



§ 4 Die Einwilligung als Instrument der Kommerzialisierung

Die aus dem Datenschutzrecht fließenden Persönlichkeitsrechte können nicht rechtlich, d. h. nicht mittels Verfügung (translativ oder konstitutiv) übertragen werden, eine faktische Übertragung der zugewiesenen Befugnisse ist jedoch möglich.

Das Instrument für diese faktische Übertragung ist die datenschutzrechtliche Einwilligung. Indem ihre Erteilung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, kann sie ein Instrument darstellen, welches den Betroffenen ermöglicht, Verträge über die Nutzung der sie betreffenden Daten abzuschliessen und diese Personendaten damit kommerziell zu verwerten.⁴¹¹ Dieser Umstand wird in einem ersten Teil untersucht (I.).

Eine Besonderheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist allerdings ihre jederzeitige Widerrufbarkeit, womit die Möglichkeit, Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschliessen, eingeschränkt wird. Daher wird in einem zweiten Teil untersucht, welche Folgen die Widerrufbarkeit sowohl datenschutzrechtlich als auch für den Vertrag hat (II.). Aus den Ergebnissen folgen schliesslich Erkenntnisse zur Rechtsnatur der Einwilligung, die im dritten Teil dargestellt werden (III.).

I. Personendaten als vertragliche Gegenleistung

Im Privatrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie, wonach Parteien frei sind, ihre Verhältnisse innerhalb des gesetzlichen Rahmens selbst vertraglich auszugestalten und grundsätzlich erlaubt ist, was nicht verboten ist.⁴¹² Dieses Prinzip gilt in der Schweiz auch im Datenschutzrecht (unter Privaten):⁴¹³ Die Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen ist grundsätzlich zulässig, sofern sie entweder keine Persönlichkeitsverletzung darstellt oder aber ein Rechtfertigungsgrund in Form der Einwilligung der betroffenen Person oder eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands vorliegt.⁴¹⁴ Die datenschutzrechtliche Einwilligung eröffnet in diesem Sinne bei persönlichkeitsverletzenden Bearbeitungen von Personendaten «einen Spalt für den zivilrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie»⁴¹⁵. Die Einwilligung der betroffenen

⁴¹¹ ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 216; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; vgl. LANGHANKE, S. 95; SPECHT, DGRI 2017, N 5; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; dazu auch KÜHLING, S. 170 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 198 ff.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; SATTLER, Personality, S. 28; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 104.

⁴¹² Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, SATTLER, JZ 2017, S. 1038; SATTLER, Personality, S. 39; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 3 ff.; RADLANSKI, S. 119; z. B. BGE 129 III 35, 42, E. 6.1; BGE 127 III 449, 451, E. 3 c; dazu PEUKERT, Güterzuordnung, S. 74 ff.; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 145; zur Privatautonomie eingehend SPECHT, Diktat der Technik, S. 77 ff.

⁴¹³ VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 1; vgl. dazu auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83 ff.; zum Vorschlag, das DSGVO in zwei Gesetze aufzuteilen, «eines für die Bundesorgane und eines für die Privaten», RUDIN, digma 1/2018, S. 24 ff.

⁴¹⁴ HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 66; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 1. Im Gegensatz dazu gilt nach der DSGVO ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, z. B. SATTLER, JZ 2017, S. 1038; SATTLER, Personality, S. 36; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 225; SATTLER, Personenbezug, S. 68; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 119; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 81 ff.; HERMSTRÜWER, S. 71 ff.; KARIKARI, S. 124.

⁴¹⁵ SATTLER, JZ 2017, S. 1039; ähnlich auch SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; vgl. auch

Person kann eine unzulässige Datenbearbeitung zulässig machen und bietet deshalb die Möglichkeit, sich mit Erteilen der Einwilligung schuldrechtlich zu binden und damit die aus dem Datenschutz fließenden Rechte kommerziell zu verwerten.⁴¹⁶ Mit Erteilen der Einwilligung kann ein Vertragsverhältnis über die Datenbearbeitung eingegangen werden.⁴¹⁷ Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Bearbeitung werden heute auf diese Weise faktisch bereits als vertraglicher Leistungsgegenstand behandelt.⁴¹⁸ Der Vertrag, welcher Personendaten als Gegenleistung vorsieht, könnte ein synallagmatischer sein (1.). Unklar ist allerdings, wie das Vertragsverhältnis rechtlich weiter eingeordnet werden kann (2.) und welche Rechte und Pflichten die Vertragsparteien haben (3.).

1. Leistung gegen Daten - ein synallagmatischer Vertrag

Gerade bei Internetdiensten bezahlen die Nutzer häufig kein Entgelt, sondern willigen stattdessen in die Nutzung ihrer personenbezogenen Daten ein.⁴¹⁹ In solch einem Vertragsverhältnis stehen sich das Offenbaren von Daten und das Erlauben ihrer Nutzung durch die betroffene Person sowie eine Leistung des Diensteanbieters, insbesondere in Form der Bereitstellung eines Dienstes oder der Übermittlung eines digitalen Inhalts, gegenüber.⁴²⁰ Es besteht folglich ein Austauschverhältnis von «Dienst gegen Daten»⁴²¹ oder digitaler Inhalt⁴²² gegen Daten, was gesamthaft als «Leistung gegen

BÜCHLER, AcP 2006, S. 327; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 64; HERMSTRÜWER, S. 71.

⁴¹⁶ ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; ebenso ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; SÄTTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 638 f.; vgl. VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 2; GÖTTING, S. 142; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 220; PEARCE, EDPL 2018, S. 197; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 104 f.

⁴¹⁷ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; SÄTTLER, JZ 2017, S. 1039; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37. Vgl. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 6, welche einen Rechtsbindungs-willen erst mit Registrierung annimmt, weshalb «Daten, die bei der Suchmaschineneingabe oder gewissermaßen beiläufig beim Surfen im Internet anfallen [...], grds. nicht als Gegenleistung in Betracht kommen.»; ebenso SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; ähnlich auch HÄRTING, CR 11/2016, S. 736.

⁴¹⁸ SÄTTLER, JZ 2017, S. 1045; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218 f.

⁴¹⁹ METZGER, AcP 2016, S. 818; SPECHT, JZ 2017, S. 763; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 15, 37; PAAL, S. 151, 156; SCHWEITZER, S. 273; Bericht AG Digitaler Neustart, 203 f.; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; EGGERS/HAMILL/ALI, S. 21; HERMSTRÜWER, S. 59, 75; HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 166; JENTZSCH/ PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 219.

⁴²⁰ METZGER, AcP 2016, S. 832; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; Bericht AG Digitaler Neustart, 15, 204; KILIAN, Gegenleistung, S. 194; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 640; ähnlich wohl WEBER/SOMMERHALDER, S. 166; differenzierend SPECHT, DGRI 2017, N 8; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 15, 37; JENTZSCH/ PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 220; kritisch SCHWEITZER, S. 285 f.

⁴²¹ METZGER, AcP 2016, S. 818; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 11, 15; DIVSI, Ware und Währung, S. 11 ff.; siehe auch Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie: «digitale Dienstleistungen».

⁴²² Digitale Inhalte sind gemäss Art. 2 Nr. 11 der Verbraucherrechterichtlinie und gemäss Art. 2

Daten» bezeichnet werden kann.⁴²³ Zwar gibt es Stimmen in der Lehre, welche hierbei zwei isolierte Rechtsgeschäfte annehmen, nämlich einerseits eine Leistung wie z. B. die kostenlose Nutzung des (werbefinanzierten) Dienstes und andererseits die Einwilligung in die Datenverarbeitung;⁴²⁴ allerdings wird diese Annahme stark kritisiert.⁴²⁵ Die herrschende Lehre ist sich jedoch einig, dass Personendaten, bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung, heute faktisch als vertragliche Gegenleistung hingegeben werden.⁴²⁶ Diese Ansicht wird auch durch die neue europäische Digitale Inhalte-Richtlinie bestätigt, in welcher die Hingabe von Personendaten als vertragliche Gegenleistung anerkannt wird,⁴²⁷ wenn auch in der angenommenen Fassung im Gegensatz zum Entwurf nicht mehr ausdrücklich von «Gegenleistung», sondern nur mehr von der «Bereitstellung» von Daten gesprochen wird.⁴²⁸ Die betroffene Person verpflichtet sich zur Preisgabe sie betreffender Daten und zur Einwilligung in deren Nutzung, um eine Leistung vom Vertragspartner zu erhalten.⁴²⁹ Dementsprechend ist von einem Synallagma, von einem vollkommen zweiseitigen Vertrag, auszugehen.⁴³⁰

2. Einordnung des Vertragsverhältnisses

Es bereitet Schwierigkeiten, das auf Verträge, bei denen Personendaten für eine Gegenleistung hingegeben werden, anwendbare Recht zu bestimmen.⁴³¹ Bei Abstellen

Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden. Dabei ist erforderlich, dass die Inhalte nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden; dazu Bericht AG Digitaler Neustart, S. 229 f.; HÄRTING, CR 11/2016, S. 736; vgl. auch KILIAN, *Gegenleistung*, S. 193; siehe dazu auch DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244, m. w. H., welche sich allerdings für die Bezeichnung «digitale Güter» anstatt «digitale Inhalte» aussprechen.

⁴²³ Vgl. LANGHANKE, S. 95: «Daten gegen Leistung»; HERMSTRÜWER, S. 75.

⁴²⁴ Kritisch DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 15; hierzu eingehend BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 636 ff., m. w. N., und DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587 ff.

⁴²⁵ METZGER, AcP 2016, S. 833; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635 ff.; ROGOSCH, S. 41 f.; DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 15; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 5.

⁴²⁶ ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 69; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; SPECHT, ODW 2017, S. 121; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; SATTLER, *Personality*, S. 28; SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218 f.; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 175, 180.

⁴²⁷ METZGER, AcP 2016, S. 833; SPECHT, JZ 2017, S. 763; KILIAN, *Gegenleistung*, S. 194; vgl. SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 221; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 246; dazu auch HÄRTING, CR 11/2016, S. 735 ff.

⁴²⁸ Vgl. Art. 3 Nr. 1 Entwurf Digitale Inhalte-Richtlinie, COM(2015) 634 final; Art. 3 Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

⁴²⁹ METZGER, AcP 2016, S. 835; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635; HERMSTRÜWER, S. 75; ROGOSCH, S. 43.

⁴³⁰ BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635; METZGER, AcP 2016, S. 835; SPECHT, JZ 2017, S. 764; SPECHT, ODW 2017, S. 121; ROGOSCH, S. 44; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209; differenzierend SPECHT, DGRI 2017, N 8; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218; HERMSTRÜWER, S. 75; vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; kritisch dazu SCHWEITZER, S. 287 f.; a. A. DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 177; zum Begriff des Synallagmas SCHWENZER, N 3.21; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 117.

⁴³¹ DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 37; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 174; vgl. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 19. Zu Verträgen über die Überlassung von Daten zwischen Wirtschaftssubjekten (Sekundärmarkt) SPECHT, *Konsequenzen der Ökonomisierung*, N 374 ff.

auf die Leistung des Vertragspartners der betroffenen Person, scheidet eine Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag aus, denn die betroffene Person erfüllt ihre Gegenleistungspflicht mit der Hingabe von Daten und nicht mit der Leistung eines Entgeltes.⁴³² Da Personendaten keine Sachen sind und an ihnen keine übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte bestehen, können sie nicht verkauft werden, weshalb die Regeln über den Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) auch bei Abstellen auf die Hingabe der Personendaten ausser Betracht fallen.⁴³³ Besteht die Gegenleistung für die Übrmittlung von Personendaten nicht in einem Entgelt, sondern in dem Bereitstellen eines digitalen Inhalts, könnte von einem Tauschvertrag ausgegangen werden.⁴³⁴ Aber auch die Regeln über den Tauschvertrag (Art. 237 f. OR, Verweis auf den Kaufvertrag) passen nicht, denn dabei werden zwei Vertragsgegenstände, an denen jeweils ebenfalls übertragbare Ausschliesslichkeitsrechte bestehen, ausgetauscht.⁴³⁵ Ferner weist METZGER zutreffend darauf hin, dass eine Qualifikation als Tauschvertrag den besonderen und teils stark abweichenden Eigenschaften der infrage stehenden Verträge nicht gerecht würde:⁴³⁶ Die Leistungen beider Vertragspartner erschöpfen sich in den meisten Fällen nicht in einem einmaligen Austauschverhältnis, sondern haben den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses.⁴³⁷ Handelt es sich um einen Service, werden die damit bereitgestellten digitalen Inhalte durch den Nutzer über einen gewissen Zeitraum genutzt; währenddessen werden auch den Nutzer betreffende Daten laufend erhoben und bearbeitet.⁴³⁸ Auch bei der einmaligen Überlassung oder Bereitstellung eines digitalen Inhalts werden immerhin die im Gegenzug hingegebenen Personendaten dauerhaft genutzt.⁴³⁹ Im Ergebnis gibt es keinen Nominatkontrakt, welcher Basisregeln für Verträge mit Personendaten als Vertragsgegenstand bereitstellt.⁴⁴⁰

⁴³² DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 176.

⁴³³ Vgl. Art. 184 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 OR, wo auf das Verschaffen von Eigentum an Fahrnissachen abgestellt wird; a. A. HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 14; SPECHT, ODW 2017, S. 122; SATTLER, JZ 2017, S. 1038, welcher zwar ebenfalls festhält, dass es keine Ausschliesslichkeitsrechte an Personendaten gibt, aber das (deutsche) Kaufrecht analog anwenden will nach dem Vorbild immaterieller Güter wie Gas, Elektrizität und Software; vgl. zur Anwendung des deutschen Kaufvertragsrechts auf Daten auch SPECHT, DGRI 2017, N 43. Im Schweizer Recht ist dieser Weg nicht gangbar, da der Begriff der «sonstigen Sachen» nicht existiert und Gas und Elektrizität unter den Begriff der Fahrnissachen subsumiert werden. Fahrnissachen sind gemäss Art. 713 ZGB «die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören.»

⁴³⁴ SPECHT, JZ 2017, S. 764.

⁴³⁵ Ähnlich METZGER, AcP 2016, S. 835.

⁴³⁶ METZGER, AcP 2016, S. 835.

⁴³⁷ METZGER, AcP 2016, S. 838 f.; SPECHT, JZ 2017, S. 765; SATTLER, Personenbezug, S. 55 f.; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 177.

⁴³⁸ SPECHT, JZ 2017, S. 765, weist darauf hin, dass bei jedem Login personenbezogene Daten anfallen und selbst der Zeitraum einer Nicht-Nutzung ein personenbezogenes Datum darstellt.

⁴³⁹ METZGER, AcP 2016, S. 835.

⁴⁴⁰ DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 180; ähnlich LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218; zu Nominat- und Innominatkontrakten z. B. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 28; differenzierend allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 19.

In der Lehre wird die Anlehnung an den Lizenzvertrag diskutiert⁴⁴¹, welcher aber seinerseits als Innominatkontrakt ebenfalls keine gesetzliche Grundlage hat, sondern hauptsächlich auf dem von den Parteien abgeschlossenen Vertrag basiert.⁴⁴² Als gesetzliche Normen kommen die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts sowie einzelne, von gesetzlich geregelten Vertragstypen entlehene Aspekte zur Anwendung, insbesondere von der Miete (Art. 253 ff. OR), der Pacht (Art. 275 ff. OR), dem Kauf (Art. 184 ff. OR) und dem Gesellschaftsrecht (Art. 530 ff. OR, einfache Gesellschaft).⁴⁴³ Die Einordnung als Lizenzvertrag entspricht derjenigen für Verträge über andere Persönlichkeitsgüter.⁴⁴⁴ Für die vorliegend interessierenden Verträge besteht jedoch noch keine Rechtsprechung, weshalb die Rechtslage bis dato unsicher ist.⁴⁴⁵ Hervorzuheben ist jedoch, dass auf personenbezogene Daten immer primär auch das Datenschutzrecht anwendbar ist.

In der EU wird neu auf die Vorschriften der Digitale Inhalte-Richtlinie und deren Umsetzungsvorschriften abgestellt werden müssen.⁴⁴⁶ Die Digitale Inhalte-Richtlinie gilt aber nicht umfassend für alle Verträge über Daten, sondern nur in dem eingeschränkten Bereich, wo Konsumenten Daten oder ein Entgelt als Gegenleistung für digitale Inhalte oder Dienstleistungen hingeben.⁴⁴⁷ Zudem enthält sie keine Vorschriften über die Pflichten der Betroffenen gegenüber den Anbietern der digitalen Inhalte.⁴⁴⁸ Allenfalls kann die Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie durch die EU-Mitgliedsstaaten jedoch einen Impuls zur einheitlichen Regelung von Verträgen über Daten setzen; auch in der Schweiz.⁴⁴⁹

Zu überlegen ist ausserdem, ob die Konsumentenschutzbestimmungen auf einen Leistung-gegen-Personendaten-Vertrag anwendbar sein sollen, denn schliesslich kann es bei einer Anerkennung von Personendaten als vertragliche Gegenleistung für den Schutz der betroffenen Person keinen Unterschied machen, ob sie für eine Leistung mit sie betreffenden Daten oder mit Geld (oder sogar mit beidem) «bezahlt». Im Schweizer Recht handelt es sich dabei insbesondere um die Bestimmung hinsichtlich der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) und um das vierzehntägige Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR). Während

⁴⁴¹ METZGER, AcP 2016, S. 837, 847; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 640; SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.; a. A. allerdings SPECHT, ODW 2017, S. 122 f. Im Schweizer Recht hat ein Lizenzvertrag nur obligatorische und keine dingliche Wirkung, KAISER/RÜETSCHI, S. 158; MARBACH/DUCREY/WILD, N 951; BÜCHLER, AcP 2006, S. 338.

⁴⁴² METZGER, AcP 2016, S. 837; KAISER/RÜETSCHI, S. 164; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, N 928.

⁴⁴³ MARBACH/DUCREY/WILD, N 928; vgl. für das deutsche Recht METZGER, AcP 2016, S. 837 f.; SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 19.

⁴⁴⁴ METZGER, AcP 2016, S. 837.

⁴⁴⁵ Ähnlich SATTLER, JZ 2017, S. 1037; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218.

⁴⁴⁶ METZGER, AcP 2016, S. 836; dazu auch HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 163 ff.; differenzierend HÄRTING, CR 11/2016, S. 735 ff. Die Mitgliedsstaaten der EU haben gemäss Art. 24 der Digitale Inhalte-Richtlinie bis zum 01.07.2021 die zur Umsetzung dieser Richtlinie erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Diese Vorschriften sind ab dem 1. Januar 2022 anwendbar.

⁴⁴⁷ METZGER, AcP 2016, S. 837; Art. 3 Digitale Inhalte-Richtlinie.

⁴⁴⁸ METZGER, AcP 2016, S. 837.

⁴⁴⁹ Ähnlich METZGER, AcP 2016, S. 837, in Bezug auf den B2B-Bereich.

eine Anwendung des Art. 8 UWG unproblematisch immer dann angenommen werden kann, wenn die AGB des Anbieters verwendet werden, ist das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nach geltendem Recht nicht auf Verträge anwendbar, die über das Internet abgeschlossen werden.⁴⁵⁰ Damit scheidet eine Anwendung der Art. 40a ff. OR aus. Grössere Auswirkungen hätte die Geltung von Konsumentenschutzbestimmungen allerdings, wenn davon ausgegangen wird, dass Schweizer Online-dienstleister auch mit Konsumenten z. B. aus der EU Verträge abschliessen. Dort gelten häufig strengere Bestimmungen zum Schutz von Konsumenten, welche dann auch von Schweizer Unternehmen zu beachten wären.⁴⁵¹

3. Rechte und Pflichten der Parteien

Zunächst sind verschiedene Leistungsmodalitäten denkbar: Die betroffene Person kann allein zur Überlassung von Daten und Erteilung ihrer Einwilligung verpflichtet werden, oder aber dies in Kombination mit der Zahlung eines Entgelts.⁴⁵² Die Anbieter können ihrerseits eine «dauerschuldvertragliche Bereitstellung einer Nutzungsmöglichkeit», z. B. eines sozialen Netzwerkes, oder die einmalige Nutzungsmöglichkeit bzw. endgültige Überlassung eines digitalen Inhaltes, also z. B. eines Films, schulden.⁴⁵³

Die Rechte und Pflichten der Anbieter digitaler Inhalte werden vor allem in den zumeist sehr umfangreichen Leistungsbeschreibungen ihrer Nutzungsbedingungen bzw. AGB geregelt.⁴⁵⁴ Ergeben sich daraus Lücken, muss auf das dispositive Vertragsrecht zurückgegriffen werden, was allerdings aufgrund der beschriebenen Einordnungsschwierigkeiten zu Problemen führen kann.⁴⁵⁵ Ausserdem gelten die datenschutzrechtlichen Vorgaben, z. B. über die Datensicherheit.⁴⁵⁶

Die Anbieter können durch Einwilligungserteilung nicht nur dazu ermächtigt werden, Personendaten selbst zu bearbeiten, sondern auch dazu, über deren Weitergabe und Bearbeitung durch Dritte zu entscheiden.⁴⁵⁷ Damit können Anbieter weitgehend in die Lage versetzt werden, die den Betroffenen zugewiesenen Rechte auszuüben.

Auch die Rechte und Pflichten der vertragsschliessenden betroffenen Personen werden zumeist in den AGB der Anbieter geregelt.⁴⁵⁸ So sehen einige beispielsweise die Pflicht vor, nur wahre Angaben zu machen.⁴⁵⁹ Werden Daten vom Anbieter selbstständig erhoben, so z. B. Daten, die bei der Nutzung des digitalen Angebots

⁴⁵⁰ Vgl. Art. 40b lit. a - d OR.

⁴⁵¹ Siehe dazu für das deutsche Recht z. B. METZGER, AcP 2016, S. 845 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 29 f.

⁴⁵² SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.

⁴⁵³ SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.

⁴⁵⁴ METZGER, AcP 2016, S. 847; vgl. SATTLER, Datenschutzrecht, S. 236; SATTLER, Personenbezug, S. 56.

⁴⁵⁵ METZGER, AcP 2016, S. 847.

⁴⁵⁶ Vgl. Art. 7 DSGVO.

⁴⁵⁷ Vgl. Art. 10a DSGVO.

⁴⁵⁸ METZGER, AcP 2016, S. 849; vgl. SATTLER, Datenschutzrecht, S. 236; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 203 ff.; dazu auch HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 168 ff., im Zusammenhang mit der Digitale Inhalte-Richtlinie.

⁴⁵⁹ METZGER, AcP 2016, S. 849.

entstehen, kann eine Pflicht der betroffenen Person angenommen werden, die Datenerhebung und -bearbeitung zu dulden.⁴⁶⁰ Wichtig ist, dass die betreffenden Vertragsklauseln nur wirksam sind, wenn die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen eingehalten wurden, insbesondere diejenigen an eine freie, informierte Einwilligung.

Für die Beurteilung von Leistungsstörungen und deren Folgen sind die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar. Je nachdem, welche Bestimmungen einzelner Vertragstypen des Besonderen Teils des OR schlussendlich angewendet werden, kommen jedoch spezifische Regelungen zur Anwendung. Dementsprechend ist noch nicht umfassend untersucht worden, wie Leistungsstörungen bei Leistung-gegen-Personendaten-Verträgen behandelt werden sollen.⁴⁶¹ Diese Thematik soll jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

4. Zwischenergebnis

Die betroffenen Personen können Verträge abschliessen, in denen sie das Erteilen ihrer Einwilligung in die Bearbeitung (und Weitergabe) sie betreffender Daten als Gegenleistung hingeben. Damit können die Betroffenen die sie betreffenden Personendaten kommerziell verwerten. Welches Recht auf Verträge anwendbar ist, in denen die Nutzung von Personendaten im Austausch z. B. gegen die vollständige Überlassung von digitalen Inhalten oder ihre dauerhafte Nutzung versprochen wird, ist jedoch unklar.

Die Konsequenz daraus ist, dass sowohl die Rechte und Pflichten der Parteien als auch insbesondere das Behandeln von Leistungsstörungen hauptsächlich auf der jeweiligen Parteivereinbarung beruhen und im Zweifelsfall nicht klar ist, wie Konflikte gelöst werden. Hierbei ist hervorzuheben, dass solche Leistung-gegen-Daten-Verträge selten von den Parteien ausgehandelt werden, sondern insbesondere die Anbieter digitaler Leistungen die Verwendung ihrer AGB durchsetzen.

II. Die freie Widerrufbarkeit und ihre Bedeutung für den Vertrag

Eine Besonderheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist, dass sie widerrufbar ist. Wurde jedoch ein Vertrag abgeschlossen, welcher die Erteilung dieser Einwilligung beinhaltet, stellt sich die Frage, welche Folgen der Widerruf für den Vertrag und damit auch für die faktische Übertragbarkeit hat. Deshalb sind im Folgenden zunächst einige Ausführungen zur Widerrufbarkeit zu machen (1.). Danach werden die Folgen des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung untersucht (2.).

1. Freie Widerrufbarkeit

Weder das DSGVO noch das ZGB halten ein jederzeitiges Widerrufsrecht ausdrücklich fest.⁴⁶² Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Art. 28 ff. ZGB ist die Einwilligung nach einem Teil der Lehre frei

⁴⁶⁰ METZGER, AcP 2016, S. 850.

⁴⁶¹ Vgl. METZGER, AcP 2016, S. 851 ff.; SPECHT, DGRI 2017, N 19; vgl. dazu DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587 ff.

⁴⁶² Aus Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO, gemäss welchem Personendaten nicht ohne Rechtfertigungsgrund gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Personen bearbeitet werden dürfen, könnte sich allenfalls ein Hinweis auf das jederzeitige Widerrufsrecht ergeben. Ansonsten wird

widerrufbar, obwohl im Einzelfall Ausnahmen denkbar sein sollen und der Widerrufende allenfalls über eine analoge Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR, der auftragsrechtlichen Kündigung zur Unzeit, schadenersatzpflichtig werden könnte.⁴⁶³ Stehen bei einer vertraglichen Verpflichtung wirtschaftliche Interessen im Vordergrund, folgt das Bundesgericht jedoch einer abweichenden Lehrmeinung, nach welcher Persönlichkeitsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, durchaus Gegenstand von unwiderruflichen vertraglichen Verpflichtungen sein können.⁴⁶⁴ So hat das Schweizerische Bundesgericht in einem Leitescheid aus dem Jahr 2010 entschieden, dass das Recht am eigenen Bild Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein kann, wenn dabei wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.⁴⁶⁵ Im selben Entscheid hielt das Bundesgericht fest, namentlich die Stimme oder der Name gehörten ebenfalls nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz.⁴⁶⁶

Über die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und über die Frage, ob bzw. welche Personendaten zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, ist dagegen noch nicht gerichtlich entschieden worden. Deshalb bestünde durchaus die Möglichkeit, dass das Widerrufsrecht nur für diejenigen Personendaten gilt, welche dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden.⁴⁶⁷

Die wohl herrschende Lehre vertritt jedoch die Auffassung, die datenschutzrechtliche Einwilligung könne jederzeit frei widerrufen werden; eine eingehende Diskussion der Erwägungen des Bundesgerichts im dargelegten Entscheid, insbesondere darüber, welche Personendaten zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören sollen, fehlt bisher.⁴⁶⁸ Deshalb soll zunächst übereinstimmend mit der herrschenden Lehre generell von einer freien Widerrufbarkeit ausgegangen werden. Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der Rechtslage in der EU, denn die DSGVO sieht das allgemeine Widerrufsrecht in ihrem Art. 7 Abs. 3 ausdrücklich vor.⁴⁶⁹ Die Schweiz strebt immerhin ein der EU gleichwertiges Schutzniveau an.⁴⁷⁰

meist mit Art. 27 ZGB (Schutz vor übermässiger Bindung) argumentiert, z. B. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14.

⁴⁶³ BGE 136 III 401, 405; dazu auch HAAS, Einwilligung, N 545, 559 ff.; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRLI, Art. 4 N 105; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21.

⁴⁶⁴ BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 220; a. A. HAAS, Einwilligung, N 548, 802 ff.

⁴⁶⁵ BGE 136 III 401, 405, E. 5.2.

⁴⁶⁶ BGE 136 III 401, 405.

⁴⁶⁷ Dazu eingehend § 9.

⁴⁶⁸ So wurde der Entscheid lediglich von HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts diskutiert, welcher die Ansicht des Bundesgerichts ablehnt; zur freien Widerrufbarkeit z. B. AEBI-MÜLLER, N 219 f.; HAAS, Einwilligung, N 540 ff. mit zahlreichen Hinweisen, N 802 ff.; SHK DSG-Wermelinger, Art. 13 N 7; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 10.24, 10.30, 11.14; 12.21; für das deutsche Recht z. B. SATTLER, JZ 2017, S. 1039, 1043. Nur vereinzelte Stimmen in der Lehre, wie WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; THOUVENIN, SJZ 2017, S. 31 f.; sowie UHLIG, AJP 2013, S. 331 f., stellen die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit Hinweis auf BGE 136 III 401, 405, E. 5.2, infrage.

⁴⁶⁹ Wobei gemäss FAUST, S. 91, m. w. N., auch nach der DSGVO umstritten bzw. ungeklärt ist, ob die Widerrufsmöglichkeit vertraglich ausgeschlossen werden kann; vgl. auch BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 636; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270 ff.

⁴⁷⁰ Zur Wichtigkeit des Angemessenheitsbeschlusses siehe z. B. Stellungnahme des Bundesrates

Die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit kann in Bezug auf den durch Einwilligungserteilung abgeschlossenen Vertrag als ein jederzeitiges Kündigungsrecht der betroffenen Person interpretiert werden, wobei gemäss der Lehre das auftragsrechtliche Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR analog angewendet wird.⁴⁷¹ Möglich erscheint aber auch, den Widerruf der Einwilligung nicht als Kündigung des Vertrags anzusehen, sondern dahingehend aufzufassen, dass die betroffene Person lediglich aufhört, ihre vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, ohne aber den gesamten Vertrag kündigen zu wollen.⁴⁷² In letzterem Fall wird, von einem synallagmatischen Vertrag ausgehend, der Vertragspartner des Widerrufenden seinerseits ebenfalls die Leistung einstellen wollen. Dementsprechend sollte dem Vertragspartner für den Fall des Widerrufs ebenfalls ein ausserordentliches Kündigungsrecht gestattet werden.⁴⁷³ Grundsätzlich hat der Vertragspartner aber auch die Möglichkeit, am Vertragsverhältnis festzuhalten und andere Konsequenzen zu ziehen. Denkbar ist z. B. das Verlangen eines Entgelts für die von ihm erbrachte Leistung. Welche der beiden Möglichkeiten den Widerruf zu interpretieren gewählt wird, ist von der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und der Parteivereinbarung im Einzelfall abhängig.

2. Folgen des Widerrufs

Wurde das Widerrufsrecht von der betroffenen Person ausgeübt, ist zu untersuchen, welche Folgen dies nach sich zieht. Die Folgen des Widerrufs sind in drei Kategorien zu unterscheiden. Zuerst sind die datenschutzrechtlichen Folgen des Widerrufs zu nennen, welche hauptsächlich im Ende der Datenbearbeitung bestehen. Wird der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit einer Kündigung des Vertragsverhältnisses gleichgesetzt, endet – als zweite Folge des Widerrufs – der Vertrag. Die drittgenannte Folge des Widerrufs bezieht sich auf den Fall, in dem der Widerruf nicht als Kündigung des ganzen Vertrages verstanden wird, sondern sich lediglich auf das Einstellen der vertraglich geschuldeten Leistung bezieht.⁴⁷⁴

a) Ende der Datenbearbeitung

Vom Zeitpunkt des Widerrufs an dürfen die Daten nicht mehr bearbeitet werden. Wird die erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung widerrufen, muss der Anbieter deshalb die Datenbearbeitung einstellen und die Daten löschen.⁴⁷⁵ Der Widerruf ent-

vom 02.03.2018; zur Angemessenheit RUDIN, digma 1/2018, S. 26 f.

⁴⁷¹ Vgl. BGE 136 III 401, 405, E. 5.2., m. H. auf Art. 404 Abs. 2 OR, der auftragsrechtlichen Kündigung zur Unzeit; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14; a. A. METZGER, AcP 2016, S. 864; vgl. auch Bericht AG Digitaler Neustart, S. 207 f., wonach der Widerruf der Einwilligung als auflösende Bedingung eingeordnet werden kann.

⁴⁷² So wohl METZGER, AcP 2016, S. 864 sowie 860 f.

⁴⁷³ METZGER, AcP 2016, S. 864; SPECHT, JZ 2017, S. 767 f., leitet dieses ausserordentliche Kündigungsrecht aus dem Mietrecht her.

⁴⁷⁴ Vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222, welche festhalten, der Widerruf der Einwilligung in eine Datenbearbeitung sei nicht *per se* auch als Kündigung des Vertrages zu verstehen.

⁴⁷⁵ SPECHT, JZ 2017, S. 768; METZGER, AcP 2016, S. 824.

faltet seine Wirkung jedoch *ex nunc*, d. h. die bis zum Zeitpunkt des Widerrufs vorgenommenen Datenbearbeitungen bleiben davon unberührt und rechtmässig.⁴⁷⁶ Die bis dahin erzeugten Ergebnisse der Personendatenbearbeitung dürfen deshalb grundsätzlich weiter bearbeitet werden, wenn es sich dabei nicht ebenfalls um Personendaten handelt und das Datenschutzrecht greift.⁴⁷⁷ Hinzuzufügen ist, dass der Widerruf nicht für Datenbearbeitungen gilt, die für die Abwicklung des Vertrags notwendig sind.⁴⁷⁸ Bei diesen Daten handelt es sich allerdings auch nicht um eine vertragliche Gegenleistung.⁴⁷⁹

Der Anbieter kann die empfangenen Personendaten durch eigene Auswertung oder durch Weitergabe an Dritte folglich nur so lange wirtschaftlich verwerten, bis die Einwilligung widerrufen wird.⁴⁸⁰ Der Widerruf wird jedoch grundsätzlich nur dem Anbieter als Vertragspartner der betroffenen Person bekannt. Der Vertragspartner hat deshalb die Pflicht, die ihm bekannten weiteren Datenbearbeiter und -empfänger über den Widerruf der Einwilligung zu informieren.⁴⁸¹ Die betroffene Person kann dies jedoch nur schwer kontrollieren. Will sie sichergehen, dass ihre Daten wirklich gelöscht werden, muss also die betroffene Person mit einer Reihe von Auskunftsansprüchen (Art. 8 DSGVO) weitere Empfänger und Bearbeiter der Daten herausfinden und jeweils die Löschung verlangen.⁴⁸² Gemäss SATTLER ist das Resultat eine «Daten-Schnitzeljagd», wobei es unrealistisch erscheint, dass die Betroffenen diese tatsächlich zu Ende führen.⁴⁸³ Das tatsächliche Geldemachen (und Durchsetzen) der datenschutzrechtlichen Ansprüche der betroffenen Personen wird sehr aufwendig sein, gerade wenn die Daten ins Ausland bekanntgegeben wurden.⁴⁸⁴

b) Ende des Vertragsverhältnisses und allenfalls Schadenersatz

Bedeutet der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Kündigung des Vertragsverhältnisses, endet der Vertrag. Teile der Lehre wenden in diesem Fall die auftragsrechtliche Norm Art. 404 Abs. 1 OR analog an,⁴⁸⁵ deren freies Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht sich aufgrund des dem Auftrag immanenten Vertrauensverhältnisses unter anderem auch auf den Persönlichkeitsschutz stützt.⁴⁸⁶ Bei einer ana-

⁴⁷⁶ AEBI-MÜLLER, N 213; SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 57; ähnlich SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 13 N 7; für das deutsche Recht z. B. METZGER, AcP 2016, S. 825, 832.

⁴⁷⁷ SCHMIDT, GRUR Newsletter 2/2018, S. 15 f.

⁴⁷⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO; METZGER, AcP 2016, S. 825 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 202.

⁴⁷⁹ METZGER, AcP 2016, S. 825 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 202; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; SPECHT, DGRI 2017, N 6.

⁴⁸⁰ SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

⁴⁸¹ HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 110; SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SATTLER, Personality, S. 44; vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 sowie Art. 10a DSGVO.

⁴⁸² SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SATTLER, Personality, S. 44; vgl. WENDEHORST, Data Economy, S. 347.

⁴⁸³ SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

⁴⁸⁴ WENDEHORST, Data Economy, S. 347.

⁴⁸⁵ BGE 136 III 401, 405; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; siehe den Hinweis in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

⁴⁸⁶ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 3 und 8.

logen Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR kann der die datenschutzrechtliche Einwilligung Widerrufende schadenersatzpflichtig werden, falls der Widerruf zur Unzeit erfolgt.⁴⁸⁷ In diesem Fall könnte der Anbieter von der betroffenen Person Schadenersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses verlangen.⁴⁸⁸ Der Rechtsgrund des Schadenersatzanspruchs liegt hier jedoch nicht in einer Vertragsverletzung, «sondern in der gesetzgeberischen Gerechtigkeitsentscheidung, die Folgen eines jederzeitigen Widerrufs [...] zu lindern».^{489, 490}

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 404 Abs. 2 OR liegt ein Widerruf zur Unzeit vor, wenn dieser ohne Grund erfolgt, d. h. in einem ungünstigen Moment und ohne sachliche Rechtfertigung, und der anderen Partei dadurch besondere Nachteile entstehen.⁴⁹¹ Keine Auflösung zur Unzeit liegt dagegen vor, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber einen begründeten Anlass zum Widerruf des Auftrags gegeben hat.⁴⁹²

c) Schadenersatz aus Vertragsverletzung wegen Nichterfüllung?

Geht es um die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, wird in der Schweizer Literatur meist lediglich auf das freie Widerrufsrecht verwiesen, teilweise noch unter der Möglichkeit des Schadenersatzes aus Art. 404 Abs. 2 OR.⁴⁹³ Dabei wird die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als zwingend betrachtet, sodass auf die Widerrufbarkeit weder verzichtet werden darf noch Einschränkungen der Widerrufbarkeit vorgenommen werden dürfen.⁴⁹⁴ Damit wird jede direkte oder auch nur mittelbare vertragliche Einschränkung ausgeschlossen.⁴⁹⁵ Festzuhalten ist zudem, dass die Erteilung der (nochmaligen) Einwilligung in die Datenbearbeitung vom Anbieter aufgrund des freien Widerrufsrechts nicht eingeklagt werden kann, d. h. eine Vertragserfüllung kann nicht erzwungen werden.⁴⁹⁶

⁴⁸⁷ BGE 136 III 401, 405; HAAS, Einwilligung, N 22 559 ff.; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16 ff.; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14; AEBI-MÜLLER, N 219.

⁴⁸⁸ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 17.

⁴⁸⁹ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

⁴⁹⁰ BGE 109 II 462, 469; BGE 110 II 380, 386; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

⁴⁹¹ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 110 II 380, 383; BGE 106 II 157, 160; Urteil des BGer 4C.78/2007, E. 5.4, vom 09.01.2008.

⁴⁹² BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 462, 469; BGE 104 II 317, 320.

⁴⁹³ Vgl. § 4 II.

⁴⁹⁴ SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9; SATTLER, JZ 2017, S. 1039, m. w. N. für das deutsche Recht.

⁴⁹⁵ SATTLER, JZ 2017, S. 1039, für das deutsche Recht. Das Schweizerische Bundesgericht hat dies in seiner Rechtsprechung zu Art. 404 OR, dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Auftraggebers, konstant so festgehalten, dazu z. B. BGE 59 II 260, 261; BGE 95 I 21, 25; BGE 98 II 305, 307; BGE 103 II 129, 130; BGE 104 II 108, 111; BGE 106 II 157, 159; BGE 109 II 462, 467; BGE 115 II 464, 466; BGE 117 II 466, 478; Urteil des BGer 4C.447/2004, E. 5.4, vom 31.03.2005; Urteil des BGer 4A.141/2011, E. 2.2, vom 06.07.2011; vgl. dazu auch die weitere Rechtsprechung zu Art. 404 OR, welche in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9 und 13 ausführlich dargestellt wird.

⁴⁹⁶ Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SPECHT, JZ 2017, S. 767; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221.

Kaum thematisiert wird jedoch in der Schweizer Literatur der Fall, in dem die Nutzung von Personendaten eine vertragliche Gegenleistung darstellt. Wird hier die Einwilligung zur Datenbearbeitung widerrufen, entfällt die vertraglich geschuldete Leistung *ex nunc*. Selbige Situation liegt vor, wenn die Einwilligung in die Datenbearbeitung gar nicht erst erteilt wird. Dies könnte eine Vertragsverletzung darstellen, welche einen Schadenersatzanspruch auslösen könnte.

In der deutschen Literatur wird ein Schadenersatzanspruch mit der Begründung abgelehnt, dass das freie Widerrufsrecht gesetzlich vorbehalten sei und die Ausübung einer gesetzlichen Befugnis keine vertragliche Pflichtverletzung darstellen könne.⁴⁹⁷ Einerseits erscheint dieses Argument nicht ohne Weiteres plausibel, andererseits ist das Widerrufsrecht hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Schweizer Recht nicht ausdrücklich im Gesetz festgehalten, sondern wurde im Wege der Gesetzesauslegung entwickelt.⁴⁹⁸ Allenfalls ist zu untersuchen, ob ein Schadenersatzanspruch aufgrund Vertragsverletzung eine verbotene Einschränkung des Widerrufsrechts bewirken würde.

Den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsverletzung zu behandeln, scheint in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung bisher allerdings kein Thema zu sein. Zunächst soll für den Zweck der vorliegenden Untersuchung deshalb der herrschenden Lehre gefolgt und der Widerruf über die analoge Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmung Art. 404 OR abgehandelt werden.⁴⁹⁹

3. Zwischenergebnis

Die Möglichkeit, bindende Verträge einzugehen, wird im Ergebnis durch die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung stark eingeschränkt.⁵⁰⁰ Der Vertrag ist (einseitig) nicht bindend, denn die betroffene Person kann ihr Widerrufsrecht jederzeit ausüben.⁵⁰¹ Dabei kann der Widerruf als Kündigung des Vertrags ausgelegt werden oder dahingehend, dass die vertraglich vereinbarte Gegenleistung von nun an nicht mehr erbracht werden soll. Der Vertragspartner der betroffenen Person darf ab Widerruf der Einwilligung die betreffenden Personendaten nicht mehr bearbeiten und ist verpflichtet, diese zu löschen.

Die wichtigste Konsequenz des Widerrufs für die betroffene Person ist, dass sie durch Services bereitgestellte digitale Inhalte faktisch meist nicht mehr (weiter) nutzen kann.⁵⁰² Allenfalls könnte noch eine Pflicht zur Löschung eines dauerhaft überlassenen digitalen Inhalts angenommen werden.⁵⁰³ Weiter könnte die widerrufende Person bei einem Widerruf zur Unzeit dem Vertragspartner in Höhe des negativen Vertragsinteresses schadenersatzpflichtig werden.

⁴⁹⁷ SPECHT, JZ 2017, S. 767; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222.

⁴⁹⁸ Dazu UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329.

⁴⁹⁹ Der Widerruf als Vertragsverletzung wird in § 10 untersucht.

⁵⁰⁰ ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; SATTLER, JZ 2017, S. 1043; SCHNEIDER, S. 135; FAUST, S. 91; vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

⁵⁰¹ LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; ähnlich zu Art. 404 OR BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

⁵⁰² So auch neu Art. 13 Nr. 2 lit. d und e der Digitale Inhalte-Richtlinie.

⁵⁰³ SPECHT, JZ 2017, S. 768; METZGER, AcP 2016, S. 824; vgl. dazu auch Art. 13 Nr. 2 lit. d und e der Digitale Inhalte-Richtlinie.

Bisher kaum diskutiert wird, ob das freie Widerrufsrecht überhaupt für alle Personendaten gelten soll, oder ob es Personendaten gibt, welche nicht dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden und die deshalb Gegenstand unwiderprüflicher vertraglicher Verpflichtungen sein können.

Ausserdem wird bisher nicht thematisiert, ob das Widerrufen der Einwilligung eine Vertragsverletzung mit Schadenersatzfolge darstellen könnte. In der deutschen Literatur wird dies abgelehnt. Ob die Macht, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu widerrufen, nicht nur dazu führen soll, eingegangene vertragliche Verpflichtungen nicht einhalten zu müssen, sondern zudem auch dazu, keinen Schadenersatzanspruch zu schulden, soll an einer anderen Stelle der vorliegenden Arbeit diskutiert werden.⁵⁰⁴

III. Erkenntnis zur Rechtsnatur der Einwilligung

Aus der vorstehenden Untersuchung lassen sich schliesslich auch Erkenntnisse zur Rechtsnatur der Einwilligung ableiten. Interessant ist, dass die Schweizer Lehre die Frage nach der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht vertieft thematisiert, während diese Frage z. B. in Deutschland breit diskutiert wird.⁵⁰⁵ Umstritten ist die Rechtsnatur jedoch auch in der Schweiz.⁵⁰⁶ In der neueren deutschen Lehre wurde gerade im Zusammenhang mit der Hingabe von Personendaten als vertragliche Gegenleistung die Ansicht geäussert, es handle sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung um eine Verfügung.⁵⁰⁷ Auf diesen Umstand wird im Folgenden kurz eingegangen.

Zunächst ist fraglich, ob die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung stets einheitlich ausfällt. Während BUCHNER und ROGOSCH zwischen einer einseitigen Einwilligung und einer «schuldvertraglichen Einwilligung» unterscheiden,⁵⁰⁸ um diejenigen Fälle zu berücksichtigen in denen die Einwilligung als Kommerzialisierungsinstrument verwendet wird, legt RADLANSKI überzeugend dar, dass die Bewertung der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung je nach Verwendungsszenario nicht verschieden ausfallen darf.⁵⁰⁹ Überdies lassen sich die beiden Verwendungsarten der Einwilligung ohnehin nicht hinreichend exakt voneinander abgrenzen.⁵¹⁰ Dementsprechend ist von einer einheitlichen Bewertung der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung auszugehen.⁵¹¹

In der Lehre wird diskutiert, ob die Einwilligung als Rechtsgeschäft, Naturalobligation, Realakt oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist.

⁵⁰⁴ Dazu § 10.

⁵⁰⁵ LANGHANKE, S. 40, 44; HOTZ, S. 66; GÖTTING, S. 147 ff.; siehe dazu auch OHLY, S. 178 ff.; RADLANSKI, S. 120 f.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 236 ff.; AEBI-MÜLLER, N 204 f., jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

⁵⁰⁶ LANGHANKE, S. 40, 44; AEBI-MÜLLER, N 204.

⁵⁰⁷ METZGER, AcP 2016, S. 832; SPECHT, JZ 2017, S. 765; KILIAN, Gegenleistung, S. 198; a. A. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 25; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 329 ff.

⁵⁰⁸ BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 237; ROGOSCH, S. 36 ff.;

⁵⁰⁹ RADLANSKI, S. 118; ebenso LANGHANKE, S. 150.

⁵¹⁰ RADLANSKI, S. 118.

⁵¹¹ A. A. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 237.

1. Die Einwilligung als Realakt

Realakte sind Handlungen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind und an welche unabhängig von einem entsprechenden Willen des Handelnden Rechtsfolgen geknüpft sind.⁵¹² Eine Qualifikation der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Realakt wird damit begründet, dass mit der Einwilligungserteilung ein tatsächlicher Vorgang legitimiert werden soll.⁵¹³ Die Begründung eines Rechts sei nicht intendiert, es ginge bloss um einen Rechtsschutzverzicht.⁵¹⁴

Die Bewertung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Realakt würde dazu führen, dass die Anwendung der Regeln über Willenserklärungen, also beispielsweise der Regeln über den Irrtum (Art. 23 ff. OR) und andere Willensmängel, ausgeschlossen wäre, gerade weil Realakte sich nicht auf eine Rechtsfolge richten.⁵¹⁵ Dieser Umstand kann besonders im vorliegenden Kontext nicht sinnvoll sein. Die Einordnung als Realakt ist deshalb abzulehnen.

2. Die Einwilligung als Rechtsgeschäft

Ein Rechtsgeschäft ist demgegenüber als Tatbestand zu definieren, welcher aus mindestens einer Willenserklärung besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des vom Erklärenden gewollten rechtlichen Erfolges knüpft.⁵¹⁶ Rechtsgeschäfte werden in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte unterschieden, also danach, ob sie unmittelbar rechtsändernde (dingliche) oder obligatorische Wirkungen nach sich ziehen.⁵¹⁷ Hinsichtlich einer möglichen Qualifikation als Verfügungsgeschäft hat die Untersuchung in § 1 bereits gezeigt, dass eine Verfügbarkeit bzw. eine Übertragbarkeit *de lege lata* aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes abgelehnt wird und auch aufgrund der fehlenden klaren wirtschaftlichen Allokation des Schutzgegenstands nicht möglich ist.⁵¹⁸

Dieses Ergebnis ist konsistent mit den Wirkungen der Einwilligung. Eine Verfügung stellt immer eine Reduktion der Aktiven dar⁵¹⁹ und durch Erteilung ihrer Einwilligung wird das Vermögen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt bzw. verbraucht. Die betroffene Person kann wie vor Erteilen der Einwilligung sie betreffende Daten selbst nutzen und auch in weitere Datenbearbeitungen durch Dritte einwilligen. Zudem kann der Empfänger der datenschutzrechtlichen Einwilligung die betreffenden Personendaten zwar nutzen und allenfalls auch über deren Nutzung durch Dritte bestimmen, seine Nutzungsbefugnis gilt jedoch bloss gegenüber der einwilligungserteilenden Person und nicht *erga omnes*. Der Einwilligungsempfänger kann also keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen Dritte geltend machen und auf-

⁵¹² SCHWENZER, N 27.05.

⁵¹³ RADLANSKI, S. 121; dazu OHLY, S. 46; AEBI-MÜLLER, N 203, m. w. N.

⁵¹⁴ Dazu OHLY, S. 46.

⁵¹⁵ SCHMIDLIN, BK OR 24 N 279; OHLY, S. 46, m. w. N.

⁵¹⁶ SCHWENZER, N 3.01.

⁵¹⁷ SCHWENZER, N 3.30.

⁵¹⁸ Zum Ganzen § 2 III.

⁵¹⁹ VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194; ebenso BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160; SCHWENZER, N 3.33.

grund der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung das ihm Versprochene nicht einmal gegenüber der einwilligungserteilenden Person erzwingen. Bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung handelt es sich deshalb entgegen gewichtiger Stimmen aus der neueren Lehre nicht um eine Verfügung.⁵²⁰

Dass der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung *ex nunc* wirkt, ändert nichts an dieser Einschätzung. Die Einwilligung bleibt zwar bis zum Zeitpunkt des Widerrufs gültig, weshalb die Ergebnisse der Personendatenbearbeitung bis dahin grundsätzlich behalten werden dürfen.⁵²¹ Handelt es sich bei den Ergebnissen der Datenbearbeitung jedoch ebenfalls um Personendaten, greift erneut das Datenschutzrecht ein. Die von den Daten betroffene Person hat dadurch die Möglichkeit, die Bearbeitung dieser Daten zu untersagen und sie löschen zu lassen.⁵²² Stellen die Ergebnisse dagegen keine Personendaten dar, ist die widerrufende Person von diesen Daten nicht betroffen und ihre Rechtsposition ist damit nicht berührt.

Für eine mögliche Qualifikation der Einwilligung als Rechtsgeschäft bleibt folglich nur das Verpflichtungsgeschäft. SCHWENZER qualifiziert die Einwilligung beispielsweise generell als einseitiges Rechtsgeschäft und begründet die freie Widerrufbarkeit mit dem Verbot übermässiger Selbstbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB, allerdings vor allem im Zusammenhang mit dem Medizinbereich.⁵²³ Die Ansicht, eine datenschutzrechtliche Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft, stützt sich hauptsächlich darauf, dass durch eine rechtsgeschäftliche Handlung eine Rechtsfolge eintritt, gerade weil der Handelnde dies intendiert.⁵²⁴ Zu einer Einordnung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Verpflichtungsgeschäft passt allerdings nicht, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen und ihre Erteilung nicht eingeklagt werden kann, weshalb sie unverbindlich ist. Auch der Umstand, dass ein Verpflichtungsgeschäft eine Erhöhung der Passiven bewirkt und dies hinsichtlich der einwilligungserteilenden Person zumindest nach der bisherigen Auslegung des Rechts nicht ersichtlich ist, spricht dagegen.

OHLY legt allerdings differenziert dar, warum die Einwilligung als Rechtsgeschäft zu betrachten ist.⁵²⁵ Auf der Stufenleiter der Gestattungen stellt die widerrufliche Einwilligung die unterste Stufe dar, welche zwar die betreffende Handlung rechtmässig macht, aber keine in ihrem Bestand vom Willen der einwilligenden Person

⁵²⁰ UHLIG, AJP 2013, S. 333; so auch SPECHT, DGRI 2017, N 25; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 329 ff., 333 ff.; SATTLER, JZ 2017, S. 1037 f.; ähnlich PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541, 568, und SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 53 ff., welche die blosse schuldrechtliche Nutzungsgestattung und die widerrufliche Einwilligung nicht zu den Verfügungen zählen; METZGER, AcP 2016, S. 832, SPECHT, JZ 2017, S. 765, sowie KILIAN, Gegenleistung, S. 198, betrachten die datenschutzrechtliche Einwilligung dagegen als Verfügung; vgl. HAAS, Einwilligung, N 183, wonach die Einwilligung kein Verpflichtungsgeschäft darstellen könne und «eher zum Begriff des Verfügungsgeschäfts zu passen» scheint.

⁵²¹ Vgl. METZGER, AcP 2016, S. 832.

⁵²² Dass es neben der Einwilligung noch andere Rechtsgrundlagen gibt (vgl. Art. 6 Abs. 1 DSGVO bzw. Art. 13 DSGVO), auf Basis derer Personendaten bearbeitet werden dürfen, gilt generell und nicht nur für Fälle des Widerrufs der Einwilligung; dazu § 2 II.

⁵²³ SCHWENZER, N 50.36; wohl ebenso BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 238; HERMSTRÜWER, S. 71, «rechtsgeschäftliche Erklärung»; ROGOSCH, S. 40, 45, 190.

⁵²⁴ RADLANSKI, S. 121.

⁵²⁵ OHLY, insbesondere S. 201 ff.

unabhängige Rechtsposition vermittelt.⁵²⁶ Durch die Erteilung einer widerruflichen Einwilligung wird dennoch das Rechtsverhältnis zwischen der einwilligenden Person und dem Einwilligungsempfänger umgestaltet, auch wenn die Berechtigung des Einwilligungsempfängers zweifelsohne schwach ist.⁵²⁷ OHLY kommt unter anderem deshalb zu dem Schluss, dass die Einwilligung als ein untypisches Rechtsgeschäft zu qualifizieren sei.⁵²⁸ In einem ähnlichen Sinne sprechen SCHÖNENBERGER/JÄGGI in ihren Ausführungen zum Allgemeinen Teil des Schweizer Obligationenrechts aus dem Jahre 1973 nicht von der Einwilligung, sondern von der Ermächtigung.⁵²⁹ Sie vergleichen die Ermächtigung mit einer unverbindlichen Leistungszusage, da sie durch die freie Widerrufbarkeit keine Bindung des Ermächtigenden begründe.⁵³⁰ Die Ermächtigung bewirke lediglich, dass das Handeln in einem fremden Rechtsbereich rechtmässig sei.⁵³¹

3. Die Einwilligung als Naturalobligation

Der Umstand der fehlenden Klagbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung führte zum Gedanken einer möglichen Qualifikation als Naturalobligation, einer «Schuld ohne Haftung»⁵³². Naturalobligationen sind sogenannte unvollkommene Verbindlichkeiten, bei denen eine Forderung zwar durch den Schuldner erfüllt, aber nicht durch den Gläubiger erzwungen werden kann.⁵³³ Leistet der Schuldner jedoch freiwillig, kann er sich im Nachhinein nicht darauf berufen, dass kein Anspruch bestanden habe.⁵³⁴ Naturalobligationen können durch Gesetz oder Vereinbarung entstehen.⁵³⁵ Die Naturalobligation bezeichnet dogmatisch Fälle, in denen eine freiwillige Erfüllung aus moralischen oder sittlichen Gründen nicht zurückgefordert werden kann. Als Beispiele sind Ansprüche aus Spiel und Wette (Art. 513 Abs. 1 OR) und verjährte Forderungen (vgl. Art. 63 Abs. 2, Art. 142 OR) zu nennen.

LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL betrachten die datenschutzrechtliche Einwilligung als eine solche Naturalobligation, da sie zwar als Leistungsgegenstand vorgesehen werden kann, jedoch keinen klagbaren Anspruch vermittelt.⁵³⁶ Entscheidend ist, dass eine Naturalobligation die Art des Schuldverhältnisses beschreibt, d. h. das Rechtsverhältnis aus welchem Rechte und Pflichten resultieren und das durch ein Rechtsgeschäft, d. h. durch eine Willensäusserung mit Rechtsfolgewirkung, zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner entsteht.⁵³⁷ Die Möglichkeit, das Schuldverhältnis zwischen der einwilligungserteilenden Person und dem Einwilligungsempfänger

⁵²⁶ OHLY, S. 144, 176; ebenso SPECHT, DGRI 2017, N 25 f.

⁵²⁷ OHLY, S. 211.

⁵²⁸ OHLY, S. 214.

⁵²⁹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

⁵³⁰ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

⁵³¹ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

⁵³² SCHWENZER, N 4.40.

⁵³³ SCHWENZER, N 4.40; LANGHANKE, S. 126.

⁵³⁴ LANGHANKE, S. 126.

⁵³⁵ LANGHANKE, S. 126.

⁵³⁶ LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; vgl. LANGHANKE, S. 45 und 126; folgend SATTLER, Telemedicus 04.12.2017.

⁵³⁷ Vgl. SCHWENZER, N 4.01, 4.03, 4.40, 3.01.

als Naturalobligation zu qualifizieren, hat jedoch nichts mit der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung selbst zu tun. Selbst wenn also das betreffende Schuldverhältnis als Naturalobligation qualifiziert werden würde, ist durch diesen Umstand nichts zur Diskussion über die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung gewonnen. SATTLER weist zudem zutreffend darauf hin, die Klage auf Leistung von Personendaten scheitere nicht an einem gesetzlichen Ausschluss einer Verbindlichkeit, sondern am Widerruf der Einwilligung.⁵³⁸

4. Die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung

Schliesslich wird diskutiert, die datenschutzrechtliche Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren. Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind Willens- oder Wissensmitteilungen, an die durch das Gesetz Rechtsfolgen geknüpft sind, ohne dass der Mittelende diese so intendiert haben muss.⁵³⁹ Sie stehen also zwischen den Realakten und den Rechtsgeschäften.⁵⁴⁰ Auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind die Vorschriften über Willenserklärungen analog anwendbar.⁵⁴¹

RADLANDSKI fasst in seiner Untersuchung zusammen, dass es vertretbare Argumente für die Einordnung der datenschutzrechtlichen Einwilligung sowohl als Rechtsgeschäft, als Realakt sowie auch als geschäftsähnliche Handlung gibt.⁵⁴² Er teilt schliesslich aber die Meinung, nach welcher die datenschutzrechtliche Einwilligung rechtsgeschäftsähnlicher Natur ist, da so jeder Einzelfall differenziert betrachtet werden könne.⁵⁴³ So soll es beispielsweise für die Einwilligungsfähigkeit vor allem auf die Einsichtsfähigkeit ankommen, wenn es im Kontext der Einwilligung vor allem um die Ausübung des Persönlichkeitsrechts geht.⁵⁴⁴ Dagegen soll es auf die Geschäftsfähigkeit ankommen, wenn die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechtsgütern im Vordergrund steht.⁵⁴⁵

Gerade die Beurteilung des Einzelfalls erscheint anderen Autoren problematisch. So stellt OHLY einerseits fest, dass bei einer Bejahung der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung im Einzelfall teleologische Reduktionen bei der Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften vorzunehmen seien. Er zeigt andererseits auf, dass die Einwilligung auf einem Kommunikationsakt beruhe, welchen den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge bewirke, weshalb auch bei einer Qualifikation als rechtsgeschäftsähnlich eine zumindest analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften geprüft werden müsse.⁵⁴⁶ Die Qualifikation der Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung lehnt OHLY am Ende gerade mit dem Hinweis auf die «Gefahr der einzelfallbezogenen Rechtsschöpfung» und deren mangelnde

⁵³⁸ SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

⁵³⁹ SCHWENZER, N 27.06.

⁵⁴⁰ HOTZ, S. 66.

⁵⁴¹ RADLANDSKI, S. 121; SCHMIDLIN, BK OR 24 N 278.

⁵⁴² RADLANDSKI, S. 120 f., m. w. N.

⁵⁴³ RADLANDSKI, S. 121 f.

⁵⁴⁴ RADLANDSKI, S. 122.

⁵⁴⁵ RADLANDSKI, S. 122, m. w. N.

⁵⁴⁶ Zum Ganzen OHLY, S. 205.

Vorhersehbarkeit ab.⁵⁴⁷ Würde von einem rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung ausgegangen, könnten dagegen die bestehenden rechtsgeschäftlichen Normen als Ausgangspunkt für die Prüfung auftretender Rechtsprobleme herangezogen und allenfalls modifiziert werden.⁵⁴⁸

5. Zwischenergebnis

Während in Deutschland insgesamt wohl eher eine Tendenz zur Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung auszumachen ist, wird die datenschutzrechtliche Einwilligung in der Schweiz überwiegend als Rechtsgeschäft gesehen.⁵⁴⁹ Welcher Bewertung der Rechtsnatur letztendlich der Vorzug gegeben werden sollte, kann für den Zweck der vorliegenden Arbeit offenbleiben. Ob die widerrufliche datenschutzrechtliche Einwilligung als ein (untypisches) Rechtsgeschäft der untersten Stufe der Gestaltungen oder als eine bloss rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert wird, führt letzten Endes wahrscheinlich zu eher marginalen praktischen Unterschieden.⁵⁵⁰ Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, dass es sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung jedenfalls nicht um einen Realakt und nicht um eine Verfügung handelt.⁵⁵¹ Ob Letzteres in Zukunft geändert werden sollte, ist eine andere Frage.⁵⁵²

IV. Ergebnis

Die betroffene Person hat die Möglichkeit, sie betreffende Daten durch Erteilen ihrer Einwilligung in die Datenbearbeitung und Verlangen einer Gegenleistung wirtschaftlich zu verwerten. Der Vertrag, bei welchem die Einwilligung in die Datenbearbeitung (und Hingabe von Personendaten) als Gegenleistung für einen digitalen Inhalt oder Service erteilt wird, ist aufgrund des Austauschverhältnisses ein synallagmatischer Vertrag. Welches Recht auf diesen Vertrag anwendbar ist, ist noch nicht abschliessend geklärt, wobei eine lizenzrechtliche Ausgestaltung in der Lehre diskutiert wird. Wie beispielsweise Leistungsstörungen behandelt werden sollen, ist dementsprechend ebenfalls noch offen.

Allerdings sind die abgeschlossenen Verträge nach der herrschenden Lehre nicht bindend, denn die Einwilligung ist aufgrund ihrer freien Widerrufbarkeit einseitig und eigennützig.⁵⁵³ Nach der herrschenden Ansicht kann die Erteilung der Einwilligung nicht eingeklagt werden und ihre Nichterteilung zieht keine Schadenersatzansprüche nach sich, auch wenn sie vertraglich versprochen wurde. Damit wird der

⁵⁴⁷ OHLY, S. 206.

⁵⁴⁸ OHLY, S. 206.

⁵⁴⁹ Dazu eingehend LANGHANKE, S. 44; vgl. AEBI-MÜLLER, N 205; dazu auch SPECHT, DGRI 2017, N 25; GÖTTING, S. 147 ff.

⁵⁵⁰ Dazu OHLY, S. 205 f.

⁵⁵¹ Dazu auch SCHMIDT, GRUR Newsletter 2/2018, S. 14 ff.

⁵⁵² Dazu insbesondere § 11.

⁵⁵³ SATTLER, JZ 2017, S. 1043; vgl. ROGOSCH, S. 136.

Rechtskreis des Einwilligungsempfängers zwar erweitert, er erhält jedoch keine gesicherte Rechtsposition.⁵⁵⁴ Dementsprechend ist die Handelbarkeit von (Nutzungsbefugnissen an) Personendaten trotz der prinzipiellen Möglichkeit der faktischen Übertragung eingeschränkt.⁵⁵⁵

Hinsichtlich der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung kann die Erkenntnis gewonnen werden, dass es sich bei der Einwilligung jedenfalls nicht um eine Verfügung und auch nicht um einen Realakt handelt. Ob sie als ein Verpflichtungsgeschäft oder als eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert werden sollte, kann für den Zweck der vorliegenden Ausfertigung offenbleiben.

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.

⁵⁵⁴ SATTLER, JZ 2017, S. 1043; LANGHANKE, S. 179; ROGOSCH, S. 136.

⁵⁵⁵ Ähnlich ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 53; SATTLER, JZ 2017, S. 1036.