

Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von
Wolfgang Portmann
Helmut Heiss
Peter R. Isler
Florent Thouvenin

DIKE 

Gedenkschrift für Claire Huguenin



Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Helmut Heiss

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Peter R. Isler

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Florent Thouvenin

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-107-4

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin	VII
Autorenverzeichnis	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht?	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i>	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR CO 2020 : un projet abandonné ?	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn	157

TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von
Geschäftsentscheiden 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste 325

PETER GEORG PICT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller 397

ANTON K. SCHNYDER	
Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht	413
ROLF SETHE	
Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung	423
FLORENT THOUVENIN	
Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern.....	463
HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN	
Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs.....	479
ROLF H. WEBER	
Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen.....	495
Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin	507

Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern

*Florent Thouvenin**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	463
II. Grundlagen	464
III. Deklarative Datenschutzerklärungen	467
IV. Konstitutive Datenschutzerklärungen	470
1. Rechtsnatur	470
a) Grundsatz	470
b) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	472
2. Rechtsfolgen	473
a) Datenschutzrecht	473
b) Vertragsrecht	473
c) AGB-Kontrolle	475
V. Fazit	478

I. Einleitung

CLAIRE HUGUENIN war nicht nur eine begeisterte und engagierte akademische Lehrerin und Forscherin, sondern auch eine freudige Nutzerin der neuen Technologien, ganz besonders ihres iPhones, ohne das sie kaum anzutreffen war. In ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit hat sich CLAIRE HUGUENIN nicht nur, aber ganz besonders dem Vertragsrecht gewidmet und sich dort immer wieder mit Fragen des Konsumentenschutzes befasst. In dankbarer Erinnerung an CLAIRE und angesichts dieser Interessen widmet sich der vorliegende Beitrag einer für Konsumenten zentralen Fragestellung an der Schnittstelle von Vertrags- und Datenschutzrecht: der Rechtsnatur von Datenschutzerklärungen und den damit verbundenen Rechtsfolgen.

* Ich danke MLaw SIMON HENSELER, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am ITSL, für die Unterstützung bei den Recherchen und bei der Ausarbeitung des Fussnotenapparats.

II. Grundlagen

Die Bearbeitung von Personendaten ist nur zulässig, wenn die Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten werden.¹ Während das Einhalten dieser Grundsätze im (geltenden und künftigen) schweizerischen Datenschutzrecht genügt und nur bei einem Verstoss gegen die Grundsätze eine Rechtfertigung erforderlich ist,² beruht die Datenschutz-Grundverordnung der EU (DSGVO) auf dem Konzept des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt,³ weshalb jede Bearbeitung von Personendaten auf eine Rechtsgrundlage gestützt werden muss.⁴ Im Vordergrund stehen dabei im schweizerischen und im europäischen Recht die berechtigten Interessen des Verantwortlichen⁵ und die Einwilligung der betroffenen Person⁶.

Unter den Grundsätzen des Datenschutzrechts kommt der Transparenz der Datenbearbeitung⁷ eine herausragende Bedeutung zu. Dies ergibt sich schon aus dem Gedanken der informationellen Selbstbestimmung, welche dem europäischen und schweizerischen

¹ Art. 12 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 DSG; Art. 5 DSGVO; siehe dazu für das schweizerische Recht: ROSENTHAL, in Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 4 N 2; RAMPINI, in Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 12 N 8. Für das europäische Recht: ROBNAGEL, in Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), NomosKommentar, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019, Art. 5 N 1; FRENZEL, in Paal/Pauly (Hrsg.), Beck'sche Kompakt-Kommentare, Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., München 2018, Art. 5 N 2.

² Art. 12 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 13 Abs. 1 DSG; siehe dazu: ROSENTHAL (FN 1), Art. 13 N 9; RAMPINI (FN 1), Art. 12 N 8 ff.; WERMELINGER, in Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015, Art. 12 N 1 ff.

³ FRENZEL (FN 1), Art. 6 N 1; INGOLD, in Sydow (Hrsg.), NomosKommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 7 N 8; BUCHNER/PETRI, in Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 6 N 1 und N 11.

⁴ Art. 6 DSGVO; siehe dazu: FRENZEL (FN 1), Art. 6 N 7; REIMER, in Sydow (Hrsg.), NomosKommentar Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 6 N 1; BUCHNER/PETRI (FN 3), Art. 6 N 1.

⁵ Art. 13 Abs. 2 f. DSG; Art. 6 Abs. 1 Bst. f DSGVO.

⁶ Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 5 DSG; Art. 6 Abs. 1 Bst. a DSGVO.

⁷ Art. 4 Abs. 4 DSG; Art. 5 Abs. 1 Bst. a DSGVO.

Datenschutzrecht zugrunde liegt.⁸ Denn nur wenn die betroffenen Personen die Bearbeitung ihrer Personendaten erkennen können und über ausreichende Informationen verfügen, um sich ein Bild von dieser Bearbeitung zu machen, sind sie in der Lage, sinnvoll über die Ausübung ihrer datenschutzrechtlichen Ansprüche zu entscheiden. Die Transparenz ist deshalb nicht nur ein allgemeiner Grundsatz des Datenschutzrechts, sondern bildet auch die Grundlage für die wichtigsten datenschutzrechtlichen Rechte und Pflichten, namentlich für die Informationspflichten der Verantwortlichen⁹ und für das Auskunftsrecht der betroffenen Personen.¹⁰

Die Transparenz der Datenbearbeitung wird von den Verantwortlichen regelmässig in Form von Datenschutzerklärungen geschaffen oder, besser gesagt, zu schaffen versucht. Denn trotz ihrer grundlegenden Bedeutung ist Transparenz für die betroffenen Personen bis heute weitgehend eine Illusion. Dies hat eine Reihe von Gründen:

Zum einen interessieren sich die meisten Personen nur vorgeblich für die Bearbeitung ihrer Personendaten. Zwar hält fast jeder und jede den Schutz der Privatsphäre für wichtig – kaum jemand ist jedoch bereit, die dafür erforderlichen Handlungen auch effektiv vorzunehmen (sog. *privacy paradox*).¹¹ Namentlich werden Datenschutzerklärungen kaum gelesen.¹² Dies erstaunt insofern wenig, als der Aufwand für das Lesen und Verstehen der oft umfangreichen Erklärungen recht gross und der Nutzen für die betroffenen Personen meist gering ist. Zum andern ist es für viele Unternehmen schwierig, angemessen über ihre Datenbearbeitungen zu informieren, weil die Ausführungen in den

⁸ Siehe dazu: SEETHALER, in Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Entstehungsgeschichte DSG N 1 f.; ROSENTHAL (FN 1), Art. 1 N 1 f.

⁹ Art. 14 und Art. 18a f. DSG; Art. 13 f. DSGVO.

¹⁰ Art. 8 ff. DSG; Art. 15 DSGVO.

¹¹ Siehe dazu statt vieler: BARNES, A privacy paradox: Social networking in the United States, *First Monday*, Vol. 11, No. 9, 2006, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1394/1312> (17. Juni 2019), *passim*; DIENLIN/TREPTE, Is the privacy paradox a relic of the past? An in-depth analysis of privacy attitudes and privacy behaviors, *European Journal of Social Psychology*, Vol. 45, No. 3, 2015, *passim*; PALMETSHOFER/SEMSROTT/ALBERTS, Der Wert persönlicher Daten, Studie und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2017, 13.

¹² Siehe dazu für die EU: Europäische Kommission, Vertretung in Deutschland, «Nur jeder zehnte Deutsche liest Datenschutzerklärungen vollständig durch», Pressemitteilung vom 13. Juni 2019, https://ec.europa.eu/germany/news/20190613-datenschutz_de (17. Juni 2019); für die USA: BAKOS/MAROTTA-WURGLER/TROSSEN, Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts, *Journal of Legal Studies*, Vol. 43, No. 1, 2014, 21 ff.

Datenschutzerklärungen möglichst kurz und nicht allzu technisch, aber dennoch vollständig und richtig sein müssen, damit die Erklärungen ihren Zweck (zumindest theoretisch) zu erfüllen vermögen. Besonders für Unternehmen mit verschiedenen, miteinander verbundenen Diensten ist das Schaffen von Transparenz eine nicht zu unterschätzende Herausforderung.¹³

Die heutigen Datenschutzerklärungen sind für die betroffenen Personen meist zu detailliert, für interessierte Personen – bspw. Technikerinnen, Juristen und Journalistinnen – dagegen zu oberflächlich. Abhilfe schaffen könnte ein differenzierter Ansatz, bei dem Unternehmen auf mehreren Ebenen über ihre Datenbearbeitungen informieren (sog. *layered approach*):¹⁴ Auf einer ersten Ebene könnten die Unternehmen den betroffenen Personen die wichtigsten Eckpunkte ihrer Datenbearbeitung mithilfe von Symbolen auf einen Blick vermitteln. Auf einer zweiten Ebene könnten die Datenbearbeitungen in kurzen Texten und mit einfachen Worten erklärt werden. Auf einer dritten Ebene wären sodann detaillierte und technisch präzise Informationen zu geben. Die erste Ebene würde sich an den kaum interessierten Laien richten, die zweite an den interessierten Nutzer und die dritte an Expertinnen und Experten, insb. an Techniker, Juristinnen und Journalisten, aber auch an Datenschutzbehörden und Gerichte. Alle drei Ebenen würden insgesamt die rechtlich relevante Datenschutzerklärung bilden und die drei Ebenen könnten gemeinsam die Transparenz der Datenbearbeitungen gewährleisten, indem sie dem Bedürfnis nach rascher und einfacher sowie detaillierter und technischer Information zugleich Rechnung tragen würden.

Unabhängig von der Ausgestaltung von Datenschutzerklärungen auf einer oder mehreren Ebenen unterscheiden sich diese Erklärungen auch nach ihrem rechtlich relevanten Gehalt. Diese Unterscheidung ist für die nachfolgend zu untersuchende Frage nach der Rechtsnatur und für die damit verbundene Frage nach den Rechtsfolgen zentral. Zu unterscheiden sind dabei zwei Konstellationen: Datenschutzerklärungen können darauf beschränkt sein, den betroffenen Personen Informationen über die Bearbeitung ihrer Personendaten zu vermitteln. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Datenbearbeitung

¹³ Dies zeigt sich auch in den Entscheiden der europäischen Datenschutzbehörden, die bisweilen sehr weitgehende Anforderungen an die Transparenz stellen, ohne sich Rechenschaft darüber abzulegen, wie diese Anforderungen erfüllt werden können. Siehe dazu etwa den Entscheid der Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) in Sachen Google LLC vom 21. Januar 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?oldAction=rechExpCnil&id=CNILTEXT000000038032&fastReqId=2103387945&fastPos=1> (17. Juni 2019).

¹⁴ Siehe dazu: Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017, 7050; Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), 24. Tätigkeitsbericht 2016/2017, Bern 2017, 18.

auch ohne Einwilligung der betroffenen Person zulässig ist.¹⁵ Datenschutzerklärungen bilden allerdings regelmässig die Grundlage einer Einwilligung, indem die betroffenen Personen aufgefordert werden, ihr Einverständnis zu den in der Datenschutzerklärung beschriebenen Bearbeitung ihrer Personendaten zu geben.

Die erste Art von Datenschutzerklärungen lässt sich als deklarative, die zweite als konstitutive Erklärung verstehen. Nach diesen beiden Typen ist nachfolgend zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass viele Datenschutzerklärungen beide Arten von Erklärungen enthalten, weil regelmässig ein Teil der Datenbearbeitungen auf der Einwilligung der betroffenen Personen und ein anderer Teil auf einer anderen Rechtsgrundlage beruht. Oftmals wird eine Datenschutzerklärung deshalb nicht als solche dem einen oder anderen Typus zugeordnet werden können. Zu bestimmen ist daher nicht die Rechtsnatur eines Dokuments als deklarative oder konstitutive Datenschutzerklärung, sondern die Rechtsnatur der einzelnen, in diesem Dokument enthaltenen Erklärungen. Nach dieser bestimmen sich die mit den einzelnen Erklärungen verbundenen Rechtsfolgen.

III. Deklarative Datenschutzerklärungen

Geht der Gehalt einer Datenschutzerklärung nicht über die Darstellung der Datenbearbeitungen des Verantwortlichen hinaus und wird von den betroffenen Personen keine Einwilligung für die darin beschriebenen Bearbeitungen eingeholt, ist die Datenschutzerklärung als *einseitige Erklärung des Verantwortlichen* zu qualifizieren.

Die Datenschutzerklärungen dienen den Verantwortlichen hier allein dazu, ihrer datenschutzrechtlichen Transparenzpflicht nachzukommen.¹⁶ Das geltende schweizerische Recht kennt dabei keine Vorgaben zu Form und Inhalt, weshalb die Verantwortlichen nicht zur Verwendung von Datenschutzerklärungen verpflichtet und in deren Ausgestaltung weitgehend frei sind.¹⁷ Dennoch ist die Verwendung von Datenschutzerklärungen längst Standard. Im Fall einer Untersuchung durch den EDÖB dürfte es deshalb für

¹⁵ Dies ist nach schweizerischem Recht namentlich der Fall, wenn die Bearbeitung die Grundsätze der Datenbearbeitung (Art. 4, Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 DSG) einhält oder, im Fall einer Verletzung, auf ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters gestützt werden kann (Art. 12 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 13 DSG). Nach europäischem Recht trifft dies zu, wenn die Datenbearbeitung auf eine andere Rechtsgrundlage als die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 Bst. a DSGVO) gestützt werden kann, namentlich auf die berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 Bst. f DSGVO).

¹⁶ Siehe dazu vorn, II.

¹⁷ Mit der Revision des DSG wird aber neu eine allgemeine Informationspflicht der privaten Datenbearbeiter eingeführt (Art. 17 f. E-DSG); diese regelt den Inhalt der Information, nicht

viele Unternehmen schwierig sein, den Nachweis hinreichender Transparenz zu erbringen, wenn sie ihre Datenbearbeitungen nicht in einer Datenschutzerklärung umschreiben oder in anderer geeigneter Form schriftlich zugänglich machen.¹⁸ Das europäische Recht enthält dagegen einen umfassenden Katalog von Informationen, welche den betroffenen Personen mitgeteilt werden müssen.¹⁹ Diese Informationen sind grundsätzlich schriftlich zu vermitteln, wobei die elektronische Form genügt.²⁰ Im Ergebnis ist die Verwendung von Datenschutzerklärungen damit gesetzlich vorgeschrieben.²¹

Mit Blick auf die teilweise sehr konkreten Vorgaben des Datenschutzrechts erscheint klar, dass deklarative Datenschutzerklärungen zwar als einseitige Erklärungen des Verantwortlichen, nicht aber als einseitige Willenserklärungen im obligationenrechtlichen Sinn zu verstehen sind. Deklarative Datenschutzerklärungen sind damit *nicht* als *einseitige Rechtsgeschäfte* zu qualifizieren. Denn diese bestehen aus einer einseitigen Willenserklärung, die darauf ausgerichtet ist, eine dem Willen entsprechende Rechtsfolge eintreten zu lassen, insb. ein Recht oder Rechtsverhältnis zu begründen, zu ändern oder zu beenden.²² Ein Teil der Lehre betont dabei die Bedeutung des *Rechtsfolgewillens* als zentrales Merkmal.²³ Diese Betrachtungsweise lässt das für die Qualifikation als

aber deren Form. Aus Beweisgründen empfiehlt der Bundesrat allerdings eine schriftliche Information; siehe dazu: Botschaft (FN 14), 7051.

¹⁸ Siehe dazu: LOBSIGER (EDÖB), Digitales Potenzial für Datenschutz, NZZ vom 27. September 2017, 9; EDÖB, Datenschutz und e-commerce: Umsetzungshilfe und Konkretisierungsvorschläge des Eidg. Datenschutzbeauftragten, https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2012/03/e-commerce_und_datenschutz.pdf.download.pdf/e-commerce_und_datenschutz.pdf (19. Juni 2019), 4.

¹⁹ Art. 13 und 14 DSGVO.

²⁰ Art. 12 Abs. 1 DSGVO; siehe dazu: DIX, in Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmann (Hrsg.), NomosKommentar, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019, Art. 12 N 19; PAAL/HENNEMANN, in Paal/Pauly (Hrsg.), Beck'sche Kompakt-Kommentare, Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., München 2018, Art. 12 N 38 f.

²¹ Siehe dazu: KNYRIM, in Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, DS-GVO Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 13 N 21 f.; GREVE, in Sydow (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 12 N 14.

²² HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz 45 i.V.m. 50; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz 3.01 f. i.V.m. 3.04; TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. Aufl., Genf 2012, Rz 170 i.V.m. 202.

²³ KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017, Rz 3.02, Rz 3.19 ff.; MÜLLER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 1 N 18.

Rechtsgeschäft entscheidende Merkmal besonders deutlich erkennen, nämlich: dass die in Frage stehende Rechtsfolge eintritt, *weil sie gewollt ist*. Kein Rechtsgeschäft liegt deshalb vor, wenn eine Rechtswirkung unabhängig davon eintritt, ob sie gewollt ist oder nicht.²⁴

Dies ist bei deklarativen Datenschutzerklärungen der Fall, weil die gewollte Rechtsfolge – die Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts – nicht eintritt, weil die Verantwortlichen die gesetzlichen Vorgaben einhalten wollen, sondern weil die in der Datenschutzerklärung enthaltenen Informationen den Vorgaben des Datenschutzrechts genügen, namentlich die gesetzlich geforderte Transparenz schaffen. Ein darüber hinausgehender Rechtsfolgewille kann den Verantwortlichen kaum unterstellt werden; namentlich ist nicht davon auszugehen, dass sich die Verantwortlichen – wie etwa der Auslobende bei einem Preisausschreiben oder einer Auslobung²⁵ – einseitig gegenüber den betroffenen Personen verpflichten wollen, keine anderen als die in ihrer Datenschutzerklärung beschriebenen Datenbearbeitungen vorzunehmen.

Damit ist klar, dass die Rechtsfolgen von deklarativen Datenschutzerklärungen grundsätzlich auf das Datenschutzrecht beschränkt sind.²⁶ Im Vordergrund steht dabei der Verstoss gegen das allgemeine Transparenzgebot²⁷ sowie die Verletzung der Informationspflichten,²⁸ wenn die Datenschutzerklärung fehlt, nicht hinreichend informiert oder falsche Angaben enthält.

Wie sich sogleich zeigen wird, unterscheidet sich die deklarative Datenschutzerklärung damit grundlegend von der konstitutiven Erklärung, die als Grundlage für die Einwilligung der betroffenen Personen dient und damit als zweiseitiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist.²⁹

²⁴ KOLLER (FN 23), Rz 3.02.

²⁵ Art. 8 OR; zur einseitigen Bindung des Auslobenden siehe: HUGUENIN (FN 22), Rz 214; SCHWENZER (FN 22), Rz 28.53 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz 1045 f.

²⁶ Denkbar wäre immerhin, falsche Angaben in Datenschutzerklärungen auch als unzulässige Irreführung im Sinn des UWG zu erfassen (Art. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG).

²⁷ Art. 4 Abs. 4 DSG; Art. 5 Abs. 1 Bst. a DSGVO.

²⁸ Art. 14 und Art. 18a f. DSG; Art. 13 f. DSGVO.

²⁹ Siehe dazu gerade nachfolgend, IV.

IV. Konstitutive Datenschutzerklärungen

1. Rechtsnatur

a) Grundsatz

Wird mit einer Datenschutzerklärung nicht nur beschrieben, welche Datenbearbeitungen ein Unternehmen vornimmt, sondern bildet sie zugleich die Grundlage für die Einwilligung der betroffenen Person, dann ist diese Erklärung für die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung durch den Verantwortlichen konstitutiv. Im schweizerischen Recht ist dies der Fall, wenn eine Datenbearbeitung gegen einen der Grundsätze des Datenschutzrechts verstösst und deshalb der Rechtfertigung durch Einwilligung bedarf.³⁰ Im europäischen Recht trifft dies für jede Datenbearbeitung zu, die nur aufgrund einer Einwilligung zulässig ist, weil keine andere Grundlage für die Rechtmässigkeit besteht.³¹ Im europäischen und im schweizerischen Recht hängt die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung in diesen Konstellationen davon ab, dass der Verantwortliche in geeigneter Weise umschreibt, welche Datenbearbeitungen er vornimmt und die betroffene Person sich mit diesen Bearbeitungen einverstanden erklärt.

Dieser Vorgang, die Beschreibung der Datenbearbeitungen in einer Datenschutzerklärung durch den Verantwortlichen und die Einwilligung durch die betroffene Person, ist obligationenrechtlich als *Austausch gegenseitiger Willensäusserungen* zu qualifizieren, mit dem eine vertragliche Vereinbarung begründet wird.³² Nach dem klassischen Muster von Offerte und Akzept erklärt der Verantwortliche in seiner Datenschutzerklärung, welche Datenbearbeitungen er vornehmen wird und die betroffene Person erklärt sich mittels Einwilligung einverstanden. Die Erklärung der betroffenen Person kann dabei ausdrücklich, etwa durch Ankreuzen einer entsprechenden Box auf einer Webseite, oder durch konkludentes Verhalten erfolgen, etwa durch die blosse Nutzung eines Dienstes.³³

³⁰ Siehe dazu vorn, II.

³¹ Siehe dazu vorn, II.

³² Art. 1 Abs. 1 OR.

³³ Für den Vertragsschluss: Art. 1 Abs. 2 OR; siehe dazu statt vieler: HUGUENIN (FN 22), Rz 172 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 25), Rz 382 ff. Für die datenschutzrechtliche Gültigkeit der Einwilligung im schweizerischen Recht: Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSG *e contrario*; siehe dazu: MAURER-LAMBROU/STEINER, in Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 4 N 16h; ROSENTHAL (FN 1), Art. 4 N 78 f.; im europäischen Recht: Art. 4 Nr. 11 DSGVO; siehe dazu: INGOLD (FN 3), Art. 11 N 169 f.; GOLA, in Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 11 N 84.

Im Gegensatz zur deklarativen Datenschutzerklärung, die nicht als Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist, bilden die konstitutive Datenschutzerklärung und die auf sie bezogene Einwilligung ein *zweiseitiges Rechtsgeschäft*, mithin einen Vertrag über die Nutzung von Personendaten.

Bei der Frage nach dem *Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte* ist zu differenzieren: In vielen Konstellationen sind Datenschutzerklärungen Teil einer vertraglichen Vereinbarung über den Austausch oder das Erbringen anderer Leistungen, bspw. beim Einkauf in einem Webshop, bei der Nutzung der Speicherdienste eines Cloud-Providers oder beim Konsum von Online-Medien. In diesen Fällen bestimmen sich die wesentlichen Vertragspunkte nach der Vereinbarung über diese Leistungen, sie betreffen also bspw. den Austausch von Ware gegen Geld, das Zurverfügungstellen von Speicherplatz oder das Zugänglichmachen von Inhalten gegen eine Gebühr. Die Vereinbarung über die Nutzung von Personendaten ist dann in aller Regel nur ein Nebenpunkt. Dieser ist vom Konsens aber mit umfasst. Allerdings werden gewisse Dienste nicht gegen eine Geldleistung, sondern im Austausch für das Recht zur Nutzung von Personendaten erbracht.³⁴ Die Einwilligung in die Nutzung seiner Personendaten ist hier die vom Nutzer erbrachte Gegenleistung und damit kein blosser Nebenpunkt, sondern ein wesentlicher Vertragspunkt. Die Vereinbarung über die Nutzung solcher Dienste kommt damit nur zustande, wenn die Beteiligten über das Erbringen des Dienstes und das durch Einwilligung vermittelte Recht zur Nutzung der Personendaten Konsens erzielt haben.

Die Beteiligten handeln in beiden Fällen mit einem *Rechtsbindungswillen*. Der Verantwortliche will durch die Einwilligung der betroffenen Person das Recht erhalten, deren Personendaten zu bearbeiten und er verpflichtet sich dazu, die Daten nicht anders zu verwenden als in der Datenschutzerklärung umschrieben. Die betroffene Person will dem Verantwortlichen mit der Einwilligung das Recht zur Bearbeitung ihrer Daten verschaffen und sie verpflichtet sich, diese Bearbeitung zu dulden. Diese Pflicht steht zwar unter dem Vorbehalt, dass die betroffene Person die Einwilligung nach den zwingenden Vorgaben des europäischen und schweizerischen Datenschutzrechts jederzeit widerrufen kann.³⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass sich die betroffene Person bis zu einem

³⁴ So etwa bei Social Media und Mobiltelefon-Applikationen; siehe dazu statt vieler: DE FRANCESCHI, Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?, in Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, Jena 2017, 115 ff.

³⁵ Für das DSG: BAERISWYL, in Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015, Art. 4 N 57; RAMPINI (FN 1), Art. 13 N 14; ROSENTHAL (FN 1), Art. 4 N 104. Für die DSGVO: Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO; siehe dazu: BUCHNER/KÜHLING, in Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdaten-

allfälligen Widerruf ihrer Einwilligung und erst recht bei dessen Unterbleiben in rechtlich relevanter Weise bindet. Dies zeigt sich auch darin, dass der Widerruf der Einwilligung nur für die Zukunft Wirkung entfaltet, die Rechtmässigkeit der bis zum Widerruf aufgrund der Einwilligung bereits erfolgten Datenbearbeitung also nicht berührt.³⁶

Damit ist klar, dass konstitutive Datenschutzerklärungen als *vertragliche Vereinbarungen* zu qualifizieren sind.

b) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs vorformuliert werden.³⁷ Mit der Qualifikation konstitutiver Datenschutzerklärungen als vertragliche Vereinbarungen sind diese zugleich als AGB zu qualifizieren, weil Datenschutzerklärungen stets vom Verarbeiter (oder von einem Dritten) vorformuliert werden, um in einer Vielzahl von Fällen von den Nutzern die Einwilligung in die Bearbeitung ihrer Personendaten zu erlangen.

Die Qualifikation als AGB gilt nicht nur für den Fall, in dem die Datenschutzerklärung Teil einer Vereinbarung über andere Hauptleistungen ist und damit nur Nebenpunkte beschlägt, sondern auch, wenn ein Dienst im Gegenzug für das Recht zur Nutzung der Personendaten erbracht wird und die Einwilligung in die Bearbeitung der Personendaten damit die Hauptleistung des Nutzers und wesentlicher Vertragspunkt ist.³⁸ Die Rechtsfolgen sind allerdings teilweise unterschiedlich, wie sogleich zu zeigen sein wird.

schutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 7 N 34; KLEMENT, in Simitis/Hornung/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), NomosKommentar, Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019, Art. 7 N 85.

³⁶ Für das DSG: BAERISWYL (FN 35), Art. 4 N 57; ROSENTHAL (FN 1), Art. 4 N 104. Für die DSGVO: Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DSGVO; siehe dazu: FRENZEL (FN 1), Art. 7 N 16; BUCHNER/KÜHLING (FN 35), Art. 7 N 36.

³⁷ Siehe dazu statt vieler: HEISS, in Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 8 N 71 ff.; PROBST, in Jung/Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 8 N 234; THOUVENIN, in Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 8 N 1.

³⁸ Siehe dazu vorn, IV.1.a).

2. Rechtsfolgen

a) Datenschutzrecht

Die primäre Rechtsfolge einer konstitutiven Datenschutzerklärung liegt in der *Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts*. Sie besteht im Wesentlichen darin, dass die in der Vereinbarung umschriebenen Datenbearbeitungen von der Einwilligung der betroffenen Person gedeckt und damit zulässig sind.

b) Vertragsrecht

Als vertragliche Vereinbarungen haben konstitutive Datenschutzerklärungen zudem die üblichen vertraglichen Rechtsfolgen. Namentlich haben beide Parteien, der Verantwortliche und die betroffene Person, *Anspruch auf Erfüllung*.³⁹ Der Verantwortliche kann also verlangen, dass die betroffene Person ihm die von der Vereinbarung erfassten Personendaten zugänglich macht und deren Bearbeitung duldet. Die betroffene Person hat umgekehrt einen vertraglichen Anspruch gegenüber dem Verantwortlichen, dass dieser die Personendaten nur so bearbeitet, wie in der Datenschutzerklärung umschrieben. Nimmt er andere Bearbeitungen vor, verletzt er nicht nur die Vorgaben des Datenschutzrechts, sondern auch diejenigen des Vertrags. Der gegenseitige Anspruch auf Erfüllung besteht, solange auch die Einwilligung steht. Widerruft die betroffene Person ihre Einwilligung, was sie nach den zwingenden Vorgaben des Datenschutzrechts jederzeit kann,⁴⁰ entfällt der Anspruch auf Erfüllung für die Zukunft. Bei Austauschverträgen wird man dem Verantwortlichen zumindest das Recht zugestehen, seine Leistung zurückzuhalten, wenn er noch nicht erfüllt hat,⁴¹ oder sie zurückzufordern, wenn er schon erfüllt hat.⁴² Voraussetzung dürfte aber sein, dass das Recht zur Bearbeitung der Daten einen wesentlichen Teil des Entgelts bildet. Unter dieser Voraussetzung wird der

³⁹ HUGUENIN (FN 22), Rz 809 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz 2486; KOLLER (FN 23), Rz 44.02 ff.

⁴⁰ Siehe dazu vorn, IV.1.a).

⁴¹ Zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags siehe: HUGUENIN (FN 22), Rz 929 ff.; SCHWENZER (FN 22), Rz 62.02 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), Rz 2211. Ebenso: Art. 101 Abs. 1 OR 2020.

⁴² Zum Recht auf Rücktritt wegen Nichterfüllung: Art. 107 Abs. 2 OR. Zur Umwandlungstheorie siehe: BGE 137 III 243 E. 4.4.2; BGE 114 II 152 E. 2c; HUGUENIN (FN 22), Rz 962; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 25), Rz 1570 ff. Zur Gegenmeinung, wonach das Bereicherungsrecht anzuwenden ist, siehe: KOLLER (FN 23), Rz 31.23 ff. Zur Entstehung einer Forderung auf Rückerstattung aus Liquidation des Vertrags: Art. 81 Abs. 1 OR 2020.

Verantwortliche bei Dauerverträgen auch ein Recht zur ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund haben, weil ihm die weitere Leistungserbringung nicht zugemutet werden kann, wenn er die Gegenleistung künftig nicht mehr erhält.⁴³

Bei einer *Vertragsverletzung* stehen den Parteien die allgemeinen Ansprüche zu, die sich grundsätzlich nach den üblichen Voraussetzungen richten. Die relevanten Konstellationen lassen sich kurz wie folgt skizzieren: Als Verletzung einer Datenschutzerklärung durch den Verantwortlichen kommt praktisch nur eine Bearbeitung der Daten in Frage, die von der Datenschutzerklärung nicht gedeckt ist. In diesen Fällen haben die betroffenen Personen Anspruch auf Unterlassung, der dem Anspruch auf gehörige Erfüllung in Zukunft entspricht,⁴⁴ und Anspruch auf Schadenersatz.⁴⁵ In schweren Fällen wird man bei Austauschverträgen wohl auch ein Recht zum Rücktritt⁴⁶ und bei Dauerverträgen ein Recht zur ausserordentlichen Kündigung bejahen.⁴⁷ Seitens der betroffenen Personen sind an sich alle Formen der Vertragsverletzung denkbar, neben der Schlechterfüllung also auch die Nicht- oder Spätleistung. Dass die betroffenen Personen ihre Daten allerdings nicht, zu spät oder nicht in der erforderlichen Qualität zugänglich machen, indem sie bspw. den Zugriff auf ihre Daten verhindern oder verzögern, wird wohl kaum vorkommen. Sollte dies dennoch der Fall sein, hat der Verantwortliche bei Nicht- oder Spätleistung in erster Linie Anspruch auf Erfüllung⁴⁸ und bei Ausbleiben der Erfüllung ein Recht auf Rücktritt bzw. Kündigung;⁴⁹ bei Schlechterfüllung besteht

⁴³ Siehe dazu im Zusammenhang mit einem Lizenzvertrag: LEIMGRUBER, Risikoverteilung im Lizenzvertrag – Wer trägt die Folgen der Patentnichtigkeit?, sic! 2014, 433, m.w.H.

⁴⁴ Zum Anspruch auf Unterlassung bei Schlechterfüllung siehe: HGer ZH, Urteil HG070203 vom 27. Mai 2014, E. 2.4.1; zum Anspruch auf Erfüllung in Zukunft siehe gerade vorstehend.

⁴⁵ Art. 97 Abs. 1 OR.

⁴⁶ Zum Recht auf Rücktritt bei Schlechterfüllung siehe: HUGUENIN (FN 22), Rz 855; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), Rz 2624; SCHWENZER (FN 22), Rz 68.10. Ebenso: Art. 131 OR 2020.

⁴⁷ Zum Recht auf ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerverträgen siehe: BGE 138 III 304 E. 7; BGE 128 III 428 E. 3; BGE 122 III 262 E. 2a/aa. Im Ergebnis ebenso: Art. 131 OR 2020.

⁴⁸ Zum Anspruch auf Erfüllung bei Spätleistung siehe: HUGUENIN (FN 22), Rz 809; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), Rz 2667. Zum Anspruch auf Erfüllung bei Nichtleistung wegen subjektiver Unmöglichkeit siehe: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), Rz 2577 ff.; TERCIER/PICHONNAZ (FN 22), Rz 1492; a.M. BGE 135 III 212 E. 3; HUGUENIN (FN 22), Rz 841 f. Ebenso: Art. 124 f. OR 2020.

⁴⁹ Zum Recht auf Rücktritt oder Kündigung bei Ausbleiben der Erfüllung: HUGUENIN (FN 22), Rz 958 ff.; SCHWENZER (FN 22), Rz 66.29 ff., 66.36; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 39), Rz 2793 ff., 2815. Ebenso: Art. 130 OR 2020.

zudem ein Anspruch auf Nachbesserung.⁵⁰ Darüber hinaus kann der Verantwortliche Schadenersatz geltend machen;⁵¹ ein relevanter Schaden wird allerdings kaum je vorliegen und nur schwer nachzuweisen sein.

c) **AGB-Kontrolle**

Als AGB unterstehen konstitutive Datenschutzerklärungen zudem der AGB-Kontrolle auf den drei Ebenen der Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle.

Im Rahmen der *Geltungskontrolle* erlangen nach der Ungewöhnlichkeitsregel diejenigen Bestimmungen einer konstitutiven Datenschutzerklärung keine Geltung, mit deren Inhalt die betroffene Person nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.⁵² Der Verantwortliche muss die betroffenen Personen auf ungewöhnliche Klauseln in Datenschutzerklärungen deshalb besonders aufmerksam machen; andernfalls erlangen sie keine Gültigkeit⁵³ und der Verantwortliche kann sich für die Zulässigkeit der entsprechenden Bearbeitung nicht auf die Einwilligung der betroffenen Person berufen. Als ungewöhnlich gelten namentlich Klauseln, die einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen.⁵⁴ Hier zeigt sich eine gewisse Nähe zum datenschutzrechtlichen Koppelungsverbot, das im europäischen Recht ausdrücklich geregelt ist. Nach diesem ist die Einwilligung nicht als freiwillig anzusehen und damit ungültig, wenn die Erfüllung eines Vertrags von der Einwilligung in die Bearbeitung von Personendaten abhängig gemacht wird, welche für die Erfüllung dieses Vertrags nicht erforderlich und damit geschäftsfremd sind.⁵⁵ Anders als beim Koppelungsverbot kann die

⁵⁰ Zum Anspruch auf Nachbesserung bei Schlechterfüllung: HUGUENIN (FN 22), Rz 854; SCHWENZER (FN 22), Rz 68.01 ff. Ebenso: Art. 125 OR 2020.

⁵¹ Für die Nichtleistung und Schlechterfüllung: Art. 97 Abs. 1 OR; für die Spätleistung: Art. 107 Abs. 2 OR. Ebenso: Art. 128 OR 2020.

⁵² Siehe dazu statt vieler: HUGUENIN (FN 22), Rz 620; PERRIG, in Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz 173; THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 53, m.w.H. Siehe dazu im Zusammenhang mit Datenschutzerklärungen: VASELLA, Kapitel 7: Social Media und Datenschutz, in Staffelbach/Keller (Hrsg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Rz 7.61 i.V.m. 7.63 f.

⁵³ Siehe dazu statt vieler: HUGUENIN (FN 22), Rz 620; PERRIG (FN 52), Rz 173 i.V.m. 182; THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 53, m.w.H. Siehe dazu im Zusammenhang mit Datenschutzerklärungen: VASELLA (FN 52), Rz 7.61 i.V.m. 7.63 f.

⁵⁴ Siehe dazu allgemein statt vieler: HUGUENIN (FN 22), Rz 623; PERRIG (FN 52), Rz 179; THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 54, m.w.H.

⁵⁵ Art. 7 Abs. 4 DSGVO; siehe dazu statt vieler: SCHULZ, in Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 7 N 21 ff.; FRENZEL (FN 1), Art. 7 N 18 ff.; BUCHNER/KÜHLING (FN 35), Art. 7 N 46 ff. Zur entsprechenden Frage im schwei-

Ungültigkeit der betreffenden Klausel bei der AGB-Kontrolle allerdings durch einen ausdrücklichen Hinweis auf die geschäftsfremde Datenbearbeitung verhindert werden. Dies erscheint sachgerechter als das potentiell äusserst weitgehende Koppelungsverbot,⁵⁶ zumal – gerade mit Blick auf den Leitgedanken der informationellen Selbstbestimmung⁵⁷ – nicht ersichtlich ist, weshalb eine Einwilligung in die Bearbeitung geschäftsfremder Daten nicht möglich sein soll.

Mit der *Auslegungskontrolle* ist zu bestimmen, wie die Angaben in der Datenschutzerklärung zu verstehen sind. Sind sie unklar, muss sich der Verantwortliche nach der Unklarheitenregel die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen.⁵⁸ Dies kann namentlich dazu führen, dass die Einwilligung nicht alle Datenbearbeitungen deckt, welche der Verantwortliche mit seiner (unklaren) Datenschutzerklärung erfassen wollte. Im Ergebnis zwingt die Anwendung der Unklarheitenregel die Verwender von konstitutiven Datenschutzerklärungen zu klaren und verständlichen Formulierungen. Dies deckt sich mit den Vorgaben des europäischen Datenschutzrechts, nach welchem das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form und in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen muss.⁵⁹ Mit der Anwendung der Unklarheitenregel auf Datenschutzerklärungen erscheint eine entsprechende gesetzliche Regelung allerdings verzichtbar.

Während sich die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel ohne weiteres sinnvoll und gewinnbringend auf konstitutive Datenschutzerklärungen anwenden lassen, geht die Anwendung der Bestimmung über die *Inhaltskontrolle* weitgehend ins Leere: Zum einen scheitert die Inhaltskontrolle in denjenigen Konstellationen, in welchen die Überlassung der Personendaten und die Einwilligung in deren Nutzung die Hauptleistung der betroffenen Personen bildet. Denn der Hauptgegenstand eines Vertrags ist von der

zerischen Recht siehe: RAMPINI (FN 1), Art. 13 N 8; ROSENTHAL (FN 1), Art. 4 N 95; EPI-NEY, in Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 9 Rz 18.

⁵⁶ Zu einer einschränkenden Auslegung des Koppelungsverbots siehe: PLATH, in Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, Art. 7 N 19; HECKMANN/PASCHKE, in Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, DS-GVO Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 7 N 95; SCHULZ (FN 55), Art. 7 N 26.

⁵⁷ Siehe dazu vorn, II.

⁵⁸ Siehe dazu statt vieler: HUGUENIN (FN 22), Rz 629 f.; PERRIG (FN 52), Rz 253; THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 56, m.w.H. Zur Auslegung von Datenschutzerklärungen im Ergebnis ebenso: VASELLA (FN 52), Rz 7.61 i.V.m. 7.65.

⁵⁹ Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO; siehe dazu statt vieler: FRENZEL (FN 1), Art. 7 N 10 ff.; HECKMANN/PASCHKE (FN 56), Art. 7 N 76 ff.; KLEMENT (FN 35), Art. 7 N 75 ff.

Inhaltskontrolle ebenso ausgeschlossen wie die Überprüfung des Preis-Leistungsverhältnisses.⁶⁰ Gerade die zunehmend relevanten Angebote, bei welchen Dienste gegen das Zurverfügungstellen von Daten erbracht werden, sind der Inhaltskontrolle deshalb nicht zugänglich. Dies ist auch richtig, weil die Inhaltskontrolle von AGB sonst zu einer allgemeinen Inhaltskontrolle von Verträgen führen, die Vertragsfreiheit weitgehend aushebeln und eine richterliche Kontrolle des gerechten Preises (*iustum pretium*) schaffen würde.⁶¹

In allen anderen Konstellationen, in welchen das Überlassen von Personendaten und die Einwilligung in deren Nutzung nicht Hauptgegenstand des Vertrags sind, kann die Inhaltskontrolle zwar angewendet werden, scheitert aber daran, dass die Tatbestandsmerkmale nicht greifen. Kern der Inhaltskontrolle im schweizerischen Recht bildet die Frage, ob die AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen.⁶² Das zentrale Tatbestandsmerkmal des Missverhältnisses verweist auf ein Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten⁶³ und setzt damit voraus, dass die Parteien über gegenseitige Rechte und Pflichten verfügen, die miteinander verglichen werden können, bspw. über ein Recht zur Kündigung innert einer bestimmten Frist. Konstitutive Datenschutzerklärungen schaffen aber keine gegenseitigen Rechte und Pflichten, sondern umschreiben einseitig, welche Bearbeitungen von Personendaten der Verantwortliche aufgrund der Einwilligung der betroffenen Personen vornehmen darf. Ein Verhältnis der Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, das gegebenenfalls als Missverhältnis gewertet werden könnte, liegt damit nicht vor. Anders als die Geltungs- und Auslegungskontrolle geht die AGB-Inhaltskontrolle bei Datenschutzerklärungen deshalb ins Leere.

⁶⁰ Siehe dazu: THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 94, m.w.H.; KRAMER, in Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz 13; MAURENBRECHER/ECKERT, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, GesKR 2015, 374; differenzierend HEISS (FN 37), Art. 8 N 163 ff.; a.M. KOLLER, AGB-Recht, Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, AJP 2016, 289.

⁶¹ THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 95 ff., m.w.H.; siehe dazu auch: MAURENBRECHER/ECKERT (FN 60), 374; HEISS (FN 37), Art. 8 N 171.

⁶² Art. 8 UWG.

⁶³ HEISS (FN 37), Art. 8 N 192 ff.; PROBST, in Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Rz 456 ff.; THOUVENIN (FN 37), Art. 8 N 115 ff.

V. Fazit

Die Untersuchung der Rechtsnatur von Datenschutzerklärungen hat gezeigt, dass diese Rechtsfigur zwei Gesichter hat: Die Verantwortlichen können in einer Datenschutzerklärung schlicht festhalten, welche Datenbearbeitungen sie vornehmen. In diesem Fall dient die Erklärung einzig dazu, den Vorgaben des Datenschutzrechts Genüge zu tun, insb. die Informationspflichten einzuhalten und die erforderliche Transparenz zu schaffen. Die Rechtsfolgen dieser rein deklarativen Datenschutzerklärungen sind grundsätzlich auf das Datenschutzrecht beschränkt.

Die Verantwortlichen verwenden Datenschutzerklärungen aber regelmässig auch dazu, von den betroffenen Personen die Einwilligung in die Bearbeitungen von Personendaten einzuholen, die in der Erklärung beschrieben werden. Mit Erteilung der Einwilligung wird die Datenschutzerklärung Teil eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, nämlich einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person über die Bearbeitung von Personendaten. Da die Bearbeitung der Personendaten in diesen Fällen erst durch deren Beschreibung in der Datenschutzerklärung und die darauf bezogene Einwilligung der betroffenen Person zulässig wird, ist die Datenschutzerklärung nicht rein deklarativ, sondern konstitutiver Natur. Als vertragliche Vereinbarung hat die konstitutive Datenschutzerklärung denn auch nicht nur datenschutz-, sondern zugleich auch vertragsrechtliche Rechtsfolgen; namentlich begründet sie vertragliche Ansprüche der Verantwortlichen und der betroffenen Personen auf Erfüllung und korrespondierende Ansprüche bei Nicht- oder Spätleistung sowie Schlechterfüllung. Da konstitutive Datenschutzerklärungen in aller Regel für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert werden, sind sie als AGB zu qualifizieren und unterstehen damit der entsprechenden Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle. Die Geltungs- und Auslegungskontrolle eröffnen mit der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel neue und sinnvolle Ansätze zur Überprüfung konstitutiver Datenschutzerklärungen. Die Inhaltskontrolle geht dagegen nach heutigem Verständnis zwar ins Leere. Es dürfte sich aber lohnen, vertieft darüber nachzudenken, ob und gegebenenfalls wie die Inhaltskontrolle von AGB (auch) auf konstitutive Datenschutzerklärungen gewinnbringend angewendet werden kann.