



§ 9 Die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Das derzeit geltende Datenschutzrecht soll vor allem die Persönlichkeit der betroffenen Personen schützen und beinhaltet deshalb eigentlich keine Regeln betreffend die Kommerzialisierung von Personendaten durch die Betroffenen.⁹⁵⁵ Allerdings ist die datenschutzrechtliche Einwilligung zu einem Instrument für die Kommerzialisierung personenbezogener Daten geworden.⁹⁵⁶ Wie die Untersuchung des geltenden Rechtsrahmens und der Interessenlage zeigt, ist deshalb die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen. In der Lehre wurde die Frage aufgeworfen, ob die freie Widerrufbarkeit in bestimmten Fällen eingeschränkt oder zumindest die Möglichkeit eröffnet werden sollte, in einem bestimmten Vertragsverhältnis auf die freie Widerrufbarkeit zu verzichten.⁹⁵⁷ So sollen die von Daten betroffenen Personen die Möglichkeit erhalten, wirksame und bindende Verträge zumindest über gewisse Arten von Personendaten abzuschließen und sie so freiwillig kommerzialisieren zu können.⁹⁵⁸

Es ist folglich zu prüfen, ob das Konzept der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten mittels einer eingeschränkt widerruflichen Einwilligung ein gangbarer Weg wäre, um auf die vorgebrachte Kritik an der geltenden Rechtslage bzw. auf den Anpassungsbedarf einzugehen. Zunächst wird die freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten diskutiert (I.). Danach wird untersucht, inwiefern die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung eingeschränkt werden kann (II.) und welche Folgen dies nach sich zöge (III.). Im Anschluss wird dargelegt, ob für die Umsetzung des Vorschlags gesetzgeberisches Tätigwerden nötig wäre (IV.). Schliesslich wird der Anpassungsvorschlag anhand der drei im zweiten Teil der vorliegenden Ausfertigung vorgestellten Interessen geprüft (V.).

I. Freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten

Festzuhalten ist zunächst, dass die freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten durch Erteilen der datenschutzrechtlichen Einwilligung bereits Realität ist. Schon heute sind viele von Daten Betroffene dazu bereit, für eine Gegenleistung in die Nutzung und Weitergabe sie betreffender Daten einzuwilligen.⁹⁵⁹ Angesichts der bestehenden Schwierigkeiten bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze und der Voraussetzungen zur Erteilung einer gültigen Einwilligung⁹⁶⁰ sowie der Rechtsunsicherheit, welche aus der freien Widerrufbarkeit resultiert,⁹⁶¹ wird von einigen Stimmen vorgebracht, die Einwilligung sei für die heutigen Geschäftsmodelle

⁹⁵⁵ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41.

⁹⁵⁶ Dazu § 4.

⁹⁵⁷ SATTLER, JZ 2017, S. 1041 ff.; SPECHT, ODW 2017, S. 125 f.; dazu auch GÖTTING, S. 149 ff.; ROGOSCH, S. 136; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 272 f.; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1467; auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41.

⁹⁵⁸ SATTLER, JZ 2017, S. 1042; SPECHT, JZ 2017, S. 769; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. SATTLER, Telemedicus 04.12.2017; vgl. zu diesem Bedürfnis UNSELD, GRUR 2011, S. 983; wohl a. A. METZGER, AcP 2016, S. 825.

⁹⁵⁹ Z. B. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; WANDTKE, MMR 2017, S. 9; dazu auch § 4 und § 7.

⁹⁶⁰ Dazu § 5.

⁹⁶¹ Dazu § 4.

nicht mehr das geeignete Mittel.⁹⁶² Die datenschutzrechtliche Einwilligung sei in der Praxis gescheitert.⁹⁶³ Gleichzeitig wird gerügt, den Betroffenen sei die Selbstbestimmungsfähigkeit über sie betreffende Daten verloren gegangen.⁹⁶⁴

Ein Gedanke, welcher im Hinblick auf diese Argumentation aufkommt, ist, dass die betroffenen Personen gänzlich der Souveränität über sie betreffende Daten beraubt würden, wenn bei Geschäftsmodellen wie «Leistung-gegen-Daten»-Verträgen statt auf die Einwilligung auf gesetzliche Erlaubnistatbestände abgestellt würde. Sollen die Betroffenen die Kontrolle über ihre Daten zurückerlangen,⁹⁶⁵ kann es nicht die Lösung sein, das einzige datenschutzrechtliche Mittel ihrer Selbstbestimmung *ad acta* zu legen.⁹⁶⁶ Die betroffenen Personen sollen selbstbestimmt darüber entscheiden können, in welchem Umfang sie betreffende Daten genutzt und verbreitet werden können und welche Art oder welches Mass der Datenbearbeitung als unerwünscht betrachtet wird.⁹⁶⁷ Gerade zu diesem Zweck wurde die datenschutzrechtliche Einwilligung als Rechtsinstitut geschaffen.⁹⁶⁸ Wenn die Betroffenen eine informierte Entscheidung treffen können und sich dazu entscheiden, sie betreffende Daten zu kommerzialisieren, sollte das Recht sie nicht daran hindern, sondern die Entscheidung stattdessen respektieren.⁹⁶⁹ Das Abstellen auf gesetzliche Erlaubnistatbestände anstatt auf die Einwilligung der betroffenen Personen stellte mithin keinen Paternalismus dar. Vielmehr würde dabei das Interesse Dritter, Personendaten zu verarbeiten, höher gewertet als der Schutz der einzelnen Datensubjekte und ihre Selbstbestimmungsfähigkeit.⁹⁷⁰

Dementsprechend ist vielmehr danach zu fragen, wie die Einwilligung inklusive der Rahmenbedingungen für ihre Erteilung als Mittel zur freiwilligen Kommerziali-

⁹⁶² DIVSI, Daten als Handelsware, S. 47 f.; kritisch SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103; vgl. dazu SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277; BECKER, JZ 2017, S. 173 f.

⁹⁶³ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 13.

⁹⁶⁴ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 52; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106; FEZER, ZD 2017, S. 100; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24.

⁹⁶⁵ Vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 23.

⁹⁶⁶ Auch SATTLER, JZ 2017, S. 1045, sowie DERS., Datenschuldrecht (erscheint demnächst), spricht sich dafür aus, der Einwilligung den Vorrang vor gesetzlichen Erlaubnistatbeständen einzuräumen.

⁹⁶⁷ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37, 43; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 197.

⁹⁶⁸ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37; VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 50; HERMSTRÜWER, S. 28 f.; ähnlich KILIAN, Gegenleistung, S. 197; vgl. SATTLER, Datenschuldrecht, S. 231 f., 234, welcher die Privatautonomie betont.

⁹⁶⁹ METZGER, AcP 2016, S. 829; FAUST, S. 92; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 65, 113 f.; ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41, 43; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 184; vgl. allgemein zu Persönlichkeitsgütern BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

⁹⁷⁰ So Dr. Michael Isler, Rechtsanwalt, in seinem Vortrag am Law & Robots Workshop 2019, 06.06.2019, an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Vgl. allerdings SPECHT, Diktat der Technik, S. 96: «Bei all dem lässt sich trefflich darüber streiten, ob letztlich die private Rechtsbeeinträchtigung schutzpflichtbegründend ist oder nicht vielmehr die unterlegene Vertragspartei vor sich selbst zu schützen ist.»

sierung von Personendaten verbessert werden kann. Die datenschutzrechtlichen Regeln – und allenfalls auch die wettbewerbsrechtlichen, kartellrechtlichen und konsumentenschutzrechtlichen Regeln⁹⁷¹ – sollten sicherstellen, dass die betroffenen Personen «bewusst und auf der Basis ausreichender Informationen»⁹⁷² darüber entscheiden können, ob sie der Bearbeitung von Personendaten zustimmen möchten.⁹⁷³ Wie die Transparenz erhöht und bestehende Informationsdefizite beseitigt werden können, ist allerdings eine andere Frage.

Die Möglichkeit der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten durch Erteilen der Einwilligung in ihre Nutzung und Weiterverbreitung sollte künftig nach der hier vertretenen Ansicht beibehalten werden. Wird eine allfällige Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung diskutiert, wird sogar noch einen Schritt weitergegangen: Können die Betroffenen nicht nur gegen Versprechen einer Gegenleistung in die Nutzung ihrer Daten einwilligen, sondern diese Einwilligung auch – zumindest in bestimmten Fällen – nicht mehr frei widerrufen, wären tatsächlich bindende Verträge über Personendaten möglich.

SATTLER vertritt die Ansicht, die Betroffenen müssten grundsätzlich bindende Verträge über sie betreffende Daten eingehen können, selbst wenn dadurch die Widerrufbarkeit der Einwilligung eingeschränkt würde.⁹⁷⁴ Er betont, einerseits könnten «[r]ationale Begrenztheiten und Informationsasymmetrien zum Nachteil natürlicher Personen [...] eine beschränkte Bindungswirkung der datenschutzrechtlichen Einwilligung rechtfertigen».⁹⁷⁵ Mit dem Entzug der Möglichkeit der Selbstbindung würde jedoch ein «wesentlicher Bestandteil der Privatautonomie entzogen»⁹⁷⁶ und der «persönliche Gestaltungsspielraum unverhältnismäss[ig] eingeschränkt»⁹⁷⁷. Dem tatsächlichen Willen der betroffenen Personen sollte im Privatrecht der Vorrang vor allfälligen staatlichen Schutzpflichten eingeräumt werden, um eine funktionsfähige Privatautonomie und ein künftiges Datenschuldrecht überzeugend zu realisieren.⁹⁷⁸

Dagegen wird vorgebracht, der Betroffene müsste im Sinne der Selbstbestimmung die Möglichkeit haben, seine Entscheidung für die Zukunft zu korrigieren und seine «Persönlichkeit durch einen veränderten Umgang mit seinen personenbezogenen Daten stärker zu schützen».⁹⁷⁹ Es wird betont, die Konsequenz der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sei der Verlust der informationellen Selbstbestimmung.⁹⁸⁰ Gleich-

⁹⁷¹ Dazu DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416 f.; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 116 ff., 152 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 26, 30.

⁹⁷² FAUST, S. 92.

⁹⁷³ FAUST, S. 92; vgl. BUCHNER, DuD 2015, S. 376; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 111 f., 179, 184 f.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50 f.; zur Selbstbestimmung als Bedingung der Vertragsfreiheit SPECHT, Diktat der Technik, S. 95.

⁹⁷⁴ SATTLER, JZ 2017, S. 1042; vgl. SATTLER, Telemedicus 04.12.2017; dazu auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50; ähnliche Stossrichtung ebenfalls dargestellt z. B. bei BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270; GÖTTING, S. 150 ff.

⁹⁷⁵ SATTLER, JZ 2017, S. 1042, m. H. auf HERMSTRÜWER, S. 227 ff.

⁹⁷⁶ SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

⁹⁷⁷ SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

⁹⁷⁸ SATTLER, JZ 2017, S. 1042; vgl. dazu auch SATTLER, Datenschuldrecht, S. 234 f.

⁹⁷⁹ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

⁹⁸⁰ SPECHT, ODW 2017, S. 126.

zeitig wird allerdings auch erkannt, dass in Fällen, in denen die Erteilung der Einwilligung eine vertragliche Gegenleistung darstellt, ein Widerruf unter Umständen unbillige Ergebnisse hervorbringen kann.⁹⁸¹ Es kann im Interesse beider Vertragsparteien liegen, wenn die betroffene Person dem Datenbearbeiter eine gesicherte Rechtsposition verschaffen kann.⁹⁸² Im Ergebnis ist es daher sinnvoll, die Einschränkung der freien Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung näher zu untersuchen. Sie könnte eine durchführbare Möglichkeit sein, die Nutzung von Personendaten zu vereinfachen.⁹⁸³

II. Einschränkung des freien Widerrufsrechts

Im Schweizer Recht wurde das Widerrufsrecht im Wege der Gesetzesauslegung entwickelt und nicht ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben.⁹⁸⁴ Die Lehre verweist regelmässig auf die analoge Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR, das auftragsrechtliche jederzeitige Kündigungsrecht.⁹⁸⁵ Das Bundesgericht bestätigt regelmässig den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR, weshalb das Kündigungsrecht weder wegbedungen noch eingeschränkt werden darf, und begründet dies mit dem Zugrundeliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses beim Auftrag.⁹⁸⁶ Ob die analoge Anwendung des Art. 404 auf die datenschutzrechtliche Einwilligung gerechtfertigt ist, besonders wenn sie als vertragliche Gegenleistung fungiert, wurde bisher noch nicht diskutiert. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob hierbei gleichermassen ein Vertrauensverhältnis besteht wie beim Auftrag, das eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit rechtfertigt. Obwohl die herrschende Lehre davon ausgeht, die datenschutzrechtliche Einwilligung sei generell jederzeit widerrufbar,⁹⁸⁷ wurde dies gerichtlich noch nicht entschieden.

Ein gegenteiliger Ansatz wurde vom Bundesgericht allerdings in Entscheid 136 III 401 vom 27.05.2010 in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vertreten.⁹⁸⁸ In diesem Entscheid ging es im Wesentlichen um die Frage, ob eine entgeltlich erteilte Einwilligung zur uneingeschränkten, zeitlich und örtlich unbegrenzten Nutzung und Verbreitung erotischer Bilder und eines Films pornografischen Inhalts frei widerrufen werden kann und ob dieser Widerruf von einer finanziellen Entschädigungszahlung abhängig gemacht werden kann.⁹⁸⁹ Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, Persönlichkeitsrechtsgüter wie das Recht am eigenen Bild könnten grundsätzlich Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein, wenn

⁹⁸¹ SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, ODW 2017, S. 125; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

⁹⁸² Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50, wo allerdings noch weitergehend die Verfügungsbefugnis über eine verdinglichte Position an Personendaten gefordert wird.

⁹⁸³ THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

⁹⁸⁴ Dazu UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329.

⁹⁸⁵ Vgl. z. B. BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 219; HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz 24.

⁹⁸⁶ Z.B. BGE 115 II 464, 466; dazu mit ausführlichen Nachweisen BSK OR I- OSER/WEBER, Art. 404 N 9 ff.

⁹⁸⁷ Dazu § 4.

⁹⁸⁸ Ebenso AEBI-MÜLLER, N 216 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14; a. A. HAAS, Einwilligung, N 548.

⁹⁸⁹ BGE 136 III 401, 402 f.

dabei die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen.⁹⁹⁰ Nur Persönlichkeitsrechtsgüter, die dem «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit»⁹⁹¹ zugeordnet werden, sollen von unwiderruflichen vertraglichen Vereinbarungen ausgeschlossen sein. Dies steht im Einklang mit der Lehre, wonach Verträge über Persönlichkeitsgüter grundsätzlich zulässig, jedoch mittels Art. 20 OR und Art. 27 ZGB überprüfbar sind.⁹⁹²

Dieser Bundesgerichtsentscheid eröffnet damit die Möglichkeit, das Widerrufsrecht nur eingeschränkt für diejenigen Personendaten gelten zu lassen, welche nicht dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden können.⁹⁹³ Deshalb ist zunächst danach zu fragen, welche Personendaten dem Kernbereich der menschlichen Existenz zuzuordnen und in welchen Fällen Verträge zulässig sind (1.). Anschliessend ist zu untersuchen, bei welchen Verträgen über Personendaten die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen im Vordergrund stehen (2.) und deshalb die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sachgemäss erschiene. Schliesslich ist noch die Möglichkeit darzustellen, die Widerrufbarkeit der Einwilligung nicht von vorneherein einzuschränken, aber immerhin ihre Geltung zur Disposition der Parteien zu stellen (3.).

1. Zulässigkeit der vertraglichen Bindung

Es ist zunächst zu prüfen, welche Personendaten im Kernbereich der menschlichen Existenz liegen bzw. in welchen Fällen Verträge über Personendaten zulässig sind. Für diese Prüfung wird das Schema des Bundesgerichts aus BGE 136 III 401, 407 f. verwendet.⁹⁹⁴ Darin stellt die Übermässigkeit der vertraglichen Bindung gemäss Art. 27 ZGB den Prüfgegenstand dar. Das Bundesgericht unterscheidet (potenziell) übermässige vertragliche Bindungen ausserdem von sittenwidrigen Verträgen gemäss Art. 20 OR. Im Folgenden werden Letztere zuerst dargelegt (a), bevor auf die allfällige Übermässigkeit der vertraglichen Bindung aufgrund der Art der Daten (b) und aufgrund der übrigen Vertragsbedingungen (c) eingegangen wird.

a) Sittenwidrigkeit

Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Betrifft der Mangel jedoch bloss einzelne Teile des Vertrags, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden

⁹⁹⁰ BGE 136 III 401, 405 f.; AEBI-MÜLLER, N 216 ff.; ebenso für das deutsche Recht SPECHT, ODW 2017, S. 125, m. w. N.; GÖTTING, S. 150 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270.

⁹⁹¹ BGE 136 III 401, 405.

⁹⁹² Z. B. BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 1 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21; vgl. auch BÜCHLER, AcP 2006, S. 328; ablehnend HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz 13 ff.

⁹⁹³ BGE 136 III 401, 405. Gl. A. WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31; a. A. HAAS, Jusletter vom 15.11.2010.

⁹⁹⁴ Das Schema wurde vorher von AEBI-MÜLLER, N 217, vorgestellt.

wäre (Abs. 2). Verträge über die Bearbeitung von Personendaten sind weder unmöglich noch widerrechtlich und könnten deshalb höchstens unter die Kategorie der sittenwidrigen Verträge subsumiert werden.

Bei sittenwidrigen Verträgen liegt die Verwerflichkeit bzw. der Grund für ihre rechtliche Unverbindlichkeit in ihrem Inhalt, d. h. in dem tatsächlichen Verhalten, zu dem sich die Parteien vertraglich verpflichten.⁹⁹⁵ Der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Verträge stehen objektive Gesichtspunkte der Moral und der guten Sitten entgegen.⁹⁹⁶

Im betreffenden Entscheid hielt das Bundesgericht fest, es gehe vorliegend nicht um die Einwilligung der Beschwerdegegnerin in Handlungen, die allenfalls in die eigene Intimsphäre eingreifen würden. Stattdessen ginge es lediglich um die Veröffentlichung von Bildern, welche derartige Handlungen wiedergeben. Dadurch werde der Kernbereich der Persönlichkeit der Beschwerdegegnerin nicht betroffen.⁹⁹⁷ Das Bundesgericht hielt weiter generell für fraglich, ob die Einwilligung in eine Veröffentlichung derartiger Bilder gegen Art. 27 ZGB verstösst. Es entschied, im Lichte der heutigen Moralvorstellungen und der Verbreitung pornografischen Materials im Internet könne nicht behauptet werden, ein solches Rechtsgeschäft verstoße an sich inhaltlich gegen Art. 20 OR und sei deshalb als nichtig einzustufen.⁹⁹⁸

Für Verträge über Personendaten lässt sich ableiten, dass dabei ebenfalls nicht in Handlungen eingewilligt wird, welche in die Intimsphäre der Betroffenen eingreifen könnten. Solche Handlungen, tatsächliches Verhalten, würden z. B. die Art der Datenerzeugung durch die betroffenen Personen betreffen. Parallel zur Argumentation des Bundesgerichts zu Bildern von Personen wird jedoch nicht in tatsächliche Handlungen eingewilligt (z. B. die Pflicht zur Benutzung eines smarten Geräts), sondern nur in die Bearbeitung von Daten, welche allenfalls solche Handlungen wiedergeben können.⁹⁹⁹ Damit sind Verträge über Persönlichkeitsrechtsgüter wie personenbezogene Daten nicht sittenwidrig und Art. 20 OR steht der grundsätzlichen Verbindlichkeit solcher Verträge nicht entgegen.

b) Übermässige Bindung aufgrund der Art der Daten

Das Bundesgericht stellte in einem nächsten Schritt auf das Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB ab. Es hielt fest, dass die Einwilligung in eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nur in den Grenzen des Art. 27 ZGB möglich ist.¹⁰⁰⁰ Gemäss Art. 27 Abs. 1 ZGB kann niemand ganz oder zum Teil auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit verzichten. Ausserdem kann sich gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.¹⁰⁰¹ Danach sind sowohl übermässige Verpflichtungen als auch solche, die den höchstpersönlichen Kernbereich

⁹⁹⁵ BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 221.

⁹⁹⁶ BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 221.

⁹⁹⁷ BGE 136 III 401, 408.

⁹⁹⁸ BGE 136 III 401, 408 f.

⁹⁹⁹ Vgl. BGE 136 III 401, 408.

¹⁰⁰⁰ AEBI-MÜLLER, N 216.

¹⁰⁰¹ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 7 f., kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da sie nicht klar zwischen den beiden Absätzen des Art. 27 ZGB unterscheidet, und mit

der Persönlichkeit betreffen, unzulässig.¹⁰⁰² Art. 27 ZGB schützt einerseits bestimmte Aspekte der Persönlichkeit vor rechtsgeschäftlichen Dispositionen, andererseits aber auch die Vertragsfreiheit, denn das Selbstbestimmungsrecht dient der Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁰⁰³ Dazu gehört auch, innerhalb der gesetzlichen Schranken Dispositionen über einzelne Persönlichkeitsgüter treffen zu können.¹⁰⁰⁴

Das Bundesgericht prüfte zuerst, ob über einen bestimmten Persönlichkeitsaspekt überhaupt eine vertragliche Bindung eingegangen werden kann.¹⁰⁰⁵ Es hielt fest, dass im Kernbereich der Persönlichkeit ein absoluter Bindungsausschluss besteht und deshalb diesbezüglich eine gültige vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen ist. Dabei ist bereits die vertragliche Bindung als solche abzulehnen, weil die betreffende Vertragspartei aufgrund subjektiver Elemente in dem infrage stehenden Bereich keiner vertraglichen Bindung unterworfen sein soll.¹⁰⁰⁶ Dementsprechend wäre die Rechtsfolge hier Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses.¹⁰⁰⁷

Zum Kernbereich der Persönlichkeit gehören z. B. die körperliche Bewegungsfreiheit, die physische und psychische Integrität, die Intimsphäre und auch gewisse Ausdrucksformen der Vereinsfreiheit.¹⁰⁰⁸ Demgegenüber gehören gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere der Name, die Stimme oder das Bild nicht zum Kernbereich menschlicher Existenz.¹⁰⁰⁹ Einige Autoren vertreten die Meinung, bei Personendaten handle es sich per se um Persönlichkeitsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören.¹⁰¹⁰ Dieser Ansicht ist beizupflichten, denn es erscheint stossend, jede noch so lose mit der Persönlichkeit verbundenen Daten zum Kernbereich der menschlichen Existenz zu zählen, nicht jedoch die eigene Stimme oder (sogar potenziell kompromittierende) Abbilder.

Allerdings könnte erwogen werden, zwischen Personendaten mit einem «kindspezifischen persönlichkeitsrechtlichen Kern» und solchen mit «fungiblen Aspekten» zu unterscheiden.¹⁰¹¹ Nach dem geltenden Recht existiert bereits die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten; dabei handelt es sich um Daten, welche besonders eng mit der Persönlichkeit der Betroffenen verbunden sind.¹⁰¹² Gemäss Art. 3 lit. c DSGVO gehören dazu Daten über (1.) die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, (2.) die Gesundheit, die

dem Hinweis, dass zur Untersuchung allfälliger Persönlichkeitsrechtswidrigkeit auf Abs. 2 abzustellen sei.

¹⁰⁰² BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 217.

¹⁰⁰³ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

¹⁰⁰⁴ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

¹⁰⁰⁵ BGE 136 III 401, 407, m. H. auf AEBI-MÜLLER, N 217; ebenso BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 9, m. H. auf HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11.08 ff. und BUCHER, OR AT, S. 260 ff.

¹⁰⁰⁶ BGE 136 III 401, 407.

¹⁰⁰⁷ AEBI-MÜLLER, N 218; BGE 129 III 209, 213, E. 2.2.

¹⁰⁰⁸ BGE 136 III 401, 407; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 12.

¹⁰⁰⁹ BGE 136 III 401, 405.

¹⁰¹⁰ WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14.

¹⁰¹¹ Beide Zitate von SATTLER, JZ 2017, S. 1042; ähnlich BULL, S. 55 ff.

¹⁰¹² Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, (3.) Massnahmen der sozialen Hilfe sowie (4.) administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Gerade angesichts der vom heutigen Standpunkt aus unvorhersehbaren Risiken der (künftigen) automatischen Datenverarbeitung könnte es vertretbar erscheinen, insbesondere solche Daten dem Kernbereich der menschlichen Existenz zuzuordnen und damit Verträge über diese Daten bereits vom Gegenstand her als unzulässig einzustufen.

Meines Erachtens wäre es aber zugunsten der Selbstbestimmung bzw. Autonomie der Betroffenen angemessen, Verträge über solche Daten grundsätzlich zuzulassen und die allfällige Übermässigkeit solch einer vertraglichen Bindung in der nächsten Stufe, d. h. unter Einbeziehung aller Vertragsbedingungen, zu prüfen. Für diese Ansicht spricht, dass das geltende Datenschutzrecht an die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten zwar insgesamt höhere Anforderungen stellt, die betroffenen Personen aber dennoch durch Erteilen ihrer ausdrücklichen Einwilligung über die Zulässigkeit bestimmen können (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO).

c) Übermässige Bindung aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen

Wenn grundsätzlich die Möglichkeit zu einer vertraglichen Verpflichtung besteht, muss in einem nächsten Schritt das konkrete Rechtsgeschäft auf eine übermässige Bindung aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen hin überprüft werden.¹⁰¹³ Der Sinn und Zweck des Art. 27 Abs. 2 ZGB besteht darin, Rechtsträger vor übermässiger rechtsgeschäftlicher Selbstbindung zu schützen.¹⁰¹⁴ Bei der Prüfung des Übermasses sind verschiedene Kriterien, so insbesondere die Intensität, die Dauer, die (fehlende) Parität und der Grad an Fremdbestimmtheit, heranzuziehen.¹⁰¹⁵ Es müssen auch entlastende Elemente berücksichtigt werden, so z. B. allfällige Gegenleistungen oder andere Vorteile und das Abwälzen von Risiken.¹⁰¹⁶ Ob eine übermässige Bindung vorliegt, ist nach einer Gesamtwertung aller Faktoren zu bestimmen.¹⁰¹⁷

Wird eine vertragliche Bindung als übermässig eingestuft, erscheint die Annahme der Nichtigkeit des gesamten Vertragsverhältnisses meist als unangemessen. Stattdessen ist im Sinne des *favor negotii* Teilnichtigkeit anzunehmen und die übermässig belastete Vertragspartei kann die Modifikation der rechtlichen Verpflichtungen auf ein tragbares Mass verlangen.¹⁰¹⁸ Insbesondere kann ein Kündigungsrecht nach Ablauf einer reduzierten Vertragsdauer oder auch ein ausserordentliches Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen eingeräumt werden.¹⁰¹⁹

¹⁰¹³ BGE 136 III 401, 407, m. H. auf AEBI-MÜLLER, N 217; ebenso BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 9; BUCHER, OR AT, S. 260 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11.08 ff.; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14; vgl. BÜCHLER, AcP 2006, S. 329.

¹⁰¹⁴ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

¹⁰¹⁵ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10, m. w. N.; dazu auch KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 6 ff.

¹⁰¹⁶ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10; vgl. BGE 128 III 428, 432.

¹⁰¹⁷ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10.

¹⁰¹⁸ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 28, in Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 OR; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 10; BGE 120 II 35, 40, E. 4 a.

¹⁰¹⁹ Dazu KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 10. BGE 128 III 428, 429 ff., E. 3; BÜCHLER, AcP 2006, S. 329.

Hinsichtlich Verträgen über Personendaten müssen zur Feststellung einer allfälligen Übermässigkeit insbesondere die betroffenen Personendaten, allfällige finanzielle Gegenleistungen, die Dauer der Vertragsbindung sowie der Grad der Fremdbestimmung berücksichtigt werden.¹⁰²⁰ Die Zulässigkeit eines Widerrufs der Einwilligung im Sinne einer Kündigung des Vertragsverhältnisses könnte somit daran festgemacht werden, ob die vertragliche Bindung im Einzelfall als übermässig im Sinne des Art. 27 ZGB erscheint.¹⁰²¹

Hierbei besteht namentlich die Möglichkeit, dem besonders schützenswerten Charakter mancher Personendaten Rechnung zu tragen. Denkbar ist, eine unwiderrufliche Vertragsbindung über solche Daten per se als übermässig einzustufen oder die Unwiderrufbarkeit nur für einen beschränkten Zeitraum zuzulassen. Dabei könnte die Einstufung als besonders schützenswerte Personendaten zukünftig auch auf weitere Daten ausgedehnt oder aber sogar eingeschränkt werden.

Sinnvoll erscheint überdies, auch die Menge der zu bearbeitenden Daten zu berücksichtigen. Werden beispielsweise viele Personendaten bearbeitet, welche zwar nicht (oder nicht mehrheitlich) in die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten fallen, jedoch die Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit der betroffenen Person zulassen und somit die Bildung von Persönlichkeitsprofilen (Profiling)¹⁰²² erlauben, könnte die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung eine übermässige Bindung darstellen.¹⁰²³

Hervorzuheben ist die Erkenntnis, dass heute auch triviale Daten von Bedeutung sind und nicht alle Daten gleichermassen mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen verknüpft sind.¹⁰²⁴ Dementsprechend muss kritisch hinterfragt werden, ob alle Personendaten gleichermassen einem hohen Schutzniveau unterliegen sollten¹⁰²⁵ und jede unwiderrufliche vertragliche Bindung als übermässig gelten sollte. Wie gezeigt besteht bei der Prüfung der Übermässigkeit einer konkreten Vertragsbeziehung die Möglichkeit, diesem Umstand Rechnung zu tragen und zu differenzieren. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat jedenfalls den Weg eröffnet, bindende Verträge über Personendaten anzuerkennen.¹⁰²⁶

¹⁰²⁰ WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 273. Gemäss WEBER/SOMMERHALDER, S. 160, kann auch der Verzicht auf Zugang zu Personendaten übermässig sein. Allerdings garantiert Art. 8 DSGVO ein Auskunftsrecht der betroffenen Personen, weshalb stets ein Zugangsrecht besteht.

¹⁰²¹ WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; vgl. BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14. AEBI-MÜLLER, N 215, hält fest, die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung sei regelmässig inhaltlich, räumlich und/oder zeitlich beschränkt. Ansonsten würde die betroffene Person das Recht völlig preisgeben.

¹⁰²² Art. 3 lit. d DSGVO; dazu z.B. WEICHERT, ZD 2013, S. 255.

¹⁰²³ SCHNEIDER, S. 124, weist darauf hin, dass es heute kein belangloses Datum mehr gibt aufgrund der neuen und künftigen Big Data-Analysen und der erleichterten Möglichkeiten, verschiedene Datenbestände miteinander zu verknüpfen. Zum Profiling und Verhaltensprognosen durch Big-Data-Analysen Bericht AG Digitaler Neustart, S. 308 ff.

¹⁰²⁴ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

¹⁰²⁵ DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

¹⁰²⁶ Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31, welcher Entscheid BGE 136 III 401 als «neuen Weg» bezeichnet, mit dem die Nutzung von Personendaten vereinfacht werden könnte.

2. Wirtschaftliche Interessen

Die fehlende Übermäßigkeit der vertraglichen Bindung ist nicht das einzige Kriterium, das vom Bundesgericht zur Begründung der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung herangezogen wird. So sollen Persönlichkeitsrechtsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, dann Gegenstand von vertraglichen und unwiderruflichen Verpflichtungen sein können, wenn wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.¹⁰²⁷ So befand das Bundesgericht: «[a]ngesichts der Bedeutung, welche die Vermarktung des eigenen Bilds, des Namens oder der Stimme in den letzten Jahrzehnten erreicht hat, ist es lebensfremd, weiterhin die Einwilligung zur Abtretung der Rechte am eigenen Bild als einer rechtlich bindenden Verpflichtung nicht zugängliches Geschäft anzusehen, das jederzeit und frei widerrufbar sein soll.»¹⁰²⁸ Das Bundesgericht führt weiter aus, dies gelte nicht nur für bekannte Persönlichkeiten, sondern auch für andere Personen, die eigene wirtschaftliche Interessen in Form von Werbung und/oder unmittelbarer Entschädigung verfolgen.¹⁰²⁹

Es bleibt unklar, ob das Bundesgericht das Kriterium der im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen innerhalb der Prüfung des Art. 27 ZGB berücksichtigt oder von einer eigenständigen Voraussetzung ausgeht.¹⁰³⁰ Die wirtschaftlichen Interessen sind für den Kontext, in dem eine allfällige Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung diskutiert wird – nämlich den Geschäftsmodellen «Leistung gegen Daten» – essenziell, weswegen ihnen eigenständige Bedeutung zukommen sollte. Es geht darum, ob Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung (anstatt eines Entgelts) geleistet werden, um eine Gegenleistung zu erlangen.

Der Sinn und Zweck hinter dem Kriterium der wirtschaftlichen Interessen könnte zudem sein, stossende Situationen zu vermeiden.¹⁰³¹ Das Bundesgericht betont in genannter Entscheid, die auf den Bildern abgebildete Person habe «aus rein finanziellen Interessen gehandelt».¹⁰³² Sie habe ihre Bildrechte entgeltlich abgetreten.¹⁰³³ In solchen Situationen erscheint es angemessen, die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts zu betonen. Anders wäre die Widerrufbarkeit von Einwilligungen in Persönlichkeitsverletzungen zu beurteilen, bei denen die betroffene Person keine Gegenleistung erhält. In diesen Fällen erscheint es stossend, die betroffene Person auf ihrer Einwilligungserteilung zu beharren. Das Persönlichkeitsrecht ist höher zu werten als die Verbindlichkeit der Einwilligung.

Bei den Rechtsgeschäften, bei denen Betroffene im Gegenzug für die Einwilligung in die Nutzung sie betreffender Daten einen Vorteil erhalten, kann zwischen zwei Situationen unterschieden werden, welche beide im Folgenden untersucht werden. Erstens könnte die Gegenleistung im vollständigen Überlassen z. B. eines digitalen Inhalts bestehen (a). Zweitens kann die dauerhafte Nutzung digitaler Inhalte als Ge-

¹⁰²⁷ BGE 136 III 401, 405.

¹⁰²⁸ BGE 136 III 401, 405.

¹⁰²⁹ BGE 136 III 401, 405 f.

¹⁰³⁰ Vgl. BGE 136 III 401, 405, 407 und 409.

¹⁰³¹ Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

¹⁰³² BGE 136 III 401, 409.

¹⁰³³ BGE 136 III 401, 409.

genleistung vereinbart werden (b). Ausserdem wird kurz auf Situationen eingegangen, bei denen ein Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung besteht (c).

a) *Vollständiges Überlassen einer Gegenleistung*

Zunächst ist es möglich, einen digitalen Inhalt als Gegenleistung für die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung vollständig zu überlassen, z. B. wenn ein Film oder ein Musikstück von einer Plattform heruntergeladen werden kann. Bei Annahme eines freien Widerrufsrechts der betroffenen Person liesse sich die Einwilligung unmittelbar nach Abschluss des Downloads widerrufen.¹⁰³⁴ In diesem Fall käme die betroffene Person in den vollen Genuss des Vorteils und des wirtschaftlichen Werts des digitalen Inhalts, während ihr Vertragspartner kaum von der Personendatenbearbeitung profitieren konnte.¹⁰³⁵ Selbst wenn der überlassene digitale Inhalt bei Widerruf der Einwilligung umgehend zu löschen ist, bestehen Missbrauchsrisiken insbesondere aufgrund der technischen Möglichkeiten, digitale Inhalte zu vervielfältigen und zu verbreiten.¹⁰³⁶ SPECHT spricht hier von einer «De-facto-Unmöglichkeit der vollständigen Rückholung des digitalen Inhaltes»¹⁰³⁷. Dieses Ergebnis erscheint stossend.¹⁰³⁸

Wenn betroffene Personen sie betreffende Daten hingeben und dafür eine konkret definierte Gegenleistung, welche neben einem digitalen Inhalt ja auch z. B. in einem Entgelt bestehen kann, vollständig überlassen erhalten, kann es gerechtfertigt sein, die dafür erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich anzusehen.¹⁰³⁹ Mit Blick auf die soeben dargelegte Prüfung der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB wäre auch denkbar, die Unwiderrufbarkeit nicht absolut, aber für einen angemessenen Zeitraum anzunehmen.

Alternativ – als eine das Persönlichkeitsrecht weniger belastende Massnahme – wird vorgeschlagen, den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen, aber eine Wertersatzpflicht (anstatt einer Löschungspflicht bei digitalen Inhalten) vorzusehen.¹⁰⁴⁰ Dieser Ansatz soll nicht an dieser Stelle, sondern sogleich in § 10 untersucht werden.

b) *Dauerhafte Nutzung digitaler Inhalte*

Neben dem Fall der punktuellen und endgültigen Überlassung einer Gegenleistung, wie z. B. eines digitalen Inhalts, existieren diejenigen Fälle, in denen die Gegenleistung für die Einwilligungserteilung in der dauernden Nutzungsmöglichkeit digitaler

¹⁰³⁴ SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 13; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

¹⁰³⁵ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰³⁶ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰³⁷ SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 13.

¹⁰³⁸ SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, ODW 2017, S. 125; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

¹⁰³⁹ SPECHT, JZ 2017, S. 769, welche aber betont, dies sollte dagegen nicht bei der Bereitstellung des blossen Zugangs zu digitalen Inhalten wie z. B. bei sozialen Netzwerken gelten.

¹⁰⁴⁰ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

Inhalte besteht.¹⁰⁴¹ SPECHT hält diesbezüglich zu Recht fest, dass diese Fälle nicht unbillig erscheinen, da sich hier keine Missbrauchsrisiken ergeben.¹⁰⁴² Regelmässig wird mit Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Nutzungsmöglichkeit der digitalen Inhalte beendet werden. Die Möglichkeit der Nutzung der digitalen Inhalte durch die betroffene Person und die Möglichkeit der Personendatenbearbeitung durch den Vertragspartner bis zum Widerruf gleichen sich gegenseitig aus.¹⁰⁴³ Deshalb erscheint es in diesen Fällen angemessen, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen.

c) *Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*

Hinzuzufügen ist, dass das schweizerische Privatrecht einen Schutz vor Übervorteilung bei Rechtsgeschäften bereithält. Gemäss Art. 21 Abs. 1 OR kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlangen, wenn ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist. Die Jahresfrist für die Anfechtung des Vertrags beginnt gemäss Abs. 2 des Artikels mit dem Abschluss des Vertrages und stellt eine Verwirkungsfrist dar.¹⁰⁴⁴ Die Rechtsfolge einer gelungenen Anfechtung ist die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags, möglich ist aber auch eine Teilunverbindlichkeit, d. h. der Fortbestand des Vertrags mit modifiziertem Inhalt.¹⁰⁴⁵

Ein offenes Missverhältnis liegt dann vor, wenn die Disparität der Leistungen «jedermann in die Augen» fällt.¹⁰⁴⁶ Die Äquivalenz der Leistungen ist nach freiem richterlichen Ermessen, unter Würdigung aller Vertragsumstände und unter Abwägung des Wertes aller vereinbarten Leistungen sowie der Rechte und Pflichten beider Vertragspartner zu prüfen.¹⁰⁴⁷ Massgebend für die Beurteilung ist der objektive Wert, d. h. der Markt- oder Börsenpreis, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.¹⁰⁴⁸ In Fällen, in denen kein Marktpreis für eine Leistung besteht, muss zwangsläufig auf andere Kriterien wie die Kosten bzw. den Leistungsaufwand oder den Marktpreis für vergleichbare Leistungen ausgewichen werden.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴¹ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰⁴² SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰⁴³ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰⁴⁴ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 2; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 13; Urteil des BGer 4A_542/2012, E. 2.5, vom 24.01.2013.

¹⁰⁴⁵ Dazu BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 15 f., m. w. N.; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 10 ff.; BGE 123 III 200, 202 f., E. 2.

¹⁰⁴⁶ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 5; BGE 53 II 483, 488; BGE 46 II 55, 60; Urteil des BGer 4C.254/2004, E. 3.3.1, vom 03.11.2004; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; a. A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 734, welche an das Missverhältnis keine allzu strengen Anforderungen stellen wollen.

¹⁰⁴⁷ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 5.

¹⁰⁴⁸ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 6; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; BGE 123 III 292, 303.

¹⁰⁴⁹ BGE 123 II 292, 303; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 6; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; a. A. BUCHER, OR AT, S. 231.

Eine subjektive Ausnahmesituation, die die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt und ein freies Aushandeln der Vertragsbedingungen ausschliesst, liegt insbesondere in den vom Gesetz exemplarisch angeführten Fällen der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns vor.¹⁰⁵⁰ In Fällen, in denen die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich, oder zumindest als unwiderruflich innerhalb einer bestimmten Vertragslaufzeit, angesehen wird, könnte diese Norm aufgrund Unerfahrenheit zur Anwendung gelangen. Dafür genügt bereits, wenn eine Vertragspartei aufgrund fehlender Kenntnisse die Tragweite und Bedeutung des betroffenen Vertrags sowie das Äquivalenzverhältnis nicht einzuschätzen vermag.¹⁰⁵¹ Dabei ist zu beachten, ob die erforderlichen Kenntnisse fehlen durften, mithin mit der gebotenen Vorsicht und Besonnenheit vorgegangen wurde.¹⁰⁵² Gerade in Big-Data-Sachverhalten ist eine Unerfahrenheit der betroffenen Personen denkbar. Schwieriger wird sich allerdings die Begründung und vor allem der Beweis des offenbaren Missverhältnisses der Leistungen für die Betroffenen darstellen, denn der Wert von Personendaten lässt sich kaum feststellen.¹⁰⁵³ Allerdings erscheint es dennoch möglich, in konkreten Fällen die Leistungen der Vertragsparteien gegenüberzustellen.

Schliesslich muss die Entscheidungsschwäche des Übervorteilten von der Gegenpartei bewusst ausgenutzt worden sein, damit der Vertrag mit dem Missverhältnis abgeschlossen wird.¹⁰⁵⁴ Je nach Ausgestaltung des Vertrags und des Geschäftsmodells wäre dieses Kriterium bei Big-Data-Sachverhalten ebenfalls denkbar. In der Rechtsprechung wird allerdings betont, die Berufung auf Art. 21 OR dürfe nur ausnahmsweise gestattet werden.¹⁰⁵⁵

3. Dispositionsbefugnis

Aus BGE 136 III 401 geht nicht klar hervor, ob die Einwilligung in den gezeigten Fällen grundsätzlich unwiderruflich ist oder nur dann, wenn die Parteien dies ausdrücklich so vereinbart haben. In letzterem Fall wäre die Einwilligung also grundsätzlich widerruflich, die Widerrufbarkeit stünde jedoch zur Disposition der Parteien.

Folgt man der Logik des Vertragsrechts und auch des Art. 27 ZGB, sollte allerdings davon ausgegangen werden, dass die Einwilligung bei synallagmatischen Verträgen mit im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen grundsätzlich unwiderruflich erteilt wird. So betonte das Bundesgericht im betreffenden Entscheid

¹⁰⁵⁰ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 10.

¹⁰⁵¹ BGE 92 II 168, 175 f., E. 5; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.4, vom 13.10.2005; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 8; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 12; es ist dagegen (wie noch in BGE 85 II 402, 413) nicht notwendig, dass eine Vertragspartei allgemein unfähig ist, ein Geschäft angemessen zu würdigen.

¹⁰⁵² KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 8.

¹⁰⁵³ Dazu § 6 IV; vgl. SCHEUCH, S. 54.

¹⁰⁵⁴ BGE 123 III 292, 305; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.4, vom 13.10.2005; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 14; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 9.

¹⁰⁵⁵ Urteil des BGer 4A_21/2009, E. 3, vom 11.03.2009; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.1, vom 13.10.2005; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 1.

auch, dass die Beschwerdegegnerin, die auf den Bildern zu sehen war und ihre Einwilligung widerrufen wollte, Umstände nachzuweisen hätte, welche ihren ausnahmsweisen Rücktritt zulassen.¹⁰⁵⁶

Denkbar wäre allerdings, die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nur dann gelten zu lassen, wenn dies von den Parteien ausdrücklich im Vertrag festgehalten wurde. Dies würde einen zusätzlichen Schutzmechanismus für die betroffenen Personen darstellen, schliesslich erscheint es viel verlangt, vor Vertragsschluss eine Prüfung auf übermässige Bindung und wirtschaftliche Interessen vorzunehmen. Freilich könnte dieser Mechanismus in der Praxis ins Leere laufen, wenn die Erklärung von Unternehmen bloss in die – jetzt schon unübersichtlichen – Datenschutzerklärung aufgenommen und nicht ausdrücklich hervorgehoben werden würde. Soll ein solcher Schutzmechanismus sinnvoll realisiert werden, sollten die betroffenen Personen in diesem Punkt ausdrücklich zustimmen müssen.

4. Zwischenergebnis

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Persönlichkeitsrechtsgüter wie das Recht am eigenen Bild grundsätzlich Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein, wenn dabei die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen im Vordergrund stehen. Nur Persönlichkeitsrechtsgüter, die dem «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit»¹⁰⁵⁷ zugeordnet werden, sollen von unwiderruflichen vertraglichen Vereinbarungen ausgeschlossen sein.

Die vorliegende Untersuchung konnte zunächst zeigen, dass Verträge über Personendaten nicht sittenwidrig sind und Art. 20 OR demnach der Verbindlichkeit solcher Verträge nicht entgegensteht. Anschliessend wurde geprüft, ob über Personendaten vertragliche Bindungen eingegangen werden können, oder ob sie zum Kernbereich der Persönlichkeit zu zählen sind und deshalb gemäss Art. 27 OR ein absoluter Bindungsausschluss besteht, welcher vertragliche Vereinbarungen ausschliesst. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass Personendaten nicht zum Kernbereich der Persönlichkeit gehören und Verträge über Personendaten möglich sind. In einem nächsten Schritt muss jedoch das konkrete Rechtsgeschäft dahingehend untersucht werden, ob es in Anwendung von Art. 27 OR als übermässig qualifiziert werden kann. Kriterien zur Feststellung einer allfälligen Übermässigkeit stellen insbesondere die Art und Menge der Personendaten, allfällige finanzielle Gegenleistungen, die Dauer der Vertragsbindung sowie der Grad der Fremdbestimmung dar. Hierbei besteht die Möglichkeit, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht alle Vereinbarungen über Personendaten die Persönlichkeit gleich stark betreffen. Wird die Übermässigkeit der vertraglichen Bindung festgestellt, ist in den meisten Fällen keine Nichtigkeit des gesamten Vertrags anzunehmen, sondern die Modifikation der vertraglichen Verpflichtungen auf ein tragbares Mass vorzunehmen.

Das zweite Kriterium, das vom Bundesgericht zur Begründung der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung herangezogen wird, ist das Im-Vordergrund-stehen der wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Person. Es geht darum, ob Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung geleistet werden, um eine Gegenleistung zu erlangen. Dabei sollte unterschieden werden, ob im konkreten Fall der betroffenen

¹⁰⁵⁶ BGE 136 III 401, 409 f.

¹⁰⁵⁷ BGE 136 III 401, 405.

Person ein digitaler Inhalt vollständig überlassen oder die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit digitaler Inhalte eingeräumt wird. Wird ein digitaler Inhalt, also beispielsweise ein Film, punktuell und dauerhaft überlassen, erscheint es gerechtfertigt, die dafür hingeebene datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich zu betrachten. Denkbar wäre allerdings auch, die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nur im Sinne einer Dispositionsbefugnis anzunehmen, also nur dann, wenn die Unwiderrufbarkeit von den Parteien ausdrücklich im Vertrag festgehalten wurde. Im Gegensatz dazu gleichen sich die dauerhafte Möglichkeit der Nutzung digitaler Inhalte durch die betroffene Person und die Möglichkeit der Personendatenbearbeitung durch den Vertragspartner bis zum Widerruf gegenseitig aus. Deshalb erscheint es in diesen Fällen angemessen, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen.

III. Folgen der Unwiderrufbarkeit

Nachdem die verschiedenen Möglichkeiten der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung dargelegt wurden, ist nach den damit einhergehenden Folgen zu fragen. Bei der Untersuchung der Folgen der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sind zwei Varianten zu unterscheiden: Einerseits kann die datenschutzrechtliche Einwilligung als dauerhaft unwiderruflich angesehen werden, andererseits könnte ihre Unwiderrufbarkeit auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt sein.

1. Dauerhafte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Zunächst kann eine in einem synallagmatischen Vertrag, bei dem wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung als dauerhaft, d. h. unbegrenzt in die Zukunft, unwiderruflich angesehen werden. In diesem Fall erhielte der Einwilligungsempfänger ein dauerhaftes einfaches Nutzungsrecht an den betreffenden Personendaten. Je nach Ausgestaltung der Einwilligung erhielte er ausserdem das Recht, die betreffenden Personendaten an Dritte zur Nutzung weiterzugeben. Es stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer dauerhaft unwiderruflichen Einwilligung eine Verfügung über Personendaten darstellt.

In § 4 wurde festgestellt, dass es sich bei der widerrufenen datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht um eine Verfügung handelt. Als Begründung wurde angeführt, dass eine Verfügung immer eine Reduktion der Aktiven darstellt¹⁰⁵⁸ und durch Erteilung der Einwilligung das Vermögen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt oder verbraucht wird. Die betroffene Person kann nach wie vor die sie betreffenden Daten selbst nutzen und auch über weitere Datenbearbeitungen durch Dritte bestimmen. Ausserdem gilt die Nutzungsbefugnis des Einwilligungsempfängers lediglich gegenüber der einwilligungserteilenden Person und nicht *erga omnes*. Der Einwilligungsempfänger kann also keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen Dritte geltend machen und erhält durch die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung nicht einmal gegenüber der betroffenen Person eine gesicherte Rechtsposition. Die Frage ist nun, ob sich an dieser Einschätzung durch die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung etwas ändert.

¹⁰⁵⁸ VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194. Ebenso BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160; SCHWENZER, N 3.33.

Einerseits könnte das unwiderrufliche Erteilen der Einwilligung für die betroffene Person einer Entäusserung gleichkommen, da sie in der Ausübung eines Teils ihrer Abwehrbefugnisse eingeschränkt wäre und ein eigenständiges Recht zur Nutzung der jeweiligen Daten entstünde. Der Einwilligungsempfänger hätte eine gesicherte Rechtsposition inne und die betroffene Person wäre in ihrem rechtlichen Können beschränkt, da sie die Nutzung der betreffenden Daten nicht verhindern kann. Dies spricht für das Vorliegen einer Verfügung.

Andererseits blieben die eigene Nutzungsbefugnis der betroffenen Person sowie die Befugnis, Dritten (weitere) Nutzungsrechte über dieselben Daten einzuräumen, nach wie vor erhalten. Zudem könnte der Einwilligungsempfänger sein Recht nur gegenüber der betroffenen Person geltend machen; dass die Einwilligung unwiderrufbar ist, gibt dem Nutzungsrecht keine Wirkung *erga omnes* und eine Nutzung der betreffenden Personendaten durch Dritte kann vom Einwilligungsempfänger nicht verhindert werden. Deshalb kann auch bei der unwiderruflich erteilten Einwilligung nicht von einer Verfügung gesprochen werden. Es bleibt bei einer rein schuldrechtlichen Ebene, obwohl die Nähe zur Verfügung nicht geleugnet werden kann. Für diese Ansicht spricht überdies, dass bei anderen Persönlichkeitsrechtsgütern, wie z. B. beim Recht am eigenen Bild, ebenso eine rein schuldrechtliche Ebene angenommen wird, auch wenn die Einwilligung in deren Nutzung grundsätzlich unwiderruflich ausgestaltet ist.¹⁰⁵⁹

Vergleichbar könnte die Situation mit dem Verwertungsrecht im Urheberrecht sein: Der Verlagsvertrag beinhaltet gemäss Art. 381 Abs. 1 OR die Verpflichtung des Verlagebers, dem Verleger die nötigen Urheberrechte am Werk zu übertragen; die Übertragung urheberrechtlicher Befugnisse ist damit ein Wesensmerkmal des echten Verlagsvertrags.¹⁰⁶⁰ Mit der Übertragung der zugewiesenen Rechte werden immer auch die Rechte auf der Durchsetzungsebene mit übertragen mit dem Ergebnis, dass der Verleger Dritten die Werknutzung untersagen kann.¹⁰⁶¹ Allerdings ist die Übertragung der Rechte nicht zwingend. Dem Verleger könnte auch nur eine Lizenz zur Publikation des Werks eingeräumt werden, womit er allerdings nur gegen Dritte vorgehen kann, sofern die Lizenz eine ausschliessliche ist.¹⁰⁶² Obwohl die Lizenzerteilung nicht beliebig einseitig widerrufen werden kann, stellt sie dennoch keine Übertragung, d. h. keine Verfügung, dar.¹⁰⁶³

2. Begrenzte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann nicht nur dauerhaft unwiderrufbar ausgestaltet werden, sie kann auch nur für einen bestimmten Zeitraum oder eine bestimmte Vertragsdauer als unwiderruflich gelten. Damit erhielte der Einwilligungsempfänger ein zeitlich begrenztes Nutzungs- und allenfalls Weiterverbreitungsrecht. Nachdem soeben festgestellt wurde, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung durch eine dauerhaft unwiderrufliche Ausgestaltung nicht zur Verfügung wird, muss

¹⁰⁵⁹ SPECHT, JZ 2017, S. 769; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270 ff., m. w. N.

¹⁰⁶⁰ HUGUENIN, N 3807; BUCHER, OR BT, S. 218; BGE 101 II 102, 106, E. 1b.; dazu auch BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2 ff.

¹⁰⁶¹ BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2; vgl. BUCHER, OR BT, S. 216, 218; HUGUENIN, N 3807.

¹⁰⁶² BUCHER, OR BT, S. 216; vgl. HUGUENIN, N 3807.

¹⁰⁶³ Vgl. BUCHER, OR BT, S. 218; BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2.

dasselbe für die Einwilligung gelten, die nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne widerrufen werden kann.

IV. Regelungsbedarf

Da die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Weg geebnet hat, um die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung zumindest in Fällen anzunehmen, in denen die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen, kann dieser Ansatz grundsätzlich auch ohne Zutun des Gesetzgebers realisiert werden. Allerdings könnte diese Entwicklung auch ausbleiben oder nur langsam voranschreiten, solange es keine gefestigte Rechtsprechung gibt und die herrschende Lehre und die Datenschutzbehörden konsequent von der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung ausgehen. Zudem ist notwendige Voraussetzung für gerichtliche Rechtsfortbildung, dass entsprechende Fälle vor Gericht verhandelt werden und bis sich eine gefestigte Rechtsprechung herausgebildet hat, herrscht (weiterhin) Rechtsunsicherheit. Deshalb wäre es ratsam, wenn der Gesetzgeber sich der Angelegenheit annehmen und die nötigen Entscheidungen hinsichtlich der rechtlichen Abbildung von verbindlichen Verträgen über Personendaten treffen würde.

V. Prüfung des Vorschlags anhand der Interessenlage

Nachdem der Vorschlag, die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich auszugestalten, dargestellt wurde, muss er nun einer Überprüfung anhand der Interessenlage standhalten. Dafür wird untersucht, ob der Vorschlag den einzelnen Interessen dienlich ist.

1. Persönlichkeitsschutz der Betroffenen

Zuerst ist zu untersuchen, wie der Vorschlag zum Interesse am Persönlichkeitsschutz der betroffenen Personen steht. Klar festgehalten werden muss, dass sich durch die unwiderrufliche Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Einwilligung das Schutzniveau nicht erhöht. Der Datenschutz wird dadurch nicht strenger. In § 5 wurde ein Handlungsbedarf hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Grundsätze sowie der Einhaltung der Voraussetzungen einer informierten Einwilligung festgestellt. Dieser Handlungsbedarf wird durch den Vorschlag nicht bedient.

Andererseits würde sich das Schutzniveau auch nicht stark verschlechtern. Schliesslich wäre die Einwilligung nicht grundsätzlich unwiderruflich, sondern nur dann, wenn sie in synallagmatischen Verträgen als Gegenleistung hingegeben wird und wirtschaftliche Interessen bei dem Rechtsgeschäft im Vordergrund stehen. Wie aufgezeigt, besteht hier die Möglichkeit, die Unwiderrufbarkeit auf Geschäfte zu beschränken, bei denen eine Gegenleistung wie ein digitaler Inhalt oder ein Entgelt punktuell und vollständig überlassen wird. Zudem könnte die Unwiderrufbarkeit auch in zeitlicher Hinsicht beschränkt werden. Dabei könnte sogar ein zusätzlicher Schutzmechanismus eingeführt werden, wenn die Vertragsparteien die Unwiderrufbarkeit konkret vorsehen und die betroffene Person darin ausdrücklich einwilligen muss. Je nach Ausgestaltung des Vorschlags wären die Einbussen im Datenschutz

für die Betroffenen nur minimal oder zumindest im Rahmen des Vertretbaren. Immerhin wäre die Grenze ihrer Verpflichtung das Verbot der übermässigen Bindung nach Art. 27 ZGB.

Neben dem Schutz ihrer Persönlichkeit können die Betroffenen auch ein Interesse daran haben, sie betreffende Daten kommerziell zu verwerten.¹⁰⁶⁴ Ob Personendaten verwertet werden sollen, können die betroffenen Personen frei entscheiden. Genauso steht ihnen frei, keine Rechtsgeschäfte über die Nutzung sie betreffender Daten abzuschliessen. Deshalb sollte die Selbstbestimmung der Betroffenen paternalistischen Schutzüberlegungen vorgehen.¹⁰⁶⁵

Hervorzuheben ist allerdings, dass freie Entscheidungen nur möglich sind, wenn den Betroffenen genügend Informationen zur Verfügung stehen, die auch tatsächlich mit vernünftigem Aufwand erfasst und überblickt werden können. Um die Selbstbestimmung der Betroffenen zu gewährleisten, sollte vermehrt in Richtung Transparenz- und Informationspflichten sowie technische Massnahmen (privacy by design, privacy by default) gedacht werden.

2. Beteiligung am Wert der Daten

Die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung wirkt sich nicht unmittelbar auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Daten aus. Die Betroffenen würden weiterhin nur mittelbar vom Wert sie betreffender Personendaten profitieren, indem sie diese als vertragliche Gegenleistung hingeben. Käme der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei Rechtsgeschäften durch ihre Unwiderrufbarkeit und der damit verbundenen Möglichkeit, dem Einwilligungsempfänger eine gesicherte Rechtsposition zu verschaffen, ein höherer Wert zu, wäre dies für die Betroffenen vorteilhaft.¹⁰⁶⁶

3. Entwicklung der Datenmärkte

Schliesslich ist darzulegen, wie die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sich auf Märkte für Personendaten auswirken würde. Auf den Primärmärkten ist ein positiver Einfluss des Vorschlags zu erwarten, denn es wären bindende Verträge über Personendaten möglich. Je nach Ausgestaltung und Rechtsgrundlagen des Vorschlags bestünde allerdings das Risiko erneuter Rechtsunsicherheit: Wenn sich allein auf die Rechtsfortbildung durch die Gerichte verlassen wird, wären die Rahmenbedingungen für die Erteilung einer unwiderruflichen Einwilligung *vage*. Wie dargelegt, bestehen aber immerhin verschiedene Möglichkeiten, die Unwiderrufbarkeit zuzulassen und auszugestalten.

Die Handelbarkeit von Personendaten auf den Sekundärmärkten würde durch den Vorschlag erleichtert werden. Innerhalb der (z. B. zeitlichen) Grenzen der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung könnten die Einwilligungsempfänger die betreffenden Personendaten zur Nutzung an Dritte weitergeben, zumindest wenn die betroffenen

¹⁰⁶⁴ Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

¹⁰⁶⁵ Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1045; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

¹⁰⁶⁶ Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50. Gemäss SCHÄFER/OTT, S. 71, ist «der Marktwert einer Ressource [...] umso höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte [...] sind.»

Personen darin eingewilligt haben. So könnten weitere Interessierte rechtssicheren Zugang zu Personendaten erhalten, auch wenn sie nicht Vertragspartner der betroffenen Personen sind.¹⁰⁶⁷

THOUVENIN hielt hinsichtlich der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung denn auch fest, dieser «vergleichsweise kleine Schritt» sollte die «Transaktionsfähigkeit von Personendaten massgeblich [...] erhöhen», was einen Beitrag zur effizienten Nutzung von Personendaten leisten würde.¹⁰⁶⁸ Deshalb sieht er den Vorschlag als «nahezu unbestreitbar richtige[n], ja als ein geradezu zwingende[n] Schritt»¹⁰⁶⁹ an.

VI. Ergebnis

Im Ergebnis sollte zugunsten der Selbstbestimmung bzw. der Privatautonomie an der Einwilligung als Instrument der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten festgehalten werden.¹⁰⁷⁰ Betroffene Personen, die sie betreffende Daten wirtschaftlich verwerten möchten, sollten dies tun können.¹⁰⁷¹ Um die Selbstbestimmung der Betroffenen zu gewährleisten, sollten allerdings Bestrebungen in Richtung Transparenz- und Informationspflichten sowie technischer Massnahmen (privacy by design, privacy by default) unterstützt und umgesetzt werden.

Das Bundesgericht hat mit dem Leitentscheid BGE 136 III 401 den Weg eröffnet, die datenschutzrechtliche Einwilligung zumindest bei Rechtsgeschäften, bei denen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, als unwiderruflich anzusehen. Dabei ist massgeblich, dass die vertragliche Bindung keine übermässige gemäss Art. 27 ZGB darstellt. Während die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung in Geschäften, bei denen die Gegenleistung punktuell und vollständig überlassen wird, angemessen erscheint, könnte es allerdings genauso angebracht sein, in Geschäften mit dauerhafter Nutzung der digitalen Inhalte und der Personendaten keine unwiderrufbare Einwilligung anzunehmen. Hervorzuheben ist jedenfalls die Erkenntnis, dass heute auch triviale Daten von Bedeutung sind und nicht alle Daten gleichermaßen mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen verknüpft sind. Dementsprechend muss kritisch hinterfragt werden, ob alle Personendaten gleichermaßen einem hohen Schutzniveau unterliegen sollten.¹⁰⁷² Bei Abstellen auf die allfällige Übermässigkeit der vertraglichen Bindung können hinsichtlich der Art und Menge der Personendaten sowie des Rechtsgeschäfts entsprechende Differenzierungen vorgenommen werden. Denkbar ist auch, die Unwiderrufbarkeit nicht grundsätzlich anzunehmen, sondern lediglich eine Dispositionsbefugnis der Parteien zuzulassen. Dies könnte einen zusätzlichen Schutzmechanismus für die betroffenen Personen darstellen, insbesondere, wenn sie in diesen Punkt ausdrücklich einwilligen müssten. Die Regelung der Materie durch den Gesetzgeber ist nicht zwingend notwendig, da sich auch auf Gesetzesauslegung

¹⁰⁶⁷ Vgl. SCHEUCH, S. 54.

¹⁰⁶⁸ THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

¹⁰⁶⁹ THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

¹⁰⁷⁰ Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1045; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225.

¹⁰⁷¹ Z. B. METZGER, AcP 2016, S. 829; vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225.

¹⁰⁷² Zum Ganzen DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

und gerichtliche Rechtsfortbildung verlassen werden könnte. Allerdings erscheint ein Abstecken der Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Durch ihre Unwiderrufbarkeit würde die datenschutzrechtliche Einwilligung noch nicht zu einem Instrument der Verfügung über Personendaten, solange die betroffenen Personen nicht in der Nutzung sie betreffender Daten eingeschränkt werden.

Der Interessenlage wird der Vorschlag nur zum Teil gerecht. Während die Handelbarkeit von Personendaten wohl leicht gefördert würde, werden die festgestellten Mängel in Bezug auf den Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen nicht angesprochen. Das datenschutzrechtliche Schutzniveau würde sogar etwas gesenkt, allerdings nur für diejenigen Personen, die sie betreffende Daten freiwillig kommerzialisieren. Die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Personendaten wird durch den Vorschlag nicht direkt adressiert, die Betroffenen könnten jedoch aufgrund des höheren wirtschaftlichen Werts einer unwiderruflichen datenschutzrechtlichen Einwilligung mittelbar vom Wert sie betreffender Daten profitieren.

Insgesamt präsentiert sich der Vorschlag der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als umsetzbarer und ausreichend flexibler Weg, die Transaktionsfähigkeit von Personendaten zu erhöhen, ohne das Schutzniveau hinsichtlich der Persönlichkeit der betroffenen Personen zu stark herabzusetzen.¹⁰⁷³

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

¹⁰⁷³ Ebenso SATTLER, JZ 2017, S. 1045 f.; THOUVENIN, SJZ 2017, S. 31 f. Im Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225, wird hingegen kein Handlungsbedarf hinsichtlich des Widerrufsrechts gesehen; kritisch zur Einschränkung des Widerrufsrechts SPECHT, ODW 2017, S. 126. Ablehnend SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 23.