



**Universität  
Zürich**<sup>UZH</sup>

Rechtswissenschaftliches Institut

CENTER FOR  
INFORMATION  
TECHNOLOGY  
SOCIETY AND  
LAW — ITSL

# Recht auf informationelle Selbstbestimmung?!

## Datenschutz Festival – Digitale Gesellschaft

Zürich, 2. Dezember 2022

**Prof. Dr. Florent Thouvenin**

Lehrstuhl für Informations- und Kommunikationsrecht

Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL)

Digital Society Initiative (DSI)



## Informationelle Selbstbestimmung:

Das Recht jeder Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen zu bestimmen, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden.



# Informationelle Selbstbestimmung:

... echt jetzt?



## Informationelle Selbstbestimmung:

... und: wie lässt sich das «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung» mit dem Wortlaut der BV vereinbaren?

### **Art. 13** Schutz der Privatsphäre

<sup>1</sup> Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

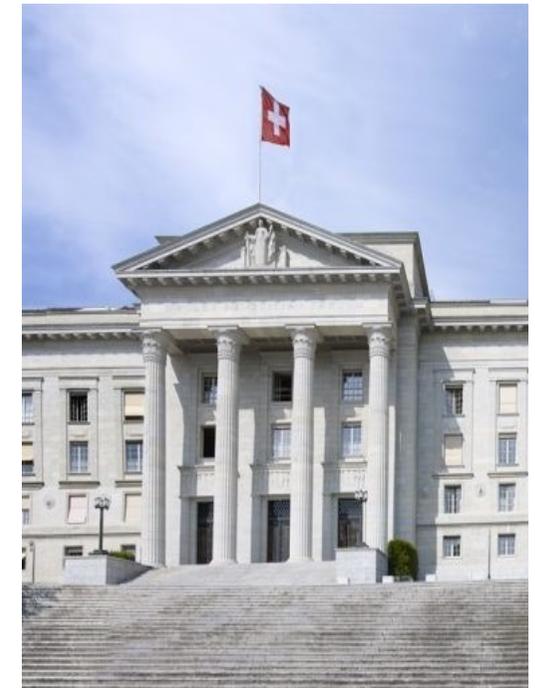
<sup>2</sup> Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.



## Stand heute

### BGE 147 I 103, 128

«Art. 13 BV, wie auch Art. 8 EMRK, schützen verschiedenste Aspekte der Privatsphäre, wozu auch der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gehört (Nachweise). Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung garantiert, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, **jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden** (Nachweise).»

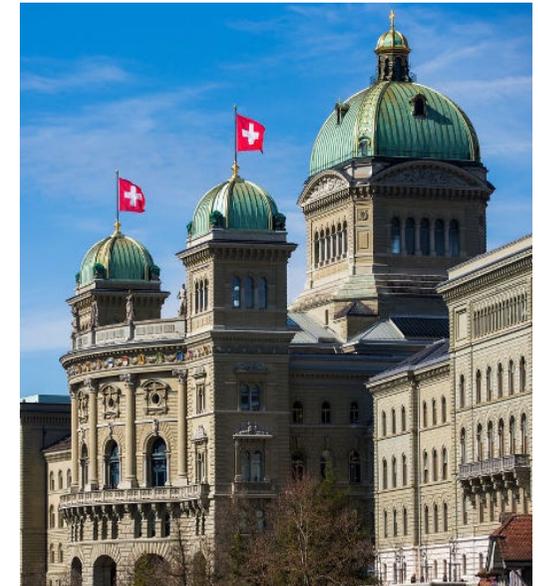




## Stand heute

### Botschaft DSG 2017, BBI 2017, 7010

«Der Zweck des künftigen DSG entspricht dem Zweck des geltenden Rechts (Art. 1 DSG). Das **DSG konkretisiert auf Gesetzesebene das in Artikel 13 Absatz 2 BV festgehaltene Recht auf informationelle Selbstbestimmung** im Zusammenhang mit Personendaten, d.h. das Recht der betroffenen Person, **grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob und zu welchen Zwecken Daten über sie bearbeitet werden dürfen.**»





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BGE 140 I 381 – Observation

«Dans le domaine de la protection des données, le droit à l'autodétermination en matière d'informations personnelles, consacré par la Constitution (art. 13 al. 2 Cst. et art. 8 CEDH), garantit que **l'individu demeure en principe maître des données le concernant**, indépendamment du degré de sensibilité effectif des informations en cause (Nachweise).»





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BGE 138 II 346, 360 – Google Street View

«Im Bereich des Datenschutzes garantiert das verfassungsmässig geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; BGE 138 II 346 S. 360 SR 0.101]), dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, **dem Einzelnen die Herrschaft über seine personenbezogenen Daten** zusteht (Nachweise)».





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BGE 129 I 232 – Volksinitiative SVP

«Art. 13 BV gewährleistet das Recht auf eine Privat- und eine persönliche Geheimsphäre. Abs. 2 schützt den Einzelnen vor Beeinträchtigungen, die durch die staatliche Bearbeitung seiner persönlichen Daten entstehen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Nachweise). Die **einzelne Person soll selbst bestimmen können, ob und zu welchem Zwecke Informationen über sie bearbeitet werden** (RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, N. 38 zu Art. 13 BV)».

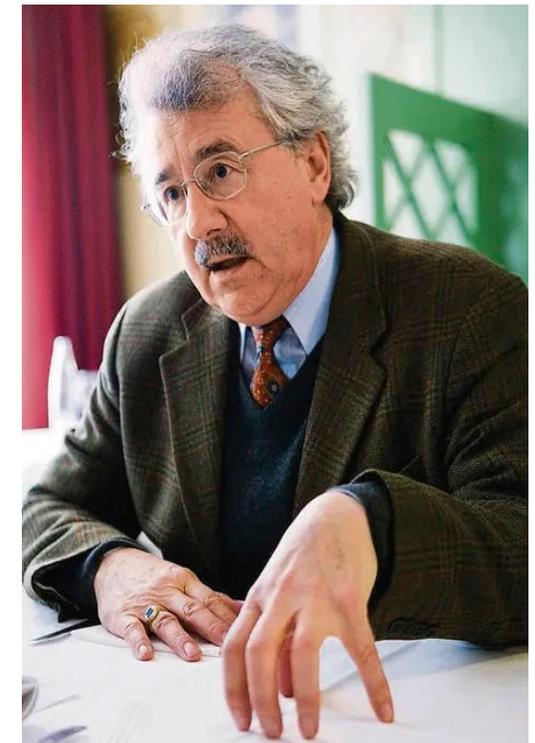




## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BV-Kommentar Rainer Schweizer (2003)

«So wie **Abs. 2** in der neuen BV formuliert worden ist, ist er **missglückt**. Im Rahmen des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes bedeutet Datenschutz nicht nur Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, sondern **etwas viel Grundsätzlicheres**. Das BGer hat unter der aBV schon 1987 (**im Anschluss an ausländische höchstgerichtliche Rechtsprechung**) anerkannt, dass es ein **ungeschriebenes Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** gibt. Der grundrechtliche Kerngehalt ist demnach, dass die einzelne Person gegenüber fremden, staatlichen oder privaten Bearbeitungen von sie betreffenden Informationen letztlich **bestimmen können muss, ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet werden**. (Nachweise).»





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BGE 128 II 259 – DNA-Profil

«(...) schützt Art. 13 Abs. 2 BV den Einzelnen **vor Beeinträchtigungen**, die durch die **staatliche Bearbeitung** seiner persönlichen Daten entstehen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung). Der verfassungsrechtliche Datenschutz ist **Teil des Rechts auf eine Privat- und persönliche Geheimsphäre** (Art. 13 Abs. 1 BV).»





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### BGE 127 III 481 – Minelli

«Die **gegen seinen Willen veröffentlichte Fotografie stellt deshalb eine Verletzung** seines im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 28 Abs. 1 ZGB) gründenden Rechtes am eigenen Bild sowie seines **privatrechtlichen, im DSG konkretisierten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** dar (Botschaft, a.a.O., S. 459 Ziff. 221.3; weiterer Nachweis).»

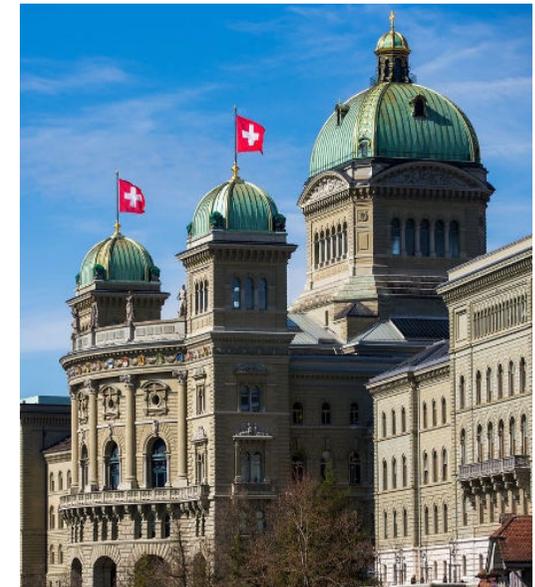




## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### Botschaft DSG 1992, BBI 1988 II 459

«Die Grundsätze stellen das ethische und rechtspolitische Fundament des Datenschutzgesetzes dar, und es soll deshalb nicht ohne zwingenden Grund gegen sie verstossen werden können. Eine **Persönlichkeitsverletzung** liegt ferner vor, wenn sich der **Bearbeiter über den ausdrücklichen Willen der betroffenen Person hinwegsetzt (Bst. b)**. Damit soll als eigentliche Neuerung **im Privatrecht** das **Selbstbestimmungsrecht** der betroffenen Person **über ihre Daten** garantiert und geschützt werden.»





## Entwicklung in der Schweiz – Reverse Engineering

### Ältere BGE

- Einsichtsrecht als Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (BGE 120 II 118, 121 – Einsichtsrecht Arbeitnehmer)
- Keine Erwähnung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, nur Auseinandersetzung mit Einsichtsrecht (BGE 113 Ia 257, 262 ff. – Einsicht in Polizeidossier) (BGE 113 Ia 5 ff. – Einsicht in Polizeiregister)





## Entwicklung in Deutschland – Back to the Future

### BVerfGE, 15.12.1983; 1 BvR 209/83, 43 – Volkszählung

«Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die **Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.**»





## Entwicklung in Deutschland – Back to the Future

**BVerfGE, 6.11.2019; 1 BvR 16/13, 87 – Recht auf Vergessen I**

«**Ebenso wenig** wie das Recht der Darstellung der eigenen Person **enthält das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein allgemeines oder gar umfassendes Selbstbestimmungsrecht über die Nutzung der eigenen Daten**. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet den Einzelnen aber die **Möglichkeit, in differenzierter Weise darauf Einfluss zu nehmen**, in welchem Kontext und auf welche Weise die eigenen Daten anderen zugänglich und von ihnen genutzt werden. Es enthält damit die Gewährleistung, **über der eigenen Person geltende Zuschreibungen selbst substantiell mitzuentcheiden.**»





## Entwicklung – Erkenntnisse

### Botschaft DSG 1992

- Informationelle Selbstbestimmung = Widerspruchsrecht

### Entscheide bis 2002

- Einsichtsrecht der Betroffenen und Schutz gegen Beeinträchtigungen

### BV-Kommentar Rainer Schweizer (2003)

- Verweis auf Rechtsprechung des BVerfGer und des BGer
- BGer sah aber kein (umfassendes) Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor

### Formel des Bundesgerichts ab 2003 und Botschaft DSG 2017

- «das Recht der betroffenen Person, grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob und zu welchen Zwecken Daten über sie bearbeitet werden dürfen» (Botschaft DSG 2017, BBI 2017, 7010)



## Entwicklung – Erkenntnisse

### Starke Relativierung durch das Bundesverfassungsgericht...

- Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (1983), aber: nur Grundsatz mit relevanten Einschränkungen
- Kein allgemeines oder gar umfassendes Selbstbestimmungsrecht über die Nutzung der eigenen Daten, sondern nur (noch) ein Recht, in differenzierter Weise auf Zugänglichmachung und Nutzung der eigenen Daten Einfluss zu nehmen (2019)

### ... und das Bundesgericht?

- Keine überzeugende Begründung seines Verständnisses
- Kein Nachvollziehen der Relativierung in Deutschland



## Rechtliche Betrachtung: Umsetzung im DSGVO..?

Bearbeitung durch Bund		Bearbeitung durch Private	
○ Bearbeitungsgrundsätze	✘	○ Bearbeitungsgrundsätze	✘
○ Informationspflichten	✘	○ Informationspflichten	✘
○ Auskunftsrecht	✘	○ Auskunftsrecht	✘
○ Gesetzliche Grundlage	✘	○ Widerspruchsrecht	✓
		○ Rechtfertigung	
		• Einwilligung	✓
		• Überwiegende Interessen	✘
		• Gesetz	✘



## Normative Betrachtung – in a nutshell





## Normative Betrachtung – in a nutshell

### Datenschutzerklärung

Der Schutz Ihrer personenbezogenen Daten bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung anlässlich Ihres Besuchs auf unserer Homepage ist uns ein wichtiges Anliegen. Im Rahmen der von uns zu beachtenden gesetzlichen Vorschriften sind Ihre Daten geschützt. Im Folgenden informieren wir Sie darüber, welche Daten während Ihres Besuchs auf unserer Homepage erfasst und wie diese genutzt werden:

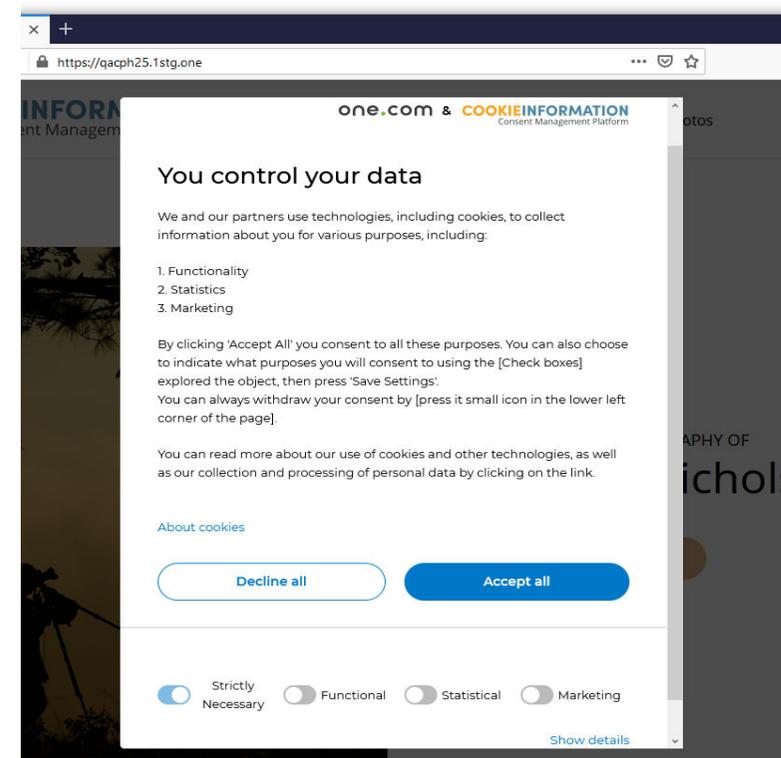
#### (1) Erhebung und Verarbeitung von Daten

Zwecks interner systembezogener und statistischer Zwecke wird jeder Zugriff auf unsere Homepage sowie jeder Abruf einer auf der Homepage hinterlegten Datei protokolliert. Dabei werden folgende Daten protokolliert: Name der abgerufenen Datei, Datum und Uhrzeit des Abrufs, übertragene Datenmenge, Meldung über erfolgreichen Abruf, Webbrowser, anfragende Domain und die IP-Adresse des anfragenden Rechners.

Zusätzliche personenbezogene Daten erfassen wir nur, wenn diese Angaben freiwillig von Ihnen angegeben werden. Dies geschieht beispielhaft im Rahmen einer Anfrage oder Registrierung.

#### (2) Nutzung und Weitergabe personenbezogener Daten

Soweit Sie uns personenbezogene Daten zur Verfügung gestellt haben, werden diese von uns ausschließlich zur Beantwortung Ihrer Anfragen, zur Abwicklung mit Ihnen geschlossener Verträge und für die technische Administration verwendet.





## Normen

### Datenschutz

Der Schutz  
und Nutzung  
ges Anliegen  
ten sind Ihre  
Daten währen  
nutzt werden

#### (1) Erhebung

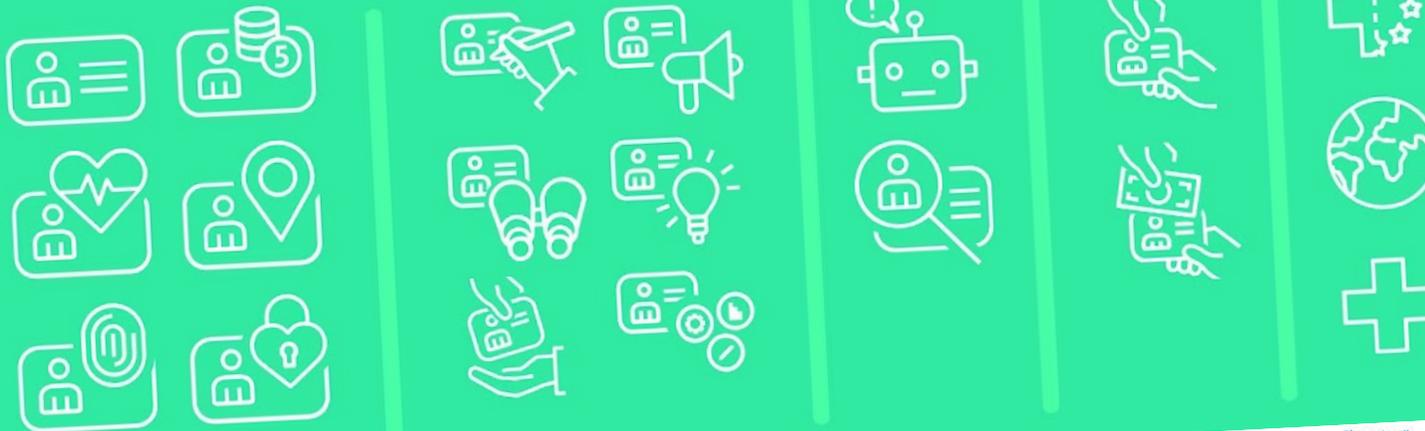
Zwecks intern  
unsere Home  
tei protokolliert  
fene Datei,  
dung über er  
Adresse des a

Zusätzliche pe  
freiwillig von Ih  
einer Anfrage

#### (2) Nutzung un

Soweit Sie uns p  
diese von uns  
mit Ihnen ges  
wendet.

# Privacy Icons



Show details



## Normative Betrachtung – in a nutshell





## Wie weiter..?

### Grundlage in BV – Back to the roots

#### **Art. 13** Schutz der Privatsphäre

- <sup>1</sup> Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.
- <sup>2</sup> Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.



## Wie weiter..?

### Bund

- Kein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, aber umfassende Regelung der Bearbeitung von Personendaten im Sinn des DSG
- Gesetzliche Grundlage
- Bearbeitungsgrundsätze, insb. Zweckbindung, Datenminimierung und Speicherbegrenzung
- Transparenz, insb. Informationspflicht und Auskunftsrecht

### Private

- Kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Grundlage des DSG, sondern Schutz der Persönlichkeit, insb. Schutz der Privatsphäre und Schutz gegen Missbrauch



## Wie weiter..?

### **Schutz der Privatsphäre**

- Was ist Privatsphäre heute?
- Gibt es eine Privatsphäre gegenüber Maschinen?

### **Schutz gegen Missbrauch**

- Schutz gegen Bearbeitung entgegen dem Willen der betroffenen Person: Widerspruchsrecht
- Schutz gegen Nachteile aufgrund einer Bearbeitung von Personendaten, insb. Diskriminierung und Manipulation

### **Ermöglichen der Monetarisierung**

- Bearbeitung nur gegen Entgelt: Widerspruchsrecht
- Recht auf Kopie und Portabilität