

Information und Schutz Privater

Von Rolf H. Weber

Dr. iur., Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

Kann eine Gesellschaft, die ausserstande ist, das private Dasein der Individuen auch nur in den vier eigenen Wänden zu schützen, rechtmässig behaupten, dass sie das Individuum achtet und eine freie Gesellschaft ist?

(Herbert Marcuse, Der eindimensionale Mensch)

V. Informationsverweigerung: Gefährdetes (nicht haltbares?) Réduit

1. Spannungsfeld zwischen Informationsverbreitung und Informationsausschluss

Das Spannungsverhältnis zwischen der Möglichkeit einer unbeschränkten Informationsverbreitung und dem Interesse an der vollständigen Nicht-Information bzw. dem Geheimnisschutz bildet einen zentralen Bereich der Diskussion des Informationsrechts⁴⁰². Das Problem lautet: Wo, wie und in welchem Ausmasse ist die allgemeine Öffentlichkeit herzustellen bzw. hinzunehmen?

Die steigenden Informationsansprüche von Medien und Privaten, die erweiterten informationellen Handlungsmöglichkeiten des Staates sowie die zugleich grösser werdenden Schutzbedürfnisse der Individuen sind somit die Grundbedingungen und zugleich die Gegensätze einer neuen Ordnung des *Informationsaustausches*⁴⁰³. Die beiden *Pole* der Informationsverbreitung stehen für folgende Positionen⁴⁰⁴:

- (1) Informationssammlung, -weitergabe und -verwendung sind – ausser bei Vorliegen einer spezifischen Verbotsnorm – grundsätzlich gestattet (System der Informationsfreiheit).
- (2) Informationssammlung, -weitergabe und -verwendung sind nur gestattet, wenn der Betroffene oder eine Rechtsnorm sie ausnahmsweise zulässt (System des Informationsverbots).

Das Zivilrecht, das Verwaltungsrecht und das Strafrecht haben schon immer spezifische *Geheimhaltungstatbestände*, d.h. *Informationsaus-*

402 WEBER, SBVR, N 44 f., 100 ff.

403 WEBER, SBVR, N 104.

404 Vgl. auch BROSSETTE, 31 f.

schlussregeln, gekannt⁴⁰⁵. Geheimhaltung meint Nicht-Information⁴⁰⁶. Seit Menschengedenken ist die Geheimhaltung aber auch anfällig auf Verräter und Hacker, wie die Märchen beredtes Zeugnis ablegen: Hat Ali Baba im arabischen Märchen mit den 40 Räufern das Schlüsselwort «Sesam öffne Dich» legal erfahren oder ist er der erste Hacker der Weltgeschichte⁴⁰⁷? Ist im Märchen Rumpelstilzchen der Gebrüder Grimm der Müllerstochter (und späteren Frau des Königs) das Motto «Ach wie gut, dass niemand weiss, dass ich Rumpelstilzchen heiss» in ordnungsgemässer Weise zugekommen?

Das Recht kommt nicht umhin, im Spannungsfeld zwischen Informationsverbreitung und Informationsausschluss regelnd einzugreifen und Interessenkollisionsfragen zu entscheiden. Weil im Grundsatz die Information in Bewegung ist, müssen sich die Eingriffe des Rechts auf den Betroffenenenschutz konzentrieren, und zwar durch besondere Verbotsnormen oder durch Regulierungen, die so angelegt sind, dass anhand der konkreten Umstände den individuellen Bedürfnissen der Betroffenen ausreichend Beachtung geschenkt wird⁴⁰⁸. Eine klare Konturierung haben die beiden Normebenen bisher aber nicht erreicht.

Weil die Möglichkeit, über Information zu verfügen, auch Macht bedeutet⁴⁰⁹, hat sich, insbesondere zur Vermeidung eines möglichen Missbrauchs elektronisch gespeicherter Datenbestände, aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht heraus ein «organisationsrechtliches Prinzip» des «*Informationsverbots*» entwickelt⁴¹⁰. *Datenschutz* bedeutet nämlich, dass Individuen und Unternehmen ein Recht der Nicht-Information haben, mithin im gesetzlichen Rahmen nach eigenem Ermessen⁴¹¹ zu bestimmen vermögen, welche Informationsinhalte nicht zur Kenntnis von Drittpersonen gelangen sollen⁴¹². Historisch auffällig ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, dass der amerikanische Richter Brandeis gleichzeitig der «Entdecker» des Datenschutzes und ein vehementer

405 Vgl. auch WEBER, SBVR, N 112 ff.

406 Vgl. DRUEY, *Information*, 124; GASSER, 114, vgl. auch ALOIS HAHN, *Soziologische Aspekte von Geheimnissen und ihren Äquivalenten*, in: ALEIDA und JAN ASSMANN (Hrsg.), *Schleier und Schwelle*, München 1997, 23 ff.

407 Vgl. auch HOEREN, *MMR* 1998, 6.

408 Im Einzelnen dazu SCHWEIZER, *Geheimhaltung*, 181 ff., 185 ff.

409 WEBER, SBVR, N 115; LINDENMANN, 155; SCHOCH, 168, 180.

410 Vgl. dazu nachfolgend V 2.2.

411 Die Willensfreiheit kann soweit gehen, dass sogar ein eigener Schaden in Kauf genommen wird: In der Fabel von La Fontaine verliert der «*maître corbeau*» – unter gütermarktlichen Aspekten nicht nachvollziehbar – den Käse aus dem Schnabel, weil er aus Eitelkeit zu singen beginnt.

412 WEBER, SBVR, N 116; DRUEY, *Information*, 387 ff.

Promotor grösserer Transparenz («Sunlight is said to be the best of all disinfectants») gewesen ist⁴¹³.

2. Informationsverweigerungs-Schutzkonzepte im Fluss

2.1. Schwache Griffigkeit des Persönlichkeitsschutzrechts

2.1.1 Ungenügen der Sphärentheorie

Rechtsprechung und Lehre haben – wie erwähnt – aus dem Grundsatz des Persönlichkeitsrechts von Art. 28 ZGB sog. *Sphärenrechte* abgeleitet; unterschieden wird zwischen der Geheim-, der Privat- und der Öffentlichkeitssphäre⁴¹⁴. Besonders schutzrelevant sind gemäss dieser Lehre die Geheimsphäre, welche diejenigen Tatsachen, von denen der Geheimnisträger will, dass sie geheimgehalten werden, beinhaltet, und die Privatsphäre, die sich auf Lebensvorgänge erstreckt, welche nur einem begrenzten Personenkreis bekannt werden sollen⁴¹⁵.

In der neueren Lehre wird aber zutreffend erkannt, dass bei genauerer Betrachtung sich die Begriffe der Geheim- und Privatsphäre als zu unbestimmt erweisen, um Rechtssicherheit mit Bezug auf den Umfang der geschützten Persönlichkeit zu bieten⁴¹⁶. Insbesondere lassen sich die Sphärenrechte als «*formlose Mollusken*» kaum mit objektiven Kriterien definieren⁴¹⁷; die mangelnde Kennzeichnungskraft der Begriffe führt zur Notwendigkeit, eine Interessenabwägung vorzunehmen, welche im Einzelfall weitgehend arbiträr zu sein vermag⁴¹⁸. Die Unsicherheit bei der Grenzziehung zwischen den einzelnen Sphären führt überdies zu Konfusionen bei der Beurteilung, ob eine zu sanktionierende Persönlichkeitsverletzung oder eine gerechtfertigte Persönlichkeitsbeeinträchtigung vorliegt⁴¹⁹. Schliesslich sind die Sphären nur beschränkt strafbewehrt (Art. 179^{bis}-179^{quater} StGB), d.h. eine zumindest präventiv wirksame Sanktion, welche

413 Vgl. WARREN/BRANDEIS, 193 ff. und LOUIS D. BRANDEIS, *Other People's Money and how the Bankers use it*, New York 1914, 92.

414 Vgl. vorne I 3.

415 BGE 118 IV 47; vgl. schon JÄGGI, 245a zum sog. «privatöffentlichen Verhalten».

416 Eingehend dazu DRUEY, *Geheimsphäre*, 3 ff. und DRUEY, *Information*, 205 ff., 354 ff.

417 Neuerdings wieder DRUEY, *Schutz*, 16.

418 Vgl. auch DSG-BUNTSCHU, Art. 1 N 30 f.

419 Die Schwierigkeiten werden noch dadurch akzentuiert, dass die neuen Medien (z.B. Internet) die beschränkt anonyme Teilnahme am Informationsaustausch ermöglichen (vgl. auch BAUMANN, *recht* 1997, 159).

die Schwierigkeiten bei der Kausalitäts- und Schadensfestlegung im zivilrechtlich reparatorischen Bereich ausgleichen könnte, fehlt⁴²⁰.

2.1.2 Ungenügen des Geheimnisbegriffes

Eine ähnliche Problematik zeigt sich mit Blick auf den Begriff des *Geheimnisses*⁴²¹. Schon von seiner dogmatischen Wurzel her betrachtet geht es beim Geheimnisschutz nicht um die Information als solche, sondern – wie auch das Märchen von Ali Baba und den 40 Räubern lehrt – um die Beziehung der Information zu einer Person⁴²². Dieselbe Information hat mithin je nach Relation einen unterschiedlichen Stellenwert⁴²³, d.h. die Beziehung, nicht die geheimgehaltene Tatsache ist wesentlich⁴²⁴. Diese Relation von Geheimnis und Geheimnisträger ist jedoch oft nicht hinreichend konkretisierbar; das Geheimnis als Zuordnungskriterium zur Bestimmung des Ausmasses zulässiger Informationsverbreitung ist deshalb wenig tauglich⁴²⁵.

2.1.3 Suche nach neuen Zuordnungskriterien

(1) Der zumindest verbal lauter erklingende Ruf nach einem verstärkten Persönlichkeitsschutz steht in auffälligem *Widerspruch* zu den Anstrengungen, sowohl gegenüber dem Staat⁴²⁶ als auch in privatrechtlichen Verhältnissen (z.B. Kapitalmarkt-⁴²⁷, Aktien-⁴²⁸ oder Familienrecht⁴²⁹) mehr *Transparenz* zu schaffen⁴³⁰. Die inhärente Kontradiktion der beiden Bestrebungen ist künftig besser herauszuschälen und es muss versucht werden, durch klare Zielvorgaben einen Ausgleich zu finden.

(2) Das Recht wird sich wohl immer schwertun mit dem Bemühen, den Inhalt von Informationsverboten konkret zu umschreiben. Hingegen ist die

420 DRUEY, Schutz, 17.

421 Die Konturlosigkeit des Begriffs des Geheimnisses ergibt sich schon aus der vielfachen Verwendungsweise: Amtsgeheimnis, Unternehmensgeheimnis, Fernmeldegeheimnis und Arztgeheimnis decken weitgehend unterschiedliche Schutzbereiche ab.

422 HOEREN, MMR 1998, 7; DRUEY, Information, 254 f., 264 f.

423 Im Übrigen braucht der Geheimnisherr nicht mit Informator oder Empfänger der Botschaft identisch zu sein (DRUEY, Information, 130).

424 Diese Aussage gilt auch für das Märchen «Rumpelstilzchen» der Gebrüder Grimm.

425 HOEREN, MMR 1998, 7; vgl. auch DRUEY, Information, 127 f., 364.

426 Vgl. WEBER, SBVR, N 108 ff. m.Verw.

427 Dazu BEHG-WEBER, Vorbem. zu Art. 20 N 3 ff.

428 Dazu OR-WEBER, Art. 697 N 2 f.

429 Dazu DRUEY, Information, 331 ff.

430 Auf den Widerspruch weist auch BROSSETTE, 70 ff., 92 ff., 274 hin; vgl. zudem die Bemerkung zu BRANDEIS (vorne V 1 FN 413).

Regelung der zulässigen *Mittel* der Informationserforschung⁴³¹ leichter justiziabel; eine bessere Koordinierung der entsprechend vielfältigen Normen im Privat-, Wettbewerbs-, Straf- und Verwaltungsrecht erweist sich deshalb als erwünscht.

(3) Individuell ausgerichtet und damit konkret erfassbar sind die *Schweigepflicht* (Anordnung der Nicht-Verbreitung der Information) und das *Verwertungsverbot* (Anordnung der Nicht-Verwendung der Information), die bei Herstellung des notwendigen Kausalnexus einer sinnvollen Regelung durch das Recht zugänglich sind⁴³².

(4) Darüber hinaus gibt es eine Reihe von *Einzelkonstellationen*⁴³³, die einer Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes offen stehen:

- Personen, die z.B. in ein Strafverfahren involviert sind, dürfen grundsätzlich, soweit nicht schon eine öffentliche Kenntnis besteht, nicht namentlich genannt werden, um eine Stigmatisierung zu vermeiden⁴³⁴.
- Das Recht auf Vergessen ist weiterzuentwickeln⁴³⁵; Informationen, die einer «Wiederbelebung» nicht würdig sind, sollten nicht auf unbefristete Zeit reaktivierbar sein.
- In gewissen Bereichen ist eine grössere Rechtssicherheit zu schaffen, z.B. mit Blick auf Ausmass und Grenzen des Rechts auf Kenntnisnahme der eigenen Abstammung⁴³⁶.

(5) Weil materielle Qualitätsregeln oft schwierig handhabbar und wenig operabel sind, drängen sich vermehrt Grundsätze der Prozeduralisierung als Orientierungshilfen auf; das Recht hat die «Prozessoren» bereitzustellen, welche die Austragung der informationsrechtlichen Konflikte ermöglichen; verfahrensrechtlich bildet die Zuständigkeit in der Regel ein Indiz für die Informationszuleitung und umgekehrt die Information ein Indiz für andere, rechtlich relevante Verhaltenspflichten⁴³⁷.

431 Vgl. DRUEY, Information, 176 f.

432 Vgl. auch DRUEY, Information 266 f.

433 Zum Sonderfall der «Personen der Zeitgeschichte» vgl. hinten V 3.

434 Im Mai 1998 hat z.B. der Blick den Namen der Mitangeklagten und ehemaligen Freundin des wegen Sexualstraftaten erstinstanzlich verurteilten R.O. veröffentlicht mit der Begründung, nach dem Schuldspruch bestehe kein rechtserhebliches Interesse mehr daran, dass ihre Identität verschwiegen werde; zur Problematik der Namensnennung auch DENIS BARRELET, La publication du nom des auteurs d'infractions par les médias, Medialex 1998, 204 ff.

435 Vgl. BGE 122 III 449 ff.; 104 II 235 f.; GEISER, Kunstwerke, 67 f.; GLAUS, 55.

436 Dazu DRUEY, Information, 329.

437 Zum Ganzen WEBER, SBVR, N 75, 80; DRUEY, Information, 171 ff., 181 ff., 198.

2.2 Unklare Anerkennung einer informationellen Selbstbestimmung

2.2.1 Informationszuordnung statt Selbstbestimmung

Das sog. informationelle Selbstbestimmungsrecht⁴³⁸ als individuelle Konkretisierung des Datenschutzes bezweckt – angesichts der Horrorvision im 1949 veröffentlichten Zukunftsroman «1984» von Orwell – den Schutz der Würde des Menschen im Sinne der Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstgestaltung⁴³⁹. Materiell geht es um das Verfügungsrecht über die Information, d.h. die betroffene Person soll selber bei der Offenbarung persönlicher Lebenssachverhalte darüber entscheiden können, ob, wann und innerhalb welcher Grenzen die persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden dürfen⁴⁴⁰. Sachlich im Vordergrund steht das Prinzip «to protect people not places»⁴⁴¹, mithin eine Art «*neue Lust am Schweigen*»⁴⁴².

Die (nicht anzuzweifelnde) Legitimität eines Datenschutzrechtes vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass der Begriff der informationellen Selbstbestimmung ein letztlich schillerndes Wortgebilde mit unklarem Inhalt darstellt⁴⁴³. Die Selbstbestimmung an sich ist denn auch nicht ein besonderes Persönlichkeitsrecht⁴⁴⁴; die Vermischung der Zusammenhänge⁴⁴⁵ hat wohl dazu beigetragen, dass nicht selten eine «Hysterie» entsteht, wenn es um den Datenschutz geht⁴⁴⁶.

Das Datenschutzrecht stellt vielmehr auf den Aspekt der *Zuordnung der Information* ab: Eine Information gehört ihrem Inhaber, wenn und soweit sie sich auf seine Person bezieht⁴⁴⁷. Entgegen vereinzelter Auffassungen hat

438 Nach einer ersten Andeutung in BVerfGE 54, 148, 155 geht der Begriff des «informationellen Selbstbestimmungsrechts» vornehmlich auf BVerfGE 65, 1 (erster Leitsatz), 41 ff. zurück; den Datenschutz als Thema haben WARREN/BRANDEIS in ihrem grundlegenden Beitrag schon vor über 100 Jahren angesprochen, ohne aber damals eine grosse Resonanz auszulösen.

439 SIEBER, 2570; eingehender zur deutschen Rechtsprechung EHMANN, 298 ff.; BROSSETTE, 219 ff.; BREITFELD, 105 ff.; TRUTE, 257 f.; SCHULZ, 137 ff.

440 DSG-BUNTSCHU, Art. 1 N 14 m. Verw.; vgl. auch DRUEY, Information, 92 f., 387 ff.

441 Vgl. Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967).

442 Der Schriftsteller MARTIN WALSER hat in seiner Frankfurter Friedenspreisrede 1998 erklärt, es gebe Dinge, die niemand wissen müsse; er sieht sich auch von «Meinungssoldaten umstellt, die ihn mit vorgehaltener Meinungspistole in den Meinungsdienst nötigen» (vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 246 vom 23.10.1998, 65).

443 Eingehender BROSSETTE, 219 ff. m. Verw.; kritisch auch LANGER, 206 f.

444 Vgl. auch HEINRICH HUBMANN, Das Recht auf Identität, in: Festschrift Rudolf Schmidt, Berlin 1966, 161, 163.

445 Zum Spannungsfeld zwischen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und den wirtschaftlichen Grundfreiheiten vgl. BREITFELD, 124 ff.

446 Dazu BROSSETTE, 279, 282; zum Ganzen auch SCHULZ, 141 ff.

447 DSG-BUNTSCHU, Art. 1 N 14; HOEREN, MMR 1998, 8 f.

der Betroffene aber nicht ein eigentliches Dateneigentum bzw. zumindest kein Recht am eigenen Datum, weil nicht absolute, uneingeschränkte Herrschaftsrechte über Daten in Frage stehen⁴⁴⁸; Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar. Um auf das Märchen von Ali Baba zurückzukommen: Das Wort «Sesam» hat für sich genommen keinen Personenbezug; wer es aber kennt, vermag den Personenbezug zu den Räubern und ihrem Schatz herzustellen.

Angesichts dieses Zuordnungsaspektes darf im *Datenschutzrecht* auch nicht allein eine blosser *Ergänzung* und Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts⁴⁴⁹, wie dies die Lehre teilweise annimmt, gesehen werden⁴⁵⁰. Vielmehr erscheint es als sachgerecht, das Datenschutzrecht vom Persönlichkeitsrecht zu lösen⁴⁵¹. Deshalb geht auch die Annahme fehl, in spezifischen Bereichen komme es zur ausschliesslichen Anwendbarkeit des DSG, in anderen Bereichen zur subsidiären Anwendung von Art. 28 ZGB; vielmehr handelt es sich um parallele Schutzbereiche, die je nach der konkreten Fragestellung kumulativ oder alternativ heranzuziehen sind⁴⁵².

2.2.2 Ausrichtung auf Partizipation und Organisation

Das Datenschutzrecht muss also künftig abseits des konkreten Persönlichkeitsbezugs neue Schutzmodelle entwickeln⁴⁵³. Ein solcher Ansatz, welcher insbesondere an den Aspekten der *Partizipation* und der Regulierungsnotwendigkeit anknüpft⁴⁵⁴, könnte auch den Vorbehalt, im Datenschutzrecht komme es zu einer Abwägung unter konträren Interessen, zumindest in der Grundkonstellation entkräften⁴⁵⁵. Des Weiteren ist organisationsrechtlich eine ausreichende *Transparenz* zu schaffen, um Manipulationen mit gespeicherten Daten zu vermeiden⁴⁵⁶; dieser Schutz lässt sich durch eine sachgerechte Systemgestaltung erreichen⁴⁵⁷. Technisch im Vordergrund

448 Im Einzelnen DRUEY, Schutz, 12; HOEREN, MMR 1998, 9; EHMANN, 266 f., 303 f.; BROSSETTE, 214 ff.

449 Zur (problematischen) Abstützung des Datenschutzes auf das Recht der persönlichen Freiheit vgl. BGE 122 I 362.

450 Kritisch zu dieser Tendenz DSG-BUNTSCHU, Art. 1 N 29 f.; SENN, 149 f.

451 So zutreffend DRUEY, Schutz, 8.

452 Vgl. auch PETER, 71.

453 Vgl. auch den Überblick bei SIMITIS, 707 ff.

454 Im Einzelnen dazu SIMITIS, 732 ff.; vgl. auch TRUTE, 257 ff., zur kommunikativen Integrität.

455 Zutreffend DRUEY, Schutz, 17 f.

456 Vgl. TRUTE 261.

457 TRUTE, 264 f.

steht dabei das vorliegend nicht weiter zu vertiefende Stichwort der *Informationssicherheit*⁴⁵⁸.

Die nur teilweise vorhandene internationale Verankerung des Datenschutzes bleibt zwar ein gewisser Mangel, doch zeigt gerade die Datenschutz-Richtlinie 1995 der Europäischen Union in die zutreffende Richtung⁴⁵⁹: Indem Art. 2 dieser Richtlinie neben die Phase der Nutzung personenbezogener Daten auch die *Phase der Organisation* stellt und damit eine Erweiterung der Datenverarbeitungsarten bewirkt, ist ein Grundstein dafür gelegt, dass sich das Datenschutzrecht von der repressiven Kontrolle über bereits vollzogene Verarbeitungsvorgänge zu einer präventiven Systemaufsicht, welche durch die neu eingeführten Meldepflichten (Art. 18) und das Modell der Vorabkontrolle (Art. 20) noch verstärkt wird, wandelt⁴⁶⁰.

Weitere Problembereiche, die in naher Zukunft zu bewältigen sein werden, lassen sich immerhin nicht übersehen:

- Die Problematik der Datenbearbeitung dürfte künftig weniger in der Informationsverbreitung als in der durch effiziente *Suchprogramme* erleichterten Kombination an sich belangloser Daten bestehen⁴⁶¹; damit stellt sich zugleich die Frage der Informationsqualität⁴⁶².
- Besondere Beachtung ist der *virtuellen Beeinträchtigung* der Persönlichkeit durch Datenbearbeitungen zu schenken; im Vordergrund stehen dabei insbesondere potentielle Auswirkungen auf die Rechte der affektiven und der sozialen Persönlichkeit⁴⁶³.
- Ein neues Spannungsfeld zum Datenschutz eröffnet sich im Bereich des Archivwesens: Die vermehrte «Rückholung» historischer Vorgänge (z.B. nachrichtenlose Vermögen) und die neuen Archivgesetze sind in Einklang zu bringen mit den datenschutzrechtlichen Anliegen⁴⁶⁴.

458 Vgl. BRUNO WILDHABER, *Informationssicherheit – Rechtliche Grundlagen und Anforderungen an die Praxis*, Diss. Zürich 1993.

459 Richtlinie 95/46 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 24.10.1995, ABl 1995 L 281/31 vom 23.11.1995.

460 HOEREN, MMR 1998, 9; zu den Selbstregulierungsmechanismen TRUTE, 262 f.

461 DRUEY, *Schutz*, 18.

462 Vgl. auch DRUEY, *Information*, 393.

463 Vgl. dazu DSG-BUNTSCHU, Art. 1 N 12 f.

464 Vgl. Bundesgesetz über die Archivierung vom 26.6.1998 (BBl 1998, 3484 ff.); bundesrätliche Botschaft vom 26.2.1997 (BBl 1997, 941 ff.); eingehender dazu RUDIN, 247 ff.

3. Besonderer Schutzzumfang bei «Personen der Zeitgeschichte»?

In gewissen personellen Konstellationen akzentuiert sich der inhärente Konflikt zwischen Informationsverbreitung und Informationsausschluss. *Beispiel:* Die Verweigerung des Persönlichkeitsschutzes begründet der Staatsanwalt gegenüber Katharina Blum in der Erzählung von Böll mit dem Hinweis, als (vermeintliche) Freundin eines (vermeintlichen) Verbrechers sei sie eine «Person der Zeitgeschichte»⁴⁶⁵. Die Problematik dieser Betrachtungsweise zeigt sich nicht nur in der erwähnten Erzählung, sondern auch in vielen weiteren Fällen.

3.1 «Es gibt nicht nur Prinzessinnen»

Nach dem tragischen Tod von Prinzessin Diana haben sich Wissenschaftler, Politiker und Medien europaweit die Frage gestellt, ob die Privatsphäre rechtlich nicht besser zu schützen sei. Das konkrete Beispiel zeigt im Übrigen, dass Information nicht nur durch Worte, sondern auch durch Bilder übertragen, bzw. dass mit Worten und Bildern in den Schutzbereich einer Person eingegriffen werden kann⁴⁶⁶. Auch wenn schwerwiegende Übergriffe von Paparazzis – im Sinne von «*Erst kommt das Foto, dann die Moral*»⁴⁶⁷ – oft nicht zu übersehen sind, lässt sich auch nicht aus den Augen verlieren, dass «Personen der Zeitgeschichte»⁴⁶⁸ gerne einzelne Medien für ihre Zwecke instrumentalisieren, um sich kurz später über deren Aufdringlichkeit zu beklagen⁴⁶⁹.

Wie Riklin zutreffend feststellt, gibt es aber nicht nur Prinzessinnen⁴⁷⁰. Ähnlich dem Fall von Katharina Blum stellt sich etwa die Frage, ob es sachgerecht ist, eine St. Galler Lokal-Politikerin medial (z.B. in der Zeitung *Blick*) in die Affichen-Schlagzeilen zu bringen, weil ihr Ehemann ein kostspieliges Verhältnis zu einer Prostituierten gepflegt hat. Die Problematik ist umso grösser, als offensichtlich im Interesse von Familie und Kindern der Fehltritt des Ehemannes im Rahmen eines schon früher abgesprochenen gemeinsamen Neuanfanges verziehen worden ist.

465 BÖLL, 54.

466 Vgl. auch vorne I 2.2.3.

467 So HARALD WILLENBROCK, in NZZ Folio vom Juli 1998, 13.

468 Zum Begriff ZGB-MEILI, Art. 28 N 52; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, 147; SCHWEIZER, AJP 1994, 1115 f.; LEGLER, 112 f.

469 FRANZ RIKLIN, Es gibt nicht nur Prinzessinnen, *Medialex* 1997, 181.

470 RIKLIN (FN 469), 181.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. Informationsverweigerung lässt sich in solchen Situationen nur schwer durchsetzen⁴⁷¹, weil sich eine veröffentlichte Story nicht mehr verbieten und auch nicht mehr beseitigen lässt⁴⁷²; Schadenersatzansprüche entfallen mangels feststellbaren Schadens und Genugtuungsansprüche, wenn sie überhaupt gutgeheissen werden, vermögen sehr oft die seelische Unbill nicht ohne weiteres auszugleichen. Stärker in den Vordergrund treten müssen deshalb berufsethische Regeln, welche von den Informationsübermittlern einen grösseren Respekt vor dem Informationsverweigerungsrecht von Personen verlangen⁴⁷³.

3.2 Kommerzialisierung von Prominenz

Die neuen Technologien ermöglichen die Schaffung von virtueller Realität; als Beispiele stehen die sog. «V-Actors» (Virtual Actors), künstliche Schöpfungen von virtuellen Persönlichkeiten, die *real nicht existieren*, sowie die virtuelle Schaffung real existierender lebender oder verstorbener Persönlichkeiten mittels hochentwickelter Computerprogramme (z.B. Marilyn Monroe) im Vordergrund⁴⁷⁴. Welche Konsequenzen hat eine solche Persönlichkeitsvermarktung mittels Schaffung von «Unsterblichkeit im Recht und Rechner» (Seemann⁴⁷⁵)?

Schon seit Jahrzehnten lässt sich die Persönlichkeit des Urhebers über die geistigen Schöpfungen vermarkten. Neuerdings steht aber nicht allein das Recht des autonomen Künstlers, sondern das Phänomen der allgemeinen Vermarktung von «Prominenz» in Frage⁴⁷⁶. Neben den «Meister und Besitzer» von Schöpfungen tritt die Identität von Prominenten; angesichts dieser quantitativen Erweiterung stellt sich die Zusatzfrage, ob es künftig zu einer Ausdifferenzierung kommerzialisierter Persönlichkeitsrechte kommt⁴⁷⁷.

Das Spannungsverhältnis zwischen Prominenz und Kultur, das sich verstärkt aktualisiert, ist immerhin nicht eine «Entdeckung» unserer

471 Die Versammlung des Europarates hat mit der Resolution 1165 (1998) vom 26.6.1998 immerhin die Mitgliedstaaten aufgefordert, den Persönlichkeitsschutz mit Blick auf bekannte Personen gesetzgeberisch zu verbessern (vgl. Medialex 1998, 138).

472 RIKLIN (FN 469), 181; zur gerichtlichen Sicherstellung des Persönlichkeitsschutzes vgl. auch REGULA KÄGI-DIENER, Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz, AJP 1994, 1102, 1109 ff.

473 Vgl. auch vorne IV 1.4.

474 Vgl. SEEMANN, Prominenz, 48 ff. m.Verw.

475 So der Untertitel der Studie von SEEMANN, sic! 1997, 259.

476 SEEMANN, sic! 1997, 260 f.

477 Vgl. auch SEEMANN, Prominenz, 242 ff.

Tage⁴⁷⁸: Vielmehr wird in der deutschen Lehre zum Persönlichkeitsschutz, die sich nicht auf eine analoge Bestimmung wie Art. 28 ZGB berufen kann, allgemein diagnostiziert, es finde ein Funktionswandel des Persönlichkeitsschutzes statt, der sich des formellen deliktsrechtlichen Charakters entledige und immer stärker dem Vermögensschutz, in Anlehnung an die ökonomische Analyse des Rechts (Posner), zuneige⁴⁷⁹. Das Recht auf Individualität entwickelt sich danach vom blossen Verbotsrecht unerlaubter Nutzung von Bild und Information in eine Art «Quasi-Immaterialgüterrecht» mit Bezug auf die Identität⁴⁸⁰ und nähert sich so dem äusseren Anschein an, wie er dem lateinischen Wort «persona» (Maske) entspricht⁴⁸¹. Besonders ausgeprägtes Beispiel dafür ist das amerikanische «*Right of Publicity*», das auch in der Rechtsprechung beinahe eine Parallelbehandlung zum «*Right of Privacy*» erfährt⁴⁸².

Die Schweiz steht insoweit noch am Anfang der Entwicklung. Immerhin lässt sich nicht übersehen, dass die frühere ideelle Grundausrichtung von Art. 28 ZGB nicht mehr strikt aufrechterhalten wird, sondern dass die Lehre den Einbezug wirtschaftlicher Interessen nicht als Traditionsbruch, sondern als eine dem geltenden Recht inhärente Möglichkeit versteht⁴⁸³. Die *Identitätsmerkmale* bekannter Persönlichkeiten sind in dieser Betrachtungsweise nicht nur Teil der Geschichte, sondern auch Aspekte des Transports kultureller Information⁴⁸⁴. Dieser Wandel vom Persönlichkeitsrecht im engeren Sinne zu einem umfassenden kulturell-monetären Schutzrecht verdient besondere Beachtung.

4. Thesen

(1) Das Spannungsfeld zwischen der Informationsverbreitung und dem Informationsausschluss ist seit einigen Jahren angesichts der sich widersprechenden Tendenzen zur Schaffung grösserer Transparenz und zur Verstärkung des mit Blick auf die steigende Medialisierung der Gesellschaft gefärbten Persönlichkeitsschutzes vermehrt Zerreisproblemen ausgesetzt.

478 Historischer Rückblick bei SEEMANN, Prominenz, 33 ff.

479 Exemplarisch die Studie von GOTTWALD.

480 SEEMANN, sic! 1997, 261.

481 Vgl. DRUEY, Information, 157.

482 Im Einzelnen dazu SEEMANN, Prominenz, 90 ff. m. Verw.

483 PEDRAZZINI/OBERHOLZER, 136; GARY M. ROPSKI/MARTIN KURER, Stars' Wars: Die Verkommerzialisierung von Berühmtheiten, SMI 1990/2, 279, 291; SEEMANN, sic! 1997, 265.

484 SEEMANN, sic! 1997, 265 f.

(2) Weder die sog. Sphärentheorie noch der traditionelle Geheimnisbegriff geben rechtlich befriedigende Konturen für eine Prioritätenordnung zwischen Informationsverbreitung und Informationsausschluss ab, weshalb neue sachbezogene Kriterien zu entwickeln sind; auch der Begriff der informationellen Selbstbestimmung ist wenig aussagekräftig und dementsprechend durch spezifische datenschutzrechtliche Zuordnungskriterien zu ersetzen.

(3) Ein besonderes Problem stellt die Formulierung des Persönlichkeitschutzumfanges von sog. «Personen der Zeitgeschichte» dar, die regelmäßig aus gesellschaftlichen Gründen eine nahe Beziehung zu den Medien haben; die Öffnung eines verbreiterten Informationszuganges muss mit entsprechend hohen Qualitätsanforderungen korrelieren.