

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

368

TOBIAS FASNACHT

Die Einwilligung im Datenschutzrecht

Vorgaben einer völker- und
verfassungsrechtlich konformen
Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen
Einwilligung im schweizerischen Recht

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialien	XXXV
Einleitung.....	1
Annäherung an die Fragestellung und Klärung allgemeiner Begriffe.....	3
Zur Struktur der Arbeit.....	6
Ausgangslage.....	7
Teil 1: Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen.....	11
Kapitel 1: EMRK.....	13
I. Einleitende Bemerkungen	13
1. Datenschutz in der Rechtsprechung des EGMR.....	14
1.1 Art. 8 EMRK	15
1.2 Der Startschuss: das Leander-Urteil	16
1.3 Erweiterung des Schutzbereichs und Verlagerung des Prüfungsschwerpunkts.....	17
a Medizinische Daten	17
b „Fichierung“	19
c Personensicherheitsprüfung bei der Anstellung im öffentlichen Dienst	20
d Verlagerung des Prüfungsschwerpunkts	21
1.4 An der Eingriffsstärke orientierte Prüfungsdichte	22
1.5 Informationelles Selbstbestimmungsrecht?	23

2.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung und die Rechtsprechung des EGMR	24
II.	Die Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Privatleben (Art. 8 Abs. 2 EMRK)	26
1.	Gesetzliche Grundlage	26
1.1	Zugänglichkeit	26
1.2	Vorhersehbarkeit	27
2.	Legitime Ziele	30
3.	Verhältnismässigkeit	31
3.1	Richtlinien der Verhältnismässigkeitsprüfung	31
a	Beurteilungsspielraum der nationalen Gerichte	31
b	Das (öffentliche) Interesse am „Datenschutz“	32
c	„adequate and effective safeguards“	33
3.2	Rechtsprechung des EGMR zur Verhältnismässigkeit	34
III.	Zwischenfazit	36
Kapitel 2: BV	37	
I.	Einleitende Bemerkungen	37
II.	Zur Anwendbarkeit von Grundrechten unter Privaten	38
1.	Funktionen der Grundrechte	38
2.	Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 BV)	40
3.	Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV)	42
4.	Folgerungen	42
III.	Das „Datenschutzgrundrecht“ (Art. 13 Abs. 2 BV)	43
1.	Schutzbereich	43
2.	Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?	44
2.1	Materialien	45
2.2	Rechtsprechung des BGer	46
2.3	Lehrmeinungen	51
a	Recht auf informationelle Selbstbestimmung „im Sinne des deutschen Zensusurteils“	52
b	Missbrauchsschutz oder Schutz der informationellen Selbstbestimmung?	53
3.	Abgrenzungsfragen	56
3.1	Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV	58
3.2	Art. 13 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 BV	59

3.3 Art. 13 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 BV	59
4. Eingriff	60
5. Rechtfertigung (Art. 36 BV).....	61
5.1 Gesetzliche Grundlage.....	61
5.2 Öffentliches Interesse	66
5.3 Verhältnismässigkeit	66
5.4 Kerngehalt	67
6. Die Schutzpflichtdimension von Art. 13 Abs. 2 BV	68
7. Zum Grundrechtsverzicht.....	70
IV. Zu weiteren Grundrechtsgehalten	71
1. Die Menschenwürde (Art. 7 BV)	72
2. Die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)	74
3. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).....	75
4. Die Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV).....	77
5. Die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV)	77
Kapitel 3: Folgerungen.....	78
I. Anforderungen an die gesetzliche Grundlage der datenschutzrechtlichen Einwilligung zwischen dem Staat und Privaten	79
1. Anforderungen aus der EMRK.....	79
2. Anforderungen aus der BV.....	81
3. Ist die datenschutzrechtliche Einwilligung zwischen Behörden und Privaten überhaupt zulässig?.....	82
II. Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung zwischen Privaten	84
III. Völker- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die (zukünftige) Ausgestaltung der Einwilligung	85
1. Die am jeweiligen Themenbereich orientierte Herangehensweise des EGMR	85
2. Der Missbrauchsschutz i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV	86
 Teil 2: Die datenschutzrechtliche Einwilligung im nationalen und internationalen Recht	 91
Kapitel 1: Die Stellung der datenschutzrechtlichen Einwilligung im öffentlichen und privaten Recht und ihre Rechtsnatur.....	93
I. Die Einwilligung im öffentlichen Recht.....	93

II.	Die Einwilligung im Privatrecht.....	94
III.	Die Rechtsnatur der Einwilligung	95
Kapitel 2: Anforderungen (Art. 4 Abs. 5 DSGVO).....		96
I.	Zur systematischen Stellung von Art. 4 Abs. 5 DSGVO	96
II.	Die Einwilligung im DSGVO, in Spezialgesetzen und im Strafrecht	97
1.	Die Einwilligung im DSGVO	97
2.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung in Spezialgesetzen.....	98
3.	Die Einwilligung im Strafrecht	100
III.	Die „angemessene Information“	101
1.	Die „angemessene Information“ des Patienten.....	102
1.1	Inhalt der Information	103
1.2	Wegfall der Informationspflicht	103
2.	Die „angemessene Information“ bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	104
2.1	Form	104
2.2	Zeitpunkt	105
2.3	Inhalt	106
a	Potenzielle Informationsbestandteile	107
b	Informationsinhalt und Zweck der Information	109
c	Informationsinhalt hinsichtlich der betroffenen Person oder der betroffenen Personengruppe	109
d	Die „angemessene Information“ in der Rechtsprechung.....	110
2.4	Wegfall der Informationspflicht	111
IV.	Die Freiwilligkeit	112
1.	Begriff	112
2.	Begleitumstände	113
3.	Fallgruppen und Beispiele aus Lehre und Rechtsprechung	116
3.1	Fehlender sachlicher Bezug des Nachteils	116
3.2	„Unverhältnismässiger“ Nachteil trotz sachlichem Bezug	117
3.3	„Verhältnismässiger“ Nachteil und sachlicher Bezug	120
4.	Weitere ausgewählte Konstellationen	121
4.1	Täuschung, Drohung oder Zwang	121
4.2	Subjektives Interesse der Betroffenen	122
4.3	Einseitige bzw. tendenziöse Information	123
V.	Die Form der Einwilligung, insbesondere zur „Ausdrücklichkeit“	123
VI.	Zu weiteren Anforderungen	125

1. Die Handlungsfähigkeit.....	125
1.1 Die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB)	126
1.2 Zur gesetzlichen Stellvertretung bei urteilsunfähigen Personen	127
1.3 Zur gewillkürten Stellvertretung bei urteilsfähigen Personen	127
2. Die Willensäußerung.....	129
3. Die inhaltlichen Grenzen einer datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	131
4. Der Widerruf der Einwilligung	133
Kapitel 3: Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung im internationalen, europäischen und bundesdeutschen Recht	133
I. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im internationalen Recht.....	134
1. Die Datenschutzkonvention des Europarates und ihre Revision	134
2. OECD-Guidelines und APEC Privacy Framework	135
II. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im europäischen Recht.....	136
III. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Recht der BRD	139
1. Einleitende Bemerkungen	140
2. Zur Stellung und Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	140
3. Die „angemessene Information“	142
4. Die „Freiwilligkeit“	143
5. Die inhaltlichen Grenzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	144
6. Der Widerruf der Einwilligung	144
7. Zeitpunkt und Form der Einwilligung	145
Kapitel 4: Folgerungen.....	145
 Teil 3: Aktuelle Herausforderungen mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und damit einhergehende Anpassungsvorschläge.....	 149
Kapitel 1: Einleitende Bemerkungen	151
Kapitel 2: Herausforderungen und Anpassungsvorschläge bei den allgemeinen Anforderungen.....	152
I. Die angemessene Information	152

1. „Verbesserung“ der Angemessenheit der Information	152
2. Der Datenbrief.....	154
II. Die Freiwilligkeit	156
1. Das Koppelungsverbot	156
1.1 Koppelungsverbot im Recht der Schweiz.....	157
1.2 Koppelungsverbote im Recht der BRD	158
1.3 Entwurf zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung	159
1.4 Forderungen in der Lehre	160
2. Einführung einer Opt-In-Pflicht	161
2.1 Opt-In-Pflicht im Recht der Schweiz	163
2.2 Opt-In-Pflicht im Recht der BRD.....	164
2.3 Entwurf zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung	165
2.4 Forderungen in der Lehre	166
III. Weitere Anforderungen.....	167
1. Beschränkung der Wirkungskdauer	167
1.1 Beschränkung der Wirkungskdauer der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Recht der BRD	167
1.2 Entwurf zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung	168
1.3 Forderungen in der Lehre	168
2. Stärkung des Widerrufs durch „Vereinfachung“	169
Kapitel 3: Die Einwilligung modifizierende und flankierende Massnahmen.....	170
I. Einwilligungsverbote	170
1. Anwendungsbereich	172
2. Informationserhebungs- oder Einwilligungsverbot?	172
3. Einwilligungsverbote im Recht der Schweiz.....	173
4. Einwilligungsverbote im Recht der BRD	175
5. Einwilligungsverbote in der Europäischen Datenschutzgrundverordnung.....	176
6. Forderungen in der Lehre	178
II. Beschränkung des Anwendungsbereichs	179
III. Datentreuhänder?	181
IV. Einführung schuldvertraglicher Einwilligungen.....	183
V. Flankierender Schutz durch die Inhaltskontrolle bei AGB.....	185
1. AGB-Kontrolle im Recht der Schweiz.....	186
2. AGB-Kontrolle im Recht der BRD	188

3. Forderungen in der Lehre	190
VI. Flankierender Schutz durch das Wettbewerbsrecht.....	190
1. Flankierender Schutz durch das Wettbewerbsrecht in der Schweiz	191
2. Flankierender Schutz durch das Wettbewerbsrecht in der BRD.....	192
VII. Flankierender Schutz durch Erweiterung der Verbandsklagerechte betreffend „datenschutzrechtliche Klauseln“	195
1. Gesetzesentwurf der Bundesregierung	195
2. Bewertung des Entwurfs (Stellungnahmen durch Verbände).....	197
VIII. Einführung eines Straftatbestandes?.....	198
Kapitel 4: Folgerungen.....	200

Teil 4: Prüfungsschema, Anwendungsbeispiele und Zusammenfassung 201

Kapitel 1: Völker- und verfassungsrechtlich konforme Ausgestaltung der Einwilligung (Prüfungsschema)	203
I. Thematische Begrenzung	204
1. Die am jeweiligen Themenbereich orientierte Herangehensweise des EGMR	204
2. Der „Themenbereich“ und seine Eigenheiten.....	205
II. Problemanalyse	206
1. Grundrechtsrelevante Gefahren im Datenschutzrecht im Allgemeinen	206
2. Grundrechtsrelevante Gefahren beim Abschluss einer datenschutzrechtlichen Einwilligung im Besonderen.....	207
III. Übertragbarkeit der Anpassungsvorschläge in das schweizerische Recht	210
1. Der „Schutz vor Missbrauch“ i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV	210
2. Grundsätzlich geeignete Anpassungsvorschläge	211
2.1 Die Anpassung allgemeiner Anforderungen (Art. 4 Abs. 5 DSGVO).....	211
a Angemessene Information	211
b Freiwilligkeit.....	214
c Anpassung weiterer Anforderungen	215
2.2 Einwilligungsverbote.....	217
3. Nicht weiter verfolgte Anpassungsvorschläge	218

Kapitel 2: Konkrete Anwendungsbeispiele	221
I. Einwilligungverbote bei der Bearbeitung von genetischen Daten im Versicherungsbereich <i>de lege lata</i>	222
1. Thematische Begrenzung	222
2. Problemanalyse	227
2.1 Spezifische Gefahren im Zusammenhang mit der Bearbeitung genetischer Daten im Versicherungswesen	227
2.2 Spezifische Gefahren im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in diesem Bereich	230
3. Anpassungsvorschläge und Umsetzung derselben im Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)	231
4. Folgerungen.....	234
II. Die datenschutzrechtliche Einwilligung am Beispiel der Sozialhilfe <i>de lege ferenda</i>	235
1. Thematische Begrenzung	235
2. Problemanalyse	239
2.1 Zur Freiwilligkeit von Art. 8b Abs. 3 SHG/BE	241
2.2 Zur Bestimmtheit von Art. 8b Abs. 3 SHG/BE	242
3. Folgerungen.....	244
III. Die datenschutzrechtliche Einwilligung Minderjähriger bei „Diensten der Informationsgesellschaft“ <i>de lege ferenda</i>	245
1. Thematische Begrenzung	246
2. Problemanalyse	247
3. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger im Schweizerischen Recht.....	250
3.1 Die Urteilsfähigkeit Minderjähriger	251
3.2 Willensbildungsfähigkeit und Willensumsetzungsfähigkeit	252
3.3 Weitere objektive Faktoren	252
3.4 Art. 11 Abs. 2 BV.....	254
4. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in internationalen Rechtsinstrumenten (insb. Altersgrenzen).....	256
4.1 EU-Datenschutzgrundverordnung	256
4.2 Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA).....	257
4.3 Student Privacy Pledge.....	258
5. Anpassungsvorschläge und Bewertung derselben	260
6. Folgerungen.....	263

IV.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Rahmen von <i>Big Data de lege ferenda</i>	264
1.	Thematische Begrenzung	264
1.1	Der Begriff „Big Data“	264
1.2	Zur Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes	265
1.3	Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Rahmen von Big Data	267
1.4	„Ad impossibile nemo tenetur“ bei anfänglich anonymen Daten	268
2.	Problemanalyse	269
3.	Anpassungsvorschläge	269
4.	Folgerungen	272
Kapitel 3:	Zusammenfassung	272
I.	Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen	272
II.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung im nationalen und internationalen Recht	275
III.	Aktuelle Herausforderungen mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und damit einhergehende Anpassungsvorschläge	276
IV.	Prüfungsschema und Anwendungsbeispiele	278
V.	Abschliessende Bemerkungen	280