

Lukas Bühlmann / Michael Schüepp

Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht

Eine kritische Analyse anhand des Helsana+-Urteils

Die transparente Information und die Einwilligung bleiben auch im neuen Datenschutzrecht Kernkonzepte und für die unternehmerische Praxis sowie für Bundesbehörden zentral. Gerichtsentscheidungen hierzu sind jedoch nach wie vor selten. Umso bedauerlicher ist die mangelhafte Auseinandersetzung des Bundesverwaltungsgerichts im Helsana+-Urteil 2019. Mit dem vorliegenden Beitrag wird dies nachgeholt: Nicht nur werden die Grundlagen für die Beurteilung der wirksamen Einwilligung ausführlich aufgezeigt, sondern auch die anderen wichtigen Aspekte des Urteils (anwendbare Vorgaben für Bundesorgane, Legalitätsprinzip, Bearbeitungsgrundsätze etc.) analysiert.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Lukas Bühlmann / Michael Schüepp, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, in: Jusletter 15. März 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Das Helsana+-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
 - 2.1. Zusammenfassung des Sachverhalts
 - 2.2. Zusammenfassung des Urteils
 - 2.2.1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Vorgaben für Private
 - 2.2.2. Aber: Beschaffung enthält auch Bekanntgabe durch Grundversicherung – Vorgaben für Bundesorgane gleichwohl massgebend
 - 2.2.3. Einwilligung wird freiwillig erteilt – allerdings ohne hinreichende Information und nicht schriftlich im Einzelfall
 - 2.2.4. Verletzung des Rechtmässigkeitsgrundsatzes nur bei Verstoss gegen Norm mit Persönlichkeitsrelevanz
3. Ausgewählte Themen und Kritikpunkte
 - 3.1. Wann gelten welche datenschutzrechtlichen Vorgaben für Bundesorgane?
 - 3.2. Legalitätsprinzip und Verhältnis zwischen DSG und KVG
 - 3.3. Anforderungen an eine wirksame Einwilligung und hinreichende Information
 - 3.3.1. Freiwilligkeit der Einwilligung
 - 3.3.2. Einwilligung «im Einzelfall»
 - 3.3.3. Einwilligung «nach angemessener Information»
 - a. Zweck und Verhältnis zum Transparenzgrundsatz sowie der Informationspflicht
 - b. Beurteilungsmassstäbe
 - i. Verhältnismässigkeitsmassstab
 - ii. Massstab von Treu und Glauben und Zumutbarkeit der Kenntnisnahme
 - iii. Ungewöhnlichkeitsregel
 - c. Inhalt der Information
 - i. Bearbeitungszweck
 - ii. Datenkategorie und Verknüpfung mit Bearbeitungszweck
 - iii. Empfänger von Daten und «personelle» Reichweite der Einwilligung
 - d. Form der Information
 - e. Anwendung der Grundsätze zur «informierten» Einwilligung «im Einzelfall» auf den Helsana+-Sachverhalt
 - 3.3.4. Exkurs: Ausdrücklichkeit der Einwilligung
 - 3.3.5. Einwilligungserklärung und «überschiessende» Einwilligungen
 - 3.3.6. Schriftlichkeit der Einwilligung
 - 3.3.7. Zwischenfazit zur Einwilligung
 - 3.4. Datenbearbeitungsgrundsätze
 - 3.4.1. Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung
 - 3.4.2. Zweckbindungsgrundsatz
 - 3.5. Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen
4. Fazit und Schlussbemerkungen

1. Einleitung

[1] Nach knapp vierjährigem Gesetzgebungsprozess verabschiedete das Parlament Ende September 2020 die Totalrevision des Schweizer Datenschutzrechts. Das revidierte Datenschutzgesetz

(nDSG)¹ führt zu zahlreichen Änderungen, übernimmt aber auch ein Grossteil der Grundkonzepte und -begriffe des bisherigen Datenschutzgesetzes (aDSG)². Die dazu ergangene Rechtsprechung wird deshalb auch künftig massgebend sein. Bekanntlich sind aber Gerichtsurteile im Schweizer Datenschutzrecht vergleichsweise selten. Die wenigen Urteile sind deshalb umso wichtiger.

[2] Entsprechend hoch waren daher auch die Erwartungen an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur datenschutzrechtlichen Beurteilung der App der Helsana Zusatzversicherungen AG «Helsana+»³. Denn dabei hätte sich dem Gericht die Gelegenheit dazu geboten, sich grundlegend mit Kernkonzepten wie der wirksamen Einwilligung oder dem Transparenzgebot auseinanderzusetzen. Die Erwartungen wurden allerdings enttäuscht. Das Urteil äussert sich zu einem Grossteil der Punkte nur äusserst knapp, gelangt mehrfach zu unzutreffenden Schlüssen und setzt sich meist nicht in der gebotenen Tiefe mit den einzelnen Elementen auseinander.

[3] Mit dem vorliegenden Beitrag wird diese wichtige Auseinandersetzung, die auch unter dem totalrevidierten DSG nahezu identisch zu führen ist, nachgeholt. Nach einer Zusammenfassung des Urteils werden deshalb die einzelnen Elemente des Urteils analysiert und kritisch gewürdigt. Der für die Praxis besonders wichtige, jedoch immer noch häufig ungenügend umgesetzte⁴ Teil der Information und Einwilligung nimmt einen entsprechend grossen Raum ein, um die vom Bundesverwaltungsgericht unterlassene Grundlagen-Aufarbeitung nachzuholen, und wird zur Verdeutlichung und Veranschaulichung mit Beispielen aus der Praxis in anderen Sachverhaltskonstellationen angereichert.

2. Das Helsana+-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

2.1. Zusammenfassung des Sachverhalts

[4] Die Helsana Zusatzversicherungen AG (Beklagte) lancierte im September 2017 das App-gestützte Bonusprogramm «Helsana+», das es ihren Versicherungsnehmern ermöglicht, als Teilnehmer des Programms durch bestimmte Aktivitäten Pluspunkte zu sammeln, die in Boni wie Barauszahlungen, Sachleistungen oder Gutscheine umgewandelt werden können.

[5] Für die Ermittlung der Teilnahmeberechtigung sowie die Berechnung der Höhe der Boni klärt die Helsana Zusatzversicherungen AG die Versicherteneigenschaften der Teilnehmer ab. Hierfür wurden die Daten, die der Nutzer bei seiner Registrierung für die App angegeben hat (Postleitzahl, Geburtsdatum, Versichertennummer), mehrmals jährlich automatisiert mit denjenigen bei den Helsana-Grundversicherungs-Gesellschaften abgeglichen. Im Rahmen des Registrierungsprozesses in der App mussten die Nutzer ihre Zustimmung zu dieser Datenbeschaffung erteilen.

¹ Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020, Schlussabstimmungstext, BBl 2020 7639 (im Folgenden insb.: nDSG).

² Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1, im Folgenden insb.: aDSG).

³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3548/2018 vom 19. März 2019.

⁴ Vgl. hierzu beispielhaft für den E-Commerce, die Untersuchung von DOMINIC OERTLY, Die Informationspflichten des Unternehmers im E-Commerce, Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 537 ff.

[6] Der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) beanstandete diese Datenbearbeitungen in seinen Empfehlungen vom 26. April 2018.⁵ Nachdem Helsana den Empfehlungen nicht vollumfänglich folgte, reichte der EDÖB Klage beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) ein.

2.2. Zusammenfassung des Urteils

2.2.1. Grundsätzliche Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Vorgaben für Private

[7] In seinem Urteil vom 19. März 2019 (A-3548/2018) entschied das BVGer zunächst, dass die Beklagte nicht als Bundesorgan im Sinne von Art 3 lit. h aDSG handle. Denn die Beklagte biete weder selber obligatorische Krankenversicherungen an noch seien ihr Aufgaben in diesem Bereich übertragen worden. Das Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und den betroffenen Personen sei entsprechend nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur. Auf die strittigen Datenbearbeitungen seien daher die Vorgaben für Private in Art. 12 ff. aDSG anzuwenden (E. 4.5).

2.2.2. Aber: Beschaffung enthält auch Bekanntgabe durch Grundversicherung – Vorgaben für Bundesorgane gleichwohl massgebend

[8] Das BVGer konzentriert sich in der Folge hauptsächlich auf die Beurteilung des Grundsatzes der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung (E. 4.6 f.).⁶ Eine Datenbeschaffung ist nach Ansicht des BVGer immer dann rechtswidrig i.S.v. Art. 4 Abs.1 aDSG, wenn gegen irgendeine Rechtsnorm verstossen wird, *die den Schutz der Persönlichkeit* bezweckt (s. dazu auch unten Abschn. 2.2.4); jegliche Weiterbearbeitung rechtswidrig beschaffter Daten sei grundsätzlich ebenfalls rechtswidrig.

[9] Beschaffe sich die Beklagte bei den Versicherungsgesellschaften der Helsana-Gruppe Personendaten, welche diese im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gespeichert haben, stelle dieser Vorgang gleichzeitig eine Bekanntgabe von Daten dar. Die *Beschaffung* dieser Personendaten durch die Beklagte könne nur rechtmässig sein, wenn auch die *Bekanntgabe* der Personendaten rechtmässig ist.

[10] Daher galt es in einem nächsten Schritt (E. 4.8) die Rechtmässigkeit der Bekanntgabe dieser Daten zu prüfen. Für die hier vorliegenden Belange seien die im Geschäft mit der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätigen Versicherungsgesellschaften der Helsana Gruppe als Bundesorgane im Sinne von Art. 3 lit. h aDSG zu behandeln, womit die Art. 16 ff. aDSG zur Anwendung kommen (E. 4.8.1 m.V.a. 4.5.5).

[11] Die für Datenbearbeitungen von Bundesorganen vorausgesetzte gesetzliche Grundlage⁷ kann gemäss BVGer vorliegend nicht in Art. 84 KVG⁸ bestehen. Denn die Bekanntgabe der Daten erfolge nicht zur Erfüllung der nach dem KVG übertragenen Aufgaben. Auch eine Ausnahme von der

⁵ EDÖB, Empfehlung vom 26. April 2018 betreffend Bonusprogramm Helsana+ der Helsana Zusatzversicherungen AG, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/empfehlungen.html> (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

⁶ Art. 4 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 1 nDSG).

⁷ Art. 17 Abs. 1 aDSG.

⁸ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10.

sozialversicherungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht⁹ gemäss den Absätzen 1–4 von Art. 84a KVG liege nicht vor. Eine solche Ausnahme und Bekanntgabe von Daten an Dritte sei deshalb nur unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 aDSG und Art. 84a Abs. 5 Bst. b KVG rechtmässig, das heisst, wenn die betroffene Person im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat (E. 4.8.2).

2.2.3. Einwilligung wird freiwillig erteilt – allerdings ohne hinreichende Information und nicht schriftlich im Einzelfall

[12] Gemäss BVGer erfolgt die Einwilligung in die Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen entgegen der Ansicht des EDÖB freiwillig. Denn der Nachteil, der bei einer Nichteinwilligung drohe – die Unmöglichkeit der Teilnahme am Programm Helsana+ –, weise einen direkten Bezug zu den Daten auf, für deren Bearbeitung die Einwilligung eingeholt werde: Ohne die Beschaffung der Personendaten könne die Helsana Zusatzversicherungen AG nicht kontrollieren, ob eine Versichertenbeziehung zu einer andern Versicherungsgesellschaft der Helsana-Gruppe vorliegt, was wiederum eine Voraussetzung für die Teilnahme am Programm Helsana+ darstelle, und zu Bonuspunkten im Rahmen des Programms berechtige. Der Umstand allein, dass für die Teilnahme am Programm mit geldwerten Vorteilen und insbesondere mit Bargeldboni geworben werde (in der Höhe von maximal Fr. 75 pro Jahr bei nur grundversicherten Personen), ändere nichts an der Freiwilligkeit. Es liege damit kein unzulässiger Zwang zur Erteilung der Einwilligung vor (E. 4.7).

[13] Weiter führte das BVGer aus (E. 4.8.3), dass den Teilnehmern trotz fehlender expliziter Einwilligung in den Nutzungs- und Datenschutzbestimmung wohl klar sein werde, dass sie mit deren Annahme auch eine implizite Einwilligung in die Bekanntgabe dieser Daten durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung geben. Die Einwilligung gehe allerdings über den notwendigen Zweck der Datenbearbeitung hinaus und verteile sich auf mehrere Bestimmungen (E. 4.8.4). Dieses Vorgehen erschwere es den Teilnehmern zu erkennen, in welche Datenbearbeitungen sie einwilligen, weshalb die Voraussetzungen einer angemessenen Information für die Gültigkeit einer Einwilligung nach Art. 4 Abs. 5 aDSG nicht erfüllt seien.

[14] Darüber hinaus stellte das BVGer fest, dass die Einwilligung in die Datenbekanntgabe durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung nicht, wie von Art. 19 Abs. 1 aDSG und Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG gefordert, im Einzelfall erteilt werde. Die Beklagte frage die Daten nach eigenen Angaben mehrmals jährlich in einem automatisierten Prozess bei den anderen Versicherungsgesellschaften der Helsana-Gruppe ab. Damit handle es sich nicht um einen Einzelfall, die Einwilligung gelte im Gegenteil für einen unbefristeten Zeitraum und eine unbekannte Anzahl Bekanntgaben. Schliesslich erfolge die Einwilligung nicht wie in Art. 84a Abs. 5 KVG gefordert, schriftlich, sondern auf der Helsana+-App durch Anklicken einer Schaltfläche. Die Beschaffung solcher Daten durch die Beklagte erfolge daher mangels gültiger Einwilligung unrechtmässig i.S.v. Art. 4 Abs.1 aDSG und sie begehe eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 aDSG (E. 4.9).

[15] Aus diesen Gründen wurde das erste Rechtsbegehren des EDÖB (teilweise) gutgeheissen.

⁹ Art. 33 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

2.2.4. Verletzung des Rechtmässigkeitsgrundsatzes nur bei Verstoss gegen Norm mit Persönlichkeitsrelevanz

[16] Das BVGer hatte ferner zu prüfen (E. 5), ob die Datenbearbeitung bei Personen, die nur eine Grundversicherung bei einer Versicherungsgesellschaft der Helsana-Gruppe haben, unrechtmässig im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG ist, da sie – wie vom EDÖB behauptet – zu einem rechtswidrigen Zweck erfolge, nämlich einer indirekten Rückerstattung von Versicherungsprämien für die obligatorische Krankenpflegeversicherung.

[17] Nach den Erwägungen des BVGer (insb. 5.4.3) verlangt keine Lehrmeinung, dass ein rechtswidriger Zweck einer Datenbearbeitung in jedem Fall zur datenschutzrechtlichen Unrechtmässigkeit der entsprechenden Datenbearbeitung führt. Die h.L. stelle vielmehr darauf ab, dass die Datenbearbeitung *an sich* gegen keine Rechtsnorm verstossen darf, was auch mit dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 aDSG korrespondiere. Systematisch betrachtet äussere sich das aDSG zudem grundsätzlich nicht dazu, zu welchen Zwecken Personendaten bearbeitet werden dürfen und zu welchen nicht; dies im Unterschied zu Art. 5 Abs. 1 der EU-Datenschutz-Grundverordnung¹⁰. Eine Datenbearbeitung zu einem rechtswidrigen Zweck sei deshalb erst dann unrechtmässig im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG, wenn dabei gegen eine Norm verstossen *wird, die zumindest auch, direkt oder indirekt, den Schutz der Persönlichkeit einer Person bezweckt*. Mit den einschlägigen Bestimmungen des KVG¹¹, die potentiell durch das Bonusprogramm verletzt sein könnten, solle aber nicht die Persönlichkeit der Prämienzahler geschützt werden. Selbst ein Verstoss gegen diese Bestimmungen würde daher die beanstandete Datenbearbeitung nicht unrechtmässig im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG machen.

[18] Aus diesen Gründen wies das BVGer das zweite Rechtsbegehren des EDÖB vollumfänglich ab.

3. Ausgewählte Themen und Kritikpunkte

[19] Das BVGer behandelt im vorliegend besprochenen Urteil mehrere zentrale und auch seit dem Urteilsspruch noch nicht abschliessend geklärte Aspekte zum Schweizer Datenschutzrecht, dies sowohl in Bezug auf die Vorschriften für Private als auch hinsichtlich der Vorgaben für Bundesorgane. Die nachfolgende Analyse macht jedoch deutlich, dass die gerichtliche Auseinandersetzung mangelhaft war. Dabei wird jeweils auch die Rechtslage nach Inkrafttreten der Totalrevision des DSG (nDSG) einbezogen. Im Einzelnen werden folgende Themen besprochen: anwendbare Vorgaben für Bundesorgane, Legalitätsprinzip und Verhältnis zwischen DSG und KVG, Anforderungen an eine gültige Einwilligung und hinreichende Information, Datenbearbeitungsgrundsätze und Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen.

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG («Datenschutz-Grundverordnung»).

¹¹ Art. 5, 61 und 62 KVG.

3.1. Wann gelten welche datenschutzrechtlichen Vorgaben für Bundesorgane?

[20] In Bezug auf die Vorgaben für Bundesorgane gelangt das BVGer bei der Frage, wann diese überhaupt zur Anwendung gelangen, zwar zum richtigen Ergebnis, jedoch ohne restlos überzeugende Begründung. Insbesondere verweist es im entscheidenden Punkt auf eine Lehrmeinung (vgl. E. 4.5.5 in fine), anstatt auf die in der Praxis zentrale und für die Streitfrage entscheidende Gesetzesvorschrift: Art. 23 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 40 nDSG). Nach dieser ist **alleine massgebend, ob ein privatrechtliches Handeln vorliegt**.¹² Ob die fragliche Organisation im relevanten Kontext überhaupt eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt und ob es sich dabei um eine Aufgabe des Bundes handelt, ist zwar für die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes¹³ und auch für die Aufsicht¹⁴ relevant, nicht aber für die Frage der Anwendbarkeit von dessen Vorschriften für Bundesorgane oder von denjenigen für Private.¹⁵

[21] Im vorliegenden Fall spielte dies allerdings keine Rolle, da die Helsana Zusatzversicherungen AG im relevanten Kontext unstrittig gar nicht erst öffentliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. E. 4.5.5). Gleichwohl erscheint die vorliegende Kritik angezeigt, wird der Gehalt der Regelung in Art. 23 Abs. 1 aDSG (oder der im Wesentlichen identischen Norm in Art. 54 Abs. 1 PBG¹⁶) **vom EDÖB doch bisweilen missachtet**, wie z.B. im Verfahren in Sachen SwissPass¹⁷ und wird die geltende Regelung inhaltlich unverändert auch im totalrevidierten DSG enthalten sein.¹⁸ Auch in der Lehre wird mitunter ignoriert, dass nach Art. 23 Abs. 1 aDSG das (privatrechtliche oder hoheitliche) Handeln des Bundesorgans massgebend ist und nicht die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe bzw. der Zusammenhang der Tätigkeit mit dieser Aufgabe.¹⁹ So erfüllt die SBB zwar unbestrittenermassen eine öffentliche Aufgabe bei der Durchführung des Personenverkehrs und gilt insofern als Bundesorgan.²⁰ Jedoch ändert dies nichts daran, dass mit den Passagieren ein privatrechtlicher Transportvertrag abgeschlossen wird²¹ und somit die Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Erfüllung des Transportvertrags ein privatrechtliches Handeln im Sinne von Art. 23 Abs. 1 aDSG (und Art. 54 Abs. 1 PBG) darstellen.²²

¹² Vgl. z.B. Urteil des BVGer A-420/2007 vom 3. September 2007, E. 1.2; YVONNE JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 23 N 2.

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 3 lit. h aDSG (neu: Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 5 lit. i nDSG).

¹⁴ Art. 27 i.V.m. 23 Abs. 2 aDSG (neu: Art. 4 nDSG).

¹⁵ Unzutreffend daher z.B. die Begründung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern im Urteil VGE 100.2012.118 vom 4. Februar 2013, BVR 2013, S. 251 ff., E. 4.3 («Damit ist auch im Bundesrecht ausschlaggebend, ob eine Behörde wie eine Privatperson am Wettbewerb teilnimmt bzw. privatwirtschaftlich handelt. Dies ist wie gesehen nur der Fall, wenn sie keine öffentliche Aufgabe wahrnimmt»).

¹⁶ Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009, SR 745.1.

¹⁷ Vgl. EDÖB, Schlussbericht vom 4. Januar 2016 in Sachen SwissPass, Ziff. 3.2.2, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/42909.pdf> (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

¹⁸ Vgl. Art. 40 nDSG; ferner Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff., 7083 (im Folgenden: Botschaft DSG 2017).

¹⁹ DANIELA NÜESCH, Datenschutzrechtliche Anforderungen an den SwissPass im Bereich des öffentlichen Verkehrs, in: Jusletter 5. Dezember 2016, Rz. 16 f.

²⁰ Vgl. nur Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 413 ff., 445 (im Folgenden: Botschaft DSG 1988).

²¹ Vgl. nur BGE 136 II 489, E. 2.4; ferner Art. 56 Abs. 1 PBG sowie die Nachweise im Urteil des BVGer A-653/2019 vom 3. Juli 2019, E. 2.6.

²² Vgl. Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 474.

[22] Die vorliegende Kritik ist auch deshalb bedeutsam, weil öffentliche Stellen sehr viel häufiger im Rahmen der ihnen übertragenen Aufgaben privatrechtlich handeln, als den Beteiligten bewusst ist. Teilweise herrscht dann auch die **falsche Vorstellung**, die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Datenschutzrechts sei für diese öffentlichen Stellen per se vorteilhafter. Insbesondere das Legalitätsprinzip ist aber, zumindest solange nicht eine sehr breite Auslegung vertreten wird, in seiner Konsequenz für viele Datenbearbeitungen öffentlicher Stellen nicht praktikabel und viel zu einschränkend. Die korrekte Unterstellung unter die privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist deshalb von zentraler praktischer Bedeutung.

3.2. Legalitätsprinzip und Verhältnis zwischen DSG und KVG

[23] Zentrale Folge der Anwendbarkeit der Vorgaben für Bundesorgane ist das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für sämtliche Bearbeitungen von Personendaten.²³ Im vorliegenden Fall bestand im KVG (insb. Art. 84a KVG) eine **ausführliche Spezial-Regelung** für die Bekanntgabe von Personendaten durch die Grundversicherer. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich in casu nicht weiter mit dem Verhältnis des DSG zu dieser Spezialregelung auseinander. Dass die Regelungen im KVG als Spezialnormen Vorrang haben, ergibt sich allerdings – zumindest für die Bekanntgabe – schon aus Art. 19 Abs. 4 lit. b aDSG (neu: Art. 36 Abs. 6 lit. b nDSG).²⁴ Bereits aufgrund dieser Vorschrift hätte im Übrigen auch die Stammdaten-Ausnahme (Art. 19 Abs. 2 aDSG; Art. 36 Abs. 4 nDSG) vorliegend nicht zur Anwendung gelangen können, selbst wenn sich die Beschaffung – neben Postleitzahl und Geburtsdatum – auf Namen und Vornamen beschränkt hätte und insofern auf die Bekanntgabe der Versichertennummer verzichtet worden wäre.²⁵

[24] Im Widerspruch dazu steht insofern die Aussage des BVGer (E. 4.8.2), «[...] eine Ausnahme von der sozialversicherungsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht ist damit vorliegend nur unter den *kumulativen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG und Art. 84a Abs. 5 Bst. b KVG* rechtmässig» [*Hervorhebung* nur hier]. Dies erscheint umso erstaunlicher, als das Bundesgericht bereits im **Leiterteil BGE 133 V 359** festhielt, dass bei Datenbearbeitungen, die nach Art. 42 Abs. 3 und 4 sowie Art. 84 und 84a KVG rechtmässig sind, kein Raum bestehe, sie gestützt auf das Datenschutzgesetz als unrechtmässig zu erklären (E. 6.4). Auch wenn die Erwägung des BVGer im vorliegenden Fall nicht entscheidend war, veranschaulicht sie, dass das Verhältnis zwischen dem DSG und den Spezial-Erlassen in der Praxis nicht stets korrekt erfasst wird und im Übrigen aber auch noch nicht alle Fragen als geklärt zu betrachten sind.²⁶

[25] Ein Blick auf die **künftige Rechtslage** zeigt erfreulicherweise, dass der Gesetzgeber zumindest eine andere wesentliche Streitfrage in Bezug auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage geklärt hat. Deshalb ist es auch weniger zentral, ob bzw. inwieweit im vorliegenden Urteil der diesbezügliche Standpunkt des BVGer zum Ausdruck kommt. Es geht um die Frage, ob bei Vorliegen einer Einwilligung im Sinne von Art. 17 bzw. Art. 19 aDSG bloss eine Grundlage in

²³ Art. 17 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 34 Abs. 1 nDSG).

²⁴ Vgl. auch Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 471.

²⁵ Vgl. JÖHRI, Fn. 12, Art. 19 N 71.

²⁶ Vgl. zu den verschiedenen Lehrmeinungen auch ASTRID EPINEY, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, § 9 N 8.

einem Gesetz im formellen Sinn entbehrlich ist²⁷ oder ob in diesem Fall auch keine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne verlangt wird.²⁸ Das BVGer prüfte trotz fehlender gesetzlicher Grundlage für die Bekanntgabe ohne Weiteres das Vorliegen einer eventuellen Einwilligung. Mangels ausdrücklicher Stellungnahme kann dies jedoch bedauerlicherweise nicht als Positionierung zur Streitfrage verstanden werden, auch wenn damit implizit die richtige Haltung zum Ausdruck kommt, die auch künftig in der Schweiz gelten wird. Im totalrevidierten DSG wird in Art. 34 Abs. 4 nDSG deutlich zum Ausdruck gebracht («*Abweichung von den Absätzen 1–3*»), dass die Einwilligung nicht nur als Ausnahme vom Erfordernis in Art. 34 Abs. 2 nDSG nach einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern auch für das Erfordernis in Art. 34 Abs. 3 nDSG nach einer Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn gilt.

[26] Entgegen gewisser missverständlichen Stellungnahmen in den parlamentarischen Debatten²⁹ folgt aus dieser Regelung ferner, dass ein **Profiling** durch Bundesorgane auch ohne (ausdrückliche) Einwilligung zulässig sein kann. Mit der verabschiedeten Regelung des Profiling wird nur, aber immerhin, festgelegt, dass eine Einwilligung für das Profiling eines Bundesorgans, falls sie zur Begründung einer Ausnahme vom Legalitätsprinzip in einem konkreten Fall herangezogen werden und wirksam sein soll, «ausdrücklich» sein muss.³⁰

[27] Schliesslich lässt sich aus den vorgenommenen Änderungen auch nicht ableiten, dass im Grundsatz, also im Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 1 nDSG eine **mittelbare gesetzliche Grundlage** nicht mehr genügen soll. Eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinn ist mithin auch künftig zu bejahen, wenn die Datenbearbeitung mit einer dem Bundesorgan obliegenden Aufgabe in einem hinreichenden sachlichen Zusammenhang steht.³¹ Insofern stellen solche Fälle keine (nur nach Art. 34 Abs. 4 nDSG zulässige) Abweichung vom Grundsatz in Art. 34 Abs. 1 nDSG dar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Frage im Rahmen der Totalrevision nicht auseinandergesetzt hat und hieran auch nichts ändern wollte. Aus der Neuregelung folgt demgegenüber, dass das Verständnis des «Gesetzes im materiellen Sinn» in Art. 34 Abs. 3 nDSG, also bei der Bearbeitung von Personendaten nach Art. 34 Abs. 2 lit. a (besonders schützenswerte Personendaten) und lit. b (Profiling) nDSG ohne Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, ein anderes ist. Hier wird die Ermächtigung zur Bearbeitung besonders schützenswerter Daten oder zur Durchführung eines Profiling in einer spezifischen Rechtsnorm enthalten (und die weiteren Voraussetzungen in Art. 34 Abs. 3 lit. a und b nDSG erfüllt) sein müssen. Auch dabei sind die Anforderungen jedoch angesichts der grossen Vielfalt an Datenbearbeitungen der Bundesorgane tief anzusetzen. Andernfalls besteht gerade im Bereich der Gesundheitsdaten die Gefahr, dass effiziente und von der Bevölkerung erwartete Datenbearbeitungen nicht mehr im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen möglich sind.

²⁷ Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 486; SARAH BALLENEGGER, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), BSK-DSG, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 17 N 25.

²⁸ Vgl. nur BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, § 12 N 52 m.w.N.

²⁹ Vgl. NR Balthasar Glättli, AB 2020 N 159.

³⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 7 lit. c nDSG.

³¹ Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 467; kritisch CLAUDIA MUND, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), SHK-DSG, Bern 2015, Art. 17 N 8 DSG.

3.3. Anforderungen an eine wirksame Einwilligung und hinreichende Information

[28] Während die bisher besprochenen Vorschriften im Helsana+-Verfahren somit nicht im Vordergrund standen, war das Fehlen einer gültigen Einwilligung der entscheidende Punkt, der zur (teilweisen) Gutheissung der Klage des EDÖB führte. Die Erwägungen im Urteil sind allerdings auch über den vorliegenden Fall hinaus bedeutsam und bieten zugleich in besonderem Masse Anlass zu Kritik.

3.3.1. Freiwilligkeit der Einwilligung

[29] Gleichwohl enthält das Urteil auch diesbezüglich einen Standpunkt, der zu begrüssen und deshalb vorweg einzuordnen ist. So hat das Bundesverwaltungsgericht der klar zu weitgehenden **Auffassung des EDÖB** zur Freiwilligkeit von Einwilligungen eine Absage erteilt. Der EDÖB vertrat einmal mehr – zumindest implizit – den Standpunkt, dass eine Einwilligung stets ungültig ist, wenn ein Anbieter den Vertragsschluss ohne sie verweigert, der Vertragsschluss also an die Einwilligung in die Datenbearbeitung gekoppelt ist.³² Mit diesem Standpunkt, so viel sei vorweggenommen, wird die Anforderung der Freiwilligkeit der Einwilligung überdehnt und die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit ignoriert.

[30] Das **Bundesverwaltungsgericht** stützt sich in seiner Argumentation implizit auf die in der Botschaft zur Teilrevision des DSG enthaltenen Kriterien.³³ Darin wird festgehalten, der blosser Umstand, dass die Verweigerung der Einwilligung einen Nachteil für die Betroffene nach sich zieht, könne die Gültigkeit der Einwilligung nicht beeinträchtigen. Dies sei nur dann der Fall, wenn *dieser Nachteil keinen Bezug zum Zweck der Bearbeitung hat oder diesem gegenüber unverhältnismässig ist*. Im vorliegenden Fall folgert das BVGer,³⁴ dass der Nachteil, der bei einer Nichteinwilligung droht – die Unmöglichkeit der Teilnahme am Programm Helsana+ –, einen direkten Bezug zu den Daten aufweise, für deren Bearbeitung die Einwilligung eingeholt wird, weshalb kein unzulässiger Zwang zur Erteilung der Einwilligung vorliege. Ohne die Beschaffung der Personendaten könne die Helsana Zusatzversicherungen AG nicht kontrollieren, ob eine Versichertenbeziehung zu einer anderen Versicherungsgesellschaft der Helsana-Gruppe vorliege, was wiederum eine Voraussetzung für die Teilnahme am Programm Helsana+ darstelle, und zu Bonuspunkten im Rahmen des Programms berechtige. Der Umstand allein, dass die Helsana Zusatzversicherungen AG für die Teilnahme am Programm mit geldwerten Vorteilen und insbesondere mit Bargeldboni wirbt (in der Höhe von maximal Fr. 75 pro Jahr bei nur grundversicherten Personen), stellt ebenfalls keinen unzulässigen Zwang dar.

³² Stichwort: «Koppelungsverbot»; vgl. z.B. EDÖB, Schlussbericht vom 1. Juni 2015 betreffend E-Cockpit und Bicicletta von PostFinance, S. 24, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/finanzwesen/e-banking-bei-postfinance--datenanalyse-wird-freiwillig-sein.html> (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

³³ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 1963 S. 2001 ff., 2127 (im Folgenden: Botschaft DSG 2003).

³⁴ (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.7.

[31] Das Urteil verdeutlicht insofern, dass im Schweizer Datenschutzrecht grundsätzlich **kein Koppelungsverbot** besteht.³⁵ Nicht besonders erwähnt wird der verschiedentlich vertretene Standpunkt, dass eine Einwilligung nur freiwillig sei, wenn bei der Verweigerung der Einwilligung **eine mit nicht unzumutbaren Nachteilen behaftete Handlungsalternative** zur Verfügung steht.³⁶ Dieser Standpunkt, der auch mit der Frage nach der «Spezifität» der Einwilligungserklärung verbunden ist, wäre womöglich vertretbar, soweit man von einem sehr breiten Verständnis der zumutbaren Handlungsalternative ausgeht.³⁷ Nach dem *Helsana*-Urteil steht diesbezüglich aber jedenfalls fest, dass – entgegen der Interpretation des EDÖB und der Rechtslage in der EU³⁸ – die Einwilligung des Kunden im Grundsatz zugleich mit der Zustimmung zum Abschluss eines Vertrags und zu den Nutzungsbedingungen erteilt werden kann. Es muss den Betroffenen (als Handlungsalternative) nicht stets die Möglichkeit zum Abschluss des Vertrags gegeben werden, ohne zugleich datenschutzrechtliche Einwilligungen abzugeben. Mit anderen Worten muss den Kunden auch nicht stets ein grundsätzliches Wahlrecht in Bezug auf die Begrenzung der Bearbeitung und der Weitergabe ihrer Daten verbunden mit der granularen Möglichkeit zur Abgabe separater Einwilligungserklärungen gewährt werden, damit von einer freiwilligen Einwilligung ausgegangen werden kann.³⁹ Vielmehr genügt es in der Regel, wenn der Kunde klar auf die Datenschutzerklärung hingewiesen wird und er in der Folge durch eine bestätigende Handlung einen Bestell- oder Registrierungsprozess z.B. durch Klick auf einen Button abschliesst.⁴⁰ Ein Erfordernis der «Granularität», wie es der DSGVO zu entnehmen ist, könnte im Schweizer Recht nur in besonderen Konstellationen gelten, zumindest aber nicht in Fällen wie der *Helsana*+ App.

[32] Die vorliegend strittigen Datenbearbeitungen (insb. die Datenbeschaffung) standen ferner in einem so engen Zusammenhang mit dem Kern des angebotenen «Dienstes», dass – in rein privatrechtlichen Bearbeitungskontexten – gar der Rechtfertigungsgrund «Vertrag» hätte greifen können.⁴¹ Daher kann das *Helsana*+ Urteil (noch) nicht als Abkehr von der restriktiven Haltung des Gerichts in anderen Verfahren gewertet werden. So verneinte das BVGer im **Fall des Schwimmbads KSS Schaffhausen A-3908/2008** die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Bearbeitung biometrischer Daten, weil diese Einwilligung für den Erwerb eines Eintritts-Abonnements erforderlich war, das im Vergleich zum alternativen Eintritt mit den Einzel- oder Zehner tickets günstiger gewesen wäre.⁴² In diesem Urteil stellte das Gericht noch explizit auf das Kriterium der «*mit nicht unzumutbaren Nachteilen behafteten Handlungsalternative*» ab (E. 4.2). Im Fall des Schwimmbads war der Bezug zwischen Nachteil und Zweck der Datenbearbeitung bereits weniger eng und klar als bei *Helsana*+. In der Begründung wird allerdings nicht auf diesen Bezug eingegangen. Vielmehr scheint die Freiwilligkeit bereits deshalb verneint worden zu sein, weil angesichts der

³⁵ Vgl. zur strittigen Interpretation von Art. 7 Abs. 4 sowie Erwägungsgrund 43 DSGVO, European Data Protection Board (EDPB), Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, Version 1.1, 4. Mai 2020, Rz. 25 ff.

³⁶ Vgl. z.B. EDÖB, Schlussbericht betreffend E-Cockpit und Bicicletta von PostFinance, Fn. 32, S. 23 f.; PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, Bern 2010, Rz. 589; CORRADO RAMPINI, in: BSK-DSG, Fn. 26, Art. 13 N 6; ablehnend bereits LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPF, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, Basel 2015, Rz. 19.58.

³⁷ Vgl. dazu aber sogleich unten in diesem Abschnitt.

³⁸ Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) C-673/17 vom 1. Oktober 2019, Rz. 58.

³⁹ Ähnlich, aber unter dem Aspekt der «Ausdrücklichkeit» auch DAVID VASELLA, *Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht*, in: Jusletter 16. November 2015, Rz. 40.

⁴⁰ Vgl. bereits BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.57 m.w.N; ferner unten Abschn. 3.3.5.

⁴¹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO bzw. Art. 31 Abs. 2 lit. a nDSG; ferner unten Abschn. 3.5.

⁴² Urteil des BVGer A-3908/2008 vom 4. August 2009, E. 4.2, 4.4 und 4.5.

Preisunterschiede der Erwerb von Mehrfachzutritten faktisch keine Alternative dargestellt hätte (vgl. E. 4.5 i.V.m. E. 4.4). Diese Auffassung geht klar zu weit, zumindest, wenn es sich – anders als offenbar beim KSS Schaffhausen – nicht um Unternehmen handelt, die eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen oder für die Erbringung des in Frage stehenden und gekoppelten Angebots staatlich unterstützt werden.⁴³ Da das Bundesverwaltungsgericht dieses Element aber nicht aufgriff, ist davon auszugehen, dass es bspw. auch bei einem privaten Schwimmbad ähnlich entschieden hätte. Ob das Helsana-Urteil als Abkehr von dieser restriktiven Praxis zu sehen ist, wird man jedenfalls aber erst beurteilen können, wenn das Gericht beispielsweise über einen Fall zu entscheiden hat, in dem Werbe-Einwilligungen an den Vertragsschluss gekoppelt werden. Für diese Fälle lassen sich aus dem Helsana+-Urteil kaum brauchbare Schlüsse ableiten.

[33] Nach der hier vertretenen Auffassung muss auch eine solche **«Marketing-Koppelung»** im Schweizer Recht nach wie vor im Grundsatz zulässig sein.⁴⁴ Es kann insofern grundsätzlich nicht allein darauf ankommen, ob – wie es auch das Bundesgericht im sozialhilferechtlichen Leiturteil BGE 138 I 331 S. 344 E. 7.4.1 allgemein verlangt – der Nachteil einen **Bezug zum Zweck der Datenbearbeitung** hat oder nicht.⁴⁵ Mit Blick auf die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit kann jedenfalls die Freiwilligkeit nicht bereits verneint werden, wenn der unmittelbare Bezug fehlt. Vielmehr ist die in der Botschaft 2003⁴⁶ aufgestellte Anforderung so zu verstehen, dass das Fehlen eines solchen Bezugs im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit des Nachteils, welche gemäss der Botschaft zutreffend stets erfolgen muss, ein mit zu berücksichtigender, aber nicht allein ausschlaggebender Faktor ist. Zu Ende gedacht, hätte die gegenteilige Auffassung zur Folge, dass Kunden die von einem Unternehmen bereit gestellten Angebote nach Belieben in Einzelteile zerlegen können, sobald ein Element Datenbearbeitungen voraussetzt, welche keinen Bezug zum Kern eines Vertrags aufweisen.

[34] Eine Koppelung von Vertragsschluss und Einwilligung in Bearbeitungen ohne solchen Bezug kann nach Schweizer Recht **nur in besonderen Situationen zur Verneinung der Freiwilligkeit führen**.⁴⁷ Eine solche Beurteilung kann primär dort gerechtfertigt sein, wo der Kunde auf die Leistung des Anbieters beispielsweise aufgrund von dessen marktbeherrschender Stellung angewiesen ist oder wo, wie z.B. auf dem Arbeits- oder Wohnungsmarkt, gewisse soziale oder faktische Abhängigkeiten bestehen. Bei der grossen Mehrheit der Angebote ist es den Kunden jedoch in der Regel ohne Weiteres zuzumuten, auf den Vertragsschluss zu verzichten. Es muss somit, selbst wenn auf das Erfordernis «der zumutbaren Handlungsalternative» abgestellt wird, das Vorliegen einer solchen in aller Regel bejaht werden. **Abzulehnen ist das Kriterium bzw. der Begriff der zumutbaren Handlungsalternative aber gleichwohl**. Denn damit wird – wie auch im Standpunkt von VASELLA⁴⁸ – zum Ausdruck gebracht, dass zumindest ein vergleichbares/substituierbares Angebot vorhanden sein müsse, das keine Koppelung beinhaltet oder ohne die strittige Datenbearbeitung auskommt. Mit anderen Worten wäre die Freiwilligkeit nur ge-

⁴³ Vgl. die Angaben im KSS-Geschäftsbericht 2018, z.B. auf S. 3 und 10.

⁴⁴ So bereits BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.59 m.w.N.

⁴⁵ Vgl. zu diesem Kriterium auch ASTRID EPINEY, Besonders schützenswerte Personendaten, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 103.

⁴⁶ Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2127.

⁴⁷ BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.59; im Grundsatz zustimmend VASELLA, Fn. 39, Rz. 19.

⁴⁸ VASELLA, Fn. 39, Rz. 20 («... und zudem Ersatz für die betroffene Leistung fehlt oder nicht auf zumutbare Weise beschafft werden kann.»).

geben, wenn ein koppelungsfreier Vertragsabschluss mit dem Anbieter eines Substituts möglich und insofern eine «*Handlungs-*»Alternative vorhanden ist.

[35] Unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit muss demgegenüber weniger die Ausweichmöglichkeit relevant sein als die Zumutbarkeit des Verzichts. Daher ist im Schweizer Recht für die Freiwilligkeit primär darauf abzustellen, ob im Falle einer Koppelung der Verzicht auf die Leistung des Anbieters bzw. **Verzicht auf den Abschluss genau dieses Vertrags** zumutbar ist. Dies ist abgesehen von den erwähnten Sonderkonstellationen regelmässig der Fall, wobei in Koppelungssachverhalten den übrigen datenschutzrechtlichen Anforderungen, namentlich der Transparenz, besondere Bedeutung zuzumessen ist. Zudem bedeutet dies nicht, dass ein Verzicht nur bei lebensnotwendigen Produkten oder Diensten der Grundversorgung unzumutbar sein kann. Vielmehr kann Unzumutbarkeit bereits dort vorliegen, wo, wie z.B. bei sozialen Netzwerken, der Zugang für eine Bevölkerungsgruppe zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidend ist. Über die Unzumutbarkeit lässt sich aber jedenfalls nur mittels einer **Gesamtwürdigung aller Umstände** entscheiden, die auch die Interessen des Anbieters einzubeziehen hat, also im Beispiel von Facebook und anderen Online-Diensten auch das Erfordernis der Werbefinanzierung für unentgeltliche Angebote. Ein zu berücksichtigender Faktor ist wiederum auch die Tatsache, dass es sich um einen Anbieter mit öffentlichen Aufgaben handelt, zumindest sofern die betroffene Leistung mit Steuergeldern subventioniert ist. Mit Blick auf die aktuelle Diskussion und die Massnahmen zur Eindämmung des **Coronavirus** ist ferner zu betonen, dass – sofern kein Spezialgesetz erlassen wird – auch hierfür die gleichen Kriterien gelten müssen. So muss es z.B. einem Restaurantbetreiber ohne Weiteres erlaubt sein, für den Zutritt zum Lokal den **Nachweis einer Impfung** zu verlangen und dadurch einschneidende Auflagen (z.B. betr. Mindestabstand) zu verhindern. Der Umstand, dass dabei sensitive Daten betroffen sein können, ist nur ein Faktor in der Abwägung, der aber klar hinter die wirtschaftlichen Interessen des Betreibers zurückfällt. Unter Einhaltung dieser Anforderungen ist es jedenfalls aber auch unschädlich (mit Blick auf die Freiwilligkeit), die Einwilligung in AGB⁴⁹ oder einer (vorformulierten) Datenschutzerklärung einzubinden, welchen für den Abschluss eines Vertrags zugestimmt werden muss.⁵⁰

[36] Darüber hinaus sind unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit weitere Aspekte zu prüfen, welche die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Erteilung oder Verweigerung der Einwilligung einschränken könnten.⁵¹ In aller Regel kein solcher Umstand ist die Aussicht auf ein Entgelt.⁵² Die blosse **Aussicht auf ein vorteilhaftes Angebot, Gutscheine oder Preisreduktionen genügen in der Regel nicht für eine relevante Beeinträchtigung**, wie nun das Bundesverwaltungsgericht im Fall von Helsana+ bestätigt hat.⁵³ Letzten Endes sind aber auch hier stets die Umstände des Einzelfalls entscheidend.

[37] Gegen die hier vertretene Auffassung könnte vorgebracht werden, dass im privatrechtlichen Kontext eine Einwilligung ohnehin nur dort erforderlich ist, wo überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt. Für Unternehmen, welche die Datenbearbeitungsgrundsätze einhalten wür-

⁴⁹ Vgl. aber die Vorbehalte unten, Abschn. 3.3.3 d.

⁵⁰ Vgl. zum Aspekt der Ausdrücklichkeit bei Einwilligungen in AGB, unten Abschn. 3.3.4.

⁵¹ Vgl. hierzu z.B. TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Diss. Freiburg 2017, Rz. 259 ff.; MEIER, Fn. 36, Rz. 851.

⁵² Vgl. in diesem Sinne auch das Grundsatzurteil zum Recht am eigenen Bild BGE 136 III 401, z.B. E. 5.2.3 und E. 5.5 («Es ist deshalb im Ergebnis von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von vertraglichen Verpflichtungen auszugehen, durch welche das Recht am eigenen Bild veräussert wird»).

⁵³ (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.7.

den, hätten die strengeren Anforderungen an die Freiwilligkeit folglich gar keine Folgen, solange nicht, wie im Fall von *Helsana+* oder z.B. im Grundtatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. UWG^{54, 55} eine Einwilligung gesetzlich vorgeschrieben wird. Damit wird jedoch vernachlässigt, dass die Beurteilung der Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze stets mit Unsicherheiten verbunden ist, sind doch die konkreten Anforderungen daraus namentlich auch abhängig von der Sensitivität der Daten und Abwägungen im Einzelfall in Anwendung des Verhältnismässigkeitsmassstabs.⁵⁶ Aus Sicht der Unternehmen und auch der Gesamtwirtschaft ist es daher angezeigt, Wege zur Erlangung von mehr Rechtssicherheit zu suchen und einer dieser Wege muss die Einholung einer Einwilligung sein können. In der Praxis wird somit häufig zu Recht auch dann **auf eine Einwilligung des Betroffenen abgestellt, wo diese nicht zwingend nötig wäre**. Diese Praxis, welche vor Inkrafttreten der DSGVO nicht einmal von den deutschen Datenschutzbehörden beanstandet wurde,⁵⁷ hat auch aus Sicht der Betroffenen wesentliche Vorteile, verhindert sie doch, dass sich die Unternehmen stattdessen, wie unter der DSGVO beobachtbar, vermehrt auf «überwiegende berechnete Interessen»⁵⁸ berufen. Denn diese sind für die Betroffenen kaum transparenter oder nachvollziehbarer und führen auch für die Verantwortlichen zu Unsicherheiten.

[38] An den vorgenannten Einschätzungen ist ferner **auch unter dem totalrevidierten DSG** festzuhalten, wird sich doch an den massgeblichen Bestimmungen nichts Grundsätzliches ändern.⁵⁹

3.3.2. Einwilligung «im Einzelfall»

[39] Im *Helsana+*-Urteil bejahte das BVGer insofern zwar die Freiwilligkeit der Einwilligung, verneinte jedoch das Vorliegen der weiteren geprüften Anforderungen. Zunächst untersuchte das Gericht, wenn auch bedauerlicherweise nicht in der gebotenen Tiefe, ob im Fall von *Helsana+* von einer Einwilligung «im Einzelfall», wie sie in Art. 19 Abs. 1 lit. b aDSG und Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG verlangt wird, ausgegangen werden kann. So hält das BVGer hierzu lediglich fest: «Die Beklagte fragt die Daten nach eigenen Angaben mehrmals jährlich in einem automatisierten Prozess bei den anderen Versicherungsgesellschaften der *Helsana*-Gruppe ab. Damit handelt es sich nicht um einen Einzelfall (GEBHARD EUGSTER, *Verwaltungsverfahren und Rechtspflege*, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], *Soziale Sicherheit*, 3. Aufl. 2016, S. 871), die Einwilligung gilt im Gegenteil für einen unbefristeten Zeitraum und eine unbekannt Anzahl Bekanntgaben.»⁶⁰

[40] Insofern ist **nicht klar**, ob das Vorliegen der verschiedenen genannten Elemente (mehrmals und automatisiert und/oder unbefristet und unbekannt Anzahl) nach Ansicht des BVGer je einzeln zur Verneinung der Anforderung führen müsste oder nur in Kombination. Auch die zitierte Literaturstelle enthält keine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Kriterium. Vielmehr wird darin festgehalten, dass die Einwilligung nur im Hinblick auf einen «einmaligen Zweck» erfolgen könne. Eine regelmässige und systematische Datenbekanntgabe in einem automatisierten Verfah-

⁵⁴ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241.

⁵⁵ Vgl. hierzu BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.111 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu auch unten, Abschnitt 3.3.3 a i.

⁵⁷ Vgl. Düsseldorf Kreis, Orientierungshilfe zur datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung in Formularen, abrufbar unter: https://www.lda.bayern.de/media/oh_einwilligung.pdf, S. 4 (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

⁵⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

⁵⁹ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7027 f.; so auch DAVID ROSENTHAL, *Das neue Datenschutzgesetz*, in: Jusletter 16. November 2020, Rz. 31.

⁶⁰ (*Helsana+*-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.8.4.

ren (beispielsweise in Form von Listen) sei nicht zulässig, namentlich nicht auf der Grundlage von Pauschalvollmachten.⁶¹ Daraus erschliesst sich aber nicht, was konkret *unter einmaligem Zweck* verstanden wird, und der Autor stellt nicht klar, ob bereits eine *regelmässige* Datenbekanntgabe ausgeschlossen ist, oder nur, wenn sie auch systematisch und automatisiert erfolgt oder ob dies nur dann nicht ausreicht, wenn bloss eine Pauschalvollmacht vorliegt.

[41] Diese Stellungnahmen veranschaulichen, dass die Voraussetzung des «Einzelfalls» weniger klar ist, als man auf den ersten Blick meinen könnte. Eine nähere Auseinandersetzung lohnt sich aber, wird die Anforderung doch **auch im totalrevidierten DSG wiederzufinden** sein.⁶²

[42] Zunächst lässt sich festhalten, dass bei Art. 19 Abs. 1 lit. b aDSG (neu: Art. 36 Abs. 2 lit. b nDSG) **nicht vom gleichen Verständnis** ausgegangen werden kann wie in Bezug auf die *Unentbehrlichkeit zur Aufgabenerfüllung* im Einzelfall⁶³ oder wie bei der ausnahmsweisen *bundesrätlichen Bewilligung* im Einzelfall⁶⁴; dies bereits deshalb, weil diese Einzelfälle die Daten mehrerer betroffener Personen zum Gegenstand haben können, während sich die Einwilligung selbstredend nur auf die eigenen Daten beziehen kann. Demgegenüber ist eine einheitliche Auslegung bei Art. 19 Abs. 1 lit. b aDSG (neu: Art. 36 Abs. 2 lit. b nDSG), Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG sowie bei Art. 17 Abs. 2 lit. c aDSG (neu: Art. 34 Abs. 4 lit. b nDSG) angezeigt.

[43] In der Literatur wird, ähnlich wie vom BVGer, der Standpunkt vertreten, die nach Art. 19 Abs. 1 lit. b aDSG (neu: Art. 36 Abs. 2 lit. b nDSG) verlangte Einwilligung im Einzelfall könne sich nicht auf **mehrere Bekanntgaben** beziehen.⁶⁵ Dass dieser Massstab nicht zutreffend und zielführend sein kann, zeigt sich bereits, wenn definiert werden soll, was «eine» Bekanntgabe ist und wann es sich um mehrere Bekanntgaben handelt. Sind es bereits zwei Bekanntgaben, wenn eine Mitarbeiterin eines Bundesorgans eine (Referenz-)Auskunft über eine ehemalige Arbeitskollegin erteilt und eine Woche später auf entsprechende Rückfrage eine Ergänzung oder Klarstellung übermittelt? Noch fragwürdiger wird das Abstellen auf die Anzahl aber mit Blick auf Art. 17 Abs. 2 lit. c aDSG (neu: Art. 34 Abs. 4 lit. b nDSG). Ist dort die Einwilligung insofern auch nur wirksam, wenn sie «eine» Bearbeitung betrifft, nicht aber, wenn sie mehrere Bearbeitungen, also z.B. neben dem Erheben auch das Speichern und Ergänzen betreffen soll?

[44] Der **Fokus auf die Anzahl ist deshalb nicht sachgerecht** und die Einschränkung letzten Endes auch nicht angezeigt. So sagt die blossе Anzahl auch kaum etwas über die Schwere des damit verbundenen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte aus. Der Blick auf den Wortlaut der anderen Sprachfassungen («*en l'espèce*» und «*nel caso specifico*») verdeutlicht, dass der deutsche Begriff «*Einzelfall*» den Sinn der Anforderungen nicht korrekt wiedergibt. Selbst wenn man aber das Zählen von Bekanntgaben oder Bearbeitungen für praktikabel hält, z.B. indem man auf thematisch und zeitlich in sich geschlossene Vorgänge abzustellen versucht, hält bereits die Botschaft explizit fest, dass sich die Einwilligung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 lit. c aDSG auch auf mehrere Bekanntgaben beziehen kann.⁶⁶

⁶¹ GEBHARD EUGSTER, *Verwaltungsverfahren und Rechtspflege*, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], *Soziale Sicherheit*, 3. Aufl. 2016, S. 871.

⁶² Art. 36 Abs. 2 nDSG.

⁶³ Art. 19 Abs. 1 lit. a aDSG (neu: Art. 36 Abs. 2 lit. a nDSG).

⁶⁴ Art. 17 Abs. 2 lit. b aDSG (neu: Art. 34 Abs. 4 lit. a nDSG), ohne «im Einzelfall» im Wortlaut.

⁶⁵ ASTRID EPINEY/YVONNE SCHLEISS, *Ausgewählte Aspekte des Art. 19 Abs. 3 DSG (Abrufverfahren)*, in: Jusletter 7. November 2011, Rz. 26.

⁶⁶ Vgl. Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 470.

[45] Entscheidend muss also sein, dass der «Fall», für den die Einwilligung erteilt wird, **hinreichend konkret und klar umschrieben** wird. Die Umstände, unter denen die Bekanntgabe stattfinden darf, müssen für die betroffene Person klar feststehen.⁶⁷ Unter dieser Voraussetzung kann es sich somit auch um wiederkehrende Bearbeitungen oder Bekanntgaben handeln. Abzulehnen und auch kaum zielführend sind daher die Einschränkungsversuche, wonach die Bearbeitung oder Bekanntgabe nicht «*systematisch*» oder «*regelmässig*» erfolgen darf.⁶⁸ Gleiches gilt für den Umstand, ob die Bekanntgabe «*automatisiert*» erfolgt oder nicht.⁶⁹ Letztlich ist insofern auch nicht zwingend eine Einwilligung «im Einzelfall» bei unbefristeten oder dauerhaften Bearbeitungen ausgeschlossen.⁷⁰

[46] Entscheidend ist demnach vielmehr die angemessene Information und damit, bei Vorformulierungen, zugleich die Tragweite der Einwilligung. Unzulässig sind, wie es bereits in der Botschaft zum Ausdruck gebracht wurde, primär **Global- oder Pauschalermächtigungen**.⁷¹ Es darf sich mit anderen Worten nicht um Einwilligungen handeln, die vom Bundesorgan (oder gar Dritten) für beliebige oder äusserst weit gefasste Zwecke verwendet werden sollen. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesgerichts, welche es im sozialhilferechtlichen Leitentscheid BGE 138 I 331 (E. 7.4.2.3) zum Ausdruck gebracht hat. So sind zwar nicht so hohe Anforderungen zu stellen wie bei «ausdrücklichen» Einwilligungen.⁷² Im Vergleich zu «gewöhnlichen» Einwilligungen gilt jedoch ein erhöhter Massstab. Die für «gewöhnliche» Einwilligungen bei einfachen Verhältnissen oft noch ausreichende Zweckfestlegung «*zur Erbringung der von Ihnen gewünschten Leistung*»⁷³ könnte man unter diesem Gesichtspunkt insofern bereits als problematisch bezeichnen. Allerdings sind auch hier die konkreten Umstände entscheidend.

[47] Auf die somit umso wichtigeren Anforderungen an die angemessene Information und den Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Urteil ist im nächsten Abschnitt weiter einzugehen. Neben der Prüfung dieser Anforderungen ist ferner bei der Beurteilung, ob eine hinreichende Einwilligung im Sinne der Art. 17 Abs. 2 lit. c aDSG (neu: Art. 34 Abs. 4 lit. b nDSG) und Art. 19 Abs. 1 lit. b aDSG (neu: Art. 36 Abs. 2 lit. b nDSG) vorliegt, sicherlich auch grosses Gewicht daraufzulegen, ob noch von einer freiwilligen Einwilligung ausgegangen werden kann, falls das Bundesorgan eine sehr breit gefasste Einwilligung einholt, ohne Wahlmöglichkeiten/Granularität zu erlauben.⁷⁴ Zugleich wird zu berücksichtigen sein, ob die Datenbearbeitung noch als verhältnismässig betrachtet werden kann.⁷⁵

⁶⁷ Vgl. Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 470.

⁶⁸ So JÖHRI, Fn. 12, Art. 17 N 81; ASTRID EPINEY/DANIELA NÜESCH, Datenschutzrechtliche Anforderungen für den Betrieb von Informationssystemen im Bereich der Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit zwischen der Schweiz und der EU, 2015, abrufbar unter https://www.unifr.ch/ius/euroinstitut/de/assets/public/files/publications/cahiers%20fribourgeois/cahier_18.pdf, S. 26 (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

⁶⁹ So EUGSTER, Fn. 61, S. 871.

⁷⁰ Vgl. aber EDÖB, Empfehlung vom 25. Mai 2007 betreffend Drogen- und Alkoholtests bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), E. II Ziff. 6, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/empfehlungen/aelttereempfehlungen.html> (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

⁷¹ Vgl. Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 470.

⁷² Vgl. dazu unten Abschn. 3.3.4.

⁷³ Vgl. dazu unten Abschn. 3.3.3 c i.

⁷⁴ S. dazu oben Abschn. 3.3.1.

⁷⁵ Vgl. auch BGE 138 I 331, E. 7.4.3.

[48] Bestätigend für die vorliegende Einschätzung ist mit **Blick auf die künftige Rechtslage**, dass im totalrevidierten DSG die Anforderung «*im Einzelfall*» für die Einwilligung in die ausnahmsweise Zulässigkeit von Datenbekanntgaben in Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau⁷⁶ wieder gestrichen wurde. Begründet wurde dies damit, dass sich die Einwilligung auch auf mehrere Bearbeitungen beziehen könne und die Anforderung somit überflüssig sei.⁷⁷ Dass der Gesetzgeber damit bei den hier besprochenen Bestimmungen e contrario hinreichende Einwilligungen («im Einzelfall») für «mehrere» Bearbeitungen/Bekanntgaben hätte ausschliessen wollen, lässt sich daraus ferner aber nicht ableiten. Vielmehr legte der Gesetzgeber beim Umgang mit dieser Anforderung nicht die gebotene Sorgfalt an den Tag. So wurde bspw. auch in Art. 34 Abs. 4 lit. a dDSG die Anforderung «*im Einzelfall*» nicht übernommen bzw. die Formulierung des Vorentwurfs abgeändert, obwohl sich an der Rechtslage nichts ändern sollte.⁷⁸ Deshalb lassen sich auch aus der in der Definition der Einwilligung vorgenommenen Klarstellung («für eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen»)⁷⁹ keine gegenteiligen Schlüsse ziehen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Sonderregelung für die Bekanntgabe im Abrufverfahren⁸⁰ aus dem Gesetz gestrichen wurde.⁸¹ Folglich erübrigt sich die Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden von einem Abrufverfahren im Sinne von Art. 19 Abs. 3 aDSG hätte ausgegangen werden können, also einem Verfahren, in dem nicht der Datenherr, sondern der Datenempfänger bestimmt, welche Daten zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang bekannt gegeben werden.⁸²

3.3.3. Einwilligung «nach angemessener Information»

[49] Das BVGer schloss eine gültige Einwilligung ferner auch mangels angemessener Information im Sinne von Art. 4 Abs. 5 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 6 nDSG) aus. Die **Begründung fällt hier besonders dürftig aus**. Im Kern wird die hinreichende Information deshalb verneint, weil sich die Einwilligung – basierend auf den vorformulierten Informationen in der Datenschutzerklärung – auf mehr Daten als nötig beziehe und in der Datenschutzerklärung keine einschränkenden Verweise auf den Zweck der Datenbearbeitung oder andere Bestimmungen enthalten seien. Insofern wird die gültige Einwilligung mitunter verneint, weil sie überschüssend sein soll. In einem Satz wird ferner zusätzlich die Verteilung der Informationen über mehrere Klauseln bemängelt.

[50] In seinem Urteil legt das BVGer allerdings nicht dar, auf welche allgemeinen Kriterien es dieses Fazit abstützt. Bevor aufgezeigt wird, weshalb die Einschätzung des BVGer im konkreten

⁷⁶ Art. 17 Abs. 1 lit. a nDSG; bisher: Art. 6 Abs. 1 lit. 2 lit. b nDSG.

⁷⁷ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7042.

⁷⁸ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7042: «Buchstabe a [in Art. 34 Abs. 4 nDSG] entspricht der Ausnahme nach Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe b DSG».

⁷⁹ Art. 6 Abs. 6 nDSG (bisher: Art. 4 Abs. 5 aDSG); Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7027 («Daraus folgt indessen keine grundsätzliche Änderung der aktuellen Rechtslage. Wie bereits nach dem bestehenden Recht muss für eine gültige Einwilligung die Bearbeitung, insbesondere deren Umfang und Zweck, hinreichend bestimmt sein. Dabei kann auch in mehrere gleichgelagerte oder verschiedene Bearbeitungen eingewilligt werden. Ebenso ist möglich, dass der Bearbeitungszweck verschiedene Bearbeitungen erfordert.»)

⁸⁰ Art. 19 Abs. 3 aDSG.

⁸¹ Vgl. dazu Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 702.

⁸² Vgl. JÖHRI, Fn. 12, Art. 19 N 74; vgl. aber auch die Kritik bei MICHAEL MONTAVON, *L'abandon de la procédure d'appel en protection des données*, in: LeGes 2020 2, Nr. 3.

Fall abzulehnen ist,⁸³ müssen diese zentralen Kriterien daher in einem ersten Schritt festgehalten werden.

a. Zweck und Verhältnis zum Transparenzgrundsatz sowie der Informationspflicht

[51] Die konkreten Anforderungen an die in Art. 4 Abs. 5 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 6 nDSG) verankerte Informiertheit der Einwilligung folgen aus dem Ziel, das mit dieser Voraussetzung verfolgt wird: Die betroffene Person muss über alle Informationen verfügen, die erforderlich sind, damit sie eine freie Entscheidung über die Erteilung einer Einwilligung treffen kann.⁸⁴ Das Erfordernis der Informiertheit ist eng verbunden mit dem datenschutzrechtlichen Transparenzgrundsatz in Art. 4 Abs. 4 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 3 nDSG) und seiner Konkretisierung in Art. 14 aDSG bzw. Art. 19 ff. nDSG.⁸⁵ Der Transparenzgrundsatz soll den betroffenen Personen die Entscheidung ermöglichen, ob sie einer Datenbearbeitung widersprechen⁸⁶ oder andere Rechte geltend machen wollen.⁸⁷

[52] Insofern verfolgen die Anforderungen zwar nicht unmittelbar dasselbe Ziel und es dürften bei der Anforderung der informierten Einwilligung tendenziell strengere Massstäbe anzuwenden sein.⁸⁸ Gleichwohl ist die Stossrichtung der Anforderungen, also dem Erfordernis der Informiertheit und dem Transparenzerfordernis (inkl. Konkretisierung durch die Informationspflicht⁸⁹), dieselbe und es müssen insofern **zumindest die gleichen nachfolgend dargelegten Grundsätze** gelten. So ist jedenfalls keine gültige Einwilligung denkbar, wenn sie nicht basierend auf dem Mindestinhalt der Informationspflicht erteilt wird.

[53] Selbstredend begründet dieses Konzept letztlich eine unbefriedigende **Fiktion** der Informiertheit der betroffenen Person, werden die detaillierten Hinweise zu Datenbearbeitungen doch von einem Grossteil kaum je tatsächlich zur Kenntnis genommen. Angesichts der gesetzgeberischen Entscheidungen muss dieses Konzept jedoch bis auf Weiteres so hingenommen werden.

b. Beurteilungsmassstäbe

i. Verhältnismässigkeitsmassstab

[54] Zu berücksichtigen ist bei sämtlichen drei Transparenz-Aspekten, wie im gesamten Datenschutzrecht, der *Massstab* der Verhältnismässigkeit (nicht zu verwechseln mit dem gleichnamigen Datenbearbeitungsgrundsatz⁹⁰).⁹¹ Daraus folgt, dass umso höhere Anforderungen an die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zu stellen sind, je sensibler die verarbeiteten Da-

⁸³ Vgl. unten Abschn. 3.3.3 e.

⁸⁴ Vgl. Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2127.

⁸⁵ Vgl. zum Verhältnis der einzelnen Aspekte auch ADRIAN BIERI/JULIAN POWELL, Informationspflicht nach dem total-revidierten Datenschutzgesetz, AJP 2020 S. 1533 ff., 1535.

⁸⁶ Vgl. Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2111 und 2126; ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 51.

⁸⁷ Vgl. Art. 19 Abs. 2 nDSG.

⁸⁸ Vgl. FLORENT THOUVENIN, Privatversicherungen: Datenschutzrecht als Grenze der Individualisierung?, in: Epiney/Sangsue (Hrsg.), Datenschutz und Gesundheitsrecht, Zürich/Basel/Genf, 2019, S. 15 ff., S. 33 f.

⁸⁹ Vgl. zur Informationspflicht allgemein LUKAS BÜHLMANN/MARION LAGLER, Das revidierte Bundesgesetz über den Datenschutz: Informationspflichten und Auskunftsrecht nach dem neuen Recht, in: SZW 1/2021, Abschn. II.

⁹⁰ Art. 4 Abs. 2 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 2 nDSG).

⁹¹ Vgl. Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2106.

ten und einschneidender die Datenbearbeitungen sind.⁹² Dies gilt **auch weiterhin im künftigen Recht**.⁹³

[55] Ein in die Beurteilung miteinzubeziehender Faktor ist dabei auch der **Aufwand auf Seiten der Verantwortlichen** und Auftragsverarbeiter zur Erfüllung der Anforderung. Dieser Grundsatz wird im künftigen Recht für die Informationspflicht in Art. 20 Abs. 2 lit. b nDSG explizit bestätigt. Aber bereits im geltenden Recht ist die Berücksichtigung des Aufwands namentlich im Zusammenhang mit dem Transparenzgrundsatz anerkannt. So wies auch der EDÖB darauf hin, dass die Kosten, die für die Herstellung der Transparenz erforderlich sind, mitberücksichtigt werden müssen.⁹⁴ Da die umfassende und detaillierte Information über sämtliche erhobenen Daten mit dem jeweiligen spezifischen Zweck einen enorm hohen Aufwand erfordern kann, der laufend vorzunehmen ist, müssen auch gewisse Verallgemeinerungen und überschüssende Formulierungen erlaubt sein. Dies gilt umso mehr, wenn es bspw. um technische oder sich rasch ändernde Aspekte einer Bearbeitung geht, wo auch eine gewisse künftige Entwicklung oder Änderung der Prozesse verständlicherweise zu antizipieren ist. Selbstredend kann aber der Hinweis auf den Aufwand nicht als «Feigenblatt» zur Nichteinhaltung von Vorschriften dienen und muss der Aufwand insbesondere ins Verhältnis zur Sensibilität der Datenbearbeitung gesetzt werden. Ebenso wenig darf dabei, solange der Gesetzgeber an der Konzeption und der dadurch begründeten «Fiktion» festhält, der Umstand berücksichtigt werden, dass die Informationen von den betroffenen Personen letztlich gar nicht gelesen werden.⁹⁵

ii. **Massstab von Treu und Glauben und Zumutbarkeit der Kenntnisnahme**

[56] Die Beurteilung, ob die Anforderungen an die Transparenz bei einer konkreten Information gegeben sind, richtet sich neben der Verhältnismässigkeit auch nach dem Massstab von Treu und Glauben.⁹⁶ Mit Blick auf die Einwilligungserklärung werden dabei von der herrschenden Lehre⁹⁷ zu Recht die für Rechtsgeschäfte massgeblichen Auslegungsgrundsätze für anwendbar erklärt. Auch wenn die Einwilligungserklärung ferner richtigerweise nicht als empfangsbedürftige Willenserklärung qualifiziert wird, ist deshalb für die Auslegung bei der meist fehlenden Möglichkeit zum Nachweis des wirklichen Willens (Art. 18 OR)⁹⁸ primär das **Vertrauensprinzip**

⁹² Bestätigend zu einzelnen Teilaspekten Botschaft 2003, Fn. 33, 2125 ff., wobei mit falschem Verweis auf Art. 4 Abs. 2 DSG; EDÖB, Schlussbericht vom 19. August 2016 betreffend Abklärung im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung von Microsoft Corporation im Rahmen von Windows 10, S. 20; ROSENTHAL, Fn. 12, z.B. Art. 4 N 53 und 89 und URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: BSK-DSG, Fn. 27, Art., Art. 4 N 4.

⁹³ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7027 zum Teilaspekt der Einwilligungserklärung; ferner zur Ausnahme von der Informationspflicht bei indirekter Datenbeschaffung Art. 20 Abs. 2 lit. b nDSG.

⁹⁴ EDÖB, Schlussbericht vom 19. August 2016 betreffend Abklärung im Zusammenhang mit der Datenbearbeitung von Microsoft Corporation im Rahmen von Windows 10, S. 20.

⁹⁵ Vgl. aber immerhin die an diesen Umstand anknüpfende Ungewöhnlichkeitsregel, unten Abschn. 3.3.3 b iii, sowie der Mehrebenen-Ansatz, der dem entgegen wirken soll, unten Abschn. 3.3.3 d.

⁹⁶ Vgl. Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2106.

⁹⁷ REGINA AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Habil. Bern 2005, Rz. 205 ff.; RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, Rz. 202 und 498 f.; MEIER, Fn. 36, Rz. 887; OLIVIER HEUBERGER, Profiling im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht der Schweiz, Diss. Luzern 2020, Rz. 330; FASNACHT, Fn. 51, Rz. 220.

⁹⁸ Vgl. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 282; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, S. 78 und 155.

massgebend.⁹⁹ Abzustellen ist auf einen objektiven Massstab und es ist der Sinn zu ermitteln, welchen der Empfänger der Erklärung unter Würdigung der Umstände als vernünftig und redlich urteilende Person nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beilegen konnte und musste.¹⁰⁰

[57] Weniger vertieft hat sich die Lehre demgegenüber bisher damit auseinandergesetzt, welche Grundsätze für die Auslegung der Informationen («*Informationserklärungen*») gelten sollen, die dann gegebenenfalls auch die Basis für die Einwilligungserklärung bilden. Im Zusammenhang mit Art. 28 ZGB wird der Standpunkt vertreten, dass die individuellen Eigenschaften der konkret betroffenen Person bei der Information zu berücksichtigen sind.¹⁰¹ Feststeht für das Datenschutzrecht zunächst, dass die Informationen nicht im Grundsatz empfangsbedürftig sind.¹⁰² Vielmehr genügt letztlich die **zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Informationen**¹⁰³ und die Zumutbarkeit setzt nicht im Grundsatz voraus, dass die Informationen in den «Machtbereich» der betroffenen Person gelangt sind. Die Information kann in diesem Sinne auch in «allgemeiner» Form durch Veröffentlichung in einer Datenschutzerklärung auf der Website erfolgen, worauf zurückzukommen ist.¹⁰⁴ Daraus sowie aus dem Verhältnismässigkeitsmassstab folgt unseres Erachtens ferner auch inhaltlich, dass eine hinreichende Information auch in allgemeiner bzw. objektiver Form möglich sein muss, d.h. sie nicht stets auf die spezifischen Eigenschaften der einzelnen betroffenen Personen zugeschnitten sein muss.¹⁰⁵ Ein konkreter oder subjektiver Massstab, der letztlich die Ermittlung der Eigenschaften (z.B. Bildungsstand, Vorwissen etc.) jeder einzelnen betroffenen Personen erfordern würde, wäre gerade bei der Vielzahl von Massenangeboten, die auf Websites oder in Apps gegenüber jedermann in gleicher Form unterbreitet werden mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden und wird auch im EU-Recht nicht verlangt.¹⁰⁶

[58] Nach der hier vertretenen Auffassung ist im Grundsatz daher massgebend, ob die Informationen und deren Bereitstellung aus der **Perspektive einer durchschnittlichen, verständigen Person aus dem Zielpublikum** der jeweiligen Datenbearbeitung nach Treu und Glauben hinreichend sind. Dies ist auch im Ergebnis sachgerecht, werden doch dann für die regelmässige vorformulierten Einwilligungserklärungen als auch für die diesen zugrundeliegenden (vorformulierten) Informationen grundsätzlich die gleichen Massstäbe angewandt. Dass bei der Einwilligungserklärung – anders als bei den Informationserklärungen – auf die Perspektive des Verant-

⁹⁹ HAAS, Fn. 97, Rz. 498 f. und 508; AEBI-MÜLLER, Fn. 97, Rz. 209 ff..

¹⁰⁰ Statt Vieler HUGUENIN, Fn. 98, Rz. 193 m.w.N.

¹⁰¹ HAAS, Fn. 97, Rz. 658 und 609 ff.; ferner REGINA AEBI-MÜLLER/ WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHÉ/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, § 4 N 113 f., nach welchen sich deshalb die Aufklärung nicht auf die Aushändigung von Formularen beschränken kann.

¹⁰² So, wenn auch etwas unklar, Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 f. «*Gegebenenfalls reicht es in diesem Fall nicht aus, lediglich Informationen zur Verfügung zu stellen, sondern die betroffene Person muss aktiv informiert werden, sei dies in einer geeigneten allgemeinen Form oder durch individuelle Information*».

¹⁰³ Vgl. die Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050: «*Sicherzustellen ist damit die Möglichkeit, sich in einfach zugänglicher Weise zu informieren [...]*».

¹⁰⁴ S. unten, Abschn. 3.3.3 d.

¹⁰⁵ A.M. MEIER, Fn. 36, Rz. 863; FASNACHT, Fn. 97, Rz. 263 f.; die Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 f. enthält hierzu keine Aussage, dürfte doch die Aussage «*in einer geeigneten allgemeinen Information oder durch individuelle Information*» auf die Form, nicht den Inhalt der Information gerichtet sein.

¹⁰⁶ Artikel 29-Gruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev.01, abrufbar unter: https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Service/submenu_Links/Inhalt2/Artikel-29-Gruppe/wp260rev01_de.pdf (zuletzt besucht: 4. Januar 2021), S.8.

¹⁰⁷ Vgl. in diesem Punkt auch ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 74.

wortlichen bzw. des Anbieters abzustellen ist,¹⁰⁸ dürfte in der Praxis ferner kaum von entscheidender Bedeutung sein, solange jeweils auf Durchschnittspersonen und nicht auf individuelle Eigenschaften abgestellt wird.

[59] Ausgehend davon ergeben sich die folgenden **zwei grundlegenden Prüfschritte**, wobei sich der erste namentlich aus der erwähnten Zielsetzung der Transparenzanforderungen im weiteren Sinne sowie dem Zweckbindungsgrundsatz ergibt:¹⁰⁹

1. Es ist jeweils mit Blick auf einen konkreten Datenbearbeitungsprozess (z.B. Bereitstellung eines Newsletters) zu prüfen, ob die Informationen dazu für eine verständige Durchschnittsperson aus dem Zielpublikum überhaupt erst genügend klar und bestimmt sind, um sich ein Bild davon zu machen und gestützt darauf eine Entscheidung über die Erklärung der Einwilligung oder eines Widerspruchs zu fällen.
2. Ist dies der Fall, ist weiter zu fragen, ob der durchschnittliche Nutzer nach Treu und Glauben aufgrund der erteilten Information mit den einzelnen strittigen Bearbeitungsschritten (z.B. Zustellung des Newsletters oder Auslesen des Leseverhaltens) zu rechnen hat und der Empfänger einer darauf abgestützten Einwilligungserklärung diese nach Treu und Glauben so verstehen darf, dass sie auch den fraglichen Datenbearbeitungsschritt umfasst.

[60] Nach diesem Massstab bestimmt sich auch die Frage, ob die Informationen hinreichend «verständlich» verfasst sind.¹¹⁰ Die **Anforderung der Verständlichkeit** ist als Teilaspekt des übergeordneten und bereits erwähnten Kriteriums der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme zu sehen. Daraus folgt sodann analog der AGB-Grundsätze, dass die Ausdrucksform nicht übermässig kompliziert sein darf.¹¹¹ Dabei ist jedoch zugleich zu berücksichtigen, dass sich komplexe oder technisch anspruchsvolle Datenbearbeitungen häufig auch nicht leicht verständlich ausformulieren lassen, ohne dabei unpräzise zu werden. Unverständlichkeit ist in diesem Zusammenhang deshalb nur äusserst selten anzunehmen. Wichtiger in der Praxis ist jedoch, dass die (Landes-) **Sprache der Information** identisch sein muss, wie diejenige, in der das Angebot gehalten ist. Ist also ein Angebot in deutscher Sprache angepriesen, genügt es nicht, wenn die Hinweise bloss in englischer Sprache vorhanden sind.¹¹²

[61] Zu beachten ist ferner, dass bei Angeboten, mit welchen bspw. auch gezielt Kinder angesprochen werden und diese damit klar zum Zielpublikum gehören, **höhere Anforderungen** an die Informationen zu stellen sind. Zugleich kann auch bei besonders einschneidenden Datenbearbeitungen womöglich ein höherer Massstab zur Anwendung gelangen. Nur in solchen Fällen kann es insofern in Anwendung des datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsmassstabs in gewissem Umfang vertretbar erscheinen, vom Verantwortlichen Informationen zu verlangen, die auch für weniger «verständige» Personen nachvollziehbar sind, bzw. ihn das Risiko tragen zu las-

¹⁰⁸ Vgl. in Bezug auf AGB und die Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Anwendung der Unge-
wöhnlichkeitsregel, THOMAS PROBST, Digitalisierung und Vertragsrecht, in: Epiney /Sangsue (Hrsg.), Fn. 88, S. 73 f.

¹⁰⁹ Vgl. dazu auch insb. unten, Abschn. 3.3.3 c i.

¹¹⁰ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050.

¹¹¹ Vgl. ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingun-
gen, Bern 2016, Rz. 144.

¹¹² Vgl. zum EU-Recht Artikel 29-Gruppe, Fn. 106, S.11.

sen, wenn er seine Informationen an «verständigeren» Personen ausrichtet und diese im Streitfall als unzureichend beurteilt werden für eine konkrete («unverständige») betroffene Person.

iii. Ungewöhnlichkeitsregel

[62] Aus dem Vertrauensprinzip abgeleitet wird bekanntlich im Zusammenhang mit AGB auch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel. Nach der Ungewöhnlichkeitsregel gelten einzelne AGB-Klauseln dann nicht als Vertragsbestandteil, wenn sie so ungewöhnlich (d.h. überraschend oder geschäftsfremd) sind, dass der global zustimmende Kunde nicht mit ihnen gerechnet hat und aus seiner Sicht zur Zeit des Vertragsschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.¹¹³ Von der global erklärten Zustimmung zu AGB sind nach der Rechtsprechung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist.¹¹⁴

[63] Nach der wohl herrschenden Lehre greift die Ungewöhnlichkeitsregel datenschutzrechtlich sowohl auf der Ebene der «*Informationserklärung*» als auch bei der «*Einwilligungserklärung*», wobei Ersteres nicht unbestritten ist.¹¹⁵ Die Meinungsverschiedenheit dürfte letztlich aber wohl ohnehin nur theoretischer Natur sein, da sich auch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip als Beurteilungsmassstab bei besonders einschneidenden oder unerwarteten Bearbeitungen das **Erfordernis eines gesonderten Hinweises** ergibt, die betroffene Person also – im Sinne der Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeit – «gesondert aufmerksam» zu machen ist (s. dazu im Einzelnen unten Abschn. 3.3.3 d.). Somit gilt eine Information über eine ungewöhnliche Datenbearbeitung als wäre sie nicht wirksam erfolgt, wobei dies selbst nach der Minderheitsmeinung zumindest dann gelten muss, wenn die Information als Basis für eine Einwilligung dienen soll. Die entsprechende Einwilligung wäre in Bezug auf die betreffende Datenbearbeitung unwirksam.

[64] Die Ungewöhnlichkeitsregel spielt somit sowohl bei der «Form» der Information eine Rolle als auch beim «Inhalt» der Information. Auf Letzteres wird sogleich näher eingegangen, während der Zusammenhang zur Form der Information in Abschn. 3.3.3 d. erläutert wird.

c. Inhalt der Information

[65] Aus den Zwecken der Transparenzerfordernisse¹¹⁶ folgt sodann, dass die betroffene Person nicht nur über die Datenbeschaffung, sondern auch über *die wesentlichen Rahmenbedingungen* der damit verbundenen Datenbearbeitung informiert sein muss.¹¹⁷ Im Kern geht es darum, dass der betroffenen Person klar ist, **welche Daten zu welchen Zwecken** bearbeitet werden. Diese Anforderung wird auch künftig weiter gelten. So wurde der Erkennbarkeitsgrundsatz zwar im Rahmen der Totalrevision des DSG mit dem Zweckbindungsgrundsatz in einer einzigen Norm

¹¹³ KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 111, Rz.173 m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. Urteil des BGer 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014, E. 5.1; BGE 138 III 411, E. 3.1; BGE 135 III 1, E. 2.1; BGE 119 II 443, E. 1a.

¹¹⁵ Vgl. nur ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 90; NICOLAS PASSADELIS, Rechtsanwendung bei internationaler Datenbearbeitung durch Private, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Fn. 36, Rz. 6.56; BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, Rz. 19.60 m.w.N.; ablehnend in Bezug auf Informationserklärungen MEIER, Fn. 36, Rz. 712.

¹¹⁶ S. oben, Abschn. 3.3.3 a.

¹¹⁷ Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2125.

vereinigt,¹¹⁸ jedoch ohne damit eine materielle Änderung zu beabsichtigen. Insbesondere liegt – trotz Änderung des Wortlauts – auch künftig kein Verstoss gegen das Transparenzgebot oder die Informationspflicht vor, wenn über gesetzlich vorgesehene Bearbeitungen keine Information erfolgt.¹¹⁹

[66] Was zu den **wesentlichen Rahmenbedingungen** zählt und damit als Mindestinhalt einer «angemessenen» Information zu verstehen ist, wird künftig in der neuen allgemeinen und erweiterten Informationspflicht in Art. 19 und Art. 21 nDSG gesetzlich verankert, welche das Kriterium der Erkennbarkeit bzw. das Transparenzgebot mindestens in der Praxis «übersteuern» wird, weil sie konkreter und damit fassbarer sowie sanktionsbedroht ist.¹²⁰

[67] Als **Mindestinhalt** gilt demnach künftig: die Identität und Kontaktdaten des Verantwortlichen, der Bearbeitungszweck, die eventuellen Datenempfänger, die ausländischen Staaten (inkl. Garantien/Ausnahmen im Sinne von Art. 16 f. nDSG), in welche die Daten gegebenenfalls übermittelt werden, sowie die Durchführung automatisierter Einzelentscheidungen.

[68] Hervorzuheben sind folgende Punkte:

i. **Bearbeitungszweck**

[69] Die zentralste Pflichtangabe betrifft die Information über den Zweck der Bearbeitung.¹²¹ Diese Information wird regelmässig richtungsweisend dafür sein, ob die betroffene Person einer Datenbearbeitung zustimmt bzw. Widerspruch dagegen einlegt.¹²² Demnach sind die Informationen zum Bearbeitungszweck genügend bestimmt und so zu formulieren oder auszugestalten, dass sich der durchschnittlich verständige Nutzer¹²³ ein Bild davon machen kann, *wofür* seine Daten erhoben werden (*Zweck*) und *was* konkret mit den Daten geschieht (*Bearbeitung*).

[70] Bereits unter dem Gesichtspunkt der Transparenz im weiteren Sinne¹²⁴ sind Umschreibungen mit Begriffen, die aufgrund ihrer Vieldeutigkeit letztlich keine annähernd bestimmte Vorstellung über die Datenbearbeitungen hervorrufen können, als Zweckangaben ungenügend.¹²⁵ Dass die Information bspw. über eine «*Bearbeitung zu Forschungszwecken*» deshalb eigentlich ungenügend für eine wirksame Einwilligung wäre, ergibt sich bereits aus der vom Gesetzgeber aufgestellten Ausnahmeregelung für den sog. «Broad Consent» in der Humanforschung.¹²⁶ Dies gilt umso mehr aber auch mit Blick auf den eng mit dem Transparenzgebot verbundenen Zweckbindungsgrundsatz sowie, wenn die Information für die Einholung einer «Einwilligung im Einzelfall» als Ausnahme im Sinne des Legalitätsprinzips¹²⁷ massgeblich sein soll. Deshalb sind bspw.

¹¹⁸ Art. 6 Abs. 3 nDSG (bisher: Art. 4 Abs. 3 und 4 aDSG).

¹¹⁹ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7024 f.; ferner Art. 20 Abs. 1 lit. b nDSG.

¹²⁰ Vgl. dazu auch unten, Abschn. 3.3.3 d.

¹²¹ Vgl. Art. 14 Abs. 2 lit. b aDSG und Art. 19 Abs. 2 lit. b nDSG.

¹²² Vgl. zu dieser Zielsetzung der Transparenzerfordernisse, oben Abschn. 3.3.3 a.

¹²³ S. dazu oben, Abschn. 3.3.3 b ii.

¹²⁴ Art. 4 Abs. 3 aDSG bzw. Art. 6 Abs. 3 nDSG.

¹²⁵ Vgl. bereits BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, Rz. 19.44.

¹²⁶ Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (Humanforschungsgesetz, HFG), SR. 810.30, («*zu Forschungszwecken*») in Abweichung von Art. 32 Abs. 1 HFG («*für ein Forschungsprojekt*»).

¹²⁷ S. dazu bereits oben Abschn. 3.3.2.

die vielfach anzutreffenden **Umschreibungen wie «Verwendung zu Marketingzwecken»¹²⁸ oder «Bearbeitung zu Sicherheitszwecken»¹²⁹** in der Regel ungenügend, soweit solche Informationserklärungen – gleichermassen wie im Falle von Einwilligungserklärungen¹³⁰ – nicht sogleich näher konkretisiert werden. Fehlt eine Präzisierung durch weitere Informationen in gewisser räumlicher Nähe, sind solche Umschreibungen nicht nur zur Erfüllung der Informationspflicht unzureichend, sondern verstossen die betreffenden Bearbeitungen auch gegen das Transparenz- und das Zweckbindungsgebot, weil auch die Umstände kaum je ein genügend klares Bild der beabsichtigten Bearbeitungen vermitteln können. Aus diesem Grund und mangels Bestimmtheit erübrigt sich bereits eine dahingehende Auslegung der Erklärung (2. «Prüfschritt»¹³¹), ob die konkret beabsichtigte Bearbeitung nach Treu und Glauben von der Formulierung erfasst wäre. Eine Vorstellung davon, was mit seinen Daten konkret geschieht, erhält der Nutzer demgegenüber bspw. bei Formulierungen wie *«Verwendung für die Zustellung von Werbung»*.

[71] Dieses Beispiel verdeutlicht, dass eine hinreichend klare Zweckumschreibung vielfach eine **Information über die «Bearbeitungsart»** (z.B. Auswertung/Analyse oder bloss Speicherung) erfordern dürfte, sofern diese aufgrund der Umstände der Erhebung nicht ohnehin klar ist. Bekräftigt wird dies auch durch Beispiele von floskelhaften Umschreibungen, wie z.B. die verbreitete Formulierung auf Cookie-Bannern *«um unsere Website bestmöglich an Ihre Bedürfnisse anzupassen»*. Abgesehen davon, dass die Umschreibung kaum alle Einsatzzwecke von Cookies abdeckt, bleibt in diesem Fall unklar, was die «Bedürfnisse» bzw. die damit verbundene «Personalisierung» beinhaltet, solange nicht Bezug auf die Bearbeitung (z.B. Analyse/Auswertung) und die hierbei verwendeten Daten (z.B. besuchte Seiten) genommen wird.

[72] Gleichwohl bedeutet dies aber wiederum nicht, dass in jedem Fall sämtliche Bearbeitungsformen oder -schritte bis ins letzte Detail aufgeschlüsselt und genannt werden müssen. Vielmehr sind auch **gewisse generische Umschreibungen unverzichtbar** und deshalb genügend. Anders als bei der Anforderung an eine ausdrückliche Einwilligung¹³² muss die zur Diskussion stehende Datenbearbeitung somit auch nicht explizit benannt werden. Dies entspricht wiederum dem **Verhältnismässigkeitsmassstab**.¹³³ So ist bspw. die Formulierung *«Verwendung zur Abwicklung des Vertrags mit Ihnen»* bei einem Kaufvertrag hinreichend für die eng damit verbundenen internen Datenbearbeitungen, wie z.B. die Erfassung einer Bestellung in einer Datenbank sowie die interne Meldung an die Logistik zur Vorbereitung des Versands der Bestellung etc.

[73] Je einschneidender und unerwarteter, desto präziser, detaillierter und deutlicher ist – dem **Verhältnismässigkeitsmassstab** folgend – die Datenbearbeitung zu umschreiben. Selbst dadurch lässt sich aber noch nicht vermeiden, dass gewisse Bearbeitungen bzw. Bearbeitungszwecke als **ungewöhnlich** qualifiziert werden. Zu denken ist bspw. an die Information, dass nicht anonymisierte Daten aus der Krankengeschichte auch zu spitalinternen Schulungszwecken verwendet werden oder die Information, dass die Einträge in der Kundendatenbank eines Kleiderhändlers mit öffentlich zugänglichen Informationen über den Kunden angereichert werden. In diesen Fäl-

¹²⁸ A.A. ohne eingehende Begründung ROSENTHAL, Fn. 59, Rz. 93, aus seinem Standpunkt geht denn auch nicht hervor, wofür die *«Kurzbezeichnung»* letztlich gelten soll, also über welche Bearbeitungen mit dieser Angabe hinreichend informiert würde.

¹²⁹ Vgl. bereits BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.34.

¹³⁰ Vgl. dazu unten Abschnitt. 3.3.5.

¹³¹ Vgl. zu den Prüfschritten zur Auslegung der Informationserklärung bereits oben, Abschn. 3.3.3 b ii.

¹³² S. dazu unten Abschn. 3.3.4.

¹³³ S. dazu oben, Abschnitt 3.3.3 b i.

len ist zumindest eine besondere Hervorhebung der Information erforderlich (s. dazu unten Abschn. 3.3.3 d.).

[74] Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass sich die *Einwilligungserklärung* der betroffenen Person, die sie basierend auf den erteilten Informationen («*Informationserklärung*») abgibt, nicht gleich spezifisch, sondern auch genereller ausfallen kann. Darauf wird unten¹³⁴ näher eingegangen.

ii. Datenkategorie und Verknüpfung mit Bearbeitungszweck

[75] Ein weiterer zentraler Punkt für den Inhalt der Information sind die Kategorien der bearbeiteten Daten. Diesbezüglich ergibt sich zumindest mit Blick auf die Rechtsfolge ein differenziertes Bild bei der Analyse der drei Transparenzanforderungen. So ist zur Erfüllung der Informationspflicht künftig nur dann eine Angabe der Kategorien verlangt, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person selbst beschafft werden.¹³⁵ Eine darüber hinausgehende Verknüpfung der Datenkategorie mit dem Bearbeitungszweck zählt sodann selbst bei solchen indirekten Erhebungen nicht zum Mindestgehalt der Informationspflicht. Dies führt dazu, dass in Zukunft zumindest **keine strafrechtliche Sanktionierung** möglich ist, nur weil bei der Direkterhebung keine Information über die Datenkategorien erfolgt oder diese nicht mit den Bearbeitungszwecken verknüpft werden. Denn nach der hier vertretenden Auffassung können in Anbetracht des Bestimmtheitsgebots¹³⁶ nur Mängel bei der Umsetzung der Mindestinhalte strafrechtlich sanktioniert werden.

[76] Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass zur Erfüllung der **anderen beiden Transparenzanforderungen** mehr verlangt wird, wobei deren Missachtung und die eventuell daraus resultierende Widerrechtlichkeit einer Bearbeitung von vornherein nicht nach Art. 60 ff. nDSG strafbar ist. So werden die Anforderungen aus dem Transparenzgrundsatz sowie an die Informiertheit der Einwilligung in vielen Fällen auch bei der Direkterhebung nur mit einer Angabe der Datenkategorien erfüllt werden können. Darüber hinaus wird häufig auch dies nicht ausreichen, sondern auch eine Verknüpfung der Datenkategorien mit den Bearbeitungszwecken erforderlich sein.

[77] Insofern wird es in vielen Fällen zur Erreichung der erforderlichen **Transparenz im Sinne der Bearbeitungsgrundsätze** nicht genügen, wenn z.B. bloss zu Beginn einer Datenschutzerklärung sämtliche Bearbeitungszwecke aufgelistet werden, ohne aufzuschlüsseln, welche Personendaten-Kategorien zu welchen einzelnen Zwecken konkret bearbeitet werden. Denn die Regelung der Informationspflicht geht von der Annahme aus, dass der betroffenen Person bei der Direkterhebung bewusst ist, welche Kategorien von Daten übermittelt werden und somit gestützt auf die zu erteilenden Informationen oder zumindest aufgrund der Umstände auch klar wird, zu welchen Zwecken diese Daten bearbeitet werden.¹³⁷

[78] Diese **Annahme kann aber nur in sehr einfachen Verhältnissen zutreffen**. Bereits wenn eine Vielzahl von unterschiedlichen Datenkategorien (z.B. Personalien und Interessen) übermittelt

¹³⁴ S. dazu unten Abschnitt 3.3.5.

¹³⁵ Art. 19 Abs. 3 nDSG.

¹³⁶ Vgl. Art. 1 StGB; ferner BGE 138 IV 13, E. 4.1.

¹³⁷ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7025; ferner auch Artikel 29-Gruppe, Fn. 106, S. 44.

werden, wird ohne nähere Spezifizierung nicht klar, welche Daten zu welchen Zwecken bearbeitet werden. So wird z.B. die Angabe von Interessen an einem bestimmten Produktsortiment vielfach nicht, wie die Personalien, zur Bereitstellung der vertraglich geschuldeten Leistung erforderlich sein. Wird also in einer Datenschutzerklärung bloss eine Liste von Zwecken aufgeführt, ohne dass eine **Zuordnung der Daten zu diesen Zwecken** erfolgt, wird damit gegen die Datenbearbeitungsgrundsätze verstossen. Konkret betroffen sind neben dem Transparenzgrundsatz auch der Grundsatz von Treu und Glauben oder der Zweckbindungsgrundsatz. Denn den Betroffenen wird dadurch (unfairerweise) die Aufgabe überbürdet, die Zuordnung der Daten zu den möglichen Zwecken vorzunehmen, um sich damit ein (transparentes) Bild zu machen, ob er Bearbeitungen von bestimmten Daten zu bestimmten Zwecken widersprechen will oder nicht. Die erwähnte Annahme, die der Regelung der Informationspflicht zugrunde liegt, zielt im Übrigen auch dann ins Leere, wenn die Daten zwar bei der betroffenen Person, aber für diese in nicht erkennbarer Form erhoben werden, also z.B. über ihren Browser oder Router übermittelt werden. Ist bereits die Erhebung von Daten an sich nicht erkennbar, kann es der Bearbeitungszweck umso weniger sein.¹³⁸

[79] Die Spezifizierung wird deshalb auch im rein privatrechtlichen Bereich regelmässig erforderlich sein, weil zumindest auch eine **Rechtfertigung durch eine Einwilligung bereits daran scheitern** wird, dass eine informierte Entscheidung über die Erteilung der Einwilligung auf diese Weise nicht möglich ist. Ohne Zuordnung weiss die betroffene Person nicht, worauf sich seine Einwilligung konkret bezieht. So ist es bspw. auch ein wesentlicher Unterschied, ob «nur» die E-Mail-Adresse oder auch die Telefonnummer und die Postadresse zur werblichen Kontaktaufnahme verarbeitet werden. Dies schliesst aber selbstredend nicht aus, dass die erforderliche **Verknüpfung gesamthaft für alle diese Daten** (Post- und E-Mail-Adresse und Telefonnummer) erfolgen kann.¹³⁹

[80] Mit Blick auf den Detaillierungsgrad der Kategorien ist zunächst festzuhalten, dass der **Begriff «Kategorie»** in Abgrenzung zu den konkret bearbeiteten Daten als solchen gesehen werden muss.¹⁴⁰ Zum Beispiel ist somit sinnigerweise keine Information darüber erforderlich, dass und wie die E-Mail-Adresse «max.muster@muster.com» oder die Telefonnummer «0441111111» bearbeitet wird. Unklar ist jedoch, ob es genügt, bloss von «Kontaktdaten» zu sprechen oder explizit E-Mail-Adresse und Telefonnummer erwähnt werden muss. Soweit im genannten Beispiel Direktmarketing betrieben werden soll, ist unseres Erachtens die Erfüllung der Transparenzanforderungen auch möglich, ohne den Kommunikationskanal explizit zu nennen. Denn entscheidender wird vielmehr sein, dass einem Durchschnittsadressaten aufgrund der Formulierung klar wird, dass seine Kontaktdaten für das Direktmarketing verwendet werden, er also (per Telefon und/oder E-Mail) zu Werbezwecken kontaktiert werden kann. Richtigerweise wird damit der Fokus auch eher auf die Anforderungen an die Umschreibung des Bearbeitungszwecks gerichtet.

[81] Aus dem **Verhältnismässigkeitsmassstab**¹⁴¹ folgt zudem, dass es in vielen Fällen auch ausreichend sein muss, wenn die Daten-Kategorien weit gefasst und auch nicht sämtliche Einzel-

¹³⁸ Vgl. dazu auch die Beispiele bei BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.34, 19.41, 19.45 und 19.75.

¹³⁹ Eine andere Frage ist dann, inwieweit die so beschriebene Bearbeitung mit anderen Anforderungen, insb. dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 2 aDSG; Art. 6 Abs. 2 nDSG), vereinbar ist.

¹⁴⁰ Vgl. zu Art. 14 Abs. 1 lit. d DSGVO auch BORIS PAAL/MORITZ HENNEMANN, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl., 2018, Art. 14. N 18.

¹⁴¹ S. dazu oben, Abschn. 3.3.3 b i.

heiten der Daten mit allen irgendwie nur denk- und beschreibbaren Attributen aufgeführt sind. Dies gilt in besonderem Mass für *technische Daten*, wie in Bezug auf Logfile-Daten, die bei der Nutzung von Websites anfallen¹⁴², oder für *Leistungsdaten*, also die Attribute einer vom Kunden nachgefragten oder bestellten Leistung. Hier kann – neben der Zweckangabe – der Hinweis auf die Kategorie mit der Nennung einiger massgeblicher Beispiele ausreichen, also z.B. «Log-File-Daten, insb. die IP-Adresse, benutztes Endgerät und Navigationspfad auf der Website» oder «Einkaufsdaten, insb., Bestellzeitpunkt, Details zum bestellten Produkt und gewählte Zahlungs- und Liefermethode».

[82] **Zusammengefasst** wird die blosse Auflistung von Zwecken ohne Verknüpfung mit den einzelnen Datenkategorien häufig nicht zur Erreichung der geforderten Transparenz genügen. Erforderlich ist demnach grundsätzlich eine Verknüpfung der Datenkategorien und der Bearbeitungszwecke, d.h. eine Information darüber, welche (Kategorien von) Daten zu welchen Zwecken bearbeitet werden.¹⁴³ Allerdings erscheint eine strafrechtliche Verurteilung infolge Missachtung der Informationspflicht beim blossen Fehlen einer solchen Verknüpfung aufgrund des Bestimmtheitsgebots ausgeschlossen.

iii. Empfänger von Daten und «personelle» Reichweite der Einwilligung

[83] Zentral für die Entscheidung, einer Datenbearbeitung zuzustimmen oder zu widersprechen, ist sodann auch die Frage, *wer* in diese Bearbeitung involviert ist. Richtigerweise wird daher neben der Information, dass eine Bekanntgabe erfolgt, auch die Information über die Kategorien von Empfängern weiterhin als Pflichtangabe gelten.¹⁴⁴ Dies ist gerade auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Bekanntgabe als eine der potentiell einschneidendsten Datenbearbeitungen gilt.¹⁴⁵

[84] Anders als unter der DSGVO¹⁴⁶ steht in der Schweiz fest, dass die Angabe der Kategorie von Empfängern zur Erfüllung der Informationspflicht genügt. Der Verantwortliche hat gemäss Botschaft DSG 2017 (auch¹⁴⁷ künftig) ausdrücklich ein **Wahlrecht**, ob er die Empfänger namentlich angeben oder bloss die Kategorien aufführen will.¹⁴⁸ Angesichts des klaren Willens des Gesetzgebers lässt sich unter dem neuen DSG auch nicht vertreten, dass die Identität der Empfänger in einem konkreten Fall über den Mindestinhalt hinaus angegeben werden muss, weil dies für «*die Ausübung der Rechte erforderlich*» sei.¹⁴⁹ Ohnehin ausgeschlossen erscheint eine strafrecht-

¹⁴² Ob der Website-Betreiber neben dem von einem Nutzer verwendeten Browser auch die Auflösung von dessen Bildschirm in der Datenschutzerklärung als erhobene Daten angibt, ist für den Nutzer weniger entscheidend, als der Umstand der möglichen Wiedererkennbarkeit über seinen «Browser-Fingerprint», vgl. dazu ferner BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.25, 19.33 und 19.38.

¹⁴³ Vgl. zur Einwilligung unter der DSGVO auch BENEDIKT BUCHNER/JÜRGEN KÜHLING, in: Kühling/Buchner, DS-GVO – Kommentar, 2017, Art. 7 N 59.

¹⁴⁴ Vgl. bisher Art. 14 Abs. 2 lit. c aDSG sowie neu Art. 19 Abs. 2 lit. c nDSG.

¹⁴⁵ Vgl. nur Art. 12 Abs. 2 lit. c aDSG und Art. 30 Abs. 2 lit. c nDSG; ferner Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 447.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 13 Abs.1 lit. e DSGVO.

¹⁴⁷ Vgl. zur geltenden Regelung Art. 14 Abs. 2 lit. c aDSG.

¹⁴⁸ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7051.

¹⁴⁹ Eventuell ergänzende Pflichtangaben bestimmen sich nach diesem Kriterium, da die Liste nicht abschliessend ist, vgl. Art. 19 Abs. 2 nDSG; ob ein solches Wahlrecht künftig generell auch beim Auskunftsrecht und damit in Bezug auf Art. 25 Abs. 2 lit. g nDSG gelten soll, kann demgegenüber bezweifelt werden, enthält doch bereits die Botschaft (DSG 2017, Fn. 18, 7067) dazu keinen entsprechenden Hinweis.

liche Verurteilung aufgrund eines entsprechenden Verstosses gegen die Informationspflicht,¹⁵⁰ solange die Kategorien von Empfänger korrekt angegeben werden.

[85] Folglich ist entscheidend, was unter dem **Begriff «Kategorie» von Empfängern** zu verstehen ist. Fest steht zunächst, dass auch Auftragsverarbeiter als Empfänger gelten.¹⁵¹ Der Begriff wird ferner auch in verschiedenen anderen Bestimmungen verwendet,¹⁵² wobei offen ist, ob er tatsächlich unter allen Vorschriften einheitlich auszulegen ist. Zumindest im Zusammenhang mit dem Verarbeitungsverzeichnis genügt die Umschreibung von Behörden, welchen Daten im Aufsichtskontext bekanntgegeben werden, mit **«Aufsichtsbehörden»**¹⁵³ und es ist somit nicht erforderlich, von datenschutz- oder lebensmittelrechtlichen Behörden etc. zu sprechen. Im Regelfall müssten solch weite Angaben «typisierter Gruppen» auch unter der Informationspflicht genügen. Folglich ist auch die Angabe **«Konzerngesellschaften»** als hinreichend zu betrachten. Demgegenüber kann, wie das Beispiel der (Aufsichts-)Behörde zeigt, die Umschreibung **«Dienstleister»** in den Augen des Gesetzgebers nicht genügen. Vielmehr ist eine nähere Angabe erforderlich. Hinreichend müssen aber Umschreibungen sein, wie z.B. «Host-Provider» und «IT-Supporter». Fraglich erscheint jedoch, ob es zulässig ist, diese beiden Beispiele auch unter einer Bezeichnung, wie «IT-Dienstleister» zusammenzufassen.

[86] Dies verdeutlicht, dass – je nach Anforderung an die Konkretisierung – bereits die Aufzählung der blossen Kategorien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann und kaum je bei der Erhebung an sämtliche Kategorien potentieller künftiger Empfänger gedacht werden kann. Unabhängig von den Anforderungen an die Konkretisierung kann die Informationspflicht mit Blick auf den **Verhältnismässigkeitsmassstab**¹⁵⁴ aber auch dann erfüllt sein, wenn nicht vollständig jede einzelne Kategorie aufgeführt wird, sofern die Umschreibung der Datenbearbeitung und deren Zweck eine Bekanntgabe an die entsprechenden Empfängerkategorien impliziert. Dies wird zum Beispiel grundsätzlich der Fall sein bei der Bekanntgabe von Daten an ein Gericht, einen Anwalt oder ein Betreibungsamt, wenn von einer Bearbeitung *«soweit zur Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen erforderlich»* gesprochen wird.¹⁵⁵ Kritisch zu betrachten sind in diesem Zusammenhang demgegenüber Bezeichnungen wie **«ausgewählte Partner»**. Hier wird gar nicht erst klar, was das gemeinsame Merkmal der Empfänger ist, abgesehen von der Auswahl.¹⁵⁶ Ohne eine nähere Eingrenzung bspw. durch Branche, Region etc. ist eine solche Kategorie zu wenig bestimmt.

[87] Fehlt jedoch eine diesen Anforderungen entsprechende Information zur Bekanntgabe und zu den Empfänger-Kategorien, wird auch nicht von einer Einwilligung «nach angemessener Information» ausgegangen werden können. Dabei ist ferner aber auch unbestritten, dass eine **Einwilligung auch für Dritte** sowie deren Bearbeitungen eingeholt werden kann,¹⁵⁷ und es genügt, wenn

¹⁵⁰ Art. 60 Abs. 1 nDSG (bisher: Art. 34 aDSG).

¹⁵¹ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7051.

¹⁵² Vgl. insb. Art. 12 Abs. 2 lit. d nDSG, Art. 25 Abs. 2 lit. g nDSG (bisher: Art. 8 Abs. 2 lit. b aDSG) und Art. 55 Abs. 2 lit. f nDSG.

¹⁵³ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7051.

¹⁵⁴ Vgl. dazu oben, Abschn. 3.3.3 b i.

¹⁵⁵ In diesen Fällen wären im Übrigen aber auch die Ausnahmen von der Informationspflicht zu prüfen, insb. Art. 20 Abs. 1 lit. b oder Abs. 3 lit. b nDSG.

¹⁵⁶ Nach ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 3 lit. o UWG N 42, handelt es sich dabei um einen Grenzfall.

¹⁵⁷ Vgl. bereits ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 3 lit. o UWG N 42.

die Einwilligung nur gegenüber einem Verantwortlichen erklärt wird.¹⁵⁸ Selbstredend obliegt es aber (datenschutzrechtlich) dem Dritten selbst, den Nachweis für die Zulässigkeit der Erhebung und Weiterverarbeitung der erhaltenen Daten und damit ggf. für die Wirksamkeit der Einwilligung zu seinen Gunsten zu erbringen. Vertragliche Zusicherungen des «Übermittlers» genügen hierfür nicht.¹⁵⁹

[88] Offen ist demgegenüber, ob, wie im EU-Recht verschiedentlich zum Ausdruck gebracht wird,¹⁶⁰ höhere Anforderungen für die Einwilligung gelten, als für die Erfüllung der Informationspflicht. Namentlich stellt sich die Frage, ob die Einwilligung für einen Dritten auch dann gültig ist, wenn dieser in der Information, die der Einwilligung zugrunde liegt, **nicht namentlich genannt** wurde. Aus der gesetzgeberischen Entscheidung zur Informationspflicht muss zumindest abgeleitet werden, dass eine Einwilligung für Dritte auch dann gültig sein kann, wenn dieser nicht namentlich genannt wird, sondern bloss unter eine Empfänger-Kategorie fällt, die in der Information enthalten ist. Der oben erläuterte, erste Prüfschritt¹⁶¹ ist in diesem Teilaspekt durch das vom Gesetzgeber statuierte Wahlrecht relativiert.

[89] Es wird deshalb zum einen durch **Auslegung** zu ermitteln sein, wie der durchschnittliche Empfänger der Information die Beschreibung aufgrund der Umstände nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste und wie der Empfänger einer darauf basierenden Einwilligungserklärung diese nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Musste aufgrund der Beschreibung in Anbetracht der Umstände davon ausgegangen werden, dass auch der jeweils fragliche Empfänger sich auf die Einwilligung berufen wird? Ist dies der Fall, wird das Auslegungsergebnis zudem einer Prüfung nach den Kriterien der **Ungewöhnlichkeitsregel** zu unterziehen sein und namentlich die Frage beantwortet werden müssen, ob eine besondere Hervorhebung der Empfänger(-Kategorie) angezeigt (gewesen) wäre.

[90] Ungewöhnlich wäre bspw. eine Klausel auf der Rückseite eines Anmeldeformulars für die Physiotherapie bei einem medizinischen Dienstleister, die auch eine Weitergabe und Bearbeitung der (mitunter besonders schützenswerten Gesundheits-¹⁶²)Daten an einen App-Entwickler zur Optimierung von dessen App oder an Medienunternehmen zu Marketingzwecken statuiert. Auch unter Einbezug des Verhältnismässigkeitsmassstabs erscheint es gerade in Fällen besonders einschneidender Datenbearbeitungen oder beim Umgang mit besonders sensitiven Daten möglich, dass in Anwendung dieser Anforderungen die namentliche Nennung eines Empfängers und/oder, wie im zuvor erläuterten Beispielfall, auch ein Hinweis ausserhalb der Datenschutzerklärung oder der allgemeinen vorformulierten Information erforderlich wird, damit von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden kann.

d. Form der Information

[91] Zur Erfüllung des Transparenzgebots, der Informationspflicht sowie der Anforderungen an die informierte Einwilligung ist ferner auch zentral, in welcher Form die soeben erläuterten (und

¹⁵⁸ Vgl. in Bezug auf Art. 28 ZGB sowie die an einer Verletzung Mitwirkenden AEBI-MÜLLER, Fn. 97, Rz. 207 und HAAS, Fn. 97, Rz. 441.

¹⁵⁹ Vgl. dazu BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, Rz. 19.158.

¹⁶⁰ Vgl. z.B. European Data Protection Board (EDPB), Fn. 35, Rz. 65.

¹⁶¹ Vgl. oben, Abschn. 3.3.3 b ii.

¹⁶² Art. 5 lit. c Ziff. 2 nDSG (bisher: Art. 3 lit. c Ziff. 2 aDSG).

ggf. weiteren) Pflichtangaben zur Verfügung gestellt werden. Fest steht, dass keine Form vorge-schrieben wird¹⁶³ und deshalb letztlich die Umstände des Einzelfalls massgebend sind. Die Bot-schaft verweist auf die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Datenerhebung. Letzt-lich wird aber deutlich, dass in beiden Fällen die gleiche Grundanforderung gilt: Es braucht ei-ne **zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme**.¹⁶⁴ Dementsprechend bekräftigt die Botschaft, dass irrelevant ist, ob eine tatsächliche Kenntnisnahme erfolgt.¹⁶⁵

[92] Für die hinreichende Form der Information ist somit primär zu klären, wann die Informa-tionen in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden können. Die Fragestellung weist gewisse Parallelen zum Kriterium der Erkennbarkeit¹⁶⁶ auf, ist aber nicht deckungsgleich.¹⁶⁷ Da die Anforderungen mit der Einführung der erweiterten Informationspflicht erhöht wurden, hat die Frage nach der Erkennbarkeit an Bedeutung eingebüsst. Insbesondere können künftig die da-tenschutzrechtlichen Transparenzanforderungen im weiteren Sinne auch bei gewöhnlichen Per-sonendaten nicht mehr erfüllt sein, wenn sich die Erhebung und der Zweck der Erhebung *bloss aus den Umständen* ergeben. In diesem Fall wäre zwar dem Erkennbarkeits- bzw. Transparenz-grundsatz,¹⁶⁸ nicht aber der Informationspflicht Genüge getan. Vorbehalten bleiben selbstredend Fälle, in welchen eine Ausnahme von der Informationspflicht greift.¹⁶⁹ Während sich, wie oben erläutert¹⁷⁰, bei der Frage nach dem «Was» bzw. Inhalt der Information aus dem Transparenz-grundsatz mitunter weitergehende Anforderungen ergeben, wird man sich in der Praxis für die Frage nach dem «Ob» der Information jedenfalls künftig an den diesbezüglich strengeren Anfor-derungen der Informationspflicht orientieren.

[93] Die Botschaft umschreibt diese Anforderungen in Bezug auf die Form so, dass die Informa-tion leicht zugänglich und genügend sichtbar sein muss.¹⁷¹ Aus Letzterem ist zu schliessen, dass, wiederum ähnlich wie bei AGB,¹⁷² grundsätzlich ein Hinweis auf die Existenz und den «Ort» der Informationen erforderlich ist, ausser die Informationen sind an einer Stelle angebracht, wo diese von einem Durchschnittsnutzer aufgrund der Umstände nach Treu und Glauben erwartet werden dürfen bzw. müssen. Wie bereits erwähnt, sind die Informationen aber im Grundsatz nicht emp-fangsbedürftig¹⁷³ und die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme setzt nicht im Grundsatz voraus, dass die Informationen in den «Machtbereich» der betroffenen Person gelangt sind. Die Informa-tion kann gemäss der Botschaft DSG 2017 auch in «allgemeiner» Form durch Veröffentlichung

¹⁶³ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050.

¹⁶⁴ Vgl. die Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050: «Sicherzustellen ist damit die Möglichkeit, sich in einfach zugänglicher Weise zu informieren [...]»; vgl. zur entsprechenden Anforderung bei den AGB KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 111, Rz. 164 ff.

¹⁶⁵ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 f.; vgl. auch BÜHLMANN/LAGLER, Fn. 89, Abschn. II 2.

¹⁶⁶ Art. 6 Abs. 3 nDSG (bisher: Art. 4 Abs. 4 aDSG).

¹⁶⁷ Vgl. zum Kriterium statt Vieler: ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 Abs. 51 i.V.m. 34 ff.

¹⁶⁸ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7024.

¹⁶⁹ S. z.B. Art. 20 Abs. 1 lit. a nDSG: «Die betroffene Person verfügt bereits über die entsprechenden Informationen». Aus dem Beispiel der Einreichung von Bewerbungsunterlagen in der Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050, könnte ge-schlossen werden, dass womöglich in solchen Fällen gleichwohl die «Erkennbarkeit» genügt.

¹⁷⁰ Vgl. oben, Abschn. 3.3.3 c ii.

¹⁷¹ Vgl. Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050.

¹⁷² Vgl. zu dieser Anforderung beim Einbezug von AGB KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 111, Rz. 124.

¹⁷³ So, wenn auch etwas unklar, Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 f. «Gegebenenfalls reicht es in diesem Fall nicht aus, lediglich Informationen zur Verfügung zu stellen, sondern die betroffene Person muss aktiv informiert werden, sei dies in einer geeigneten allgemeinen Form oder durch individuelle Information.»

in einer Datenschutzerklärung auf der Website erfolgen. Konkret ist also **grundsätzlich keine Kontaktierung**, z.B. per Mail oder Telefon, erforderlich, um hinreichend zu informieren.¹⁷⁴

[94] In sehr vielen Fällen, namentlich wo Daten direkt bei der betroffenen Person erhoben werden, wie auch im Rahmen der Helsana+ App, erfolgt die Information in der Praxis denn auch in der Form von **Datenschutzerklärungen**.¹⁷⁵ Diese vorformulierten Hinweise übernehmen insofern eine Doppelfunktion und weisen eine Eigenart auf: Sie enthalten zum einen die *Informationserklärung* an die Adresse der betroffenen Personen und bilden zum anderen den Inhalt der *Einwilligungserklärung* der betroffenen Person an die Adresse des für die Datenbearbeitung Verantwortlichen. Aufgrund der Parallelen zu AGB werden deren Auslegungsregeln, wie erwähnt, auch auf sie angewandt.¹⁷⁶ Dies gilt in besonderem Masse für das Kriterium der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme, sodass sich aus der entsprechenden Praxis und Lehre analoge Schlüsse für die datenschutzrechtlichen Informationen ableiten lassen.

[95] Aus der Anforderung der Sichtbarkeit/Transparenz oder auch generell dem übergeordneten Kriterium der Zumutbarkeit der Kenntnisnahmemöglichkeit ergibt sich im Grundsatz das erwähnte Erfordernis nach einem **Hinweis auf das Vorhandensein und den Ort der Informationen**. Somit genügt es nicht, die Datenschutzerklärung irgendwo in einer beliebigen versteckten Rubrik auf der Website oder in der hintersten Ecke des Geschäftslokals anzubringen. Die Informationen selbst oder mindestens der Verweis/Hinweis darauf müssen, damit von Sichtbarkeit gesprochen werden kann, an prominenter Stelle vorhanden sein. Der Hinweis muss sodann für sich sprechen, also auf Informationen zur Bearbeitung von Personendaten schliessen lassen, z.B. durch einen Link mit der Bezeichnung «Datenschutzerklärung».

[96] Aus diesem Grund ist die Unterbringung der **Informationen in AGB** problematisch.¹⁷⁷ Die Botschaft DSG 2017 hält zwar fest, dass Informationen in AGB integriert sein können.¹⁷⁸ Jedoch kann dies nach dem Gesagten, wenn überhaupt, nur für äusserst beschränkte Datenbearbeitungen, namentlich solche in engem Zusammenhang mit der Vertragserfüllung ausreichen. Denn nach aktueller Praxis dürften die meisten Konsumenten Informationen zu Datenbearbeitungen nicht in AGB erwarten. Anders ausgedrückt dürfte das Fehlen einer Datenschutzerklärung den Eindruck vermitteln, als würden keine umfassenden Datenbearbeitungen vorgenommen. Sind dann aber Informationen zu weitreichenden Datenbearbeitungen (nur) in den AGB integriert, steht dies im Widerspruch zu dieser Erwartung. Selbst wenn man aber die «Zumutbarkeit» in Einzelfällen noch bejahen kann, wird man bei bloss in AGB umschriebenen Datenbearbeitungen entsprechend rascher von der Ungewöhnlichkeit ausgehen müssen.

¹⁷⁴ So verstehen wir auch die unklaren Ausführungen in der Botschaft und die (terminologisch nicht konsequent verwendete) Unterscheidung zwischen «*allgemeiner Information*» und «*aktiver Information*»: Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 f.: «So kann eine *allgemeine Information* genügen, wenn die Personendaten bei der betroffenen Person beschafft werden[...] Denkbar sind in diesem Falle eine Datenschutzerklärung auf einer Website [...] Werden die Daten hingegen nicht bei der betroffenen Person beschafft [...] Gegebenenfalls reicht es in diesem Fall nicht aus, lediglich Informationen zur Verfügung zu stellen, sondern die betroffene Person muss *aktiv informiert* werden, sei dies in einer geeigneten *allgemeinen Form* oder durch individuelle *Information*»; im Ergebnis, letztlich aber zu absolut (s. unten Abschn. 3.3.3 d), ebenso CHRISTINE SCHWEIKARD/DAVID VASELLA, Datenschutzerklärungen und AGB, in: digma 2020 S. 88 ff., S. 92 f.; BIERI/POWELL, Fn. 85, S. 1536 f.

¹⁷⁵ Vgl. hierzu bereits ausführlich BÜHLMANN/SCHÜEPF, Fn. 36, Rz. 19.42 ff. und 19.57 ff.

¹⁷⁶ Vgl. z.B. ROSENTHAL, Fn. 59, Rz. 101.

¹⁷⁷ A.A. wohl (bloss «empfehlenswert») BIERI/POWELL, Fn. 85, S. 1537; SCHWEIKARD/VASELLA, Fn. 174, S. 92.

¹⁷⁸ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050.

[97] Ausreichend und oftmals gar förderlich für die «Zumutbarkeit» ist es demgegenüber, wenn die **Informationen auf mehreren Ebenen** bzw. mehrstufig erfolgen.¹⁷⁹ Dies gilt nicht nur innerhalb der Datenschutzerklärung, z.B. durch «aufklickbare» Abschnittstitel, sondern insbesondere auch in Kombination mit Stellen ausserhalb der Datenschutzerklärung. So wird die eigentliche erste Ebene meist auch bloss in einem allgemeinen Hinweis/Verweis auf das Vorhandensein der Informationen im soeben erläuterten Sinne bestehen, gegebenenfalls mit einem Hinweis auf die Tatsache, dass eine Datenerhebung erfolgt. Ein solcher Hinweis kann z.B. in Form von Piktogrammen erfolgen, die insbesondere beim Einsatz der Videoüberwachung im Einsatz sind.¹⁸⁰ Dies alleine genügt selbstredend nicht, sondern es braucht eine Verknüpfung mit der zweiten Ebene, wo die weiteren Informationen vorhanden sind. Online lässt sich dies einfach mittels Verlinkung umsetzen. Im Offline-Kontext ist dies demgegenüber schwieriger. Unzumutbar ist es dort jedoch, wenn bei Hinweisen auf der ersten Ebene eine «**Webadresse**» bzw. **URL** angegeben wird, die von der betroffenen Person, dann abgetippt werden müsste.¹⁸¹ Demgegenüber kann unseres Erachtens die Anbringung eines **QR-Codes**, der durch den Scan mit der Smartphone-Kamera zu den Datenschutzhinweisen führt, im Grundsatz ausreichen und der «Medienbruch» ausnahmsweise unschädlich sein.¹⁸²

[98] Vor diesem Hintergrund ist bspw. auf einer **Website** zumindest ein deutlich wahrnehmbarer Hinweis mit einem entsprechenden Link unter einer klaren Bezeichnung wie «*Datenschutz*» oder «*Datenschutzerklärung*» erforderlich, der auf jeder Unterseite abrufbar ist. Gerade in den verbreiteten Fällen, wo der Footer (die «Fusszeile») nur nach sehr langem Scrollen aufrufbar ist, erscheint dies jedoch unzureichend und es ist in unmittelbarer Nähe zu Stellen, wo Daten erhoben werden (z.B. Formular-Feldern), ein deutlicher verlinkter Hinweis anzubringen.¹⁸³ Demgegenüber wurde unter dem noch geltenden Recht die Verlinkung der Datenschutzerklärung auf der Homepage (im «technischen» Sinn) meist noch als ausreichend betrachtet; dies aufgrund einer entsprechenden Stellungnahme in der Botschaft DSG 2003.¹⁸⁴ Im **Geschäftslokal** erscheint es sodann umso wichtiger, dass die Platzierung des Hinweises (z.B. durch Aufkleber oder Schilder) oder der Informationen in räumlicher Nähe zum Ort oder Bereich besteht, wo die Datenerhebung erfolgt. So ist bei der Vornahme von Videoüberwachungen ein Hinweis vor dem Bereich anzubringen, den die Videoüberwachung abdeckt.¹⁸⁵

[99] **Gesteigerte Anforderungen** gelten jedenfalls dort, wo beispielsweise Daten in grösserem Umfang oder nicht wahrnehmbarer Form erhoben werden, z.B. über Cookies oder Beacons, und die Daten an Dritte zur Erstellung von Nutzer-Profilen weitergegeben werden; dies selbstredend,

¹⁷⁹ Vgl. auch Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7050 («*mehrstufiger Zugang*»).

¹⁸⁰ Vgl. das Beispiel, in welchem aber bereits die erste Ebene zahlreiche über den Verweis/Hinweis hinausgehende Informationen enthält, bei European Data Protection Board (EDPB), Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices, Version 2.0, 29. Januar 2020, Rz.116.

¹⁸¹ Betreffend AGB offengelassen in BGE 139 III 345, E. 4.4.1; gl.M. wie hier KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 111, Rz. 136 f.; A.A SCHWEIKARD/VASELLA, Fn. 174, S. 93; ROSENTHAL, Fn. 59, Rz. 100.

¹⁸² Gl.M. in Bezug auf AGB KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 111, Rz. 137 Fn. 467; differenzierend BIERI/POWELL, Fn. 85, S. 1537.

¹⁸³ Unklar insofern die Botschaft DSG 2017, Fn. 18, S. 7050; vgl. zum EU-Recht Artikel 29-Gruppe, Fn. 106, S.8.

¹⁸⁴ Vgl. Botschaft DSG 2003, Fn. 33, 2126 sowie die weiteren Hinweise bei BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, 19.45 m.w.H.

¹⁸⁵ Vgl. nur EDÖB, Merkblatt «Videoüberwachung durch private Personen», Stand: April 2014, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/merkblaetter/videoeuberwachung-durch-private-personen.html> (zuletzt besucht: 4. Januar 2021).

aber im Unterschied zum EU-Recht¹⁸⁶, nur dann, wenn überhaupt von Personendaten ausgegangen werden muss.¹⁸⁷ Hier ist ein Hinweis-Fenster, wie z.B. ein Cookie-Banner oder Pop-Up-Fenster, erforderlich. Erhöhte Anforderungen ergeben sich auch dann, wenn, wie in den in vorherigen Abschnitten aufgezeigten Beispielen, von der **Ungewöhnlichkeit** einer Bearbeitung auszugehen ist. In diesem Fall lässt sich zwar wie erwähnt¹⁸⁸ nach der Rechtsprechung die Folge der Unwirksamkeit beseitigen, indem die Betroffenen durch einen entsprechenden besonderen Hinweis auf die Klausel, also hier der Information über die betreffende Bearbeitung, besonders aufmerksam gemacht werden.¹⁸⁹ Zu beachten ist jedoch, dass die blossе Hervorhebung in demselben vorformulierten Dokument, z.B. durch Fettdruck, entsprechend der (impliziten) bundesgerichtlichen Praxis nicht in jedem Fall zum Ausschluss der Unwirksamkeit infolge Ungewöhnlichkeit führt.¹⁹⁰ Gerade bei besonders einschneidenden Bearbeitungen wäre dies in der Sache auch nicht angemessen und entspricht letztlich dem Verhältnismässigkeitsmassstab.¹⁹¹ In solchen Fällen müsste daher bei der Datenerhebung ausserhalb der (vorformulierten) Datenschutzerklärung, z.B. unterhalb des Adressformulars selbst oder gar durch ein gesondertes Hinweisfenster/Dokument ein getrennter Hinweis darauf erfolgen.¹⁹²

[100] Darüber hinaus kann in besonderen Konstellationen gleichwohl die **Zustellung in den Machtbereich** der betroffenen Personen erforderlich sein, damit die zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme gegeben¹⁹³ und die Unwirksamkeit infolge Ungewöhnlichkeit ausgeschlossen ist. Dies dürfte in vielen Fällen bei der *indirekten Erhebung* gelten, wobei die Ausnahmen von der Informationspflicht wiederum vorbehalten bleiben.¹⁹⁴ Eine solche direkte Kontaktierung wird ferner auch dann erforderlich sein, wenn bspw. bereits erhobene Daten nachträglich zu neuen, nicht kompatiblen Zwecken bearbeitet oder an neue Empfänger-Kategorien bekanntgegeben werden. Dies gilt selbstredend aber dort nicht, wo eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Änderung bestand, also bspw. sich der Nutzer regelmässig wieder einloggt auf einer Website und dort die aktualisierte Datenschutzerklärung verlinkt ist oder wenn beim Login gar ein Pop-Up mit der (neuen) Information erscheint. Besteht eine solche Möglichkeit nicht, bspw. weil auch Daten von Kunden mit bloss einmaligem, vergangenem Kontakt betroffen sind, wird somit in den genannten Fällen, wo keine Ausnahme greift, eine Kontaktierung erforderlich sein. Die Information kann dabei bspw. durch eine E-Mail erfolgen, die eine generell gehaltene Angabe zum Inhalt der Änderung sowie einen verlinkten Hinweis auf die Datenschutzerklärung enthält, wo die Einzelheiten zu den (geänderten) Datenbearbeitungen festgehalten werden.

¹⁸⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) C-673/17 vom 1. Oktober 2019, Rz. 66–71.

¹⁸⁷ Vgl. zur Diskussion in Bezug auf IP-Adressen und Cookies ausführlich BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, 19.12 ff sowie Rz. 19.73 f.

¹⁸⁸ Vgl. oben Abschn. 3.3.3 b iii.

¹⁸⁹ Urteil des BGer 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014, E. 5.1; BGE 138 III 411, E. 3.1; BGE 135 III 1, E. 2.1; BGE 119 II 443, E. 1a.

¹⁹⁰ Vgl. nur Urteil des BGer 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014, wo nach der Feststellung, die Beschwerdeführerin sei rechtsgenügend auf die Klausel hingewiesen worden, trotzdem noch deren Inhalt geprüft wurde.

¹⁹¹ Vgl. oben Abschn. 3.3.3 b i.

¹⁹² Vgl. hierzu bereits, aber noch zu undifferenziert, da auf jegliche ungewöhnlichen Bearbeitungen bezogen, BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, Rz. 19.60.

¹⁹³ Zu absolut SCHWEIKARD/VASELLA, Fn. 174, S. 92 f.; BIERI/POWELL, Fn. 85, S. 1536 f.

¹⁹⁴ Art. 29 Abs. 2 nDSG (bisher: Art. 14 Abs. 4 aDSG).

e. Anwendung der Grundsätze zur «informierten» Einwilligung «im Einzelfall» auf den Helsana+-Sachverhalt

[101] Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht in seinem Helsana+-Urteil die «Informiertheit» der Einwilligung und die Einwilligung «im Einzelfall» zu Recht verneint hat.

[102] In Bezug auf die «**Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen für Helsana+ App V1.0**» lässt sich dem Urteil Folgendes entnehmen (E. 4.3):

[103] «Unter dem Titel Welche Daten sammelt die Helsana im Rahmen der Helsana+ App?» führen die Bestimmungen in Ziff. B.3.1 aus:

«[...] Für die Registrierung und Identifikation des Nutzers zur Vollversion ist die Angabe der Versichertennummer, der PLZ und des Geburtsdatums sowie der E-Mail-Adresse erforderlich. Helsana ist berechtigt, zwecks Identifikation des Nutzers Einblick in die entsprechenden Daten der jeweiligen Versicherungsgesellschaften der HelsanaGruppe zu nehmen.»

[104] In Ziff. B.4 «Einwilligung zum Abgleich mit Versichertendaten des Nutzers» halten die Bestimmungen fest:

«Der Nutzer stimmt ausdrücklich zu, dass Helsana im Rahmen der Abwicklung der Helsana+ App auf die bei den Versicherungsgesellschaften der HelsanaGruppe vorhandenen Versichertendaten des Nutzers zurückgreifen darf.»

[105] Im Zusammenhang mit den Pluspunkten, welche die Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Programm für «langjährige Treue» erhalten können, sieht Ziff. A.7.1.4 vor:

«Der Nutzer ermächtigt Helsana hiermit ausdrücklich, den dafür notwendigen Abgleich mit den bei den Versicherungsgesellschaften der Helsana-Gruppe vorhandenen einschlägigen Nutzerdaten vorzunehmen.»

[106] Zudem sieht Ziff. A.9.1 unter dem Titel «Arten des Nachweises» (von zu Pluspunkten berechtigenden Aktivitäten) vor:

«[...] Die Bepunktung z.B. für Vertragstreue erfolgt automatisch durch Helsana (vgl. Ziffer 7.1.4). Der Nutzer ermächtigt hierfür Helsana, Einblick in die bei den Versicherungsgesellschaften der Helsana-Gruppe vorhandenen einschlägigen Nutzerdaten zu nehmen.»

[107] Zu diesen Bearbeitungen hat der Nutzer im Rahmen der Registrierung seine Zustimmung erteilt.¹⁹⁵

[108] Aus den einzelnen Bestimmungen wird deutlich, dass die Einwilligung zwar nicht für einen einzelnen zeitlich abgeschlossenen Vorgang der «Bekanntgabe», sondern in der Tat für **wieder-**

¹⁹⁵ Vgl. zu den Anforderungen an die Einwilligungserklärung unten, Abschn. 3.3.5.

kehrende Bekanntgaben erteilt wird.¹⁹⁶ Gleichwohl gehen zumindest aus Ziff. B.3.1, auf welche sich die Einwilligungserklärung des Nutzers ebenfalls bezieht,¹⁹⁷ sämtliche massgeblichen Aspekte zur Information über die im Verfahren strittige Bearbeitung hervor. So werden darin die **Kategorien** der Personendaten («*Versichertennummer, der PLZ und des Geburtsdatums sowie der E-Mail-Adresse*») festgelegt. Eine damit verknüpfte **Zweckbeschreibung**, aus welcher auch die Bearbeitung teilweise hervorgeht, ist darin ebenfalls enthalten (Erhebung «*für die Registration und Identifikation*»). Ferner wird über den Umstand der Beschaffung bei einem Dritten und insoweit auch die Bekanntgabe durch diesen Dritten sowie die **Kategorie von Empfängern** informiert («*Einblick in die entsprechenden Daten der jeweiligen Versicherungsgesellschaften der HelsanaGruppe*»).

[109] **Verbesserungswürdig** erscheint – zumindest nach dem im Urteil abgebildeten Auszug – einzig der Bezug der Datenkategorien zum Bonussystem und zur Bepunktung. Allerdings ergibt sich dies zum einen wohl hinreichend bestimmt aus den beiden Klauseln in Ziff. A.7.1.4 und A.9.1 und zum anderen wohl auch aus den für die Nutzer hier besonders interessierenden Angaben zum Bonussystem, welche im Urteil nicht abgebildet werden. Dieses System dürfte ja der primäre Anreiz darstellen, sich überhaupt für die App zu registrieren, und dem Nutzer insoweit auch in anderen Informationen angegeben werden. Darüber hinaus sind in Anwendung des Verhältnismässigkeitsmassstabs ohnehin keine hohen Anforderungen zu stellen, sind die betroffenen Daten doch relativ banal. Neben den Personalien werden nur die Versichertennummer bzw. die Angabe bearbeitet, dass eine Grundversicherung bei der HelsanaGruppe besteht. Ferner stehen diese Bearbeitungen rund um das Bonussystem im engen Zusammenhang mit dem vom Kunden gewünschten Dienst/Vertrag.¹⁹⁸

[110] Folglich sind die betroffenen Bearbeitungen genügend bestimmt und können sich Durchschnittsnutzer nach Treu und Glauben vor der Erteilung ihrer Zustimmung zu den Datenschutzbestimmungen ein **hinreichend klares Bild** davon machen, für welche Bearbeitungen sie wem ihre Einwilligung erteilen. Von einer Pauschal- oder Globaleinwilligung kann insofern nicht die Rede sein. Auch von einer ungewöhnlichen Klausel kann hier aufgrund der bekannten Umstände nicht ausgegangen werden. So dürfte bereits aus dem wohl auch ausserhalb der Nutzungsbedingungen erläuterten Bonus-System hervorgehen, dass ein gewisser Abgleich zur Prüfung des Vorliegens einer Grundversicherung innerhalb der Helsana-Gruppe erfolgen wird. Wenn also einem Nutzer Punkte/Boni in Aussicht gestellt werden, falls auch eine Grundversicherung bei der Helsana Gruppe vorliegt, vermag auch nicht zu überraschen, dass ein entsprechender Abgleich erfolgt.

[111] Ferner ist nach dem Gesagten auch die Beanstandung des Bundesverwaltungsgerichts unverständlich, wonach sich die **Einwilligung auf mehrere Bestimmungen** verteile. Selbst wenn das für die strittigen Bearbeitungen zutreffen würde, ist zweifelhaft, ob alleine deswegen die «Informiertheit» verneint werden kann. Das Beurteilungskriterium ist hier die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme, die sich mangels näherer Angaben zum Sachverhalt nicht hinreichend beurteilen lässt. Im Grundsatz wird man aber die Zumutbarkeit nicht alleine deshalb verneinen können, weil eine Zustimmung letztlich Bearbeitungen betrifft, die sich auf mehrere *Bestimmungen* eines Dokuments «verteilen». Etwas anderes könnte eventuell in Extremfällen gelten, wenn die

¹⁹⁶ Vgl. zur (Un-)Massgeblichkeit dieses Punkts, oben Abschn. 3.3.2.

¹⁹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen zur Einwilligungserklärung unten, Abschn. 3.3.5.

¹⁹⁸ Vgl. dazu auch unten, Abschn. 3.5.

Angaben zu einem bestimmten Bearbeitungsprozess sich auf mehrere *Dokumente* verteilen oder durch zahlreiche Ebenen und Quer-Verweisen so verschachtelt sind, dass die Kenntnisnahme vor der Inanspruchnahme eines Diensts für einen Durchschnittsnutzer nicht mit angemessenem (Zeit-)Aufwand möglich ist und insofern faktisch vereitelt wird.¹⁹⁹ Selbst wenn man von einem anderen Grundsatz ausgeht als hier, müsste dies im vorliegenden Fall aber unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsmassstabs als unproblematisch bezeichnet werden, handelt es sich doch wie erwähnt um relativ banale Daten und eine eng mit dem gewünschten Dienst verbundene Bearbeitung.

[112] Nach alledem ist unverständlich, inwiefern für die Nutzer nicht erkennbar sein soll, dass sie (zumindest) für die strittige Bekanntgabe/Beschaffung (Abgleich mit Grundversicherung) ihre Einwilligung erteilen, wie das Bundesverwaltungsgericht festhielt. Der Umstand, dass die Einwilligungserklärung insgesamt (infolge der anderen drei Klauseln als B.3.1) eventuell als überschüssend zu betrachten ist, vermag an dieser Schlussfolgerung nichts zu ändern, wie später in Abschnitt 3.3.3. erläutert wird.

3.3.4. Exkurs: Ausdrücklichkeit der Einwilligung

[113] Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit spielte im *Helsana*-Urteil keine direkte Rolle. Da aber die *Helsana* Zusatzversicherungen AG die Einwilligung in vorformulierten «Datenschutzbestimmungen» einholte und dies nach einer Stellungnahme in der **parlamentarischen Debatte zur DSG-Totalrevision** künftig nicht mehr zulässig sein sollte für «ausdrückliche» Einwilligungen, ist dennoch kurz darauf einzugehen. Gleich vorweg ist zu betonen, dass aus den parlamentarischen Stellungnahmen nicht die Meinung des Gesetzgebers zur Änderung der bestehenden Anforderungen hervorgeht.²⁰⁰ Der einzelnen Aussage, wonach eine ausdrückliche Einwilligung nicht in AGB eingeholt werden kann, kann somit kein Gewicht beigemessen werden.²⁰¹ Dies gilt umso mehr, weil weiterhin auf eine gesetzliche Definition der Voraussetzungen der «Ausdrücklichkeit» verzichtet wurde und im Parlament keine Debatte über die *Anforderungen* an eine ausdrückliche Einwilligung stattfand. So erfolgte neben der geschilderten Aussage einzig noch ein Hinweis auf die umstrittene Rechtslage im geltenden Recht und die Umschreibung in der Botschaft DSG 2017.²⁰²

[114] Die Botschaft DSG 2017 verweist ebenfalls auf die **umstrittene bisherige Rechtslage**.²⁰³ Diese lässt sich vereinfacht in etwa wie folgt darstellen: Nach der wohl überwiegenden Meinung bezieht sich «ausdrücklich» sowohl auf den *Inhalt* als auch auf die *Ausdrucksform*, wobei nur eine aktive affirmative Handlung als hinreichende Ausdrucksform betrachtet wird.²⁰⁴ Demgegenüber

¹⁹⁹ In diese Richtung geht der Vorwurf der französischen Aufsichtsbehörde CNIL gegenüber Google, wo u.a. beanstandet wird, dass sechs Schritte notwendig seien, um umfassende Informationen zum Thema Geolokalisierung zu erhalten, vgl. das Urteil des Conseil d'État, N° 430810, 19 Juni 2020, Rz. 18.

²⁰⁰ So auch, allerdings ohne Hinweis auf die parlamentarische Debatte, SCHWEIKARD/VASELLA, Fn. 174, S. 93, («*Einwilligungen können sodann auch nach dem E-DSG durch die Zustimmung zu AGB erteilt werden.*»).

²⁰¹ SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1244.

²⁰² NR Valérie Piller Carrard, AB 2019 N 1789.

²⁰³ Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7028.

²⁰⁴ Vgl. EPINEY, Fn. 45, S. 103; HEUBERGER, Fn. 97, Rz. 324; VASELLA, Fn. 39, Rz. 41.

musste nach MEIER²⁰⁵ und (der ursprünglichen Auffassung von) ROSENTHAL²⁰⁶ nur der Inhalt der Einwilligung und nicht die Art und Weise der Einwilligungserklärung ausdrücklich sein. In Bezug auf den Inhalt wird übereinstimmend verlangt, dass die betroffene Bearbeitung als solche klar benannt wird. Da die Botschaft sich mit diesen Anforderungen und Meinungen nicht näher auseinandersetzt, bleiben die Ausführungen unklar.²⁰⁷ Unabhängig davon soll die geltende Rechtslage nicht geändert werden, weshalb die **überzeugende überwiegende Meinung auch unter dem totalrevidierten DSG weiter gilt**.

[115] Insofern kann – mit Blick auf die «Form» – auch eine ausdrückliche Einwilligung weiterhin über eine Zustimmung zu vorformulierten Texten eingeholt werden. Bei AGB ist aber das oben bereits Ausgeführte zu beachten.²⁰⁸ In Bezug auf die Einwilligung in die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten oder in ein Profiling mit hohem Risiko wird daher eine Information und **vorformulierte Einwilligung in den AGB nur selten ausreichend** sein, solange der Kunde nicht bspw. aufgrund der Umstände, wie z.B. dem Gegenstand des Vertrags, mit solchen Datenbearbeitungen zu rechnen hat und Informationen dazu somit auch in blossen AGB erwarten kann. Unproblematisch als solches ist demgegenüber die (globale) Zustimmung zu einer **Datenschutzerklärung** durch eine aktive Handlung. Darüber hinaus lässt sich als Unterschied zur «gewöhnlichen» Einwilligung festhalten, dass «**Stillschweigen**», sollte es überhaupt sinnvoll abgrenzbar und als solches identifizierbar sein,²⁰⁹ nicht als «ausdrückliche» Einwilligung gelten kann.²¹⁰ Unabhängig davon, ob eine hiervon abweichende *vertragliche Gleichsetzung des Stillschweigens mit Ausdrücklichkeit* im Grundsatz zulässig sein soll,²¹¹ wird eine solche Vereinbarung in AGB zumindest mit Blick auf die Ungewöhnlichkeitsregel vielfach problematisch sein.

[116] Damit eine ausdrückliche Einwilligung vorliegt, ist jedoch – mit Blick auf den «Inhalt» – *zusätzlich* erforderlich, dass die betroffene Datenbearbeitung in der Datenschutzerklärung klar umschrieben wird. Mithin muss inhaltliche Klarheit über die Datenbearbeitung und damit die Tragweite der Einwilligung bestehen. Die zur Diskussion stehende Bearbeitung darf sich **nicht nur implizit aus der Formulierung ergeben**, sondern muss als solche bezeichnet werden. Keinesfalls können somit – wie bereits bei der «gewöhnlichen» Einwilligung²¹² – vage Zweckangaben, wie «*Bearbeitung zu Marketingzwecken*» genügen²¹³ und es ist im Unterschied zu gewöhnlichen Einwilligungsformulierungen auch Zurückhaltung geboten bei generischen Umschreibungen, wie «*zur Abwicklung des Vertrags*». Die Bearbeitungsschritte müssen so bestimmt bezeichnet werden, dass sich der durchschnittliche Adressat eine Vorstellung darüber machen kann. Hierzu gehört

²⁰⁵ MEIER, Fn. 36, Rz. 902.

²⁰⁶ ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 83.

²⁰⁷ Vgl. auch DAVID ROSENTHAL, *Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz*, in: Jusletter 27. November 2017, Rz. 39.

²⁰⁸ S. oben, Abschn. 3.3.3 d.

²⁰⁹ Vgl. z.B. HEUBERGER, Fn. 97, Rz. 317: «[...] *fingiert eine klare, eindeutige Abgrenzung, die so in der Realität nicht möglich ist.*»

²¹⁰ Botschaft DSG 2017, Fn. 18; 7028.

²¹¹ So ist fraglich, ob die Interpretation der Anforderung in Art. 4 Abs. 5 DSG und Art. 6 Abs. 7 nDSG überhaupt der Parteidisposition überlassen wurde oder ob die Vorschrift nicht eher zwingenden Charakter hat.

²¹² S. oben, Abschn. 3.3.3 c i.

²¹³ Abzulehnen ist deshalb die Auffassung von DAVID ROSENTHAL, *Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet*, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 33, werden doch die fraglichen Bearbeitungen mit einer Umschreibung wie «*Bearbeitung zu Marketingzwecken*» gerade nicht «*beim Namen genannt*»; mittlerweile wohl gl.M. wie hier DERS., Fn. 59, Rz. 32.

auch, dass sich zumindest die Kategorien von Empfängern der Daten und Verantwortlichen, die sich auf die Einwilligung berufen wollen, genannt werden.²¹⁴

3.3.5. Einwilligungserklärung und «überschiessende» Einwilligungen

[117] Ein weiteres Element der Einwilligung, das im *Helsana+*-Urteil zum Tragen kam, ist die Einwilligungserklärung, die unter der vorangehend beschriebenen Anforderung der «Ausdrücklichkeit» gar «aktiv» gegenüber dem Verantwortlichen abgegeben werden muss. Bei gewöhnlichen Einwilligungen kann die Einwilligung demgegenüber grundsätzlich auch stillschweigend erklärt werden. Ferner wurde bereits bekräftigt, dass die Einwilligungserklärung zwar als nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung zu qualifizieren ist, aber gleichwohl die für Rechtsgeschäfte massgeblichen Auslegungsgrundsätze anwendbar sind. Für die Auslegung bei der meist fehlenden Möglichkeit zum Nachweis des wirklichen Willens (Art. 18 OR) ist deshalb primär das **Vertrauensprinzip** massgebend.²¹⁵ Abzustellen ist auf einen objektiven Massstab und es ist der Sinn zu ermitteln, welchen der Empfänger der Erklärung unter Würdigung der Umstände als vernünftig und redlich urteilende Person nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) beilegen konnte und musste.

[118] Der Empfänger ist hier in aller Regel zugleich diejenige Partei, welche die der Einwilligung zugrundeliegenden Informationen als auch die Einwilligungserklärung vorformuliert. Auf die betroffene Person selbst geht in diesem Fall letztlich nur noch der Umstand zurück, *ob* eine Abgabe der vorformulierten Erklärung erfolgt oder nicht, z.B. durch den Klick auf einen Bestellbutton unterhalb des Hinweises auf die «...erteilen Sie Ihre Zustimmung zur Datenschutzerklärung». Da aber wie erwähnt,²¹⁶ nach der hier vertretenen Auffassung die **gleichen Grundsätze gelten für die Informationserklärung wie für die Einwilligungserklärung**, spielt dieser Umstand für die praktische Beurteilung und Anwendung des Vertrauensprinzips und der Ungewöhnlichkeitsregel meist keine entscheidende Rolle,²¹⁷ solange jeweils auf Durchschnittspersonen und nicht auf individuelle Eigenschaften abgestellt wird.

[119] Mit Blick auf die «Erklärungsrichtung» wurde sodann bereits festgehalten,²¹⁸ dass die Einwilligung grundsätzlich **auch für Dritte bzw. Kategorien von Dritten** sowie deren Bearbeitungen eingeholt werden kann, und es genügt, wenn die Einwilligung nur gegenüber einem Verantwortlichen erklärt wird.²¹⁹ Selbstredend obliegt es aber (datenschutzrechtlich) dem Dritten selbst, den Nachweis für die Zulässigkeit der Erhebung und Weiterverarbeitung der erhaltenen Daten und damit ggf. für die Wirksamkeit der Einwilligung zu seinen Gunsten zu erbringen. Vertragliche Zusicherungen des «Übermittlers» genügen hierfür nicht.²²⁰

²¹⁴ In diesem Sinne womöglich auch das (*Helsana+*-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.8.3, wobei von «expliziter» Einwilligung gesprochen wird und die «Ausdrücklichkeit» der Einwilligung auch nicht verlangt war.

²¹⁵ HAAS, Fn. 97, Rz. 498 f. und 508; AEBI-MÜLLER, Fn. 97, Rz. 209 ff.

²¹⁶ Vgl. hierzu bereits oben, Abschn. 3.3.3 b ii.

²¹⁷ Vgl. aber PROBST, Fn. 108, S. 73 f., der bei der Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel im Zusammenhang mit AGB entgegen dem Bundesgericht auf die Perspektive des AGB-Verfassers abstellt.

²¹⁸ S. oben, Abschn. 3.3.3 c iii.

²¹⁹ So wohl auch (*Helsana+*-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.8.3.

²²⁰ Vgl. dazu BÜHLMANN/SCHÜEPP, Fn. 36, Rz. 19.158.

[120] In Bezug auf die (Vor-)Formulierung ist es für eine wirksame Einwilligung im Schweizer Datenschutzrecht nicht erforderlich, dass diese explizit als «Einwilligung» bezeichnet wird. Noch weniger ist ein Hinweis auf die Gesetzesnorm oder Rechtsgrundlage wie unter der DSGVO²²¹ erforderlich. Zentral ist sodann gerade mit Blick auf das *Helsana+*-Urteil, dass die **Einwilligungserklärung auch breiter und weniger präzise sein kann als die ihr zugrundeliegende Information**. Die beiden Erklärungen sind insofern grundsätzlich zu unterscheiden. Solange der Bezugspunkt der Einwilligungserklärung klar ist, diese sich also insbesondere auf eine Datenschutzerklärung bezieht, welche die Datenbearbeitungen hinreichend präzise umschreibt, können auch sehr weit gefasste Einwilligungserklärungen genügen. Dies ändert zwar nichts an den Anforderungen an eine hinreichende Information, wie sie bereits umschrieben wurden. Die Folge davon ist jedoch, dass «überschiessende Einwilligungserklärungen» meist unproblematisch sind.

[121] Mit **überschiessenden Einwilligungen** sind im vorliegenden Kontext nicht primär die bereits erwähnten Fälle²²² gemeint, wo die Einwilligungserklärung auch für Bearbeitungen eingeholt wird, die eigentlich keine solche erfordern, z.B. weil gar nicht erst eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt oder ein anderer Rechtfertigungsgrund greift. Vorliegend ist vielmehr eine andere Konstellation gemeint, die aber unseres Erachtens ebenfalls unproblematisch und zulässig ist. Konkret können vorformulierte Einwilligungserklärungen wie die Folgende zulässig sein: «*Sie willigen in die Bearbeitung Ihrer Daten zu Marketingzwecken ein.*» Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass der **Bezugspunkt klar** ist, also ein präzisierender Zusatz erfolgt wie «*Einzelheiten dazu finden Sie in der Datenschutzerklärung*» und in der verlinkten Datenschutzerklärung die Bearbeitungen im Bereich des Marketings hinreichend präzise umschrieben²²³ werden. In diesem Fall bezieht sich die Einwilligungserklärung zwar eigentlich generell auf jegliche «*Bearbeitungen zu Marketingzwecken*», jedoch ist der Bezugspunkt klar umschrieben. Dass die Formulierung der Erklärung insofern zwar weiter geht und auch Bearbeitungen zu Marketingzwecken miteinbezieht, die in der Datenschutzerklärung nicht beschrieben werden, ändert jedenfalls nichts daran, dass die Einwilligung für die in der Datenschutzerklärung hinreichend beschriebenen Bearbeitungen wirksam ist. Inwieweit einzelne nicht direkt beschriebene Bearbeitungen gleichwohl von der Einwilligungserklärung gedeckt werden, ist eine andere Frage, die durch Auslegung zu ermitteln ist und zumindest in den gesetzlichen Fällen, wo Ausdrücklichkeit im oben beschriebenen Sinne verlangt wird, oftmals verneint werden muss.

[122] Klar zu unterscheiden vom hier beschriebenen Fall der überschiessenden Einwilligung ist die Konstellation, wo in der Datenschutzerklärung zwar eine Information enthalten ist, diese aber selbst viel zu vage ist, indem z.B. nur von «*Bearbeitung zur Bewerbung des Diensts*» gesprochen wird. In diesem Fall kann die Information in aller Regel mangels Bestimmtheit betreffend Bearbeitungszweck gar nicht erst als hinreichende Informationserklärung gegenüber der betroffenen Person gelten²²⁴ und auch nicht wirksamer Teil des Willens des Einwilligungserklämers werden.

[123] Im **Fall *Helsana+*** geht aus dem Urteil nicht klar hervor, wie der Registrierungsprozess ausgestaltet war, in dessen Rahmen die Nutzer ihre Einwilligungserklärung abgegeben haben. Gemäss der Formulierung des EDÖB haben die Nutzer aber offenbar ihre Globalzustimmung zu den Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen erteilt (E. 4.1). Gemeint ist damit wohl eine Form der

²²¹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c DSGVO.

²²² Vgl. dazu oben, Abschn. 3.3.1 letzter Absatz.

²²³ Vgl. dazu oben, insb. Abschn. 3.3.3 c i.

²²⁴ Vgl. dazu oben, insb. Abschn. 3.3.3 c i.

Einwilligungserklärung wie z.B. den Klick auf einen Button «Registrieren», bei welchem oberhalb ein mit Link hinterlegter Hinweis angezeigt ist wie z.B. «*Mit dem Klick auf Registrieren stimmen Sie unseren Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen zu*». Die Einwilligungserklärung, welche die Nutzer in solchen Fällen abgeben, bezieht sich insofern auf sämtliche Bearbeitungen und damit auch auf Bestimmungen, wo nicht explizit von einer Einwilligung die Rede ist, wie vorliegend die Ziff. B.3.1. Wie erwähnt, sind solche globalen Einwilligungserklärungen grundsätzlich zulässig, wobei auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, insbesondere die angemessene Information und das Fehlen ungewöhnlicher Bearbeitungen, damit von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden kann.

[124] Das Bundesverwaltungsgericht beanstandete denn auch nicht ausdrücklich, dass die Einwilligungserklärung global erfolgte. Vielmehr störte es sich daran, dass die **Einwilligung «über den notwendigen Zweck der Datenbearbeitung hinaus»** geht. Näheres hierzu führt das Gericht nicht aus, weshalb der Standpunkt unklar bleibt. Nicht gemeint sein wird damit aber wohl die erwähnte Konstellation, dass die Einwilligung sich auch auf Bearbeitungen bezieht, für welche (in rein privatrechtlichen Sachverhalten ohne Geheimhaltungspflicht) keine solche nötig wäre, weil die Bearbeitung z.B. wie wohl hier für die Erfüllung des «App-Nutzungsvertrags» erforderlich und damit grundsätzlich zulässig ist. Vielmehr dürfte das Bundesverwaltungsgericht damit auf den Umstand abzielen, dass sich die Einwilligung z.B. auch auf Bestimmung B.4 bezieht und damit auch für die Einsicht in/Beschaffung von mehr Daten gelten würde («*im Rahmen der Abwicklung... auf die... vorhandenen Versichertendaten*»), als für die Prüfung der Teilnahme-/Bonus-Berechtigung entsprechend B.3.1 erforderlich wäre. Zumindest in Bezug auf andere als in B.3.1 genannte Daten und deren Bearbeitung waren die Informationen – soweit aus den obigen Auszügen ersichtlich – in der Tat zwar kaum genügend und zu wenig bestimmt. Nur weil die Einwilligungserklärung aber auch noch andere Bearbeitungen erfasst, für welche die Einwilligung mangels hinreichend konkretisierter Information nicht wirksam wäre, macht dies die Einwilligung für den übrigen hinreichend konkretisierten Teil der Bearbeitungen nicht unwirksam.

[125] Vor diesem Hintergrund ist auch diese Beanstandung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nachvollziehbar und zu Unrecht erfolgt.

3.3.6. Schriftlichkeit der Einwilligung

[126] Die letzte im *Helsana+*-Urteil geprüfte Anforderung an die Gültigkeit der Einwilligung war die Schriftlichkeit. Zu dieser spezialgesetzlichen Voraussetzung äusserte sich das Bundesverwaltungsgericht wiederum nur äusserst knapp. So verweist es zwar auf Art. 14 OR und das Fehlen einer eigenhändigen Unterschrift beim Anklicken einer Schaltfläche (E. 4.8). Wieso aber überhaupt die Art. 13 f. OR anwendbar sein sollen, begründet das Bundesverwaltungsgericht nicht einmal mit einem einzigen Satz.

[127] Dies erstaunt umso mehr, als privatrechtliche Vorschriften **keineswegs automatisch im öffentlichen Recht zur Anwendung** gelangen und dies selbst dann nicht einmal analog, sofern es sich um sog. «allgemeine Rechtsregeln» oder «allgemeine Rechtsgrundsätze» des Verwaltungsrechts handeln würde. Selbst wenn von einem solchen (ungeschriebenen) Grundsatz auszugehen wäre, dürfte die zivilrechtliche Lösung nicht unbeschoren ins Verwaltungsrecht übernommen wer-

den.²²⁵ Dass die Regeln zur einfachen Schriftlichkeit aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz aufzufassen wären, wird soweit ersichtlich ohnehin auch nicht vertreten.²²⁶ Ferner darf selbst dort, wo, wie hier, das Verwaltungsrecht auf feste zivilrechtliche Begriffe und Institute abstellt, ohne sie selbst zu definieren, nicht unbedenken eine zivilrechtskonforme Auslegung erfolgen. Vielmehr wäre der spezifische Sinn der verwaltungsrechtlichen Normierung zu ermitteln.²²⁷

[128] Dementsprechend geht die Rechtsprechung auch bei **anderen verwaltungsrechtlichen Schriftlichkeitserfordernissen** nicht automatisch vom obligationenrechtlichen Verständnis aus. So erfüllt z.B. eine Verfügung selbst dann die Anforderung der «Schriftlichkeit», wenn eine handschriftliche Unterzeichnung der zuständigen Person fehlt. Im entsprechenden Leiturteil hat das Bundesgericht die analoge Anwendung der obligationenrechtlichen Vorschriften denn auch explizit abgelehnt.²²⁸ In diesem Sinne entschied das Bundesgericht auch in Bezug auf andere Schriftformerfordernisse im KVG. So muss die in Art. 64a Abs. 1 KVG vorgesehene «schriftliche» Mahnung nicht zwingend eine Unterschrift enthalten oder auf Papier übermittelt werden, sondern kann auch auf elektronischem Weg (als PDF) formgültig zugestellt werden.²²⁹

[129] Beim **Schriftlichkeitserfordernis in Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG** fehlen sodann Hinweise auf den damit vom historischen Gesetzgeber verfolgten Schutzzweck.²³⁰ In Frage kämen hier wohl primär die Warnfunktion, also der Schutz vor unüberlegten Entscheidungen, und die *Informationsfunktion*, also der Hinweis auf bestimmte Angaben vor der Abgabe einer wichtigen Willenserklärung.²³¹ Zur Erreichung Letzterer ist aber ein Unterschriftserfordernis nicht erforderlich. Vielmehr wäre es ausreichend, wenn die Information in einer Form erfolgt, die den Nachweis durch Text ermöglicht (s. dazu sogleich). In Bezug auf die *Warnfunktion* erscheint ferner fraglich, inwiefern diese gerade im vorliegenden Kontext in derart ausgeprägter Form greifen soll und nur mit einer Unterschrift gewahrt werden kann.

[130] Der Blick auf systematische Elemente zeigt vielmehr, dass der Gesetzgeber die Unterschrift nicht als erforderlich betrachtet. So geht es hier zwar um eine Ausnahme von der in Art. 32 ATSG verankerten Schweigepflicht und können mitunter auch relativ sensitive Daten betroffen sein. Allerdings besteht für die Einwilligung in die Offenbarung von Berufsgeheimnissen in Art. 321 StGB gar nicht erst ein irgendwie geartetes Formerfordernis und deshalb schon gar **kein Unterschriftserfordernis**.²³² Ohnehin ist eine solche formelle Anforderung auch dem Datenschutzrecht fremd. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, wieso das Schutzbedürfnis hier zusätzlich erhöht sein soll. Die Einwilligung ist, anders als beispielsweise die Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrags, auch jederzeit widerrufbar.

²²⁵ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 16 Rz. 11.

²²⁶ Unklar die diesbezügliche Position von DAVID VASELLA/NOÉMI ZIEGLER, Krankenversicherung und DSGVO-Revision, *digma* 2020 S. 80 ff., 84: «kann aber als ungeschriebener Grundsatz des öffentlichen Rechts gelten».

²²⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Fn. 225, § 18 Rz. 8.

²²⁸ BGE 105 V 248, E. 4b: «Zur Erfüllung der in Art. 128 Abs. 1 AHVV verlangten Form der Schriftlichkeit ist daher bei Beitragsverfügungen die Unterschrift kein Gültigkeitserfordernis. Eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen über die Schriftform ist hier nicht angängig, da diese Bestimmungen von ganz anderen Voraussetzungen ausgehen.»

²²⁹ Urteil des BGer 9C_597/2014 vom 10. Dezember 2014, E. 4.2 ff.

²³⁰ Vgl. nur die Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000 255.

²³¹ Vgl. dazu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Band I und Band II: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 497 ff.

²³² Vgl. bereits BGE 98 IV 217, E. 2.

[131] Insofern ist das Schriftlichkeitserfordernis in Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG so zu verstehen, dass – wie für Gerichtsstandsvereinbarungen im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ZPO und Art. 5 Abs. 1 IPRG – ein **Nachweis durch Text** möglich sein muss. Eine Unterschrift ist somit nicht erforderlich.²³³ Die Einwilligung muss vielmehr in einer Form erteilt werden, die einen Nachweis durch Text ermöglicht. Entscheidend hierfür ist, dass die Einwilligungserklärung, hier bloss mit dem Inhalt, *dass* den «Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen» zugestimmt wird, beim jeweiligen Empfänger in visuell wahrnehmbarer, physisch reproduzierbarer Form eintrifft.²³⁴ Diese Anforderung **lässt sich im Rahmen von Online-Anmelde- oder -Bestellprozessen durchaus umsetzen**.²³⁵ Der Umstand, dass gerade bei solchen digitalisierten Lösungen unter Umständen Beweisprobleme (z.B. bezüglich Urheberschaft oder Zugang der Erklärung) auftreten, kann nicht dazu führen, das Formerfordernis von vornherein zu verneinen.²³⁶

[132] Vor diesem Hintergrund hätte die Anforderung im Fall von Helsana+ näher geprüft werden müssen. Die Schriftlichkeit hätte jedenfalls nicht ohne nähere Prüfung verneint werden dürfen. Die wenigen Sachverhaltselemente dazu lassen aber jedenfalls darauf schliessen, dass auch das Element der «Schriftlichkeit» zu bejahen gewesen wäre.

3.3.7. Zwischenfazit zur Einwilligung

[133] Nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Voraussetzung der Freiwilligkeit der Einwilligung noch zu Recht bejaht hat, kann dem Gericht in keinem anderen Teilergebnis zu den Anforderungen an die Einwilligung mehr gefolgt werden. Sowohl das Erfordernis der Informiertheit und der Einwilligung «im Einzelfall» als auch die Anforderung der Schriftlichkeit wären bei richtiger Auslegung zu bejahen gewesen, wobei in Bezug auf die Schriftlichkeit nähere Angaben zum Sachverhalt benötigt würden für ein abschliessendes Urteil. Noch bedauerlicher als das Ergebnis ist aber die teilweise äusserst dürftige Begründung und Auseinandersetzung mit diesen für die Praxis sehr wichtigen Voraussetzungen.

3.4. Datenbearbeitungsgrundsätze

3.4.1. Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung

[134] Wichtige Stellungnahmen enthält das Urteil sodann aber zum Grundsatz der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung. Hierzu wird festgehalten, dass **jegliche Weiterbearbeitung rechtswidrig beschaffter Daten grundsätzlich ebenfalls rechtswidrig** im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG sei. Dem ist zuzustimmen, wobei auch zu diesem zentralen Punkt einige zusätzliche Ausführungen und Hinweise auf die Lehre erforderlich gewesen wären.²³⁷ Immerhin verdeutlicht das Urteil für den wohl mittlerweile fast grösseren Teil von Bearbeitungen, in welchen auch Dritte invol-

²³³ A.A. wohl VASELLA/ZIEGLER, Fn. 226, 84.

²³⁴ Vgl. BERNHARD BERGER, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1–149 ZPO; Band II: Art. 150–352 ZPO und Art. 400–406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 17 N 37.

²³⁵ So in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen auch ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 9 Rz. 68a.

²³⁶ So wohl auch BERGER, Fn. 234, Art. 17 N 37 f.

²³⁷ S. z.B. ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 13, allerdings mit der unklaren Einschränkung «soweit diese auf die fragliche Verhaltensweise zurückgehen».

viert sind, dass sich auch der Empfänger von Daten zu vergewissern hat, ob die erhaltenen Daten rechtmässig erhoben wurden und weitergegeben werden. Andernfalls kann auch er datenschutzrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

[135] Zu begrüssen ist die Klarstellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Verletzung gesetzlicher Bestimmungen nur dann zur Unrechtmässigkeit der Datenbearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 1 nDSG) führt, wenn die **verletzte Vorschrift den Schutz der Persönlichkeit bezweckt**. Die abweichenden Stellungnahmen in der Lehre waren kaum je hinreichend begründet und wurden nun vom Bundesverwaltungsgericht überzeugend widerlegt. Will der Gesetzgeber tatsächlich auch die Bearbeitung zu einem rechtswidrigen Zweck für unrechtmässig im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG und Art. 6 Abs. 1 nDSG erklären, müsste dies klar zum Ausdruck gebracht werden, wie z.B. in Art. 5 Abs. 1 lit. b der EU-Datenschutz-Grundverordnung. Anders als in anderen Punkten ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts an dieser Stelle umfassend und letztlich auch überzeugend begründet, weshalb für weitere Einzelheiten darauf verwiesen werden kann.

[136] Nicht restlos klar ist aber, ob auch die **Widerrechtlichkeit einer Bearbeitung nach den Vorschriften des DSG** selbst zur Rechtswidrigkeit der Bearbeitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 aDSG und Art. 6 Abs. 1 nDSG führt. Da das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall (auch) von einem Verstoss gegen die Schweigepflicht bzw. Art. 84 KVG ausging, musste es die Frage nicht direkt beantworten. Aus den entsprechenden Erwägungen²³⁸ kann aber abgeleitet werden, dass dies der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts entspricht und damit die Meinung von ROSENTHAL²³⁹ abgelehnt wird. Selbst wenn richtigerweise nicht jede Missachtung von Vorschriften des DSG, wie z.B. in Bezug auf die Betroffenenrechte oder künftig die Vorschriften zur Erstellung eines Bearbeitungsverzeichnisses²⁴⁰, zu einer Verletzung von Art. 4 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 1 nDSG) führen kann, wird dies aber mit Blick auf Vorschriften, welche die Zulässigkeit des eigentlichen Beschaffungs- und Bearbeitungsvorgangs betreffen, bejaht werden müssen. Dies muss demnach insbesondere bei Datenbearbeitungen gelten, die ohne Rechtfertigung gegen den Erkennbarkeits- oder Zweckbindungsgrundsatz verstossen.

3.4.2. Zweckbindungsgrundsatz

[137] Andere Bearbeitungsgrundsätze werden im Urteil demgegenüber, wenn überhaupt, nur angeschnitten. So spricht das Bundesverwaltungsgericht von «einem Konflikt» mit dem Grundsatz der Zweckbindung nach Art. 4 Abs. 3 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 3 nDSG), wenn die Helsana Zusatzversicherungen AG im Rahmen von Helsana+ Personendaten bearbeitet, die bei einer anderen Versicherungsgesellschaft der Helsana-Gruppe im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gespeichert sind.²⁴¹ Weitere Ausführungen dazu folgen jedoch nicht. Vielmehr konzentriert sich das Gericht auf den Grundsatz der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung.

[138] Der vom Bundesverwaltungsgericht angesprochene Konflikt kann aber jedenfalls **nicht als Verletzung des Zweckbindungsgrundsatzes** gesehen werden. Eine Verletzung kann nicht alleine daraus folgen, dass nach der ursprünglichen Erhebung der betreffenden Personendaten ei-

²³⁸ Vgl. insb. (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 5.4.2 und E. 5.4.4.

²³⁹ ROSENTHAL, Fn. 12, Art. 4 N 9.

²⁴⁰ Art. 12 nDSG.

²⁴¹ (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.7.

ne Änderung des Bearbeitungszweckes erfolgt. Entscheidend ist vielmehr, ob dieser geänderte Zweck erkennbar (oder zumindest mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar) ist. Es genügt hierfür (auch künftig), wenn der neue Zweck aus den Umständen erkennbar ist²⁴² und umso mehr, wenn ein Durchschnittsadressat aus den schriftlichen Informationen nach Treu und Glauben auf eine solche Bearbeitung schliessen muss.²⁴³ Im Fall von Helsana+ wird der Nutzer über diesen (neuen) Zweck der Bearbeitung der «Grundversicherungsdaten» (im Rahmen der Helsana+ App, zur Registrierung und Identifikation etc.) in den Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen hinreichend transparent informiert.²⁴⁴

[139] Darüber hinaus ändert sich auch nichts an der Erkennbarkeit, nur weil die **Information nicht vom ursprünglichen Datenbeschaffer** erteilt wird, sondern vom Empfänger und für die Bearbeitung zum neuen Zweck Verantwortlichen. Letztlich dürfte auch das Bundesverwaltungsgericht zu diesem Schluss gekommen sein, indem es festhält, «*dass den Teilnehmerinnen und Teilnehmern am Programm Helsana+ hinreichend klar ist, dass ihre Einwilligung nicht nur die Datenbeschaffung durch die Beklagte, sondern auch die Bekanntgabe dieser Daten durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung beinhaltet.*»²⁴⁵ Dass damit aber nicht nur den Anforderungen an den Erkennbarkeitsgrundsatz und der Informiertheit der Einwilligung entsprochen wird, sondern auch kein Konflikt mehr mit dem Zweckbindungsgrundsatz bestehen kann, sagt das Gericht be-
dauerlicherweise nicht.

3.5. Rechtfertigung von Persönlichkeitsverletzungen

[140] Aus der (im Ergebnis) richtigen Unterstellung der Helsana Zusatzversicherungen AG unter die privatrechtlichen Vorschriften des DSG²⁴⁶ folgte im Kern, dass diese die Datenbearbeitungsgrundsätze in Art. 4 aDSG (neu: Art. 6 nDSG) zu beachten hat und letztlich keine widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen begehen darf. Da nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts keine gültige Einwilligung in die Bekanntgabe von Personendaten aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an die Helsana Zusatzversicherungen AG vorlag, beurteilte es die Beschaffung der Daten durch Letztere – wie oben erläutert – als unrechtmässig im Sinne von Art. 4 Abs.1 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 1 nDSG). Sie begehe damit eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 aDSG (neu: Art. 30 nDSG).²⁴⁷

[141] Auch für die datenschutzrechtlichen Vorgaben für Private ist daraus vor allem die Erkenntnis wichtig, wonach **jegliche Beschaffung und Weiterbearbeitung von Personendaten, die von Dritten rechtswidrig erhoben oder rechtswidrig bekanntgegeben werden, grundsätzlich ebenfalls rechtswidrig** ist. Veranlasst also ein Unternehmen ein anderes zur unrechtmässigen Übermittlung von Daten, begeht der Veranlasser/Empfänger nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts («grundsätzlich») selbst eine Persönlichkeitsverletzung und er kann datenschutz-

²⁴² Vgl. nur Botschaft DSG 2017, Fn. 18, 7025.

²⁴³ Siehe dazu oben, Abschn. 3.3.3 b ii.

²⁴⁴ Siehe dazu oben, Abschn. 3.3.3 e.

²⁴⁵ (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.8.3.

²⁴⁶ Vgl. dazu oben, Abschn. 3.1.

²⁴⁷ (Helsana+-)Urteil des BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, E. 4.9.

rechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Dem ist, wie bereits angesprochen,²⁴⁸ zuzustimmen.

[142] Fragwürdig erscheint jedoch, wieso sich das Bundesverwaltungsgericht mit keinem Wort zur Frage der Widerrechtlichkeit dieser Persönlichkeitsverletzung geäussert hat. Es ging ohne Weiteres davon aus, dass sich die Helsana Zusatzversicherungen AG auf keine Rechtfertigung berufen kann. Demgegenüber kann gemäss richtiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch die Verletzung der Datenbearbeitungsgrundsätze gerechtfertigt werden.²⁴⁹ Dies muss grundsätzlich auch für eine nach Art. 4 Abs. 1 aDSG (neu: Art. 6 Abs. 1 nDSG) unrechtmässige Bearbeitung gelten.²⁵⁰ Insofern hätte geprüft werden müssen, ob sich die Helsana Zusatzversicherungen AG auf einen **Rechtfertigungsgrund** berufen kann.

[143] Naheliegender erscheint dabei, dass neben der – mangels hinreichender Information auch privatrechtlich – (zu Unrecht) für unwirksam erklärten Einwilligung eine Rechtfertigung mit dem Erfordernis der **Vertragserfüllung** möglich gewesen wäre.²⁵¹ Hierfür wäre aber jedenfalls eine Gesamtwürdigung sämtlicher Aspekte im Einzelfall, insbesondere der Verhältnismässigkeit der Bearbeitung, erforderlich.²⁵² Unter dem revidierten DSG wäre ferner auch zu prüfen gewesen, ob der neue Rechtfertigungsgrund für «konzerninterne» **Weitergaben** in Art. 30 Abs. 2 lit. b nDSG greifen würde. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die betreffende Bearbeitung zum Zwecke des «wirtschaftlichen Wettbewerbs» erfolgt. Wie diese bereits bisher bekannte Einschränkung im Lichte des neuen Konzernsachverhalts verstanden werden muss, ist jedoch unklar. Möglich erscheint eine Auslegung entsprechend dem Verständnis der DSGVO, sodass nur die Bearbeitung zu (konzern-)internen *Verwaltungszwecken*²⁵³ und damit primär die Zentralisierung bestimmter Funktionen innerhalb einer grossen Organisation²⁵⁴ darunter fällt. Der vorliegende Austausch von Daten im Zusammenhang mit Helsana+ wäre insofern nicht davon erfasst, dies unabhängig von der ohnehin stets auch künftig noch vorzunehmenden Interessenabwägung.²⁵⁵ Unabhängig von der Frage nach der Rechtfertigung für ein «beschaffendes» Versicherungsunternehmen ist in diesem Zusammenhang aus Sicht von «bekanntgebenden» Versicherern aber zu beachten, dass dieser Rechtfertigungsgrund sie jedenfalls nicht auch von der sozialversicherungsrechtlichen Schweigepflicht²⁵⁶ befreit.

[144] Selbst wenn man aber eine Weiterbearbeitung als gerechtfertigt ansieht, hätte man – zumindest in einem Zivilverfahren – argumentieren können, dass die Helsana Zusatzversicherungen

²⁴⁸ S. oben, Abschn. 3.4.1.

²⁴⁹ Vgl. dazu bereits BGE 136 II 508.

²⁵⁰ Vgl. BGE 136 II 508, E. 5.2.4; Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 460; MAURER-LAMBROU/STEINER, in: BSK-DSG, Fn. 27, Art. 4 N 6.

²⁵¹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a aDSG bzw. Art. 31 Abs. 2 lit. a nDSG.

²⁵² Vgl. nur Botschaft DSG 1988, Fn. 20, 459; ferner MEIER, Fn. 36, Rz. 1618 ff. und 1664.

²⁵³ Vgl. Erwägungsgrund 48 EU-DSGVO.

²⁵⁴ Vgl. hierzu PETER SCHANTZ, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, DSGVO, Frankfurt/Kassel 2019, Art. 6 Abs. 1 Rn. 17.

²⁵⁵ Vgl. NR Cédric Wermuth, AB 2020 N 141 und BR Karin Keller-Sutter, AB 2020 N 147.

²⁵⁶ Vgl. zu den entsprechenden praktischen Schwierigkeiten, die daraus folgen: JÉRÔME EGLI, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I – Staatshaftung und Regress, Bundespersonal und Datenschutz, vom 19. März 2019 (A-3548/2018), Pflögerecht 2019 S. 175 ff., 178.

AG an der unrechtmässigen Datenbearbeitung der Schwestergesellschaften «mitwirkt».²⁵⁷ Ausgehend davon hätte sie vor Zivilgericht auf Beseitigung oder Unterlassung eingeklagt werden können. Das vorliegende Urteil macht aber auch deutlich, dass die Frage nach der Rechtfertigung in Konstellationen wie der vorliegenden, in welchen mehrere Bearbeiter involviert sind, nicht immer leicht zu beantworten und nicht abschliessend geklärt ist.

4. Fazit und Schlussbemerkungen

[145] Die genaue Analyse des Helsana+-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts legt erhebliche Mängel offen. Einzig die Erwägungen zum Rechtmässigkeitsgrundsatz sind angemessen ausführlich und vermögen auch im Ergebnis zu überzeugen. In Bezug auf zahlreiche andere Aspekte wird bereits der Umfang der Begründung und Auseinandersetzung der Bedeutung nicht gerecht. Dies betrifft vor allem die Anforderungen an eine hinreichende Information und an eine wirksame Einwilligung. Die im vorliegenden Beitrag nachgeholten vertieften Erwägungen verdeutlichen, dass das Bundesverwaltungsgericht in diesen Aspekten nicht nur mangelhaft begründete, sondern auch zu unrichtigen Ergebnissen gelangte.

[146] Zu bedauern ist vor allem die verpasste Gelegenheit seitens des Gerichts, Stellung zu diesen für die Praxis äusserst zentralen Begriffen und Instituten zu nehmen. Wie die Vergangenheit zeigt, finden sich in der Schweiz hierzu nicht sehr oft Gelegenheiten, und waren doch letztlich grösstenteils Bestimmungen betroffen, die auch unter dem totalrevidierten DSG identisch gelten werden. Mit dem vorliegenden Beitrag wurden diese Defizite aufgezeigt und Lösungen zur richtigen Gesetzesauslegung für die unternehmerische Praxis unter dem neuen DSG ausgearbeitet.

LUKAS BÜHLMANN (LL.M) ist Rechtsanwalt und leitet als Partner die Praxisgruppe Digital, Data Privacy & E-Commerce bei Meyerlustenberger Lachenal AG.

MICHAEL SCHÜEPP (MLaw) ist Rechtsanwalt und Mitglied der Praxisgruppe Digital, Data Privacy & E-Commerce bei Meyerlustenberger Lachenal AG.

²⁵⁷ Vgl. dazu Art.15 Abs. 1 aDSG (neu: 32 Abs. 2 nDSG) i.V.m. Art. 28 Abs. 1 ZGB; ferner das Urteil des Bundesgerichts 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013 sowie dazu NIK SCHOCH/MICHAEL SCHÜEPP, Provider-Haftung «de près ou de loin»? , in: Jusletter 13. Mai 2013, Rz. 4 ff.