

PRIVACY: Selbstbestimmung in der transparenten Gesellschaft

Rainer J. Schweizer

I. Zur Einleitung

Schon heute ist das Umfeld an Informations- und Kommunikationstechnologien, das die Menschen, jedenfalls in den Industrieländern, nutzen, immens und unübersehbar. Und die Zugriffs-, Verwendungs-, Verbreitungs- und Wirkungsmöglichkeiten dieser Technologien werden immer vielfältiger und schwieriger zu beherrschen. Doch sind heute die allgemein verfügbaren Techniken und die jedermann zugänglichen Informationsangebote nach Ansicht von Fachleuten erst auf einem Entwicklungsstand, wie ihn die Autos in den zwanziger Jahren hatten mit Hartgummireifen, Antriebskurbel und ähnlichen überholten Ausrüstungen. In der so dynamisch sich entwickelnden Informations-, Kommunikations- und Mediengesellschaft nach dem Wert und der Sicherung der Privatheit, der Privacy, zu fragen, wird - wie vielen Menschen heute bewusst wird - immer wichtiger. Aber was soll Privatheit in der immer transparenteren und stärker durchleuchteten modernen Gesellschaft? Was ist ihr Kerngehalt? Warum ist ihr Schutz notwendig, und wie ist dieser Schutz zu erreichen?

Dass die Progress Foundation mir die Gelegenheit gibt, darüber einige Gedanken vorzutragen, dafür danke ich Herrn Dr. G. Schwarz und den leitenden Organen der Stiftung ganz herzlich.

II. Ein Blick auf die Rechtsentwicklung und die Rechtswirklichkeit

1) Die Privatheit, das Privatleben, d.h. einen selbst gestalteten, abschirmbaren persönlichen Lebensbereich zu schützen, gehört zu den zentralen Aufgaben der Rechtsordnung. Die Schweiz hat, wie bekannt, in **Art. 27 und 28 Zivilgesetzbuch** von 1907 einen **allgemeinen Schutz der Persönlichkeit** verankert. Es handelt sich um einen generellen Schutz der physischen, psychischen, affektiven und sozialen Integrität und Freiheit des Menschen. Das besondere an dieser auch nach bald hundert Jahren bewundernswerten Regel ist, dass der Gesetzgeber einen in der Zeit, Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur grundsätzlich offenen Begriff der Persönlichkeit gewählt hat, der aber alle wesentlichen Werte des Menschen meint, und der gegen jeden Verletzer gerichtlich einklagbare Abwehrrechte bietet. Allerdings können die Persönlichkeitswerte auch von jedermann, der ein überwiegendes Interesse hat, eingeschränkt werden.

Das **Strafrecht** ergänzte später den privatrechtlichen Schutz durch Strafandrohungen gegen verbrecherische Verletzungen der mit der Person verbundenen zentralen Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Ehre und Ruf oder von besonderen Geheimhaltungsinteressen.

Im Folgenden interessieren uns bei diesem allgemeinen Persönlichkeitsschutz die Möglichkeiten der Abwehr von Missbräuchen oder Verletzungen seitens der Medien und durch den Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien. Der Persönlichkeits- und Privatlebensschutz gilt selbstverständlich auch gegenüber weiteren Bedrohungen, etwa von Ehe und Familie, des Fortpflanzungsbedürfnisses, der Gesundheit u.a. elementaren Anliegen. Doch da jeder Mensch Informationen nicht nur für die Entfaltung seiner psychisch-geistigen Kräfte benötigt, sondern diese vor allem notwendige Grundlage menschlicher Handlungen und Beziehungen sind, wirken sich die Verformungen und Verzerrungen der Informations- und Kommunikationswelt umfassend auf die Person, ihr Privatleben und ihre soziale Entfaltung aus.

2) Mit dem Aufkommen der Computertechnologie in Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung und der gleichzeitigen Entwicklung der Telekommunikation setzte in

Europa und Amerika vor rund 30 Jahren auch eine breite Diskussion über den Schutz der Privatsphäre ein. Der stets kreative, originelle Bundesgerichtspräsident O.K. Kaufmann hielt schon 1970 einen Vortrag über den "registrierten Menschen", und ein hochbegabter Zürcher Privatdozent, Peter Forstmoser, publizierte 1973/74 die erste wissenschaftliche Untersuchung in der Schweiz zum Thema "Datenbanken und Persönlichkeitsschutz", in denen er besondere Wirkungs- und Gefährdungspotentiale der EDV darstellte und Überlegungen zum rechtlichen Schutz der betroffenen Personen skizzierte. Damit war auch hierzulande die Debatte über den sog. Datenschutz lanciert, welcher rechtliche Schutzmassnahmen zugunsten der Privatsphäre und vor Missbrauch personenbezogener Daten anstrebte. Die ersten Gesetzesschritte zum Persönlichkeitsschutz vor technologischen Gefährdungen galten allerdings Ende der 70er Jahre der Regelung der **Telefonabhörung**. Danach folgte anfangs der 80er Jahre das **Recht auf Gegendarstellung** in Medien, wo Persönlichkeitsverletzungen, die in der Konkurrenz von **Printmedien** und **elektronischen Medien** stark zugenommen hatten.

Eine **spezifische Datenschutz-Gesetzgebung** kam hierzulande, nach einigen Vorläufern in Westschweizer Kantonen, erst allmählich, Ende der 80er und anfangs der 90er Jahre in umfassender Weise zustande. Dabei spielte damals sicher auch die sog. Fichenaffäre, die Aufklärung der jahrzehntelangen, ungezügelten Registrierungspraxis des Staatsschutzdienstes der Bundesanwaltschaft eine treibende Rolle. Das Grundkonzept des Datenschutzrechts nach den geltenden kantonalen und eidgenössischen Gesetzen (wie der unzähligen ähnlichen ausländischen Erlasse) ist, die informations- bzw. datenverarbeitenden Unternehmen und staatlichen Stellen zur **Fairness in der Datenbearbeitung** anzuhalten, indem für die Beschaffung und automatisierte Nutzung von Personendaten Verhältnismässigkeit sowie Interessenabwägung respektive Legalität gefordert werden, indem die Richtigkeit der bearbeiteten Information angemessen gewährleistet sein muss und indem Datenweitergaben mit dem ursprünglichen Beschaffungszweck konform sein sollen. Zudem stehen der betroffenen Person ein Auskunftsrecht und Klagemöglichkeiten zu, und eine fachkundige Ombuds- und Kontrollinstanz sollte die Fairness der Bearbeiter prüfen

und Illegalitäten abwenden helfen. Mit der Ernennung der entsprechenden Kontroll- und Justizpersonen wurde das Thema 1992/93 politisch "abgehackt".

3) Dass es in den Auseinandersetzungen zwischen den Informations- und Geschäftsinteressen der Medien einerseits und dem Privatlebensschutz und Ehrenschaft von Einzelpersonen andererseits zivilrechtliche, lauterkeitsrechtliche und strafrechtliche Konfliktlösungen braucht, wird laufend, fast täglich deutlich. Doch bezüglich des Datenschutzrechts fragen sich manche Zeitgenossen, ob es eigentlich nicht eine etwas ausgefallene Sondermaterie mit geringer praktischer Relevanz sei; ob es nicht mehr Querulanten als der grossen Mehrzahl der unbescholtenen ordentlichen Bürger nütze? Gewisse Kreise sehen im Persönlichkeits- und Datenschutz gar nur unnötige Hindernisse, etwa für eine umfassende polizeiliche Verbrechensbekämpfung, für einen freien grenzüberschreitenden Datenaustausch oder für unbeschränkte Verknüpfungen und Auswertungen von an sich vorhandenen Datensammlungen. Mindestens der Programmierungs- und Verwaltungsaufwand, z.B. zur Gewährleistung des Auskunftrechts, erscheint vielerorts als lästig.

4) Allein die **Rechtswirklichkeit** ist doch **eine andere**. Das Bundesgericht seit etwa 1980, aber auch kantonale Gerichte und die Eidgenössische Datenschutzkommission als Spezial-Verwaltungsgericht des Bundes seit 1993, haben **Hunderte von Fällen** zu beurteilen gehabt. Wie Peter Forstmoser 1974 richtig vermutet hatte, haben die Gerichte in diesem Bereich ganz entscheidend zur Rechtsfortbildung beigetragen. Es muss einem nachdenklich stimmen, dass diese reiche Gerichtspraxis – die, wenn man die Streitfälle um den Privacy-Schutz mit den Medien dazu rechnet – noch wichtiger wird, in ganz verschiedenen Lebens- und Sozialbereichen **echte Schutzbedürfnisse** zeigt, etwa von Künstlern, ÄrztInnen, WissenschaftlerInnen, Kaufleuten, Angehörigen geschädigter oder verunfallter Personen, PatientInnen etc. etc. Ob ein Wirtschaftsanwalt systematisch abgehört, eine Sportlerin illegaler Praktiken verdächtigt, ein kritischer Professor politisch diffamiert oder das Konsumprofil von Warenhauskunden verschachert wird, immer wieder einmal und immer häufiger mal wird die Persönlichkeit von Einzelnen übergangen und missachtet. Und alle betrof-

fenen Personen fragen drängend: was für Informationen über mich haben "die" und woher haben "sie" es und wie kann ich mich wehren?

III. Schutzdefizite und Reformbestrebungen

1) Wenn in der Rechtswirklichkeit, weitgehend unbeachtet, Rechtsverletzungen Konjunktur haben, so bedeutet das noch nicht, dass die bisherigen legislatorischen Konzepte falsch sind - das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht hat z.B. vielen Personen weiter geholfen -, doch bestehen zweifelsohne rechtliche Unklarheiten und Unsicherheiten, ja wahrscheinlich auch gewichtige **Schutzdefizite**. Ich möchte dazu nur einige **Hinweise** geben: Unvermindert strittig ist 1., wie weit es sog. freie Daten gibt, wie weit namentlich von einer Person, wenn sie in der Öffentlichkeit spricht oder auftritt, Aussagen oder Bilder gewonnen werden dürfen, weil sie diese ja vorgeblich publik, jedenfalls zugänglich gemacht hat. Der von Pierre Tercier treffend formulierte Grundsatz "tout ce qui est 'public' (parce qu'accessible à qui souhaiterait l'apprendre) n'est pas nécessairement 'publicable'" ist keineswegs allgemein anerkannt, geschweige dass die Einsicht besteht, dass (nach Adalbert Podlech) "Privatheit eine mögliche Eigenschaft des Umgangs mit anderen" ist. Strittig ist 2. in wie weit jemand wann eine sog. Person des öffentlichen Lebens ist, deren Privatbereich sicher enger ist, aber deren öffentliches Wirken keineswegs beliebig verfolgt werden darf. 3. wachsen die Bereiche, wo personenbezogene Informationen und private Kommunikationen von Dritten völlig unbekümmert ohne irgendeine Einwilligung der Betroffenen ausgewertet oder weiterverbreitet werden. So gerieren sich (trotz des verfassungsrechtlichen Legalitätsgebotes) selbst einzelne Staatsstellen, dann gewisse Medienschaffende und zunehmend die Wettbewerbsteilnehmer. Unklar ist 4. auch, ob es verfassungsrechtlich Bereiche geben darf, etwa bei der Bekämpfung von organisierter Kriminalität oder Terrorismus, wo jede auf welchem Weg auch gewonnene private Kommunikation registriert und verwertet und zudem wo die Auskunft über allenfalls zur Person gespeicherte Daten generell verweigert werden darf. Umstritten ist schliesslich 5., ob Informationen, die entgegen dem klaren Widerspruch einer Person gewonnen wurden, dennoch dort, wo überwiegende Interessen (z.B. der Medien) gelten gemacht werden, weiter

genutzt und verbreitet werden dürfen. Insgesamt muss man m.E. feststellen, dass das geltende Persönlichkeits- und Datenschutzrecht in unserer pluralen, stark ökonomisch orientierten Gesellschaft mit ihren immensen technologischen Möglichkeiten **keine ausreichenden Garantien für eine faire, offene, sichere Kommunikation unter Respekt der Persönlichkeit aller Beteiligten bietet.**

2) Dieser weltweit zunehmend festgestellte Befund hat verschiedenenorts zu gesetzlichen **Reformbestrebungen** geführt, auch in der Schweiz. Gefordert und angestrebt wird eine grössere technische Sicherheit, nicht zuletzt im elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehr, wo heute Hacker und andere Manipulationen enorme Schäden zu lasten der Unternehmen und der betroffenen Personen anrichten. Ganz entscheidend verbessert soll sodann bei jeder Datenbeschaffung und Informationsnutzung die Orientierung der betroffenen Person werden. Schliesslich sollen für die Verknüpfung und on-line-Nutzung von Datensammlungen stärkere Legitimations- und Kontrollstandards gelten. Doch werden diese Erweiterungen bisheriger Schutzdispositive genügen?

IV. Wie das technologische Umfeld unsere Lebensgestaltung und Beziehungen verändert

1) In der modernen Informations- und Kommunikationsgesellschaft müssen wir im Hinblick auf die Interessen der Person und besonders der Privacy alle technikunterstützten Formen und alle Äusserungsmöglichkeiten, mit allen Medienarten in eine **kritische Reflexion** einbeziehen. Diese kann schon beim Faktum einsetzen, dass allein die so hilfreiche Textverarbeitung mit bestimmten Textbausteinen uns zu starren Denkabläufen und Schreibweisen zwingt. Die Informatik unterstützt weitgehend ein systemisches Denken und Kommunizieren mit systemorientierten Finalitäten. Die vorgeschriebene Sprache ist sodann in der Regel uni-formiert; jedenfalls haben Sprachminderheiten weniger Ausdrucksmöglichkeiten. (Sie können z.B. in Disentis maschinell keine rätoromanischen Finanzdienstleistungen einholen und erhalten im Tessin beim Tanken mit einer Kreditkarte keine italienischen Anweisungen). Nachrichten in den elektronischen Medien sind - gerade in Krisenzeiten - zunehmend abgestimmt und kei-

neswegs beliebig frei und vielfältig. Und die Unterhaltungsstücke (soap operas, MTV etc.) vermitteln weltweit sehr ähnliche Kommunikations- und Verhaltensmuster. Kulturelle, z.B. religiöse oder geschichtliche Präferenzen und Werte, die die einzelnen Sprachgemeinschaften und Völker prägen, werden von universellen Strukturen und Angeboten der industriellen Kommunikations- und Medieneinrichtungen überlagert. Dieses technologiegeprägte Umfeld soll hier keineswegs kulturpessimistisch beklagt werden. Die heutigen enormen Informationszugangschancen, die ungeheure Fülle von sozialen Kontakten, Geschäfts- und Unterhaltungsmöglichkeiten möchte **niemand mehr missen** und niemand möchte die durch Informatik und Telematik erzeugte wirtschaftliche Wertschöpfung mit den unzähligen Arbeitsplätzen gefährden. Doch: Kreditkarten oder Chipkarten des Gesundheitssystems, wegen der grenzüberschreitenden Zugriffsmöglichkeiten von Polizei und Fiskus oder im e-commerce und der Unterhaltung mittels Pay-TV: überall bröckelt das eigenständige Denken, Äussern und Handeln der Person ab. Wann können wir uns den ständigen Mail- und Handykontakten noch entziehen? Wann und wo uns in heiklen Angelegenheiten mit einer vertrauten Person noch völlig frei aussprechen? Wo schafft man es noch, Kinder vom Fernseher und den Computerspielen abzuhalten? Wie weit sind wir alle nicht schon dankbare **Sklaven** von ubiquitären Informationsverarbeitungs- und Kommunikationsangeboten?

2) Die Omnipräsenz der Technologien mag kaum jemand tadeln. Doch gibt es leider auch **Gefahren** und **Missbräuche**. Gefahren gehen z.B. unverändert von Nutzungen von Datensammlungen aus, die mit dem ursprünglichen Bearbeitungszweck unvereinbar sind sowie von der Verwendung besonders sensibler Informationen (z.B. über die Gesundheit oder über frühere Strafen) aus. Die Hauptsorge betrifft heute die technischen **Überwachungsmöglichkeiten**, wie Videoregistrierungen in Gebäuden und auf öffentlichen Plätzen, biometrische Erkennungsmethoden (anhand von Fingerabdrücken, Augen, Gesicht oder Stimme) sowie der Auswertungen des Gebrauchs von maschinenlesbaren Karten oder Produktcodes. Das Bedenkliche ist dabei nicht nur, dass diese Erfassungen erhebliche Fehlerquoten haben, sondern namentlich, dass alle möglichen Datenerfassungstechniken für immer weniger Geld von Privaten erworben und zu x-beliebigen Zwecken verwendet werden können. Beinahe jede Techno-

logie wird, wenn sie Dritten zugänglich ist, kommerzialisiert und zu immer geringeren Preisen für irgendeinen banalen Zweck popularisiert. Damit können praktisch überall fremde automatische Personenkontrolle voraussetzungslos und unkontrolliert durchgeführt werden.

Missbräuche der Informations- und Kommunikationstechnologien seitens staatlicher oder privater Stellen bewirken selten grosse Schäden - anders als etwa Missbräuche in der Medizin oder Biotechnologie -, **doch sie gefährden und beeinträchtigen eine Grundlage der freien, demokratischen, rechtsstaatlichen Gesellschaft, nämlich die persönliche Freiheit.** Diese gilt es besser zu schützen.

V. Über die wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Lösungsansätze zum Schutz der persönlichen Freiheit

1) Die vielfältigen Bedrohungen und Beschränkungen der Persönlichkeit sind unseren Gesellschaften im allgemeinen schon bewusst und mindestens **Ansätze zum wirksameren Schutz** der persönlichen Freiheit wurden in den letzten Jahrzehnten vielerorts entwickelt. Ich nenne wiederum einige juristische Instrumente. Ein ganz wichtiges Mittel zur Begrenzung des Missbrauchs von Informationskompetenz bzw. Informationsmacht ist im **Wirtschaftsleben**, (mehr) Öffentlichkeit und Transparenz herzustellen, etwa durch die Deklaration der Bestandteile von Produkten, durch die Offenlegung von Konkurrenzangeboten bei Submissionen bzw. öffentlichen Aufträgen oder durch strengere Rechnungslegungspflichten der Unternehmen. Dass diese Postulate **auch** dem Privatheitsschutz von wirtschaftenden Personen dienen, mag auf den ersten Blick paradox erscheinen, doch geregelte Informationszugangsregeln sichern "lateral" berechnete Vertraulichkeitsbedürfnisse. Sehr wichtig sind im weitem technische und ethische Standards für eine sichere, vertrauenswürdige Informationsverarbeitung; nötig ist also Informationsschutz durch die Technik (z.B. bezüglich elektronischer Signaturen, der Gestaltung von Websites oder der Aufträge bei Outsourcing).

Im **staatlichen Sektor** verlangt vor allem die stetig fortschreitende Vernetzung klare gesetzliche Schranken. Wie in der Wirtschaft wird sodann zunehmend deutlich, dass geordnete Regeln über den Zugang zu amtlichen Informationen misstrauisch machende Geheimhaltungspraktiken einschränken können und dass Pflichten zur ehrlichen, offenen Kommunikation mit den Bürgerinnen und Bürgern Legitimität fördern und mindestens teilweise die stetige Abnahme demokratischer Partizipationsmöglichkeiten kompensieren helfen. Eine Gesetzgebung über die sog. Amtsöffentlichkeit ist heute, nach dem Vorbild mehrerer Kantone, auch auf Bundesebene eigentlich unumgänglich.

2) Was die **rechtlichen** Schutzvorkehrungen gegen neue Gefährdungen und Verletzungen betrifft, so besteht international Einigkeit, dass durch Gesetze und völkerrechtliche Normen vor allem präzise **bereichsspezifische** Bestimmungen aufgestellt werden müssen, z.B. über die Zugriffsmöglichkeiten auf grosse Datenbanken, oder über das Aufstellen von Überwachungsgeräten auf öffentlichem Grund, oder über den Einsatz und die Nutzung der Gendiagnostik. Doch bereichsspezifische Statuten, Richtlinien oder Codes nützen wenig, wenn man nicht die grund- und menschenrechtlichen Perspektiven im Auge hat.

Hier lohnt sich ein **Blick in die USA** und andere **Common Law Länder**. Während das Vereinigte Königreich bis vor kurzem, eigentlich bis zur 1998 endlich vollzogenen Inkorporation der EMRK praktisch keinerlei grundrechtlichen Privacy-Schutz kannte, hat dieser in den USA eine über hundertjährige Tradition. Das amerikanische Privacy-Verständnis umfasst einige grundsätzliche Postulate, namentlich 1. das Verbot des unbefugten Eindringens (der "intrusion") ins Privatleben; 2. das Verbot der Verwendung von Daten oder Bildern einer Person in einer Weise, dass deren persönlichen Gefühle verletzt werden; 3. die Unzulässigkeit des Bruches von Vertraulichkeit und Geheimhaltung und 4. das Verbot der Verbreitung falscher, diffamierender Aussagen über eine Person. Hinter all dem steht das Konzept eines Menschen, der (auch) das Recht hat, in seinem Privatleben vor behördlichen oder gesellschaftlichen Eingriffen unberührt, alleinverantwortlich sein zu können. Das Right of Privacy der USA ist spezieller und enger als unser Persönlichkeitsschutz, wahrscheinlich aber grundsätzlicher und stringenter. Es kommt allerdings nur natürlichen Personen

zu, während, wir (entsprechend Art. 53 ZGB) einen sinngemässen Schutz auch privater juristischer Personen (z.B. in ihrem guten Ruf) kennen und befürworten. Unser bisheriges Datenschutzrecht, das vor allem allgemeine Handlungsregeln für die Datenbearbeiter aufstellte, sollte m.E. stärker mit den angloamerikanischen oder europarechtlichen grundrechtlichen Rechtsansprüchen verglichen werden. Dieser Rechtsvergleich müsste uns, ebenso wie die Analyse der Rechtsentwicklung, dazu führen, dass wir den Schutz der einzelnen Person im heutigen Informations- und Kommunikationsfeld **stärker vom Grund- und Menschenrechtsschutz her angehen** und dass wir den Privacy-/Privatheitsschutz klarer als ein Hauptelement des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes verstehen! Hierzu möchte ich noch einige Grundsätze herauschälen

VI. Von der Gemüsefrau, vom Briefträger und von Samenspendern

Gewisse fundamentale Grundsätze, etwa das Verbot des Ausschnüffeln und der Informationsbeschaffung durch Täuschung (selbst in der Verbrechensbekämpfung können V-Leute nur in engen gesetzlichen Grenzen eingesetzt werden) oder die Ablehnung öffentlicher Erniedrigung und Blossstellung einer Person sind selbstredend klar. Aber andere Grundsätze sind weniger geläufig. Sie ergeben sich aber aus bestimmten typischen Kommunikations-Konstellationen. Wenn eine Hausfrau oder ein Hobbykoch bei der **Gemüsefrau** auf dem Markt samstags einkauft, so erhält diese, aber daneben eine Anzahl von umstehenden oder bekannten Personen Informationen über private Konsumbedürfnisse und Kaufpräferenzen der Hausfrau oder des Hobbykochs, Niemandem aber fällt ein, dieses Wissen zu vermarkten oder gar in eine Zeitung zu bringen. Das bedeutet, dass auch das öffentlich abgewickelte Geschäft auf dem **Vertrauen** der Kundin/des Kunden **auf Diskretion** beruht, so dass etwa ein Politiker seiner Freundin von der Blumenfrau einen Strauss schicken lassen kann. Vertraulichkeit und Korrektheit der Informationsabläufe gegenüber jeder Person sind wesentliche Grundlagen erfolgreicher Geschäftsbeziehungen.

2) Weiteres lehrt der **Briefträger**. Seit Beginn organisierter Postdienste im 17. Jahrhundert (etwa in der Schweiz durch die Stadt St. Gallen und vor allem die Berner Unternehmerfamilie von Fischer) bzw. seit Beginn der Telekommunikationsdienstleistungen in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts war klar, dass alle Personen und Organisationen, die private oder geschäftliche Kommunikation unterstützen, zu **absoluter Verschwiegenheit** verpflichtet waren. Das Postgeheimnis, das 1848 die Verfassung des neuen Bundesstaates als "unverletzlich" bezeichnet hatte, das erscheint heute vielfach als gefährdet, ja belanglos. Erfreulicherweise hat das Bundesgericht unlängst das Telekommunikationsgeheimnis auch auf Internet und E-mail-Dienste erstreckt. Aber warum gelten diese Grundsätze nicht für **andere Fälle, wo private Informationen in organisierter Weise durch Dritte übertragen werden**? Warum ist z.B. ein elektronischer Zahlungsverkehr via POS oder Clearing-System nur über die Geheimhaltungspflicht der beteiligten Banken, aber nicht durch unmittelbare verfassungsrechtliche Pflichten der Abwicklungsorganisationen geschützt? Wenn man jede Person vor über 150 Jahren vor dem geschwätzigen Briefträger schützen wollte, warum ist sie heute gegenüber dem Kreditkartensystem oder gegenüber Flug- und Reisereservationssystemen oder gegenüber Arbeitsvermittlungsstellen nicht zwingend in ihren Geheimhaltungsbedürfnissen geschützt.

3) Ein drittes Lehrbeispiel ist m.E. die **assistierte Fortpflanzung**. Wenn eine Frau, selbst in der Ehe, ein Kind der Liebe zur Welt brachte, so kann sie zu recht um des Familienwohls und ihres Persönlichkeitsschutzes willen geheimhalten. Aber wenn nach vielfältigen Beratungen und Behandlungen heute der Spitalarzt als entscheidende aussenstehende Instanz eine bestimmte heterologe Insemination vornimmt, so ist er nach Gesetz auskunftspflichtig. Art. 119 Abs. 2 Bst. g unserer BV gibt dem Kind gar ein unverzichtbares Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu. Die **organisierte Lebensgestaltung unter Verantwortung eines Dritten** verlangt volle **Transparenz** gegenüber allen Betroffenen sowie strikte Vertraulichkeit gegenüber Aussen.

4) Was uns heute im sich weiter expandierenden, revolutionierenden Umfeld der Informations- und Kommunikationstechnologie fehlt, sind offensichtlich die generelle Sicherung von Diskretion, eine ausgebaute Garantie wichtiger

Schutz- und Geheimhaltungsbereiche sowie eine volle Offenlegung aller organisierten Informationsverantwortungen Dritter gegenüber den betroffenen Personen. Diese Grundregeln müssen allerdings in und aus dem Zusammenhang mit dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz verstanden werden. Ich hoffe, dass uns heute mindestens die moderne Biotechnologie aufrüttelt, mit ihren Entwicklungen in der pränatalen und postnatalen Gendiagnostik, mit der Gentherapie und der experimentellen Embryonenforschung, endlich **auf einen grundsätzlichen, umfassenden Persönlichkeitsschutz zu dringen**. Was ist der Kern dieses Schutzes, wenn man im Hinblick auf die Vermeidung oder Abwehr von Beeinträchtigung Rechtsgrundsätze für Informations-, Kommunikations- und Medientätigkeit festlegt.

VII. Die Selbstbestimmung als zentrales Element des informationellen Persönlichkeitsschutzes

1) Das Wesen des Menschen, sagte etwa Karl Rahner, ist, dass er sich selbst entfalten kann in der Natur, in Freiheit, in Vernunft und selbstverständlich in einer Gemeinschaft. Die Hauptgefahr für die menschliche Entfaltung sah Rahner wohl zu recht in der "Selbstmanipulation" des "operablen" Menschen, die zu dessen "Vernutzung" führt. Gegenüber den Risiken der Selbstmanipulation steht, so Rahner, die Chance der Selbstbestimmung, steht die Freiheit, sein Leben ins Heil oder ins Unheil zu wenden. Für die (technik-unterstützten) modernen Informations- und Kommunikationsbeziehungen hat das deutsche Bundesverfassungsgericht 1983 erstmals das **Grundrecht auf "informationelle Selbstbestimmung"** postuliert. Unser Bundesgericht hat dieses Grundrecht, als ein ungeschriebenes, schon 1987 anerkannt und seither immer wieder bestätigt. Ich bedauere es offengestanden sehr, dass in der sehr verdienstvollen neuen Bundesverfassung der Persönlichkeitsschutz nur teilweise geglückt und insbesondere dieses Grundrecht nicht aufgenommen wurde. In Art. 10 Abs. 2 BV wird der vom Bundesgericht entwickelte Kerngehalt der persönlichen Freiheit, das Recht auf **Entfaltung der elementaren Lebensbedürfnisse nicht** explizit angesprochen. Und in Art. 13 Abs. 2 BV heisst es, unter der zu engen Sachüberschrift des "Schutzes der Privatsphäre", in verkürzter Sicht nur, dass

jedermann vor Missbrauch der ihn betreffenden Daten geschützt ist. Darum geht es höchstens mittelbar! Zentral ist hingegen der **grundrechtliche Anspruch auf Autonomie in allen Informations- und Kommunikationsbeziehungen**, ist das Recht jeder Person, grundsätzlich eigenständig Umfang und Gehalt der Informationen zur Person bestimmen zu können. Selbstverständlich bleiben die üblichen verfassungsrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten von Grund- und Freiheitsrechten zum Schutze der Rechte Dritter oder am überwiegenden öffentlichen **vorbehalten** bleiben.

2) Was **bedeutet** persönliche **Selbstbestimmung konkret** in einer total informatisierten und durchleuchteten Gesellschaft? Unerträglich ist jedes ständige Überwacht- und Kontrolliertwerden, gesetzliche Notwendigkeiten einer demokratischen Gesellschaft vorbehalten. Gegenteils müssen effektive Abwehr- und Verweigerungsrechte anerkannt werden. Allerdings muss eine sich verweigern- de Person selbstverständlich dann den allfälligen Verlust von nicht existenznotwendigen Leistungsansprüchen akzeptieren muss. **Entscheidend** für eine echte Selbstbestimmung ist einerseits in vielen Beziehungen (z.B. im Gesundheits- oder im Steuerbereich) die **Aufklärung** der betroffenen Person über die vorhandenen Informationen und deren Tragweite, andererseits die Anerkennung des **Rechts auf autonome Entfaltung und Lebensgestaltung**. Das letztgenannte Recht meint die eigene Prägung meiner Identität; die Entwicklung eines eigenen Selbstwertgefühls, der eigenen Selbstachtung; und die eigene Gestaltung des Bildes, das Dritte oder die Öffentlichkeit von mir haben. Dann gehört dazu die Entscheidungsfreiheit über die persönlichen Kommunikationsbeziehungen; das Verfügungsrecht über die Information zur und aus der Person (was ja das bedrohte Urheberrecht schon lange anstrebt). Im weiteren gehören zur Selbstbestimmung auch das Recht auf Nichtwissen in lebensbestimmenden Fragen. Schliesslich ist in Situationen, wo die Person gefährdet ist, oder in Situationen, wo Dritte nur einen egoistischen Eigennutzen verfolgen, ein Recht auf Anonymität oder Pseudonymität zu erwägen.

3) Diese persönlichkeitsbezogene Selbstbestimmung kann die durchschnittliche einzelne Person selbstverständlich **nicht** in allen Lebensbereichen **von sich aus allein** realisieren. Die Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsordnung muss be-

stimmte minimale Voraussetzungen garantieren. Die Anerkennung der persönlichkeitsbezogenen, Privatheit sichernden Selbstbestimmung führt nicht zur Rechtsfreiheit, Regel- und Schutzlosigkeit, sondern will grundsätzlich Entfaltung **in geordneten und kontrollierbaren Informations- und Kommunikationsbeziehungen**.

So müssen PatientInnen zum einen verständlich und umfassend aufgeklärt werden, bevor sie einem Eingriff zustimmen können. Ebenfalls sollten z.B. Anlage- und Investitionsberater den Kunden ernsthaft über Gehalt und Tragweite eines allfälligen Entscheids informieren. Wie schon erwähnt, brauchen die Menschen zum Zweiten vermehrt klar gesicherte Schutzbereiche der Vertraulichkeit (z.B. gegenüber Sozialbehörden oder beim Psychologen oder Personalvermittlern). Zum Dritten müssen fremdnützige Informationszugriffe - ohne die weder Staat noch Wirtschaft arbeiten können - der betroffenen Person gegenüber deutlich gemacht und verantwortet werden. So findet der Einzelne Orientierung und Klarheit darüber, wie er sich verhalten kann gegenüber den verschiedenen Informationsforderungen und Kommunikationsangeboten.

4) Schliesslich darf man nicht vergessen, dass es Situationen gibt, wo es weder genügt, die Entscheidung der betroffenen Person zuzuweisen, noch einen Gesetzesvorbehalt zu machen. Wenn z.B. Art. 119 Abs. 2 Bst. f BV im Hinblick auf die Gendiagnostik bestimmt, dass das Erbgut einer Person "nur mit ihrer Zustimmung oder aufgrund gesetzlicher Anordnung untersucht registriert oder offenbart werden" darf, so kann dies nach allen Erfahrungen im Arbeitsbereich und wohl auch im Privatversicherungsbereich nicht genügen. Vielmehr braucht es hier gewisse **gesetzlich abgesicherte Informationsverarbeitungsverbote**.

VIII. Begründung und Kritik des Konzepts des persönlichkeitsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht

1) Was bringt uns diese persönlichkeitsbegründete, informationsbezogene Selbstbestimmung? Es geht um Freiheit und Gleichbehandlung der in ihrer Eigenart, Eigenwilligkeit und Selbständigkeit anerkannten Person. Damit wird der

informationellen Verfügung über die Bürgerinnen und Bürger wie der Einzelpersonen (seien sie auch abhängig oder gar urteilsunfähig) eine verfassungsrechtliche **Grenze** gesetzt. In einer freiheitlichen Informations- und Kommunikationsgesellschaft kann die Einzelperson niemals nur Objekt sein, sie bleibt letztzuständiges Subjekt.

2) Aber, wird man einwenden, ist das nicht **unrealistisch**, überall Aufklärung, Information und Zustimmung zu fordern sowie (ausser bei klaren gesetzlichen Pflichten) Widerspruch und Verweigerung zu erlauben? Wo gibt es, jedenfalls im Berufsleben und beim Staat noch Informationsprozesse, bei denen man auf die Technik verzichten kann und wo man Kommunikationswege frei wählen kann? Zudem: Die Menschen stört es doch kaum, wenn sie mit Schreiben, e-mails oder Werbesendungen überhäuft und von mehr als 30 Sendern berieselt werden. Welcher normale Mensch kommt schon auf die Idee, sich den Segnungen unserer informatisierten und mediengeprägten Gesellschaft.

Diesen Argumenten, von der Hoffnungslosigkeit jeder Forderung nach eigenständiger Selbstbestimmung einerseits und von der insgeheim gesellschafts- und wirtschaftsfeindlichen Natur solcher Forderungen, kann man sehr wohl entgegenreten. Wie ich oben angedeutet habe, zeigt z.B. die Gerichtspraxis, dass es viele schicksalshafte Fälle gibt, wo Menschen oder Unternehmen ihre Ratlosigkeit und Unmündigkeit beklagen und wo sie Rechtsschutz gegenüber rücksichtslosen oder schädlichen Informations- und Kommunikationspraktiken suchen.

3) Dennoch kann die Forderung nach einer stärker gesicherten Selbstbestimmung in persönlichkeitsrelevanten Fragen nicht unkritisch gestellt werden. Leidet unsere Gesellschaft und Kultur nicht zu sehr unter einem **allzu präpotenten Individualismus**? Jede Laune, jede Lebensform gilt als gleichberechtigt schützenswert und jeder Eigennutz als originelle Selbstverwirklichung. Autonomie in allen Lebensfragen ist **für sich allein kein** vorrangiges ethisches Prinzip.

4) Doch bevor wir nach den Bedingungen einer gesellschaftlich zu rechtfertigenden, ja unerlässlichen Selbstbestimmung fragen, sollten wir uns ein **Bild**

des Menschen in der modernen Informations- und Kommunikationsgesellschaft machen! Mir scheint, das Bedürfnis nach Rückzug ins Privatleben wächst bei vielen; eigene Urteile werden, namentlich in der Öffentlichkeit, zurückhaltender abgegeben; das öffentliche soziale oder politische Engagement schwindet mancherorts. Jedenfalls haben viele Leute das Gefühl, dass ein allzuviel an Information, Kommunikation und Medien sie nicht unbedingt freier macht, sondern gegenteils mehr Konformitätsdruck bewirkt. Ist es nicht so, dass sich heute überall, in allen Kulturen und in allen sozialen Verhältnissen Menschen vor den technologischen und wirtschaftlichen Mächtigkeiten, die die Familien-, Gemeinschafts- und Glaubensformen verändern, mehr oder weniger bewusst, mehr oder weniger hilflos zurückziehen, dass viele Menschen nach einem eigenen Ich, nach ihrer Identität, ihrem Selbstwert suchen, dass sich Menschen gegenüber dem Staat und der Wirtschaft vermehrt auf sich selbst, auf ihre eigenen Initiativ- und Verteidigungsmöglichkeiten besinnen? Das wachsende Interesse an wirklicher demokratischer Mitbestimmung, der ungeheure "Erfolg" des gerichtlichen Menschenrechtsschutzes, aber auch die stärkere Suche nach transzendenten Orientierungen sind m.E. Zeichen dieser Identitäts- und Selbstwertsuche, die in einem ökologisch, sozial und geistig eher disparaten Umfeld doch mehr als verständlich ist.

5) Was wäre denn die Alternative, wenn wir sagen, die Informations- und Kommunikationsbeziehungen zu einer einzelnen Person stehen völlig im Belieben der Nutzenden, im Beliebender über die Technologien verfügenden Verwaltungsstellen oder Unternehmen? Wir wissen es: die Folgen einer Missachtung der persönlichkeitsrechtlichen, informationellen Selbstbestimmung wären die Bevormundung (z.B. im Bildungs- und Gesundheitsbereich), eine übertriebene Betreuung (z.B. von jüngeren oder von sozial abhängigen Menschen), die fortgesetzte Propaganda seitens von Politik und Kommerz, die Geheimhaltung aller Kontrollen (z.B. von Polizei und Fiskus) und schliesslich **ein allgemeiner Vertrauensverlust** (z.B. von KonsumentInnen und Kreditnehmern oder Staatsbediensteten). So eine Gesellschaft kann niemand wollen.

IX. Was sind die Konsequenzen?

1) Wird der grundrechtlich fundierte Anspruch auf Selbstbestimmung anerkannt, so bedeutet dies, dass sich die Rechtmässigkeit von Informations-, Kommunikations- und Medientätigkeiten nie allein nach deren Zwecken beurteilt. Auch bei legitimen Informationstätigkeiten ist die Angemessenheit, respektive Zumutbarkeit im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der betroffenen Person zu prüfen und diese soll auch die (ja immer relative) Richtigkeit der Informationen beurteilen können.

2) Wird Selbstbestimmung in der Privatheit und Persönlichkeitsentfaltung anerkannt, so kann es **nicht** sein, dass Medienfreiheit, Forscherinteressen, Staatssicherheit oder Rentabilitätsforderungen in unserer Gesellschaft als **a priori vorrangige** Interessen gelten, denen gegenüber der Persönlichkeits- und Privatlebensschutz dann rechtfertigungspflichtig ist. Ebenso ist es, wenn man erkennt, dass alle Informationsbedürfnisse bezüglich ihrer allfälligen Wirkung auf den verfassungs- und menschenrechtlichen Persönlichkeitsschutz beurteilt werden können, z.B. nicht angängig, dass nach einer Bundesratsverordnung (vom 7. November 2001) "zur frühzeitigen Erkennung und Abwehr von Gefahren durch den internationalen Terrorismus" (wörtlich) "sämtliche Behörden und Amtsstellen des Bundes und der Kantone" "auf Anfrage jegliche Auskünfte zu erteilen haben". Damit könnten selbst Kernbereiche des Persönlichkeitsschutzes (wie die von Arztgeheimnis gedeckten Bereiche) übergangen werden. Man sollte nicht vergessen, dass der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz, etwa in Art. 15 EMRK, absolute Grenzen der Abweichung von den Konventionsschutzpflichten selbst für den Krieg- und den Notstandsfall kennt. Oder anders gesagt: selbst gegenüber hochrangigen dringlichen kollektiven Informationsbedürfnissen bleibt ein Kern des Privatlebens- und Persönlichkeitsschutzes notstandsfest.

3) Der grundrechtliche Selbstbestimmungsanspruch umfasst auch das grundsätzliche **Recht einer Person, alles zu wissen, was sie betrifft**. Selbstverständlich brauchen z.B. laufende Strafuntersuchungen oder die Bekämpfung

organisierter, gar terroristischer Kriminalität strikte Geheimhaltung, weshalb dann grundsätzlich Datenauskunftsbegehren abzulehnen sind. Aber jedes Geheimhaltungsinteresse des Staates oder Dritter verfällt mit der Zeit und langfristige Geheimhaltungen sind für die betroffenen Personen wie die abgeschotteten Geheimnisträgern nur schädlich. Demgegenüber ist es auch in kritischen Bereichen unter Umständen sinnvoll, das Faktum einer Nichtregistrierung mitzuteilen oder durch Offenlegung vorhandener Informationen deren Zuverlässigkeit zu erhöhen.

4) Selbstbestimmung gibt schliesslich auch ein **Recht auf Nichtwissen**, etwa von höchstpersönlichen Informationen, wie dies jetzt der Artikel 10 der Biomedizin-Konvention des Europarates gewährleistet. Dieses Recht lässt sich namentlich dort rechtfertigen, wo Informationen unsicher sind oder wo sie unterschiedlich bewertet werden können oder wo die Folgen einer Bekanntgabe für die betroffene Person oder Dritte verheerend wären. Wenn anderen Menschen keine schweren Nachteile entstehen und wenn keine zwingenden Rechtspflichten verletzt werden, darf jede Person Medien-, Propaganda- und andere Informations- bzw. Kommunikationsangebote ablehnen und auf die Kenntnisnahme selbst der sie betreffenden Informationen verzichten.

5) Diese Konsequenzen der grundrechtlichen Selbstbestimmung sind keineswegs revolutionär. Sie zeigen nur **letzte** Positionen zur Sicherung von Privatheit und Persönlichkeitsentfaltung. Erst wenn diese Positionen respektiert werden, haben wir eine freie und offene Informations- und Kommunikationsgesellschaft.