

# Die Information als Rechtsproblem

*Die vier Beiträge zum Schweizerischen Juristentag 1999 unter die Lupe genommen*

## Pascal Mahon: L'information par les autorités

Dass die Ausgestaltung der Informationsfreiheit in der Schweiz nach wie vor ein ungelöstes Problem ist, zeigt die neueste Diskussion um die Nachführung der Bundesverfassung. War im Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates von 1995 noch eine umfassende Informationsfreiheit im Bereich der Bundesverwaltung (wenn auch nur in Form einer Variante) vorgesehen, wurde diese in der Folge von Regierung und Parlament fallengelassen. Übrig blieb im definitiven Entwurf eine Grundrechtsgarantie mit der Gewährleistung eines freien Zugangs zu «allgemein zugänglichen Quellen». Bereits ist aber eine neue Vernehmlassung über eine Verfassungsänderung im Gang: Die staatspolitische Kommission hat diesen Sommer den Entwurf für eine Änderung des Medienverfassungsrechts unterbreitet, in der ein umfassendes Öffentlichkeitsprinzip für die Bundesbehörden (Art. 147<sup>bis</sup>) vorgeschlagen wird.

Diese Entwicklung zeichnet Pascal Mahon sorgfältig nach und bettet sie in ein engagiertes Plädoyer für eine grosszügigere Öffnung staatlicher Tätigkeit ein. Er argumentiert in dieser Richtung aus dem Gesichtspunkt der Rechtsvergleichung, z. B. durch Hinweis auf die bekannten Beispiele der USA (Freedom of Information Act, Government in the Sunshine Act) und Schwedens, aber auch auf die neuesten Entwicklungen in der EU und damit verbunden in der Bundesrepublik. Mahon kritisiert zu Recht den Art. 16 nBV mit seiner Beschränkung des Informationsanspruchs auf «allgemein zugängliche Quellen.» Dies läuft nach Mahon auf einen unhaltbaren Vorbehalt der jeweiligen gesetzlichen Regelung oder gerade herrschenden Praxis heraus und höhlt die Grundrechtsgarantie praktisch aus. Er schlägt für eine wirksame Garantie der Öffentlichkeit eine doppelte Strategie vor:

Einerseits ist auf Verfassungsebene ein umfassender Grundrechtsanspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen festzuhalten (der selbstverständlich wie andere Verfassungsrechte nach den Grundsätzen von Art. 36 nBV beschränkt werden kann); andererseits unterstützt er das in der Rechtslehre wiederholt geäusserte Anliegen, die Grundrechtskonkretisierung auch auf dem Weg der Gesetzgebung vorzunehmen, gerade auch um in der komplexen Materie Rechtssicherheit und Transparenz zu stärken. Keinesfalls darf nach Mahon der Zugang zu Information vom Nachweis eines rechtlichen oder faktischen Interesses abhängig gemacht werden. Diesbezüglich erscheint die Verfassungs- und Rechtslage im Kanton Bern vorbildlich. Pascal Mahon vertritt eindringlich, dass Vertraulichkeit des Staatshandelns keinen Wert an sich repräsentiert, sondern nur insoweit gerechtfertigt ist, als sie für sachgerechte Entscheidungsbildungen im Staat unerlässlich ist.

Beeindruckend ist die umfassende Darstellung aller in der schweizerischen Rechtsordnung garantierten Einsichtsrechte in den verschiedensten Rechtsbereichen. Mahon verfolgt dabei das Ziel, Ansätze zu einem einheitlichen Strukturprinzip der Öffentlichkeit herauszuarbeiten. Er versucht, die Informationspflicht der Behörden, ihre Informationsbefugnis und die Informationsansprüche der Bürger miteinander in Übereinstimmung zu bringen und durch einheitliche rechtsstaatliche Grundsätze zu regulieren.

Dieses wichtige Vorhaben stösst in der Realisierung notwendigerweise auf Grenzen. Der tiefere Grund liegt wohl darin, dass der demokratische Staat sich gar nicht als Einheit verstehen lässt, die einer Öffentlichkeit gegenübergestellt werden könnte. In der Demokratie im Sinne des «responsive government» tragen, durchdringen, schützen und kontrollieren sich Öffentlichkeit und politische Institutio-

*L'information intrigue les juristes suisses. Leur Congrès 1999 y est presque entièrement consacré. Il traitera de quatre rapports présentés par les professeurs Ivan Cherpillod, Pascal Mahon, Pierre Tschannen et Rolf H. Weber. Il s'agit d'une somme de 455 pages, parue dans la Revue de droit suisse. Medialex a prié les professeurs Jörg Paul Müller, Paul Richli, Franz Werro et Max Baumann de livrer leurs réactions.*

*Die Information bringt die Juristinnen und Juristen in der Schweiz aus der Ruhe. Ihre diesjährige Tagung ist denn auch fast ausschliesslich diesem Thema gewidmet. Behandelt werden vier Beiträge der Professoren Ivan Cherpillod, Pascal Mahon, Pierre Tschannen und Rolf H. Weber, welche auf insgesamt 455 Seiten in der Zeitschrift des Schweizerischen Juristenvereins erschienen sind. Medialex hat die Professoren Jörg Paul Müller, Paul Richli, Franz Werro und Max Baumann gebeten, ihre Reaktionen zu diesen Beiträgen zu Papier zu bringen.*

nen gegenseitig. Beide müssen ineinander spielen, damit es zu tragfähigen Entscheidungen kommt. Die Öffentlichkeit des Verwaltungshandelns ist für diesen demokratischen Prozess ebenso konstitutiv wie die Wahrnehmung und Beachtung einer kritischen gesellschaftlichen Öffentlichkeit durch die Behörden und Ämter. Informationsfluss in der Demokratie ist immer auf Gegenseitigkeit angelegt: der kritische und impulsgebende Input der weiten Öffentlichkeit lebt auch von der Information über die Vorgänge und Entscheidungsbildung in den institutionalisierten Organen (Regierung, Parlament, Gerichte), und diese Prozesse erhalten ihrerseits ihre demokratische Struktur und Legitimation aus der Lebendigkeit einer begleitenden Öffentlich-

keit. Das epochemachende Republikkonzept Karl Poppers der «Offenen Gesellschaft» war ein Appell gleichzeitig an die Lernfähigkeit und Beweglichkeit politischer Instanzen wie der weiten Gemeinschaft der Bürgerinnen und Bürger.

Mahons Beitrag möge Anlass zu vertiefter Diskussion am Juristentag 1999 zwischen Bürgern, Amtsträgerinnen und Behördenmitgliedern, zwischen Wissenschaft und Praxis sein, um der sich abzeichnenden Informationsgesellschaft auch eine demokratische Gestalt zu geben. ■

PROF. JÖRG-PAUL MÜLLER UND LIC. IUR.  
MICHEL BESSON, BERN

### Pierre Tschannen: Amtliche Warnungen und Empfehlungen

«Worauf haben uns die Ämter nicht schon hingewiesen: Langes Sonnenbaden begünstigt Hautkrebs: Eltern lassen ihre Kinder gegen Masern, Mumps und Röteln besser impfen: ohne Dings kein Bums: Rauchen gefährdet die Gesundheit: Harte Eier gelingen auch bei ausgeschalteter Herdplatte.» Mit dieser anschaulichen Auslage von Beispielen amtlicher Warnungen und Empfehlungen eröffnet der Autor seine Überlegungen und weckt bereits ab der ersten Zeile das Interesse der Leserschaft (S. 361). Tatsächlich ist solches staatliches Tun in den letzten Jahren immer häufiger geworden. Der Staat bedient sich zunehmend einer Palette von Informationsmitteln, darunter Warnungen und Empfehlungen, um seine Aufgaben zu erfüllen. Dies allein ist Grund und Rechtfertigung genug dafür, dass der Schweizerische Juristenverein die damit verbundenen Rechtsfragen einmal zum Gegenstand seiner Beratungen macht. Der Zeitpunkt ist gut gewählt, weil nicht nur die Informationstätigkeit zunimmt, sondern weil mittlerweile einige literarische Äusserungen verfügbar sind, welche die Themenstellung nicht zu einem unwägbaren Abenteuer werden lassen. Pierre Tschannen versteht es, dies sei vorausgeschickt, die bisherigen Äusse-

rungen nicht nur zusammenzufassen, sondern damit gekonnt umzugehen und die rechtsdogmatische und rechtsmethodische Durchdringung weiter zu treiben. Der Text besticht sprachlich durch Frische und Attraktivität.

Tschannen beschreibt einleitend Warnungen und Empfehlungen als Teil des staatlichen Informationshandelns (S. 362 ff.). Er identifiziert insbesondere Aufklärungskampagnen, Einstellungskampagnen und Verhaltenskampagnen. Dabei beschränkt er seinen Blickwinkel auf das Informationshandeln der Exekutive. Die Informationstätigkeit von Legislative und Judikative werden ausgeklammert (S. 364). Begrifflich umschreibt der Autor Warnungen und Empfehlungen als «staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensoptionen» (S. 365 f.). An Beispielen passieren Revue: Die «Stop-Aids»-Kampagne aus der Gesundheitsvorsorge, die Fälle «Tschernobyl» und «Vacherin Mont d'Or» aus der Lebensmittelpolizei sowie die Fälle «infoSakta» und «Das Paradies kann warten» aus der Sozialfürsorge (geht es wirklich um solche Sorge?) (S. 368 ff.).

An Motiven für staatliche Warnungen und Empfehlungen macht Tschannen Grenzen der Regelungstechnik, der politischen Konsensbildung, der behördlichen Normvollziehung sowie Grenzen des

rechtlichen Ansprechvermögens namhaft (S. 376 ff.).

Die Spannung des juristisch geschulten Lesers steigt, wenn der Autor jetzt die Rechtsnatur von Warnungen und Empfehlungen analysiert (S. 380 ff.). Dabei hören wir selbverständlich vieles, was wir schon wissen, so etwa, dass Warnungen und Empfehlungen als Realakte zu qualifizieren sind und dass man für die Beurteilung dieses rechtlichen Phänomens auf das Verwaltungsrecht zurückgreifen muss (S. 380 f.). Die bisherige Rechtslehre hat die Handlungsformenlehre ins Zentrum gerückt. Auch Pierre Tschannen beginnt damit (S. 382 ff.). Er legt dann aber sein Hauptaugenmerk auf die Rechtsverhältnislehre und lokalisiert Warnungen und Empfehlungen als Verwaltungsrechtsverhältnisse (S. 391 ff.). Die praktische Relevanz dieser Einordnung ist am Ende nicht überwältigend, lesen wir doch, dass materielle Verwaltungsrechtsverhältnisse aufgrund von Warnungen und Empfehlungen im Staat-Bürger-Verhältnis nur schwer denkbar seien (S. 400).

Damit rückt auch bei Tschannen, wie das in der bisherigen Literatur geschehen ist, die Grundrechtsfrage in den Mittelpunkt (S. 401 ff.). In diesem Kontext thematisiert der Autor das Grundrechtsverhältnis, betont dabei aber, es gehe ihm nicht um die Produktion neuer Grundrechtstheorien, sondern lediglich um die Verfolgung eines methodisch-didaktischen Zwecks, nämlich demjenigen, gewisse Denkschritte bewusst zu machen, die bei Grundrechtskonformitätsprüfungen in Standardsituationen häufig unausgesprochen blieben (S. 402). Ein Grundrechtsverhältnis entsteht im Prinzip schon durch schlichten Grundrechtsgebrauch, d.h. durch Realakt des Grundrechtssubjekts, bei Abwehrrechten, wie sie hier im Vordergrund stehen (insbesondere Wirtschaftsfreiheit, auch Religionsfreiheit und persönliche Freiheit), demnach durch Manifestation des grundrechtlich geschützten Verhaltens (S. 405). Den Ertrag der Rechtsverhältnislehre für das Grundrechtsverständnis sieht Tschannen darin, dass nicht nur die Eingriffsseite analysiert, sondern die Frage nach dem Schutzbereich nach Grundrechten deutlicher gestellt werde

(S. 405). In der Ausdifferenzierung des Unterschieds zwischen Schutzbereich und Grundrechtseingriff liegt denn auch einer der Hauptverdienste des Referats. Die bisherige Literatur hat die Schutzbereichsfrage eher vernachlässigt und sich auf die Behandlung des Grundrechtseingriffs konzentriert. Tschannen hat daher recht, wenn er sagt, dass die grundrechtlichen Hausaufgaben in der Aufarbeitung der Schutzbereichsfrage lägen (S. 410). Er verspricht sich davon eine strukturelle Vereinfachung der Argumentation und eine wesentliche Entlastung der Debatte über den Grundrechtseingriff (S. 411 ff.). Ob sich dieser Gewinn tatsächlich realisieren lasse, muss an dieser Stelle offen bleiben. Zur Illustration: Am Beispiel der «Stop-Aids»-Kampagne bedeutet die Umschreibung des Schutzzweckes, dass die Religionsfreiheit nur berührt wäre, wenn der Staat grundrechtlich verpflichtet wäre, die Lebensnormalitäten, die Sexualmoral und den Grundrechtsgebrauch aller andersdenkenden in seinen Präventionsbotschaften zu ignorieren. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht gegeben, weil sich der Staat sonst mit einem bestimmten religiösen Bekenntnis identifizieren würde (S. 414).

Tschannen kommt wie die bisherige Literatur nicht um die Feststellung herum, dass Dritte in Grundrechten beschränkt werden können, so namentlich Produzenten in ihrer Wirtschaftsfreiheit. Indessen wäre der grundrechtliche Schutzbereich erst tangiert, wenn sich die staatliche Informationstätigkeit ausserhalb der Rahmenbedingungen bewegen würde, denen alle Grundrechtsträger gemeinsam unterlägen (S. 416). Bedeutungsvoll ist für den Autoren weiter die Frage nach der Zurechenbarkeit des Grundrechtseingriffs (grundrechtliche Verantwortlichkeit) namentlich im Zusammenhang mit Schadensereignissen (S. 417 ff.).

Soweit Grundrechtsbeschränkungen auftreten, sind die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit zu klären (S. 420 ff.). Hier kann der Autor weitgehend an die bisherige Literatur anknüpfen. Es geht um die Frage nach der Zuständigkeit, der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit. Zusätzlich

werden die Pflicht zur Objektivität und damit zusammenhängende Qualitätsanforderungen an Informationen thematisiert (S. 432 ff.).

Im letzten Teil behandelt Pierre Tschannen Fragen des Rechtsschutzes. Er stösst in diesem Kontext wie die Autoren vor ihm auf die Frage, wie im Rechtsschutzsystem mit verfügbarem Staatshandeln umzugehen sei. Seine Option geht in Richtung Aktualisierung der Feststellungsverfügung, was gleichbedeutend mit der Ablehnung der direkten Anfechtbarkeit von Realakten ist, die ich persönlich nach wie vor favorisiere.

Pierre Tschannen gelingt es, seine Überlegungen auf genau einer Druckseite zusammenzufassen. Man darf annehmen, dass Leserinnen und Leser, welche mit dieser Seite beginnen, davon überzeugt werden, dass sie 90 Seiten zurückblättern und am Anfang zu lesen beginnen sollten. Damit sei auch gesagt, dass der Autor die Vorgaben des Schweizerischen Juristenvereins für die Länge der Referate in geradezu idealer Weise eingehalten hat, und dies ohne Abstriche an der Qualität seiner Überlegungen. Diese darf sich tatsächlich sehen lassen. ■

PROF. PAUL RICHLI, BASEL

### Ivan Cherpillod: L'information et protection des intérêts personnels: les publications des médias

Si le professeur Cherpillod a mis dans son rapport l'accent sur les droits de la personnalité au sens des art. 28 ss CC, notre collègue a également examiné certains aspects relatifs à la protection des données et à la concurrence déloyale. En quelques cent pages, il a ainsi réussi à faire le point sur le développement que la protection de la personnalité face aux médias a connu au cours de ces dernières années.

Le rapport est divisé en sept points. Après une introduction (I), l'auteur traite successivement de la notion d'information (II), des droits de la personnalité (III), de la loi sur la protection des données (IV), de la loi contre la concurrence déloyale (V) et des moyens de droit (VI). Son dernier point est consacré à ses conclusions (VII). On y lira que pour Cherpillod, il est inutile de définir ou de délimiter l'information. Il importe beaucoup plus de résoudre les tensions qui existent entre la libre formation de l'opinion dans le débat démocratique et le libre épanouissement de la personnalité de l'individu. Le droit doit arbitrer le conflit entre ces valeurs. A cet égard, l'auteur fait un bilan globalement positif de l'application du droit matériel, même s'il relève une certaine insécurité

juridique, due à l'absence de normes précises définissant l'illicéité en relation avec les médias. Tout en regrettant l'application de la LCD à l'activité journalistique, il estime qu'elle ne constitue pas une «muselière» au journalisme économique», du moins si dans l'application de la loi on tient compte de la liberté reconnue aux médias par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme. En revanche, il considère que les moyens de droit à disposition du lésé ne sont souvent que des «tigres de papier». L'efficacité de la protection judiciaire des intérêts personnels se heurte souvent à des difficultés pratiques, quand elle n'est pas rendue complètement vaine par les moyens de diffusion qu'offre Internet. Devant l'impossibilité de bloquer l'information, Cherpillod propose d'aménager un droit de réponse plus large, soumis à des conditions moins strictes que celles prévues dans le droit actuel. L'auteur voudrait également que la jurisprudence fasse preuve de moins d'avarice dans les indemnités des actions réparatrices. En matière de tort moral, il suggère par exemple que, pour mesurer l'indemnité, on s'inspire du montant de la rémunération que la victime aurait exigée pour consentir à l'atteinte. Cherpillod justifie sa proposition en retenant qu'elle offrirait un moyen de rapprocher le tort moral du préjudice réellement subi (cf. V.5).

Le tableau dressé est très complet et il n'est guère d'arrêt ou de débat important

qui ait échappé aux observations de l'auteur. L'analyse est fine et nuancée, ce qui ne l'empêche pas de révéler clairement les choix de l'auteur. Il n'est évidemment pas possible dans cette brève recension de rendre compte de toute l'étude de M. Cherpillod et de discuter des nombreux développements intéressants qu'elle contient, notamment sur l'illicéité ou les mesures provisionnelles. Je me contenterai de faire ici deux remarques sur les critiques du professeur Cherpillod: la première concerne le renforcement des moyens de droit, la seconde, l'inadéquation de l'application de la LCD aux journalistes.

1. Cherpillod considère que l'efficacité de la protection des intérêts personnels se heurte à des difficultés, surtout pratiques. Souvent le lésé se trouvera devant le fait accompli sans que les actions défensives ne lui servent à grand-chose. C'est sans doute vrai, mais il convient de souligner que le problème n'est pas propre au seul droit de la personnalité. On le retrouve dans nombre de domaines du droit privé, en particulier dans ceux qui touchent les consommateurs. Il existe souvent un fossé entre le droit et sa réalisation. S'il faut envisager un renforcement des moyens de droit, on ne saurait le limiter à ceux qui protègent les individus contre les médias. Il n'y a ainsi pas de raison que les indemnités pour tort moral augmentent ici plus qu'ailleurs.

Autre est la question de savoir s'il faut faciliter le droit de réponse. Là où les tentatives de bloquer la propagation d'une information sont vouées à l'échec, il est peut-être bon, comme le suggère Cherpillod, «de se tourner vers les moyens permettant au lésé de réorienter le débat». La liberté de la presse est une liberté d'expression; il paraît judicieux que celui qui l'exerce doive le plus largement possible accepter la réponse de ceux qu'il touche. Après tout, une société pluraliste est mieux servie avec la publication d'arguments controversés qu'avec des restrictions à la liberté d'expression ou d'opinion.

2. Dans son rapport, Cherpillod souligne avec raison que l'application de la LCD aux médias est inadéquate (IV.C). Il fait valoir pour l'essentiel deux motifs: a. Les

principes posés par la jurisprudence pour sanctionner le comportement des journalistes en application de la LCD sont nécessairement différents de ceux qui s'appliquent à des concurrents. Cette différence risque de compliquer l'application de la LCD; en appliquant les règles plus clémentes dégagées pour les journalistes aux concurrents, on risque même d'affaiblir la protection que la LCD doit apporter à ces derniers. b. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme montre que l'application de la LCD à des non-concurrents qui ne poursuivent pas des intentions de concurrence est génératrice de dangers pour la liberté d'expression. L'application de la LCD aux médias doit donc inévitablement être tempérée par une interprétation conforme à la Constitution et à la CEDH. Devant ce constat, il conclut que les activités journalistiques ne devraient pas relever de la LCD, mais du droit commun (art. 28 CC et 41 CO). La conclusion me paraît exacte. L'art. 28 CC protège l'honneur des personnes physiques et morales; pour les entreprises et les commerçants, cette protection inclut la considération morale et sociale, ainsi que l'honneur économique.

La restriction du champ d'application de la LCD – valable, selon moi, également pour les analyses, les tests ou les comparaisons de produits ou de services – n'a toutefois de sens que si elle permet aux médias d'exercer leur liberté d'information de façon plus large. L'usage que les journalistes économiques doivent pouvoir faire de leur liberté suppose qu'on interprète aussi l'art. 28 CC de façon conforme à la Constitution et à la CEDH et qu'on délimite strictement la considération sociale, les aptitudes professionnelles et tous les biens que comprend l'honneur économique des entreprises. On ne saurait y englober les intérêts aujourd'hui protégés par la LCD, en considérant par exemple que tout dénigrement d'un produit atteint son fabricant dans sa considération professionnelle. Comme je l'ai déjà proposé, «les médias qui critiquent des produits commerciaux ne devraient pas être exposés à une responsabilité civile de la même façon que des concurrents (...). La LCD ne devrait leur être appliquée que dans les cas où ils agissent avec l'intention de nuire à une

entreprise ou d'en favoriser une autre. Dans les autres cas, il faudrait se contenter de la protection générale du droit de la personnalité (art. 28 ss CC). Cela supposerait que l'on distingue correctement les droits généraux de la personnalité de ceux qui découlent de l'interdiction de faire une concurrence déloyale (...). Les art. 28 ss CC sanctionneraient ainsi les atteintes à l'honneur ou à la dignité des individus et des entreprises, mais pas les critiques unilatérales, malhonnêtes ou déloyales des produits qu'ils mettent sur le marché. Quant à la LCD, elle sanctionnerait ces critiques, mais à condition que les médias aient agi avec l'intention de favoriser le produit d'un concurrent au détriment de celui d'un autre. (...)» (cf. F. WERRO, Concurrence déloyale et médias, Journée du droit de la communication, Fribourg 1998, p. 16 s.).

Avec la Cour européenne, il faut souligner que même les idées dérangeantes, choquantes ou dénuées de fondement sont au bénéfice de la liberté d'expression, malgré l'impact qu'elles peuvent avoir sur une branche de l'économie, surtout lorsqu'elles se rapportent à un sujet d'intérêt général. On constatera malheureusement que le Tribunal fédéral voit les choses différemment: dans son nouvel arrêt dans l'affaire des fours à micro-ondes, dont M. Cherpillod n'a pas eu connaissance avant la remise de son manuscrit, le Tribunal fédéral, appelé à juger de la demande en révision du recourant après le prononcé de la Cour de Strasbourg, a pour l'essentiel maintenu son premier jugement (cf. ATF 125 III 185, avec annotation *medialex* 2/99, 101 s.). Cet arrêt est surprenant et regrettable. ■

PROF. FRANZ WERRO, FRIBOURG

### Rolf Weber: Information und Schutz Privater

Die Auslegung von R.H. Weber zum Stand der juristischen Diskussion zeigt die grosse Unsicherheit, ja Ratlosigkeit der Rechtswissenschaft im Umgang mit den aufgeführten Problemen. Der knappe Raum gestattet nicht, alle Fäden von WEBERS Beitrag weiterzuspinnen, weshalb ich mich auf einige Bemerkungen zu den Stichworten «Information», «Privatheit» und «Schutz der Privatheit» beschränke.

#### Zum Desinformationspotenzial des Informationsbegriffes

Vertreter anderer Sozialwissenschaften beneiden uns Juristen oft um die Definitionsmacht des Gesetzgebers, welcher (mehr oder weniger) taugliche Arbeitsbegriffe liefern kann, die es der Praxis weitgehend ersparen, «das Rad immer wieder neu zu erfinden». Trotz der «neuen Unübersichtlichkeit» und Konturlosigkeit des Informationsbegriffes hält die juristische Literatur - auch Weber - daran fest.

Die folgende (unvollständige) Auswahl von Verwendungen des Begriffes «Information» macht deutlich, dass und warum er - ohne Festlegung - für rechtliche

Zwecke nicht brauchbar ist. Unter «Information» wird z.B. verstanden:

- die von einem Sender intendierte Botschaft mit dem Ziel, den Wissensstand oder das Verhalten des/der Empfänger zu beeinflussen, bzw. umzuformen (eben «Informierung»);
- unbewusste Äusserungen eines Senders (z.B. Körpersprache), die eine verwertbare Botschaft enthalten können, von der der Sender selber u.U. nichts weiss;
- die übermittelte Datenmenge (z.B. ein Bild);
- was den Empfänger tatsächlich erreicht;
- was der Empfänger versteht oder zu verstehen glaubt;
- was Dritte, ausserhalb der Sender-Empfänger-Beziehung, davon wahrnehmen etc.

Das Recht kann mit einem derartigen «Begriffs-Chamäleon» nicht arbeiten, sondern sollte sich vor allem an intersubjektiv feststellbare, d.h. beschreib-, beobacht- und messbare Fakten halten, nämlich:

- Daten, d.h. alles, was jemand (bewusst oder unbewusst) in einer wahrnehmbaren Form von sich gibt und
- Kommunikations-Situationen, die sich ebenfalls beobachten und beschreiben

lassen. Ein Modell, dessen Eignung für die Rechtswissenschaft zumindest zu prüfen wäre, ist z.B. Lasswells (The Structure and Function of Communication in Society, New York 1948) Formel: «Who Says What to Whom in Which Channel with What Effect»: **Who:** Wer ist der Sender von Daten? **Says:** In welcher Form: mündlich, schriftlich, konkludent? **What:** Beschreibung/Erfassung der Daten. **In Which Channel:** hat man jemanden unter vier Augen, über die Zeitung oder im Fernsehen angesprochen oder beleidigt? **To Whom:** Zusammen mit der Frage «who» werden hiermit die Teilnehmer (rechtlich: die Parteien) einer konkreten Kommunikations-Situation bezeichnet, wobei «to whom» nicht nur die vom Sender intendierten Adressaten, sondern jeden (auch nur zufälligen) Empfänger der fraglichen Daten miteinschliesst (nicht ausdrücklich angesprochen werden in Lasswell's Formel Qualitätsprobleme des Datentransportes wie z.B. Unvollständigkeit, Verzerrung etc. **What Effect:** Erst wenn diese Fragen geklärt sind - was in rechtlich sauberer Form möglich ist - dürfte man von «Informierung» (nämlich Umformung des Wissens/Verhaltens) sprechen. Weiter wäre zu fragen nach den Intentionen des Senders und Erwartungen des Empfängers (in der beschriebenen Situation), und zwar sowohl bezüglich beabsichtigter wie unbeabsichtigter Wirkungen auf die Parteien und auf aussenstehende Dritte, welche die Kommunikation (u.U. nur teilweise oder in verzerrter Form) wahrnehmen. Nur auf bestimmte Situationen bezogen sind Qualitäts-, insbesondere Richtigkeitsanforderungen überhaupt sinnvoll zu formulieren (vgl. Weber, 41ff).

#### Privatheit

Gemäss Posner (The Economics of Justice, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge [Mass.], 1983) - Repräsentant der «Chicagoer Schule» - enthält das Konzept der «Privacy» zwei Aspekte: «Seclusion - the interest in being left alone» - und «Secrecy - concealment of information which is invaded, whenever private information is obtained against the wishes of the person to whom the information pertains» (POSNER,

a. a. O., S. 272 f.). Nach Posner ist klar, dass vor allem das Geschäftsgeheimnis zu schützen ist, denn «Secrecy is an important method for the entrepreneur to appropriate the social benefits he creates, but in private life secrecy is more likely to operate simply to conceal discreditable facts» (POSNER, a. a. O., S. 248), weshalb letzterer kein hoher Stellenwert zukomme.

Im Bereich der neuen interaktiven Medien ist «Seclusion» - das Recht, in Ruhe gelassen zu werden - weitgehend obsolet geworden. Wer in irgendeiner Form am Wirtschaftsleben teilnimmt, gibt zwangsläufig auch persönliche Daten preis, wird zum «gläsernen Menschen» (vgl. HANNE TÜGEL: Der gläserne Mensch, GEO 6/1996, 16-37) und steht in einem «umfassenden Netzwerk umherschweifender, sich überschneidender Strahlen von Suchscheinwerfern, die fortwährend Einzelpersonen ins Licht tauchen» (REG WHITAKER: Das Ende der Privatheit - Überwachung, Macht und soziale Kontrolle im Informationszeitalter, München 1999, 177). Da mit derartigen Datenbeständen auch rege gehandelt wird, ergibt sich aus den verschiedenen Lichtkegeln eine fokussierte Dauer-Anstrahlung, welche kaum mehr «dunkle Flecken» übriglässt.

Rechtlich ist dem kaum beizukommen, vor allem dann nicht, wenn die erfassten Personen im «Kleingedruckten» der Datenerfassung und -Weitergabe zugestimmt haben oder sich gar freiwillig - bei Konsumentenbefragungen, Preisausschreiben, Mitwirkung in Radio- und Fernsehprogrammen etc. - ins Scheinwerferlicht (hier: eines «Bühnenscheinwerfers») stellen.

Während also der Anspruch auf «Seclusion» nur sehr gering geschätzt wird, sind nach derselben Theorie die riesigen verwertbaren und damit wertvollen Datenbestände, die von Unternehmen und staatlichen Stellen aufgebaut werden, als wichtige Werkzeuge ökonomisch erfolgreichen Handelns zu schützen. Es ist vor allem diese Kombination der (erlaubten) Durchbrechung der Seclusion, der man sich gar nicht entziehen kann, mit der (erwünschten) Akkumulation wirtschaftlich verwertbarer Daten, welche die Pri-

vatheit letztlich untergräbt. Ein drittes Argument - nur wer etwas zu verbergen habe, bestehe auf der Geheimhaltung privater Daten - kann u.U. mit besseren Gründen vertreten werden (z.B. Schutz der Öffentlichkeit), solange diese Daten nicht in Verletzung des Anspruches auf Seclusion gewonnen werden.

#### Schutz der Schutzlosen?

Der «Gedanke, dass eine für alle Bevölkerungsteile offene Informationsordnung sachgerechte Gesellschaftsstrukturen herbeiführt» (Weber, 26) ist in mehrfacher Hinsicht zu hinterfragen:

Zunächst: warum «sachgerechte» und nicht «menschengerechte» Strukturen? Sollte es tatsächlich nur darum gehen, Gesellschaftsstrukturen den «Sachzwängen» von Industrie, Oekonomie etc. unterzuordnen, wäre das höchst bedenklich (vgl. SANER H., Macht und Ohnmacht der Symbole, Basel 1993, insbes. 245 ff: Die Symbolokratie als neue Herrschaftsform).

Die Realität einer «informationellen» Mehrklassengesellschaft darf nicht länger verdrängt werden:

- Schon in der «Gutenberg-Galaxis» gibt es grosse Bevölkerungskreise, welche die Kulturtechnik des Lesens nicht beherrschen. Zu den funktionalen Analphabeten kommen die Netz-Illiteraten hinzu, welche die Schwelle zum Gebrauch der neuen Medien nicht überwinden können;
- Nebst der intellektuellen Überforderung gibt es auch die technische (abgesehen davon, dass man die erforderliche Grundausstattung kaufen sowie die Betriebskosten zahlen können muss): Viele Bürger sind mit der Bedienung der neuen Medien überfordert (vgl. Beobachter 13/1999, 16 ff: Der überforderte Konsument/Neue Produkte und immer mehr Dienstleistungen machen den Alltag zur Qual);
- Derzeit wird das Internet vor allem von eher jüngeren Männern städtischer Herkunft genutzt, während Frauen über Diskriminierung berichten (BRAIL S.: The Price of Admission: Harassment and Free Speech in the Wild, Wild West, in: CHERNY L./REBA WEISE E. (Hrsg.):

Wired Women - Gender and New Realities in Cyberspace, Seattle 1996, 141 ff.);

- Im globalen Kontext gibt es deutlich erkennbare Tendenzen in Richtung einer noch stärkeren Trennung der Welt der «beati possidentes» von jener der Habenichtse (Schwellenländer/Dritt-welt-Länder; CHOMSKY N./DIETERICH H.: Globalisierung im Cyberspace, 2. A., Bad Honnef 1997).

Weber (73) fordert auch, dass das Recht auf Vergessen weiterzuentwickeln sei, dass «Informationen, die einer ‚Wiederbelebung‘ nicht würdig sind, nicht auf unbefristete Zeit reaktivierbar sein (sollten)». Genau letzteres trifft aber auf einmal im Internet publizierte Daten zu: niemand weiss, wo überall und wie lange sie dort gespeichert werden. Die Wiederbelebung ist nicht zu verhindern.

Vielleicht noch gravierender ist, dass es gegen Rechtsverletzungen über «Echtzeit-Medien» keinen einstweiligen Rechtsschutz mehr gibt, was Weber überhaupt nicht erwähnt (vgl. dazu BAUMANN M.: Verfassungsrecht und Vollzugsdefizite im Internet, oder: Der Cyberspace als rechtsfolgenfreier Raum, in: SITTER-LIVER B. (Hrsg.): Herausgeforderte Verfassung - Die Schweiz im globalen Kontext, Fribourg 1999, 379 ff.).

#### Fazit

Webers Beitrag macht deutlich, wie komplex und schwierig zu regeln Kommunikations-Situationen sind, aber auch, dass das Recht mit dem bisherigen eher statischen «Informationsdenken» kaum weiterkommt. Recht regelt Beziehungen zwischen Menschen. Die ungeheuren neuen Möglichkeiten des Cyberspaces verändern diese Beziehungen, d.h. die konkreten Kommunikations-Situationen. Lösungen sind daher eher darin zu suchen, diese Situationen (und nicht «die Information») zum «Gegenstand» rechtlicher Regelung zu machen: einerseits durch Kommunikations-Kodizes (vgl. Weber, 54 ff) und andererseits durch eine «Prozeduralisierung» (Weber, 73) der rechtlichen Ordnung. ■

PROF. MAX BAUMANN, ZÜRICH