



§ 10 Wertersatz bei Widerruf

In Fällen vertraglicher Disposition über Personendaten könnte wie eben dargestellt die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich und damit schuldrechtlich bindend angesehen werden. Alternativ könnte die Widerrufbarkeit zwar weiterhin zugelassen, die Ausübung dieses Rechts jedoch mit Ersatzansprüchen des Vertragspartners verbunden werden.

Nach bisheriger Ansicht wird beim Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung das Kündigungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR analog angewendet und damit ein Schadenersatzanspruch höchstens bei einem Widerruf zur Unzeit angenommen. Insbesondere Konventionalstrafen werden regelmässig abgelehnt, da sie die freie Ausübung des Widerrufsrechts einschränken könnten. Diese Sachlage soll zuerst dargestellt und mit Blick auf Personendaten als vertragliche Gegenleistung kritisch hinterfragt werden (I.). Danach wird aufgezeigt, in welchen Konstellationen der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung sekundäre Ansprüche nach sich ziehen sollte (II.). Ein Interessenausgleich könnte insbesondere durch eine pauschale Wertersatzpflicht erreicht werden, deren unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten anschliessend erläutert werden (III). Schliesslich wird der Vorschlag, den Widerruf der Einwilligung zwar jederzeit zuzulassen, dies jedoch mit Ersatzansprüchen zu verbinden, anhand der Interessenlage geprüft (IV.).

I. Ausschluss einer Schadenersatzpflicht?

Geht es um die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, wird in der Schweizer Literatur meist lediglich auf das freie Widerrufsrecht verwiesen, worauf die herrschende Lehre Art. 404 Abs. 1 OR, das auftragsrechtliche jederzeitige Kündigungsrecht, analog anwendet.¹⁰⁷⁴ Gemäss dieser Norm kann ein Auftrag von beiden Parteien jederzeit widerrufen bzw. gekündigt werden; es müssen dafür keine besonderen Gründe vorliegen.¹⁰⁷⁵ Aufgrund des zwingenden Charakters der Norm darf die freie Ausübung des Widerrufsrechts weder unmittelbar noch mittelbar eingeschränkt werden.¹⁰⁷⁶ Insbesondere sind Konventionalstrafen im Sinne des Art. 160 OR grundsätzlich ausgeschlossen.¹⁰⁷⁷ Die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird, gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR, ebenfalls als zwingend betrachtet mit der Folge, dass auf die Widerrufbarkeit weder verzichtet werden darf noch Einschränkungen des freien Widerrufsrechts vorgenommen werden dürfen.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁴ Vgl. z. B. BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 219; HAAS, Jusletter 15.11.2010, Rz 24; LANGHANKE, S. 140.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 14.

¹⁰⁷⁶ Z. B. BGE 115 II 464, 467 f. Vgl. die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die differenzierende kantonale Rechtsprechung und die Kritik der Lehre, welche in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9 ff. ausführlich dargestellt wird.

¹⁰⁷⁷ BGE 104 II 108, 116; BGE 109 II 462, 467; BGE 110 II 380, 383; BGE 103 II 129, 130; für eine freie Widerrufbarkeit HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz. 13 ff.; dazu BSK OR I-Weber, Art. 404 N 13.

¹⁰⁷⁸ SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; SATTLER, JZ 2017, S. 1039, m. w. N. für das deutsche Recht.

Teilweise wird in der Lehre darauf hingewiesen, bei Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Unzeit könnten Schadenersatzansprüche gemäss Art. 404 Abs. 2 OR entstehen.¹⁰⁷⁹ Ein Widerruf oder eine Kündigung zur Unzeit liegt dann vor, wenn die Ausübung des Rechts ohne wichtigen Grund in einem ungünstigen Moment erfolgt und der anderen Partei dadurch besondere Nachteile entstehen.¹⁰⁸⁰ Hat die andere Partei die Kündigung oder den Widerruf durch ihr Verhalten begründet und somit einen wichtigen Grund zur Kündigung hervorgerufen, liegt keine Auflösung zur Unzeit vor.¹⁰⁸¹ Der Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch, welcher auf Art. 404 Abs. 2 OR gestützt werden kann, wird allerdings nicht mit einer Vertragsverletzung begründet, «sondern [liegt] in der gesetzgeberischen Gerechtigkeitsentscheidung, die Folgen eines jederzeitigen Widerrufs [...] zu lindern».¹⁰⁸² Der geschuldete Schadenersatz umfasst das negative Vertragsinteresse.¹⁰⁸³ Für den Fall des unzeitigen Widerrufs können die Vertragsparteien im Voraus eine pauschalierte Geldleistung in Form einer Konventionalstrafe vereinbaren, solange ihr kein Strafcharakter zukommt und die Ausübung des freien Widerrufsrechts nicht eingeschränkt wird.¹⁰⁸⁴

Genauso wie bis anhin die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Vertragsverhältnissen kaum hinterfragt wurde,¹⁰⁸⁵ wurde die Möglichkeit des Schadenersatzes im Falle des Widerrufs meist nur im Zusammenhang mit dem Widerruf zur Unzeit angesprochen.¹⁰⁸⁶ Gerade aber in Fällen, in denen Personendaten als vertragliche Gegenleistung fungieren, stellt sich vornehmlich die Frage, warum die Zuweisungsebene – also das Recht, im Einzelfall über die Nutzung von sich selbst betreffenden Personendaten zu bestimmen – auf die schuldrechtliche Ebene durchschlagen soll.¹⁰⁸⁷ Soll die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung trotz Vorliegen eines Vertragsverhältnisses gewährt werden, muss kritisch hinterfragt werden, warum eine Schadenersatzpflicht sodann höchstens bei einem Widerruf zur Unzeit entstehen sollte.

Beim Auftrag gilt ein beidseitiges jederzeitiges Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR. Widerruft der Auftraggeber den Auftrag, muss er dem Beauftragten dennoch die bis anhin geleistete Arbeit vergüten. Es wird dem Auftraggeber also zwar

¹⁰⁷⁹ HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31.

¹⁰⁸⁰ BGE 110 II 380, 383; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16 m. w. N.

¹⁰⁸¹ BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 469; 104 II 320.

¹⁰⁸² BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 469; 110 II 380, 386.

¹⁰⁸³ Gemäss AEBI-MÜLLER, N 214 Fn. 555, kann darunter auch entgangener Gewinn geltend gemacht werden. Das Bundesgericht hält jedoch fest, Art. 404 Abs. 2 OR gewähre keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn, sondern lediglich auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs, z. B. BGE 110 II 380, 386.

¹⁰⁸⁴ BGE 109 II 462, 467 f.; BGE 110 II 380, 383, E. 3; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 18.

¹⁰⁸⁵ Dazu § 9.

¹⁰⁸⁶ Vgl. HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; LANGHANKE, S. 140.

¹⁰⁸⁷ Vgl. auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 273, sowie den folgenden Gedanken bei WEICHERT, NJW 2001, S. 1463: «Im Datenschutzrecht wurden bisher wirtschaftliche Regelungsmechanismen weitgehend ignoriert. Dies steht in krassm Widerspruch zum Bedeutungswandel von personenbezogenen Daten als wirtschaftlicher Faktor.»

ein jederzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt, die Ausübung dieses Rechts entbindet ihn jedoch nicht von der Erfüllung der bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen vertraglichen Verpflichtungen.¹⁰⁸⁸ Bei Leistung-gegen-Daten-Verträgen könnte dementsprechend ebenfalls das jederzeitige Widerrufsrecht gewährt werden, konsequenterweise sollten die Vertragsparteien jedoch trotzdem ihre bis anhin entstandenen vertraglich geschuldeten Leistungen erbringen müssen. Die Krux besteht darin, dass mit Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die geschuldete Leistung – nämlich die Einwilligung in die Nutzung von Personendaten – nicht mehr erbracht wird.¹⁰⁸⁹ Die Lösung führt über Ersatzansprüche des Widerrufsempfängers.¹⁰⁹⁰ Anders ausgedrückt kann es stossend erscheinen, wenn die betroffene Person, welche ihre datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft, sich nicht nur von der vertraglichen Bindung befreien kann, sondern ausserdem von ihrer Gegenleistungspflicht entbunden wird, ohne ihrem Vertragspartner dafür Ersatz leisten zu müssen.

ROSENTHAL äussert sich konkret zu diesen Situationen, in welchen das Widerrufsrecht im Widerspruch zu einer vertraglichen Vereinbarung steht.¹⁰⁹¹ Er vertritt die Ansicht, das Widerrufsrecht sollte auch in diesen Fällen bestehen, könne jedoch auf der vertraglichen Ebene nach den allgemeinen Regeln des OR zu einem Schuldner- oder Gläubigerverzug führen und die dementsprechenden Rechtsfolgen auslösen.¹⁰⁹² Diesem Ansatz ist beizupflichten, denn er berücksichtigt neben der Widerrufsmöglichkeit die Logik des Vertragsrechts. Es ist wichtig, die Frage der Widerrufbarkeit und die Frage der Ersatzpflicht im Falle des Widerrufs klar auseinanderzuhalten.¹⁰⁹³

Teilweise scheinen diese Fragen miteinander vermischt zu werden. So halten WEBER/THOUVENIN mit Hinweis auf den in § 9 dargestellten BGE 136 III 401 fest, Personendaten seien Persönlichkeitsgüter, welche nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehörten und deshalb grundsätzlich Gegenstand unwiderruflicher vertraglicher Verpflichtungen sein könnten, sofern wirtschaftliche Interessen der betroffenen Person im Vordergrund stehen. Die Zulässigkeit des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung machen die Autoren davon abhängig, ob die vertragliche Bindung übermässig im Sinne des Art. 27 ZGB ist. Ist die Übermässigkeit zu bejahen, sei ein Widerruf der Einwilligung zulässig; in diesem Fall wenden die Autoren Art. 404 Abs. 2 OR an und weisen darauf hin, bei einem Widerruf zur Unzeit könnte die betroffene Person dem Datenbearbeiter Schadenersatzansprüche schulden.¹⁰⁹⁴

Diese Argumentationslinie ist nicht konsistent. Entweder wird angenommen, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen nicht wi-

¹⁰⁸⁸ Vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208 f.

¹⁰⁸⁹ Vgl. SPECHT, ODW 2017, S. 125; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208; LANGHANKE, S. 140.

¹⁰⁹⁰ Vgl. HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

¹⁰⁹¹ HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

¹⁰⁹² HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

¹⁰⁹³ In diesem Sinne HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106; ebenso Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208 f., wonach der Widerruf nicht die schuldrechtliche Verpflichtung berührt, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu erteilen. Ablehnend SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 23.

¹⁰⁹⁴ WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31.

derrufen werden kann, oder man geht von der generellen Widerrufbarkeit der Einwilligung aus. Im ersten Fall wird gerade kein jederzeitiges Kündigungsrecht mittels analoger Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR gewährt, sondern der Vertrag ist grundsätzlich so einzuhalten, wie er abgeschlossen wurde. Bei Übermässigkeit der Bindung wird eine geltungserhaltene Reduktion vorgenommen, z. B. durch Einräumen eines Kündigungsrechts nach einer bestimmten Vertragslaufzeit oder eines ausserordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund. In diesem Fall passt die Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR nicht, welche ja gerade ein jederzeitiges Kündigungsrecht ausgleichen soll.¹⁰⁹⁵

Soll die datenschutzrechtliche Einwilligung im Gegensatz dazu stets widerruflich sein, und dies unabhängig von dem Vorliegen einer vertraglichen Bindung, muss eine passende Lösung gefunden werden für Fälle, in denen der Widerruf gleichzeitig von der vertraglich geschuldeten Gegenleistung entbindet.¹⁰⁹⁶

II. Widerruf der Einwilligung und Schuldnerverzug

Als nächstes stellt sich die Frage, in welchen Fällen eine derartige Problematik auftreten kann. Unproblematisch erscheinen zunächst Fälle, in denen eine dauerhafte Nutzungsmöglichkeit eines digitalen Inhalts als Gegenleistung zur Einwilligung in die Personendatenbearbeitung eingeräumt wird.¹⁰⁹⁷ Wie bereits hinsichtlich der möglichen Unwiderrufbarkeit der Einwilligung in § 9 dargestellt, stehen sich hierbei die Leistungen beider Vertragsparteien gegenüber und gleichen sich gegenseitig aus, da sie quasi miteinander erbracht werden.¹⁰⁹⁸ Hängt die Nutzung der digitalen Inhalte von der Nutzungsmöglichkeit der Personendaten ab¹⁰⁹⁹ und wird mit Widerruf der Einwilligung auch die Nutzung der digitalen Inhalte beendet – also der Vertrag gekündigt –, haben beide Parteien ihre Verpflichtungen bis zum Zeitpunkt des Widerrufs synallagmatisch erfüllt. Hierbei wäre durchaus vertretbar, Art. 404 Abs. 1 und 2 OR analog anzuwenden und ein freies Widerrufsrecht sowie eine Schadenersatzpflicht lediglich bei einem Widerruf zur Unzeit anzunehmen.

Der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung muss allerdings nicht in jedem Fall mit einer Kündigung des Dauerschuldverhältnisses verbunden sein. Denkbar ist auch, dass (a) entweder die Einwilligung zur Datenbearbeitung zwar widerrufen wird, die widerrufende Partei jedoch ansonsten am Vertragsverhältnis festhalten (und auch die Dienste weiter nutzen) möchte, oder dass (b) gar kein Dauerschuldverhältnis vorliegt, sondern beispielsweise ein digitaler Inhalt einmalig und vollständig überlassen wurde und die im Gegenzug erteilte Einwilligung sofort oder jedenfalls vor Ablauf einer angemessenen Zeitspanne widerrufen wird. In diesen Fällen würde die betroffene Person von ihrer Gegenleistungspflicht befreit werden, während sie ihrerseits in den vollen Genuss der Leistung ihres Vertragspartners käme. Prinzipiell sind dies die gleichen Fälle, bei denen in § 9 dafür plädiert wurde, den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht (oder erst nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums) zuzulassen. Sollen die betroffenen Personen ihre Einwilligung jedoch

¹⁰⁹⁵ Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

¹⁰⁹⁶ Ähnlich ZOLL, S. 184; vgl. auch SATTLER, Personality, S. 44.

¹⁰⁹⁷ Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰⁹⁸ SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209.

auch in diesen Fällen jederzeit widerrufen können, muss der Widerruf in diesen Fällen als Nichterfüllung qualifiziert werden und entsprechende sekundäre Ansprüche auslösen können.¹¹⁰⁰

Nach den allgemeinen Regeln des OR könnte der Widerrufende damit den in den Art. 102 ff. OR geregelten Schuldnerverzug auslösen.¹¹⁰¹ Der Gläubiger kann gemäss Art. 107 Abs. 2 nach ungenutztem Ablauf einer angesetzten Nachfrist¹¹⁰² zur Erfüllung der Primärleistung seine Wahlrechte ausüben: Er kann entweder die Erfüllung zuzüglich Ersatz des Verspätungsschadens¹¹⁰³ nach Art. 103 OR verlangen (erstes Wahlrecht), oder auf die nachträgliche Leistung verzichten und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens nach Art. 97 OR verlangen (zweites Wahlrecht) oder aber vom Vertrag zurücktreten (drittes Wahlrecht).¹¹⁰⁴

Fällt ein Schuldner durch Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Schuldnerverzug, wird das erste Wahlrecht für seinen Gläubiger von eher untergeordneter Bedeutung sein. Die nochmalige (freiwillige) Erteilung der Einwilligung könnte zwar grundsätzlich verlangt werden, die Durchsetzung würde jedoch letztlich am Widerrufsrecht scheitern.

Das zweite Wahlrecht, der Verzicht auf nachträgliche Leistung mit Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens, wäre dagegen sicherlich von herausragender Bedeutung. Dabei wäre das positive Vertragsinteresse geschuldet, d. h. der Vertragspartner der betroffenen Person wäre so zu stellen, als wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre.¹¹⁰⁵ Die genaue Berechnung dieses Schadenersatzes könnte die Praxis allerdings vor grosse Herausforderungen stellen, da sich allein schon der Wert von Personendaten kaum bestimmen lässt.

Tritt der Gläubiger in Ausübung des dritten Wahlrechts vom Vertrag zurück, wird gemäss der Umwandlungstheorie ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis¹¹⁰⁶ begründet; er kann gemäss Art. 109 Abs. 1 OR die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern.¹¹⁰⁷ Es soll der Zustand *ex tunc* hergestellt

¹¹⁰⁰ Zur Qualifikation als Nichterfüllung auch SPECHT, DGRI 2017, N 33; ähnlich ROGOSCH, S. 144; a. A. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209, wo zwar festgestellt wird, dass sich aus der Nichterfüllung durch Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung Ansprüche gegen den Betroffenen herleiten lassen, aber gleichzeitig die Ansicht vertreten wird, solche Ansprüche sollten gesetzlich ausgeschlossen werden; a. A. ebenfalls LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222.

¹¹⁰¹ HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106; zur Systematik des Schuldnerverzugs z. B. BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Vor. Art. 102-109 N 1 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 4 ff.

¹¹⁰² Sofern eine solche Nachfrist noch erforderlich ist, vgl. Art. 108 OR sowie dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 108 N 1 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 13 ff.

¹¹⁰³ Dazu z. B. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 23 ff.

¹¹⁰⁴ Zum Ganzen BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 1, 3 sowie 12 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 22 ff.; für das deutsche Recht vgl. METZGER, AcP 2016, S. 852 f.

¹¹⁰⁵ BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 17; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 45.

¹¹⁰⁶ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43; BGE 114 II 152, 158, E. 2 c) bb; BGE 123 III 16, 22, E. 4 b; BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.1; BGE 132 III 226, 233, E. 3.1; BGE 133 III 356, 358, E. 3.2.1

¹¹⁰⁷ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43.

werden und das Geleistete ist *in natura* oder wertmässig zurückzuerstatten.¹¹⁰⁸ Überdies hat der Gläubiger gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens in Höhe des negativen Vertragsinteresses.¹¹⁰⁹ Bei Dauerschuldverhältnissen wird beim dritten Wahlrecht anstatt eines Rücktrittsrechts ein Kündigungsrecht *ex nunc* angenommen; dabei behält der Vertrag im Umfang seiner bisherigen Erfüllung Gültigkeit und die Auflösung erfolgt nur für die Zukunft.¹¹¹⁰ Die Bedeutung des dritten Wahlrechts ist in der Praxis eher gering, da der Gläubiger bei Ausübung des zweiten Wahlrechts seine eigene Leistung zurückbehalten und zusätzlich Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern kann,¹¹¹¹ während das dritte Wahlrecht lediglich Anspruch auf den Vertrauensschaden gewährt.¹¹¹² Die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses *in natura* nach Ausübung des dritten Wahlrechts wäre in den vorliegenden Anwendungsfällen kaum möglich¹¹¹³ und auch eine Rückabwicklung durch Wertersatz für die Leistungen beider Parteien würde die Praxis vor grosse Herausforderungen stellen.

III. Wertersatz

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass es Fälle gibt, in denen die betroffene Person bei Widerruf ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung ersatzpflichtig werden sollte. Die Ratio dahinter ist, dass die betroffene Person nicht in den Genuss der Leistung ihres Vertragspartners kommen soll, ohne ihrerseits leisten zu müssen. Bei einer Lösung über den Schuldnerverzug nach den allgemeinen Regeln des OR wäre wohl in erster Linie Schadenersatz in Höhe des positiven Vertragsinteresses geschuldet, wobei sich dieser nur schwer berechnen liesse.

Insbesondere aufgrund der Schwierigkeiten bei der Berechnung des positiven Vertragsinteresses sowie angesichts der Unmenge an Anwendungsfällen, bei denen letztlich jeweils der Rechtsweg beschritten werden müsste, erscheint es sinnvoll, den Gedanken des Wertersatzes weiterzuentwickeln, welcher bereits von SPECHT vorgeschlagen wurde.¹¹¹⁴ Dabei müssten die ihre datenschutzrechtliche Einwilligung Widerrufenden lediglich den Wert der von ihnen bezogenen Leistungen bezahlen,

¹¹⁰⁸ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 5 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43; BGE 114 II 152, 157, E. 2 c) aa; BGE 123 III 16, 22, E. 4 b; BGE 132 III 226, 233, E. 3.1.

¹¹⁰⁹ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 8; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43.

¹¹¹⁰ BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 10; BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.2.

¹¹¹¹ Vgl. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 46 ff., nach der Differenztheorie; gemäss der Austauschtheorie muss der Gläubiger weiterhin leisten, erhält im Austausch dazu allerdings den Schadenersatz des Schuldners. Der Gläubiger hat gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Wahl zwischen der Anwendung der Austausch- und der Differenztheorie, BGE 123 III 16, 22, E. 4 b.

¹¹¹² BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 2.

¹¹¹³ Z. B. SPECHT, JZ 2017, S. 769, spricht von einer «De-facto-Unmöglichkeit der vollständigen Rückholung des digitalen Inhaltes». Die Analyse von Personendaten und deren Erkenntnisgewinn kann ebenfalls nicht rückgängig gemacht werden.

¹¹¹⁴ SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, DGRI 2017, N 13; vgl. SPECHT, ODW 2017, S. 126, allerdings hier mit Hinweis auf Ersatz des Wertes der Personendaten, nicht der Gegenleistung. Ähnlich auch Becker, JZ 2017, S. 179, mit dem Vorschlag, Konsumenten sollten «die Möglichkeit erhalten, statt mit ihren Daten mit Geld zu zahlen»; vgl. auch Bericht AG Digitaler Neustart, S. 210.

nicht aber zusätzlichen Schadenersatz leisten. Dieser Ansatz erscheint pragmatisch und könnte zudem mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz als die angemessenere Lösung betrachtet werden.¹¹¹⁵ In der Regel dürfte der Wertersatz der Höhe des negativen Vertragsinteresses entsprechen.

Bei der rechtlichen Ausgestaltung des Wertersatzes könnte differenziert werden, je nachdem, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als jederzeit widerruflich (1.) oder aber (in Anknüpfung an § 9) als grundsätzlich unwiderruflich (2.) angesehen werden soll. Sofern notwendig wäre eine Ausgestaltung als *lex specialis* zu Art. 107 OR möglich,¹¹¹⁶ wobei die Regeln des Schuldnerverzugs allerdings ohnehin nur bei Annahme eines freien Widerrufsrechts zur Anwendung kämen. Die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten werden im Folgenden dargestellt.

1. Grundsatz: Jederzeitige Widerrufbarkeit

Zunächst könnte von einem Widerrufsrecht unabhängig vom Vorliegen eines Vertragsverhältnisses ausgegangen werden. Da bisher nicht klar ist, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung unter allen Umständen jederzeit widerrufbar ist, wäre es sinnvoll, dieses Widerrufsrecht gesetzlich festzuhalten. Die beiden Möglichkeiten zur Ausgestaltung einer Wertersatzpflicht bei Ausübung des Widerrufsrechts sind hier einerseits Schadenersatz in Form eines Pauschalbetrags und andererseits das Zulassen der Erfüllung durch eine alternative Leistung.

a) Pauschale Entschädigung

Zunächst könnten die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs in den konkreten Fällen eine pauschalierte Geldleistung in Höhe eines angemessenen Ersatzes für die bezogene Leistung darstellen.¹¹¹⁷ Die pauschalierte Geldleistung wäre gestützt auf Art. 160 Abs. 1 OR (Konventionalstrafe) möglich, müsste allerdings von den Parteien vertraglich vorgesehen werden. Soll das freie Widerrufsrecht verbunden mit der Leistung eines pauschalen Betrags in Höhe des Werts der empfangenen Leistung zwingend zur Verfügung stehen, und zwar unabhängig von einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, wird eine entsprechende gesetzliche Norm geschaffen werden müssen.¹¹¹⁸

b) Alternativermächtigung oder Wahlobligation

Der Wertersatz könnte auch als eine alternative Ermächtigung oder als Wahlobligation ausgestaltet werden. Bei der alternativen Ermächtigung hätte sich die betroffene Person zwar nur zu einer Leistung, nämlich der Einwilligung in die Datenbearbeitung, verpflichtet, könnte ihre Verpflichtung jedoch auch durch Erbringen einer anderen Leistung, z. B. einer Geldleistung, erfüllen.¹¹¹⁹ Während der Vertragspartner bei Nichterfüllung der Hauptleistung keine alternative Leistung fordern kann, steht

¹¹¹⁵ SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, DGRI 2017, N 13.

¹¹¹⁶ BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 5.

¹¹¹⁷ Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹¹¹⁸ Vgl. für das deutsche Recht SPECHT, JZ 2017, S. 769.

¹¹¹⁹ Zur alternativen Ermächtigung HUGUENIN, N 679; BUCHER, OR AT, S. 299; BGE 134 III 348, 351 f.; BGE 138 II 311, 321, E. 4.4.

es der betroffenen Person jedoch frei, den Vertrag durch Leistung der Alternative (an Erfüllung statt) zu erfüllen.¹¹²⁰ Die Konzentration auf die alternative Leistung tritt nur dann ein, wenn diese angeboten wird (Realobligation).¹¹²¹ Würde sich bei dieser Möglichkeit die betroffene Person dazu entscheiden, ihre Einwilligung zu widerrufen ohne die Alternative zu leisten, könnte ihr Vertragspartner allerdings den Wertersatz nicht fordern und wäre wiederum auf die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs verwiesen. Aus diesem Grund stellt die Ausgestaltung als Alternativermächtigung keine Vereinfachung dar und ist eher ungeeignet.

Der Wertersatz könnte stattdessen auch als Wahlobligation (Art. 72 OR) ausgestaltet werden. Dabei sind mindestens zwei Leistungen alternativ geschuldet, welche nicht gleichwertig sein müssen, und dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, mit welcher der Leistungen er erfüllen möchte.¹¹²² Gemäss der Lehre ist das Wahlrecht unwiderruflich und durch Ausübung des Rechts findet eine Konzentration auf die ausgewählte Leistung statt.¹¹²³ Erfolgt die Wahl nicht, gerät der Schuldner in Schuldnerverzug.¹¹²⁴ Zu beachten ist, dass bei der Wahlobligation die Wahl mit Konzentration auf eine Leistung bereits mit Erteilung der Einwilligung in die Datenbearbeitung erfolgen würde, weshalb dieses Modell zur Regelung von Fällen des Widerrufs der Einwilligung ebenfalls ungeeignet ist.

c) Zwischenergebnis

Bei jederzeitiger Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sollte der Wertersatz für die bezogene Leistung als pauschale Geldleistung in Form einer Konventionalstrafe ausgestaltet werden.

2. Grundsatz: Unwiderrufbarkeit

Hervorzuheben ist, dass ein Anspruch auf Wertersatz bei Widerruf auch dann möglich ist, wenn die datenschutzrechtliche Einwilligung grundsätzlich unwiderrufbar ist. Obwohl ein Vertrag bei Unwiderrufbarkeit der Einwilligung so zu erfüllen wäre, wie er abgeschlossen wurde, steht es den Parteien frei zu vereinbaren, unter welchen Umständen ein Widerruf doch zugelassen werden sollte.¹¹²⁵ Wichtig ist, dass der Widerruf erst dann Wirkung entfalten könnte, wenn die vereinbarte Ersatzleistung erbracht worden ist.¹¹²⁶

Um der betroffenen Person ein Widerrufsrecht auf Ersatzleistung hin einzuräumen, wäre allerdings eine vertragliche Regelung notwendig; fehlt diese, bestünde kein Widerrufsrecht. Um die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung abzumildern, könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass die Einwilligung dann widerrufen werden

¹¹²⁰ BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 6; HUGUENIN, N 679.

¹¹²¹ Vgl. BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 2.

¹¹²² HUGUENIN, N 678; BUCHER, OR AT, S. 297; BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 2, 8; BGE 118 II 32, 35, E. 3 d) bb.

¹¹²³ BUCHER, OR AT, S. 298; vgl. HUGUENIN, N 678.

¹¹²⁴ BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 18.

¹¹²⁵ Vgl. BGE 136 III 401, 406, wo eine grundsätzlich als unwiderruflich qualifizierte Einwilligung in die Nutzung und Verbreitung von Fotografien gegen Leistung einer Rücktrittschädigung widerrufen werden konnte.

¹¹²⁶ Vgl. BGE 136 III 401, 406.

kann, wenn der Wert der bezogenen Leistung auf andere Art abgegolten wird. Dafür würden sich zwei Möglichkeiten anbieten: Einerseits das Vorsehen einer Leistung an Erfüllung statt (a), andererseits das Festschreiben einer Rücktrittsentschädigung (b). Beide Möglichkeiten werden im Folgenden dargestellt.

a) *Alternativermächtigung*

Das Modell der Alternativermächtigung könnte bei grundsätzlicher Unwiderrufbarkeit der Einwilligung ein geeignetes Mittel darstellen. So könnte sich die betroffene Person erst durch Leistung des alternativ geschuldeten Wertersatzes befreien, bis dahin bliebe ihre Einwilligung gültig. Der Gläubiger liefe hierbei nicht in Gefahr, keine der beiden Leistungen zu erhalten.

Indessen ist nicht sicher, ob dieses Modell dogmatisch Bestand hätte: Mit Erteilen der Einwilligung wäre an sich die Hauptleistung erbracht und die Alternative damit hinfällig. Es könnte allerdings argumentiert werden, dass nur eine Teilleistung vorliegt, wenn die Einwilligung (vor Ablauf einer bestimmten Frist) widerrufen werden soll und der Rest der Schuld deshalb durch die alternative Leistung zu erfüllen wäre.

b) *Widerrufsentschädigung*

Möglich wäre ausserdem, den Widerruf der Einwilligung gegen Leistung einer Entschädigung zuzulassen.¹¹²⁷ Hierbei wäre wiederum ein Pauschalbetrag im Sinne einer Konventionalstrafe (Art. 160 Abs. 1 und 3 OR) zu leisten, woraufhin die betroffene Person vom abgeschlossenen Vertrag zurücktreten könnte.

Die Entschädigung könnte vertraglich vereinbart werden.¹¹²⁸ Dabei wäre es jedoch den Parteien überlassen, ob sie eine solche überhaupt vorsehen wollen. Soll der betroffenen Person stets das Widerrufsrecht gegen Leistung einer Entschädigung ermöglicht werden, müsste eine entsprechende Norm im Gesetz verankert werden.

c) *Zwischenergebnis*

Während sowohl die Alternativermächtigung als auch die Entschädigung in Form einer Konventionalstrafe als Ausgestaltungsmöglichkeiten infrage kommen, ist die Konventionalstrafe die dogmatisch bessere Lösung.

3. *Gedanken zur Ausgestaltung des Wertersatzes*

Im Ergebnis ist die einfachste und geeignetste Lösung, den Wertersatz als Zahlung eines Pauschalbetrags im Sinne einer Konventionalstrafe bei Widerruf der Einwilligung auszugestalten. Die Höhe der Geldleistung sollte dabei dem Marktpreis der bezogenen Leistung entsprechen. Um dies unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien vorzusehen, sollte eine entsprechende Norm im Gesetz festgehalten werden. Dabei muss die Frage entschieden werden, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als grundsätzlich widerruflich oder unwiderruflich angesehen wird.

¹¹²⁷ Vgl. BGE 136 III 401, 406.

¹¹²⁸ Vgl. dazu BGE 136 III 401, 405 ff.

Wie das Bundesgericht in BGE 136 III 401, 406 festgestellt hat, liesse sich der Unterscheidung, ob die Einwilligung grundsätzlich widerruflich oder unwiderruflich sein sollte, insbesondere «entgegenhalten, eine bindende vertragliche Verpflichtung mit Rücktrittsentschädigung und eine jederzeit widerrufbare Einwilligung, verbunden mit einer Schadenersatzpflicht [...] laufe im Ergebnis auf dasselbe hinaus.»¹¹²⁹ Zu Recht wird jedoch auf die prozessualen Unterschiede hingewiesen, denn die Behauptungs- und Beweislast werden verlagert.¹¹³⁰ Immerhin könnte mit der Pauschalierung eines Wertersatzes (im Vorhinein) der grosse Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung eines allfälligen Schadens vermieden werden,¹¹³¹ es sei denn, der Wertersatz wäre übermässig.

Nicht zu unterschätzen ist zudem, dass je nach Wahl des Szenarios der Persönlichkeitsschutz unterschiedlich stark betont wird. Immerhin ist im ersten Szenario die datenschutzrechtliche Einwilligung jederzeit widerrufbar, d. h. nicht bindend, und die Gegenpartei muss ihren Anspruch auf Wertersatz notfalls gerichtlich geltend machen. Im Gegensatz dazu wird im zweiten Szenario die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich betrachtet und ist deshalb so lange bindend, bis die betroffene Person sich durch Leistung des Wertersatzes befreien konnte. Ihr Vertragspartner hat hierbei weniger Risiko bzw. Aufwand.

Auch wenn die praktischen Auswirkungen vergleichbar sind – immerhin wird im Ergebnis stets der Widerruf gestattet und ein Wertersatz geleistet –, stellen die Entscheidungen, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als vertragliche Gegenleistung im Grundsatz unwiderruflich oder widerruflich ist, sowie ob und in welcher Form ein Wertersatz geschuldet sein soll, Wertungen dar. Diese können wegweisend für die zukünftige Rechtsfortbildung sein.

IV. Prüfung des Anpassungsvorschlags

Nachdem der Vorschlag, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung verbunden mit einer Ersatzpflicht zuzulassen, dargestellt wurde, muss er nun anhand der verschiedenen Interessen geprüft werden. Deshalb wird untersucht, wie sich der Vorschlag auf die einzelnen Interessen auswirken würde.

1. Schutz der Persönlichkeit

Zunächst ist fraglich, wie sich der Vorschlag auf den Persönlichkeitsschutz auswirken würde. Grundsätzlich kann festhalten werden, dass der Widerruf der Einwilligung nicht oder kaum eingeschränkt wäre: Die Einwilligung könnte jederzeit widerrufen werden, entweder mit der Folge einer Ersatzpflicht oder aber erst dann, wenn der Wertersatz geleistet worden wäre. Ersteres entspricht auf Ebene des Widerrufs dem geltenden Recht, weshalb hier der Persönlichkeitsschutz unverändert wäre. Letzteres stellt dann eine gewisse Schlechterstellung der Betroffenen dar, wenn sie nicht in der Lage wären, den Ersatz zu leisten, da die Einwilligung dann nicht widerrufen werden könnte.

¹¹²⁹ BGE 136 III 401, 406.

¹¹³⁰ BGE 136 III 401, 406.

¹¹³¹ Vgl. BGE 136 III 401, 406.

Zu bedenken ist, inwieweit die Ersatzpflicht den Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen einschränken könnte. Problematisch ist, dass die Aussicht darauf, Wertersatz leisten zu müssen, die betroffenen Personen davon abhalten könnte, ihre Einwilligung zu widerrufen. Unter diesem Gesichtspunkt ist sicherlich auch eine Förderung entsprechender Geschäftsmodelle zu erwarten, welche im Sinne des «privacy paradox» noch zusätzliche Anreize bieten könnten, Personendaten als Gegenleistung herzugeben. Andererseits erscheinen die erhöhten Gefahren für die Persönlichkeit der Betroffenen nicht übermässig, vor allem da die Kommerzialisierung der Personendaten freiwillig erfolgte und ein Widerruf der Einwilligung immerhin möglich wäre.

2. Beteiligung am Wert der Daten

Weiter ist zu untersuchen, welchen Einfluss der Vorschlag auf die Beteiligung der Betroffenen am Wert sie betreffender Daten haben könnte. Genauso wie bei der Annahme der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in § 9 würde sich das Zulassen eines jederzeitigen Einwilligungswiderrufs verbunden mit einer Ersatzleistung nicht direkt auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten auswirken. Da die Betroffenen sie betreffende Personendaten allenfalls besser verwerten, d.h. höherwertigere Gegenleistungen erhalten könnten, würden sie aber mittelbar am Wert dieser Daten teilhaben.¹¹³²

3. Entwicklung der Datenmärkte

Schliesslich ist zu prüfen, welche Auswirkungen der Vorschlag auf die Entwicklung der Datenmärkte hätte. Hinsichtlich der Sekundärmärkte ist keine massgebliche Änderung der jetzigen Situation zu erwarten: Da ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit möglich ist, erhalten die Unternehmen keine verlässliche Rechtsgrundlage, um die betreffenden Daten auf Sekundärmärkten zu handeln. Allenfalls könnte immerhin erwartet werden, dass vom Widerrufsrecht weniger Gebrauch gemacht werden würde, was die Position der Unternehmen etwas verbessern würde. Ausserdem würden Unternehmen die Aussicht auf Wertersatz für von ihnen bezogene Leistungen sicherlich positiv werten.

Auf den Primärmärkten ist wohl ebenfalls keine erhebliche Änderung zu erwarten. Es wäre einerseits denkbar, dass zumindest manche Datensubjekte etwas restriktiver mit der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung umgehen würden. Andererseits könnte sich auch keine diesbezügliche Veränderung ergeben. Insgesamt kann allerdings noch keine verlässliche Aussage zum Einfluss des Vorschlags auf die Datenmärkte getroffen werden. Diesbezüglich wäre weitere Forschung notwendig.

V. Ergebnis

Wird den betroffenen Personen unabhängig vom Vorliegen vertraglicher Verbindlichkeiten der Widerruf ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung erlaubt, kann die Situation entstehen, dass die Betroffenen von ihrer vertraglich geschuldeten Leistung befreit werden und gleichzeitig die Gegenleistung ihres Vertragspartners erhalten.

¹¹³² Vgl. den Gedanken bei DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50.

Dieser Situation könnte abgeholfen werden, indem dem Vertragspartner ein Anspruch auf Wertersatz zuerkannt wird. So wäre das Interesse der betroffenen Person am Widerruf ihrer Einwilligung mit dem Interesse des Vertragspartners, eine Gegenleistung für die eigene Leistung zu erhalten, vereinbar.

Die Wertersatzpflicht sollte als pauschale Geldleistung in Höhe des Marktpreises der bezogenen Leistung im Sinne einer Konventionalstrafe ausgestaltet werden. Ein wichtiges Instrument der Wertung stellt hier die Wirkung der Ersatzleistung dar: Soll der Widerruf erst dann Wirkung entfalten, wenn der Wertersatz geleistet wurde, oder soll die Ersatzleistung als pauschalierte Schadenersatzleistung auf den Widerruf folgen? Diese Entscheidung stellt eine gewichtige Stellschraube dar, welche letztendlich durch den Gesetzgeber getroffen werden müsste.

Mit Sicht auf die Interessenlage würden sich die Gefahren für die Persönlichkeit der Betroffenen nicht massgeblich erhöhen, vor allem da ein Widerruf der Einwilligung immerhin möglich wäre. Genauso wie bei der Annahme der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in § 9 würde sich das Zulassen eines jederzeitigen Einwilligungswiderrufs verbunden mit einer Ersatzleistung allerdings nicht direkt auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten auswirken. Da ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit möglich wäre, erhalten die Unternehmen auch weiterhin keine verlässliche Rechtsgrundlage, um die betreffenden Daten auf Sekundärmärkten zu handeln. Allenfalls könnte erwartet werden, dass vom Widerrufsrecht weniger Gebrauch gemacht werden würde, was die Position der Unternehmen etwas verbessern könnte. Eine verlässliche Aussage über den Einfluss des Vorschlags auf die Datenmärkte ist an dieser Stelle allerdings noch nicht möglich. Insgesamt erscheint der Vorschlag zwar aus juristischer Sicht als logische und gemäss der vertragsrechtlichen Dogmatik korrekte Konsequenz, allerdings würde er der Interessenlage beim Datenhandel kaum gerecht. Um die Interessen beim Datenhandel zu bedienen, müssten deshalb andere Massnahmen ergriffen werden.

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.