

2. Kapitel

Das Verhältnis von Information und Recht

I. Information als sowohl über- wie untergeordneter Begriff

1. Recht ist Information

Wenn wir in unser eigentliches Thema, die Behandlung von Information durch das Recht, eintreten, so begegnet uns sogleich die Schwierigkeit, dass das Verhältnis der Begriffe «Information» und «Recht» auch umgekehrt gesehen werden kann. Nicht nur kann Information einer von vielen Gegenständen sein, über die das Recht Vorschriften erlässt, sondern Recht ist selber eine von vielen Arten von Information. Die verwirrlische Konstellation ist also die, dass Recht sowohl als *unter-* wie als *übergeordnet* zu Information gesehen werden kann.

Recht besteht aus Normen, mithin aus Sätzen, die nicht einfach zur geistigen Bereicherung dienen, sondern ein Verhalten des Adressaten bewirken wollen. Es ist zudem Befehl; es ist also von der Vorstellung des Emittenten begleitet, dass dem Adressaten keine Wahl bezüglich des verlangten Verhaltens gelassen wird. Und mehr noch: es wird als grundsätzlich unausweichlich vorgestellt, indem die zwangsweise Durchsetzung angedroht wird. Das alles ändert an der Qualifikation von Recht als Information nichts. Der letzte Punkt, die Durchsetzbarkeit, zeigt deutlich den Sachverhalt: Recht wäre nicht Information, wenn es jedesmal sogleich vollstreckt würde, sobald einer seiner Tatbestände erfüllt ist. Die Vollstreckung ist eben nur angedroht: die Drohung, wie die damit verbundene Norm, wenden sich an das *Vorstellungsleben* des Adressaten, nicht an seine faktischen Verhältnisse – ein essentielles Element der liberalen Natur des Rechts!

Der Schluss, der aus der Informationsqualität des Rechts zu ziehen ist, lautet einfach und fundamental: *Information kann nicht in ihrer Gesamtheit vom Recht geordnet werden.* Neben der Information in Rechtsform wird es notwendig immer noch Information geben, die nicht in Rechtsform gekleidet ist. Und damit ist es auch unmöglich, dass das Recht alle Information erfasst.

Damit zeigt sich ein Gesichtspunkt, der auch für den Inhalt von Rechtsnormen über Information seine grosse Bedeutung haben muss. Wenn das Recht sich vornehmen sollte, Information in einer gerechten Weise den einzelnen Interessenten zuzuweisen, also Information zu verteilen, so ist das Ziel dieser Gerechtigkeit von vornherein durch die Unvollständigkeit des Zugriffs auf den

Regelungsgegenstand handicapiert. Damit ist das Problem der *Grenzen des Rechts* traktandiert, wobei die Frage, wo diese Grenzen verlaufen, ihrerseits schwer durch den Umstand selber, dass Grenzen bestehen, beeinflusst wird. Denn durch die Tatsache selber der Begrenztheit entsteht eine Art *circulus vitiosus* zulasten des Rechts, indem die begrenzte Erfassbarkeit den *Verzicht auf das System* und dies die Schwächung seines Geltungsanspruchs bedeuten muss. Wenn es «freie», von der Rechtsordnung nicht geregelte Information gibt, so entsteht notwendig an der Grenze ein Bruch, eine Ungleichbehandlung des rechtlichen und des ausserrechtlichen Bereichs, die nie vollständig begründet werden kann, weil die Freiheit nicht eine rechtlich eingeräumte, also nicht durch rechtliche Kriterien bestimmt, sondern vorrechtlich ist (4. Kap. I).

Die Informationseigenschaft von Recht wirkt sich im übrigen praktisch in jedem Akt der Setzung und der Auslegung von Recht aus. Dass alle die Probleme der Kapazität von Informationskanälen, der Verarbeitungsfähigkeit des Empfängers usw. sich für Recht ebenso stellen wie für irgendwelche Information, wird von der Gesetzgebungslehre und der Rechtssoziologie¹ heute wenigstens am Rande wahrgenommen. Dass es von den Juristen weiter keine Beachtung erhielt, ist wohl nicht nur eine Frage der Terminologie oder der Sichtweise. Das Recht hat das Problem bisher dadurch einfach gelöst, dass es das Kenntnis- und Interpretationsrisiko dem Adressaten auferlegte (*error iuris nocet*). Ob das auch künftig so gelten kann, ist eine wohl in hohem Mass die Behandlung lohnende Frage an uns Juristen.² Sie gehört aber nicht zu unserem Thema.

2. Recht ist Informations-Ersatz

Recht setzt sich aus Normen zusammen. Damit wird die Aussage, Recht sei Information, spezifiziert. Normen haben als Funktion, dass sie den Menschen

¹ Verdienstlich in dieser Hinsicht besonders HANS RYFFEL, *Rechtssoziologie*, Neuwied 1973, 272–280.

² Die nunmehr recht reiche Literatur zur Rechts-Linguistik, -Kommunikationstheorie u.ä. umfasst vor allem Sammelpublikationen, denen naturgemäss eine gewisse Oberflächlichkeit und Zufälligkeit anhaften. Empfehlenswert aber auch so ROBERTA KEVELSON ed., *Law and Semiotics I*, New York u.a. 1987; PAUL AMSELEK ed., *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris 1986; KASER/WALLMANNBERGER eds., *Recht, Sprache und elektronische Semiotik*, Frankfurt u.a. 1992; PATRICK NERHOT ed., *Legal Knowledge and Analogy*, Dordrecht 1991; *Recht und Sprache*, Beiheft 9 zum *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden 1977. Neuere Synthesearbeiten insb. FRIEDRICH MÜLLER, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989; JACQUES LENOBLE, *Dire la norme*, Brüssel 1990; EMANUEL DIDIER, *Langues et langages du droit*, Montreal 1990; BERND JEAND'HEUR, *Sprachliches Referenzverhalten*, Berlin 1989; DIETRICH BUSSE, *Juristische Semantik*, Berlin 1993.

dort leiten, wo ihm die Fähigkeit zur eigenen Bestimmung der Lage und des gebotenen Handelns fehlt. «Die Notwendigkeit des Handelns reicht weiter als die Möglichkeit des Erkennens» (ARNOLD GEHLEN). Dann aber gilt: «Wenn die Erkenntnisgrundlagen schwach werden, schalten wir auf gut und böse um» (HERMANN LÜBBE). Information in Gestalt von Normen dient also der *Überbrückung* eines Mangels an Problemlösungsinformation, namentlich auch der «konstitutionellen», im System angelegten Unwissenheit im Sinn HAYEKS³. Wer richtiges Handeln überhaupt als eine Frage der Erkenntnis ansieht – nicht nur KANTS berühmtes Wort vom Volk von Teufeln, die aus Einsicht Frieden halten⁴, sondern namentlich die Lehre SPINOZAS⁵ ist darauf ausgerichtet –, muss im ganzen Recht die Anleitung des Dummen und nicht die Zähmung des Bösen erblicken.

Diese Position kann zum einen nichts anderes als die besprochene Eigenschaft des Rechts, Information zu sein, im Auge haben: es ist *Norminformation*, es sorgt für Anleitung zum sozial richtigen Verhalten, das an sich auch aus andern, aber weniger sichern oder allzu komplexen Quellen zu erkennen wäre⁶. Zum andern ersetzt das Recht dem Individuum vielfach auch Faktenwissen. Dies nicht nur mit Vorschriften über elektrische Schalter und Giftklassen, sondern indem es etwa im Strassenverkehr durch simple Regeln den Einzelnen bei der jeweiligen Situationsbeurteilung entlastet, oder indem es den Unternehmer zur Buchführung und zur Organisation seines Betriebs anhält, usw. Das Recht ist in dem Sinn «geronnene Erfahrung» (WIEACKER)⁷.

Diese Feststellung ist geeignet, nochmals das Recht zu relativieren, nun nicht formal, in seiner Eigenschaft als Information, sondern inhaltlich, in seiner Qualität weil Information, und das heisst in seiner *Verbindlichkeit*. Das Recht ist dann in seiner Geltung bedroht, wenn die Erkenntnis in einer von ihm geregelten Materie seither fortgeschritten ist. Im Augenblick, wo der positive Vaterschaftsbeweis möglich wurde, war dem Ausschluss der Vaterschaft durch die *exceptio plurium generalis*, die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels der Mutter durch den Vaterschaftsbeklagten, der Boden zu einem guten Teil

³ Dazu m. Zit. HARALD KUNZ, *Marktsystem und Information*, Tübingen 1985, ab 62, und unten 4. Kap. I 4.

⁴ Zum ewigen Frieden, 2. Abschnitt 1. Zusatz, Meiner-Ausgabe Leipzig 1914, 32.

⁵ Diese kommt insb. in seinem Hauptwerk «*Ethica more geometrico demonstrata*» (Die Ethik nach geometrischer Methode) zum Tragen.

⁶ Dieser Akzent auf der koordinierenden Rechtsfunktion etwa bei NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2.A., Opladen 1983, 31, 40 f. u.a.

⁷ Ähnlich etwa FRIEDRICH A. VON HAYEK, *Bemerkungen über die Entwicklung von Systemen von Verhaltensregeln*, in: *Freiburger Studien* 1969, 144–160; MANFRED REHBINDER, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7.A., Berlin 1991, 10.

entzogen⁸. Das führte in der Schweiz zunächst zur Relativierung der Bestimmung in der Praxis und sodann zur gesetzlichen Neuregelung.

3. Information ist möglicher Rechtsgegenstand

Uns beschäftigt aber vor allem das Umgekehrte: nicht das Recht, das sich in die Kategorie der Information einordnet, sondern Information als ein Phänomen innerhalb des Rechts.

Das bedeutet, dass sie selber zum *Gegenstand* des Rechts gemacht wird. Dies, als eine gleichzeitige begriffliche Über- und Unterordnung, mag wie gesagt paradox erscheinen. Indessen ist ja ohne weiteres möglich, dass Information ihrerseits Information zum Gegenstand hat, und somit auch, dass Information ein Rechtsgegenstand ist. Es gibt keinen in der Natur der Sache oder in der Logik liegenden Grund, der dem entgegenstände. Information ist fähig, auf sich selbst Bezug zu nehmen; sie ist also selbstreferentiell, wenn das Wort ohne systemtheoretische Ansprüche verwendet werden darf. Ja, es ist Information selber, und damit auch Recht, welche das prädestinierte Medium für die Lenkung von Informationsflüssen darstellt – der Vergleich mit dem Relais in der Elektrotechnik, wo ein elektrischer Impuls einen andern Regelkreis öffnet oder schliesst, drängt sich bei der Untersuchung unserer Materie immer wieder auf. Information wirkt auf Information wie Masse auf Masse und Kraft auf Kraft. Mehr noch: Information *will* immer Information steuern. Jeder Kommunikationsakt, als ein auf andere Menschen bezogenes Geschehen, enthält auch Information über die intendierte Reichweite der übertragenen Information. Das kann sehr wohl auch steuernde Information in Rechtsform sein (6. Kap. III 1 b).

Das Problem des Über-/Unterordnungsverhältnisses von Recht und Information ist aber, wenn schon keines der Logik, doch eines der *Wertung*. Es bewirkt, wie gesehen (Ziff. 1), die Ungeschlossenheit des Informationsrechts. Ob auf *dieser* Ebene, in der Optik einer *gerechten* Ordnung, Information als Rechtsgegenstand überhaupt tauglich ist, muss sich noch weisen. Dem widmen sich unser Zweiter und Dritter Teil.

⁸ HEGNAUER im Berner Komm. 1969 N. 89 f. zu ZGB 314/315.

II. Strategievarianten des Rechts bezüglich Information

In seinem Verhältnis zur Information als einem möglichen Regelungsgegenstand stellen sich dem Recht fundamentale Alternativen. Es gibt eine Mehrheit von grundsätzlichen Positionsnahmen, von obersten Verhaltenszielen im Sinn dessen, was die Sozial- und Wirtschaftswissenschaften als Strategien bezeichnen. Das Folgende will sie schematisieren. Was das Recht davon tun soll und was es wirklich tut, dem gelten die späteren Kapitel; es ist hier nur allenfalls in Beispielen vorweggenommen.

1. Globale Strategien: Verbreitung, Verteilung, Schutz (Unterbindung)

Überlegen wir, wie Recht sich gegenüber Information verhalten kann (sofern es das Phänomen nicht einfach übergeht), so liegt es nahe, sich an seiner Behandlung der *Vermögensgüter*, insbesondere der körperlichen Sachen, zu orientieren, für die eine traditionell verankerte und im allgemeinen Bewusstsein präsenste Ordnung vorliegt. Die Wahl der Strategie hängt aber u.a. just davon ab, ob diese Analogie bejaht wird.

Ein grundsätzlicher Unterschied von Information zu Sachen besteht in ihrer unbegrenzten Verteilbarkeit. Die Sache, die dem A gehört, muss ihm weggenommen werden, wenn sie dem B zugewiesen werden soll. Information dagegen, die dem A gehört, kann dem B bekanntgemacht werden, ohne dass sich an der Verfügbarkeit für A etwas ändert. Das kann zum Schluss führen, dass die gegenüber Information zu verfolgende Strategie derjenigen bezüglich körperlicher Sachen gerade entgegengesetzt sein soll. Während die Sache *attribuiert*, bestimmten Individuen unter Ausschluss der übrigen zugewiesen wird, müsste Information *distribuiert*, d.h. möglichst Vielen zugänglich gemacht werden.

Folgt die Rechtsordnung dieser Linie, so strebt sie also eine *Verbreitung* der Information an. Jedes staatliche System tut dies seit der Stele des HAMMURABI nicht nur mit seinen eigenen Gesetzen, sondern namentlich insoweit, als es durch Schulen für Bildung und Ausbildung seiner Angehörigen sorgt. Es verfolgt damit Ziele wie die Erhaltung der Demokratie durch Herausbildung handlungsfähiger Staatsbürger, der Gewährleistung gleicher Entfaltungschancen für den Einzelnen, usw. Eine Strategie der Verbreitung dürfte aber nicht bei den Schulen haltmachen, sondern müsste soviel Schleusen wie möglich zu öffnen suchen, also im Sinn der «Informationsfreiheit» dem Bürger den Staat transpa-

rent machen, aber ebenso mit den privaten Unternehmen, ja sogar mit den Privatpersonen verfahren.

Diese *erste* Variante darf nicht vorschnell mit dem Hinweis als bloss theoretisch abgetan werden, dass es eine völlig transparente Welt nicht geben kann. Es bleibt auch so zu fragen, ob nicht eine «weitestmögliche» Information das Ziel sei. Freilich, wenn die Zielsetzung solcherart relativiert wird, tritt das Problem der Ungleichheiten auf, abgesehen davon, dass grösste Wertungsunsicherheiten sich bei Bestimmung des «Möglichen» ergeben.

Zweite Variante: das Recht strebt nicht die maximale Verbreitung, sondern einfach die *Ordnung* der Information an. Es stellt die Grundsätze auf, nach denen Informationskanäle *entweder* zu öffnen *oder* zu schliessen sind, d.h. es *weist* die Information *zu*. Damit anerkennt das Recht Besitzstände an Information, es ist in diesem Sinn ein Stück weniger «ehrgeizig», indem es bestehende Exklusivitäten an Information nicht durchbricht, ja als Wert anerkennt. Damit erscheint Information, im Gegensatz zur Verbreitungsvariante, als knappes Gut und ihre Regelung eben als Verteilungsproblem.⁹

Hier tut sich die Frage der Analogie zu den Sachgütern auf. Auch für die Sachen ist die Aufgabe des Rechts die Zuweisung. Indessen ist ein Unterschied unverkennbar: das Sachenrecht ist eine *alte* Ordnung, das Informationsrecht dagegen erst im Entstehen begriffen. Bezüglich der Information besteht deshalb noch die Chance, eine gerechte Zuweisung in einer grundsätzlicheren Weise zu konzipieren, als es die Eigentumsordnung tun kann. «Zuweisung» kann eben sehr Verschiedenes bedeuten. Das Sachenrecht folgt keineswegs einem solchen Konzept im Sinn einer materiellen *iustitia distributiva*, welche entscheiden würde, welche Person welche Güter am ehesten «verdient». Vielmehr ist es grundsätzlich von der normativen Kraft des Faktischen bestimmt; Zuteilungskriterium ist der Besitz und das Recht beschränkt sich darauf, den Inhalt der individuellen Positionen und deren Übertragung zu regeln.

Für das Informationsrecht gibt es entsprechend hier nochmals eine wesentliche – noch wesentlichere – Alternative: soll es materielle Verteilungsgrundsätze zu realisieren suchen, oder soll es, wie grundsätzlich das Eigentumsrecht, eine bloss «vorfindliche» Ordnung sein, indem es *nur* den vorgefundenen status quo schützt? Diese *dritte* bloss konservierende, *schützende* Konzeption kommt darauf heraus, dass das *Geheimnis* anstelle der Information in

⁹ Die theoretische Situation bezüglich der Einordnung von Information in den Wirtschaftswissenschaften ist etwas verwirrt. Der Akzent scheint bei der Kennzeichnung als Gemeingut zu liegen, weil Information unbeschränkt verteilbar ist (etwa EMIL BRAUCHLIN, *The Economics of Informatization*, in: *Informatization: The Growth of Limits*, Düsseldorf 1985, 59–66). Dagegen stehen die Beschaffungskosten, der Wettbewerbsvorteil der Exklusivität und die Beschränktheit der Kanäle (s. etwa GERD WOLFRAM, *Organisatorische Gestaltung des Informations-Managements*, Bergisch Gladbach u.a. 1990, 41–45).

den Vordergrund tritt, der statische anstelle des dynamischen Aspekts der Information. Sie bildet so das Gegenstück zur zuerst genannten Konzeption der Informations-Verbreitung. Historisch gesehen wundert es nicht, dass diese schützende Strategie, der Geheimnisschutz, als eine dem Besitzesrecht analoge Konsekration des Faktischen, deutlich im Vordergrund steht.

2. Partielle Strategien: Prozesshilfe, Organisation, Exklusivitätsgarantie

Das Recht kann sich aber grundsätzlich mit einer Ebene geringeren «Ehrgeizes» begnügen, indem es überhaupt auf einen globalen Entscheid verzichtet, indem es also das Thema «Information» gar nicht erst als solches anzugehen sucht, sondern bloss in einzelnen Bereichen eingreift. Es betreibt gleichsam Symptomtherapie, es behandelt nur die Zonen, in welchen ihm ein akutes Bedürfnis zu bestehen scheint.

Jede der unter dem vorangehenden Titel genannten, an sich global angelegten Strategien könnte auch partiell verfolgt werden. Dann versteht sich, dass sie angesichts des partiellen, keiner allgemeinen Konzeption verpflichteten Charakters sich gegenseitig, jedenfalls logisch, nicht ausschliessen, sondern eklektizistisch kombiniert werden können. Solche «Sparvarianten» können die folgenden sein.

Statt die Informationsflüsse allgemein *verstärken* zu wollen, kann in spezifischen Situationen ein Informationsrecht zugesprochen werden, wo es besonders nötig erscheint. Solche punktuelle Zusatzinformation, die das Recht Einzelnen verschafft, hat zum Ziel, bestimmte Vorgänge in ihrem Ablauf zu fördern, sie gleichsam zu «schmieren», um bremsende Reibungsflächen zu eliminieren und die Qualität des Ergebnisses zu verbessern. Information wirkt also als *Prozesshilfe* im weitesten Sinn.

Das kann sich auf den Prozess der formell-juristischen Art beziehen: das Recht verhilft der Durchsetzung seiner selbst, indem es im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren dem Staat Untersuchungs- und dem Privaten Aussage- und Akteneditionspflichten auferlegt. Die grosse Frage ist dann, wieweit solche Hilfsrechte auch ausserhalb formeller Verfahren bestehen sollen, Rechte also, die durch Informationszuführung andern Rechten zum Durchbruch verhelfen (7. Kap. III 2 e). Das Datenschutzrecht mit seinen Auskunfts- und Einsichtsrechten der betroffenen Person zeigt deutlich das Vordringen solcher Gedanken. Das Motiv der Prozesshilfe lässt sich aber noch stark ausweiten, etwa indem Schulunterricht in seiner staatsbürgerlichen Motivation als Gewähr des demokratischen Prozesses gesehen wird.

Auch die Strategie der Verteilung, der Öffnung *und* Schliessung von Informationskanälen, kann auf Einzelgebiete beschränkt sein, also eine sinnvolle Verteilung wenigstens in qualifizierten Fällen menschlichen Zusammenwirkens anstreben. Diese qualifizierte Form menschlichen Zusammenwirkens ist die *Organisation*. Funktion des Rechts ist es dann, die Bedeutung der Informationskanäle als Instrument der *Steuerung* wahrzunehmen. Das Informationsverteilungsrecht tritt an die Seite des autonom von der Organisation geschaffenen Rechts, welches (im privaten oder öffentlichen Bereich) Entscheidungszuständigkeiten verteilt, indem es für adäquate Versorgung mit Entscheidungsgrundlagen sorgt. Für die aus der Sicht der Organisation optimale Entscheidung ist dann ebenso wichtig, dass die *Zufuhr* von Information zu Entscheidungsträgern gewährleistet ist, wie auch, dass andere nichtzuständige Personen vom Entscheidungsprozess ausgeschlossen bleiben, was nur sichergestellt ist, wenn Information *unterbunden* wird (6. Kap. II 2 a).

Wir kennen solche Rechtsvorschriften etwa zugunsten wie auch zulasten von Mitgliedern von Gesellschaften (z.B. das Aktionärs-Auskunftsrecht mit seinen starken Einschränkungen; 13. Kap. II). Die Fragestellung besteht aber auch für alle andern organisatorischen Positionen, und namentlich auch im *Staat*. Wenn auch das Recht bis heute den Aspekt der Informations-Beschränkung betonte, so ist ja doch die rechtliche Sicherung von positiven Informations-Ansprüchen aus Organstellung (des Stimmbürgers, parlamentarischer Kommissionen, usw.) ein Thema jedenfalls von wachsender Beachtung (13. Kap. I).

Wie die Prozesshilfe ist auch das organisatorische Informationsrecht fast notwendigerweise *auxiliär*. Das bedeutet: es verhilft andern Rechtspositionen zu ihrer Verwirklichung; es wertet jedoch nicht, es geht nicht um die Realisierung neuer materieller Ziele des Rechts selber.

Schliesslich das Gegenstück zur Prozesshilfe: wendet man statt der dynamischen, auf die Gewährleistung von Vorgängen gerichteten, eine statische, konservierende Perspektive an, so kehrt sich auch das informationsrechtliche Ziel um. Gefragt ist nicht die Öffnung, sondern die Schliessung von Kanälen, die Geheimhaltung. Das Recht kann in besonderen Situationen, aus besondern Gründen, Besitzstände sichern wollen, indem es *Exklusivität* an bestimmten Informationen verleiht. Der Gedanke ist vor allem bekannt im gewerblichen Rechtsschutz unter dem Stichwort etwa des Unternehmensgeheimnisses (12. Kap. II).

Es ist aus den angedeuteten Anwendungsgebieten schon jetzt erkennbar, dass unser geltendes Informationsrecht *alle drei Richtungen* verfolgt. Dabei sind überall Tendenzen zur Ausdehnung zu beobachten, überall stellen sich Topoi und Institutionen für einen Transport dieser Konzepte ins Unabsehbare zur Verfügung: die Informationsfreiheit für die Prozesshilfe, das öffentliche Interesse für das Organisatorische, das Persönlichkeitsrecht für die Geheim-

haltung, und andere. Je grösser aber diese Ausdehnungen sind, desto dringlicher wird die Frage nach einem globalen Konzept. Wir wollen ihr deshalb nicht ausweichen (dazu insb. das 6. Kapitel), obwohl die Rechtswissenschaft, und erst recht die Gesetzgebung und Judikatur, kaum Grundlagen dafür bieten.

3. Dazwischen: Teilhabe an Information in der Gemeinschaft

Eine weitere Möglichkeit sollte nicht unerwähnt bleiben, welche Elemente aus dem Vorangehenden verbindet. Nehmen wir etwa die neu ins schweizerische Zivilrecht eingeführte Norm über das Auskunftsrecht unter Ehegatten (ZGB 170), so kann man sich fragen, ob neben dem Motiv der Vermögenssicherung (Güterrecht), und damit einem Hilfsrecht im oben erwähnten Sinn (Ziff. 2), noch ein anderer Gedanke darin erscheint. Jede Gemeinschaft bedeutet Teilhabe: gewisse Angelegenheiten sollen den Beteiligten gemeinsam sein. Gerade in der Ehe soll ihrer Idee nach wesentlich mehr geteilt werden als nur das neu errungene Vermögen, und die Teilhabe soll sich nicht erst bei Auflösung realisieren. Die Frage ist damit gestellt, ob auch Information durch das Recht der «Vergemeinschaftung» unterworfen wird oder werden soll.

Diese Frage kann uns auch etwa wieder zu den Erwerbsorganisationen zurückführen. Gibt es solche Informations-Teilhaberechte des Aktionärs, des Arbeitnehmers, usw.?

Ein solches rechtspolitisches Motiv reduziert dasjenige der Informationsverteilung auf besondere Gemeinschaften und nimmt damit auch die Idee des Sonder-Informationsrechts in Organisationen auf, nun spezifisch im Interesse der Informations-Empfänger. Wertmässig steht dahinter der Gedanke der Kommunikation; sie ist Gemeinschaft auf informationeller Ebene (6. Kap. III 1 c). Das Recht, obwohl es Kommunikation nicht selber herstellen kann, würde mit dem Zugänglichmachen gemeinschaftsrelevanter Information wenigstens die Basis für den Austausch schaffen.

4. Schutz vor informationeller Gewalt

Schliesslich ist vorstellbar, dass das Recht sich noch stärker, nämlich auf eine Minimalposition zurückzieht, die man analog dem Polizei- oder dem Besitzerschutz (im Gegensatz zum petitorischen Besitzesrecht) oder auch analog dem Strafrecht betreffend Gewaltverbrechen als Verbot von Gewalt kennzeichnen kann. Auch wenn sich das Recht sonst ganz der Befassung mit Information

entschlagen wollte, kann seine allgemeine Aufgabe der Friedenssicherung nicht davor haltmachen.

«Informationelle Gewalt» – der Ausdruck ist keineswegs etabliert – möchte ich den Tatbestand nennen, wo die zum Informationsaustausch typischerweise gehörende geistige Freiheit entfällt. «Gewalt» in diesem geistigen Sinn kann sowohl vom Informierenden wie vom Information Suchenden ausgehen. Der Informierende wendet Gewalt an, wo seine Information darauf angelegt ist, einen Nachteil zuzufügen. Das ist der Fall etwa der *Ehrverletzung*, ebenso aber auch der *Täuschung*, die im Empfänger unrichtige Vorstellungen festsetzen will. Aber auch ein Vorgang wie die *Suggestion* gehört m.E. unter diesen Gesichtspunkt, will sie doch auf die freie Selektion und Würdigung der Information durch den Empfänger einwirken¹⁰. – Umgekehrt ist auch etwa der *Lügendetektor* eine hier zu nennende Gewaltform; der Betroffene wird gleichsam informationell geplündert, Informationen werden aus ihm gezogen, die er nicht preisgeben will^{11, 12}.

Ein kurzer (Voraus-) Blick auf das geltende Recht zeigt, dass der elementare Charakter dieser Anliegen in der Tat schon seit langem die Reaktion des Rechts erregt hat. Auch Suggestion und Lügendetektor wurden juristisch zumindest problematisiert, seit solche Techniken bekannt sind.

5. Ergänzend: Regelung durch Informations-Verträge

Das Vorgehende hat zu überblicken gesucht, in welcher Weise sich das Recht zur Aufgabe der Allokation von Information, also des Eingriffs in Situationen oder Bewegungen bezüglich Information, stellen kann. Der Übersicht halber ist beizufügen, dass diese Allokation auch durch andere als staatliche Normen,

¹⁰ Wettbewerbsrechtlich CARL BAUDENBACHER, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht*, Zürich 1978, insb. 161–175; ADOLF BAUMBACH/WOLFGANG HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 17.A., München 1993, N.5 vor §§ 3–8 UWG; strafprozessrechtlich (Suggestivfragen) etwa EWALD LÖWE/WERNER ROSENBERG, *Die StPO und das GVG*; Bd.II, 24.A., Berlin 1989, N. 43 zu StPO 136a; HANS WALDER, *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Hamburg 1965, 156–158.

¹¹ BGHSt 5 33; BVerfG NJW 1982 375; NIKLAUS SCHMID, *Strafprozessrecht*, Zürich 1993, N. 626; umstritten, ob auch in Anwendung mit Einwilligung des Betroffenen verboten (LÖWE/ROSENBERG, s. vorige Anm., N. 56 zu § 136a).

¹² Das will nicht heissen, dass jede Verletzung der «informationellen Selbstbestimmung» (4. Kap. II 5) in diesem Sinn Gewalt sei. Anwendung des Lügendetektors ist mehr als nur Übergang eines nicht erfragten Geheimhaltungswillens; es wird die Möglichkeit geheimzuhaltens als solche gebrochen, qualifiziert in diesem Fall noch durch Einwirkung auf die Person selber (anders, aber m.E. ebenfalls gewaltsam, wenn dem Rechtssubjekt ein äusserer Informationsträger, ein Dossier u.ä., gegen seinen Willen entrissen, und auch schon, wenn ihm die Möglichkeit zur Speicherung entzogen wird).

nämlich durch privatautonom geschaffenes Recht, erfolgen kann. Dies ist namentlich das Thema all der Verträge, welche in irgendeiner Weise die Lieferung oder Speicherung oder Verarbeitung von Information zum Gegenstand haben.

Das Recht, das hier nur den Rahmen setzt, ist insoweit in seiner Strategie schon festgelegt. Die Vertragsfreiheit weist ihm dieselbe Rolle zu wie bei irgendwelchen Verträgen, nämlich bloss mit dispositivem oder allenfalls zwingendem Recht zu helfen, ohne den Parteien die Disposition grundsätzlich zu entziehen.

III. Information im Dienst des Rechts

1. Rechtliche Steuerung durch Information

a) Die allgemeine Rechtsfunktion der Konfliktregelung

Ein Lieblingswort von SIGMUND FREUD war offenbar, dass die menschliche Kultur dort begonnen hat, wo ein erlittener Nachteil mit Flüchen statt mit physischer Retaliation beantwortet wurde. Die Konfliktordnung, Aufgabe des Rechts, wird damit vom Körperlich-Faktischen ins Geistig-Informationelle gehoben. Recht, als Information (oben I 1), geht also den Weg der Kultur, indem es die Botschaft dem physischen Vorgehen wenigstens voranstellt.

In einer grossen kulturhistorischen Perspektive mag dies erst die Mittelstufe bis zu einem anzustrebenden «Endsieg» der Information sein. Es wäre der Zustand, wo Information aus sich selber, im Sinn der Überzeugung statt der Drohung, wirkt. Nicht nur die Tendenz zum «soft law»¹³ oder zur Verwaltungstätigkeit mit Informationsmitteln¹⁴, sondern auch die grossen Perspektiven namentlich der Soziologen – DURKHEIMS Wandel zur *solidarité organique*, der organisatorischen Eingliederung, und gar TALCOTT PARSONS' Theorem der zunehmenden Rationalität – weisen dies als Bewegungsrichtung unserer Zeit aus.

Insoweit bedient sich nicht das Recht, sondern die *Rechtsidee* in weiterem oder geringerem Mass der Information. Zur Information im Dienst des Rechts selber, von rechtlichen Zwecken und damit als Rechts-Gegenstand, nun das Folgende.

¹³ CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit de l'Etat providence*, ZSR 1988 I 527–551, 533–538.

¹⁴ PAUL RICHLI, *Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln*, ZSR 1990 I 151–172.

b) Information als Funktionsbedingung von rechtlichen Systemen

Es wird eine öffentliche Bibliothek eingerichtet, durch Information soll damit der Bildungsstand der Bevölkerung in einem Entwicklungsland gehoben werden. Die Diskussion durch die Medien soll die Meinungsbildung im Abstimmungskampf ermöglichen. Einem Unternehmen wird das Knowhow für die Herstellung eines Produkts übertragen; es soll damit billiger produzieren können. Das Grundbuch und andere Register sollen durch Publizität Rechtssicherheit vermitteln, der Börsenzettel das Funktionieren des Markts sicherstellen. Ein Computerprogramm hilft bei der Auswertung von Verbrechensspuren.

Wo immer das Recht Steuerung anstrebt, muss auch Information gesteuert werden und muss also Informationsrecht entstehen. An zweierlei ist zu denken: Nicht bloss geht es um die politischen Ziele, die der Staat durch Erlass von Rechtsmitteln zu realisieren sucht, sondern nicht weniger um die von Privaten errichteten Systeme, die Organisationen, welchen das Recht seine Unterstützung leiht. Dass Information gesteuert wird, tritt dabei wegen der Neuheit des Bewusstseins bisher kaum hervor, und entsprechend noch weniger entwickelt, angesichts des time lag der Rezeption im Recht, sind die Versuche, diese Regeln über die Informationsströme selber in das (notwendig vorhandene) System zu bringen.

2. Die Beschränkung in der Instrumentalisierung von Information

Nun ist aber Information ein ungebärdiger Untertan des Rechts. Des Marquis' VON POSA Forderung «Sire, geben Sie Gedankenfreiheit!» wendet ins Normative, was als Faktum schon evident ist: Information ist ein Vogel, der sich nur sehr beschränkt zur Briefftaube instrumentalisieren lässt.

Der Satz, dass «der Geist weht, wo er will»¹⁵, bezeichnet das Problem mit Deutlichkeit. Dieser Satz enthält dreierlei. Er drückt aus, dass Geistiges an die individuelle Sphäre einesteils der Emittenten und andernteils des Empfängers gebunden ist, und zudem hält er fest, dass jeder Informationsakt einem ständigen Risiko des Konkurrenziert- und Überholt- Werdens unterworfen ist.

Zum einen ist also schwierig sicherzustellen, *dass* der Informationsakt geschieht, weil Tatsachen seines Vorstellungslebens dem Träger schwerlich «ent-rissen» werden können. Insoweit ist es auch nicht möglich, irgendwelche Qualität der Information zu sichern. Auch soweit das *Willens*problem überwindbar

¹⁵ Joh. 3, 8. Die Bedeutung der Stelle ist allerdings unklar.

wäre (die Information liegt etwa in schriftlichen Akten, die mit Polizeigewalt behändigt werden können), ist doch vielfach das nötige *Wissen*, dass für den Interessenten relevante Information vorhanden ist, nur in der Individualsphäre des Emittenten vorhanden.

Zum zweiten ist somit auch die gewollte Wirkung der Information beim Empfänger nicht gewährleistet. Bei ihm ist erst recht ein Vorgang vorausgesetzt, der sich notwendig in seiner Individualsphäre abspielt. Er muss die Information in sein Vorstellungsleben aufnehmen und auswerten, und er muss sein Verhalten in der erwarteten Weise danach richten.

Zum dritten schliesslich, selbst wenn der Informationsübergang optimal nach Plan verläuft, kann immer der Geist auch woanders wehen. Die Exklusivität, die allenfalls für den Empfänger wichtig ist, ist damit nicht mehr gegeben, aber namentlich kann die anderswo vorhandene Information die übermittelten Inhalte falsifizieren, ergänzungsbedürftig erscheinen lassen, uninteressant machen, usw. Man denke für all dies an das Beispiel einer industriellen Knowhow-Übermittlung. Wie leicht macht aber auch eine unter dem Tisch bezahlte Geldsumme einen Grundbucheintrag unrichtig¹⁶! Eine zuverlässige Steuerung muss danach trachten, alle Informationsquellen in den Griff zu bekommen, und auch im unwirklichen Fall, dass dies sichergestellt wäre, kann ihr die «Hauptsache» entgehen, weil sie noch niemandem in den Sinn gekommen ist.

Die am Anfang dieses Abschnitts (1 b) gegebenen Beispiele liegen aber nicht alle gleich. Namentlich scheint ein *Computerprogramm* mit all diesen Erwägungen wenig zu tun zu haben. Es ist losgelöst vom Geistesleben der Transaktionspartner, und zwar nicht nur, wie etwa im Beispiel der *Bibliothek*, auf der Seite des Emittenten, sondern auch der «Empfänger» ist eine blosser Maschine, die seine Botschaften aufnimmt. Seine Information wird auch nie vollständig überholt: «überholte» Computerprogramme gibt es zwar in Menge, aber nur in dem Sinn, dass Konkurrenzprodukte die Qualität verbessert haben, nicht aber so, dass die Richtigkeit des ursprünglichen Programms dadurch tangiert wird. Die Situation ist also genau wie bei irgendeiner körperlichen Sache und es taucht die im begrifflichen Teil angeschnittene Frage nach der «toten» Information (1. Kap. I 6 d) als etwas auf, das am Nimbus der Information als Sonderphänomen nicht teilzuhaben bräuchte. So einfach ist es indessen nicht: auch das Computerprogramm, nicht weniger als das Buch oder eine andere Verkörperung von Information, bleibt ein Stück Geist, allerdings ein denkbar domestizierter Geist, sodass seine analoge (aber nur analoge) Behandlung zur Sache im Sinne des Sachenrechts zwar denkbar (wie etwa im Immaterialgüterrecht), aber nicht von vornherein gegeben ist (4. Kap. III).

¹⁶ Der Text spielt auf das Erfordernis der Angabe des richtigen Erwerbspreises für die Gültigkeit des Eigentumserwerbs nach schweizerischem Recht an.

3. Der instrumentale Charakter der rechtlichen Zuweisung von Information

Die Tatsache, dass sich Information durch das Recht nicht unbeschränkt instrumentalisieren lässt, bedeutet nicht, dass es rechtlich auch nicht-instrumentalisierte Information gibt. In der Tat, es kann sie nicht geben; trotz beschränkter Instrumentalisierbarkeit ist alle rechtlich angeordnete Information instrumental.

Dies ist zunächst eine Trivialität, weil es einfach besagt, dass Information als Rechtsgegenstand immer Rechtszwecken dient. Die Frage bleibt damit noch offen und ist auf die wertende Betrachtung (3. Kap.) zu verschieben, ob Information *als solche* ein Rechtswert ist. Erst die Verneinung wird uns dazu führen, den ausschliesslich auxiliären Charakter von Informationsansprüchen im Dienst von anderen Rechtszwecken festzustellen (4. Kap. IV 2).

4. Die Asymmetrie von Informierung und Nicht-Informierung

Anders gestaltet sich unter diesem Gesichtspunkt das Verhältnis zum Recht, wenn es nicht um die Veranlassung, sondern die Unterbindung von Informationsbewegungen geht, also um die Geheimhaltung. Wenn man so will: Der Geist «weht» eben nicht; die Geistesinhalte sollen daran gehindert werden, gewisse Schranken zu passieren, an welchen ihnen das Recht gleichsam «auflauert». Jeder Austritt aus dem Innenleben, durch Sprache oder Schrift usw., so wie aus irgendwelchen Trägern oder Räumen kann problemlos zum Inhalt von Rechtsnormen werden.

In dieser Asymmetrie (5. Kap. III 1 b) mag der wesentliche Grund für das Überwiegen des Geheimhaltungs- gegenüber dem Informierungsrecht in der Geschichte liegen.

5. Doppelbedeutung des Begriffs «Informationsrecht»

Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Begriffe «Information» und «Recht» in ihrer Verknüpfung zweierlei Bedeutung haben können. Dies hängt mit der Mehrdeutigkeit des Informationsbegriffs zusammen. Informationsrecht kann heissen «Recht *auf* Information» ebenso aber das «Recht *der* Information». Im einen Fall geht es um den *Vorgang* der Informierung; der Ausdruck bezeichnet den Anspruch, informiert zu werden, Information zu erhalten. Der Ausdruck

Recht versteht sich hier im *subjektiven* Sinn. In der zweiten Bedeutung heisst Informationsrecht die Gesamtheit der Normen, die sich mit Information befassen – Recht also im *objektiven* Sinn. Der Blick erfolgt von einer höheren Warte, jede Handhabung von Kanälen, im Sinn der Öffnung wie der Schliessung, ist einbezogen. «Information» kann dann ebenso als Vorgang wie als Zustand und ebenso als informationelle Tatsache wie als Inhalt (1. Kap. I 2) gesehen werden.

Wo Unsicherheit in der Bedeutung entstehen könnte, verwenden wir im ersten Sinn den Ausdruck «*Informierungs-Recht*».