

Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Beiheft 63

---

# **Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion**

---

Florent Thouvenin



Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
Revue de droit suisse  
Rivista di diritto svizzero  
Revista de drept svizzer

Gegründet 1852

Neue Folge seit 1882

ISSN 0254-945X

Band I: 5 Hefte pro Jahr

Band II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Davon profitieren Sie mit einem Abo der «ZSR»:

- Aktuelle Aufsätze zu zentralen Entwicklungen in der Gesetzgebung, der Gerichtspraxis und der Rechtslehre, verfasst von ausgewiesenen Expertinnen und Experten aus Wissenschaft und Praxis
- Schwerpunktheft zu Revisionen und neuen Gesetzen
- Jeweils die neuesten Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	1
<b>B. Historische Entwicklung: Intuition</b> .....	5
1. Ausgangspunkt .....	5
2. Aufnahme .....	7
3. Wendepunkt .....	12
4. Zwischenerkenntnis .....	14
<b>C. Tatsächliche Umsetzung: Illusion</b> .....	15
1. Grundsätze der Datenbearbeitung .....	15
2. Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung .....	16
2.1 Bearbeitung durch Bundesorgane .....	17
2.2 Bearbeitung durch Private .....	19
3. Rechte und Pflichten .....	22
4. Durchsetzung des Datenschutzrechts .....	24
5. Zwischenerkenntnis .....	26
<b>D. Normative Analyse: Implosion</b> .....	29
1. Bearbeitung durch Bundesorgane .....	29
2. Bearbeitung durch Private .....	32
2.1 Menschliche Interaktion .....	32
2.2 Bedarf und Aufwand, Kosten und Nutzen .....	34
2.3 Daten als öffentliche Güter .....	37
3. Zwischenerkenntnis .....	40
<b>E. Erkenntnisse und Alternativen</b> .....	43

## A. Einleitung\*

Das schweizerische Datenschutzrecht beruht auf der Idee der informationellen Selbstbestimmung. Das Bundesgericht hält seit Jahren in konstanter Rechtsprechung fest, dass die Bundesverfassung jeder Person ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelt<sup>1</sup>. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesrates, welcher in der Botschaft zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) zum Zweck des Gesetzes ausgeführt hat: «Das DSG konkretisiert auf Gesetzesebene das in Art. 13 Abs. 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»<sup>2</sup>. Dieses Verständnis ist in der Lehre zwar nicht unwidersprochen geblieben<sup>3</sup>, bildet aber die herrschende Auffassung<sup>4</sup>. Der Begriff der informationellen Selbstbestimmung

---

\* Der Autor dankt Prof. Dr. Peter Hettich für wertvolle Hinweise und MLaw Samuel Mätzler, Rechtsanwalt, für die Unterstützung bei den Recherchen und bei der Ausarbeitung des Fussnotenapparates.

1 BGE 148 II 349, 356; BGE 147 I 103, 128; BGE 145 IV 42, 46; BGE 144 I 281, 301; BGE 144 I 126, 131; BGE 140 I 2, 22; BGE 138 II 346, 359 f.; BGE 133 I 77, 85; BGE 129 I 232, 245; BGE 128 II 259, 268.

2 Botschaft Totalrevision DSG, BBl 2017, 6941 ff., 7010. Die Botschaft stellt zugleich klar, dass damit keine Neuerung verbunden sei, sondern der Zweck des neuen DSG dem Zweck des alten DSG entspreche (a.a.O.) und es bestätigt durch den Verweis auf BGE 140 I 2, 22 die Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

3 Siehe dazu namentlich: THOMAS GÄCHTER/PHILIPP EGLI, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, Jusletter vom 6. September 2010, Rz. 28 und 36 ff.; EVA MARIA BELSER, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 6 Rz. 118 und 168; EVA MARIA BELSER, Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz: Missbrauchsschutz oder Schutz der informationellen Selbstbestimmung?, in: Astrid Epiney/Tobias Fasnacht/Gaëtan Blaser (Hrsg.), Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung/Instruments de mise en oeuvre du droit à l'autodétermination informationnelle, Zürich/Basel/Genf 2013, 27 und ausführlich 33 ff.; ebenfalls kritisch REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005, Rz. 597 ff.

4 DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, DSG I N 4; URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, Basel 2014, DSG I N 19; PHILIPPE MEIER, Protection des données: fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2011, § 1 Rz. 17; grundlegend JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 164 ff.; RAINER J. SCHWEIZER/LEA S. STRIEGEL, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen 2023, BV 13 N 79; ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP 2013, 837 ff., 846 f.; ebenso, wenn auch eine andere Auffassung vertretend, BELSER, in: Belser/Epiney/Waldmann (Fn. 3), § 6 Rz. 60 f.; MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021, BV 13 N 62.

mung ist längst auch zum politischen Schlagwort geworden. Er findet sich in parlamentarischen Initiativen<sup>5</sup>, Motionen<sup>6</sup>, Postulaten<sup>7</sup> und Interpellationen<sup>8</sup> und wurde auch in der Debatte zur Totalrevision des DSG in den Räten immer wieder ins Feld geführt<sup>9</sup>.

Die Idee der «informationellen Selbstbestimmung» ist intuitiv überzeugend. Die Selbstbestimmung ist ein zentrales Konzept westlicher Gesellschaften, das rechtlich in vielerlei Hinsicht abgesichert ist. In der Informationsgesellschaft liegt es nahe, die Selbstbestimmung auch auf Informationen auszudehnen und der einzelnen Person nicht nur die Bestimmung über sich selbst, sondern auch über die sie betreffenden Informationen zuzugestehen. Es erstaunt deshalb wenig, dass die informationelle Selbstbestimmung auch bei juristischen Laien zu einem allgemein bekannten und anerkannten Konzept geworden ist, auf das in persönlichen Diskussionen und in den Medien regelmässig verwiesen wird<sup>10</sup>. Der Gehalt der Idee wird dabei allerdings kaum je konkretisiert. Vielmehr begnügt man sich meist damit, den Begriff anzuführen und dem Gegenüber zu überlassen, was er oder sie darunter verstehen mag. In der Verbindung von intuitiver Überzeugungskraft und inhaltlicher Offenheit liegt denn auch die Stärke des Begriffs, dessen Einfluss wirkungsgeschichtlich kaum hoch genug eingeschätzt werden kann: Es kommt gar nicht darauf an, was der Gehalt eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist und sein kann – vielmehr reicht es, den Begriff in den Raum zu stellen und daraus Schlüsse zu ziehen oder Forderungen abzuleiten. Die informationelle Selbstbestimmung ist damit in der Schweiz (und darüber hinaus) zu einem Axiom der Informationsgesellschaft geworden, das nicht mehr zu hinterfragen ist.

Ebendies tut dieser Beitrag aus drei Perspektiven: einer historischen, einer rechtstatsächlichen und einer normativen. Dabei wird sich zeigen, dass die Idee

---

5 Parlamentarische Initiative Schelbert 06.460 «Datenschutz. Vom Schutz vor Missbrauch zum Recht auf Selbstbestimmung»; Parlamentarische Initiative Vischer 14.413 «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung».

6 Motion Reimann 11.3990 «Freiheit stärken. Recht an den eigenen Daten sichern»; Motion von Felten 96.3103 «Rufnummernanzeige im ISDN. Wahrung der Grundrechte».

7 Postulat Heim 17.3435 «Digitale Gesundheitsagenda. Chancen und Risiken»; Postulat Bégli 16.3386 «Kontrolle über persönliche Daten. Informationelle Selbstbestimmung fördern».

8 Interpellation Glättli 21.3580 «Regulierung der Gesichtserkennung im öffentlichen Raum»; Interpellation Hollenstein 05.3067 «Bedroht die Anwendung von Radio Frequency Identification (RFID) den Datenschutz?».

9 Votum BR Sommaruga AB 2018 S 618; Votum Glättli AB 2019 N 1778; Votum BR Keller-Sutter AB 2019 N 1815.

10 Beispielhaft: <<https://www.srf.ch/kultur/gesellschaft-religion/naiver-umgang-mit-big-data-der-zwang-zur-digitalisierung-schraenkt-unsere-autonomie-ein>>; <<https://www.srf.ch/kultur/netzwerk/das-digitale-ich/big-data-und-was-sie-uns-antun-eine-uebersicht>>; <<https://www.nzz.ch/digital/schluss-mit-dem-gejammer-ld.711908>>; <<https://www.republik.ch/2020/07/27/das-kranken-dossier>> (zuletzt besucht am 20. Juni 2023).

eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einer näheren Überprüfung nicht standhält. Die Betrachtung der historischen Entwicklung (B.) wird erkennen lassen, dass Bundesrat und Bundesgericht den Begriff Ende der 80er bzw. Anfang der 90er Jahre aus dem sog. Volkszählungsurteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983<sup>11</sup> übernommen, aber nie eine eigene Begründung für die Anerkennung eines Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung vorgelegt haben. Das Bundesgericht scheint sich stattdessen auf die intuitive Überzeugungskraft des Begriffs zu verlassen. Das kann nicht genügen. Als besonders problematisch erweist sich das Fehlen eigener Reflexion, weil das Bundesgericht die Idee der informationellen Selbstbestimmung im Verlauf der Zeit zunehmend absoluter verstanden hat, während das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsauffassung vor einigen Jahren stark relativiert hat. Die Analyse der tatsächlichen Umsetzung (C.) wird deutlich machen, dass nur wenige Bestimmungen im schweizerischen DSG als Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung verstanden werden können. Die Idee kann damit allenfalls die konzeptionelle Grundlage einzelner Normen, aber nicht des ganzen Gesetzes bilden. Das gilt ganz besonders für die Bestimmungen über die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane, die sich nicht auf ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung stützen lassen. In der Umsetzung in Gesetzesnormen und erst recht bei deren Anwendung auf die Vielfalt der Datenbearbeitungen erweist sich die informationelle Selbstbestimmung damit weitgehend als Illusion. Die normative Analyse (D.) wird schliesslich zeigen, dass sich diese Idee nicht nur kaum umsetzen lässt, sondern auch überzeugende Gründe bestehen, weshalb sie nicht umgesetzt werden sollte. Vor diesem Hintergrund fällt die Idee der informationellen Selbstbestimmung weitgehend in sich zusammen – sie implodiert.

---

11 BVerfGE 65, 1.

Das Datenschutzrecht beruht nach weit verbreiteter Auffassung auf der Idee der informationellen Selbstbestimmung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei gar um ein Grundrecht. Es versteht darunter das Recht der betroffenen Person, grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob und zu welchen Zwecken Daten über sie bearbeitet werden dürfen. Diesem Verständnis hat sich der Bundesrat in der Botschaft zum neuen DSG angeschlossen. Die Idee der informationellen Selbstbestimmung leuchtet zwar intuitiv ein, hält einer näheren Betrachtung aber nicht stand. Eine Analyse des DSG zeigt, dass die Idee für die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane im DSG überhaupt nicht und für diejenige durch Private nur punktuell umgesetzt worden ist. Tatsächlich lässt sich eine «informationelle Selbstbestimmung» weder sinnvoll rechtlich umsetzen noch überzeugend normativ begründen. Die Idee sollte deshalb aufgegeben und das DSG auf eine tragfähige konzeptionelle Grundlage gestellt werden.

*Der Autor*

Florent Thouvenin, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht und Vorsitzender des Leitungsausschusses des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) an der Universität Zürich

