Das erste einigen Anpassungsvorschlägen zugrunde liegende Interesse ist der Persönlichkeitsschutz der von Daten betroffenen Personen. Die zunehmende Entwicklung und Verbreitung von Informationstechnologien in allen Lebensbereichen hat dazu geführt, dass es immer mehr Möglichkeiten gibt, Daten zu beschaffen und zu verwenden.[558] Es wird hierbei beanstandet, die Betroffenen hätten die Kontrolle über ihre Daten verloren, wohingegen die Anbieter von «internet of things»-Geräten und -Services alle Vorteile der erhobenen Daten erhielten.[559] Denn seit Personendaten handelbare Güter geworden sind, stellt sich die Frage, welche Marktteilnehmer einen Vorteil aus den Datenschutzbestimmungen ziehen.[560] Dabei sollte doch gerade das Datenschutzrecht den betroffenen Personen eine gewisse Kontrolle über ihre Daten geben.[561]

Mehrere Problemfelder führen zu dem Umstand, dass unter der gegenwärtigen Rechtslage häufig das Anliegen, die Persönlichkeit der Individuen zu schützen, als nicht mehr erfüllt bzw. erfüllbar erscheint.[562] Zunächst ist angesichts der neuen technischen Möglichkeiten und Geschäftsmodelle fraglich, ob die datenschutzrechtlichen Grundsätze noch eingehalten werden (können) (I.). Vor allem das Erfüllen der Anforderungen an eine gültige datenschutzrechtliche Einwilligung wird immer wieder in Zweifel gezogen (II.). Aus diesem Grund und auch wegen der jederzeitigen Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung könnte in der EU künftig eine vermehrte «Flucht» aus der Einwilligung bei datenbearbeitenden Unternehmen zu beobachten sein, welche sich stattdessen auf ihr überwiegendes Interesse an der Datenbearbeitung bzw. auf die Notwendigkeit der Datenbearbeitung zur Vertragserfüllung berufen.[563] Es ist fraglich, ob dieser Rechtfertigungsgrund auch in der Schweiz existiert und eine Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung darstellen könnte (III.). Für die betroffenen Personen ergeben sich ausserdem Probleme auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung (IV.). Schliesslich steht das Recht hinsichtlich der Unzerstörbarkeit semantischer Information sowie der Möglichkeit, den Personenbezug von anonymisierten Daten wiederherzustellen, vor weiteren Herausforderungen (V.). Die verschiedenen Problemfelder werden im Folgenden untersucht.

I. Einhalten der datenschutzrechtlichen Grundsätze

Zuerst ist auf die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzugehen. Besonders im Big-Data-Kontext stellen sich diverse Probleme hinsichtlich der Einhaltung der Voraussetzungen aus Art. 4 DSG.[564] Die datenschutzrechtlichen Grundsätze sind zusammen

558 WEBER/SOMMERHALDER, S. 24; DRUEY, S. 47 f.

559 KILIAN, CRi 2012, S. 172 f.; ähnliche Stossrichtung auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41, 45; SCHULZ, S. 294; DORNER, CR 2014, S. 626; BERANEK ZANON, S. 114; vgl. SCHWEITZER, S. 270, m. w. N.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106 f.; FEZER, MMR 2017, S. 3; FEZER, ZD 2017, S. 101; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270 f.; FLÜCKIGER, AJP 2013, S. 837; BUCHNER, DGRI 2011, S. 59.

560 KILIAN, CRi 2012, S. 173.

561 KILIAN, CRi 2012, S. 173; vgl. z.B. Botschaft DSG 2017, 6943.

562 Vgl. WANDTKE, MMR 2017, S. 6.

563 Dazu § 5 III.

564 KILIAN, CRi 2012, S. 172; ausführlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042 ff.; vgl. SCHNEIDER,

K. J. Schmidt, *Datenschutz als Vermögensrecht*, Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-30797-4_6

mit dem Grundsatz der Richtigkeit (Art. 5 Abs. 1 DSG) und dem Grundsatz der Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSG) als Leitlinie für alle Datenbearbeitungen zu verstehen.[565] Werden sie ohne Rechtfertigungsgrund verletzt, ist die infrage stehende Datenbearbeitung als widerrechtlich einzustufen.[566]

Der Grundsatz der Rechtmässigkeit aus Art. 4 Abs. 1 DSG besagt, dass Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen.[567] Dieser Regelung kommt bei Datenbearbeitungen durch Private keine spezifische Bedeutung zu, da privatrechtliches Handeln und somit auch Personendatenbearbeitungen erlaubt sind, solange damit keine Rechtsnormen verletzt werden.[568] Datenbearbeitungen durch Bundesorgane bedürfen dagegen gemäss Art. 17 Abs. 1 und 2 DSG einer gesetzlichen Grundlage.[569]

Die weiteren datenschutzrechtlichen Grundsätze sind das Verhalten nach Treu und Glauben, die Verhältnismässigkeit, das Zweckbindungsgebot und die Erkennbarkeit. Sie werden im Folgenden behandelt. Auf die ebenfalls zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen gehörenden Erfordernisse hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird sogleich in II. eingegangen.

1. Treu und Glauben

Art. 4 Abs. 2 DSG wiederholt den Grundsatz von Treu und Glauben, ein bereits in der Bundesverfassung und im Bundeszivilrecht festgeschriebenes fundamentales Prinzip der Rechtsordnung.[570] Damit wird hervorgehoben, dass die allgemeinen Datenbearbeitungsregeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden sind und eine treuwidrige Datenbearbeitung rechtsmissbräuchlich und damit rechtswidrig ist – unabhängig davon, ob die Datenbearbeitung durch Bundesorgane oder durch Private erfolgt.[571]

Gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, wer Personendaten ohne das Wissen[572] oder gegen den Willen der betroffenen Personen beschafft oder die betroffene Person bei der Datenbeschaffung absichtlich täuscht, z. B. über den Zweck der Bearbeitung oder über die eigene Identität.[573] Unübersichtliche und überschiessende Einwilligungserklärungen könnten beispielsweise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn dabei in Datenbearbeitungen eingewilligt

S. 121; PAAL, S. 148 f.

565 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 1.

566 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 4; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 17; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 3 und 66.

567 Botschaft DSG 2003, 2124.

568 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 4 f., ausführlich N 10 ff.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 6, mit Hinweis insbesondere auf die Normen des Strafgesetzbuches, wie z. B. Gewalt, Arglist, Täuschung, Drohung, Abhören, sowie auf die datenschutzrechtlichen Normen; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 20.

569 Dazu auch EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 22.

570 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 17; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 7; Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie Art. 2 Abs. 1 ZGB; BGE 128 III 201, 206, E. 1 c.

571 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 17 ff.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8.

572 Z. B. durch Belauschen, SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 19; HK DSG-ROSEN-THAL/JÖHRI, Art. 4 N 14.

573 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 19; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8; Botschaft DSG 1988, 449; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

wird, mit denen die betroffene Person nicht rechnen muss.[574] Dieses Problem stellt sich nicht nur, aber auch und gerade bei Big-Data-Analysen.

2. Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG besagt, dass nur Daten bearbeitet werden dürfen, die geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um den verfolgten Zweck zu erreichen.[575] Zwischen dem Zweck der Datenbearbeitung und der damit verbundenen Beeinträchtigung der Persönlichkeit soll ein vernünftiges Verhältnis bestehen.[576] Mit anderen Worten sollen immer nur so viele Personendaten wie nötig und dabei so wenige Personendaten wie möglich bearbeitet werden.[577] Personendaten dürfen ausserdem nur so lange gespeichert werden, wie dies für den rechtmässigen Zweck der Datenbearbeitung erforderlich und geeignet ist.[578] Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz enthält also in diesem Zusammenhang das Gebot der Datensparsamkeit und das Gebot der Datenvermeidung.[579] Damit die Verhältnismässigkeit einer Datenbearbeitung beurteilt werden kann, muss ihr Zweck geklärt sein.[580]

Bei Datenbearbeitungen durch Private sind bei der Anwendung und Beurteilung des Verhältnismässigkeitsprinzips die verschiedenen Interessenlagen des Datenbearbeiters und der betroffenen Personen zu beachten.[581] Liegt die Datenbearbeitung im überwiegenden Interesse des Datenbearbeiters wird das Verhältnismässigkeitsprinzip stärker gewichtet, da es durch die Konkretisierung des grundrechtlichen Anliegens des Datenschutzes einen Interessenausgleich zwischen der betroffenen Person und dem Datenbearbeiter vornimmt.[582] Auf der anderen Seite kann eine betroffene Person auch in Datenbearbeitungen einwilligen, die nach objektiven Kriterien unverhältnismässig sind, wenn die Datenbearbeitung in ihrem direkten Interesse liegt.[583] Erneut ist entscheidend, dass der Zweck der Datenbearbeitung bekannt ist.[584] In der Lehre ist umstritten, ob eine unverhältnismässige Datenbearbeitung gerechtfertigt werden kann.[585]

---

574 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 19; vgl. Botschaft DSG 1988, 449.

575 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 21; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8; EDÖB, Überblick Datenschutz.

576 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8, 11; HK DSG-ROSEN-THAL/JÖHRI, Art. 4 N 19.

577 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 11; EDÖB, Überblick Datenschutz.

578 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 23.

579 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 23; vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045; kritisch zur Datensparsamkeit BULL, S. 61 f.

580 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 22.

581 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 29 und 31.

582 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 29; ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 4.

583 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 30; ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 12.

584 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 31.

585 Gegen eine Rechtfertigungsmöglichkeit z. B. SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 32; dagegen gehen BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 11a, HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 19, sowie CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 42, und wohl auch THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 80, davon aus, dass die Rechtfertigung

Im Kontext von Big-Data-Analysen kann der Verhältnismässigkeitsgrundsatz immer wieder problematisch sein. Das Phänomen Big Data besteht ja gerade aus dem möglichst umfassenden Sammeln und Auswerten von Daten, was sowohl der Datensparsamkeit als auch der Datenvermeidung diametral entgegensteht.[586] In der Literatur wurde die Ansicht geäussert, Datensparsamkeit und Datenvermeidung sollten «heute nicht mehr das Ziel des Datenschutzes sein»[587], stattdessen sollte die Selbstbestimmtheit der betroffenen Personen in den Vordergrund rücken und die aktive Kommerzialisierung ermöglicht werden.[588]

3. Zweckbindungsprinzip

Beim Grundsatz der Zweckbindung gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG handelt es sich um eine Bearbeitungsregel, gemäss der eine Datenbearbeitung stets mit einem bestimmten Ziel oder Zweck zu erfolgen hat.[589] Eine Datenbeschaffung auf Vorrat, ohne Zweck, verstösst nicht nur gegen das Zweckbindungsprinzip, sondern auch gegen Treu und Glauben sowie gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und ist damit rechtswidrig.[590] Der vom Datenbearbeiter festgelegte Zweck ist für ihn verbindlich.[591] Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der sich aus dem Gesetz ergibt, der bei der Beschaffung der Daten angegeben wurde oder der zumindest aus den Umständen ersichtlich war, wobei es bei einem solchen konkludenten Schliessen auf den nach Treu und Glauben für die betroffene Person erkennbaren Zweck ankommt.[592] Die betroffene Person muss von der Datenbearbeitung Kenntnis erlangen und nachvollziehen können, wie ihre Daten bearbeitet werden.[593] Pauschale Zweckangaben sind deshalb nicht ausreichend.[594] Wenn eine Datenbearbeitung auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht, misst sich der Zweck am Inhalt der Einwilligungserklärung.[595] Das Zweckbindungsgebot wird daher auch als die Grundlage der Einwilligung bezeichnet.[596]

Wird vom ursprünglichen Zweck abgewichen, müssen wiederum dieselben Voraussetzungen wie für die ursprüngliche Zwecksetzung eingehalten und allenfalls

einer unverhältnismässigen Datenbearbeitung möglich ist.

586 BERANEK ZANON, S. 94; DORNER, CR 2014, S. 626; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 39; ähnlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045 f.; BECKER, JZ 2017, S. 172; zu privatautonomer Disposition über Personendaten SPECHT, ODW 2017, S. 125.

587 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

588 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

589 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 34; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 31; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 67.

590 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 34; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14.

591 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 34.

592 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 38 und 42 f., 45; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13 f.; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 34; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

593 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 43; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

594 CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

595 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 44; vgl. auch HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 48.

596 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13; vgl. allerdings VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 2.

eine neue Einwilligung der betroffenen Person eingeholt werden.[597] Werden Daten an weitere Bearbeiter weitergegeben, ist die Zweckbindung auch vom Empfänger der Daten einzuhalten.[598]

Durch die allumfassende Nutzungsmöglichkeit digitaler Daten müsste das Einhalten des Zweckbindungsgebots in diesem Kontext durch organisatorische und technische Massnahmen gewährleistet werden.[599] Mit Big-Data-Analysen ist das Zweckbindungsprinzip schwer zu vereinbaren, da hier meist alle möglichen Daten gerade auch auf Vorrat gesammelt werden sollen, um sie im Nachhinein auf mögliche Korrelationen zu untersuchen.[600] Ein Argument für die Unvereinbarkeit von Big-Data-Analysen mit dem Zweckbindungsgebot ist deshalb, dass der Zweck häufig gar nicht angegeben werden kann,[601] wobei Teile der Lehre nicht allein deshalb «ohne weiteres die Unzulässigkeit von Big Data-Analysen»[602] annehmen wollen, da keine Verpflichtung zu einer Leistung bestehen könne, die objektiv gesehen unmöglich sei.[603]

Manche Stimmen in der Lehre zweifeln die Vereinbarkeit von Big Data mit dem Zweckbindungsgebot andererseits ganz generell an, da das Ziel von Big-Data-Analysen oft das Generieren von Erkenntnissen über Personen sein soll, welche nicht von einer Einwilligung der Betroffenen abgedeckt werden.[604]

Es gibt jedoch durchaus auch Big-Data-Analysen, welche die gesammelten Daten nicht auf eine im Vorhinein unbestimmte Zwecksetzung hin untersuchen, sondern bei denen bei der Erhebung der Personendaten schon ein Zweck umschrieben werden kann.[605] In der Praxis werden die Zwecke der Datenbearbeitungen häufig so ausführlich wie nötig, jedoch auch so flexibel bzw. allgemein wie möglich formuliert, was häufig zu unübersichtlichen und sehr langen Datenschutzerklärungen führt.[606] Es ist unklar, ab welchem Grad der Ungenauigkeit bei der Angabe des Bearbeitungszwecks

---

597 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 46; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045.

598 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16.

599 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 39.

600 Vgl. BAERISWYL, digma 2013, S. 14; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 30 ff.; dazu auch ZECH, CR 2015, S. 137, 139; BOEHME-NEßLER, DuD 2016, S. 421; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13; WEBER, Herausforderungen, S. 2 f.; DORNER, CR 2014, S. 626 f.; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 25; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 68; vgl. WEICHERT, ZD 2013, S. 256.

601 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 31; WEBER, Herausforderungen, S. 8; BAERISWYL, digma 2013, S. 16; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

602 WEBER, Herausforderungen, S. 8; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24 f.

603 EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24 f.; WEBER, Herausforderungen, S. 8; vgl. zur Unmöglichkeit der Zweckangabe CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 33 f.

604 DORNER, CR 2014, S. 626; WEBER, Herausforderungen, S. 8; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14a; BAERISWYL, digma 2013, S. 16; ähnlich BECKER, JZ 2017, S. 172; vgl. dazu EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 25.

605 Ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14a, mit Hinweis auf die transparente Aufklärung der Kunden; WERKMEISTER/BRANDT, CR 2016, S. 238.

606 Vgl. SCHWEITZER, S. 276 f.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; BUCHNER, DuD 2015, S. 372.

die Einwilligungserteilung unwirksam ist.[607] Die Entwicklung hinreichend klarer Kriterien wäre zu begrüssen.[608]

4. Erkennbarkeit

Schliesslich muss gemäss Art. 4 Abs. 4 DSG das Beschaffen von Personendaten und vor allem auch der Zweck der Datenbearbeitung für die betroffenen Personen erkennbar sein.[609] Die Erkennbarkeit umfasst neben der Datenbeschaffung und dem Zweck der Datenbearbeitung auch mindestens die Grundzüge der Datenbearbeitung.[610] Die Norm soll, zusammen mit Regelungen über Informationspflichten, die Transparenz der Datenbearbeitung erhöhen.[611] So soll Personen ermöglicht werden, sich einer Datenbearbeitung zu widersetzen.[612] In den Fällen, in welchen Informationspflichten bestehen, so beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen durch Private (Art. 14 DSG) und beim Beschaffen von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 18 und 18a DSG), ist der Grundsatz der Erkennbarkeit nur subsidiär anzuwenden.[613]

Die Erkennbarkeit bemisst sich nach den konkreten Umständen.[614] Je weniger offensichtlich erkennbar eine Datenbearbeitung und deren Zweck für die betroffene Person ist, desto mehr zusätzliche Informationen muss der Datenbearbeiter zur Verfügung stellen.[615] Dabei sind insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben zu beachten und im Zweifelsfall mehr Informationen zur Verfügung zu stellen.[616] Werden Daten bei einem Dritten beschafft und ist dies für die betroffene Person nicht erkennbar, erfordert dieser Vorgang eine Information der betroffenen Person.[617] Die Anforderungen an die Erkennbarkeit sind umso höher, je komplexer die Datenbearbeitung und die Zeitspanne der Bearbeitung sind.[618]

---

607 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44.

608 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44.

609 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 47; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16a; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 63; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze; Botschaft DSG 2003, 2124 ff.

610 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 57; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 52; Botschaft DSG 2003, 2125; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 64; a. A. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16a, welche auf den Wortlaut der Norm abstellen.

611 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 47; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

612 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 51 und 57; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44 f.

613 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 47; vgl. THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 64.

614 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 49.

615 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 50; Botschaft DSG 2003, 2125; vgl. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16b f.

616 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 51; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grund-sätze.

617 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 50; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16c; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 65; Botschaft DSG 2003, 2126; BGE 136 II 508, 517 f., E. 4.

618 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 51; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16c; Botschaft DSG 2003, 2126.

Hinsichtlich der neuen technischen Möglichkeiten der Datenerhebung und -bearbeitung kann die Erkennbarkeit problematisch sein.[619] Beispielsweise das Setzen von Cookies, das Einspielen personalisierter Werbung oder auch andere Formen der Datenbeschaffung und -nutzung sind nicht immer augenfällig; die Erkennbarkeit kann hier auch massgeblich von der technischen Versiertheit der betroffenen Person abhängen.

5. Zwischenergebnis

Es kann festgehalten werden, dass Big-Data-Anwendungen potenziell gegen die datenschutzrechtlichen Grundsätze verstossen können. Insbesondere ist dabei an die Grundsätze der Zweckbindung, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit zu denken.[620] Die Existenz von Big-Data-Analysen kann nicht mehr rückgängig gemacht werden - ganz im Gegenteil, denn die technischen Möglichkeiten zur Analyse und Verknüpfung grosser Datenmengen nehmen stetig zu. Deshalb muss gerade angesichts der zukünftigen potenziellen Verstösse gegen die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Persönlichkeitsschutz der Betroffenen sichergestellt werden.[621]

II. Einhalten der Bedingungen an eine informierte Einwilligung

Ein weiterer Grund für die Ansicht, die Persönlichkeit der betroffenen Personen sei gefährdet, ist, dass sich insbesondere im Big-Data-Kontext diverse Probleme hinsichtlich der Bedingungen für eine informierte Einwilligung in die Nutzung der erhobenen Personendaten stellen.[622] Es lässt sich sogar diskutieren, ob eine informierte Einwilligung in die Nutzung von Daten im Rahmen von Big-Data-Anwendungen überhaupt möglich ist.[623] Von der Rechtsprechung wurden die sich durch die neuen technischen Möglichkeiten stellenden Fragen bisher kaum adressiert.[624]

Zwar ist eine Einwilligung nur dann notwendig, wenn kein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt. Da die Abwägung, ob ein höherrangiges Interesse eine Datenbearbeitung rechtfertigt, jedoch erst im Nachhinein stattfindet, nur verbindlich durch den Richter vorgenommen wird und viele Unwägbarkeiten beinhaltet, wollen sich viele Unternehmen durch das Einholen der Einwilligung absichern und wählen deshalb dieses Instrument als Rechtsgrundlage für die Datenbearbeitung.[625] Dementsprechend spielt die Einwilligung bei Datenbearbeitungen im privaten Sektor als

---

619 THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 66, m. H. auf die Herausforderungen hinsichtlich der Erkennbarkeit der Bearbeitung und des Bearbeitungszwecks; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24, lehnt die Erkennbarkeit in aller Regel ab.

620 SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043 ff.

621 Vgl. dazu auch EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 30.

622 KILIAN, CRi 2012, S. 172; ausführlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042 ff.; vgl. HOEREN/VÖLKEL, S. 72 ff.

623 Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; BECKER, JZ 2017, S. 173; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 102 f.

624 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 73; vgl. Urteil des BGer 1C_230/2011 vom 31.05.2012 («Google Street View»).

625 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6; METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; vgl. KARIKARI, S. 125; kritisch SATTLER, Datenschuldrecht, S. 227, allerdings mit Hinweis auf das Risiko der Strategie, sich auf gesetzliche Erlaubnistatbestände zu stützen.

Rechtfertigungsgrund eine vorherrschende Rolle,[626] wobei sich dies allenfalls künftig ändern könnte.[627]

Gemäss Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSG muss die Einwilligung nach angemessener Information freiwillig erfolgen. Wenn es um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen geht, muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erteilt werden (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSG). Daraus ergeben sich die Voraussetzungen des Zeitpunkts der Erteilung, der angemessenen Information, der Freiwilligkeit und der Ausdrücklichkeit, welche im Folgenden diskutiert werden. Zusätzlich beruht die Gültigkeit der Einwilligung auf den allgemeinen rechtlichen Anforderungen wie insbesondere der Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person.[628] Zu betonen ist, dass je höhere Anforderungen an die Einwilligung zu stellen sind, umso schwerer die potenzielle Persönlichkeitsverletzung ist und umso sensibler die zu bearbeitenden Personendaten sind.[629]

1. Zeitpunkt der Erteilung

Die Einwilligung muss grundsätzlich vor der Datenbearbeitung erteilt werden.[630] In der Lehre ist umstritten, ob sie in bestimmten Fällen auch nachträglich erfolgen kann, z. B. wenn die Datenbearbeitung im klaren Interesse der betroffenen Person lag.[631] Dieses Kriterium erscheint bei Big-Data-Analysen nicht unproblematisch zu sein. Die meisten datenbearbeitenden Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf die Einwilligung stützt, holen zwar im Vorhinein eine Einwilligung ein. Wird jedoch im konkreten Fall festgestellt, dass die Einwilligung nicht ausreichend war, könnte für die datenverarbeitenden Unternehmen die Möglichkeit einer Einwilligungserteilung im Nachhinein durchaus interessant sein, wobei die Möglichkeit der nachträglichen Einholung der Einwilligung allenfalls falsche Anreize schaffen könnte. Immerhin könnte eine nachträglich erteilte Einwilligung als «Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus Persönlichkeitsverletzung»[632] gewertet werden.

2. Angemessene Information

Die Einwilligung kann erst nach angemessener Information erteilt werden.[633] Gemäss der Botschaft zur Revision des DSG von 2003 orientiert sich der Begriff der Zustimmung an demjenigen der «Einwilligung des aufgeklärten Patienten».[634] Die betroffene Person muss dementsprechend im konkreten Fall über alle Informationen

---

626 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 55 und N 73; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 3.

627 Dazu sogleich § 5, III.

628 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70 f.

629 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 3.

630 SHK DSG-WERMELINGER, Art. 13 N 7; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 58; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

631 Für die Möglichkeit einer nachträglichen Einwilligungserteilung SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 58; wohl auch BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 3; gegen diese Möglichkeit HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

632 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

633 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 59 f.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72.

634 Botschaft DSG 2003, 2127.

verfügen, die zum Treffen einer freien Entscheidung nötig sind.[635] Das bedeutet auch, dass die betroffene Person aufgrund der Information die Konsequenzen und Risiken für ihre Persönlichkeitsrechte abschätzen können muss, welche durch die infrage stehende Datenbearbeitung entstehen.[636]

In der Regel muss die betroffene Person daher über den Zweck, die Art und Weise sowie den Umfang der Datenbearbeitung, über die Kategorien der bearbeiteten Daten sowie über den verantwortlichen Datenbearbeiter informiert werden.[637] Risiken für die Persönlichkeitsrechte, welche aus diesen Angaben nicht hervorgehen, sind ebenfalls anzugeben.[638] Die Art und Weise der Information der betroffenen Person muss sachlich und für den Empfänger verständlich sein, ansonsten ist sie dem Datenbearbeiter überlassen.[639] Ob die gewählte Form der Information angemessen ist, ist von der beabsichtigten Datenbearbeitung und der Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte abhängig.[640] Beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen gelten besondere Informationspflichten (Art. 14 DSG).

Die Einwilligung gilt nur für diejenigen Zwecke, für die sie erteilt wurde. Keine gültige Einwilligung stellt eine Einwilligung in eine unbestimmte Datenbearbeitung, deren Zweck nicht bekannt ist, dar.[641] Der Zweck muss hinreichend bestimmt sein, was pauschale Erklärungen oder Blankoeinverständnisse ausschliesst.[642] In der Praxis lassen übermässige[643] Einwilligungen und Generalvollmachten die Willenserklärung der betroffenen Person als Blankovollmachten erscheinen und führen nicht zur Limitierung der Datenbearbeitung.[644] Eine betroffene Person kann zwar eine weit gefasste Einwilligung erteilen, allerdings muss diese Einwilligung informiert und bewusst erfolgen und es ist unabdingbar, dass auch in diesem Fall klar ist, wo die Grenzen der Einwilligung liegen.[645] In Fällen der Blankovollmachten bzw. von Einwilligungen in nicht hinreichend konkretisierte Persönlichkeitsverletzungen könnte Sittenwidrigkeit gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB angenommen werden, wenn es sich um

---

635 Botschaft DSG 2003, 2127; METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, JZ 2017, S. 766; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72; BECKER, JZ 2017, S. 173; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

636 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 59, 62; SHK DSG-WERMELINGER, Art. 13 N 7; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72 f.

637 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 60; SPECHT, JZ 2017, S. 766; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

638 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 61; siehe allerdings HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 74.

639 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 63; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 75, 77.

640 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 63.

641 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 31; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; METZGER, AcP 2016, S. 825.

642 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; METZGER, AcP 2016, S. 825; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; BECKER, JZ 2017, S. 173.

643 ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; dazu auch METZGER, AcP 2016, S. 841 ff.

644 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74, m. H. auf BGE 138 I 331, 344 ff., E. 7.4.2; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f.

645 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 5.

eine übermässige Bindung handelt. Eine übermässige Bindung wäre z. B. eine Einwilligung aller oder auch eines sehr grossen Umfangs von Personendaten zu jedem beliebigen Zweck.[646]

Problematisch ist ausserdem, dass den betroffenen Personen in den meisten Fällen viel zu umfangreiche und unübersichtliche Einverständniserklärungen zur Erlangung ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung vorgelegt werden, welche nur selten ganz gelesen und verstanden werden.[647] Gerade bei Big-Data-Anwendungen liegt es in der Natur der Sache, dass die erhobenen Daten zu sehr vielen verschiedenen Zwecken bearbeitet werden, sodass das Herstellen von Informiertheit sehr schwierig ist.[648] Dabei können die Betroffenen häufig nicht überblicken, in welche Datennutzungen und -weitergaben an Dritte sie einwilligen.[649] Aufgrund dieser (faktischen) Informationsasymmetrie[650] kann das Risiko der Datenbearbeitung für die Persönlichkeitsrechte durch die betroffenen Personen kaum abgeschätzt werden.[651] In diesen Fällen steht die Gültigkeit der Einwilligung infrage.[652]

3. Freiwilligkeit

Die Einwilligung hat freiwillig zu erfolgen, ohne Druckausübung und ohne negative Rechtsfolgen im Falle der Nichterteilung; dies beurteilt sich nach den Umständen.[653] Eine aufgrund Täuschung, Drohung oder Zwang erteilte Einwilligung ist ungültig.[654] Allerdings stellt nicht jede Einschränkung der Entscheidungsfreiheit die Freiwilligkeit infrage.[655] Mit der Nichterteilung der Einwilligung verbundene Nachteile sind zumutbar, wenn sie verhältnismässig sind und einen Bezug zum Zweck der Datenbearbeitung haben.[656] Nachteile, insbesondere wirtschaftlicher Art, welche mit einer

---

646 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 5.

647 Dazu SCHWEITZER, S. 276 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 54; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 644; METZGER, AcP 2016, S. 829; METZGER, GRUR 2019, S. 134; SPECHT, JZ 2017, S. 766; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 179; KILIAN, Gegenleistung, S. 203; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; BUCHNER, DuD 2015, S. 372; DIVSI, Ware und Währung, S. 17 f.; dazu auch HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270.

648 Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; KILIAN, Gegenleistung, S. 192; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270; BUCHNER, DuD 2015, S. 372; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 106 f.; HERMSTRÜWER, S. 77.

649 METZGER, AcP 2016, S. 829; ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16i; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9.

650 METZGER, AcP 2016, S. 829; METZGER, GRUR 2019, S. 134; SCHÄFER/OTT, S. 80; KILIAN, Gegenleistung, S. 192; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; dazu auch HERMSTRÜWER, S. 236 ff.

651 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 12; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

652 Ablehnend z. B. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; vgl. SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 226.

653 SHK DSG-WERMELINGER, Art. 13 N 7; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 65 ff.; METZGER, AcP 2016, S. 823.

654 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 6.

655 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 66; vgl. Botschaft DSG 2003, 2127.

656 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 6; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 14; Beispiele, in denen Freiwilligkeit angenommen wird, bei HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 97.

Verweigerung der Einwilligung allenfalls verbunden sind, stellen keinen unzulässigen Druck dar.[657] Gerade in Dauerschuldverhältnissen kann aber die Nichterteilung der Einwilligung möglicherweise Nachteile mit sich ziehen, welche unverhältnismässig sind.[658] Auch wenn ein Nachteil keinen Bezug zum Bearbeitungszweck aufweist, kann die Gültigkeit der Einwilligung beeinträchtigt sein.[659]

An der Freiwilligkeit fehlt es, wenn die betroffene Person z. B. aufgrund eines faktischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Machtgefälles keine andere Wahl hat als der Datenbearbeitung zuzustimmen.[660] Gerade bei Verträgen, in denen die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Services davon abhängt, ob die Einwilligung in eine mehr oder weniger weitreichende Datenbearbeitung erteilt wird, kann die Freiwilligkeit infrage stehen.[661] Allerdings sollte der «blosse Wunsch, eine bestimmte Leistung zu erhalten, nicht in eine Zwangslage umgedeutet werden.»[662] Keine Zwangslage ist jedenfalls anzunehmen, wenn die betroffene Person die Wahl zwischen mehreren vergleichbaren Angeboten hat, wenn sie auf die angebotene Leistung verzichten kann, oder wenn sie die Leistung auch ohne Datenbearbeitung und stattdessen gegen ein Entgelt beziehen kann.[663] Zweifel an der Freiwilligkeit können sich jedoch in gewissen Fällen ergeben, wenn der Markt für die entsprechende Leistung von Monopolen oder Oligopolen geprägt ist und das Nutzen eines Dienstes nicht nur sozial üblich ist, sondern sich auch keine Alternativen bieten.[664] In der Lehre werden klare Grenzen der Einwilligung gefordert, wenn diese aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen und Monopolstellungen kaum freiwillig erfolgen kann.[665] Zu bedenken ist dabei auch, dass die Position der Betroffenen, die Vertragsbedingungen auszuhandeln,

---

657 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 66; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f.

658 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 67; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f, z. B. eine Kündigungsandrohung im Arbeitsverhältnis; Botschaft DSG 2003, 2127.

659 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; Botschaft DSG 2003, 2127.

660 METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, JZ 2017, S. 766; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 17; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 14; HERMSTRÜWER, S. 61 f.; dazu auch BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 7; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 103 ff.

661 Vgl. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 8; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 139, kritisch zu Koppelungsverboten S. 164; HERMSTRÜWER, S. 61; METZGER, AcP 2016, S. 823, m. w. H., und SPECHT, DGRI 2017, N 20 ff., zum Koppelungsverbot des deutschen Rechts; vgl. auch SCHNEIDER, S. 125 f.; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; SCHWEITZER, S. 275; FAUST, S. 89 ff.

662 METZGER, AcP 2016, S. 823.

663 METZGER, AcP 2016, S. 823.

664 BECKER, JZ 2017, S. 174; METZGER, AcP 2016, S. 823, vgl. 828; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; SCHWEITZER, S. 279; WEICHERT, NJW 2001, S. 1466; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 203; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 17; Beispiele für Fälle, in denen keine Freiwilligkeit angenommen wurde, bei HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 98.

665 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; vgl. auch VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 17 ff.

eher schlecht bis nicht vorhanden ist.[666] Ein gesetzliches Koppelungsverbot, wie es Art. 7 Abs. 4 DSGVO vorsieht, existiert jedoch in der Schweiz bisher nicht.[667]

4. Ausdrücklichkeit der Einwilligung

Handelt es sich nicht um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, kann die Einwilligung explizit oder konkludent erfolgen.[668] Eine besondere Form ist nicht erforderlich.[669] Im Schweizer Recht ist deshalb bisher eine sog. «Opt-out»-Möglichkeit zulässig, also z. B. auf Internetseiten von Webshops das Feld zur Einwilligungserteilung vorweg auszufüllen, sodass der Betroffene das gesetzte Häkchen explizit entfernen muss, wenn er in die Datenbearbeitung nicht einwilligen möchte.[670]

Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten ist eine stillschweigende Einwilligung dagegen ausgeschlossen, denn sie hat immer ausdrücklich, d. h. als klare Willensäusserung, zu erfolgen.[671] Schriftlichkeit wird indes nicht verlangt, wobei diese in der Praxis allein schon aus Gründen der Beweisbarkeit eine wichtige Rolle spielt.[672]

5. Einwilligung durch Minderjährige?

Zusätzlich beruht die Gültigkeit der Einwilligung auf den allgemeinen rechtlichen Anforderungen wie insbesondere der Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person.[673] Die Einwilligung in eine Datenbearbeitung kann auch durch einen Stellvertreter ausgeübt werden.[674] Hinsichtlich der Einwilligung durch Minderjährige, welche im DSG

---

666 BECKER, JZ 2017, S. 174, sowie JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 182, und HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270, sowie BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 107 f., 139, jeweils mit Hinweis auf die «take it or leave it»-Situation; WEICHERT, NJW 2001, S. 1466; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 214; DORNER, CR 2014, S. 626.

667 Zum Koppelungsverbot z.B. SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 123 f.; SATTLER, Personenbezug, S. 74. Die Tragweite des durch die DSGVO vorgesehenen Koppelungsverbots ist jedoch noch nicht völlig geklärt, vgl. METZGER, AcP 2016, S. 824.

668 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16h; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; Botschaft DSG 2003, 2127; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 77 ff., in N 80 ff. zum Stillschweigen im Besonderen. Art. 7 DSGVO schreibt dagegen zwar keine besondere Form der Einwilligung vor, in Erwägungsgrund 32 wird jedoch eine «eindeutig bestätigende Handlung» des Betroffenen gefordert, womit «Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person» ausgeschlossen werden; dazu z. B. BECKER, JZ 2017, S. 173; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 238.

669 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; Botschaft DSG 2003, 2127.

670 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; im Gegensatz zur DSGVO, vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 766.

671 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 69; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 78, 83.

672 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 69 f.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16h; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 78, 83; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 25 ff.

673 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70 f.

674 SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 108.

nicht ausdrücklich geregelt ist, hat sich der Bundesrat kritisch geäussert,[675] vor allem in der Schweizer Lehre wurde dieses Thema jedoch bisher wenig angesprochen.

Der EDÖB hat immerhin einige Hinweise zum Jugendschutz im Internet herausgegeben.[676] Während der Teil der Lehre, der sich überhaupt äussert, die Meinung vertritt, Minderjährige könnten einer Datenbearbeitung zustimmen, wenn sie hinsichtlich dieser urteilsfähig sind, wobei je nach Menge und Art der zu bearbeitenden Daten aber auch eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig ist,[677] fordert der EDÖB in jedem Fall die ausdrückliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.[678] Im Rahmen der elterlichen Vertretungsbefugnis können Eltern in Datenbearbeitungen hinsichtlich urteilsunfähiger Kinder einwilligen, allerdings nur innerhalb der elterlichen Sorge, sofern keine Interessenkollision besteht und solange es sich nicht um einen derartig schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Kindes handelt, dass eine Vertretung ausgeschlossen ist.[679]

In der Praxis ist es aber für Webseitenbetreiber häufig kaum möglich, die Identität der Webseitenbesucher zweifelsfrei festzustellen.[680] Der Vorschlag des EDÖB, Webseitenbetreiber sollten zunächst die Adressen der Minderjährigen und sodann die Zustimmung brieflich bei den gesetzlichen Vertretern erfragen,[681] erscheint selbst bei Webseiten, die eine Registrierungspflicht beinhalten, wenig praktikabel. Es wird sich jedenfalls kaum durchsetzen, die Einwilligung zur Bearbeitung von Daten, die sich auf Minderjährige beziehen, jedes Mal schriftlich bei den gesetzlichen Vertretern einzuholen. Zu bedenken ist, dass Minderjährige einfach auf ausländische Webpages ausweichen können.

Allenfalls könnten Minderjährige jedoch durch technische Schutzmassnahmen auf durch sie verwendeten Geräten (z. B. Programme zum Abblocken bestimmter Datenerhebungen im Hintergrund) vor unerwünschten Datenbearbeitungen geschützt werden, zumindest sofern sie die fraglichen Daten nicht selbst z. B. in sozialen Netzwerken offenbaren. So praktikabel diese Lösung auf der einen Seite ist, erscheint andererseits bedenklich, dass hier von Betroffenen aktive Schutzmassnahmen ergriffen werden müssen, obschon aus rechtlicher Sicht den Datenbearbeitern der Nachweis eines Rechtfertigungsgrunds für eine Persönlichkeitsverletzung zukommt. Andererseits sind Personendatenbearbeitungen in der Schweiz erlaubt, solange die datenschutzrechtlichen Grundsätze eingehalten werden und die Betroffenen nicht widersprechen.[682] Den Datenbearbeitern kann ausserdem zugutegehalten werden, dass sie

675 Bericht BR Evaluation, S. 350, wonach sich «Minderjährige der Risiken und Folgen der Verarbeitung personenbezogener Daten weniger bewusst sind als Erwachsene».

676 EDÖB, TB 16, N 33 f.

677 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16g; für das deutsche Recht WEICHERT, NJW 2001, S. 1469; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 637 f.; BUCHNER/KÜHLING, DuD 2017, S. 546; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 247 f.

678 EDÖB, TB 16, N 33 f.

679 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70.

680 EDÖB, TB 16, N 33.

681 EDÖB, TB 16, N 34.

682 HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 66.

kaum sicher feststellen können, ob der Nutzer, welcher online einer Datenbearbeitung zustimmt, volljährig und tatsächlich diejenige Person ist, die er zu sein vorgibt.[683]

6. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung sind insbesondere die Voraussetzungen der angemessenen Information der betroffenen Personen und die Freiwilligkeit der Erteilung problematisch. Einerseits ist der Schutz der Betroffenen dadurch teilweise nicht mehr gewährleistet, andererseits ist auch fraglich, ob die Einwilligung noch eine rechtssichere Grundlage für Datenbearbeitungen bietet.[684]

III. «Flucht» aus der Einwilligung?

Im deutschen Rechtskreis wurde nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung vorgebracht, Unternehmen könnten sich für die Datenbearbeitung, insbesondere bei «Leistung-gegen-Daten»-Verträgen, auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO stützen, wonach eine Datenbearbeitung rechtmässig ist, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Massnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, notwendig ist.[685] Gemäss dieser Auslegung der Norm käme es für die fragliche Datenbearbeitung nicht mehr auf die datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person an, womit die damit verbundenen Unsicherheiten, insbesondere hervorgerufen durch die freie Widerrufbarkeit, entfielen.[686] Könnten sich datenbearbeitende Unternehmen auf alternative Rechtfertigungsgründe stützen und auf die datenschutzrechtliche Einwilligung weitgehend verzichten – und würde damit eine «Flucht aus der Einwilligung»[687] stattfinden –, wäre gerade hinsichtlich der Verträge, in denen Personendaten als Gegenleistung hingegeben werden, zu prüfen, ob die Persönlichkeit der Betroffenen noch ausreichend geschützt ist. Ausserdem sollte das Verhältnis dieses Rechtfertigungsgrunds mit der in Art. 7 Abs. 1 DSGVO festgehaltenen freien Widerrufbarkeit der Einwilligung untersucht werden.[688] Diese Fragen sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Interessant ist jedoch der Ansatz einer Alternative zur Einwilligung in Form eines überwiegenden privaten Interesses auch für die Schweiz.

Auch in der Schweiz könnten datenbearbeitende Unternehmen aufgrund der hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung bestehenden Unsicherheiten versuchen, sich auf andere Rechtfertigungsgründe zu stützen. Neben der Einwilligung stehen gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG eine gesetzliche Grundlage und überwiegende

---

683 Vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 192; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22.

684 SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1046; vgl. dazu auch SCHWEITZER, S. 278 f.; BECKER, JZ 2017, S. 173 ff.; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22.

685 Dazu z. B. SCHWEITZER, S. 281 f.; METZGER, GRUR 2019, S. 132; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 236; ablehnend FAUST, S. 91; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 218; ZOLL, S. 182; dazu auch SATTLER, Proposal (erscheint demnächst); SATTLER, Personenbezug, S. 69 f.

686 Dazu SCHWEITZER, S. 281 f.; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 226, 236 f.; SATTLER, Personenbezug, S. 69 f.; ablehnend FAUST, S. 91; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 218; ZOLL, S. 182.

687 SATTLER, Datenschuldrecht, S. 225 f.

688 Dazu auch SATTLER, Proposal (erscheint demnächst).

private Interessen als weitere Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Ein überwiegendes privates Interesse der datenbearbeitenden Person kommt infrage, wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags Personendaten über den Vertragspartner bearbeitet werden (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG). Mit diesem sog. Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses wird das Interesse des Bearbeitenden anerkannt, Personendaten über den Vertragspartner zu bearbeiten, wenn dies in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages steht. Risiken eines Vertragsschlusses sollen durch Bearbeiten sachdienlicher Daten über den Vertragspartner reduziert und vertragliche Ansprüche durchgesetzt werden können.[689] Bearbeiter von Daten können auch andere Informationsbedürfnisse haben, z. B. weil das Leistungsangebot auf die Bedürfnisse und Erwartungen des Vertragspartners abgestimmt werden soll. Solche Informationsbedürfnisse sind allerdings nicht das diesem Rechtfertigungsgrund zugrunde liegende Motiv.[690] Der Rechtfertigungsgrund des Vertragsschlusses umfasst jede Art des Bearbeitens von Personendaten und entfaltet im unmittelbaren Vorfeld des Vertragsschlusses, d. h. bei der Angebotsstellung, den Verhandlungen und beim Abschluss des Vertrags, sowie bei der Abwicklung des Vertrags Wirkungen.[691] Er gilt allerdings jeweils nur zum Zweck der Reduktion des Vertragsrisikos und muss sowohl verhältnismässig sein als auch nach einer Interessenabwägung die Datenschutzinteressen der betroffenen Person überwiegen.[692] Dieser Rechtfertigungsgrund kann dagegen nicht verwendet werden, um eine Datenbearbeitung zur eigentlichen Vertragserfüllung, wie z. B. bei einem «Leistung-gegen-Daten»-Vertrag, zu rechtfertigen.[693]

Gemäss der Lehre kann im Vertragsverhältnis davon ausgegangen werden, die Einwilligung in alle für die Vertragserfüllung notwendigen Datenbearbeitungen sei (stillschweigend) erteilt. Deshalb sei ein Berufen auf den Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses auch gar nicht nötig.[694] Diese Ansicht scheint jedoch den heutigen Entwicklungen hinsichtlich der Kommerzialisierung von Personendaten noch keine Rechnung zu tragen[695] und geht deshalb nicht auf die neuen Vertragsmodelle mit Personendaten als Gegenleistung und die Herausforderungen hinsichtlich der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung ein. Einerseits lässt sich deshalb festhalten, dass der Rechtfertigungsgrund in Art. 13 Abs. 2 lit. a DSG nach dem bisherigen Meinungsstand keine Grundlage bietet, um eine Personendatenbearbeitung als vertragliche Gegenleistung zu rechtfertigen. Der Wortlaut des Artikels stünde einer solchen Auslegung zwar nicht entgegen, wohl aber der Sinn und Zweck der Norm. Da auch in der Botschaft zur Totalrevision des DSG nichts darüber zu finden ist, dass der

689 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 29.
690 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 29; vgl. HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 40.
691 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 30; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 38 f.
692 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 30 f.
693 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 33; unentschieden HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.
694 BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 33.
695 Siehe die aufgeführten Beispiele in BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 33.

Rechtfertigungsgrund des Vertragsschlusses auch auf Datenbearbeitungen zur Vertragserfüllung anwendbar sein soll,[696] scheint dieser Artikel zumindest nach dem bisherigen Meinungsstand keine verlässliche Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung zu sein. Für die Zukunft ist es aber zumindest nicht ausgeschlossen, das Interesse an einer Personendatenbearbeitung als vertragliche Gegenleistung als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, zumal die Aufzählung der überwiegenden privaten Interessen in Art. 13 Abs. 2 DSG nicht abschliessend ist.

IV. Rechtsdurchsetzung

In der Praxis scheinen die datenschutzrechtlichen Schutzmechanismen häufig wirkungslos zu sein, da sie umgangen werden können und/oder ihre Einhaltung sich durch die Betroffenen nicht sicherstellen lässt.[697] Die Durchsetzung ihrer Rechte kann für die Betroffenen häufig schwierig sein, vor allem wenn sich die sie betreffenden Daten inzwischen im Ausland befinden.[698] Im Ausland kommen oft andere – und schlimmstenfalls keine oder extrem laxe – Datenschutzbestimmungen zur Anwendung.[699] Ausserdem sind allein schon hierzulande datenschutzrechtliche Begrenzungen, z. B. betreffend die Zweckbindung und den Umfang der Datenbearbeitung sowie das Löschen von Daten, bisher praktisch kaum durchsetzbar.[700] Wie bereits dargestellt, müssen die betroffenen Personen häufig den sie betreffenden Daten mit einer Reihe von Auskunfts- und Löschungsansprüchen bei diversen Unternehmen nachlaufen, was unrealistisch erscheint.[701] Es ist für die Betroffenen schwierig, an Informationen über ihre Daten heranzukommen.[702] Für die datenbearbeitenden Unternehmen gibt es dementsprechend faktisch die Möglichkeit, das Löschen der Personendaten zu unterlassen und sie stattdessen weiterhin wirtschaftlich zu nutzen.[703] Die betroffenen Personen benötigen deshalb wirksame Mittel, um sich vor persönlichkeitsrechtsverletzender Datenbearbeitung schützen zu können, was vor allem heisst, dass die Löschung der sie betreffenden Daten sichergestellt werden muss.[704]

Zu hoffen ist, dass die im Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung mit ihren strengeren Mechanismen und Bussgeldern für eine Verbesserung des Schutzes der betroffenen Personen sorgen wird. Auch das Schweizer Datenschutzgesetz befindet sich derzeit in Totalrevision. Dabei hängen die meisten Neuerungen

---

696 Vgl. Botschaft DSG 2017, 7074 f.

697 BECKER, JZ 2017, S. 174; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 106 f.

698 KILIAN, CRi 2012, S. 174; ähnlich auch SATTLER, JZ 2017, S. 1040; BECKER, JZ 2017, S. 174 f.

699 KILIAN, CRi 2012, S. 173.

700 KILIAN, CRi 2012, S. 172.

701 SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

702 KILIAN, CRi 2012, S. 172.

703 SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. Becker, JZ 2017, S. 174 f., m. H. auf die faktische Möglichkeit der Datennutzung; HOPPEN, CR 2015, S. 804.

704 SPECHT, JZ 2017, S. 769.

mit den Entwicklungen der Datenschutzgesetzgebung des Europarats und der Europäischen Union, insbesondere der Datenschutzgrundverordnung, zusammen.[705] Die maximale Höhe der im Entwurf des revidierten DSG vorgesehenen Bussen beträgt allerdings lediglich CHF 250'000, was massiv unter den maximalen Geldbussen der DSGVO liegt.[706]

V. Unzerstörbarkeit semantischer Information und De-Anonymisierung

Wem im Einzelfall die Bearbeitung von Personendaten gestattet werden soll, muss auch unter dem Gesichtspunkt erwogen werden, dass semantische Information nicht zerstört werden kann.[707] Semantische Information ist nämlich nicht an eine bestimmte Zeichenfolge gebunden.[708] Syntaktische Information kann dagegen zerstört werden, indem man sie auf jedem existierenden Datenträger löscht.[709] Personendaten werden schliesslich genau über diese semantische Ebene, d. h. die Bedeutungsebene, definiert,[710] denn Personendaten liegen immer dann vor, wenn ein Personenbezug besteht. Auch Schlüsse, die durch Analyse der Personendaten gezogen wurden, können der Bedeutungsebene zugeordnet werden.

Die Tatsache der Unzerstörbarkeit von semantischer Information ist insbesondere von Bedeutung, weil die Gewährleistung der Anonymisierung heute in Zweifel gezogen wird. Gerade im Big-Data-Kontext ist es möglich, durch Kombination mehrerer Datensets Daten zu de-anonymisieren, d. h. den Personenbezug wiederherzustellen.[711] So können aus vormals anonymisierten Daten, auf die das Datenschutzrecht keine Anwendung findet, wieder Personendaten gemacht werden.

Das Problem ist in diesen Fällen, dass die betroffenen Personen sie betreffende Daten im Glauben an die vermeintliche Anonymität preisgegeben haben. Möglicher-

---

705 Botschaft DSG 2017, 6943; vgl. HUSI-STÄMPFLI, Jusletter vom 07.05.2018, Rz. 13; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 15; vgl. Medienmitteilung BR 15.09.2017. Für eine Übersicht der Auswirkungen der DSGVO auf die Schweiz siehe z. B. BERGAMELLI, Jusletter vom 30.04.2018.

706 Vgl. dazu Art. 83 DSGVO, insbesondere Abs. 4 (maximal 10'000'000 Euro oder bis zu 2% des weltweit erzielten Jahresumsatzes) und Abs. 5 (maximal 20'000'000 Euro oder bis zu 4% des weltweit erzielten Jahresumsatzes), sowie Art. 54 ff. E-DSG.

707 ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; vgl. auch WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 6: «Das Internet vergisst nichts»; vgl. HERMSTRÜWER, S. 109 ff.; BULL, S. 62 f.

708 ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27.

709 Oder jeden existierenden Datenträger zerstört; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 18, zu den verschiedenen Informationsebenen ausführlich S. 37 ff.

710 ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 33; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 3; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 54 f.; ZECH, CR 2015, S. 138.

711 SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1046; WENDEHORST, Data Economy, S. 331 f.; BOEHME-NEßLER, DuD 2016, 419, 422 f.; DORNER, CR 2014, S. 628; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 3, 12, 14; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 27; HEYMANN, CR 2016, S. 656; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 25; KÜHLING/KLAR, NJW 2013, S. 3612 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 25; BERANEK ZANON, S. 88; ESKEN, S. 78; BAERISWYL, digma 2013, S. 15; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 51; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 12 ff.; DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416; HERMSTRÜWER, S. 100 ff.; vgl. HK DSG- ROSENTHAL, Art. 3 N 38; WEICHERT, ZD 2013, S. 257; kritisch dazu BULL, S. 16 f.

weise hätten die Betroffenen diese Daten nie – oder zumindest nicht an diesen Bearbeiter – preisgegeben, wenn sie von der späteren Eventualität der De-Anonymisierung gewusst hätten. Ausserdem lassen sich die Daten nun praktisch nicht mehr «zurücknehmen»:[712] Durch die leichte Kopierbarkeit von Daten und die Unzerstörbarkeit semantischer Information vergisst das Internet buchstäblich nie. Falls die Betroffenen überhaupt von der De-Anonymisierung erfahren, ist für sie kaum noch nachvollziehbar, wer die sie betreffenden Daten inzwischen alles gespeichert hat und (potenziell) nutzen kann – und wo sich diese Daten beispielsweise zum Nachteil der Betroffenen auswirken könnten. Da die Bestimmbarkeit einer Person also nicht mit Sicherheit für die Zukunft ausgeschlossen werden kann, wird teilweise gefordert, alle Daten wie Personendaten zu behandeln.[713]

VI. Ergebnis

Im Ergebnis ist es nicht nur, aber gerade auch bei Big-Data-Anwendungen schwierig, die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzuhalten und eine gültige Einwilligung einzuholen.[714] Insbesondere die Anforderung, den Zweck einer Datenbearbeitung präzise genug anzugeben, wirkt sich als Unsicherheitsfaktor aus, da sich im Zweifelsfall nicht rechtssicher auf die Gültigkeit der eingeholten Einwilligung verlassen werden kann. Es ist fraglich, ob die Einwilligung sowie die Datenschutzgrundsätze noch geeignet sind, um den Umgang mit Personendaten in der Datenwirtschaft rechtlich zu erfassen.[715] So werden einerseits Möglichkeiten untersucht, mit welchen die Einwilligung zu «einem praktisch wirksameren Instrument der freien und informierten Selbstbestimmung über die eigenen Privatheitsanliegen»[716] gemacht werden könnte, z. B. durch erhöhte Transparenz- und Informationspflichten sowie «privacy by design»- und «privacy by default»-Überlegungen.[717] Andererseits werden Zweifel geäussert, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung überhaupt noch das taugliche Mittel ist, um die informationelle Selbstbestimmung bzw. Datensouveränität[718] wirksam umzusetzen.[719]

Dennoch kommt der datenschutzrechtlichen Einwilligung mangels alternativer Rechtsgrundlagen für Datenbearbeitungen eine besondere Bedeutung zu.[720] Gerade

---

712 BECKER, JZ 2017, S. 174.

713 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 25, mit Abstellen auf «potenziell personenbezogene Daten», was sich in der Praxis wohl aber wiederum als unklar erweisen würde.

714 KILIAN, CRi 2012, S. 172.

715 DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 34; ähnlich AEBI-MÜLLER, N 585 ff.

716 SCHWEITZER, S. 278.

717 Z. B. SCHWEITZER, S. 278; kritisch HERMSTRÜWER, S. 379 ff., 386.

718 SCHWEITZER, S. 278.

719 SCHWEITZER, S. 278, 304; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, ZD 2017, S. 101 f.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 34; ähnlich AEBI-MÜLLER, N 585 ff.; vgl. auch UNSELD, GRUR 2011, S. 983; für ein Festhalten am Einwilligungsmodell hingegen BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 108 ff.

720 Dazu HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6; dies auch angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe des Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG, z. B.

wenn es um Big-Data-Anwendungen geht, scheinen die bisherigen Datenschutzprinzipien zwar notwendig, aber noch nicht ausreichend zu sein.[721] Zudem werden Personendaten international gehandelt bzw. weitergegeben, weshalb sich im Einzelfall schnell ein Auslandsbezug ergeben kann. Auch dies kann zu einem Anpassungsbedarf führen, gerade auch in Hinblick auf die Durchsetzung der Rechte der betroffenen Personen.[722] Hinsichtlich der Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Personen wird also gesamthaft ein Handlungsbedarf erkannt.

BGE 138 II 346, 358, E. 7.2, sowie 135 II 508, 521, E. 5.2.4, gemäss welcher die Rechtfertigung einer Personendatenbearbeitung entgegen den datenschutzrechtlichen Grundsätzen zwar nicht generell ausgeschlossen ist, im konkreten Fall jedoch nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden kann.

721 KILIAN, CRi 2012, S. 173.

722 Vgl. KILIAN, CRi 2012, S. 173.