

# Persönlichkeitsschutz

Daniel Moeckli\*

I. Bedeutung .....	477
II. Historische Entwicklung .....	478
III. Rechtliche Verankerung .....	480
IV. Persönlicher Schutzbereich .....	482
V. Sachlicher Schutzbereich .....	484
1. Übersicht .....	484
2. Leben .....	485
3. Körperliche und geistige Unversehrtheit .....	488
4. Bewegungsfreiheit .....	491
5. Persönlichkeitsentfaltung .....	493
6. Privatleben .....	497
7. Wohnung .....	499
8. Kommunikation .....	499
9. Persönliche Daten .....	500
VI. Schutzpflichten .....	502
VII. Ausblick .....	505

## I. Bedeutung

Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz zielt auf die Sicherung der Integrität und Autonomie eines jeden Menschen. Seine zentralen Teilgehalte sind das Leben, die körperliche und geistige Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit, die Persönlichkeitsentfaltung, das Privatleben, die Wohnung, die Kommunikation und die persönlichen Daten. Die Bundesverfassung gewährleistet den Schutz dieser Aspekte der Persönlichkeit in Art. 10 Abs. 1 (Leben), Art. 10 Abs. 2 und 3 (persönliche Freiheit), Art. 31 (Freiheitsentzug) und Art. 13 (Privatsphäre). Nach einem weiteren Verständnis umfasst der Persönlichkeitsschutz darüber hinaus den Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV), die Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV), das Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV), den Persönlichkeitsschutz im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie (Art. 119 BV) und sogar die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und die Kunstfreiheit (Art. 21 BV).<sup>1</sup> Zahlreiche völkerrechtliche und kantonsverfassungsrechtliche Garantien ergänzen den durch die BV vermittelten Schutz der Persönlichkeit (vgl. N. 6 ff.).

\* Ich danke meiner Mitarbeiterin MLaw Alessandra Chies für ihre wertvolle Unterstützung bei der Recherche.

1 *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 10, N. 8.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

- 2 Der Schutz der Unversehrtheit und Entfaltungsfreiheit des Menschen ist Grund und Ziel des modernen Verfassungsstaates. Das Bundesgericht hielt bereits 1914 fest, es sei »die dem modernen Staate sich selbst gegenüber bestehende, unmittelbar aus der eigenen Zweckbestimmung entspringende Pflicht, die auf seinem Gebiete befindlichen Personen [...] nötigenfalls vor dem physischen Verderben zu bewahren.«<sup>2</sup> Die BV stellt in Art. 2 Abs. 1 klar, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft dem Schutz der individuellen Freiheit dient. Darin reflektiert sich die letztlich jedem Verfassungsstaat zugrundeliegende Idee des *contrat social*: Individuen schliessen sich aus freiem Willen zu einer Gesellschaft zusammen und einigen sich darauf, einen Teil ihrer natürlichen Freiheit zugunsten einer gemeinsamen Ordnung aufzugeben, die den Schutz ihrer »unalienable rights« – Leben, Freiheit, Selbstbestimmung – sicherstellt.<sup>3</sup> Diese für den Staat konstitutive Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes wird im völkerrechtlichen Konzept der *responsibility to protect* klar ersichtlich. Demnach beinhaltet die Souveränität eines Staates dessen primäre Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte auf seinem Territorium. Nimmt er diese Verantwortung nicht wahr, büsst er seinen Souveränitätsanspruch ein, die Schutzverantwortung geht auf die internationale Gemeinschaft über.<sup>4</sup>
- 3 Der effektive Schutz der menschlichen Integrität und Autonomie bildet seinerseits das Fundament für ein funktionierendes demokratisches Gemeinwesen. Denn die Staatsbürgerinnen und -bürger können, wie Jürgen Habermas hervorgehoben hat, »von ihrer durch politische Rechte garantierten öffentlichen Autonomie nur einen angemessenen Gebrauch machen, wenn sie aufgrund einer gleichmässig gesicherten privatautonomen Lebensgestaltung hinreichend unabhängig sind.«<sup>5</sup> Es ist für eine Demokratie elementar, dass dem Einzelnen ein vom Zugriff der Öffentlichkeit geschützter Bereich zur Verfügung steht und somit eine klare Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Sphäre vorgenommen wird. Persönlichkeitsschutz und Demokratie erfordern sich gegenseitig.

### II. Historische Entwicklung

- 4 Vorläufer des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes finden sich in Dokumenten wie der Magna Carta von 1215, der Petition of Right von 1628 und dem Habeas Corpus Act von 1679, die Schutzmechanismen vor willkürlicher Inhaftierung vorsahen. Allerdings

2 BGE 40 I 409 E. 2 S. 416.

3 Vgl. die prägnante Formulierung in der Präambel der US Declaration of Independence vom 4.7.1776: »We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.«

4 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, 2001, UN Doc. A/57/303 (2002), § 2.7 ff.

5 Jürgen Habermas, *Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?*, in: *ders.*, *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a.M. 2001, S. 133 ff., 134.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

konnten nur bestimmte Personengruppen diesen Schutz in Anspruch nehmen.<sup>6</sup> Die englische Bill of Rights von 1689 proklamierte eine Reihe von Rechten, die – zumindest dem Wortlaut nach – allen Menschen zustanden, unter anderen das Verbot grausamer Bestrafung.<sup>7</sup> Die erste umfassende Normierung von Grundrechten erfolgte durch die Virginia Declaration of Rights von 1776, welche neben anderen Rechten auch die persönliche Freiheit und das Recht auf Leben gewährleistete.<sup>8</sup> Garantien des Persönlichkeitsschutzes nehmen auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 und den Verfassungen der europäischen Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts eine zentrale Stellung ein. Mit der Verabschiedung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948<sup>9</sup> und dem Abschluss zahlreicher universeller und regionaler Menschenrechtsverträge fanden sie nach dem Zweiten Weltkrieg Eingang ins Völkerrecht. Einzig das Recht auf Privatleben ging den umgekehrten Weg: Es wurde zuerst auf der völkerrechtlichen Ebene garantiert und etablierte sich erst danach als Teil des nationalen Verfassungsrechts.<sup>10</sup>

In der Schweiz verankerten ab 1830<sup>11</sup> viele Kantone die persönliche Freiheit in ihren Verfassungen, wenn auch in sehr unterschiedlichem Umfang.<sup>12</sup> Mit der Unverletzlichkeit der Wohnung war auch ein wichtiger Aspekt der Privatsphäre schon früh in zahlreichen Kantonen verfassungsrechtlich garantiert.<sup>13</sup> Vor diesem Hintergrund wurde die Gewährleistung des Rechts auf persönliche Freiheit in den Bundesverfassungen von 1848 und 1874 als überflüssig erachtet.<sup>14</sup> Immerhin statuierte die Verfassung von 1848 ein Verbot der Todesstrafe wegen politischer Vergehen (Art. 54) und die Unverletzbarkeit des Postgeheimnisses (Art. 33 Abs. 3), jene von 1874 ein komplettes Verbot der Todesstrafe (Art. 65 Abs. 1),<sup>15</sup> ein Verbot körperlicher Strafen (Art. 65 Abs. 2), ein Verbot des Schuldverhafts (Art. 59 Abs. 3) und die Unverletzlichkeit des Post- und Telegraphengeheimnisses (Art. 36 Abs. 4). Im Jahr 1963 sprach dann das Bundesgericht in einem den Kanton Basel-Stadt be-

6 *Ed Bates*, History, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), *International Human Rights Law*, 3. Aufl., Oxford 2018, S. 3 ff., 4.

7 Siehe *Bates* (Anm. 6), S. 5.

8 Siehe Art. 1 und 8 Virginia Declaration of Rights vom 12.6.1776. Nach Art. 1 gehörte zu den jedem Menschen zustehenden »inherent rights« jenes auf »enjoyment of life and liberty«, Art. 8 bestimmte, dass »no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers.«

9 Siehe Art. 3, 4, 5, 9, 12 und 13 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, A/RES/217 A (III), U. N. Doc A/810, S. 71 ff.

10 *Oliver Diggelmann/Maria Nicole Cleis*, How the Right to Privacy Became a Human Right, *Human Rights Law Review* 2014, S. 441 ff.

11 Einzig die Neuenburger Verfassung von 1814 enthielt bereits früher eine – allerdings rein prozessuale Bestimmung – zum Schutz der persönlichen Freiheit.

12 *Felix Baumann*, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung, Zürich 2011, S. 8 f.; *Kaspar Spoendlin*, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Zürich 1945, S. 25 f.

13 *Diggelmann*, Basler BV-Komm., Art. 13, N. 2.

14 *Baumann* (Anm. 12), S. 9.

15 1879 wurde das Verbot wieder auf politische Vergehen beschränkt.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

treffenden Fall, dessen Verfassung die persönliche Freiheit nicht ausdrücklich garantierte, diesem Grundrecht den Rang ungeschriebenen Verfassungsrechts des Bundes zu. Die Freiheit über den eigenen Körper sei Voraussetzung für die Ausübung aller anderen Freiheitsrechte und bilde damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes.<sup>16</sup> Bereits ein Jahr danach dehnte das Bundesgericht den Schutzbereich dieses Grundrechts des Bundes auf die Willens- und Entscheidungsfreiheit, also die geistige Unversehrtheit<sup>17</sup>, und 1971 auf alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen aus<sup>18</sup>. Durch die Bundesverfassung von 1999 wurde diese Rechtsprechung ins geschriebene Verfassungsrecht aufgenommen und der Persönlichkeitsschutz in umfassender Weise kodifiziert.

### III. Rechtliche Verankerung

- 6 Die Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes ist ein charakteristisches Kernelement staatlicher Verfassungen. So schützen 95 % aller nationalen Verfassungen zumindest einen Teilaspekt der Privatsphäre (Privatleben, Familienleben, Wohnung, Kommunikation, persönliche Daten), 94 % enthalten Sicherungen gegen ungerechtfertigten Freiheitsentzug, 88 % das Recht auf Bewegungsfreiheit, 84 % das Verbot der Folter und 78 % das Recht auf Leben. Hingegen findet sich ein ausdrückliches Verbot der Todesstrafe bloss in 24 % aller Verfassungen.<sup>19</sup> Bei der konkreten Ausgestaltung einzelner dieser weit verbreiteten verfassungsrechtlichen Garantien offenbaren sich allerdings teilweise erhebliche Unterschiede. Dies trifft insbesondere auf die Garantie der Privatsphäre zu. Während neuere Verfassungstexte häufig eine Art. 13 BV entsprechende Integralgarantie der Privatsphäre enthalten<sup>20</sup>, schützen viele ältere Staatsverfassungen nur einzelne Teilaspekte wie die Wohnung<sup>21</sup> oder die Kommunikation<sup>22</sup> ausdrücklich.
- 7 Die zentrale Bestimmung des durch die *Bundesverfassung* von 1999 garantierten Persönlichkeitsschutzes ist Art. 10 BV. Dessen Abs. 1 verankert das Recht auf Leben und umschreibt in Satz 2 mit dem Verbot der Todesstrafe den zentralen Aspekt seines Kerngehalts. Art. 10 Abs. 2 BV hat das ursprünglich ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit ko-

16 BGE 89 I 92 E. 3 S. 98.

17 BGE 90 I 29 E. 3a S. 36.

18 BGE 97 I 45 E. 3 S. 49 f.

19 *David. S. Law/Mila Versteeg, The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, California Law Review* 2011, Vol. 99, S. 1163 ff., 1190, 1192, 1200 ff.

20 Z.B. Section 14 Constitution of the Republic of South Africa vom 18.12.1996; Art. 18 Constitución Española vom 31.10.1978.

21 Amendment IV Constitution of the United States vom 15.12.1791; Art. 13 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949; Art. 14 Costituzione della Repubblica Italiana vom 27.12.1947.

22 Art. 10 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949; Art. 15 Costituzione della Repubblica Italiana vom 27.12.1947.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

difiziert und konkretisiert es mit der Nennung seiner wichtigsten Teilgehalte: körperliche Unversehrtheit, geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit. Art. 10 Abs. 3 BV definiert den Kerngehalt dieses Grundrechts, indem er Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung verbietet. Ergänzt wird Art. 10 BV durch den von Art. 13 BV gewährleisteten Schutz der Privatsphäre. Dessen Abs. 1 übernimmt fast wörtlich Art. 8 Abs. 1 EMRK<sup>23</sup>; einzig der Begriff »Korrespondenz« wird durch »Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr« ersetzt. Art. 13 Abs. 2 BV schützt darüber hinaus vor Missbrauch persönlicher Daten. Der von Art. 31 BV gewährleistete Schutz vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug entspricht weitgehend jenem von Art. 9 UNO-Pakt II<sup>24</sup> und Art. 5 EMRK.

Bei den *Kantonsverfassungen* zeigen sich erhebliche Unterschiede in Bezug auf die Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes. Die Verfassungen der Kantone Graubünden, Luzern und Schwyz begnügen sich mit einem Verweis auf die durch die BV bzw. das Völkerrecht garantierten Grundrechte.<sup>25</sup> 22 der Kantonsverfassungen, die einen eigenen Grundrechtskatalog enthalten, gewährleisten ausdrücklich die persönliche Freiheit bzw. die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit<sup>26</sup>, 17 den Schutz der Privatsphäre, 13 das Recht auf Leben, ebenfalls 13 den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, zehn spezielle Garantien bei Freiheitsentzug und sieben das Folterverbot.<sup>27</sup> Die Verfassung des Kantons Waadt statuiert ausdrücklich das Recht, in Würde zu sterben<sup>28</sup>, jene des Kantons Basel-Stadt das Verbot der Zwangsarbeit und des Menschenhandels<sup>29</sup>. Über den Schutz der BV hinaus gehen insbesondere das von neun Kantonen garantierte Recht auf Wahl einer anderen Form des Zusammenlebens als die Ehe<sup>30</sup> sowie die im Kanton Genf gewährleisteten Rechte auf ein Leben in einer gesunden Umwelt und auf persönliche Freiheit bei der Wahl des Verkehrsmittels<sup>31</sup>.

Schliesslich schützen auch zahlreiche für die Schweiz verbindliche *völkerrechtliche Verträge* 9 verschiedene Aspekte der Persönlichkeit. Der UNO-Pakt II gewährleistet das Recht auf Leben (Art. 6), das Folterverbot (Art. 7), das Sklavereiverbot (Art. 8), verfahrensrechtliche Si-

23 Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

24 Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

25 Art. 7–8 KV GR; § 10 Abs. 2 KV LU; Art. 10 KV SZ.

26 § 15 Abs. 1 KV AG; Art. 9 Abs. 1 KV AR; Art. 2 Abs. 1 KV AI; § 6 Abs. 2 lit. a KV BL; § 11 Abs. 1 lit. b KV BS; Art. 12 Abs. 1 KV BE; Art. 11 Abs. 2 KV FR; Art. 20 KV GE; Art. 5 Abs. 1 KV GL; Art. 8 KV JU; Art. 10 KV NE; Art. 1 Abs. 2 Ziff. 5–6 KV NW; Art. 13 lit. f–g KV OW; Art. 2 lit. d KV SG; Art. 12 Abs. 1 lit. a KV SH; Art. 8 Abs. 1 KV SO; Art. 8 Abs. 2 lit. a KV TI; § 6 Ziff. 1 KV TG; Art. 12 lit. a KV UR; Art. 4 Abs. 1 KV VS; Art. 12 Abs. 2 KV VD; Art. 8 Abs. 1 KV ZG.

27 *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 1455 ff., 1482 f.

28 Art. 34 Abs. 2 KV VD.

29 § 11 Abs. 1 lit. d KV BS.

30 Art. 10 Abs. 2 KV AR; § 11 Abs. 1 lit. i KV BS; Art. 13 Abs. 2 KV BE; Art. 14 KV FR; Art. 22 KV GE; Art. 12 Abs. 2 KV NE; Art. 12 Abs. 1 lit. c KV SH; Art. 14 Abs. 2 KV VD; Art. 13 KV ZH.

31 Art. 19 und Art. 190 Abs. 3 KV GE.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

cherungen bei Freiheitsentzug (Art. 9), den Anspruch auf menschliche Behandlung bei Freiheitsentzug (Art. 10), das Verbot des Schuldverhafts (Art. 11), die Bewegungsfreiheit (Art. 12) und die Achtung der Privatsphäre (Art. 17). Das 2. Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt II<sup>32</sup> verbietet zudem die Todesstrafe. Die CAT<sup>33</sup> enthält Garantien gegen Folter, das Fakultativprotokoll zur CAT errichtet ein System regelmässiger Besuche von Haftanstalten durch unabhängige internationale und nationale Gremien<sup>34</sup>. Die EMRK statuiert das Recht auf Leben (Art. 2), das Folterverbot (Art. 3), das Sklavereiverbot (Art. 4), spezielle Garantien bei Freiheitsentzug (Art. 5) und den Anspruch auf Achtung der Privatsphäre (Art. 8). Das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK<sup>35</sup> untersagt die Todesstrafe in Friedenszeiten, das 13. Zusatzprotokoll<sup>36</sup> verbietet sie vollständig. Nicht ratifiziert hat die Schweiz hingegen das 4. Zusatzprotokoll<sup>37</sup>, das in Art. 2 Abs. 1 die Bewegungsfreiheit garantiert. Das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe schafft einen Ausschuss, der jederzeit die Haftanstalten der Mitgliedstaaten besuchen kann.<sup>38</sup> Das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten stellt europäische datenschutzrechtliche Mindeststandards auf.<sup>39</sup>

### IV. Persönlicher Schutzbereich

- 10 Art. 10, Art. 13 und Art. 31 BV sind Menschenrechte, nicht Bürgerrechte. Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz steht somit allen natürlichen Personen zu, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Die Grundrechtsträgerschaft beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tod (vgl. N. 15 f.). Juristische Personen des Privatrechts können sich nur auf einzelne Teilgehalte von Art. 13 BV berufen: auf den Schutz der Ehre<sup>40</sup>, des Kommunikations-

32 Zweites Fakultativprotokoll vom 15.12.1989 zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.103.22).

33 Übereinkommen vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105).

34 Fakultativprotokoll vom 18.12.2002 zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105.1).

35 Protokoll Nr. 6 vom 28.4.1983 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06).

36 Protokoll Nr. 13 vom 3.5.2002 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.093).

37 Protokoll Nr. 4 vom 16.9.1963 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind.

38 Europäisches Übereinkommen vom 26.11.1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106).

39 Übereinkommen vom 28.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SR 0.235.1).

40 BGE 114 IV 14 E. 2a S. 15.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

heimnisses<sup>41</sup> und der Geschäftsräumlichkeiten<sup>42</sup> sowie auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>43</sup>.

Überhaupt keinen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz geniessen bislang Tiere. 11  
Obwohl die aktuelle Forschung zeigt, dass bestimmte Tiere über viele zunächst nur dem Menschen zugeschriebene Fähigkeiten verfügen (Selbstwahrnehmung<sup>44</sup>, Empathie<sup>45</sup>, Zukunftsplanung<sup>46</sup>, Erkennung syntaktischer Regeln<sup>47</sup>, Werkzeugbau<sup>48</sup>) und Tiere mit dem Menschen insbesondere auch das Lebendigkeit und die Schmerzempfindungsfähigkeit<sup>49</sup> gemeinsam haben, werden sie nicht als Grundrechtsträger anerkannt. Eine im Kanton Basel-Stadt lancierte Volksinitiative, mit der das Recht auf Leben und auf körperliche und geistige Unversehrtheit von nichtmenschlichen Primaten in der Kantonsverfassung verankert werden sollte, wurde 2018 vom Kantonsparlament für bundesrechtswidrig und damit unzulässig erklärt mit der Begründung, Tieren komme keine Rechtsfähigkeit zu.<sup>50</sup> Die Unterscheidung zwischen Mensch und Tier wird dabei nicht auf ein bestimmtes Kriterium abgestützt, vielmehr wird sie als offensichtlich vorausgesetzt. Die in der Rechtsordnung etablierte strikte Grenzziehung wird auch durch biomedizinische Forschung in Frage gestellt, mit der Mischlebewesen aus Mensch und Tier erzeugt werden. So versuchen Neurowissenschaftler, durch den Transfer menschlicher Gene und Zellen die Gehirne von Tieren zu humanisieren, Stammzellenforscher gewinnen durch die Implantierung menschlicher Zellkerne in tierische Eizellen menschnahe embryonale Stammzellen und die Xenotransplantation (d.h. die Verpflanzung tierischer Zellen und Organe auf den Menschen) wird vorangetrieben.<sup>51</sup>

41 EGMR, 25.3.1998, No. 23224/94, Kopp g. Schweiz, § 50 ff.

42 EGMR, 16.4.2002, No. 37971/97, Société Colas Est and Others g. Frankreich, § 41.

43 BGE 141 I 201 E. 4.1 S. 203.

44 *Monique W. de Veer et al.*, An 8-year Longitudinal Study of Mirror Self-recognition in Chimpanzees (*Pan troglodytes*), *Neuropsychologia* 2003, S. 229 ff.

45 *Frans de Waal*, *The Age of Empathy: Nature's Lessons for a Kinder Society*, New York 2009.

46 *William A. Roberts*, Mental Time Travel: Animals Anticipate the Future, *Current Biology* 2017/11, S. 418 ff.

47 *Kentaro Abe/Dai Watanabe*, Songbirds Possess the Spontaneous Ability to Discriminate Syntactic Rules, *Nature Neuroscience* 2011/14, S. 1067 ff.

48 *Robert W. Shumaker/Kristina R. Walkup/Benjamin B. Beck*, *Animal Tool Behavior: The Use and Manufacture of Tools by Animals*, Baltimore 2011.

49 Zur Fähigkeit nichtmenschlicher Primaten, psychische Schmerzen zu empfinden, siehe z.B. *William S. Gilmer/William T. McKinney*, Early Experience and Depressive Disorders: Human and Non-human Primate Studies, *Journal of Affective Disorders* 2003, S. 97 ff., 103 ff.

50 Grosser Rat des Kantons Basel-Stadt, Beschluss-Protokoll der 40. und 41. Sitzung, Amtsjahr 2017–2018, 10.1.2018, S. 23. Für die Begründung siehe Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt, Regierungsratsbeschluss vom 12.12.2017, Kantonale Volksinitiative »Grundrechte für Primaten« – Bericht über die rechtliche Zulässigkeit und das weitere Verfahren. Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt hat eine Beschwerde gegen den Beschluss des Grossen Rates gutgeheissen und die Volksinitiative für rechtlich zulässig erklärt: Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, VG.2018.1 vom 15.1.2019.

51 Für einen Überblick siehe *Markus Lackermair*, *Hybride und Chimären*, Tübingen 2017, S. 10 ff.; *Lenke Wettlaufer*, *Mensch und Tier in Transzendierung*, Zürich/St. Gallen 2018, S. 130 ff.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

Anders als etwa im Vereinigten Königreich<sup>52</sup> ist in der Schweiz die Bildung von Chimären und Hybriden gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. b BV verboten<sup>53</sup>. Die Xenotransplantation unterliegt der Bewilligungspflicht (Art. 43 Transplantationsgesetz<sup>54</sup>).

- 12 Zunehmend *en vogue* ist die These, es sei längerfristig unvermeidlich, den Schutzbereich der Menschenrechte auf Systeme künstlicher Intelligenz, insbesondere humanoide Roboter, zu erstrecken.<sup>55</sup> Anders als in Japan<sup>56</sup> zeichnen sich in der Schweiz zurzeit keine Rechtsentwicklungen in diese Richtung ab. Dies mit gutem Grund: Auch wenn Maschinen ein dem Menschen ähnliches Denkvermögen aufweisen können, fehlt es ihnen an den im Kontext des Persönlichkeitsschutzes zentralen Merkmalen der physischen und psychischen Verletzlichkeit und der natürlichen Begrenztheit des ›Lebens‹.

### V. Sachlicher Schutzbereich

#### 1. Übersicht

- 13 Der von der BV vermittelte Schutz der Persönlichkeit umfasst das Leben (Art. 10 Abs. 1 BV), die körperliche und geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 und 3 BV), die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 und Art. 31 BV), die Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 2 BV), das Privatleben, die Wohnung und die Kommunikation (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie die persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV). Dabei dient das in Art. 10 Abs. 2 BV verankerte »Recht auf persönliche Freiheit«, das gemäss Bundesgericht alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung schützt (vgl. N. 27), als »verfassungsrechtliche Grundgarantie zum Schutz der Persönlichkeit«<sup>57</sup>, ja als Auffanggrundrecht überhaupt: Art. 10 Abs. 2 BV »se conçoit, dès lors, comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières.«<sup>58</sup>

52 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Section 4A (2)–(3).

53 Siehe auch Art. 36 BG vom 18.12.1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG; SR 810.11); zu den Begriffen siehe Art. 2 lit. m und n FMedG.

54 BG vom 8.10.2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (SR 810.21).

55 So z.B. *Amanda Wurah*, *We Hold These Truths to Be Self-Evident, That All Robots Are Created Equal*, *Journal of Future Studies* 2017, S. 61 ff.

56 Siehe dazu *Jennifer Robertson*, *Human Rights vs. Robot Rights: Forecasts from Japan*, *Critical Asian Studies* 2014, S. 571 ff.

57 BGE 128 II 259 E. 3.2 S. 268.

58 BGE 123 I 112 E. 4a S. 118.



## V. Teil Grund- und Menschenrechte

### 2. Leben

Das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV »bildet als fundamentales Grundrecht 14  
Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte«.59 Es schützt den An-  
spruch jedes einzelnen Menschen auf fortgesetztes Lebendigkeit. Allerdings ist umstritten,  
wann das geschützte Leben beginnt und wann es endet.

Die Bundesverfassung legt den Zeitpunkt des *Lebensanfangs* nicht fest. Art. 119 Abs. 2 BV 15  
vermittelt zwar Embryonen einen gewissen Schutz, doch lässt sich daraus für den Schutz-  
bereich von Art. 10 Abs. 1 BV nichts ableiten.60 Das Bundesgericht hat die Frage, ob Unge-  
borene Träger des Rechts auf Leben sind, bisher nicht klar beantwortet.61 Anders als etwa  
die AMRK62, die in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 verlangt, das Recht auf Leben sei im Allgemeinen ab  
dem Zeitpunkt der Empfängnis zu schützen63, äussert sich auch die EMRK nicht zu dieser  
Frage. Der EGMR hat ausdrücklich festgehalten, es sei weder wünschbar noch möglich, den  
Zeitpunkt des Lebensanfangs abstrakt festzulegen64, vielmehr liege dieser Entscheid im Er-  
messensspielraum der Vertragsstaaten65. Ein Teil der Lehre will den Schutzbereich von  
Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV auf den Embryo erstrecken.66 Überzeugender, da aus ethischer  
Sicht einem breiteren Konsens zugänglich, ist die Ansicht, dass Embryonen keine Grund-  
rechtsträger sind, das Integritätsrecht des künftigen Kindes aber eine Vorwirkung auf die  
pränatale Phase entfaltet. Der Staat hat daher die Pflicht, Ungeborene vor drohenden Schä-

59 BGE 136 II 415 E. 3.2 S. 426.

60 *Bernhard Rütsche*, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Zürich/St. Gallen 2009, S. 230 ff.; a.M. *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 10, N. 13.

61 In BGE 119 Ia 460 E. 12e S. 503 sprach es zwar in einem Nebensatz von der »Würde des Menschen, welche schon dem Embryo in vitro zukommt«, äusserte sich aber nicht zur Frage, ob dieser vom Schutzbereich des Rechts auf Leben umfasst wird.

62 Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969.

63 Allerdings stellt laut der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte die Formulierung »im Allgemeinen« (»in general«) klar, dass den Vertragsstaaten in Bezug auf die gesetzliche Regelung der Abtreibung ein Ermessensspielraum zukommt: Inter-American Commission on Human Rights, *White and Potter (Baby Boy) v. United States*, 6.3.1981, Case 2141, Resolution No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1, § 30. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat festgehalten, Art. 4 Abs. 1 AMRK schütze den Embryo nicht absolut, vielmehr seien die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Rechte und Interessen gegeneinander abzuwägen: Inter-American Court of Human Rights, *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, 28.11.2012, IACtHR Series C No. 257, § 263 f.

64 EGMR (GK), 8.7.2004, No. 53924/00, Vo g. Frankreich, § 85.

65 EGMR (GK), 08.7.2004, No. 53924/00, Vo g. Frankreich, § 82; EGMR (GK), 27.8.2015, No. 46470/11, Parrillo g. Italien, § 167, 180.

66 *Yvo Hangartner*, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000, S. 26 ff.; *Maryam Kohler-Vaudaux*, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, Genève 2006, S. 97 ff.; *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 10, N. 13; *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 11 (der von einer »pränatalen Grundrechtsträgerschaft« spricht).

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

digungen zu bewahren.<sup>67</sup> In Bezug auf die genaue Umsetzung dieser Schutzpflicht verfügt der Gesetzgeber über einen erheblichen Gestaltungsspielraum.<sup>68</sup>

- 16 Auch zum genauen Zeitpunkt des *Lebensendes*, der v.a. für die Transplantationsmedizin von praktischer Bedeutung ist, äussert sich der Verfassungstext nicht. Der Bundesgesetzgeber hat beschlossen, für dessen Bestimmung auf den sogenannten Hirntod abzustellen: Gemäss Art. 9 Abs. 1 Transplantationsgesetz ist der Mensch tot, »wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms irreversibel ausgefallen sind«. Für die zu verwendenden Methoden zur Feststellung des Todes verweist Art. 7 Transplantationsverordnung<sup>69</sup> auf die einschlägigen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW)<sup>70</sup>. Die rechtliche Anerkennung des Hirntods als Lebensende macht Organtransplantationen überhaupt erst möglich, kann doch nach dessen Eintritt der Blutkreislauf noch eine gewisse Zeit aufrechterhalten werden.<sup>71</sup> Aus ethischer Sicht ist das Abstellen auf den Hirntod nicht unproblematisch.<sup>72</sup> Nichtsdestotrotz erscheint es plausibel, den Schutz von Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV enden zu lassen, wenn jede Möglichkeit der Rückkehr ins Leben ausgeschlossen ist; an seine Stelle tritt der postmortale Persönlichkeitsschutz.<sup>73</sup>
- 17 Der durch Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV vermittelte Schutz gilt nicht absolut: Nicht jede staatliche Gewaltanwendung mit Todesfolge stellt eine Verletzung des Rechts auf Leben dar. Die Gewaltanwendung durch Polizei oder Militär, insbesondere der Einsatz von Schusswaffen, ist aber nur unter strengen Voraussetzungen mit Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV vereinbar: Sie bedarf einer klaren Regelung in einem formellen Gesetz<sup>74</sup>, muss der Verteidigung von Leib und Leben dienen<sup>75</sup> und muss für die Erreichung dieses Ziels »unbedingt erforderlich« (Art. 2

67 Rütsche (Anm. 60), S. 272 ff. Kritisch dazu Andrea Büchler, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung, ZSR 2016 II, S. 349 ff., 373.

68 Biaggini, Komm. BV, Art. 10, N. 9.

69 Verordnung vom 16.3.2007 über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (SR 810.211).

70 Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW zur Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme in der Fassung vom 16.5.2017 (»Richtlinien SAMW«), S. 13 ff., 26 ff.

71 Siehe dazu bereits die Kritik bei Hans Jonas, Technik, Medizin und Ethik, Zur Praxis des Prinzips Verantwortung, Frankfurt am Main 1985, S. 219 ff.

72 Für einen Überblick siehe etwa Pascal Lachenmeier, Der Tod im liberalen Staat, Basel 2008, S. 113 ff.; Sabine Müller, Wie tot sind Hirntote? Alte Frage – neue Antworten, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 2011, S. 3 ff.

73 Tschentscher, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 12.

74 Patrice Martin Zumsteg, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, Sicherheit & Recht 1/2012, S. 11 ff., 17.

75 Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK. Auch für die Erreichung der beiden anderen von Art. 2 Abs. 2 EMRK genannten Ziele kann ein Schusswaffeneinsatz nur dann als unbedingt erforderlich erachtet werden, wenn eine Gefahr für Leib und Leben vorliegt: BGE 136 I 87 E. 4.4 S. 100; Benjamin Schindler, Schusswaffeneinsätze der Armee im Friedensförderungsdienst: Rahmenbedingungen des Schweizer Rechts, Sicherheit & Recht 2/2008, S. 94 ff., 97.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

Abs. 2 EMRK) sein, also das Verhältnismässigkeitsprinzip strikt wahren<sup>76</sup>. Dabei reicht es nicht, dass der eigentliche Waffeneinsatz durch den Schützen unbedingt erforderlich ist; vielmehr muss die fragliche Operation als Ganzes so geplant und kontrolliert werden, dass bereits die Wahrscheinlichkeit des Einsatzes tödlicher Gewalt auf ein Minimum reduziert wird.<sup>77</sup> Das Recht auf Leben schützt nicht nur vor Tötung, sondern auch vor einer Gefährdung des Lebens. Eine Verletzung des Rechts auf Leben kann auch dann vorliegen, wenn eine Polizeiaktion das Leben eines Menschen aufs Spiel setzt.<sup>78</sup> Die *absichtliche* Tötung eines Menschen durch ein Polizeiorgan ist nur unter ausserordentlichen Umständen verfassungsrechtlich zulässig, nämlich dann, wenn die Tötung das letzte und einzige Mittel zur Abwendung einer akuten Lebensgefahr darstellt.<sup>79</sup> Im bisher einzigen von einem schweizerischen Gericht beurteilten Fall eines solchen gezielten Todesschusses<sup>80</sup> waren diese Voraussetzungen m.E. nicht erfüllt.<sup>81</sup> Unter keinen Umständen zu rechtfertigen ist es, unschuldige Menschen zu opfern, um (allenfalls) andere Menschen zu retten. Verfassungsrechtlich problematisch ist deshalb Art. 92a Abs. 3 MG<sup>82</sup>, der den Waffeneinsatz gegen Zivilflugzeuge erlaubt. Wird gestützt darauf ein entführtes Flugzeug mit Passagieren abgeschossen, um dadurch einen tödlichen terroristischen Anschlag zu verhindern, degradiert der Staat die Passagiere zu Objekten seines Handelns und verletzt somit ihre Würde.<sup>83</sup>

Das absolute Verbot der Todesstrafe nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV bildet einen Kerngehalt 18 des Rechts auf Leben. Nachdem alle Mitgliedstaaten des Europarats die Todesstrafe abgeschafft oder ausgesetzt haben, ist ihr Verbot in Europa als regional zwingendes Völkerrecht<sup>84</sup> und damit nach Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV als materielle Schranke der Verfassungsrevision einzustufen.<sup>85</sup> Aus dem absoluten Verbot der Todesstrafe folgt, dass niemand in einen Staat ausgeliefert oder ausgeschafft werden darf, in dem ihm oder ihr die Todesstrafe droht. Die Schweiz verlangt deshalb in solchen Fällen vom Zielstaat eine diplomatische Zusicherung, dass die Todesstrafe weder beantragt noch verhängt oder vollstreckt wird.<sup>86</sup>

76 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 11, N. 17 f.

77 EGMR (GK), 27.9.1995, No. 18984/91, McCann g. Vereinigtes Königreich, § 194.

78 EGMR (GK), 20.12.2004, No. 50385/99, Makaratzis g. Griechenland, § 49 ff.

79 Kiener/Kälin/Wyttenbach, Grundrechte, § 11, N. 19.

80 Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 28.2.2002, SJZ 98/2002, S. 365 ff.

81 So auch Franz Riklin, Zum gezielten polizeilichen Todesschuss, in: Dietmar Mieth/René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Recht – Ethik – Religion, Festgabe für Giuseppe Nay, Luzern 2002, S. 146 ff., 155 ff.

82 BG vom 3.2.1995 über die Armee und die Militärverwaltung (MG; SR 510.10).

83 Botschaft zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Weiterentwicklung der Armee, BBl 2014 6955, 7015; BVerfGE 115, 118 (151 ff.).

84 Zur Möglichkeit der Entstehung von regionalem *ius cogens* siehe Robert Kolb, Théorie du »ius cogens« international: essai de relecture du concept, Paris 2001, S. 139, 175, 177, 189.

85 Chiara Piras/Stephan Breitenmoser, Das Verbot der Todesstrafe als regionales *ius cogens*, AJP 2011, S. 331 ff.; Tristan Zimmermann, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, S. 748 ff., 758.

86 BGE 123 II 511 E. 6b S. 522; 130 II 217 E. 8.8 S. 233; 131 II 228 E. 3.3 S. 233 ff.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

### 3. Körperliche und geistige Unversehrtheit

- 19 Art. 10 BV schützt neben dem Recht auf Leben (Abs. 1) mit der Integrität des Körpers und der Psyche (Abs. 2) weitere grundlegende Aspekte menschlicher Existenz. Das *Recht auf körperliche Unversehrtheit* vermittelt Schutz vor staatlichen Eingriffen in den menschlichen Körper jeglicher Art, auch wenn sie schmerzlos sind und keine Schädigung hinterlassen.<sup>87</sup> Unter den Schutzbereich fallen somit nicht nur medizinische Eingriffe, die zwangsweise Blutentnahme, die medikamentöse Zwangsbehandlung oder die Zwangsernährung, sondern auch der Wangenschleimhautabstrich zwecks Erstellung eines DNA-Profiles, die Entnahme von Haaren zwecks Abklärung des Drogenkonsums, die obligatorische Schirmbilduntersuchung, die Fluoridierung des Trinkwassers oder die zwangsweise Rasur.<sup>88</sup> Das Recht auf physische Integrität beinhaltet das Recht, über den eigenen Körper frei zu bestimmen.<sup>89</sup> Daraus folgt, dass Verbote von Tätowierungen oder Blutspenden<sup>90</sup> Einschränkungen des Rechts auf körperliche Integrität darstellen und dass operative Eingriffe die Einwilligung des aufgeklärten Patienten voraussetzen. Zulässige Interessen für eine Einschränkung des Rechts auf physische Integrität sind etwa die Aufklärung bzw. Verhinderung von Straftaten<sup>91</sup> oder der Schutz der öffentlichen Gesundheit<sup>92</sup>. Letzteres Interesse, in Verbindung mit dem Schutz der körperlichen Integrität von Drittpersonen, kann auch eine zwangsweise Impfung gegen bestimmte Infektionskrankheiten rechtfertigen.<sup>93</sup>
- 20 Das *Recht auf geistige Unversehrtheit* garantiert die Freiheit der Willensbildung, nicht aber der Willensbetätigung.<sup>94</sup> Die »*faculté [...] d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation*«<sup>95</sup> wird insbesondere dann beeinträchtigt, wenn der Staat zwangsweise bewusstseinsverändernde Substanzen wie Medikamente<sup>96</sup> oder Alkohol<sup>97</sup> verabreicht. Praktisch bedeutsam ist v.a. die medikamentöse Zwangsbehandlung psychisch

87 BGE 118 Ia 427 E. 4b S. 434.

88 Für einen Überblick der Rechtsprechung siehe *Biaggini*, Komm. BV, Art. 10, N. 9; *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 12, N. 19.

89 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 12, N. 21 f.

90 Art. 17 Abs. 3 der Verordnung vom 17.10.2001 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (SR 812.212.1) verbietet Blutspenden von gewissen Personengruppen, unter ihnen »Personen mit HIV-Risikoverhalten« (lit. c) und »Intimpartnerinnen oder Intimpartner dieser Personen« (lit. d). Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass ein dauerhaftes Verbot der Blutspende aufgrund des Sexualverhaltens unverhältnismässig ist, falls alternative Methoden zur Sicherstellung der Qualität von Blutspenden zur Verfügung stehen: EuGH, 29.4.2015, Rs. C-528/13, Léger, N. 68 f.

91 BGE 128 II 259 E. 3.5 S. 275.

92 BGE 99 Ia 747 E. 3b S. 752.

93 Dazu eingehend *Lorenz Langer*, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 2017 I, S. 87 ff.

94 *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 53; anders z.B. *Auer/Malinverni/Hottelier*, Droit constitutionnel II, N. 340 ff.

95 BGE 90 I 29 E. 3a S. 36.

96 BGE 126 I 112 E. 3b f. S. 115.

97 BGE 90 I 29 E. 5 S. 39.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

kranker Personen. Aufgrund der bewusstseinsverändernden Wirkung der dabei eingesetzten Psychopharmaka stellt diese regelmässig einen schweren Eingriff in die geistige (und körperliche) Integrität dar, weshalb sie einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz bedarf.<sup>98</sup>

Der Kerngehalt des Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit besteht im Wesentlichen aus dem in Art. 10 Abs. 3 BV verankerten Verbot der Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Bestrafung. Die übrigen häufig genannten Beispiele von Kerngehaltsverletzungen (Zwangssterilisation, Isolationshaft, Zwangsmedikation zu Forschungszwecken, Einsatz von Lügendetektoren, Narkoanalysen oder Wahrheitsseren)<sup>99</sup> lassen sich allesamt unter das Verbot von Art. 10 Abs. 3 BV fassen. Folter ist gemäss Art. 1 CAT die vorsätzliche und zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes verübte Zufügung grosser körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden. Das besondere Stigma der Folter liegt in der Absicht, die Willensfreiheit einer Person zu brechen.<sup>100</sup> Demgegenüber steht bei der erniedrigenden Behandlung das Moment der Demütigung und Herabsetzung im Vordergrund; die unmenschliche Behandlung stellt den Auffangtatbestand dar.<sup>101</sup> Das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung gilt absolut. Ausnahmen werden selbst dann nicht toleriert, wenn es um Terrorismusbekämpfung geht<sup>102</sup> oder das Leben eines Kindes auf dem Spiel steht<sup>103</sup>.

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR lässt sich ein lebenslanger Freiheitsentzug nur dann mit Art. 3 EMRK vereinbaren, wenn die Möglichkeit zur Überprüfung der weiteren Gebotenheit der Inhaftierung besteht und die inhaftierte Person weiss, welche Bedingungen für eine Entlassung erfüllt sein müssen.<sup>104</sup> Ob die aufgrund der Annahme der Verwahrungsinitiative (Art. 123a BV) eingeführte lebenslängliche Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 64c StGB diesen Anforderungen genügt, erscheint zweifelhaft.<sup>105</sup> Das Bundesgericht hat die zehntägige Festhaltung einer Person in einer fensterlosen, ständig beleuchteten Zelle als Verletzung des Verbots erniedrigender Behandlung eingestuft<sup>106</sup>, ebenso die 157 Tage dauernde Belegung einer Zelle mit einer Fläche von 23 m<sup>2</sup> durch sechs Personen während

98 BGE 126 I 112 E. 3b f. S. 115 f.; 127 I 6 E. 5g ff. S. 17 ff.; 130 I 16 E. 3 S. 18.

99 Siehe z.B. *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 58.

100 *Nigel S. Rodley*, Integrity of the Person, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, Oxford 2018, S. 165 ff., 169 ff.

101 *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013, N. 938 ff.

102 EGMR (GK), 4.7.2006, No. 59450/00, Ramirez Sanchez g. Frankreich, § 115.

103 EGMR (GK), 1.6.2010, No. 22978/05, Gäfgen g. Deutschland, § 87.

104 EGMR (GK), 9.7.2013, No. 66069/09, Vinter g. Vereinigtes Königreich, § 119, 122; EGMR (GK), 17.1.2017, No. 57592/08, Hutchinson g. Vereinigtes Königreich, § 42.

105 Siehe bereits *Karl-Ludwig Kunz*, Zum Problem der gesetzlichen Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter (Art. 123a der Bundesverfassung): eine Quadratur des Kreises, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1/2007, S. 96 ff.

106 BGE 140 I 246 E. 2.4.2 S. 249 f.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

23 Stunden pro Tag<sup>107</sup>. Hingegen ist es laut Bundesgericht mit Art. 3 EMRK vereinbar, einen abgewiesenen Asylsuchenden, der keiner besonders verletzbaren Personengruppe angehört, vorübergehend in einer unterirdischen Zivilschutzanlage unterzubringen.<sup>108</sup> Ein durch Art. 3 EMRK untersagtes Verhalten kann auch in einer Inhaftierung von Kindern in einer nicht kindergerecht ausgestalteten Umgebung liegen.<sup>109</sup> Die getrennte Inhaftierung der Eltern unter Platzierung ihrer älteren drei Kinder in einem Heim ohne Möglichkeit eines telefonischen Kontakts erreicht die Schwelle einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung gemäss Bundesgericht »knapp noch nicht«.<sup>110</sup> Verletzt ist Art. 3 EMRK, wenn bei einer Polizeikontrolle unverhältnismässige Gewalt angewandt wird, die einen Schlüsselbeinbruch der kontrollierten Person zur Folge hat.<sup>111</sup>

- 23 Wie das Verbot der Todesstrafe können Art. 10 Abs. 3 BV und die entsprechenden völkerrechtlichen Garantien einer Auslieferung oder Ausschaffung im Weg stehen: Wie Art. 25 Abs. 3 BV ausdrücklich festhält, darf niemand »in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht.« Dieses menschenrechtliche Rückschiebungsverbot gilt absolut und schützt somit auch Personen, welche die öffentliche Sicherheit des Aufenthaltsstaats gefährden.<sup>112</sup> Als Teil des zwingenden Völkerrechts stellt es – wie das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung als solches – eine materielle Schranke der Verfassungsrevision dar.<sup>113</sup> Nicht vereinbar mit dem Rückschiebungsverbot ist es, einen Asylsuchenden in einen Staat abzuschicken, in dem das Asylsystem dysfunktional ist und die Lebensumstände von Asylsuchenden dementsprechend desolat sind.<sup>114</sup> Bei Vorliegen einer Gefahr der Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder entwürdigender Behandlung muss vom Zielstaat eine verbindliche Zusicherung eingeholt werden, dass die auszuschieffende oder auszuliefernde Person nicht menschenrechtswidrig behandelt wird, wobei es effektiver Mechanismen zur Überprüfung der Einhaltung der Zusicherung bedarf.<sup>115</sup> So muss etwa bei der Ausschaffung einer Familie garantiert werden, dass die Kinder nicht von den Eltern getrennt werden und eine angemessene Unterbringung erfolgt.<sup>116</sup>

107 BGE 140 I 125 E. 3.6.3 S. 138 ff.

108 BGE 139 I 272 E. 4 S. 278 f.

109 BGE 143 I 437 E. 2.3 S. 442.

110 BGE 143 I 437 E. 2.4 S. 443.

111 EGMR, 24.9.2013, No. 74010/11, Dembele g. Schweiz, § 43 ff.

112 EGMR (GK), 28.2.2008, No. 37201/06, Saadi g. Italien, § 127.

113 So bereits BGE 109 Ib 64 E. 6b)aa S. 72; siehe auch Botschaft über die Volksinitiative »für eine vernünftige Asylpolitik« und »gegen die illegale Einwanderung«, BBl 1994 III 1486 ff., 1499; Botschaft zur Volksinitiative »Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)«, BBl 2013 9459 ff., 9467 ff.

114 EGMR (GK), 21.1.2011, No. 30696/09, MSS g. Belgien und Griechenland, § 362 ff.

115 BGE 134 IV 156 E. 6 S. 162 ff.

116 EGMR (GK), 4.11.2014, No. 29217/12, Tarakhel g. Schweiz, § 120.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

### 4. Bewegungsfreiheit

Als »liberté d'aller et venir«<sup>117</sup> garantiert die Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV ein 24  
Recht auf ungehinderte Ortsveränderung.<sup>118</sup> Darunter ist zunächst einmal das Recht zu ver-  
stehen, sich von einem Ort wegzubewegen, ohne vom Staat daran gehindert zu werden.<sup>119</sup>  
Dieses Recht ist bereits bei einer kurzfristigen Hinderung wie z.B. einer polizeilichen An-  
haltung berührt.<sup>120</sup> Darüber hinaus umfasst die Bewegungsfreiheit auch das Recht, sich zu  
einem öffentlich zugänglichen Ort nach eigener Wahl zu begeben<sup>121</sup> sowie ein Recht auf ein  
Mindestmass an körperlicher Bewegung<sup>122</sup>. Gewissen Personengruppen wird das Recht,  
sich in allen Teilen des öffentlichen Raums frei zu bewegen, zunehmend verwehrt: Asylsu-  
chende werden gestützt auf Art. 74 AIG<sup>123</sup> auf bestimmte Gebiete ein- bzw. von bestimmten  
Gebieten ausgegrenzt, Jugendlichen werden nächtliche Ausgangssperren auferlegt, »Rand-  
ständige« und Suchtkranke werden von öffentlichen Plätzen weggewiesen, gegen angeblich  
gewalttätige Fussballfans werden Rayonverbote gemäss Hooligan-Konkordat<sup>124</sup> ausgespro-  
chen.<sup>125</sup> Die Gerichte taxieren solche Massnahmen des Ausschlusses aus dem öffentlichen  
Raum regelmässig als leichte Eingriffe in die Bewegungsfreiheit.<sup>126</sup> Dies ist bereits insofern  
problematisch, als Ausschlussmassnahmen heutzutage häufig nicht nur für kurze Dauer und  
kleinräumige Gebiete ausgesprochen werden, sondern langfristige Verbote des Zutritts zu  
relativ grossen Teilen des öffentlichen Raums (normalerweise Innenstadtbereiche) beinhal-  
ten.<sup>127</sup> Damit wird den betroffenen Personen auch die Aufrechterhaltung sozialer Kontakte  
oder der Zugang zu Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen erschwert.<sup>128</sup> Hinzu kommt  
eine gesellschaftliche Dimension: Eine Demokratie braucht Räume, in denen die Menschen  
sich zufällig begegnen, in denen sie mit Andersartigkeit konfrontiert werden – »Räume ge-  
sellschaftlicher Allgemeinheit«<sup>129</sup>. Alle Mitglieder der Gesellschaft müssen die Möglichkeit

117 BGE 90 I 29 E. 3a S. 34; BGE 103 Ia 293 E. 4a S. 295.

118 *Felix Baumann*, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 2004, S. 505 ff., 508.

119 *Baumann* (Anm. 118), S. 508; *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N 62 f.

120 BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 149 f.; BGE 136 I 87 E. 5.1 S. 101.

121 *Baumann* (Anm. 118), S. 509; *Daniel Moeckli*, Exclusion from Public Space, Oxford 2016, S. 229 ff.; a.M. *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N 70 ff.

122 *Baumann* (Anm. 118), S. 509 f.

123 BG vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 142.20).

124 Konkordat vom 15.11.2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (LS 551.19).

125 *Moeckli* (Anm. 121), S. 72 ff.

126 Siehe z.B. BGE 128 I 327 E. 4.3.2 S. 344; BGE 130 I 369 E. 7.5 S. 385; BGer 2A.148/2003 vom 30.5.2003, E. 2.3; BGer 2A.501/2005 vom 30.8.2005 E. 2.1; Verwaltungsgericht des Kantons Bern, 17.5.2004, Bernische Verwaltungsrechtsprechung 2005, S. 97 ff., 127 f.

127 *Moeckli* (Anm. 121), S. 109 ff.

128 *Moeckli* (Anm. 121), S. 232 f.

129 *Christoph Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 37.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

haben, im öffentlichen Raum sichtbar und damit in unserer Vorstellung des *demos* repräsentiert zu sein. Sichtbarkeit schafft Bewusstsein: Wenn wir auf der Strasse Bettlern, Obdachlosen oder Drogenabhängigen begegnen, kommen wir nicht darum herum, die Existenz sozialer Probleme wie Armut, Obdachlosigkeit und Suchtkrankheit anzuerkennen. Die Folge von Ausschlussmassnahmen hingegen ist, dass immer grössere Bevölkerungsgruppen aus den meist frequentierten Teilen des öffentlichen Raums – und damit aus unserer Vorstellung des *demos* – verschwinden.<sup>130</sup>

- 25 In der Praxis von grosser Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen der blossen Beschränkung der Bewegungsfreiheit und dem *Freiheitsentzug*, da bei Letzterem die Verfahrensgarantien gemäss Art. 31 BV, Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II zur Anwendung kommen. Der Freiheitsentzug kann mit dem Bundesgericht »als eine Massnahme der öffentlichen Gewalt umschrieben werden, durch die jemand gegen oder ohne seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für gewisse Dauer festgehalten wird.«<sup>131</sup> Die Grenze zwischen Freiheitsbeschränkung und -entzug kann nicht anhand eines einheitlichen Kriteriums gezogen werden. Zu berücksichtigen sind neben der Dauer der Massnahme auch die Art, die Wirkungen und die Modalitäten ihrer Durchführung, wobei auf die konkrete Situation der festgehaltenen Person abzustellen ist.<sup>132</sup> Klassische Fälle des Freiheitsentzugs sind die Untersuchungshaft, die Strafhaft, die ausländerrechtliche Administrativhaft und die fürsorgereische Unterbringung.<sup>133</sup> Aber auch das mehrtägige Festhalten in der internationalen Zone eines Flughafens<sup>134</sup> oder eine polizeiliche Einkesselung von 2,5 Stunden gefolgt von einer Festhaltung in einer Polizeikaserne von 3,5 Stunden<sup>135</sup> fallen unter Art. 31 BV bzw. Art. 5 EMRK. Wird die festgenommene Person in einer Zelle untergebracht, stellt laut EGMR bereits eine 55-minütige Festhaltung einen Freiheitsentzug dar.<sup>136</sup>
- 26 Aus den Garantien des Persönlichkeitsschutzes, insbesondere aus dem Recht auf persönliche Freiheit und dem Recht auf Privatsphäre, ergeben sich eine Reihe von Minimalanforderungen an die Ausgestaltung von Haftbedingungen. Diese sind in einer reichen Praxis des Bundesgerichts, des EGMR und weiterer internationaler Menschenrechtsorgane entwickelt und in zahlreichen, allerdings rechtlich nicht verbindlichen, internationalen Regel-

130 Moeckli (Anm. 121), S. 400 ff.

131 BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143.

132 BGE 142 I 121 E. 3.6.2 S. 129; EGMR (GK), 15.3.2012, Nos 39692/09, 40713/09, 41008/09, Austin g. Vereinigtes Königreich, § 57.

133 *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N 64.

134 EGMR (GK), 25.6.1996, No. 19776/92, Amuur g. Frankreich, § 38 ff.; BGE 123 II 193 E. 3c S. 197 ff.

135 BGE 142 I 121 E. 3 S. 124 ff.

136 EGMR (Zul.), 4.11.2003, No. 47244/99, Novotka g. Slowakei.



## V. Teil Grund- und Menschenrechte

werken wie den sogenannten Nelson Mandela Rules<sup>137</sup> oder den European Prison Rules<sup>138</sup> festgeschrieben worden.<sup>139</sup>

### 5. Persönlichkeitsentfaltung

Über die von Art. 10 Abs. 2 BV explizit genannten Teilgehalte der körperlichen und geistigen Unversehrtheit und der Bewegungsfreiheit hinaus schützt die persönliche Freiheit alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung.<sup>140</sup> Sie »enthält jedoch keine allgemeine Handlungsfreiheit, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen« könnte und schützt daher »nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen«.<sup>141</sup> Keine elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sind etwa der Erwerb von Waffen<sup>142</sup>, das Spielen um Geld an Spielapparaten<sup>143</sup> oder das Befahren eines Sees mit einem Motorboot an beliebiger Stelle<sup>144</sup>. Hingegen fallen das Betteln<sup>145</sup> sowie das mit Alkoholkonsum verbundene Zusammensein<sup>146</sup> unter Art. 10 Abs. 2 BV. Ebenfalls geschützt ist das – von Art. 7 Abs. 1 KRK<sup>147</sup> ausdrücklich genannte – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.<sup>148</sup> Für den Bereich der Adoption ist dieses Recht heute in Art. 268c ZGB verankert, für jenen der Fortpflanzungsmedizin in Art. 119 Abs. 2 lit. g BV und Art. 27 FMedG.

Ein grundlegender Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung ist das *Recht auf reproduktive Selbstbestimmung*, d.h. das Recht jeder Person, frei darüber zu entscheiden, ob, wann und wie viele Kinder sie möchte.<sup>149</sup> Garantiert wird dieses Recht abgesehen von Art. 10 Abs. 2 BV auch durch das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II), das Recht auf Familiengründung (Art. 14 BV, Art. 12 EMRK, Art. 23 Abs. 2

137 UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, General Assembly Resolution 70/175, 17.12.2015.

138 Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers, 11.1.2006.

139 Für einen Überblick siehe *Nigel S. Rodley/Matt Pollard, The Treatment of Prisoners under International Law*, 3. Aufl., Oxford 2009, S. 379 ff.

140 BGE 133 I 110 E. 5.2 S. 119.

141 BGE 138 IV 13 E. 7.1 S. 25 f.

142 BGE 114 Ia 286 E. 6b S. 290.

143 BGE 101 Ia 336 E. 7b S. 347.

144 BGE 108 Ia 59 E. 4a S. 60 f.

145 BGE 134 I 214 E. 5 S. 216 f.

146 BGE 132 I 49 E. 5.2 S. 55 f.

147 Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

148 BGE 128 I 63 E. 5 S. 77; in Bezug auf Art. 8 EMRK: EGMR, 13.7.2006, No. 58757/00, Jäggi g. Schweiz, § 37.

149 UN, Programme of Action of the International Conference on Population and Development, 13.9.1994, UN Doc. A/CONE. 171/13/Rev.1, Chapter VII, § 7.3.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

UNO-Pakt II), das Recht auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I<sup>150</sup>), das Recht, über die Anzahl und den Altersunterschied der Kinder zu bestimmen (Art. 16 Abs. 1 lit. e CEDAW<sup>151</sup>) und das Recht der Frau auf gleichberechtigten Zugang zu Gesundheitsdiensten, einschliesslich im Zusammenhang mit der Familienplanung (Art. 12 CEDAW). Die reproduktive Selbstbestimmung beinhaltet zunächst einmal das Recht, keine Kinder zu haben und damit den Zugang zur freiwilligen Sterilisation, zur Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>152</sup> Da »Kinder zu haben und aufzuziehen [...] für viele Menschen eine zentrale Sinngebung ihres Lebens« bedeutet, umfasst sie sodann das Recht, sich fortzupflanzen.<sup>153</sup> Verfassungsrechtlich höchst problematisch sind in dieser Hinsicht die von Art. 7 Sterilisationsgesetz<sup>154</sup> – wenn auch unter engen Voraussetzungen – vorgesehene Sterilisation dauernd urteilsunfähiger Personen sowie die Praxis, für eine registerrechtliche Geschlechtsänderung die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht vorzusetzen.<sup>155</sup> Gemäss der jüngsten Rechtsprechung des EGMR ist es nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar, Änderungen des Vornamens bzw. des amtlichen Geschlechts von einer medizinischen Behandlung oder Operation abhängig zu machen.<sup>156</sup> Wird die vom Bundesrat 2018 vorgeschlagene Änderung des Zivilgesetzbuches umgesetzt, können Transmenschen und Menschen mit einer Geschlechtsvariante künftig mittels einer einfachen Erklärung und ohne vorgängige medizinische Untersuchung ihr Geschlecht und ihren Vornamen ändern.<sup>157</sup> Aus dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutz des Kinderwunsches folgt ein Recht auf Zugang zu den Methoden der Fortpflanzungsmedizin<sup>158</sup>, aber keine staatliche Pflicht zur Schaffung oder Unterstützung entsprechender Angebote<sup>159</sup>. Dieses Recht wird bereits auf Verfassungsstufe relativiert, indem Art. 119 Abs. 2 BV die Verwendung bestimmter Verfahren der medizinisch assistierten Reproduktion beschränkt oder ganz verbietet. Von der Verfassung verboten sind z.B. die Embryonenspende und alle Arten von

150 Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1).

151 Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108).

152 BGE 101 Ia 575 E. 3a S. 577; BGE 132 III 359 E. 4.3.2 S. 370 f.; *Cyril Hegnauer*, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, ZBl 1991, S. 341 ff., 342.

153 BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 247.

154 BG vom 17.12.2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1).

155 *Büchler* (Anm. 67), 383 f.

156 EGMR, 6.4.2017, Nos 79885/12, 52471/13, 52596/13, A. P., *Garçon und Nicot g. Frankreich*, § 126 ff.; EGMR, 11.10.2018, No. 55216/08, S.V. g. *Italien*, § 75.

157 Erläuternder Bericht zum Vorentwurf über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister), 23.5.2018, [www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-05-24.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/2018-05-24.html) (20.1.2019).

158 BGE 115 Ia 234 E. 5a S. 247; BGE 119 Ia 460 E. 5a S. 475; EGMR (GK), 4.12.2007, No. 44362/04, *Dickson g. Vereinigtes Königreich*, § 66.

159 *Esther Amstutz/Thomas Gächter*, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in: Jusletter vom 31.1.2011, N. 30.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

Leihmutterschaft (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV). Das Fortpflanzungsmedizingesetz untersagt zusätzlich auch die Eizellenspende (Art. 4 FMedG), obwohl ein dieses absolute Verbot rechtfertigendes Interesse nicht ersichtlich ist.<sup>160</sup> Keinen Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren haben gleichgeschlechtliche Paare, was sich implizit aus Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG<sup>161</sup>, für eingetragene Paare explizit aus Art. 28 PartG<sup>162</sup> ergibt. Auch für diesen Eingriff in die reproduktive Selbstbestimmung ist kein Interesse auszumachen.<sup>163</sup> Ob er bereits in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV (der als Voraussetzung für die Anwendung reproduktionsmedizinischer Verfahren die »Unfruchtbarkeit« verlangt) angelegt ist, ist strittig.<sup>164</sup> Sicher nicht begründen – auch nicht mit einem Verweis auf die Verfassung – lässt sich die von Art. 3 Abs. 3 FMedG vorgesehene Beschränkung der Verwendung gespendeter Samenzellen auf verheiratete Paare: Das Kindeswohl kann nicht am familienrechtlichen Status der Eltern gemessen werden.<sup>165</sup> Ebenfalls gedeckt vom Recht auf Fortpflanzung ist die Praxis des *social egg freezing*, ermöglicht diese doch Frauen, auch in höherem Alter mit eigenen Eizellen eine In-vitro-Fertilisation durchzuführen. Das Fortpflanzungsmedizingesetz schränkt das *social egg freezing* allerdings in zweifacher Hinsicht bedeutend ein: Erstens ist gemäss Art. 5 FMedG, der sich direkt auf Art. 119 Abs. 2 lit. c BV stützt, die Verwendung der konservierten Eizellen zur Fortpflanzung nur zwecks Überwindung von Unfruchtbarkeit oder Verhinderung der Übertragung einer schweren Krankheit zulässig. Zweitens sieht Art. 15 Abs. 1 FMedG eine maximale Konservierungsdauer von fünf Jahren vor, wobei diese auf Antrag um 5 Jahre verlängert werden kann. Diese starre Maximalfrist von 10 Jahren ist für die Wahrung des Kindeswohls nicht erforderlich und hält somit nicht vor der Verfassung stand.<sup>166</sup> Schliesslich umfasst die reproduktive Selbstbestimmung insofern das Recht auf *ein bestimmtes* Kind, als zukünftige Eltern zur Verhinderung von schweren Krankheiten oder Behinderungen eine negative Selektion von Keimzellen und Embryonen vornehmen

160 Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Stellungnahme Nr. 22/2013, November 2013, S. 44 f., 57; *Büchler* (Anm. 67), S. 393 ff.; *Mathias Kuhn*, Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs, Zürich/St. Gallen 2008, S. 357 ff. Der EGMR räumt den Vertragsstaaten hinsichtlich der Regelung der Eizellenspende einen weiten Ermessensspielraum ein: EGMR (GK), 3.11.2011, No. 57813/00, S.H. g. Österreich, § 106 f.

161 Siehe Botschaft über die Volksinitiative »zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)« und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) (Botschaft »FMedG«), BBl 1996 III 205 ff., 250 f.

162 BG vom 18.6.2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG, SR 211.231).

163 *Amstutz/Gächter* (Anm. 159), N. 50 ff.; *Büchler* (Anm. 67), S. 400 f.; NEK (Anm. 160), S. 38 ff., 57.

164 In diesem Sinn: Botschaft »FMedG« (Anm. 161), S. 250 f.; *Amstutz/Gächter* (Anm. 159), N. 47, 54. Anders: *Kuhn* (Anm. 160), S. 362 ff.

165 *Belser/Molinari*, Basler BV-Komm., Art. 119, N. 36; *Büchler* (Anm. 67), S. 400 f.; NEK (Anm. 160), S. 41, 57.

166 *Leonie Tettamanti*, Social Egg Freezing: Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, *hill* 2013 (116), N. 44 ff.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

dürfen. Der EGMR hat ein komplettes Verbot der Präimplantationsdiagnostik als mit Art. 8 EMRK unvereinbar erklärt.<sup>167</sup> Im Einklang mit diesem Grundrecht auf »negative Eugenik« ist es zulässig, Spender von Samenzellen nach medizinischen Gesichtspunkten auszuwählen (Art. 19 Abs. 1 FMedG) und Keimzellen und Embryonen *in vitro* mit Blick auf schwere Krankheiten sowie chromosomale Eigenschaften, welche die Entwicklungsfähigkeit des zu zeugenden Embryos beeinträchtigen können, zu untersuchen und auszuwählen (Art. 5a FMedG). Ob die reproduktive Selbstbestimmung darüberhinausgehend auch das Recht vermittelt, im Sinne einer positiven Selektion mittels Gentechnologie erwünschte Eigenschaften der Nachkommen herbeizuführen (»positive Eugenik«), ist umstritten.<sup>168</sup> Es erscheint naheliegend, die Mitbestimmung der genetischen Ausstattung von Wunschkindern als eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung anzusehen<sup>169</sup>, zumal bei der natürlichen Zeugung die Partnerwahl ganz selbstverständlich einen zentralen Aspekt der reproduktiven Selbstbestimmung darstellt<sup>170</sup>. Dies bedeutet natürlich nicht, dass Methoden der positiven Eugenik nicht verboten werden dürften, doch müssen dafür gewichtige Eingriffsinteressen vorliegen. Das rechtsstaatliche Grundprinzip, wonach die Rechtfertigungslast für Verbote beim Staat liegt<sup>171</sup>, ist auch im Bereich der positiven Eugenik zu beachten.

- 29 Nicht nur der Entscheid über die Fortpflanzung, sondern auch jener über die *Beendigung des eigenen Lebens* fällt als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung unter den Schutz von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK: Jeder Mensch hat »das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden; dies zumindest, soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln.«<sup>172</sup> Dieses Recht umfasst auch den Beizug der Hilfe Dritter beim Suizid.<sup>173</sup> Die Pflicht des Staates zum Schutz des Lebens endet am Recht auf den eigenen Tod<sup>174</sup>, der Staat darf einen sterbewilligen Menschen nicht zum Weiterleben zwingen<sup>175</sup>. Er muss aber aufgrund seiner Schutzpflicht sicherstellen, dass die Voraussetzungen eines freiverantwortlichen Verzichts auf das Weiterleben vorliegen: Die sterbewillige Person muss urteilsfähig, ihr Sterbewunsch wohlervogen, ohne äusseren Druck entstanden und dauerhaft sein.<sup>176</sup> Die Gewährleistung dieser Voraussetzungen stellt gerade im Kontext der organisierten Suizidhilfe eine Herausforderung dar, muss hier doch auch der Druck berücksichtigt werden,

167 EGMR, 28.8.2012, No. 54270/10, Costa und Pavan g. Italien, § 62 ff.

168 Bejahend: Büchler (Anm. 67), S. 404 f.; verneinend: Bernhard Rütsche, Eugenik und Verfassung, ZBl 2010, S. 297 ff., 305 f., 312 ff.

169 So auch Roland Fankhauser/Rebecca Vionnet, Die Samenspende im schweizerischen Recht, recht 2015, S. 144 ff., 156.

170 Büchler (Anm. 67), S. 404.

171 Rütsche (Anm. 168), S. 310.

172 BGE 133 I 58 E. 6.1 S. 67.

173 EGMR, 29.4.2002, No. 2346/02, Pretty g. Vereinigtes Königreich, § 67.

174 Tschentscher, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 42.

175 EGMR, 29.4.2002, No. 2346/02, Pretty g. Vereinigtes Königreich, § 63.

176 BGE 133 I 58 E. 6.3.4 S. 74.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

den eine liberale Suizidhilfeordnung auf besonders verletzte Personen ausüben kann.<sup>177</sup> Sind die Voraussetzungen aber erfüllt, ist der Sterbewunsch auch dann zu respektieren, wenn die sterbewillige Person nicht an einer unmittelbar zum Tod führenden Krankheit leidet.<sup>178</sup> In Bezug auf typischerweise für die Beendigung des Lebens verwendete Substanzen wie Natrium-Pentobarbital, das in der Schweiz nur auf ärztliche Verordnung erhältlich ist, stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, aus dem Recht auf den eigenen Tod ergebe sich keine »positive Pflicht« des Staates, Sterbewilligen Zugang zu solchen Substanzen zu verschaffen.<sup>179</sup> Anders als bei der Frage nach der Pflicht zur Aufrechterhaltung lebensverlängernder Massnahmen, mit der das Bundesgericht die Frage des Zugangs zu tödlichen Substanzen vergleicht<sup>180</sup>, geht es hier aber gerade nicht um eine »positive Pflicht«, sondern um das Unterlassen eines Eingriffs. Genau gleich wie für Verbote des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin liegt für Beschränkungen des Zugangs zu Medikamenten die Rechtfertigungslast beim Staat.<sup>181</sup> Dementsprechend hat eine Kammer des EGMR – allerdings in einem von der Grossen Kammer wegen Missbrauchs des Beschwerderechts aufgehobenen Urteil<sup>182</sup> – eine klare und umfassende gesetzliche Regulierung der Abgabe von Medikamenten zum Zweck des Suizids gefordert.<sup>183</sup>

### 6. Privatleben

Eine klare, eingängige Definition des Schutzbereichs des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 Abs. 1 BV hat sich als unmöglich erwiesen.<sup>184</sup> Bereits über die Grundidee dieses Rechts besteht keine Einigkeit; teilweise wird der Aspekt der Freiheit in den Vordergrund gerückt, teilweise jener der Menschenwürde.<sup>185</sup> Dementsprechend wirft auch die Abgrenzung zwischen Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 2 BV (persönliche Freiheit) grosse Schwierigkeiten auf.<sup>186</sup> Das Bundesgericht behilft sich damit, dass es einzelne Schutzgehalte der Privatlebensgarantie aufzählt<sup>187</sup> bzw. typische Eingriffe herausarbeitet<sup>188</sup>.

177 *Regina Kiener*, Organisierte Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichen Schutzpflichten, ZSR 2010 I, S. 271 ff., 283 f.

178 *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 41.

179 BGE 133 I 58 E. 6.2.1 S. 68; 142 I 195 E. 3.4 S. 203 f.

180 BGE 142 I 195 E. 3.3 f. S. 202 f.

181 *Axel Tschentscher*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, ZBJV 146/2010, S. 937 ff., 969.

182 EGMR (GK), 30.9.2014, No. 67810/10, Gross g. Schweiz.

183 EGMR, 14.5.2013, No. 67810/10, Gross g. Schweiz, § 63 ff.

184 *Diggelmann*, Basler BV-Komm., Art. 13, N. 6.

185 *James Q. Whitman*, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, Yale Law Journal 113/2004, S. 1151 ff.

186 *Tschentscher*, Basler BV-Komm., Art. 10, N. 5.

187 Siehe etwa BGE 135 I 198 E. 3.1 S. 207.

188 Siehe etwa BGE 140 I 381 E. 4.3 S. 385 f.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

- 31 Ein Eingriff in das Recht auf Privatleben liegt z.B. vor bei einer Observation durch die Polizei<sup>189</sup> oder, zwecks Abklärung staatlicher Leistungspflichten, durch eine Privatdetektei<sup>190</sup> – und zwar auch dann, wenn die Überwachung im öffentlichen Raum erfolgt.<sup>191</sup> Entscheidend ist, ob der Einzelne vernünftigerweise erwarten kann, dass ein Lebensvorgang als Privatsache geschützt ist.<sup>192</sup>
- 32 Zentrale Bedeutung kommt sodann dem Schutz des Beziehungslebens zu. Jeder Mensch hat das Recht, persönliche Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen, zu pflegen und abzulehnen.<sup>193</sup> Dazu gehört auch die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>194</sup> Das Bundesgericht schützt gleichgeschlechtliche Partnerschaften als Teil des Privatlebens<sup>195</sup>, der EGMR dagegen als Teil des Familienlebens<sup>196</sup>. Unabhängig von der genauen Zuordnung kann sich aus der Garantie der Privatsphäre (auch) für homosexuelle Partnerinnen bzw. Partner ein Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz ergeben.<sup>197</sup> Geschützt ist zudem der Entscheid über die geschlechtliche Identität. Der Staat darf operative oder hormonelle Massnahmen zur Umwandlung des Geschlechts nicht übermässig erschweren.<sup>198</sup> Nach erfolgter Anpassung des Geschlechts muss er das neue Geschlecht rechtlich anerkennen, indem er die erforderlichen Registerkorrekturen vornimmt.<sup>199</sup> Gemäss einer 2018 vorgeschlagenen Revision des Zivilgesetzbuches sollen Änderungen des Geschlechts und des Vornamens vereinfacht werden; demnach könnte »jede Person, die innerlich fest davon überzeugt ist, nicht dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht zuzugehören« die entsprechenden Einträge mit einer Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt ändern lassen (vgl. N. 28). Darüberhinausgehend ist der Bundesrat durch zwei Postulate beauftragt worden, einen Bericht über die Folgen der Erfassung eines dritten Geschlechts bzw. des Verzichts auf einen Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zu erarbeiten.<sup>200</sup> In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber bereits eine entsprechende Anpassung des Personenstandsrechts eingefordert.<sup>201</sup>

189 BGE 140 I 381 E. 4.3 S. 385 f.

190 BGE 135 I 169 E. 4.4 S. 171.

191 EGMR, 18.10.2016, No. 61838/10, Vukota-Bojić g. Schweiz, § 52 ff.

192 EGMR, 25.9.2001, No. 44787/98, P. G. und J. H. g. Vereinigtes Königreich, § 57.

193 EGMR (GK), 16.2.2000, No. 27798/95, Amann g. Schweiz, § 65.

194 EGMR, 22.10.1981, No. 7525/76, Dudgeon g. Vereinigtes Königreich, § 41.

195 BGE 126 II 425 E. 4c S. 432 ff.

196 EGMR, 24.6.2010, No. 30141/04, Schalk und Kopf g. Österreich, § 94; EGMR, 30.6.2016, No. 51362/09, Taddeucci und McCall g. Italien, § 58.

197 BGE 126 II 425 E. 4c)aa S. 432 f.; EGMR, 30.6.2016, No. 51362/09, Taddeucci und McCall g. Italien, § 59.

198 EGMR, 8.1.2009, No. 29002/06, Schlumpf g. Schweiz, § 115.

199 EGMR (GK), 11.7.2002, No. 28957/95, Christine Goodwin g. Vereinigtes Königreich, § 93.

200 Postulat 17.4121: Drittes Geschlecht im Personenstandsregister (Sibel Arslan); Postulat 17.4185: Einführung einer dritten Geschlechtsidentität (Rebecca Ana Ruiz).

201 BVerfGE 147, 1.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

Schliesslich ergibt sich aus der Garantie des Privatlebens für den Einzelnen ein Anspruch auf 33  
Achtung des Namens<sup>202</sup> und des sozialen Ansehens<sup>203</sup>, für Angehörige sozialer Gruppen wie  
die Fahrenden<sup>204</sup> oder die Roma<sup>205</sup> auf Wahrung der Identität und der traditionellen Le-  
bensform dieser Gruppen.

### 7. Wohnung

Das in Art. 13 Abs. 1 BV ausdrücklich erwähnte Recht auf Achtung der Wohnung garan- 34  
tiert dem Einzelnen einen Ort, der ihm den Rückzug von der Öffentlichkeit und die Pflege  
persönlicher Beziehungen in Vertraulichkeit ermöglicht. Ohne solchen physischen privaten  
Raum, und dementsprechend ohne eine klare Abgrenzung zwischen öffentlichem und  
privatem Raum, kann eine Demokratie nicht funktionieren (vgl. N. 3). Der Begriff der  
Wohnung wird deshalb zurecht weit ausgelegt als jede Räumlichkeit, die eine gewisse Pri-  
vatsphäre sichert und zumindest vorübergehend als Lebensmittelpunkt dient.<sup>206</sup> Auch  
Geschäftsräumlichkeiten, Nebenräume, Balkone, Garagen, Gärten, Hotelzimmer oder Wohn-  
wagen können Schutz vor Eingriffen (z.B. Durchsuchung, Observation, Beschädigung, Zer-  
störung) geniessen.<sup>207</sup>

### 8. Kommunikation

Das ebenfalls in Art. 13 Abs. 1 BV verankerte Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis erfasst 35  
neben den traditionellen Formen der Kommunikation (Post, Telefon, Telegraf) auch mo-  
dernere wie den Verkehr per E-Mail, per SMS oder auf virtuellen Kommunikationsplatt-  
formen mit beschränktem Benutzerkreis.<sup>208</sup> Nicht geschützt sind hingegen etwa »Homepa-  
ges und öffentlich zugängliche Newsgroups«<sup>209</sup>, weil hier nicht mit der den Schutzgehalt  
ausmachenden Vertraulichkeit der Kommunikation gerechnet werden kann.<sup>210</sup> Der Schutz  
erstreckt sich über den Inhalt der Kommunikation hinaus auf die Randdaten, also – im Te-  
lefonverkehr – die Informationen betreffend angewählte Nummern, Aufenthaltsorte der  
Gesprächsteilnehmer sowie Zeitpunkte und Dauer der Gespräche und – im Internetverkehr  
– die Informationen betreffend die Verwendung von E-Mail- und IP-Adressen sowie die  
Adressaten und Zeitpunkte von Mitteilungen.<sup>211</sup> Wie der EGMR zurecht betont, kann

202 BGE 143 III 3 E. 3.4.1 S. 7; EGMR, 21.10.2008, No. 37483/02, Güzel Erdagöz g. Türkei, § 43.

203 BGE 135 I 198 E. 3.1 S. 206 f.; EGMR, 15.11.2007, No. 12556/03, Pfeifer g. Österreich, § 35.

204 BGE 129 II 321 E. 3.4 S. 329; EGMR (GK), 18.1.2001, No. 27238/95, Chapman g. Vereinigtes König-  
reich, § 73.

205 EGMR (GK), 15.3.2012, Nos 4149/04, 41029/04, Aksu g. Türkei, § 58, 60.

206 *Breitenmoser*, St. Galler BV-Komm., Art. 13, N. 61.

207 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 13, N. 9.

208 BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369, E. 8.4 S. 370 ff.

209 BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369.

210 *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2012, § 30, N. 1.

211 BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369; BGE 144 I 126 E. 4.2 S. 133.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

der Zugriff auf Randdaten unter Umständen schwerer wiegen als jener auf Inhalte, da anhand von Bewegungsmustern, sozialen Kontakten, Internetnutzung usw. ein umfassendes, bis in intime Einzelheiten reichendes Profil einer Person erstellt werden kann.<sup>212</sup>

- 36 Die gesetzlichen Grundlagen zur Anordnung der Überwachung von Kommunikationsmitteln sind in den letzten Jahren erheblich ausgebaut worden. Geheime Überwachungsmaßnahmen können nicht nur im Rahmen eines Strafverfahrens ergriffen werden (vgl. Art. 269 ff. StPO), sondern aus Gründen des Staatsschutzes auch präventiv gestützt auf das NDG<sup>213</sup>. Dabei sind auch technisch neuartige Massnahmen zulässig, die – wie das Einschleusen von Staatstrojanern (Art. 269<sup>ter</sup> f. StPO; Art. 26 Abs. 1 lit. d und Art. 37 NDG) – äusserst eingriffsintensiv sind oder – wie die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen (Funkaufklärung) (Art. 38 NDG) und die Erfassung grenzüberschreitender Signale aus leitungsgebundenen Netzen (Kabelaufklärung) (Art. 39 NDG) – sehr viele Daten und Menschen betreffen. Die für die Sicherstellung eines effizienten Grundrechtsschutzes notwendige Regulierung und Kontrolle solcher verdeckter Massnahmen stellt die Praxis vor grosse Probleme.<sup>214</sup> Der EGMR erachtete 2018 das britische System der Massenüberwachung von Kommunikationsdaten als nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar, da die vorgesehenen Garantien gegen Missbräuche zu wenig wirksam seien und unabhängige Kontrollmechanismen fehlten.<sup>215</sup>

### 9. Persönliche Daten

- 37 Art. 13 Abs. 2 BV garantiert als Teilaspekt des Rechts auf Privatsphäre explizit den Anspruch auf Schutz persönlicher Daten. Anders als vom Verfassungstext suggeriert, der bloss den »Schutz vor Missbrauch« erwähnt, erfasst Art. 13 Abs. 2 BV jede staatliche Bearbeitung (Erheben, Sammeln, Speichern, Verarbeiten, Weitergeben) persönlicher Daten.<sup>216</sup> Das Bundesgericht spricht deshalb, in Anlehnung an das deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>217</sup>, von einem »Recht auf informationelle Selbstbestimmung«.<sup>218</sup> Der Begriff macht den Zusammenhang zwischen informationeller Privatheit und persönlicher Freiheit bewusst: Wer keine Kontrolle über seine Daten hat und damit nicht abschätzen kann, was seine soziale Umwelt über ihn weiss, »kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.« Selbstbestimmung aber ist »eine

212 EGMR, 13.9.2018, Nos 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Big Brother Watch g. Vereinigtes Königreich*, § 356.

213 BG vom 25.9.2015 über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121).

214 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 13, N. 10a ff.

215 EGMR, 13.9.2018, Nos 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Big Brother Watch g. Vereinigtes Königreich*, § 347.

216 BGE 122 I 360 E. 5a S. 362; 137 I 167 E. 3.2 S. 172; 144 I 126 E. 4.2 S. 133.

217 BVerfGE 65, 1 (43 ff.).

218 Anstatt vieler: BGE 142 II 340 E. 4.2 S. 347.



## V. Teil Grund- und Menschenrechte

elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens.«<sup>219</sup>

Schutzobjekt von Art. 13 Abs. 2 BV sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.<sup>220</sup> Dazu gehören z.B. auch IP-Adressen<sup>221</sup>, Randdaten der Telekommunikation<sup>222</sup> sowie Abbildungen von Menschen, Häusern, Gärten und Fahrzeugkennzeichen<sup>223</sup>. Der grundrechtliche Anspruch auf Datenschutz umfasst mit anderen Worten auch das Recht am eigenen Bild.<sup>224</sup> Erhöhte verfassungsrechtliche Anforderungen gelten bei der Bearbeitung von Daten, die als besonders schützenswert erscheinen, wie jenen über religiöse und politische Ansichten, Rassenzugehörigkeit oder Gesundheit.<sup>225</sup>

Art. 13 Abs. 2 BV vermittelt dem Grundrechtsträger Ansprüche auf Auskunft darüber, ob Daten über ihn bearbeitet werden, auf Berichtigung unrichtiger Daten, auf Löschung ungeeigneter bzw. nicht benötigter Daten sowie auf Sperrung der Datenbearbeitung.<sup>226</sup> Gemäss EuGH ergibt sich aus dem Anspruch auf Löschung nach der (damaligen) EU-Datenschutzrichtlinie ein »Recht auf Vergessenwerden«: Sind Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet worden sind, nicht mehr erforderlich, müssen auch alle Links zu diesen Daten gelöscht werden.<sup>227</sup> Art. 17 der neuen Datenschutz-Grundverordnung der EU<sup>228</sup> ist dementsprechend mit »Recht auf Löschung (>Recht auf Vergessenwerden-)< überschrieben.

Verschiedene öffentliche Interessen können die staatliche Bearbeitung von Personendaten rechtfertigen, so z.B. die Aufklärung bzw. Verhinderung von Straftaten, die korrekte Erhebung von Steuern oder die Gesundheitsvorsorge. Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz wirft in der Praxis allerdings regelmässig Probleme auf. Insbesondere auf der Ebene der Rechtsetzung ist es schwierig, die Wirkungen und Nebenwirkungen vorherzusehen, die ein Eingriff – allenfalls im Zusammenspiel mit weiteren Grundrechtseingriffen (vgl. N. 45) – entfalten wird.<sup>229</sup> So hat der EuGH nationale Regelungen, die eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Randdaten der Telekommunikation erlaubten, als unverhältnismässig und damit nicht mit EU-Recht ver-

219 BVerfGE 65, 1 (43).

220 Vgl. Art. 3 lit. a BG vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

221 BGE 136 II 508 E. 3.2 ff. S. 513 ff.

222 BGE 144 I 126 E. 4.2 S. 133.

223 BGE 138 II 346 E. 6 S. 353 ff.

224 EGMR (GK), 7.2.2012, Nos 40660/08, 60641/08, Von Hannover g. Deutschland (No. 2), § 95 f.; BGE 138 II 346 E. 6.1 S. 353.

225 Vgl. Art. 3 lit. c DSG.

226 *Schweizer*, St. Galler BV-Komm., Art. 13, N. 85.

227 EuGH, 13.5.2014, Rs. C-131/12, Google Spain SL, N. 94.

228 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

229 *Beat Rudin*, Die Erosion der informationellen Privatheit – oder: Rechtsetzung als Risiko?, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Basel 2004, S. 415 ff., 432.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

einbar eingestuft.<sup>230</sup> Das Bundesgericht hingegen schätzt die Wirksamkeit der Vorratsdatenspeicherung und milderer Alternativen anders ein und kommt zum Schluss, die entsprechende Regelung im BÜPF<sup>231</sup> wahre das Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>232</sup>

### VI. Schutzpflichten

- 41 Die die Persönlichkeit schützenden Grundrechte wurden ursprünglich primär als Abwehrrechte verstanden, d.h. als Rechte, die auf der Seite des Staates die Pflicht nach sich ziehen, Eingriffe in den oben definierten Schutzbereich zu unterlassen. Mit der Zeit wurden zunehmend auch justiziable Leistungspflichten anerkannt, insbesondere im Rahmen von besonderen Rechtsverhältnissen. So haben Personen im Haft- und Strafvollzug Anspruch auf angemessene Verpflegung, einwandfreie medizinische Versorgung und seelsorgerische Betreuung.<sup>233</sup> Schliesslich ist heute unbestritten, dass Grundrechte im Allgemeinen – und die Garantien des Persönlichkeitsschutzes im Besonderen – dem Einzelnen auch Schutzansprüche vermitteln.<sup>234</sup> Die Pflicht zum Schutz der Integrität und Autonomie des Individuums vor Gefahren, die nicht vom Staat ausgehen, richtet sich zuallererst an den Gesetzgeber. Dieser hat die Rechtsordnung so auszugestalten, dass entsprechende Übergriffe verhindert bzw. sanktioniert werden.<sup>235</sup> Schutzpflichten treffen aber auch die rechtsanwendenden Behörden, etwa die Justiz oder die Polizei.
- 42 So müssen *das Leben und die Integrität* des Einzelnen vom Staat mit allen zumutbaren Mitteln geschützt werden. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, Tötungen und Verletzungen der körperlichen, geistigen und sexuellen Integrität generalpräventiv mit strafrechtlichen Sanktionen zu belegen und eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten.<sup>236</sup> Ist das Leben oder die Integrität eines Einzelnen durch Dritte ernsthaft und konkret bedroht, müssen die rechtsanwendenden Behörden präventive Schutzmassnahmen – etwa in Form von Polizeischutz – ergreifen. Voraussetzung für diese Pflicht ist, dass die betreffende Behörde um die Gefahr weiss (oder wissen müsste) und die Möglichkeit hat, vernünftige Schutzmassnahmen zu ergreifen.<sup>237</sup> Besonders strenge Anforderungen gelten, wenn die bedrohte Person – z.B. weil

230 EuGH, 21.12.2016, Rs. C 203/15 und C 698/15, *Tele2 Sverige AB und Secretary of State for the Home Department*, N. 112; siehe auch bereits EuGH, 8.4.2014, Rs. C 293/12 und C 594/12, *Digital Rights Ireland Ltd. und Kärntner Landesregierung*, N. 45 ff.

231 BG vom 18.3.2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1).

232 BGE 144 I 126 E. 8.2 S. 141 ff.

233 Siehe *Müller/Schefer*, Grundrechte, S. 114 ff.

234 Siehe dazu *Axel Tschentscher*, Schutzpflichten, in diesem Werk, Bd. 2, V.7.

235 *Kiener/Kälin/Wyttenbach*, Grundrechte, § 4, N. 21.

236 BGE 135 I 113 E. 2.1 S. 117 (in Bezug auf Tötungen); EGMR, 17.1.2017, No. 10851/13, *Király und Dömötör g. Ungarn*, § 60 f. (in Bezug auf Verletzungen der Integrität).

237 EGMR (GK), 28.10.1998, No. 23452/94, *Osman g. Vereinigtes Königreich*, § 115 f.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

sie inhaftiert ist – sich in einer verletzlichen Position befindet.<sup>238</sup> Tritt eine inhaftierte Person in Hungerstreik, ergibt sich ein Konflikt zwischen ihrem Recht auf körperliche Integrität einerseits und der staatlichen Pflicht zum Schutz ihres Lebens und ihrer Gesundheit andererseits.<sup>239</sup> Ist ihr Sterbenswunsch Folge der Inhaftierung (und damit eines staatlichen Akts), kann die Zwangsernährung zulässig und sogar geboten sein, allerdings nur insoweit ihre medizinische Notwendigkeit nachgewiesen ist und sie auf menschenwürdige Weise durchgeführt wird.<sup>240</sup> Den Staat treffen nicht nur präventive Schutzpflichten, er muss auch auf Beeinträchtigungen der geschützten Rechtsgüter gebührend reagieren. Kommt ein Mensch gewaltsam oder unter ungeklärten Umständen ums Leben oder behauptet er in vertretbarer Weise, misshandelt worden zu sein, besteht die Pflicht zur unverzüglichen Einleitung einer amtlichen, wirksamen und unabhängigen Untersuchung.<sup>241</sup> Können die für einen Übergriff Verantwortlichen ermittelt werden, sind sie angemessen zu bestrafen, d.h. mit einer Sanktion zu belegen, welche die nötige abschreckende Wirkung aufweist.<sup>242</sup>

Da Beeinträchtigungen der *Privatsphäre* häufig von Privaten ausgehen, sind Schutzansprüche auch in diesem Bereich von grosser praktischer Bedeutung. So muss der Staat den Einzelnen vor unautorisierter Berichterstattung durch Medien schützen. Insbesondere bei Personen des öffentlichen Lebens kann dieser Schutzanspruch in einem Spannungsverhältnis zur Medienfreiheit stehen, was eine umfassende Interessenabwägung nötig macht.<sup>243</sup> Im »age of surveillance capitalism« wird sich ausserdem das Bedürfnis nach Schutz vor Privatsphärenverletzungen durch datenhungrige IT-Unternehmen akzentuieren.<sup>244</sup> Der Staat ist aufgrund von Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV verpflichtet, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch unter Privaten Geltung zu verschaffen. Der Verwirklichung dieses verfassungsrechtlichen Auftrags dient etwa die Datenschutzgesetzgebung und die Tätigkeit des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, der z.B. von Google die Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes bei der Publikation von Personendaten in »Google Street View« angemahnt hat.<sup>245</sup>

Die Garantien des Persönlichkeitsschutzes verpflichten den Staat auch, die Menschen vor Naturkatastrophen zu schützen. Unterlassen es die Behörden beispielsweise, vernünftige

238 EGMR, 14.3.2002, No. 46477/99, Paul und Audrey Edwards g. Vereinigtes Königreich, § 56.

239 EGMR, 5.4.2005, No. 54825/00, Nevmerzhiisky g. Ukraine, § 93; BGE 136 IV 97 E. 6.1.1 S. 107.

240 EGMR, 5.4.2005, No. 54825/00, Nevmerzhiisky g. Ukraine, § 94 ff.

241 In Bezug auf das Recht auf Leben: EGMR, 7.2.2006, No. 41773/98, Scavuzzo-Hager g. Schweiz, § 74 ff. In Bezug auf Misshandlungen: EGMR, 28.10.1998, No. 24760/94, Assenov g. Bulgarien, § 102 ff.; BGE 131 I 455 E. 1.2.5 S. 462 f.

242 EGMR (GK), 1.6.2010, No. 22978/05, Gäfgen g. Deutschland, § 119, 123 ff.; BGE 131 I 455 E. 1.2.5 S. 462 f.; BGE 135 I 113 E. 2.1 S. 117.

243 Siehe dazu EGMR, 24.6.2004, No. 59320/00, von Hannover g. Deutschland, § 56 ff.; EGMR (GK), 7.2.2012, Nos 40660/08, 60641/08, von Hannover g. Deutschland (No. 2), § 108 ff.; EGMR, 19.9.13, No. 8772/10, von Hannover g. Deutschland (No. 3), § 41 ff.

244 *Shoshana Zuboff*, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York 2019.

245 BGE 138 II 346, insbesondere E. 8.2 S. 359 f.

## V.10 Persönlichkeitsschutz (Moeckli)

und effektive Warn- und Schutzvorkehrungen vor drohenden, lebensgefährdenden Schlammlawinen zu ergreifen, liegt eine Verletzung des Rechts auf Leben vor.<sup>246</sup> Eine entsprechende Pflicht besteht in Bezug auf Risiken der Zivilisation wie Strassenverkehr, technische Grossanlagen oder Umweltverschmutzung. Wie das Bundesgericht anerkennt, wächst besonders bei modernen Technologien mit hohem Gefährdungspotenzial das Bedürfnis nach vorsorgenden Schutzmassnahmen des Staates. So genügt im Bereich der Kernenergie bereits eine entfernte Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, um eine Schutzpflicht auszulösen. Diese Pflicht zur Risikovorsorge trifft in erster Linie den Gesetzgeber.<sup>247</sup> Auch der EGMR hat festgehalten, die Staaten seien bei gefährlichen Tätigkeiten verpflichtet, eine Regelung zu erlassen, die der Besonderheit der Tätigkeit und insbesondere dem Mass der sich aus ihr ergebenden Gefahr entspricht.<sup>248</sup> So verletzen das Fehlen eines funktionierenden Regelwerks zur Sicherung verfallender Gebäude<sup>249</sup> oder die Tolerierung einer explosionsgefährdeten Mülldeponie in unmittelbarer Siedlungsnähe<sup>250</sup> Art. 2 EMRK, die bloss teilweise Schliessung einer gesundheitsgefährdende Abgase ausstossenden Abfallverarbeitungsanlage<sup>251</sup> oder das Fehlen eines funktionierenden Kehrrichtentsorgungssystems<sup>252</sup> Art. 8 EMRK. Die aus diesen konventionsrechtlichen Garantien erwachsende Schutzpflicht kann zudem eine Pflicht umfassen, Personen, die allenfalls durch betriebliche Emissionen oder andere Umweltverschmutzungen gefährdet werden könnten, über die entsprechenden Risiken aufzuklären.<sup>253</sup> Es erscheint naheliegend, aus den die Persönlichkeit schützenden Grundrechten auch eine staatliche Pflicht zur Ergreifung von Vorkehrungen gegen den Klimawandel abzuleiten. Ein niederländisches Appellationsgericht bestätigte 2018 ein vorinstanzliches Urteil, wonach die Weigerung des niederländischen Staates, die Treibhausgasemissionen bis 2020 um mindestens 25 % zu senken, eine Verletzung seiner positiven Schutzpflicht nach Art. 2 und Art. 8 EMRK darstellt.<sup>254</sup> In der Schweiz hat das Bundesverwaltungsgericht eine entsprechende Beschwerde mit der Begründung abgewiesen, die Beschwerdeführenden (der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und mehrere über 75-jährige Frauen) seien von den Auswirkungen des Klimawandels nicht besonders betroffen.<sup>255</sup>

246 EGMR, 20.3.2008, Nos 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, Budayeva g. Russland, § 147 ff.

247 BGE 140 II 315 E. 4.8 S. 329 ff.

248 EGMR (GK), 30.11.2004, No. 48939/99, Öneriyildiz g. Türkei, § 90.

249 EGMR, 18.6.2013, No. 14326/11, Banel g. Litauen, § 69.

250 EGMR (GK), 30.11.2004, No. 48939/99, Öneriyildiz g. Türkei, § 97 ff.

251 EGMR, 9.12.1994, No. 16798/90, López Ostra g. Spanien, § 44 ff.

252 EGMR, 10.1.2012, No. 30765/08, Di Sarno g. Italien, § 108 ff.

253 EGMR, 9.6.1998, No. 23413/94, L. C. B. g. Vereinigtes Königreich, § 36 (in Bezug auf Art. 2 EMRK); EGMR (GK), 19.2.1998, No. 14967/89, Guerra g. Italien, § 60 (in Bezug auf Art. 8 EMRK).

254 The Hague Court of Appeal, 9.10.2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2610, State of the Netherlands v. Urgenda Foundation, § 73.

255 BVGer A-2992/2017 vom 27.11.2018, E. 7.4.3 und 9.

## V. Teil Grund- und Menschenrechte

### VII. Ausblick

An verschiedenen Stellen wurden Fragen rund um den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz angesprochen, die sich in Zukunft noch akzentuieren werden, so etwa jene der Definition des persönlichen Schutzbereichs (Mensch-Tier-Mischwesen, künstliche Intelligenz) (N. 11 f.), der Einschränkung des Zugangs zur medizinischen Fortpflanzung (N. 28) oder des Schutzes vor Verletzungen der Privatsphäre durch private Unternehmen (N. 43). Ein zusätzliches Problem, das alle Teilgehalte des Persönlichkeitsschutzes – ja alle Freiheitsrechte – betrifft, ist jenes des Umgangs mit ›Belastungskumulationen‹. Eine Belastungskumulation liegt z.B. dann vor, wenn gegen eine Person von einer oder mehreren Behörden verschiedene Überwachungsmaßnahmen (visuelle Observation, Telefonabhörung, Ortung des Fahrzeugs mittels eines GPS-Empfängers) angeordnet werden, allenfalls noch verbunden mit einem nächtlichen Hausarrest. Wie kann ein solches Nebeneinander mehrerer die Freiheit beeinträchtigender Massnahmen, die sich in ihren Wirkungen addieren oder gar potenzieren, dogmatisch erfasst werden? Wie ist mit der Tatsache umzugehen, dass isoliert betrachtet belanglose Informationen ein umfassendes Persönlichkeitsbild des Betroffenen ergeben können, wenn sie zusammengeführt werden? Können mehrere für sich allein genommen geringfügige Beeinträchtigungen gemeinsam als Grundrechtseingriff qualifiziert werden? Wie sind Belastungskumulationen auf ihre Verhältnismässigkeit zu überprüfen? Gibt es z.B. so etwas wie ein insgesamt zumutbares Mass an Videoüberwachung des öffentlichen Raums, das nicht überschritten werden dürfte? Diese Fragen sind in der wissenschaftlichen Diskussion noch kaum aufgegriffen worden.<sup>256</sup>

---

256 Vgl. nun immerhin *Ilka Kromrey*, Belastungskumulation – Ein Beitrag zur Erweiterung des grundrechtlichen Eingriffsbegriffs, Tübingen 2018.