstige Weise wesentlich an der dritten Partei beteiligt ist oder sie beherrscht.<sup>37</sup> Im Rahmen einer Verflechtung werden nicht nur die formellen gesellschaftsrechtlichen Umstände berücksichtigt. Über die „unechte Verflechtung“ können auch die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnisse Gewicht erhalten. Entscheidendes Merkmal für die unechte Verflechtung ist die Frage, ob der Makler und der Dritte zur selbstständigen unabhängigen Willensbildung fähig sind.<sup>38</sup> Liegt ein Eigengeschäft oder eine Verflechtung vor, liegt schon begrifflich keine Maklertätigkeit vor, da es an dem erforderlichen Drittbezug fehlt.<sup>39</sup>

## II. Behandlung als *twee heren dienen* in den Niederlanden

Das niederländische Recht enthält über einen Verweis in art. 7:427 BW eine Interessenkonfliktregel zum Selbstkontrahieren eines *bemiddelaar*. Diese lässt ein Selbstkontrahieren dann zu, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts so genau feststeht, dass eine Interessenkollision zwischen den Interessen des *bemiddelaar*

---

<sup>35</sup> BGH, Urteil vom 12. März 1998 – III ZR 14-97 (Hamburg), NJW 1998, 1552 (1553); BGH, Beschluss vom 26. März 1998 – III ZR 206-97 (Frankfurt a.M.), NJW-RR 1998, 992 (993); BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – III ZR 91/08 (OLG Stuttgart), NJW 2009, 1809, Rdnr. 9; Fischer, NJW 2019, 3277 (3278 f.); Fischer, NJW 2019, 1182 (1183).

<sup>36</sup> Roth, in: MüKo-BGB, BGB § 652, Rdnr. 125; Arnold, in: Staudinger-BGB, BGB §§ 652, 653, Rdnr. 155; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, § 37, Rdnr. 6.

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596, Rdnr. 61, verweisend auf BGH, Urteil vom 01. April 1992 – IV ZR 154/91 (KG), NJW 1992, 2818 (2819); BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – III ZR 91/08 (OLG Stuttgart), NJW 2009, 1809, Rdnr. 9; Fischer, NJW 2019, 3277 (3279).

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 – I ZR 160/17, NJW 2019, 1596, Rdnr. 62, verweisend auf BGH, Beschluss vom 26. März 1998 – III ZR 206-97 (Frankfurt a.M.), NJW-RR 1998, 992; BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 – III ZR 91/08 (OLG Stuttgart), NJW 2009, 1809, Rdnr. 9; Fischer, NJW 2019, 3277 (3279).

<sup>39</sup> Mansel, in: Jauernig-BGB, BGB § 652, Rdnr. 13.

und der beauftragenden Partei ausgeschlossen werden kann.<sup>40</sup> Bei einer Verbraucherbeteiligung ist dessen schriftliche Zustimmung erforderlich.<sup>41</sup> Die Herleitung erfolgt aber nicht über art. 7:416 BW, der Regelung zum *Selbsteintritt* bei der *lastgevingsovereenkomst*.<sup>42</sup> Denn art. 7:427 BW verweist nur auf art. 7:417 und 7:418 BW. Über den zweiten Halbsatz von art. 7:427 BW wird für das Selbstkontrahieren eines *bemiddelaar* auf die Vorschrift betreffend das *twee heren dienen* bei der *lastgeving* verwiesen und art. 7:417 BW für entsprechend anwendbar erklärt. Dies erfolgt indem ein *bemiddelaar*, der selbst die Gegenpartei ist, einem *bemiddelaar*, der gleichzeitig für die Gegenpartei auftritt, gleichgestellt wird.<sup>43</sup> Der Gesetzgeber hat für den Fall des Selbstkontrahierens bei der *bemiddeling* art. 7:417 BW für anwendbar erklärt, weil er dessen Sanktion, das Entfallen des Lohnanspruchs, für die Situation der *bemiddeling* als angemessener einordnet, als die von art. 7:416 BW vorgesehene schärfere Sanktion, die Unwirksamkeit des Vertrags.<sup>44</sup> Der *bemiddelaar* hat schließlich nicht, wie ein *lasthebber*, die Befugnis, *rechtshandelingen* vorzunehmen und einen Vertrag abzuschließen. Er vermittelt lediglich die Abschlussmöglichkeit. Im Fall der *bemiddeling* weiß der *opdrachtnemer* im Moment des Vertragsabschlusses, dass sein *bemiddelaar* gleichzeitig als Gegenpartei auftritt.<sup>45</sup> Neben dem Verfall des Lohnanspruchs, muss der *bemiddelaar* für den durch seine Pflichtverletzung eingetreten Schaden des *opdrachtgever* einstehen.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 1 BW; *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 319.

<sup>41</sup> Art. 7:427 jo. art. 7:417 lid 2 BW, *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 319.

<sup>42</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); s. zu art. 7:416 BW: Kapitel 16 B.III.

<sup>43</sup> Art. 7:427 BW am Ende: „*De art. 417 en 418 zijn van overeenkomstige toepassing [...] met dien verstande dat met een tussenpersoon die tevens werkzaam is voor de wederpartij, gelijkgesteld is een tussenpersoon die zelf als wederpartij optreedt.*“; MvA, Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, 12; *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141.

<sup>44</sup> *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); MvA, Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, 12; *Castermans/Krans*, in: *T&C BW*, BW art. 7:427.

<sup>45</sup> *Tjong Tjin Tai*, Asser 7-IV, nr. 319; *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281).

<sup>46</sup> *Meijer*, in: *Bijzondere overeenkomsten*, 269 (nr. 281); *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141; *Meijer*, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, BW art. 7:427, aant. 1.

Ist ein *bemiddelaar* gleichzeitig *lasthebber*,<sup>47</sup> sind bei einem Selbstkontrahieren die Vorschriften über die *lastgevingsovereenkomst* direkt anwendbar und vorrangig. In diesem Fall greift die strengere Sanktion von art. 7:416 BW um zu verhindern, dass der *lasthebber* den *lastgever* wirksam binden kann.<sup>48</sup>

Geht man mit dem *Hoge Raad*<sup>49</sup> auch bei Unentgeltlichkeit vom Vorliegen einer *bemiddelingsovereenkomst* aus, gilt der Verweis in art. 7:427 BW bei einem Selbstkontrahieren des *bemiddelaar* ebenso wie bei einer entgeltlichen *bemiddeling*.<sup>50</sup> Die Sanktion bei einem Tätigwerden trotz Interessenkonflikten besteht primär aus dem Verfall des Rechts auf Lohn. Bei Unentgeltlichkeit wird diese Sanktion gegenstandslos. Das Recht auf Schadensersatz des *opdrachtgever* aufgrund des Verstoßes des *bemiddelaar* gegen die Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden, bleibt jedoch bestehen.<sup>51</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtung – unterschiedliche dogmatische Eirdnung

Der Umgang mit einem Selbstkontrahieren eines Vermittlers, also einer Situation, in welcher der Vermittler selbst als Vertragspartei des Auftraggebers auftritt, wird in Deutschland und den Niederlanden gänzlich anders gehandhabt. Ein Selbstkontrahieren des Vermittlers wird in Deutschland als Eigengeschäft angesehen. Die Vermittlungsleistung gilt als nicht erbracht, da eine Vermittlung denknotwendigerweise eine dritte Person voraussetzt. Es liegt schon begrifflich keine Maklertätigkeit vor. Aufgrund einer fehlenden honorierenswerten Leistung entsteht der Provisionsanspruch gar nicht erst. Ein Eigengeschäft wird nicht nur bei personeller Identität, sondern auch bei wirtschaftlicher Verflechtung des Maklers mit dem Vertragspartner des Auftraggebers angenommen.

---

<sup>47</sup> Vgl. zu dieser Konstellation: Kapitel 6 D.II.

<sup>48</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 319; *Meijer*, in: GS Bijzondere overeenkomsten, BW art. 7:427, aant. 1; MvA, Kamerstukken II 1991/92, 17 779, nr. 8, 12.

<sup>49</sup> HR 16 oktober 2015, *Duinziigt/Tacq*, NJ 2016/108 = ECLI:NL:HR:2015:3099, nr. 4.4.4.

<sup>50</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 307; HR 16 oktober 2015, *Duinziigt/Tacq*, NJ 2016/108 = ECLI:NL:HR:2015:3099, nr. 4.4.4.

<sup>51</sup> *Tjong Tijn Tai*, Asser 7-IV, nr. 307; allg. zum bestehenbleibenden Recht auf Schadenersatz: *Lamers*, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, 141.

Das Selbstkontrahieren eines *bemiddelaar* kann in den Niederlanden hingegen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig sein. Hierbei gelten die gleichen Voraussetzungen wie für eine Doppeltätigkeit desselben. Es wird also erneut an die Regelungen der *lastgevingsovereenkomst* angeknüpft. Für das Selbstkontrahieren des *bemiddelaar* wird jedoch nicht auf den *Selbsteintritt* des *lasthebber* verwiesen, sondern wie schon bei einer Doppeltätigkeit auf die Regelung des *twee heren dienen*, was für die Rechtsfolge bei Unzulässigkeit von Bedeutung ist. Die Zulässigkeit eines Selbstkontrahierens des *bemiddelaar* bemisst sich somit nach der Frage, ob der Vertragsinhalt so genau feststeht, dass ein Interessenkonflikt ausgeschlossen werden kann.

Die unterschiedliche Behandlung in den Rechtsordnungen lässt sich wohl auf den unterschiedlichen Charakter des Maklervertrags und der *bemiddelingsovereenkomst* zurückführen. Während der Maklervertrag nur bei einer erfolgreichen Vermittlungsleistung einseitig zur Provisionszahlung verpflichtet, ist die *bemiddelingsovereenkomst* ein zweiseitig verpflichtender Vertrag. In Deutschland besteht für den Makler keine Pflicht zum Tätigwerden. Die Vornahme eines Eigengeschäfts resultiert daher in keiner Vertragspflichtverletzung. Würde in den Niederlanden ein Selbstkontrahieren wie in Deutschland nicht als Vermittlungsleistung gelten, so würde der *bemiddelaar* bei einem Selbstkontrahieren eine Pflichtverletzung begehen – und das obwohl der Abschluss des Vertrages mit dem *bemiddelaar* gegebenenfalls im Interesse des Auftraggebers liegt. Die niederländische Rechtsordnung erlaubt einen Selbsteintritt des *bemiddelaar* deshalb in bestimmten Situationen und sieht die Vermittlungsleistung für diese Fälle als erbracht an. Ein unzulässiger Selbsteintritt wird mit dem Entfallen des Lohnanspruchs geahndet. Sollte ein *bemiddelaar* Vertretungsbefugnisse innehaben, ist er wie ein *lastgever* zu behandeln, für den bei einem unzulässigen Selbstkontrahieren strengere Rechtsfolgen gelten.

#### IV. Selbstkontrahieren von *Datacoup* unzulässig

Unter den untersuchten Verwertungsmodellen tritt nur *Datacoup*, trotz beworbener Vermittlungsleistung, selbst als Vertragspartner der Datensubjekte auf. Die mit *Datacoup* geschlossenen Rahmenverträge über die Marktplatznutzung werden dem niederländischen Vertragstyp der *bemiddelingsovereenkomst* und dem deutschen Auftragsrecht zugeordnet. Nach niederländischem Recht ist ein Selbstkontrahieren des *bemiddelaar Datacoup* nur dann zulässig, wenn

der Vertragsinhalt so genau feststeht, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen sind. Die Vertragstypisierung hat bereits gezeigt, dass diese Anforderungen nicht erfüllt sind – im Gegenteil: *Datacoup* legt den Wert der Daten im Rahmen einer Aufbereitung selbst fest.<sup>52</sup> Die Bewertungskriterien sind zwar transparent einsehbar,<sup>53</sup> der Vertragsgegenstand ist aber dennoch nicht so genau bestimmt, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen werden können. Das Selbstkontrahieren ist damit unzulässig. Zwar ist die Sanktion des unzulässigen Selbstkontrahierens, das Entfallen des Lohnanspruchs im Rahmenverhältnis aufgrund der Unentgeltlichkeit der Dienste von *Datacoup*, gegenstandslos. Für einen entstandenen Schaden hat *Datacoup* jedoch aufzukommen. Ein Schaden kann etwa in der Differenz einer zu niedrigen Bewertung zum tatsächlichen Wert liegen.

Das deutsche Auftragsrecht ist nicht für Drei-Personen-Konstellationen konzipiert und enthält damit auch keine Regelung zum Selbstkontrahieren. Das Auftragsrecht als Interessenwahrnehmungsrecht wird jedoch grundlegend durch die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn geprägt. Das Selbstkontrahieren von *Datacoup* kann deshalb, auch wenn hierbei ein eigener, von dem Rahmenvertrag unabhängiger Vertrag geschlossen wird, eine Verletzung der Interessenwahrnehmungspflicht des Rahmenvertrags bewirken. Die Interessenwahrnehmungspflicht verpflichtet den Auftragnehmer dazu, die Interessen des Geschäftsherrn so wahrzunehmen, als wären es die seinen (Interessenwahrnehmung „quasi mea“).<sup>54</sup> Die Intensität ihrer Ausprägung ist einzelfallabhängig anhand der Öffnung der Interessensphäre zu bestimmen. Die Überlegungen zur Datentreuhand haben gezeigt, dass das Vertragsverhältnis von einer weiten Öffnung der Interessensphäre geprägt ist, da – auch ohne die Einräumung datenschutzrechtlicher Befugnisse – eine Einwirkungsmacht des Datenverwerters *Datacoup* besteht.<sup>55</sup> Entsprechend intensiv ist die Interessenwahrnehmungspflicht aus dem Vertragsverhältnis ausgeprägt. Der Ankauf der personenbezogenen Daten nach dem Preis einer selbst vorgenommenen Bewertung führt notgedrungen zum Konflikt der Interessen von *Datacoup* an einem möglichst niedrigen „Einkaufspreis“ und dem Interesse der Datensubjekte an einem

---

<sup>52</sup> Zur Vertragstypisierung von *Datacoup*: Kapitel 10 E.III.

<sup>53</sup> Vgl. Kapitel 15 D.IV.

<sup>54</sup> *Löhnig*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 116.

<sup>55</sup> Zum Kriterium der Einwirkungsmacht allgemein: Kapitel 12 A.III.2. und spezifisch bei *Datacoup*: Kapitel 12 D.

möglichst profitablen „Verkauf“ der Daten. Es konfliktieren Eigen- und Fremdinteressen in der Person von *Datacoup*. Das Selbstkontrahieren von *Datacoup* im Rahmen des Auftragsverhältnisses ist daher als Pflichtverletzung des Rahmenvertrags zu werten.

#### V. Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Selbstkontrahieren zulässig

Für die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen im Rahmen eines Selbstkontrahierens des Vermittlers gelten die zur Zulässigkeit von Verarbeitungen im Rahmen einer Doppeltätigkeit beschriebenen Ergebnisse entsprechend.<sup>56</sup>

In den Niederlanden kann das Selbstkontrahieren des Vermittlers schuldrechtlich erlaubt sein. In diesem Fall sind die zur Vorbereitung des Vertragsabschlusses erforderlichen Verarbeitungen auf den Vermittlungsvertrag, die zur Erfüllung des abgeschlossenen Vertrags erforderlichen Verarbeitungen auf den neuen Vertrag zu stützen. Eine an einem Formmangel leidende Einwilligung zum Selbsteintritt bei einer Verbraucherbeteiligung wirkt sich nicht auf die Gültigkeit des geschlossenen Vertrags aus. Wird der Vertrag aufgrund von Willensmängeln beim Vertragsabschluss nichtig, lassen sich bis zu diesem Zeitpunkt erfolgte Verarbeitungen auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO stützen.<sup>57</sup>

Ein unzulässiges Selbstkontrahieren des Vermittlers setzt zum Abschluss eines wirksamen Vertrages die Willenserklärung der betroffenen Person voraus, so dass alle zur Erfüllung des im Selbsteintritt geschlossenen Vertrags erforderlichen Datenverarbeitungen auf den Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden können. Die bis zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Verarbeitungen, also die vorbereitenden Tätigkeiten, lassen sich nicht auf die Erfüllung des Vermittlungsvertrags stützen, sondern sind aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Vermittlers, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO gerechtfertigt.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Kapitel 17 A.V.

<sup>57</sup> Vgl. auch: Kapitel 16 E.IV.

<sup>58</sup> Zur Zulässigkeit von Datenverarbeitungen im Rahmen eines Selbsteintritts des direkten Vertreters: Kapitel 16 E.II.3.

## Teil 5

### Schlussbetrachtung



## Kapitel 18

# Gesamtbetrachtung

Die Betreiber der untersuchten Datenverwertungsmodelle haben die Vision, den Handel mit personenbezogenen Daten zu Gunsten von Verbrauchern, den Datensubjekten, zu reformieren. Sie wollen eine „faire“<sup>1</sup> Alternative zur bestehenden Verwertungspraxis, die natürliche Personen an der Wertschöpfung nicht beteiligt, bieten. Den Datensubjekten soll nunmehr die Kontrolle, das heißt die Entscheidungsmacht über Einzelheiten von Datenverwertungen, obliegen und ihnen soll der aus der Verwertung erzielte Gewinn zukommen. Der Ansatz, die Position des Einzelnen bei der Verwertung seiner personenbezogenen Daten zu stärken, ist zu begrüßen. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Umsetzung dieser Geschäftsidee komplexe juristische Fragestellungen aufweist, die sowohl schuldrechtlicher als auch datenschutzrechtlicher Natur sind und von dem Ineinandergreifen der beiden Materien geprägt werden.

Die in Deutschland und den Niederlanden geltende Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien, innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei über Abschluss, Inhalt und die Rechtsfolgen von Verträgen zu bestimmen. Die fremdnützigen Datenverwertungsmodelle basieren auf der Verwertung personenbezogener Daten. Der Abschluss von Verträgen, die das Einräumen einer datenschutzrechtlichen Nutzungsbefugnis mittels einer Einwilligung gegen Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand haben, ist aus schuldrechtlicher wie datenschutzrechtlicher Perspektive zulässig.<sup>2</sup> Ebenso können Geschäftsmodelle, die mit der Unterstützung beim Abschluss solcher Verträge werben, schuldrechtlich und datenschutzrechtlich zulässig ausgestaltet werden.<sup>3</sup> Zur Identifizierung zwingender gesetzlicher Vorschriften und damit dem Pflichtenprogramm der Datenverwerter, ist

---

<sup>1</sup> S. stellv. den Werbeslogan von *Data Fairplay*: „Direkt. Fair. Transparent“, <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017, s. Anhang 2.

<sup>2</sup> Kapitel 3 C.

<sup>3</sup> Vgl. Teil 3.

eine Zuordnung zu den vom deutschen und niederländischen Gesetzgeber kodifizierten Vertragstypen unerlässlich.<sup>4</sup>

Die der Geschäftsidee zugrunde liegenden Rahmenbeziehungen sind Interessenwahrnehmungsverträge, die zivilrechtlich und datenschutzrechtlich zulässig ausgestaltet werden können. Die konkrete Vertragstypenzuordnung variiert mit der spezifischen Ausgestaltung des jeweiligen Datenverwertungsmodells. Die Nutzung aller Modelle setzt voraus, dass die Datensubjekte den Datenverwertern personenbezogene Daten offenlegen. Die Offenlegung personenbezogener Daten birgt das Risiko einer Gefährdung dieser grundrechtlich geschützten Rechtspositionen und verleiht den Datenverwertern eine faktische Einwirkungsmacht auf die Interessensphäre der Datensubjekte. Da die Datensubjekte in allen Modellen ihre personenbezogenen Daten „in die Hände“ der Datenverwerter legen, haben die Rahmenverträge mit den Datenverwertern Treuhandcharakter (Kapitel 19 Abschnitt A.).

Bei der Wahrnehmung fremder Interessen entsteht naturgemäß das Risiko von Interessenkollisionen. Eine Auflösung des bestehenden Konfliktpotentials, das den Interessen der Datensubjekte hinreichend Rechnung trägt, stellt die größte Herausforderung im Zusammenhang mit den Datenverwertungsmodellen dar. Rechtliche Rahmenbedingungen für den Umgang mit Interessenkonflikten gibt das Interessenwahrnehmungsrecht der untersuchten Rechtsordnungen vor. Es enthält Vorschriften, die das Aufkommen von Interessenkonflikten vermeiden und eine ordnungsgemäße Ausführung des Vertrags im Interesse des Geschäftsherrn sicherstellen sollen. Doch nicht nur das Vertragsrecht enthält Vorgaben zu Interessenkonflikten. Auch das Datenschutzrecht begrenzt ein Handeln entgegen zivilrechtlichen interessenwahrenden Vorschriften. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben stellen die Wahrung datenschutzrechtlicher Interessen, insbesondere des Grundrechts auf Datenschutz, sicher. Zudem verbietet die DSGVO durch ihre Akzessorietät zum Vertragsrecht bestimmte vertragswidrige Datenverarbeitungen. Daneben legt es dem Verantwortlichen Pflichten auf, die die schuldrechtlichen Pflichten des Interessenwahrers ergänzen. Es zeigt sich deutlich, dass das Datenschutzrecht ein Interessenwahrnehmungsrecht ist (Kapitel 19 Abschnitt B.).

---

<sup>4</sup> Kapitel 1.

Die Beleuchtung der untersuchten Datenverwertungsmodelle bezogen auf die schuldrechtlichen und datenschutzrechtlichen Vorgaben zeigt, dass zwei der drei untersuchten Modelle an der interessengerechten Auflösung des bestehenden Konfliktpotentials scheitern und interessenwahrende Vorschriften missachten. Das Verwertungsmodell *Dime* verstößt in einem solchen Ausmaß gegen Offenlegungspflichten, dass hierin ein elementarer Verstoß gegen den Gesamtcharakter einer mittelbaren Stellvertretung zu sehen ist. Das als Selbsteintritt zu qualifizierende Auftreten von *Datacoup* bedingt einen unauflösbaren Konflikt von Eigen- mit Fremdinteressen bezüglich der Preissetzung. Eine genaue Auseinandersetzung mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben, insbesondere einer datenschutzrechtlich zulässigen Ausgestaltung der Ausführungsverträge, unterbleibt in allen drei Modellen.

Es bleibt somit festzuhalten, dass der begrüßenswerte Ansatz der fremdnützigen Datenverwertung von den exemplarisch untersuchten Modellen nicht so fair und transparent umgesetzt wird, wie beworben. Es besteht insoweit „Luft nach oben“ und es bleibt zu hoffen, dass sich neue Konzepte am Markt etablieren, die die rechtlichen Rahmenbedingungen vollständig erfüllen.



## Kapitel 19

### Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die schuldrechtliche und datenschutzrechtliche Erfassung der fremdnützigen Datenverwertungsmodelle ist unerlässlich, um die Pflichten der Verwerter und damit die Rechte der Datensubjekte zu bestimmen. Hierdurch kann das hohe Interessenkonfliktpotential aufgelöst und sichergestellt werden, dass die Interessen der Datensubjekte, der zumeist schwächeren Partei, tatsächlich – wie beworben – gewahrt werden.

Die Analyse der Vertragsbeziehungen erfolgte aus schuldrechtlicher wie datenschutzrechtlicher Perspektive anhand einer exemplarischen Untersuchung der ausgewählten Verwertungsmodelle. Jene Modelle lassen sich als faktische Treuhandverhältnisse charakterisieren (Abschnitt A.). Mit dieser Einordnung gehen bestimmte interessenwahrende Vorschriften und Handlungsbeschränkungen einher (Abschnitt B.). Die spezifischen Ergebnisse bezogen auf die jeweiligen Modelle werden in Abschnitt C. zusammengefasst.

#### A. Einordnung fremdnütziger Datenverwertungsverhältnisse als faktische Datentreuhand

Die Erfassung der Verwertungsmodelle erfolgte anhand einer schuldrechtlichen Einordnung (Abschnitt I.) und der Überprüfung der datenschutzrechtlichen Abbildbarkeit der Modelle (Abschnitt II.). Es zeigt sich, dass beide Materien ineinandergreifen und sich gegenseitig beeinflussen. Das Zusammenspiel von Schuld- und Datenschutzrecht bedingt eine Einordnung als Datentreuhand (Abschnitt III.).

##### I. Schuldrechtliche Einordnung fremdnütziger Datenverwertungsmodelle

Aus einer schuldrechtlichen Perspektive lassen sich die Vertragsbeziehungen mit fremdnützigen Datenverwertern als Interessenwahrnehmungsverhältnisse

einordnen (Abschnitt 1.). Sowohl die deutsche als auch die niederländische Rechtsordnung sehen verschiedene Vertragstypen zum Umgang mit Interessenwahrnehmungsverhältnissen vor (Abschnitt 2.), denen die exemplarisch untersuchten Verwertungsmodelle zugeordnet wurden (Abschnitt 3.). Die vertragliche Einordnung erfolgte unter Zuhilfenahme des aus der *Uber*-Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriteriums des „beherrschenden Einflusses“ (Abschnitt 4.).

### 1. Fremdnützige Datenverwertungsmodelle als Interessenwahrnehmungsverhältnisse

Die Analyse der Internetauftritte der untersuchten Modelle *Dime*, *Data Fairplay* und *Datacoup* kommt zu dem Ergebnis, dass alle drei Verwertungsmodelle mit einem digitalen Marktplatz, der den Handel mit personenbezogenen Daten ermöglicht, werben. Während der von *Datacoup* eröffnete digitale Marktplatz rein kommerziell geprägt ist, werden monetäre Vorteile sowie Fairness- und Kontrollgesichtspunkte von *Dime* und *Data Fairplay* gleichermaßen herausgestellt. Die drei untersuchten Modelle beziehen Partei für die Datensubjekte, deren Interessen sie anhand des digitalen Marktplatzes verwirklichen wollen.<sup>1</sup>

Aus den Leistungsbeschreibungen wurde die Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Marktplatzes mit bestimmten Funktionalitäten und die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte abgeleitet. Die Interessenwahrnehmungspflicht ist die Pflicht, die das Vertragsverhältnis maßgeblich charakterisiert. Gegenstand der Interessenwahrnehmungspflicht sind die Unterstützung der Datensubjekte beim Absatz ihrer Daten und die Gewährleistung von Kontrolle, also die Sicherstellung, dass nur solche Daten verwertet werden, für die das Individuum seine Zustimmung erteilt hat. Obwohl *Datacoup* im Gegensatz zu *Dime* und *Data Fairplay* nicht explizit mit der Herstellung von Kontrolle wirbt, folgt aus der mittels des Internetauftritts suggerierten Loyalität auch für *Datacoup* die Verpflichtung, die Vorgaben der Datensubjekte zu res-

---

<sup>1</sup> Kapitel 8.

pektieren und nicht entgegen deren Interessen zu handeln. Die jeweilige Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht variiert modellabhängig entsprechend der jeweiligen Leistungsbeschreibung.<sup>2</sup>

## 2. Regelungsstruktur von Interessenwahrnehmungsverhältnissen in Deutschland und den Niederlanden

Fremdnützige Datenverwerter sind Intermediäre, die die Datensubjekte bei der Wahrnehmung ihrer Interessen unterstützen.<sup>3</sup> In der deutschen und der niederländischen Rechtsordnung gibt es mehrere Vertragstypen, die auf die Wahrnehmung fremder Interessen im Zusammenhang mit einer Tätigkeit als Intermediär gerichtet sind.<sup>4</sup> Die verschiedenen Vertragstypen bedingen unterschiedliche bilaterale Beziehungen der an der Interessenwahrnehmung in Form der Datenverwertung beteiligten Parteien, welche mit andersartigen Pflichten des Datenverwerter als Intermediär einhergehen.<sup>5</sup>

In Deutschland wird den verschiedenen Ausprägungen tätigkeitsbezogener Leistungen zumeist ein eigenes Regelungsregime gewidmet. Steht die ordnungsgemäße Erbringung einer Dienstleistung im Vordergrund, liegt ein Dienstvertrag vor. Bei einem Werkvertrag ist über die Erbringung der Leistung hinaus auch ein bestimmter Erfolg geschuldet.<sup>6</sup> Verhältnisse, die sich dadurch auszeichnen, dass sich eine Partei durch die Expertise und das Fachwissen der anderen Partei bei der Wahrnehmung ihrer Interessen unterstützen lässt, werden in Deutschland durch das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht sowie den Maklervertrag<sup>7</sup> abgebildet. Das Auftragsrecht, dem eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung zugrunde liegt, gilt als Grundmodell für sonstige Interessenwahrnehmungsverhältnisse. Die Vorschriften des Auftragsrechts finden weitgehend Anwendung auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung und gelten damit subsidiär auch für handelsrechtliche Geschäftsbesorgungsverträge. Das Ge-

---

<sup>2</sup> Kapitel 9.

<sup>3</sup> Kapitel 9.

<sup>4</sup> Kapitel 6.

<sup>5</sup> Kapitel 10 C.

<sup>6</sup> Kapitel 4 A.

<sup>7</sup> Zum Maklervertrag: Kapitel 6 D.I.

schäftsbesorgungsrecht verweist wiederum auf die dienst- oder werkvertraglichen Vorschriften.<sup>8</sup> Wird dem Interessenwahrer im Zusammenhang mit dem schuldrechtlichen Vertrag eine sogenannte Rechtsmacht eingeräumt, liegt ein Treuhandverhältnis vor.<sup>9</sup>

Das niederländische BW enthält eine Ausgangsvorschrift für sämtliche Verträge, die auf die Ausführung von Tätigkeiten einer Partei für die andere Partei gerichtet sind. Der weite Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* ist bei tätigkeits- und erfolgsbezogenen Diensten, bei einer spezifischen Ausrichtung der Dienste auf die Person des Auftraggebers (*opdrachtgever*) und bei „Massendienstleistungen“ eröffnet. Die Dienstleistung kann entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden. Der sehr weite Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* wird negativ eingegrenzt, indem einige Vertragstypen, wie etwa die *aannemingsovereenkomst*,<sup>10</sup> per Definition ausgeschlossen werden. Erfüllt die geschuldete Tätigkeit die Voraussetzung eines der ausgenommenen Vertragstypen, liegt keine *overeenkomst van opdracht* vor.<sup>11</sup> Für bestimmte Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* fallen, sieht das BW Sondervorschriften vor, die den Charakteristika dieser Vertragsverhältnisse besonders Rechnung tragen und die allgemeinen Vorschriften zur *overeenkomst van opdracht* ergänzen. Die besonderen Formen der *overeenkomst van opdracht* heißen *lastgevingsovereenkomst*, *bemiddelingsovereenkomst* und *agentuurovereenkomst*. Sie behandeln die Interessenwahrnehmung durch Intermediäre.<sup>12</sup> Ist eine Interessenwahrnehmung Vertragsgegenstand einer *opdracht*, wird von einer *opdracht tot belangenbehartiging* gesprochen.<sup>13</sup> Im Einklang mit dem weiten Anwendungsbereich der *overeenkomst van opdracht* ermöglicht das Pflichtengefüge dieses Vertragsverhältnisses eine flexible Anpassung an den konkreten Vertragsgegenstand.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Kapitel 5 A.

<sup>9</sup> Kapitel 7 A.

<sup>10</sup> Zur *aannemingsovereenkomst*: Kapitel 4 C.

<sup>11</sup> Kapitel 4 B.

<sup>12</sup> Kapitel 6 B., C.II., D.II.

<sup>13</sup> Kapitel 5 B.

<sup>14</sup> Kapitel 4 B.

### 3. Einordnung der exemplarisch untersuchten Datenverwertungsverhältnisse

Der Datenverwerter *Dime* wird mittelbar vertretend tätig.<sup>15</sup> Bei der mittelbaren Stellvertretung wird nicht der Vertretene, also die Datensubjekte, aus dem geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet, vielmehr wird der Vertreter, *Dime*, selbst vertraglich gebunden. Anschließend erfolgt eine Abwicklung über das Innenverhältnis. Als Innenverhältnis für die mittelbare Stellvertretung fungieren in Deutschland häufig das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht, im gewerblichen Zusammenhang das Kommissionsrecht. Das niederländische Recht kennt zur Abbildung der mittelbaren Stellvertretung einen dem deutschen Recht unbekanntem Vertragstyp, die *lastgevingsovereenkomst*. Die *lastgevingsovereenkomst* ist eine besondere Form der *overeenkomst van opdracht*, deren Vertragsgegenstand auf den Abschluss von Rechtsgeschäften (*rechtshandelingen*) auf fremde Rechnung im eigenen oder fremden Namen gerichtet ist. Aus systematischer Perspektive stellt die *lastgevingsovereenkomst* das einer mittelbaren oder unmittelbaren Stellvertretung zugrunde liegende Innenverhältnis dar. Für die mittelbare Stellvertretung sieht die *lastgevingsovereenkomst* in bestimmten Situationen Durchgriffsmöglichkeiten zwischen dem Vertretenen (*lastgever*) und dem Dritten vor, die teilweise mit dem Insolvenzschutz bei der mittelbaren Stellvertretung im deutschen Handelsrecht und der gewohnheitsrechtlichen Drittschadensliquidation verglichen werden können.<sup>16</sup> Der Rahmenvertrag zwischen den Datensubjekten und *Dime* unterliegt deutschem Kommissionsrecht und den Vorschriften zur niederländischen *lastgevingsovereenkomst*. Die konkrete Ausgestaltung und der Abschluss der Ausführungsverträge liegen in der Verantwortung von *Dime*. Dabei unterliegt *Dime* den Weisungen der Datensubjekte. Der Rahmenvertrag verpflichtet *Dime* dazu, dass sämtliche Ausführungsverträge eine geldwerte Gegenleistung enthalten müssen, an der die Datensubjekte fair beteiligt werden.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Kapitel 10 E.I.

<sup>16</sup> Kapitel 6 B., C.

<sup>17</sup> Kapitel 10 E.I.

*Data Fairplay* wird vermittelnd tätig.<sup>18</sup> Ein Vermittler nimmt eine bloß vor- oder nachgeschaltete Rolle bei der Interessenwahrnehmung ein. Die gesetzlichen Leitbilder des deutschen Maklervertrags und der niederländischen *bemiddelingsovereenkomst* weisen starke Unterschiede auf. Während der Maklervertrag ein einseitig verpflichtender Vertrag ist, ist die *bemiddelingsovereenkomst* gegenseitig verpflichtend. Dem deutschen Makler kommt deshalb hinsichtlich Vergütungs- und Aufwendungsersatz eine schwächere Position zu als dem niederländischen *bemiddelaar*. Die niederländische *bemiddelingsovereenkomst* ist im Gegensatz zum deutschen Maklerrecht auch bei Unentgeltlichkeit anwendbar.<sup>19</sup> Ferner differiert der Umgang mit einem Selbstkontrahieren des Vermittlers.<sup>20</sup> *Data Fairplay* unterliegt dem niederländischen Regelungsregime der *bemiddelingsovereenkomst*. In Deutschland findet aufgrund der Unentgeltlichkeit des Verwertungsmodells von *Data Fairplay* nicht das Maklerrecht, sondern das Auftragsrecht Anwendung. Die Ausführungsverträge über die Datennutzung werden direkt zwischen Datensubjekten und Unternehmen geschlossen. Die Kommunikation verläuft über den digitalen Marktplatz; *Data Fairplay* fungiert als Bote der Willenserklärungen. Dabei hat *Data Fairplay* eine aus dem Rahmenvertrag erwachsende Prüfpflicht, nur solche Angebote weiterzuleiten, die eine Gegenleistung enthalten.<sup>21</sup>

Auch der Datenverwerter *Datacoup* unterliegt dem deutschen Auftragsrecht mit dem Vertragsinhalt, die Daten so aufzubereiten, dass ein geeigneter Vertragspartner, oder *Datacoup* selbst, einen Ausführungsvertrag abschließt. Faktisch ist *Datacoup* aufgrund des beherrschenden Eindrucks, den *Datacoup* beim Datensubjekt hinterlässt, stets selbst als Vertragspartei der Ausführungsverträge anzusehen. Es werden also vom Rahmenvertrag unabhängige separate Ausführungsverträge zwischen den Datensubjekten und *Datacoup* mit dem Gegenstand der Datennutzung abgeschlossen. Da *Datacoup* den Wert der Daten und damit die Gegenleistung der Ausführungsverträge selbst festsetzt, ist hierin eine Pflichtverletzung gegen die aus dem Rahmenvertrag erwachsende Interessenwahrnehmungspflicht zu sehen. Aus niederländischer Sicht wird *Datacoup* als *bemiddelaar* tätig, der selbst in den Ausführungsvertrag eintritt. Obwohl der

---

<sup>18</sup> Kapitel 10 E.II.

<sup>19</sup> Kapitel 6 D.

<sup>20</sup> Kapitel 17 B; s. hierzu sogleich unter Kapitel 19 B.II.1.

<sup>21</sup> Kapitel 10 E.II.

Selbsteintritt von *Datacoup* nach den niederländischen Vorschriften unzulässig ist, sind die im Selbsteintritt geschlossenen Ausführungsverträge wirksam.<sup>22</sup>

#### 4. Entwicklung des „beherrschenden Eindrucks“ als plattformspezifisches Auslegungskriterium

Die Einordnung der untersuchten Verwertungsmodelle erfolgte anhand einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont und unter Heranziehung des „beherrschenden Eindrucks“ des Datenverwerters. Das Kriterium des „beherrschenden Eindrucks“ wurde in der vorliegenden Arbeit im Zusammenhang mit der Frage der vertraglichen Einordnung von Plattformen aus der *Uber*-Rechtsprechung entwickelt. Nach der *Uber*-Rechtsprechung des EuGH und Stimmen in der Literatur können objektive Gesichtspunkte, wie etwa das Vorliegen eines „beherrschenden Einflusses“ des Plattformbetreibers, im Rahmen der Vertragsauslegung berücksichtigt werden. Objektive Kriterien finden in Deutschland und den Niederlanden zwar grundsätzlich keinen Eingang in die Vertragsauslegung, weshalb das Heranziehen objektiver Kriterien kritisch gesehen wird. Die Vertragsauslegung erfolgt vielmehr nach dem gemeinsamen Willen der Parteien und deren vertretbarer Erwartungshaltung. Bei einem objektiv beherrschenden Einfluss der Plattform entsteht bei ihren Nutzern jedoch regelmäßig auch subjektiv ein „beherrschender Eindruck“. Aufgrund dieses beherrschenden Eindrucks darf der Nutzer unter Umständen davon ausgehen, dass der Plattformbetreiber selbst als Leistungserbringer agiert. Die im Zusammenhang mit der *Uber*-Rechtsprechung entwickelten Kriterien können deshalb als plattformspezifische Auslegungskriterien über den beherrschenden Eindruck Berücksichtigung finden und bei der Einordnung der Datenverwertungsmodelle herangezogen werden.<sup>23</sup>

## II. Datenschutzrechtliche Abbildung der Verwertungsmodelle

Das von den Datenverwertern beworbene Geschäftsmodell der Schaffung eines digitalen Marktplatzes für Daten fällt in den Anwendungsbereich der DSGVO. Denn Gegenstand des Handels sind personenbezogene Daten der Da-

---

<sup>22</sup> Kapitel 10 E.III.

<sup>23</sup> Kapitel 10 D.

tenssubjekte, wie Namen und Wohnort, demographische und soziale Informationen.<sup>24</sup> Aufgrund des im Datenschutzrecht geltenden Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt bedarf die Verarbeitung personenbezogener Daten, auch bereits die bloße Erhebung dergleichen, einer Rechtsgrundlage.<sup>25</sup> Somit bedürfen sowohl Verarbeitungen im Zusammenhang mit Rahmenverträgen als auch Verarbeitungen im Zusammenhang mit Ausführungsverträgen einer Rechtsgrundlage (Abschnitt 1.). Zudem sind die strengen Anforderungen von Stellvertretung und Botenschaft bei einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zu berücksichtigen (Abschnitt 2.).

### 1. Abbildung von Rahmen- und Ausführungsverträgen

Die zur Erfüllung des Rahmenvertrags über die Marktplatznutzung erforderlichen Datenverarbeitungen sind nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO zulässig. Hierunter fallen insbesondere alle Verarbeitungen, die zur Interessenwahrnehmung der Datensubjekte erforderlich sind. Datenverarbeitungen, die nicht der Interessenwahrnehmung dienen, fallen nicht unter den Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung. Zu denken wäre beispielsweise an Verarbeitungen im Zusammenhang mit Verwertungen, die nicht von der Erlaubnis des Datensubjekts gedeckt sind, die Interessen der Datensubjekte nicht tangieren oder sogar im Konflikt mit Letzteren stehen.<sup>26</sup> Die Grenze des datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO fungiert insofern als datenschutzrechtliche Grenze schuldrechtlicher Interessenkonflikte.<sup>27</sup> Die datenschutzrechtliche Rechtfertigung von Datenverarbeitungen zur Erfüllung von Vertragsverhältnissen ist untrennbar mit der konkreten zivilrechtlichen Ausgestaltung dieser Verhältnisse verknüpft. Die schuldrechtliche Einordnung der Modelle determiniert die vertraglichen Pflichten und somit auch die Datenverwertungen, die zur Vertragserfüllung erforderlich und damit datenschutzrechtlich erlaubt sind.<sup>28</sup>

Für die Verarbeitung sensibler Daten, z.B. Informationen aus sozialen Netzwerken, die politische Meinungen oder religiöse Überzeugungen betreffen, müssen

---

<sup>24</sup> Kapitel 11.

<sup>25</sup> Kapitel 3 B.

<sup>26</sup> Kapitel 11 A.I., A.III.

<sup>27</sup> Kapitel 14 D.II.

<sup>28</sup> Kapitel 11 D.

die Datenverwerter unabhängig davon, ob die Verarbeitung der Vertragserfüllung dient, stets eine ausdrückliche Einwilligung der Datensubjekte einholen.<sup>29</sup>

Ein erfolgreicher Verwertungsvorgang resultiert in dem Abschluss von Ausführungsverträgen. Gegenstand der Ausführungsverträge ist das Einräumen einer Nutzungsmöglichkeit an personenbezogenen Daten. Dies geschieht mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung, ohne die die Daten nicht rechtmäßig verarbeitet werden könnten. Es gilt zu beachten, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung stets den Anforderungen des Zweckbindungsgrundsatzes genügen muss und deshalb insbesondere „pauschale“ Einwilligungen unzulässig sind.<sup>30</sup> Zudem kann sie jederzeit von den Datensubjekten widerrufen werden. Das Recht auf Widerruf gehört dem Kernbereich des Datenschutzrechts an und ist unabdingbar.<sup>31</sup>

Keines der untersuchten Modelle setzt sich ersichtlich mit der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen und der Sicherstellung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der anfallenden Verarbeitungen auseinander. Die vorliegende Arbeit hat die datenschutzrechtliche Abbildung daher hypothetisch überprüft und gibt Vorschläge, wie die einzelnen Modelle datenschutzkonform ausgestaltet werden können. Besonderheiten ergeben sich daraus, dass die Datenverwerter als Intermediäre tätig werden. Die Kommunikation zwischen den Datensubjekten und den Unternehmen erfolgt, unabhängig von der konkreten schuldrechtlichen Ausgestaltung, stets über den digitalen Marktplatz und somit über den Datenverwerter. Das Erteilen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zulasten Dritter ist jedoch unzulässig, weshalb die Datenverwerter nicht für die Datensubjekte in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einwilligen können. Die vorliegende Arbeit nimmt an, dass die Datenverwerter bei Wahrung bestimmter Voraussetzungen zur Erteilung einer Einwilligung bevollmächtigt werden können.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Kapitel 11 A.II.

<sup>30</sup> Kapitel 11 B.

<sup>31</sup> Kapitel 14 D.II.1.

<sup>32</sup> Kapitel 11 C.

## 2. Stellvertretung und Botenschaft bei datenschutzrechtlicher Einwilligung

Die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung wird befürwortet, da sich die Befugnis des Einzelnen darauf erstrecken sollte, selbst darüber zu entscheiden, ob er über sein Recht höchstpersönlich oder mittels eines Vertreters disponieren wolle.<sup>33</sup>

Die Berechtigung zu einem Tätigwerden als unmittelbarer Stellvertreter kann in beiden Rechtsordnungen mittels der Erteilung einer Vollmacht bzw. *volmacht* hergestellt werden. Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer wirksamen Stellvertretung verlaufen in Deutschland und den Niederlanden weitestgehend parallel; der Vertretene wird aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Unterschiede zeigen sich im Bereich der Vertrauensschutzmechanismen zum Schutz des Rechtsverkehrs.<sup>34</sup>

Eine Vollmachtserteilung zur Vornahme einer datenschutzrechtlichen Einwilligung muss den strengen datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine Einwilligung genügen. Dadurch wird sichergestellt, dass der Wille des Betroffenen bezüglich der Verarbeitung seiner Daten gewahrt wird. Eine Vollmacht darf insbesondere nur für bestimmte Zwecke erteilt werden. Die Erteilung einer Generalvollmacht zur Erteilung unspezifischer Einwilligungen ist mit dem Recht auf Datenschutz nicht vereinbar.<sup>35</sup> Sind sensible Daten betroffen, muss die Bevollmächtigung zur Erteilung einer Einwilligung ausdrücklich erfolgen.<sup>36</sup> Die Annahme der Möglichkeit einer Vollmachtserteilung schließt die Möglichkeit der zulässigen Überbringung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung im Wege der Botenschaft ein.<sup>37</sup>

Die datenschutzrechtliche Einwilligung der Datensubjekte kann das Unternehmen *Data Fairplay*, das auch die schuldrechtlichen Willenserklärungen zum Vertragsschluss zwischen Datensubjekten und Dritten übermittelt, im Rahmen

---

<sup>33</sup> Kapitel 11 C.I.

<sup>34</sup> Kapitel 6 A.

<sup>35</sup> Kapitel 11 C.I.

<sup>36</sup> Kapitel 6 A.I.

<sup>37</sup> Kapitel 11 C.I.

einer Botenschaft überbringen. *Dime* sollte zur Erteilung konkreter Einwilligungen bevollmächtigt werden, da in diesem Modell aufgrund der mittelbar stellvertretenden Tätigkeit kein direkter Kontakt zwischen Datensubjekten und Dritten besteht. *Datacoup* benötigt aufgrund der Anonymisierung der Daten keine Rechtsgrundlage zur Übermittlung anonymisierter Daten.<sup>38</sup>

### III. Einordnung als Datentreuhand

Die Nutzung der Modelle erfordert die Offenlegung personenbezogener Daten der Datensubjekte gegenüber den Datenverwertern. Diese Offenlegung gewährt den Datenverwertern die Macht, auf die Interessensphäre der Datensubjekte einzuwirken, was mit dem Risiko irreversibler Grundrechtseingriffe verbunden ist. Hierdurch entsteht eine besondere Vertrauenssituation, die die Datenverwerter in besonderem Maße zur Interessenwahrnehmung verpflichtet und an Treuhandverhältnisse erinnert.<sup>39</sup>

Die Zulässigkeit fiduziarischer Rechtsverhältnisse differiert in Deutschland und den Niederlanden (Abschnitt 1.). Nach deutschem Recht ist die Ausgestaltung einer Datentreuhand *de lege lata* möglich (Abschnitt 2). Ein inhaltlich entsprechendes Schuldverhältnis kann nach niederländischem Recht durch die „*last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ geschaffen werden (Abschnitt 3.). Die exemplarisch untersuchten Modelle sind als Datentreuhand zu charakterisieren (Abschnitt 4.).

#### 1. Fiduziarische Rechtsverhältnisse in Deutschland und den Niederlanden

Sowohl das niederländische als auch das deutsche Recht kennen fiduziarische Verhältnisse. In Deutschland wird einem Treuhänder klassischerweise eine Rechtsmacht an Gütern des Geschäftsherrn eingeräumt. Die Einräumung der Rechtsmacht erfolgt meist zu Sicherungs- oder Verwaltungszwecken und in dem Vertrauen darauf, dass der Treuhänder mit den Gütern entsprechend der im Innenverhältnis gemachten Vorgaben umgehen wird. Je nach Umfang der dem Treuhänder eingeräumten Rechte werden in Deutschland die fiduziarische

---

<sup>38</sup> Kapitel 11 C.II.

<sup>39</sup> Kapitel 12 D.

und die deutschrechtliche Treuhand sowie die Ermächtigungstreuhand unterschieden.<sup>40</sup> Das niederländische Recht deklariert mit Einführung des *fiduciaverbod* seit 1992 die einer Vollrechtstreuhand (*fiducia cum amico* und *fiducia cum creditore*) zugrunde liegenden Eigentumsübertragungen als ungültig. Das *fiduciaverbod* soll eine unklare Verteilung dinglicher Rechte und Befugnisse verhindern. Die schuldrechtliche Ausgestaltung treuhänderischer Verhältnisse, beispielsweise mittels einer *lastgevingsovereenkomst (met priefative werking)*, bleibt jedoch weiterhin möglich.<sup>41</sup> Trotz des *fiduciaverbod* können im niederländischen Recht mit der Ermächtigungstreuhand vergleichbare schuldrechtliche Ausgestaltungen vorgenommen werden. Die Anknüpfung des *fiduciaverbod* an den einer Übertragung zugrunde liegenden Rechtsgrund, die *causa*, illustriert die Unterschiede zwischen dem in Deutschland geltenden Abstraktionsprinzip und dem niederländischen *causaal stelsel*.<sup>42</sup>

## 2. Ausgestaltung einer Datentreuhand *de lege lata* in Deutschland

Die fremdnützige Verwertung personenbezogener Daten kann in Deutschland *de lege lata* als Datentreuhand bezeichnet werden. Bei einer Datentreuhand ist der Datentreuhänder schuldrechtlich zum Einwirken auf die datenschutzrechtliche Lage befugt. Mittels einer Bevollmächtigung zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen im Namen der Datensubjekte wird ihm eine korrespondierende datenschutzrechtliche Macht eingeräumt. Die datenschutzrechtliche Macht versetzt den Datentreuhänder in die Position, Datenverarbeitungen zu legitimieren, also auf die datenschutzrechtliche Lage einwirken zu können.<sup>43</sup>

Verglichen mit einer klassischen Treuhand entspricht die datenschutzrechtliche Macht der Rechtsmacht, die einem Treuhänder übertragen wird. Rechtsmacht bedeutet klassischerweise, über das Treugut wirksam verfügen zu können. Mittels einer Verfügung wird auf die dingliche Lage eingewirkt. Im Datentreuhandverhältnis bedeutet datenschutzrechtliche Macht zur Einwilligung befugt zu

<sup>40</sup> Kapitel 7 A.

<sup>41</sup> Kapitel 7 B.

<sup>42</sup> Kapitel 7 C.; zum *causaal stelsel* im Gegensatz zum Abstraktionsprinzip in Dtl.: Kapitel 2.

<sup>43</sup> Kapitel 12 A.II.2.

sein. Mittels einer datenschutzrechtlichen Einwilligung können Datenverarbeitungen gerechtfertigt und somit auf die datenschutzrechtliche Lage eingewirkt werden. Die Macht, Verfügungen zu bewirken, erhält der klassische Treuhänder durch die Übertragung des Treuguts oder durch eine Ermächtigung. Die Befugnis zum Erteilen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung wird mittels einer entsprechenden Bevollmächtigung veranlasst. Die Bevollmächtigung des Datentreuhänders kann deshalb, ausgehend von ihrer Wirkung, mit der Erteilung einer Verfügungsbefugnis gleichgesetzt werden. Insoweit kann sie nicht mit einer schuldrechtlichen Bevollmächtigung verglichen werden.<sup>44</sup>

Der Umfang der Vollmacht determiniert das „datenschutzrechtliche Können“ und damit die datenschutzrechtliche Macht des Datentreuhänders. Das Datenschutzrecht fungiert als Grenze der zulässigen Einräumung datenschutzrechtlicher Macht.<sup>45</sup> Der grundrechtliche Schutz personenbezogener Daten verbietet die Übertragung ausschließlicher Verfügungsbefugnisse auf Dritte. Die betroffene Person muss stets selbst in der Lage sein, über ihre Daten zu verfügen. Personenbezogene Daten sind weder in ihrer Gesamtheit übertragbar, noch ist es möglich, eine umfassende oder gar ausschließliche Verfügungsbefugnis an diesen Daten einzuräumen.<sup>46</sup> Der Datentreuhänder kann nur zur Einwilligung in spezifische Datenverarbeitungen bevollmächtigt werden; die Erteilung einer Generalvollmacht oder eine Übertragung der Daten ist nicht möglich. Der Umfang der möglichen Einräumung datenschutzrechtlicher Macht ist deshalb begrenzt. Er kann mit dem Umfang der Befugnisse eines Ermächtigungstreuhänders verglichen werden. Eine Vollrechtstreuhand über personenbezogene Daten ist unzulässig.<sup>47</sup>

Personenbezogene Daten sind nach dem vom Sachenrecht losgelösten Treuhandbegriff ein geeignetes Treugut. Nach dem erweiterten Treuhandbegriff gewährt nicht nur eine Bevollmächtigung eine treuhänderische Macht, sondern bereits die Offenlegung personenbezogener Daten. Die Offenlegung personenbezogener Daten bedingt eine „Einwirkungsmacht“ auf die Interessensphäre

---

<sup>44</sup> Kapitel 12 A.II.2.

<sup>45</sup> Kapitel 12 A.II.3.

<sup>46</sup> Kapitel 12 B.II.

<sup>47</sup> Kapitel 12 A.II.3.

der betroffenen Person, da sie mit der Gefahr irreversibler Grundrechtseingriffe, beispielsweise einer Anonymisierung, einhergeht. Das Missbrauchsrisiko der eingeräumten Befugnisse ist bezüglich personenbezogener Daten im Vergleich zu sachenrechtlichen Vermögensgegenständen aufgrund der Möglichkeit multipler Offenlegungen, der Schnelligkeit des Internets und mangelnder Kontrolle der betroffenen Personen als besonders hoch einzustufen.<sup>48</sup>

In Deutschland kann demnach sowohl dann von einer Datentreuhand gesprochen werden, wenn der einen Partei eine datenschutzrechtliche Macht mittels einer datenschutzrechtlichen Bevollmächtigung eingeräumt wurde, als auch dann, wenn dem Datentreuhänder eine solche Befugnis nicht zusteht, er aber eine faktische „Einwirkungsmacht“ auf die Interessensphäre der anderen Partei hat. Im fremdnützigen Datenverwertungsverhältnis, in welchem dem Datenverwerter personenbezogene Daten offengelegt werden, ist das Bestehen einer tatsächlichen Einwirkungsmacht aufgrund des Risikos irreversibler Grundrechtseingriffe regelmäßig anzunehmen.<sup>49</sup>

### 3. „*Last tot gegevensbeheer of exploitatie*“ als fiduziarisches Rechtsverhältnis in den Niederlanden

In den Niederlanden sollte der Begriff der Treuhand aufgrund des *fiducia-verbod* nicht verwendet werden. Dennoch lassen sich die unter den deutschen Terminus der Datentreuhand fallenden Konstruktionen teilweise mittels des Vertragstyps der *lastgevingsovereenkomst*, die mit fiduziarischem Charakter ausgestaltet werden kann, abbilden. Eine *lastgevingsovereenkomst* kann auf die Verwaltung oder Ausbeutung gewisser Vermögenswerte des *lastgever* ausgerichtet sein, sogenannte *last tot beheer of exploitatie*.<sup>50</sup> Die Einräumung eines datenschutzrechtlichen Könnens, das inhaltlich dem schuldrechtlichen Dürfen entspricht, ist auch nach niederländischem Recht möglich.<sup>51</sup> Aufgrund der EU-weiten Harmonisierung des Datenschutzrechts gelten für eine datenschutzrechtliche Bevollmächtigung eines niederländischen *lasthebber* die bereits zum

---

<sup>48</sup> Kapitel 12 A.III.

<sup>49</sup> Kapitel 12 A.IV.

<sup>50</sup> Kapitel 12 B.I.

<sup>51</sup> Kapitel 7 C.

deutschen Recht angestellten Überlegungen. Somit ist eine gezielte Bevollmächtigung des *lasthebber* zur Einwilligung in bestimmte Datenverarbeitungen von personenbezogenen Daten der betroffenen Person zulässig; eine Generalbevollmächtigung ist hingegen ebenso wenig möglich wie eine Einräumung der ausschließlichen Rechtausübung im Wege der *last met privatieve werking*. Auch hier bildet das Datenschutzrecht die zulässige Grenze der schuldrechtlichen Ausgestaltung. Speziell für die Verwertung personenbezogener Daten kann die Bezeichnung *last tot gegevensbeheer of exploitatie* verwendet werden.<sup>52</sup>

#### 4. Einordnung der untersuchten Verwertungsmodelle als Datentreuhand

Der grundrechtliche Schutz personenbezogener Daten bringt eine besondere Vertrauensstellung fremdnütziger Datenverwerter hervor. Die Unternehmen *Dime* und *Data Fairplay* betonen diese Stellung explizit in ihrer Leistungsbeschreibung durch das Kontrollversprechen. Doch selbst ohne eine solche Leistungsbeschreibung zeigt eine Analyse der Verwertungsmodelle, dass den Datenverwertern zumindest faktisch eine datenschutzrechtliche Einwirkungsmöglichkeit zukommt. Diese Einwirkungsmöglichkeit resultiert aus der Offenlegung der personenbezogenen Daten und der damit verbundenen Gefahr irreversibler Grundrechtseingriffe. *Dime* erhält durch die Bevollmächtigung zum Erteilen bestimmter datenschutzrechtlicher Einwilligungen sogar eine rechtliche Befugnis zur Einwirkung auf die datenschutzrechtliche Lage. Die faktische Einwirkungsmacht wird durch den dauerhaften Charakter des Rahmenvertrags intensiviert. Diese Einwirkungsmöglichkeiten – egal ob rechtlicher oder tatsächlicher Natur – bedingen eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Vertrauensstellung der Datenverwerter, weshalb angelehnt an den im Zuge der Analyse entwickelten deutschen Terminus einer Datentreuhand sämtliche Modelle als solche einzuordnen sind. Die Treuhand ist stets fremdnütziger Natur. Für das niederländische Recht ist ein solcher Begriff aufgrund des *fiduciaverbod* unpassend. Hier wird die besondere Vertrauenssituation über eine entsprechende fiduziarische Ausgestaltung des jeweils einschlägigen Vertragstyps wiedergegeben. Die Datenverwertungsverhältnisse sind demnach als faktische Datentreuhandverhältnisse einzuordnen.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Kapitel 12 B.II.

<sup>53</sup> Kapitel 12 D.

## B. Interessenwahrende Vorschriften und Handlungsbeschränkungen für fremdnützige Datenverwerter

Die Wahrnehmung fremder Interessen birgt das Risiko von Interessenkonflikten. Es können insbesondere Eigen- mit Fremdinteressen und Fremd- mit Fremdinteressen kollidieren. Da die Datenverwerter aus dem Datenverwertungsverhältnis zur Wahrung der Interessen der Datensubjekte verpflichtet sind, können ihre eigenen Interessen mit den Pflichten gegenüber den Datensubjekten kollidieren. Zudem besteht das Risiko einer Kollision von Fremd- mit Fremdinteressen. Die Datenverwerter, die die Datensubjekte bei ihren Absatzbemühungen unterstützen, müssen, um dieser Pflicht im versprochenen Umfang nachzukommen, zwangsläufig auch mit den Unternehmen, welche die Daten kaufen, Kontakt aufnehmen oder gar mit ihnen verhandeln.<sup>54</sup> Dem Interessenkonfliktpotential begegnen die deutsche und die niederländische Rechtsordnung mit teils unabdingbaren Regelungen, die die Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn, im Datenverwertungsverhältnis der Datensubjekte, sicherstellen sollen. Die interessenwahrenden Vorschriften lassen sich in Pflichten (Abschnitt I.) und Handlungsbeschränkungen (Abschnitt II.) unterteilen. Die schuldrechtlichen Regelungen werden durch datenschutzrechtliche Vorgaben ergänzt. Die Betrachtung der datenschutzrechtlichen Vorschriften aus einer interessenwahrenden Perspektive zeigt, dass auch das Datenschutzrecht als Interessenwahrnehmungsrecht kategorisiert werden kann (Abschnitt III.).

### I. Schuld- und datenschutzrechtliche Pflichten im Interessenwahrnehmungsverhältnis

Die in diesem Abschnitt erläuterten schuld- und datenschutzrechtlichen Pflichten gelten für die exemplarisch untersuchten Datenverwertungsmodelle. Die schuldrechtlichen Vorgaben wurden zunächst allgemein unter Bezugnahme zu den rechtsvergleichenden Ergebnissen dargestellt. Sodann wurden korrespondierende datenschutzrechtliche Vorschriften aufgezeigt und die Pflichten sodann auf die Datenverwertungsverhältnisse angewendet.

---

<sup>54</sup> Kapitel 14 A.

## 1. Pflicht zur Interessenwahrnehmung

Beide Regelungsregime verpflichten den Interessenwahrer allgemein zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn. Die Ausprägung der allgemeinen Pflicht zur Interessenwahrnehmung richtet sich in beiden Rechtsordnungen nach der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses. Ihre Herleitung unterscheidet sich jedoch. Die Pflicht zur Interessenwahrnehmung ist in Deutschland entweder ausdrücklich gesetzlich normiert oder wird aus dem Gesamtcharakter des Vertrags abgeleitet. In den Niederlanden ist die Pflicht zur Interessenwahrnehmung bei einer entsprechenden Ausprägung des Schuldverhältnisses in der *zorgplicht* des *opdrachtnemer* enthalten.<sup>55</sup>

Auch das Datenschutzrecht verpflichtet den Verantwortlichen zur Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person. Eine datenschutzrechtliche Interessenwahrnehmungspflicht ist in der DSGVO zwar nicht ausdrücklich normiert, sie ergibt sich jedoch aus der Gesamtkonzeption der Verordnung, die auf das Interesse des Einzelnen am Schutz seiner personenbezogenen Daten ausgerichtet ist.<sup>56</sup>

Somit sind die Datenverwerter sowohl aus schuld- als auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive zur Wahrnehmung der Interessen der Datensubjekte verpflichtet. Sie müssen stets im Sinne der Datensubjekte und für diese vorteilhaft agieren. Ein Abschluss von Ausführungsverträgen mit Dritten allein der Provision willen würde den Interessen der Datensubjekte zuwiderlaufen. Die Ausgestaltung des Modells *Datacoup* birgt insbesondere im Rahmen der Preissetzung Potential für Interessenkonflikte. Hier kollidiert das Eigeninteresse von *Datacoup*, die Daten zu einem möglichst niedrigen Preis „einzukaufen“, mit dem Fremdinteresse des Datensubjekts, die Daten möglichst gewinnbringend zu „verkaufen“, in der Person des Datenverwerter. Obgleich die Transparenz Anforderungen gewahrt sind, ist nicht sichergestellt, dass *Datacoup* seine eigenen bestehenden Interessen an einer niedrigen Bewertung des Einkaufspreises der

---

<sup>55</sup> Kapitel 15 A.I.-III.

<sup>56</sup> Kapitel 15 A.V.

Daten hinter die Interessen der Datensubjekte stellt. Die Ausgestaltung von *Datacoup* ist daher unzulässig.<sup>57</sup>

## 2. Ausführende Person der Interessenwahrnehmung

Aus der Vertrauenssituation bei einer Interessenwahrnehmung resultiert das Bedürfnis des Auftraggebers nach einer persönlichen Ausführung durch den Beauftragten. Dem tragen beide Regelungsregime Rechnung. Dennoch weisen die gesetzlichen Regelungen zur Person des Ausführenden gravierende Unterschiede auf. Nach dem gesetzlichen Regelfall ist die Interessenwahrnehmung in Deutschland im Zweifel nicht übertragbar; es besteht ein disponibles Substitutionsverbot. Ist eine Substitution gestattet und macht der Interessenwahrer von der Gestattung Gebrauch, haftet er grundsätzlich nur für ein Übertragungsver schulden. Der niederländische Gesetzgeber hatte hingegen die Situation vor Augen, dass ein Interessenwahrnehmungsverhältnis mit Augenmerk auf eine bestimmte natürliche Person („tatsächlicher *opdrachtnemer*“), die im Namen einer anderen Person („juristischer *opdrachtnemer*“) auftritt, abgeschlossen wird. In einem solchen Fall verpflichtet er den tatsächlichen *opdrachtnemer* zur Ausführung der Interessenwahrnehmung. Obwohl der Interessenwahrnehmungsvertrag aus juristischer Perspektive nicht mit dem tatsächlichen *opdrachtnemer* besteht, ist dieser neben dem juristischen *opdrachtnemer* gesamtschuldnerisch zur Vertragserfüllung verpflichtet. Die Regelung bricht mit mehreren zivilrechtlichen Grundsätzen, wie dem Erfordernis übereinstimmender Willenserklärungen zur Begründung vertraglicher Pflichten oder den Prinzipien der Arbeitnehmerhaftung. Sie ist deshalb starker Kritik aus Literatur und Rechtsprechung ausgesetzt. Die Vorschrift über den tatsächlichen *opdrachtnemer* ist nur einschlägig, wenn die *opdracht* im Hinblick auf einen tatsächlichen *opdrachtnemer* erteilt wird. Soll die Interessenwahrnehmung von dem juristischen *opdrachtnemer* ausgeführt werden oder liegt keine Präferenz hinsichtlich der ausführenden Person vor, kann eine Pflicht zur persönlichen Ausführung des Vertragspartners, also des juristischen *opdrachtnemers* aus dem Gesamtcharakter des Vertrags oder aus der *zorgplicht* abgeleitet werden.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Kapitel 15 A.IV.

<sup>58</sup> Kapitel 15 B.I.-III.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten hat, ebenso wie eine schuldrechtliche Interessenwahrnehmung, grundsätzlich durch den Verantwortlichen selbst zu erfolgen. Mittels des Instituts der Auftragsverarbeitung kann sich der Verantwortliche – entsprechend der möglichen Hinzuziehung von Gehilfen bei der schuldrechtlichen Vertragsdurchführung – der Hilfe weisungsgebundener Dritter bedienen. Die Einschaltung selbstständiger Dritter ist dem Verantwortlichen hingegen nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungstatbestands erlaubt. Liegt kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vor, benötigt der Verantwortliche eine datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person. Auch im schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungsverhältnis ist die Übertragung an selbstständige Dritte somit grundsätzlich nur bei einer Gestattung des Auftraggebers zulässig.<sup>59</sup>

Die Datenverwertung als fremdnützige Interessenwahrnehmung kann demzufolge ohne eine Zustimmung der Datensubjekte nicht zur selbstständigen Ausführung an Dritte übertragen werden. Der Datenverwerter darf sich aber der Hilfe weisungsgebundener Dritter bedienen.<sup>60</sup> Gleiches gilt für die zur Interessenwahrnehmung erfolgenden Datenverarbeitungen.<sup>61</sup>

### 3. Konkretisierung des Interessenwahrnehmungsverhältnisses durch Weisungen

Da ein Interessenwahrer Angelegenheiten des Geschäftsherrn ausführt, soll dieser bei Bedarf die Möglichkeit haben, selbst mittels eines Weisungsrechts über die Art und Mittel der Interessenwahrnehmung entscheiden zu können. Die Weisungsgebundenheit des Interessenwahrers ist im deutschen Recht intensiver ausgeprägt als im niederländischen Recht. Nach deutschem Recht muss der Interessenwahrer den Geschäftsherrn nicht „vor sich selbst schützen“. Hat er den Geschäftsherrn darauf hingewiesen, dass eine Weisung nicht zweckdienlich ist und beharrt der Geschäftsherr auf der Ausführung der Weisung, ist der Interessenwahrer zur Ausführung dergleichen verpflichtet. Ein Interessenwah-

---

<sup>59</sup> Kapitel 15 B.V.

<sup>60</sup> Kapitel 15 B.IV.

<sup>61</sup> Kapitel 15 B.V.

rer nach niederländischem Recht muss hingegen nur „*verantwoorde*“ (vertretbare/ vernünftige) Weisungen umsetzen. Die Umsetzung einer unvertretbaren Weisung kann zu einer Verletzung der *zorgplicht* führen.<sup>62</sup>

Die DSGVO gewährt der betroffenen Person kein einem schuldrechtlichen Weisungsrecht entsprechendes Gestaltungsinstrument. Die betroffene Person verfügt zwar über einige Interventionsrechte. Diese sind aber an gewisse Voraussetzungen geknüpft und gehen mit bestimmten Rechtsfolgen einher. Eine voraussetzungslose und rechtsfolgenoffene Möglichkeit, auf die Art und Weise von Datenverarbeitungen einzuwirken, existiert nicht.<sup>63</sup>

Die Datensubjekte können den Datenverwertern im Rahmen der vertraglich festgelegten Beziehungen hinsichtlich der zu verwertenden Datenkategorien und zu den Verwertungszwecken Weisungen erteilen.<sup>64</sup> Datenschutzrechtliche Interventionsrechte bestehen in dem von Art. 12 ff. DSGVO vorgegebenen Umfang.<sup>65</sup>

#### 4. Offenlegung und Rechenschaft im Interessenwahrnehmungsverhältnis

Offenlegungspflichten bilden den „Kern der Interessenwahrnehmungspflicht“<sup>66</sup>. Sie stützen sich auf die Annahme, dass sich ein informierter Geschäftsherr selbst hinreichend schützen kann. Zur Überwindung von Informationsasymmetrien ist der Interessenwahrer nach beiden Rechtsordnungen durch Offenlegungspflichten zur Unterrichtung über den Verlauf der Interessenwahrnehmung verpflichtet. Aufkommende oder bestehende Interessenkonflikte hat er dem Geschäftsherrn auf eigene Initiative hin mitzuteilen. Rechenschafts- und Rechnungslegungspflichten ermöglichen dem Geschäftsherrn die nachträgliche Überprüfung der Interessenwahrnehmung. Die Offenlegungs- und Rechenschaftspflichten sind in den verglichenen Rechtsordnungen inhaltlich vergleichbar ausgestaltet; lediglich ihre gesetzliche Verankerung variiert.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Kapitel 15 C.I-III.

<sup>63</sup> Kapitel 15 C.V.

<sup>64</sup> Kapitel 15 C.IV.

<sup>65</sup> Kapitel 15 C.V.

<sup>66</sup> *Kumpian*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 245.

<sup>67</sup> Kapitel 15 D. I.-III.

Das Datenschutzrecht sieht ebenfalls Informationspflichten und Auskunftsansprüche vor, die es der betroffenen Person ermöglichen, von unzulässigen Verarbeitungen Kenntnis zu erhalten und einzuschreiten. Auch im Datenschutzrecht gilt der Auskunftsanspruch als zentrale Schutznorm der betroffenen Person. Er wird als „Magna Charta des Datenschutzes“<sup>68</sup> bezeichnet.<sup>69</sup>

Die Datenverwerter haben den Datensubjekten ihre allgemeine Vorgehensweise bei der Verwertung offenzulegen. Eine Berichterstattungspflicht über die Vornahme jeder einzelnen Verwertungsbemühung, also über jegliche Einzelschritte, besteht nicht, da es sich um eine „Massenleistung“ handelt, die nicht auf die Wahrnehmung der Bedürfnisse jedes einzelnen Datensubjekts zugeschnitten ist. Auf das Auftreten von Komplikationen oder Interessenkonflikten müssen die Datenverwerter die Datensubjekte hingegen jederzeit aus eigener Initiative hinweisen. Bei einem direkten Abkauf der Daten oder einem Tätigwerden als (mittelbarer) Stellvertreter haben die Datenverwerter den Datensubjekten Rechenschaft abzulegen. Diese beinhaltet auch die Pflicht zur Rechnungslegung.<sup>70</sup> Die Ausgestaltung des Datenverwertungsmodells *Dime* lässt eine ausreichende Transparenz vermissen. *Dime* informiert die Datensubjekte weder über die Höhe des aus der Verwertung ihrer Daten erzielten Gewinns noch über die Höhe des einbehaltenen Provisionsanspruchs. Trotz der grundsätzlichen Abdingbarkeit der Rechenschaftspflicht liegt hierin ein schwerer Verstoß gegen den Charakter einer mittelbar stellvertretenden Tätigkeit.<sup>71</sup> Die Ausgestaltung des Modells *Datacoup* birgt insbesondere im Rahmen der Preissetzung Potential für Interessenkonflikte. Hier kollidiert das Eigeninteresse von *Datacoup*, die Daten zu einem möglichst niedrigen Preis „einzukaufen“, mit dem Fremdinteresse des Datensubjekts, die Daten möglichst gewinnbringend zu „verkaufen“, in der Person des Datenverwerter. Vor diesem Hintergrund ist die Pflicht, die Bewertungskriterien offenzulegen, umso wichtiger. *Datacoup* kommt dieser Pflicht im erforderlichen Umfang nach.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> *Wedde*, in: Handbuch Datenschutzrecht, 546 (547).

<sup>69</sup> Kapitel 15 D.V.

<sup>70</sup> Kapitel 15 D.IV.

<sup>71</sup> Kapitel 15 D.IV.

<sup>72</sup> Kapitel 15 D.IV.

Die Datenverwerter unterliegen nicht nur schuldrechtlichen Benachrichtigungspflichten, die sich aus dem Datenverwertungsverhältnis ergeben, sondern haben den Datensubjekten daneben auch über datenschutzrechtlich relevante Ereignisse Auskunft zu erteilen.<sup>73</sup>

## 5. Herausgabepflicht des Interessenwahrers

Nach erfolgter Interessenwahrnehmung hat ein Interessenwahrer dem Geschäftsherrn nach beiden Regelungsregimen der untersuchten Rechtsordnungen all das, was ihm zur Ausführung der Interessenwahrnehmung überlassen wurde, und all das, was er aus der Ausführung erlangt hat, herauszugeben. In Deutschland ist die Herausgabepflicht ausdrücklich normiert; in den Niederlanden wird sie aus der Rechenschaftspflicht abgeleitet.<sup>74</sup>

Dem schuldrechtlichen Herausgabeanspruch auf das zur Interessenwahrnehmung Überlassene, der der Abwicklung am Ende eines Interessenwahrnehmungsverhältnisses dient, kann die datenschutzrechtliche Löschungspflicht des Verantwortlichen gegenübergestellt werden. Mangels Verkörperung der Daten können diese nicht zurückgegeben werden. Eine Löschung der Daten beendet jedoch ebenso wie eine Herausgabe des Überlassenen die Einwirkungsmacht des Verantwortlichen. Die Pflicht zur Löschung entsteht, sobald der Zweck der Datenverarbeitung erreicht ist. Eine datenschutzrechtliche Pflicht zur Herausgabe des Erlangten wie im Schuldrecht besteht hingegen nicht. Das Datenschutzrecht ist nicht auf die gerechte Verteilung wirtschaftlicher Vermögenspositionen ausgerichtet.<sup>75</sup>

Spätestens bei Beendigung des Rahmenverhältnisses haben die Datenverwerter den Datensubjekten das zu Zwecken der Datenverwertung Überlassene und das aus der Datenverwertung Erlangte herauszugeben. Die für die Einräumung der Datennutzungsbefugnis erlangte Gegenleistung gebührt den Datensubjekten und ist bereits während des laufenden Interessenwahrnehmungsverhältnisses

---

<sup>73</sup> Kapitel 15 D.V.

<sup>74</sup> Kapitel 15 E.I.-III.

<sup>75</sup> Kapitel 15 E.V.

periodisch auszuzahlen. Den Datensubjekten steht auch eine mittels der Aufbereitung durch die Datenverwerter erreichte Wertsteigerung zu.<sup>76</sup> Die „Herausgabe“ der zu Verwertungszwecken offengelegten Daten erfolgt durch eine Löschung im Sinne der DSGVO, die den Datenverwerter am zukünftigen Zugriff hindert. Die gegebenenfalls über eine Bevollmächtigung eingeräumten datenschutzrechtlichen Befugnisse enden bei einer Beendigung des Rahmenverhältnisses automatisch nach den Regeln über die Stellvertretung.<sup>77</sup>

## II. Strenge Voraussetzungen für Selbsteintritt, Mehrfachvertretung und Doppeltätigkeit eines Interessenwahrers

Den aus Interessenkollisionen potenziell resultierenden Gefahren begegnen sowohl die deutsche als auch die niederländische Rechtsordnung nicht nur mit Pflichten, sondern auch mit Handlungsbeschränkungen und -verboten. Das Risiko von Interessenkonflikten besteht regelmäßig bei einem Selbsteintritt, einer Mehrfachvertretung oder einer Doppeltätigkeit des Interessenwahrers (Abschnitt 1.). Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Handlungen entgegen der schuldrechtlichen Vorgaben (Abschnitt 2.).

### 1. Schuldrechtliche Vorgaben und Handlungsbeschränkungen

Die deutsche und die niederländische Rechtsordnung enthalten Regelungen zum Umgang mit einem Selbsteintritt eines unmittelbaren Stellvertreters, zum Selbsteintritt eines mittelbaren Stellvertreters und zum Selbsteintritt eines Vermittlers (in Deutschland sogenanntes Eigengeschäft). Zudem existieren Vorgaben für eine Mehrfachvertretung eines unmittelbaren Stellvertreters und für eine Doppeltätigkeit eines Vermittlers. Die nationalen Vorschriften unterscheiden sich teils erheblich voneinander.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Selbsteintritts eines unmittelbaren Vertreters lässt sich das deutsche Recht von abstrakten Erwägungen leiten. Das niederländische Recht hinterfragt, ob in der konkreten Situation die Gefahr eines

---

<sup>76</sup> Kapitel 15 E.IV.

<sup>77</sup> Kapitel 15 E.V.

Interessenkonflikts besteht. Dagegen unterliegt die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Konfliktregelungen zum Selbsteintritt, das Vorliegen von Personenidentität, nach deutschem Recht strengeren Voraussetzungen als nach niederländischem Recht. Wird ein Selbsteintritt nach der jeweiligen nationalen Regel als unzulässig erachtet, beschränken beide Rechtsordnungen die Vertretungsmacht des Vertreters, sodass dieser den Vertretenen nicht wirksam binden kann.<sup>78</sup>

Ein zulässiger Selbsteintritt im fremden Namen erfährt in den Niederlanden eine andere dogmatische Einordnung als in Deutschland. Das niederländische BW räumt einem mittelbaren Vertreter bei einem zulässigen Selbsteintritt eine gesetzliche Vertretungsbefugnis zum Abschluss eines Vertrags im fremden Namen ein. Er kann dann wie ein unmittelbarer Vertreter einen Vertrag für den Vertretenen mit sich selbst abschließen. Nach dem deutschen Kommissionsrecht, einer gesetzlichen Ausprägung der mittelbaren Vertretung, schließt ein Kommissionär im Selbsteintritt keinen zusätzlichen Vertrag ab. Vielmehr wird der Kommissionsvertrag im Falle eines zulässigen Selbsteintritts an die Gegebenheiten angepasst.<sup>79</sup> *Dime* darf weder nach niederländischem noch nach deutschem Recht selbst in Verträge mit den Datensubjekten eintreten. Ein zulässiger Selbsteintritt erfordert nach deutschem Recht die Möglichkeit einer objektiven Bestimmung eines Marktwertes personenbezogener Daten. Ein Selbsteintritt nach niederländischem Recht setzt die Aufnahme der konkreten Bedingungen der Ausführungsverträge in den Rahmenvertrag voraus. Soweit dies entsprechend der Leistungsbeschreibung zu beurteilen ist, wird *Dime* nicht im Selbsteintritt tätig und verstößt somit nicht gegen diese Vorgabe.<sup>80</sup>

Unterschiede bestehen auch bezüglich der Regelung einer konfliktbelasteten Mehrfachvertretung. Sie ist in Deutschland ebenso wie der Selbsteintritt eines unmittelbaren Vertreters mit einer Handlungsbeschränkung versehen, sodass eine Bindung der Vertretenen bei einer unzulässigen Mehrfachvertretung nicht

---

<sup>78</sup> Kapitel 16 B.I., B.III., C.I.

<sup>79</sup> Kapitel 16 B.II., B.III., C.II.

<sup>80</sup> Kapitel 16 D.

möglich ist. In den Niederlanden ist die unzulässige Mehrfachvertretung hingegen nur als schuldrechtliches Verbot ausgestaltet; ein entgegen der Konfliktregel geschlossener Vertrag bindet die Vertretenen.<sup>81</sup>

Unzulässige Doppeltätigkeiten eines Vermittlers sanktionieren beide Rechtsordnungen mit dem Entfall des Lohnanspruchs.<sup>82</sup> Da *Data Fairplay* nicht in die Vertragsverhandlungen involviert ist und in seiner Leistungsbeschreibung klar kommuniziert, dass es Datensubjekte und Unternehmen zusammenbringen will, ist die Doppeltätigkeit von *Data Fairplay* nach beiden Rechtsordnungen erlaubt. Die Doppeltätigkeit birgt kein Risiko von Interessenkonflikten.<sup>83</sup>

Ein Selbsteintritt eines Vermittlers wird von den Rechtsordnungen dogmatisch verschieden eingeordnet. Während die Vermittlungsleistung in Deutschland bei einem Eigengeschäft des Maklers als nicht erbracht angesehen wird, erlaubt die niederländische *bemiddelingsovereenkomst* einen Selbsteintritt des *bemiddelaar* unter den gleichen Voraussetzungen wie den Selbsteintritt eines Vertreters. Die unterschiedliche dogmatische Einordnung ist darauf zurückzuführen, dass der Charakter von Maklervertrag und *bemiddelingsovereenkomst* Unterschiede aufweist.<sup>84</sup> Der Selbsteintritt von *Datacoup*, der den Vorschriften zur *bemiddelingsovereenkomst* unterfällt, ist als unzulässig einzustufen, sodass der Provisionsanspruch entfällt. Der Inhalt der Ausführungsverträge ist trotz transparenter Bewertungskriterien nicht so genau bestimmt, dass Interessenkonflikte ausgeschlossen würden. Der im Selbsteintritt geschlossene Vertrag bleibt jedoch wirksam.

Insgesamt zeigt sich, dass das niederländische Interessenwahrnehmungsrecht insbesondere im Bereich von Handlungsbeschränkungen und -verboten eine größere Flexibilität aufweist als die deutschen Vorschriften. Im Gegensatz zum deutschen Recht, das eine abstrakte Bewertung des Konfliktpotentials vornimmt, knüpft es an die Interessenkonfliktlage im Einzelfall an.

---

<sup>81</sup> Kapitel 16 B.I., B.IV., C.III.

<sup>82</sup> Kapitel 17 A.I.-III.

<sup>83</sup> Kapitel 17 A.IV.

<sup>84</sup> Kapitel 17 B.I.-III.

## 2. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit (un)erlaubter Handlungen

Datenverarbeitungen zum Zwecke des erlaubten Selbstkontrahierens, der erlaubten Mehrfachvertretung und der erlaubten Doppeltätigkeit können auf die Erforderlichkeit zur Erfüllung des Ausführungsvertrags gestützt werden, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO.<sup>85</sup> Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit schuldrechtlich unerlaubter Handlungen hängt von ihrer zivilrechtlichen Bewertung ab.<sup>86</sup>

Kommt ein Vertrag trotz Verstoß gegen schuldrechtliche Vorgaben wirksam zustande, etwa bei der unerlaubten Mehrfachvertretung eines unmittelbaren Stellvertreters in den Niederlanden, sieht das jeweilige Vertragsrecht den Willen der Parteien zum Abschluss eines Vertrages trotz Pflichtverletzung als vorhanden an.<sup>87</sup> Konsequenterweise sollte auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive der privatautonome Wille zu einem Vertragsabschluss anerkannt und auf dessen Grundlage auch die hierzu erforderlichen Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO legitimiert werden.<sup>88</sup>

Ist der Vertrag hingegen schwebend unwirksam – so bei der unerlaubten Mehrfachvertretung nach deutschem Recht – können Verarbeitungen zur Vertragsanbahnung nicht auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Regelmäßig sind solche Verarbeitungen jedoch als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegend anzusehen. Hierfür sprechen die ohnehin bestehende Vertragsbeziehung der betroffenen Person zum Verantwortlichen und deren Erwartung, dass Datenverarbeitungen zur Vorbereitung eines Vertragsschlusses stattfinden werden.<sup>89</sup> Im berechtigten Interesse des Verantwortlichen liegen auch die erforderlichen Verarbeitungen zur Erfüllung eines Vertrags, der durch Anfechtung *ex tunc* nichtig wird, bis zum Zeitpunkt der Anfechtung. Eine Anfechtung ist in den Niederlanden bei einem Formmangel der Gestattung aufgrund einer Verbraucherbeteiligung möglich.<sup>90</sup> Auch Datenverarbeitungen zur

<sup>85</sup> Kapitel 16 E.I, Kapitel 17 A.V, B.V.

<sup>86</sup> Kapitel 16 E.V.

<sup>87</sup> So etwa bei der unerlaubten Mehrfachvertretung eines unmittelbaren Stellvertreters nach niederländischem Recht, Kapitel 16 B.IV.

<sup>88</sup> Kapitel 16 E.III.

<sup>89</sup> Kapitel 16 E.II.3.

<sup>90</sup> Kapitel 16 E.IV.

Vertragsanbahnung im Zusammenhang mit einer unerlaubten Doppeltätigkeit oder einem unerlaubten Selbsteintritt eines Vermittlers liegen im berechtigten Interesse des Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO.<sup>91</sup>

### III. Datenschutzrecht als Interessenwahrnehmungsrecht

Die Untersuchung der datenschutzrechtlichen Grenzen für fremdnützige Datenverwertungsverhältnisse zeigt, dass das Datenschutzrecht als Interessenwahrnehmungsrecht bezeichnet werden kann. Dieses Ergebnis knüpft an die Analyse der datenschutzrechtlichen Abbildung der Vertragsverhältnisse mit Datenverwertern an, die gezeigt hat, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeit untrennbar mit der konkreten zivilrechtlichen Ausgestaltung dieser Verhältnisse verknüpft ist. Die schuldrechtliche Einordnung der Leistungspflichten determiniert die vertraglichen Pflichten und somit auch die Datenverwertungen, die zur Vertragserfüllung erforderlich und damit datenschutzrechtlich erlaubt sind.<sup>92</sup>

Durch die Bezugnahme auf zivilrechtliche Verträge zur Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit schließt die DSGVO an ein durch nationale Vorschriften ausgefülltes Institut an. Nationale Unterschiede hinsichtlich der Bewertung der zivilrechtlichen Lage beeinflussen die datenschutzrechtliche Zulässigkeit. Dies ermöglicht die Berücksichtigung zivilrechtlicher Besonderheiten der Mitgliedstaaten bei der Beurteilung datenschutzrechtlicher Fragestellungen. Hierdurch stellt die DSGVO einen Gleichlauf der zivilrechtlichen und der datenschutzrechtlichen Lage innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten sicher und vermeidet das Hervorrufen unverständlicher Ergebnisse.<sup>93</sup>

Gleichzeitig zieht das Datenschutzrecht auch starre Grenzen für die zivilrechtliche Ausgestaltung – unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen. So muss eine Bevollmächtigung zur Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung stets den strengen datenschutzrechtlichen Vorgaben genügen.<sup>94</sup> Die

---

<sup>91</sup> Kapitel 17 A.V, B.V.

<sup>92</sup> Kapitel 11 A.I.

<sup>93</sup> Kapitel 16 E.

<sup>94</sup> Kapitel 11 C.I.

Möglichkeit zur Einräumung datenschutzrechtlicher Macht, also die Einräumung von Befugnissen eines Datentreuhänders, wird entsprechend durch diese Vorgaben begrenzt und somit sichergestellt, dass das grundrechtlich verankerte Recht auf Schutz personenbezogener Daten nicht ausgehöhlt werden kann.<sup>95</sup>

Die Schranken datenschutzrechtlicher Rechtfertigungsgründe können zudem als Grenze für schuldrechtliche Interessenkonflikte fungieren. Datenverarbeitungen, die auf einer Einwilligung oder überwiegenden berechtigten Interessen des Verantwortlichen beruhen, kann die betroffene Person mittels eines Widerrufs oder eines Widerspruchs mit Wirkung für die Zukunft die Rechtsgrundlage entziehen. Die Rechte auf Widerruf und Widerspruch sind interessenverwirklichende Interventionsrechte der betroffenen Person. Als Kernelemente des Datenschutzes sind sie vertraglich nicht abdingbar.<sup>96</sup> Datenverarbeitungen entgegen zivilrechtlichen interessenwahrenden Vorschriften verbietet Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO. Ein mit den zu wahren Interessen in Konflikt stehendes Verhalten des Interessenwahrers dient nicht der Interessenwahrnehmung der betroffenen Person und kann deshalb nicht auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO gestützt werden. Die datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsnormen fungieren somit zugleich als schuldrechtliche Interessenkollisionsnormen.<sup>97</sup>

Ein Gleichlauf von Datenschutzrecht und Schuldrecht lässt sich jedoch nicht immer feststellen. Auch wenn Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO häufig keine ausreichende Legitimationsgrundlage für Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit schuldrechtlich unerlaubten Handlungen darstellt, so können diese teilweise auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO gestützt werden.<sup>98</sup>

Daneben enthält das Datenschutzrecht einen weiten Katalog an Pflichten für den Verantwortlichen und Rechten der betroffenen Person. Diese ergänzen die

---

<sup>95</sup> Kapitel 12 A.II.3.

<sup>96</sup> Kapitel 14 D.II.1.

<sup>97</sup> Kapitel 14 D.II.2.

<sup>98</sup> So hat ein Verantwortlicher etwa ein berechtigtes Interesse an der Herbeiführung eines vertraglichen Schwebezustands, Kapitel 16 E.II.3.

schuldrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten durch Sicherungspflichten,<sup>99</sup> die Pflicht zum Schutz der personenbezogenen Daten des Einzelnen, Einschränkungen bei der Hinzuziehung Dritter, durch Gestaltungsrechte der von der Datenverarbeitung Betroffenen, sowie Auskunftspflicht und Löschpflichten des Verantwortlichen.<sup>100</sup> Bei Verstößen des Verantwortlichen sieht die DSGVO Rechtsbehelfe der Betroffenen vor und nimmt die Verantwortlichen mit hohen Bußgeldern und Haftungsregelungen in die Verantwortung.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Kapitel 3 D.

<sup>100</sup> Kapitel 18 B.I.

<sup>101</sup> Kapitel 14 D.III.



## Literatuurverzeichnis

Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, *Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder*, Bericht vom 15. Mai 2017, abrufbar unter: [https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruhjahrenskonferenz\\_neu/Bericht\\_der\\_AG\\_Digitaler\\_Neustart\\_vom\\_15\\_Mai\\_2017.pdf](https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/Fruhjahrenskonferenz_neu/Bericht_der_AG_Digitaler_Neustart_vom_15_Mai_2017.pdf), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.

*Arndt, Felix; Betz, Nicole; Farahat, Anuscheb; Goldmann, Matthias; Huber, Matthias; Keil, Rainer; Lánco, Petra Lea; Schaefer, Jan; Smrkolj, Maja; Sucker, Franziska; Valta, Stefanie* (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*. 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Heidelberg 2008, Baden-Baden 2009.

*Asser, C; van Heerma Voss, G.J.J.*, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst*, 3. druk, Deventer 2015.

*Auer-Reinsdorff, Astrid; Conrad, Isabell* (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Auflage, München 2019.

*Azghay, K; Rampersad, Y. A.*, Het verbod op het in rekening brengen van bemiddelingskosten bij tweezijdige bemiddeling verduidelijkt, *MvV* 2016, nr. 3, 74–82.

*Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert; Hau, Wolfgang; Poseck, Roman* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 53. Edition, München 2020.

*Bartels, S. E; van Mierlo, Antonius I. M.*, *Asser 3-IV Algemeen goederenrecht*, 16. druk, Deventer 2013.

*Bartels, S. E; van Velten, Aart A.*, *Asser 5 Eigendom en beperkte rechten*, 16. druk, Deventer 2017.

*Bennaars, J. H.*, Is platformwerk een bedreiging of een kans voor het arbeidsrecht? Het antwoord is ja, *ArbeidsRecht* 2018/28, afl. 6/7, 8-14.

*Berning, Wilhelm*, Erfüllung der Nachweispflichten und Beweislast im Unternehmen. Überlegungen zur Organisation entsprechender Vorkehrungen, *ZD* 2018, 348–352.

*Bettink, Wefers*, Recht doen aan privacyverklaringen. Een juridische analyse van privacyverklaringen op internet, *MvV* 2013, nr. 1, 22–25.

- Beyerle, Franz*, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.
- Blaurock, Uwe; Schmidt-Kessel, Martin; Erler, Katharina* (Hrsg.), Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge, Baden-Baden 2018.
- BMAS, Weissbuch Arbeiten 4.0, abrufbar unter: [https://issuu.com/support.bmaspublicispixelpark.de/docs/161121\\_wei\\_\\_buch\\_final?e=26749784/43070404](https://issuu.com/support.bmaspublicispixelpark.de/docs/161121_wei__buch_final?e=26749784/43070404), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- BMWi, Weissbuch Digitale Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=22](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=22), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Bräutigam, Peter*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635–641.
- Breedveld-de Voogd, C. G; Bartels, S. E.* (Hrsg.), Groene Serie Bijzondere overeenkomsten, actueel t/m 01-01-2019, Deventer.
- Breunig, Christina; Schmidt-Kessel, Martin*, Data Protection in the Internet, in: *Schmidt-Kessel*, German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2018, 589–614.
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich*, Besonderes Schuldrecht, 43. Auflage, München 2019.
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage, München 2018.
- Buchner, Benedikt*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungselement, DuD 2010, 39–43.
- Buchner, Benedikt*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006.
- Buchner, Benedikt; Kübling, Jürgen*, Die Einwilligung in der Datenschutzordnung 2018, DuD 2017, 544–548.
- Busch, Christoph*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, GRUR 2019, 788–796.
- Busch, Christoph*, European Model Rules for Online Intermediary Platforms, in: *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler*, Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge, Baden-Baden 2018, 37–57.

- Busch, Christoph*, Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie. Der Vorschlag für eine EU-Verordnung über Online-Plattformen, IWRZ 2018, 147.
- Busch, Christoph, Friedrich-Ebert-Stiftung*, WISO Diskurs 15/2018, Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/14618.pdf>, zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Busch, Christoph; Dannemann, Gerhard; Schulte-Nölke, Hans*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt? Diskussionsentwurf für eine mögliche EU-Richtlinie, MMR 2016, 787–792.
- Busch, Christoph; Schulte-Nölke, Hans; Wiewiórowska-Domagalska, Aneta; Zoll, Fryderyk*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3–10.
- Chao-Duivis, M.A.B.*, Aanneming van werk, in: *Schelbaas/Verbeij/Wessels*, Bijzondere overeenkomsten, 4. druk, Deventer 2016, 391–424.
- Cichon, Caroline*, Teil XII, Auktions- und Plattformverträge, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Auflage, Köln 2004.
- Coeborst, P.J.M.G.*, De Opdracht. Overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en lastgeving, Zwolle 1977.
- Coing, Helmut*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973.
- Conrad, Isabell; Treeger, Christina*, § 34 Recht des Datenschutzes, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage, München 2019.
- Cristofaro, Giovanni de*, Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 151–174.
- Damjan, Možina*, Retail business, platform services and information duties, EuCML 2016, 25.
- Dammingh, J.J.*, Bemiddelingscourtage bij de huur van woonruimte: de Hoge Raad heeft duidelijkheid verschaft!, TvC 2016-1, 31-38.
- Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission, abrufbar unter: [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.

- Däubler, Wolfgang; Wedde, Peter; Weichert, Thilo; Sommer, Imke* (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu. Kompaktkommentar, Frankfurt a.M. 2018.
- Determann, Lothar*, Gegen Eigentumsrechte an Daten. Warum Gedanken und andere Informationen frei sind und es bleiben sollten, ZD 2018, 503–508.
- Determann, Lothar*, Kein Eigentum an Daten, MMR 2018, 277–278.
- Dickmann, Roman*, Nach dem Datenabfluss: Schadenersatz nach Art. 82 Datenschutz-Grundverordnung und die Rechte des Betroffenen an seinen personenbezogenen Daten, r+s 2018, 345–355.
- Dix, Alexander*, Daten als Bezahlung – Zum Verhältnis zwischen Zivilrecht und Datenschutzrecht, ZEuP 2017, 1–5.
- Dommering, Egbert*, Recht op persoonsgegevens als zelfbeschikkingsrecht, in: *Prins, 16 miljoen BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk*, Leiden 2010, 83–99.
- Domurath, Irina*, Probleme bei der Einordnung von Plattformen als Vertragspartner, in: *Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle*, Baden-Baden 2018, 44–61.
- Dovas, Maria-Urania*, Joint Controllershship – Möglichkeiten oder Risiken der Datennutzung? Regelung der gemeinsamen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit in der DS-GVO, ZD 2016, 512–517.
- Dreier, Thomas; Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, 6. Auflage, München 2018.
- Dreyer, Holger; Haskamp, Thomas*, Die Vermittlungstätigkeit von Plattformen, ZVertriebsR 2017, 359–363.
- Ebenroth, Carsten; Boujong, Karlbeinz; Joost, Detlev; Strohn, Lutz* (Begr.), Handelsgesetzbuch. Band 1, 4. Auflage, München 2020.
- Ebenroth, Carsten; Boujong, Karlbeinz; Joost, Detlev; Strohn, Lutz* (Begr.), Handelsgesetzbuch. Band 2, 3. Auflage, München 2015.
- Eckhardt, Jens*, DS-GVO: Anforderungen an die Auftragsverarbeitung als Instrument zur Einbindung Externer, CCZ 2017, 111–117.
- Ebmann, Eugen; Selmayr, Martin* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar, 2. Auflage, München/ Wien 2018.

- Emmerich, Volker*, Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag, JuS 2002, 923–924.
- Engeler, Malte*, Das überschätzte Kopplungsverbot. Die Bedeutung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, 55–62.
- Engeler, Malte; Quiel, Philipp*, Recht auf Kopie und Auskunftsanspruch im Datenschutzrecht, NJW 2019, 2201–2206.
- Ensthaler, Jürgen*, Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten, NJW 2016, 3473–3478.
- Ernes, A.L.H.*, Opdracht, in: *Schelhaas/Verbeij/Wessels*, Bijzondere overeenkomsten, 4. druk, Deventer 2016, 229–248.
- Ernst, Stefan*, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD 2017, 110–114.
- Esser, Josef; Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil. Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1998.
- European Union Agency for Fundamental Rights; Council of Europe*, Handbook on European data protection law, Luxembourg 2014.
- Faust, Florian*, Ausschließlichkeitsrecht an Daten?, in: *Stiftung Datenschutz*, Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 85–100.
- Faust, Florian*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, NJW-Beil. 2016, 29–32.
- Feiler, Lukas; Forgó, Nikolaus; Weigl, Michaela*, The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A commentary, Woking, Surrey 2018.
- Fezer, Karl-Heinz*, Dateneigentum. Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten, MMR 2017, 3–5.
- Fischer, Detlev*, Die Entwicklung des Maklerrechts im ersten Halbjahr 2019, NJW 2019, 3277–3282.
- Fischer, Detlev*, Die Entwicklung des Maklerrechts im zweiten Halbjahr 2018, NJW 2019, 1182–1187.
- Fischer, Detlev*, Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2015, NJW 2016, 3281–3286.

- Flobr, Eckhard; Pohl, Amelie*, § 34 Kommissionär und Kommissionsagent, in: *Martinek/Semler/Flobr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage, München 2016.
- Franceschi, Alberto de*, Mitteilung und Grünbuch der Europäischen Kommission zu Online Plattformen: eine kritische Würdigung, in: *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler*, Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge, Baden-Baden 2018, 9–35.
- Franceschi, Alberto de* (Hrsg.), European contract law and the Digital Single Market. The implications of the digital revolution, Cambridge 2016.
- Franceschi, Alberto de; Schulze, Reiner* (Hrsg.), Digital Revolution – New Challenges for Law. Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies, München/ Baden-Baden 2019.
- Franck, Lorenz*, Das System der Betroffenenrechte nach der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), RDV 2016, 3, 111–119.
- Frisse, Florian; Glaßl, Ramón; Baranowski, Anne; Duwald, Lisa*, Unternehmenssicherheit bei Banken – IT-Sicherheit, Know-how Schutz, Datensicherheit und Datenschutz, BKR 2018, 177–184.
- Gierschmann, Sibylle*, Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Praxis. Systematische Vorgehensweise zur Bewertung und Festlegung, ZD 2020, 69–73.
- Gläser, Isabel*, Anwendbares Recht auf Plattformverträge – Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, 699–704.
- Gola, Peter* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – VO (EU) 2016/679. Kommentar, 2. Auflage, München 2018.
- Gola, Peter; Schomerus, Rudolf* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 12. Auflage, München 2015.
- Graf von Westphalen, Friedrich; Wendeborst, Christiane*, Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte – Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?, BB 2016, 2179–2187.
- Greiner, Stefan*, Schuldrecht Besonderer Teil. Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 2019.
- Greiner, Stefan*, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), 221–261.

- Grünberger, Michael*, Internetplattformen - Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht, ZUM 2017, 89–92.
- Grundmann, Stefan*, Der Treuhandvertrag. Insbesondere die werbende Treuhand, München 1997.
- Gurkmann, Jutta*, Erfahrungen der Verbraucherorganisationen im Bereich der Plattformökonomie, in: *Rott/Tonner*, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle, Baden-Baden 2018, 39–43.
- Hacker, Philipp*, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148–197.
- Härting, Niko*, Internetrecht, 6. Auflage, Köln 2017.
- Härting, Niko; Gössling, Patrick*, Gemeinsame Verantwortlichkeit bei einer Facebook-Fanpage, NJW 2018, 2523–2526.
- Häublein, Martin; Hoffmann-Theinert, Roland* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar HGB, 28. Edition, München 2020.
- Hauck, Ronny; Blaut, Heiko*, Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern, NJW 2018, 1425.
- Heyman, H. W.*, De reikwijdte van het fiducia-verbod. In het bijzonder met verband met leasing, WPNR 1994/6119, 1–14.
- Hijma, J.* (Hrsg.), Groene Serie Vermogensrecht, actueel t/m 01-12-2019, Deventer.
- Hijmans, Hielke*, Nieuwe Europese regels voor privacy: commissie stelt pakket voor om gegevens ook in het informatietijdperk te beschermen, NtEr mei 2012, nr. 4, 132–139.
- Hoeren, Thomas*, Dateneigentum und Datenbesitz, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 37–47.
- Hoeren, Thomas*, Datenbesitz statt Dateneigentum. Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, 5–8.
- Hoeren, Thomas*, Dateneigentum, MMR 2013, 486–491.
- Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich; Holznagel, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 50. Ergänzungslieferung, München 2019.

- Hofer, Sibylle*, Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts – Zur Verwendung von historischen Rechtsinstituten in der Zivilrechtsdogmatik, in: *Zimmermann/Helmbolz*, *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin 1998, 389–416.
- Hoffer, Raoul; Lebr, Leo Alexander*, Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand - Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook, NZKart 2019, 10–20.
- Hofmann, Franz*, „Absolute Rechte“ an Daten – immaterialgüterrechtliche Perspektive, in: *Pertot*, *Rechte an Daten*, Tübingen 2020, 9–31.
- Holvast, J.*, Recht doen aan privacyverklaringen, P&I 2012/232, afl. 6, 285–286.
- Holznapel, Bernd; Sonntag, Matthias*, 4.8 Einwilligung des Betroffenen, in: *Rofßnagel*, *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München 2003, 678–714.
- Hondius, E. H.*, Bijzondere overeenkomsten in rechtsvergelijkend perspectief, WPNR 1990/5982, 768–773.
- Hopt, Klaus J; Kumpan, Christoph; Merkt, Hanno; Roth, Markus* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 39. Auflage, München 2020.
- Houwerzijl, M. S.*, Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning, TRA 2017/14, afl. 2.
- Houwerzijl, M. S.*, Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: transnationale dimensies en dilemma's, TRA 2017/59, afl. 6/7.
- Hoving, Ellen*, De privacyverklaring als overeenkomst: een brug te ver?, P&I 2009/101, afl. 3, 127–131.
- Indenbuck, Moritz; Britz, Thomas*, Vom Datenschutzrecht zum Datenschuldrecht – Neue Leitlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei Online-Dienstleistungen, BB 2019, 1091–1096.
- Jauernig* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 17. Auflage 2018, München.
- Jong, G. T. de*, Niet-nakoming, in: *Jong/Krans/Wissink*, *Verbintenissenrecht algemeen*, 4. druk, Deventer 2014, 103–241.

- Jong, G. T. de; Krans, H. B; Wissink, M. H.* (Hrsg.), *Verbintenissenrecht algemeen*, 4. druk, Deventer 2014.
- Jong, J. P. de*, De Algemene verordening gegevensbescherming. De rechtsopvolger van de Wbp, *RegelMaat* 2015 (30) 1, 6–18.
- Jöns, Johanna*, *Daten als Handelsware, Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet*, Hamburg 2016.
- Jung, Alexander*, Datenschutz-(Compliance-)Management-Systeme – Nachweis- und Rechenschaftspflichten nach der DS-GVO. Praktikable Ansätze für die Erfüllung ordnungsgemäßer Datenverarbeitung, *ZD* 2018, 208–213.
- Jung, Alexander; Hansch, Guido*, Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen. Hinweis zur Umsetzung im Konzern- oder Unternehmensumfeld, *ZD* 2019, 143–148.
- Kartheuser, Ingemar; Nabulsi, Selma*, Abgrenzungsfragen bei gemeinsam Verantwortlichen. Kritische Analyse der Voraussetzungen nach Art. 26 DS-GVO, *MMR* 2018, 717–721.
- Katus, Sergej*, Accountability volgens de nieuwe privacyverordening, *P&C* 01/2013, 7–10.
- Kerber, Wolfgang*, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, *GRUR Int.* 2016, 639–647.
- Keuning, Florie; Smit, Manon A.*, Een bemiddelende makelaar dient de zorg van een goed opdrachtneer in acht te nemen!, *HB* 2012\_01, 29–32.
- Klebe, Thomas, Friedrich-Ebert-Stiftung*, *WISO Direkt* 22/2017, *Arbeitsrecht* 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit, abrufbar unter: <https://library.fes.de/pdf-files/wiso/13587.pdf>, zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Klomp, R.J.Q; Schelhaas, H. N.* (Hrsg.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, actueel t/m 15-11-2019, Deventer.
- Kluth, Winfried; Schulz, Wolfgang*, *Konvergenz und regulatorische Folgen. Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder*, Hamburg 2014.
- Knol, P. C; Zwenne, G. J.* (Hrsg.), *Tekst & commentaar Telecommunicatie- en privacyrecht*, 5. druk, Deventer 2015.
- Kocher, Eva; Hensel, Isabell*, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, *NZA* 2016, 984–990.

- Koller, Ingo; Kindler, Peter; Roth, Wulf-Henning; Drüen, Klaus-Dieter* (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, 9. Auflage, München 2019.
- Körber, Torsten*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, *ZUM* 2017, 93–101.
- Körber, Torsten; Immenga, Ulrich* (Hrsg.), *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie. Referate der 5. Göttinger Kartellrechtsgespräche vom 22. Januar 2016*, Baden-Baden 2017.
- Kortmann, S. C. J. J.*, „Werkelijke“ overdracht ... met een fiduciair karakter, *GROM* XXVII 2010, 63–72.
- Kortmann, S. C. J. J.*, Van fiducia-fobie naar fiducia-filie, *WPNR* 1995/6187, 455–457.
- Kortmann, S. C. J. J; Kortmann, J. S.*, *Asser 3-III Volmacht en vertegenwoordiging*, 9. druk, Deventer 2017.
- Kötz, Hein*, *Trust und Treuhand. Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, Göttingen 1963.
- Krans, H. B.*, De verbintenis in het algemeen, in: *Jong/Krans/Wissink, Verbintenissenrecht algemeen*, 4. druk, Deventer 2014, 1–58.
- Krans, Herman Berend; Stolker, C. J. J. M; Valk, W. L.* (Hrsg.), *Tekst & commentaar Burgerlijk Wetboek*, 13. druk, Deventer 2019.
- Kühling, Jürgen; Buchner, Benedikt* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/ BDSG. Kommentar*, 2. Auflage, München 2018.
- Kühling, Jürgen; Martini, Mario*, Die Datenschutzgrundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, *EuZW* 2016, 448–454.
- Kühling, Jürgen; Sackmann, Florian*, Irrweg „Industrie 4.0“. Neue Großkonzepte als Hemmnis für die Nutzung und Kommerzialisierung von Daten, *ZD* 2020, 24–30.
- Kumpan, Christoph*, *Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht. Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit*, Tübingen 2014.
- Kuner, Christopher; Bygrave, Lee A; Docksey, Christopher* (Hrsg.), *The EU general data protection regulation (GDPR). A commentary*, Oxford 2020.
- Lamers, A. H.*, *Opricht, lastgeving en bemiddeling*, Zutphen 2012.

- Langhanke, Carmen*, Daten als Leistung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Österreich und der Schweiz, Tübingen 2018.
- Langhanke, Carmen; Schmidt-Kessel, Martin*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218–223.
- Laue, Philip*, Öffnungsklauseln in der DS-GVO – Öffnung wohin? Geltungsbereich einzelstaatlicher (Sonder-)Regelungen, ZD 2016, 463–467.
- Lausen, Matthias*, Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers, ZUM 2017, 278–289.
- Lehner, Franz*, Preis- und Wertermittlung für Daten und Informationen, in: *Specht-Riemenschneider/Werry/Werry*, Datenrecht in der Digitalisierung, Berlin 2020, 471–488.
- Lewinski, Kai von*, Geschichte des Datenschutzrechts von 1600-1977, in: *Arndt/Betz/Farahat/Goldmann/Huber/Keil/Lánco/Schaefer/Smrkolj/Sucker/Valta*, Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit. 48. Assistententagung Öffentliches Recht, Heidelberg 2008, Baden-Baden 2009, 196–220.
- Löhnig, Martin*, Treuhand. Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Tübingen 2006.
- Lohsse, Sebastian; Schulze, Reiner; Staudenmayer, Dirk* (Hrsg.), Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, Baden-Baden 2020.
- Loos, M.B.M.*, Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II), NtEr 2016, nr. 4, 148–156.
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht. Besonderer Teil, 14. Auflage, München 2019.
- Lorenz, Bernd*, Datenschutzrechtliche Informationspflichten, VuR 2019, 213–221.
- Löschhorn, Alexander; Fuhrmann, Lambertus*, „Neubürger“ und die Datenschutz-Grundverordnung: Welche Organisations- und Handlungspflichten treffen die Geschäftsleitung in Bezug auf Datenschutz und Datensicherheit?, NZG 2019, 161–170.
- Lubomirov, B.*, Persoonsgegevens betalen de rekening, WPNR 2018/7181, 151–160.
- Mak, V.*, Moet de deeleconomie gereguleerd worden? Publicatie van een ‚Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms‘, TvC 2016-5, 259.
- Mak, Vanessa*, Op weg naar een Europese ‚Digital Single Market‘. Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europeescontractenrecht, NJB 2016/397, afl. 8, 518–524.

- Mak, Vanessa*, *Europäisches Parlament, Policy Department C*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content. PE 536.494, abrufbar unter: [http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/a6bdaf0a-d4cf-4c30-a7e8-31f33c72c0a8/pe\\_536.494\\_en.pdf](http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/a6bdaf0a-d4cf-4c30-a7e8-31f33c72c0a8/pe_536.494_en.pdf), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Martinek, Michael; Semler, Franz-Jörg; Flohr, Eckhard* (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 4. Auflage, München 2016.
- Maultzsch, Felix*, Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber, in: *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler*, *Plattformen. Geschäftsmodell und Verträge*, Baden-Baden 2018, 223–256.
- Meijer, S.Y.Th.*, Bemiddelingsovereenkomst, in: *Schelhaas/Verbeij/Wessels*, *Bijzondere overeenkomsten*, 4. druk, Deventer 2016, 269–280.
- Meijer, S.Y.Th.*, Lastgeving, in: *Schelhaas/Verbeij/Wessels*, *Bijzondere overeenkomsten*, 4. druk, Deventer 2016, 249–268.
- Meijer, S.Y.Th.*, Drie arresten over de bemiddelingsovereenkomst, *MvV* 2007, nr. 5, 90–94.
- Metzger, Axel*, Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?, *JIPITEC* 2017, 1, 2–8.
- Metzger, Axel*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, *AcP* 216 (2016), 818–865.
- Metzler, Ewald*, Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft, *AcP* 159 (1960), 143–161.
- Michaels, Ralf*, The functional method of comparative law, in: *Reimann/Zimmermann*, *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford 2008, 339–382.
- Michl, Fabian*, „Datenbesitz“ – ein grundrechtliches Schutzgut?, *NJW* 2019, 2729–2733.
- Mincke, Wolfgang*, *Einführung in das niederländische Recht*, München 2002.
- Mittelstädt, Morten*, Falsa demonstratio: Und sie schadet doch! Eine Kritik der natürlichen Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, *ZfPW* 2017, 175–200.
- Monopolkommission, Sondergutachten 68. Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, abrufbar unter: [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf), zuletzt geprüft am: 01.06.2020.

- Monreal, Manfred*, Weiterverarbeitung nach einer Zweckänderung in der DS-GVO. Chancen nicht nur für das europäische Verständnis des Zweckbindungsgrundsatzes, ZD 2016, 507–512.
- Nebel, Julian Asmus; Kramer, Hubertus*, OVG Hamburg: Sofort vollziehbare Untersagung der Vermittlung privater Fahrten, NVwZ 2014, 1528–1533.
- Neun, Andreas; Lubitzsch, Katharina*, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung – Rechtsschutz und Schadenersatz, BB 2017, 2563–2569.
- Neun, Andreas; Lubitzsch, Katharina*, EU-Datenschutz-Grundverordnung – Behördenvollzug und Sanktionen, BB 2017, 1538–1544.
- Nieuwenhuis, Hans*, Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht, NJB 2009/1711, 2254–2263.
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, 6. Auflage, München 2019.
- Oetker, Hartmut; Maultzsch, Felix*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin/ Heidelberg 2018.
- Paal, Boris*, Vielfaltssicherung bei Intermediären. Fragen der Regulierung von sozialen Netzwerken, Suchmaschinen, Instant-Messengern und Videoportalen, MMR 2018, 567–572.
- Paal, Boris; Hennemann, Moritz*, Big Data im Recht. Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, 1697–1701.
- Paal, Boris; Pauly, Daniel* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Auflage, München 2018.
- Palandt, Otto* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Nebengesetzen, 79. Auflage, München 2020.
- Pech, Sebastian*, Internetplattformen - Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht, ZUM 2017, 141–146.
- Pertot, Tereza*, Einführung in das Thema „Rechte an Daten“, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 1–6.
- Pertot, Tereza* (Hrsg.), Rechte an Daten, Tübingen 2020.

- Philipp, Robert*, Vorbemerkung, WISO Diskurs 15/2018 Verbraucherschutz in der Plattformökonomie, abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/14618.pdf>, zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Plath, Kai-Uwe* (Hrsg.), DSGVO/BDSG. Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, 3. Auflage, Köln 2018.
- Podszun, Rupprecht; Kreifels, Stephan*, Digital Platforms and Competition Law, EuCML 2016, 33–39.
- Prins, Corien*, Je geld of je gegevens, NJB 2016/339, 449.
- Prins, J.E.J.* (Hrsg.), 16 miljoen BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het digitale tijdperk, Leiden 2010.
- Prütting, Hanns*, Sachenrecht. Ein Studienbuch, 36. Auflage, München 2017.
- Prütting, Hanns; Wegen, Gerhard; Weinreich, Gerd* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 14. Auflage, Köln 2019.
- Purtova, Nadezhda*, Property rights in personal data. A European perspective, Oisterwijk 2011.
- Purtova, Nadezhda*, Private law solutions in European data protection. Relationship to privacy, and waiver of data protection rights, Netherlands Quarterly of Human Rights 2010, 28 (2), 179–198.
- Rank-Haedler, Alisa*, Daten als Leistungsgegenstand: Vertragsrechtliche Typisierung, in: *Specht-Riemenschneider/Werry/Werry*, Datenrecht in der Digitalisierung, Berlin 2020, 489–505.
- Redeker, Helmut*, Teil 12, Vertragsrecht für Internetdienste, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 50. Ergänzungslieferung, München 2019.
- Regelsberger, Ferdinand*, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, AcP 63 (1880), 157–207.
- Reimann, Mathias; Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), The Oxford handbook of comparative law, Oxford 2008.
- Research group on the Law of Digital Services*, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164–169.

- Robrahn, Rasmus; Bremert, Benjamin*, Interessenkonflikte im Datenschutzrecht. Rechtfertigung der Verarbeitung personenbezogener Daten über eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, ZD 2018, 291–297.
- Rogosch, Patricia*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Baden-Baden 2013.
- Roßnagel, Alexander*, Kein „Verbotsprinzip“ und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ im Datenschutzrecht. Zur Dogmatik der Datenverarbeitung als Grundrechtseingriff, NJW 2019, 1–5.
- Roßnagel, Alexander*, Datenschutzgrundsätze – unverbindliches Programm oder verbindliches Recht? Bedeutung der Grundsätze für die datenschutzrechtliche Praxis, ZD 2018, 339–344.
- Roßnagel, Alexander* (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003.
- Roßnagel, Alexander; Kroschwald, Steffen*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 2014, 495–500.
- Rott, Peter*, Die vertragsrechtliche Position des Online-Plattformbetreibers als Vermittler, in: *Rott/Tonner*, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle, Baden-Baden 2018, 62–80.
- Rott, Peter; Tonner, Klaus* (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis. Sharing economy, Online-Vertrieb, Geschäftsmodelle, Baden-Baden 2018.
- Rusch, Konrad*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, Tübingen 2003.
- Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630h, 8. Auflage, München 2020.
- Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631–704, 8. Auflage, München 2020.
- Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8, Sachenrecht, §§ 854–1296, 8. Auflage, München 2020.

- Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, 8. Auflage, München 2019.
- Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut; Limpert, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018.
- Sattler, Andres*, Personenbezug als Hindernis des Datenhandels, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 49–85.
- Sattler, Andres*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, in: *Schmidt-Kessel/Grimm*, Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz, Karlsruhe 2018, 1–46.
- Sattler, Andres*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036–1046.
- Schantz, Peter*, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841–1847.
- Schaub, Martien Y.*, Why Uber is an information society service. Case Note to CJEU 20 December 2017 C-434/15 /Asociación profesional Élite Taxi, EuCML 2018, 109–115.
- Schelhaas, Harriët N; Verbeij, A. J; Wessels, B.* (Hrsg.), Bijzondere overeenkomsten, 4. druk, Deventer 2016.
- Schelhaas, Harriët N; Wessels, B.*, Algemene inleiding, in: *Schelhaas/Verbeij/Wessels*, Bijzondere overeenkomsten, 4. druk, Deventer 2016, 1–20.
- Schenck, Sophie von; Mueller-Stöfen, Tilman*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen in der Praxis, GWR 2017, 171–179.
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 7, Transportrecht, §§ 407-619, 4. Auflage, München 2020.
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, §§ 343-406, CISG, 4. Auflage, München 2018.
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 1, Erstes Buch, Handelsstand, §§ 1-104 a, 4. Auflage, München 2016.
- Schmidt-Kessel, Martin*, Right to Withdraw Consent to Data Processing – The Effect on the Contract, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, Baden-Baden 2020, 127–144.

- Schmidt-Kessel, Martin*, Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract, in: *Franceschi/Schulze*, Digital Revolution – New Challenges for Law. Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies, München/ Baden-Baden 2019, 77–85.
- Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, Tübingen 2018.
- Schmidt-Kessel, Martin; Grimm, Anna*, Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz, Karlsruhe 2018.
- Schmidt-Kessel, Martin; Grimm, Anna*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84–108.
- Schmitz, Barbara; Dall’Armi, Jonas von*, Auftragsdatenverarbeitung in der DS-GVO – das Ende der Privilegierung. Wie Daten künftig von Dienstleistern verarbeitet werden müssen, ZD 2016, 427–432.
- Schulte-Nölke, Hans*, Personal data is not a counter-performance! Plea for a data driven rethinking of contract and consumer law, TvC 2018-2, 74–76.
- Schultze, Alfred*, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, [Reprint von 1895], Aalen 1973.
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 9. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Schütz, Raimund*, Regulierung in der digitalen Medienwelt. Fünf aktuelle Herausforderungen, MMR 2018, 36.
- Schwartzmann, Rolf; Hentsch, Christian-Henner*, Eigentum an Daten – Das Urheberrecht als Pate für ein Datenverwertungsrecht, RDV 2015, 221–230.
- Schwartzmann, Rolf; Hermann, Maximilian; Mühlenbeck, Robin L.*, Eine Medienordnung für Intermediäre. Das Zwei-Säulen-Modell zur Sicherung der Vielfalt im Netz, MMR 2019, 498–503.
- Schweitzer, Heike*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1–13.

- Siebert, Wolfgang*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, 2. Auflage, Marburg 1933.
- Sieburgh, C. H.*, Asser 6-I De verbintenissen in het algemeen, eerste gedeelte, 15. druk, Deventer 2016.
- Sieburgh, C. H.*, Asser 6-III Algemeen overeenkomstenrecht, 15. druk, Deventer 2016.
- Simitis, Spiros* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Simitis, Spiros; Hornung, Gerrit; Spiecker genannt Döbmann, Indra* (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019.
- Spanjaard, J.H.M.*, De bemiddelaar onbemiddeld?, *Contracteren* 2015 I, nr. 4, 115–118.
- Specht, Louisa*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, *JZ* 2017, 763–770.
- Specht-Riemenschneider, Louisa*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, *GRUR Int.* 2017, 1040–1047.
- Specht-Riemenschneider, Louisa*, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung. Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, Köln 2012.
- Specht-Riemenschneider, Louisa; Müller-Riemenschneider, Severin*, Dynamische IP-Adressen: Personenbezogene Daten für den Webseitenbetreiber? Aktueller Stand der Diskussion um den Personenbezug, *ZD* 2014, 71–75.
- Specht-Riemenschneider, Louisa; Schneider, Ruben*, Die gemeinsame Verantwortlichkeit im Datenschutzrecht. Rechtsfragen des Art. 26 DS-GVO am Beispiel „Facebook-Fanpages“, *MMR* 2019, 503–509.
- Specht-Riemenschneider, Louisa; Werry, Nikola; Werry, Susanne* (Hrsg.), Datenrecht in der Digitalisierung, Berlin 2020.
- Spiecker gen. Döbmann*, Digitale Mobilität: Plattform Governance. IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen, *GRUR* 2019, 341–352.
- Spierings, C.*, Het nieuwe goud: betalen met data, *MvV* 2019, nr. 6, 207–214.
- Spindler, Gerald*, Verträge über digitale Inhalte - Anwendungsbereich und Ansätze. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, *MMR* 2016, 147–153.

- Spindler, Gerald* (Hrsg.), *Vertragsrecht der Internet-Provider*, 2. Auflage, Köln 2004.
- Spindler, Gerald; Schuster, Fabian* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien. Kommentar*, 4. Auflage, München 2019.
- Srnicek, Nick*, *Plattform-Kapitalismus*, Hamburg 2018.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*, Neubearbeitung, Berlin 2019.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 662-675b*, Neubearbeitung, Berlin 2017.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 652-661a*, Neubearbeitung, Berlin 2016.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240*, Neubearbeitung, Berlin 2014.
- Stender-Vorwachs, Jutta; Steege, Hans*, *Wem gehören unsere Daten? Zivilrechtliche Analyse zur Notwendigkeit eines dinglichen Eigentums an Daten, der Datenzuordnung und des Datenzugangs*, NJOZ 2018, 1361–1367.
- Stiftung Datenschutz* (Hrsg.), *Dateneigentum und Datenhandel*, Berlin 2019.
- Struycken, A. V. M.*, *Vertegenwoordiging krachtens volmacht in het Nederlands internationaal privaatrecht*, WPNR 1976/5346.
- Sydow, Gernot* (Hrsg.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Taeger, Jürgen; Gabel, Detlev* (Hrsg.), *DSGVO - BDSG. Kommentar*, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 2019.
- Tans, S.*, *Onder de motorkap van Uber blijkt een taxi te zitten; gevolgen van de Europees-rechtelijke kwalificatie van Uber als transportdienstverlener*, SEW 2018/85, afl. 5, 229-233.
- Tjong Tjin Tai, Eric*, *Asser 7-IV Opdracht*, 3. druk, Deventer 2018.

- Tjong Tijn Tai, Eric*, Platformen als uitdaging voor het privaatrecht, WPNR 2018/7214, 835–841.
- Tjong Tijn Tai, Eric*, Data in het vermogensrecht, WPNR 2015/7085, 993–998.
- Tonner, Klaus*, Verbraucherschutz in der Plattform-Ökonomie, VuR 2017 (5), 161–162.
- Tuhr, Andreas von*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band/ Zweite Hälfte, [Reprint], Berlin 2013.
- Ulrici, Bernhard*, Geschäftsähnliche Handlungen, NJW 2003, 2053–2056.
- van Alsenoy, Brendan; Kosta, Eleni; Dumortier, Jos*, Privacy notices versus informational self-determination: Minding the gap, IRLCT 2014, Vol. 28, no. 2, 185–203.
- van de Pas, E. J.; Christianen, K.*, Verdere harmonisatie van online consumentenrecht: een eerste kritische beschouwing, IR 2016, nr. 1, 4–11.
- van den Berg, M. A. M. C.; van Gulijk, S.*, Asser 7-VI Aanneming van werk, 3. druk, Deventer 2017.
- van der Grinten, W. C. L.*, Lastgeving, Deventer 1993.
- van der Hof, Simone*, ‚Recht doen aan privacyverklaringen, Een juridische analyse van privacyverklaringen op Internet‘ door Eric Verhelst, CR 2013/41, afl. 1.
- van der Hof, Simone*, Online privacybescherming is bepaald géén kinderspel. Over de nieuwe Europese regels voor de persoonsgegevensbescherming van minderjarigen, IR 2012, nr. 5, 134–141.
- van der Sloot, B.*, Je geld of je gegevens. De keuze tussen privacybescherming en gratis internetdiensten, NJB 2011/1173, afl. 23, 1493–1496.
- van der Sloot, B.*, De privacyverklaring als onderdeel van een wederkerige overeenkomst, P&I 2010/101, afl. 3, 106–109.
- van der Ven, F.A.J.*, Eden versus Whistler: De opdracht tot het maken van een portret: aanneming van werk, overeenkomst van opdracht of koop van een toekomstige zaak?, GROM XXX 2013, 103–150.
- van Schelven, I. P.; van Schelven, P. C.*, Europese gegevensbescherming: van richtlijn naar verordening, NtEr 2016, nr. 3, 99–108.

- van Zeben, C. J.; Reehuis, W. H. M.; Slob, E. E.*, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7, Bijzondere overeenkomsten titels 1, 7, 9 en 14, Deventer 1991.
- Veil, Winfried*, Accountability – Wie weit reicht die Rechenschaftspflicht der DS-GVO? Praktische Relevanz und Auslegung eines unbestimmten Begriffs, ZD 2018, 9–16.
- Verhelst, E. W.*, Recht doen aan privacyverklaringen. Een juridische analyse van privacyverklaringen op internet, Deventer 2012.
- Verhelst, E. W.*, De privacyverklaring als overeenkomst. Een analyse van de privacyverklaring binnen het kader van het Burgerlijk Wetboek, P&I 2009/4, afl. 1, 19–24.
- Vries-Stotijn, A. de*, Ontwikkelingen in het EU-recht: Over een vervoersaanbieder?, TvC 2017-4, 174–177.
- Wandtke, Artur-Axel*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten. Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, 6–12.
- Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Auflage, München 2019.
- Wedde, Peter*, 4.4 Rechte der Betroffenen, in: *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003, 546–569.
- Wendehorst, Christiane*, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, EuCML 2016, 30–33.
- Wendehorst, Christiane; Graf von Westphalen, Friedrich*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745–3750.
- Wendehorst, Christiane; Schwamberger, Sebastian; Grinzinger, Julia*, Datentreuhand - wie hilfreich sind sachenrechtliche Konzepte?, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 103–121.
- Westerveld, Mies*, Het CBB en ‚der digitale Taxi-Krieg‘, NJB 2015/595, afl. 12, 758–760.
- Westkamp, Mike*, Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländischen Recht, Münster 2003.

- Weyers, G. R.*, Praktisch juristisch duits. Einführung in das Recht und die Rechtssprache der Bundesrepublik Deutschland, Alphen aan den Rijn 1992.
- Wilhelm, Christopher*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, Berlin 2017.
- Wimmer, Norbert; Weiß, Mari*, Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung. Die verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis zu den Uber-Angeboten, MMR 2015, 80–85.
- Winter, Christian; Battis, Verena; Halvani, Oren*, Herausforderungen für die Anonymisierung von Daten. Technische Defizite, konzeptuelle Lücken und rechtliche Fragen bei der Anonymisierung von Daten, ZD 2019, 489–493.
- Wissenschaftliche Dienste, *Deutscher Bundestag*, Regulierung von Online-Plattformen in ausgewählten Ländern und auf EU-Ebene - Medien- und wettbewerbsrechtliche Ansätze. Sachstand, WD 10 - 3000 - 061/18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/591828/7120bc3f59b6c897c9372b3a5b97029f/WD-10-061-18-pdf-data.pdf>, zuletzt geprüft am: 01.06.2020.
- Wolff, Heinrich Amadeus; Brink, Stefan* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 29. Edition, München 2019.
- Wolff, Heinrich Amadeus; Brink, Stefan* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 16. Edition, München 2016.
- Wybitul, Tim; Brams, Isabelle*, Welche Reichweite hat das Recht auf Auskunft und auf eine Kopie nach Art. 15 IDS-GVO? Zugleich eine Analyse des Urteils des LAG Baden-Württemberg vom 20.12.2018, NZA 2019, 672–677.
- Wybitul, Tim; Breunig, Christina; Ströbel, Lukas*, Praktische Hinweise zur DSGVO-Umsetzung, digma 2017.1, 20–27.
- Zech, Herbert*, Besitz an Daten?, in: *Pertot*, Rechte an Daten, Tübingen 2020, 91–121.
- Zech, Herbert*, Data as a Tradeable Commodity, in: *Franceschi*, European contract law and the Digital Single Market. The implications of the digital revolution, Cambridge 2016, 51–80.
- Zech, Herbert*, Daten als Wirtschaftsgut - Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“. Gibt es für Anwendungen ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitskriterium?, CR 2015, 137-146.

- Zech, Herbert*, „Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151–1160.
- Zimmer, Daniel*, Fragwürdiges Eigentum an Daten, in: *Stiftung Datenschutz*, Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 315–322.
- Zimmermann, Reinhard; Helmbold, Richard H.* (Hrsg.), *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin 1998.
- Zuiderveen Borgesius, F. J.*, Privacybescherming online kan beter. De mythe van geïnformeerde toestemming, NJB 2015/680, afl. 14, 878–883.
- Zweigert, Konrad; Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.
- Zwenne, G. J; Knol, P. C.* (Hrsg.), *Tekst & commentaar Privacy- en telecommunicatierecht*, 6. druk, Deventer 2018.



## Anhang 1: Internetauftritt *Dime*

[Screenshots der Internetseite von *Dime*, [www.dataisme.com](http://www.dataisme.com), Stand: 06.12.2017]

6-12-2017

Dime - Data is me / Controle over en geld verdienen met jouw persoonlijke data

### Inzicht en controle over jouw data.

Verdien geld met persoonlijke data.  
Meld je gratis aan!

Registreer	Login
e-mailadres	
wachtwoord	
controle wachtwoord	
<input type="checkbox"/> Ik heb de <a href="#">gebruiksvoorwaarden</a> , <a href="#">privacyverklaring</a> en <a href="#">cookieverklaring</a> gelezen en accepteer deze.	
	REGISTREER

Quelle: <https://www.dataisme.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.

---

## Wat is Dime?

Je bent je er misschien niet altijd van bewust, maar bedrijven weten soms meer van je dan je denkt. Dime zorgt dat jij zélf de touwtjes in handen houdt. Bepaal welke persoonlijke data organisaties van jou mogen inzien. Fijn detail: je verdient er ook nog geld mee. Want voor wat hoort wat. Toch?

### Dime - Hoe werkt het? In 1 minuut



Quelle: <https://www.dataisme.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017

Video außerdem abrufbar unter:

- [https://www.youtube.com/watch?v=mSJvqj\\_LzBA](https://www.youtube.com/watch?v=mSJvqj_LzBA), zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
- <https://www.dataisme.com/hoe-werkt-het/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.



#### Controle

Krijg controle over jouw persoonlijke data.



#### Verdiene

Meld je gratis aan en verdien geld.



#### Informer

Weet wat organisaties met jouw data doen.



#### Veilig

Jouw profiel is optimaal beveiligd.

Quelle:

- <https://www.dataisme.com/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
- <https://web.archive.org/web/20160116044306/https://www.dataisme.com/beta/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

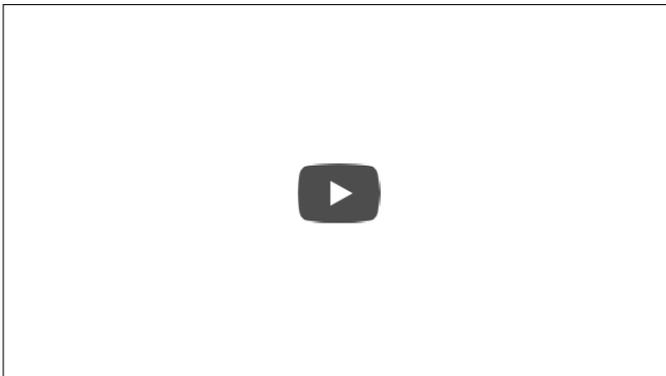
6-12-2017

Eerlijke Data met jouw Persoonsgegevens // Dime - Data Is Me

[Aanmelden](#) [Over Dime](#) [Hoogtepunten](#) [Contact](#) [F.A.Q.](#)

## Wat is Dime?

Wij willen ethische datahandel introduceren in Nederland. Voor mensen die gebruik maken van internetdiensten is inzicht en controle hebben in hun persoonlijke data een stukje bewustwording krijgen in het eigen online gedrag. Daarnaast willen zij hun data voor een eerlijke prijs verkopen aan organisaties en zelf kiezen welke data zij delen. Organisaties ervaren veel kritiek op het kopen en gebruiken van data. Wij willen deze kritiek omzetten naar meerwaarde door organisaties eerlijk verkregen data te bieden. Samen werken wij aan een transparante vorm van datahandel.



Quelle:

- <https://www.dataisme.com/info/wat-is-dime/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
- <https://www.dataisme.com/wat-is-dime/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

Video außerdem abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=Sc4jlltTaHU>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

---

## FAQ.

---

### 1. Wat is dime?

*Wij willen ethische datahandel introduceren in Nederland. Voor mensen die gebruik maken van internetdiensten is inzicht en controle hebben in hun persoonlijke data een anderzake bewustwording krijgen in het eigen online gedrag. Daarnaast willen zij hun data voor een eerlijke prijs verkopen aan organisaties en zelf kiezen welke data zij delen. De rol van Dime is hierin het initiëren van een marktplaats waar vraag en aanbod elkaar treffen. Op deze manier creëren wij een fairtrade – datamarkt.*



### 2. Wie zijn jullie?

*Wij zijn Mariska van Bohemen, Aarnout Mettes en Martijn van Moock*

### 3. Wat is persoonlijke data?

*Iedereen laat op internet informatie achter welke verwerkt, gekoppeld en geanalyseerd worden. Deze privacyinformatie wordt ook wel persoonlijke data genoemd. Data zijn digitale informatiesets. Dit zijn informatiestromen die op computers te vinden zijn. Hieronder vallen bijvoorbeeld jouw zoekgedrag, persoonlijke gegevens zoals naam en adres, demografische gegevens zoals je leeftijd, sociale gegevens zoals je vrienden en jouw interesses zoals je likes of hetgens waar je veel over praat. Deze persoonlijke datasets zijn veel geld waard voor organisaties en onderzoeksbureaus.*

### 4. Wat is een dataset?

*Een dataset is een serie persoonlijke data die een organisatie wil inzet. Deze data worden door organisaties samengesteld uit de data die jij vrij gegeven hebt om te mogen delen. Het type data dat aan een Dime-profiel gekoppeld kan worden, zijn:*

- Geografisch – Dit zijn gegevens zoals je woonplaats, land of ingecheckte locaties.
- Demografisch – Dit is je leeftijd, je geslacht en ook bijvoorbeeld je relatiestatus.
- Socio-economisch – Zoals je beroep, werkervaring en studierichting.
- Activiteiten – Dit zijn je interesses en de activiteiten die jij onderneemt.

### 5. Hoe werkt het?

*Dime werkt heel simpel. Zowel voor particulieren als voor organisaties is het een intuïtieve website.*

*Voor particulieren werkt Dime als volgt:*

*Je maakt een persoonlijk account aan via ons registratiesysteem. Hiervoor heb je minimaal Internet Explorer 9, iOS7 of Android 4.4 nodig.*

*Je kiest welke internetdiensten je aan jouw Dime-profiel wil connecten.*

*Je geeft zelf aan welke persoonlijke data je wil delen.*

*Via de beveiligde portal van Dime vragen organisaties de gewenste dataset op. Valt jouw data-aanbod in het zoekprofiel van een organisatie? Dan ontvang jij een deel van het bedrag. Vanaf €10,00 kan jij je via de instellingen op jouw Dime-profiel laten uitbetalen.*

*Voor organisaties werkt Dime zo:*

*Je maakt een zakelijk account aan via ons registratiesysteem. Hiervoor heb je minimaal Internet Explorer 10 nodig.*

*Stel een zoekopdracht samen door middel van het zoekstelsel en selecteer de gewenste data. Betaal en download de dataset. Met fairtrade data krijg je vertrouwen van de consument.*

6. Zitten er kosten verbonden aan een profiel bij Dime?

*Voor particulieren is het aanmaken van een profiel volledig gratis. Wanneer een organisatie jouw persoonlijke data koopt, verdien je er zelf geld mee!*

*Voor organisaties is het aanmaken van een profiel ook gratis. Wanneer jij data wil ontvangen om te kunnen gebruiken, betaal je hiervoor.*

7. Welke internetdiensten kan ik connecten?

*Tijdens de bèta fase van Dime is het mogelijk om Facebook, Twitter en LinkedIn te connecten. Deze kun je per dienst aan- of uitzetten. Later voegen we natuurlijk meer mogelijkheden toe zoals Instagram en Google+, zodat er meer geld te verdienen valt met jouw persoonlijke data.*

8. Waarom is jullie data eerlijker dan andere?

*De data die verkocht wordt via Dime wordt verkocht met toestemming van de particulier. Veel persoonlijke data die op internet staan worden verkocht zonder dat jij hier weet van hebt. Met Dime creëren we aandacht voor dit onderwerp en brengen we tegelijk een nieuwe optie op de markt: fairtrade data.*

9. Hoe en waar worden de data opgeslagen?

*De Dime servers staan in een datacenter in Nederland. De data staat daardoor in Nederland en is onderworpen aan de Nederlandse wetgeving op het gebied van privacy en dataprotectie. Dime werkt samen met het bedrijf Inovice-IT dat gespecialiseerd is in informatiebeveiliging.*

*-Alle verkeer tussen gebruikers en de Dime infrastructuur gaat met versleutelde verbindingen, waardoor het gevaar op afleuisteren tegengegaan wordt.*

*-In de infrastructuur zijn diverse maatregelen getroffen om onbevoegde toegang tegen te gaan. Tevens wordt er nadrukkelijk beveiligingsgericht gelogd en gemonitord, zodat aanvallen snel worden opgemerkt en afgeslagen.*

*-Toch kan het voorkomen dat er ondanks deze voorzorgsmaatregelen toch nog iets mis gaat. Bij eventuele incidenten treedt een Incident Response team in werking om de schade te minimaliseren en de situatie spoedig weer te stabiliseren.*

*-Gevoelige data (zoals bijvoorbeeld wachtwoorden) wordt versleuteld opgeslagen in de Dime databases.*

10. Hoeveel geld kan ik bij jullie verdienen?

*Hoeveel geld jij kunt verdienen hangt af van de hoeveelheid data die jij aanbiedt. Hoe meer je bij ons connect en hoe meer informaties de internetdiensten van jou hebben, hoe vaker je wordt gevonden door organisaties. De organisaties betalen Dime en wij geven jou hiervan een eerlijk deel.*

11. Wanneer kan ik het geld laten uitbetalen?

*Vanaf €10,00 euro kan jij het verdiende geld laten uitbetalen. Dit kan je doen door in te loggen op je Dime-profiel en naar de instellingen te gaan.*

12. Welke organisaties kopen de data?

*Er zijn verschillende organisaties die data bij ons kopen. Dit kunnen non-profit organisaties, overheidinstellingen, NGO's en bedrijven zijn die gevestigd zijn in Nederland.*

13. Wat doet Dime met de koppelingen met internetdiensten die gemaakt worden?

*Dime gebruikt de koppeling (connect) om jou inzage te geven in jouw persoonlijke data. Deze data vormen een profiel die jij kan delen met organisaties.*

## 14. Wat zegt de wetgeving over verkoop van data?

Data mag alleen worden verkocht met expliciete toestemming van de particulier en mag alleen gebruikt worden voor vooraf afgesproken doeleinden. Hierbij gaat het om de volgende doeleinden: commerciële analyse, wetenschappelijk onderzoek of marketing. Dit hangt af van wat jij aangeeft waar het voor gebruikt mag worden. Voor meer informatie over de plichten waar wij aan moeten voldoen, kan je hier kijken: **Wet bescherming persoonsgegevens**.

## 15. Mag ik inzien aan wie mijn data verkocht zijn?

Vanwege privacy-redenen kunnen we deze informatie alleen doorgeven als de organisatie hier toestemming voor heeft gegeven. Wij raden organisaties wel aan om dit te doen, zodat je als organisatie kan aantonen dat je gebruik maakt van eerlijke data. Wanneer organisaties dit toestaan dan krijg je hiervan bericht.

## 16. Kan er d.m.v. data gediscrimineerd worden?

Ja, er kan gediscrimineerd worden door organisaties die bij ons de data kopen. Dit komt doordat organisaties een specifieke doelgroep handhaven voor hun producten. Bijvoorbeeld: Een organisatie dat damesshampoo verkoopt, koopt alleen data van dames.

## 17. Kan ik inzien hoeveel de organisatie, die de data koopt, verdient aan mijn data?

Nee. We kunnen geen inzicht bieden in wat organisaties verdienen aan jouw data.

## 18. Hoe lang bewaren jullie de data die ik heb gedeeld?

In principe zit er geen studdatum aan het bewaren van de data. Vanaf het moment dat jij een profiel aanmaakt bij Dime bewaren we deze. Wanneer jij via jouw instellingen je profiel deactiveert, zal deze niet meer verkocht worden. Echter blijft jouw profiel bestaan en blijft jouw data in onze database.

Wanneer jij jouw profiel verwijdert, kan jouw data vanaf dat moment niet meer verkocht worden. De data die op dat moment al verhandeld is, heeft een twee maanden uitverkoperingsperiode. Dit in verband met de contracten die zijn afgesloten met deze organisaties.

## 19. Ik heb een klacht, wat kan ik hiermee doen?

Je kan altijd contact met ons opnemen door een e-mail te sturen naar [azk@dataisme.com](mailto:azk@dataisme.com) of lees in onze **gebruiksvoorwaarden** hoe wij hiermee omgaan.

## 20. Wat is jullie Notice-and-Take-Down procedure?

Dit is een procedure die start op het moment dat iemand een melding doet over een vermeende onrechtmatige en/of strafbare inhoud op internet. Lees in onze **gebruiksvoorwaarden** om meer informatie te krijgen over hoe wij hiermee omgaan.

## Quelle:

- <https://www.dataisme.com/info/faq/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
- <https://web.archive.org/web/20150919022825/https://www.dataisme.com//info/faq>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.

## Anhang 2: Internetauftritt Data Fairplay

[Screenshots der Internetseite von Data Fairplay, www.datafairplay.com, Stand: 06.12.2017]

The screenshot shows the top navigation bar of the Data Fairplay website. The logo "Data Fairplay" is on the left, with the tagline "Der Marktplatz für deine Daten" below it. The navigation menu includes "START", "DIE IDEE", "DIE GEMEINSCHAFT", "DER WEG", and "MITMACHEN". Below the menu are links for "FAQs", "Partnerunternehmen werden", "Log in", and "Mein Konto".

The main content area features a hero section with a background image of a man wearing glasses. A white text box on the left contains the headline "Kann ich wirklich nicht kontrollieren, wer meine Daten nutzt?" and the subtext "Nein, dazu müsstest du wissen, wer deine Daten besitzt." Below the text is a progress indicator with five circles, the first of which is filled. A small "@" icon is visible in the bottom left corner of the hero section.

A green banner at the bottom of the hero section contains the text "Hol dir die Kontrolle über deine Daten zurück:" and a red button with the text "MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY".

This screenshot is similar to the one above, showing the same navigation bar and hero section layout. The background image of the hero section is now a woman's face. The white text box contains the headline "Jemand verkauft meine Daten - warum krieg ich dafür kein Geld?" and the subtext "Weil interessierte Unternehmen sie nicht direkt von dir kaufen können." The progress indicator shows the second circle filled.

The green banner at the bottom of the hero section contains the text "Lass dich für deine Daten bezahlen:" and the same red button "MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY".

## Wieso bekomme ich ständig Werbung, die mich nicht interessiert?

< Weil die Unternehmen nicht wissen, dass du 70 Jahre alt bist.



@

Mach Werbung für dich interessanter.

MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY

## Wäre es nicht toll, wenn alle Dateneigentümer an einem Strang ziehen?

< Ja, um als starke Gemeinschaft für die Interessen der Dateneigentümer einzutreten.



@

Stärke die Gemeinschaft der Dateneigentümer:

MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY

## Der Marktplatz für deine Daten



### Hier hast du die Kontrolle

Bei Data Fairplay bietest du deine Daten interessierten Partnerunternehmen direkt an. Du bestimmst, welche deiner Daten sie nutzen dürfen und auch wofür und wie lange.



### Interessantere Angebote für dich

Angebote und Werbung werden interessanter, weil Partnerunternehmen durch deine Daten wissen, wer du bist, welche Interessen du hast und was du gerade suchst.



### Es gibt Geld für deine Daten

Finden Partnerunternehmen deine Daten interessant, bekommst du ein Angebot und abhängig von Datenmenge und Nutzungsdauer eine entsprechende Bezahlung.



### Du bist Teil einer starken Gemeinschaft

Je mehr Dateneigentümer bei Data Fairplay mitmachen, desto mehr können wir auf dem Datenmarkt bewegen und damit neue Verdienstmöglichkeiten für jeden Einzelnen schaffen.

## Datenhandel heute



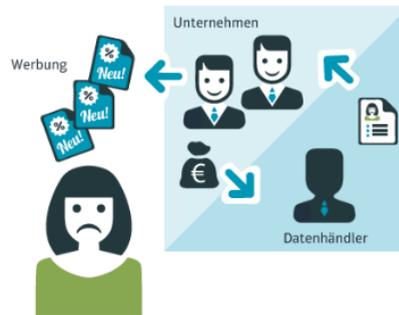
### Persönliche Daten im Netz

Täglich hinterlässt du Daten im Netz, unter anderem beim Online-Einkauf und in sozialen Netzwerken. Kombiniert man diese Informationen, ergibt sich ein umfassendes Datenbild von dir. Unternehmen nutzen das, um zum Beispiel Werbung an dich zu verschicken.

### @ Andere verdienen an deinen Daten

Es gibt Datenhändler, die deine Daten sammeln und für gutes Geld an andere Unternehmen weiterverkaufen. Leider hast du nichts davon. Außer, dass die Unternehmen dir unerwünschte Werbung schicken.

Warum solltest du deine Daten interessierten Unternehmen nicht direkt anbieten?



# Datenhandel mit Data Fairplay



## Fairplay, bitte!

Data Fairplay bietet dir einen fairen Marktplatz für deine Daten. Stell dir vor, du eröffnest dort einen Stand, bestimmst, welche Daten du anbietest und wer sie gegen Bezahlung wie lange nutzen darf. Je mehr Daten du anbietest, desto mehr kannst du verdienen.

## Alle gewinnen

@

Mit Data Fairplay erhältst du endlich einen echten Gegenwert für deine Daten: Du bekommst Geld, Vergünstigungen und interessantere Angebote. Und Partnerunternehmen müssen nicht bei Datenhändlern kaufen, sondern erfahren direkt von dir, was dich interessiert und was du magst.



MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY



**Wie soll das gehen?**  
Finde heraus, wie Data Fairplay funktioniert und warum es sich für jeden lohnt, mitzumachen.

**Wer macht mit?**  
Wir wollen eine starke Gemeinschaft bilden, die für fairen Datenhandel einsteht. Hier erfährst du mehr.

**Wie geht es weiter?**  
Deine Registrierung ist erst der Anfang. Erfahre, wie es danach weitergeht und was wir erreichen können.

DIE IDEE      DIE GEMEINSCHAFT      DER WEG

@

Kontakt  
Presse  
FAQs  
Partnerunternehmen werden

Datenschutz und Sicherheit  
Datenschutzerklärung  
Haftungsausschluss  
Cookies

Newsletter  
Impressum

Copyright © Data Fairplay GmbH

**Quelle:**

- <https://www.datafairplay.com>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
  - <https://web.archive.org/web/20180829015933/https://www.datafairplay.com>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

Bitte stimme unseren Cookies zu. ▼

0)

## Der Marktplatz für deine Daten

Direkt. Fair. Transparent.

**Unternehmen geben viele Millionen Euro aus, um Daten von potentiellen Kunden zu bekommen. Unter anderem kaufen sie diese Daten über Umwege von sogenannten Datenhändlern. Wieso nicht direkt von dir?**

### Die Idee, die alles ändert

Data Fairplay hilft dir deine Daten direkt anzubieten. Du kannst Partnerunternehmen Vorlieben und Bedürfnisse mitteilen, dann können diese dir ganz gezielt und mit deinem Einverständnis Angebote machen. Aber natürlich nur, solange du willst und wenn der Preis für deine Daten stimmt!

Im Sinne eines kooperativen Fairplay gehen wir völlig neue Wege im Umgang mit persönlichen Daten. Sowohl Dateneigentümer als auch Datennutzer halten sich an Regeln und profitieren dadurch. Es geht nicht um Datenverschluss oder -sperrung, sondern um eine smartere Nutzung der eigenen Daten.

Jetzt brauchen wir dich, damit wir unsere Idee gemeinsam zum Erfolg führen können. Denn nur mit einer starken Gemeinschaft von Dateneigentümern können wir etwas bewegen!



**Wir brauchen dich jetzt!**

MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY (/MITMACHEN/)

## Wie wird das funktionieren? Dein Data Fairplay Konto.

Das Herz von Data Fairplay ist ein Online-Portal, auf dem du deine Daten zentral hinterlegst. Dein Konto ist wie ein Cockpit: hier kannst du Daten jederzeit hinzufügen, aktualisieren oder löschen.

Unternehmen suchen nach passenden Datenprofilen für ihre Aktionen. Hast du das passende Profil, können Unternehmen dir ein Angebot für die Nutzung deiner Daten machen. Data Fairplay heißt, dass du bis dahin für das Unternehmen anonym bleibst.

Findest du das Angebot interessant, nimmst du an der Aktion teil und bekommst dafür sogar Geld oder Vergünstigungen. Stell dir vor, deine Lieblingsmarke eröffnet einen Online-Shop und sucht Kunden. Als Fan dieser Marke erlaubst du dem Unternehmen, dir Werbung zu schicken. Das ist für uns Data Fairplay.

Eine Übersicht aller Angebote, die dir Partnerunternehmen gemacht haben, findest du in deinem Konto. Hier siehst du sofort, ob und welche deiner Daten einem Partnerunternehmen wie viel wert sind und was du bisher an der Nutzung deiner Daten verdient hast.

### So könnte dein Konto aussehen\*

Meine Daten	Angebote Partnerunternehmen		Bin dabei	
Lieblingsmarke: XStyle-Jeans	Online-Shop Eröffnung	5 €	✓	5 €
Hobbys: Sport	Marktforschung für ein neues Sportprodukt	40 €	✓	40 €
Interessen: Kino	Gutschein für regionales Kinofestival	10 €	✓	10 €
Jeansgröße: Weite 34, Länge 34	Lagerverkauf: Jeans Weite 34, Länge 34	5 €		0 €
Arbeitszeiten: 9.00 - 18.00 Uhr	Einladung zum Late-Night-Shopping-Event	10 €		0 €
	<b>Möglicher Verdienst</b>	<b>70 €</b>	<b>Mein Verdienst</b>	<b>55 €</b>

\* unverbindliches Beispiel

### Deine Vorteile

- Mehr Kontrolle über deine Daten
- Bessere Angebote von Unternehmen
- Ohne Zustimmung bleibst du anonym
- Teilnahme an interessanten Aktionen
- Bezahlung für Nutzung deiner Daten

### Vorteile für Partnerunternehmen

- Mehr Wissen über ihre Kunden
- Von ihren Kunden selbst aktualisierte Daten
- Interessierte Kunden werden auffindbar
- Optimierte Werbekosten durch gezielte Ansprache
- Passende Angebote sorgen für mehr Umsatz

### Und die Datenhändler?

Mit Data Fairplay bietest du Unternehmen deine Daten direkt an, damit diese besser auf deine Interessen eingehen können. Data Fairplay macht so den Datenhändler als Mittelsmann überflüssig und lässt dich direkt profitieren.

### Bist du dabei?

Dann registriere dich unverbindlich bei Data Fairplay und zeig uns und den Unternehmen, dass dir unsere Idee gefällt.

[MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY \(/MITMACHEN/\)](#)

### Wer macht mit?

Wir wollen eine starke Gemeinschaft bilden, die für selbstbestimmten Datenhandel einsteht. Hier erfährst du mehr.

[DIE GEMEINSCHAFT \(/DIE-GEMEINSCHAFT/\)](#)

### Wie geht es weiter?

Deine Registrierung ist erst der Anfang. Erfahre, wie es danach weitergeht und was wir erreichen können.

[DER WEG \(/DER-WEG/\)](#)

[Kontakt \(/kontakt/\)](#)

[Presse \(/presse/\)](#)

[FAQs \(/faqs/\)](#)

[Partnerunternehmen werden \(/partnerunternehmen-werden/\)](#)

[Datenschutz und Sicherheit \(/datenschutz-und-sicherheit/\)](#)

[Datenschutzerklärung \(/datenschutzerklaerung/\)](#)

[Haftungsausschluss \(/haftungsausschluss/\)](#)

[Cookies \(/cookies/\)](#)

[Facebook \(/facebook/\)](#)

[Newsletter \(/newsletter/\)](#)

[Impressum \(/impressum/\)](#)

### Quelle:

- <https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
  - <https://web.archive.org/web/20160416074400/https://www.datafairplay.com/die-idee/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## 0) Die Gemeinschaft der Dateneigentümer

Wir alle stehen auf der gleichen Seite.

Wir, das Team hinter Data Fairplay, wollen einen fairen Marktplatz eröffnen, der es dir ermöglicht, deine Daten selbst anzubieten und zu verwerten. Wir können diese Idee nicht allein zum Erfolg machen. Das geht nur, wenn viele Dateneigentümer sich zusammentun. Nur dann werden sich auch viele Unternehmen dem Fairplay anschließen und für deine wertvollen Daten bezahlen.

Lasst uns gemeinsam den Datenhandel in Deutschland verändern. Der Weg hat erst begonnen und wir brauchen dich jetzt!

### Werde jetzt Teil der Gemeinschaft

MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY (/MITMACHEN/)



#### Du und die Gemeinschaft

Data Fairplay, Teilnehmer und Unterstützer des fairen Datenhandels

Quelle:

- <https://www.datafairplay.com/die-gemeinschaft/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
  - <https://web.archive.org/web/20160416073701/https://www.datafairplay.com/die-gemeinschaft/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## FAQ

### Häufig gestellte Fragen und Antworten.

Hier geben wir Antworten zu den häufig gestellten Fragen zu Data Fairplay. Deine Frage ist nicht dabei? Dann verwende das Kontaktformular am Ende der Seite, um uns Deine Frage zu stellen. Wir antworten so schnell wie möglich.

## Über Data Fairplay

Was ist Data Fairplay? 

Data Fairplay versteht sich als Vermittler zwischen Dateneigentümern und Partnerunternehmen. Wir wollen eine starke Gemeinschaft für eine positive Datennutzung schaffen, bei der Dateneigentümer die Initiative ergreifen, die Weitergabe ihrer Daten kontrollieren und selbst profitieren können.

Dafür bieten wir unseren Nutzern erstmals einen Markplatz, um selbstbestimmt mit ihren Daten zu handeln, und Unternehmen eine große Gemeinschaft an interessierten Dateneigentümern. Das ist gut für beide Seiten: Während du von der Nutzung deiner Daten profitierst, erhalten Unternehmen ein besseres Verständnis für die Interessen ihrer Kunden.

Wieso sollte ich mich bei Data Fairplay registrieren? 

Während im Netz im großen Stil deine Daten gesammelt und gehandelt werden, profitierst du als Dateneigentümer bisher selten davon. Dabei ist der Handel mit Daten ein lukratives und florierendes Geschäft, bei dem außenstehende Datenhändler mit deinen Daten große Summen verdienen.

Jetzt kannst du aktiv werden. Als Vermittler zwischen Dateneigentümer und Unternehmen bietet dir Data Fairplay die Möglichkeit, als Teil einer Interessensgemeinschaft aufzutreten. Hier kannst du deine Daten direkt und kontrolliert weitergeben und dabei selbst Geld verdienen. Du und die Partnerunternehmen profitieren von diesem direkten Miteinander, und der klassische Datenhändler bleibt außen vor.

Mit deiner Registrierung verpflichtest du dich zu nichts. Aber du zeigst uns und den Unternehmen da draußen, dass dir unsere Idee gefällt.

Hier kannst du mitmachen (/mitmachen/) und mit Gleichgesinnten die Initiative ergreifen.

Ist die Teilnahme bei Data Fairplay mit Kosten verbunden? 

Die Anmeldung bei Data Fairplay ist kostenfrei. An der zukünftigen Nutzung deiner Daten verdienst du immer den größten Anteil. Du behältst dabei alles im Blick und hast stets die Kontrolle über den Handel mit deinen Daten.

Wer ist der Betreiber von Data Fairplay? 

Betreiber der Plattform [www.datafairplay.com](http://www.datafairplay.com) ist die Data Fairplay GmbH aus Deutschland mit Sitz in Hamburg. Weitere Informationen zu uns findest du auch im Impressum (/impressum/).

Wo erfahre ich mehr über das Unternehmen? 

Hier kannst du mehr darüber erfahren, wer hinter Data Fairplay steht und wer Teil der Gemeinschaft (/die-gemeinschaft/) ist. Du kannst uns auf Facebook (<https://www.facebook.com/datafairplay>) besuchen und dich dort mit anderen Menschen austauschen. Oder du schaust in unser Impressum (/impressum/), um detaillierte Informationen zum Unternehmen zu erhalten.

### Wie funktioniert Data Fairplay genau? ^

Bei Data Fairplay können sich Privatpersonen als Dateneigentümer und Unternehmen als potenzielle Interessenten für deine Daten anmelden. Wir prüfen dabei, ob die Unternehmen seriös sind und sich an die Data Fairplay Regeln halten.

Angemeldete Dateneigentümer wie du können später ihr Profil um weitere persönliche Daten ergänzen. Unternehmen können nach diesen Daten suchen ohne zu wissen, dass sie dir gehören. Du bleibst also zunächst anonym. Sobald ein Unternehmen Interesse an Daten von dir bekundet, wirst du darüber informiert.

Du selbst entscheidest dann ganz individuell, welche Daten du an welches Unternehmen weitergeben möchtest und siehst immer sofort, was du dafür bekommst. Dabei bist du von Anfang an zu nichts verpflichtet und behältst die volle Kontrolle über deine Daten. Wichtig dabei: solange du mit einem Unternehmen noch keine Einigkeit erzielt hast, bleiben deine Daten anonym.

Weitere Information dazu, wie Data Fairplay funktionieren wird, findest du hier ([/die-idee/](#)).

### Was hat es mit den Projektphasen auf sich? ^

Data Fairplay ist eine neue Idee, die auf einer großen Gemeinschaft beruht. In der ersten Phase kannst du dich zunächst registrieren und so dein Interesse an unserer Idee signalisieren. Je mehr Leute mitmachen, desto attraktiver wird es für Unternehmen, ebenfalls dabei zu sein.

Sobald genug Leute und Unternehmen dabei sind, geht es los mit Phase 2. Ab dann werden Daten nachgefragt und gehandelt. Wir geben dir Bescheid, wenn es soweit ist und lassen dir die Anfragen der Unternehmen zukommen.

Hier ([/der-weg/](#)) kannst du mehr darüber erfahren.

### Wann beginnen die Projektphasen voraussichtlich? ^

Phase 1 ist bereits angelaufen. Wenn dir unsere Idee gefällt, kannst du dich direkt hier registrieren ([/mitmachen/](#)). Wir freuen uns auch, wenn du unsere Idee mit deinen Freunden teilst und auf unserer Facebook-Seite (<https://www.facebook.com/datafairplay>) aktiv wirst. Je mehr Leute mitmachen, desto schneller können wir gemeinsam durchstarten.

Sobald wir genug Menschen und Unternehmen begeistern konnten, geht es los mit Phase 2. Wir hoffen, dass ihr uns tatkräftig unterstützt und wir mit Phase 2 so schnell wie möglich starten können. Abonniere am besten unseren Newsletter ([/newsletter/](#)), dort halten wir dich über die aktuellen Entwicklungen von Data Fairplay auf dem Laufenden.

## Anmeldung und Teilnahme

### Wie kann ich bei Data Fairplay mitmachen? ^

Um bei Data Fairplay mitzumachen, kannst du dich auf unserer Seite registrieren ([/mitmachen/](#)).

### Welche Daten werden bei der Registrierung übermittelt? ^

Bei der Registrierung gibst du lediglich deinen Namen, dein Geschlecht, deine Postleitzahl und deine E-Mail-Adresse ein. Außerdem benötigst du für dein Data Fairplay Konto ein Passwort, das durch uns **nicht** eingesehen werden kann.

Du kannst dich hier auch direkt für den Newsletter anmelden ([/newsletter/](#)). Dann werden dein Name, Geschlecht und deine E-Mail-Adresse auch an unseren Partner Mailingwork übermittelt. Auch hier werden deine Daten nicht an Dritte weitergegeben. Du kannst den Newsletter selbstverständlich jederzeit wieder abbestellen.

### Verpflichte ich mich zur Teilnahme, wenn ich mich bei Data Fairplay registriere? ^

Nein, die Registrierung bringt keinerlei Verpflichtungen mit sich. Du kannst dich später jederzeit entscheiden, ob du mit deinen Daten handeln möchtest oder nicht. Natürlich kannst du dich auch wieder gänzlich abmelden.

Wie und wann profitiere ich von einer Teilnahme? ^

Jedes Mal, wenn du deine Daten an ein Partnerunternehmen weitergibst, verdienst du direkt. Das kann ein bestimmter Geldbetrag sein, aber auch Vergünstigungen oder andere Vorteile.

Transparenz ist uns dabei sehr wichtig: Der Gegenwert und der genaue Verwendungszweck deiner Daten werden dir daher stets im Vorfeld mitgeteilt. So kannst du immer bewusst entscheiden, welche Informationen du welchem Unternehmen weitergeben möchtest.

Daneben profitierst du von einer engagierten Gemeinschaft der Dateneigentümer, die im direkten Austausch miteinander stehen und sich gemeinsam für faire Bedingungen einsetzen können.

Was bekomme ich für meine Daten? ^

Der Wert deiner Daten variiert je nach Unternehmen, sowie nach Art der Verwendung und der Datentypen, die du weitergibst. Wir wollen einen Marktplatz schaffen, der für beide Seiten fair und lohnenswert ist. Wie viel deine Daten genau wert sind, kannst du bei jeder Anfrage im Vorfeld einsehen.

Generell gilt aber das Prinzip: Umso besser die Daten gepflegt sind, desto attraktiver werden sie auch für die Unternehmen. Und dann bekommst du als Dateneigentümer auch mehr.

Wie sieht das konkret aus, wenn ich von Unternehmen Anfragen für die Nutzung meiner Daten bekomme? ^

Wir wollen, dass alle Teilnehmer die Möglichkeiten unserer Plattform voll ausschöpfen können. Daher gestalten wir den Handel transparent und so einfach wie möglich. Wir listen dir übersichtlich auf, welches Unternehmen welche Daten anfragt und was du daran verdienen kannst. Hier [\(/die-idee/\)](#) kannst du sehen, wie dein Nutzerkonto aussehen könnte.

## Datenschutz, Sicherheit und Abmelden

Wie und in welchem Umfang werden meine Daten gespeichert und genutzt? ^

Daten, die du bei Anmeldung oder in deinem Profil hinterlegst, werden auf unseren Servern in Deutschland gespeichert, solange du bei Data Fairplay registriert bist.

Sofern du mit deinen Daten handelst, kümmert sich Data Fairplay um den sicheren Transfer deiner Daten.

Daneben verwenden wir ein zertifiziertes und 100% datenschutzkonformes Trackingverfahren von eTracker, um unser Angebot einschätzen und stetig verbessern zu können.

Hier erhältst du weitere, detaillierte Informationen zu den Themen Datenschutz und Datensicherheit [\(/datenschutz-und-sicherheit/\)](#) bei Data Fairplay.

Behalte ich jederzeit die Kontrolle über meine Daten? ^

Bei Data Fairplay hast du die Kontrolle über deine Daten. Du selbst entscheidest also stets individuell, ob du Daten weitergeben willst und wenn ja, welche. Die Daten, die du direkt bei Data Fairplay hinterlegt hast, werden dabei auf Servern in Deutschland gespeichert. Der Umgang mit diesen Daten unterliegt daher dem deutschen Datenschutzgesetz. Somit ist eine Weitergabe deiner Daten an Dritte ohne deine Einwilligung, mit Ausnahme juristischer Gründe, ausgeschlossen.

Im Fall einer Abmeldung werden alle persönlichen Daten, die du auf unseren Servern hinterlegt hast, vollständig gelöscht. Bitte hab Verständnis dafür, dass dieser Vorgang aus technischen Gründen einige Tage in Anspruch nehmen kann.

Hier erhältst du weitere, detaillierte Informationen zu den Themen Datenschutz und Datensicherheit [\(/datenschutz-und-sicherheit/\)](#) bei Data Fairplay.

Was leistet Data Fairplay für die Sicherheit meiner Daten? ^ |

Die Sicherheit deiner Daten ist für uns besonders wichtig. Daher nutzen wir Server, die in Deutschland stehen. Bei der Sicherung deiner Daten nutzen wir Verfahren, die beispielsweise auch von Banken verwendet werden.

Neben einem SSL-Zertifikat mit 256-Bit-Schlüssel, den wir für die Übertragung deiner Daten einsetzen, ist auch der Server, auf dem deine Daten hinterlegt werden, bestmöglich vor äußeren Zugriffen geschützt.

Hier kannst du mehr zum Thema Datenschutz & Sicherheit (/datenschutz-und-sicherheit/) erfahren.

Was passiert, wenn ich mich von Data Fairplay abmelde? ^ |

Durch die Abmeldung bei Data FairPlay werden dein Benutzerkonto und deine Daten von unserem Server gelöscht. Bitte habe Verständnis, dass die vollständige Löschung deiner Daten aus technischen Gründen einige Tage in Anspruch nehmen kann.

Bitte beachte: der Newsletter von Data Fairplay ist nicht an dein Benutzerkonto gekoppelt. Sofern du diesen nicht abbestellst, erhältst du weiterhin unsere News per E-Mail.

Werden meine persönlichen Daten nach der Abmeldung bei Data Fairplay vollständig gelöscht? ^ |

Durch die Abmeldung werden alle deine persönlichen Daten vollständig von den Data Fairplay Servern gelöscht. Bitte habe Verständnis, dass die vollständige Löschung deiner Daten aus technischen Gründen einige Tage in Anspruch nehmen kann.

## Data Fairplay und Facebook

Wie passt Data Fairplay mit Facebook zusammen? ^ |

Wir sind nicht prinzipiell gegen die Nutzung von Social Networks. Erfolgreiche Plattformen haben in der Regel auch ihre Vorteile. Facebook zum Beispiel ist für viele eine sinnvolle Plattform, auf der man mit Freunden in Kontakt bleiben und sich austauschen kann. Auch über Data Fairplay.

Wir glauben allerdings auch, dass nicht jedes Social Network für die Speicherung und faire Nutzung deiner persönlichen Daten der richtige Ort ist.

Übermittelt Data Fairplay meine Daten an Facebook? ^ |

Websites, die einen Teilen-Button von Facebook integriert haben, übertragen gegebenenfalls schon dann Besucherdaten an Facebook, wenn die Website aufgerufen wird.

Wir verwenden daher das 2-Klick-System, bei dem du den Teilen-Button zunächst aktivieren musst, bevor du die Funktion verwenden kannst. Bitte beachte, dass die Aktivierung bereits zu einer Datenübertragung an Facebook führen kann.

Durch diese 2-Klick-Funktion können wir die Möglichkeiten von Facebook nutzen und gleichzeitig ein größtmögliches Maß an Sicherheit für deine Daten gewährleisten.

## Kontaktoptionen

Wie kann ich Kontakt zu Data Fairplay aufnehmen? ^ |

Um Kontakt zu Data Fairplay aufzunehmen, empfehlen wir dir die Nutzung unseres Kontaktformulars (/kontakt/). Deine Anfrage wird schnellstmöglich beantwortet.

Wie kann ich mich mit anderen Nutzern austauschen? ^ |

Um mit anderen Nutzern in Kontakt zu treten, kannst du derzeit unsere Facebook-Seite (<https://www.facebook.com/datafairplay>) nutzen.

## Nutze das Potenzial deiner Daten

MACH MIT BEI DATA FAIRPLAY (/MITMACHEN/)

### Schreib uns deine Frage

Nutze dazu am besten unser Kontaktformular. Wir antworten so schnell wie möglich.

ZUM KONTAKTFORMULAR (/KONTAKT/)

### Wer steht hinter Data Fairplay?

Hier erfährst du mehr über die Initiatoren und die Gemeinschaft der Dateneigentümer.

JETZT KENNENLERNEN (/DIE-GEMEINSCHAFT/)

### Du bist auch bei Facebook?

Dann unterstütze die Idee vom fairen Datenhandel. Klick auf „Gefällt mir“ und teile unsere Idee mit deinen Freunden.

ZUR FACEBOOK SEITE (HTTPS://WWW.FACEBOOK.COM/DATAFAIRPLAY)

[Kontakt \(/kontakt/\)](#)

[Presse \(/presse/\)](#)

[FAQs \(/faqs/\)](#)

[Partnerunternehmen werden \(/partnerunternehmen-werden/\)](#)

[Datenschutz und Sicherheit \(/datenschutz-und-sicherheit/\)](#)

[Datenschutzerklärung \(/datenschutzerklaerung/\)](#)

[Haftungsausschluss \(/haftungsausschluss/\)](#)

[Cookies \(/cookies/\)](#)

[Facebook \(/facebook/\)](#)

[Newsletter \(/newsletter/\)](#)

[Impressum \(/impressum/\)](#)

Copyright © Data Fairplay GmbH



i

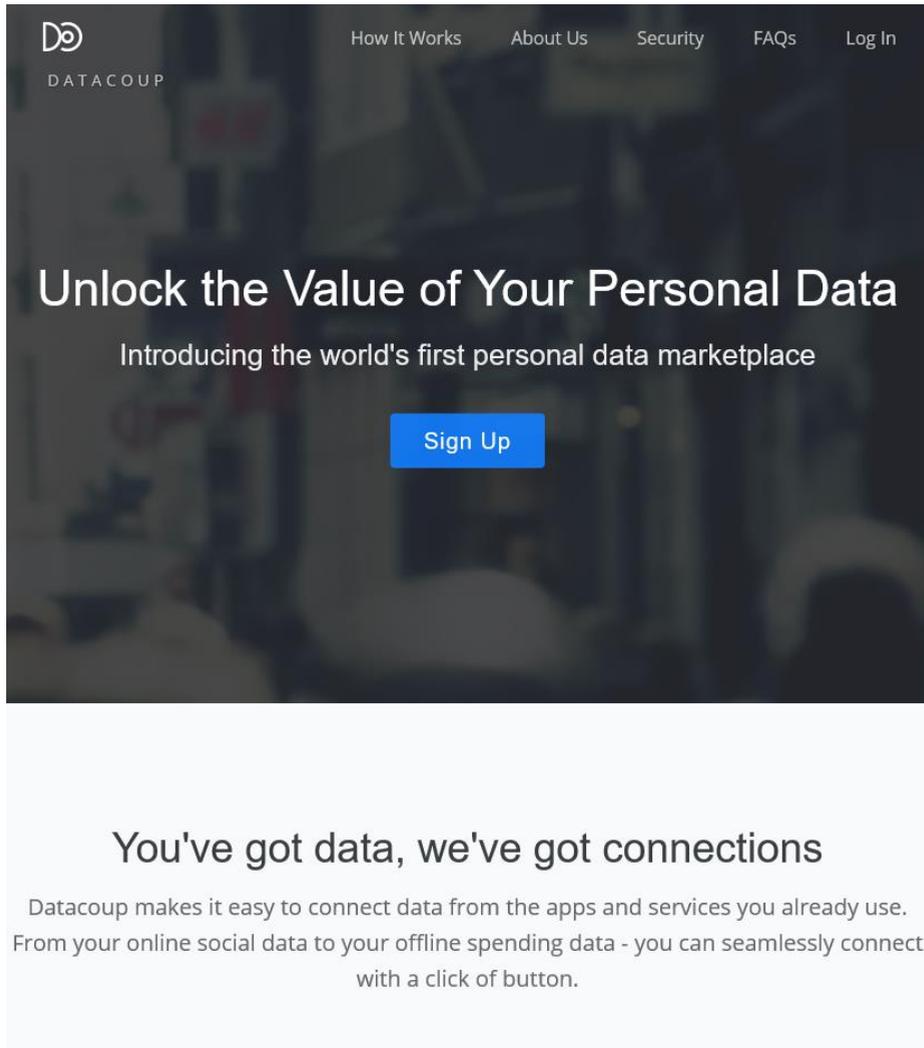
(/datenschutzerklaerung#Datenschutz-Facebook)

## Quelle:

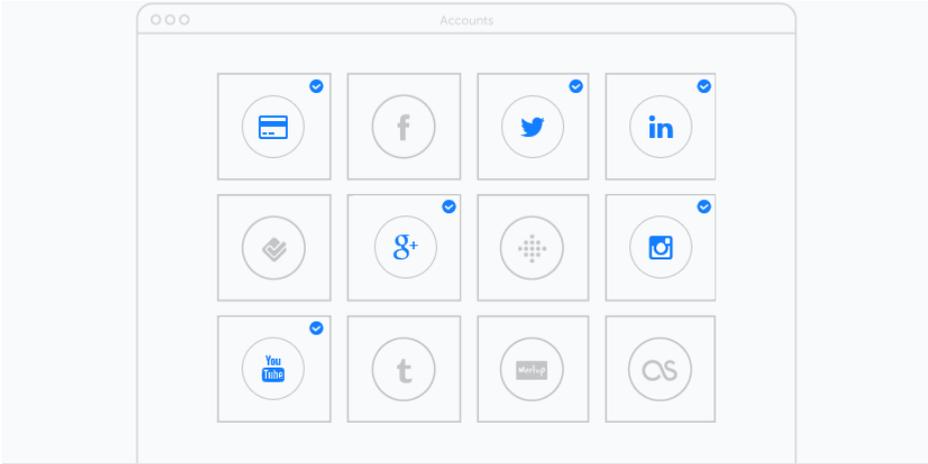
- <https://www.datafairplay.com/faqs/>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2017.
  - <https://web.archive.org/web/20160416072920/https://www.datafairplay.com/faqs/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## Anhang 3: Internetauftritt *Datacoup*

[Screenshots der Internetseite von *Datacoup*, [www.datacoup.com](http://www.datacoup.com), Stand: 22.07.2019]

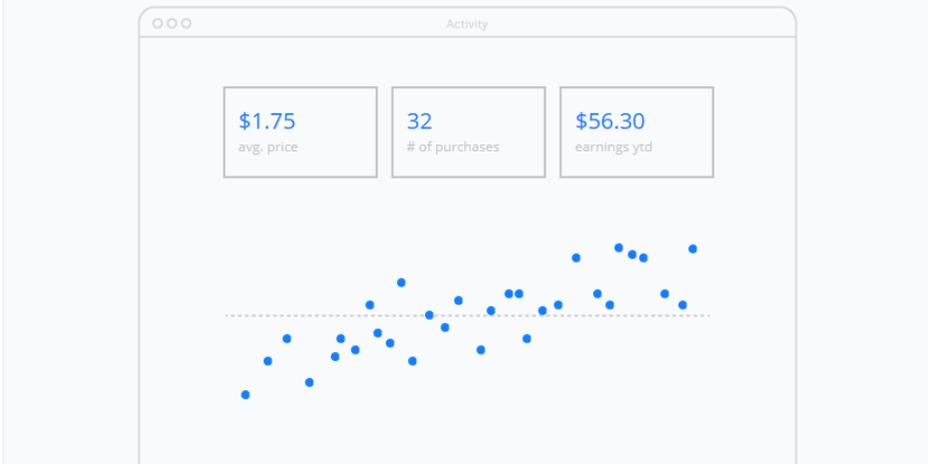


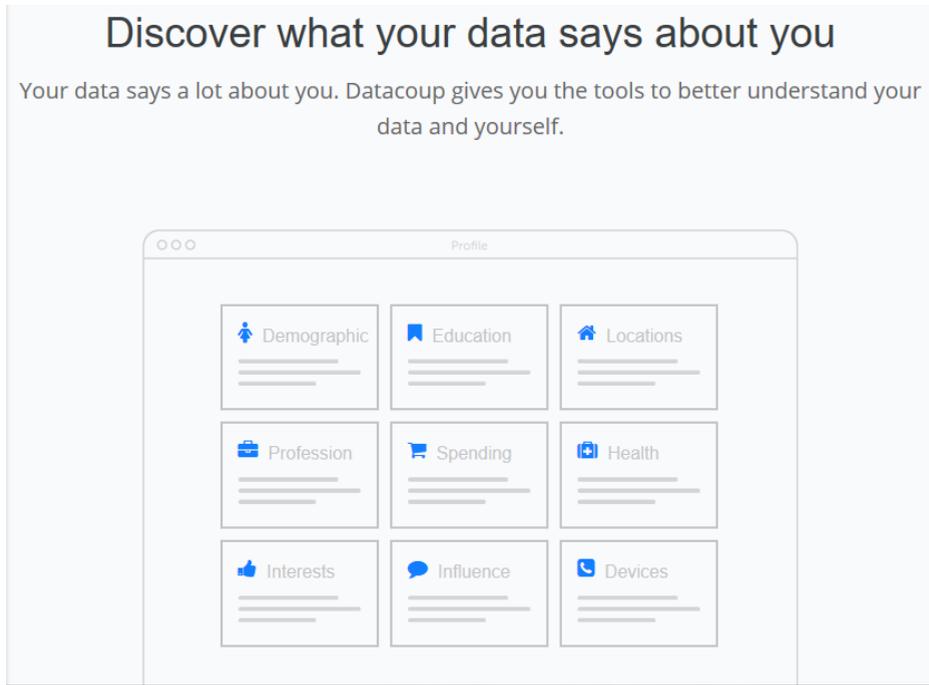
The screenshot shows the homepage of Datacoup. At the top left is the Datacoup logo, a stylized 'D' with a circular arrow, and the word 'DATACOU' below it. To the right of the logo is a navigation menu with links: 'How It Works', 'About Us', 'Security', 'FAQs', and 'Log In'. The main content area has a dark background with a blurred image of people. The headline reads 'Unlock the Value of Your Personal Data' in large white text, followed by the sub-headline 'Introducing the world's first personal data marketplace' in smaller white text. Below this is a prominent blue button with the text 'Sign Up' in white. The bottom section of the page has a light gray background and features the heading 'You've got data, we've got connections' in bold black text. Below the heading is a paragraph of text: 'Datacoup makes it easy to connect data from the apps and services you already use. From your online social data to your offline spending data - you can seamlessly connect with a click of button.'



## You deserve more for your data

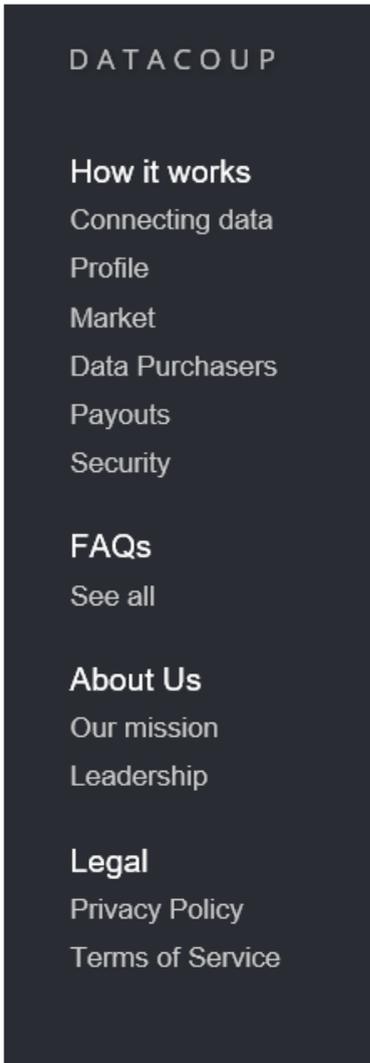
It's about time you earned more than a 'free service' for your data. Datacoup is the only company that helps you sell your anonymous data for real, cold hard cash. It's simple. If you connect data, you'll earn.





Quelle:

- <https://datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190531074859/http://www.datacoup.com/>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-



Quelle:

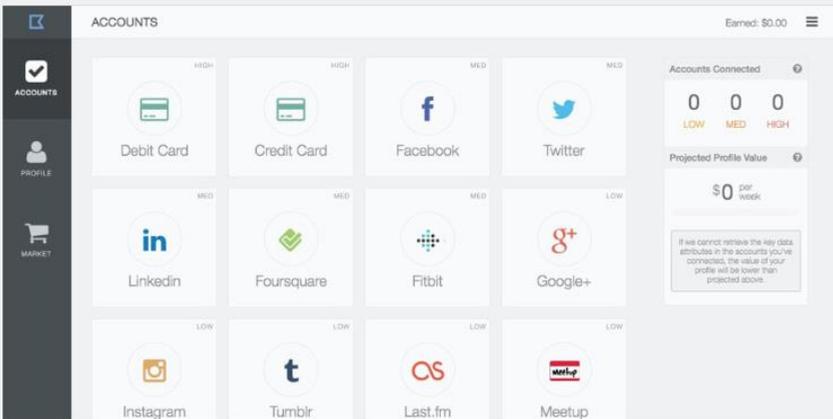
- <https://www.datacoup.com/docs#how-it-works>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#how-it-works>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

Log In [Sign Up](#)

## How It Works

### Connecting Data

We believe that everyone has valuable data. Therefore, we've built a platform that allows people to easily connect data from a number of common sources.



Account connections are established using the account authorization APIs (oAuth). This is the same technology commonly used by websites and apps to allow you to login with a third party account (such as Facebook Connect).

**Datacoup would like to access some of your LinkedIn info:**

-  **YOUR FULL PROFILE**  
Full profile including experience, education, skills, and recommendations
-  **YOUR EMAIL ADDRESS**  
The primary email address you use for your LinkedIn

Is it alright for this application to access some of your data and make posts to your account? You are logged in as **you@gmail.com**.



**Datacoup**  
datacoup.com

No way Allow

Connecting a debit or credit card follows the same simple process. You enter your login credentials and we make a one time, read-only connection to your bank. Your credentials are never stored and the connection is tokenized. We support all major US banks and thousands of other financial institutions.

**① Find your card**

Type to search from thousands of financial institutions.

- Chase Bank
- Chase - HISA
- Chase Pay Card Plus
- Chevy Chase Bank - Business Banking

**② Connect your card**

Enter your login credentials to create a secure read-only connection with your bank.

**Chase Bank**

User ID

Password

Verify Password

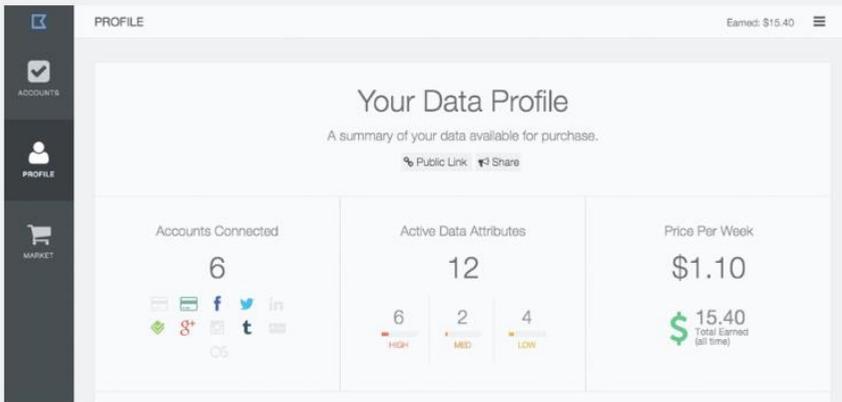
We are working hard to add more account connection options every day. Currently we support debit/credit cards, Facebook, Twitter, LinkedIn, Foursquare, Google+, Youtube, Tumblr, Meetup and Instagram.

Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#connecting-data>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#connecting-data>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

### Data Profile

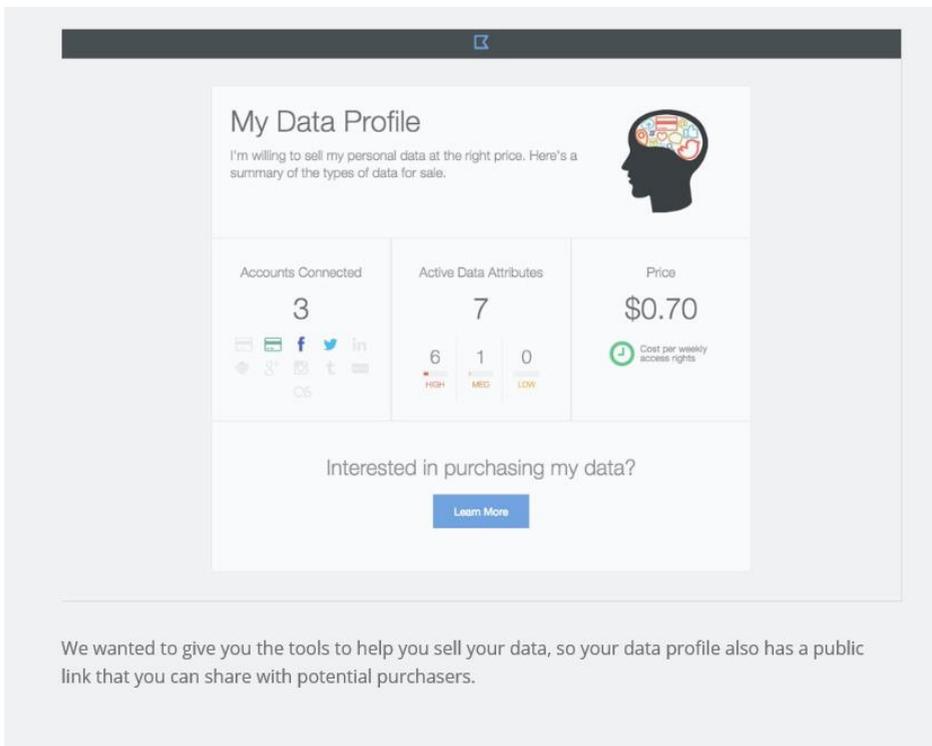
Once you've connected your accounts, we build a profile that provides an overview of your data for potential data purchasers.



The profile shows you the individual data attributes, or data points, that have been pulled from each connected account. Data attributes are things like gender, education, or monthly spending. Each attribute contributes to the overall base price listed for your data.



Every data attribute has a high, medium or low value given to it. This value is determined by the current demand in the data marketplace for that attribute. The price for your data is the sum of all your active attributes. We anticipate these values to fluctuate and increase as the marketplace grows and matures.



**My Data Profile**

I'm willing to sell my personal data at the right price. Here's a summary of the types of data for sale.

Accounts Connected	Active Data Attributes	Price									
3	7	\$0.70									
	<table border="1"><thead><tr><th>6</th><th>1</th><th>0</th></tr><tr><th>HIGH</th><th>MED</th><th>LOW</th></tr></thead><tbody><tr><td></td><td></td><td></td></tr></tbody></table>	6	1	0	HIGH	MED	LOW				 Cost per weekly access rights
6	1	0									
HIGH	MED	LOW									
											

Interested in purchasing my data?

[Learn More](#)

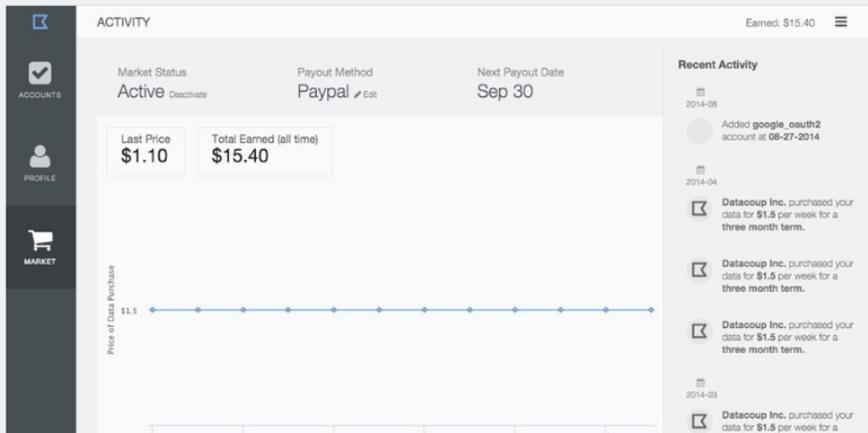
We wanted to give you the tools to help you sell your data, so your data profile also has a public link that you can share with potential purchasers.

Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#data-profile>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#data-profile>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## Market

Once you've connected your accounts and reviewed your profile, your data is ready to be entered into the data market.



When your data is purchased, you will be notified by email and the purchase will be recorded in your market activity log and displayed on a graph.

As we onboard more data purchasers and the marketplace grows, we're going to be constantly adding features that allow you to control as much of the transaction as possible between you and the data purchaser.

### Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#market>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#market>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

### Data Purchasers

Today, Datacoup is purchasing your data. We're building an inaugural data set in order to attract potential data purchasers like brands, retailers, media agencies, wireless carriers, insurance companies, and banks. The world is increasingly becoming data-driven, so anybody working with data to optimize their business would ostensibly be interested in becoming a data purchaser.

We've received a great deal of interest from potential purchasers, but we need to prove how valuable your data is before we sign contracts. That's why your participation on the Platform is so important.

Plus, we'd like to hear from you - as we grow the Buyer side of our Personal Data Marketplace, any information you can provide us on how you'd like purchasers to interact with your data will help us grow Datacoup. For instance:

- Would you be open to participating in surveys that will help us better understand your opinions and attitudes towards your personal data?
- Would you be open to participating in Beta-Testing with brands getting to know our platform?
- Would you be open to participating in bi-monthly private conference calls where we can brainstorm ideas on how to improve our service and appeal to data purchasers?

**Or how else would you like to get involved?** Email Matt Hogan ([matt@datacoup.com](mailto:matt@datacoup.com)) with your thoughts.

### Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#data-purchasers>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#data-purchasers>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## Payouts

### Payment Rules:

- With our payments provider (Stripe), you can currently get paid out directly to your Visa or Mastercard, US debit card and in the near future, directly to your checking or savings account.
- Once you've accrued a minimum of \$5, you can come back into the app and redeem your earnings.
- Once you hit an accrual amount of \$25.00, we freeze any further accruals until you come back to the app and redeem your money. We are not set up to have an overhang of large liabilities!

### Supported Countries:

- Currently, we only pay out in the US.
- As Datacoup grows and expands, we plan to make the datacoup marketplace service available to overseas users.

### PCI

Stripe has been audited by a PCI-certified auditor, and is certified to PCI Service Provider Level 1. This is the most stringent level of certification available.

### SSL and HSTS

Stripe forces HTTPS for all services, including its public website. Stripe regularly audits the details of its implementation: the certificates they serve, the certificate authorities they use, and the ciphers they support. Stripe uses HSTS to ensure browsers interact with Stripe only over HTTPS. Stripe is also on the HSTS preloaded lists for both Chrome and Firefox.

### Encryption

All card numbers are encrypted on disk with AES-256. Decryption keys are stored on separate machines. None of Stripe's internal servers and daemons are able to obtain plaintext card numbers; instead, they can just request that cards be sent to a service provider on a static whitelist. Stripe's infrastructure for storing, decrypting, and transmitting card numbers runs in separate hosting infrastructure, and doesn't share any credentials with Stripe's primary services (API, website, etc.).

[Learn more about Stripe](#)

## Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#payouts>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#payouts>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## FAQs

### Who is buying my data?

Datacoup is lining up data purchasers to sustainably purchase data on the platform. However, to get the ball rolling, Datacoup is the primary purchaser of your data.

### What do purchasers of my data have access to?

Purchasers of data have access to a large pool of aggregated, de-identified, anonymous Datacoup user data. For example, when you start selling your data, we combine it with all the other Datacoup users' data, take out anything personally identifiable, and then analyze the large pool, looking for patterns across different demographics and other data characteristics. None of this aggregated data can be traced back to a particular individual user.

### When and how do I get paid?

You will be able to withdraw your earnings as soon as you have earned at least \$5.00. You can choose to have the money sent to a Visa or Mastercard Debit Card. We've partnered with Stripe to seamlessly and securely process all payments.

### What data is being pulled from my accounts?

Once you begin connecting accounts in the Datacoup app, you are pulling in information from each of the accounts that you authorize. For financial accounts its merchant name, transaction date and transaction amount. For social accounts it is basic information, likes, check-ins, activity streams, friend lists and other basic social account information. Each account tile in the "Connect" page has an explanation of the data you are pulling in for that specific account.

### How did Datacoup start?

Datacoup was born from a passionate belief that individuals should be the chief beneficiary of the value of their data. Every day, the companies we use to search, shop and socialize, benefit from the trail of personal information we generate along the way. Additionally, there is a layer of third party data brokers that give nothing back to consumers, but make billions of dollars per year off consumer data. So we wondered, what if you – as the consumers and owners of your data- could cut out the middlemen and share your information on your terms? Datacoup is a way to exchange your personal data directly, and for compensation, with those who want to understand more about you.

Is my data linked back to me personally?

In the default way of selling data, there are no identifying factors linked back to you personally. Your data is added to an aggregate pool of Datacoup users' data. All emails and names are delinked from other data-points you have created. In the future, if you want data purchasers to have recourse back to you personally, we will provide an opt-in for you.

Which credit and debit card providers do you support?

We support all major US banks and the majority of smaller institutions including local credit unions. International support varies. In Europe we support most of the major banks. Banks based in the Middle East, Africa, Asia and Latin America the support goes down substantially. That said, we are adding new international institutions all the time. Let us know, and we'll keep you updated.

How do you price the data?

The foundation of our pricing model is based on the individual data attributes within each account. When you connect an account, we check for each attribute within the account. If it's available, then we factor that attribute into the final price. Based on initial conversations with many potential data purchasers, we've ranked data attributes as either high, medium or low value. As of writing, spending data attributes have the highest value in our pricing model.

Any plans to allow more account connection options?

Absolutely! We are working to add new accounts all the time. We are also hard at work on a mobile app that will allow you to connect and monetize even more data.

Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#faq>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#faq>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## About Us

### Mission

Our mission is to help people unlock the value of their personal data.

Almost every link in the economic chain has their hand in our collective data pocket. Data brokers in the US alone account for a \$15bn industry, yet they have zero relationship with the consumers whose data they harvest and sell. They offer no discernible benefit back to the producers of this great data asset - you.

Datacoup is changing this asymmetric dynamic that exists around our personal data. The first and most important step is getting people compensated for the asset that they produce. We are building for a future where individuals like you are in control of your data and are the chief beneficiaries of its value.

### Quelle:

- <https://datacoup.com/docs#mission>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2019.
  - <https://web.archive.org/web/20190530015644/http://www.datacoup.com/docs#mission>, zuletzt aufgerufen am 01.06.2020.
-

## Anhang 4: Protokoll – Interview mit *Mariska van Boehmen*, Gründerin von *Dime*

Das Interview wurde mit Mariska van Bohemen (MvB), Gründerin des Start-ups *Dime* durch Christina Breunig (CB) geführt. Thema des Interviews ist die Geschäftsidee des Unternehmens *Dime*. Das Interview fand am 09. Juni 2017 um 12:30 Uhr im Café Zurich, Mercatorplein 2b, 1057 CB Amsterdam, Niederlande, statt.

CB: Zou je kunnen toelichten hoe het bedrijf *Dime* is opgericht?

MvB: Ik ben eigenlijk vanuit mijn studie, media en informatiemanagement op de hogeschool van Amsterdam ermee begonnen. We kregen de opdracht van het bedenken van een innovatief concept voor de informatiebranche. Samen met andere studenten heb ik eigenlijk zitten brainstormen en zitten kijken wat zijn nu de mogelijkheden en de frustraties die daar een beetje zijn in die branche. En toen kregen we heel snel het idee van ja, de *Googles* en de *Facebooks* die verdienen heel veel geld met onze gegevens, maar we weten eigenlijk niet waar onze gegevens terechtkomen, wie daar gebruik van maakt en we verdienen ook niet een stukje geld daarmee. Toen dachten wij, dat kunnen we beter en toen zijn wij eigenlijk vanuit de studie het concept gaan uitwerken. Op landenniveau voor de informatiebranche zijn we het gaan pitchen en hebben een klein startkapitaal gewonnen en toen waren we met mensen in gesprek waarvan we dachten, ja dit concept moet er echt gaan komen. Vervolgens hebben we een crowdfunding gestart om die platform te kunnen financieren.

CB: Dat heb jij samen met andere studente gedaan? Hoeveel zijn jullie geweest?

MvB: De allereerste opdracht was met zijn zessen geloof ik, uiteindelijk zijn we met zijn drieën doorgegaan en die twee andere die zijn vorig jaar daarmee gestopt omdat je toch wel veel doorzettingsvermogen moet hebben, veel geduld moet hebben, wil je dit echt van de grond krijgen en het is toch nog allemaal vrij.

CB: Dus nu is het alleen maar nog jou.

MvB: Ik ben eigenlijk nu op dat moment bezig met geschikte partijen een samenwerking aan te gaan en ik heb ook iemand erbij die mij gewoon met de dagelijkse dingen helpt om bij bedrijven in gesprek te komen en een strategie te gaan bepalen.

CB: Jullie hebben wel juridisch advies gehad en hebben jullie die steeds nog?

MvB: Ja, we hebben IT-Jurist gevraagd of ze ons kunnen helpen ook als we niet echt een budget daarvoor hebben en die hebben toen aangegeven, ja daar staan we wel voor open en die hebben toen eigenlijk alles met ons meegedacht. Mag dat überhaupt wat wij willen doen en met welke onderdelen moeten wij daar rekening houden, waar moet je op voorbereid zijn. Ja, dat hebben we allemaal met hen doorgesproken en toen hebben zij ook de documenten voor ons opgezet.

CB: En zij denken dat mag wel uit een juridische zicht?

MvB: Ja

CB: Hebben jullie ook al de nieuwe voorwaarden van de Algemene Verordening Gegevensbescherming bekijken? Weet je daar iets over?

MvB: Ja, daar zijn we momenteel mee bezig.

CB: Dus, je denkt niet dat het al voldoende is op dit moment?

MvB: Ne, we moeten daar nog in veranderen, voornamelijk op het gebied van techniek. Daar zien we een aantal dingen zoals dat je als particulier de data kunt opvragen en door kunnen verstrekken, het recht op overdraagbaarheid. Dat moeten we beter inrichten. Onze security moeten we ook nog wel iets aanscherpen.

CB: De hoogte van de vergoeding is niet echt transparant. Bepalend is naar FAQ 10 het aantal gegevens. Maar wie legt vast wat een organisatie betaalt?

MvB: Dat doet *Dime*. En waarom wij daar niets zeggen van, jij krijgt dit bedrag is, wij zeggen je krijgt vijftig percent van de opbrengst. Maar, weet je, wat de opbrengst is dat kunnen wij natuurlijk niet al in elkaar brengen.

CB: Dus jij krijgt vijftig percent? Waar staat dat?

MvB: Nee, dat staat daar niet, omdat wij ook daarmee willen kunnen spelen en ook met die bedragen willen kunnen spelen. Wet je, je moet het ook een beetje zien als, er is geen vaste prijs voor data, het is ook een beetje aftasten hoe die markt ermee omgaat. Als het minder waard is, dan kunnen we niet gelijk veel betalen aan die mensen.

CB: Een hoe onderhandel jij dan met die bedrijven? Doen zij dan een eerste aanbod en zeggen, ja ik zou voor deze gegevens zo veel geld betalen of hoe werkt dat?

MvB: Wel, ik heb daar onderzoek naar gedaan, wat zo'n bedrijven nu bepaalde informatie waard vindt en aan de hand daarvan heb ik nu een bestand eigenlijk gemaakt. Je moet het zo zien, dat elke datapunt eigenlijk een eigen waarde heeft. Bijvoorbeeld een telefoonnummer heeft een andere waarde dan jouw woonplaats.

CB: Als ik nu de particulier ben en ik verstrek mijn gegevens dan wet ik van tevoren niet, hoe hoog de vergoeding is van mijn gegevens.

MvB: Ja.

CB: Dus als ik mijn telefoonnummer wel voor vijftig euro zou verstrekken, maar voor vijf euro niet, dan heb ik eigenlijk geen kans om voor tevoren te bepalen welke tegenprestatie ik eigenlijk krijg. En als ik het dan weet is het al te laat, dan heb ik mijn gegevens al verstrekt.

MvB: We hebben er wel over nagedacht, dat je niet alleen de doeleinden voor die de data mag gebruikt worden maar ook voor welke branche kan kiezen. Zo kan je daar iets meer onderscheid in maken. Maar het is niet zeg ik maar een eigen handelsplatform, dat je zelf je gegevens kan verhandelen. Wij doen dat voor jou.

CB: Voor de particulieren zou dat wel belangrijk zijn of ze überhaupt de beslissing nemen, om een account aan te maken. Dus misschien zou het ook voor jij voordelig zijn als je tenminste zo'n ongeveer waarde aangeeft, iets tussen een en vijf euro of zo.

MvB: Het is natuurlijk zo, alleen je telefoonnummer is niets waard. Maar je telefoonnummer in combinatie met jouw studie, jouw woonplaats, jouw leeftijd, dan wordt jouw telefoonnummer pas geld waard, dus het is heel moeilijk om te zeggen, hey jouw telefoonnummer is vijf euro waard want jouw telefoonnummer is helemaal niets waard als we niets over jouw weten. Dus het is een beetje de combinatie die je moet hebben, om een waarde aan te geven.

Stel, daar is een onderzoeksbureau, die is op zoek naar alle bruinharige dames in Amsterdam die precies vijftientig woorden. Als wij die mensen voor hen kunnen vinden, dan is dat hartstikke veel geld waard, want ze zijn op zoek naar die personen. Maar als een bedrijf alleen maar op zoek is op duizend Nederlanders die studeren, dan is dat veel minder veel geld waard.

CB: Is er een plicht voor de particulieren om juiste gegevens te verstrekken? Wat gebeurt er als (zoals er vaak gebeurt) foute informatie op *Facebook* zit, bijvoorbeeld een foute achternaam. Ik zou daarvoor een verplichting opnemen.

MvB: Ja, wij zitten meer technisch erover na te denken, hoe hard kan je het maken. Wat wij willen doen is dat je je telefoonnummer moet invullen en dat je dan een smsje krijgt met een code die je moet invullen.

CB: Hoeveel mensen/bedrijven maken gebruik van *Dime*? Zou je iets over de omzet kunnen zeggen?

MvB: Op dit gebied moet ik echt zeggen, we zijn nu nog in de startende fase. We hebben nu bijna 2200 particulieren in de database maar dat is nog niet een heel groot aantal.

Kijk, hoe het eigenlijk is gelopen. Wij hebben het volledige concept uitgewerkt, het volledige plan ligt klaar en toen ben ik naar een top adviseur gegaan, hoe moet ik dat nu best omzetten. En die zei, eerst moet je de techniek nog eens overwerken, want voor we nu echt een lawaai gaan maken moet je wel zeker weten dat je echt masse aankan. Want stel, morgen melden 100.000 man zich aan, dan

moet wel het systeem stabiel en flexibel zijn. Dat heb ik toen laten reviewen en die man zei, ik zou een aantal onderdelen herbouwen van het platform. Ik ben dus nu op zoek naar een samenwerkingspartij die dat kan herbouwen. Ik ben dus nu niet bezig met een marketingcampagne.

Ik heb een keer iets verkocht, maar aankomende tijd zal dat dan stijgen, zodra die techniek een stukje beter is.

CB: Hoeveel verdiende je toen.

MvB: Dat was voornamelijk opleidingsinformatie, contactgegevens en de precies aantal weet ik niet uit mijn hoofd hoeveel mensen dat waren. Wat zij toen ongeveer mee hebben verdiend eraan was volgens mij iets van twee euro per persoon. Als je kijkt naar echte datahandelaren, waarmee ik ook in gesprek mee ben. Een telefoonnummer dat is tien cent. Alleen een telefoonnummer zonder al te veel van die persoon te weten, is tien cent, twintig cent. Dat is eigenlijk geen groot bedrag.

Hoe meer we de bedrijven en de particuliere hiervan bewust maken, hey het kan anders, doe het op een goede manier. Dan hopen wij natuurlijk dat die bedrijven ook de inzicht krijgen, ja we doen dat op een juiste manier.

CB: Denk je dat die bedrijven daar echt voor bereid zijn die gegevens op een eerlijke manier te kopen en daar wel in te investeren? Is dat voor een bedrijf echt zo voordelig?

MvB: Ja, dat denk ik echt. Waarom, in Nederland weet ik natuurlijk een aantal voorbeelden, die bank ING heeft wel flink wat fouten gemaakt door te vertellen o we gaan jullie gegevens verkopen en toen is daar heel veel ophef over gekomen en toen is daar een stokje voorgestoken en die hebben gezegd we kunnen helemaal geen gegevens meer verkopen want jouw bank valt dan gewoon om want alle mensen gaan weglopen. Dus zij hebben best wel een imagoschade rond om dat onderwerp gekregen. Zo zijn er heel veel voorbeelden. Dus als jij gebruik maakt van de data van *Dime*, is dat een keurmerk die je kan aangeven, die mensen zijn daarover bewust, zij hebben daar toestemming voor gegeven, dat is een eerlijke manier.

CB: Hartelijk dank voor het gesprek.

Christina Claudia Breunig

**Interessenwahrnehmung durch fremdnützige Datenverwerter  
im niederländischen und deutschen Recht**

Dieses Werk widmet sich der schuldrechtlichen Erfassung und datenschutzrechtlichen Abbildbarkeit innovativer Geschäftsmodelle, die sich als digitaler Marktplatz verstehen, auf dem der Einzelne seine personenbezogenen Daten kontrolliert und selbstbestimmt „verkaufen“ kann.