

Die Einwilligung im Datenschutz – weshalb es sie häufig nicht braucht

Damit eine Bearbeitung von Personendaten nicht widerrechtlich ist, bedarf sie in einigen Fällen einer Rechtfertigung. Die Einwilligung der betroffenen Person ist dabei ein möglicher Ansatz – aber im Privatbereich bei Weitem nicht immer der sinnvollste.

■ Von Marc Feldmann

In der Beratungspraxis fällt immer wieder auf, dass für Kategorien von Datenbearbeitungen eine Einwilligung der betroffenen Personen eingeholt wird, obwohl eine solche rechtlich nicht vorausgesetzt ist. Vorliegend wird die Einwilligung als nur eine der Möglichkeiten für eine rechtmässige Bearbeitung von Personendaten (so denn für die betreffende Bearbeitung überhaupt eine Rechtfertigung notwendig ist) erörtert und es wird aufgezeigt, dass sie – zumindest nach Schweizer Datenschutzgesetz (DSG) – in den meisten Situationen nicht nötig ist. Für die Bearbeitung im Behördenkontext (Art. 16 ff. DSG) präsentiert sich die Ausgangslage etwas anders; sie wird hier ausgeklammert.

Zum «Design» des DSG ...

Art. 12 Abs. 1 DSG schreibt vor, dass bei der privaten (nicht amtlichen) Bearbeitung von Personendaten die Persönlichkeit der Betroffenen nicht widerrechtlich verletzt werden darf. Mit anderen Worten: Die Bearbeitung von Personendaten ist in der Schweiz grundsätzlich zulässig – sie muss aber die Datenbearbeitungsgrundsätze (Sicherheit, Transparenz, Zurückhaltung, Angemessenheit ...) einhalten.

Eine Rechtfertigung braucht es unter dem DSG im Privatbereich nur bei Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze (z.B. bei Zweckänderungen), für die Bearbeitung trotz Widerspruchs sowie für die *Weitergabe* besonders schützenswerter Daten (und – nach noch geltendem DSG – für die Weitergabe von Persönlichkeitsprofilen). Mögliche Rechtfertigungsgründe sind unter dem

DSG neben der Einwilligung überwiegende private oder öffentliche Interessen, oder aber eine gesetzliche Grundlage (Art. 13 Abs. 1 DSG resp. Art. 27 Abs. 1 E-DSG).

Als Faustregel: Wer sich bei der Bearbeitung «fair» verhält, braucht keine Einwilligung.

... und der DSGVO

Im «Design» unterscheidet sich die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) diametral vom DSG: Nach ihr sind Bearbeitungen grundsätzlich verboten, ausser sie erfolgen auf Basis einer der in Art. 6 Abs. 1 DSGVO genannten Rechtsgrundlagen. Die Einwilligung ist unter der DSGVO nur eine von sechs möglichen Rechtsgrundlagen für Datenbearbeitungen.

Neben ihr sind dies Bearbeitungen im Zusammenhang mit Verträgen mit Betroffenen, gesetzlichen Verpflichtungen, lebenswichtiger Interessen der Betroffenen oder Dritter, Aufgaben im öffentlichen Interesse und aufgrund überwiegender Interessen der Verantwortlichen. Man spricht von «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt». Auch müssen betroffene Personen nach Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO bei der Datenerhebung proaktiv und ausdrücklich über die verwendete Rechtsgrundlage informiert werden.

Verantwortliche sind grundsätzlich frei in der Wahl der Rechtsgrundlage (Ausnahme: Verarbeitungspflicht aus anderem Gesetz). Sofern mehrere infrage kommen, kann die Datenbearbeitung gleichzeitig auf Basis verschiedener

Rechtsgrundlagen erfolgen. Auch wenn bereits eine weitere Grundlage gegeben ist, steht es den Verantwortlichen frei, zusätzlich noch die Einwilligung einzuholen.

PRAXISTIPP



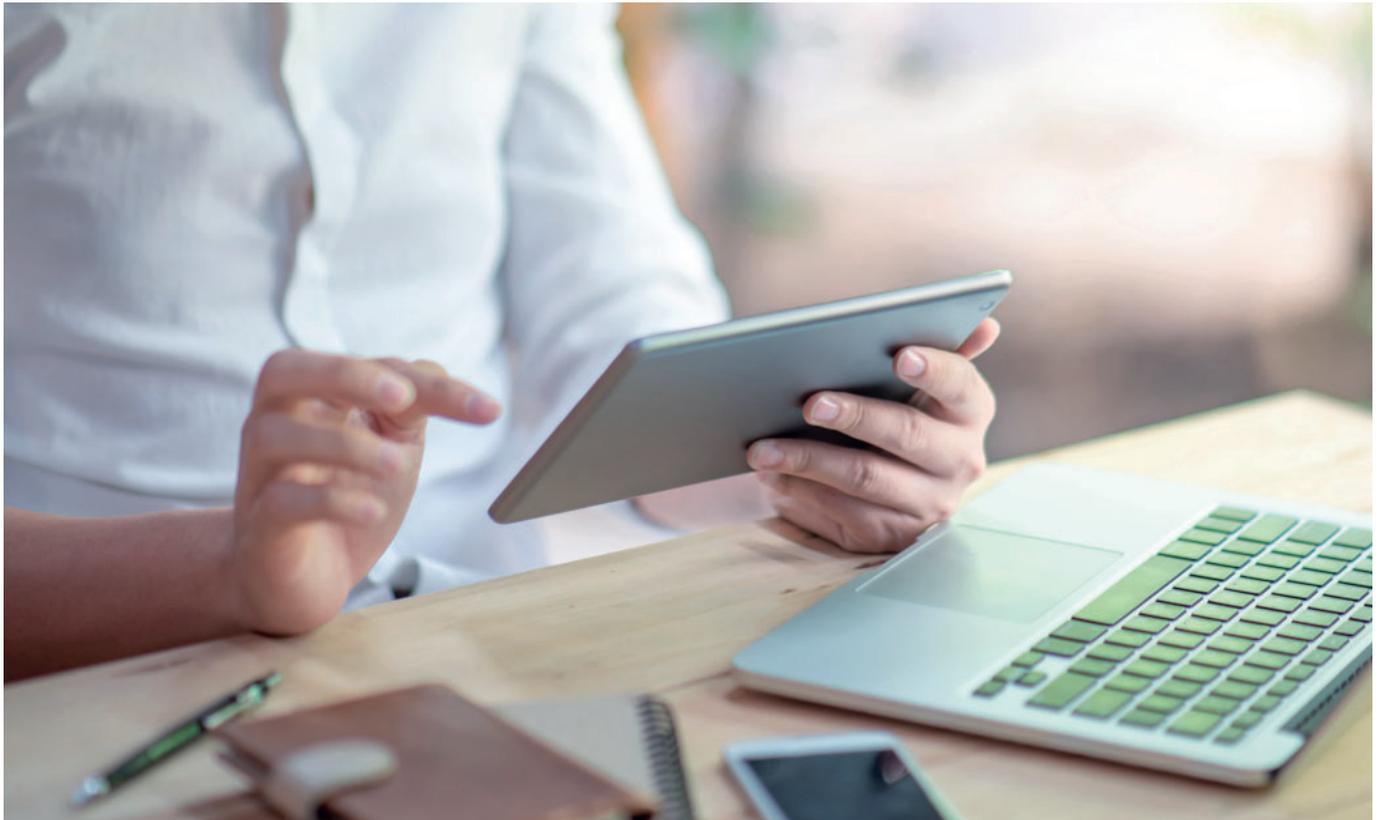
Werden alle beabsichtigten Bearbeitungstätigkeiten bereits in der «ersten» Transparenzmeldung genannt, können aufwendige nachträgliche Meldungen vermieden werden.

Die Einwilligung im Detail

Die Einwilligung muss freiwillig, nach angemessener Information und vor der Bearbeitung erfolgen; neu wird in der Schweiz zusätzlich die «Eindeutigkeit» gefordert (Art. 4 Abs. 5 DSG resp. Art. 5 Abs. 6 E-DSG).

Die DSGVO ist noch strenger und fordert im 32. Erwägungsgrund, dass «[d]ie Einwilligung [...] durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolg[t], mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist». Dies könne etwa über eine Checkbox passieren, wobei «*Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit*» keine gültige Einwilligung darstellen können.

Den Verantwortlichen obliegt zudem der Nachweis, dass eine Einwilligung (rechtsgenügend) eingeholt wurde. Zudem kann eine einmal erteilte Einwilligung jederzeit widerrufen werden,



wodurch weitere (einzig) auf ihr beruhende Bearbeitungstätigkeiten nicht mehr zulässig sind (Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO resp. Art. 26 Abs. 2 lit. b E-DSG; Art. 7 Abs. 3 DSGVO).

PRAXISTIPP



Die Einwilligung im Arbeitsverhältnis ist ein Spezialfall, da Art. 328b OR (nach mehrheitlich vertretener Auffassung) einer Arbeitgeberin einzig Bearbeitungen erlaubt, welche im Zusammenhang mit der Eignung von Arbeitnehmern für das Arbeitsverhältnis oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erlaubt sind, wodurch eine Einwilligung a priori ausser Betracht fällt. Mit dieser Regelung trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass Angestellte sich immer in einem Subordinationsverhältnis befinden und eine Einwilligung entsprechend schwer freiwillig erfolgen kann.

Alternativen zur Einwilligung

Einwilligungen können jederzeit widerrufen werden. Wollen Verantwortliche trotzdem weiterhin Daten bearbeiten, so muss dies auf Basis überwiegender Interessen oder rechtlicher Grundlagen erfolgen.

Das DSG wie auch die DSGVO anerkennen eine Bearbeitung explizit als zulässig, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags vorgenommen wird (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO resp. Art. 27 Abs. 1 E-DSG; Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO). Dabei kommt es auf den Willen der betroffenen Person an, einen solchen Vertrag abzuschliessen.

Die Bearbeitung selbst muss sich innerhalb dessen bewegen, was typischerweise getan wird, und muss sich auf einen konkreten Vertrag beziehen. Weiter muss sie explizit zum Zweck des Vertragsschlusses oder dessen Abwicklung stattfinden. Sind diese Kriterien gegeben, so ist sichergestellt, dass die Bearbeitung auch im Interesse der betroffenen Person liegt. Nicht davon erfasst sind etwa Werbeaktionen, da diese nur mittelbar mit einem Vertrag in Zusammenhang stehen.

Aber auch Werbung ist ohne Einwilligung möglich: Überwiegende Interessen, etwa die in Erwägungsgrund 47 DSGVO genannte Direktwerbung, kön-

nen eine Bearbeitung legitimieren. Der Gedanke dahinter ist der: Wer am Wirtschaftsleben teilnimmt, soll auf sich aufmerksam machen dürfen. Dies gehört zur Wettbewerbsfreiheit dazu. Zugleich stehen – rein aus der datenschutzrechtlichen Sicht: Datenverwendung – wenig gewichtige Schutzinteressen auf dem Spiel, werden doch nur Namen und Adressierung verwendet. Denkbar ist aber, dass weitere Bearbeitungen – z.B. exzessive Profilbildung – zu einer anderen Bewertung führen.

WICHTIGER HINWEIS



Daneben sind viele weitere Interessen denkbar, welche eine Bearbeitungstätigkeit rechtfertigen können. Ob diese die Interessen der betroffenen Personen im Einzelfall überwiegen, kann nicht generell gesagt werden. Wohl aber, dass nicht jede noch so geringe Beeinträchtigung der betroffenen Person die Interessenabwägung zu ihren Gunsten ausfallen lässt.

Unnötige Einwilligungen – wo liegt das Problem?

Das unnötige Einholen einer Einwilligung kann ungewollte Folgen haben:



Wird sie eingeholt, so wird impliziert, dass sie auch jederzeit widerrufen werden kann. Suggestieren Verantwortliche erst, eine Bearbeitung dürfe nur mit Zustimmung der betroffenen Person vorgenommen werden, und berufen sich bei allfälligem Widerruf dann aber auf eine andere Bearbeitungsgrundlage, verkennen sie in stossender Weise das Transparenzgebot.

Der betroffenen Person würde vorgespielt, sie hätte eine Entscheidungsmacht, über welche sie in Wahrheit nicht verfügt. Unter der DSGVO (welche die Bearbeitung grundsätzlich verbietet) ist ein derartiger Widerspruch unzulässig und die damit verbundene Datenbearbeitung folglich nicht rechtmässig. Im Anwendungsbereich des DSG (welches Datenbearbeitungen grundsätzlich erlaubt) mag ein solches Verhalten – rein juristisch betrachtet – gerade noch zulässig sein; aber auch hier stellt sich ein Problem: Bringt der Verantwortliche mit dem Angebot an die betroffene Person, sie dürfe die Einwilligung abgeben (oder verweigern), nicht zum Ausdruck, dass es allein auf die Einwilligung ankommen soll? Die Frage ist gerichtlich nicht geklärt. Aber es ist gut möglich, dass ein Gericht dies so erkennen könnte. Dann

stellt eine unnötig angefragte Einwilligung gewissermassen einen «Schuss ins eigene Bein» dar.

Warum also eine Einwilligung einholen, wenn sie später als gar nicht notwendig erscheint? In Datenschutzerklärungen sollte zur Vermeidung des Eindrucks widersprüchlichen Verhaltens für den Fall der Weiterbearbeitung trotz Widerspruchs zumindest Folgendes klar gestellt werden: Datenbearbeitungen erfolgen nur subsidiär und in dem Umfang auf eingeholte Einwilligungen, als dafür nicht (primär) eine der anderen in der Datenschutzerklärung genannten Rechtsgrundlagen besteht.

Und aus datenethischer Sicht?

Der Einwilligung kommt traditionell eine zentrale Rolle zu, da sie – formell korrekt ausgestaltet – dem Informationsbedürfnis der betroffenen Personen scheinbar maximal Rechnung trägt. Somit fragt sich, ob es aus datenethischer Sicht geboten sein kann, selbst bei Vorliegen alternativer Bearbeitungsgrundlagen nicht doch die Einwilligung der betroffenen Personen einzuholen.

Stossrichtung der Ethik wäre dabei nicht, Rechtmässigkeit herzustellen, sondern ein alternatives Ziel zu er-

reichen – z.B. ein gutes Gefühl, das Gefühl der Kontrolle, hohe Akzeptanz, Reduktion von Unsicherheiten. Ein Beispiel hierfür ist die neue Tracing-App: Die gesetzlichen Grundlagen wären wohl schon in weitem Umfang vorhanden, aber die Ethik verlangt nach Freiwilligkeit (und somit zumindest implizit nach Zustimmung).

Fazit

Bevor man sich zum Einholen einer Einwilligung für eine Bearbeitung von Personendaten entscheidet, sollte erst geprüft werden, ob kein anderer Rechtfertigungsgrund gegeben ist. In der Praxis kommen in erster Linie die Bearbeitung im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags sowie sonstige überwiegende Interessen infrage. Dabei sollte vermieden werden, unnötige Einwilligungen von betroffenen Personen einzuholen, sofern nicht ethische Aspekte das Einholen einer solchen gebieten.

AUTOR



Marc Feldmann, MA HSG in Law and Economics. Berät bei Laux Lawyers AG (www.lauxlawyers.ch) mit Schwerpunkten Digitalisierung, neue Technologien, Urheber-, Daten- und Medienrecht.

© WEKA Business Media AG, Zürich 2020
Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft geworden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.

IMPRESSUM

Verlag WEKA Business Media AG
Hermetschlostrasse 77
CH-8048 Zürich
www.weka.ch
Herausgeber Reto Fanger
Redaktion Junes Babay

Publikation 10 x jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.
Layout/Satz Dimitri Gabriel
Bildrechte Autorenbilder: WEKA Business Media AG
Alle übrigen Bilder: www.istockphoto.com
Bestell-Nr. NL9231