

Marcel Alexander Niggli / Marc Amstutz / Marc Bors (Hrsg.)
Grundlegendes Recht 25

Bettina Bacher

Kommunikationsgrundrechte und zivilrechtlicher Personenschutz

Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte,
vorgelegt der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg in der Schweiz von Bettina Bacher

Genehmigt von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg am 11. September 2015
auf Antrag von Herrn Professor Dr. Franz Werro (erster Referent)
und Frau Professorin Dr. Eva Maria Belser (zweite Referentin).

Helbing Lichtenhahn Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LI
Einleitung	1
Teil 1 Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht	5
§ 1 Verfassungsvorrang und Kompetenzen des Richters	8
I. Verhältnis von Verfassungs- und Gesetzesrecht	8
A. Prinzipieller Geltungsvorrang der Bundesverfassung	8
B. Keine gerichtliche Durchsetzung des Geltungsvorrangs	9
C. Relativierung der Massgeblichkeitsregel	10
D. Art. 190 BV als Gewaltenteilungsnorm	12
II. Grundsätze der Rechtsanwendung	14
A. Breites Meinungsspektrum	15
B. Würdigung	18
§ 2 Verfassungskonforme Auslegung	23
I. Begriff und Legitimation der verfassungskonformen Auslegung	23
A. Verfassungskonforme Auslegung in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung	24
B. Verfassungskonforme Auslegung als vielgestaltiger Begriff	25
1. Verfassungsorientierte Auslegung	26
2. Verfassungskonforme Auslegung (im engeren Sinn)	27
3. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung	30
C. Begründung der verfassungskonformen Auslegung	31
1. Vermutung der Verfassungskonformität des Gesetzes	31
2. Einheit der Rechtsordnung und Verfassungsvorrang	32
3. Normerhaltung und Gewaltenteilung	33
D. Verhältnis zu den Auslegungsargumenten	35
II. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung	36
A. Unvollständigkeit des Gesetzes	37
B. Planwidrigkeit	37
C. Ergänzungsfähigkeit der Norm	39
III. Zusammenfassung	40
§ 3 Funktionen der Grundrechte	41
I. Terminologischer Überblick	41
II. Subjektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion	42
A. Abwehransprüche	43

B. Leistungsansprüche	44
C. Schutzansprüche	45
III. Objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion	45
A. Entwicklung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion . . .	46
1. Ursprünge in der deutschen Lehre	46
2. Frühe Schweizer Lehre und Rechtsprechung	48
3. Neuere Entwicklungen	51
4. Bedeutung der Menschenwürde in Lehre und Rechtsprechung	53
5. Würdigung	56
a. Begriff der Wertordnung	56
b. Grundrechte als Grundwerte der Rechtsordnung	57
c. Begründung einer umfassenden Verwirklichung der Grundrechte	60
B. Verwirklichung	62
1. Pflicht zur Grundrechtsverwirklichung	62
2. Grenzen	64
3. Auswirkungen auf das Zivilrecht	65
IV. Zusammenfassung	65
Grundrechtliche Schutzpflichten	66
I. Von der Horizontalwirkung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten	67
A. Direkte Horizontalwirkung ?	68
B. Indirekte Horizontalwirkung	70
II. Begriff und Begründung der grundrechtlichen Schutzpflichten . . .	71
A. Begründung grundrechtlicher Schutzpflichten	72
1. Ausdrücklich geregelte Schutzpflichten und allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht	72
2. Herleitung der Schutzpflicht aus dem Staatszweck Sicherheit	74
a. Bedeutung dieses Ansatzes in Literatur und Rechtsprechung	75
b. Würdigung	77
3. Herleitung der Schutzpflicht aus der objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion	78
a. Zentraler Begründungsansatz im Schweizer Recht	79
b. Würdigung	80
4. Herleitung der Schutzpflicht aus der Menschenwürde	82
a. Wesentlicher Begründungsansatz in Deutschland	83
b. Würdigung in Bezug auf das Schweizer Recht	84
5. Zusammenfassung und Ergebnis	86
B. Tatbestand und Rechtsfolgen der grundrechtlichen Schutzpflicht	86
1. Tatbestand	87
a. Grundrechtliches Schutzgut	87
b. Grundrechtseingriff	89
2. Weitere Tatbestandsmerkmale für das Bestehen einer Schutzpflicht?	91

a. Rechtswidrigkeit des Eingriffs	91
b. Erheblichkeit des Eingriffs	93
c. Besondere Schutzbedürfnisse des Betroffenen	93
3. Rechtsfolge	95
C. Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichten	95
III. Wirkung und Konkretisierung der Schutzpflicht	97
A. Konkretisierung der Schutzpflicht durch den Gesetzgeber - - - -	98
B. Verwirklichung der Schutzpflicht im grundrechtlichen Dreiecks- verhältnis	99
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen aus Schutzpflichten- perspektive	100
a. Bedeutung des Untermassverbots	100
b. Untermassverbot als Minimalvorgabe (Überblick)	105
c. Schaffung eines staatlichen Schutzkonzepts	106
d. Eignung der Massnahmen zum wirksamen Schutz	108
i. Betroffenes Rechtsgut als Grundlage	109
ii. Drohende oder bestehende Gefahr für das Rechtsgut . .	110
iii. Möglichkeiten für privatautonome Schutzmassnahmen	111
iv. Schutzbedarf als Massstab	112
v. Kriterium der Wirksamkeit	113
e. Gewährleistung des wirksamsten Schutzes bei gleichblei- bendem Eingriff	115
f. Ausgleich mit entgegenstehenden Rechtsgütern	116
g. Übergreifende Nachbesserungspflicht	116
2. Perspektive des Abwehrrechts: Schutzbereich und Schranken	117
a. Schutzbereich	117
b. Grundrechtsschranken	118
i. Gesetzliche Grundlage	119
ii. Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter	121
iii. Verhältnismässigkeit	123
iv. Wahrung des Kerngehalts	125
c. Wirkungsweise der Schrankentheorie	125
C. Aufgaben der Gerichte	126
1. Verwirklichung der Schutzpflicht im Einzelfall	127
2. Grundrechtliche Schutzpflichten als Kontrollnormen	128
3. Einschränkung der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten	130
a. Gegenstand der Diskussion	130
b. Diskussion in Deutschland	131
c. Stand der Diskussion in der Schweiz	133
d. Würdigung	134
i. Zulässigkeit eines strukturellen Abgrenzungskriteriums	135
ii. Verwendung inhaltlicher Abgrenzungskriterien	137
4. Verwirklichung der Schutzpflicht bei verfassungswidrigen Bestimmungen	139

D. Abwägung bei Grundrechtskollisionen	142
1. Begriff der Grundrechtskollision	143
2. Grundrechte im Regel-Prinzipien-Modell	144
a. Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien	145
b. Einordnung der Grundrechte im Prinzipienmodell	148
c. Notwendigkeit der Abwägung bei Grundrechtskollisionen	149
3. Ausschluss einer Abwägungslösung	150
a. Grundrechtliche Kerngehalte	151
b. Preferred-Freedoms-Doktrin	152
c. Unverjähbare und unverzichtbare Grundrechte	152
4. Praktische Konkordanz als Abwägungsziel bei Grundrechtskollisionen	153
a. Begriff der praktischen Konkordanz	153
b. Einheit der Verfassung als Grundlage	154
c. Pflicht zur mehrpoligen Abwägung	156
d. Pflicht zur Optimierung aller beteiligten Grundrechte . . .	159
e. Kriterien für die Optimierung	161
5. Abwägung als Verfahren	162
a. Werfen Abwägungen besondere Fragen auf?	163
b. Konsequenzen	164
c. Generell-abstrakte und konkrete Abwägung	166
d. Verfahren und Begründung von Abwägungen bei Grundrechtskollisionen	168
i. Identifikation der kollidierenden Grundrechte	168
ii. Prüfen der Interaktion zwischen den betroffenen Grundrechten	169
iii. Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz . . .	170
iv. Begründung der Abwägungslösung	173
IV. Zusammenfassung	175
§ 5 Zwischenergebnis: Einfluss der Grundrechte auf das Zivilrecht	177
Teil 2 Kollision von verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsschutz und Kommunikationsgrundrechten bei der Anwendung von Art. 28ff. ZGB	181
§ 6 Schutzpflichtenseite des Grundrechtsdreiecks: verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz	184
I. Sachlicher Schutzbereich	184
II. Grundrechtsträger	186
III. Schutzwirkung gegenüber Eingriffen Privater	187
A. Verhältnis zur Abwehrfunktion	188
B. Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit	189
1. Körperliche Unversehrtheit	189
2. Geistige Unversehrtheit	190
a. Abwehrrechtliche Definition	190
b. Schutzwirkung gegenüber privaten Dritten	191

C. Selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit	192
1. Schutz der individuellen Lebensgestaltung	192
2. Schutz des Privatlebens	195
3. Informationelle Selbstbestimmung	195
§ 7 Abwehrrechtliche Seite des Grundrechtsdreiecks: Kommunikationsgrundrechte	197
I. Schutzbereich und Schranken	197
A. Sachlicher Schutzbereich	198
1. Geschützte Kommunikationsformen	198
2. Gemeinsamkeiten des Schutzbereichs	199
3. Schutzbereichsbegrenzungen der Kommunikationsgrundrechte?	202
a. Rassistische Äußerungen	203
b. Pornographische Äußerungen	204
c. Unwahre Äußerungen	205
d. Würdigung	205
B. Schranken	208
C. Kerngehalt	209
D. Persönlicher Schutzbereich	210
II. Einzelne Grundrechte freier Kommunikation	210
A. Medienfreiheit	211
1. Schutzbereich	211
2. Eingriffe in die Medienfreiheit	212
3. Radio- und Fernsehfreiheit	212
B. Informationsfreiheit	213
1. Schutzbereich im Allgemeinen	213
2. Tätigkeit von Suchmaschinen insbesondere	214
C. Kunstfreiheit	216
§ 8 Verwirklichung der Schutzpflicht in den Art. 28f. ZGB	218
I. Begriff der Persönlichkeit	219
II. Geschützter Personenkreis	220
III. Geschützte Rechtsgüter	220
A. Physische Persönlichkeit	222
B. Affektive (emotionale) Persönlichkeit	222
C. Soziale Persönlichkeit	222
1. Zivilrechtlicher Ehrenschatz	223
2. Recht auf Achtung der Privatsphäre	224
a. Gemeinssphäre	225
b. Privatsphäre	226
c. Geheimsphäre	226
3. Recht am eigenen Bild und an der Stimme	226
D. Wirtschaftliche Persönlichkeit: Schutz vor Zwangs-kommerzialisierung der Persönlichkeit	227
IV. Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung und Rechtfertigungsgründe	227

A.	Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung	228
B.	Rechtfertigungsgründe	231
V.	Überblick über den Rechtsschutz nach Persönlichkeitsverletzungen	232
A.	Negatorische Klagen (spezifische Klagen des Persönlichkeitsschutzes)	233
1.	Aktiv- und Passivlegitimation sowie Zuständigkeiten	233
2.	Unterlassungsklage	234
3.	Beseitigungsklage	235
4.	Feststellungsklage	235
5.	Publikation eines Urteils oder einer Berichtigung	238
6.	Vorsorgliche Massnahmen	239
a.	Allgemeine Voraussetzungen und Inhalt der Massnahmen	240
b.	Besondere Voraussetzungen bei periodisch erscheinenden Medien	243
B.	Reparatorische Klagen	244
1.	Schadenersatz	244
2.	Genugtuung	246
3.	Gewinnherausgabe	247
VI.	Gegendarstellung	248
A.	Voraussetzungen	248
1.	Unmittelbare Betroffenheit	248
2.	Tatsachendarstellung	249
3.	Periodisch erscheinendes Medium	249
4.	Ausschlussgründe	250
B.	Ausübung des Gegendarstellungsrechts	250
1.	Aussergerichtliches Verfahren	250
2.	Gerichtliches Verfahren	251
VII.	Einfluss der Grundrechte	252
A.	Kriterien für den Einfluss der Grundrechte	252
B.	Einfluss der Grundrechte auf den Persönlichkeitsschutz	254
§ 9	Bedeutung der Grundrechte für die Abwägung im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz	256
I.	Leitlinien der zivilrechtlichen Abwägung bei Grundrechtskonflikten	256
A.	Einfluss der Grundrechte bei abschliessender Regelung des Konflikts	256
B.	Einfluss der Grundrechte bei offenen Normen zur Konfliktlösung	257
1.	Vorgehen bei Billigkeitsentscheidungen	258
a.	Unterscheidung von Billigkeitsentscheid und Rechtsfortbildung	259
b.	Keine methodischen Unterschiede zwischen Billigkeitsentscheid und Rechtsfortbildung	259
c.	Würdigung	261
2.	Abwägung bei Grundrechtskonflikten durch den Zivilrichter	263
a.	Anforderungen an die Abwägung	264
b.	Erarbeitung des Sachverhalts	265

c.	Berücksichtigung aller relevanten Interessen und Gesichtspunkte	266
d.	Herausarbeiten objektiver Gesichtspunkte zur Kollisionslösung	267
e.	Begründung des Entscheids	269
II.	Berücksichtigung der Grundrechte bei persönlichkeitsrechtlichen Abwägungsfragen	271
A.	Abwägung zur Rechtfertigung einer Persönlichkeitsverletzung	272
1.	Gegenstand des Grundrechtskonflikts: Verhältnis zwischen Öffentlichkeit und Privatheit	273
a.	Perspektive des Persönlichkeitsschutzes	273
b.	Perspektive der Kommunikationsgrundrechte	275
c.	Konflikt	275
2.	Konkretisierung der Interessenabwägung	276
a.	Interesse und überwiegendes Interesse	276
b.	Gleichwertigkeit der Interessen	277
c.	Vorliegen eines Informationsbedürfnisses als Voraussetzung der Abwägung?	278
d.	Konfligierende Grundrechtsinteressen	280
i.	Interessen auf Seiten des Persönlichkeitsschutzes	280
ii.	Interessen auf Seiten der Kommunikationsgrundrechte	281
e.	Keine starren Abwägungssätze	282
3.	Abwägungsargumente für die Kollision zwischen Persönlichkeitsschutz und Kommunikationsgrundrechten	283
a.	Bedeutung und Zusammenwirken der Argumente	284
b.	Persönliches Argument	285
i.	Sphärentheorie	285
ii.	Recht am eigenen Bild	286
iii.	Ehrenschutz	287
iv.	Einwilligung und vorheriges Verhalten der betroffenen Person	289
c.	Zeitliches Argument	290
i.	Recht auf Vergessen bzw. Vergessenwerden	290
ii.	Recht auf Vergessenwerden im Internet	293
iii.	Aktualität von Informationen	294
d.	Gesellschaftliches Argument	295
i.	Wahrheitsgehalt einer Information	295
ii.	Beitrag zu einer Diskussion von allgemeinem Interesse	297
iii.	Personen des öffentlichen Lebens	298
iv.	Gerichtsberichterstattung	302
v.	Politischer Diskurs	304
vi.	Kunst	305
e.	Mediales Argument	306
i.	Inhalt, Form und Konsequenzen der Veröffentlichung	306
ii.	Satire	309

iii.	Bedeutung wirtschaftlicher Interessen des Mediums . . .	310
B.	Abwägung bei Sanktionen einer Persönlichkeitsverletzung - - - -	314
1.	Konkretisierung der mehrpoligen Abwägung in Bezug auf Sanktionen des Persönlichkeitsschutzes	315
a.	1. Stufe: Perspektive des Abwehrrechts	315
b.	2. Stufe: Perspektive der Schutzpflicht	315
c.	3. Stufe: Ausgleich der beiden Seiten	316
i.	Zusammenwirken der Sanktionen	316
ii.	Berücksichtigung ungleicher Verhältnisse	317
iii.	Gegebenheiten der heutigen Medienlandschaft	317
2.	Spezifische Abwägungsfragen bei Sanktionen	319
a.	Negatorische Klagen	320
i.	Unterlassungsklage	320
ii.	Beseitigungsklage	321
iii.	Feststellungsklage	322
iv.	'Urteilspublikation	323
v.	Vorsorgliche Massnahmen	324
vi.	Vorsorgliche Massnahmen gegenüber periodisch erscheinenden Medien	327
vii.	Weitere prozessuale Aspekte	328
b.	Reparatorische Klagen	331
i.	Schadenersatz	332
ii.	Genugtuung	334
iii.	Gewinnherausgabe	336
c.	Gegendarstellung	339
III.	Zusammenfassung	340
	Zusammenfassung in Thesen	342
	Resume	345
	Stichwortverzeichnis	349