

115

Zürcher Studien
zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Zürich von P. Forstmoser, A. Heini, H. Honseil, W. Ott, M. Rehbinder,
H. Rey, H.M. Riemer, W.R.Schluep, K.Siehr, R.Zäch und D.Zobl

James Thomas Peter

Das Datenschutzgesetz im Privatbereich

Unter besonderer Berücksichtigung
seiner motivationalen Grundlage

Schulthess Polygraphischer Verlag
Zürich

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	EINLEITUNG	1
§ 1	Einführung	2
B	GRUNDLAGEN	5
§ 2	Ursachen und Gegenstand der Datenschutz- problematik	5
§ 3	Zielfunktionen der Datenschutzgesetzgebung	24
§ 4	Persönlichkeit als Schutzobjekt	33
C	DAS DATENSCHUTZGESETZ	59
§ 5	Entstehungsgeschichte und Kodifikation	59
§ 6	Verhältnis zu Art. 28 ZGB	69
§ 7	Gesetzliche Regelungen im einzelnen	77
	I. Zweck	78
	II. Begriffe	83
	III. Geltungsbereich	101
	IV. Persönlichkeitsschutz im DSG	122
	V. Auskunftsrecht	211
	VI. Rechtsansprüche und Verfahren	231
	VII. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte	276
	Vin. Datenschutzkommission	288
	IX. Strafbestimmungen	290
	Zusammenfassung	293
	Anhänge I - IV	295
	Gesetzesregister	342
	Sachregister	345

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XLI
A	Einleitung 1
§ 1	Einführung 2
B	Grundlagen 5
§ 2	Ursachen und Gegenstand der Datenschutzproblematik ... 5
I.	Eigenschaften heutiger EDV. 5
1.	Technische Eigenschaften. 5
2.	Ökonomische Eigenschaft 6
3.	Soziologische (Folge-)Eigenschaften. 7
II.	Gesellschaftlicher Wandel im Umgang mit Informa- tionen. 8
III.	Auswirkungen auf das Individuum. 12
1.	Betrachtung vom Blickwinkel der Identitätsbildung. 12
1.1.	Identitätsbildung 12
1.2.	Beeinträchtigung der freien Identitätsbildung. 15
2.	Betrachtung vom Blickwinkel der Rollentheorie. 17
2.1.	Rollentheorie. 17
2.2.	Beschränkung freier Selbstdarstellung. 18
3.	Betrachtung vom Blickwinkel des Kontrollbedürfnisses. 19
3.1.	Kontrollbedürfnis 19
3.2.	Kontrollverlust 20
4.	Angst und Isolation selbst bei fehlender Datenkenntnis. 21
5.	Fazit 22

X

§ 3	Zielfunktionen der Datenschutzgesetzgebung	24
I.	Einführung	24
II.	Individualinteresse.	24
III.	Datenfluss im wirtschaftlichen Verkehr.	25
IV.	Erhaltung der bestehenden Sozialstruktur und der demokratischen Grundordnung.	26
1.	Vertrauensverlust	27
2.	Machtverschiebung	28
V.	Vermeidung allgemeiner Technikfeindlichkeit.	29
VI.	Vermeidung nationaler Datenisolation.	30
VII.	Schaffung der Voraussetzungen für einen Beitritt zur Konvention Nr. 108 des Europarates.	32
§ 4	Persönlichkeit als Schutzobjekt	33
I.	Begriff und Inhalt der Persönlichkeit.	33
1.	Mehrfache Bedeutung des Begriffes.	33
2.	Persönlichkeit im natürlichen und rechtlichen Sinn.	34
3.	Inhalt der Persönlichkeit im rechtlichen Sinn.	35
3.1.	Persönlichkeitsbeeinflussung oder -beeinträchtigung.	35
3.2.	Persönlichkeitsverletzung.	36
3.3.	Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung.	43
3.4.	Fazit	44
3.5.	Bemerkungen zu Einzelfragen.	45
4.	Sphärentheorie.	50
4.1.	Inhalt	50
4.2.	Privatsphäre im besonderen.	51
4.2.1.	Unzulänglichkeit des Begriffes im allgemeinen.	51
4.2.2.	Unzulänglichkeit des Begriffes mit Blick auf den Datenschutz	53
5.	Personendaten als Teil der Persönlichkeit im rechtlichen Sinn.	56
II.	Informationelle Selbstbestimmung.	56
III.	Rechtsnatur.	57

C	Das Datenschutzgesetz59
§ 5	Entstehungsgeschichte und Kodifikation59
I.	Entstehungsgeschichte.59
II.	Kodifikation.63
III.	Datenschutzregeln im öffentlich-rechtlichen Bereich (Ein Überblick).65
§ 6	Verhältnis zu Art. 28 ZGB.69
I.	Einfügung in das privatrechtliche Persönlichkeitsrecht . . .	69
1.	Verhältnis Kartellgesetz zu Art. 28 ZGB.	69
2.	Verhältnis Urheberrechtsgesetz zu Art. 28 ZGB.	70
3.	Verhältnis Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb zu Art. 28 ZGB.	71
4.	Verhältnis Datenschutzgesetz zu Art. 28 ZGB.	71
II.	Praktische Abgrenzung/Anwendungsbereich72
1.	Übersicht	72
2.	Ausschliessliche Anwendbarkeit der Art. 28 ff. ZGB.	72
3.	Verhältnis zu den Bestimmungen der Art. 28 ff. ZGB bei Anwendbarkeit des DSG.	73
3.1.	Materiellrechtlich	73
3.1.1.	Anwendbarkeit der ZGB-Bestimmungen	73
3.1.2.	Beurteilung einer Persönlichkeitsverletzung.	74
3.1.3.	Beurteilung von Rechtfertigungsgründen.	75
3.2.	Rechtsansprüche.	75
3.2.1.	Anwendbarkeit der ZGB-Bestimmungen.	75
3.2.2.	Einzelne Ergänzungen.	76
§ 7	Gesetzliche Regelungen im Einzelnen77
I.	Zweck.78
1.	Zweckartikel.	78
2.	Auslesung	78

XII

2.1.	Generell	78
2.2.	Beispiele	79
2.3.	Fazit	82

II. Begriffe 83

1.	Daten/Personendaten	83
1.1.	Daten und Informationen	83
1.2.	Personendaten (Daten)	84
2.	Besonders schützenswerte Personendaten	85
3.	Persönlichkeitsprofil	87
4.	Bearbeiten	88
4.1.	Unterscheidung nach Interessenträger	89
4.2.	Gesetzlich vorgesehene Bearbeitungsformen	89
4.2.1.	Beschaffen	90
4.2.2.	Aufbewahren	90
4.2.3.	Verwenden	91
4.2.4.	Umarbeiten	91
4.2.5.	Bekanntgeben	91
4.2.5.1.	Begriff	91
4.2.5.2.	Bekanntgabe durch juristische Personen	93
4.2.5.3.	Juristische Person als Empfängerin	93
4.2.5.4.	Informationsweitergabe innerhalb einer juristischen Person resp. eines Unternehmens	94
4.2.5.5.	Problematik der Wissensvertretung	95
4.2.6.	Archivieren	95
4.2.7.	Vernichten	96
5.	Datensammlung	96
6.	Inhaber der Datensammlung	97
7.	Dateninhaber	98
8.	Datenschutzrechtliche Hilfsperson	98
9.	Dritte	99

III. Geltungsbereich 101

1.	Verletzer	101
1.1.	Private Personen	101
1.2.	Bundesorgane	102

1.3.	Exkurs zum (Sozial-)Versicherungsrecht103
2.	Betroffene104
2.1.	Natürliche Personen104
2.2.	Juristische Personen105
2.2.1.	Begründung für die Einbeziehung juristischer Personen105
2.2.2.	Kritik106
3.	Einschränkungen113
3.1.	Bearbeitung zu ausschliesslich persönlichem Gebrauch113
3.1.1.	Natürliche Person114
3.1.2.	Persönlicher Gebrauch114
3.1.3.	Aussenstehende115
3.1.4.	Bekanntgabe116
3.2.	Hoheitliche Rechtsanwendungsverfahren116
3.3.	Öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs117
3.4.	IKRK117
4.	Unmassgeblichkeit der Bearbeitungsmethode118
5.	Keine Beschränkung auf Datensammlungen118
6.	Räumliche Anwendbarkeit (Anwendbares Recht)118
7.	Intertemporal120
IV.	Persönlichkeitsschutz im DSG122
1.	System122
1.1.	Soziale Begründung122
1.2.	Rechtliche Begründung123
1.3.	Fehlender gesetzlicher Hinweis auf die Einwilligung als gesetzlicher Tatbestandsausschlussgrund124
2.	Dogmatische Beurteilung124
3.	Bearbeitungsgrundsätze125
3.1.	Treu und Glauben125
3.2.	Zweckbezogenheit, Vorliegen einer Einwilligung126
3.2.1.	Grundlage der Einwilligung126
3.2.2.	Form der Einwilligung127
3.2.3.	Zweckkategorien127
3.2.4.	Organisatorische Konsequenzen128
3.2.5.	Gesetzlich vorgesehener Zweck130
3.3.	Rechtmässige Beschaffung130
3.4.	Verhältnismässigkeit132

XIV

3.4.1.	Begriff132
3.4.1.1.	Im Verwaltungsrecht132
3.4.1.2.	Im Privatrecht132
3.4.2.	Anwendung im Datenschutzrecht133
3.4.3.	Zulässigkeit einer Einwilligung134
3.5.	Richtigkeit136
3.5.1.	Begriff136
3.5.2.	Praktische Konsequenzen137
3.5.3.	Zulässigkeit einer Einwilligung138
3.5.4.	Verschulden?139
3.6.	Keine Bekanntgabe ins Ausland.140
3.6.1.	Generelles zum grenzüberschreitenden Datenfluss.140
3.6.2.	Tatbestand der grenzüberschreitenden Bekanntgabe i.S.v. Art. 6 DSGVO142
3.6.2.1.	Gesetzeswortlaut142
3.6.2.2.	Einleitung142
3.6.2.3.	Bekanntgabe ins Ausland.143
3.6.2.4.	Gefahr einer schwerwiegenden Persönlichkeits- verletzung oder schwerwiegende Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung144
3.6.2.5.	Welche Daten bringen eine solche Gefahr mit sich145
3.6.2.6.	Vertragliche Datenschutzklausel147
3.6.3.	Meldepflicht147
3.6.4.	Strafrechtliche Sanktion.149
3.7.	Datensicherheit150
3.7.1.	Begriff150
3.7.2.	Zweck151
3.7.3.	Technische und organisatorische Massnahmen.153
3.7.4.	Angemessenheit der Massnahme.157
3.7.5.	Zulässigkeit eines Rechtfertigungsgrundes.158
3.7.6.	Intertemporales Recht159
3.8.	Bearbeitung gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen159
3.9.	Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile160
3.10.	Bearbeitung allgemein zugänglich gemachter Daten.161
3.11.	Fazit161
4.	Rechtfertigungsgründe.162
4.1.	Überblick162
4.2.	Einwilligung.163

4.2.1.	Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund	163
4.2.1.1.	Rechtsgrundlage in Art. 4 III DSGVO	163
4.2.1.2.	Rechtsgrundlage in Art. 12 III DSGVO	164
4.2.2.	Rechtsnatur	164
4.2.3.	Entstehung durch Willensäußerung	165
4.2.3.1.	Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	166
4.2.3.2.	Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund	167
4.2.3.2.1.	Tatsächliche Willenserklärung (Einwilligung)	167
4.2.3.2.2.	Gesetzlich vermutete Einwilligung	169
4.2.4.	Nachträgliche Einwilligung	170
4.2.5.	Urteilsfähigkeit des Einwilligenden	172
4.2.6.	Widerrufbarkeit	172
4.2.7.	Beweislastprobleme	174
4.2.7.1.	Grundsatz	174
4.2.7.2.	Beweislastverteilung bei der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund	174
4.2.7.3.	Beweislastverteilung bei gesetzlich vermuteter Einwilligung	177
4.3.	Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse	178
4.3.1.	Methode	178
4.3.2.	Anwendungsbereich	179
4.3.3.	Unterscheidung nach Interessenträger	180
4.3.4.	Gesetzlich vorgesehenes überwiegendes Interesse	181
4.3.4.1.	Abschluss und Abwicklung eines Vertrages	182
4.3.4.2.	Wirtschaftlicher Wettbewerb	185
4.3.4.3.	Prüfung der Kreditwürdigkeit	187
4.3.4.4.	Veröffentlichung in periodisch erscheinenden Medien	193
4.3.4.5.	Personen des öffentlichen Lebens	195
4.3.4.6.	Forschung, Planung, Statistik	198
4.3.4.7.	Eignung für das Arbeitsverhältnis	199
4.4.	Gesetz als Rechtfertigungsgrund	202
4.5.	Datenbearbeitung durch Dritte i.S.v. Art. 14 DSGVO	206
4.5.1.	Sorgfaltspflicht des Dateninhabers	207
4.5.2.	Beachtung der Geheimhaltungspflicht	209

V.	Auskunftsrecht	211
1.	Zielfunktion	211
2.	Rechtsgrundlage	211
3.	Geltungsbereich	212
3.1.	Beschränkung auf Geltungsbereich des DSGVO	213
3.2.	Beschränkung auf Datensammlungen	213
4.	Inhalt der Auskunft	214
5.	Auskunftsberechtigter/-verpflichteter	216
5.1.	Auskunftsberechtigter	216
5.2.	Auskunftsverpflichteter	217
6.	Ort der auskunftserteilenden Stelle	218
7.	Form des Auskunftsbegehrens	219
8.	Form der Auskunftserteilung	220
9.	Frist zur Auskunftserteilung	221
10.	Kosten der Auskunft	221
11.	Einschränkungen des Auskunftsrechts	222
12.	Register der Datensammlungen	225
13.	Intertemporales Recht	227
14.	Strafrechtliche Sanktionen	228
14.1.	Verletzung der Auskunftspflicht	228
14.2.	Verletzung der Registrierungspflicht	228
15.	Marketing-Aspekt	229
VI.	Rechtsansprüche und Verfahren	231
1.	Rechtsnatur der Abwehransprüche und der reparatorischen Ansprüche	231
1.1.	Abwehransprüche	231
1.2.	Auskunftsrecht	232
1.3.	Reparatorische Ansprüche	232
2.	Abwehransprüche	233
2.1.	Aktivlegitimation	233
2.1.1.	Im Allgemeinen	233
2.1.2.	Verbandsklagerecht	234
2.2.	Passivlegitimation	235
2.2.1.	Verletzer	235

2.2.2.	Dateninhaber	237
2.3.	Unterlassungsanspruch	239
2.3.1.	Rechtsschutzinteresse/Drohende Persönlichkeitsverletzung . .	240
2.3.1.1.	Behandlung nach Art. 28a Ziff. 1 ZGB	240
2.3.1.2.	Behandlung im Datenschutzrecht	240
2.3.2.	Inhalt des Unterlassungsurteils	241
2.3.3.	Rechtsbegehren	242
2.3.4.	Sperrung	243
2.3.5.	Verfahrenskosten	244
2.4.	Beseitigungsanspruch	245
2.4.1.	Beseitigung des bestehenden Verletzungszustandes	245
2.4.2.	Gesetzlich vorgesehene Klageansprüche	245
2.4.2.1.	Berichtigung	246
2.4.2.2.	Vernichtung	246
2.4.2.3.	Anbringung eines Bestreitungsvermerkes	247
2.4.3.	Inhalt des Beseitigungsurteils	248
2.4.4.	Verhältnismässigkeit	248
2.4.5.	Kosten der Beseitigung	249
2.4.6.	Verfahrenskosten	250
2.5.	Feststellungsanspruch	251
2.5.1.	Rechtsnatur	251
2.5.2.	Feststellungsklage i.S.v. Art. 28a I Ziff. 3 ZGB	252
2.5.3.	Behandlung im Datenschutzrecht	253
2.6.	Urteilsveröffentlichung/Mitteilung an Dritte	253
2.6.1.	Rechtsnatur	253
2.6.2.	Zweck	254
2.6.3.	Anspruchsberechtigter	255
2.6.4.	Form	255
2.6.5.	Inhalt	256
2.7.	Auskunftsrecht	256
2.8.	Gegendarstellung	256
3.	Reparatorische Ansprüche	257
3.1.	Aktivlegitimation	257
3.2.	Passivlegitimation	257
3.3.	Schadenersatzansprüche	257
3.3.1.	Schaden	258
3.3.2.	Adäquater Kausalzusammenhang	260
3.3.3.	Widerrechtlichkeit	260
3.3.4.	Verschulden	260

xviii

3.3.5.	Rechtsgrundlagen der Haftung	262
3.4.	Genugtuungsanspruch	263
3.4.1.	Immaterielle Unbill	263
3.4.2.	Schwere der Verletzung	265
3.4.3.	Gegenstand der Genugtuung	266
3.4.4.	Bemessungskriterien	266
3.5.	Herausgabe des Gewinns	266
3.5.1.	Rechtsgrundlage	266
3.5.2.	Geschäftsführung ohne Auftrag	267
3.5.2.1.	Geschäft	267
3.5.2.2.	Fremdheit	268
3.5.2.3.	Wissen um die Fremdheit des Geschäfts	268
3.5.2.4.	Kausalzusammenhang	270
3.5.2.5.	Widerrechtlichkeit	270
3.5.2.6.	Gewinn	271
3.5.2.7.	Haftung für Gehilfen	271
3.5.3.	Ungerechtfertigte Bereicherung	271
3.5.3.1.	Bereicherung	271
3.5.3.2.	Entreicherung	272
3.5.3.3.	Haftung für Gehilfen	272
4.	Vorsorgliche Massnahmen	272
5.	Gerichtsstand	274

VII. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte 276

1.	Funktion	276
2.	Bestellung und Rechtsstellung	277
3.	Aufgaben	277
3.1.	Führung des Registers der Datensammlungen	277
3.2.	Kontrolltätigkeit	279
3.2.1.	Voraussetzungen	279
3.2.2.	Mittel	281
3.2.3.	Massnahmen	282
3.3.	Berichterstattung und Informierung der Öffentlichkeit	282
3.4.	Beratungstätigkeit	283
3.5.	Weitere Aufgaben	284
4.	Abgrenzung der Zuständigkeiten Datenschutzbeauftragter - Zivilrichter	286

VIII.	Datenschutzkommission.	288
1.	Bestellung	288
2.	Aufgaben.	288
IX.	Strafbestimmungen.	290
	Zusammenfassung	293
Anhang I	Unverbindliche Liste der Staaten mit einem Datenschutzgesetz . . .	295
Anhang II	Formular zur Anmeldungen von Datensammlungen.	298
Anhang III	Formular zur Anmeldung von Datenübermittlungen ins Ausland . . .	301
Anhang IV	DSG/VDSG.	303
Gesetzesregister.	342
Sachregister.	345