Erster Teil: Vergangene Zukunft

«In vertrauten Welten dominiert die Vergangenheit über Gegenwart und Zukunft.»[2]

Von den rechtlichen Entwicklungen in der EU mit angestossen, unterzog auch die Schweiz ihr Datenschutzgesetz (DSG) einer Totalrevision.[3] Die Schlussfassung dieser Totalrevision lag Ende 2020 und damit zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Studie vor. In Anbetracht dieser grossen datenschutzrechtlichen Neuerungswellen mag es überraschen, diese Schrift zum Datenschutzrecht mit einem historischen Teil zu beginnen. Der Blick in die weiter zurückliegende Vergangenheit allerdings ermöglicht es, etablierte Konzepte sowie Sichtweisen, denen das Datenschutzrecht bis heute verpflichtet und verhaftet ist, freizulegen und um weitere, zukunftsträchtige Perspektiven anzureichern. 30

Die aktuelle datenschutzrechtliche Debatte zeigt sich gerade in der Schweiz weitgehend geschichts- und vergangenheitsvergessen. Das Mantra der modernen Informationstechnologien und des rasanten technischen Fortschrittes scheint jeden Blick auf die Vergangenheit überflüssig zu machen. Allerdings: Woher kommt der pastorale Tonfall[4] in der Medien- und Datenschutzdebatte des 21. Jahrhunderts, wie er beispielsweise in einem Wort zum Sonntag vom 21. März 2015 erklingt, das unter dem Titel «Der gläserne Bürger – von Daten und Macht»[5] ausgestrahlt wurde?[6] Nach dem Hinweis auf den Fichenskandal verortet der Pfarrer das Grundanliegen des Datenschutzes darin, dass das Individuum die Kontrolle über seine Daten behalte, weil vertrauliches Wissen Menschen verletzlich mache und anderen Macht verleihe. Daher wolle man selbst entscheiden, wer was erfahren soll. Allwissend sei bislang nur Gott gewesen – und heute das Netz –, wobei Gott auch Güte habe, so die Worte des Pfarrers. Groebner hört in solchen heute verkündeten und allgegenwärtig vernommenen bedrohlichen Fantasien über die absolute Erfassung und Überwachung des Menschen Echos von literarischen und religiösen Topoi. Sie sind erheblich älter als Bildschirme, Fichen, Karteikarten.[7] Das «Neue» bleibt, wie zu zeigen sein wird, stark im Tradierten verhaftet. Ebendies wird auch eine vertiefte Analyse des eidgenössischen Datenschutzgesetzes, das die grosse Zweiteilung von «privat» und «öffentlich» überwinden wollte und doch wesentlich von dieser Dichotomie geprägt bleibt, zeigen.[8] 31

2 Luhmann, Vertrauen, 23.
3 Zu dieser Botschaft DSG 2017–1084, 17.059, 6941 ff., 6970.
4 Dazu auch Groebner, Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung 2013, 29 ff.
5 Kuse, SRF online, Wort zum Sonntag, Der gläserne Bürger – von Daten und Macht, Zürich 2015, <https://www.srf.ch/play/tv/wort-zum-sonntag/video/der-glaeserne-buerger---von-daten-und-macht?urn=urn:srf:video:6c903f8c-bd28-43d0-913f-dbae701e3f2a> (zuletzt besucht am 30. April 2021).
6 Skeptisch zu kulturkritischen Essays über den «entblössten Menschen» Bull, Computer, 36 f.
7 Groebner, 175.
8 Hierzu vertiefend insb. zweiter Teil, IV.–VI. Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

32 Es sind die Erosion des Privaten, wenn nicht sogar ihr Untergang, die dieser Tage beklagt werden.[9] Das Private figuriert bis heute als Dachbegriff datenschutzrechtlicher Anliegen. Es tritt über mehrere Epochen hinweg als wiederkehrendes, allerdings wandelbares Konzept in Erscheinung. Mit dem Begriff resp. der Kategorie haben sich herausragende Intellektuelle quer durch die Disziplinen befasst. Die unzähligen hierbei herausgearbeiteten konstituierenden Elemente zu systematisieren, welche eine Orientierung in dem Dickicht um das Private geben (wollen), würde Stoff für eine eigenständige Monografie liefern.

33 Auch wenn das Private bis heute der datenschutzrechtlichen Debatte als Anknüpfungspunkt dient, bleibt es ein wenig verlässliches Bezugsmerkmal. Die Bemühungen, die pluralen und divergierenden Facetten der Begriffsfassung zu vereinheitlichen, und der Versuch, den Schutz des Privaten im Recht griffig und trennscharf zu gewähren, waren bislang nur beschränkt erfolgreich. Das eigene Schutzobjekt jedoch nicht hinreichend präzis erfassen zu können, mag gerade für das Recht als eigentliche Bankrotterklärung erscheinen.[10] Ist die Tatsache, dass eine einheitliche Definition des Privaten bis heute auch juristisch nicht gefunden werden konnte, schlicht Ausdruck davon, dass sich das Private von Zeit zu Zeit und von Kultur zu Kultur immerfort wandelt?[11]

34 Die nachfolgenden Ausführungen nähern sich aus einer *historischen Perspektive* verschiedenen Aspekten an, die für die Privatheits- und Datenschutzdebatte und namentlich für deren Ursprünge informativ sind. Es geht dabei *nicht* darum, die vielen, weit in die Vergangenheit reichenden, losen Fäden, die sich rund um informationelle Zugriffe wickeln, zu entwirren. Entsprechend sind keine erschöpfenden Erläuterungen zu erwarten. Vielmehr sollen anhand von geschichtswissenschaftlichen Arbeiten mit Gegenwartsbezug, die einen Eindruck von der historischen Dimension der Personenerfassung sowie den Auswirkungen der Technikentwicklung geben, sowie anhand von Märchen *zentrale und prägende Aspekte und Problematisierungen von Personendatenerfassung* in den Blick ge-

9 Vgl. Nissenbaum, 2; Dies., Dædalus 2011, 32 ff., 32; Eckhardt/Fattebert/Keel/Meyer, 5, schien es so, als ob die Bedeutung der Privatsphäre für viele Menschen abnehme; Bergelson, UC Davis L. Rev. 2003, 379 ff., 382; zum gefühlten Verlust der Privatheit m. w. H. Dörflinger, 83 ff.; allerdings wies bereits Fried, Yale L.J. 1968, 475 ff., 475 auf die Sorgen hin, welche der Privacy-Schutz bereite; Simitis beschreibt die Besorgnis, was die Notwendigkeit des Schutzes der Privatsphäre anbelangt, schon in den 1970er Jahren; vgl. Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 67; Kilian, in: Garstka/Coy (Hrsg.), 195 ff., 217 f.; Rudin, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), 415 ff., 425 ff.; Güntner, 82 ff.; zur Gefährdung der Privatsphäre durch die neuen Technologien Miller, 29 ff.; zur Erosion des Privaten insb. im Internet mit ihrem Einfluss auf eine Verschärfung der Preisdiskriminierung Odlyzko, 355 ff.

10 Zu den Herausforderungen und Problemen insofern die Ausführungen im dritten Teil dieser Schrift.

11 Vgl. Schiedermair, 23; Amelung, 9 ff.; vgl. weiter Hotter, 71 ff.; spezifisch in Bezug auf die grund- und arbeitsrechtlichen Bezüge Pärli, EuZA 2015, 48 ff., 48.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nommen werden.[12] Die auf diesem Weg herausgearbeiteten Betrachtungsweisen werden gleichzeitig fruchtbar für die aktuelle Debatte gemacht.

Den Anfang machen die traditionsreichen *Geheimworte und Geheimhaltungspflichten*, woraufhin auf historisch weit zurückverfolgbare, systematische Personenerfassung zu sprechen zu kommen ist. Insofern wird der Aufbau informationeller Infrastrukturen als Herrschaftstechnik beschrieben, womit gleichzeitig die systembildende Wirkungskraft von Prozessen der Personendatenverarbeitung sichtbar wird. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Herausbildung eines Zweikammersystems – des Öffentlichen und des Privaten. Es folgt eine vertiefte Beschäftigung mit dem *Privaten im Privaten*. An dieser Stelle verengt sich der Fokus zumindest teilweise auf die Entwicklung der subjektiven Rechte. Den Abschluss dieses ersten Teils bildet ein Blick auf die Entwicklungsphase der ersten Datenschutzgesetzgebungen. Die grobgeschnitzte, oft anekdotenhafte Erzählung von Geschichten der Personendatenverarbeitung wollen Richtungshinweise für den weiteren Fortschritt dieser Studie geben: Mit der Rückblende werden Anregungen vermittelt, die datenschutzrechtliche Perzeption und Konzeption zu erweitern. Diese zugegebenermassen bruchstückhaften Ausführungen sollen auf die vertiefenden Ausführungen einstimmen. In der Vergangenheit lassen sich Episoden, Regeln, Praktiken sowie Einschätzungen freilegen, welche richtungsweisend für die Weiterentwicklung eines Datenschutzrechts der Zukunft, eines wirkungsstarken Datenschutzrechts sind. Die Schlaglichter beleuchten die Stellen, die es vertieft unter die Lupe zu nehmen gilt. Anders gewendet: Dieser erste, eingehende Teil ist als Hinführung gedacht an den zweiten und dritten Teil, die einen Perspektiven- und im Ergebnis einen Paradigmenwechsel herleiten. In diesem ersten, durchaus ausführlichen, nicht aber erschöpfenden Teil erfolgt eine Einladung, informations- und datenschutzrechtliche Konzepte in einem anderen Licht zu lesen. An dieser Stelle zeichnet sich ab, wohin der Weg im zweiten und namentlich dritten Teil gehen wird.

12 Aufschlussreich hierzu sind insb. die Beiträge von Dommann, allem voran ihre Habilitationsschrift Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel, Frankfurt a. M. 2014; Krajewski, Der Diener. Mediengeschichte einer Figur zwischen König und Klient, Frankfurt a. M. 2010; Groebner, Der Schein der Person. Steckbrief, Ausweis und Kontrolle im Europa des Mittelalters, München 2004; Tantner, Die ersten Suchmaschinen. Adressbüros, Fragämter, Intelligenz-Comptoirs, Berlin 2015; Vec, Die Spur des Täters. Methoden der Identifikation in der Kriminalistik (1879–1933), Baden-Baden 2002; Bernard, Komplizen des Erkennungsdienstes. Das Selbst in der digitalen Kultur, Frankfurt a. M. 2017; sodann die Beiträge in Brandstetter/Hübel/Tantner (Hrsg.), Vor Google. Eine Mediengeschichte der Suchmaschine im analogen Zeitalter, Wien 2012; hingewiesen sei an dieser Stelle weiter auf die Schriften der Rechtshistorikerin und Medientheoretikerin Vismann, z. B. die posthum ausgewählten Schriften, Das Recht und seine Mittel, Frankfurt a. M. 2012.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Kapitel: Schlüssel zum Perspektivenwechsel

A. Geheimworte und Geheimhaltungspflichten

36 Geheimworte und Geheimhaltungspflichten sind sagenumwoben, abenteuerlich und sehr alt. Sie verraten eine Menge über den Umgang mit (persönlichen) Informationen im Ablauf der Menschheitsgeschichte. Schweige- resp. Geheimhaltungspflichten, welche einen Informationsempfänger zum Geheimnisträger machen, sind auch unserer Tage für zahlreiche Berufsgattungen positivrechtlich verankert:[13] Das Arztgeheimnis wird ergänzt durch Schweigepflichten für viele im medizinischen Sektor tätige Personen wie Hebammen, Psychologen, Apothekerinnen und deren Hilfspersonen, vgl. Art. 321 Abs. 1 StGB, und bewehrt deren Verletzung mit strafrechtlichen Sanktionen. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 321bis StGB zu lesen, der die Verletzung des Geheimnisses für Forschende nach dem Humanforschungsgesetz unter Strafe stellt. Weitere Berufsgeheimnisträger sind Geistliche, Notare und Anwältinnen, vgl. dazu Art. 321 StGB.[14] Das Berufsgeheimnis der Advokaten hat das spezifische Interesse durch die eigene Gilde erfahren.[15] Sodann stehen gemäss Fernmeldegesetz Personen unter dem sog. Post- und Fernmeldegeheimnis, dessen Verletzung nach Art. 321ter strafbewehrt ist.[16] Und für die Schweiz nicht unerwähnt bleiben dürfen sodann Verschwiegenheitspflichten für kreditgebende Institutionen in Gestalt des sog. Bankgeheimnisses, genauer Bankkundengeheimnisses, vgl. Art. 47 BankG.[17] Demnach gilt entsprechend einer Definition der schweizerischen Bankiervereinigung:

13 Vgl. insofern auch Art. 35 DSG, neuerdings insb. Art. 62 nDSG; zu Rechten (und Pflichten) der Geheimhaltung Druey, BJM 2005, 57 ff.; Hoeren, MMR 1998, Beilage, 6 ff., 7, bezeichnet das Geheimnis als das älteste informationelle Zuordnungskonzept; zum «kleinen» Berufsgeheimnis nach totalrevidiertem DSG und den «grossen Berufsgeheimnissen» vgl. Rosenthal, Jusletter vom 16. November 2020, N 202 f.

14 Jüngst zu den einschlägigen Rechtsquellen Bohnet/Melcarne, JdT 2020 II, 31 ff.; zum strafrechtlichen Schutz der Geheim- und Privatsphäre in der Pflege Diethelm, in: Landolt/Blum-Schneider/Breitschmid u. a. (Hrsg.), 9 ff.; zu den Amts- und Berufsgeheimnissen gemäss Art. 320 f. StGB auch spezifisch im Kontext des medizinischen Kontextes Brühwiler-Frésey, 110 ff.

15 Hierzu Schluep/Lüchinger (Hrsg.), mit zahlreichen Beiträgen, die das Anwaltsgeheimnis in verschiedenen Facetten und Bezügen darstellen; zum Schutz der Verschwiegenheit von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren vor strafprozessualen Ermittlungsmassnahmen nach deutschem Recht Kühne, 17 ff.

16 Allgemein zum Persönlichkeits- und Datenschutz im Fernmelde- und Telekommunikationsbereich, Bondallaz, mit Hinweisen zum Fernmeldegeheimnis, N 1060 ff.

17 Vertiefend zu diesem auch in seinem Zusammenspiel mit dem DSG, dem Schutzzweck der Persönlichkeit und der Frage der Auswirkungen von Pseudonymisierung und Anonymisierung unlängst Hirsch/Jacot-Guillarmod, RSDA 2020, 151 ff.; Emmenegger/Zbinden, 193 ff., 203; Aubert/Béguin/Bernasconi et al., *passim*; vgl. sodann Anhang 3 des Rundschreibens 2008/21 der FINMA; zur Rolle des Datenschutzrechts im Bankaufsichtsrecht auch Meier, in: Emmenegger (Hrsg.), 1 ff., 4 ff.; zu den jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem globalen Standard über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (AIA) <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-international/steuerlicher-informationsaustausch.html> (zuletzt besucht am 30. April 2021); Michlig,

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> «Das Bankkundengeheimnis (Art. 47 des Bankengesetzes) ist ein eigentliches Berufsgeheiminis und als solches vergleichbar mit jenem der Ärzte oder Anwälte. Es zielt auf den Schutz der finanziellen Privatsphäre und schützt sämtliche Tatsachenfeststellungen, Werturteile und sonstige Daten (einschliesslich personenbezogener Auswertungsresultate), die sich einem Bankkunden zuordnen lassen.»[18]

Zudem werden Amtsträgerinnen und Amtsträger verschiedenenorts öffentlichrechtlich unter Geheimhaltungspflichten gestellt, strafrechtlich abgesichert über Art. 320 StGB. 37

Geheimhaltungspflichten lassen sich, wenn sie sich auf Personenangaben beziehen, als das *älteste Instrument mit datenschutzrechtlicher Stossrichtung* beschreiben. Ebendies wird, ausgehend vom berühmten Hippokratischen Eid, sogleich vertieft werden.[19] 38

Der Einstieg erfolgt indes literarisch: Aufschlussreich für eine datenschutzrechtliche Arbeit, die einen Beitrag zur Weiterentwicklung der Materie leisten will, sind die *Geheim- und Passworte*. Sie spielen in unzähligen literarischen Werken eine Schlüsselrolle. Ein Seitenblick auf zwei berühmte *Volksmärchen*, *Ali Baba und die vierzig Räuber* sowie *Rumpelstilzchen*, zeigt, dass beide zahlreiche informationelle und damit informative Aspekte, Motive und Elemente verwenden. In diesem Sinne: *Sesam, öffne Dich!* 39

«Sesam, öffne Dich!», das ist das gehackte Passwort, der «PIN-Code» zum «Safe» in *Ali Baba und die vierzig Räuber.*[20] An dieser Stelle eine kurze Erinnerung zur Erzählung aus Tausendundeine Nacht: Ali Baba vernimmt das geheime Wort vom Hauptmann der Räuberbande und es gelingt ihm, sich damit Zutritt zum Berg und dem dort gelagerten Schatz zu verschaffen. Ali Baba nimmt einen Teil des Schatzes an sich und bringt ihn nach Hause, wo seine Frau diesen mit einem Mass der Frau von Ali Babas Bruder, Casim, misst. Als sie das Mass zurückgeben will, übersieht sie eine Goldmünze am Boden des Masses. Damit erfahren auch Casim und seine Frau von dem Schatz, den Ali Baba an sich genommen hatte. Casim stellt Ali Baba zur Rede. Letzterer verspricht seinem 40

AJP 2014, 1055 ff.; <https://www.finews.ch/service/advertorials/39491-dswiss-tobias-christen-bankgeheimnis-datenschutz-schweiz-banken-privatsphaere-schutz> (zuletzt besucht am 30. April 2021); weitere datenschutz- und informationsrechtliche Themen werden mit verschiedenen Beiträgen in Emmenegger (Hrsg.) abgehandelt; zu Informationspflichten des Bankiers namentlich bei Anlagegeschäften Emmenegger, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), 67 ff.; viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben das Bankkundengeheimnis, der Datenschutz resp. die Pflicht zur Lieferung von Personenangaben, namentlich mit Blick auf Tax Law Offences und dem Verhältnis zwischen der Schweiz und den USA; Althaus Stämpfli zur Verteilung von Bankkundendaten innerhalb von Konzernstrukturen und an dritte Dienstleister, *passim;* zum Bankgeheimnis in Deutschland Wech, *passim*; Kahler/Werner, 143 ff.

18 <https://www.swissbanking.ch/de/finanzplatz/informationen-fuer-bankkunden-und-unternehmen/datenschutz-und-datengovernance> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

19 Vgl. allerdings kritisch zum Eid Steinke, SAEZ 2016, 1699 ff.

20 Christensen/Spies (Hrsg.), 123; auch Hoeren, MMR 1998, Beilage, 6 ff., bezieht sich in einem informationsrechtlichen Aufsatz auf dieses alte Märchen.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bruder die Hälfte seines Schatzes, sofern dieser die Sache für sich behält. Damit gibt sich Casim aber nicht zufrieden: Er will von Ali Baba das Zauberwort erfahren, um selbst in die Schatzhöhle zu gelangen. «Sesam, öffne Dich!» – auch für ihn öffnet sich das Tor zur Höhle mit dem Schatz. Allerdings wird Casim zum Verhängnis, dass er das Zauberwort beim Verlassen der Höhle vergessen hat. Die Räuber wollen nunmehr herausfinden, wie das Geheimwort zu Casim gelangt ist, was dieser unter der Bedingung der Geheimhaltung sowie des Erhalts von Gold verrät. Nichtsdestotrotz markiert die Räuberbande in der Folge das Haus, in dem Ali Baba lebt, mit einem Kreidezeichen. Ali Babas Frau bemerkt beim Verlassen des Hauses ebendieses Zeichen und wittert Gefahr. Sie nimmt eine Kreide und markiert weitere Nachbarshäuser mit demselben Zeichen.[21] Die daraus resultierende Unmöglichkeit, den Gesuchten aufzuspüren, führt letzten Endes zur Tötung des Hauptmanns. Zudem wird die gesamte Räuberbande von Ali Baba und seiner Frau bezwungen. Das Geheimwort (der «PIN-Code») «Sesam, öffne Dich!» und damit auch der Schatz werden in der Folge von Ali Baba auf seinen Sohn und von Generation zu Generation vererbt.[22]

41 Offensichtlich präsentieren sich damit Informationen und (Personen-)Daten keineswegs erst seit dem 20. Jahrhundert Gold wert zu sein. Vielmehr berichten schon alte Märchen davon, wie geheime Information den Zugang zu etwas Wertvollem, zu einem Goldschatz – einem Gut – eröffnet. Dem Geheimnisträger – dem Hauptmann der Räuberbande in Ali Baba – wird zum einen zum Verhängnis, dass Ali Baba von ihm das Zauberwort erfahren konnte. Zum anderen versagt er dabei, die Geheimnisbrüchigen durch ein Zeichen an der Hauswand einwandfrei zu identifizieren. Dem Anführer der Räuberbande kommt somit informationell die Schlüsselrolle zu. Im Hauptmann der Räubergruppe kulminieren mehrere Informationsprivilegien und -pflichten. Sie markieren und konsolidieren seine Herrschaftsposition. Diese wird allerdings sogleich erodiert: Mehrere informationelle Versäumnisse im Verantwortungskreis des Räuberhauptmanns führen nicht nur zu seiner Entmachtung, sondern zu seiner Enthauptung: Man meinte es ernst mit dem korrekten Umgang mit Informationen; informationelle Verstösse wurden drakonisch geahndet. Geheimnisse stehen seit jeher unter einem ganz besonderen Schutz.

---

21 Zur Praxis der Häusernummerierung im Genf des 18. Jahrhunderts Cicchini, Urban Hist. 2012, 614 ff.; «Obfuscation» benannten im 21. Jahrhundert die Philosophin Nissenbaum, eine Pionierin der Datenschutzwissenschaft, und der Medien-Historiker Brunton eine Praxis, die darauf zielt, Identifizierungsprozesse zu torpedieren, vgl. Brunton/Nissenbaum, First Monday 2011, 1; Dies., Obfuscation, *passim;* Howe/Nissenbaum, in: Kerr/Steeves/Lucock (Hrsg.), 417 ff., 434 f.; zu Strategien, welche die Identifizierung und Personendatenverarbeitungen torpedieren, Litman, Stan. L. Rev. 2000, 1283 ff., 1285; zum Widerstand von «renitenten Adligen» und «maulenden Mönchen» gegen die Häusernummerierungen auch Tantner, Ordnung der Häuser, 138 f.

22 Christensen/Spies (Hrsg.), 129; ein ganz ähnliches Thema wird im Märchen vom Simeliberg der Gebrüder Grimm verarbeitet, vgl. Gebrüder Grimm, 648 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwei Metaphern der Geschichte aus Tausendundeine Nacht werden im Laufe dieser datenschutzrechtlichen Arbeit wiederholt auftauchen. Die erste davon sticht ins Auge und weist starke Symbolkraft auf: 42

Erstens der Berg resp. das Berginnere oder das Haus resp. das Hausinnere als Schutzbereiche für das Geheime, das Private, das Schutzwürdige. Diese *räumlich-statische Repräsentanz* bleibt bis heute, namentlich in der persönlichkeitsrechtlichen Sphärentheorie, wirkungsmächtig.[23] 43

Zweitens bringt die Geschichte ein weiteres Bild hervor: dasjenige von *Informations- und Goldflüssen* zwischen zwei einander gegenübergestellten «gesellschaftlichen Einheiten». Auf der einen Seite der Nukleus der Räuberbande, von dem aus Informationen wie auch Gold in ein anderes System mit anderen Akteuren, Ali Baba und dessen Familie, transmittiert werden. Ali Baba betont denn auch, dass er selbst nicht zum Räuber werde, wenn er mittels Geheimwort auf das Raubgut zugreife. Anlehnend lässt sich die Geschichte auch aus einer *dynamischen Perspektive* lesen, deren Linse sich auf (un-)erwünschte Informations- und Edelmetallflüsse zwischen verschiedenen Gesellschaftsgruppen richtet. 44

Beide Bilder scheinen auch im zweiten hier interessierenden Märchen auf, *Rumpelstilzchen*.[24] Es ist auf der einen Seite die Müllerstochter, die zur Königin werden kann, sofern sie die ihr gestellte Aufgabe erfüllt, aus Stroh Gold zu spinnen. Auf der anderen Seite steht Rumpelstilzchen, das an ihrer statt und nicht ohne eine Gegenleistung zu fordern das Stroh zu Gold verarbeitet. Nachdem die Müllerstochter ihm für seine Dienste erst ihr Halsband und dann einen Ring gegeben hat, kann sie dem Rumpelstilzchen beim dritten Mal kein Gut mehr anbieten. Dieses will nun etwas Lebendiges und verlangt ihr erstes Kind. Nach der Geburt dieses Kindes räumt das Rumpelstilzchen der verzweifelten Königin eine dreitägige Frist ein. Nur wenn sie innerhalb dieser Zeit seinen *Namen* erraten könne, werde es ihr das Kind lassen. Die Königin entsendet Boten, um den Namen herausfinden zu lassen – zunächst ohne Erfolg. Erst am dritten und letzten Tag berichtet ein Bote der Königin: 45

> «Neue Namen habe ich keinen einzigen finden können, aber als ich an einen hohen Berg um die Waldecke kam, wo Fuchs und Has sich gute Nacht sagen, so sah ich da ein kleines Haus, und vor dem Haus brannte ein Feuer, und um das Feuer sprang ein gar zu lächerliches Männchen, hüpfte auf einem Bein und schrie: „Heute back ich, morgen brau ich, übermorgen hol ich der Königin ihr Kind; ach, wie gut, dass niemand weiss, dass ich Rumpelstilzchen heiss!“»[25]

23 Zur verletzten Wohnung innerhalb eines Heftes zur Privatsphäre auch Güntner, 15 ff.

24 Auf beide Märchen – *Ali Baba* und *Rumpelstilzchen* – wird, ohne genauere Auseinandersetzung, in zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Arbeiten verwiesen, vgl. Schiedermair, 7; Hoeren, MMR 1998, 6 f.; Weber, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), 1009 ff.

25 Gebrüder Grimm, 316.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

46 Der Name als personenbezogene Angabe, wie man es heute nennen würde, ist in dieser Geschichte wegen seiner bizarren Natur ein zuverlässiger Personenidentifikator. Für die Königin ist er das «Macht-» resp. «Zauberwort», um ihr Kind nicht zu verlieren.

47 Das ist bemerkenswert: In heutiger Zeit wird der Name meist pauschal als «belanglose», «gewöhnliche» Personenangabe taxiert. Er wird gerade nicht zu den «besonders schutzwürdigen Personenangaben» gezählt.[26] Die Kategorie der *besonders schutzwürdigen resp. schützenswerten Personendaten* wird in den späteren Datenschutzerlassen ein Kernelement sein. Für ihre Verarbeitung werden qualifizierte, strengere Datenschutzvorgaben festgelegt. Ausgegangen wird von einer Idee, wonach die «Natur» bestimmter Personendaten diese per se «besonders schutzwürdig» machen.[27] In diesem Konzept spiegelt sich unübersehbar das Konzept einer räumlichen und sphärisch-abstrakt definierten «Privatheit» oder «Intimität». Allerdings greift das Konzept zu kurz, wie im Zuge dieser Arbeit an mehreren Stellen festgestellt wird. Anhand der Kategorie der besonders schutzwürdigen Personendaten liesse sich denn auch das in dieser Schrift entwickelte neue Paradigma, das Recht auf informationellen Systemschutz, entfalten.

48 Das Märchen zeigt uns bereits, dass es stets die *Geschichte und der Kontext im Hintergrund* sind, die für die Frage der (spezifischen) Schutzwürdigkeit der Angabe einschlägig sind. Der Identifikator wird der Königin sodann von einem Boten zugetragen, der als Informationsmittler resp. *Medium* fungiert.[28] Dieser belauscht das Männchen, fern von den königlichen Mauern, am Waldrand. Das Männchen macht seinen Namen unvernünftigerweise in einem nicht geschützten Aussenbereich «öffentlich», anstatt seine Vorfreude diskret in seinem Haus zu besingen. Aus dem Lebensbereich des Rumpelstilzchens fliesst nun die entsprechende Personenangabe der Königin zu. Zwei verschiedene Welten mit zwei so unterschiedlichen Akteuren – Königin einerseits, Rumpelstilzchen andererseits – und dem Boten als Informationsmittler. Der Transfer einer Personenangabe wird

26 Vgl. Art. 3 lit. c DSG resp. Art. 5 lit. c nDSG; allgemein kritisch zu der Idee eines «belanglosen Personendatums» unter Bezug auf das Volkszählungsurteil Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 34; Ders., in: Brem/Druey/Kramer/Schwander (Hrsg.) illustrativ nicht nur zur Fehlvorstellung, wonach der Name ungeachtet des Verarbeitungszusammenhangs (k)eine besonders schutzwürdige Angabe sei, 469 ff.; Ders. im Interview, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/interviews/simitis/interview-simitis.mp3> (zuletzt abgerufen am 30. April 2021); zur Anknüpfung spezifischer Rechtsfolgen je nach Zuweisung einer Personenangabe zu den besonders schützenswerten Angaben oder zu den nicht besonders schützenswerten Angaben vgl. zweiter Teil, VI. Kapitel, B.; zur Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten Epiney, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz/Hürlimann-Kaup/Fountoulakis (Hrsg.), 97 ff.; bemerkenswert in diesem Zusammenhang BGE 124 I 85, kritisch dargestellt im dritten Teil, VII. Kapitel.

27 Hierzu mehr zweiter Teil, IV. Kapitel, B.2.2.

28 Historisch zur Funktion des Boten (auch des Engels) als Informationsmittler Krajewski, 75, 155 ff., 389; Groebner, 37, 54, 57, 63, 122 ff., 120, 124, 126, 178; Dommann, 43 ff. zur mechanischen Vervielfältigung und zur Kontrolle der Verwertung mit Blick auf durch Copyright geschützte Werke und zur Kopie sowie Geheimhaltung, 138 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zum entscheidenden Element für den Verbleib des Kindes – man könnte es als das wertvollste «Gut» im Familiensystem bezeichnen – in seiner herkömmlichen Welt.

Auch in diesem Märchen sind informationell betrachtet *zwei verschiedene Sichtweisen resp. Aspekte* angelegt: zum einen die räumliche Metapher des Aussenbereichs – vor dem Haus am Waldrand –, zum anderen auch die dynamische Dimension des Transfers von Personenangaben aus dem Lebensbereich des Rumpelstilzchens in denjenigen der Königin, das Königreich. Der Wert der Information ist in diesem Märchen gleichermassen unermesslich. Die Information entscheidet über den Verbleib des Kindes bei seiner Mutter resp. dessen Verlust an das Rumpelstilzchen. Darin, dass die Königin seinen Namen in Erfahrung gebracht hat, sieht das Männchen einen Pakt mit dem Teufel und zerstört sich in der Folge selbst. Auch dieses Märchen lässt keinen Zweifel daran: Gewünschte oder ungewünschte Informationsflüsse zeitigen einschneidende Konsequenzen über die isolierte informationelle Betrachtung hinaus. 49

Was aber lehren uns die Geschichten? Beide Erzählungen – Ali Baba und Rumpelstilzchen – thematisieren zunächst die *Bedeutung und den Wert von Informationen*, mit denen der Zugriff auf ein monetäres Gut – der Goldschatz bei Ali Baba – resp. auf einen nicht-monetären Wert – das Kind – möglich wird. Der Transfer der Information steht in einer engen Korrelation zum Transfer eines anderen Gutes, sei es eines der ökonomischen Sphäre, sei es eines aus dem Familienbereich. Insofern lässt sich sagen, dass die *Information ein Mittel zum Zweck* ist und damit gewissermassen eine *akzessorische Bedeutung* hat. Die Märchen greifen zudem gleichermassen eine bis heute prägende, *räumlich-statisch konnotierte Zuordnung* von Informationen in Innen- und Aussenbereiche, in «geheim», «privat» resp. «öffentlich» auf. 50

Darüber hinaus aber laden beide Geschichten zu einem *Perspektivenwechsel* ein. Sie erzählen von der Relevanz verschiedener Akteure in ihren Rollen, die in verschiedenen Lebensbereichen agieren. Hierbei werden die *zwischen* diesen Bereichen stattfindenden *Informationsflüsse* als erwünscht resp. unerwünscht beschrieben. Das Geheimnis resp. das Geheimwort, aber auch die Geheimhaltungspflicht lassen sich damit schon früh als *Schutzinstrumente* ausmachen: Sie blockieren den Informationsfluss.[29] Der Schutz der Information dient dahinterliegend dem Schutz von Gütern anderer «Ingredienz» – von Gold, einem Kind. 51

29 Das Konzept resp. Bild von Datenflüssen konnte sich bis heute nicht als Bezugspunkt für die datenschutzrechtliche Normierung durchsetzen; gleichwohl erwähnt insb. Druey, BJM 2005, 57 ff., 66, das Bild in mehreren seiner informationsrechtlichen Schriften, z. B. auch in einem Beitrag zur Geheimhaltung. Ebenda wird auch das Bild des Schliessens resp. Öffnens von einem Hahn verwendet; zur Frage einer Gestaltung von Informationsflüssen unter Ausrichtung an der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls Hoeren, 38 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entsprechend wird bereits an dieser Stelle der Begriff der *Akzessorietät des informationellen Schutzes* vorgeschlagen.

52 *Back to reality:* Nicht nur Geheimworte, auch Geheimhaltungspflichten haben eine lange Tradition. Sofern sie sich auf Personenangaben beziehen, sind sie, wie erwähnt, die wohl ältesten Instrumente, die – in heutiger Terminologie – auch Datenschutzfunktionen wahrnehmen.[30] In der datenschutzrechtlichen Literatur werden der Eid des Hippokrates, das Arztgeheimnis sowie das Beichtgeheimnis – nebst der Errichtung bürokratischer Informationssysteme im Zuge nationalstaatlicher Konsolidierungsprozesse – als historische Vorläufer des Datenschutzrechts beschrieben.[31] Traditionsreich sind sodann Staats- und Amtsgeheimnisse, Geheimhaltungspflichten, denen Postboten («Postgeheimnis») und Diener unterstellt wurden, sowie Diskretionspflichten von Betreibern von Adressbüros.[32] Bleibt man beim Bild des Informationsflusses, so bildet das *Geheimnis gewissermassen das Wehr* oder die *Stauvorrichtung*.[33] Die Information soll nicht weiterfliessen, stattdessen beim Informationsempfänger vertraulich verbleiben. Diesen Bedeutungsaspekt bringt der lateinische Begriff für Geheimnis, *secretum, secernere – abgetrennt, trennen,* unmissverständlich zum Ausdruck.[34] Geheimhaltungspflichten blockieren den *Fluss bestimmter Informationen zwischen verschiedenen Personen und Bereichen*.

53 In Anbetracht der Bedeutung, welche Geheimhaltung und Verschwiegenheit überlieferterweise haben, erstaunt es auch nicht, dass sich historisch entsprechende Symbole der Repräsentation finden. So rief beispielsweise die Rose bereits im Mittelalter als Signum in Gestalt einer Schnitzerei oder getrocknet als Ausstattung des Beichtstuhles die Verschwiegenheit, die Pflicht zur Geheimhaltung ins

30 Dass es sich z. B. bei den beruflichen Schweigepflichten, vgl. Art. 321 StGB, wie der ärztlichen Schweigepflicht um eine datenschutzrechtliche Vorgabe handelt, zeigt neben dem Verweis in Art. 35 DSG nicht zuletzt auch der Blick auf die Homepage des EDÖB. Hier finden sich Informationen unter den Rubriken «Telekommunikation» (wozu das Fernmeldegeheimnis gehört), «Handel und Wirtschaft», «Versicherung», «Statistik», «Register» und «Forschung» usf. Der Titel «Gesundheit» widmet sich ausführlich den ärztlichen resp. medizinalberuflichen Schweigepflichten. Geheimhaltungs- und Schweigepflichten – sie blockieren Informationsflüsse – sind ein traditionsreiches und erprobtes Kernelement des Datenschutzrechts; nach Totalrevision vgl. in diesem Zusammenhang Art. 62 nDSG; Bull, Computer, 77 ff., beschreibt die Geheimhaltungspflichten unter dem Titel der geistigen Wurzeln des Datenschutzrechts.

31 M. w. H. Nissenbaum, 172; von Lewinsky, in: Arndt/Augsberg (Hrsg.), 196 ff., 201 ff.; zum Arztgeheimnis auch der Beitrag zum Datenschutz im Gesundheitsbereich Günter, in: Schweizer (Hrsg.), 151 ff., 151 f., der die Bezeichnung Patientengeheimnis als treffender beurteilt – die Strafnorm schütze den Patienten; so auch Brühwiler-Frésey, 121, wonach es um den Schutz der Geheim- und Privatsphäre der Personen gehe, die mit Personen der jeweiligen Berufsgattungen verkehren; zur Bürokratie als Symbol für die rational handelnde Regierung Herzfeld, 17 ff.

32 Hierzu Tantner, Suchmaschinen, 194; Groebner, 112; Krajewski, 412; zur Bedeutung des späteren Briefgeheimnisses Güntner, 71 ff.

33 In den Worten von Nissenbaum würde es sich um ein «Transmissionsprinzip» handeln, 201 f.; zum Begriff des Informationsflusses Miller, 148.

34 M. w. H. hierzu im Kontext des Familieninformationsrechts Pfaffinger, N 116.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bewusstsein.[35] Die Rose ermahnte auch in Rats- und Rittersälen über Tafeln zur Diskretion. *Sub rosa dictum*, ein Dictum, wie es beispielsweise bei Sebastian Brant um 1494 zu finden ist,[36] war denn auch während Jahrhunderten eine gebräuchliche «Redewendung» für Angelegenheiten, die «unter dem Siegel der Verschwiegenheit» bleiben sollten. In diesem Zusammenhang ist sodann auf den jünglingshaften Gott der Verschwiegenheit, Harpokrates, hinzuweisen, dessen Abbild die Römer auf ihren Siegelringen trugen. Harpokrates wird meist am Tempeleingang sitzend dargestellt, seinen Zeigefinger an den Mund gelegt. Er ist Schutzpatron für das Briefgeheimnis und damit eine prägende Figur.[37]

54 Vertiefend werden nachfolgend *drei traditionelle Geheimhaltungspflichten* beleuchtet – der Eid des Hippokrates, das Beichtgeheimnis und das Geheimnis der Adoption. Hierbei wird sich bestätigen, dass Geheimhaltungspflichten *als Steuerungsinstrument von Informationsflüssen* zu verstehen sind.

55 Das achte Prinzip des auf ca. 400 v. Chr. datierenden Eides des Hippokrates lautet zu Deutsch:

> «Über alles, was ich während oder ausserhalb der Behandlung im Leben der Menschen sehe oder höre und das man nicht nach aussen tragen darf, werde ich schweigen und es geheim halten.»[38]

56 Ein entsprechendes Bekenntnis ist ebenso aus der islamischen (Rechts-)Kultur durch den persischen Haly Abbas Ahwazy aus dem 10. Jahrhundert überliefert: In seinem Liber Regius, in dem sich der Arzt in einem einleitenden Kapitel den ethischen Grundfragen des Ärztestandes widmet, bezieht er sich auf den Hippokratischen Eid:

> «A physician should respect confidence and protect the patient's secrets. In protecting a patient's secrets, he must be more insistent than the patient himself. A physician should follow the Hippocratic counsel.»[39]

57 Die ärztliche Schweigepflicht bildet heute einen festen Bestandteil des staatlichen Standesrechts, in der Schweiz, vgl. Art. 40 lit. f. des eidgenössischen Medizinalberufegesetzes, Art. 16 lit. f. des Gesundheitsberufegesetzes und Art. 323 StGB. Begründet wird diese Schweigepflicht vorab mit dem Schutz der *Intim- und Privat-*

35 Heinz-Mohr/Sommer, Die Rose, 112 f.
36 Brant, Abschnitt 7, von Zwietrachtstiftern, 16/Z13.
37 Vgl. zu diesem ägyptischen Götterkind Sandri, *passim*, die allerdings auf eine Fehlinterpretation des Fingers am Mund als Symbolisierung des Schweigens hindeutet, 100; zum Briefgeheimnis Güntner, 71 ff.
38 Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl., 2017, 695.
39 Vgl. Reich (ed.), Encyclopedia of Bioethics, Advice to a Physician, Advice of Haly Abbas, New York 1995, <http://www.bioethics.org.au/Resources/Codes%20and%20Oaths/Advice%20-to%20a%20Physician.pdf> (zuletzt besucht am 30. April 2021); Nissenbaum, 173.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sphäre der zu behandelnden Person, der Patientin und des Patienten.[40] Hier spiegelt sich die heutige Orientierung am Subjekt- und Persönlichkeitsschutz, wie sie auch das DSG prägt, vgl. Art. 1 DSG und Art. 1 nDSG. Zugleich sichert die ärztliche Schweigepflicht das *Vertrauensverhältnis* zwischen Ärztin und Patient, womit es eine relationale Bedeutung enthält.[41] Des Weiteren wird mit dem Institut der Gesundheitssektor selbst geschützt.[42] Würden Informationen, welche die Ärzteschaft im Rahmen von Behandlungsverhältnissen erlangen, unbeschränkt zirkulieren, würde damit das Hauptziel des Gesundheitsbereichs an sich – der Schutz der Gesundheit – untergraben: Menschen würden keine ärztliche Hilfe mehr in Anspruch nehmen, von Pontius zu Pilatus resp. von Ärztin zu Ärztin pilgern oder nur punktuell Symptome schildern. Ebendies würde den allgemeinen Gesundheitsschutz nachhaltig erodieren.

58 Allerdings gilt die ärztliche Schweigepflicht auch unserer Tage *nicht absolut*: Eine Entbindung davon kann zum einen durch die Einwilligung der behandelten Person erfolgen, zum anderen aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, welche die näheren Voraussetzungen präzisiert (z. B. Notwendigkeit eines behördlichen Entscheides). Für den Fall, dass jemand sich selbst oder Dritte gefährdet, ist eine Entbindung von der Schweigepflicht beispielsweise nach Art. 453 ZGB im Rahmen von Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen denkbar.[43]

59 Kaum ein Fall hat die Komplexität der (datenschutz)rechtlichen Herausforderungen und die Frage nach den Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht dringlicher aufgezeigt als der Fall Lubitz.[44] Lubitz brachte am 24. März 2015 als Co-Pilot ein Flugzeug zum Absturz und riss damit 150 Menschen in den Tod. Lubitz hatte lange vor dem schicksalhaften Tag mehrere Ärzte konsultiert, wobei depressive Züge beim Patienten und Piloten attestiert wurden. Wäre zum Schutz des Transportsektors, wo die Sicherheit der Flugpassagiere höchste Priorität hat, ein Informationsfluss unter Durchbrechung des Arztgeheimnisses angezeigt gewesen? Oder ist die Flugsicherheit auf anderem Wege sicherzustellen?

60 Nicht nur historisch betrachtet ist ebenso das *Beichtgeheimnis* der katholischen Kirche, welches sein Pendant für die reformierte Kirche wohl im Seelsorgege-

40 Kuhn/Poledna, 743, 746; eine aktuelle Thematisierung der datenschutzrechtlichen Relevanz der ärztlichen Schweigepflicht im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise findet sich bei Dougoud/Pfaffinger, «Das wahre Problem mit den Schüler-Masken», Inside Paradeplatz vom 25. Januar 2021.

41 Kuhn/Poledna, 744.

42 Vgl. Nissenbaum, 172; zum öffentlichen Interesse hinter dem Arztgeheimnis, welches neben die privaten Interessen sowie Standesinteressen tritt, m. w. H. Boll, 6 ff.

43 Vgl. Geiser, BSK ZGB I, Art. 453 N 1; zur Entbindung vom Arzt- sowie Anwaltsgeheimnis auch Boll, 14 ff.

44 NZZ, 11 Minuten, Zürich 2015, <https://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/11-minuten-1.18512325?reduced=true> (zuletzt besucht am 30. April 2021); NZZ, Wenn Ärzte nicht mehr schweigen, Zürich 2015, <https://www.nzz.ch/schweiz/wenn-aerzte-nicht-mehr-schweigen-1.18519132?reduced=true> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heimnis findet, für eine datenschutzrechtliche Studie von Interesse. Ersteres ist im *Codex Iuris Canonici* in c. 983 f. niedergelegt. Es gilt absolut, wobei selbst gewichtige öffentliche bzw. staatliche Interessen keinen Rechtfertigungsgrund für die Offenbarung dessen, was im Rahmen der Beichte zur Kenntnis genommen wurde, liefern können. Es darf entsprechend nicht einmal zur Rettung des eigenen oder fremden Lebens preisgegeben werden und gilt über den Tod des Pönitenten hinaus.[45] Vom Beichtgeheimnis kann einzig der Oberhirt als höhere Instanz dispensieren, was bislang allerdings nie geschehen ist.[46] Geheimhaltungspflichten sind also verschiedenen Institutionen bekannt und dienen entsprechend verschiedenen Systemen, wobei das Beichtgeheimnis der katholischen Kirche eine scharfe Grenze – gerade mit Blick auf den Transfer der Informationen, die im Kontext der Beichte gemacht werden – zum staatlichen System markiert. Umgekehrt und gleichzeitig wird das Beicht- wie auch das Seelsorgegeheimnis vom staatlichen Recht geschützt.[47] Immerhin ist vor Augen zu führen, dass die «öffentliche Brandmarkung» von Sünderinnen und Sündern seit jeher ein wichtiges Sanktionierungsinstrument war. Die kanonische Busse war eine «öffentliche» Angelegenheit, die meist im Gottesdienst bekannt gegeben und vollzogen wurde. Hierzu die Worte von Augustinus:

> «Die ihr Busse tun seht, haben ein Verbrechen, ein Vergehen oder sonst eine greuliche Tat begangen. Deshalb büssen sie.»[48]

Die Schwere der Sünde sowie die Dauer und Art der Busse wird für die Gemeindeangehörigen sichtbar gemacht. Über die Kirchengemeinde hinaus wurden Sünden allgemein öffentlich gemacht und Sündiger der allgemeinen Diskreditierung ausgesetzt, mit Praktiken wie der Busspilgerschaft. Bei ihr mussten Büsser auf langen Wallfahrten schwere Ketten tragen oder Geleitbriefe vorlegen und unterschreiben lassen.[49] Den «hierarchischen Blick» des Justizapparates und damit die Überwachung, die durch architektonische Konstruktionen bei Gefängnisbauten unterstützt wurde, beschreibt Foucault als einfaches und erfolgreiches Instrument der *Disziplinarmacht*.[50] 61

Drakonische Strafen finden sich historisch betrachtet in einem weiteren Kontext, der ebenso mit Geheimnissen arbeitet: *der Familienkontext*. Insofern ist 62

45 Suter, 40.

46 Vgl. dazu Schwendenwein, 336 ff.; Browe, Das Beichtgeheimnis im Altertum und Mittelalter, Vierteljahresschrift für Theologie und Philosophie, Sonderabdruck, 1 ff.; Dr. Markus Arnold sei herzlich für diese Hinweise gedankt; vertiefend zum kirchlichen Datenschutzrecht die Beiträge in Sydow (Hrsg.), Kirchliches Datenschutzrecht. Datenschutzbestimmungen der katholischen Kirche. Handkommentar. Nomos-Kommentar 2020.

47 Zum Ganzen mit dem Hinweis, wonach für die Schweiz umstritten sei, ob ein Schutz über Art. 321 StGB erfolge, Suter, 39 ff.

48 Zit. nach Browe, Scholastik 1934, 1 ff.

49 Ders., a. a. O., 1 f.

50 Foucault, 220 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

namentlich das *Institut der Adoption* zu nennen, wobei der Adoptionsakt als Tatsache historisch immer wieder stigmatisiert und verdrängt wurde.[51] Im *Codex Hammurabi* wird die Geheimhaltung der Kindesannahme statuiert, wobei eine Verletzung dieser Pflicht mit Schärfe sanktioniert wurde: Sprachen Adoptierte über die Adoption, wurde ihnen die Zunge abgeschnitten; suchten sie nach ihren leiblichen Eltern, stach man ihnen die Augen aus. Aus der Antike überliefert ist die Sage von Ödipus, der als Kind durch ein Königspaar adoptiert wurde. Er versuchte seine Herkunft in Erfahrung zu bringen, begegnete auf seiner Suche seinem leiblichen Vater und verlor am Ende sein Augenlicht.

63 In Europa setzte sich ab den 1950er Jahren im Familienrecht die geheime Volladoption durch, die einen informationellen *clean break* zwischen der leiblichen Familie und der adoptierenden Familie umsetzte.[52] An erster Stelle sollte sie es der Adoptivfamilie ermöglichen, ein Leben zu führen, als ob sie eine «ganz normale» Familie sei. Damit war gemeint, dass sich die Adoptiveltern so fühlen sollten, als ob sie die «echten» bzw. leiblichen Eltern wären, und das Kind, als ob es das «echte» bzw. leibliche Kind der Adoptiveltern wäre. Mittlerweile allerdings hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Inkognito-Adoption in aller Regel weder dem Wohl des Kindes noch demjenigen der abgebenden Eltern und ebenso wenig dem Interesse der Adoptiveltern zuträglich ist. Vielmehr wird die Inkognito-Volladoption heute als Instrument des Institutionenschutzes beschrieben, das auf den Schutz eines Familienideals, der ehelichen Einheitsfamilie, abzielt.[53]

64 Heute wird sie in Recht und Praxis sukzessive durch halboffene und offene Adoptionsmodelle ersetzt. Sie zielen darauf ab, in transparenter(er) Weise die beiden familiären Systeme und persönlichen Bedürfnisse auch im Rahmen der Identitätsbildung zu koordinieren.[54] Ging man lange davon aus, dass die Inkognito-Adoption das System der Familie schütze, wird heute überwiegend die Meinung vertreten, dass Adoptionsformen, in denen der Adoptionsprozess offen thematisiert wird, nicht nur den Personen des Adoptionsdreiecks als Individuen und Persönlichkeiten sowie deren Beziehungen besser Rechnung tragen, sondern auch den familiären Systemen an sich förderlich sind. Im zeitgenössischen Familienrecht lässt sich nicht zuletzt im Zuge der gestiegenen Toleranz für plurale Familien- und Lebensmodelle dieser Trend zu erhöhter Transparenz auch ausserhalb des Adoptionsrechts verzeichnen.[55]

51 Hierzu m. w. H. Pfaffinger, N 8 ff.
52 Dies., N 93 ff.
53 Hierzu Dies., Ancilla Iuris (anci.ch) 2016, 49 ff.
54 Vgl. die Lockerung in den Art. 268b–e ZGB in der seit dem 1. Januar 2018 in Kraft stehenden Fassung; vertiefend zur Entwicklung und Forderung auf Anerkennung von halboffenen und offenen Adoptionsformen Dies., N 139 ff.
55 In Bezug auf die Vaterschaftsvermutung Dies., FamPra.ch 2014, 604 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Blick auf die drei Geheimnisse mit langer Geschichte – das Arztgeheimnis, das Beichtgeheimnis sowie das Adoptionsgeheimnis – hat gezeigt, dass diese nicht isoliert auf den (vermeintlichen) Schutz des Individuums und seiner Beziehung gegenüber dem Informationsempfänger gerichtet sind. Vielmehr verfolgen die *Geheimnisse eine spezifische Funktion mit Blick auf den Kontext*, in welchen die entsprechenden Informationsflüsse resp. deren Blockaden eingebettet sind.[56] So dient das Arztgeheimnis namentlich ebenso der Funktionstüchtigkeit des Gesundheitssektors selbst. Sein Ziel, Gesundheit und Heilung zu gewährleisten, würde durch die fehlende ärztliche Schweigepflicht unterminiert. Geheimhaltungspflichten strukturieren und schützen – weit über das Individuum und konkrete (Rechts-)Beziehungen hinaus – gesellschaftsrelevante Kontexte, Systeme und Institutionen.[57] 65

Gleichzeitig wurde anhand eines Blicks auf Geheimhaltungspflichten gezeigt, inwiefern solche *nicht per se angemessen oder unangemessen* sind. Vielmehr sind sie – in den Worten von Nissenbaum – ein sog. Transmissionsprinzip, also ein Steuerungsinstrument zur Gestaltung von Informationsflüssen. Ihre Angemessenheit, ihr Einsatz und ihre Gestaltung *en détail* lassen sich einzig anhand einer Reflexion der dahinterstehenden gesellschaftlichen Bereiche und der ebenda verfolgten Ziele und Schutzerwartungen beurteilen.[58] 66

Die mit dieser Rückblende freigelegte *dynamische sowie kontextuelle Dimension*, die sich in den traditionsreichen Geheimworten und Geheimhaltungspflichten unübersehbar abbildet, setzt früh einen Kontrapunkt zu einer Perzeption, wonach eine Information, auch eine Personenangabe, quasi naturgegeben oder per se als «geheim» zu gelten hat. Vielmehr erlangt sie diese Qualifizierung aufgrund des Verarbeitungszusammenhanges. Damit wird zugleich sichtbar, wie *Geheimhaltungspflichten* keineswegs isoliert auf den Schutz einer konkreten Person oder einer konkreten Beziehung abzielen, sondern dazu dienen, verschiedene soziale Bereiche und Institutionen zu konsolidieren und die ebenda verfolgten Zwecke wirksam werden zu lassen.[59] 67

56 Als Pflicht zur Informationsverweigerung auch unter Bezug auf Informationsansprüche wird das Geheimnis von Hauser, 34 ff. beschrieben.

57 Richtungsweisend Nissenbaum, *passim*.

58 Dies., 129 ff.; etwas allgemeiner und früh zu verschiedenen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Informationsflüssen resp. Kanälen Dreier, in: Bizer/Lutterbeck/Riess (Hrsg.), 65 ff., 71 ff.; zu den Elementen einer Verfassung des Informationsflusses im Internet vgl. Karavas, Digitale Grundrechte, 13 ff.

59 Zu diesem kontextuellen Ansatz Nissenbaum, *passim*; vgl. die Thematisierung von Zusammenhängen zwischen Berufsgeheimnissen, dem Schutz von Gütern der Allgemeinheit Druey, 379 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

B. Resümee und Überleitung

68 Im Sinne eines *Resümees* kann festgehalten werden: Geheimnisse, Geheim- resp. Passworte und Geheimhaltungspflichten können, wo sie sich auf Angaben über Personen beziehen, zugleich als Vorläufer sowie als Kernelemente des zeitgenössischen Datenschutzrechts bezeichnet werden. In den reflektierten Märchen mit ihren bizarren Geheimworten «Sesam, öffne Dich!» resp. «Rumpelstilzchen» steht zwar ganz das Wort im Vordergrund, was zu einer isolierten und statischen Sichtweise verleitet, in welcher Informationen gewissermassen per se und bezugslos als geheim erscheinen. Eine solche quasi-naturgegebene Einteilung zwischen «geheim» resp. «privat» und «öffentlich», die in den Märchen mit markanten räumlichen Metaphern – dem Berg und seinem Inneren, dem Haus und seinem Innenbereich resp. seinem Aussenbereich – symbolisiert wird, prägt die Konzeptionierung des Datenschutzrechts bis heute. Zugleich allerdings eröffnet eine Auseinandersetzung mit den Märchen die Möglichkeit, eine *dynamische Perspektive* freizulegen*:* Ihr gemäss erscheinen *Geheimhaltungspflichten als Instrumente zur Blockierung von Informationsflüssen*.[60]

69 Präzisiert und bildlich gesprochen geht es in beiden Erzählungen darum, dass *die geheime Information nicht aus einer Welt in eine andere Welt fliessen soll*. Der Informationsfluss soll verhindert resp. ermöglicht werden, um etwas als wertvoll Beurteiltes – einen Goldschatz, die Freiheit resp. ein Kind, ein «Gut» – erhalten resp. behalten zu können. Die damit herausgeschälte *kontextuelle und akzessorische sowie dynamische Dimension von (persönlichen resp. vertraulichen oder geheimen) Informationen* wurde anhand der historisch traditionsreichen Geheimhaltungspflichten des medizinischen, kirchlichen und familiären Bereichs detaillierter herausgearbeitet.

70 Hierbei hat sich gezeigt, dass der Geheimnisträgerin eine Diskretionspflicht auferlegt wird aufgrund der *Rolle*, in der sie dem Informanten (in der Regel dem Informationssubjekt) begegnet. Es sind spezifische (berufliche) Kontexte und Systeme, in denen von den offenbarenden Personen *als Patientin oder Beichtendem* persönliche Informationen zum Informationsempfänger als *Arzt, Geistlichem oder Familienmitglied* usf. fliessen. Mit dieser Perspektive rücken indes die Individuen und eine Vorstellung in den Vordergrund, wonach es eine *Person* – immerhin eine Person in einer spezifischen Rolle – und die sie betreffenden Informationen sind, die es zu schützen gilt. Gleichzeitig grenzen sich die Wissenden – das Informationssubjekt sowie die Eingeweihte – von anderen, nichtwissenden Personen ab: Die nichtwissenden Personen sind aus dieser Beziehung *exkludiert*.

60 Vgl. Druey, BJM 2005, 57 ff., 66; dass eine rechtswissenschaftliche Studie zum Datenschutzrecht im Medizinbereich das Bild der Informationsflüsse prägt, erscheint damit naheliegend; vgl. Brühwiler-Frésey, 154 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit erlangt die *Beziehung* zwischen Informationssubjekt und Geheimnisträgerin, in welcher im Binnenverhältnis Informationen fliessen, die nach aussen abgeschirmt werden, ein *exklusives Element*. Es ist eine *Vertrauensbeziehung*.[61] Umgekehrt kann die Vorenthaltung von Informationen ein Beziehungsgefüge belasten. Die *Gestaltung von Informationsflüssen ist ein zentrales Element der Beziehungsgestaltung*.

Der Dienst von Geheimhaltungspflichten erschöpft sich allerdings nicht im Schutz der Person und der Vertraulichkeit der Beziehung. Vielmehr erfüllen Geheimhaltungspflichten eine *systemische Schutzfunktion*: Sie dienen der Konsolidierung sowie dem Schutz der Funktionstüchtigkeit des jeweiligen Kontextes, dem die Erfüllung spezifischer Ziele und Aufgaben zugewiesen wird.[62] 71

Die *nunmehr folgenden Ausführungen* richten die Aufmerksamkeit – wiederum aus einer historischen Perspektive – auf die systematisierten und systematisierenden Informationserfassungen, namentlich Personenerfassungen, sowie auf die Herausbildung entsprechender Infrastrukturen. Der Versuch, durch die Sammlung von Wissen und Informationen *Ordnung in eine unordentliche Welt* zu bringen, hat eine lange Tradition.[63] 72

So wurden in Jurisprudenz, Philosophie und Medizin zwischen dem Hochmittelalter und dem 16. Jahrhundert Menschen kategorisiert, bezeichnet und beschrieben, beispielsweise im Rahmen der Physiognomie.[64] Aus dem Bagdad des 10. Jahrhunderts stammt das «ktab al fihrist», das Buch der Kataloge, in welchem bisher verstreutes Wissen zusammengetragen wurde. Diesem ähnlich ist das enzyklopädische «speculum maius» aus dem Europa des 13. Jahrhunderts. In seinem grossen Werk «De inventione rerum» listete der aus Italien stammende Humanist Vergilio auf, welche Erfindungen erstmals durch wen gemacht wurden.[65] Umfangreiche Informationssysteme mit Listen und Tabellen erstellten später Athanasius Kircher und Gottfried Wilhelm Leibniz, wobei Letzterer auch als Bibliothekar tätig war.[66] 73

Um gewonnene Erkenntnisse zusammenzutragen und so zentral auffindbar zu machen, dienten später Lexika. Im 21. Jahrhundert erfolgt indes das «Aus» des 74

61 Zu den Themen Vertrauensperson, Vertrauen und Information Luhmann, Vertrauen, 27 ff. und 38 ff.; zur Bedeutung des Vertrauens und des Berufsgeheimnisses in der Beziehung zwischen Anwältin und Mandant sowie allgemeiner im anwaltlichen Bereich Fellmann, N 456 ff.; zur Struktur des Rechts des Geheimseins Druey, 251 ff. und zu den Berufsgeheimnissen 317 ff., ohne allerdings den Fokus auf den relationalen Aspekt zu richten.

62 Dazu richtungsweisend Nissenbaum, 127 ff.; vgl. spezifisch für das Anwaltsgeheimnis Fellmann, N 456 ff., insb. N 458 f.; rechtsvergleichend zum Anwaltsprivileg Magnus, 1 ff.; zu den Berufsgeheimnissen, die den Diensten der jeweiligen Berufe dienen, Druey, 379.

63 Vgl. dazu Groebner, 10.

64 Zur Physiognomie als Element der Kriminalistik Vec, 4 ff.; Groebner, 33.

65 Groebner, 105.

66 Krajewski, 194.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Brockhaus, dessen Anfänge auf 1796 zurückgehen. Ursächlich für dieses Ende ist die Digitalisierung, wobei heute Algorithmen und künstliche Intelligenz ganz ähnliche Funktionen erfüllen. So bietet Starmind, ein Schweizer Unternehmen, ein Tool zur Generierung kollektiver Intelligenz in Organisationen an.[67] Es ermöglicht den Mitarbeitenden ihre Fragen einzutippen, wobei diese in der Folge an die potentiell zur Beantwortung kompetenten Personen weitergeleitet werden. Die auf diesem Weg gesammelten Informationen werden katalogisiert und stetig angereichert, womit eine Art kollektiver Intelligenz generiert wird. Im Ergebnis entsteht nichts anderes als ein riesiges Nachschlagewerk. Zirkulierten früher Bibliotheksdiener, um in den Bibliotheken mit ihren Katalogen und Schriften Antworten zu finden, wird heute über das Netz gesucht und gefunden.[68]

75 Nicht nur aus einer historischen Perspektive sind die Kontrolle über und die Ordnung *von Informationen für hoheitliches, obrigkeitliches Handeln von höchster Bedeutung*. Hierbei liefert das alte Instrument der *Volkszählung* ein Verbindungsglied zur hochaktuellen Thematik des Datenschutzes. Die Volkszählung ist das Verfahren schlechthin, wenn auch nicht das einzige, welches die Bedeutung der informationellen Erfassung von Personen durch hoheitliche Institutionen dokumentiert. Die Relevanz informationeller Erfassungen für die Etablierung von Macht konnte bereits im Rahmen der Betrachtung des Märchens von Ali Baba herausgeschält werden: Der Räuberhauptmann ist Herr des Geheimnisses, wobei seine informationellen Versäumnisse ihn am Ende nicht nur seine Macht, sondern auch sein Leben kosten. In diesem Geiste ist auch der nachfolgende Titel gesetzt.

67 Vgl. Starmind, Zürich 2020, <https://www.starmind.com> (zuletzt besucht am 30. April 2021); zum Einsatz von neuen Technologien wie künstlicher Intelligenz, Machine Learning, Block Chain usf. durch Unternehmen und die Herausforderungen, die hieraus für die Compliance resultieren, vgl. Bartuschka, CB 2019, 340 ff.; zur Frage, ob es ein Grundrecht auf Schutz vor künstlicher Intelligenz braucht, Pfeil, InTeR 2020, 82 ff.

68 Krajewski, 21, 186, 259, 348, 593.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Kapitel: Informationsverarbeitung als Herrschaftstechnologie

A. Etablierung informationeller Ordnungen

Die *Praxis der Volkszählung* ist für die datenschutzrechtliche Entwicklung richtungsweisend.[69] Juristisch hat an erster Stelle das Deutsche Bundesverfassungsgericht in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts mit seinem Mikrozensusurteil vom 16. März 1957 und dem berühmten Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983 mit dem hier anerkannten *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* die Entwicklung des Datenschutzrechts geprägt.[70] Buchner bezeichnet im 21. Jahrhundert das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts als «Magna Carta des Datenschutzrechts», die eine Zäsur in der bislang lustlos geführten Auseinandersetzung um das Datenschutzrecht markierte.[71] Das Bundesverfassungsgericht formulierte in seinem Urteil einen umfassenden Katalog von Rechten und Pflichten sowie konkreten Vorgaben zur Formatierung der hoheitlichen Machtposition, die (potentiell) über das Instrument der Volkszählung generiert wird. 76

69 Vgl. mit Blick auf die USA auch aus einer historischen Perspektive Solove, Stan. L. Rev. 2001, 1400 ff.; zum «Drama» der Volkszählung Bernard, 155 ff.; zur Geschichte der eidgenössischen Volkszählung Busset, in: Bundesamt für Statistik (Hrsg.), 9 ff. (Vorwort durch Jost) und 15 ff., zum Widerstand gegenüber dem Instrument, 80 ff. und zum Datenschutz 86 ff.; Schaar, 99 ff.; Bull, Computer, 308 ff.

70 BVerfGE 27, 1 – Mikrozensus, Urteil vom 16. Juni 1969; BVerfGE 65, 1 – Volkszählung, Urteil vom 15. Dezember 1983; zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung vertiefend Bull, Vision, 22 ff.; vgl. auch Ehmann, Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung 1997, 193 ff., 196 f. sowohl zum Schutzbereich der Selbstbestimmung, zur Sphärentheorie und zur Entwicklung der informationellen Selbstbestimmung; zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung insb. Hufen, JZ 1984, 1072 ff.; m. w. H. Buchner, 30 ff.; zur Beschreibung als «Dekodifikation» vgl. von Lewinski, in: Kloepfer (Hrsg.), 107 ff., 117; Aulehner, CR 1993, 446 ff.; Simitis, NomosKommBDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 27 ff.; Ders., NJW 1984, 394 ff.; Garstka, in: Schulzki-Haddouti (Hrsg.), 48 ff.; Ders., in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), 392 ff.; zu diesem Urteil auch Bull, in: Hohmann (Hrsg.), 173 ff., der auf die Ambivalenz hinweist, die das Urteil auslöste; Hoffmann-Riem, AöR 1998, 513 ff., insb. 519 ff.; Langer, *passim*; Geiger, NVwZ 1979, 35 ff.; Vogelsang, *passim*; Maisch, 34 ff.; Placzek, *passim*; im Kontext von Zugangskontrollen zu Spielstätten Ronellenfitsch/Denfeld, *passim*; zur Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung Specht 11 ff.; Specht/Rohmer, PinG 2016, 127 ff.; für die Schweiz im Zusammenspiel mit dem Medienrecht resp. der Medienfreiheit Glaus, *passim*; Rudin, digma 2008, 6 ff. zur Anonymität als Element informationeller Selbstbestimmung; Ders., in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hrsg.), 907 ff.; für die Schweiz mit Blick auf das Schengener Informationssystem Stämpfli, *passim*; für die Schweiz grundlegend Waldmeier, *passim*; richtungsweisend, was die Klärung der Schweizer Rechtslage anbelangt, insb. Belser, in: Epiney/Fasnacht/Blaser (Hrsg.), 19 ff. und Gächter/Egli, Jusletter vom 6. September 2010.

71 Buchner, 30; dazu, dass das Urteil zum epochalen Meilenstein gemacht wurde, der kritische Stimmen unter sich begrub, Bull, Computer, 45; zum Urteil auch Schaar, 101 ff.; Donos, 69 ff. mit Übersicht über die Kommentarliteratur und Beschreibung zweier Lager, der Befürworter und der Kritiker, die eine reduktionistische Interpretation fordern; dazu, dass dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts bis heute richtungsweisende Impulse entnommen werden, wobei in dieser Arbeit insb. anhand der Erwägungen zur Zweckbindung der kontextuelle Bezugsrahmen des Datenschutzrechts herausgearbeitet wird, vgl. zweiter Teil, V. Kapitel, B.4.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

77 Seit jeher geht die Praxis der Volkszählung mit der für hoheitlich resp. obrigkeitliche Personendatenerhebungen typischen *Ambivalenz* einher: Exemplarisch erscheint die im Alten Testament wiedergegebene Volkszählung Davids – anders als der weihnachtsgeschichtliche Zensus – als sündhaft und Teufelswerk.[72]

78 Die informationelle Erfassung von Menschen mittels Volkszählungen hat eine lange Tradition und institutionelle Bedeutung. Sie beschränkt(e) sich selten auf die Registrierung der Existenz von «Bürgerinnen und Bürgern». Vielmehr wurden mit ihr in aller Regel diverse Einzelangaben zu Personen erhoben. Bekannt sind hierbei sowohl diejenigen Zählungen, in denen Volkszähler («Staatsdiener») die zu erfassenden Personen aufsuchten, als auch jene, in denen sich die zu zählenden Personen in einer «Amtsstube» einzufinden hatten. Die Praxis der Volkszählung ist aus dem alten Ägypten sowie der römischen und griechischen Antike übermittelt.[73]

79 Volkszählungen erfolgten nicht *l'art pour l'art*. Vielmehr sollten mit den so generierten Informationen *konkrete Verwaltungsmassnahmen* durchsetzbar werden: Sie dienten der Steuereintreibung und Heeresrekrutierung, wobei es sich bei den im Alten Testament wiedergegebenen Volkszählungen meist um militärische Musterungen handelte. Zudem wurden sie zwecks Rekrutierung von Fremden zwecks Tempelbaus oder zur Eintreibung von Geldern genutzt.[74] Insofern zeigt sich erneut die *akzessorische Dimension* der informationellen Praxis.[75]

80 Auch für das *Mittelalter* sind Bevölkerungszählungen dokumentiert, beispielsweise durch die Städte nördlich der Alpen. Sie stehen im Zusammenhang mit kriegerischen Konflikten, beschränkten sich allerdings keineswegs auf die Erfassung wehrpflichtiger Männer. Vielmehr wollte man sämtliche in der Stadt wohnenden Personen registrieren. Sukzessive wurden spezielle Register eingerichtet und der Zugriff auf Fremde, Steuerzahler, Bettler, Kranke, Soldaten oder Verbrecher intensiviert.[76] 1576 sah Jean Bodin in der Volkszählung das administrative Mittel, Parasiten loszuwerden, die als Bettler und gefährliche Müssiggänger das Gemeinwesen belasteten: Würden alle königlichen Untertanen mit Name, Stand und Wohnort erfasst, könnten die Wölfe unter den Schafen entlarvt werden.[77] In der Habsburger Monarchie wurden Bevölkerungserfassungen nach diversen

72 2 Sam 24 und 1 Chr 21; vgl. zu den Musterungen und Volkszählungen in der Bibel: <https://www.bibelwissenschaft.de/wibilex/das-bibellexikon/lexikon/sachwort/anzeigen/details/volkszaehlung-zensus-at/ch/247544d04b778610b4faab76e15317ea/> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

73 Vgl. insofern auch Mayer-Schönberger/Cukier, 20 f.

74 Hierzu Hieke, Volkszählung, abrufbar unter: <https://www.bibelwissenschaft.de/wibilex/das-bibellexikon/lexikon/sachwort/anzeigen/details/volkszaehlung-zensus-at/ch/247544d04b778610b4faab76e15317ea/> (zuletzt besucht am 30. Juni 2021).

75 Vgl. zu dieser in dieser Arbeit vorgeschlagenen Begriffsdimension erster Teil, I. Kapitel, A.

76 Groebner, 57.

77 Vgl. den Hinweis bei Ders., 144; zur Erfassung und Vertreibung von Beschäftigungslosen im 16. Jahrhundert auch Herwig/Tantner, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kategorien vorgenommen.[78] Und in Wien sollte per Dekret von 1645 die gesamte Bevölkerung für militärische Zwecke erfasst werden.[79]

Eine neue Dimension der Datenverarbeitung in diesem Kontext wird mit dem Jahr 1890 erreicht, als die von Hermann Hollerith entwickelte Lochkartenmaschine für die elfte Volkszählung in den USA eingesetzt wurde.[80] Aufgrund ihrer Effizienz fanden Holleriths Lochkarten bald auch in Europa Verwendung. 81

Die Volkszählung im Sinne einer detaillierten Erfassung der in einem («Staats-»)Gebiet lebenden Bürgerinnen und Bürger in ihren persönlichen Verhältnissen wird als bedeutsames *Instrument zur Konstituierung von Staaten sowie ihrer Herrschaft* beschrieben.[81] Entsprechend zeigen sich Personendatenerhebungen auch in diesem Zusammenhang als *Herrschaftsinstrument*.[82] 82

Den Konnex zwischen allgemeiner Volkszählung und Durchführung anderer Verwaltungsvollzugsmassnahmen, gestützt auf die durch die Volkszählung generierten Personenangaben, wird später, im 20. Jahrhundert, das Bundesverfassungsgericht als datenschutzrechtliches Kernproblem thematisieren und daraus Vorgaben für das Datenschutzrecht ableiten.[83] 83

Zahlreiche Institutionen und Bereiche bedienten sich weiter zur Personenerfassung diverser (schwarzer) *Listen und Register*. Insofern ist vorab auf diejenigen aus dem *religiösen und kirchlichen Kontext* hinzuweisen. 84

Eine weit über das weltliche Dasein hinausreichende Idee mit schicksalhafter Bedeutung ruht in der *ordnenden Hand Gottes*. Sie kommt in der *mittelalterlichen Vorstellung vom Buch des Lebens* zum Ausdruck: Hier werden die Namen der Erlösten aufgelistet, wohingegen das Buch der Verdammten Gegenstand der 85

78 Zum Ganzen Tantner, Ordnung der Häuser, 199 ff.

79 Ders., a. a. O., 17 f.

80 Vgl. zum Zensus in der US-amerikanischen Geschichte Regan, 46 ff.; Heise online, Zahlen, bitte! Die Lochkarte mit 80 Zeichen wegweisend in die EDV, Hannover 2019, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Zahlen-bitte-Die-Lochkarte-Mit-80-Zeichen-wegweisend-in-die-EDV-4274778.html> (zuletzt besucht am 15. April 2021); Redaktion Damals, Lochkarten für die Volkszählung, Stuttgart 2019, <https://www.wissenschaft.de/zeitpunkte/8-januar-lochkarten-fuer-die-volkszaehlung/> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

81 Von Lewinski, Interview vom Oktober 2010, <https://www.datenschutzzentrum.de/artikel/938-Interview-mit-PD.-Dr.-Kai-von-Lewinski.html> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

82 Vgl. in anderem Zusammenhang Krajewski, 140, 178 f.; von Lewinski, in: Arndt/Augsberg (Hrsg.), 201 f.; vgl. Westin, in: Schoeman (ed.), 56 ff., 70; zum Zensus mit dem Hinweis, wonach Validität Macht heisst, Porter, 33 ff., 41 ff.; zu Metaphern für das Verhältnis von privacy und Macht Solove, Stan. L. Rev. 2001, 1393 ff.; zu den historischen Wurzeln der Kontrollgesellschaft und dem Interesse herrschender Instanzen an den «Personendaten» der Untertanen Herwig/Tantner, 11 ff.; Pedrazzini, Wirtschaft und Recht 1982, 27 ff., 28, bezeichnet die Informationsverarbeitung als zentrales staatliches Machtinstrument.

83 Vertiefend hierzu BVerfGE 65, 1 – Volkszählung, Urteil vom 15. Dezember 1983.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inquisitionslisten war.[84] Die Menschheit wurde damit der *Dualität* anheimgestellt und in zwei Kategorien eingeteilt: die Erlösten und die Verdammten, das Himmelsreich und das Reich Gottes einerseits, die Hölle und das Reich des Teufels andererseits.

86 Damit gelangt man zu den *Ketzerlisten* der *Inquisition*, wie man sie aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts kennt: Die Inquisition beanspruchte für sich die Kompetenz, das Gegenstück zum Buch des Lebens zu verfassen: ein Buch, welches die Verdammten auf Erden fichiert. Vielbedeutend, demonstrativ und manipulativ-erpresserisch wurde während der Verhöre in diesem Buch geblättert: Den Verdächtigen oder schlicht Missliebigen wurde damit – als Einschüchterungs- und Druckmittel – suggeriert, dass gegen sie bereits umfangreiche, unheilvolle Aufzeichnungen vorlägen.[85] Entsprechend wird auf die etymologische Nähe des Begriffs der *Inquisition* zum Begriff der *Information* hingewiesen. Als «informatio» wurde der Bericht der untergeordneten Untersuchungsbeamten an den vorgesetzten Richter bezeichnet.[86]

87 *Religiösen Ursprungs* waren die wohl ältesten *Namenslisten*. So sollte die 1215 im vierten Lateralkonzil verankerte Beichtpflicht durch Verzeichnisse in den Pfarreien kontrolliert werden. Aufgrund solcher Beichtverzeichnisse wurden ab dem 13. Jahrhundert Beichtbescheinigungen ausgestellt: Nur jene, die eine solche vorlegen konnten, durften die Kommunion empfangen.[87] In den kirchlichen Aufschreibesystemen des 15. und 16. Jahrhunderts finden sich weiter Tauf-, Trauungs- und Sterbeverzeichnisse.[88] Zieht man das weiter oben beleuchtete Beichtgeheimnis mit in Betracht, zeigt sich, dass sich gerade auch die *Kirche als Institution* resp. der religiöse Kontext umfassender informationeller Instrumente bediente, um *institutionelle Ziele und Zwecke* umzusetzen.

88 Im *juristischen Bereich* sind Listen aus der Zeit um 1250 bekannt. Sie führten die Verbrecher und Geächteten auf und sollten das Rechtsprechungs- und -durchsetzungsmonopol des Gerichts dokumentieren.[89] In Namenslisten waren ab dem 13. resp. 14. Jahrhundert auch *Soldaten* verzeichnet. In der Schweiz ist aus der Stadt Bern ein Dokument von 1468 überliefert, welches die aufgebotenen

84 Vgl. dazu Groebner, 52, 175; zu der menschlichen Vorstellung, selbst wenn sie alleine sind, von Göttern oder Geistern beobachtet zu werden, vgl. Westin, in: Schoeman (ed.), 56 ff., 67; zur Persistenz des Bösen (als Gegenbegriff zum Guten resp. Erlösten) in den göttlichen Ordnungen religiöser Systeme vgl. Herzfeld, 5 ff.

85 Groebner, 52.

86 Zum Ganzen Ders., 140 f.; zur Etymologie und Bedeutung des Wortes «Information» auch Hauser, 23 ff., wobei der Autor bei der Definition auf die Relevanz der Rollen des Informators, des Informanden, der Informationsquelle usf. hinweist.

87 Groebner, 51.

88 Ders., 43 f.

89 Ders., 52; zu den Identifikationsmethoden in der Kriminalistik zwischen 1879 und 1933 vgl. Vec, 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Soldaten auflistet. Einem Luzerner Rödel von 1476 lässt sich entnehmen, dass der grösste Teil der registrierten *Soldaten* nicht aus Luzern, sondern vielmehr aus Süddeutschland eingezogen wurde.[90] Besondere Kennzeichen wie Narben (im Übrigen beschrieb man Personen anhand von Grösse, Geschlecht, Haarfarbe und Bekleidung) finden sich als identifizierende Merkmale in einer Söldnerliste datierend auf das Jahr 1446.[91] Anhand besonderer Kennzeichen wurden auch *Räuber* beschrieben. Die Fahndung nach ihnen erfolgte zunächst mittels Steckschreiben, später mittels enzyklopädierter *Gaunerlisten*, die man zirkulieren liess.[92] Die ersten dieser Gaunerlisten, die als offizielle Dokumente verbreitet wurden und detaillierte Personenbeschreibungen der Gesuchten enthielten, werden Schaffhausen 1692 und Zürich 1698 zugeordnet.[93]

Auf einer Liste chiffriert und registriert zu sein, musste allerdings keineswegs stets etwas Negatives wie Abgaben, Militäreinzug, Strafverfolgung bedeuten. Mittels Listen und Registern wurden gleichermassen *Privilegien* ausgewiesen. In entsprechenden Dokumenten kündigte sich somit im Europa des 16. Jahrhunderts auch ein Bewusstsein für *soziale Verantwortlichkeiten* an: Bekannt sind amtliche Register, in denen bestimmte Bettler und Arme als *Almosenberechtigte* aufgeführt wurden.[94] 89

Umgekehrt wurden auch *Spender* aufgelistet. Zwar wurden solche Listen damit begründet, dass mit ihnen die Ausgaben planbar würden. Allerdings ging es zugleich um die Überprüfung der Liebe der Untertanen zu Gott, den Mitmenschen und die öffentliche Ordnung.[95] 90

Die Bettlerinnen und Bettler, die als Almosenberechtigte erfasst waren, konnten sich von nun an durch entsprechende *Bettlerausweise* legitimieren. Dagegen waren Bettlerinnen und Bettler in der Stadt Nürnberg gemäss der Almosenordnung aus dem Jahr 1370 noch verpflichtet, *obrigkeitliche Zeichen* an den Kleidern zu tragen, wobei die einheimischen Armen andere Markierungen als die auswärtigen zu tragen hatten. Bettlerabzeichen kannte man auch in Paris, England und Holland bereits im 14. Jahrhundert.[96] Mit ihnen sollte zugleich die Beaufsichtigung und Disziplinierung von Armen und Bettlern durch städtische wie kirchliche Beamte effektuiert werden. 91

Die schriftlichen Informations- und Personenerfassungen intensivierten und verdichteten sich sukzessive. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts hatten sich umfas- 92

90 Groebner, 125.
91 Ders., 81.
92 Vgl. auch Blauert/Wiebel, 12 ff.
93 Groebner, 163.
94 Ders., 128 ff.
95 Wagner, in: Schmidt/Aspelmeier (Hrsg.), 21 ff., 48.
96 Groebner, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sende *Registrierungssysteme* installiert.[97] Durch die schriftliche Erfassung von (Personen-)Gruppen – Söldner, Pilger und (Aus-)Reisende, Almosenberechtigte, Steuerpflichtige, Deserteure, Kranke und Kriminelle – wollte man *Hoheitsfunktionen durchsetzen und damit auch Ordnung sowie Herrschaft herstellen*.[98]

93 Mit der sukzessiv intensivierten schriftlichen Registrierung sollte – nebst der sichtbaren materiellen Welt – eine zweite, für Normalsterbliche unsichtbar bleibende Welt erschaffen werden, die nur in den Akten existierte. Insofern führten die zentralisierten bürokratischen Systeme unter Philipp II. von Spanien zu einem (ersten) Höhepunkt, der namentlich der informationellen Erfassung aller Auswanderer in die neue Welt, aber auch von Zigeunern gemäss der Reichspolizeiordnung von 1551 besondere Aufmerksamkeit angedeihen liess.[99] Seine Ambitionen, lückenlose bürokratische Registrierungssysteme zu installieren, verliehen Philipp II. den Titel «Papierkönig».[100] Einem informationellen Paralleluniversum allerdings drohte stets die Gefahr, zur Scheinwelt zu verkommen und den Bezug zur Realität zu verlieren.[101]

94 Ein weiterer Höhepunkt für die Machtkonstruktion auch durch umfassende Informationsverarbeitung wird im Zuge der Etablierung absolutistischer Herrschaftsformen angesiedelt. Als exemplarisch gilt die Passpolitik des *Ancien Régime*, die mit ihrer Möglichkeit, die Bewegungen der Untertanen zentraler Kontrolle zu unterwerfen, als beinahe allmächtiges Steuerungsinstrument der absolutistischen Verwaltung beschrieben wird.[102]

95 Nicht nur Bettlerinnen und Bettler wurden im Rahmen ihrer Ein- und Ausreise der Kontrolle unterworfen. Bereits im späten Mittelalter kannte man Instrumente wie Geleitbriefe, laisser-passer-Dokumente oder Gesundheitsbriefe, um Menschen bei ihrer Fortbewegung zu kontrollieren.[103] Anselm Adorno berichtet gar von dreierlei verschiedenen Geleitbriefen, die er auf seiner Reise von Köln nach Aachen vorzuweisen hatte.[104] Besagte Dokumente wurden gegen *Entgelt* erworben, womit der grösste Kreis an Personen von entsprechenden Ortsveränderungen von vornherein ausgeschlossen war.

96 Der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts und den fürstlichen Kanzleien entstammen die ersten *zusammenhängenden Serien von Reisedokumenten*. Die Überprüfung von Reisenden, Einreisenden und Ausreisenden mittels Listen, Registern

97 Vgl. von Lewinski, in: Arndt/Augsberg (Hrsg.), 196 ff., 201.
98 Groebner, 10 und 57 ff.
99 Ders., 138.
100 Ders., a. a. O.; vgl. zu einer Herrschaftsutopie qua totaler Kontrolle über den Bevölkerungsstand im Paris des 18. Jahrhunderts Herwig/Tantner, 26 f.
101 Groebner, 138.
102 Ders., 161.
103 Ders., 10 und 124 ff.
104 Ders., 127.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Dokumenten war ein Element der *administrativen Kontrolle*. Nicht nur Menschen, auch Informationen wurden zusehends *mobil*.

97 Entsprechend baute sich *peu à peu* eine Infrastruktur auf, in welcher die Angaben und Dokumente gemeinsam mit ihren Trägerinnen zirkulierten; jeweils an Knotenpunkten wurden von Kontrollinstanzen Prüfungen vorgenommen.[105]

98 Mit dieser Beschreibung wird erneut die *dynamische Dimension informationeller Prozesse* vor Augen geführt. Nunmehr rücken insb. *institutionalisierte und netzwerkartige Infrastrukturen mit stationären Knotenpunkten der Kontrolle* in das Blickfeld.[106] Eine Betrachtungs- und Konzeptionierungsweise, die sich – wie im Zuge dieser Schrift wiederholt gezeigt werden wird – *im zeitgenössischen datenschutzgesetzlichen Regime erst ansatzweise den Weg bahnt.*[107]

99 Im Zusammenhang mit der Bedeutung von Personenerfassungen für die Etablierung und Konsolidierung obrigkeitlicher Macht sei sodann spezifisch auf die gut dokumentierten *Städteordnungen Europas aus dem 18. Jahrhundert* eingegangen: Die Praktik der städtischen Häusernummerierung des 18. Jahrhunderts ist für diese Studie von besonderem Interesse, zumal in deren Zentrum erneut das *Haus resp. dessen Inneres bzw. Äusseres* steht. Auf die Symbolkraft der inneren Räume im informationellen Kontext wies diese Arbeit erstmals im Rahmen der Auseinandersetzung mit den Märchen Ali Baba und Rumpelstilzchen hin.[108] Das Innere des Hauses bildet, wie im Kapitel über das Private im Privaten gezeigt werden wird, eine bedeutsame Metapher für die Entwicklung des rechtlichen Privatheitsschutzes durch Warren/Brandeis, auf deren Aufsatz «The Right to Privacy» bis heute in vielen nicht nur datenschutzrechtlichen Arbeiten referiert wird.[109] Das Hausinnere, das Innerhäusliche repräsentiert und symbolisiert den geschützten Raum und das, was intuitiv mit dem Begriff des Privaten assoziiert wird. Es bildet damit die (Gegen-)Welt jenseits des Öffentlichen.[110]

105 Zu der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Begrifflichkeit der «dynamischen Dimension» vgl. erster Teil, I. Kapitel, A. und B.

106 Groebner, 124 ff.; später insofern im Lichte der Digitalisierung Tinnefeld/Buchner/Petri, 18 ff.

107 Vgl. Art. 1 DSG und Art. 3 lit. a und lit. c DSG mit den Kernkategorien der «Person» als Subjekt und der Personenangabe als «Quasi-Objekt»; mit der Einführung der DSGVO, aber auch in der Totalrevision des DSG bildet sich die dynamische Dimension des Datenschutzrechts stärker ab als in den Erlassen des 20. Jahrhunderts.

108 Vgl. erster Teil, I. Kapitel, A.

109 Vgl. z. B. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European data protection law, Luxemburg 2018, 373; Schaar, 19 f.; Allen, Harv. L. Rev. Forum 2013, 241 ff., 244; Kang/Buchner, Harv. J.L. & Tech. 2004, 229 ff., 234; Samuelson, Stan. L. Rev. 2000, 1125 ff., 1130, 1139, 1150; Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf, 6 f.; Flückiger, PJA 2013, 837 ff., 839; hierzu auch Höning, 10; vgl. zum Schutz ideeller Persönlichkeitsrechte durch das Right to Privacy und die Rolle von Warren/Brandeis sowie der Rechtsprechung auch Meyer Caroline B., 79 ff.; Richards, Vand. L. Rev. 2010, 1295 ff.; Lessig, Soc. Res. 2002, 247 ff., 264.

110 Vertiefend hierzu sogleich erster Teil, III. Kapitel, A. und B.1.–3.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

100 Mit der Praxis der Häusernummerierung durch die Stadtverwaltungen des 18. Jahrhunderts wurde dem Haus als Rückzugsort eine andere Bedeutung zugewiesen: Die Häusernummerierung machte gewissermassen das Innere nach aussen hin sichtbar.[111] Die Häusernummerierung für die Stadt Genf in den Jahren 1730–1780, die dem Bedürfnis nach Transparenz und Identifikation in den städtischen Gebieten Rechnung tragen sollte, gilt als *Paradebeispiel* für die Politik der Administration.[112] Die Etablierung lokaler Ordnungssysteme mittels Häusernummerierungen sollte keineswegs bloss verhindern, dass Soldaten im unadressierten Häusermeer untertauchen konnten.[113] Vielmehr diente die Häusernummerierung der Wahrnehmung jedweder institutioneller und hoheitlicher Aufgaben wie Strafverfolgung, Schuldeneintreibung usf. Mit ihr sollte der Anonymität der Stadt und damit der Unkontrollierbarkeit ihrer Bewohner und deren Verhalten zumindest partiell ein Riegel vorgeschoben werden. Die *städtische Verwaltung* erlangte ein *Instrument zur Kontrolle der Einwohner und zum Vollzug ihrer Verwaltungskompetenzen*.[114]

101 Mit der Häusernummerierung wurden allerdings nicht nur Mauern markiert, sondern es wurde zugleich auch *Herrschaft demonstriert*. Bereits mit der Nummerierung an sich symbolisierte die Verwaltung hoheitliche Präsenz; zudem konnte sie damit die städtischen Verwaltungsaufgaben aufsetzen. Der Herrschaftsanspruch wurde sodann durch die *Sicherung der Zeichen* markiert: Um Sabotageakte zu verhindern, sah sich die Stadtverwaltung veranlasst, nächtliche Nummernwächter patrouillieren zu lassen.[115] In diesem Zusammenhang ist eine Episode überliefert, wonach eine Frau, die in klandestiner Aktion eine Hausnummer auslöschte, alsdann im Rahmen eines Strafprozesses als Kriminelle einvernommen wurde. Unumwunden gab sie dabei zu, die Nummer ihres Hauses weiss übertüncht zu haben, weil sie sich wie eine Ketzerin in der Inquisition fühle. Argumentativ wurde die Opposition gegen diese Häusernummerierung weiter auf das Privateigentum sowie die Würde der Person gestützt, würde man doch mit der Chiffrierung der Häuser nunmehr zur anonymen Nummer degradiert.[116] Die dramatische Artikulierung des Geschehens durch die Handelnden, der «Delete-Mechanismus», die Referenz auf die Würde des Menschen als ideell ausgerichtetes Schutzgut auf der einen und auf das Privateigentum auf der anderen Seite könnte genauso gut aus der heutigen Zeit stammen.[117]

111 Zu einer solchen Mechanik bereits die Geschichte von Ali Baba, vgl. erster Teil, I. Kapitel, A.
112 Cicchini, Urban Hist. 2012, 614 ff., 616.
113 Vertiefend zur Häusernummerierung insb. Tantner, Ordnung der Häuser, 22 ff.
114 Cicchini, Urban Hist. 2012, 614 ff., 616 f., 621 ff.
115 Ders., a. a. O., 614 ff., 620.
116 Ders., a. a. O.
117 Vgl. insb. zum informationellen Widerstand gegenüber Machtasymmetrien basierend auf Datenerhebungen Brunton/Nissenbaum, First Monday 2011, mit aktuellen Beispielen unter 3.; Dies., in: Hildebrandt/Bries (Hrsg.) mit einem historischen, ggf. legendären Beispiel, wonach in Dänemark

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gegen solche *informationelle Opposition* griff die Stadt mit *drakonischen Sanktionen* in ganzer Machtfülle durch. Damit wurde erneut der Herrschaftsanspruch umgesetzt: Die Obrigkeit war nicht bereit, Störungen der informationellen Prozesse sanktionslos hinzunehmen. Es hatte sich ein System des Regierens über Nummern etabliert.[118] 102

Wie gezeigt sind mit der informationellen Erfassung des Menschen somit untrennbar die *kognitiven Annahmen von Macht*, aber auch deren *Missbrauch* verbunden. Beides löste seit jeher *Angst und Irritation* aus.[119] Einen einschüchternden Effekt zeitigten, wie die Reaktionen der Stadtbewohnenden von Genf dokumentierten, allerdings nicht nur die Praktiken der Personenerfassung an sich. Angsteinflössend wirkten zudem bereits früher *rhetorische und symbolhafte Elemente*, mit denen Macht durch Informationsverarbeitung untermauert wurde. So kursierten mit dem Siegeszug der autorisierten Schriftlichkeit zwischen dem 13. und dem 16. Jahrhundert stets auch Hinweise auf *drohende illegitime Vervielfältigungen*.[120] 103

Paradoxerweise war indes exakt das öffentliche Beklagen von Fälschungen starke *Rhetorik*. Denn die Betonung der Einzigartigkeit und Authentizität von Dokumenten (sowie allfälliger Sanktionierungen von Fälschungen) diente der Verfestigung von Autoritäten und neuer Imaginationen von Ordnung.[121] Zugleich wurde nicht selten suggeriert, eine Instanz habe allerlei problematische Informationen über den «armen Sünder», selbst wenn dem nicht so war. So bediente sich die Inquisition nur dem Schein nach vorhandener Informationen zur Machtdemonstration, indem der Inquisitor vielbedeutend in den Inquisitionsbüchern blätterte. Die als Ketzer vorgeführten Menschen machte man damit glauben, dass umfassende Aufzeichnungen gegen sie vorlägen. Geständnisse oder Informationen wurden somit durch Einschüchterung, Täuschung und Drohung erlangt.[122] Eine wirkungsmächtige Einschüchterungsstrategie im Rahmen von Verhören dürfte sein, eine mutmasslich erdrückende Aktenlage zu suggerieren. 104

Die Praktiken der Erhebung von Informationen über Personen, ihrer Erfassung in Listen und Registern, die dem Vollzug hoheitlicher Aufgaben dienten, sowie 105

sowohl der König als auch die gesamte Bevölkerung den Judenstern trugen, um eine Identifikation und Deportation der jüdischen Bevölkerung zu verhindern, 164 ff., 171; zum Einsatz der Lochkarten im NS-Regime Schaar, 27 und 34 f.; zur Bedeutung des Löschens resp. Vergessens, gerade im Zuge der Digitalisierung, vgl. Mayer-Schönberger, *passim*; vgl. zum Recht auf Löschung, auch als Recht auf Vergessen bezeichnet, Art. 17 DSGVO; vertiefend zum Recht auf Löschung Hunziker, 15 ff.

118 Cicchini, Urban Hist. 2012, 614 ff., 617.

119 Groebner, 175 f.

120 Ders., 131 ff.

121 Ders., 163 f.

122 Ders., 52; es dürfte davon auszugehen sein, dass die entsprechende Manipulationstaktik auch zu anderen Zeiten und von anderen Regimes wie z. B. der Stasi eingesetzt wurde; vgl. insofern auch Tinnefeld/Buchner/Petri, 61 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Präsenz obrigkeitlicher Zeichen sind auch als *Praktiken und Techniken der Machtkonsolidierung, -demonstration und -erhaltung* zu bezeichnen.[123] Ebendies liess sich gleichermassen anhand der Kontrollinstrumente mit Blick auf *Informationsflüsse* nachzeichnen. Die angesprochene dynamische Perzeption wurde erstmals aufgrund einer Auseinandersetzung mit den Geheimworten sowie Geheimhaltungspflichten vorgestellt. Sie blockieren den Informationsfluss *innerhalb*, namentlich aber *zwischen* verschiedenen sozialen Bereichen. Damit ist es Zeit, das Thema *Medien* auch anhand der *Mediengeschichte* aufzugreifen.[124]

106 Für die Grenzenlosigkeit von Informationsübermittlungen finden sich vorab im *spirituell-religiösen Kontext* eindrückliche Symbolisierungen. Zahlreiche Kulturen kennen Gottheiten, welche die Rolle von Götterboten innehaben, so Hermes, Iris, Algis oder der Donnervogel in der indigenen Mythologie Nordamerikas.[125] Bei Thomas von Aquin sind Engel der «verlängerte Mund Gottes». Engel transportierten die göttlichen Nachrichten zwischen Himmel und Erde.[126] Sie galten als zuverlässige Mittler, die Informationen unverfälscht überbringen – ein einzigartiges Fernmeldesystem zwischen den Welten. Zur Manipulation berufen waren allerdings die Dämonen.[127]

107 Auch im Diesseits kam dem Prozess der Verbreitung von Informationen und parallel dazu dem Schutz von Informationsprozessen Bedeutung zu: Solange effiziente Medien fehlten, floss die Information nicht zum Menschen, sondern der Mensch ging zur Information hin. Zunächst wurden Informationen stationär gesammelt und/oder vor Ort zur Kenntnis genommen, beispielsweise durch die Portraitierung von Verbrechern, Verrätern und Bankrotteuren im 14. Jahrhundert auf den *Mauern* öffentlicher Gebäude.[128]

---

123 Zusammenfassend darf das Bonmot «Wissen ist Macht» von Bacon zitiert werden, vgl. hierzu auch Mayer-Schönberger, Delete, 118 ff.; vgl. sodann die zahlreichen Beiträge zu Machtfragen in der Informationsgesellschaft in Drossu/van Haaren/Hensche et al. (Hrsg.).

124 Zum «Bild» des Informationsflusses im Zusammenhang mit der Geschichte des Copyrights im Medienwandel, Dommann, 235 f.; die Autorin hält weiter in einem Aufsatz zum Copyright im Zeitalter des Mikrofilmes fest, dass in den Kinderschuhen von Medien stets auch die Kreierung neuer Welten fantasiert wird, Dies., ZfM 2010, 79, auch mit einem Hinweis auf das Internet. Dieser Befund lässt sich ebenso in dem für das Datenschutzrecht prägenden Narrativ «Big Brother is watching you» aus Orwells Werk «1984» erkennen; Druey verwendet das Bild des Informationsflusses in mehreren Beiträgen, vgl. Druey, BJM 2005, 57 ff., 66; Ders., in: Brem/Druey/Kramer/Schwander (Hrsg.), 379 ff., 392; die Regelung von Informationsflüssen als Aufgabe des Informationsrechts wird auch erwähnt von Dreier, in: Bizer/Lutterbeck/Riess (Hrsg.), 65 ff., 71 ff.; das Bild des Informationsflusses verwendet auch Brühwiler-Frésey, 154 ff.

125 Vgl. Wikipedia, Götterbote, Mai 2020, <https://de.wikipedia.org/wiki/Götterbote> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

126 Dazu m. w. H. Krajewski, 318 f.

127 Zur Rolle des Dämons im informationellen Kontext Ders., 12, 167, 291 ff., 300, 332, 336 f., 385 f., insb. zum Dämon als Störfaktor der Kommunikation, 417.

128 Groebner, 30 f.; eine Bildgeschichte von Lavater bis Facebook präsentiert jüngst Meyer Roland, 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Personenbeschreibungen und Nachrichten wurden vorab *lokal und oral* zugänglich gemacht. Mit dem Siegeszug des *Papiers* im 13. Jahrhundert in den Kanzleien des christlichen Europas zirkulierten Informationen zusehends *schriftlich*, zu Fuss oder auf dem Rücken von Pferden.[129] Entsprechend wurden, sobald es die technischen Möglichkeiten zuliessen, visuelle Repräsentationen (Fahndungsbilder) *gedruckt*, als *Briefe versandt und ausgehängt*.[130] Es ging nicht mehr nur darum, Informationen zu erheben, sondern zugleich auch darum, obrigkeitliche Dokumente *mobil* zu machen sowie den unerwünschten Zugriff auf Informationen zu verhindern.[131] Die umfassenden obrigkeitlichen Bestrebungen, ebenso den *Fluss von Informationen zu kontrollieren*, dokumentieren deutlich den *institutionellen Aspekt* der Thematik des Umgangs mit Informationen: Der Schutzgedanke im Sinne der Kontrolle von Informationsflüssen ist hier nicht auf das Individuum gerichtet, stattdessen auf die Sicherung von Herrschaftssystemen und deren Infrastrukturen: «des stats gehaim».[132] 108

Im 14. Jahrhundert wird in Europa für den *Austausch von Dokumenten und Listen der weltlichen Behörden* ein eigentliches *Boten- und Briefbeförderungssystem* errichtet.[133] Parallel zur Verdichtung der Aufschreibesysteme werden die Nachrichtennetze zwischen den Städten ausgebaut.[134] Bis zur Umstellung des Informationstransfers auf technische Medien, zunächst durch das Telegrafieren, kommen zur Erfüllung dieser Aufgabe *Diener und Boten* zum Einsatz.[135] Rund um die Figuren der Diener, Boten und Spione ranken sich nicht nur unzählige abenteuerliche Geschichten, sondern allem voran ein zusehends ausgeklügeltes informationelles Transport- und Schutzsystem. Die im Einsatz stehenden Briefboten mussten einen Amtseid leisten und wurden Schweige- und Geheimhaltungspflichten unterworfen sowie in Botenbüchern registriert.[136] Namentlich für die Verwaltung, Diplomatie und Politik der deutschen Reichsstädte ab 1380 gewinnt der Einsatz vereidigter Briefboten hohe Relevanz.[137] 109

1464 wird in Frankreich per Dekret das königliche Botenwesen durch Louis XI. neu geordnet und einer strengeren Kontrolle unterworfen. Von nun an mussten sämtliche Briefboten der Grenzstädte ein Ausweispapier bei sich tragen. Die transportierten Dokumente waren von der postmeisterlichen Vertretung zu öffnen, zu sichten und zu verschliessen sowie mit Amtssiegeln zu belegen. Bewegun- 110

129 Vgl. Groebner, 9 und 120; Krajewski, 366 ff.
130 Groebner, 31; zu den Methoden der Identifikation in der Kriminalistik und der Bedeutung von Fahndungsbildern in den Jahren zwischen 1879 und 1933 Vec, 25 ff.
131 Groebner, 9 und 120; Krajewski, 365 ff.
132 Groebner, 53.
133 Ders., 54 f.
134 Ders., 57.
135 Ders, 10; Krajewski, 412 ff.
136 Krajewski, 124.
137 Ders., 120.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen von Postboten und Dokumenten waren damit einer fast lückenlosen Kontrolle unterworfen, «damit jede Reise jedes einzelnen Briefboten im Nachhinein rekonstruierbar sei».[138]

111 Mit besagten Massnahmen adressierte man die besondere *Vertrauensstellung*, die menschlichen Boten zukam: Indem sie die Verfügungsgewalt über Nachrichten innehatten, kam ihnen zugleich *Souveränität über das Wissen* zu.[139] Das Bild des unberührten Briefes, vom Diener auf dem Silbertablett serviert, trifft denn auch die Wahrheit weit weniger gut als das Bild des Dieners als «Medium in actu».[140] Als Störfaktoren wirkten nicht nur die Boten selbst. Vielmehr wurden diese mit ihren mehr oder minder geheimen Nachrichten, zu Fuss oder zu Pferd unterwegs, nicht selten überfallen. Mit der Geburt des Boten hat auch der Spion seinen Auftritt.[141]

112 Die zahlreichen Widrigkeiten – Langsamkeit, Indiskretion, Manipulierbarkeit, Überfallsgefahr – waren empfindliche Schwachstellen für Machthaber, denen Informationsprozesse (wie beschrieben) als Herrschaftstechnik dienten.[142] Konsequenterweise suchte man nach Mitteln, den Boten zu ersetzen, beispielsweise durch den Rückgriff auf Tiere, namentlich die Brieftaube. Schneller unterwegs konnten sie – unauffällig und weniger anfällig für Überfälle, Aushorchung und Manipulationen – selbst Hindernisse mühelos passieren. Sie spielten bis zur Etablierung technischer Übermittlungssysteme wie dem Telegrafenwesen eine bedeutsame Rolle beim Nachrichtentransport.[143]

113 Neben Boten und Postboten kam ganz allgemein dem *Diener* eine herausragende Rolle zu, wenn es um die Kenntnisnahme, Sammlung und Weiterleitung von Informationen ging. Krajewski hat der Figur seine medienhistorische Habilitationsschrift gewidmet. Er beschreibt unter anderem, wie zwischen den nummerierten Stadthäusern und Regalen Bibliotheksdiener navigierten, die Bücher verteilten und wieder eintrieben, wobei diese mit Zettelkatalogen der Unübersichtlichkeit Herr zu werden versuchten.[144]

114 Anhand unzähliger Konstellationen, Bereiche und Episoden präsentiert der Autor den *Diener als Informationszentrale* und Schaltstelle, der zusammen mit den leer gegessenen Tellern der vornehmen bürgerlichen oder herrschaftlichen Gesell-

138 Krajewski, 124 f.
139 Ders., 159.
140 Zum Ganzen mit zahlreichen Hinweisen Ders., 411 ff.
141 Groebner, 10.
142 Vgl. zu den Störfaktoren Ders., 119 ff.; hierzu auch Krajewski, 159, 411 ff.; Westin, in: Schoeman (ed.), 56 ff., 70.
143 Vgl. Wikipedia, Brieftaube, <https://de.wikipedia.org/wiki/Brieftaube> (zuletzt besucht am 30. April 2021).
144 Der Diener wird hier zur paradigmatischen Figur, die durch ein doppeltes Lokalgedächtnis zwei Adressräume miteinander verschaltet: Er koppelt Bücher- und Häuserordnung und erbringt hierdurch eine eigenständige medientechnische Leistung, Krajewski, 198.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaften zugleich auch die Informationshappen, die ihm bei seiner Tätigkeit zu Ohren kamen, abservierte.[145] Wenig später wanderten diese vom Salon in die Küche und von der Küche auf den Markt. Auf dem Markt wurden in der Folge nicht nur Gemüse, sondern auch Informationen feilgeboten.[146]

Mit den Domestiken und Mägden als medialen Hauptfiguren lässt sich erneut 115
zunächst der *dynamische Aspekt zirkulierender Informationen und Angaben zwischen verschiedenen sozialen Sphären* veranschaulichen. Zudem wird mit ihnen gleichermassen ein Aspekt vor Augen geführt, der die zeitgenössische Debatte um den Datenschutz intensiv beschäftigt: die *ökonomische Dimension* von Informationen und deren Austausch. Der Domestik kannte die Geschäfte seines Herrn bestens und konnte dieses Wissen folglich in ökonomisch oder strategisch wertvolle Informationen umsetzen.[147] Damit war es möglich, vom Domestiken zum Kapitalisten zu werden – durch Nutzung von Insiderwissen und Börsenspekulationen.[148] Für Dritte war es interessant zu wissen, wo sie die aus dem Bedienstetenverhältnis generierten Informationen erlangen konnten. Als Umschlagplätze etablierten sich die Küche, der Gesindetisch, aber auch die Foyers der bürgerlichen Palais, in der Öffentlichkeit der Dorfbrunnen, der Markt, die Barbierstuben («clearing house of information») oder das sog. Dienstmännerinstitut.[149]

Mit dieser Schilderung wurde eine neuralgische Stelle der (allzu) menschlichen 116
Diener offensichtlich: Unter Umständen erledigten sie ihre (Haus-)Aufgaben *comme-il-faut*; allerdings riskierten die Herrschaften stets, dass die Bediensteten die gebotene *Diskretion* vermissen liessen und Informationen ausser Haus transportierten. Damit taucht erneut die Metapher des Hauses auf – genauer beim Herrschaftshaus resp. Palast – als Ursprung dessen, was mit dem *Begriff des Privaten assoziiert* wird.[150] Mit der medienhistorischen Analyse des Subalternenverhältnisses zeigte sich zugleich und erneut die Relevanz informationeller Prozesse als *Herrschaftstechnik*.[151] Denn sobald der Subalterne Insider-Informationen hat, kommt ihm durch das Herrschaftswissen eine spezifische Souveränität zu, was ihn vom Dienstverhältnis emanzipiert. Spätestens dann, wenn der Diener mehr weiss als sein Herr, drängt sich die Frage auf, wer wen beherrscht.[152]

Erneut folgt aus der Entwicklung neuer Technologien sukzessive die Eliminierung 117
der präsentierten mediengeschichtlichen Figur: Mittels Gerätschaften wie eines

145 Krajewski, 155; Ders., in: Brandstetter/Hübel/Tantner (Hrsg.), 151 ff.
146 Ders., 178 ff.
147 Zum Ganzen Ders., 176 f.
148 Zur sog. Dienstmädchenhausse Ders., 177.
149 Ders., 178 f.; dazu, dass das Private ein bürgerlicher Wert ist, Bartsch, in: Bartsch/Briner (Hrsg.), 31 ff., 31 f.; vgl. auch Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 71.
150 Vertiefend insofern zum Privaten im Privaten als Privileg auch der Herrschafts- und Oberschicht Bartsch, in: Bartsch/Briner (Hrsg.), 31 ff., 32 f.
151 Vgl. m. w. H. Krajewski, in: Brandstetter/Hübel/Tantner (Hrsg.), 151 ff., 156 ff.
152 Dazu Krajewski, 177.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lifts, der die leeren Teller in die Küche transportierte, dezimierte man zugleich die Möglichkeiten der Dienerschaft, in die Nähe der Herrschaften zu gelangen und aus deren Tischkonversationen bedeutsame Informationshappen zu gewinnen. Selbst wenn die Dienerschaft durch neue Technologien wie Haushaltsgeräte, aber auch Kommunikationstechnologien ersetzt wurde, haben die Subalternen als Medienfiguren ihre Spuren hinterlassen: Die erste Web-Suchmaschine aus dem Jahr 1996 hiess «Ask Jeeves», wobei ein entsprechender Schriftzug mit der Zeichnung eines Dieners präsentiert wurde – *vom Diener zum Server*.[153] Machte schon der Diener Information zu Geld, so *forciert das Internet die Transformation von Informationen in Güter* weiter.[154]

118 Aufgrund der *informationellen Sonderposition*, die Domestiken wegen ihrer Anstellung innehatten, war die Vermittlung und Anstellung *geeigneter Personen* eine besondere Herausforderung. Selbst unter diesem Aspekt zeigt sich der Wert gewisser Informationen: So wurden bereits im Paris des 14. Jahrhunderts Dienstleistungen von Domestiken gegen Gebühr in Comptoirs vermittelt.[155]

B. Resümee und Ausblick

119 Informationelle Erfassung, Wissen und die Verfügungsgewalt darüber verleihen seit jeher *Autorität* und sind nicht zufällig das *vorrangige Herrschaftsinstrument des Patriarchen und Souveräns*.[156] Informationssysteme zu errichten und zu kontrollieren wird entsprechend als «politische Technologie» resp. als «Technologie der Macht» beschrieben.[157] Herrschaftsansprüche werden im Kontext von Informationen historisch betrachtet in mehrfacher Hinsicht relevant.

120 *Erstens* markiert der *Akt* der *Erhebung und Sammlung* selbst Herrschaft.

121 *Zweitens* ist die Informationserhebung schon früh nicht Selbstzweck, sondern in aller Regel *Instrument zur Erfüllung* eines «obrigkeitlichen» Zwecks. Informa-

153 Hierzu Krajewski, 149 ff.

154 Insofern Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 164; zur Ökonomisierung von Personendaten resp. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vgl. auch Weichert, in: Bäumler (Hrsg.), 158 ff., 158; die zunehmende Kommerzialisierung von Personendaten wurde bereits in den 1970er Jahren beschrieben, vgl. Mallmann, 23; zur Transformation von Personendaten in Commodity auch Schwartz, Harv. L. Rev. 2004, 2055 ff., 2057; zu Daten als einem Wirtschaftsfaktor auch Schaar, 179 ff.; zum Handel mit der Privatheit resp. der Privatheit als Gut Dörflinger, 49 ff.; zu Rechtsfragen kommerzieller Nutzung von Daten vgl. Hilty, in: Weber/Hilty (Hrsg.), 81 ff.; zu Personendaten als Wirtschaftsgut auch Giesen, JZ 2007, 918 ff.; vertiefend zur expansiven Kraft ökonomischer Rationalitäten dritter Teil, VII. Kapitel, B.2.

155 Vgl. Krajewski, 180; Ders., in: Brandstetter/Hübel/Tantner (Hrsg.), 151 ff.

156 Ders., 155.

157 Cicchini, Urban Hist. 2012, 614, 616; so auch Groebner, 121; indirekt zur dominanten Kognition staatlicher Herrschaftsmacht durch den Staat im Datenschutz Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.; vgl. im Zusammenhang mit polizeilichen und justiziellen Aktivitäten und der Kriminalistik Vec, 5 f., 86 ff.; vgl. weiter zum Symbolismus von (staatlicher) Herrschaftsgewalt Herzfeld, 10 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionelle Zwecke werden damit angekoppelt, womit in doppelter Hinsicht Herrschaft ausgeübt wird: Durch die informationelle Erfassung werden die Eintreibung von Steuern, die Rekrutierung von Soldaten, die Kontrolle von ein- und ausreisenden Menschen und Waren usf. realisiert.

Drittens dient die *Steuerung von Informationsflüssen* der *Machtkonsolidierung*, 122
indem Informationen mobilisiert oder umgekehrt abgeschottet werden. Zum Einsatz kamen hierbei verschiedene Kontrollinstrumente: Siegelungen, Stempel, Amtsgeheimnisse, Vereidigung der Boten, sicheres Geleit, Registersysteme der Boten und ihrer Nachrichten sowie andere mehr. Die *dynamische Dimension*, wie sie anhand der Etablierung der Beförderungsinfrastrukturen mit ihren Kontrollen an den Grenzpunkten sowie anhand des Dieners als Medienfigur erneut sichtbar gemacht wurde, konterkariert – wie zu zeigen sein wird – eine Sichtweise, die in den Dualitäten eines statisch gedachten Zweikammersystems von öffentlich versus privat, aber auch von Informationssubjekt versus Informationsobjekt (Information als ökonomisches Gut) verhaftet ist.[158]

Viertens werden gegen Torpedierungen von Informationen und deren Erhebun- 123
gen *obrigkeitliche Sanktionen* vorgesehen. Entsprechend wird im Zusammenhang mit den informationellen Praktiken der «hoheitliche Zwangsapparat» erfahrbar. Offensichtlich spielen die Informationsverarbeitung und namentlich der Umgang mit Personendaten (um in der zeitgenössischen datenschutzrechtlichen Terminologie zu sprechen) im Rahmen der *Konsolidierung und Erhaltung von Institutionen eine tragende Rolle*.

Die vorangehenden Ausführungen blieben zugegebenermassen anekdotenhaft, 124
schlaglichtartig und unvollständig. Schlagworte wie dasjenige der «Verrechtlichung» oder auch das der «werdenden Staatlichkeit», mit denen der grosse Prozess der Entstehung und Durchsetzung schriftlich fixierten Verwaltungshandelns in Europa zwischen dem 13. und 16. Jahrhundert beschrieben werden, haben ihre Defizite und werden von Historikern sowie Historikerinnen durchaus kritisch beurteilt.[159] Dennoch konnte gezeigt werden, dass die informationelle Erfassung, die Kontrolle des Menschen, die Ordnung der Welt sowie informationelle Widerstände keineswegs erst Phänomene unserer Zeit sind.[160] Zugleich wurde nachgezeichnet, inwiefern die Personenerfassung bedeutsam für die Etablierung obrigkeitlicher Herrschaft war.[161] Die Vorstellung einer umfassenden informationellen Personenerfassungen durch den *Staat* hat die datenschutzrechtliche

158 Hierzu vertiefend erster Teil, III. Kapitel; zu den Dichotomien von Privatheit und Öffentlichkeit sowie den Veränderungen resp. Auflösungstendenzen insofern z. B. Schachtner/Duller, ÖZS 2014, Sonderheft, 61 ff.; hierzu auch Schaar, 15 ff.

159 Groebner, 121 f.

160 Ders., 173 f., insbes. 175.

161 Vgl. Lewinsky, in: Arndt/Augsberg (Hrsg.), 196 ff., 201 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Debatte im 20. und 21. Jahrhundert unter den Stichworten «Grosser Lauschangriff» und «big brother is watching you» massgeblich geprägt.[162]

125 Für die Schweiz ist insofern insb. die erste Fichenaffäre illustrativ, welche das Land nachhaltig erschütterte. Die NZZ widmete ihr einen Beitrag mit dem Titel «Der gefrässige Staat».[163] Berichtet wird von «bienenfleissigen Beamten», von der «Dunkelkammer der Nation», vom «Moloch Bundesanwaltschaft» und vom «Orwellschen Monster». Den Einzelnen vor der staatlichen Gewalt zu schützen wird ab den 1970er Jahren (im Zuge der Abkehr von Karteikarten und der Hinwendung zu Computern) mit den Tendenzen umfassender Kontrolle der Einzelnen zu einem wichtigen Anliegen der sog. Informationsgesellschaften.[164] Staatliche Rechenzentren, die wie Militär-, Polizei- oder Geheimdienstzentren gut bewacht in Sonderzonen abgeschirmt werden, versinnbildlichen staatliche Macht, Bedeutsamkeit, aber auch Gefährdungspotentiale, die aus elektronischen Datenbearbeitungen resultieren. Zwar wurde die Verhaftung datenschutzrechtlicher Thematisierungen in einer staatszentrierten Sichtweise später problematisiert.[165] Dessen ungeachtet wurde mit der Fokussierung auf die Bedeutung der Errichtung informationeller Strukturen zur Etablierung obrigkeitlicher resp. hoheitlicher Herrschaftssysteme die *bereichsspezifische Differenzierung* als datenschutzrechtlich zentrales Thema in den Blick genommen. Der Fokus auf die Etablierung und Kontrolle von Informationsverarbeitung als Herrschaftstechnik von Instanzen, die hoheitliches Handeln für sich einforderten – die Etablierung dieses Bereiches, der heute als öffentlicher Bereich tituliert wird – drängt nunmehr zum Blick auf die Etablierung des Gegenbereiches, des Bereiches des Privaten.

162 Vgl. Rössler, 34; Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.; vgl. Baeriswyl, in: Baeriswyl/Rudin (Hrsg.), 47 ff., 49; illustrativ auch Busset, in: Bundesamt für Statistik (Hrsg.), 9 ff., 99; vgl. Bibas, Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1994, 591 ff., 591; Schaar, 94 ff.

163 Tribelhorn, NZZ vom 22. November 2014, Fichenaffäre von 1989 – der gefrässige Staat, wobei der Autor diese als Jahrhundertskandal beschreibt, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/schweiz/der-gefraessige-staat-1.18429845?reduced=true> (zuletzt besucht am 30. April 2021); Kreis, digma 2009, 54 ff.; Baeriswyl/Rudin/Hämmerli/Schweizer J./Karjoth, digma 2009, 64 ff.; vgl. auch Busset, in: Bundesamt für Statistik (Hrsg.), 99.

164 Für Deutschland Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 168; für die Schweiz Bründler, SJZ 89, 129 ff., 129; zur Beschreibung der Epoche als Informationszeitalter im Jahr 1990 durch Druey, in: Brem/Druey/Kramer/Schwander (Hrsg.), 379 ff., 379; zu den Ängsten auslösenden Computer-Entwicklungen insb. Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 67.

165 Hierzu Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Kapitel: Das Private und sein Schutz

A. Der Dualismus von öffentlich und privat

126 Eine Auseinandersetzung mit der Kategorie des Privaten und den Studien, die sich dieser widmen, kommt dem Betrachten eines Vexierbildes gleich: Ständig zeigen sich neue Bilder oder Aspekte. Das Recht, das auf die Strukturierung mittels hinreichend präziser Kategorien hinarbeitet, sieht sich insofern mit einer schwierigen Ausgangslage konfrontiert. Kaum ein Begriff – oder besser Konzept – hat sich als dermassen *bestimmungsresistent* erwiesen wie derjenige des Privaten.[166]

127 Vor diesem Hintergrund erscheint es *paradox*, für «das» Private den *bestimmten Artikel* als Demonstrativpronomen einzusetzen. Damit wird suggeriert, dass im kollektiven Unbewussten jeder wisse, was damit gemeint ist, was der Bedeutungsinhalt des Privaten ist. Gleichwohl: Jeglichen Unberechenbarkeiten, Vagheiten oder der Komplexität und Mehrdimensionalität zum Trotz figuriert das Private bis heute als Schirmbegriff des Datenschutzes. Entsprechend führt in dieser Studie kein Weg um dieses Konzept herum – wenn auch dieser in gebotener Kürze zu absolvieren ist.

128 Das Private an erster Stelle und auf der einen Seite *als Gegenwelt zum öffentlichen Bereich* zu beschreiben, erscheint auf den ersten Blick trivial.[167] Der Kom-

166 Nissenbaum, 1 ff.; als kontrovers, umstritten, ambivalent und vage umschrieben von Bennett, 12 f.; bildstark beschrieben als Chamäleon von Murphy, Geo. L.J. 1996, 2381 ff., 2381; dazu, dass privacy ein Konzept mit «several understandings and more misunderstandings» ist, Birnhack, CLSR 2008, 508 ff., 508; zur Beschreibung als «hodgepodge» vgl. m. w. H. Janger, Hastings L.J. 2003, 899 ff., 899; vgl. zu den Theorien und Thematisierungen des Privaten grundlegend auch Rössler, 11 ff.; zur Geschichte des privaten Lebens in fünf Bänden Aries/Duby/Veyne (Hrsg.); Beiträge zu verschiedenen Dimensionen von privacy von Westin, Prosser, Fried u. a. finden sich bei Schoemann (ed.); zum Privaten und Öffentlichen als Kernkategorien feministischer Auseinandersetzungen insb. Landes (ed.); vgl. auch Büchler/Cottier, 39 f.; nicht nur Geuss, 17 ff., insb. 31 f. vertritt, dass der Begriff resp. die Grenzen des Privaten gegenüber des Öffentlichen variabel, facettenreich und evolutiv sein müssen; m. a. W. ist die Flexibilität, Wandelbarkeit und Vielschichtigkeit des Begriffes nicht als Defizit zu sehen; zum Strukturwandel der Öffentlichkeit Habermas, 21 ff.; zur Kritik am liberalen Konzept der Privatsphäre, insb. durch Rousseau, aber auch zur feministischen Kritik Hotter, 45 ff. und 54 ff.; zur Bedeutung des Privaten, auch aus einer historischen Perspektive, Dörflinger, 9 ff.; als Mantra beschrieben wird die privacy von Solove, Stan. L. Rev. 2001, 1393 ff., 1394; Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 74 beurteilt es als in der Natur der Sache liegend, dass jede Definition des Privaten scheitern müsse, da eine Antwort resp. Konkretisierung nur in der Auseinandersetzung mit dem spezifischen Zusammenhang, in dem Information gefordert werde, gefunden werden könne.

167 Zum Begriffspaar Öffentlichkeit und Privatheit als analytische Konzepte moderner Gesellschaften, zur «Grand Dichotomy», auch unter Bezug auf Arendt und Habermas, vgl. Ritter, 10 ff.; m. w. H. dazu, dass die Trennung bereits über 2500 Jahre alt ist, Weber, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler u. a. (Hrsg.), 411 ff., 411.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

plexität des Privaten scheint dies nicht gerecht zu werden.[168] Doch gerade die Betrachtung dieser *zweigeteilt bereichsbezogenen Strukturierung und Definierung* schafft die Grundlagen für einen Erkenntnisgewinn. Auf der anderen Seite greift eine auf das Subjekt, die Persönlichkeit und Personendaten als Quasi-Objekte gerichtete Aufmerksamkeit mit Blick auf die gesellschaftlichen und *strukturellen Herausforderungen* ebenso zu kurz.[169] Mit beiden Perspektiven, ihren Potentialen sowie Defiziten wird sich diese Arbeit wiederholt auseinandersetzen.

129 Hinsichtlich der *Etablierung eines Bereiches*, den man den Bereich des Privaten nennt, kommt dem *Liberalismus* entscheidende Bedeutung zu.[170] Es war die sukzessive Verdichtung staatlicher Macht, auch mittels informationeller Infrastrukturen sowie deren Missbrauch,[171] die in den absolutistischen Systemen einen Kulminationspunkt fanden – und die *Reaktionen* auslöste: Gewichtig ist hierbei die *Erkämpfung und Anerkennung von Freiheitsrechten*, die dem staatlichen Handeln und staatlicher Macht Grenzen setzen sollen.[172] Die *Freiheitsrechte* haben für den *Dualismus konstitutive Wirkung*: Sie grenzen das obrigkeitliche, öffentliche Handeln von einem Bereich der Freiheit, dem privaten Bereich, ab.

130 Grundlagenarbeit ist insofern von Rössler geleistet worden: Die Philosophin hat die Theorien des *Liberalismus mit seinen vier tragenden Säulen von Freiheit, Gleichheit, Neutralität und Demokratie* in Bezug zu der *Kategorie resp. den Wert des Privaten* gesetzt und deren zentrale Bedeutung füreinander aufgezeigt.[173] Die liberale Trennung basiert auf der Idee, wonach es Bereiche oder Lebensdimensionen geben müsse, die der Gestaltung und Individualität des *Einzelnen* zu überlassen seien und aus denen sich der Staat mit seinen Eingriffsmöglichkeiten herauszuhalten habe.[174]

---

168 Vgl. zu verschiedenen Dimensionen des Privaten, die allesamt mit demselben Namen eingefangen werden, Rössler, digma 2002, 106 ff., 108 ff.

169 Illustrativ hier der Gesetzestext des DSG, wonach gemäss Art. 1 DSG das Gesetz den Schutz der Person und ihrer Grundrechte beabsichtigt, über die Daten bearbeitet werden; sodann werden Personendaten anhand ihrer «Natur» als besonders schutzwürdig spezifischen Vorgaben unterstellt, vgl. Art. 3 lit. a und lit. c DSG; kritisch zur Verengung der Regelungsperspektive des Datenschutzrechts als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 2 und N 26.

170 Rössler, 27 ff.; Geuss, 21.

171 Vgl. exemplarisch die Beschreibung der Entwicklungslinien erster Teil, II. Kapitel.

172 Immerhin ist an dieser Stelle anzumerken, dass eine Grundrechtskonzeptionierung, die vom Schutz von Individuen vor staatlichen Eingriffen ausgeht, kritisch herausgefordert wird, illustrativ insofern Graber/Teubner, Oxf. J. Leg. Stud. 1998, 61 ff.; vgl. mit Blick auf eine Problematik der digitalen Drittwirkung von Grundrechten Karavas, Digitale Grundrechte, 13 ff. und vertiefend zum Diskurs über die Drittwirkung der Grundrechte im Internet gegenüber Privaten, 50 ff.

173 Hierzu und zum Nachfolgenden grundlegend Rössler, 27 ff.; zur Bedeutung des Datenschutzrechts als Rückgrat der Demokratie Spiecker genannt Döhmann, in: Epiney/Sangsue (Hrsg.), 1 ff., 3 ff.; zur Verfassungs- und Grundrechtsdogmatik und zum Datenschutz Donos, 87 ff.; interessant die Ausführungen bei Seemann, 39 ff., zur «herausragenden Persönlichkeit» im Liberalismus im Zusammenhang mit seiner Studie zu Prominenz als Eigentum.

174 Rössler, 27 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der *privaten Sphäre* soll es dem Einzelnen weitgehend selbstständig obliegen, über sein Handeln zu entscheiden. Folglich verortet die Autorin den Wert des Privaten im *Autonomieschutz*.[175] In der politisch-institutionellen Dimension präsentiert sich das Private und sein Schutz damit als *Abwehrkonzept und -strategie gegenüber staatlichen Invasionen in persönliche Sphären resp. Lebensbereiche*. 131

Mit dem staatstheoretischen Blick auf den Liberalismus werden die *Freiheitsrechte als Rückgrat der Privatheitsidee* offensichtlich: Die Sphären, die durch Freiheitsrechte vor *Interventionen des Staates abgeschirmt werden,* sollen den Bürgerinnen und Bürgern innerhalb dieser abgesteckten Bereiche grundlegende Freiheiten verleihen: eine eigene Meinung zu äussern, zu wirtschaften, familiäre Beziehungen zu leben usf. Mit dieser Betrachtungsweise verengt sich zugleich der Fokus auf das Individuum, die Person, das Subjekt – im Kontext der Freiheitsrechte auf die Bürgerinnen und Bürger. Das Konzept ist gleichzeitig defensiv, individualrechtlich sowie abwehrrechtlich angelegt. 132

Sämtliche dieser Elemente prägen das eidgenössische Datenschutzgesetz bis heute nachhaltig, wie im *zweiten Teil dieser Arbeit* zu zeigen sein wird. Jedenfalls aber macht der Blick auf die Konsolidierung des privaten Bereiches als gegenüber staatlichem Handeln abgeschottete Sphäre mittels Anerkennung von Freiheitsrechten eine *kontextuelle Dimension* sichtbar. Das Private ist tief im Abwehrkonzept gegenüber staatlicher Macht und der Anerkennung der Freiheitsrechte verwurzelt. 133

Für den *privaten Bereich und das Private* ist rechtswissenschaftlich das 19. Jahrhundert von besonderem Interesse.[176] Im Zuge der Ausbildung der Privatrechtskodifikationen wird die Dualität von öffentlichem Recht und Privatrecht als Basiskategorisierung des Rechts installiert. Hier, im 19. Jahrhundert, findet sich ebenso – zumindest in den Köpfen mancher Privatrechtsgelehrten – eine Vorstellung von der Reinheit des Privatrechts. Zugleich akzentuiert sich im 19. Jahrhundert eine Dimension, die Rössler als die *quasi-natürliche Dimension des Privaten* bezeichnet und die besondere Ausprägung mit der bürgerlichen Gesellschaft resp. der bürgerlichen Familie erfährt. Nachfolgend geht es darum, *Dimensionen* 134

175 Rössler, 27 ff.; dass dem wohl berühmtesten Datenschutzrechtler Deutschlands, Spiros Simitis, der sich zu Beginn seiner wissenschaftlichen Karriere auch mit dem Familienrecht befasst hat, eine Festschrift mit dem Titel «Zur Autonomie des Individuums» gewidmet wurde, erscheint auch vor diesem Hintergrund ebensowenig als Zufall, vgl. Simon/Weiss (Hrsg.) mit zahlreichen datenschutz- und informationsrechtlichen Beiträgen; juristisch insofern Garstka, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), 392 ff.; zum Konnex von Privatheit und Privatautonomie bereits Mallmann, 52 ff.; zur Leitidee der Selbstbestimmung, auch in ihren verschiedenen Kontexten, Krähnke, 9 ff.

176 Berühmt wurden mit Blick auf ihr Plädoyer, den Schutz des Privaten rechtlich anzuerkennen, namentlich Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., Gareis sowie Gierke, vgl. Simitis, Calif. L. Rev. 2010, 1989 ff., 1990; zur Trennung von Staat und Gesellschaft im 19. Jahrhundert auch Auer, Diskurs, 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Privaten im Privaten herauszuarbeiten. Eine Kernthematisierung des Privaten findet sich im Häuslichen und Familiären.[177]

B. Das Private im Privaten – Wurzeln und Ingredienzen

1. Das Haus und die subjektiven Rechte von Eigentum und Ehrenschutz

135 Bezüglich der Entwicklungen des *Privaten im Privaten* ist rechtswissenschaftlich die *Ausbildung und Ausdifferenzierung der subjektiven Rechte* von besonderer Relevanz. Das ist die Stelle, an der auch eine Wurzel des aktuellen Schweizer Datenschutzgesetzes zu verorten ist: Es wählt für den privaten Bereich – auch nach der Totalrevision jeglichen Entwicklungen zum Trotz – die *persönlichkeitsrechtliche Anknüpfung*.[178] Analysiert man die Entwicklungen im Rahmen der Anerkennung eines spezifischen subjektiven Rechts auf Schutz «des Privaten», schwenkt der Fokus weg von der institutionellen resp. systemischen Perspektive, wie sie in den bisherigen Ausführungen in den Vordergrund gerückt wurde. Aus welchem (juristischen) Stoff also ist das Private im Privaten gemacht?

136 Als *subjektives Recht* ist es, grob gesprochen, ein *Derivat des Eigentums-, aber auch des Ehrenschutzes*.[179] Die historische Nähe zwischen dem Eigentumsrecht sowie dem Privatheitsschutz ist gut dokumentiert. Es geht an dieser Stelle nicht darum, ebendiese *en détail* darzulegen.[180] Erwähnenswert ist sie gleichwohl, zumal hier Basisannahmen von bis heute wirksamen privat- und datenschutzrechtlichen Debatten sichtbar werden, die sowohl blockierend wie auch konstruktiv

177 Eindrücklich hierzu der einleitende Passus von Wersig, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), 173 ff., N 1 mit ihrem Beitrag zur Care-Arbeit: «Jenseits der Erwerbsarbeit wird eine andere Art von Arbeit geleistet, die in der öffentlichen Sphäre weitgehend ausgeblendet ist und als private Verpflichtung gilt: Sorgearbeit und Hausarbeit»; vgl. auch Nissenbaum, 92.

178 Vgl. Art. 1 DSG sowie Art. 1 nDSG; Art. 12 DSG und Art. 30 ff. nDSG; hierzu vertiefend zweiter Teil, IV. Kapitel; zur persönlichkeitsrechtlichen Anknüpfung des Datenschutzes in der deutschen Rechtstradition vgl. auch Kilian, in: Garstka/Coy (Hrsg.), 195 ff., 196.

179 Sichtbar wird dies anhand einer Lektüre des Aufsatzes von Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff.; mit Hinweis auf die komplexen Entwicklungen des Persönlichkeitsrechts, an welches das Datenschutzrecht anknüpft, Götting, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), N 1 und N 5 ff.; vgl. zur Bedeutung der Ehrenordnung für die Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes Vesting, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), N 10 ff.; m. w. H. Büchler, AcP 2006, 300 ff., insb. 317 ff.; zum Sacheigentum, geistigen Eigentum sowie einer antithetischen Gegenüberstellung der Eigentumsrechte gegenüber dem Persönlichkeitsrecht vgl. Kohler, 125 f.; grundlegend zum Copyright, das wie kein anderes subjektives Recht eine ideelle, persönlichkeitsrechtliche sowie eine ökonomische, eigentumsrechtliche Komponente und die Idee eines Schöpfergenies beinhaltet, die Studien von Dommann.

180 M. w. H. Pärli, EuZA 2015, 48 ff.; aufschlussreich auch zu den Zusammenhängen von Persönlichkeitsrecht und (geistigem) Eigentumsrecht im 19. Jahrhundert und damit aus einer historischen Perspektive Kippel, ZNR 1982, S. 132 ff.; eine Darstellung des Zusammenspiels von Ehrenordnung und Persönlichkeitsschutz findet sich m. w. H. bei Vesting, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), § 6 Verfassungsgeschichtliche und verfassungsdogmatische Grundlagen, N 1 ff.; zu historischen Eckpunkten auch Tinnefeld/Buchner/Petri, 37 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

für ein wirksames Datenschutzrecht *de lege ferenda* wirken. Charakteristisch ist, wie zu zeigen sein wird, eine *räumlich-statische Konstruktion*, die durch die *Metapher des Hauses repräsentiert* wird. Besagte Dimension wurde schon aufgrund der Auseinandersetzung mit den Märchen Ali Baba und Rumpelstilzchen, aber auch anhand der Genfer Häusernummerierung thematisiert. Zugleich findet man mit und im häuslichen Innenraum die *Kategorie der Familie*, die bekanntermassen im Ideal der bürgerlichen Kleinfamilie prägende Wirkung findet. Mit ihr wird gewissermassen ein naturgegebener Binärcode vertreten.[181] Dieser Innenbereich von Haus und Familie ist als Raum der Intimität und der Emotionen zugleich negativ bewertet und auch mit der Kategorie der Scham belegt.[182] Demgegenüber steht der öffentliche Raum, in welchem Geld, Ruhm und Ehre errungen werden können, die eine wichtige Rolle bei der Entwicklung eines zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes einnehmen.[183] Die nachfolgenden Ausführungen arbeiten Ingredienzen und Elemente des «Privaten im Privaten» heraus.

Zu den Ursprüngen des *zweiten Dualismus* (der erste war der Dualismus von 137
öffentlicher Sphäre im Sinne des hoheitlichen, obrigkeitlichen und späteren staatlichen Bereiches in Abgrenzung zu dem namentlich über die Freiheitsrechte garantierten privaten Bereich): Das Haus ist die Metapher und symbolische Repräsentation für das Private im Privaten. Für die Herleitung eines spezifischen und eigenständigen Privatheitsschutzes zeitigten in den angloamerikanischen wie in den kontinentaleuropäischen Entwicklungen raumbezogene Konzeptionen sowie sachenrechtliche Instrumente initiale Wirkung. Das *Haus* und sein Inneres, die eigenen vier Wände und Mauern sowie invasive Grenzüberschreitungen beeinflussen die Entwicklungen zum Schutz des Privaten im Privaten: «My home is my castle» – das geflügelte Wort aus der Feder von Sir Edward Coke stammt aus dem 15. resp. 16. Jahrhundert. Das Bonmot leitete die Autoren Warren/Brandeis an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert in ihrem bahnbrechenden Aufsatz «The Right to Privacy» an.[184] Und die auf das Jahr 1819 datierte Sentenz des französischen Philosophen und Politikers P.P. Royer-Collard

> «Voilà donc la vie privée murée, si je puis me servir de cette expression; elle est déclarée invisible, elle est renfermée dans l'intérieur des maisons»[185]

181 Zum Verhältnis der öffentlichen gegenüber der privaten Sphäre aus feministischer Perspektive die zahlreichen Beiträge in Landes (ed.); Rössler, 11 ff. und 41 ff.; Wersig, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), 173 1.

182 Zur Scham resp. Schamlosigkeit mit der Anekdote von Diogenes von Sinope, dessen Gewohnheit es war, auf dem Marktplatz zu masturbieren, Geuss, 33 ff.; vgl. zum Right to Privacy auch in einer rechtshistorischen Betrachtung Richards, Vand. L. Rev. 2010, 1295 ff., 1299, wonach es sich um ein Rechtsmittel zur Wiedergutmachung der emotionalen Verletzung handle, wie sie durch die Publikation von beschämenden privaten Fakten in der Presse; zum Zusammenspiel zwischen privacy, dem Häuslichen und gegenderten Rollenzuweisungen auch Ders., a. a. O., 1295 ff., 1304.

183 Vgl. Vesting, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), N 10 ff.

184 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 220.

185 Zit. nach Balthasar, Fn 56.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

diente 1918 auch dem Schweizer Bundesgericht, um die Unverletzbarkeit des Rechts auf Privatleben als von Art. 28 ZGB erfasstes Schutzgut anzuerkennen: Hier wurde die systematische *Bespitzelung des Nachbarn* mit einer Absicht, die erhobenen Informationen zu verwerten, als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung beurteilt.[186]

138 Historisch präsentiert sich das Right to Privacy eng mit dem *Eigentumsrecht* verbunden.[187] Genauer mit dem *Grundeigentum*, weil die räumlich-häusliche Konzeptionierung augenfällig ist. Das Private im Privaten ist der innere Bereich des *Hauses*, wobei das Eigentum als Ursprungsrecht für die Entwicklung eines heute persönlichkeitsrechtlich basierten Persönlichkeitsrechts betrachtet werden kann, das den Schutz des Privaten inkludiert.[188]

2. Das Right to Privacy – Anstösse von Warren/Brandeis

139 Die beschriebenen Zusammenhänge sowie Entwicklungslinien werden eindrücklich sichtbar bei Warren/Brandeis. Die Autoren proklamierten im Jahr 1890, dass es *zu kurz greife*, den (rechtlichen) Schutz des Privaten auf das Verhältnis zwischen Bürgern und Staat zu beschränken («erster Dualismus»). Vielmehr bedürfe es ebenso der Anerkennung eines rechtlichen Schutzes des *Privaten im Privaten* («zweiter Dualismus»). Einen solchen sahen die Autoren bereits im geltenden Recht angelegt:

> «The common law has always recognized a man's house as his castle, impregnable, often even to its own officers engaged in the execution of its commands. Shall the courts thus close the front entrance to constituted authority, and open wide the back door to idle or prurient curiosity?»[189]

140 Warren/Brandeis argumentierten für ein Recht, welches den Schutz eines privaten Lebensbereiches – eines «Right to be let alone» – auch vor invasiven *Verhaltensweisen privater Akteure* gewährleiste. Spezifisch ging es um den Schutz vor grenzüberschreitenden Berichterstattungen durch die Yellow Press. Letztere würde aus der Befriedigung des Bedürfnisses einer «primitiven Neugierde» und des Unterhaltungsinteresses der Allgemeinheit Profit generieren; und zwar zulasten des privaten Lebensbereiches jener Personen, über die berichtet wird.

---

186 Vgl. mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Schmid, ZBJV, 809 ff., 814 f.; Ehmann, in: Stathopoulos/Beys/Philippos/Karakostas (Hrsg.), 113 ff., 119.

187 Vgl. Westkamp, 42 ff.; zur zeitgenössischen Diskussion, ob privacy rights eine Spezialform von property rights sind, Moore, 22 ff.; für ein property right an Personendaten tritt unter Bezug auf das US-amerikanische Recht z. B. Bergelson, UC Davis L. Rev. 2003, 379 ff., insb. 400 ff. ein, nachdem sie sich mit den kritischen Hinweisen auseinandergesetzt hat, die den beiden Paradigmen von privacy as secrecy und privacy as control entgegengebracht werden.

188 Vgl. auch Regan, 43 ff.; zur Bedeutung des Hauses und der bürgerlichen Familie für die Kategorie des Privaten Bartsch, in: Bartsch/Briner (Hrsg.), 31 ff., 31 f.

189 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 220.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Aufsatz in der berühmten Harvard Law Review, der in die Rechtsgeschichte einging, wandte sich somit direkt *gegen die Informationserhebungen* – von Personendaten in heutiger Terminologie, vgl. Art. 1 DSG resp. Art. 1 nDSG und Art. 3 lit. a DSG resp. Art. 5 lit. a nDSG – *durch private Akteure*, die Medienunternehmen mit ihren Presseerzeugnissen.[190] Der Aufsatz stiess dessen ungeachtet sowohl die privatrechtlichen als auch die verfassungsrechtlichen Entwicklungen an.[191] 141

Vor der präziseren Analyse des rechtshistorischen Plädoyers von Warren/Brandeis ein kurzer Brückenschlag in die Gegenwart: Die Austarierung sowie Koordination zwischen Presse- und Meinungsfreiheit und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit, dem Schutz der Persönlichkeit sowie Datenschutz, den Kommerzialisierungstendenzen und dem Unterhaltungsinteresse konfrontiert das Daten- und Informationsrecht bis heute mit spezifischen Herausforderungen.[192] Für den Medienkontext etablierte sich – in verschiedenen Gesetzen niedergelegt – ein spezifisches Regelungsregime.[193] Selbstredend findet sich auch dieses in steter Veränderung: Jüngst steht eine Anpassung der vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 266 ZPO zur Debatte, die als folgenschwere Einschränkung der Medienfreiheit kritisiert wird.[194] Es geht um die Löschung eines kleinen Wortes mit weitreichenden Konsequenzen: Die Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen im Ständerat tritt für eine Anpassung der Bestimmung dergestalt ein, dass in Zukunft nur noch ein «schwerer Nachteil» notwendig ist, um eine Publikation vorsorglich zu verbieten. Anders ist für die Verfügung einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme nach noch aktuellem Gesetzeswortlaut ein «besonders schwerer Nachteil» erforderlich.[195] 142

Warren/Brandeis forderten ein subkutan bereits existierendes zivilrechtliches subjektives Recht, das Right to Privacy, mit delikts- und abwehrrechtlichem Charakter anzuerkennen, mit folgenden Worten: 143

190 Der Beitrag von Warren/Brandeis wird als monumentaler Artikel bezeichnet von Post, Case W. Res. L. Rev. 1991, 647 ff., wobei der Autor die Ablösung der privacy von property als Kernerrungenschaft nennt.

191 M. w. H. Turkington, N. Ill. U. L. Rev. 1990, 479 ff.; Leebron, Case W. Res. L. Rev. 1991, 769 ff., 802.

192 Vgl. auch BGE 132 III 644 und BGE 127 III 481 m. w. H. bereits Peter, 193; zum Instrumentarium des Gegendarstellungsrechts vgl. Art. 28k ff. ZGB; zu den vorsorglichen Massnahmen im Medienkontext vgl. Art. 261 i. V. m. Art. 266 ZPO; datenschutzgesetzlich zu beachten insb. Art. 13 lit. D DSG, Art. 27 nDSG und Art. 31 Abs. 2 lit. D nDSG.

193 Zum Instrumentarium des Gegendarstellungsrechts vgl. Art. 28k ff. ZGB; zu den vorsorglichen Massnahmen im Medienkontext vgl. Art. 261 i. V. m. Art. 266 ZPO; datenschutzgesetzlich beachte insb. Art. 10 DSG, Art. 13 lit. d DSG sowie Art. 27 nDSG, Art. 31 Abs. 2 lit. d nDSG; zudem ist insb. auch an die Figuren der absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte zu erinnern, vgl. insb. BGE 127 III 481, E 2.c.

194 <https://www.infosperber.ch/medien/trends/staenderaete-wollen-medienfreiheit-weiter-einschraenken> (zuletzt besucht am 20. September 2021).

195 <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/S1%20D.pdf.> (zuletzt besucht am 31. August 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> «Perhaps it would be deemed proper to bring the criminal liability for such publication within narrower limits; but that the community has an interest in preventing such invasions of privacy, sufficiently strong to justify the introduction of such a remedy, cannot be doubted. Still, the protection of society must come mainly through a recognition of the rights of the individual. Each man is responsible for his own acts and omissions only. If he condones what he reprobates, with a weapon at hand equal to his defence, he is responsible for the results. If he resists, public opinion will rally to his support. Has he then such a weapon? It is believed that the common law provides him with one, forged in the slow fire of the centuries, and to-day fitly tempered to his hand.»[196]

144 Ausgangspunkt sowie Dreh- und Angelpunkt der Argumentation ist eine Auseinandersetzung mit und eine Abgrenzung sowie Ablösung vom *property right*:

> «[…] the term „property" has grown to comprise every form of possession – intangible, as well as tangible.»[197]

145 In diesem Sinne handelt es sich bei der Ableitung und Anerkennung des Right to Privacy um eine Emanzipationsleistung. Ausgehend vom Eigentumsrecht differenzieren die Autoren die *subjektiven Rechte des Zivilrechts* weiter aus. Neu am Ansatz von Warren/Brandeis ist weniger der Befund, wonach eine «rechtlich geschützte Privatsphäre» bestünde, als vielmehr deren Abkoppelung bzw. deren Anerkennung *unabhängig von einem allfälligen Eigentumsrecht oder dem Recht auf Schutz der Ehre*.[198] Die Autoren nutzen und beziehen sich weiter auf urheberrechtliche Erwägungen.[199] Insofern vertreten sie die Ansicht, dass es «in reality» um den Schutz der «Immunität der Person», des «Right to one's Personality» gehe. Die Konzentration der Autoren gilt der Entwicklung, Ausdifferenzierung und Theoriebildung zu den zivilrechtlichen Individualansprüchen.

146 Im Kern handle es sich beim Right to Privacy, so Warren/Brandeis, um ein Recht, *alleine resp. in Ruhe gelassen zu werden*.[200] Um dieses verselbstständigte Recht wirksam durchzusetzen, würden allerdings die bisherigen Instrumente nicht genügen. Vielmehr bedürfe es der Schaffung eines neuen Rechtsmittels.[201] Gemäss der Argumentation der beiden Autoren müssten die Gerichte dazu bloss im *common law* bereits vorhandene Rechtsmittel weiterentwickeln.[202]

---

196 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 220.

197 Dies., a. a. O.

198 Leebron, Case W. Res. L. Rev. 1991, 769 ff., 778; eine vertiefende Analyse zum Verhältnis der verschiedenen involvierten rechtlichen Kategorien von Privacy, Personality, Property und Copyright liefert insb. Post, Case W. Res. L. Rev. 1991, 647 ff.; vgl. für das britische common law zu den Rechtsquellen Westkamp, 25 ff.

199 Aus historischer Perspektive aufschlussreich in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen zum Eigentum an Bildern von Dommann, in: Joly/Visman/Weitin (Hrsg.), 249 ff.

200 Diese Aussage ist vermutlich auf Judge Cooley in Union Pacific Railway v. Botsford, 141 U.S. 250 (1891) zurückzuführen: «The right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone.»

201 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 219; vgl. Leebron, Case W. Res. L. Rev. 1991, 769 ff., 779.

202 Dies., a. a. O., 193 ff., 220; zu Privacy & Publicity im britischen common law vertiefend Werstkamp, 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch die Praxis sah sich mit den entsprechenden Herausforderungen konfrontiert: Während ein Right to Privacy in *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*[203], einem in New York entschiedenen Fall, noch verworfen worden war, wurde das Recht kurze Zeit später im Bundesstaat Georgia, nämlich im Fall *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, anerkannt.[204] 1939 wurde der *privacy tort* in das Restatement of Torts § 867 (1939) aufgenommen.[205] 147

Einen weiteren Meilenstein zur Weiterentwicklung und Ausdifferenzierung des *privacy tort* lieferten die Arbeiten von Prosser. Der Autor analysierte in einem Aufsatz von 1960 zahlreiche Urteile und führte deren Inhalte und Kernaussagen einer Kategorisierung zu. Daraus entstand eine Nomenklatur von vier verschiedenen *privacy torts*, die später im Restatement (Second) of Torts § 652A-E von 1977 aufgeführt wurden. Sie werden zwischenzeitlich in den meisten Gliedstaaten komplett oder zumindest teilweise verankert.[206] Anerkannt werden die folgenden vier Verletzungsformen:[207] Die erste Verletzungsform definiert sich als «Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs». Es geht hierbei um das Eindringen in den persönlichen Bereich bzw. in die Privatsphäre einer Person, z. B. durch das Abhören eines Telefongesprächs. Die zweite Verletzungsform heisst «Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff». Bei diesem Tort geht es um den Schutz vor unerwünschten Veröffentlichungen von unangenehmen Tatsachen aus dem Privatleben.[208] Die dritte Verletzung besteht in der «Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye». Mit anderen Worten geht es um die falsche oder entstellende Darstellung, welche die betroffene Person in der Öffentlichkeit in einem falschen Licht erscheinen lässt. Und die vierte Verletzungshandlung erfasst die «Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness», wobei dieser Tort auf die Abwehr von unerlaubter Verwendung und Ausnutzung der Persönlichkeitsmerkmale einer anderen Person zum eigenen Vorteil abzielt.[209] 148

203 New York Ct. App., 64 N.E. 442 – Roberson v. Rochester Folding Box Co., Urteil vom 27. Juni 1902.

204 Georgia Supreme Ct., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 – Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al., Urteil vom 3. März 1905.

205 Goodhart, U. Pa. L. Rev. 1943, 487 ff., 487, 508.

206 M. w. H. Götting, GRUR Int. 1995, 656 ff., 657, insb. auch auf die Rechtsprechungsübersicht bei McCarthy.

207 Prosser, Calif. L. Rev. 1960, 383 ff., 393 ff.

208 Dies ergänzt die traditionellen Torts libel und slander insofern, als auch eine Tatsache, welche an sich korrekt ist, die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen kann. Es genügt, dass die geäusserte Tatsache sich herabsetzend auswirkt; sie muss darüber hinaus nicht falsch sein.

209 Diese Kategorie kam z. B. im Fall Pavesich v. New England Life Insurance Co. zur Anwendung. Dabei ging es um die unautorisierte Verwendung eines Fotos für Werbung; zu den Entwicklungen des Right of Privacy and Publicity im US-amerikanischen Recht vgl. auch Höning, 5 ff.; zur Bedeutung des Beitrages von Warren/Brandeis und den vier Torts auch Murphy, Geo. L.J. 1996, 2388 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

149 Die umrissene Kategorisierung wird *bis dato* aufrechterhalten.[210] Aus der Perspektive der betroffenen resp. verletzten Person formuliert bedeutet sie: Nur wer in einer der oben genannten vier Handlungsformen in seinem Right to Privacy angegriffen wird, erhält gerichtlichen Schutz bzw. wird entschädigt. Nicht in den Katalog fällt z. B. das Verkaufen von Adresslisten ohne Zustimmung der Betroffenen, sofern die Persönlichkeitsmerkmale nicht öffentlichkeitswirksam als Werbeträger eingesetzt werden.[211] Ebenso wenig gilt die Weitergabe von Interessenprofilen durch ein Kreditkartenunternehmen als Privacy-Verletzung, da die Betroffenen durch die Benutzung der Kreditkarte freiwillig ihr Konsumverhalten publik machen würden und deswegen kein Eindringen in den persönlichen Bereich vorliege.[212]

150 Dass die bestehenden Kategorien auf diese neueren Sachverhalte nicht angewendet und keine Fortbildung und Ergänzung der etablierten Fallgruppen vorgenommen wurden, sieht Buchner im traditionellen Zusammenspiel von Richter- und Gesetzesrecht begründet: Demnach ist das Tätigwerden des Gesetzgebers zwecks Anpassungen an gesellschaftliche Entwicklungen geboten.[213]

151 Im Rahmen der Anerkennung der privacy torts war dies unter Umständen deswegen nicht notwendig, weil Warren/Brandeis darlegen konnten, dass sowohl das Recht als auch das Rechtsmittel im common law bereits angelegt waren. Denn obschon sie ihr Right to Privacy im «Kleid» des Persönlichkeitsrechts präsentierten, steckte in ihm zu grossen Teilen das Eigentum. Dementsprechend ist das Right to Privacy gleichermassen tief in einem territorialen, räumlich-häuslichen Konzept verwurzelt wie von einer abwehr- sowie deliktsrechtlichen Struktur geprägt:

> «Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right „to be let alone“. *Instantaneous photographs and newspaper enterprises have invaded the sacred precincts of private and domestic life;* and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that „*what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops*“».[214] [Hervorhebungen durch die Autorin]

210 Vgl. Buchner, 13.

211 Keine «appropriation» in Ohio Ct. App., 341 N.E. 2d 337 – Shibley v. Time, Inc., Urteil vom 19. Juni 1975.

212 Vgl. kritisch Buchner, 13 f. m. w. H.; zum Ausmass der Re-Identifizierungsmöglichkeiten von Personen anhand von Kreditkartenabrechnungsdaten De Montjoye/Radaelli/Singh et al. (ed.), Science 2015, 536 ff.; zum kartengestützten Zahlungsverkehr vgl. Kahler/Werner, 143 ff.; jüngst zur Kreditkarte vor dem Hintergrund des schweizerischen Rechts vgl. die Zusammenfassung zur Dissertation Oppliger, ex ante 2020, 32 ff., 34, auch zur Anwendbarkeit des DSG.

213 Buchner, 14.

214 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 195; aufschlussreich zu den Privacy-Konzepten im US-amerikanischen Recht, allgemeiner aber auch zum Einfluss neuer Technologien auf das Recht Friedman, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), 405 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diesseits wie jenseits des Atlantiks charakterisieren folglich *verkörperlichte und territoriale Symbolisierungen die Sichtbarmachung des Privaten im Privaten* – die Burg, das Haus und dessen Inneres, das häusliche Leben als Bereich, der gegenüber der Öffentlichkeit abgegrenzt wird. Als unsichtbar wird dieses Leben im Inneren des Hauses beschrieben – und entsprechend unklar scheinen die Charakteristika der jeweiligen Schutzräume zu bleiben. Anerkannt wird primär, dass das «Private im Privaten» in Abgrenzung zur öffentlichen Sphäre schutzwürdig ist. Worin «das Private», die Privacy, allerdings genau besteht, was sie schutzwürdig macht usf., bleibt weitgehend im Dunkeln, im Inneren der «Mauern» verborgen. 152

Präsentiert wird mit dem Right to Privacy ein Konzept, nach welchem es um die Verteidigung einer Privatsphäre geht, die Gewährleistung eines Schutzraumes und die Respektierung von Grenzen gegenüber «Invasion».[215] In den Worten von Warren/Brandeis: *Eingefallen* wird in die *heiligen Bezirke* des Privat- und Familienlebens, durch die *Vordertür und die Hintertür*; von Waffen, die dagegen geschmiedet wurden, ist die Rede; vom Dach soll nicht verkündet werden, was im «stillen Kämmerlein» geflüstert wird. 153

Eine dergestalt imprägnierte räumliche und eigentumsrechtliche Konzeptionierung wird auch in der Schweiz Einfluss auf die Ausbildung des zivilrechtlichen Privatheitsschutzes nehmen. Schon der Titel einer Studie von Giesker aus dem Jahr 1905 illustriert dies: «Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre – ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten». 154

Wie im *zweiten Teil dieser Arbeit* zu zeigen sein wird, wirken die besagten Prämissen bis heute im zeitgenössischen eidgenössischen Datenschutzrecht fort – gesetzlich selbst nach seiner Totalrevision im 21. Jahrhundert, zudem in Lehre und Praxis. Ein Regime allerdings, das seinen Fokus auf einen *defensiv gedachten Subjektschutz* richtet, lässt – so die *These*, wie sie auch anhand der historischen Rückblende freigelegt wurde – allerdings die systemische, institutionelle Dimension datenschutzrechtlicher Regulierung in den Hintergrund rücken. Immerhin bleibt sie in dem Sinne sichtbar, als dass – ganz ähnlich zur Abgrenzung des privaten Bereichs gegenüber dem öffentlichen im Sinne des staatlichen Bereichs – ein *zweiter Dualismus* auch im Recht installiert wird, die *Privatsphäre innerhalb des Privatbereichs*. 155

215 Trefflich und in diesem Geiste z. B. auch der Titel des Aufsatzes von Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff.; vgl. auch Kilian, in: Garstka/Coy (Hrsg.), 195 ff., 198.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Privatheit, häuslich-familiäres Leben und bürgerliche Gesellschaft

156 Innerhalb der Auseinandersetzung mit dem *zweiten Dualismus*, dem Privaten im Privaten, und dem Aspekt der *räumlich-statischen Konzeptionierung*, die sich an der Metapher des Hauses orientiert, zeigt sich eine weitere Facette des Privaten: Das Haus schafft den *Abgrenzungsraum für die Familie und das häusliche Leben*, soll den Bereich des Schutzes vor den Rauheiten des öffentlichen Lebens liefern. Das familiäre und innerhäusliche System wird von Rössler als die quasi-natürliche Dimension des Privaten bezeichnet.[216] Den Konnex der Kategorien des Privaten und der Familie bildet in eindrücklicher Weise Art. 8 EMRK ab. Der Artikel vereint in sich die Garantien auf Schutz des Privat- und Familienlebens. Allerdings sind die beiden Schutzbereiche nur teilweise überlappend.[217]

157 Wenn nun der Terminus «privat» *auch den Bereich des Familiären* markiert, lohnt es sich, in diesem Raum etwas zu verweilen. Die Familie kehrt als eine Konstante von der Antike bis heute in zahlreichen Diskursen um das Private wieder.[218] Eine eigentliche Akzentuierung der *Familie als Institution des Privaten* bildet die bürgerliche Kleinfamilie der Vormoderne – sie ist entsprechend ebendieser Zeit der privilegierten Gesellschaftsschicht zuzuordnen, der auch Warren/Brandeis angehörten. Es ist die Epoche, in der sich die bürgerliche, eheliche Kleinfamilie mit geschlechtsstereotyper Arbeitsteilung zum Familienideal konsolidierte.[219] *Nota bene:* zum Familienideal erhoben bedeutet nicht, dass ebendiese Familie den herrschenden Familienrealitäten entsprach.[220] Die bürgerliche Kleinfamilie als real gelebte Familienform war ein «Privileg der Oberschicht», ebenso die Rückzugsmöglichkeit in einen geschützten räumlichen Bereich.

158 Fundament der bürgerlichen Einheitsfamilie bildete die Ehe zwischen Mann und Frau.[221] Auch insofern lässt sich eine ursprünglich eigentumsrechtliche Verwurzelung nachzeichnen, führt man sich die Definition von Kant zur Ehe zu Gemüte: Nach seinem Dafürhalten ist die Ehe die

---

216 Zur Natur vs. Kultur-Debatte anhand der Kategorien von männlich und weiblich, auch unter dem Titel des Privaten, Ortner, in: Landes (ed.), 21 ff.; Rössler, digma 2002, 106 ff., 108 f.; Nissenbaum, 90; zum Zusammenspiel der Kategorien auch Bartsch, in: Bartsch/Briner (Hrsg.), 31 ff.; Richards, Vand. L. Rev. 2010, 1295 ff., 1304 f.

217 Vgl. für eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Schutz des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK dritter Teil, IIX. Kapitel; dazu, dass Art. 8 EMRK weit ausgelegt wird und der ebenda verbürgte Schutz ebenso Relevanz im Arbeitsverhältnis hat, Pärli, EuZA 2020, 224 ff., 225 f.; Ders., EuZA 2015, 48 ff., 52 ff.

218 Vgl. Ariès, 7.

219 Peukert, 20 ff.; Büchler/Cottier, m. w. H., 37 ff.

220 Vgl. namentlich die Beiträge von Schwenzer, Familie und Recht sowie z. B. FamPra.ch 2014, 966 ff.; sodann haben sich mit Familienbildern vonseiten der Schweizer Rechtswissenschaft sowie den familiären Realitäten insb. Büchler, Cottier, aber auch Cantieni, Fankhauser oder Pfaffinger befasst.

221 Schwenzer, FamPra.ch 2014, 966 ff., 973 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> «Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften […].»[222]

159 Die eine Person kann sich – im Geschlechtsgenuss – unter der Bedingung zur Sache machen, dass die andere sich ihr ebenfalls als solche gibt; denn auf diese Weise gewinnt sie wieder ihre Persönlichkeit. Das Verhältnis der Verehelichten ist nach Kant ein Verhältnis der Gleichheit des Besitzes sowohl der Personen als auch der Güter. In der Ehe liegt ein «auf dingliche Art persönliches Recht» vor.[223]

160 Später wird die Familie mit der bürgerlichen Kleinfamilie zum Hort der Geborgenheit und Liebe, Emotionalität, Körperlichkeit, Sexualität, Fortpflanzung und Intimität erhoben.[224] Ihre konstitutiven Elemente sind Ehe zwischen Mann und Frau, Leben unter einem gemeinsamen Dach, gemeinsame leibliche Kinder, wobei der Mann in der öffentlichen Sphäre das Geld verdient und die Frau im Innenbereich Kinder und Haushalt versorgt.[225] Die bürgerliche Familie als Nukleus des Privaten im Privaten wird damit von einer «naturgegebenen Dualität» beherrscht.[226]

161 Mehrere familienrechtliche und familieninformationsrechtliche Regelungen schütz(t)en dieses Familienideal.[227] Im Vordergrund stehen hierbei namentlich gesetzgeberische *Blockierungen von Informationsflüssen*, welche auf den Schutz des Ideals der ehelichen Einheitsfamilie abziel(t)en und diese von angrenzenden oder einbettenden Bezugssystemen hermetisch abzuschirmen versuchen. So werden beispielsweise im Konzept der geheimen Volladoption oder im System der ehelichen Vaterschaftsvermutung Informationsflüsse unterbunden, um Verletzungen der Normerwartungen zu kaschieren resp. zu verdrängen. Sie verfolgen Institutionenschutz.[228]

---

222 Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Eherecht, § 25; vgl. insofern auch Auer, AcP 2016, 239 ff.

223 Ders., a. a. O., §§ 24 ff.; vertiefend weiter zu Eigentum und Herrschaft bei Kant vgl. Held, 114 ff.

224 Pfaffinger, N 106 ff.

225 Vgl. z. B. Wersig, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), 173 ff.; Rössler, 41 ff.

226 Aktuell wird die Überwindung der (biologischen) binären Geschlechterordnung auch im Rahmen des Registerrechts der Schweiz thematisiert, vgl. Schweizer Parlament, Drittes Geschlecht im Personenstandsregister, Dezember 2017, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20174121> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

227 Vgl. zum Institutionenschutz namentlich zahlreiche Beiträge von Schwenzer, z. B. zu Frauenbildern im Familienrecht, 1 ff.; ein modernes Familienrecht müsse sich u. a. von der Vorgabe leiten lassen, keinen Institutionenschutz zu betreiben, vgl. Dies., Grundlinien eines modernen Familienrechts, 109 ff., 115; inwiefern das Familienrecht des ZGB Institutionenschutz betreibt, wurde namentlich von Büchler, Cottier und Pfaffinger thematisiert; zum Begriff des Informationsrechts mit seiner Themenvielfalt vgl. Burkert, in: Meier-Schatz/Schweizer (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.; eine Übersicht zu den zahlreichen Rechtsgrundlagen, die dem Schutz der Information dienen, findet sich bei Druey, in: Weber/Hilty (Hrsg.), 7 ff.

228 Vgl. Schwenzer, FamPra.ch 2014, 966 ff., 973 f.; mit Fokus auf familieninformationsrechtliche Regelungen Pfaffinger, 116 ff.; Dies., Ancilla Iuris (anci.ch) 2016, 49 ff. sowie FamPra.ch 2014, 604 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

162 In Bezug auf die Bedeutung der *Kategorie der (bürgerlichen) Familie für das Private* darf denn auch eine Anekdote nicht unerwähnt bleiben: Sie liefert die Hintergrundszenerie für den Beitrag von Warren/Brandeis. Und sie wurde nahezu ebenso intensiv rezipiert wie die wissenschaftliche Argumentation der beiden Autoren im Harvard Law Review. Am Anfang des Right to Privacy stand ein familiärer Anlass im Kreise eines der Autoren – die Verehelichung der Tochter von Warren. Sie wurde mit einem der Gesellschaftsschicht entsprechend lukullischen Hochzeitsmahl gefeiert. Nicht nur darüber, sondern darüber hinausgehend wurden das mondäne Leben sowie der Lebenswandel des Brautvaters in der Yellow Press thematisiert. Es ging einem der beiden Autoren mit seinem Plädoyer in Gestalt eines wissenschaftlichen Artikels damit ebenso um ein ganz persönliches Anliegen.

163 Mit dieser Hintergrundinformation zur (familiären) Herkunft und zum gesellschaftlichen Milieu, in dem sich die «Urheber des Right to Privacy» bewegten, bahnt sich eine weitere *Dichotomie* an: die *Zweiteilung der Gesellschaft in eine Ober- und Unterschicht* (neben derjenigen der Geschlechterrollen). Die dem privilegierten Mann zugebilligten Freiräume, die Abweichung vom Ideal der lebenslangen monogamen ehelichen Beziehung, bedurften Schutzmechanismen, namentlich der Diskretion und Geheimhaltung. Mit seiner Diskretionsforderung ging es damit wohl ebenso um den Schutz eines Lebensstils, der dem Ehemann der bürgerlichen Gesellschaft quasi durch das Privileg der Doppelmoral eingeräumt wurde. Warren/Brandeis beklagten, dass in der Sensationspresse unter anderem Berichte über sexuelle Relationen verbreitet wurden. Aus der Veröffentlichung von «Gossip» über die «Bourgeoisie» würde auch noch finanzieller Profit geschlagen. Die Gesellschaft (die untere Gesellschaftsschicht resp. das «Proletariat») würde in niederen Bedürfnissen adressiert, die schnöde Neugierde befriedigt. Hierin wurde eine Gefahr für den Zerfall der Gesellschaft sowie Moral verortet.[229]

164 Neugier und wirtschaftliche Interessen erscheinen in dem Aufsatz unmissverständlich als *niedere Motive*, deren Befriedigung im Medienkontext als Beitrag zum Sittenzerfall taxiert. Weil die gesellschaftlichen Ausschweifungen des einen Autors – ein verheirateter Mann aus der Oberschicht – hinter dem Beitrag standen, wundert es kaum, dass die beiden selbst von wissenschaftlicher Seite gleichermassen Ruhm wie Häme erfuhren. Prosser präsentierte seine weiterfüh-

229 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 196; zivilrechtliche Probleme der identifizierenden Berichterstattung am Beispiel der Presse für die Schweiz greift 1981 Lüthy in ihrer rechtswissenschaftlichen Dissertation auf. Die Autorin geht zum einen auf die öffentliche Aufgabe der Presse und die Pressefreiheit – vgl. 14 ff., 17 ff. und 35 ff. – sowie zum anderen auf das geschützte Rechtsgut der «Persönlichkeit» ein, vgl. 39 ff., und den Schutzbereich der Privatheit, vgl. 67 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rende Analyse zum Right to Privacy und der Kategorisierung von vier *privacy torts* mit den süffisanten Worten:

> «All this is a most marvelous tree to grow from the wedding of the daughter of Mr. Samuel D. Warren.»[230]

Es ist somit die privilegierte Oberschicht,[231] die sich von der «primitiven Neugier der Unterschicht» abzugrenzen sucht und die massgeblichen Einfluss auf die Anerkennung des Right to be left alone resp. Right to Privacy nahm. Zugleich leisteten die Elemente der Scham und Beschämung, der Sexualität und Untreue einen Beitrag zur Herausbildung des zivilrechtlichen Privatheitsschutzes. Die *bürgerliche Ehrenordnung und der Schutz des Ansehens* gelten ihrerseits als *originäre Elemente zur Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes*.[232] Eindrücklich beschrieben wird der Konnex des Ideals der bürgerlichen Ehe mit dem Ehrenduell infolge eines Ehebruches durch die Frau im berühmten Roman «Effi Briest» von Theodor Fontane.[233] 165

Die Ehre und das Ansehen als im Privatheitsschutz angelegte Schutzgedanken werden sodann im 1899 gefällten Urteil Vogelsanger des Bundesgerichts thematisiert. Der Entscheid anerkannte die Notwendigkeit des Schutzes des Einzelnen vor Datenbearbeitungen im privaten Sektor.[234] Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Verband versandte an seine Mitglieder Listen mit «saumseligen oder böswillig und fruchtlos gepfändeten» Schuldnern. Diese sog. «Lumpenlisten» und die damit beabsichtigte gegenseitige Warnung beurteilte das Bundesgericht nicht als an sich widerrechtlich. Allerdings müssten die Informationen der *Wahrheit* entsprechen, wobei eine Verwechslung zwischen den Kategorien «saumselig» und «zahlungsunfähig» auszuschliessen sei. Sodann müssten für die Schuldner die Gründe ersichtlich sein, weshalb es zu einer Nennung auf der Liste kam. Da besagte Vorgaben der Rücksicht vom Verband nicht eingehalten worden waren, wurde der Verband wegen widerrechtlichen Verhaltens zu Genugtuung und Schadenersatz verurteilt.[235] In diesem Urteil deutet sich die Herausbildung datenschutzrechtlicher Grundprinzipien, wie dasjenige der Rich- 166

230 Vgl. Prosser, Calif. L. Rev. 1960, 383 ff., 423.

231 Dazu auch Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 70 f.

232 Hierzu Vesting, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), N 10 ff.; zum Zusammenhang des Right of Privacy mit dem Ansehen resp. der Reputation, wobei Informationen preisgegeben werden, welche die Reputation stärken, Murphy, Geo. L.J. 1996, 2381 ff., 2384 ff.

233 Fontane, 373.

234 BGE 25 II 621; weitere frühe Entscheide zum Schutz der Privatsphäre sind BGE 31 II 429, BGE 43 II 236, BGE 44 II 319, BGE 57 II 334; für eine Übersicht auch über die kantonalen Entscheide Schmid, ZBJV 1995, 809 ff., 813 ff.

235 Vgl. zu den Rechtsbehelfen wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB den Art. 28a ZGB, dessen Abs. 1 die spezifischen Klagebehelfe und dessen Abs. 2 die allgemeinen Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe einräumt; zu den Rechtsbehelfen nach Persönlichkeitsverletzung vertiefend vgl. Inderkum, 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigkeit sowie der Transparenz an, wie sie später zum festen Bestandteil datenschutzgesetzlicher Erlasse werden.

167 Die wie illustriert bis ins 19. Jahrhundert zurückreichenden Wurzeln des Diskurses um die Notwendigkeit eines rechtlichen Schutzes des Menschen vor Informations- und Datenbearbeitungen wurden zunächst – wie der schweizerische Entscheid zeigt – durchaus, aber nicht nur von technischen Entwicklungen vorangetrieben. Geführt wurde diese frühe Debatte im amerikanischen Recht unter dem Right of Privacy, in der Schweiz resp. allgemein in Europa unter dem Schutz der Persönlichkeit, des Privatlebens oder der Privatsphäre, aber auch der Ehre.[236]

168 Zurück zum Beitrag von Warren/Brandeis: Die Autoren haben mit ihrem Aufsatz «The Right to Privacy» für die eigenständige und allgemeine Anerkennung des neuen subjektiven Rechts – abgelöst vom Eigentum und dem Ansehensschutz – plädiert. Gleichzeitig und in aller Deutlichkeit präsentiert sich ihr Beitrag als eine «gesellschaftspolitische Streitschrift». Warren/Brandeis waren, wie gezeigt, Angehörige einer Elite. «Eigene Rückzugsräume» – dessen ist man sich heute vielleicht mehr denn je bewusst – sind (und waren) ein *Privileg*.[237]

169 Denn im 19. Jahrhundert, in dem der spezifische und eigenständige Privatheitsschutz ausgebildet wurde, war für eine Vielzahl von Menschen an Orte des Rückzugs nicht zu denken; vielmehr hausten in den Grossfamilien mehrere Generationen auf engstem Raum unter einem Dach. Es ist wiederum die *bürgerliche Kleinfamilie* – in Realform eher die Ausnahme –, deren Mitglieder aufgrund potentiell grosszügiger Raumverhältnisse Rückzugsmöglichkeiten offenstanden. Um Raum für Privatheit zu beanspruchen, ist nicht zuletzt Wohlstand erforderlich. Das Privacy Right präsentiert sich damit im Ursprung *nicht* als «Recht des einfachen Mannes».[238] Die Tonalität der Überlegenheit und des Paternalismus lässt sich im Artikel von Warren/Brandeis kaum überhören.

170 Damit ging es in dem Beitrag keineswegs nur um die Verbürgung eines neuen, jedem Menschen verbürgten subjektiven Rechts. Vielmehr zielten die Bemühungen

236 Für die Schweiz zum Schutz von Personendaten im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und zum Schutz der Privatsphäre sowie zur Sphärentheorie, welche von Hubmann entwickelt und von Jäggi in die Schweiz transferiert wurde, vgl. vertiefend Aebi-Müller, N 512 ff.; dazu, dass sich der Schutzbereich des US-amerikanischen Right to Privacy und des deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrechts weitgehend decken, Buchner, 8 – gewährleistet würden namentlich die informationelle Selbstbestimmung, der Schutz vor Überwachung, Verhören und Durchsuchungen sowie der Ehre.

237 Zur Bedeutung des «eigenen Zimmers», gerade für die Frau als Schriftstellerin, Woolf, A Room of one's own, mit dem berühmten Satz auf der ersten Seite des ersten Kapitels: «A woman must have money and a room of her own if she is to write fiction.» — Virginia Woolf, A Room of One's Own, 29. Insofern könnte vom Privaten (eigenes Zimmer als Rückzugsort für selbstbestimmte Handlungen der Frau und Entfaltung ausserhalb der Rolle der Mutter und Hausfrau, hier als Schriftstellerin) im Privaten (im häuslichen Bereich als Sphäre der Frau und Mutter gemäss bürgerlichen Leitvorstellungen) des Privaten (als Gegensphäre des staatlichen Bereichs) gesprochen werden.

238 Simitis, in: Schlemmer (Hrsg.), 67 ff., 70 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der beiden Autoren bei Lichte betrachtet ebenso auf eine Forderung ab, wonach eine *obere Schicht* «in Ruhe zu lassen» und von den übrigen Gesellschaftsschichten abzugrenzen sei: auch, indem keine Informationen zwischen den Schichten zur Befriedigung der Neugierde der unteren Schichten transferiert werden sollten. *Informationsflüsse resp. deren Unterbindung zeigen sich als Instrument zur Segregation* der Gesellschaft.[239] Die Unterbindung von Informationsflüssen ist damit eine effiziente Strategie zur Abgrenzung nicht nur von Individuen, sondern auch von Gesellschaftsstrukturen und -systemen.

4. Privatheit und Kommerzialisierung – der Wert von Informationen

Die Relevanz gesellschaftlicher Strukturen innerhalb des Privatheitsschutzes wird in einem zusätzlichen Aspekt der Studie von Warren/Brandeis deutlich. Die Autoren thematisieren eine *Kommerzialisierung des «Privaten» durch die Regenbogenpresse*. Sie beschreiben damit die *Kollision des ökonomischen Kontextes mit dem familiären und persönlichen Lebensbereich*, indem die *Medien* – anstatt die Aufgaben und Ziele einer «seriösen Sachpresse» zu erfüllen – *primitive Unterhaltungsbedürfnisse* befriedigen würden. Bis heute bildet die Vermarktung von Lebensgeschichten von Eliten und Prominenten ein Kernthema juristischer Auseinandersetzungen zum Persönlichkeitsschutz, Immaterialgüter-, Informations- sowie Datenschutzrecht.[240] Der Kommerzialisierung eines – in Abgrenzung zum Eigentumsrecht – zusehends ideell gedachten Rechtsgutes, der Persönlichkeit, wurde allem voran in Deutschland ab Ende des 20. Jahrhunderts beachtliche Aufmerksamkeit geschenkt.[241] 171

Einer historischen Betrachtung, welche die faktische Entwicklung der Kommerzialisierung von Personen und Informationen vor Augen führt, fällt eine bestimmte Person in den Blick: Erasmus von Rotterdam. Er ist ein frühes Beispiel für die Kommerzialisierung der eigenen Person; Vervielfältigung und 172

239 Die Diskriminierung qua Personendatenverarbeitungen ist bis heute gerade im Zusammenhang mit AI und Profiling ein bedeutsames Datenschutzthema, vgl. m. w. H. Heuberger, N 29; zum Problem der Hierarchisierung aufgrund von Profiling m. w. H. auch Schwartz, Wis. L. Rev. 2000, 743 ff., 747.

240 Vgl. grundlegend und einleitend zur Bedeutung des Ehrenschutzes und des 19. Jahrhunderts Ladeur, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 11 ff.; Ahrens, *passim*; Büchler, AcP 2006, 300 ff.; Dies., in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl (Hrsg.), 177 ff.; Emmenegger, in: Gauch/Pichonnaz (Hrsg.), 209 ff.; nicht spezifisch mit Blick auf Prominente, sondern allgemeiner zur Kommerzialisierung von Identitätsmerkmalen Ahn Byung, 20 ff.; Beuter, 63 ff.; Meyer, 9 ff.; Biene, 3 ff.; vgl. auch die zahlreichen Beiträge von Beuthien; zu kommerziellen Interessen an Politikerpersönlichkeiten Ehmann, AfP 2007, 81 ff.; dazu, dass das Informationsrecht um die Frage der Zuordnung von Rechten an Informationen versus den freien Zugang zu diesen kreist, Hoeren, 9.

241 Büchler, AcP 2006, 300 ff., 302.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbreitung seines Bildnisses und seiner Schriften am Ende des 15. Jahrhunderts trugen dazu bei, dass sich ein eigentlicher Nimbus um seine Person aufbaute.[242]

173 Durch die Beschäftigung mit dem Plädoyer von Warren/Brandeis wird bereits für frühere Zeiten offensichtlich, dass Informationen mit Personenbezug grosse *ökonomische Relevanz* haben.[243] Bereits ihr Beitrag am Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich der Frage zu widmen, wie das Recht nicht nur auf technische Entwicklungen (Möglichkeit des massenhaften Druckes und der Verteilung von Unterhaltungspresseerzeugnissen) umgeht, sondern auch mit dem Anreiz der wirtschaftlichen Verwertung persönlicher Informationen. Dass Informationen, die sich auf Personen beziehen, einen wirtschaftlichen Gehalt und Wert haben ist – wie gezeigt – keineswegs erst ein Phänomen dieser Tage. Informationen haben in unzähligen Facetten *wirtschaftliche Bedeutung*.[244]

174 Beim Zusammenspiel zwischen *Informationen und Gütern, namentlich Geld* stehen zwei Mechanismen im Vordergrund: Zum einen dienen Informationen indirekt zur Generierung von (Geld-)Werten – so gezeigt anhand des Märchens von Ali Baba zu Beginn dieses Teils. Der Zugriff auf ein Gut erfolgt über eine Information (quasi der informationelle Schlüssel, der Code). Zum anderen können Mechanismen beschrieben werden, bei denen Informationen zum Gut transformiert werden (so wie beim verwerteten «Gossip» der Sensationspresse). Dass Informationen an und in sich Werte tragen («Informationen als Güter») resp. die Kontrolle über Informationsflüsse und (monetäre, aber auch nicht monetäre) Werte sichern können, ist folglich keineswegs ein Phänomen des digitalen Zeitalters.[245] Das Phänomen soll an dieser Stelle in diesem historischen Teil um einige weitere Fragmente angereichert werden:

175 Personenregistrierungen erfolgten schon früh nicht nur zur Wahrnehmung *fiskalischer Interessen*, sondern ermöglichten auch anderweitig die Füllung der *Staatskassen*: Dürer beispielsweise beklagte die *Gesundheitsbriefe*, die nach seinem Dafürhalten weniger der Seuchenbekämpfung, sondern vielmehr dazu dienten, den Menschen das Geld aus der Tasche zu ziehen. Auch weitere Dokumente wie Geleitbriefe oder Pilgerscheine kosteten Geld.[246]

242 Groebner, 188; unter Integration einer Geschichte der Persönlichkeitsvermarktung grundlegend ebenso zur Kommerzialisierung der Persönlichkeit im 20. Jahrhundert Seemann, 33 ff.

243 Vgl. vertiefend dritter Teil, VII. Kapitel, B.1. und B.2., wo diese Schrift sich mit zwei faktischen Herausforderungen – Kommerzialisierung sowie technischer Fortschritt – auseinandersetzt, mit denen das Datenschutzrecht konfrontiert ist.

244 Vertiefend zur Kommerzialisierung dritter Teil, VII. Kapitel, B.2.

245 Vgl. zur Herausbildung einer eigenständigen Industrie dritter Teil, VII. Kapitel, B.; zum monetären Wert des Privaten statt vieler Dörflinger, 116 ff.

246 Groebner, 115 ff. und 127 ff.; zum Aufbau einer administrativen Ordnung mit unzähligen Registern, Listen und Dokumenten auch von Lewinski, in: Arndt/Augsberg (Hrsg.), 196 ff., 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Es waren keineswegs nur die obrigkeitlichen Stellen, die in diesem Zusammenhang gutes Geld verdienten: Gutenberg und seine beiden Mitgesellschafter hatten ca. 30'000 in Blei geprägte Pilgerzeichen hergestellt und erzielten mit dieser Massenfabrikation beträchtlichen kommerziellen Erfolg.[247] Die Pilgerzeichen dienten dem Nachweis, dass die städtischen Gebühren entrichtet worden waren. An den Stadttoren wurden den Fuhrleuten Marken als Quittung für Torgelder und Gebühren ausgestellt. Nur gegen Abgabe der Marke durften sie die Stadt wieder verlassen. 176

Zur Eintreibung von Geldforderungen kamen die aus dem 14. Jahrhundert bekannten Schuldnerlisten zum Einsatz, wobei die juristischen Identifikationsstrategien auch zu diesem Zweck selbst über grosse Entfernungen wirksam wurden.[248] Eine bemerkenswerte Zweckänderung, die sich im Informationstransfer aus dem Strafverfolgungskontext in den privaten Bereich vollzieht, wird für das 18. Jahrhundert beschrieben: Gaunerlisten dienten eines Tages nicht mehr nur der Auffindung von Übeltätern. Vielmehr wurden sie als aufregender Lesestoff auch an Private verkauft.[249] 177

Rund um die bereits vorgestellte mediale Hauptfigur – den Diener – wurde die Entwicklung einer *spezifischen Logik der Ökonomie* nachgezeichnet. Auf dem Markt wurden bereits vor Jahrhunderten neben Gemüse und weiteren Waren auch Informationen feilgeboten.[250] Offensichtlich hatte die *Diskretion der Bediensteten* einen nicht minder hohen (Stellen-)Wert für die Herrschaften. 178

Als Konsequenz konnte mit der *Rekrutierung und Vermittlung von Informationen über treue Bedienstete Geld* verdient werden: Gesindevermittlungsagenturen waren in London ab dem 18. Jahrhundert fest etablierte Institutionen; für Deutschland ist das Gesind-Vermietungscomptoir in Berlin überliefert.[251] Solche Vermittlungsagenturen wurden auch als «Verdinger/Hindinger» bezeichnet, womit das stellensuchende Individuum selbst sprachlich vom Subjekt in ein Objekt überführt wurde, das seinen Herrschaften mechanisch zur Hand gehen sollte.[252] Die Hindinger erhoben Vermittlungsgebühren, womit das ökonomische Interesse zugleich ein Interesse inkludierte, dass das vermittelte Arbeitsverhältnis nicht zu lange währte. Entsprechend wurde der fragliche Vermittlungskanal eher für das weniger qualifizierte Gesinde gewählt, wohingegen die wichtigen Bediensteten in aller Regel über Mund-zu-Mund-Propaganda vermittelt wurden. Letztere waren 179

247 Groebner, 44.
248 Ders., 51.
249 Ders., 164.
250 Zum Ganzen Krajewski, 176 f.
251 Ders., 183.
252 Ders., 185.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in Netzwerken organisiert, in denen ein reibungsloser Informationsaustausch gewährleistet werden sollte.[253]

180 In den *frühneuzeitlichen Adressbüros* wurden allerdings keineswegs bloss Bedienstete vermittelt, sondern auch Ärzte und ganz allgemein Arbeitssuchende, Waren, Kapital und Immobilien.[254] Diese Adressbüros in Europa im 17. resp. 18. Jahrhundert werden als erste Suchmaschinen und gewissermassen als Vorläufer von Google beschrieben, so das Bureau d'Adresse in Paris, das intelligence oder registry office in London, das Fragamt in Wien usf. Die Erhebung, Organisation und Koordination von Informationen und Wissen, Angebot und Nachfrage wurde institutionalisiert, professionalisiert und spezialisiert.[255]

181 Das von Renoudet bereits 1630 in Paris gegründete Vermittlungsbüro war Pfandbüro, Vermittlungsbüro für Ärzte oder Apothekerinnen sowie Verkaufsagentur in einem.[256] So konnten sich beispielsweise potentielle Käuferinnen resp. Verkäufer zwecks Angebot resp. Nachfrage einer Ware gegen eine Vermittlungsgebühr ins Register eintragen lassen resp. gegen Gebühr einen Auszug erhalten. Ein solcher Auszug informierte über Ort und Person, wo die jeweilige Nachfrage gedeckt werden konnte.[257] Besagte Auskunfteien illustrieren nicht nur die frühe Kommerzialisierung von (personenbezogenen) Informationen, indem die Betreiber mit der Informationsvermittlung wirtschaftliche Gewinne erzielten,[258] weshalb man durchaus von einer Informationsindustrie sprechen könnte. Sie dienten gleichzeitig dem Auf- und Ausbau von Handels- und Arbeitsmarktbeziehungen. Von der Entwicklung jener lukrativen Geschäftspraktiken wollten wiederum die obrigkeitlichen Stellen profitieren. Entsprechend bedurfte es für die Einrichtung eines Adressbüros in aller Regel eines Privilegs resp. einer gebührenpflichtigen Konzession.[259] Anhand des Aufbaus dieser Adressbüros und Auskunfteien zeigt sich, dass die Kommerzialisierung von Informationen mit Personenbezug kein neues Phänomen ist.[260] Bereits früh beginnt sich hier eine Betrachtungsweise

253 Krajewski, 183, wobei Dienstmädchen meist der Gemüsestand als Informationsforum diente und sich dort ausgetauscht wurde, wo man sich besser nicht verdingen sollte.
254 Herwig/Tantner, 20 f.
255 Vgl. Tantner, Adressbüros, 20 ff., 49 ff., 130 ff.
256 Ders., a. a. O., 34 ff.; zum Adresshandel heute, der datenschutzrechtlich wiederholt kritisiert wurde und der die expansive Kraft ökonomischer Rationalitäten veranschaulicht, vgl. dritter Teil, VII. Kapitel, 2.
257 Herwig/Tantner, 21.
258 Vgl. zu den Gebühren für Eintragungen Tantner, Adressbüros, 30 und 49.
259 Ders., a. a. O., 40 ff.; wie bereits für die Verdingbüros beschrieben, galt auch hier, dass die öffentliche Hand ebenso in den Geldtopf greifen wollte. Entsprechend bedurfte es für die Einrichtung von Adressbüros eines Privilegs, das zunächst in Renoudets Familie verblieb, alsdann aber gegen Entgelt verpachtet wurde.
260 Eine lebhafte Schilderung der frühen Partnerschaftsvermittlung findet sich etwas später im Roman von Alice Berend, Die Bräutigame der Babette Bomberling; zur Optimierung auch des Privaten «Liebe aus Nullen und Einsen. Der Computer als Kuppler: Das ist keine Erfindung der Internetära. Seit den 1950er Jahren versucht man, das Glück zu programmieren», NZZ vom 10. Juli

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu etablieren, wonach *Information als Quasi-Objekt, das zwischen Subjekten transferiert wird,* wahrgenommen wird.[261]

182 Gleichwohl findet sich auch die *kontextuelle Dimension* des ökonomischen Themas adressiert, insb. bei Warren/Brandeis.[262] Die Autoren beklagten, dass die Yellow Press Informationen aus den *heiligen Zirkeln des privaten Lebens* einzig und allein aus *wirtschaftlichem Profitstreben* und zur Befriedigung der primitiven Neugier der Allgemeinheit (Gossip) verbreiten würde.[263] Zwar richtete sich ihr Fokus auf die Ableitung und Herausbildung eines *subjektiven Rechts,* eines Right to Privacy. In ihrer Analyse wird indes die systemische Herausforderung dergestalt sichtbar, als dass diese als *Kollision des ökonomischen Kontextes mit dem Kontext der privaten Lebenswelt* beschrieben wird. Das Presseerzeugnis zielte gemäss den Autoren gerade nicht darauf ab, ein legitimes öffentliches Informationsinteresse zu erfüllen.

183 Warren/Brandeis bezogen sich für ihre Ableitung, wonach ein Right to Privacy bereits im Recht angelegt sei, namentlich auf Entwicklungen in Frankreich: Frankreich war das erste Land, das die Privatheit gesetzlich gegenüber der Presse schützte.[264] Mit der *Loi Relative à la Presse* wurde die Veröffentlichung von Fakten aus der «vie privée» in periodisch erscheinenden Medien unter Strafe gestellt. Im deutschsprachigen Raum problematisierte der Preussische Strafrechtler Klein das Thema 1788 mit den Worten:

> «Da es nicht von sonderlichem Nutzen sein kann, Thatsachen aus dem Privatleben eines Menschen auszuheben, und öffentlich zu jedermanns Wissenschaft zu bringen, so wird eine dergleichen Bekanntmachung nicht leicht zu entschuldigen seyn; es ware den, dass ein überwiegender Nutzen für das Publicum zu erwarten ware.»[265]

2018, 36; Auskunfteien, insb. Kreditauskunfteien, wurden immer wieder kritisch vor dem Hintergrund des Datenschutzrechts diskutiert, vgl. hierzu vertiefend dritter Teil, VII. Kapitel, B.2.

261 Zu einer solchen Idee resp. Konzeptionalisierung, der rechtlich namentlich das Eigentumsrecht verpflichtet ist, vgl. dritter Teil, VIII. Kapitel, B.4.

262 Anknüpfend an die Bedeutung von Informationen für den Schutz des Ansehens ist anzunehmen, dass mit der Herabsetzung des Ansehens der gesellschaftliche Fall auch dramatische wirtschaftliche Folgen haben konnte.

263 Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 196; hierzu auch Richards, Vand. L. Rev. 2010, 1295 ff., 1299; interessant Odlyzko, Int. J. Commun. 2012, 920 ff., 925 mit dem Hinweis zum Effekt von Preissenkungen betreffend Zeitungen und dem damit einhergehenden intensivierten Informationsfluss im England des 19. Jahrhunderts; dazu, dass je ungewöhnlicher intime Informationen sind resp. je berühmter die betroffenen Personen sind, desto grösser das mediale Interesse, Harvey, U. Pa. L. Rev. 1992, 2385 ff., 2386 f.; zur Abwägung zwischen Gossip-Begehrlichkeiten und dem Schutz von Prominenten zugunsten der letzteren im Zusammenhang mit dem Verunfallen von Prinzessin Diana vgl. m. w. H. Allen, Harv. L. Rev. Forum 2013, 241 ff., 243.

264 Dazu Warren/Brandeis, Harv. L. Rev. 1890, 193 ff., 214.

265 E. F. Klein, Preussischer Strafrechtler, 1788, zit. nach Balthasar, Fn 56; vgl. zum kommunikationsbezogenen Strafrecht im 19. Jahrhundert Ladeur, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 11 ff.; zur Relevanz der Abgrenzung der Unterhaltung von anderen Gehalten verbreiteter Informationen Ders., ZUM 2000, 879 ff., 884 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:25
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

184 Die «Presse» ist ein *Medium*, das der Informationsvermittlung dient. Allerdings kann diese *Informationsvermittlung ganz unterschiedliche Ziele* verfolgen: Die Verbreitung von «Gossip» zur Generierung von Geld und Befriedigung eines Unterhaltungsinteresses wird anders beurteilt als die Verbreitung von «berichterstattungswürdigen Nachrichten», die gerade für den politischen Kontext und die Demokratie von Bedeutung sind.[266] Beschrieben wird von den Autoren folglich die Kollision einer tief verwurzelten Institution – der private resp. familiäre Lebensbereich – mit dem Profitstreben der Presse und damit dem ökonomischen Kontext, aber auch einer Presse, die dem demokratischen System dient. Die Regenbogenpresse konterkariert scharf eine Presse, die in ihrer Funktion für die Demokratie und unter ebendiesem Titel der Pressefreiheit gelesen wird.[267]

5. Resümee und Überleitung

185 Die vorangehenden Ausführungen lassen sich wie folgt *zusammenfassen*: Gezeigt wurde, dass die *informationelle Erfassung des Menschen* insb. als *Herrschaftstechnologie dient(e)*.[268] Entsprechend kommt Personendatenerfassungen zentrale Bedeutung im Rahmen der Herausbildung obrigkeitlicher resp. staatlicher Institutionen und Systeme zu.

186 Exzessive Herrschaftspraktiken durch informationelle Personenverarbeitungen blieben allerdings nicht ohne Reaktion. Neben Torpedierungen brachte insb. die Anerkennung von Freiheitsrechten, die der invasiven Macht des Staates Schranken setzen sollten, eine *erste Zweiteilung der Welt*: ein *Dualismus*, in dem eine *öffentliche Sphäre im Sinne einer staatlichen Sphäre vom Bereich des Privaten* abgegrenzt wurde. Die *Freiheitsrechte* sind als konstitutiv für die Kategorien des öffentlichen und privaten Bereiches zu qualifizieren.[269] Es geht um die Etablierung eines *ersten Dualismus*.

---

266 Eine Schlüsselfigur zwischen den Bereichen bildet später bekanntermassen die relative und absolute Figur der Zeitgeschichte, anhand der beschrieben wird, inwiefern Informationen zur persönlichen Lebensführung von öffentlichen Figuren von allgemeinem Interesse sind oder nicht, vgl. BGE 127 III 481, E 2.a.; Lüthi, *passim*; kritisch unlängst Zulauf/Sieber, medialex 2017, 20 ff.; zur Unterscheidung von Gossip und berichtwürdigen Tatsachen Richards, Vand. L. Rev. 2010, 1295 ff., 1310 ff.; zur Einordnung der Unterhaltung und zur Staatsfixierung des Bundesverfassungsgerichts auch in seiner Rechtsprechung zum Medienrecht Ladeur, ZUM 2000, 879 ff., 881.

267 Vgl. Buchner, 20 ff.

268 Für unsere Zeit wird dies z. B. beschrieben durch Whitaker, 47 f., mit Blick auf die Überwachung von Gefangenen, die damit diszipliniert werden.

269 Vgl. Rössler, 27 ff.; sie zeigt zunächst, inwiefern für die Zweiteilung zwischen dem öffentlichen Bereich im Sinne des Staates gegenüber eines von seinem Handeln freigehaltenen Bereiches, dem Privatbereich, der Liberalismus und die Freiheitsrechte relevant sind; zum entsprechenden Dualismus von Personendatenverarbeitungen durch den Staat (Bundesbehörden) und Privatpersonen als erstes Strukturmerkmal des schweizerischen DSG zweiter Teil, IV. Kapitel; zur Freiheit und Selbstbestimmung als Kernelemente der absolut geschützten Rechtsgüter und damit auch der Persönlichkeit Ehmann, in: Stathopoulos/Beys/Philippos/Karakostas (Hrsg.), 113 ff., 138 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter dem Titel «Das Private im Privaten» folgte ein genauerer Blick aus einer historischen Perspektive auf den Bereich des Privaten, der jenseits der öffentlichen i. S. v. staatlichen Sphäre liegt. Im Zentrum stand die Entwicklung und Ausdifferenzierung von subjektiven Rechten. Für das *Private im Privaten* wurden schlaglichtartig verschiedene Ursprünge und Ingredienzen beleuchtet. Eine Auseinandersetzung mit dem berühmten Beitrag von Warren/Brandeis war hierbei von besonderem Interesse. 187

Als Quellrecht des Right to Privacy zeigte sich im Artikel von Warren/Brandeis zunächst das *Eigentumsrecht*. Prominent taucht die *räumlich-statische Metapher* des Hauses zur Konstituierung des Privaten auf. Eine solche Symbolisierung zeigte sich schon an früherer Stelle in Redewendungen, aber auch literarischen Erzählungen. Zugleich präsentiert sich das Right to Privacy als ein Recht der Privilegierten und der bürgerlichen Oberschicht, denen auch die beiden Juristen angehörten, die mit ihrem Aufsatz Rechtsgeschichte schrieben. Damit wurde gleichzeitig sichtbar, dass die Entwicklung des Privatheitsschutzes eng mit den Privilegien einer Elite sowie dem Ehrenschutz zusammenhängt. 188

Mit diesen Komponenten eines Right to Privacy untrennbar verbunden ist die *Kategorie der Familie*. Sie gilt bis heute als Kerndimension des Privaten. Das Ideal der bürgerlichen Kleinfamilie geht mit geschlechtsspezifischen Rollenzuweisungen einher: Der häuslich-familiäre Bereich wird der Frau zugewiesen, die Aussenwelt, wo Ehre, Ruhm und Geld zu verdienen waren, dem Mann. Damit lässt sich von einer *zweiten Dichotomie* sprechen, dem Privaten im Privaten. 189

Im Zeitalter von Warren/Brandeis verengte sich der informationsrechtliche Fokus auf den Schutz der subjektiven Rechte. Zwar konzentrierten sich die Autoren auf die deduktive Begründung eines *Individualrechts*, des Right to Privacy als subjektives Recht. Gleichwohl erfolgte in ihrer Analyse die Beschreibung einer Kollision zwischen *Gesellschaftsstrukturen* (zwischen Ober- und Unterschicht) und *Gesellschaftsbereichen resp. Kontexten*, namentlich des *wirtschaftlichen Kontextes mit dem Privat- und Familienleben*. Ausgangslage ihres Beitrages war eine Situation, in welcher die Presse nicht mehr (nur) darauf abzielte, «höherrangige» Informationsinteressen zur Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Demokratie umzusetzen. Vielmehr diente die Publikation von persönlichen Informationen einzig der Befriedigung der Neugierde des «einfachen Volkes». Hierfür wurde eine Invasion in die «heiligen Bezirke des persönlichen Lebens» vorgenommen und gleichzeitig eine Quelle für den finanziellen Profit erschlossen, worin die Juristen auch ein Risiko für die allgemeine Moral verorteten. Im Zuge der Entwicklung der Yellow Press war es somit eine *Veränderung des Informationszweckes*, der auf Widerstand stiess. Die Presseunternehmen verfolgten nicht mehr nur das Ziel, die politisch-demokratische Willensbildung zu gewährleisten. Stattdessen handelten sie zusehends im eigenen wirtschaftlichen 190

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interesse, das vom Unterhaltungsinteresse der Allgemeinheit genährt wurde. Dabei griffen die Presseunternehmen in den privaten Lebensbereich ein, wodurch dieser untergraben wurde.

191 Erneut wurde illustriert, dass Personendaten seit Langem *wirtschaftliche Relevanz* haben, sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich. Die Kommerzialisierungsbestrebungen der Yellow Press konfrontierten den privaten Bereich in den Augen von Warren/Brandeis in einer Weise, welche die Anerkennung eines Right to Privacy gebiete. Die sich vollziehende Transformation von Informationen in Wirtschaftsgüter durch den Einsatz neuer Techniken und Praktiken – die heute als Hauptherausforderungen für das Datenschutzrecht diskutiert werden – stellte das Recht bereits im 19. Jahrhundert auf die Probe. Noch weiter zurückreichend konnte anhand verschiedener Schlaglichter auf gebührenpflichtige Gesundheitsbriefe, insb. aber die Errichtung sog. Frageämter und die damit geschuldeten Gebühren sowie Konzessionen, gezeigt werden, dass Informationen schon früh wertvolle Güter waren und in bares Geld umgesetzt wurden.

192 Die Emanzipation eines individualrechtlichen Subjektschutzes durch die Anerkennung eines eigenständigen, vom Eigentumsrecht und Ehrenschutz losgelösten Right to Privacy als juristische Antwort auf faktische Entwicklungen (Stichworte Yellow Press und Kommerzialisierung) war unbestritten eine Errungenschaft: Von nun an konnte sich der Einzelne gegen Eingriffe in das Privatleben durch «invasive informationelle Vorgehensweisen», unter Umständen technisch unterstützte Personendatenverarbeitungen, sowohl gegenüber staatlichen Stellen als auch Privatpersonen zur Wehr setzen. Damit war der Weg für die künftigen Entwicklungen gewiesen.

193 An dieser Stelle erfolgt der Sprung in die jüngere Vergangenheit sowie Gegenwart. Nachfolgend geht es vorab um die in gebotener Kürze vorzunehmende Auseinandersetzung mit der Entwicklung der *ersten Datenschutzgesetze*. Solche spezifische Datenschutzerlasse waren die Reaktion auf eine Erkenntnis, wonach das bisherige rechtliche Instrumentarium – für den privaten Bereich, insb. das allgemeine Persönlichkeitsrecht – den faktischen Entwicklungen und namentlich den Fortschritten im Zuge der Informationsverarbeitungstechnologien nicht hinreichend wirksam begegnen konnte.[270]

194 Ein Herzstück der frühen datenschutzrechtlichen Debatte bildete die Frage, ob und wie Normierungen mit Blick auf Personendatenverarbeitungen durch den Staat und durch Private ausgestaltet werden sollen.[271] In der Schweiz war die

270 Vgl. zur Beziehung von Technik und Recht aus allgemeinerer und geschichtswissenschaftlicher Perspektive, wobei die Frage der Technik im Recht zum Kardinalproblem der Moderne erhoben wird, Dommann, SZG 2005, 17 ff., 18; sodann die Beiträge in Ruch (Hrsg.), Recht und neue Technologien; spezifischer Cottier, Forum Europarecht 2018, 25 ff.

271 Zu dieser Diskussion insb. für Deutschland Buchner, 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Notwendigkeit einer spezifischen Gesetzgebung mit Regeln für Personendatenverarbeitungen durch Bundesbehörden weit weniger umstritten als diejenige für den privaten Bereich.[272] Gleichwohl wurde für den privaten Bereich ebenso früh der Standpunkt vertreten, dass die basierend auf dem Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB entwickelte *Sphärentheorie* keinen hinreichenden Schutz mehr gewähren könne.[273] Die Sphärentheorie geht auf den deutschen Rechtswissenschaftler Hubmann und das 20. Jahrhundert zurück. Sie wurde auch in der Schweiz rezipiert.[274] Die Theorie sollte das so schwer zu definierende Schutzobjekt der Privatheit im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes konkretisieren. In diesem Sinne geht es um eine Auslegung im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz. Die Sphärentheorie, die für das 20. Jahrhundert prägend ist, wirkt im 21. Jahrhundert – jeglichem datenschutzgesetzlichem Fortschritt zum Trotz – fort.[275] Sie geht von der Unterscheidung dreier Lebenskreise aus, welche die rechtlich geschützten Persönlichkeitsbereiche voneinander abgrenzen und mit einem jeweils differenzierten Schutzniveau versehen.[276] Den innersten Kreis bildet die sog. Geheim- oder Intimsphäre; diese

> «umfasst darnach Tatsachen und Lebensvorgänge, die der Kenntnis aller andern Leute entzogen sein sollen, mit Ausnahme jener Personen, denen diese Tatsachen besonders anvertraut wurden […].»[277]

Zur Privatsphäre 195

> «gehört der übrige Bereich des Privatlebens; es sind ihr also alle jene Lebensäusserungen zuzurechnen, die der einzelne mit einem begrenzten, ihm relativ nahe verbundenen Personenkreis teilen will, so mit Angehörigen, Freunden und Bekannten, jedoch nur mit diesen. Was sich in diesem Kreis abspielt, ist zwar nicht geheim, da es von einer grösseren Anzahl von Personen wahrgenommen werden kann. Im Unterschied zum Geheimbereich handelt es sich jedoch um Lebenserscheinungen, die nicht dazu bestimmt sind, einer breiteren

272 Vertiefend insofern nachfolgend zweiter Teil, IV. Kapitel, A. und B.

273 Vgl. zu den Grundlagen und Ursprüngen der Sphärentheorie mit Hinweisen auf die Arbeiten von Hubmann aus dem Jahr 1953 für Deutschland und Jäggi für die Schweiz aus dem Jahr 1960 insb. Aebi-Müller, N 408 ff., N 423, N 512 ff.; sodann namentlich auch BGE 97 II 97; zur Sphärentheorie auch Ehmann, in: Stathopoulos/Beys/Philippos/Karakostas (Hrsg.), 113 ff., 141 ff.; zum Ungenügen der Sphärentheorie und insb. Art. 28 ZGB zur Bewältigung der Herausforderungen im Kontext von Personendatenverarbeitungen BBl 1988 II 414 ff., 428 f.; zum Ungenügen des geltenden Rechts als Grund für die Entwicklung eines spezifischen Datenschutzrechts Pedrazzini, Wirtschaft und Recht 1982, 27 ff., 34 ff.; zu Schwächen des Sphärenkonzeptes in Deutschland bereits früh und mit Hinweis auf die Entwicklungen zum Autonomieschutz Schmidt, JZ 1974, 241 ff., 243 ff.; zur Sphärentheorie gemäss Art. 28 ZGB in der Zeit vor dem DSG Page, 213 ff.; zum Recht auf Privatsphäre auch Schrepfer, 31 ff.

274 M. w. H. Aebi-Müller, N 408 ff. und N 512 ff.; nicht spezifisch juristisch zur wirkungsmächtigen «Privatsphäre» Güntner, Privatsphäre, Schriftenreihe der Vontobelstiftung, Zürich 2011.

275 In dieser Arbeit wird an mehreren Stellen sichtbar gemacht werden, inwiefern das Konzept selbst im DSG nach seiner Totalrevision fortwirkt, obschon die Datenschutzgesetze ihre Defizite überwinden wollten.

276 Vgl. insb. BGE 97 II 97 mit Hinweis auf das einschlägige Schrifttum und insb. die Beiträge von Jäggi, Hubmann, Grossen und Hotz; BBl 1988 II 414 ff., 428 f.

277 BGE 97 II 97, E 3.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden, weil die betreffende Person für sich bleiben und in keiner Weise öffentlich bekannt werden will.»[278]

196 Die Gemein- oder Öffentlichkeitssphäre umfasse dagegen

> «Tatsachen [, die] von jedermann nicht nur ohne weiteres wahrgenommen, sondern grundsätzlich auch weiterverbreitet werden dürfen […].»[279]

197 Das Ungenügen einer im (allgemeinen) Persönlichkeitsschutz angelegten Sphärentheorie wurde im Zuge des 20. Jahrhunderts immer deutlicher. Entwickelt und erlassen wurden die ersten spezifischen Datenschutzgesetze. Die Schweiz nahm in dieser *ersten datenschutzgesetzlichen Entwicklungsetappe keine Vorreiterrolle* ein. Im Gegenteil – sie setzte aufgrund einer «élaboration pénible» als eines der letzten Länder in Europa ein allgemeines Datenschutzgesetz auf Bundesebene in Kraft.[280] Im Rahmen der jüngsten kontinentaleuropäischen datenschutzrechtlichen Neuerungswelle wiederholte sich diese (datenschutzrechtliche) Positionierung und Geschichte: Erneut geriet die Eidgenossenschaft ins Hintertreffen, weil die Verabschiedung der Totalrevision zeitlich immer wieder nach hinten verschoben und damit teilweise um einen sog. Angemessenheitsbeschluss, vgl. Art. 45 DSGVO, gebangt wurde. Die nationalrätliche Differenzbereinigung fand in der Frühjahrssession 2020 statt. Am 25. September 2020 wurde die Totalrevision des DSG vom Parlament verabschiedet. Das Inkrafttreten ist mittlerweile auf 2023 festgelegt. Doch bevor über eine Charakterisierung anhand dreier Strukturmerkmale auf das DSG in seiner noch geltenden Form wie auch nach Totalrevision eingegangen und damit der Fokus auf die datenschutzrechtliche Gegenwart und Zukunft gerichtet wird, nochmals eine kurze Rückblende in die Vergangenheit: auf die Zeit, in der die ersten Datenschutzgesetze entwickelt wurden.

C. Entstehung der ersten Datenschutzerlasse

198 Die *datenschutzrechtlichen resp. -gesetzlichen Entwicklungen* sind Reaktionen auf die Fortschritte der Datenverarbeitungs- und Kommunikationstechnologien, wie sie durch den *Computer* möglich und symbolisiert werden.[281] An dieser Stelle ist der Name des Computerpioniers Konrad Zuse zu nennen, der die erste

278 BGE 97 II 97, a. a. O.
279 BGE 97 II 97, a. a. O.
280 Zur wechselvollen Geschichte der Arbeiten zum ersten DSG auch Kleiner, in: Brem/Druey/Kramer/Schwander (Hrsg.), 397 ff., 397 f.
281 Simitis, Symposium, 1 ff., 1; Ders. zu den Nutzungsmöglichkeiten elektronischer Anlagen 1970 mit seiner Schrift zur Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung; vgl. für das Schweizer DSG Belser, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 1 ff., 2; zur Geschichte des Informationsrechts als Rechtsinformatik, dem Computerrecht sowie dem Recht der neuen Medien vgl. Hoeren, 12 ff.; zur Informatik, die das Recht herausfordert, Schweizer, digma 2003, 58 ff.; in drei Etappen wird der Übergang vom Privatheitsschutz zum Datenschutzrecht beschrieben von Cottier, SRIEL 2016, 255 ff., 257 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechenmaschine entwickelte. Als Mutterland der Computertechnologien gelten die USA und ebenda das Silicon Valley.

199 Die besagten technologischen Entwicklungen lösen erste Debatten über die Notwendigkeit des Schutzes von Personen und Daten aus. Drei Episoden trugen zur steigenden Aufmerksamkeit in der amerikanischen Öffentlichkeit bei:[282] Erstens war der Wahl von Präsident John F. Kennedy im Jahr 1961 eine über viele Jahre hinweg vorgenommene, rechnergesteuerte Analyse des Wählerverhaltens vorausgegangen. Zweitens scheiterte der Plan der US-Regierung unter Kennedy im Jahr 1965, ein nationales Datenschutzzentrum zu errichten, am Widerstand des Kongresses. In diesem hätten sämtliche Bürgerinnen und Bürger registriert werden sollen, womit dem Staat ein umfassendes Informationssystem zur Verfügung gestanden hätte. Die Diskussion um den Schutz des Menschen und seiner Privatsphäre wurde indes, drittens, durch eine andere Praxis wesentlich angetrieben: Es waren Presseberichte darüber, dass computerbasierte Kreditvergaben auf fehlerhaften Berechnungen basierten und infolge davon zu Unrecht als kreditunfähig Eingestuften der Strom oder das Wasser abgestellt wurde.[283]

200 Der *Ursprung* der Diskussionen rund um eine datenschutzrechtliche Regulierung wird folglich in den *USA der 1960er Jahre* verortet.[284] In den USA wurde alsdann der *Federal Privacy Act* im Jahr 1974 in Kraft gesetzt, der Prinzipien zur *fairen Personendatenverarbeitung* durch die Bundesbehörden vorsieht. Die Bundesstaaten setzten ihrerseits entsprechende Erlasse in Kraft.[285] Der Fokus der ersten Datenschutzgesetzgebungen richtete sich auf die Personendatenverarbeitungen durch den *Staat* – so auch wenig später in Kontinentaleuropa.[286]

201 Die Verarbeitung personenbezogener Informationen war, wie gezeigt, seit jeher eine *Herrschaftsmethode* und wurde zur Konsolidierung staatlicher Macht nutzbar gemacht. Die Abkehr von den Karteikarten und die Hinwendung zur automatischen Datenverarbeitung mittels *staatlicher Grossrechenanlagen* eröffnete

282 M. w. H. Schiedermair, 42; vgl. zu den Anfängen der Entwicklung der Computertechnologien in den USA und den hier beginnenden juristischen Auseinandersetzungen Bull, Computer, 73 ff.

283 Vgl. zum Ganzen m. w. H. Schiedermair, 42; zu skandalösen Missständen im Kreditwesen in den USA als Ursprung für die Datenschutzdiskussion in den 1960er Jahren Fiedler, in: Podlech/Steinmüller (Hrsg.), 179 ff., 180; vgl. die Hinweise auf die Vorläufer in Gestalt der Schuldnerlisten erster Teil, II. Kapitel, A.; vertiefend zu den Kreditauskunfteien im Kontext der expansiven Tendenzen ökonomischer Rationalitäten dritter Teil, VII. Kapitel, B.2.

284 Vgl. Buchner, 7; Garstka, in: Schulzki-Haddouti (Hrsg.), 49 f.; zum weiteren Paradigmenwechsel mit seiner Abkehr von diesen staatlichen Grossrechnern zu Kleinstcomputern Rudin, digma 2001, 126 ff., 126.

285 Buchner, 11; vgl. den Ansatz der Anerkennung der fair information practices spezifisch für das Internet Schwartz, Wis. L. Rev. 2000, 743 ff., 745 ff.

286 Für Deutschland Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.; für die USA Nissenbaum, 1; für die Schweiz Bründler, SJZ 89, 129 ff., 129; zur automatisierten Verwaltung auch Simitis, Informationskrise, 57 ff.; zu den Entwicklungen in Kontinentaleuropa Evans, Am. J. Comp. L. 1981, 571 ff.; Fiedler, in: Podlech/Steinmüller (Hrsg.), 179 ff., 181.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ganz neue Dimensionen der Personendatenerfassungen.[287] Zugleich beanspruchte der Staat als Sozial- und Wohlfahrtsstaat, zwecks Steuerung seiner Handlungen und Massnahmen, mehr denn je auf die weitgehende Erfassung seiner Bürgerinnen und Bürger angewiesen zu sein. Der Staat als Machthaber ist es, der, ab den 1960 resp. 70er Jahren informationstechnologisch aufgerüstet, eine Art Orwellsches «Big Brother»-Syndrom auslöste.[288] Ausgangspunkt datenschutzrechtlicher Regulierungen ist folglich der *Schutz des Bürgers vor der massenhaften Informationsverarbeitung durch den Staat*.[289]

202 In Europa nahm *Deutschland eine Vorreiterrolle* in Bezug auf die Entwicklungen des Datenschutzrechts ein, wobei gerade auch das Bundesverfassungsgericht markante Impulse gab.[290] Insofern ist vorab auf den *Mikrozensus-Entscheid* aus dem Jahr 1969 hinzuweisen, der einen ersten richtungsweisenden Anstoss für die Entwicklung des Datenschutzrechts im öffentlichen Bereich gab.[291] Die Anleihen des Urteils aus der historischen und hierbei namentlich der US-amerikanischen Argumentation zum Privatheitsschutz sind unverkennbar: Das Gericht hält im Rahmen der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit einer statistischen Bevölkerungserhebung fest, dass

> «dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein „Innenraum" verbleiben muß, in dem er „sich selbst besitzt" und „in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit geniesst" […].»[292]

203 Vonseiten des Gesetzgebers war es *das Bundesland Hessen*, das 1970 ein erstes Datenschutzgesetz unter ebendieser Bezeichnung erliess.[293] Verankert wurden darin Vorgaben für die Datenbearbeitung durch die Landesverwaltung. Es folgte 1974 Rheinland-Pfalz mit seinem Datenschutzgesetz, das sich gemäss der Kompetenzausscheidung ebenso auf die Datenbearbeitung durch öffentliche Stellen auf Länderebene konzentrierte.

204 Wie in Deutschland wurde ebenso in der *Schweiz* das erste Datenschutzgesetz nicht auf Bundesebene geschaffen. Vielmehr war es der Kanton *Genf*, der 1976

287 Hierzu Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 165.

288 Bründler, SJZ 1993, 129 ff., 129; m. w. H. Maurer-Lambrou/Kunz, BSK-DSG, Art. 1 N 4; für Deutschland Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 163; Forstmoser, digma 2003, 50 ff., 51; zu dieser (unzutreffenden) Metapher auch Solove, Stan. L. Rev. 2001, 1393 ff., 1396 ff.

289 Zur Brisanz des Staatsschutzes statt vieler Nabholz, in: Schweizer (Hrsg.), 1 ff., 5; Vischer, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 109 ff.; zur Staatszentriertheit des Datenschutzrechts in Deutschland Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.; Buchner, 27; allgemein zu dieser Ausrichtung der ersten Datenschutzgesetze Mayer-Schönberger, 113 f.

290 Die hohe Sensibilität für den Datenschutz in Deutschland wird auch mit den Erfahrungen der beiden totalitären Überwachungsstaaten in Nazi-Deutschland sowie der DDR erklärt, vgl. Schaar, 27 und 34 f., mit Hinweis auf den Einsatz der durch IBM entwickelten Lochkarten durch das NS-Regime.

291 Dazu Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 157 ff.

292 BVerfGE 27, 1 ff., 6 f.

293 Hierzu Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 1.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

als erstes Gemeinwesen im Rahmen seiner gesetzgeberischen Kompetenzen ein Datenschutzgesetz für die kantonalen Behörden erliess. Auf Bundesebene gab es in der Schweiz ab 1971 mehrere Vorstösse mit dem Ziel einer Spezialgesetzgebung zum Datenschutz, die sich auf den öffentlichen Bereich bezogen.[294] Die erste Motion war von Nationalrat Bussey ausgegangen, der eine Gesetzgebung verlangte, die den *Bürger und dessen Privatsphäre gegen missbräuchliche Datenverarbeitung* schütze. Kurt Furgler zielte in der Folge als Antwort und ersten Schritt auf eine Bundesdatenschutzverordnung ab, die sich auf die Datenbearbeitung in der *Bundesverwaltung* konzentrieren sollte. Ein im Frühling 1976 vorgelegter Verordnungsentwurf konnte allerdings nicht verabschiedet werden. Erst am 16. März 1981 erging eine Richtlinie zur Datenbearbeitung in der Bundesverwaltung.[295] Der Fokus der ersten Datenschutzerlasse liegt in der Verhinderung *missbräuchlicher Verarbeitungen* personenbezogener Daten durch den *Staat*. Sie werden als *Datenschutzgesetze der ersten Generation* bezeichnet.[296]

Datenschutzgesetzgebungen, die sowohl den öffentlichen als auch den privaten Bereich erfassen, werden als jene der *zweiten Generation* beschrieben.[297] Schweden hatte ein solches Datenschutzgesetz bereits 1973 in Kraft gesetzt.[298] Auf Bundesebene erliess Deutschland 1977 nach mühevollen Diskussionen als zweites Land der Welt ein Bundesdatenschutzgesetz.[299] Es regelte ebenso die Datenverarbeitung durch Private. 205

In der Schweiz setzte die Auseinandersetzung mit dem Datenschutz und seiner Regulierung in den 1970er Jahren ein. Die Diskussionen wurden von einer wissenschaftlichen Thematisierung begleitet, die massgeblich vom amerikanischen und deutschen Geschehen und Diskurs beeinflusst war.[300] Gleichzeitig wurde das Land zu jener Zeit von der Cincera-Affäre erschüttert:[301] FDP-Nationalrat Cincera hatte 1976, wenn auch in selbstgestelltem politischem Auftrag und als Privatperson, sowohl privaten Unternehmen als auch Behörden Informationen über linksstehende Personen und Gruppierungen zugespielt. Ziel dieser Aktionen war, diesen als «politisch Subversive» denunzierten Personen den Zugang zu politischen Ämtern und privatwirtschaftlichen Stellen zu verwehren. Die 206

294 Dazu Seethaler, BSK-DSG, Entstehungsgeschichte DSG, N 12 ff.
295 Danioth, in: Schweizer (Hrsg.), 9 ff., 10.
296 Mayer-Schönberger, 113 f.; vgl. für Schweden als gesetzgeberischer Vorreiter mit der Frage, wie staatliche Überwachung kontrolliert werden könne, Flaherty, 104; Bäumler sieht in der anfänglichen Fokussierung auf den «Täter Staat» ein schweres Defizit der damaligen Lösungen, Interview vom April 2009, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/interviews/baeumler/index.html> (zuletzt besucht am 30. April 2021); zu den Entwicklungen des Datenschutzrechts mit den Argumentationsmustern m. w. H. auch Boehm, 19 ff.
297 Mayer-Schönberger, a. a. O.; Flaherty, a. a. O.
298 Flaherty, 104.
299 Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 1.
300 Vgl. Forstmoser, SJZ 1974, 217 ff.
301 Belser, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 1 ff., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Cincera-Affäre gilt als Vorläufer des Fichenskandals von 1989, welchen die Schweiz mit dem Titel «Schnüffelstaat» in ihre eigene Geschichte eingehen liess: Die Bundesanwaltschaft hatte rund 900'000 Karteikarten über Personen und Organisationen angelegt, mit vergleichbarer Zielsetzung wie in der Cincera-Affäre. Ausgerechnet die Schweiz, die als «Musterknabe» der Demokratie beschrieben wird, dokumentiert für die moderne Geschichte, dass «staatsschnüffelnde Aktivitäten» mit invasiver und extensiver Bürgerkontrolle bereits ohne hochautomatisierte Datenverarbeitungstechnologien möglich waren.[302]

207 Zusätzlich zu diesen brisanten Vorkommnissen wurde die Verabschiedung eines Datenschutzgesetzes von internationalen Entwicklungen angetrieben: Die informationstechnologischen Fortschritte hatten bereits dazumal zu stark intensivierten wirtschaftlichen Aktivitäten geführt, mit einer zusehenden Verdichtung nicht nur der staatlichen Kooperationen. Entsprechend bemühte man sich um völkerrechtliche Regelungen für den internationalen Datenschutz. Am weitreichendsten und bedeutsamsten war das Europarat-Übereinkommen Nr. 108 vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten. Der Erlass eines Datenschutzgesetzes durch die Schweiz sollte die Ratifikation besagten Übereinkommens ermöglichen.[303] Die Konvention wurde unlängst geändert, wobei die Anpassungen des DSG mittels Totalrevision von den internationalen Entwicklungen (namentlich auch der Verabschiedung der DSGVO) angestossen wurden.[304] Die Teilhabe an einem grenzüberschreitenden Markt, der mit einem grenzüberschreitenden Transfer von Personendaten einhergeht, gab seit jeher Anlass, harmonisierte datenschutzrechtliche Vorgaben zu erlassen.

208 Während die Notwendigkeit einer Datenschutzgesetzgebung für die Personendatenverarbeitung durch *Bundesbehörden* weitestgehend anerkannt war, zeigte sich ein anderes Bild betreffend den privaten Bereich. Für den Schutz der Person vor Datenbearbeitungen durch Private wurde in den 1970 resp. 1980er Jahren auf Art. 28 ZGB zurückgegriffen. Im Rahmen der Erwägungen zur Änderung von Art. 28 ZGB schlug bereits die insofern eingesetzte Expertenkommission unter Lüchinger in ihrem Vorentwurf einen lit. k vor, der in minimaler Weise Datenschutzbelange aufgreifen sollte. In der Folge erarbeitete die nach den Vernehmlassungsergebnissen eingesetzte Expertenkommission unter Tercier weiterfüh-

302 Vgl. hierzu Aiolfi, NZZ vom 28. März 1990, 65; auch Deutschland kannte Datenskandale: Legendär insofern die Berichte des Journalisten Günter Wallraff, der sich inkognito in Callcentern hatte anstellen lassen, woraufhin eine Welle der Empörung durch die Öffentlichkeit ging, vgl. m. w. H. Bull, ZRP 2008, 233 ff., 233.

303 BBl 1988 II 414 ff., 423 f.

304 Zur Stärkung des Datenschutzes, veranlasst nicht nur von den technologischen Entwicklungen, sondern namentlich auch den rechtlichen Entwicklungen auf supra- resp. europarechtlicher Ebene, vgl. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.htm> (zuletzt besucht am 20. September 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rend mehrere ZGB-Bestimmungen, welche den Datenschutz im Privatrecht gewährleisten sollten. Allerdings wurde der Schluss gezogen, dass das Anliegen im Rahmen des ZGB nicht zu bewältigen sei.[305] Was folgte, war ein über zwanzig Jahre andauerndes Ringen um die erstmalige Verabschiedung des eidgenössischen Datenschutzgesetzes, das Vorgaben sowohl für die Personendatenverarbeitung durch Bundesbehörden wie auch für Private vorsehen wollte.[306] Ebendiesem Gesetz – allerdings aus einer kontextuellen und systemischen Betrachtung – widmet sich diese Studie. Entsprechend werden auch spezialgesetzliche Erlasse eine spezifische Bedeutung für diese Untersuchung haben. Die Untersuchung beschränkt sich indes nicht auf das Schweizer Recht, sondern integriert Vorgaben und Entwicklungslinien namentlich in der EU, aber auch des US-amerikanischen Rechts. Von besonderem Interesse werden sodann Art. 8 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sein.

209 Um die regulatorische Landkarte übersichtshalber zu vervollständigen, seien am Rande zwei weitere für die Schweiz relevante Felder erwähnt: *Erstens* sind entsprechend der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung in der Schweiz seit jeher die *Kantone* zum Erlass *kantonaler Datenschutzerlasse* bezüglich der Normierung von Personendatenverarbeitungshandlungen durch die kantonalen Behörden zuständig. Solche Vorgaben z. B. im Kanton Zürich finden sich im sog. IDG, dem Gesetz für die Information und den Datenschutz, das seit dem 12. Februar 2007 in Kraft steht. Es regelt allgemeine Grundsätze im Umgang mit Informationen sowie solche im Umgang mit Personendaten. Gemäss § 30 ff. IDG gibt es die Funktion eines kantonalen Datenschutzbeauftragten, den zahlreiche weitere Kantone ebenso in ihren kantonalen Datenschutzerlassen vorsehen. Damit wird sowohl im DSG als auch in den kantonalen Datenschutzgesetzen eine spezifische Funktion installiert, die über die Einhaltung des jeweils einschlägigen Datenschutzgesetzes zu wachen hat. Die kantonalen Datenschutzbeauftragten haben, wie der EDÖB, die Debatte um den Datenschutz wesentlich mitgestaltet. Die föderalistische Struktur in der Schweiz sowie die verfassungsmässige Kompetenzausscheidung prägen das Datenschutzrecht. Für eine Regelung der Personendatenverarbeitung durch Private sowie durch Bundesbehörden war seit jeher der Bund kompetent.[307] *Zweitens* geht mit der Entwicklung von Datenschutzerlassen eine Ausbildung von sog. Öffentlichkeitsgesetzen einher. Beide Typen von Gesetzgebungen dienen der Kontrolle und Rückbindung staatlicher Macht, wie sie über Informationsverarbeitungen und namentlich Verarbeitungen von Personendaten möglich werden. Die Öffentlichkeitgesetze zielen darauf ab, Transparenz in Bezug auf staatliches und insb. verwaltungsrechtliches Handeln zu gewährleisten,

305 Zum Ganzen Seethaler, BSK-DSG, Entstehungsgeschichte DSG, N 17.
306 Vertiefend hierzu sogleich zweiter Teil, IV. Kapitel, B. zum Dualismus.
307 BBl 1988 II 414 ff., 424 f.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

womit staatliches Handeln überprüfbar wird. Öffentlichkeitsgesetze finden sich – wie auch Datenschutzgesetze – in der Schweiz wiederum sowohl auf Bundesebene als auf kantonaler Ebene.[308]

210 Zurück zum eidgenössischen Datenschutzgesetz: Der langwierige Prozess bis zur Verabschiedung des DSG führte auch dazu, dass mangels spezifischer Datenschutzgesetzgebung das erste internationale Datenschutz-Übereinkommen Nr. 108 des Europarates aus dem Jahre 1981 von der Schweiz nicht ratifiziert werden konnte.[309] Das Übereinkommen verlangte in seinem Art. 3 Abs. 1, dass sowohl der öffentliche als auch der private Sektor zu regulieren seien. Als 1990 dem Ständerat ein datenschutzgesetzgeberischer Vorschlag vorgelegt wurde, der sowohl den öffentlichen als auch den privaten Bereich adressierte, geschah dies mit den Worten:

> «Die unrühmlichen Vorkommnisse in der Bundesverwaltung dürfen nicht zur Annahme verleiten, in der Wirtschaft und anderen Bereichen seien keine Irrtümer und Missbräuche denkbar. Die Bejahung einer Gesetzgebung hat auch einen gleichsam rechtspraktischen Grund. Experten der Wissenschaft und der Praxis haben überzeugend dargetan, dass eine datenschutzrechtliche Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes durch den Gesetzgeber nicht zuletzt im Interesse der Wirtschaft und aller privaten Datenbearbeiter selber liegt […]. [I]m öffentlichen Bereich, das heisst bei der Bundesverwaltung, einen griffigen Datenschutz zu begründen, bedeutete wohl, Wasser in die Reuss oder in die Aare zu tragen. Die Aktualität lässt sich angesichts der sich jagenden Fichen-Enthüllungen kaum mehr überbieten […].»[310]

211 Die Schweiz konnte ihr erstes Datenschutzgesetz, das Vorgaben für Personendatenverarbeitungen sowohl durch Bundesbehörden als auch durch Private formulierte, auf den 1. Juli 1993 in Kraft setzen. Es bezweckt(e) den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten verarbeitet werden, Art. 1 DSG. Adressiert wurde hierbei die Personendatenverarbeitung sowohl durch Bundesbehörden als auch durch Private, vgl. Art. 2 DSG. An diesem Konzept wird auch mit der Totalrevision festgehalten, vgl. Art. 1 f. nDSG.

212 Anders verliefen die Entwicklungen in den USA, wo der private Bereich *keiner* allgemeinen Datenschutzgesetzgebung zugeführt, stattdessen ein sektorieller Ansatz implementiert wurde.[311] Insofern ist allem voran der *Fair Credit Reporting Act* von 1970 einschlägig, der das Kreditinformationswesen reguliert, dessen Erschaffung auch mit dem allgemein stark ausgebauten Konsumentenschutz erklärt

308 Vgl. zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/355/de>; die kantonalen Öffentlichkeitsgesetze lassen sich abrufen unter <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/die-kantone/> (zuletzt besucht am 20. September 2021); in diesem Zusammenhang auch Cottier, in: Métille (ed.), 139 ff.

309 Nabholz, in: Schweizer (Hrsg.), 1 ff., 2.

310 Danioth, AB 88.032, 13. März 1990, 126.

311 Hierzu Buchner, 15; in seiner Studie mit Fokus auf das Auskunftsrecht auch mit Blick auf das US-amerikanische Recht mit seiner sektoriellen Gesetzgebung Page, 213 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird.[312] Sein Ziel ist die Gewährleistung eines akkuraten und fairen Kreditreportings und damit der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit, das für einen funktionierenden Finanzsektor unverzichtbar ist, was in einen bemerkenswerten Kontrast zur individualrechtlichen Anknüpfung der Datenschutzgesetzgebungen in Europa tritt. Zwar wurden in den USA wiederholt die Abkehr vom sektoriellen Regulierungsansatz und eine allgemeine Datenschutzgesetzgebung gefordert – allerdings erfolglos.[313] Der *sektorielle resp. bereichsspezifische Ansatz* in den USA wird mit dem tief verwurzelten Misstrauen gegenüber staatlichen Eingriffen in private Verhältnisse begründet, wie es auch mit der *state action doctrine* artikuliert werde.[314]

213 Der Frage, ob der bereichsspezifische Ansatz *sachlich und spezifisch aus datenschützerischen Erwägungen* – namentlich auch Zweckerwägungen – überzeugend ist, wird im Laufe dieser Arbeit vertieft analysiert. Die Differenz zwischen dem Regulierungsansatz in den USA und den kontinentaleuropäischen Erlassen für den privaten Bereich beschränkt sich damit nicht nur darauf, dass derjenige in den USA ein sektorieller ist, womit auf eine Querschnittsgesetzgebung verzichtet wird, wohingegen in Kontinentaleuropa allgemeine Datenschutzgesetzgebungen erlassen wurden, die sowohl den öffentlichen als auch den privaten Bereich normieren.[315]

214 Sodann präsentiert sich der Schutzzweck der Erlasse zumindest auf den ersten Blick unterschiedlich. Bemerkenswert sind in Bezug auf den Schutzzweck die Entwicklungen, wie sie die DSGVO bringt. Ebenda lässt sich eine Diversifizierung des Schutzzwecks verzeichnen. Anders richtet sich in der Schweiz *der Schutzzweck gemäss Zweckartikel des DSG bis heute ganz auf das Subjekt*, vgl. Art. 1 DSG und Art. 1 nDSG. In den USA steht *der systemische Schutzgedanke* im Vordergrund.[316] So statuiert der *Fair Credit Report Act* in seiner ersten Bestimmung, § 602 (a) (1), dass das *Banksystem* (und nicht nur die einzelne Bankkundin) auf die faire und akkurate Verarbeitung von Informationen angewiesen sei. Umgekehrt würden unfaire Verarbeitungshandlungen das *öffentliche Vertrauen in den Bankensektor erodieren.* Auf das Vertrauen allerdings sei der Banksektor für seine Funktionstüchtigkeit angewiesen.

312 Buchner, 16 f.

313 Simitis im Interview, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/interviews/simitis/interview-simitis.mp3> (zuletzt besucht am 30. April 2021); vgl. illustrativ zu den (dazumal) freien Bereichen der Personendatenverarbeitung Bibas, Harv. J.L. & Pub. Pol'y 1994, 591 ff., 595 f.

314 M. w. H. Buchner, 9 und 19 ff.

315 Zum Begriff «Querschnittsgesetz» BBl 1988 II 414 ff., 444; Brunner, Jusletter vom 4. April 2011, N 8; für Deutschland und das BDSG Wolff, in: Mehde/Ramsauer/Seckelmann (Hrsg.), 1071 ff., 1071; zum Datenschutzrecht als Querschnittsmaterie und zur Kategorisierung von öffentlichem und privatem Recht auch Brühwiler-Frésey, 99 ff.

316 Vertiefend hierzu für den Subjekt- und Persönlichkeitsschutz gemäss DSG zweiter Teil, VI. Kapitel und zu den Schutzzwecken gemäss DSGVO sowie DSG, wie sie in den Zweckartikeln beschrieben werden, dritter Teil, VIII. Kapitel, A.2.2.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

215 Die Entwicklungen im Anschluss an die Schaffung der Datenschutzerlasse erster und zweiter Generation sind hinsichtlich der Frage der Bereichsdifferenzierung im Datenschutzrecht von besonderem Interesse. In diesem Punkt bestand keineswegs Konsens. Vielmehr lassen sich entgegenlaufende Strategien feststellen – einerseits die *Verstärkung der Differenzierung der Normen für die beiden Sektoren, andererseits deren Harmonisierungen*.

216 In Deutschland wurde mit den Novellierungen des ersten Datenschutzgesetzes 1990, zudem über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine sukzessive Angleichung des Datenschutzrechts für den öffentlichen und den privaten Bereich eingeleitet.[317] Selbst eine Vereinheitlichung datenschutzrechtlicher Normen für die beiden Bereiche wurde in Anbetracht der «umfassenden elektronischen Eigenaufrüstung der Gesellschaft»[318] bereits im 20. Jahrhundert gefordert.[319] Ausschlaggebend hierfür war eine Überzeugung, wonach die Bedrohungen, die durch Personendatenverarbeitungen von Privaten ausgehen, denjenigen durch den Staat um nichts (mehr) nachstünden.[320]

217 Den Schritt zu einem *monistischen System*, das Personendatenverarbeitungen durch Behörden wie Private einem identischen Regime unterstellt, wird im 21. Jahrhundert durch die seit dem 25. Mai 2016 in Kraft stehende Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) umgesetzt. Sie vollzieht damit nicht nur unter dem territorialen Aspekt, sondern auch dem materiellrechtlichen Aspekt, mithin bereichsspezifisch betrachtet, eine «Harmonisierung» der Vorgaben für Personendatenverarbeitungen im EU-Raum. Die DSGVO dient, so die einleitenden Erwägungen, dazu, einen Raum der Freiheit, Sicherheit und Prosperität zu gewährleisten und einen Beitrag zum Zusammenwachsen der Volkswirtschaften innerhalb des Binnenmarktes sowie zum Wohlergehen der Personen zu leisten. Der Schutz der natürlichen Person bei der Verarbeitung von Personendaten ist ein Grundrecht, vgl. Art. 1 DSGVO.

218 Die DSGVO löste einen datenschutzrechtlichen Handlungsdruck und Anpassungsbedarf auf die Schweiz aus, vgl. insb. zum Angemessenheitsbeschluss Art. 44 ff. DSGVO. Das DSG wurde einer Totalrevision unterzogen, die 2020 verabschiedet wurde und 2023 in Kraft tritt.[321] Das totalrevidierte DSG (nDSG) integriert mehrere neue datenschutzrechtliche Instrumente, wie sie die DSGVO

317 Vgl. zu diesen Entwicklungen vertiefend Buchner, 26 ff.

318 So Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 161, der indes die Übertragung des Bildes des machtüberlegenen Staates im Kontext von Personendatenverarbeitungen auf gesellschaftliche Beziehungen kritisiert.

319 Vgl. Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 56.

320 M. w. H. Buchner, 26, der für einen zweigeteilten Datenschutz, nicht dagegen für ein divergierendes Schutzniveau eintrat; kritisch zur Übertragung eines herkömmlich staatszentrierten Leitbildes auf gesellschaftliche Beziehungen Vesting, in: Ladeur (Hrsg.), 155 ff., 162 ff.

321 In dieser Studie wird das DSG vom 19. Juni 1992 (Stand am 1. März 2019) als DSG, das totalrevidierte DSG vom 25. September 2020 als nDSG bezeichnet; als diese Habilitationsschrift begonnen

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorsieht.[322] Keineswegs aber übernimmt das neue DSG die DSGVO eins zu eins oder setzt diese umfassend um. Früh stand fest, dass *prägende strukturelle Leitprinzipien*, die im Rahmen *der Verabschiedung des ersten eidgenössischen Datenschutzgesetzes installiert wurden, beibehalten werden*.[323] Entsprechend bleiben zahlreiche der konzeptionellen Erwägungen sowie Entscheidungen, wie sie sich im DSG sowie in den Gesetzesmaterialien zum ersten DSG finden, auch nach der Totalrevision relevant.

Dieser erste Teil, der sich den Informationspraktiken und Informationsvorgaben sowie dem Datenschutz (in zeitgenössischer Terminologie) aus einer geschichtlichen Perspektive widmete, soll nun abgerundet werden – mit einer Überleitung in den zweiten Teil. Ebenda werden *Strukturmerkmale des eidgenössischen Datenschutzgesetzes* freigelegt werden, um diese im dritten Teil einer Effektivitätsprüfung zu unterziehen und, bei festgestellten Defiziten, einen Vorschlag zur Rekonzeptionalisierung – über die Totalrevision hinaus – zu entwickeln. 219

Mit Blick auf die *Funktionsweise* und die *Strukturmerkmale* des eidgenössischen Datenschutzgesetzes ist eine Textpassage zu den damaligen parlamentarischen Beratungen im Rahmen seiner erstmaligen Verabschiedung aufschlussreich: 220

> «Herr Onken hat beanstandet, dass die Gewichte ungleich verschoben worden sind und dass vor allem der Ausdruck „überwiegende Interessen“ diffus sei. Dieser Ausdruck ist aber dem Zivilgesetzbuch entnommen. Es geht nicht um eine Abkehr von den Grundsätzen von Artikel 28 des Zivilgesetzbuches, sondern es geht um eine Konkretisierung dieser Grundsätze, damit der Richter eine klarere Marschrichtung aufgezeigt erhält und nicht im grossen unbestimmten Bereich des jetzigen Artikels 28 Recht setzen soll. Wir wehren uns als Parlament mit Recht dagegen, dass die Gerichte bis hinauf zum Europäischen Gerichtshof in einer dynamischen Fortentwicklung des Rechtes in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingreifen; das ist bei uns dem Parlament und dem Souverän vorbehalten. Jeder, der eigentlich will, dass seine Auffassung von Datenschutz verwirklicht werden kann, gerade auch im Privatrecht, sollte an einer vernünftigen Gesetzgebung interessiert sein. Das Datenschutzgesetz ist nicht ein Rezeptbuch, sondern enthält grundsätzliche Regeln über die Anwendung. Es ist falsch, wenn man einfach den öffentlichen und den privaten Datenschutz vergleicht. Im öffentlichen Recht hat der Staat Aufgaben zu erfüllen, für deren Erfüllung er auf Personendaten angewiesen ist. Er tritt dem Bürger hoheitlich gegenüber. Der Bürger hat diese Aufgabe hinzunehmen, hat Daten zu liefern. Hier besteht ein ganz klares Bedürfnis für einen verstärkten Rechtsschutz, währendem im privaten Recht die Grundsätze von Artikel 28, die Grundsätze der Freiheitsrechte,

wurde, war eine Totalrevision des DSG nicht in Sicht und das erste DSG führte ein eher stiefmütterliches Dasein auch im Schrifttum.

322 So neuerdings namentlich das Verarbeitungsverzeichnis, vgl. Art. 12 nDSG und Art. 30 DSGVO, die Datenschutz-Folgeabschätzung, vgl. Art. 22 nDSG und Art. 35 DSGVO, das Rollenkonzept von Auftragsverarbeiter und (gemeinsam) Verantwortlichen, vgl. insb. Art. 9 nDSG und Art. 24 ff. DSGVO; zum fehlenden Konzept betreffend die Frage, welche Instrumente der DSGVO in der Totalrevision übernommen werden sollten, kritisch Baeriswyl, digma 2020, 6 ff., 6; eine gute Übersicht zu den Kernelementen der DSGVO findet sich bei Räther, ZHR 2019, 94 ff.

323 Ihnen widmet sich der zweite Teil dieser Schrift.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

generell gelten und die Gerichte tätig werden sollen, während der Datenschutzbeauftragte als Ombudsmann Ratschläge, Empfehlungen abgeben und damit auch für den Rechtsweg wertvolle Hinweise geben kann.»[324]

221 Die Passage deutet *drei Leitgedanken resp. Ordnungsprinzipien des DSG* an. Sie leisten einen zentralen Beitrag zur *Charakterisierung des DSG*, die über seine Totalrevision hinaus Bestand hat. Entsprechend haben sie massgeblichen Einfluss auf die Funktionsweise, Funktionstüchtigkeit, aber auch auf die funktionalen Defizite des DSG. Die Totalrevision verleiht dem DSG zwar durch die Einführung verschiedener neuer Instrumente, wie namentlich dem Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten oder der Datenschutz-Folgenabschätzung, neue Charakterzüge.[325] Gleichwohl hält es an seinen von Anfang an definierten Grundcharakteristika fest. Sie sind für diese Studie, die einen Vorschlag zur Weiterentwicklung des Datenschutzrechts entwickeln will, von zentralem Interesse. Anhand dieser Passage zeigen sich in Kürze die *folgenden drei Strukturmerkmale – sie werden im zweiten Teil vertieft analysiert – als konzeptionell prägend*:

222 *Erstens:* Die Schweiz sieht in ihrem als «Einheitsgesetz» titulierten DSG den *Dualismus* der datenschutzrechtlichen Vorgaben für den *öffentlichen und den privaten Sektor* vor – jener wird als *erstes Strukturmerkmal* im zweiten Teil dieser Arbeit im IV. Kapitel genauer beleuchtet werden.[326] Selbstredend ist der Dualismus nicht in radikaler Weise verwirklicht in dem Sinne, wonach für den öffentlichen Bereich des Bundes gänzlich andere Vorgaben gälten als für den privaten Bereich. Vielmehr sieht das DSG ein durchaus differenziertes Gefüge vor, was das Verhältnis der Vorgaben für den öffentlichen Bereich des Bundes und derjenigen für den privaten Bereich angeht. Eklatant ist die Annäherung über das sog. Verhältnismässigkeitsgebot als Verarbeitungsgrundsatz. Gleichwohl ist das Regime des DSG – bis heute und auch nach seiner Totalrevision – als (differenziert) *dualistisches Regelungsregime* zu beschrieben. Es nimmt insb. – anders als die DSGVO – keinen Wechsel zu einem *monistischen System* mit identischen und konsequent vereinheitlichten Vorgaben für die Personendatenerarbeitung durch staatliche Stellen und Private vor.[327] Wenn nun das DSG von einem *dualistischen System* ausgeht, das für den öffentlichen und den privaten Bereich differenzieren-

324 Danioth, AB 88.032, 13. März 1990, 135; zur Aufsicht über private Datenbearbeiter vgl. Schweizer, in: Schweizer (Hrsg.), 91 ff.

325 Vgl. Art. 12 und Art. 22 nDSG; vertiefend zu den historisch fest verankerten Grundzügen vgl. zweiter Teil, IV.–VI. Kapitel; vertiefend zu den neuen Instrumenten und Elementen, die mit der DSGVO und dem totalrevidierten DSG eingeführt wurden/werden und die den Charakter des DSG weiterentwickeln, ohne ihn allerdings gänzlich zu verändern, vgl. dritter Teil, VIII. Kapitel, A.1. und A.2.

326 Zum Begriff «Einheitsgesetz» Kohler, AB 88.032, 5. Juni 1991, 948; Seethaler, BSK-DSG, Entstehungsgeschichte DSG, N 20, N 26, N 34; Danioth, in: Schweizer (Hrsg.), 9 ff., 11 ff.

327 Zur dualistischen Regelungsstruktur des DSG Passadelis, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), § 6 N 6.8; als föderalistische Ordnung umschrieben von Schweizer, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), § 1 N 13; zum Dualismus als erstem Strukturmerkmal des DSG resp. nDSG nachfolgend zweiter Teil, IV. Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de Vorgaben vorsieht, die DSGVO ein monistisches Modell wählt und die USA an ihrem sektoriellen Ansatz für den privaten Bereich festhalten, dann zeigt sich deutlich, dass die *Frage nach der Relevanz kontextueller resp. bereichsspezifischer Differenzierungen unterschiedlicher denn je beantwortet wird*. Der Frage kommt, wie anhand des historischen Teils schlaglichtartig beleuchtet, ein zentraler Stellenwert zu. Selbstredend ist auch in einem Modell, für welches eine dualistische Struktur beschrieben wird, dieser Dualismus nicht schwarz-weiss oder absolut rein. Ein solches Konzept der Reinheit der Trennung von privatem und öffentlichem Recht ist seit jeher eher theoretischer Natur. Gleichwohl gibt der Begriff des Dualismus ein wesentliches Charakteristikum des DSG wieder. Das klarste Beispiel für auflösende Schattierungen liefert das Verhältnismässigkeitsprinzip als Verarbeitungsgrundsatz, welches für den privaten wie den öffentlichen Bereich gleichermassen gilt, vgl. Art. 4 Abs. 2 DSG und Art. 6 Abs. 2 nDSG.[328]

223 *Zweitens:* Charakteristisch (auch) für das eidgenössische Datenschutzgesetz ist die *generalklauselartige Regelung*. Damit sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, wonach Datenschutz als *Querschnittsmaterie* gilt: Durch ein offenes Regelungsregime sollte es in unterschiedlichen Feldern operationalisierbar werden – ein Punkt, der ebenso von hoher Bedeutung für diese Schrift ist. Darüber hinaus sollten durch eine generalklauselartige Regelung die Chancen, die in den Entwicklungen der Datenbearbeitungstechnologien verortet wurden, nicht durch ein starres Regelwerk vereitelt werden.[329] Die Normierung mittels Generalklauseln war in den 1970er Jahren sodann zumindest teilweise eine Verlegenheitslösung: *Dass* Datenschutzregulierungen unverzichtbar seien, hatte sich als Erkenntnis weitgehend durchgesetzt.[330] *Worauf* man allerdings rechtlich reagieren und *wie* reguliert werden sollte, das blieb weitgehend im Dunkeln.[331] Denn das, was in den Rechenmaschinen passierte, war namentlich für Juristinnen und Juristen kaum zu durchschauen. Zudem bereitete seit jeher nicht nur die Umschreibung der Verarbeitungsprozesse und Gefahren resp. Risiken, die mit den Informationstechnologien einhergingen, Probleme. Auch das Schutzobjekt der «Privatheit» erwies sich als definitionsresistent. An diesem Punkt erfolgt teilweise eine Verengung und Isolierung der Perspektive auf den Technologieaspekt – zum Ausdruck

328 Vertiefend zum Grundsatz im Datenschutzrecht in seiner öffentlich-rechtlichen Trias zweiter Teil, V. Kapitel, B.3.

329 Vgl. Meier, N 5 ff.; Belser, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 1 ff.; in diesem Zusammenhang ebenso Pohle, 57, 77, 181 auch mit Hinweis auf Simitis, der sich seit jeher kritisch zu den Generalklauseln äusserte, allerdings in erster Linie wegen der ungenügenden Berücksichtigung der Verarbeitungszusammenhänge.

330 So die mehrheitlichen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren im Jahr 1984 auf den nach rund fünf Jahren Ausarbeitungszeit vorgelegten Expertenentwurf, BBl 1988 II 414 ff., 428.

331 Simitis im Interview, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/interviews/simitis/interview-simitis.mp3> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gebracht wird dies mit einer *Beschreibung des Datenschutzrechts als Technikfolgerecht*.[332]

224 Dass eine Gesetzgebung mittels Generalklauseln mit Defiziten einhergeht, wurde nicht nur für den Bereich des Datenschutzrechts beschrieben.[333] Der Schweizer Datenschutzgesetzgeber liess denn auch die mit einer solchen materiellrechtlichen Regelungsstrategie einhergehende Schwachstellen nicht unberücksichtigt. Die Schaffung der Position eines Datenschutzbeauftragten, der über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Anliegen wachen sollte, müsste hier eine gewisse kompensatorische Wirkung entfalten.[334] Anders gewendet: Eine organisationale und prozedurale Normierung sollte Schwächen der materiellrechtlichen Normierung abfedern. Die generalklauselartigen Bearbeitungsgrundsätze nehmen auch nach der Totalrevision namentlich für den privaten Sektor die zentrale Schrankenfunktion wahr.[335] Zugleich allerdings werden die Kompetenzen des EDÖB und das Sanktionsregime mit der Totalrevision verschärft.[336] Das *generalklauselartige Regime* wird als *materiellrechtlich tragendes* und *zweites Strukturmerkmal des eidgenössischen Datenschutzgesetzes im V. Kapitel dieses zweiten Teils* analysiert.

225 *Drittens:* Für den Bereich der Verarbeitung von Personendaten durch *Privatpersonen* knüpft das DSG am *Persönlichkeitsrecht und Art. 28 ff. ZGB* – der berühmten schweizerischen Generalklauselregel – an.[337] Das DSG basiert folglich – ebenso nach der Totalrevision – auf den etablierten Regelungs- und Wirkungsmechanismen sowie der Struktur von Art. 28 ZGB. Dem *persönlichkeitsrechtlichen Ansatz für den «privaten Sektor»* widmet sich das *VI. Kapitel des zweiten Teils dieser Studie*.

226 Die umrissenen *drei Strukturmerkmale des DSG standen im Rahmen der Totalrevision* nicht ernsthaft zur Debatte. Verabschiedet wurde eine Totalrevision, die an den besagten *drei Strukturmerkmalen des DSG festhält*. Sie verleihen dem DSG damit auch seine charakteristische Funktionsweise. Dagegen wird die Totalrevision – ergänzend und weiterentwickelnd – diese Strukturmerkmale

332 Seethaler, BSK-DSG, Entstehungsgeschichte DSG, N 3 ff., N 12 ff.; Brunner, Jusletter vom 4. April 2011, N 9; zur Technologieneutralität des DSG Belser, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 1 ff.

333 Zum Problem der Generalklauseln Auer, Materialisierung, 1 ff.; spezifisch für das Datenschutzrecht Simitis, NomosKomm-BDSG, Einleitung: Geschichte – Ziele – Prinzipien, N 20, 45, 101 ff.; bezüglich des Datenschutzrechts vgl. auch Rosenthal, in: Datenschutz-Forum Schweiz (Hrsg.), 69 ff., der methodisch das Bauchgefühl als Bewältigungsinstrument vorschlägt.

334 Für Deutschland zu dieser kompensatorischen Rolle des Datenschutzbeauftragten Simitis im Interview, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/interviews/simitis/interview-simitis.mp3> (zuletzt besucht am 30. April 2021).

335 Vgl. Art. 6 nDSG und Art. 30 ff. nDSG; Art. 4 DSG und Art. 12 ff. DSG; vertiefend zweiter Teil, V. Kapitel und VI. Kapitel.

336 Vgl. Art. 49 ff. nDSG und Art. 60 ff. nDSG.

337 Vgl. Art. 1 i. V. m. Art. 12 ff. DSG und Art. 1 i. V. m. Art. 30 ff. nDSG.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch neue Instrumente flankieren und zumindest teilweise neu einbetten sowie ausrichten. In dieser Schrift wird sichtbar, inwiefern die datenschutzrechtlichen Entwicklungen weniger mit Anpassungen im Bereich der materiellrechtlichen Vorgaben einhergehen. Die grossen materiellrechtlichen Verarbeitungsgrundsätze, wie sie unter den Generalklauseln beschrieben werden, sind fester und unbestrittener Bestandteil der Datenschutzgesetze seit deren Anfängen bis heute. Diese materiellen Grundsätze werden neuerdings ergänzt durch prozedurale sowie organisatorische und damit formelle Ansätze. So obliegen den Verarbeitenden neu umfassende Pflichten in Bezug auf die Dokumentation, Risikoabwägung, die Organisation usf. Betont wird die Bedeutung technischer sowie organisatorischer Massnahmen zur Absicherung der materiellrechtlichen Vorgaben. Auch die staatlichen Durchsetzungskompetenzen werden markant ausgebaut. Bevor allerdings auf diese jüngsten Entwicklungen einzugehen ist, findet eine Auseinandersetzung mit den Kernstrukturmerkmalen des DSG statt – wie sie seit den Anfängen des DSG in diesem angelegt wurden und wie sie auch nach der Totalrevision weiterhin, wenn auch mit gewissen Modifikationen, Gültigkeit haben werden.

Der nachfolgende zweite Teil legt folglich vorab die drei das DSG vor und nach 227
der Totalrevision prägenden *Strukturmerkmalen* detailliert frei. Dies geschieht mit dem Ziel, diese nach ihrer Identifizierung und Beschreibung auf ihre Wirksamkeit und Tragfähigkeit hin zu untersuchen. Einfach gewendet: Die anschliessende Etappe dieser Studie widmet sich der Frage, «wie» das DSG funktioniert. Hierauf basierend kann sich alsdann ein dritter Teil den Fragen zuwenden, inwiefern die Revisionswellen die Strukturmerkmale neu ausrichten und «ob» das DSG auch in der Realität funktioniert. Die Funktionstüchtigkeit beurteilt sich hierbei nicht nur anhand der faktischen Einhaltung des Gesetzes in der Realität. Vielmehr ist ebenso zu fragen, welche Zwecke und Ziele das Datenschutzrecht absichern soll – und ob es diese (ggf. neu verstandenen) Schutzobjekte durch seine Normen angemessen und effizient zu garantieren weiss.

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748936046-37, am 06.08.2024, 20:26:26
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb