

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
<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
Annäherung an die Fragestellung und Klärung allgemeiner Begriffe.....	3
Zur Struktur der Arbeit.....	6
Ausgangslage.....	7
<b>Teil 1: Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen.....</b>	<b>11</b>
<b>Kapitel 1: EMRK.....</b>	<b>13</b>
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
<b>Kapitel 2: BV</b> .....	<b>37</b>	
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 BVerfG .....	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
<b>Kapitel 3: Folgerungen.....</b>	<b>78</b>
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
 <b>Teil 2: Die datenschutzrechtliche Einwilligung im nationalen und internationalen Recht .....</b>	 <b>91</b>
<b>Kapitel 1: Die Stellung der datenschutzrechtlichen Einwilligung im öffentlichen und privaten Recht und ihre Rechtsnatur.....</b>	<b>93</b>
I. Die Einwilligung im öffentlichen Recht.....	93

II.	Die Einwilligung im Privatrecht.....	94
III.	Die Rechtsnatur der Einwilligung .....	95
	<b>Kapitel 2: Anforderungen (Art. 4 Abs. 5 DSGVO).....</b>	<b>96</b>
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
<b>Kapitel 3: Zur datenschutzrechtlichen Einwilligung im internationalen, europäischen und bundesdeutschen Recht .....</b>	<b>133</b>
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
<b>Kapitel 4: Folgerungen.....</b>	<b>145</b>
 <b>Teil 3: Aktuelle Herausforderungen mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und damit einhergehende Anpassungsvorschläge.....</b>	 <b>149</b>
<b>Kapitel 1: Einleitende Bemerkungen .....</b>	<b>151</b>
<b>Kapitel 2: Herausforderungen und Anpassungsvorschläge bei den     allgemeinen Anforderungen.....</b>	<b>152</b>
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
<b>Kapitel 3: Die Einwilligung modifizierende und flankierende Massnahmen.....</b>		<b>170</b>
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
<b>Kapitel 4: Folgerungen.....</b>	<b>200</b>

## **Teil 4: Prüfungsschema, Anwendungsbeispiele und Zusammenfassung ..... 201**

<b>Kapitel 1: Völker- und verfassungsrechtlich konforme Ausgestaltung der Einwilligung (Prüfungsschema) .....</b>	<b>203</b>
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



<b>Kapitel 2: Konkrete Anwendungsbeispiele .....</b>	<b>221</b>
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
<b>Kapitel 3:</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>272</b>
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