

## Kompetenzzentrum Menschenrechte, MRZ

Veranstaltung vom Dienstag, 22. September 2015

### "Existenzsicherung und Menschenrechte" im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und staatlichen Pflichten

Referat von Dr. iur.Dr.h.c. Heinz Aemisegger

a. Bundesrichter Lausanne<sup>1</sup>

#### Inhaltsverzeichnis

I. Staatliche Schutzpflichten im Allgemeinen .....	2
II. Staatliche Schutzpflichten im Bereich einzelner Grundrechte.....	3
1. Soziale Grundrechte .....	3
a) Art. 12 BV Recht auf Hilfe in Notlagen .....	3
b) Art. 11 BV Schutz von Kindern und Jugendlichen .....	4
c) Art. 19 BV Anspruch auf Grundschulunterricht .....	5
2. Art. 10 BV Recht auf Leben und persönliche Freiheit .....	5
a) Vorbemerkungen .....	5
b) Fürsorgepflicht des Staates .....	6
3. Art. 13 BV Recht auf Privatsphäre insbesondere Datenschutz.....	6
a) Vorbemerkungen .....	6
b) Google Street View .....	8
c) Urteil EuGH betreffend Google Internet-Suchmaschine .....	8
d) Urteil Logistep - Raubkopien.....	8
e) Polizeiliche Internetüberwachung von Chatforen.....	9
f) Recht auf wirksame Beschwerde bei verdeckter Überwachung.....	9
g) Video-Überwachung von öffentlichen Plätzen und Strassen .....	10
III. Schlussbemerkungen.....	10

---

1 Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschliesslich die persönliche Ansicht des Verfassers wieder.

## I. Staatliche Schutzpflichten im Allgemeinen

Für die Sicherung seiner Existenz ist der Mensch in erster Linie selbst verantwortlich. Während seines ganzen Lebens muss er sich selbst mit eigenen Kräften dafür einsetzen. Oft stösst er dabei aber auf unüberwindbare Hürden. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, gilt dies bei weitem nicht nur für den minderbemittelten Menschen, für den in Gefangenschaft lebenden, der Folter und anderen Gefahren ausgesetzten Menschen. Vielmehr sind wir alle und zwar mehr als wir es wahrhaben wollen, bei der Sicherung unserer Existenz, namentlich unserer persönlichen Integrität, auf staatliche Hilfe angewiesen. Staatliche Schutzpflichten sind jedoch im Verhältnis zur Eigenverantwortung der Bürger subsidiär. Sie beschränken sich auf die elementare Existenzsicherung. Nur wo der Einzelne seine Existenz nicht selbst gewährleisten kann, ist der Staat dazu verpflichtet. Das Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und staatlichen Pflichten ist somit offensichtlich!

Die erwähnten staatlichen Verpflichtungen werden vor allem durch die Menschenrechte garantiert. Jede Schwächung des Menschenrechtsschutzes schwächt die staatliche Pflicht, die elementaren Grundlagen der menschlichen Existenz wirksam sicher zu stellen. Das führt unweigerlich zu einem Abbau der Rechtsstellung der Bürger. Menschenrechtsschutz ist Bürgerschutz. Er darf nicht zum Spielball politischer Kämpfe um gesellschaftliche und schon gar nicht um parteipolitische Spezialinteressen verkommen. Dafür ist er zu wichtig.

Die Existenzsicherung gehört zu den Grundaufgaben des Staates. Das gilt für alle europäischen EMRK-Mitgliedstaaten. Die wichtigsten EMRK-Grundrechte sind darauf ausgerichtet. Es sind dies namentlich die Art. 2-5 EMRK: Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), Folterverbot (Art. 3 EMRK), Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 4 EMRK) und Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK). All diese Grundrechte betreffen in zentraler Weise die Menschenwürde, wie sie in der Schweiz innerstaatlich in Art. 7 BV garantiert wird. Art 7 BV stellt zwar ein Individualrecht dar. Die Würdenorm ist aber zugleich Auffanggrundrecht.<sup>2</sup> Die Verhältnisse liegen in der Schweiz anders als etwa in der Bundesrepublik Deutschland. Dort ist die persönliche Freiheit als allgemeine Handlungsfreiheit ausgestaltet, welche die erwähnte Auffangfunktion übernimmt. In der Schweiz ist der Wirkungsbereich der persönlichen Freiheit dagegen auf elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung eingeschränkt. Lücken des die Menschenwürde betreffenden Grundrechtsschutzes in speziellen Verfassungsbestimmungen werden in unserem Land daher durch Art. 7 BV abgedeckt und justiziabel garantiert.<sup>3</sup>

In der Schweiz basiert der Anspruch auf Existenzsicherung somit vorab auf den speziellen Grundrechten der Bundesverfassung. Dabei ist zunächst auf das in Art. 12 BV verankerte Recht auf Hilfe in Notlagen hinzuweisen. Es ist jedoch zu betonen, dass sämtliche Grundrechte, welche in der Bundesverfassung garantiert werden, zur Existenzsicherung des Einzelnen beitragen. Besonders zu erwähnen sind die Grundrechte auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV), auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV). Auch das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und der Anspruch, vom Staat nach Treu und Glauben behandelt zu werden, tragen Wesentliches zum Menschenrechtsschutz und damit auch zur Existenzsicherung bei.

Besonders zu erwähnen ist die im Jahre 1999 neu in die Bundesverfassung aufgenommene, in Art. 29a BV verankerte, umfassende Rechtsweggarantie. In Bezug auf "zivilrechtliche Ansprüche" ("civil rights") und "strafrechtliche Anklagen" galt sie bereits früher und zwar gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK unter dem Titel "Recht auf ein faires Verfahren". Dieses Verfahrensgrundrecht ist namentlich auch für die Gewährleistung des Menschenrechtsschutzes unentbehrlich. Es gibt jeder Person Anspruch auf Beurteilung ihrer Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde. Sachverhalts-

<sup>2</sup> Vgl. BGE 139 I 272 zum Verhältnis von Art. 7 BV und Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen).

<sup>3</sup> BGE 140 I 125 E. 3.1 S. 130; 127 I 6 E. 5b S. 13 f.; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar 2.A. zu Art. 7 BV, Rz 28.

und Rechtsfragen sind vom Richter frei zu prüfen. Das Gesetz kann Ausnahmen von diesem Anspruch vorsehen, muss sich dabei allerdings Zurückhaltung auferlegen.

Das Publikum reduziert die Bedeutung des gerichtlichen Rechtsschutzes oft auf die Beurteilung einzelner Gerichtsfälle. Seine Wirkung geht jedoch weit darüber hinaus. Durch die im Einzelfall ergehenden Urteile werden wichtige Grundsätze und Prinzipien festgelegt, welche als Präjudizien Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Zukunft vermitteln. Sie haben deshalb eine äusserst bedeutsame generalpräventive Wirkung. Sie tragen dazu bei, dass die Gesellschaft sie bei ihren Rechtshandlungen berücksichtigt, womit viele Rechtsstreitigkeiten vermieden werden. In der Schweiz wird die Rechtsweggarantie primär durch die unteren Gerichtsinstanzen gewährleistet.<sup>4</sup> Nach dem pyramidalen Aufbau des Rechtsschutzsystems werden dort der Sachverhalt festgelegt und die Rechtsfragen umfassend geprüft. Es ist daher entscheidend, sich dort sorgfältig und umfassend einzubringen.

## **II. Staatliche Schutzpflichten im Bereich einzelner Grundrechte**

Im Folgenden werden beispielhaft ein paar Ausschnitte aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu einzelnen Grundrechten behandelt, welche einen engen Bezug zum Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und staatlichen Schutzpflichten aufweisen.

### **1. Soziale Grundrechte**

Soziale Grundrechte sind im Sinne eines Mindeststandards auf Chancengleichheit, soziale Sicherheit und Gerechtigkeit ausgerichtet. Zu erwähnen sind namentlich die Art. 12 BV (Recht auf Nothilfe), Art. 11 BV (Schutz von Kindern und Jugendlichen) und Art. 19 BV (Recht auf Grundschulunterricht). Auch bei diesen verfassungsmässigen Rechten ist das Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und staatlichen Pflichten deutlich zu erkennen. Ihre Wirkung setzt nur dort ein, wo sich die zu schützende Person nicht selbst helfen kann.

#### **a) Art. 12 BV Recht auf Hilfe in Notlagen**

Im Rahmen der Nothilfe muss der Staat der in eine Notlage geratenen Person diejenigen Mittel zur Verfügung stellen, welche für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Es geht dabei um elementare Bedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft, Kleidung und Gesundheit. Das Recht auf Nothilfe wurde vom Bundesgericht 1995 als ungeschriebenes verfassungsmässiges Grundrecht mit Anspruch auf Individualrechtsschutz im Sinne einer Mindestgarantie anerkannt<sup>5</sup> und später formell in die Bundesverfassung aufgenommen, nämlich in Art. 12 BV. Es steht jedem Menschen zu, der sich in der Schweiz aufhält. Die Verpflichtung des Staates zur Leistung von Nothilfe entspricht seinem humanitären Auftrag, Leben, Gesundheit und Menschenwürde zu schützen. Sie umfasst nicht nur die kurzfristige Notfallhilfe, sondern deckt auch die Überbrückung länger andauernder Notlagen ab. Auch der Anspruch auf Nothilfe untersteht jedoch dem Grundsatz der Subsidiarität.<sup>6</sup> Dieser verlangt vom Gesuchsteller, Notlagen zu vermeiden und in erster Linie aus eigener Kraft zu bewältigen.<sup>7</sup> Deshalb darf die Ausrichtung materieller Hilfe mit der Auflage verbunden werden, Arbeit zu leisten.<sup>8</sup> An die Nothilfe dürfen Bedingungen und Auflagen geknüpft werden.<sup>9</sup> Allerdings fallen bei Art. 12 BV Schutzbereich und nicht antastbarer Kerngehalt (Art 35 Abs. 4 BV) des Grundrechts zusammen. Deshalb vermögen selbst als stossend empfundene ausländerrechtliche

4 BGE 136 I 323 E. 4.7 S. 331 (öffentliches Arbeitsrecht, Versetzung eines Polizeifunktionärs).

5 BGE 121 I 367.

6 BGE 131 I 166 E. 4 S. 173 f.

7 Urteil des Bundesgerichts 8C\_927/2008 vom 11. Februar 2009, Pra 2009 Nr. 84 S. 573.

8 BGE 139 I 218 E. 4 S. 222 ff.; 130 I 71 (Teilnahme an Beschäftigungs- und Integrationsprogrammen); Urteil des Bundesgerichts 2P.115/2001 vom 11. September 2001.

9 BGE 131 I 166 E. 4.4 S. 175; zur Auflage, wöchentlich einmal bei den Behörden vorzusprechen, um die Nothilfe abzuholen: BGE 131 I 166 E. 8.4 S. 184.

Pflichtwidrigkeiten den grundrechtlichen Anspruch nicht zu beseitigen. Die Verweigerung der Nothilfe darf nicht als Zwangsmittel zur Erreichung ausländerrechtlicher Ziele eingesetzt werden.<sup>10</sup> Rechtsmissbrauch darf nur in spezifischen Ausnahmefällen angenommen werden.<sup>11</sup>

Nothilfefälle wurden beim Bundesgericht zunächst von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung bearbeitet. Nach dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes wurden sie der I. sozialrechtlichen Abteilung zur Behandlung zugeteilt.<sup>12</sup> Fälle betreffend Asylsuchende, vor allem solche mit definitivem und vollziehbarem Rückweisungsentscheid, und andere Ausländer ohne Aufenthaltsrecht sind besonders häufig Gegenstand bundesgerichtlicher Verfahren zu Art. 12 BV.

Aus Art. 12 BV hat das Bundesgericht zahlreiche staatliche Verpflichtungen abgeleitet:

- Das Recht auf Existenzsicherung vermittelt verfahrensrechtliche Pflichten der Behörden. Sie müssen den bedürftigen Mitwirkungspflichtigen<sup>13</sup> die Möglichkeit geben, ihnen die relevanten Angaben zu liefern. Das bringt eine gewisse Aufklärungs- bzw. Fürsorgepflicht mit sich.<sup>14</sup>
- Immer wieder muss entschieden werden, welches der Mindeststandard für das Obdach in Nothilfefällen darstellt. Dabei wurde eine Kollektivunterkunft grundsätzlich als zumutbar bezeichnet.<sup>15</sup> Naturalleistungen sind Geldleistungen<sup>16</sup> vorzuziehen.<sup>17</sup> Der Gang in ein Foyer zur Einnahme des Essens ist zumutbar.<sup>18</sup>
- Zum Anspruch auf Nothilfe kann auch die Übernahme von Krankenkassenprämien<sup>19</sup> und Heizkostenpauschalen<sup>20</sup> gehören, nicht jedoch die spitalexterne Pflege (Spitex)<sup>21</sup>.
- Bei der Nothilfe an einen Asylbewerber hielt das Bundesgericht fest, ungeachtet der Frage, ob europäisches Recht anwendbar sei, begründe dieses keinen Anspruch auf umfangreichere Leistungen als die Mindestleistungen gemäss Art. 12 BV.<sup>22</sup>
- Die Unterstützung von Ausländern ohne Wohnsitz in der Schweiz obliegt dem Aufenthaltskanton. Kantonswechsel sind nur ausnahmsweise möglich.<sup>23</sup>

## b) Art. 11 BV Schutz von Kindern und Jugendlichen

Bei diesem Grundrecht ist die Justiziabilität klein. Es gibt nur wenige Urteile des Bundesgerichts dazu. Der Grund dafür liegt wohl darin, dass die damit verbundenen Rechtsfragen auf Gesetzesstufe, insbesondere im Personen- und Familienrecht des ZGB, eingehend geregelt sind.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist Art. 11 BV sehr allgemein formuliert und deshalb in hohem Masse konkretisierungsbedürftig. Dessen Justiziabilität als Leistungsanspruch sei fraglich. Insbesondere greife nicht jede beliebige staatliche Massnahme in dieses Grundrecht ein. Das

---

10 BGE 131 I 166 E. 6 und E. 7 S. 177 ff.

11 BGE 131 I 166 E. 6 und E. 7 S. 177 ff.

12 Vgl. Art. 34 lit. f Reglement für das Bundesgericht, SR 173.110.131 (Fassung vom 24. November 2008, in Kraft seit. 1. Januar 2009).

13 BGE 131 I 166 E. 4.4 und 4.5 S. 175 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_221/2013 vom 11. März 2014.

14 Urteil des Bundesgerichts 2P.36/2000 vom 3. Juli 200 E. 2b und 2c.

15 BGE 139 I 272; Urteil des Bundesgerichts 8C\_466/2013 vom 3. Juni 2013 E. 5.

16 Vgl. BGE 131 I 166 E. 2.3 S. 171 f. (für eine Einzelperson: Fr. 8.- pro Tag für Nahrung und Hygiene und Fr. 13.- für Unterkunft; Kleidung bei dringlichem und offensichtlichem Bedarf, medizinische Versorgung auf Notfall beschränkt).

17 BGE 135 I 119 E. 5 und 6 S. 122 ff.

18 Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2013 vom 10. Januar 2014.

19 BGE 138 V 310 E. 5 S. 316 ff.

20 BGE 131 V 256.

21 Urteil des Bundesgerichts 2P.73/2005 vom 17 Juni 2005.

22 BGE 140 I 141.

23 Urteil des Bundesgerichts 8C\_852/2008 vom 25. Februar 2009.

treffe z.B. für die Schulhauszuteilung zu.<sup>24</sup>

Art. 11 BV vermittelt keinen Anspruch im Sinne des Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung.<sup>25</sup> Ebenso wenig kann gestützt auf diese Bestimmung ein Steuerabzug für die Eigenbetreuung von Kindern im familiären Umfeld verlangt werden.<sup>26</sup>

### **c) Art. 19 BV Anspruch auf Grundschulunterricht**

Der Anspruch auf Unentgeltlichkeit des Schulunterrichts bezieht sich einzig auf öffentliche Schulen. Daran ändern auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit und das Rechtsgleichheitsgebot nichts. Aus der Bundesverfassung ergibt sich kein Anspruch auf staatliche (Mit-)Finanzierung des privaten Grundschulunterrichts. Das gilt jedenfalls insoweit, als öffentliche Schulen einen ausreichenden Unterricht gewährleisten.<sup>27</sup> Für den Transport in die Schule haben in erster Linie die Eltern zu sorgen, soweit ihnen dies zuzumuten ist. Unter Umständen haben sie dabei Anspruch auf Erstattung von Transportkosten. Die Mindestgarantie von Art. 19 BV verlangt jedenfalls, dass die Kinder sicher, zuverlässig und zeitgerecht zur Schule und zurück befördert werden.<sup>28</sup> Unter Umständen ist ein Mittagstisch zu organisieren. An dessen Kosten haben sich die Eltern angemessen zu beteiligen.<sup>29</sup>

In Bezug auf die Sonderschulung verfügen die Kantone über einen grossen Gestaltungsspielraum. Verlangt ist mindestens ein angemessenes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen.<sup>30</sup> Es besteht somit kein Grundrechtsanspruch auf privaten Einzelunterricht.<sup>31</sup> Das gilt auch in Bezug auf Behinderte.<sup>32</sup>

Ein disziplinarisch begründeter angemessener Schulausschluss ist zulässig.<sup>33</sup>

## **2. Art. 10 BV Recht auf Leben und persönliche Freiheit**

### **a) Vorbemerkungen**

Die persönliche Freiheit wurde vom Bundesgericht 1963 in BGE 89 I 98 als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt und in der Folge laufend konkretisiert.<sup>34</sup> Dabei hat es auch völkerrechtliche Regelungen, insbesondere die Art. 2-5 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt. Das in Art. 10 Abs. 1 BV verankerte Recht auf Leben verpflichtet den Staat, das Leben der Menschen zu schützen, Tötungsdelikte unter Strafe zu stellen, zu verfolgen und gründlich abzuklären. Art. 10 Abs. 2 BV schützt die persönliche Freiheit, insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit. Schliesslich verbietet Abs. 3 von Art. 10 BV Folter und jede Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung. Das Folterverbot und das Verbot der Todesstrafe gehören zum absolut geschützten Kerngehalt der persönlichen Freiheit.

---

24 Urteil des Bundesgerichts 2P.324/2001 vom 28.03.2002, in: Pra 2002 Nr. 140 S. 761; ZBI 108/2007 S. 170; 2C\_495/2007 27.03.2008, in: ZBI 109/2008 S. 494.

25 Gleich verhält es sich mit der UNO-Kinderrechtekonvention. Urteil des Bundesgerichts 2C\_135/2007 vom 26. Juni 2007. Vgl. auch BGE 126 II 377 E. 5; 124 II 361 E. 3b.

26 Urteil des Bundesgerichts 1C\_161/2009 vom 3. März 2013 E. 5.6.1.

27 Urteil des Bundesgerichts 2C\_686/2012 vom 13. Juni 2013.

28 ZBI 109/2008 S. 494; Urteil des Bundesgerichts 2P.101/2005 vom 25. Juli 2005.

29 Urteil des Bundesgerichts 2C\_433/2011 vom 1. Juni 2012.

30 BGE 138 I 162; ZBI 113/2012 S. 559.

31 Urteil des Bundesgerichts 2C\_738/2010 vom 24. Mai 2011.

32 Urteil des Bundesgerichts 2P.190/2004 vom 24. November 2004.

33 ZBI 112/2011 S. 471.

34 SCHWEIZER, St. Galler Kommentar 2.A. zu Art. 10, Rz 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8.A., Rz 336 f.

## b) Fürsorgepflicht des Staates

Aus der Erkenntnis heraus, dass das Recht auf Leben und persönliche Freiheit durch Abwehrrechte allein nicht hinreichend gewährleistet ist, werden daraus verschiedene positive staatliche Schutz- und Fürsorgepflichten abgeleitet. Diese werden in den verschiedensten Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung (Strafrecht, Zivilrecht, Verwaltungsrecht) konkretisiert und differenziert geregelt.

Das Verwaltungsrecht kennt insbesondere staatliche Schutzpflichten im Bereich des Umweltrechts, des Bau- und Planungsrechts, des Gesundheitsrechts usw. Im Strafrecht ergeben sich aus dem Recht auf Leben und dem Folterverbot u.a. auch verfahrensrechtliche Garantien. Die betroffenen Personen haben einen Anspruch auf schnelle, vertiefte und wirksame Untersuchung, wenn sie solche Grundrechtseingriffe glaubhaft darlegen können. Der EGMR leitet solche Verfahrensansprüche auch aus dem in Art. 13 EMRK verbrieften Recht auf wirksame Beschwerde ab.<sup>35</sup> In diesen Fällen haben die Betroffenen gestützt auf die verfahrensrechtlichen Teilgehalte Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 3 und 13 EMRK sowie Art. 13 des Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984<sup>36</sup> auch ein Recht zum Ergreifen von Rechtsmitteln mit Einschluss der Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht.<sup>37</sup> Das gilt namentlich auch, wenn jemand vertretbar behauptet von der Polizei oder vom Gefängnispersonal menschenrechtswidrig behandelt worden zu sein.<sup>38</sup>

## 3. Art. 13 BV Recht auf Privatsphäre insbesondere Datenschutz

### a) Vorbemerkungen

Innerstaatliche, ja globale Überwachung von Internet und Telekommunikation, von öffentlichen Plätzen durch Videokameras<sup>39</sup>, von Fussball- und Eishockeyfans (sog. Hooligans), Massenspeicherung von Personendaten, "Cyber-mobbing" und das "Sexting"<sup>40</sup> sind alltäglich geworden, lösen Empörung aus und schaffen viele Rechtsprobleme. Im Zusammenhang mit dem Datenschutz tritt ganz deutlich zutage, dass das Grundrecht auf Privatsphäre vom Einzelnen nicht ohne staatliche Unterstützung verteidigt werden kann. Zwar ist auch in diesem Bereich die Eigenverantwortung der Betroffenen Personen von sehr grosser Bedeutung. Wird sie nicht in gebotener Weise wahrgenommen, so können erhebliche Schäden entstehen. Besonders deutlich zeigt das der in letzter Zeit Mode gewordene Versand von sog. "Selfies" mit Hilfe von Computern und Smartphones. Dem Staat kommt jedoch bei der Sicherstellung des Datenschutzes eine unabdingbare Verpflichtung zu. Die von Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre Betroffenen können dies aus eigener Kraft weitestgehend nicht gewährleisten.

Die Datenschutzbehörden, namentlich auch die Gerichte, stehen regelmässig vor schwierigen Aufgaben. Sie müssen einerseits den durch Verfassung und EMRK gebotenen Schutz der Persönlichkeit und die elementaren Grundsätze des Datenschutzrechts gewährleisten. Andererseits haben sie den bedeutenden, legitimen Interessen des Staates und der Privaten an der Nutzung der Möglichkeiten der elektronischen Medien angemessen Rechnung zu tragen. Dabei sind regelmässig heikle Abwägungen zwischen verschiedenen, einander oft widersprechenden Interessen

---

35 BGE 131 I 455 E. 1.2.5 S. 462 f.

36 (New Yorker) Antifolterkonvention, SR 0.105; vgl. auch die Art. 4, 5 und 16 des Übereinkommens.

37 BGE 138 IV 86 E. 3.1.2 S. 88.

38 BGE 138 IV 86; Pra 2012 Nr. 114 S. 795; 131 I 455; Urteil des Bundesgerichts 1B\_272/2011 vom 22. März 2012 betreffend den Erstickungstod eines Gefangenen.

39 Le Temps, 12. Januar 2014, "Lausanne installera des caméras de vidéosurveillance".

40 «Sex» und «Texting»: Jugendliche produzieren von sich selber pornografische Bilder und verbreiten diese über Apps und Internetplattformen. NZZ vom 12. Mai 2014, "Mädchen bedroht und verängstigt. Mehrjährige Freiheitsstrafe im «Sexting»-Fall.

vorzunehmen.

Bei der geschilderten Sachlage überrascht es nicht, dass Datenschutzanliegen immer mehr auch in den Fokus politischer Diskussionen und Vorstösse gelangen. In diesem Sinne hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrates einer parlamentarische Initiative von Nationalrat Daniel Vischer Folge geleistet, die darauf abzielt, ein neues Grundrecht auf "informationelle Selbstbestimmung" in die Bundesverfassung aufzunehmen.<sup>41</sup>

Datenschutz ist eine Querschnittsaufgabe. Im geltenden Recht ist sie in Ausführung von Art. 13 BV in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen näher geregelt.

Die wichtigsten Erlasse sind die folgenden:

- Datenschutzgesetz, SR 235.1, DSG
- Verordnung zum Datenschutzgesetz, SR 235.11, VDSG
- Öffentlichkeitsgesetz SR 152.3, BGÖ
- Verordnung zum Öffentlichkeitsgesetz, SR 152.31, VBGÖ
- Zivilgesetzbuch, SR 210, Art. 28 ZGB
- Strafprozessordnung, SR 312.0, StPO
- Kantonale Polizeigesetze, kt. PolG
- Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit, SR 120, BWIS

Eine grosse Rolle spielt insbesondere die Klage des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB; Datenschutzbeauftragter) zur Durchsetzung seiner Empfehlungen gegenüber privatrechtlichen Organisationen, deren Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen.<sup>42</sup>

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, bemüht sich das Bundesgericht, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem Datenschutz einerseits und den entgegenstehenden Anliegen der Öffentlichkeit (insbesondere Sicherheitsinteressen) und Dritter (insbesondere Nutzerinteressen) vorzunehmen<sup>43</sup>. Dabei bedient es sich häufig der verfassungskonformen Auslegung, d.h. die angefochtene Datenbearbeitung wird unter gewissen, aus dem Verfassungs- und Datenschutzrecht abgeleiteten Kautelen für zulässig erklärt.

In der Regel wird ein pragmatischer Ansatz verfolgt, wie das Urteil Google Street View belegt: Eine strikte Anwendung des Datenschutzrechts hätte hier möglicherweise zur Abschaltung des Dienstes in der Schweiz geführt.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt die Rechtsprechung zu kantonalen Polizeigesetzen und zum Hooligan-Konkordat. Dabei ist zu beachten, dass es sich in diesen Fällen um abstrakte Normenkontrollverfahren handelte. Praxisgemäss hebt das Bundesgericht eine kantonale Norm (bzw. eine Konkordatsbestimmung) nur auf, sofern sie sich jeglicher verfassungs- und konventionskonformer Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt.<sup>44</sup>

---

41 "Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats, SPK-N: "Für ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung", [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch); NZZ vom 30. August 2014 S. 14 "Neues Grundrecht vorgeschlagen"; NZZ vom 11. September 2014 S. 9, "Symbolische Datenschutzpolitik".

42 Art. 29 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 DSG.

43 Vgl. dazu auch das Urteil C-131/12 des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 13. Mai 2014 i.S. Google Spain betr. Internetsuchmaschine.

44 Vgl. BGE 137 I 31 E. 2 S. 39 f.; BGE 140 I 2 E. 4 S. 14.

Im Folgenden werden ein paar Hinweise zu Beispielen gemacht:

### **b) Google Street View<sup>45</sup>**

Am 31. Mai 2012 hatte das Bundesgericht über die Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes in Google Street View zu urteilen. Das von Google angerufene Bundesgericht hielt im Rahmen einer Interessenabwägung in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips u.a. fest, dass angesichts der in der heutigen Gesellschaft faktisch bestehenden Einbindung von Personendaten in die soziale Realität kein totaler Schutz vor einer unbefugten Bildveröffentlichung gewährleistet werden könne. Es sei zumutbar, wenn höchstens ca. 1% der Bilder ungenügend anonymisiert ins Internet gelange und darauf erkennbare Personen und Fahrzeugkennzeichen erst auf Anzeige der Betroffenen hin nachträglich manuell unkenntlich gemacht würden, sofern die nachträgliche Anonymisierung effizient, unbürokratisch und kostenlos erfolge<sup>46</sup> (Widerspruchsverfahren) und die vorgängige automatische Anonymisierung laufend dem Stand der Technik angepasst werde.<sup>47</sup>

Eine vollständige vorgängige Anonymisierung sei jedoch bei sensiblen Einrichtungen (Schulen, Spitälern, Altersheimen, Frauenhäusern, Gerichten und Gefängnissen etc.) erforderlich. Bilder von Privatbereichen wie umfriedeten Höfen, Gärten usw., die dem Einblick eines gewöhnlichen Passanten verschlossen bleiben, dürften ohne Zustimmung der Betroffenen grundsätzlich nicht veröffentlicht werden. Das Gericht räumte eine Übergangsfrist von maximal drei Jahren zur Entfernung bereits aufgeschalteter Bilder ein, die dieser Anforderung nicht entsprechen.<sup>48</sup>

Schliesslich bestätigte das Bundesgericht auch, dass die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Zweckbindung und der Transparenz eine vorgängige Information der Betroffenen über Aufnahmefahrten in einer Gemeinde verlangen und zwar nicht nur im Internet, sondern insbesondere auch in der Lokalpresse.<sup>49</sup> Bei künftigen Aufnahmefahrten dürfe die auf dem Autodach montierte Kamera die Höhe von 2.20 m (bisher 2.80 m) nicht übersteigen.

### **c) Urteil EuGH betreffend Google Internet-Suchmaschine**

In diesem Zusammenhang ist auf ein wegweisendes Urteil des EuGH über die von Google betriebene Internetsuchmaschine hinzuweisen.<sup>50</sup> Das Gericht qualifizierte das Betreiben der Suchmaschine als Datenverarbeitung i.S.d. Richtlinie 95/46/EG,<sup>51</sup> Google sei als verantwortliche Gesellschaft verpflichtet, im Rahmen ihrer Befugnisse und Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass ihre Tätigkeit den Anforderungen der Richtlinie entspreche. Google sei auf Antrag der betroffenen Person verpflichtet, in der Ergebnisliste enthaltene Informationen und Links zu löschen, wenn deren Einbezug nicht mehr den Bestimmungen der Richtlinie entspreche.

### **d) Urteil Logistep - Raubkopien**

Die Firma Logistep entwickelte eine Software, um in verschiedenen Peer-to-Peer-Netzwerken nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken (sog. **Raubkopien**) zu suchen. Die erhobenen Daten wurden an die Urheberrechtsinhaber verkauft, die dann Strafanzeige gegen Unbekannt einreichten. Nachdem die Strafbehörden die Inhaber der Internetanschlüsse identifiziert hatten, verschafften sich die Rechtsinhaber die Identitätsdaten durch Einsicht in die Strafakten, um sie

---

45 Urteil des Bundesgerichts 1C\_230/2011 vom 31. Mai 2012, in: BGE 138 II 346; EuGRZ 2012 S. 522.

46 BGE 138 II 346 E. 10.6.3 S. 369 f. und E. 14.4 S. 377 f.

47 BGE 138 II 346 E. 10.6.5 S. 371 ff. und E. 14.1 S. 376 f.

48 BGE 138 II 346 E. 10.7 S. 373 ff. und E. 14.3 S. 377.

49 BGE 138 II 346 E. 9.1 S. 361 f., E. 11 S. 375 und E. 14.4 S. 378.

50 Urteil C\_131/12 vom 13. Mai 2014.

51 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281, S. 31).

anschliessend zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen zu verwenden.

Das Bundesgericht fand u.a., das Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen könne die Tragweite der Persönlichkeitsverletzung und die damit einhergehenden Unsicherheiten über die Datenbearbeitung im Internet nicht aufwiegen. Es sei Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters, die allenfalls notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten.<sup>52</sup>

Als Folge des bundesgerichtlichen Urteils hat Logistep ihr Geschäft nunmehr ins Ausland verlegt. Für die Rechtsinhaber und die Internetnutzer hat sich damit kaum etwas geändert.

#### **e) Polizeiliche Internetüberwachung von Chatforen**

Zur Identifikation von pädophilen Straftätern beteiligen sich Polizeibeamte z.T. aktiv, unter einem **Pseudonym**, an spezialisierten Chatforen im Internet, wobei sie sich als Minderjährige ausgeben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich um eine Form der verdeckten Ermittlung.<sup>53</sup> Nach den §§ 286 ff. der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) ist die verdeckte Ermittlung nur bei einem Verdacht auf eine bereits begangene Katalogtat zulässig und bedarf der richterlichen Genehmigung.

Dagegen gilt im Vorfeld eines Strafverfahrens, d.h. mangels Vorliegens eines Anfangsverdachts, das kantonale Polizeirecht. Viele Kantone kennen keine entsprechenden Bestimmungen, sodass keine gesetzliche Grundlage mehr für präventive polizeiliche Chatroomermittlungen besteht. Früher, d.h. vor dem Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011, bestand eine solche im Bundesrecht.<sup>54</sup>

Am 1. März 2013 trat eine Änderung des Zürcher Polizeigesetzes in Kraft, mit der die gesetzlichen Grundlagen für das polizeiliche Vorgehen zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten vervollständigt werden sollten. Es verankerte ausdrücklich das Vorermittlungsverfahren, die verdeckte Vorermittlung, die Informationsbeschaffung im Internet sowie die verdeckte Registrierung und enthielt neue Bestimmungen über die Information, die Datenbearbeitung und den Datenschutz. Ähnliche Bestimmungen erliess auch der Kanton Genf (in Kraft seit 20. April 2013). Gegen die geänderten Bestimmungen der beiden Polizeigesetze wurde beim Bundesgericht Beschwerde erhoben. Es hiess sie teilweise gut.<sup>55</sup> § 32f Abs. 2 PolG/ZH liess die Überwachung der Kommunikation auf virtuellen Kommunikationsplattformen zu, die nur einem beschränkten Benutzerkreis zugänglich waren (sog. Closed User Groups). Das Bundesgericht kam zum Schluss, diese Bestimmung sei mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar, weil keine richterliche Genehmigung der Überwachung vorgeschrieben sei, keine nachträgliche Mitteilung an die Betroffenen erfolge und ihnen auch kein Rechtsschutz gewährt werde.<sup>56</sup>

#### **f) Recht auf wirksame Beschwerde bei verdeckter Überwachung**

In einer Bundesgerichtsentscheid vom 2. November 2011<sup>57</sup> ging es um die Frage, wie und wann Personen Auskunft vom Nachrichtendienst des Bundes (NDB) über allfällig gespeicherte Personendaten verlangen können. Nach dem Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur

---

52 BGE 136 II 508 E. 6 S. 522 ff., insbes. E. 6.4 S. 525.

53 Urteil 6B\_777/2007 vom 16. Juni 2008, in: BGE 134 IV 266 E. 3.8 S. 277 ff.

54 Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003, BVE.

55 BGE 140 I 353 (Kanton Zürich); 140 I 383 (Kanton Genf).

56 BGE 140 I 353 E. 8.7.2.4, S. 377. Zur Überwachung der Internetnutzung am Arbeitsplatz vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_448/2012 vom 17. Januar 2013, in: BGE 139 II 7 sowie die Leitfäden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten für die Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz für die Privatwirtschaft und für die Bundesverwaltung ([www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch)); Giordano Costa, Internet und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Entwicklungen in der Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung, Jusletter vom 9. Januar 2012 S. 2 ff.

57 Urteil des Bundesgerichts 1C\_289/2009 vom 2. November 2011, in: BGE 138 I 6; EuGRZ 2012 S. 198.

Wahrung der inneren Sicherheit<sup>58</sup> wird das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht aufgeschoben bis kein Geheimhaltungsinteresse mehr besteht. Die betroffene Person kann zwar eine Prüfung durch den Datenschutzbeauftragten und anschliessend durch das Bundesverwaltungsgericht verlangen; sie enthält jedoch stets dieselbe stereotype Antwort, dass entweder in Bezug auf sie keine Daten unrechtmässig bearbeitet werden oder dass im Falle von Fehlern bei der Datenbearbeitung oder betreffend den Aufschub der Auskunft eine Empfehlung des EDÖB zu deren Behebung an den NDB gerichtet worden sei.<sup>59</sup>

Nach Auffassung des Bundesgerichts hält die BWIS-Regelung bei konventionskonformer Auslegung vor Art. 13 EMRK stand. Dies setzt allerdings voraus, dass den Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten bzw. des Abteilungspräsidenten im Rahmen der geheimen Überprüfung verbindlicher Charakter zukommt.<sup>60</sup> Zudem muss sichergestellt werden, dass nach Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen wirksam Beschwerde erhoben werden kann. Hierzu muss zumindest nachträglich Auskunft erteilt werden.<sup>61</sup>

### **g) Video-Überwachung von öffentlichen Plätzen und Strassen**

Videoüberwachungskameras nehmen auf öffentlichen Strassen und Plätzen der Schweiz zu.<sup>62</sup> Die Videoüberwachung stellt einen Eingriff in die Privatsphäre dar (Art. 8 Ziff. 1 EMRK) und berührt den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV (Schutz vor dem Missbrauch persönlicher Daten).<sup>63</sup> Sie bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage, und zwar auch dann, wenn die Aufnahmen nicht aufgezeichnet, sondern lediglich – in Echtzeit – über einen Monitor verfolgt werden.<sup>64</sup>

Das Bundesgericht bejahte die Verhältnismässigkeit einer Aufbewahrung während 100 Tagen, sofern sichergestellt ist, dass die Aufzeichnungen ausschliesslich für strafrechtliche Ermittlungsverfahren verwendet werden und wirksame Vorkehrungen getroffen werden, um jegliche missbräuchliche Verwendung des Aufzeichnungsmaterials auszuschliessen.<sup>65</sup> Überdies verlangte es, dass die Öffentlichkeit mit Hinweistafeln auf die Videoüberwachung aufmerksam gemacht wird.<sup>66</sup>

### **III. Schlussbemerkungen**

Trotz der grundsätzlichen Subsidiarität der sich aus den Menschenrechtsgarantien ergebenden staatlichen Schutzpflichten sind sie für die Existenzsicherung unabdingbar. Da die meisten für den Schutz der Persönlichkeit erheblichen Lebenssachverhalte von mehreren Grundrechten gleichzeitig geschützt sind, überschneiden sich deren Schutzbereiche. Bei koordinierter Anwendung der entsprechenden Garantien tut das dem Schutz jedoch keinen Abbruch. Ursprünglich waren die verfassungsmässigen Individualrechte als reine Freiheits- bzw. Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe in private Angelegenheiten konzipiert. In den letzten Jahrzehnten bilden sie mehr und mehr auch die Grundlage für staatliche (Schutz-)Pflichten. Diese Tendenz wird sich in Zukunft noch verstärken. Gerade das zunehmende Schutzbedürfnis des Einzelnen im Bereich des Daten-

---

58 BWIS; SR 120.

59 Der Entwurf des künftigen Nachrichtendienstgesetzes (DNG) enthält in Art. 62 ff. eine analoge Regelung.

60 BGE 138 I 6 E. 7.4 S. 35 f.

61 BGE 138 I 6 E. 7.5 S. 37 ff.

62 Zur Videoüberwachung von Arbeitnehmern vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_641/2011 vom 8. Februar 2012, in: BGE 138 V 125; Urteil des Bundesgerichts 9C\_785/2010 vom 10. Juni 2011, in: JdT 2013 II 187; SVR 2012 IV Nr. 2 S. 4; Urteil des Bundesgerichts 6B\_536/2009 vom 12. November 2009, in: SJ 2010 I 394. Zur Überwachung von Arbeitnehmern mittels Satelliten-Lokalisierungssystem GPS in den Fahrzeugen eines Unternehmens vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.118/2003 vom 13. Juli 2004, in: BGE 130 II 425.; kritisch Marisa Tester, Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, Jusletter 24. September 2012 Rz. 53 ff. mit weiteren Literaturhinweisen.

63 BGE 133 I 77 E. 3 S. 79 ff.

64 Urteil des Bundesgerichts 1C\_315/2009 vom 13. Oktober 2010 E. 2.2.

65 BGE 133 I 77 E. 5 S. 83 ff., insbes. E. 5.5 S. 87 f.

66 BGE 133 I 77 E. 5.3 S. 85.

schutzes zeigt dies sehr deutlich. Dabei muss der Staat nicht nur Schutz garantieren gegen staatliche Eingriffe in die persönliche Freiheit. Vielmehr hat er diese Garantie in zunehmendem Mass auch gegen Verletzungen durch Dritte zu verteidigen.

Gefahr droht den für die Existenzsicherung grundlegenden Menschenrechten jedoch zunehmend durch die Versuche, sie durch radikal ausgestaltete Verfassungsinitiativen zu relativieren. In diesem Zusammenhang ist immer wieder klarzustellen, dass die Bundesverfassung ein einheitliches Regelwerk, ein einheitliches Ganzes darstellt, das nicht durch einzelne auf politische Partikularinteressen ausgerichtete Spezialverfassungsnormen aus dem Gleichgewicht gebracht werden darf. Insbesondere die in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns müssen jederzeit und umfassend zur Anwendung gebracht werden. Staatliches Handeln muss in diesem Sinne immer im öffentlichen Interesse liegen und es muss insbesondere stets verhältnismässig sein. Alle Verwaltungsakte müssen geeignete, zweckmässige und erforderliche Mittel zur Erreichung von angestrebten Zielen sein. Auch bei der oft notwendigen Bekämpfung von Missbräuchen dürfen diese Grundsätze nicht ausser Acht gelassen werden. Dem Einzelnen muss zu deren Einhaltung hinreichender Rechtsschutz zur Verfügung stehen.