

## Leseprobe zu



**Erman**

**BGB, 12. Auflage**

Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG

2008, Lexikonformat, gbd., in 2 Bänden. Bis 31. Mai 2008 nur 298,- €  
Danach 348,- € (inkl. MwSt.)

ISBN 978-3-504-47100-2

[www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

---

Bestellfax 0221 / 9 37 38-943

**o|v|s** Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

Ja, ich bestelle das o.g. Buch mit 14-tägigem Rückgaberecht

zzgl. Versandkosten. / Bei Online-Bestellung versandkostenfrei.

\* Es gelten die aktuellen Ladenpreise zum Zeitpunkt der Bestellung.

Ihre Adresse:

Kanzlei/ Firmenstempel

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

E-Mail

Datum/Unterschrift

40800101

1981, 60 m Anm Schulze zur Wiesche; BGH ZIP 1991, 465). Der Verwirkungseinwand kann versagen, wenn der ältere berechtigte Namensträger rechtzeitig widersprochen hat (BGH BB 1957, 727) oder wenn der Verletzer durch zusätzliche wettbewerbliche Maßnahmen die ursprünglich beschränkte Wirkung des Verstoßes fortlaufend verstärkt hat (BGH LM 19 zu § 12).

**VI. Verhältnis zu anderen Ansprüchen**

- 36 1. Das Namensrecht wird als „**sonstiges Recht**“ von der Bestimmung des § 823 I erfasst. Schuldhaft Verletzung verpflichtet demnach zum **Schadensersatz**. Hierzu und zum Persönlichkeitsrecht § 823 Rz 40, 48; zur Erstattung des Verletzergewinns auf der Grundlage eines Bereicherungsanspruchs § 818 Rz 18, 19 Anh § 12 Rz 771ff ■■.
- 37 2. Zum Namensrecht des § 12 im **Verhältnis zum Firmen- und Warenzeichenrecht** (insb also zu § 37 II HGB; §§ 15, 16, 24, 25, 31 WZG, 16 UWG aF, heute §§ 5, 15 MarkenG) vgl Siebert BB 1959, 641ff; Hefermehl FS Hueck S 519ff; MüKo/Schwerdtner Rz 268ff. Die Annahme (Naumburg ZIP 1995, 2110), die Führung der Firma einer anderen GmbH führe zur **Rechtsscheinhaftung** in deren Insolvenz, erscheint bedenklich. Der zeichenrechtliche Schutz der §§ 5, 15 MarkenG geht in seinem Anwendungsbereich grds dem Namensschutz des § 12 vor (BGH NJW 2002, 2031, 2033 – „shell.de“; NJW 2002, 2096 – „vossius.de“; NJW 2005, 1996 – „mho.de“; aA AnwK/Koos Rz 16).

**VII. Prozessuales**

- 38 1. Neben § 12 ist für eine **Feststellungsklage**, welche das Namensrecht zum Gegenstand hat, kein Raum (Staud/Habermann/Weick Rz 266). Das Recht zur Führung eines bestimmten Familiennamens kann jedoch unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des § 8 Namensänderungsgesetz (vgl Rz 7f) auf Antrag (oder von Amts wegen) im Verwaltungswege festgestellt werden.
- 39 2. Zur **vorbeugenden Unterlassungsklage** und der Klage auf Wiederherstellung (**Widerrufsklage**) bei Verletzung immaterieller Rechtsgüter, insb bei Ehrverletzung, welche in Verfolgung der den §§ 12, 823, 862, 1004 zugrunde liegenden Rechtsgedanken entwickelt worden sind, vgl § 249 Rz 72; dazu BGH NJW 1954, 1931; LG Frankenthal NJW 1955, 263 (mitwirkendes Verschulden des Verletzten). Zur Abgrenzung der sich unmittelbar aus § 12 ergebenden Ansprüche (Rz 33) ggü dem Herstellungsanspruch Rötelnmann NJW 1954, 1222.

**Anhang zu § 12**

**Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht**

<b>A. Begriff und Schutzbereichsbildung</b>		b) BVerfG von der Superrevisions- zur Superberufungsinstanz . . . . .	17
<b>I. Begriff des APR</b> . . . . .	1	<b>V. Europäische Menschenrechtskonvention</b>	
1. Zum Schutz ideeller Interessen . . . . .	2	1. EMRK . . . . .	17a
2. Zum Schutz kommerzieller Interessen . . . . .	3	2. Caroline von Monaco-Hannover gegen Deutschland . . . . .	17b
<b>II. Schutzbereiche zur normativen Leitung</b> . . . . .	4	3. Absolute Persönlichkeit der Zeitgeschichte (PdZ) . . . . .	17c
Ehrenschaft; Identitätsschutz; Schutz von Privatgeheimnissen vor unbefugter Ausspähung, vor unberechtigter Verbreitung und vor kommerzieller Verwertung; sonstiger Schutz persönlicher Entscheidungsfreiheit		4. Örtliche Abgeschiedenheit . . . . .	17d
<b>III. Funktionen der Schutzbereichsbildung</b>		5. Gleichwertigkeit der Pressefreiheit? . . . . .	17e
1. Normative Leitung . . . . .	6	6. Höherrangiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit . . . . .	17f
2. Indikation der Rechtswidrigkeit/Sphärentheorie . . . . .	7	7. Konsequenzen . . . . .	17g
3. Drittwirkung des APR-Grundrechts . . . . .	7a	8. Ehrenschaft und Pressefreiheit . . . . .	17i
4. Sonstige Ordnungen des Stoffes . . . . .	8	9. Meinungsfreiheit, Art 10 EMRK . . . . .	17j
<b>IV. Grundrechtsschutz mit Verfassungsbeschwerde</b>		<b>B. Einzelne Schutzbereiche des bürgerlich-rechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts</b>	
1. Verfassungsrechtliches und bürgerlich-rechtliches APR . . . . .	9	<b>I. Ehrenschaft</b>	
2. Funktionen und Wirkungen des APR-Grundrechts . . . . .	10	1. Rechtsgrundlagen . . . . .	18
3. Drittwirkung des APR-Grundrechts . . . . .	11	2. Normativ-faktischer Ehrbegriff . . . . .	19
4. Mittelbare Drittwirkung . . . . .	12	a) Sozialer Achtungsanspruch . . . . .	20
5. Grenze zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung . . . . .	13	b) Innere Ehre . . . . .	21
6. Abwägungsgrundsätze: Praktische Konkordanz und Verdrängungsprinzip . . . . .	14	3. Abschied vom Ehrenschaft . . . . .	22
7. Verfassungsbeschwerde . . . . .	15	4. Wahrheit als Ehrverletzung . . . . .	23
a) Heck'sche Formel . . . . .	16	5. Familienehre . . . . .	24
		6. Kollektivbeleidigungen . . . . .	26
		7. Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen	
		a) Funktion der Unterscheidung . . . . .	30

b) Definitionen . . . . .	31	11. Ehrenschatz und Kunstfreiheit . . . . .	90
c) Meinungsfreiheit für Tatsachenbehauptungen . . . . .	32	12. Ehrenschatz und Wissenschaftsfreiheit . . . . .	96
d) Abgrenzungskriterien . . . . .	33	13. Theater-, Kunst- und Wissenschaftskritik . . . . .	97
e) Frageformen . . . . .	36	14. Indemnitätsschutz . . . . .	98
f) Im gewerblichen Bereich . . . . .	37	15. Äußerungen in der Familie und im engsten Kreis . . . . .	99
g) Sachverständigengutachten . . . . .	38	16. Äußerungen in rechtlichen Verfahren . . . . .	
8. Bestimmung des Erklärungsinhalts (Deutung) . . . . .	39	a) Äußerungen im gerichtlichen Verfahren . . . . .	100
9. Behaupten und Verbreiten . . . . .		b) Äußerungen in sonstigen Verfahren . . . . .	102
a) Äußerungsformen . . . . .	43	c) Haftung gerichtlicher Sachverständiger . . . . .	103
b) Verbreiten mit und ohne Nachprüfungspflicht . . . . .	44	<b>II. Verfälschung des Persönlichkeitsbildes</b>	
c) Zu eigen machen . . . . .	45	1. Geschütztes Rechtsgut: Identitätsschutz . . . . .	104
d) Verantwortlichkeit für Leserbriefe . . . . .	47	2. Gegeninteressen . . . . .	105
10. Grenzen des Ehren- und Persönlichkeitsschutzes . . . . .		3. Kasuistik . . . . .	106
a) Wahrung berechtigter (Gegen-)Interessen . . . . .	48	4. Werkentstellungen/Bilderfälschungen . . . . .	108
b) Ehrenschatz gegen Tatsachenbehauptungen . . . . .		<b>III. Schutz vor unbefugter Ausspähung von Geheimnissen der Privatsphäre</b>	
aa) Wahrheit und Beweislast . . . . .	51	1. Geschütztes Rechtsgut und Gegeninteressen . . . . .	113
bb) Wahrnehmung berechtigter Interessen . . . . .	52	2. Vermutung der Rechtswidrigkeit . . . . .	114
(1) Maß der Sorgfaltspflicht . . . . .	53	3. Schutz des geschriebenen Wortes . . . . .	115
(2) Pressemäßige Sorgfalt . . . . .	54	4. Schutz des gesprochenen Wortes . . . . .	123
(3) Unseriöse Quellen/Gerüchte/Defamanti . . . . .	55	5. Schutz vor der Herstellung von Bildaufnahmen . . . . .	
(4) Aufgabe von Annoncen . . . . .	56	a) Bildnisse von Personen . . . . .	139
(5) Nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen . . . . .	57	b) Bildnisse von Sachen . . . . .	145
(6) Verletzung der geschäftlichen Ehre . . . . .	58	6. Informationen aus dem Gesundheitsbereich . . . . .	146
(7) Kenntnis der Unwahrheit . . . . .	59	7. Informationen aus dem sexuellen Bereich . . . . .	147
(8) Substantiierungspflicht . . . . .	60	8. Zeugenvernehmung geschädigter Kinder . . . . .	148
(9) Der Wahrheitsbeweis . . . . .	61	9. Schutz gegen technisch-wissenschaftliche Informationserhebung . . . . .	150
(10) Rechtskräftiges Strafurteil (§ 190 StGB) . . . . .	62	10. Über Auskunftsansprüche und sonstige Rechte auf Information . . . . .	152
cc) Rechtfertigung von Tatsachenbehauptungen durch Meinungsfreiheit . . . . .	63	<b>IV. Schutz gegen unbefugte Verbreitung und Auswertung von Geheimnissen der Privatsphäre</b>	
c) Ehrenschatz gegen Meinungs- und Pressefreiheit . . . . .		1. Geschütztes Rechtsgut und Gegeninteressen . . . . .	153
aa) Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit . . . . .	64	2. Arzt- und sonstige Berufsgeheimnisse . . . . .	154
bb) Begriff und Umfang der Pressefreiheit . . . . .	65	3. Urheber- und Urheberpersönlichkeitsrecht . . . . .	163
cc) Umkehrung des § 193 StGB durch Art 5 Abs 1 und 2 GG . . . . .	66	4. Bildnisschutz . . . . .	
dd) Grundsätze der Verfassungsrechtsprechung . . . . .		a) Rechtsgrundlagen: KUG, APR und Art 8 EMRK . . . . .	165
(1) Überblick . . . . .	67	b) Strafbarkeit der Weitergabe von Bildnissen . . . . .	165a
(2) Tief- oder Wendepunkt des Ehrenschatzes . . . . .	68	c) Vorverlagerter Persönlichkeitsschutz . . . . .	166
(3) Wechselwirkungslehre . . . . .	69	d) APR-Verletzungen durch Bildveröffentlichungen . . . . .	167
(4) Vermeidung abschreckender Effekte . . . . .	70	e) Geschütztes Rechtsgut . . . . .	168
(5) Gebot des mildesten Mittels . . . . .	71	f) Gegeninteressen . . . . .	169
(6) Recht zum Gegenschlag . . . . .	72	g) Verbreiten und Zurschaustellen . . . . .	170
(7) Höherrangigkeit öffentlicher Interessen . . . . .	73	h) Gegenstand des Bildnisschutzes . . . . .	
(8) Vermutung für die freie Rede . . . . .	74	aa) Bildnis . . . . .	171
(9) Substantiierungspflicht . . . . .	75	bb) Double . . . . .	172
(10) Dreifache Berücksichtigung der Meinungsfreiheit . . . . .	76	cc) Abbildung eines Schauspielers . . . . .	173
(11) Verfassungsrechtlicher Ehrenschatz . . . . .	77	dd) Schauspielerische Darstellung anderer/Doku-Dramas . . . . .	174
(12) Gleichwertigkeit von Ehre und Meinungsfreiheit . . . . .	78	ee) Das „innere“ Bild . . . . .	175
(13) Bewertungsverzicht über richtige und falsche Meinungen . . . . .	80	i) Abbildungsfreiheit hinsichtlich PdZ . . . . .	
(14) Allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . . . . .	81	aa) Allgemein . . . . .	176
(15) Begriffliche Beschränkung des Ehrenschatzes . . . . .	82	bb) Als relative PdZ . . . . .	177
(16) Verletzung der Menschenwürde . . . . .	83	(1) Straftäter als relative PdZ . . . . .	178
(17) Formalbeleidigungen . . . . .	84	(2) Opfer von Straftaten . . . . .	179
(18) Schmähkritik . . . . .	85	cc) Als absolute PdZ . . . . .	180
(19) Kasuistik zur Schmähkritik . . . . .	86	dd) Kinder als PdZ . . . . .	181
(20) Abwägungserfordernis . . . . .	89	ee) Angehörige/Begleiter(innen) als PdZ . . . . .	182
		ff) Polizeibeamte, Richter und sonstige Amtspersonen . . . . .	183
		j) Abbildungsfreiheit als Beiwerk . . . . .	184
		k) Abbildungsfreiheit in Versammlungen, Aufzügen etc . . . . .	185
		l) Abbildungsfreiheit für Kunst und Wissenschaft (§ 23 I Nr 4 KUG) . . . . .	186

m) Aufhebung der Abbildungsfreiheit		b) Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit . . . . .	249
aa) Berechtigte Interessen . . . . .	187	c) Verstärkter Persönlichkeitsschutz, Art 8, 10 EMRK	
bb) Keine Abbildungsfreiheit in der Privat- sphäre . . . . .	188	aa) Für public figures à la Caroline von Monaco . . . . .	250
cc) Provozierte Verletzung der Privatsphäre als Verdienstquelle . . . . .	189	bb) Für Politiker und sonstige Amtspersonen	251
n) Verwertungsverbot heimlicher Aufnahmen . .	190	d) Kunstfreiheit . . . . .	252
o) Interesse der Angehörigen/Leichenbildnisse .	191	5. Rechtswidrigkeit	
p) Öffentlich-rechtliches Eingriffsrecht (§ 24 KUG)/Zuständigkeit . . . . .	192	a) Durch Vermarktung . . . . .	253
q) Einwilligung . . . . .	193	b) Ohne schwere Verletzung und Verschulden .	254
r) Übertragung des RaeB/Exklusivverträge . . .	194	c) Einwilligung	
s) Rechtsfolgen . . . . .	195	aa) Rechtsnatur . . . . .	255
5. Allgemeiner Schutz gegen wörtliche Verbreitung von Privatgeheimnissen		bb) Minderjährigkeit/Vertretungsmacht . . . .	257
a) Grundsatz: Die Wahrheit ist frei . . . . .	200	cc) Sittenwidrigkeit . . . . .	258
b) Vertraglicher Vertrauensbruch . . . . .	201	dd) Einwilligungsbeschränkungen . . . . .	259
c) Deliktsrechtlicher Schutz der Privat- und Intimsphäre . . . . .	203	ee) Einwilligung in die Aufnahme . . . . .	260
6. Übermäßige Verbreitung . . . . .	212	6. Übertragbarkeit/Exklusivverträge . . . . .	261
7. Übermäßige Anprangerung . . . . .	214	7. Doppelverletzung: ideelle und kommerzielle Interessen/Sanktionen . . . . .	263
8. Berichterstattungen über Gerichtsverhandlungen, Straf- und Untaten, Katastrophen uÄ		8. Kasuistik . . . . .	265
a) Bericht über Strafverfahren . . . . .	215	<b>C. Sonstiger (verfassungsrechtlicher) Persönlich- keitsschutz</b>	
b) Objektivität und Sachlichkeit . . . . .	216	<b>I. Über den Ehren- und Informationsschutz hinaus</b>	
c) Verdachtsberichterstattung . . . . .	217	1. Im Zwischenbereich zwischen Informationsschutz und allgemeiner Handlungsfreiheit . . . . .	267
d) Namensnennungen . . . . .	218	2. Handlungsfreiheit als absolutes Recht iSd § 823 I? . . . . .	268
e) Abbildungen der Täter ua . . . . .	220	3. APR als negativer Schutzanspruch . . . . .	268a
f) Ton- und Bildaufnahmen aus dem Sitzungs- saal . . . . .	221	<b>II. APR- und Freiheitsschutz</b>	
9. Medieninformationen von Gerichten, Staats- anwaltschaften und Behörden . . . . .	221a	1. Schutz der Freiheit iSd § 823 I . . . . .	269
10. Heilende Kraft der Zeit		2. Unbefugte ärztliche Heileingriffe . . . . .	270
a) Jugendsünden . . . . .	222	3. Unbefugte Entnahme menschlicher Organe und Körpersubstanzen . . . . .	271
b) Resozialisierung . . . . .	223	4. Schutz vor Beeinträchtigung der Entscheidungs- freiheit? . . . . .	272
11. Berichte über Stasi-Informationen . . . . .	224	<b>III. (Grund-)Rechte auf informationelle, sexuelle, wirtschaftliche und sonstige Selbstbestimmung</b>	
12. Verwertungs- und Veröffentlichungsverbote		1. Grundrechtsentfaltung, nicht Rechtsanwendung	273
a) Infolge Zweckbindung . . . . .	225	2. Kasuistik: Diskriminierung ua . . . . .	274
b) Hinsichtlich rechtswidrig erlangter Informa- tionen		<b>IV. Negative Informationsfreiheit</b>	
aa) Gegeninteressen/Güter- und Interessen- abwägung . . . . .	228	1. Wahrheit . . . . .	278
bb) Pressefreiheit . . . . .	229	2. Recht auf Nichtwissen . . . . .	279
c) Datenschutzrechtliches Speicherverbot . . . .	230	3. Abwehr staatlicher Beeinflussungen . . . . .	280
d) Prozessrechtliche Verwertungsverbote . . . .	231	<b>V. Schutz vor Belästigungen</b> . . . . .	281
– Notwehrrähnliche Beweisnot . . . . .	236	1. Briefkastenwerbung . . . . .	282
– Mitgehörte und mitgeschnittene Telefon- gespräche . . . . .	237	2. Telefonanrufe . . . . .	285
– Heimlich mitgehörte Gespräche . . . . .	239	3. Unerwünschte Werbung . . . . .	286
e) Sonstige Verwertungsverbote für eigene Zwecke . . . . .	240	4. Verbot des Stalking . . . . .	287
<b>V. Schutz vor kommerzieller Auswertung</b>		5. Ideelle Immissionen . . . . .	288
1. Entwicklung zur Handelsware . . . . .	241	6. Raucherfreiheit und Rauchverbote . . . . .	289
2. Neues Personalgüterrecht		<b>D. Persönlichkeitsschutz wirtschaftlich tätiger Personen und Personenvereinigungen</b>	
a) Vermögenswerte Bestandteile . . . . .	242	<b>I. Schutz von Personenvereinigungen</b>	
b) Neues in alter Tradition		1. Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz	290
aa) Vermögenswerte Ausschließlichkeits- rechte . . . . .	243	2. Schutzinteresse und geschütztes Rechtsgut . . . .	291
bb) Materieller und immaterieller Schaden/ Konkurrenzen . . . . .	244	<b>II. Wesentliche Schutzbereiche</b> . . . . .	292
3. Begriff des neuen Personalgüterrechts		1. Sogenannte wirtschaftliche Ehre	
a) Anderer Schutzbereich des APR . . . . .	245	a) Schutz gegen Tatsachenbehauptungen . . . . .	293
b) Tatbestandliche Voraussetzungen . . . . .	246	b) Schutz gegen Boykottaufrufe, Schmähungen ua . . . . .	294
c) Erfordernis rechtlicher Anerkennung . . . . .	247	2. Eingeschränkte Meinungs- und Pressefreiheit als Gegeninteresse im wirtschaftlichen Wettbewerb	295
4. Gegeninteressen		3. Ehrenschatz von Personenvereinigungen . . . . .	296
a) „Persönlichkeiten der Zeitgeschichte“, § 23 I Nr 1 KUG . . . . .	248		

4. Unbefugte Namensnutzung . . . . .	297	<b>II. Unterlassungsklage</b> . . . . .	317
5. Missbrauch des Namens mit Scherzartikeln . . . . .	298	<b>III. Beseitigungsanspruch/Widerruf</b> . . . . .	333
<b>III. Besonderheiten der Sanktion</b> . . . . .	300	<b>IV. Bereicherung auf Kosten der Persönlichkeit anderer</b> . . . . .	352
<b>E. Postmortaler Persönlichkeitsschutz</b>		<b>V. Angemessene Fremdgeschäftsführung, § 687 II</b> . . . . .	361
<b>I. Postmortaler Schutz des Leibes</b>		<b>VI. Schadensersatz</b>	
1. Herz- oder Hirntod . . . . .	301	1. Anspruchsgrundlagen . . . . .	368
2. Schutz der Leiche . . . . .	302	2. Ersatz materieller Schäden	
<b>II. Postmortaler Schutz des Geistes und des Vermögens</b>		a) Allgemeine Grundsätze . . . . .	369
1. Gesetzliche Regelungen . . . . .	303	b) Ersatz für eigene Abwehrmaßnahmen . . . . .	370
2. Grundrechtsschutz . . . . .	304	c) Grauzone zwischen materiellem und immateriellem Schaden	
3. Zivilrechtlicher Schutz kommerzieller Interessen		aa) Schmerzensgeld . . . . .	372
a) Grundsatz der Vererblichkeit . . . . .	305	bb) Geldentschädigung . . . . .	373
b) Zeitliche und sonstige Beschränkungen . . . . .	306	3. Dreifache Art der „Schadensberechnung“	
4. Zivilrechtlicher Schutz ideeller Interessen . . . . .	307	a) Grundsätze der sogenannten Lizenzanalogie . . . . .	374
a) Namensrecht . . . . .	308	b) Lizenzgebühr nach Lizenzanalogie . . . . .	375
b) Tagebücher, Briefe, sonstiger Geheimbereich . . . . .	309	c) Gewinnherausgabe . . . . .	376
c) Wahrnehmung durch Angehörige oder Bevollmächtigte . . . . .	310	d) Gesetzesanalogie . . . . .	377
d) Beschränkung auf negatorische Rechte . . . . .	311	4. Schmerzensgeld, jetzt: Geldentschädigung	
e) Zeitliche Grenze . . . . .	312	a) § 253 II nF (§ 847 aF gestrichen) . . . . .	378
5. Rechtsfolgen . . . . .	313	b) Verfassungskonform analog § 847 aF . . . . .	378a
<b>F. Persönlichkeitsverletzungen im Internet</b>		c) Ausgleichs-, Genugtuungs- und Präventionsfunktion . . . . .	380
<b>I. Verletzungsformen</b> . . . . .	314	d) Vom Schmerzensgeld zur Geldentschädigung . . . . .	381
<b>II. Anspruchsgegner</b> . . . . .	315	e) Voraussetzungen und Bemessungskriterien . . . . .	382
<b>III. Rechtsfolgen</b> . . . . .	315b	f) Gewinnabschöpfung oder Strafschadensersatz? . . . . .	383
<b>G. Internationales Privatrecht und ausländisches Recht</b> . . . . .	316	g) Voraussetzungen: schwere Verletzung und/oder schweres Verschulden . . . . .	384
<b>H. Rechtsfolgen</b>		h) Subsidiarität . . . . .	385
<b>I. Auskunftsanspruch</b> . . . . .	316a	i) Höhe der Geldentschädigungen . . . . .	386
		5. Passivlegitimation . . . . .	388
		<b>VII. Gegendarstellungsrecht</b> . . . . .	395

**Schrifttum:** (weitere Nachweise in der 10. Aufl vor Rz 1) *Aebi-Müller*, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – Rechtslage in der Schweiz und Deutschland – Bern 2005; *Ahrens, Claus*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, 2002; *Amelung, Ulrich*, Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht, 2002; *Auster-mühle*, Zur Entstehung und Entwicklung eines persönlichen Geheimphasenschutzes vom Spätabsolutismus bis zur Gesetzgebung des Deutschen Reiches, 2002; *Balthasar*, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, 2006; *v Bar*, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen?, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg vom Bundesminister der Justiz, Bd II, S 1753; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Bielefeld, 1997; *Bernoat*, Die Beschränkung des Ehrenschutzes bei Schaffung des BGB und deren Auswirkungen für die Rechtsanwendung, Diss Göttingen 1976; *Beuthien*, Persönlichkeitsgüterrechte, 1999; *Brossette*, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 1991; *Bruns*, Informationsansprüche gegen Medien, Tübingen 1997; *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 202; *Canaris*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161; *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993; *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 4. Aufl 2002; *Deutsch*, Haftung und Abgrenzung des Persönlichkeitsrechts auf Individualität, in FS Hubmann, 1985, S 93; *Geis*, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995; *J. Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991; *J. Helle*, Grundlagen des Persönlichkeitsrechtes, in: Handbuch Multimedia-Recht (Hrsg Hoeren/Sieber), Teil 8.1 Stand: Dez 2005; *J. Helle*, „Variantenlehre“ und Mehrdeutig-

keit der verletzenden Äußerung, AfP 2006, 110; *Hoene*, Das Recht der Theaterkritik, 1974; *Hoppe*, Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht, 2001; *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl 1967; *Hubmann*, Güterabwägung in der Rechtsprechung des BVerfG zum Persönlichkeitsrecht, in FS Obermayer, 1986, S 43; *Hubmann/Rehbinder*, Urheber und Verlagsrecht, 8. Aufl 1995; *Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857; *Klippel*, Neuere Entwicklungen des Persönlichkeitsschutzes im deutschen Zivilrecht, in Weick (Hrsg), Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1987; *Kohler*, Kunstwerkrecht, 1908; *Krause*, Datenschutz und Grundgesetz, DVR 1980, 447; *Koziol*, Recht auf korrekte Information durch Massenmedien und privatrechtlicher Schutz, FS Heldrich, 2005, S 259; *Krüger-Nieland*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht, eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?, in FS Hauß, 1978, S 215; *Kübler*, Öffentlichkeit als Tribunal?, Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschaft, JZ 1984, 541; *Leipold*, Wirksamer Ehrenschaft durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZZP 84 (1971), 150; *Lindacher*, Weiterentwicklung des Persönlichkeitsschutzrechtes, in Rundfunkrecht, Schriften der Gesellschaft für Rechtspolitik, Bd 1, 1981, S 337; *Look*, Das allem PersönlichkeitsR der öffentl Person in den Medien, Diss Hannover 2005; *D. Lorenz*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JZ 2005, 1121; *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965; *Möller*, Paternalismus und PersönlichkeitsR, 2005; *Münch*, Der Schutz der Privatsphäre in der Spruchpraxis des Deutschen Presserats, AfP 2002, 18; *Neben*, Triviale Personenberichterstattung ..., Berlin 2001; *Neumann-Duesberg*, Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte, JZ 1960, 114; *Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, 445; *Osiander*, Das Recht am eigenen Bild im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Frankfurt/M 1993; *Pärn*, Tatsachenmitteilung und Tatsachenbehauptung, NJW 1979, 2544; *Peters*, Fernseh- und Filmproduktion, 2003; *Placzek*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz: eine schutzgutbezogene Untersuchung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2006; *Rahmlow*, Die Auslegung von Äußerungen im Strafrecht, 2006; *Rasehorn*, Zum Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht bei politischen Auseinandersetzungen, JZ 1977, 672; *Reinhardt*, Das „Lebensbild“ und der Schutz der Persönlichkeit im modernen Privatrecht, in FS Schwinge, 1973, S 127; *Ritter*, Zum Widerruf einer Tatsachenbehauptung, ZZP 84 (1971), 163; *Rühl*, Tatsachenbehauptungen und Wertungen, AfP 2000, 17; *Schlechtriem*, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in FS Hefermehl, 1972, S 445; *Schlechtriem*, Inhalt und systematischer Standort des APR, DRiZ 1975, 65; *Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, in Hdb d Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd VI, Freiheitsrechte, 2. Aufl 2001, § 129; *Scholderer*, „Mörder, die man nie vergisst“ – Ein Lehrstück über die Rechtswirklichkeit des Lebach-Urteils, ZRP 1991, 298; *Schricker*, Kommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl 1999; *Schwetzler*, Persönlichkeitsschutz durch Presseselbstkontrolle, 2005; *Smid*, Fallweise Abwägung zur Bestimmung des „räumlich-gegenständlichen Bereichs“ der Ehe?, NJW 1990, 1344; *Stapper*, Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Verhaltens, 1995; *Steffen*, Politische Karikatur und Satire im Spannungsfeld von Kunstfreiheitsgarantie und Persönlichkeitsschutz, in FS Simon, 1987, S 359; *Stürmer*, Empfiehlt es sich die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern?, Gutachten A für den 58. Deutschen Juristentag 1990; *Wallenhorst*, Medienpersönlichkeitsrecht und Selbstkontrolle der Presse, 2007; *Wasserburg*, Der Schutz der Persönlichkeit im Recht der Medien: ein Handbuch über die Ansprüche auf Schadensersatz, Unterlassung, Widerruf und Gegendarstellung, 1988; *Weitnauer*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, DB 1976, 1365ff u 1413ff; *Wenzel* (fortgeführt von Burkhardt, Gamer, v Strobl-Albeg), Das Recht der Wort und Bildberichterstattung, 5. Aufl 2003; *Werner*, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993; *Wiese*, Probleme bei der Edition von Briefen, in FS Herschel, 1982, S 483; *Wortmann*, Die Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, 2005; *Zöllner*, Daten und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl 1983; *Zöllner*, Informationsordnung und Recht, in Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 118, 1990.

### A. Begriff und Schutzbereichsbildung\*

- 1 **I. Begriff des APR.** Der Begriff des **allg** Persönlichkeitsrechts (APR) ist schwer zu fassen. Es kann verstanden werden als eines jener „allg Gesetze“ im Sinne Kants, nach denen die Freiheit der Willkür eines jeden (die „Befugnis der Selbstbestimmung“) mit jedermanns Freiheit zusammen bestehen soll (Einleitung in die Rechtslehre, § C). Die Konkretisierung dieses „allg Gesetzes“ zu einem für die Rspr praktikablen Begriff oder zu praktikablen positiven Rechtssätzen bereitet Rechtswissenschaft und Rspr aber große Schwierigkeiten. Die „**Befugnis der Selbstbestimmung**“, die der BGH als „sonstiges Recht“ iSd § 823 I anerkannt hat (10. Aufl Rz 18; Ehmann in FS 50 J BGH S 619, 632f), ist zwar ein Schutz der „freien Willensbetätigung“, welche den **Begriff der Freiheit** iSd § 823 I über den Begriff der Bewegungsfreiheit (Rz 269f) hinaus treibt, darf aber keinesfalls verwechselt oder gar in eins gesetzt werden mit den (**Grund-)Rechten auf informationelle, individuelle, wirtschaftliche, sexuelle Selbstbestimmung**, die das BVerfG aus der **allg Handlungsfreiheit** (Art 2 I GG) abgeleitet und als verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrechte (APR-Grundrecht; dazu Rz 9) anerkannt hat (dazu 10. Aufl Rz 91ff; Larenz/Canaris SchuldR II § 80 II, 6; Staud/Hager § 823 Rz C 240; Baston-Vogt S 125 mwN); insoweit unrichtig BGH 143, 214 (218): „Es (lies: das APR als sonstiges Recht iSd § 823 I) gewährleistet ... das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ (dazu Rz 9f).
- 2 **1. Zum Schutz ideeller Interessen.** Ein **allg** Persönlichkeitsrecht ist zunächst gefordert (zur geschichtlichen Entwicklung 10. Aufl Rz 1ff; Ehmann in FS 50 J BGH S 613ff) und in den Leitentscheidungen (BGH 13, 334 – Schacht-Brief; 26, 349 – Herrenreiter) anerkannt worden zum Schutz der „ideellen Interessen“ der **Ehre** (gegen bloß fahrlässige Verletzung, Fallgruppe B I, Rz 18f), der **persönlichen Identität** (B II, Rz 104ff), der **Privatsphäre** gegen unbefugte **Ausforschung** (B III, Rz 113ff) und gegen zwar wahrheitsgemäße aber unberechtigte **öffentliche Verbreitung** (B IV, Rz 153ff, 200ff). Entspr der Entwicklung der rechtlichen Anerkennung gewerblicher Geheimphasen als Patent- und sonstige gewerbliche Schutzrechte hat die rechtliche

\* Wie schon für die Voraufgabe hat mir auch für diese Auflage Frau Dr. Monika Heinbücher das gesamte umfangreiche Material zusammengestellt und für den Großteil, der nicht eine neue Bearbeitung ganzer Abschnitte erforderte, Formulierungsvorschläge zur Einfügung vorbereitet. Dafür möchte ich mich auch an dieser Stelle ganz herzlich bedanken.

Anerkennung einer Privatsphäre als absolutes Recht die geschützten Bereiche zu einer Art **Handelsware** gemacht (dazu Ehmann AcP 188 [1988], 230 [238ff]; ders in FS 50 J BGH S 613 [665ff]; Götting S 10 [112]).

**2. Zum Schutz kommerzieller Interessen.** Die schon in BGH 20, 345 – Dahlke; 26, 349 – Herrenreiter; 50, 133 [137] – Mephisto im Ansatz sichtbare Entwicklung des APR zum Schutz kommerzieller Interessen ist mit BGH 143, 214 – Marlene zum Abschluss gekommen: „Das allg Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen wie das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht dienen dem Schutz nicht nur ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit“ (Leitsatz). Der BGH anerkennt mit dieser Entscheidung die „**vermögenswerten Bestandteile**“ des Persönlichkeitsrechts als **absolute Verwertungsrechte** zum Schutz der kommerziellen Interessen, die abgetreten werden können (Rz 265f) und auf den **Erben** übergehen (Rz 305f) und bis zum Ablauf von 10 Jahren nur mit Einwilligung der Erben und der Angehörigen genutzt werden dürfen. Im Falle der so geschützten kommerziellen Interessen des APR, die zu einer Art **Personalgüterrecht** (Rz 241ff) geworden sind, soll der **materielle Schaden** entweder auch bei bloß **fahrlässiger Verletzung konkret** (Rz 264, 368ff) berechnet oder nach den **Grundsätzen der Lizenzanalogie** (Rz 242, 264, 374ff) geltend gemacht werden können. Das durch den Eingriff Erlangte kann als angemessene Vergütung aufgrund **Eingriffskondition** (Rz 242, 264, 352ff), ein Gewinn im Falle **vorsätzlicher Verletzung** durch bewusste Fremdgegeschäftsleitung über § 687 II (dazu Rz 244, 264, 361ff; § 687 Rz 10ff) verlangt werden. Das BVerfG (NJW 2000, 1023 – CvM) scheint einen Dammbbruch zu fürchten: „Der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz aus Art 2 I iVm Art 1 I GG ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet“; dazu Rz 9, 249.

**II. Schutzbereiche zur normativen Leitung.** BVerfG 66, 116, 138 – Wallraff (= NJW 1984, 1741; dazu 10. Aufl Rz 67f; Helle JZ 2004, 340; Ehmann FS f Georgiades, S 113) fordert in Fällen der Persönlichkeitsverletzung eine **normative Leitung der Rspr**, die von der Notwendigkeit einer Gegenüberstellung und Abwägung höchster Verfassungswerte in jedem Einzelfall befreit. Um diesem Verfassungsgebot zu genügen, ist es erforderlich, eine überschaubare Zahl von Schutzbereichen als Unrechtstatbestände zu bilden, in denen **typische Fälle von Persönlichkeitsverletzungen** (Verletzungen der Ehre, der Identität, der Privatsphäre einer Person) mit den typischen Interessen und Freiheiten des Störers (Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit, Informationsbeschaffungsfreiheit (dazu Rz 113) und sonstiger **Gegeninteressen**, dazu Rz 7) auch unter Berücksichtigung der **Form der Eingriffshandlungen** (zB Lauscher an der Wand, vgl Rz 6f, 52, 71, 126, 201f) derart zusammengestellt werden, dass sich konkret-allg Unrechtstatbestände ergeben, deren Verletzung die Vermutung der Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlungen begründen können. Das Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erfordert allerdings – wie die scharfsinnigen, aber zu weit getriebenen Differenzierungen von Baston-Vogt S 207ff (dazu Rz 8) deutlich machen – eine möglichst kleine, überschaubare Zahl von Schutzbereichen, die jedoch in Untergruppen derart näher konkretisiert werden können, dass jedenfalls Eingriffe in deren Tatbestände eine Vermutung der Rechtswidrigkeit über den Einzelfall hinaus begründen können. Dazu erscheint **folgende Schutzbereichsbildung** sachgerecht:

**1. Ehrenschutz**, insb gegen die Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit (Art 5 I GG), sowie die Wahrnehmung sonstiger berechtigter Interessen (§ 193 StGB); untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche, vgl Inhaltsverzeichnis Rz 18ff; **2. Identitätsschutz**, insb gegen wahrheitswidrige, aber nicht ehrenrührige Tatsachenbehauptungen; untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche, vgl Inhaltsverzeichnis Rz 104ff; **3. Schutz von Privatgeheimnissen vor unbefugter Ausspähung**, insb gegen die Informationsbeschaffungsfreiheit (dazu Rz 113) anderer (Art 5 I S 1 GG); untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche, vgl Inhaltsverzeichnis Rz 113ff; **4. Schutz von Privatgeheimnissen vor unberechtigter Verbreitung**, insb gegen die Meinungs- und Pressefreiheit (Art 5 I GG); untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche, vgl Inhaltsverzeichnis Rz 153ff; **5. Schutz der Persönlichkeit vor kommerzieller Verwertung**, insb gegen Art 12, 14 GG; untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche, vgl Inhaltsverzeichnis Rz 241ff; **6. Sonstiger (verfassungsrechtlicher) Schutz persönlicher Entfaltung- und Entscheidungsfreiheit** untergliedert in verschiedene spezielle Schutzbereiche vgl C I–V, Rz 267–289.

**III. Funktionen der Schutzbereichsbildung. 1. Normative Leitung.** Die Schutzbereichsbildung hat vor allem die Aufgabe der Konkretisierung des APR-Rahmenrechts. Es sollen damit (Unrechts-)Tatbestände gebildet werden, in denen die „**Befugnis des Einzelnen zur Selbstbestimmung**“ (Rz 1) im Allg als geschützt gedacht werden kann. In Anbetracht des *Rahmenrechts als Mittelding* (Ehmann in FS 50 J BGH S 620f) muss diese Schutzbereichsbildung nicht nur im Hinblick auf das APR als geschütztes Rechtsgut (**Erfolgsunrecht**), sondern zugleich im Hinblick auf die Freiheiten und Interessen des Störers (**Gegeninteressen**; dazu Rz 7, ferner ausf 10. Aufl Rz 37ff) erfolgen und zumindest in den Untergruppen auch die **Form der Eingriffshandlung** und sonstige Umstände mitberücksichtigen (Ehmann in FS 50 J BGH S 626f). Nur auf diese Weise werden die mit dem APR geschützten Freiheiten und Interessen mit den Gegeninteressen in eine Beziehung gesetzt, die **losgelöst vom Einzelfall** für die allg gebildeten Unrechtstatbestände ein allg Urte über die **Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung** erlaubt. In der Schutzbereichsbildung und deren Untergruppen geschieht zur normativen Leitung (Rz 4) der Rechtsfindung eine **Abwägung** der mit dem APR geschützten Freiheiten mit den entgegenstehenden Freiheiten und Interessen im Allg (Rz 7). Die Begründung der Tatbestandsmäßigkeit einer APR-Verletzung ohne derartige normative Leitung begründet die Gefahr einer **Kadidjurisprudenz**, deren „Wertorientierung“ (dazu Hubmann PersönlichkeitsR S 378) zu einer Moralisierung und Politisierung der Rspr zu führen droht, die i Erg mehr durch die **Biographie der Richter** als durch Lehrbücher und Kommentare bestimmt wird (vgl Pawlowski Methodenlehre, 3. Aufl, Rz 37ff, 786ff, 854f).

und als Bsp dafür BAG AP Nr 41 zu § 87 BetrVG Überwachung mit krit Anm Ehmann; Hamburg AfP 2004, 566, dazu krit Ehmann AfP 2005, 237).

- 7 **2. Indikation der Rechtswidrigkeit/Sphärentheorie.** Die Verletzung der „freien Willensbetätigung“ einer Persönlichkeit in den **fünf Schutzbereichen** des bürgerlich-rechtlichen APR als sonstiges absolutes Recht iSd § 823 I (Schutzbereiche B I–V) kann freilich die **Rechtswidrigkeit** der Handlung des Störers grds noch **nicht** – wie eine Körper- oder Eigentumsverletzung – in dem Sinne **indizieren**, dass die Eingriffshandlung nur durch einen der anerkannten Rechtfertigungsgründe (*Rz 48, 131, 233; 10. Aufl Rz 71ff; § 823 Rz 146ff*) gerechtfertigt werden kann. Schon gar nicht kann die Berührung oder Verletzung irgendeiner **persönlichen Sphäre** die Rechtswidrigkeit begründen oder indizieren. Auch die **Differenzierung** der Privatsphäre in **Intim-, Sexual-, Geheim-, Individual- und Sozialsphäre** kann wegen der fließenden Übergänge keinen hinreichend begrifflich klaren *Unrechtstatbestand* bilden. Die Rechtswidrigkeit der Verletzung der Privatsphäre (Erfolgsunrecht) kann erst im Zusammenwirken mit dem **Verhaltensunrecht** festgestellt werden, wofür zwei typische Formen von Eingriffshandlungen zu unterscheiden sind: die **unberechtigte Ausspähung** von Privatgeheimnissen (Schutzbereich B III, *Rz 113ff*) und die **unbefugte Verbreitung** anvertrauter Privatgeheimnisse (Schutzbereich B IV, *Rz 153ff*). Die Rechtswidrigkeit der Ausspähung ergibt sich vor allem aus der Überwindung des das Privatgeheimnis schützenden Hindernisses, dem **Bruch der „Mauer des Faktischen“**, welche dem Eingreifer die Grenzen seiner Handlungsfreiheit erkennbar macht (*dazu Rz 113*). Die Rechtswidrigkeit der unbefugten Verbreitung ergibt sich vor allem aus dem **Bruch der Vertraulichkeit** (Siegel der Verschwiegenheit) welche das Geheimnis wahren sollte (*Rz 153, 159, 201*). Die **Sphärentheorie** ist daher für sich allein letztlich **unbrauchbar** zur Bestimmung des Unrechtstatbestands einer Persönlichkeitsverletzung (10. Aufl *Rz 30ff; Helle Grundlagen Rz 54; Ehmann in FS 50 J BGH S 623; ebenso Druey FS Vischer, S 3; Baston-Vogt, S 184ff; vgl ferner Aebi-Müller Rz 408ff und zum schwRecht Rz 512ff*); wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes jedenfalls unbrauchbar als Merkmal eines Straftatbestandes, was bei der Schaffung des neuen § 201a StGB durch den Versuch einer genaueren Umschreibung des Begriffs Intimsphäre beachtet wurde; *dazu Rz 139ff*). **Zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit** einer Persönlichkeitsverletzung genügt auch nicht eine bloße Abwägung des Werts der verletzten Persönlichkeitssphäre mit den schützenswerten Gegeninteressen im Einzelfall (*dazu Rz 6*). Vielmehr müssen die gebildeten, vorgenannten **fünf Schutzbereiche des bürgerlich-rechtlichen APR** (B I–V) und der **Schutzbereich des APR-Grundrechts** (C I–III) bei ihrer Einzeldarstellung zur Bildung konkret-allg Unrechtstatbestände stufenförmig näher konkretisiert werden nicht bloß im Hinblick auf das **Erfolgsunrecht** (Verletzungen der Ehre, der Identität, der Privatsphäre) und die **geschützten Gegeninteressen** (Meinungsäußerungsfreiheit, Pressefreiheit, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, Berufs-, Eigentums- und allg Handlungsfreiheit), sondern vor allem auch im Hinblick auf das durch die **Form der Eingriffshandlung** (Auspähung von Privatgeheimnissen durch Überwindung von Schutzvorkehrungen; unbefugte Verbreitung von Privatgeheimnissen unter Vertrauensbruch; übermäßige öffentliche Anprangerung; Presseberichte über Gerichtsverhandlungen etc; *dazu Rz 6f, 52, 71, 126, 201f*) zu bestimmende **Verhaltensunrecht** und andere Umstände (Ehmann, FS 50 J BGH S 620ff; ders, FS Georgiades, S 113, 145ff). In den **Konkretisierungsstufen dieser Untergruppen** (vgl zum Schutzbereich B III die Untergruppen 3–10; zu B IV: 2–11) kann den Tatbeständen der Schutzbereiche jedoch eine ähnliche oder gleichartige **Vermutung der Rechtswidrigkeit** zukommen wie der Verletzung der sonstigen absoluten Rechte des § 823 I. Die Stärke der Indikationswirkung bleibt freilich stets abhängig davon, inwieweit es gelingt, in einem Schutzbereich und seinen Untergruppen die verletzte Befugnis der Selbstbestimmung sowie die Gegeninteressen des Störers und die Form typischer Verletzungshandlungen in einem Tatbestand konkret-allg hinreichend zu konkretisieren (*dazu Helle Grundlagen Rz 54, 56*). Eine **Güter- und Interessenabwägung** im Einzelfall ist zur **Bildung des Unrechtstatbestandes** nur erforderlich, soweit die Zurechnung der Tathandlung zu einem Schutzbereich und einer Untergruppe (zB Schutz vor unbefugter Ausspähung – Recht am eigenen Bilde – Videoüberwachung, *Rz 113ff – 139ff – 142, 150f; dazu Ehmann, Anm zu BAG AP Nr 41 zu § 87 BetrVG Überwachung B I. 11 unter III.*) die Vermutung der Rechtswidrigkeit der APR-Verletzung noch nicht hinreichend zu begründen vermag. Aus der Rechtsnatur des APR als „Rahmenrecht“ (Mittelding, *Rz 6*) folgt, dass die Güter- und Interessenabwägung neben **Notwehr, Einwilligung** (*dazu Rz 48, 193, 252ff*) und anderen **Rechtfertigungsgründen** auch zum Ausschluss der Widerrechtlichkeit einer grdsätzl rechtswidrigen APR-Verletzung dienen kann (*dazu Rz 48f, 142, 236, 250ff* und öfters; Ehmann FS Georgiades, S 113, 144; ders, Anm zu BAG AP Nr 41 zu § 87 BetrVG Überwachung, Bl 13).
- 7a **3. Drittwirkung des APR-Grundrechts.** Soweit in den Schutzbereichen C I–V (*Rz 267ff*) der Persönlichkeitsschutz nicht auf Grund des **bürgerlich-rechtlichen APR**, sondern kraft einer **Drittwirkung des APR-Grundrechts** (*Rz 9f*) gegeben ist, hat die dann gebotene verfassungskonforme Rechtsgestaltung (*Rz 13*) gem der Verfassungsdogmatik zur **Herstellung praktischer Konkordanz** im Wege der Güterabwägung nach Maßgabe des **allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (*Rz 14, 81*) zu erfolgen, vgl *Rz 267–289*. Eine Indikation der Rechtswidrigkeit nach der in *Rz 7* dargelegten Art kommt für diese Tatbestände nicht in Betracht.
- 8 **4. Sonstige Ordnungen des Stoffes.** Selbstverständlich ist auch eine andere, insb eine noch weiter differenzierte Schutzbereich- oder Fallgruppenbildung denkbar und zur bloßen Ordnung des Stoffes auch geeignet. Die meisten bisher vorgenommenen Versuche dienen im Wesentlichen nur der **Ordnung der Kasuistik**, sind aber zur Bestimmung des Begriffs des APR und zur Bildung von konkret-allg Unrechtstatbeständen und damit zur gebotenen normativen Leitung der (künftigen) Rechtsfindung nicht geeignet (vgl Baston-Vogt S 177f; dazu Neben S 155f). Dies gilt jedoch nicht für die vorstehende Schutzbereichsbildung, die in dieser Form erstmals in der 9. Aufl dieses Kommentars dargestellt und in den späteren Auflagen verfeinert wurde; auch nicht für die zeitlich parallel von Canaris entwickelte Schutzbereichsbildung (vgl Larenz/Canaris

SchuldR II 2 § 80 II mit Fn 21; dazu Ehmann in FS 50 J BGH S 629). Canaris meint freilich mit seiner Schutzbereichsbildung zu einer pointierteren Rechtswidrigkeitsindikation gekommen zu sein, was aber Stürner (AfP 1998, 1) bezweifelt, der im 58. DJT-Gutachten A S 68ff schon ähnliche Strukturen des APR aufgedeckt hat. Die **Schutzbereichsbildung dieses Kommentars** ist inzwischen von **MüKo/Rixecker** (Anh § 12) sehr weitgehend **übernommen** worden. Einen viel differenzierteren Versuch der Bestimmung von anerkanntenswerten Schutzbereichen des Selbstbestimmungsrechts der Persönlichkeit („über sich selbst“) unternimmt Baston-Vogt (S 209ff), lässt aber dabei das praktische Bedürfnis nach Übersichtlichkeit, dh nach Rechtsklarheit zu sehr außer Betracht. Im Allg befreit Baston-Vogt die mit dem APR anerkannte Selbstbestimmung von ihrer notwendigen Beschränkung auf die „vernünftige Freiheit“ (S 216ff gegen 10. Aufl Rz 35) und dem Erfordernis einer „gegenständlichen Verkörperung“ (S 214ff) und bringt damit das als sonstiges Recht iSd § 823 I zu denkende zivilrechtliche APR tatbestandlich dem APR-Grundrecht (Rz 9ff) zu nahe, mit der Folge der Not, diese Freiheit kaum wieder beschränken zu können (S 454ff). Aebi-Müller (Persönlichkeitsschutz S 198ff) glaubt demgegenüber, dass „der erfolgsorientierte Ansatz“ des Art 28 ZGB methodisch den Vorzug verdiene vor den „unendlichen Listen“ des Verbotenen oder gerade noch Erlaubten, welche die hier vorgeschlagene Schutzbereichsbildung notwendigerweise zur Folge hätte. Der Vorzug des Art 28 ZGB und der schweizerischen Methode besteht letztlich jedoch in der großen Ermessensfreiheit der Richter, welchen die Sphärentheorie genügt, um die Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung begründen zu können, was mangels hinreichender normativer Leitung (Rz 4) aber notwendigerweise in einer Kadjurisprudenz enden muss (dazu Rz 6, 7).

**IV. Grundrechtsschutz mit Verfassungsbeschwerde. 1. Verfassungsrechtliches und bürgerlich-rechtliches APR.** Der BGH hat in seinen Leitentscheidungen das APR einst unter formelhafter Berufung auf Art 1 I iVm Art 2 I GG geschaffen, später erst hat das BVerfG aus der allg Handlungsfreiheit des Art 2 I GG zahlreiche Selbstbestimmungsrechte abgeleitet und diese schließlich in der Eppler-Entscheidung (BVerfG 54, 148 [153]; einschränkend BVerfG 101, 361 [380] = NJW 2000, 1022; dazu Rz 107) als „**verfassungsrechtliches allg Persönlichkeitsrecht**“ dem wortgleichen „**bürgerlich-rechtlichen allg Persönlichkeitsrecht**“ vorangestellt (10. Aufl Rz 91ff; Baston-Vogt S 120). Die vom BVerfG kreierten Rechte auf informationelle, sexuelle, individuelle, wirtschaftliche und sonstige Selbstbestimmung (BVerfG 47, 46 [73]; 65, 1 [43]; 72, 170; 94, 98) ähneln zwar auch in den Formulierungen den „Befugnissen auf Selbstbestimmung“, mit denen der BGH das bürgerlich-rechtliche APR zu definieren versuchte (Rz 1), jedoch ist das verfassungsrechtliche mit dem bürgerlich-rechtlichen APR **nicht identisch** (so jetzt auch klar BVerfG NJW 2006, 3409 – Blauer Engel II), es ist kein sonstiges absolutes Recht iSd § 823 I, unterscheidet sich davon vielmehr grundlegend (Jarass/Pieroth Art 2 Rz 25; Jarass NJW 1989, 858; Ehmann AcP 188 [1988], 304ff; ders in FS 50 J BGH S 613 [669ff]; ders in FS Georgiades S 113, 121ff; Helle Grundlagen Rz 49; Larenz/Canaris § 80 I 3a; Baston-Vogt S 122ff; 10. Aufl Rz 91ff; aA Hubmann, Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl, S 134; Staud/Hager § 823 Rz C 4). Wenn BVerfG NJW 2000, 1023 den Schutz **kommerzieller Interessen** aus dem „Privatsphärenschutz aus Art 2 I iVm 1 I GG“ ausklammert, so ist damit der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen, nicht des bürgerlichen APR gemeint, wie jetzt auch in BVerfG NJW 2006, 3409 – Blauer Engel II klargestellt wird, wo die kommerziellen Interessen (dazu Rz 241ff, 249) und der postmortale Persönlichkeitsschutz (Rz 301ff, 304) aus der Menschenwürdegarantie und dem „grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz“ ausgenommen werden: „Verfassungsrechtliches und zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht sind nicht identisch“; dem folgend BGH NJW 2007, 689; dazu Ehmann AfP 2007, 81ff. Das bürgerlich-rechtliche APR ist ein sonstiges absolutes Recht iSd § 823 I, das die Zivilgerichtsbarkeit anzuwenden hat; das verfassungsrechtliche APR (= APR-Grundrecht) ist ein aus der allg Handlungsfreiheit (Art 2 I GG) abgeleiteter besonders bezeichneter Schutzbereich, der (mittelbar) **drittwirkend** auf das Privatrecht, insb aber nicht nur auf die deliktische Generalklausel des § 823 I einwirkt und der **Rechtsgestaltung**, nicht der **Rechtsanwendung** dient (Baston-Vogt S 30 mwN); zu den Drittwirkungen auf andere Normen des Privatrechts als § 823 I vgl unter C I–V: Rz 267–289.

**2. Funktionen und Wirkungen des APR-Grundrechts.** Der Schutzbereich des APR-Grundrechts wird im Wesentlichen von **zwei Funktionen** bestimmt: **10**

(1) vom **Recht in Ruhe gelassen zu werden** (BVerfG 27, 1 [6] – Mikrozensus; zur Herkunft dieses Reimportartikels vgl Ehmann AcP 188 [1988], 230 [233]), dh zum Schutze der Privat- und Intimsphäre bis zu jenem „unantastbaren Kernbereich“ (BVerfG 80, 367 [373]), der letztlich „Geheimnischarakter“ hat (sog **individuelle Identität**, BVerfG 65, 1 [44f]; 80, 367 [373]) und als unantastbare Menschenwürde jeder Abwägung mit anderen auch grundgesetzlich geschützten Interessen und Rechten entzogen sein soll (BVerfG NJW 2004, 999, 1002f – großer Lauschangriff; BGH NJW 2005, 3295 [dazu Rz 232], ferner Denninger ZRP 2004, 101; Gusy JuS 2004, 457; Holmann-Deinhardt, NJW 2006, 545;

(2) der Sicherung der „**aktiven Entfaltung der Persönlichkeit**“ (BVerfG 54, 148 [153]), die zum Schutz der **sozialen Identität** dem Aspekt des Abwehrschutzes ggü gestellt wird (BVerfG NJW 1989, 891 – Kenntnis der Abstammung; BVerfG 47, 46, [73]; 49, 286 [298]; 60, 123 [134] – sexuelle Selbstbestimmung; 32, 373 [382]; NJW 2004, 1155: entgegen § 1355 II BGB soll auch der durch frühere Ehe erworbene Name der Frau aufgrund des APR-Grundrechts zum Ehenamen gewählt werden dürfen [dazu Manteuffel NJW 2004, 1773]).

Das so definierte **APR-Grundrecht** ist weiter gezogen als das **bürgerlich-rechtliche APR** iSd § 823 I, aber die gleichlautende Bezeichnung birgt angesichts der **Ähnlichkeit** der erfassten Sachverhalte die Gefahr in sich, dass bei der Rechtsanwendung die **Verschiedenheit** übersehen wird. Dieser **rechtliche Unterschied** tritt im positiven Recht im Schutz der **Ehre** (Rz 69), der **kommerziellen Interessen** (Rz 249) und im **postmorta-**

**len Persönlichkeitsschutz** (*Rz 304*) und **grundrechtsdogmatisch** dadurch in Erscheinung, dass der Staat in das APR-Grundrecht (das Selbstbestimmungsrecht der Bürger) nur eingreifen darf: a) **auf Grund eines Gesetzes** (Parlamentsvorbehalt), welches dem **Grundsatz der Normenklarheit** genügt (BVerfG 65, 1 [44]; NJW 2006, 976 [980]; 2007, 2465 – Kontostammdaten); b) wenn „**überwiegende Interessen der Allgemeinheit** dies unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebieten“ (BVerfG 27, 1 [7]; 33, 303 [334]; 65, 1 [43]; NJW 2006, 976 [982]; dazu Schmitt Glaeser Hdb StaatsR Bd VI, § 129 Rz 37). Die in BVerfG 65, 1, 44 entwickelten Voraussetzungen für einen **Eingriff** in das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** werden in BVerfG NJW 2004, 2215 auf einen **Eingriff in Art 10 GG** zum Zwecke der Straftatenverhütung oder Strafverfolgung übertragen. Dieser Unterschied von **verfassungsrechtlichem** und **bürgerlich-rechtlichem APR** wird freilich in dem Maße verwischt, wie dem APR-Grundrecht **unmittelbare Drittwirkung** eingeräumt wird (Näheres 10. Aufl Rz 91ff; Ehmann in FS 50 J BGH, S 613 [631f]).

- 11 3. Unmittelbare Drittwirkung?** Weitgehend Einmütigkeit besteht in der Literatur dahingehend, dass die allg Handlungsfreiheit nicht über das bürgerlich-rechtliche APR zum sonstigen absoluten Recht iSd § 823 I gemacht werden darf (Ehmann AcP 188 [1988], 307f; 10. Aufl Rz 101; Larenz/Canaris § 80 II 6a; Baston-Vogt S 125 mwN), weil ansonsten die bürgerliche Freiheit in nicht überschaubarer Weise dadurch eingeschränkt wäre, dass jede die Freiheit und Interessen anderer beeinträchtigende Handlung zu einem rechtfertigungsbedürftigen Delikt werden würde (zutr Baston-Vogt S 128). Mit solch **unmittelbarer Drittwirkung** würde genau das geschehen, was der BGB-Gesetzgeber (10. Aufl Rz 2; Ehmann in FS 50 J BGH S 615f) durch die Nichtanerkennung eines allg Persönlichkeitsrechts und der BGH lange durch kluge Selbstbeschränkung verhindern wollten. Ansonsten könnte jeder das Dasein und die Freiheit anderer als Delikt an seinem selbstbestimmten absoluten Persönlichkeitsrecht begreifen. Das geschieht in Literatur und Rspr teils bewusst, teils unbewusst durch eine unmittelbare Drittwirkung des (verfassungsrechtlichen) APR **kraft Begriffsvertauschung**. So heißt es zB in BGH JZ 1995, 253 – IM-Liste: „Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt als Ausprägung des in Art 2 I iVm Art 1 I GG verfassungsrechtlich gewährleisteten allg Persönlichkeitsrechts gem §§ 823 I und 1004 vor Eingriffen in die engere persönliche Lebenssphäre ...“.
- 12 4. Mittelbare Drittwirkung.** Zum Schutz und zur Bewahrung der bürgerlichen Freiheit darf dem APR-Grundrecht und damit der allg Handlungsfreiheit **keine unmittelbare Drittwirkung** beigelegt werden (Canaris AcP 184 [1984], 202ff; Zöllner RDV 1985, 3ff; Jarass NJW 1989, 862; Baston-Vogt S 137ff). Die bürgerliche Rechtsordnung wird jedoch von der dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz zugrundeliegenden Wertentscheidung mitgeprägt (Zöllner RDV 1985, 8); darüber hinaus auch dadurch, dass dem Gesetzgeber durch dieses Grundrecht die Pflicht auferlegt wird (**Schutzgebotsfunktion der Grundrechte**), die Bürger – auch ggü anderen Bürgern – vor Verletzungen der Werte zu schützen, die durch das Grundrecht gesichert werden sollen (vgl zB BVerfG 73, 118 [201] – Gegendarstellung). Auf welche Weise (mit den Mitteln des Straf- oder Verwaltungsrechts oder des Zivilrechts) oder mit welchen Mitteln innerhalb dieser Rechtsgebiete dies verwirklicht wird, ist aber einem weiten Spielraum des Ermessens des Gesetzgebers überlassen; ein Mindestmaß muss gewährleistet sein, dh das **Untermaßverbot** darf nicht verletzt werden (ganz hM, vgl statt aller Canaris AcP 184 [1984], 201, 228; Zöllner RDV 1985, 3 [8ff]; Jarass NJW 1989, 861). Weitergehend hat vor allem Canaris (AcP 184 [1984], 201ff; ZIP 1987, 417; JZ 1987, 993ff; JuS 1989, 161ff) darauf hingewiesen, dass die Grundrechte und auch das APR-Grundrecht gem Art 1 III GG den Gesetzgeber und die Rspr als unmittelbar geltendes Recht binden und dies auch für den Privatrechtsgesetzgeber und die Privatspr gilt (vgl BVerfG 60, 234 [242]; 61, 1 [10]; 82, 43 [51]; 82, 272 [281]; JZ 1992, 974, [975] – geb Mörder). Auf dieser Grundlage sind auch die Gerichte als Ersatzgesetzgeber nicht bloß zur Rechtsanwendung des bürgerlichen APR, sondern auch zur Rechtsgestaltung (Rechtsfortbildung) aufgrund des APR-Grundrechts zuständig.
- 13 5. Grenze zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung.** Der Unterschied zw bürgerlich-rechtlichem und verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht fordert von der zivilrechtlichen Rechtspraxis die bewusst gemachte Unterscheidung zw Rechtsanwendung und verfassungskonformer Rechtsgestaltung. Das APR als „sonstiges Recht“ iSd § 823 I kann seiner Rechtsnatur gem nur einen **Unterlassungsanspruch** im Falle der drohenden Verletzung und im Falle seiner schuldhaften Verletzung einen **Schadensersatzanspruch** hervorbringen, aber keine **Leistungsansprüche** (dazu *Rz 268a*) auf Beschäftigung oder Weiterbeschäftigung (BAG AP Nr 2, 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht), keine Auskunftsansprüche auf Kenntnis einer Krankheitsursache (BGH 85, 339; BVerfG JZ 2007, 91; dazu *Rz 146*) oder seiner Abstammung (BVerfG NJW 1988, 3010; dazu 10. Aufl Rz 638f), keinen Anspruch auf Aufnahme in einen Verein, kein Recht auf Schutz seiner eigenen privatautonomen Entscheidungen (*Rz 272*), kein Recht auf Selbstbestimmung des eigenen Geschlechts (gegen die Natur; dazu 10. Aufl Rz 667) etc. Die mit vorgenannten Stichworten genannten und andere unter C (*Rz 267ff*; Sonstiger Persönlichkeitsschutz; vgl auch 10. Aufl Rz 631ff) dargestellten Entscheidungen können nicht mehr als Anwendung des bürgerlich-rechtlichen APR, sondern nur als privatrechtsgestaltende, rechtsfortbildende Entscheidungen auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts verstanden werden; dazu Kube JuS 2003, 111, 113. Die Grenze ist freilich fließend, und die Möglichkeit einer **unmittelbaren Drittwirkung kraft Begriffsvertauschung** ist in jedem Kopfe gegeben (vgl 10. Aufl Rz 631ff). Die **normative Leitung** der Rspr durch die Bildung von Schutzbereichen soll dieser Gefahr der übermäßigen Ausuferung des Deliktsschutzes durch ein uferloses (verfassungsrechtliches) APR vorbeugen. In den **Schutzbereichen B I–V** (*Rz 18–266*) sind die Fälle zusammengestellt, die nach allg Auffassung dem gesicherten Bereich des deliktischen APR-Schutzes zugerechnet werden dürfen. Die **Schutzbereiche C I–V** (*Rz 267ff*; sonstiger Persönlichkeitsschutz) enthalten demgegenüber Fälle, die vielleicht noch zur Anwen-

derung des Deliktsrechts gehören, teils aber schon als Drittwirkung des APR-Grundrechts zu begreifen sind. Eine genaue Grenzziehung kann nur bei den Untergruppen des Schutzbereichs C (Rz 267–289), oft nur im Einzelfall erfolgen.

**6. Abwägungsgrundsätze: Praktische Konkordanz und Verdrängungsprinzip.** Kraft Gesetzes oder allg 14  
Rechtsgrundsätze nicht geschützte Interessen (zB Rz 247) sind keine „**schützenswerten Interessen**“, also keine **Rechtspositionen**, und müssen ggü rechtlich geschützten Interessen grds zurücktreten. Durch „**einfaches Recht**“ geschützte Interessen müssen grds ggü **grundrechtlich geschützten Interessen** zurücktreten (Verdrängungsprinzip, vgl BVerfG 7, 198 – Lüth; dazu Rz 67ff; BGH NJW 2007, 689 – Oskar Lafontaine; dazu Ehmann AfP 2007, 81ff). Lediglich durch das bürgerlich-rechtliche APR und daher nur durch „**einfaches Recht**“ geschützt sind die **kommerziellen Interessen** einer Persönlichkeit (Rz 9, 249) und auch der **postmortale Persönlichkeitsschutz** (Rz 304). I Ü können jedoch nicht nur alle sonstigen durch das bürgerlich-rechtliche APR geschützten Freiheiten und Interessen, sondern auch die meisten „Gegeninteressen“ in Art 2 II, Art 5 GG oder einem spezielleren Grundrecht (zB Art 12, 14 GG) verortet werden und sind daher auf dieser Abstraktionsstufe prinzipiell gleichwertig (BGH 24, 72 [80], dazu 10. Aufl Rz 37ff). Stehen sich grundrechtlich gleichwertig gesicherte Freiheiten (Werte) unvereinbar ggü, so müssen nach allg anerkannter Verfassungsdogmatik im Hinblick auf das „**einheitliche Gesamtsystem**“ der Rechtsordnung die gegeneinanderstehenden Verfassungswerte in einem konfliktlösenden Abwägungsprozess zu einer möglichst optimalen Wirksamkeit gebracht werden. Praktiziert wird dieses sog Gebot zur **Herstellung praktischer Konkordanz** nach Maßgabe des allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dem gleichfalls Verfassungsrang zukommt (vgl BVerfG 7, 198 [215]; 17, 306 [313]; 19, 342 [348]; 25, 1 [17]; 30, 292 [316]; 65, 1 [44] und öfters; dazu Hesse Grundzüge Rz 72; Lerche Übermaß S 125ff; Schlink Abwägung S 17ff, 43, 45); speziell zur Abwägung zur **Persönlichkeitsschutz** und **Meinungs- und Pressefreiheit** vgl Rz 64–89. Die Interessenabwägung muss daher die gegeneinanderstehenden Interessen stets sorgfältig an den von Gesetz, Verfassung und Recht vorgegebenen Grundsätzen und **Wertmaßstäben** messen und prüfen, ob und inwieweit in bestimmten Fallgruppen allg und im Einzelfall speziell auf Grund der besonderen Umstände diesem oder jenem Interesse der **Vorrang** gebührt (**Ausweichprinzip**, vgl Hubmann in FS Obermayer 1986 S 43ff). Lediglich die **Menschenwürde** iSd Art 1 I GG soll – im Hinblick auf die objektive Formel Kants – als oberster **unanastbarer Wert** der **Abwägung** mit anderen Werten **entzogen** und stets Vorzug haben; grundlegend Dürig, AöR 81 (1956), 117; dazu Ehmann FS Georgiades S 113, 123f; ferner Rz 83.

**7. Verfassungsbeschwerde.** In nahezu allen Fällen umstrittenen Persönlichkeitsschutzes kann die unterle- 15  
gene Partei daher nach **Erschöpfung des Rechtsweges** (im Falle einer **einstw Verfügung** muss grds auch der Rechtsweg in der Hauptsache erschöpft sein, BVerfG AfP 2006, 550; NJW 2007, 2685; auch die **Anhörungs-rüge** gemäß § 321a ZPO muss zuvor erhoben sein, BVerfG NJW 2007, 3054) gem Art 93 I Nr 4a GG iVm § 90 BVerfGG Verfassungsbeschwerde erheben, mit der Begründung durch die öffentliche Gewalt in Form der Gerichtsbarkeit in ihren Grundrechten verletzt worden zu sein. Die Verfassungsbeschwerde bedarf gem § 93a BVerfGG der Annahme zur Entscheidung, die abgelehnt werden kann, wenn ihr keine grds verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt (zB BVerfG NJW 2001, 2958 – Kaisen).

**a) Heck'sche Formel.** Nach der oft wiederholten sog Heck'schen Formel (zu deren Herkunft vgl Hähnlein 16  
NJW 1996, 3134) soll allerdings nur die Verletzung **spezifischen Verfassungsrechts** die Verfassungswidrigkeit begründen können, grundlegend heißt es dazu in BVerfG 18, 85 (92):

*„Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestands, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allg zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen; nur bei einer Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht durch die Gerichte kann das BVerfG auf Verfassungsbeschwerde hin eingreifen (vgl BVerfG 1, 418, 420). Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist; der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.“*

Diese Grundsätze werden in BVerfG 30, 173 (197) noch durch den Satz ergänzt: „Das Bundesverfassungsgericht ist nicht befugt, seine eigene Wertung des Einzelfalls nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen.“ Die Textbausteine der Heck'schen Formel werden oft wiederholt und i Erg teils bestätigt (zB in NJW 1991, 1476) teils eingeschränkt; vgl BVerfG 42, 143 (148); 43, 130 (138); 82, 43 (52); 85, 1 (14); 94, 1 (9); NJW 1997, 386; NJW 1998, 2889; JZ 1998, 353; NJW 2000, 1024 – CvM; NJW 2000, 2187: Zur Bemessung der Höhe von Schmerzensgeld im Falle von Schockschäden wegen fahrlässiger Tötung von 3 Kindern im Vergleich zur Geldentschädigung für CvM; dazu Rz 383.

**b) BVerfG von der Superrevisions- zur Superberufungsinstanz.** In BVerfG 85, 1 (14) – Krit Bayer-Aktio- 17  
näre beansprucht das BVerfG (entgegen der Grundsätze der Heck'schen Formel) die **Kompetenz zur Prüfung**, ob eine **Tatsachenbehauptung** oder ein **Werturteil** vorliegt (Rz 30ff), ob der **Sinngehalt der Äußerung** richtig erkannt ist (Rz 39ff), ob die Äußerung „eine die **Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage**“ betrifft (Rz 67, 74, 82, 85), ob eine **Schmähkritik** oder Verletzung der Menschenwürde vorliegt (Rz 85ff). In BVerfG NJW 1994, 2943 – Autoaufkleber will das BVerfG das Tucholsky-Zitat „**Soldaten sind Mörder**“ gegen Düsseldorf dahin verstehen, „dass der Soldatenberuf im Ernstfall mit der Tötung von Menschen verbunden ist, die als nicht rechtfertigungsfähig empfunden wird“; vgl auch BVerfG 54, 129 (135) – Kunstkritik; zur verfehlten Deutungsmethode des BVerfG Rz 39ff; 10. Aufl Rz 253–264. Diese und andere Entscheidungen, die mit der Heck'schen Formel nicht mehr zu vereinbaren sind, haben den Vorwurf ausgelöst, das BVerfG habe

sich nicht bloß zur **Superrevisions-**, sondern zur **Superberufungsinstanz** gemacht (vgl Isensee JZ 1996, 1090; Starck JZ 1996, 1033). Das BVerfG (94, 1 [9]) hat auf diese Kritik sachgerecht reagiert: „Dagegen ist es nicht Sache des BVerfG, den jeweiligen Rechtsstreit, der trotz des grundrechtlichen Einfluss seine Eigenart als Zivil- oder Strafverfahren nicht verliert, selbst zu entscheiden“; ebenso BVerfG 101, 361 [388] = NJW 2000, 1024; NJW 2006, 3267: „Das BVerfG überprüft nur, ob diese (die Fachgerichte) den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben“; anders aber BVerfG NJW 2002, 3315, wo die Entscheidung eines LG aufgehoben wird, damit das Gericht ausreichende Feststellungen darüber treffen kann, dass eine **alternative Deutungsmöglichkeit** (Rz 39ff) der Aussage, der Sicherheitsdienst eines Einkaufszentrums bestehe aus „**primitiven Schlägernaturen**“, die den Eindruck „**hastig umgekleideter Skinheads** vermitteln“, mit nachvollziehbaren Gründen auszuschließen ist; das BVerfG rügt also unzureichende **Beweiserhebung** und/oder **Beweiswürdigung**; vgl auch BVerfG NJW 2002, 3619 (3623) – **Mithören am Telefon**, wo i Erg auch nur die **Beweiswürdigung der Berufsgerichte korrigiert** wird; dazu Rz 231ff (237). In BVerfG NJW 2004, 2371 wird ein LG korrigiert, das eine Beschimpfung als „**fettes, hässliches Griechenscheißstück**“ nicht als schwere Verletzung (dazu Rz 384) verstehen wollte. Immerhin will BVerfG NJW 2004, 1587 noch einen gewissen Spielraum lassen und eine Grundrechtswidrigkeit nicht annehmen, wenn die Anwendung einfachen Rechts zu einem Ergebnis geführt hat, über dessen „Richtigkeit“ sich streiten lässt.

#### V. Europäische Menschenrechtskonvention

**Schrifttum:** Vgl 10. Auflage vor Rz 121; ferner *Bartnik*, Caroline à la française – ein Vorbild für Deutschland, AfP 2004, 489; *Engels/Jürgens*, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz, NJW 2007, 2517; *Gersdorf*, Caroline-Urteil des EGMR: Bedrohung der nationalen Medienordnung AfP 2005, 221; *Heldrich*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2004, 2634; *Mann*, Auswirkungen der Caroline-Entscheidung des EGMR auf die forensische Praxis, NJW 2004, 3220; *Neukamm*, Bildnisschutz in Europa, 2007; *Stürner*, Caroline-Urteil des EGMR – Rückkehr zum richtigen Maß, AfP 2005, 213.

- 17a 1. Der Schutz der Menschenrechte** wird über das Bonner Grundgesetz hinaus auch durch die **Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** v 4.11.1950 (BGBl 1952, II, S 686, 953 mit Änderungen, abgedruckt in Sartorius II, Nr 130) gewährleistet. Die Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der von der BRD ratifiziert wurde und daher – anders als europäisches Unionsrecht und Entscheidungen des EuGH – gem Art 9 II GG nur im Rang eines einfachen Gesetzes Rechtsgeltung hat; zu der Frage, wie die Urteile des EGMR von den deutschen Gerichten und dem BVerfG zu beachten sind, ausf BVerfG v 14.10.2004, NJW 2004, 3407; dazu Klein JZ 2004, 1171; Stark JZ 2005, 72; ferner KG NJW 2005, 606; dazu Gersdorf AfP 2005, 221, 226; Stürner AfP 2005, 213, 217; Helle Grundlagen Rz 51; zuletzt BGH AfP 2007, 121 m krit Anm Helle, AfP 2007, 192; auch Rz 188. Die Konvention schützt unter anderem die **Meinungs- und Pressefreiheit** gem Art 10 sowie das **Privatleben** einer Person gem Art 8: „**Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.**“
- 17b 2. Caroline von Monaco-Hannover gegen Deutschland.** Auf der Grundlage von Art 8, 10 EMRK hat der EGMR mit Urte v 24.6.2004, NJW 2004, 2647 – CvM ./. D entschieden, dass die deutschen Gerichte gegen die Konvention verstoßen, wenn sie es für zulässig erklären, dass Bilder von CvH (vormals: CvM) in der (Regenbogen-) Presse ohne deren Einwilligung veröffentlicht werden dürfen, die sie an „**nicht abgeschiedenen Orten**“ (dazu Tz 54, 73ff) in „**Szenen ihres Alltagslebens**“ zeigen, also „**bei Tätigkeiten rein privater Art**, wie sie Sport treibt, spazieren geht, ein Restaurant verlässt oder während ihrer Ferien“ (Tz 61). Der Gerichtshof „europäisiert“ damit weitgehend französische Rechtsanschauungen; das Urte wurde nicht der großen Kammer vorgelegt und damit endgültig, vgl NJW 2005, 2480.
- 17c 3. Absolute Persönlichkeit der Zeitgeschichte.** Der Gerichtshof hält damit – frz Vorbild folgend (Bartnik, AfP 2004, 489) – die Rspr der deutschen Gerichte – speziell von BGH NJW 1996, 1128 (dazu Rz 180) und BVerfG 101, 361 = NJW 2000, 1021 – CvM (dazu Rz 17, 182, 184) – für eine Vertragsverletzung, die CvM als **absolute PdZ** betrachtet und daher Veröffentlichungen von Ablichtungen ihrer Person ohne ihre Einwilligung für zulässig erklärt hat, die sie an „**nicht abgeschiedenen Orten**“ (Rz 188) der Öffentlichkeit „in Szenen ihres Alltagslebens“ zeigen. Über den entschiedenen Einzelfall hinaus wird damit der **Begriff der absoluten PdZ** iSd bisherigen deutschen Rspr als unvereinbar mit Art 8 und 10 EMRK betrachtet, insoweit als (1.) die Privatsphäre von „**Personen des öffentlichen Lebens**“ (*public figures*) nur an „**abgeschiedenen Orten**“ geschützt sein soll und (2.) das Veröffentlichungsinteresse von Presseorganen auch Vorrang vor dem Schutz der Privatsphäre haben soll insoweit als die abgebildeten Personen *nicht in einer offiziellen, amtlichen oder politischen Funktion*, sondern im Alltagsleben bei rein privaten Angelegenheiten abgebildet werden.
- 17d 4. Örtliche Abgeschiedenheit.** Soweit der Gerichtshof meint (Tz 75), das Kriterium der „**örtlichen Abgeschiedenheit**“ (*la vie privée doit être murée*, dazu Rz 113, 188) sei in der Praxis zu unbestimmt und für den Betroffenen schwer zu handhaben, wird verkannt, dass eine derart klare Grenzziehung zw geschützter Privatsphäre und dem berechtigten Informationsinteresse über das Verhalten von öffentlichen Personen in der Öffentlichkeit nicht zu finden ist, und dass das Kriterium „**berechtigte Erwartung sich in einem geschützten privaten Bereich aufzuhalten**“ (Tz 51, 69; dazu die veröffentlichte Meinung des Richters Barreto) den Gerichten zwar einen größeren Beurteilungsspielraum eröffnet, aber nur deswegen, weil es objektiv noch weniger klar ist. BGH und BVerfG wollen jedoch zu Recht grds am Erfordernis der Abgeschiedenheit des Raumes als Voraussetzung der Verletzung der Privatsphäre (die ansonsten begrifflich unfassbar wird, dazu Rz 7) festhalten, dazu Rz 188.

**5. Gleichwertigkeit der Pressefreiheit?** Richtig erscheint jedoch, wenn der Gerichtshof mit der deutschen Doktrin der Gleichwertigkeit aller Arten von Presseveröffentlichungen (dazu Rz 65, 80f) bei der Abwägung mit dem gebotenen Persönlichkeitsschutz bricht und der (Presse-) Freiheit zu (Bild-) Veröffentlichungen, welche nur die „*Neugier eines bestimmten Publikums über das Privatleben der Bf*“ (CvM) befriedigen wollen, nicht den Vorrang vor der schützenswerten Privatsphäre solcher **Personen des öffentlichen Lebens** einräumt, die keine öffentliche Funktion erfüllen und über welche die Öffentlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft kein berechtigtes Informationsinteresse hat. Damit ist nicht gesagt, dass die Unterhaltungs- oder Regenbogenpresse, die nur der Unterhaltung und Neugier des Publikums dienen, außerhalb des Schutzbereichs der Pressefreiheit steht (dem will KG Berlin NJW 2005, 2321 in Anlehnung an Mann, NJW 2004, 3220 nicht folgen, wenn es so zu verstehen wäre), vielmehr nur, dass ihr (auf der Abwägungsebene) im Falle eines Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines anderen in der erforderlichen Güterabwägung ein geringeres Gewicht zukommt. Richter Zupancic meint (NJW 2004, 2652), unter amerikanischem Einfluss (dazu Rz 78) sei aus der Pressefreiheit ein **Fetisch** gemacht worden, es sei Zeit, dass das Pendel zurück schlägt. Dem kann für das deutsche Recht nur insoweit zugestimmt werden, als der **Meinungs- und Pressefreiheit** ohne jede Rücksicht auf den Wert und die Qualität der Meinungsäußerung und ihrer Veröffentlichung ein nahezu **absoluter Vorrang** (dreifache Gewichtung im Abwägungsprozess, dazu Rz 76) vor der Ehre und dem sonstigen Persönlichkeitsschutz der Betroffenen eingeräumt wird (dazu Rz 64, 80). Größere Bedeutung hat die dem frz Recht entstammende andere Gewichtung des Persönlichkeitsrechts im Abwägungsprozess mit der Pressefreiheit vor allem für das englische Recht (dazu Stürmer, AfP 2005, 218).

**6. Höherrangiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit.** Ausdr stellt der Gerichtshof dabei aber klar, dass der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit der Vorrang gebührt, wenn die Presseveröffentlichungen ein berechtigtes Ziel verfolgen, das in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist (so EGMR Ur v 6.5.2003, NJW 2004, 2653 – Perna./Italien, Tz 41) und mit „Informationen und Ideen“ einen Beitrag zu Fragen des öffentlichen Interesses liefert (CvM./D, Tz 59). Bei „Personen des öffentlichen Lebens“ (*public figures*, wozu CvM aber nicht gezählt wird; anders die Meinung von Richter Barreto) könnte das Recht der Öffentlichkeit auf Informationen uU auch Aspekte des privaten Lebens einbeziehen, insb wenn es sich um **Politiker** handelt (Tz 64), die sich „unvermeidlich und wesentlich der eingehenden Kontrolle aller ihrer Worte und Taten durch die Presse und die allg Öffentlichkeit aussetzen“ (so schon EGMR NJW 1987, 2143, Tz 42; zur Problematik provozierte Verletzungen der Privatsphäre Rz 189). IU gehörte zur journalistischen Freiheit auch die Möglichkeit einer gewissen *Übertreibung* oder sogar *Provokation* (Tz 58; ebenso Perna./Italien, Tz 39). Nicht zuletzt sollen im Abwägungsprozess zu Gunsten des Schutzes des Privatlebens auch die **Belästigungen** (durch Paparazzi) und sonstige Umstände berücksichtigt werden unter denen die veröffentlichten Fotos gemacht wurden, die von den Betroffenen oft als **Verfolgung** empfunden werden (Tz 59, 68, 74; dazu Rz 150, 188, 190, 225ff).

**7. Konsequenzen. a) Für Bildveröffentlichungen.** Inwieweit das CvM-Urt des EGMR über die Grenzen seiner Rechtskraft hinaus verbindliche Wirkung hat, ist nicht abschließend geklärt (vgl Heldrich NJW 2004, 2634, 2636). Wird das Urt künftig von den deutschen Gerichten beachtet (dazu Rz 17a), so muss dem Begriff der **Persönlichkeit der Zeitgeschichte** iSd § 22 I Nr 1 KUG ein anderer Inhalt gegeben werden; zur Funktion dieses Begriffs im Abwägungsprozess zw der geschützten Privatsphäre und dem durch die Pressefreiheit geschützten Öffentlichkeitsinteresse s Rz 176, 187f, 258, was Richter Zupancic abwertend als Begriffsjurisprudenz zu begreifen scheint, NJW 2004, 2652 – CvM; dagegen versucht jetzt auch der BGH (AfP 2007, 121 = NJW 2007, 1981 m krit Anm Helle, AfP 2007, 192; dazu Engels/Jürgens NJW 2007, 2517 und Rz 176, 188) den Begriff PdZ als abgekürzte Ausdrucksweise für ein „abgestuftes Schutzkonzept“ zu verstehen und den Begriff Unterhaltungsinteresse möglichst eng zu fassen und unterhaltende Beiträge und Bilder, die der Meinungsbildung dienen, davon auszuschließen. CvM und sonstige **Angehörige alter Adelsfamilien**, die keine öffentliche Funktion mehr erfüllen, können also grds nicht mehr als **absolute PdZ** im alten Sinne verstanden werden und ihre Bildnisse dürfen also ohne sonstigen rechtfertigenden Anlass (zB wenn sie in der Öffentlichkeit an einen Zaun pinkeln und auf diese Weise zu relativen Personen der Zeitgeschichte werden) ohne Einwilligung nicht mehr veröffentlicht werden; anderes soll allerdings für **Politiker** gelten (Rz 17f); davon mit Begründung abw BGH NJW 2006, 599; BVerfG NJW 2006, 2835 betr EAvH; dazu Rz 65, 176, 180, 218, 250; ferner Karlsruhe NJW 2006, 617 (dazu Rz 251); auch KG NJW 2006, 621 (dazu Rz 204b); offen gegen den EGMR weiterhin BVerfG 101, 361 folgend OLG Hamburg AfP 2006, 179 u 180 (dazu Rz 176, 188, 250, 266). Ob Bildnisse von berühmten **Sportlern, Schauspielern** sowie sonstigen **Personen des Show-Business** (zur Kasuistik Rz 180ff, 246f) noch veröffentlicht werden dürfen, wenn sie außerhalb ihrer Berufsausübung abgebildet werden, bleibt im Urt des EGMR offen; Heldrich meint (NJW 2004, 2636 vor Fn 27), sie dürften nicht den Politikern gleichgestellt werden, Veröffentlichungen aus ihrem Privatleben (auch an nicht abgeschiedenen Orten) seien daher grds mit Art 8 I EMRK nicht zu vereinbaren. Das dürfte in vielen Fällen mit dem Interesse dieser Personen, die im Wesentlichen von dem an ihnen bestehenden öffentlichen Interesse leben, nicht zu vereinbaren sein. Das CvM-Urt des EGMR wird gewisse Presseorgane in Schwierigkeiten bringen, aber auch bei einigen „Personen des öffentlichen Lebens“ Entzugserscheinungen zur Folge haben, die uU allerdings durch erhöhte Einkünfte wegen Verletzung ihres **kommerziellen Interesses** (dazu Rz 247) ausgeglichen werden können.

**b) Über Wortveröffentlichungen** (dazu Rz 153ff, 200ff, 211) und die **Herstellung von Bildern** (dazu Rz 139) trifft EGMR in NJW 2004, 2647 keine Entscheidung, seine Grundsätze zur Abwägung von Persönlichkeitsschutz und der Meinungsäußerungs- und Informationsbeschaffungsfreiheit (dazu Rz 113, 139ff) werden dadurch aber auch beeinflusst; es wäre jedoch verfehlt, die Grundsätze zur Grenze der Freiheit von

Bildveröffentlichungen einfach auf Wortberichterstattungen zu erstrecken (*Rz 134, 211, 237*; BGH AfP 2007, 121; dazu *Rz 17g*). In Tz 59, 68, 74 berührt der Gerichtshof die Problematik der Grenzen der erlaubten Herstellung von Bildnissen, die auch deren Veröffentlichung verbieten können, wenn sie in übermäßig belästigender Weise erfolgen (dazu *Rz 141, 190*). Der neue § 201a Abs 1 StGB (v 30.7.2004), welcher Bildaufnahmen „in einer Wohnung oder einem ggü Einblick besonders geschützten Raum“ unter Strafe stellt, wird durch die weiter gezogene „berechtigte Erwartung“ der Privatheit jedoch nicht berührt, weil der durch die Aufweichung des Kriteriums der „örtlichen Abgeschiedenheit“ (*Rz 17d*) erweiterte Schutz der Privatsphäre nicht strafrechtliche, sondern lediglich zivilrechtliche Sanktionen auslösen soll (dazu *Rz 139a ff*).

- 17i **8. Ehrenschatz und Pressefreiheit:** EGMR NJW 2006, 1645 – „Das blinde Auge der Polizei“. Zwei dänische Journalisten sind auf Grund krit Äußerungen über die Ermittlung der Polizei in einer Mordsache, insb der Behauptung, ein Polizeikommissar habe Beweismittel unterdrückt, wegen Beleidigung verurteilt worden. Der Gerichtshof sieht in dem Urteil einen Eingriff in die Meinungsfreiheit des Art 10 EMRK, der aber nicht gerechtfertigt sein kann, wenn die Journalisten ihre Rolle als „öffentliche Wachhunde“ (Tz 71, dazu *Rz 64f*) in Übereinstimmung mit ihrem „Berufsethos“ wahrnehmen (Tz 78, dazu *Rz 54*) und ihre verletzenden Tatsachenbehauptung sorgfältig überprüfen (Tz 78, dazu *Rz 53*); die Grenzen zulässiger Kritik seien bei Privatpersonen enger als bei Polizeibeamten (Tz 80) oder Politikern, dazu EGMR 2006, 591 (Tz 45, dazu *Rz 65*); zur Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen Tz 76, dazu *Rz 35*; zur Frage inwieweit sich Journalisten bei Interviews von den beleidigenden Erklärungen Dritter distanzieren müssen Tz 77, dazu *Rz 45*; auch BVerfG NJW 2007, 2687.
- 17j **9. Meinungsfreiheit, Art 10 EMRK.** Vgl EGMR NVwZ 2007, 313: **Verunglimpfung Atatürks**; EGMR NVwZ 2007, 314: **Beschimpfung des Islams**.

## B. Einzelne Schutzbereiche des bürgerlich-rechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

### I. Ehrenschatz

**Schrifttum:** *Heinz*, Freiheit der Kunst und Schutz der Ehre, AfP 1999, 332; *Ladeur*, Persönlichkeitsschutz und „Comedy“, NJW 2000, 1977; *Siebrecht*, Der Schutz der Ehre im Zivilrecht, JuS 2001, 337; *Teßmer*, Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz von Prominenten vor Verletzung durch die Medien, Diss Gießen 2000.

- 18 **1. Rechtsgrundlagen.** Der Schutz der Ehre ist der Kern des Persönlichkeitsschutzes. Seit Anerkennung des APR sind daher auch **fahrlässige Ehrverletzungen** wieder in den Schutzbereich des § 823 I und dessen Sanktionensystem einbezogen (BGH 39, 124 – **Fernsehansagerin**); nach § 704 II S 2 E 1 sollte die Ehre schon deliktsrechtlich gegen fahrlässige Verletzungen geschützt werden (Motive II, 728; Protokolle II, 573). Der Ehrenschatz über § 823 II iVm §§ 185ff StGB ist unberührt geblieben (BGH 95, 212); der zivilrechtliche Ehrenschatz ist jedoch mit der Anerkennung des APR von den Unzulänglichkeiten des **strafrechtlichen Ehrenschatzes** (vgl Tenckhoff JuS 1988, 209 mit einer Aufzählung 60 verschiedener Ehrbegriffe; Otto, NJW 2006, 575) befreit worden. Über das verfassungsrechtliche APR-Grundrecht (*Rz 9f*) hat die Ehre auch **Grundrechtsschutz** erlangt (BVerfG 93, 266, 290 – Mörder II).
- 19 **2. Normativ-faktischer Ehrbegriff.** Ein **guter Ruf** (äußere Ehre) kann **verdient oder unverdient** sein; ein Ehrgefühl (innere Ehre) kann übersteigert oder zu geringwertig sein. Die unrichtige Beurteilung der äußeren oder inneren Ehre kann auf **unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen** oder **falschen Bewertungen** beruhen. Der **angemessene Geltungswert** muss rechtlich (**normativ**) festgestellt werden, aber unter zutr Beachtung der Fakten, die den Wert bestimmen sollen. Die faktische und die normative Betrachtung sind also miteinander zu verbinden (vgl E.A. Wolff ZStW 81 [1969], 886ff; Nomos/Zaczyk Vor § 185 Rz 4f). Die **Verletzung der Ehre** geschieht jedoch auf andere Weise als die Verletzung anderer absoluter Rechte und Rechtsgüter (Eigentum, Leben, Körper etc), weil nicht ein äußeres, gegenständlich verkörpertes Gut, sondern die **Beziehung des betroffenen Menschen zu anderen Menschen** (das „**Anerkennungsverhältnis**“) verletzt wird (E.A. Wolff ZStW 81 [1969], 901).
- 20 **a) Sozialer Achtungsanspruch.** Die Ehre ist objektiv die **Meinung anderer von unserem Wert** (Schopenhauer, Parerga und Paralipomena, 1. Teil), also der soziale Achtungsanspruch (der Ruf, das Ansehen, die „äußere“ Ehre). Dieser Achtungsanspruch kann durch Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen (zur Unterscheidung *Rz 30ff*) verletzt werden. **Tatsachenbehauptungen**, die der Wahrheit entsprechen, verletzen grds die Ehre nicht (*Rz 23, 51ff*). **Meinungsäußerungen** sind grds gem Art 5 I GG frei, soweit sie die Ehre nicht verletzen, was nach der Rspr des BVerfG nur noch angenommen werden soll, wenn die Ehrverletzung als **Schmähschmerz** oder als Verletzung der **Menschenwürde** zu verstehen ist oder im Falle von **Formalbeleidigungen** (*Rz 84ff*). Der Vorwurf **elementarer menschlicher Unzulänglichkeit** (zB **Arschloch** (dazu *Rz 84, 384*), primitive kleine **Nutte** [LG Köln NJW-RR 2000, 189], **Charakterschwein** [vgl Hamm NJW-RR 1995, 1114]; katholischer **Drecksack** [München NJW-RR 2002, 1045]) stellt daher eine Beleidigung dar, die durch den Wahrheitsbeweis nicht ausgeräumt werden kann. Außer der jedem menschlichen Wesen zukommenden Würde hat jedermann auch Anspruch auf die seiner sozialen Funktion entspr Achtung (Welzel StrafR § 42 I 1a); **Polizeibeamte**, die Verkehrskontrollen durchführen, dürfen aber als **Wegelagerer** bezeichnet werden (*Rz 88*), nicht jedoch als **Clown** (KG NJW 2005, 2872); ein MdB, der (im Nebenberuf) Wohnungen an Prostituierte vermietet, nicht als **Puff-Politiker**, LG Berlin AfP 2007, 63. Die Bezeichnung von Soldaten, Ärzten, Rechtsanwälten, Richtern, Apothekern als Mörder (geborene, potentielle, aus niedrigen Beweggründen; dazu *Rz 67ff*), **Kurpfuscher**, **Winkeladvokaten**, **Rechtsbeuger** (BGH ZUM 1999, 75), **Schubladenschieber** sollte jedoch grds als Ehr- und Persönlichkeitsverletzung zu begreifen sein. Brandenburg (NJW-RR 2002, 1127) betrachtet als **üble Nachrede** die Behauptung, die Zeitungsredaktion habe gewusst,

dass einer ihrer Mitarbeiter **IM der Stasi** gewesen sei; Frankfurt NJW-RR 2003, 554 zweifelt, ob die Qualifizierung als **Schwuler** noch eine Beleidigung ist, dazu *Rz 104*.

**b) Innere Ehre.** Weil durch ehrenrührige Tatsachenbehauptungen „unter vier Augen“, dh ggü dem Betroffenen selbst (zu herabsetzenden Bemerkungen über die Ehefrau im 4-Augen-Gespräch mit dem Ehemann vgl BGH NJW 1977, 1681) der Ruf und das Ansehen („äußere Ehre“) nach strafrechtlicher Lehre (zur zivilrechtlichen Behandlung dieser Fälle vgl BayObLG NJW 1959, 57 m Anm Hartung, S 640; ferner BGH 10, 104) nicht verletzt wird, soll **geschütztes Rechtsgut** solcher Beleidigungen (§ 185 StGB) die sog „innere Ehre“ sein. Diese „innere Ehre“, dh das **Ehr- oder Selbstgefühl** (Ehrbewusstsein) ist sicherlich im Wesentlichen eine „**Nervenfrage**“ („Furcht vor der Meinung anderer“, so Schopenhauer, Parerga u Paralipomena, 1. Teil), die aber nicht bloß der **psychologischen Behandlung**, sondern auch des **juristischen Schutzes** bedarf; denn die angemessene Anerkennung eines Menschen (seiner Ehre) durch andere Menschen ist eine unverzichtbare Bedingung seiner Existenz und Würde. Die Grenzen dieses Schutzes können jedoch nicht der Selbstbestimmung des Betroffenen überlassen werden (zutr Luhmann S 53ff, 76; BVerfG AfP 2000, 76 [77] und 352; NJW 1989, 3269, dazu *Rz 107*; verfehlt BVerfG 54, 148 – Eppler; dazu *Rz 9f, 104f, 107*). Ein Recht auf Selbstbestimmung der eigenen Würde kann nicht anerkannt werden (BVerfG 99, 194 – Helnwein; BGH NJW 2006, 609; anders Kübler JZ 1990, 916).

**3. Abschied vom Ehrenschatz.** Verschiedentlich wird auch die Forderung erhoben, die Strafbarkeit der Beleidigung und darüber hinaus auch den zivilrechtlichen Ehrenschatz zugunsten einer insoweit unbegrenzten Meinungsfreiheit abzuschaffen, mit der Begründung der „veraltete“, „schillernde“ und „konturlose“ **Ehrbegriff** entstamme einer „**feudalistischen Gesellschaftsordnung**“ und bilde „**vordemokratisches**“ **Recht** (so für die internationale Liga für Menschenrechte eV Findeisen/Hoepner/Zücker ZRP 1991, 245f; ähnlich Kübler JZ 1990, 917; dazu auch BVerfG NJW 1995, 3303 – Mörder IV; dazu *Rz 28f, 67ff, 76, 79, 84f*), eine **ehrlose Gesellschaft** solcher Art, die **Soldaten als Mörder** qualifiziert (*Rz 68*) und gesetzlich gestattete **Abtreibungen** nicht mehr vom **NS-Judenmord** unterscheiden kann (BGH LM Nr 94 zu Art 5 GG – Babycaust mit abl Anm Ehmann; Karlsruhe NJW 2003, 2029; dagegen auch Seitz NJW 2003, 3523; damit ist „der Ehrenschatz fast tot“; krit auch Bölke NJW 2004, 2353; anders jetzt jedoch BGH NJW 2003, 2011; NJW 2005, 592; BVerfG NJW 2006, 3769; dazu *Rz 39a, 80, 85, 89*) ist jedoch nicht wünschenswert. Abzulehnen ist auch die „Aufhebung“ des Ehrenschatzes im **Identitätsschutz** (vgl Stürner Gutachten A S 69ff; Staud/Hager § 823 Rz C 124). Letztlich scheint die Unterbewertung der Ehre im Abwägungsprozess mit der Meinungsfreiheit in diesem und anderen negativen „Vorverständnissen“ des („altbackenen“, so MüKo/Rixecker Anh § 12 Rz 74) Ehrbegriffs begründet (vgl Vogt/Zingerle [Hrsg], Ehre – Archaische Momente in der Moderne –, Frankfurt/M 1994).

**4. Wahrheit als Ehrverletzung.** Der Wahrheit entspr Tatsachenbehauptungen verletzen nach deutscher Rechts tradition weder die äußere noch die innere Ehre, weil grds niemand mehr Achtung beanspruchen kann, als er verdient (vgl *Rz 51ff*). Die Berechtigung des englischen Satzes „**the greater the truth, the greater the libel**“ wurde zwar nicht verkannt, aber nicht als Rechtssatz akzeptiert, weil die „Auffassung, dass man die **Wahrheit doch muss sagen dürfen**“ zu sehr **im Volke verwurzelt** sei (vgl Ehmann AcP 188 [1988], 241; Brossette S 45ff mwN). Ausnahmen wurden freilich auch immer anerkannt und im Strafrecht als Formalbeleidigung über § 185 StGB erfasst, zB Indiskretionen über das **Vorleben der Braut** bei der Hochzeitsfeier oder das Hervorholen sonstiger lange zurückliegender Straf- und Untaten zu unpassender Gelegenheit (vgl RG 76, 110; 115, 416; dazu *Rz 222*). Heute werden diese Fälle zivilrechtlich als Verstoß gegen § 826 gewertet oder als Verletzung des APR (vgl BGH NJW 1999, 2893), insb als Verletzung der schützenden Privat- und Intimsphäre behandelt (vgl *Rz 200ff*); zu unwahren Tatsachenbehauptungen in „Wbi“ *Rz 52, 57ff*.

**5. Familienehre. a) Beleidigung der Familie.** Eine gegen die gesamte Familie gerichtete Beleidigung kann deren eigenständige Gemeinschafts ehre verletzen, zB wenn gesagt wird, „die Familie führe ein sittlich verfehltes Leben“ (BGH NJW 1969, 1110). Die Anerkennung einer selbständigen Familienehre ist in BGH NJW 1951, 531 verneint worden, in BGH NJW 1969, 1110; NJW 1970, 1599 aber offen geblieben (vgl auch BGH GRUR 1974, 794 – Todesgift; GRUR 1974, 797 [800] – Fietsch Schulze). Angesichts der Anerkennung von Ehre und APR von **jur Pers** und sonstigen **Personengemeinschaften** (vgl *Rz 290ff*; Helle Grundlagen Rz 34), die eine anerkannte soziale Funktion erfüllen, kann auch das Bestehen einer Familienehre grds nicht mehr bestr werden; vgl *Rz 325*.

**b)** Von der Verletzung der Familienehre zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob durch die **Beleidigung eines Familienmitglieds** (insb der **Geschlechtsehre der Frau**) auch die anderen Familienmitglieder (insb der Ehemann) beleidigt werden. Letzteres ist idR nicht anzunehmen, insb nicht, wenn es als **Mittel** dient, über die Klage **gegen den Dritten** auf den ehebrüchigen Partner einzuwirken, was nur zugelassen werden kann, wenn der „**räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe**“ betroffen ist (vgl insb BGH 6, 360 [365]; Düsseldorf NJW-RR 1991, 2; ferner Smid NJW 1990, 1344; § 823 Rz 45–47). Ebenso wie die Beleidigung nicht **Auffangtatbestand des Sexualstrafrechts** sein soll (BGH NJW 1989, 3028), soll sie auch nicht die Grenzen des zivilrechtlichen Familienschutzes verändern. Die Behauptung, der Ehemann habe mit einer anderen Frau die **Ehe gebrochen**, ist keine Beleidigung der Ehefrau, BGH NJW 1970, 1599; die Behauptung, die Söhne seien **homosexuell**, ist keine Beleidigung des Vaters, wohl aber kann in der **Beleidigung von Kindern** eine Missachtung des Erziehungsrechts der Eltern liegen, BGH NJW 1969, 1110. Wenn wegen eines schweren Verbrechens der **Familienname des Täters** in der Zeitung genannt wird, ist dies keine Beleidigung und idR auch keine Persönlichkeitsverletzung des Bruders des Täters (vgl BGH NJW 1980, 1790; dazu *Rz 219*); eine Be-

leidigung des Vaters (Verdächtigung als Mörder) soll grds auch nicht die Ehre der Tochter (BGH GRUR 1974, 797 – Fiete Schulze) verletzen.

- 26 **6. Kollektivbeleidigungen.** Unter Kollektiv- oder Sammelbeleidigung wird zumeist nicht die **Beleidigung des Kollektivs** als Ganzes (*Rz 24, 290ff*), sondern die **Beleidigung einzelner** unter der Bezeichnung eines Kollektivs verstanden, wobei wiederum zwei Fallgruppen zu unterscheiden sind:
- 27 **a)** Eine beleidigende Äußerung **über einen oder mehrere einzelne** (die dem Einzelnen ggü berechtigt sein kann) wird auf eine **überschaubare Personengruppe** erstreckt, so dass jedes einzelne Mitglied dieser Gruppe „betroffen“ ist; BGHSt 19, 235: „Ein bayrischer Minister ist Kunde eines Callgirl-Rings“; BGHSt 14, 48: „Zwei Mitglieder der X-Fraktion unterstützten eine getarnte kommunistische Wochenzeitschrift“.
- 28 **b)** In der 2. Fallgruppe werden **alle Mitglieder der Gruppe** in ihrer Ehre verletzt: „Soldaten sind Mörder“ (KG Berlin JW 1933, 972 mit abl Anm Wagner; BGHSt 36, 83 = NJW 1989, 1365; BVerfG NJW 1995, 3303 – Mörder IV). Für **Sammelbeleidigungen** dieser Art wird gefordert, dass die Gruppe klar abgegrenzt und überschaubar ist sowie dass die beleidigenden Äußerungen (Tatsachenbehauptungen, Werturteile) für jeden Einzelnen zutreffen. Alle Ärzte sind **Kurpfuscher**, alle Richter **Rechtsbeuger** soll daher nicht genügen, weil offensichtlich ist, dass solche Aussagen nicht auf alle Angehörigen der Gruppe zutreffen (BVerfG NJW 1995, 3306 im Anschl an BGHSt 36, 83 [86f]); alle Soldaten sind Mörder ist anders zu beurteilen, weil damit nicht gesagt sein soll, dass alle Soldaten einen Menschen iSd § 211 StGB gemordet haben, sondern dass alle Soldaten ein mörderisches Handwerk betreiben; dagegen denkt niemand, dass alle Richter, Ärzte, etc mit der Erfüllung ihrer beruflichen Pflichten verbrecherisch, rechtswidrig oder fehlerhaft handeln.
- 29 **c) Kasuistik.** Aufgrund der Unklarheit der Abgrenzungskriterien ist die Rspr im Einz widersprüchlich. Einigkeit besteht grds aber darüber, dass herabsetzende Äußerungen über **unüberschaubar große Gruppen** (Frauen, Christen, **Türken**, Katholiken, Gewerkschaftsmitglieder) nicht auf die persönliche Ehre jedes einzelnen Mitglieds dieser Kollektive durchschlagen. Die **Auschwitz-Lüge** wird jedoch als Beleidigung jedes einzelnen **Juden**, auch nach dem Krieg geborener, verstanden (BGH 75, 160; mit Vorbehalt bestätigt in BVerfG 90, 241 [252]). Angesichts des unfassbaren Maßes des den Juden angetanen Unrechts erscheint diese **Ausnahme** berechtigt (vgl BGH NJW 1995, 340 – Decker II; BVerfG NJW 1994, 1779; NJW 1993, 916; LG Berlin AfP 2004, 461: Vergleich der **Massentierhaltung** mit Holocaust durch Tierschützer; AG Hamburg NJW 1995, 1039; dazu Beisel NJW 1995, 997ff; Huster NJW 1996, 487). Der Sonderfall der Judenbeleidigung (BGHSt 11, 207) sollte jedoch nicht verallgemeinert werden. Die Rspr hat eine **Beleidigung verneint** für die **Katholiken**, die **Protestanten**, die **Akademiker** (BGHSt 11, 207 [209]), „die **Robenknechte von Mohabit**“ (KG JR 1978, 422), die **Ärzte**, die durch „Streik“ ihre Patienten „in Geiselnhaft“ nehmen (wie die BM für Gesundheit glaubt bemerken zu müssen, dazu Karlsruhe AfP 2007, 246), die **Polizei** in ihrer Gesamtheit (Düsseldorf NJW 1981, 1522); die Richter am OLG Nürnberg als „Reichsparteitags-OLG“ (BVerfG NJW 1994, 1149; anders Bamberg NJW 1994, 1972); vgl auch BayObLG NJW 1994, 952; NJW 1995, 145; Frankfurt NJW 1995, 143. **Verneint** wurde auch die Beleidigung einzelner deutscher Soldaten, wenn alle **Soldaten** der Welt als **Mörder** bezeichnet werden (*Rz 28*), nicht aber wenn alle Soldaten der Bundeswehr so bezeichnet werden (BVerfG NJW 1995, 3303 – Mörder IV). Der gegen die Beleidigung von Soldaten als Mörder eingeführte Sondertatbestand des § 109b StGB wurde wieder gestrichen; vgl dazu 10. Aufl Rz 240.
- 30 **7. Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen. a) Funktion der Unterscheidung.** Ehrverletzungen können durch die Äußerung von ehrenrührigen Tatsachen oder durch (Un-)Werturteile (Meinungsäußerungen) begangen werden. Die Unterscheidung ist **im Hinblick auf die Rechtsfolgen** notwendig: Widerruf (*Rz 333ff*) und Gegendarstellung können nur hins von Tatsachenbehauptungen verlangt werden (vgl BVerfG NJW 2002, 356 – Gysi I, NJW 2002, 357 – Gysi II). Die Unterscheidung kann aber offenbleiben, wenn die rechtliche Beurteilung als Tatsachenbehauptung und als Meinung dieselben Rechtsfolgen hat, BVerfG AfP 2006, 550. Tatsachenbehauptungen können wahr oder unwahr sein; die Wahrheit oder Unwahrheit kann bewiesen werden (zB Gysi, ein registrierter Stasi-Spitzel). Meinungen können richtig oder unrichtig (falsch) sein, aber jedermann steht grds die durch Art 5 I GG verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit zu, auch unrichtige Meinungen zu äußern, vgl BGH 132, 13 (20f); 139, 95 (101f) – aufgehoben und zurückverwiesen durch BVerfG NJW 2006, 207; BGH JZ 2002, 664. Die Meinungsäußerungsfreiheit des Art 5 I GG erfasst zwar auch Tatsachenbehauptungen, nicht aber die Behauptung oder Verbreitung **bewusst unrichtiger Tatsachen** (*Rz 32*); hat der Äußernde die Unwahrheit nicht erkannt, muss er **sorgfältig recherchiert** haben (*Rz 32, 52ff*). Erkenntnistheoretisch ist die Unterscheidung zwar problematisch, weil schlechthin keine Tatsachenbehauptung völlig wertfrei ist (10. Aufl Rz 244f), wer aber die Abgrenzung scheut, muss das gesamte Rechtsfolgensystem neu ordnen (vgl Grimm NJW 1995, 1697; Staud/Hager § 823 Rz C 74), was freilich aufgrund der funktionalen Unterscheidung der Rspr (*Rz 34*; vgl Helle Grundlagen Rz 10) zumindest an den Grenzen auch fortwährend geschieht, vgl auch *Rz 38*.
- 31 **b) Definitionen.** BGH DRiZ 1974, 27 definiert (mit Bezug auf das Beweisrecht): „**Tatsachen** sind konkrete nach Raum und Zeit bestimmte, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörende Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Seelenlebens.“ **Meinungsäußerungen** sind demgegenüber Wertungen, Beurteilungen von Tatsachen und Vorgängen auf der Grundlage mehr oder weniger wahrer, richtiger, umfassender Informationen und Tatsachen sowie richtiger, halbrichtiger oder falscher Wertvorstellungen und gutem oder schlechtem Beurteilungsvermögen (Urteilskraft). Nach BVerfG 61, 1 (8) – CSU = NPd sind „Meinungen“ geprägt durch „das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“; auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äu-

berung komme es nicht an: „Die **Mitteilung einer Tatsache** ist im strengen Sinne **keine** Äußerung einer Meinung, weil ihr jenes Element fehlt“.

**c) Meinungsfreiheit für Tatsachenbehauptungen.** Eine Tatsachenbehauptung soll, auch wenn sie keine Meinungsäußerung ist, wegen ihrer geistigen Wirkung „unter den Schutz des Art 5 I GG fallen, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist“ (BVerfG 90, 1 [15]; 61, 1 [8]; NJW 2004, 1942; AfP 2000, 272). Was nicht zur schützenswerten Meinungsbildung beitragen kann, insb **bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen**, fällt nicht unter den Schutz des Art 5 I GG (BVerfG AfP 2004, 47; 54, 208 [219] – **Böll./Walden**; 85, 1 [14] – **krit Bayer-Aktionäre**; NJW 2004, 354; NJW 2003, 1855; NJW 1999, 1322 – **Helwein**; BGH NJW 1997, 2681 – „**500 besten RA**“; dazu Rz 295); unrichtige Informationen sind kein schützenswertes Gut, so Koziol FS Heldrich S 266. Als bewusst unwahr sollen auch bewusst unvollständige Angaben gewertet werden, die beim Leser einen falschen Eindruck erwecken, BGH NJW 2000, 656; München AfP 2001, 63; dem Betroffenen günstige Tatsachen dürfen nicht verschwiegen werden, wenn dadurch eine Fehlbeurteilung des Betroffenen beim Publikum verursacht wird, BGH NJW 2006, 601; bewusst unvollständige Berichterstattung ist als unwahre Tatsachenbehauptung zu behandeln; Karlsruhe NJW 2005, 2400; wird der Sozios eines RA verhaftet und über die Durchsuchung der Kanzlei unter voller Namensnennung in der Presse berichtet, so muss auch zum Ausdruck kommen, dass gegen den anderen nicht ermittelt wird. Irrtümlich unwahre Tatsachenbehauptungen sollen aber unter den Grundrechtsschutz fallen, weil sonst der Kommunikationsprozess verkümmern müsste (Grimm NJW 1995, 1697 mwN; BVerfG NJW 1999, 3326 [3328] – Stasi-Gehaltsliste; dazu Rz 53; ferner Seyfahrt NJW 1999, 1287); in der Abwägung mit dem Ehrenschaft hat die Meinungsfreiheit jedoch nur Vorrang, wenn hinreichend sorgfältig recherchiert wurde, BGH 132, 13, 24 – Lohnkiller, dazu Rz 53f. Der Schutz der Meinungsfreiheit soll nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass die Wahrheit der verletzenden Behauptungen durch „Belegtatsachen“ gestützt wird, wenn sie trotzdem unwahr sein können, BVerfG NJW 2004, 592. Auch Tatsachenbehauptungen, die zur Stütze von Werturteilen dienen, sollen wegen dieses Zusammenhangs grds unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen (BVerfG NJW 1999, 204; dazu Rz 39a, 85). Keinesfalls wird jedoch die Behauptung und Verbreitung bewusst unrichtiger Tatsachen von der Meinungsäußerungsfreiheit des Art 5 I GG erfasst (BVerfG 54, 219 – **Böll./Walden**; NJW-RR 2001, 411; AfP 2000, 351; AfP 2001, 272; NJW 2003, 1856); lakonisch BGH NJW 1997, 2682 zu einem Bericht von Focus über die „**500 besten Anwälte**“: „Die Allgemeinheit ist an einer solch unrichtigen Information nicht interessiert, weshalb auch von einem grundrechtlich schützenswerten Recht nicht gesprochen werden kann“ (dazu Rz 295); BVerfG NJW 2003, 277 – JUVE-Hdb (= JZ 2003, 841 m zust Anm Hirte) will solche „getarnte Werbung“, sofern sie eine Rangordnung beinhaltet, grds als Werturteil begreifen, dessen Wettbewerbswidrigkeit (§ 1 UWG) mit dem Grundrecht des Art 5 I GG abzuwägen ist; dem folgend nun München NJW 2003, 1534. Zu sog verdeckten Aussagen Rz 39.

**d) Abgrenzungskriterien. aa) Die Formulierung der Äußerung** liefert vielfach kein entscheidendes Abgrenzungskriterium, weil einerseits Tatsachenbehauptungen in Werturteilen zusammengefasst werden können (BGH NJW 1982, 2248 – Geschäftsführer; Wenzel 4.55 mwN), andererseits auch formalen Tatsachenbehauptungen letztlich Wertungscharakter zukommen kann, insb wenn sie wörtlich verstanden völlig absurd wären (zB BVerfG 61, 1 [9] – CSU = NPD; NJW 1995, 3303 – Mörder IV; BGH 154, 60f – Sektenbeauftragter). Bei gemischten Äußerungen soll es darauf ankommen, ob der Schwerpunkt im Tatsächlichen oder in der Bewertung liegt (BVerfG 90, 241, 248; 85, 1, 15; 61, 1, 9). Die Aussage, „der sitzt ja dauernd im Knast“ über den Boxer R.W. ist und bleibt – trotz aller Sympathie für G.J. – freilich eine Tatsachenbehauptung, anders LG Potsdam AfP 2006, 493. In erster Linie ist es daher eine **Frage der Auslegung**, was **Inhalt der Äußerung** ist; ob der Äußernde mit dem wertenden Begriff (Dieb, Betrüger, Mörder, etc) eine Tatsache behaupten oder ein Werturteil fällen wollte; BVerfG NJW 1996, 1529 m Anm Seitz NJW 1996, 1518. Auch eine Äußerung, die auf Werturteilen beruht, kann sich als Tatsachenbehauptung erweisen, wenn und soweit bei dem Adressaten zugleich die Vorstellung von konkreten, in die Wertung eingekleideten Vorgängen hervorgerufen wird, so BGH 132, 13, 21 – Lohnkiller; JZ 2002, 663. Die Bewertung einer **politischen Partei** als rechts- oder linksgerichtet ist im Zweifel Meinungsäußerung, nicht Tatsachenbehauptung, anders LG Düsseldorf ZUM 2002, 390 – Beuys. Bei der Auslegung soll es aber nicht auf den Erklärungswillen des Äußernden noch auf das Verständnis des Betroffenen, sondern auf den **objektiven Bedeutungsgehalt** (zur Deutungsmethode Rz 39ff) ankommen. Hinter der Kunstfigur des **unbefangenen Durchschnittshörers** (BGH NJW 1987, 2225 – Chemiegift; BGH 132, 13, 19 – Lohnkiller: **Durchschnittslesers**) oder des (türkischen) Durchschnittshörers (BGH NJW 1985, 1622), des **unvoreingenommenen und verständigen Publikums** (BVerfG NJW 1995, 3305 – Mörder IV), in den dieser objektive Bedeutungsgehalt hineingelegt wird, steht letztlich das Verständnis des erkennenden Gerichts, das im Zweifel im Hinblick auf die Rechtsfolge entscheidet (Rz 30, 34); s LG Berlin AfP 2000, 393 zur Überschrift „Das Leben der Huren“ iVm Fotos eines Modells (Rz 260, 387); ebenfalls zur Verknüpfung von **Schlagzeile**, Text und Fotos KG NJW-RR 1999, 1547; AG Hamburg NJW-RR 2004, 844 – BILD: Saddams Giftmischer. Substanzarme oder **substanzlose Behauptungen** werden im Zweifel auch als (freie) Meinungsäußerungen betrachtet (BVerfG 61, 1 [9]; 85, 21; BGH NJW 1966, 1617; NJW 1970, 187; NJW 1974, 1762; NJW 1981, 2117; NJW 1987, 1400; NJW-RR 2001, 411; Karlsruhe AfP 2001, 130; Köln AfP 2003, 267; LG Düsseldorf NJW-RR 1999, 321), aber auch als Tatsachenbehauptung in Kurzform, vgl BGH 132, 13; NJW-RR 1999, 1251. Unabhängig von der Art der Formulierung kann auch die Äußerung eines **Verdachts** als Tatsachenbehauptung verstanden werden (BVerfG NJW 2007, 2686; BGH NJW 2000, 656; NJW 1951, 352; NJW 1978, 751). Eine **Vermutung** soll demgegenüber regelmäßig als Meinungsäußerung verstanden werden (Wenzel 4.57 mwN). Der Verdacht kann jedoch auch als Vermutung formuliert werden; die Wortunterscheidung führt daher nicht weiter (zutr Staud/Hager § 823

Rz C 76). Eine kurze Aussage (ohne nähere Begründung) eines Bankiers über die Kreditwürdigkeit eines Großunternehmens (Kirch-Gruppe) in einem Fernsehinterview ist im Zweifel Meinungsäußerung (Rz 294), verletzt aber grds die Verschwiegenheitspflicht der AGB-Banken Nr 2 (dazu § 675 Rz 29).

- 34 bb) Funktionale Unterscheidung.** Die Rspr unterscheidet in Zweifelsfällen vielfach funktional im Hinblick auf die Rechtsfolgen, nimmt also „im geistigen Meinungskampf“ **im Zweifel freie Meinungsäußerung** an (BVerfG 60, 234 – Kredithaie; 60, 1 [8] – CSU = NPD; 85, 1 [15] – krit Bayer-Aktionäre: zu den Redewendungen „unter Druck setzen“ und „bespitzeln“; teils anders aber BGH NJW 2007, 686 – Terroristochter; ferner VGH München NVwZ 1994, 787 [790] – universelles Leben; Köln AfP 1998, 404: Äußerungen über die Zeugen Jehovas; Zweibrücken AfP 1999, 362 – Plakataktion). In Fällen von **Widerruf** (Rz 333ff) und **Gegendarstellung** (Wenzel 4.68; 11.38ff) neigt die Rspr dagegen zur Annahme **einer Tatsachenbehauptung** (zB BVerfG NJW 2002, 356; Gysi, ein registrierter Stasi-Spitzel).
- 35** Erstes Abgrenzungskriterium soll die **Beweisbarkeit** sein (BVerfG NJW 1991, 1476 – Flohmarkt; BGH JZ 1997, 784 m Anm Helle; BGH 132, 13 [21] – Lohnkiller; EGMR NJW 2006, 1645 [Tz 76, dazu Rz 17i]; „Das Erfordernis, ein Werturteil zu beweisen, lässt sich nicht erfüllen und verletzt schon für sich das Recht auf freie Meinungsäußerung“.). Jedoch gibt es dazu viele **zweifelhafte Fälle**, insb wenn **Tatsachenbehauptungen mit Rechtsbegriffen** (du Dieb statt du hast gestohlen) vorgetragen oder in **Werturteile eingewickelt** oder darin **versteckt** oder damit **vermischt** werden. Die Rspr prüft sodann, was im Vordergrund steht und was überwiegt, vgl BGH 78, 9; 78, 24 – Medizin-Syndikat; NJW-RR 1999, 1251: Vorwurf der Bestechung als Tatsachenbehauptung; aber **Betrugsvorwurf** soll Meinungsäußerung, nicht Schmähkritik sein, so BGH JZ 2002, 663 mit zust Anm Kübler; Celle AfP 2002, 508 begreift den Vorwurf „Prozessbetrug“ als Tatsachenbehauptung, sofern er mit Tatsachen belegt wird, die dem Beweis zugänglich sind. Zum Vorwurf der „Kollusion“ BVerfG NJW-RR 2001, 411. BVerfG NJW 2003, 1109: Substantiierte Kritik an einem Lehrer kann Tatsachenbehauptung sein. BVerfG 60, 234 (241) betrachtet die Bezeichnung **Kredithaie** lediglich als Werturteil, obwohl der Zinssatz um 6 %-Punkte zu hoch angegeben war. Ist das Werturteil als zusammenfassender Ausdruck zu verstehen, dessen tatsächliche Grundlagen dem angebotenen Beweis zugänglich sind, so überwiegt der tatsächliche Charakter der Äußerung (BGH NJW 1996, 1131 = EWIR 1996, 453 m Anm Helle; dazu Rz 45, 54); nach BGH NJW 2003, 1308 (1310 mwN) soll es für eine Tatsachenbehauptung ausreichen, „wenn in Gestalt eines Werturteils bei dem Adressaten zugleich die Vorstellung von konkreten Vorgängen hervorgerufen wird“, die beweisbar sind. **Komplexe Äußerungen** müssen im **Gesamtzusammenhang** gewürdigt und insgesamt als freie Meinungsäußerung verstanden werden (vgl BGH NJW 2004, 596, 598; Köln AfP 2003, 267, 268; dagg krit Hochhuth NJW 2006, 190), mit der Folge, dass darin enthaltene Tatsachenbehauptungen nicht mit einer Unterlassungsklage herausgegriffen werden dürfen, so BGH NJW 1997, 2513. Die Bezeichnung einer Gemeinschaft als „Sekte“ ist Meinungsäußerung (unentschlossen hierzu BGH NJW 2003, 1308), die Behauptung „Gelder verschwinden in dunklen Kanälen“ wohl aber Tatsachenbehauptung, vgl Saarbrücken NJW-RR 1998, 1479; vgl ferner BGH NJW 1993, 525 u 930: zu dem Begriff „Kettenmafia“ und „illegal“; Hamm NJW-RR 1996, 538: „belogen und betrogen“; Koblenz NJW-RR 1998, 750: Subsumtion als Werturteil.
- 36 e) Frageformen.** Fragen sind auf Antworten gerichtet und können daher weder unwahr noch unrichtig sein, sie sind daher weder Tatsachenbehauptungen noch Werturteile, sondern bilden eine eigene semantische Kategorie (BVerfG 85, 23 = NJW 1992, 1442 – Altenheim; dazu Grimm NJW 1995, 1700; auch Rz 75), sofern sie nicht bloß rhetorische Fragen sind („Schlägst du deine Frau immer noch?“), die eine Behauptung oder ein Werturteil aufstellen; im Bsp die Behauptung, der andere habe seine Frau früher geschlagen und die Meinung, es sei möglich, dass er es immer noch tue (zB im Falle LG Oldenburg NJW 1987, 1419; dazu Rz 204b). Echte Fragen stehen unter dem Schutz der Meinungsfreiheit; zur Abgrenzung von echten und rhetorischen Fragen am Bsp „Benehmen sich so Gäste?“ und „Ethnische Säuberung an Deutschen?“ vgl BVerfG NJW 2003, 661; Udo im Bett mit Caroline? versteht BGH NJW 2004, 1034 im Wege der Auslegung als Tatsachenbehauptung; zur Zulässigkeit von ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen in Frageform bei einer Landtagsanfrage, Nürnberg NJW-RR 1995, 539; zur **Gegendarstellungsfähigkeit** LG Frankenthal NJW 2006, 623; LG Offenburg NJW-RR 2001, 1052; ferner BGH NJW 2004, 1034: erforderlich ist eine Äußerung mit soviel tatsächlichem Gehalt, dass dieser einer **Richtigstellung** zugänglich ist. Wie wäre zu entscheiden, wenn ein Richter des BVerfG als „geb Rechtsbeuger“ und der Bundespräsident als „geb Schaumschläger“ bezeichnet werden, fragte Karl Döring (FAZ v 25.4.1992) im Anschluss an BVerfG NJW 1992, 2073 – geb Mörder.
- 37 f) Im gewerblichen Bereich** wird idR dem tatsächlichen Kern einer Äußerung stärkeres Gewicht beigelegt, aber substanzlose Pauschalurteile (BGH NJW 1970, 187; GRUR 1969, 555) werden auch nicht als Tatsachenbehauptungen begriffen. Die zusammenfassenden Ergebnisse vergleichender Warentests sind jedoch Werturteile (BGH 65, 325 – Warentest II; NJW 1989, 1923 – Warentest V), die Werturteile können jedoch auf mitgeteilten Tatsachenbehauptungen beruhen, die im Falle ihrer Unrichtigkeit der negatorischen Klage zugänglich sind, BGH NJW 1989, 1923; Köln NJW-RR 1995, 1489. Näheres zum Persönlichkeitschutz **wirtschaftlich tätiger Personen** und Personenvereinigungen Rz 290ff.
- 38 g)** Die einem **Sachverständigengutachten** zugrundeliegenden tatsächlichen Voraussetzungen sind idR Tatsachenbehauptungen, die Schlussfolgerungen des Gutachters sollen dagegen grds als dem Widerrufsanspruch entzogene Werturteile begriffen werden. Nach BGH NJW 1966, 647 musste der Beklagte jedoch die Behauptung (Meinung?) widerrufen, der Kläger habe den **Reichstag angezündet** (Rz 96, 321, 336, 339, 342, 346); zur Grenze der Meinungsfreiheit eines orthopädischen Gutachters Rz 96. Auch im Falle eines **gra**

**phologischen Gutachtens** ist dem Widerrufsanspruch stattgegeben worden, „wenn die der Schlussfolgerung vorausgehende methodische Untersuchung oder die zum Ergebnis führende Anwendung spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten nur vorgetäuscht oder grob leichtfertig vorgenommen worden ist“ (BGH NJW 1978, 751; ferner NJW 1989, 774; NJW 1989, 2941 – **Ärztliche Diagnose**; NJW 1999, 2736 – Verdachtsdiagnose); eine in Anführungszeichen gesetzte **Übersetzung** ist mangels eines Interpretationsvorbehalts als Tatsachenbehauptung angesehen worden, BVerfG NJW 1998, 1391 – „Rechte Professoren“. In wissenschaftlicher Form geäußerte Werturteile (Schlussfolgerungen, Meinungen) können zwar nicht als wahr oder unwahr bewiesen, aber als falsch oder richtig beurteilt werden, soweit der Stand von Wissenschaft und Technik dies ermöglicht. Auch ein solcher (wissenschaftlicher) „**Beweis**“ kann einen Widerrufsanspruch (Rz 333ff) und im Falle des Verschuldens auch einen Schadensersatzanspruch (Rz 368ff) begründen (zutr Staud/Hager § 823 Rz C 83).

### 8. Bestimmung des Erklärungsinhalts (Deutung)

**Schrifttum:** Ahrens, Die Benetton-Rechtsprechung des BVerfG und die UWG-Fachgerichtsbarkeit, JZ 2004, 763; Helle, „Variantenlehre“ und Mehrdeutigkeit der verletzenden Äußerung, AfP 2006, 110; Hochhuth, Kein Grundrecht auf üble Nachrede, NJW 2006, 189; Rahmlow, Die Auslegung von Äußerungen im Strafrecht, 2006; Siems, „Verletzerfreundliche Auslegung“ oder „Vorsichtsprinzip“ bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien? AfP 2004, 485; Teubel, Unterlassungsanspruch bei mehrdeutiger Äußerungen und zweifelhaftem Wahrheitsgehalt, AfP 2006, 20.

**a) Auslegungsgrundsätze.** Die Entscheidung, ob eine Meinungsäußerung frei oder als Ehrverletzung verboten ist, setzt die Bestimmung als Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung (Rz 30ff) und die **Feststellung ihres Inhalts** voraus, was häufig nur im Wege der **Auslegung** möglich ist. Dabei wird grds auf den „Durchschnittsleser“ oder –„hörer“ bzw das „unvoreingenommene und verständige Publikum“ abgestellt (dazu Rz 33, 75). Diese Verständnismethode gilt jedoch nicht für die **Inhaltsbestimmung von Zitaten**, weil dem Zitierten nichts unterstellt werden darf, was er mit dem zitierten Wort oder Satz nicht sagen wollte (so ganz klar BVerfG 54, 208 Böll/Walden; dazu Rz 107; Helle Grundlagen Rz 36). Auf Grund der Kunstfreiheit gelten auch besondere Grundsätze für das Verständnis von **Schlüsselromanen** (Rz 91, 94; dazu Helle Grundlagen Rz 33, 123). „**Verdeckte Äußerungen**“ (zu den Zeilen) können dem Äußernden auch zugerechnet werden (BGH 78, 9, 15 – Medizin-Syndikat III; NJW 2004, 598 – Klinik Monopoly; dazu Rz 32f, 45, 322); nicht aber Schlussfolgerungen, die der Autor dem Leser überlassen hat (BGH NJW-RR 1994, 1942, 1946 -Verdeckte Behauptung; dazu Helle, Grundlagen Rz 33). Zu Recht weist BVerfG NJW 2004, 1942 darauf hin, dass vorrangig die Unterlassung derjenigen Tatsachenbehauptungen verlangt werden muss, aus denen sich die „verdeckte“ ergeben soll und stellt strenge Anforderungen an die Annahme einer **verdeckten** (falschen) **Tatsachenbehauptung**: „wenn sie die Grenzen des Denkanstoßes überschreitet und sich dem Leser als unabweisbare Schlussfolgerung nahe legt“; ebenso LG Düsseldorf AfP 2007, 58 – Fleischskandal. Die **Äußerungen Dritter** können dem Äußernden grds nicht zugerechnet werden, es sei denn, dass er sie **sich zu eigen macht** (Rz 45) oder sie ihm über § 830 BGB zugerechnet werden müssen; weil in BVerfG 82, 43, 52 – Strauß deckt Faschisten eine strafrechtliche Entscheidung zu Grunde lag, war dies freilich nicht möglich, was aber zeigt, dass die aus strafrechtlichen Entscheidungen entwickelten verfassungsrechtlichen Kriterien zur Güter- und Interessenabwägung nicht unbesehen auf zivilrechtliche Entscheidungen angewendet werden dürfen. Auch andere Äußerungen desselben Täters sind als Auslegungshilfe nur bedingt geeignet (unrichtig daher BVerfG 82, 272, 283 – Zwangsdemokrat; zutr dagegen Beater JZ 2006, 432f; vgl ferner BGH NJW 1983, 1194). Die Inhaltsbestimmung einer Äußerung im Wege der Auslegung ist grds Sache des **Tatrichters** und eine falsche Auslegung verletzt nicht *notwendig spezifisches Verfassungsrecht* (so BVerfG 18, 85 [92]; st Rspr, dazu Rz 16). Ersetzt das Fachgericht jedoch eine str persönlichkeitsverletzende Äußerung durch eine andere, auf Grund einer Beweisaufnahme gewonnene, so handelt es willkürlich, BVerfG NJW 2005, 2138. Das BVerfG beansprucht entgegen der **Heck'schen Formel** (Rz 16) idR die Kompetenz zur Auslegung (**Deutung**) einer Meinungsäußerung (Rz 17).

**b) Variantenlehre.** Die im Falle **mehrdeutiger Äußerungen** vom BVerfG entwickelte Auslegungsmethode (vgl dazu BVerfG 82, 43, 52 – Strauß deckt Faschisten; NJW 1995, 3305 – Mörder IV; NJW 1999, 204 – Oktoberfest; NJW 2005, 3274; BGH LM Nr 94 zu Art 5 GG – Babycaust = Holocaust; zumindest für Unterlassungsansprüche (dazu Rz 41) jetzt aber abw BVerfG NJW 2006, 207, Tz 31 – IM-Sekretär-Stolpe; BVerfG NJW 2006, 3769 – Babycaust; dazu Rz 22, 80, 82) wird in der Literatur „**Variantelehre**“ genannt (seit Seitz NJW 1996, 1519) und krit betrachtet (Isensee FS Kriele, 1997, 5; Starck JZ 1996, 1037; Helle AfP 2006, 110, 111 Fn 11 mwN). Helle definiert diese Lehre zutr mit drei Komponenten: **(1) Begründungszwang**, wonach alle möglichen Deutungen (mit Ausnahme entfernt liegender) zu prüfen und, wenn sie der rechtlichen Beurteilung nicht zu Grunde gelegt werden sollen, mit qualifizierten Gründen auszuschließen sind; **(2) Günstigkeitsprinzip**, wonach unter den Deutungen, die nicht (überzeugend) ausgeschlossen werden können, diejenige zu Grunde zu legen ist, die dem Äußerer am günstigsten ist; **(3) Eindeutigkeitsprinzip**, wonach es grds nur **eine** Deutung geben darf, die als rechtlich relevant zu betrachten ist; dieses Eindeutigkeitsprinzip ist mit der IM-Sekretär-Stolpe-Entscheidung v 25.10.2005 (NJW 2006, 207) für Unterlassungsansprüche aufgegeben worden, dazu Rz 41.

**c) In dubio pro Meinungsfreiheit?** Das Günstigkeitsprinzip scheint auf den ersten Blick dem strafrechtlichen *in dubio pro reo* – Grundsatz zu entsprechen, was aber auch für das Strafrecht nicht richtig ist. Hins der **inneren Ehre** (Rz 21) ist richtigerweise darauf abzustellen, wie der Betroffene die Erklärung verstanden hat, hins der **äußeren Ehre** (Rz 20) kommt es darauf an, wie die Erklärung in den Kreisen verstanden wird, in denen der Betroffene einen Ruf, ein Ansehen genießt, weil das „**Anerkennungsverhältnis**“ (dazu Rz 19)

zu diesen Kreisen des Betroffenen verletzt wurde. Es muss also jedenfalls genügen, wenn ein „beachtlicher“ oder „nicht unerheblicher Teil“ der angesprochenen Kreise der Äußerung einen ehrenrührigen Sinn beilegt (so Helle, AfP 2006, 112). Für das **Strafrecht** (§§ 185, 186 StGB) kommt die Einschränkung hinzu, dass dem Äußernden nur der Sinn zugerechnet werden darf, den er vorsätzlich, also bewusst und gewollt mit der Aussage verbinden wollte; im **Zivilrecht** darüber hinaus auch das, was er **fahrlässigerweise** erklärt hat (vgl Wagner Anm zu KG JW 1933, 937 – Soldaten sind Mörder). Im **Wettbewerbsrecht** ist es in den Fällen irreführender Werbung immer als entscheidend angesehen worden, ob die Werbeaussage „einen nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise“ irreführt, und es wird daher seit BVerfG 102, 347, 359 = NJW 2001, 591 – Benetton I befürchtet (Arens JZ 2004, 763; Helle AfP 2006, 112), dass diese Rspr auch der Variantenlehre des Bundesverfassungsgerichts zum Opfer fällt. Das BVerfG begründet seine Auslegungsmethode vor allem mit dem sog **chilling-effect** (dazu Rz 70), „wonach der Äußernde nicht soll befürchten müssen, wegen einer Deutung, die den gemeinten Sinn verfehlt, mit staatlichen Sanktionen belegt zu werden“. Aber der Äußernde ist nicht strafbar, wenn er eine Äußerung iSd Deutung nicht bewusst machen wollte und auch zivilrechtlich nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er nicht zumindest fahrlässig (mit schwerer Schuld, vgl Rz 384) eine Äußerung iSd Deutung gemacht hat. Zu Recht sagt Helle (AfP 2006, 115), dass das BVerfG nur den „tumben Toren“, der nicht weiß, was er sagt, aber nicht den listenreichen Kalumniator, der sich hinter dem Schutzschild der Mehrdeutigkeit zu verbergen weiß, zum Gegenstand des Urts seines „verständigen Publikums“ macht. IU sind im Zivilrecht die **Beweislastregeln** zu beachten, die vor allem **Leo Rosenberg** entwickelt hat (Leo Rosenberg, Beweislast, 5. Aufl 1965; ferner Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl 1993, § 117). In dubio pro Leo also. Schlicht falsch ist die Behauptung, dass sich aus dem **Lüth-Urt** (BVerfG 7, 198, 208 = NJW 1958, 257, 258) eine Vermutung für die **Freiheit der Rede** in allen Bereichen ergebe, die uU sogar das strafrechtliche *in dubio pro reo* verdränge. Das Lüth-Urt (dazu Rz 47) betrifft die Abwägung der Meinungsfreiheit mit **einfachem Recht** (§§ 823 I – RaGewB, 826), und nicht mit dem auch **verfassungsrechtlich geschützten APR**, wofür nicht das **Verdrängungsprinzip**, sondern das Gebot **praktischer Konkordanz** gilt (Rz 14); völlig unrichtig daher Seelmann-Eggebort, AfP 2007, 86.

- 41 **d) Zurück zu den herkömmlichen Grundsätzen.** Die Kritik an der Variantenlehre ändert aber nichts daran, dass diese im Rahmen des § 31 BVerfGG geltendes Recht ist (Helle, Hdb MMR 8.1 Rz 35). Jedoch hat das BVerfG selbst in der IM-Sekretär-Stolpe-Entscheidung (NJW 2006, 207, Tz 31) das Eindeutigkeitsprinzip für **Unterlassungsansprüche** aufgegeben: „*Zeigt sich aber, dass ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum die Äußerung als mehrdeutig wahrnimmt oder verstehen erhebliche Teile des Publikums den Inhalt jeweils unterschiedlich, ist bei der weiteren Prüfung von einem mehrdeutigen Inhalt auszugehen.*“ Die bisherigen Grundsätze (Variantenlehre) seien auf zukünftige Äußerungen, die mit einer Unterlassungsklage verboten werden sollen, nicht in gleicher Weise anwendbar wie auf straf- oder zivilrechtliche Sanktionen, die nachträglich an eine schon gefallene Äußerung anknüpfen, denn der Äußernde könne sein Äußerungsanliegen in freier Selbstbestimmung in nicht verletzender Art weiterverfolgen, nicht aber in der verletzenden Art (Tz 36); ebenso BVerfG NJW 2006, 3769 – Babycaust = Holocaust; dazu Rz 22, 80; noch weitergehend BVerfG AfP 2006, 550 – rechtswidrige Abtreibung: im Zweifel Persönlichkeitsverletzung, dazu Rz 318; ferner Köln AfP 2006, 365. Für die verschuldensunabhängigen quasi-negatorischen Ansprüche auf **Berichtigung oder Widerruf** (dazu Rz 333ff) kann aber nichts anderes gelten, weil diese **Beseitigungsansprüche** sich von einem Schadensersatzanspruch dadurch unterscheiden, dass sie auch nur eine „Störungsquelle“ für die Zukunft beseitigen, nicht aber eine schon eingetretene Beeinträchtigung wieder gutmachen sollen (Rz 333) und dafür ohnehin schon lange der „abgeschwächte Widerruf“ gegeben ist (Rz 347), so zutr Helle, AfP 2006, 114f. Für **strafrechtliche Sanktionen** und für die verschuldensabhängigen zivilrechtlichen **Schadensersatzansprüche** kann aber der vom BVerfG befürchtete *chilling-effect* durch die richtige Anspannung des Verschuldensfordernisses vermieden werden, so dass die längst als verfehlt erkannte Variantenlehre gänzlich aufgegeben werden kann. Schon vor der Aufgabe der Variantenlehre für Unterlassungsansprüche in BGH NJW 2006, 217 hat das BVerfG auch in der Frage des „Begründungszwangs“ seine Anforderungen an den Ausschluss von möglichen Deutungen gelockert und nicht mehr „überzeugende“ (BVerfG 86, 122, 129 – Schülerzeitung) oder „schlüssige“ (BVerfG 93, 266, 269), sondern nur noch „nachvollziehbare“ (BVerfG 107, 275, 282) oder „tragfähige“ (BVerfG 94, 1, 9 u 11) Gründe genügen lassen. Auch wurden verschiedene Deutungen akzeptiert, wenn sie von verschiedenen Fachgerichten für richtig befunden worden waren (Helle, AfP 2006, 111 m. umfangr. N.). Schritt für Schritt scheint sich also eine Abkehr von der Variantenlehre zu vollziehen.
- 42 **e) BGH-Rspr.** Der BGH hat die **Variantenlehre** des BVerfG „in unausgesprochener Rücksicht auf das Verfassungsrecht“ (Soergel/Beater § 824 Rz 10) „**kommentarlos**“ (Helle AfP 2006, 111) **übernommen** (vgl BGH NJW 2002, 1192 – **Käsevergleich**; NJW 2004, 1034 – **Udo mit Caroline im Bett?**). In der **Benetton I**-Entscheidung, die gleichfalls eine Unterlassungsklage zum Gegenstand hatte, hat das BVerfG (102, 347, 367) die angegriffene Entscheidung des BGH aufgehoben mit der Begründung, die Deutung des Sinnes durch den BGH sei nicht „eindeutig“, er habe eine andere „mindestens ebenso nahe liegende“ nicht berücksichtigt. In der **IM-Sekretär-Stolpe**-Entscheidung wird der BGH nunmehr dahingehend belehrt, er habe nicht berücksichtigt, dass die angewendeten Grundsätze „auf Ansprüche auf zukünftige Unterlassung nicht in gleicher Weise anwendbar sind“ (Tz 32; über die Entwicklung im Einz Helle AfP 2006, 113f). So versteht man, dass sich die Richter des BGH manchmal nur noch als „Durchgangsstation“ begreifen. Der BGH war jedoch nicht gezwungen, das polemische Flugblatt: „Damals: Holocaust – heute Babycaust“ *nicht* als Gleichstellung der Abtreibung mit dem NS-Judenmord zu verstehen, vgl BGH NJW 2000, 3421 = LM Nr 94

zu Art 5 GG (mit krit Anm Ehmann); BGH NJW 2003, 2011; Karlsruhe NJW 2003, 2029; dazu Rz 22, 78, 80, 85, 87; grds anders und richtig jetzt aber BVerfG NJW 2006, 3769; AfP 2006, 550; dazu Rz 318. Es kann nicht wahr und nicht rechtens sein, dass für ein Gericht unter der Maske des „verständigen Publikums“ (Rz 33, 39) eine Äußerung „das Gegenteil dessen bedeutet, was sie besagt“ (so aber Grimm NJW 1995, 1700; dagegen zutr Zaczyk JR 2003, 37). Zur Judikatur vor BVerfG NJW 2006, 207 vgl 11. Aufl Rz 42.

**9. Behaupten und Verbreiten. a) Äußerungsformen.** Ehrverletzungen sind **Äußerungsdelikte**, die idR verbal (behaupten und verbreiten, § 186 StGB) erfolgen, aber auch durch **Körpersprache** (zB Tippen an die Stirn, **Stinkfinger**, Scheibenwischer, vgl Düsseldorf NJW 1960, 1072) oder auch bildlich (Zeichnung, Karikatur, Film, vgl Rz 90ff) begangen werden können; auch durch Aufstellen sog **Frustzwerge** (AG Grünstadt NJW 1995, 889) oder Abspielen eines Videobandes, Stuttgart NJW-RR 2004, 619 [622]. Die Äußerung muss an andere gerichtet und in den „Verkehr“ gebracht worden sein, das **Selbstgespräch**, der in den **Papierkorb** geworfene oder in die **Schublade gelegte Brief** ist noch keine (vorsätzliche) Äußerung. Zivilrechtlich kann uU eine fahrlässige Äußerung vorliegen.

**b) Verbreiten mit und ohne Nachprüfungspflicht.** Die §§ 186, 187 StGB und § 824 knüpfen an das **Behaupten und Verbreiten** unwahrer Tatsachen grds dieselben Rechtsfolgen; die persönliche und die wirtschaftliche Ehre können durch das weitere Verbreiten unwahrer Äußerungen ebenso verletzt werden wie durch das erstmalige Aufstellen (BVerfG 71, 206, 216; BGH 31, 308 = NJW 1977, 1289 – Abg-Bestechung; NJW 1993, 825). Eine Äußerung wird aber nicht zu der eines „Anderen“, wenn eine Fußnote auf eine Belegstelle verweist, die die Äußerung inhaltlich nicht deckt, Frankfurt AfP 2000, 384 (385). In besonderen Fällen kann jedoch das weitere Verbreiten gerechtfertigt oder schuldlos sein. Das gilt zunächst für die Fälle **sog technischen Verbreitens**, zB durch **Zeitungsausträger**, **Bundespost** und die gesamte Vertriebsorganisation (**Grossisten**, **Buchhändler**, **Kioskinhaber** etc), denen idR **keine eigene Nachprüfungspflicht** obliegt, die deswegen – solange ihnen die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ihres Tuns weder bewusst ist, noch bekannt sein müsste – auch nicht zum Schadensersatz, wohl aber zur **Unterlassung** (§ 1004) des weiteren Vertriebs verpflichtet sein können (dazu Helle Grundlagen Rz 25), sofern der Tatbeitrag nicht ganz untergeordnet ist; eine Verbreitung liegt auch dann vor, wenn eine Druckschrift schon an **Händler** oder Abonnenten **ausgeliefert** ist, weil auch die **Weiterverbreitung** noch Verbreitung ist (BGH NJW 1976, 799 – Alleinimporteur; Wenzel 101 und 10.199 mwN). Zur Verbreiterhaftung der **Bibliotheken** und deren „Giftschrankpflicht“ vgl Wenzel 10.225ff. Auch das Setzen eines sog **Hyperlinks** auf einer homepage kann ein rechtswidriges Verbreiten einer rechtswidrigen oder strafbaren Information sein, Ernst NJW-CoR 1997, 224; vgl Rz 314ff. Die Weitergabe eines Drehbuchs an den Regisseur, einen Schauspieler ua im Rahmen einer Filmherstellung sowie die Weitergabe eines Druckwerkes an Mitarbeiter des Herstellers im Rahmen seiner Drucklegung ist (noch) keine Verbreitung (Hamburg NJW-RR 2007, 1269); auch nicht die Herausgabe eines verbotenen Buches (Esra) zur wissenschaftlichen Begutachtung.

**c) Zu eigen machen.** Werden in den **Medien unwahre Tatsachen verbreitet**, so haften die Verbreiter jedenfalls dann, wenn sie sich die fremde Behauptung ohne hinreichende Beachtung der Recherchierungspflicht zu **eigen machen** (RG 148, 154 – Tod infolge Falschmeldung), was durch die „**Dramaturgie**“ der **Sendung** geschehen kann (BGH 66, 182 [190] – **Panorama**), auch durch bloße „**Anmoderation**“ (BGH NJW 1985, 1621 – **Türkenflug I**) oder dadurch, dass die Behauptung in den **Mittelpunkt des Berichts** gestellt wird (München AfP 1972, 280; Wenzel 4.103); die **bloße Wiedergabe** einer Beschimpfung eines anderen (Biermann über Diestel in der BILD-Zeitung) ist noch kein Zu-eigen-Machen, KG AfP 2001, 65; wohl aber die **Einfügung** der Äußerung in den **eigenen Gedankengang** derart, dass dadurch die eigene Aussage unterstrichen wird, BVerfG NJW 2004, 590. Es kann jedoch gegen die Pressefreiheit verstoßen, wenn von Journalisten verlangt wird, dass sie sich von ehrverletzenden Behauptungen ihrer Interviewpartner **distanzieren**, EGMR NJW 2006, 1645 – Tz 77, dazu Rz 17i. Die **anonyme Verbreitung** eines verleumderischen ausländischen Zeitungsartikels kann grds nicht durch die WbI gerechtfertigt werden (BGH NJW 1966, 1215 – Luxemburger Verleger). Die Verbreitung kann jedoch durch das **Informationsinteresse** daran, dass eine solche Behauptung (insb durch oder über eine bekannte Persönlichkeit) aufgestellt wurde oder als **Gerücht** umläuft, **gerechtfertigt** werden; in solchen Fällen muss sich der Verbreiter jedoch von der Behauptung **distanzieren** (BGH NJW 1997, 1148 – **Gynäkologe**; 132, 13, 19 = NJW 1996, 1131 – **Lohnkiller**: Wiedergabe eines beleidigenden Zitats, das nicht bloß einen Meinungsstand dokumentiert; NJW 1970, 187 – **Hormoncreme**; NJW 1966, 2010 – **Teppichkehrmaschine**; BGH 31, 308 – Abg-Bestechung; München NJW-RR 1996, 1493; dazu Rz 55, 218; München NJW-RR 1996, 1487 [1488]; München AfP 1993, 767 [768] – **Amigo**; Saarbrücken NJW 1997, 1376 [1377]; LG Berlin AfP 1994, 324; LG Oldenburg NJW-RR 1995, 1427; dazu Rz 55, 88; Frömming in FS Engelschall S 47, 60). Auch eine **eindeutige Distanzierung** schließt die Verbreiterhaftung nur aus, wenn sie zur WbI erfolgt und also gerechtfertigt ist (Helle JZ 1997, 789; ders Grundlagen Rz 20f). Zu den Kriterien für eine ausreichende Distanzierung LG Düsseldorf AfP 1999, 518. LG Stuttgart NJW-RR 2001, 834 lässt Anführungszeichen ausreichen. Wer ein ehrenrühriges **Gerücht** („ist mir glaubhaft zu Ohren gekommen“) **ohne hinreichende Distanzierung** per E-Mail verbreitet, haftet für den Inhalt, Brandenburg NJW-RR 2002, 1269. Die Distanzierung darf nicht nur zum Schein geschehen oder die Berufung auf einen anderen oder ein Gerücht gar nur der Vorwand sein, um die beleidigende Behauptung weiter zu verbreiten, so wenn mit formaler Entrüstung, aber „**klammheimlicher Freude**“ der **Buback-Nachruf** des Mescalero veröffentlicht (zu § 90a StGB: Köln NJW 1979, 1562) oder aus Leserbriefen zitiert wird, die eine Fernsehansagerin als ausgemolkene Ziege bezeichnen (BGH 39, 125). Böswillige Verleumdungen dürfen nicht in **reißerischer Aufmachung** auf und detailliert in der Bild-Zeitung verbreitet werden, auch nicht, wenn sich aus dem Bericht ergibt, dass die Behauptungen unwahr und unberechtigt sind, LG München I ZUM 1998, 576

(577) m Anm Schneider (dazu Rz 387). Auch das bloße Aufwerfen von Fragen, die Äußerung von Verdächtigungen und Vermutungen können als **verdecktes Verbreiten** (Rz 35) ehrenrühriger Tatsachen verstanden werden (BGH NJW 1978, 2151; NJW 1980, 2801; Hamburg ZUM 1996, 685f; Wenzel 4.97 mwN). Eine **wirksame Distanzierung** setzt idR auch voraus, dass der unwahren Behauptung die **Gegenansicht** gegenübergestellt wird (BGH NJW 1997, 1148 [1149]; NJW 1996, 1131 = EWiR 1996, 453 m Anm Helle [Rz 35, 54]; Hamburg NJW-RR 1993, 734; LG Hamburg AfP 1993, 678 [679] – López; Zweibrücken AfP 1980, 209; Wenzel 4.110 und 10.211; Kriterien nennt LG Düsseldorf AfP 1999, 518). Der formelhafte Vorbehalt, dass in einer **Liste mit 4500 IM-Namen** auch einige zu Unrecht genannt seien (BGH JZ 1995, 253; dazu Rz 11, 53; 10. Aufl Rz 529) oder in einer Liste einer Großbank über Mitglieder der sog **Ketten-Mafia** einige Namen zu Unrecht aufgenommen sein konnten (BGH NJW 1993, 525) genügt nicht zur Distanzierung, vgl Rz 53. An Gerichten aus **zweifelhafter Quelle** besteht idR schon kein Informationsinteresse (Saarbrücken NJW 1997, 1376 [1378]; Wenzel 10.209; Gounalakis AfP 1998, 10 [20f]). Auch **Stasi-Akten** begründen keine Vermutung der Richtigkeit (anders wohl Hamburg DtZ 1993, 349), wer auf diese Unterlagen einen schweren Verdacht stützt, darf ihn sich nicht zu eigen machen (anders aber auch bedenklich BGH 95, 212 für rechtskräftige Strafurteile der DDR; Rz 62), er muss sich vielmehr distanzieren oder vorher sorgfältig recherchieren, Frankfurt NJW-RR 1996, 1491: M.H. gegen Spiegel (Rz 52, 218).

- 46 Die Einrichtung einer „**Dokumentation des Meinungsstandes**“ (BGH NJW 1970, 157) oder eines Markts der Meinungen (BGH 60, 182, 188) stellt die Medien nicht schon auf Grund von Art 5 I GG von der Verbreiterhaftung frei, sondern kann allenfalls durch Wbl gerechtfertigt sein (Helle Grundlagen Rz 26). Die Fernsehanstalten haften daher auch für die **Behauptungen von Interviewpartnern und Studiogästen**, wenn sie sich deren Aussagen **zu eigen machen** (BGH 66, 182 [189] – **Panorama**), was nicht schon allein dadurch geschieht, dass die Äußerungen ausgestrahlt werden, aber auch nicht ausdr wörtlich erfolgen muss, zB durch den **Moderator**, sondern schon durch die **Regie der Sendung** geschehen kann und aus der **Sicht des Durchschnittsempfängers** zu entscheiden ist (BGH NJW 1964, 1144; BGH 128, 1 = LM § 823 [Ah] BGB Nr 119 m Anm Ehmann; Köln NJW 1993, 1486; LG Baden-Baden AfP 1998, 91). Inwieweit sich der Moderator bei Life-Sendungen von Äußerungen seiner „Gäste“ **distanzieren** oder diese unterbrechen muss, ist Frage des Einzelfalles (vgl Wenzel 4.106). Für Zeitungsinterviews gilt Entspr (Hamburg AfP 1983, 412). Gegen die Zurechnung in räumlicher und zeitlicher Nähe abgegebener Erklärungen (auf derselben Demonstration gezeigter Transparente) BVerfG 82, 43 (53) – Strauß deckt Faschisten (Rz 87); gegen das Abstellen auf einen „flüchtigen Leser“ BVerfG 43, 130 (133) – Flugblatt. Den Verleger einer Zeitung (FAZ) trifft bei Abdruck eines Interviews einer „Sachkundigen“ (*Alice Schwarzer*) nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht hins einer ehrverletzenden Tatsachenbehauptung, er macht sich diese grds auch nicht zu eigen, München AfP 2007, 229 m Anm Rehbock (dazu Rz 320). Zur Frage, ob die Betreiber von Internet-Foren sich die Einträge der Nutzer (*User Generated Content*) zu eigen machen und sich davon pauschal distanzieren können vgl die Hinw in Rz 315.
- 47 d) Für den Inhalt von **Leserbriefen** versuchen sich die Presseorgane idR allg **freizuzeichnen** („... übernehmen wir keine Verantwortung“); das genügt jedoch nicht für Leserbriefe mit **ehrverletzendem** oder **kreditgefährdendem Inhalt**, welche entweder nachgeprüft werden müssen oder nicht veröffentlicht werden dürfen; Celle (AfP 2002, 506) verlangt zumindest hinreichende Distanzierung. Auch für die im **Anzeigenteil oder Internet** veröffentlichten persönlichen oder gewerblichen Anzeigen können sich die Presseorgane nicht allg völlig freizeichnen; zur **Haftung des Verlags** für fehlerhafte Anzeigen vgl Hecker AfP 1993, 717; zur Frage, ob ein Presseverlag beim Anzeigengeschäft das **Gleichbehandlungsgesetz** beachten muss vgl Rath-Glawatz, AfP 2006, 424; ferner Rz 56, 65. In Anbetracht des **Massengeschäfts** und des **Zeitdrucks** dürfen die Nachprüfungspflichten jedoch nicht überspannt werden (zutr Wenzel 10.213 mwN). Bei ungewöhnlichen, ehr- oder kreditgefährdenden Anzeigen ist jedoch eine „**Rückfrage**“ oder sonstige **Nachprüfung** erforderlich, zB: „Verkaufe wegen **Geschäftsaufgabe** sämtliche Baumaschinen und Baugeräte Fa. K. Sch.“ (BGH NJW 1972, 1658) oder Sexanzeigen („**Mache tabulos alles**“) Koblenz AfP 1989, 753. Zur Haftung der Presse für Wettbewerbsverstöße in gewerblichen Anzeigen vgl BGH GRUR 1973, 203; Wenzel 10.216; Baumbach/Hefermehl WettbewerbsR Einl UWG Rz 331ff. Nach LG Berlin (NJW-RR 1998, 1634) stellt das über eine Homepage im **Internet** veröffentlichte Archiv einen Markt von Meinungen dar, von denen der Verbreiter sich im gegebenen Fall keine zu eigen gemacht habe; anders LG Düsseldorf NJW 2003, 2536, 2540f zur Übernahme einer Pressemitteilung auf die Seite des Justizministeriums NRW; zum Problem von Internetäußerungen auch Spindler NJW 1997, 3193 sowie Rz 314ff.
- 48 **10. Grenzen des Ehren- und Persönlichkeitsschutzes. a) Wahrung berechtigter (Gegen-)Interessen. aa) Rechtfertigungsgründe.** Ehr- und sonstige APR-Verletzungen können als Delikte durch die allg Rechtfertigungsgründe, insb **Einwilligung, Notwehr- und notwehrähnliche Lagen** (Rz 7, 131, 193, 233; 255ff; 10. Aufl Rz 74), darüber hinaus speziell aufgrund der §§ 193 StGB, 824 BGB, 14 II UWG gerechtfertigt sein. Die §§ 824 II BGB und 14 II UWG rechtfertigen Eingriffe in die „wirtschaftliche Ehre“ (Rz 58, 293ff) schlicht mit dem Begriff des „**berechtigten Interesses**“; § 193 StGB, der für den zivilrechtlichen Schutz der Ehre und des APR entspr gilt, zählt demgegenüber einzelne in Rechte verdichtete und sonstige Interessen auf, zB tatsächliche Urt über **wissenschaftliche und künstlerische Leistungen** (Rz 97), auch über **gewerbliche Leistungen** (Rz 37, 58, 293ff), ferner **Äußerungen in rechtlichen Verfahren** zur Ausführung oder Verfolgung von Rechten (Rz 100ff), fügt dann aber auch die Generalklausel an: „**zur Wahrnehmung berechtigter Interessen**“.

**bb) Rechtsnatur des § 193 StGB und Beweislast.** Auf Grund des im Straf- und Zivilrecht geltenden drei- 49  
geteilten Handlungsbegriffs ist § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund zu begreifen, was jedenfalls im Falle von **Tatsachenbehauptungen** noch anerkannte Folgen für die **Beweislast** hat (*Rz 51f, 57f*). Soweit der Tatbestand der Ehr- und APR-Verletzung jedoch nur durch eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall festgestellt werden kann (*Rz 39, 64ff*), insb im Falle von Ehrverletzungen durch Meinungs- und Presseäußerungen im Schutzbereich des Art 5 I GG, „verschwimmt“ die Grenze zw Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit und damit die Rechtsnatur des § 193 StGB sowie die darauf gegründete Beweislastverteilung, in der seit BVerfG 7, 198 – Lüth entwickelten **Wechselwirkungslehre** der Verfassungsdogmatik (dazu *Rz 51, 57, 104*; ferner Staud/Hager § 823 Rz C 94ff). Zu beachten bleibt, dass der zivilrechtlichen WbI bei Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen eine andere Funktion zukommt als bei Schadensersatzansprüchen und uU nicht zur Klageabweisung, sondern nur zu Umkehrung der Beweislast führt (*Rz 57f*; richtig Helle Grundlagen Rz 80ff, 91, 110, 200).

**cc) Verfassungsrechtliche Umkehrung der Werte.** Aufgrund des Regel-Ausnahme-Systems des dreigeteil- 50  
ten Handlungsbegriffs und des Verständnis des § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund muss im Zivil- und sogar im Strafrecht (wo zur Vermeidung des In-dubio-Grundsatzes die Nichterweislichkeit der Wahrheit als objektive Bedingung der Strafbarkeit verstanden wird, vgl BGHSt 11, 273; Lackner/Kühl § 186 Rz 7; ) auch muss grds der Angreifer beweisen, dass er im berechtigten Interesse die Ehre anderer verletzt hat (für Tatsachenbehauptungen gilt das im Wesentlichen immer noch, vgl *Rz 57*), dh er muss die Tatsachen darlegen und ggf beweisen, aus denen sich das „berechtigte Interesse“ ergeben soll (Leipold in FS Hubmann S 271; Schlosser JZ 1963, 309). Auf Grund der **Wechselwirkungslehre** (BVerfG 7, 198 – Lüth, st Spr) ist jedenfalls für die Fälle von Äußerungen, die unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit fallen, das überkommene Schema der Rechtfertigung von Ehrverletzungen weitgehend ins Gegenteil verkehrt worden (Bettermann FAZ 20.12.1996: „Kontinuierliche Sinnveränderung“; Helle Grundlagen Rz 91, 108f; dazu Hager AcP 196 (1996), 168, 182) durch eine **dreifache Gewichtung der Meinungsfreiheit** (*Rz 76*) im Abwägungsprozess mit der Ehre. Die dadurch den Betroffenen aufgezwungene Rechtfertigungslast qualifiziert Luhmann (S 59, 80; dazu Ehmann AcP 188 [1988], 231 [338]) als Sisyphusarbeit, die nötig ist, „um die von den Gipfeln der Grundrechte herabrollende Problematik aufzufangen und wieder nach oben zu wälzen, stets in Versuchung, schon auf halber Höhe ein Pathos anzuwenden, das nur Göttern ziemt“.

**b) Ehreenschutz gegen Tatsachenbehauptungen. aa) Wahrheit und Beweislast.** Eine ehrenrührige Tats- 51  
achenbehauptung stellt nach deutschem Recht **keine Ehrverletzung** (Beleidigung) dar, wenn sie der Wahrheit entspricht (*Rz 23*). Die **Beweislast für die Wahrheit** trägt ähnlich wie sogar im Strafrecht (§ 186 StGB; dazu *Rz 50*) grdsätzl der Äußernde (BGH 132, 13 [23] – Lohnkiller; NJW 1998, 3047 [3049] – Stolpe; dazu ausf BVerfG NJW 2006, 207; ferner München NJW-RR 2002, 145 – Riedl; vgl ferner NJW 1993, 930; NJW 1985, 1621). Auch erwiesenermaßen wahrheitsgemäße Äußerungen können allerdings rechtswidrige **APR-Verletzungen** sein, wenn sie durch das APR geschützte Privatgeheimnisse betreffen (*Rz 23, 158*). Für Persönlichkeitsverletzungen durch unwahre Tatsachenbehauptungen trägt grdsätzl der betroffene Kläger die Beweislast der Unwahrheit (Helle Grundlagen Rz 203), die allerdings durch die Darlegung des Äußernden zur Substantiierung der Wahrheit (*Rz 57, 60*) gemindert wird, auch noch dadurch, dass er sich für Behauptungen, die nicht aus seinem „eigenen Erfahrungs- und Kontrollbereich“ stammen, auf seriöse Zeitungsnachrichten ua berufen kann (BVerfG 54, 148, 157 – Eppler; 85, 1, 21 – krit Bayer-Aktionäre; Wenzel/Burkhard 12/136f).

**bb) Wahrnehmung berechtigter Interessen.** Hat der Äußernde an die Wahrheit geglaubt (zur Kenntnis 52  
der Unwahrheit *Rz 59*), so kann die ehrenrührige Äußerung gerechtfertigt (oder entschuldigt) sein, wenn sie zur WbI erfolgte. Der Äußernde muss in der Absicht handeln, berechnete Interessen wahrzunehmen und erforderlichenfalls die Tatsachen beweisen, aus denen das berechnete Interesse sich ergibt (Leipold in FS Hubmann S 271; Schlosser JZ 1963, 314; *Rz 57*). Das verfolgte **Interesse muss kein eigenes** des Angreifers sein (BVerfG 12, 113 [125] – Schmid./Spiegel; *Rz 72f*), die alte Auffassung wirkt nach im Erfordernis einer „Legitimation“ des Angreifers (BGH 45, 296 [308]; Staud/Hager § 823 Rz C 99, 101). Besteht zB der **Verdacht**, dass ein Vergehen, ein Verbrechen oder eine sonstige Untat begangen wurde oder begangen werden wird und soll die Behauptung oder Verbreitung dieses Verdachts zu einer Klärung oder der Verhinderung einer (weiteren) Untat dienen, so ist sie in dem Maße gerechtfertigt, als andere schonendere Maßnahmen nicht möglich oder nicht aussichtsreich erscheinen. Bei **Verdacht des Ladendiebstahls** muss der Sachverhalt **möglichst diskret geklärt** werden, vgl Oldenburg NJW-RR 1987, 20; LG Koblenz NJW-RR 1987, 480. Auch die Presse darf über den bloßen Verdacht eines Verbrechens berichten, bei schweren Verbrechen (Terrorismus, Entführung einer Lufthansa-Maschine, Frankfurt NJW-RR 1996, 1491) auch mit voller Namensnennung (M.H.); KG AfP 1999, 361; Serbien gegen taz wegen Bericht über Massenmorde im Kosovo. Voraussetzung einer gerechtfertigten **Verdachtsberichterstattung** (*Rz 217f, 347*) sowie der Rechtfertigung jeder unwahren Tatsachenbehauptung ist allerdings, dass sorgfältig recherchiert wurde (*Rz 53ff*); BGH 143, 199 = AfP 2000, 167 – Schleimerschmarotzpack.

**(1) Maß der Sorgfaltspflicht.** Gerechtfertigt ist eine unwahre, **ehrenrührige Tatsachenbehauptung** jedoch 53  
nur, wenn sie zum Schutz des verfolgten Interesses **erforderlich** ist und der Äußernde sorgfältig geprüft hat, ob sie **wahr** ist, BGH 132, 13 [23] – Lohnkiller; JZ 1995, 253 – IM-Liste; nach BVerfG NJW 2000, 2413 hat der BGH hier die „die Öffentlichkeit berührenden Fragen“ nicht hinreichend berücksichtigt, das BVerfG nimmt aber die Verfassungsbeschwerde nicht an; EGMR NJW 2006, 1645 (Tz 78; dazu *Rz 17i*). Im Falle eines internen Rundschreibens in einem Großunternehmen zum Schutz vor der **Kettenmafia** werden jedoch

geringere Anforderungen gestellt als bei Äußerungen in der Öffentlichkeit, BGH NJW 1993, 525. In bestimmten Maße soll sich der Einzelne in Bezug auf Tatsachen, die er selbst nicht überprüfen kann, auf **unwidersprochene Presseberichte** verlassen dürfen (BVerfG NJW 1999, 1322 – Helnwein; NJW 1992, 1439), sofern diese zur Unterstützung der aufgestellten Behauptung geeignet sind, BVerfG NJW 2006, 207; zum berechtigten Vertrauen auf **amtliche Verlautbarungen** vgl. *Rz 54*. Das **Maß der erforderlichen Sorgfalt** der Nachprüfung ist von der Schwere der Ehrverletzung und der Bedeutung oder Gefahr für das wahrgenommene Interesse, auch den zeitlichen Möglichkeiten weiterer Aufklärungen abhängig. Die Anforderungen an die Nachforschungspflichten sind umso höher anzusetzen, je schwerer die Ehrverletzung der Äußerung ist (BVerfG NJW 2006, 207; BGH 95, 212 [220]; Hamburg ZIP 1992, 1118). Das Maß der Wahrheits- und Sorgfaltspflicht von Privatleuten darf jedoch nicht überspannt werden und ist idR geringer als die pressemäßige Sorgfalt (BVerfG 54, 208 [219] – Böll./Walden; 85, 1 [17] – krit Bayer-Aktionäre; NJW 1989, 1789 – Rasterfahndung; BGH 143, 199 = AfP 2000, 167 – Schleimerschmarotzerpack; NJW 1998, 1349 – Stolpe; dazu Grimm NJW 1995, 1699); zur **Recherchepflicht** der Presse- und Rundfunkunternehmen *Rz 54ff*.

- 54 (2) **Pressemäßige Sorgfalt.** Nach den Landespressegesetzen hat die Presse „alle Nachrichten mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Wahrheit und Herkunft zu überprüfen“ (so § 6 LPG-Rh-Pfalz); dazu Peters NJW 1997, 1334; Köln NJW-RR 1998, 1175 [1178]; Saarbrücken NJW 1997, 1376 – **Rotlichtfürst**. Die pressemäßige Sorgfalt ist ggü der allg Sorgfaltspflicht einzelner Bürger nicht abgeschwächt, **keinesfalls** auf die „übliche“ Sorgfalt („Usancen“) oder **grobe Fahrlässigkeit** beschränkt. Die große Breitenwirkung und der Glaube des Publikums an die Richtigkeit des „Gedruckten“ fordern einen **strengen Prüfungsmaßstab**, der für Medien strenger ist als für Privatleute, so BVerfG 85, 1, 22; AfP 2004, 48; BGH NJW 1966, 1617; NJW 1966, 2210: „**sehr sehr sorgfältig prüfen**“; Hamburg (ZIP 1992, 118) stellt „**hohe Anforderungen**“. Je schwerer der Vorwurf, desto höher ist die Sorgfaltspflicht zu setzen (BGH 68, 331; NJW 1996, 1131 [1134]; NJW 1972, 1658; NJW 1965, 685). Das Maß pressemäßiger Sorgfaltspflicht darf aber auch nicht **überspannt** werden (BVerfG 54, 208 [219] – **Böll./Walden**; 85, 1 [17] – **krit Bayer-Aktionäre**; NJW 1989, 1789 – Rasterfahndung; BGH 132, 13 [24] – Lohnkiller; 143, 199; NJW 1998, 3047 [3049] – Stolpe; dazu Grimm NJW 1995, 1699). Nach dem Maß der Bedeutung der Nachricht und der Schwere des Vorwurfs müssen auch das pressemäßige **Erfordernis zur Aktualität** (BGH NJW 1977, 1288 – Abg-Bestechung) und der Zeitdruck des Redaktionsschlusses Berücksichtigung finden; was aber verneint wurde, wenn das zu berichtende Ereignis schon vier Monate zurücklag, Hamburg NJW-RR 1994, 1176; BGH JZ 1997, 784 m Anm Helle zu Gynäkologe./Stern-TV. **Meldungen anerkannter Agenturen** (dpa, upi) sollen idR (sofern die prakt Möglichkeiten zu ihrer Überprüfung im Rahmen des Zumutbaren genutzt werden, BVerfG NJW 2004, 590) keiner Nachprüfung bedürfen (LG München AfP 1975, 758), weshalb für Presseagenturen grdsätzl dieselben Sorgfaltspflichten gelten wie für andere Presseunternehmen, BVerfG NJW 2004, 589 – Schröders Haarfarbe. Entspr soll gelten für die **Presseerklärungen der Justiz** oder anderer Behörden, Karlsruhe NJW-RR 1993, 732 (dazu *Rz 385*). Berichte von Behörden dürfen aber nicht sinntstellt oder zu falscher Berichterstattung verwendet werden, LG Berlin NJW 1997, 1373. Das Risiko der Verbreitung unwahrer ehrenrühriger Behauptungen muss möglichst ausgeschlossen werden; notfalls muss auf die Publikation gänzlich verzichtet werden (BGH NJW 1997, 1148; Saarbrücken NJW 1997, 1376 – Rotlichtfürst; Staud/Hager § 823 Rz C 121 mwN). Mangelte es an der erforderlichen Sorgfalt, so entfällt der Rechtfertigungsgrund der Wbl; der Einwand, auch bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte die Unwahrheit nicht erkannt werden können (**rechtmäßiges Alternativverhalten**), ist grdsätzl nicht zulässig, so richtig Helle Grundlagen *Rz 115*.
- 55 (3) **Unseriöse Quellen/Gerüchte/Dementi.** Bei unseriösen oder unbekanntem, gar **anonymen Quellen** ist jedoch besondere Sorgfalt geboten (LG Oldenburg NJW-RR 1995, 1427), dabei genügt es nicht, wenn darauf hingewiesen wird, dass für den Informanten keine Gewähr übernommen werde (BGH 68, 331 – Abg-Bestechung). Ein Dementi des Betroffenen darf nicht unbeachtet bleiben (BGH NJW 1966, 1213; München NJW-RR 1996, 1493); ggf ist eine **Rücksprache** mit dem Betroffenen erforderlich (BGH 132, 25; NJW 1957, 1149 [1150]); im Rahmen einer Pressekonferenz darf ein Journalist auch unter Namensnennung nach der Stichhaltigkeit eines Gerüchts fragen, sofern dies nicht „ins Blaue hinein“ geschieht, Frankfurt NJW-RR 2003, 37; eine Pressekonferenz ist auch eine Art Verfahren iSd *Rz 102*.
- 56 (4) Auch bei der (telefonischen oder sonstigen) **Aufgabe von Annoncen** für den Anzeigenteil, die ersichtlich tief in Rechte der Betroffenen eingreifen, ist jedenfalls eine Veröffentlichung nur nach **Rückfrage** beim Betroffenen zulässig, RG 148, 154; BGH NJW 1965, 685; NJW 1972, 1658; Koblenz AfP 1989, 753: Sex-Anzeige mit Vorname, Telefonnummer, Adresse aufgegeben von einem Dritten aus Rachsucht; vgl ferner *Rz 47, 65*.
- 57 (5) **Nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen/Beweislast.** Ehrverletzende Tatsachenbehauptungen dürfen nicht erst dann verbreitet werden, wenn ihre Wahrheit unumstößlich feststeht, sondern auch schon dann, wenn der Äußernde ein **berechtigtes Interesse** (zB zur Verfolgung oder Verteidigung von Rechten) verfolgt und angesichts der Schwere des Vorwurfs hinreichend sorgfältig recherchiert hat, BGH 132, 24; BVerfG AfP 2005, 547 – IM-Sekretär. In solchen Fällen eines nach hinreichender Beachtung der Sorgfaltspflicht bestehenden berechtigten Interesses trifft – abw vom in *Rz 51* dargelegten Grundsatz – den Betroffenen die **Beweislast für die Unwahrheit** (so BGH 37, 187; NJW 1998, 1349 – Stolpe; NJW 1987, 2225 – Chemiegift; NJW 1985, 1621 – Türkenflug I; NJW 1979, 266 – Carstens; Staud/Hager § 823 Rz C 117). Ein erhebliches Beweisangebot des Betroffenen muss daher berücksichtigt werden, BVerfG NJW 1999, 1322 – Helnwein. Kann der Betroffene dieser Beweislast nicht genügen, so bleibt ein (eingeschränkter) Widerruf möglich (*Rz 344ff*). Der Äußernde muss jedoch die Tatsachen beweisen, aus denen sich das berechtigte In-

teresse ergibt (Rz 52); anders für **substanzarme Behauptungen** (Rz 33, 60, 63, 75). In solchen Fällen – ebenso wie in Fällen des § 824 und § 4 Nr 8 UWG – muss der Kläger einen Negativbeweis (*probatio diabolica*) der Unwahrheit der Behauptung führen, den die Rspr dadurch erleichtert, dass dem Beklagten die Last der Darlegung aufgebürdet wird, die Wahrheit seiner Behauptung zu substantiieren; kommt er dem nicht nach, so gilt die Unwahrheit gem § 138 ZPO als zugestanden (BGH NJW-RR 1987, 754 – Insiderwissen; BVerfG 99, 185, 198; Helle Grundlagen Rz 202; dazu Rz 327).

**(6) Im Falle der Verletzung der geschäftlichen Ehre** durch Tatsachenbehauptungen (§ 824, dazu Rz 293) **58** muss jedoch der Angegriffene die Unwahrheit beweisen (vgl § 824 Rz 12); erfolgt die Äußerung jedoch zu **Wettbewerbszwecken**, so obliegt gem § 4 Nr 18 UWG nF die Beweislast für die Wahrheit wiederum dem Äußernden (Helle Grundlagen Rz 197; zur Darlegungslast Rz 57).

**(7) Kenntnis der Unwahrheit.** Auch nach ständiger zivilrechtlicher Rspr kann sich **grds** derjenige, der die Unwahrheit einer Behauptung kennt, nicht auf die WbI berufen (RG 124, 253; 140, 392; BVerfG NJW 2003, 1856; AfP 2000, 272 mwN; NJW 2000, 199; BGH NJW 1982, 2246; NJW 1981, 2117; NJW 1975, 1882; NJW 1958, 1043; NJW 1952, 417). **Ausnahmen** sind freilich denkbar und möglich, zB bei der Berichterstattung (Verbreitung, Rz 43ff, 153ff) über öffentlich erfolgte Beleidigungen, an der ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht (BGH 66, 182). Ausnahmsweise kann auch eine Rechtfertigung entspr §§ 32, 34 StGB in Betracht gezogen werden, zB wenn die Glaubwürdigkeit eines die Unwahrheit sagenden Zeugen durch andere Behauptungen erschüttert werden soll, um ein Fehlurteil zu vermeiden (RGSt 48, 414, str). Die Abfassung einer **unbegründeten Strafanzeige** gegen einen Politiker und deren **Veröffentlichung als Kritik** an dessen Äußerungen (Volksverhetzung und Verherrlichung des Nationalsozialismus) ist nach dem Sondervotum des Richters Matscher als **heimtückischer Angriff** auf den guten Ruf eines Politikers zu verstehen (EGMR EuGRZ 1991, 216 = NJW 1992, 613 [617]; dazu Rz 102, 217).

**(8) Substantiierungspflicht.** Der Äußernde muss seine Behauptungen erforderlichenfalls substantiieren **60** (BVerfG 54, 148 [157] – Eppler; NJW 1989, 1789 – Rasterfahndung; dazu Rz 53f; 10. Aufl Rz 307; AfP 2000, 272). **Unsubstantiierte pauschale Tatsachenbehauptungen**, deren Substantiierung dem Urheber möglich wäre, von ihm aber verweigert wird, können ohne Rücksicht auf die Beweislage als **unwahr** angesehen werden (BGH NJW 1974, 1710 – Arbeitsrealitäten u 1763 – Deutschlandstiftung). Fügt der Äußernde allg Behauptungen („Bestechung des BR-Vorsitzenden“) nicht (spätestens im Rechtsstreit) die **Umstände** hinzu, die erst ihre **Unrichtigkeit** für den Betroffenen **nachweisbar machen**, so ist die Wiederholung der Behauptung jedenfalls unzulässig (BGH NJW 1975, 1882; NJW 1974, 1710; NJW 1959, 2011). Die Darlegungslast hinsichtlich der Substantiierungspflicht soll zur Gewährleistung der Meinungsfreiheit allerdings auch nicht überspannt werden, BVerfG 85, 1 [21f] = NJW 1992, 1439 – krit Bayer-Aktionäre; dazu Grimm NJW 1995, 1703; vgl auch BGH NJW 1981, 2117 – brutaler Machtmissbrauch. Beruft sich ein beklagtes Presseunternehmen für eine beleidigende Äußerung auf **gut informierte Informanten**, so muss es, wenn es die Informanten nicht nennen will, zumindest nähere Umstände vortragen, aus denen auf die Richtigkeit der Information geschlossen werden kann; anderenfalls ist von der Unwahrheit auszugehen, Köln AfP 2001, 524; dazu Brömmekamp AfP 2002, 141; substanzarme oder völlig **substanzlose Behauptungen** können wegen ihres geringen tatsächlichen Gehalts auch als Meinungsäußerungen verstanden werden (Rz 33).

**(9) Der Wahrheitsbeweis** ist ferner erbracht, wenn die **Mitteilung in ihrem Kern richtig ist** (vgl BGH **61** NJW 1978, 1797; ferner BGHSt 18, 182 – Callgirl; BVerfG 60, 234 [242] – Kredithäie trotz Angabe eines überhöhten Zinssatzes; LG Berlin EWiR § 1004 BGB 1/96 m Anm Ehmann; Karlsruhe NJW-RR 2003, 688, 690); der Wahrheitsbeweis scheitert, wenn die Äußerung im Kern unrichtig ist (BGH NJW 1987, 1403 – **Türkenflug II**; NJW 1984, 1102). BGH NJW 1985, 1621 – **Türkenflug I** stellt auf den **Gesamtgehalt der Reportage ab** (unter Bezug auf BGH 45, 296 [304]; LM § 824 BGB Nr 18) und zwar so, wie dieser sich für den (türkischen) Durchschnittshörer (am Radio) darstellte. Es darf aber nicht der „**flüchtige Leser**“ zum Interpretationsmaßstab eines Textes mit vielerlei Behauptungen gemacht werden, um eine ehrenrührige unwahre Behauptung zu gewinnen, die so nicht gemacht wurde, BVerfG 43, 130 (140) – Flugblatt.

**(10) Rechtskräftiges Strafurteil (§ 190 StGB).** Nach BGH 95, 212 = NJW 1985, 2644 ist auch für den zivilrechtlichen Ehrenschutz § 190 StGB anzuwenden, wonach der Wahrheitsbeweis als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen der behaupteten ehrenrührigen Tatsache (**Ermordung von Juden**) durch Strafurteil rechtskräftig verurteilt worden ist; im Falle des Freispruchs ist der Wahrheitsbeweis aber ausgeschlossen. Der BGH meint, wenn es gerechtfertigt sei, die Beweisregel des § 186 StGB über § 823 II ins Zivilrecht zu transformieren, müsste konsequenterweise mit § 190 StGB in gleicher Weise verfahren werden; ähnlich Dresden AfP 1998, 410. Das überzeugt nicht, soll aber sogar gelten, wenn es sich um ein **Urt der ehemaligen DDR** handelt, es sei denn, dass dem Urt die Vollstreckbarkeit durch Feststellung des Generalstaatsanwalts entzogen ist; vgl auch BGH GRUR 1974, 797 – Fiete Schulze; zu einem NS-Todesurteil.

**cc) Rechtfertigung von Tatsachenbehauptungen durch Meinungsfreiheit.** Die Meinungsfreiheit rechtfertigt grds nicht unwahre Tatsachenbehauptungen (Rz 32). Ausnahmsweise können jedoch nicht nur **irrtümlich** aufgestellte, sondern auch der **Stütze von Werturteilen** dienende (BVerfG NJW 1999, 1322 – Helnwein) und in einem komplexen Gesamtzusammenhang stehende (BGH NJW 1977, 2513) Tatsachenbehauptungen unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen und nicht mit einer Unterlassungsklage herausgegriffen werden (Rz 34, 318). Auch sollen völlig **unsubstantiierte** tatsächliche Behauptungen wegen ihrer Substanzarmut als (freie) Meinungsäußerungen begriffen werden können (BVerfG 61, 1 [9] – CSU = NPD; dazu Rz 33, 75).

## c) Ehreenschutz gegen Meinungs- und Pressefreiheit

**Schrifttum:** *Beater*, Deliktischer Äußerungsschutz als Rechts- und Erkenntnisquelle des Medienrechts, JZ 2004, 889; *Brand*, Rundfunk iSd Art 5 Abs 1 S 2 GG, 2002; *Bullinger*, Von presseferner zu pressenaher Rundfunkfreiheit, JZ 2006, 1137; *Bullinger*, Bedeutungsverlust der Pressefreiheit? AfP-Sonderheft 2007, 21; *Degenhart*, Duale Rundfunkordnung im Wandel, AfP-Sonderheft 2007, 24; *Deutscher Presserat*, Publizistische Grundsätze (*Pressekodex*), Fassung v 13.9.2006 (www.presserat.de); *Di Fabio*, Medienfreiheit: Kontinuität und Wandel, AfP-Sonderheft 2007, 3; *Di Fabio*, Persönlichkeitsrechte im Kraftfeld der Medienwirkung, AfP 1999, 126; *Frömming*, Zur Haftung der Medien für persönlichkeitsverletzende Zitate, in FS Engelschall, S 47; *Gerhardt/Steffen*, Kleiner Knigge des Presserechts, 1996; *Heintschel*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Unterhaltungsberichterstattung, AfP-Sonderheft 2007, 40; *Heldrich*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, in Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, FS für H. Heinrichs, München 1998; *Karpf*, Die Begrenzung ... der Ehre durch Meinungs-, Kunstfreiheit und Wahrung berechtigter Interessen, Diss Tübingen 2003; *Klöpfer*, „Innere Pressefreiheit“ und Tendenzschutz im Lichte des Art 10 MRK, 1996; *Lerche*, Aspekte des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit, AfP-Sonderheft 2007, 52; *Löffler/Ricker*, Handbuch des Presserechts, 4. Aufl 2000; *Minzberg*, Bild-Zeitung und Persönlichkeitsschutz, Baden-Baden, 1999; *Münch*, Der Schutz der Privatsphäre in der Spruchpraxis des Deutschen Presserats, AfP 2002, 18 (zur Rechtsqualität von missbilligenden Sprüchen des Deutschen Presserats vgl Köln, AfP 2006, 374); *Ossenbühl*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, ZUM 1999, 505; *Peters*, Die publizistische Sorgfalt, NJW 1997, 1334; *Ricker*, Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, 2097; *Schippan*, Anforderungen an die journalistische Sorgfaltspflicht, ZUM 1996, 398; *Soehring*, Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 1994–1996, NJW 1997, 360ff; *Soehring/Seelmann-Eggebert*, Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts 1997–1999; *Stadler*, Persönlichkeitsrecht contra Medienfreiheit, JZ 1989, 1084; *Stapper*, Presse und Unschuldsvermutung, AfP 1996, 349; *Wallenhorst*, Medienpersönlichkeit und Selbstkontrolle der Presse, 2006.

- 64 aa) Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit.** Die Meinungsfreiheit wird zu Recht zu den „vornehmsten Menschenrechten“ (BVerfG 7, 208; 82, 281; 85, 31; Jarrass/Pieroth Art 5 GG Rz 2) gerechnet. Sie ist Voraussetzung dafür, dass der einzelne Mensch als Mensch in der Gemeinschaft mit anderen leben, dass er sich als soziale Person in Freiheit entwickeln, dass sich darüber hinaus die richtige Auffassung auf dem „freien Markt“ des geistigen Kampfes entwickeln kann und der Mensch nicht nach einer von der „Obrigkeit“ verordneten Moral zu leben hat (BVerfG NJW 2001, 2958 – Kaisen mwN; EGMR NJW 2006, 1645 Tz 71 (dazu Rz 17i); Mangoldt/Klein/Starck Art 5 Rz 1ff mwN; Staud/Hager § 823 Rz C mwN). Die Meinungsfreiheit wird daher als Doppelgrundrecht verstanden, als **Individualgrundrecht**, das die Meinungsfreiheit des Einzelnen schützt und als **Kollektivgrundrecht**, das die freie Meinungsbildung in der Gesellschaft schützt und damit eine Grundvoraussetzung einer demokratischen Gesellschaft ist; dazu BVerfG 57, 295 (319); 101, 361 (389): „Die Pressefreiheit dient der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung“. Die **Pressefreiheit** wird verstanden als „Wesenselement eines freiheitlichen Staates“, das für unsere Demokratie unentbehrlich ist (Mangoldt/Klein/Starck Art 5 Rz 59ff; dazu Limbach AfP 1999, 413). Der Hinw auf den Verdacht verfassungsfeindlicher Bestrebungen eines Presseverlags im Verfassungsschutzbericht eines Landes ist ein Eingriff in die Pressefreiheit (Art 5 I GG) und bedarf daher der Rechtfertigung durch ein allg Gesetz, BVerfG NJW 2005, 2912. Die **Rundfunkfreiheit** ist im Verhältnis zum Ehren- und Persönlichkeitsschutz der Pressefreiheit weitgehend gleichzustellen (dazu Brand, Rundfunk iSd Art 5 I S 2 GG, 2002; Bullinger JZ 2006, 1137). Ungeachtet des Verbreitungsmediums muss die Frage, ob ein Dritter eine nachteilige (journalistische) Äußerung hinnehmen muss, am Grundrecht der **Meinungsfreiheit** nach Art 5 I 1 GG, nicht auch an der **Pressefreiheit** gemessen werden, BVerfG NJW 2004, 278; NJW 2004, 589 mwN. Letztlich ist aber die Presse- oder Medienfreiheit nichts anderes als die Meinungsfreiheit für die Rechtsträger der Medien, die sich im Wesentlichen nur dadurch unterscheidet, dass für die in den Medien verbreitete Meinung die Vermutung spricht, dass sie der öffentlichen Meinungsbildung und nicht individuellen und wirtschaftlichen Interessen dient (zutr Helle Grundlagen Rz 105; dazu BVerfG NJW 2004, 278; NJW 2004, 589 mwN).
- 65 bb) Begriff und Umfang der Pressefreiheit.** Unter den **Begriff Presse** fallen nicht nur Zeitungen und Zeitschriften, sondern alle für die Allgemeinheit bestimmten Druckerzeugnisse (Bücher, Plakate, Flugblätter, Handzettel etc); BVerfG 10, 118 (121); 20, 162 (175); 85, 1 (12) – krit Bayer-Aktionäre, dazu Jarass/Pieroth Art 5 GG Rz 25 mwN; Löffler/Ricker S 2ff. Geschützt ist die Verbreitung von Tatsachen und Meinungen, einschl der Form der Darstellung (BGH 31, 308 [314] – Alte Herren, Rz 106); grds geschützt ist auch die Freiheit, etwas nicht zu berichten (BGH 57, 325 [330] – Freispruch, Rz 348), was freilich am Widerrufs- und Gendarstellungsrecht seine Grenze hat (Rz 333ff). Geschützt sind nicht bloß wertvolle Presseerzeugnisse, sondern auch die **Unterhaltungspresse** sowie **Skandal- und Sensationsblätter** (BVerfG NJW 1998, 1627; NJW 2000, 1021; NJW 2006, 2836; dazu Rz 200; Rehm AfP 1999, 416); Werkszeitungen, BVerfG NJW 1997, 386. Auch die Tätigkeit einer **Presseagentur**, welche Unterhaltungszwecken dienende Bilder zur Veröffentlichung in Medien bereitstellt, fällt in den Schutzbereich der Pressefreiheit, BVerfG NJW 2006, 2836. Freilich ist das **Maß des Schutzes** abhängig vom Zweck und Wert der unter dem Schutz der Pressefreiheit stehenden Veröffentlichung (BVerfG 101, 388; NJW 2006, 3406 – Imbissstand Tz 28; ferner Rz 48, 67, 293); ein seriöser Pressebericht kann zB in Sorge um den Staat tiefer in die **Privatsphäre eines Politikers** eingreifen, als die Skandalpresse, die mit einem **Sexbericht** lediglich das Unterhaltungsinteresse befriedigen und ihre Auflage erhöhen will. Auch nach EGMR (NJW 2006, 1645 Tz 80 und 2006, 591 Tz 45, dazu Rz 17i) sollen die Grenzen zulässiger Kritik ggü Politikern und **Polizeibeamten** weiter sein als ggü Privatpersonen. Geschützt sind auch der **Anzeigenteil** (BVerfG 21, 271 [278]; 64, 108 [114]; NJW 2001, 591 u NJW 2003, 1303 m Anm Lange JZ 2003, 624; Schneider JZ 2003, 1845 – Benetton I u II; dazu Ahrens JZ 2004, 763; vgl auch Rz 47) sowie reine Anzeigenblätter (Köln NJW 1984, 1121). Nach BGH NJW 2001, 1993 in Fortführung von BVerfG 101, 361 = NJW 2000, 1021 sollten auch **unterhaltende Beiträge** zur Erregung der Aufmerksam-

keit der Leser, zB über **Ernst August v H** als Begleiter von CvM den Vorrang haben vor dem Schutz der Privatsphäre. Das ist mit dem Urte des **EGMR v 24.6.2004, NJW 2004, 2647** als Verstoß gegen Art 8 EMRK bewertet worden (dazu *Rz 17a ff*). Im Abwägungsprozess der Pressefreiheit mit der Privatsphäre verdienen danach grdsätzl nur noch Veröffentlichungen den Vorrang, wenn sie Politiker oder „die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen“ (*Rz 74*) betreffen. Der EGMR bricht in diesem Urte mit dem **Dogma der Gleichwertigkeit** („Fetisch“; dazu *Rz 17e, 66, 78ff*) aller Presseveröffentlichungen. Das OLG Hamburg will dem nicht folgen (vgl *Rz 176, 188*); der BGH (AfP 2007, 121 – m krit Anm Helle AfP 2007, 192) sucht eine vermittelnde Linie, mit welcher der Begriff des (reinen) „Unterhaltungsinteresses“ verengt und „**unterhaltende Beiträge**“, die der Meinungsbildung dienen, unter dem vorrangigen Schutz der Pressefreiheit bleiben sollen (dazu *Rz 17g, 176, 188, 250*). Zur Erfüllung ihrer **Wachhundfunktion** gehöre jedoch ein gewisses Maß an **Übertreibung** oder Provokation noch zur journalistischen Freiheit (EGMR NJW 2004, 2653 – Andreotti); das wird von BVerfG NJW 2004, 277 in der Frage der Finanzierung der **Gewerkschaft NGG** über einen von ihr getragenen Verein viel enger gesehen: Dem Schutz des guten Rufes der NGG wird Vorrang eingeräumt vor der Pressefreiheit von CAPITAL, auch wenn keine Schmähkritik gegeben ist; weiter gefasst wird die Pressefreiheit jedoch wiederum ggü EAvH; BGH NJW 2006, 599 – 211 statt 130 km/h; bestätigt durch BVerfG NJW 2006, 2835; dazu *Rz 180*; ferner *Rz 176, 179, 188, 218, 250f, 266*.

Geschützt sind alle mit der **Pressetätigkeit** zusammenhängenden Tätigkeiten **von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung** der Nachricht und Meinung (BVerfG 43, 130 [137]; 71, 612; 85, 1 [13] – krit Bayer-Aktionäre), einschl der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit (BVerfG 20, 162 [187]; 66, 116 [133]; 85, 1 [12]) und auch die Eigenwerbung der Presse mit Bildnissen anderer (BGH 151, 26 = NJW 2002, 2319 – Marlene II), deren Verwendung zu Werbezwecken ansonsten nicht gerechtfertigt wäre (dazu *Rz 259*; Jarass/Pieroth Art 5 Rz 27f mwN). Eine Anordnung, wonach eine **Bildberichterstattung aus einem Gerichtsgebäude** der Genehmigung des Gerichtspräsidenten bedarf, verletzt weder das Zensurverbot (Art 5 I 3 GG) noch die Informationsbeschaffungsfreiheit (Art 5 I 3 GG), BVerfG NJW-RR 2007, 1053. Geschützt wird auch die **Vertraulichkeit der Presse zu ihren Informanten** (BVerfG NJW 2002, 592; 2003, 1787), weshalb BVerfG NJW 1999, 2880 einen Auskunftsanspruch über die Herkunft der Hochzeitsbilder des „Heidemörders“ Holst ablehnt. **Durchsuchungen der Redaktionsräume** und Beschlagnahmen zur Ermittlung eines Informanten, der ein Dienstgeheimnis verraten hat, verletzen grds die Pressefreiheit, BVerfG NJW 2007, 1117-**CICERO**; dazu Starke AfP 2007, 91. Der Informant selbst wird nicht durch die Presse-, sondern in deren Rahmen durch seine Meinungsfreiheit geschützt, BGH NJW 2005, 2766. Geschützt wird nicht zuletzt auch das Recht der Presse selbst entscheiden zu können, ob etwas abgedruckt wird (*Rz 348*), auch ob und wie sie in einer Sache nach Gegendarstellung und Abmahnung weiter recherchieren will (Karlsruhe AfP 2006, 482), was freilich am Unterlassungs-, Widerrufs- und Gegendarstellungsrecht anderer seine Grenzen hat (*Rz 333ff*). Die Pressefreiheit des Art 5 I S 2 GG umfasst jedoch grds keine „**innere Pressefreiheit**“ für die in den Presseunternehmen tätigen Journalisten, Redakteure ua, die den Tendenzschutz der Presseunternehmen ausschließt oder einschränkt (Klöpfer S 17ff); zur Problematik des sog investigativen Journalismus vgl Steffen AfP 1988, 127; Holzer AfP 1988, 113; Kremp AfP 1988, 114; nach München NJW-RR 2004, 767 (769) unterfällt auch die Publikation rechtswidrig recherchierter Informationen dem Schutz der Pressefreiheit. Zur **Verdachtsberichterstattung** BVerfG NJW 2007, 2685 u 2686; dazu *Rz 33, 52, 217f, 347*.

**cc) Umkehrung des § 193 StGB durch Art 5 I und II GG.** Die Meinungs- und Pressefreiheit findet ihre Schranke im Recht der persönlichen Ehre (Art 5 II GG). Das ist der Ausgangspunkt, aufgrund dessen gem § 193 StGB zu prüfen wäre, ob und inwieweit im Falle einer Ehr- und Persönlichkeitsverletzung durch **Meinungs- und Presseäußerungen** (zu Tatsachenbehauptungen *Rz 51*) die Meinungs- und Pressefreiheit ein „berechtigtes Interesse“ iSd § 193 StGB für Ehrverletzungen bilden kann; so wird in Folge der „**Soldaten sind Mörder**“-Entscheidungen angenommen, dass die Äußerung, Radarkontrollen seien „**Wegelagerer**“, keine Beleidigung der Polizisten, sondern **durch die Meinungsfreiheit gedeckt** ist, Düsseldorf NSTZ-RR 2003, 295; dagegen krit Otto NJW 2006, 575. Aufgrund von Verfassungsbeschwerden (dazu *Rz 9ff*) von Personen, die wegen Ehrverletzungen von den ordentlichen Gerichten zu Strafe, Schadensersatz, Unterlassung oder Widerruf verurteilt wurden, sind durch die **Verfassungsrspr** die **Fronten** dieser Fragestellung **umgekehrt** worden; in krassem Sinne zeigt dies KG NJW 2003, 685 (dazu *Rz 74, 87*), wo die auf Bundeswehrsoldaten bezogene Äußerung „Mörder aus niedrigen Beweggründen“ nicht mehr als rechtswidrig verstanden wird; Entspr gilt für standesrechtliche Verfahren, zB gegen einen **Wirtschaftsprüfer** wegen beleidigender (?) Äußerungen gegen große Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bei der Prüfung großer Aktiengesellschaften, KG NJW-RR 2002, 1350. Es wird nicht mehr geprüft, ob berechnete Interessen die Verletzung der Ehre rechtfertigen, sondern ob der **Ehrenschatz als Eingriff in die Meinungsfreiheit gerechtfertigt** werden kann; was idR nur noch für die Fälle der eng interpretierten **Schmähkritik** (*Rz 85ff*) angenommen wird, wodurch das **Prinzip der Gleichwertigkeit** (*Rz 14, 17e, 78f*) und der **Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (*Rz 14, 81*) verletzt werden; dazu Otto JURA 1997, 141.

**dd) Grundsätze der Verfassungsrechtsprechung. (1) Überblick.** Aufgrund der in BVerfG 7, 198 – **Lüth** begründeten und bis zur „**Soldaten sind Mörder**“-Sammelentscheidung (BVerfG NJW 1995, 3303) fortentwickelten sog **Wechselwirkungslehre** (*Rz 69*) ist für den „**geistigen Meinungskampf**“ in die „Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen“ die „**Vermutung der freien Rede**“ (*Rz 74, 82*) aufgestellt und der Ehrenschatz ggü der durch Art 5 I GG geschützten Meinungsfreiheit im Wesentlichen auf die Fälle von **Schmähkritik** (*Rz 85ff*) im Restbereich sog Privatfehden beschränkt worden. Die Beschränkung folgt aus einer **dreifachen Gewichtung der Meinungsfreiheit** im Abwägungsprozess mit der Ehre (*Rz 76*), die mit dem allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (*Rz 14, 81*) und dem Postulat der Gleichwertigkeit (*Rz 14, 78f*) von Ehre

und Meinungsfreiheit nicht zu vereinbaren ist und deswegen überdacht werden muss (Rz 76ff). Die widersprüchlichen Grundsätze haben sich historisch entwickelt und können aus Gründen der Wahrung der Kontinuität der Rspr des obersten Verfassungsgerichts nur langsam gelöst werden. Hinter dem Untermaß des gerichtlichen Ehrenschatzes steckt die dem US-amerikanischen Recht entnommene Vorstellung, dem Ehrenschatz dürfe keine abschreckende Wirkung (sog chilling-effect, dazu Rz 70) für die Meinungsfreiheit zukommen, die Gerichte dürften daher nicht darüber entscheiden, ob Meinungsäußerungen berechtigt oder unberechtigt oder falsch oder richtig seien (Bewertungsverzicht, Rz 80); ehrverletzende Äußerungen zur WbI müssten daher auch nicht mehr auf das mildeste Mittel (Rz 71) und die Wahrung eigener Interessen (Rz 73) beschränkt werden; auch eine Pflicht zur Substantiierung (Rz 60, 70, 75) könne die Meinungsfreiheit unangemessen beschränken.

- 68 (2) **Tief- oder Wendepunkt des Ehrenschatzes.** Dieses durch die Rspr des BVerfG entwickelte Übermaß an Meinungsfreiheit ggü dem Ehrenschatz hat aufgrund der Entwicklung des BVerfG zur **Superberufungsinstanz** (Rz 17) voll auf die Rspr des BGH durchgeschlagen und mache den Gerichtshof insoweit zu einer Art „Durchgangsstation“ (dazu Rz 42). In der Entwicklung dieses Übermaßes scheint allerdings mit dem Tiefpunkt der „Soldaten sind Mörder“-Entscheidungen auch ein Wendepunkt erreicht worden zu sein, weil in der Sammelentscheidung BVerfG NJW 1995, 3303 bemerkt und anerkannt wird, dass auch der Ehre grundrechtlicher Schutz durch Art 2 I iVm Art 1 I GG zukommt, womit die **dreifache Gewichtung der Meinungsfreiheit** (Rz 76) im Abwägungsprozess mit der Ehre kaum noch zu vereinbaren ist. Einen kleinen Fortschritt zugunsten des Ehrenschatzes bringt die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung IV jedoch insofern, als sie in Fällen der Verneinung der **Schmäkritik** (dazu Rz 85ff) noch eine **Abwägung für erforderlich** hält: „Lässt sich die Äußerung weder als Angriff auf die Menschenwürde noch als Formalbeleidigung oder Schmähung einstufen, so kommt es für die Abwägung auf die Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter an“ (so BVerfG NJW 1995, 3304; dazu Grimm NJW 1995, 1703; Näheres Rz 89).
- 69 (3) **Wechselwirkungslehre.** Die im Lüth-Urt begründete und später fortentwickelte Wechselwirkungslehre (dazu Jarass/Pieroth Art 5 Rz 57; Maunz/Dürig Art 19 II Rz 16) beruht darauf, dass die Schranke der Meinungsfreiheit in einem „einfachen Gesetz“ gesehen wurde, weshalb man glaubte, dieser Schranke eine weitere verfassungsrechtliche Schranke (Schranken-Schranke) setzen zu müssen. Das „einfache Gesetz“ sollte als Schranke eines Grundrechts deshalb nochmals „im Lichte des beschränkten Grundrechts“ gemessen werden (Schranken-Schranke), wodurch eine **doppelte Gewichtung** des Grundrechts erfolgte (Nomos/Zaczyk § 193 Rz 6): „Es wäre mit dem Vorrang der Verfassung (Art 20 III, Art 1 I GG) unvereinbar, wenn eine verfassungsrechtliche Gewährleistung kraft einfachen Rechts ausgeschaltet werden könnte“ (so BVerfG 60, 234 [242] – Kredithaie). Im **Lüth-Urt** bestand das „einfache Gesetz“ im Verbot des Boykottaufrufs durch §§ 826, 823 I (RaGewBetr) und es wurde verkannt, dass der **Gewerbebetrieb** auch unter den verfassungsrechtlichen Schutz der **Art 12, 14 GG** fällt (zutr Nipperdey DVBl 1958, 445). Auf den Ehrenschatz übertragen wurden diese Grundsätze erstmals in BVerfG 12, 113 (125) Schmid./Spiegel zu einer Zeit, als die **Ehre** noch nicht unter dem grundrechtlichen Schutz der Art 2 I iVm Art 1 I GG stehend angesehen wurde; dabei wurde aber verkannt, dass durch Art 5 II GG die Meinungsfreiheit ausdr unter den Vorbehalt allg Gesetze und der persönlichen Ehre gestellt wurde, was einer doppelten Einschränkung der Ehre „im Lichte des Grundrechts der Meinungsfreiheit“ auf der „2. Ebene der Normauslegung“ (dazu Rz 76ff) entgegensteht.
- 70 (4) **Vermeidung abschreckender Effekte.** Mit der Auslegung „im Lichte des Grundrechts der Meinungsfreiheit“ will das BVerfG nicht zuletzt auch vermeiden, dass vom Ehrenschatz ein „abschreckender Effekt“ auf den Gebrauch des Grundrechts ausgeht, der dazu führt, dass aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt“ (so BVerfG NJW 1995, 3304 – Mörder IV u Hinw auf BVerfG 43, 136; 43, 53; 81, 21; 85, 36; vgl ferner 54, 129, 136; 94, 1, 9; NJW 2005, 207 Tz 33). Auch die starke Einschränkung der **Substantiierungspflicht** im Fall unsubstanziierter Meinungsäußerungen (dazu Rz 63, 75; anders für Tatsachenbehauptungen, dazu Rz 60) soll letztlich die Meinungsfreiheit vor abschreckenden Effekten schützen. Zu diesem sog *chilling-effect* vgl Grimm NJW 1995, 1697 (1704); Kriele NJW 1997, 1897 (1903); Schmitt Glaeser NJW 1996, 873 (876).
- 71 (5) Das ursprünglich geltende **Gebot des mildesten Mittels** beim Eingriff in den auch grundrechtlich geschützten Bereich des Ehren- und Persönlichkeitsschutzes, das für (unwahre) Tatsachenbehauptungen noch gilt (Rz 52), ist anfänglich vom BGH auch auf die Meinungsfreiheit angewendet worden (so noch BGH 3, 270 – Constanze I; zutr Nipperdey DVBl 1958, 450), seit BVerfG 7, 198 (208) – **Lüth**; 12, 113 (125) – Schmid./Spiegel), dann aber auch von der zivilrechtlichen Rspr aufgegeben worden (BGH 36, 77 [82] – **Waffenhandel**; 45, 296 [307] – **Hölleneuer**; NJW 1974, 1763 – **Deutschland-Stiftung**; NJW 1994, 124 – Plakataktion), es wird vielmehr ein „angemessenes“ Verhältnis zw dem verfolgten Zweck und der Beeinträchtigung dessen verlangt, über dessen Wirken berichtet wird (dazu Rz 76f, 81, 89); dazu Seitz NJW 2003, 3524.
- 72 (6) **Recht zum Gegenschlag.** Nach der Volksweisheit „Wer austeilt, muss auch einstecken“ hat BVerfG 12, 113 (139) einst im Falle des Stuttgarter OLG-Präsidenten **Schmid./Spiegel** (Publizistik, die auf dem Gebiet der Politik das ist, was Pornographie auf dem Gebiet der Moral) solchen „**Gegenschlag**“ für gerechtfertigt iSd § 193 StGB angesehen. Das gibt jedoch kein Recht zur ständigen Steigerung der verletzenden Formen der Kritik (BGH NJW 1974, 1762; Staud/Hager § 823 Rz C 100), zu weitgehend daher BVerfG 54, 129 (138) – **Kunstkritik**, wo die Qualifizierung eines Kunstkritikers als „**bornierter Oberlehrer**“ und „**dialektischer Gartenzweig**“ der vom „Verfolgungswahn“ genährt „**Programstimmung**“ erzeugt habe, noch gerechtfertigt wurde; zutr dagegen BVerfG NJW 1993, 1462 – **Böll./Henscheid**; dazu Rz 86. **Schmäkritik** (dazu

Rz 85ff) ist jedenfalls auch als Gegenschlag nicht gerechtfertigt (BVerfG NJW 1992, 2013 [2014]; BayObLG AfP 2002, 221 – Zigeunerjude; dazu Rz 85).

(7) **Höherrangigkeit öffentlicher Interessen.** Bis zur Entscheidung BVerfG 12, 113 (125) **Schmid./Spiegel** 73 sind als „berechtigtes Interesse“ iSd § 193 StGB nur **eigene Interessen** des Äußernden anerkannt worden, die ihn persönlich „nahe angehen“ (RG 83, 362; Tröndle/Fischer § 193 Rz 14; vgl auch Rz 67). Diese Beschränkung auf das Eigeninteresse war sicherlich auch in der **Ideologie des Obrigkeitsstaats** begründet („Ruhe ist Bürgerpflicht“; „Er mache kein Lärm im Publikum“) und hat im demokratischen Rechtsstaat kaum noch Platz. Damit ist aber noch nicht begründet, dass der Wahrnehmung allg öffentlicher Interessen ein höherer Wert zukommen soll, als der Wahrung eigener privater Interessen.

(8) **Vermutung für die freie Rede.** Die Begründung der Höherrangigkeit öffentlicher Interessen vor den 74 Privatinteressen des Ehrenschatzes geht gleichfalls auf das **Lüth-Urt** (BVerfG 7, 198) zurück, wo unter dem Vorbehalt „allg Gesetze“ iSd Art 5 II GG nur solche Gesetze verstanden werden sollten, welche die **Werte der Allgemeinheit** (der Gesellschaft) schützen, weil „das gesellschaftliche Gut wichtiger als die Meinungsfreiheit ist“ (Stمند). Dagegen hat bereits Nipperdey (DVBl 1958, 448) dargelegt, „dass unter **allg Gesetzen** solche zu verstehen sind, die sich nicht gegen eine bestimmte Meinung als solche richten, sondern ein Rechtsgut ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung schützen“. Daher braucht das „allg“ Gesetz iSd Art 5 II GG auch nicht „höhere Gemeinschaftswerte“ zu schützen, sondern kann durchaus auch dem Schutz individueller Interessen dienen und dies nicht weniger als den Gemeinschaftsinteressen. Auch betrifft das Lüth-Urt nur die Abwägung der Meinungsfreiheit mit **einfachem Recht**, nicht aber mit **verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern**, vor allem auch nicht mit dem auch verfassungsrechtlich geschützten APR, wofür nicht das **Verdrängungsprinzip**, sondern das Gebot **praktischer Konkordanz** gilt, dazu Rz 14, 40. Das ist im Grundsatz heute auch allg anerkannt, aber die auf der Grundlage des Lüth-Urt entwickelten Textbausteine, die einen Vorrang von **Meinungsäußerungen im öffentlichen Interesse** in Form einer „**Vermutung für die freie Rede**“ im „geistigen Meinungskampf“ oder in „**die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen**“ postulieren, werden weiter verwendet (BVerfG 7, 198 [208] – Lüth, st Rspr; BVerfG NJW 1995, 3303 – Mörder IV; gesteigert KG NJW 2003, 687: Soldaten als „Mörder aus niedrigen Beweggründen“), obwohl ihre Grundlage eigentlich entfallen ist (dazu Rz 77, 82). Jedoch wird in der neueren Rspr der „Vermutung für die freie Rede“ nicht mehr ein **absoluter Vorrang** vor der Meinungsfreiheit eingeräumt (dazu Rz 82, 89). Die Meinungsfreiheit und damit die Vermutung der freien Rede kann auch Tatsachenbehauptungen erfassen (Rz 32, 63), nicht jedoch, wenn sie unwahr sind (so richtig BVerfG NJW 2003, 1857).

(9) **Substantiierungspflicht.** Unsubstantiierte Tatsachenbehauptungen müssen grds substantiiert werden 75 (Rz 60), **substanzlose Behauptungen** können jedoch als Meinungsäußerungen verstanden werden (Rz 33, 60, 63). Aufgrund der **Vermutung für die freie Rede** sollen jedoch Meinungsäußerungen auch dann gerechtfertigt sein, wenn nicht gleichzeitig Tatsachen mitgeteilt werden, die eine kritische Beurteilung oder Wertung ermöglichen (BGH NJW 1974, 1762; dazu Weitnauer DB 1976, 1413); ansonsten werde die Meinungsfreiheit übermäßig eingeschränkt (BVerfG 42, 163 [173]; BGH NJW 1981, 2117, dazu Rz 33, 100, 102); scharfe Kritik solle nicht davon abhängig gemacht werden, dass sie durch Tatsachen belegt wird, die sie für den **Durchschnittsleser** überprüfbar macht (BVerfG 42, 163 [171]); Behauptungen wie „bespitzelt“ und „unter Druck gesetzt“ dürften lediglich nicht ohne „jeden Anhaltspunkt“ aufgestellt werden (BVerfG 85, 1 [21] – krit Bayer-Aktionäre). BVerfG 61, 1 (9) folgert aus der „Substanzarmut“ der Äußerung, die CSU sei die NPD Europas, dass keine beweisnotwendige Tatsachenbehauptung, sondern eine Meinungsäußerung vorliege, die im **Wahlkampf** („Supervermutung“) gerechtfertigt sei; vgl ferner BVerfG NJW 2003, 3760; 85, 23 (36) – Altenheim; BGH NJW 1987, 1400 – Oberfaschist; im Wahlkampf soll der Meinungsfreiheit politischer Parteien unverzichtbare Bedeutung zukommen, die (gerade noch?) durch die Menschenwürde begrenzt sein soll, vgl BVerfG NJW 2001, 2957 – Kaisen.

(10) **Dreifache Berücksichtigung der Meinungsfreiheit.** Zusätzlich zu der doppelten Berücksichtigung der 76 Meinungsfreiheit im Abwägungsprozess mit der Ehre durch deren Auslegung „im Lichte des Grundrechts der Meinungsfreiheit“ (Rz 69f) berücksichtigt das BVerfG die Meinungsfreiheit bei der **Auslegung des Sinns** der Meinungsäußerung (Sinnebene, dazu Rz 39f), was praktisch zu einer **dritten Gewichtung** führt (ebenso Helle Grundlagen Rz 94). Ohne den Widerspruch zum **Gleichwertigkeitsprinzip** (dazu Rz 78f) aufzuklären hat Grimm (NJW 1995, 1700) die „Notwendigkeit der Beachtung“ des Art 5 I GG auf drei Ebenen so dargelegt: „1. beim Verständnis der Äußerung (Sinnebene), 2. bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen (Normauslegungsebene), 3. bei der Abwägung der kollidierenden Rechtspositionen (Normanwendungsebene).“ Die auf diesen drei Ebenen beispielhaft in BVerfG 85, 1 (14) – krit Bayer-Aktionäre in Anspruch genommene Kompetenz hat das BVerfG zur **Superberufungsinstanz** gemacht (Rz 17). Diese Entwicklung ist jedoch mit der Anerkennung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (dazu Rz 9) an eine Grenze gekommen, die auch BVerfG NJW 1995, 3303 selbst mit der Postulierung des Gleichwertigkeitsprinzips und dem Hinw auf § 193 StGB anerkennt (Rz 77; dagegen jetzt EGMR NJW 2004, 2647 und schärfer EGMR-Richter Zupancic: „Fetisch“; dazu Rz 17a ff). Es kann daher erwartet werden, dass der Widerspruch zu dem Gleichwertigkeitsprinzip und dem Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einerseits sowie der Praxis der dreifachen Berücksichtigung der Meinungsfreiheit andererseits in zukünftigen Entscheidungen im Abwägungsprozess langsam aufgelöst wird (dazu Rz 67, 81, 89).

(11) **Verfassungsrechtlicher Ehrenschatz.** Der Wechselwirkungslehre mit ihrer doppelten Gewichtung der 77 Meinungsfreiheit im Abwägungsprozess (Rz 69) mit der Ehre (beschränkt durch das Licht der Meinungsfreiheit) ist mit der Anerkennung der Ehre als durch Art 1 I iVm Art 2 I GG geschütztes Verfassungsgut

(erstmal in BVerfG 34, 269; ferner in 42, 143 [152]; 54, 148 [153]; dazu Rz 9; BVerfG 54, 208 [217]) der Boden entzogen worden; ebenso Schmitt Glaeser AöR 113 (1988), 97f; Krietele NJW 1994, 1898; Tröndle 48. Aufl § 193 StGB Rz 14e, 14h, aA Tröndle/Fischer 54. Aufl § 193 StGB Rz 17ff; Staud/Hager § 823 Rz C 90, der über das **Gebot der praktischen Konkordanz** die bisherige **Übergewichtung der Meinungsfreiheit** beibehalten möchte. Das BVerfG selbst hat jedoch abw von BVerfG NJW 1994, 2943 – Mörder III (wo die Ehre noch „im Lichte des Grundrechts“ der Meinungsfreiheit ausgelegt wurde) in der nachfolgenden Sammelentscheidung (NJW 1995, 3303 – Mörder IV) ausgeführt: „Im Rahmen des aus Art 2 I iVm Art 1 I GG abgeleiteten Allg Persönlichkeitsrechts genießt diese (lies: die Ehre) selber grundrechtlichen Schutz (vgl BVerfG 54, 148, 153)“. Statt „im Lichte des Grundrechts“ ausgelegt, soll die Ehre nunmehr nur noch „im Auge“ behalten und eine „**übermäßige Einengung**“ vermieden werden: „Diesem Erfordernis trägt § 193 StGB jedoch Rechnung“; woraus aber nicht folge, dass der Gesetzgeber die Meinungsfreiheit im Interesse der persönlichen Ehre beliebig beschränken dürfte. Damit hat das BVerfG die **Wechselwirkungslehre** zwar nicht aufgegeben, scheint sie aber doch aufgrund der harschen Kritik an seiner Rspr insoweit **modifizieren** zu wollen, dass die Meinungsfreiheit im Abwägungsprozess mit der Ehre durch die Auslegung „im Lichte der Meinungsfreiheit“ nicht mehr doppelt oder gar dreifach gewichtet wird (dazu Rz 69, 76). Der in der Lit schon lange geforderten **Akzentverschiebung** (Lindacher Weiterentwicklung S 348; Stürner Gutachten A S 73; ders JZ 1994, 2267; Benda NJW 1994, 2266 uva) bei der Güterabwägung scheint damit etwas Gehör verliehen worden zu sein.

- 78 (12) Gleichwertigkeit von Ehre und Meinungsfreiheit.** Nach den **Vorstellungen des US-amerikanischen Rechts** sollen auch abstoßende und vulgäre Äußerungen (zB die einem Prediger in den Mund gelegte Neigung zu inzestuösen Beziehungen zu seiner Mutter, vgl **Hustler Magazine v Falwell**, 485 US 46; Deutsch in EuGRZ 1988, 259; dazu Grimm NJW 1995, 1702; Wiegandt NJW 1997, 1352; EGMR-Richter Zupancic NJW 2004, 2652; dazu Rz 17e) nicht „outrageous“ sein und Vorrang haben vor dem Ehr- und Persönlichkeitsschutz, weil es nach Ansicht von **Chief Justice Rehnquist** keinen brauchbaren Maßstab zur Unterscheidung zulässiger und unzulässiger Äußerungen gäbe, solche Unterscheidungen vielmehr zum Einfallstor subjektiver Vorlieben und Abneigungen werden würden. Wie Grimm meint, beruht diese amerikanische Rspr auf der tief eingewurzelten amerikanischen Überzeugung, dass gerade der **unbegrenzte Meinungsmarkt** wahrheitsfördernd und Gemeinwohl stiftend wirke (krit Wiegandt NJW 1997, 1352), jedoch: „Der Markt ... weiß nichts von Ehre“ (Max Weber), dazu Anm Ehmann zu BGH LM Nr 94 zu Art 5 GG – Babycaust; dazu Rz 22. Zum **Bewertungsverzicht** vgl Rz 80.
- 79** Einen dieser **amerikanischen Rspr** entspr generellen **Vorrang der Meinungsfreiheit** vor dem Persönlichkeitsschutz hat die **deutsche Rspr** – wie Grimm (NJW 1995, 1702) behauptet – nie angenommen. Das ist insofern richtig, als es schon in BVerfG 7, 198 (210) – **Lüth** heißt: „Das Recht zur Meinungsäußerung muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden.“ Daraus folgt, dass die **Meinungsfreiheit** nicht abstrakt einen **höheren Rang** hat, als andere (verfassungsrechtlich geschützte) Rechtsgüter (ebenso Nipperdey DVBl 1958, 449). Ob einigen Entscheidungen des BVerfG (vgl zB BVerfG 66, 116 [151]; 68, 226 [232]; dazu Rz 80) andere Grundsätze zugrunde liegen, mag dahinstehen, denn in BVerfG NJW 1995, 3303 (3304) – Mörder IV heißt es klar: „Das Ergebnis dieser **Abwägung** lässt sich wegen ihres Fallbezugs nicht generell und abstrakt vorwegnehmen. ...., so kommt es für die Abwägung auf die Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter an“; dazu Grimm (NJW 1995, 1702): „Dabei genießt keine der kollidierenden Rechtspositionen Priorität“. Dieses **Gleichwertigkeitsprinzip** steht allerdings im Widerspruch zur von Grimm geforderten Berücksichtigung der Meinungsfreiheit auf drei Ebenen (dazu Rz 76).
- 80 (13) Bewertungsverzicht über richtige und falsche Meinungen.** Falsche und wertlose Meinungen fallen zwar ebenso unter den Schutz der Meinungsfreiheit wie richtige und wertvolle Meinungen (BVerfG 61, 1 [7] – CSU = NPD; 85, 1 [15] – krit Bayer-Aktionäre), **im Abwägungsprozess** kommt ihnen jedoch nach deutschem Recht (dazu Rz 79) – anders als nach der US-amerikanischen Rspr (Rz 78) – ein **verschiedenes Gewicht** zu. Ein Bewertungsverbot zw richtigen und falschen, wertlosen und wertvollen Meinungen wäre mit dem **Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (Rz 81, 14) nicht zu vereinbaren, nach EGMR 2004, 2647 auch nicht mit Art 8 EMRK (dazu Rz 17a ff). Im Abwägungsprozess kommt es vielmehr „auf die **Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter** an“ (so BVerfG 93, 266 [294] = NJW 1995, 3304 – Mörder IV). Freilich soll es dabei grds keine Rolle spielen, „ob die **Kritik berechtigt** oder das **Werturteil „richtig“** ist“, so BVerfG 93, 294 mit unberechtigtem Verweis auf BVerfG 66, 116 (151); 68, 226 (232); in den in Bezug genommenen Entscheidungen wird nur zum Ausdruck gebracht, dass auch unberechtigte oder unrichtige Meinungsäußerungen den Schutz der Meinungsfreiheit genießen. Dem in BVerfG 93, 294 behaupteten **Abwägungsgrundsatz** kann daher nicht gefolgt werden, denn damit wäre der **Bewertungsverzicht** der US-amerikanischen Rspr (EGMR-Richter Zupancic NJW 2004, 2652: „Fetisch“) – entgegen der Feststellung Grimms (Rz 78f) – doch auch ein **Grundsatz der deutschen Rspr** In der Mehrzahl der Entscheidungen (dazu Rz 86f) wird jedoch **Inhalt und Form** der Äußerungen im Abwägungsprozess ein verschiedenes Gewicht zugemessen, was schon § 193 StGB fordert, dessen Erfordernissen auch nach BVerfG 93, 291 „Rechnung zu tragen ist“; bedenklich daher BGH NJW 2000, 3421 = LM Nr 94 zu Art 5 GG – **Babycaust** mit krit Anm Ehmann, das „unangebrachte“ Abtreibungspolemik (**Gleichstellung mit Holocaust**, dazu Rz 22, 39a) für gerechtfertigt hält; ebenso Karlsruhe NJW 2003, 2029; richtig hingegen BGH NJW 2003, 2011, freilich ohne Klärung des Widerspruchs und in Fortführung dieser Entscheidung BGH NJW 2005, 592: Die Anprangerung eines Arztes, der Abtreibungen vornimmt, in der Nähe seiner Praxis ist nicht mehr von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt und muss hinter dem Schutz des APR des Arztes zurücktreten; ebenso BVerfG

NJW 2006, 3769; AfP 2006, 552; dazu Rz 82; noch unrichtig dagegen Karlsruhe NJW 2005, 612 (dazu Rz 104). Berücksichtigt worden ist dies auch schon immer in Fällen von **Unterlassungsklagen** (dazu Rz 317ff), wo zu unterscheiden ist, ob durch den Ehrenschatz nur die Form der Äußerung oder deren Inhalt, also der darin steckende Gedanke beschränkt werden soll, dh, ob dem Äußernden nur die wörtliche Wiederholung einer Äußerung (so in BVerfG 42, 143 [151] – **rechtsradikales Hetzblatt**) oder ob ihm auch die Wiederholung einer sinngemäßen Behauptung in „angemessener“ Form verboten wird (so in BVerfG 42, 163 [168] – **Deutschland-Stiftung II**; 61, 1 [6]- CSU = NPD; 85, 1 [14] – **krit Bayer-Aktionäre**). Das Verbot, den Inhalt einer Äußerung auch in anderer angemessener Form zu wiederholen, wird zu Recht als viel schwererer Eingriff in die Meinungsfreiheit angesehen, der besonderer Rechtfertigung bedarf.

**(14) Allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.** Nachdem dem Ehren- und Persönlichkeitsschutz aufgrund Art 1 I iVm Art 2 I GG Verfassungsrang zugesprochen wurde (Rz 9) sind **Ehre und Meinungsfreiheit** auf der Abstraktionsebene des Grundrechtsschutzes (unabhängig von allen Umständen des Einzelfalls) als **prinzipiell gleichwertige Rechtsgüter** zu betrachten: „Dabei genießt keine der kollidierenden Rechtspositionen Priorität“, so Grimm NJW 1995, 1702 im Einz zu BVerfG NJW 1995, 3304 (dazu Rz 79), wo gesagt wird, dass es für die Abwägung auf die „Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter“ (nicht also auf deren Rang) ankomme. Sind **Ehre und Meinungsfreiheit** aber **gleichwertige Verfassungsgüter**, so müssen sie nach allg anerkannter Verfassungsdogmatik im Hinblick auf das einheitliche Gesamtsystem der Rechtsordnung in einem konfliktlösenden Abwägungsprozess zu einer möglichst optimalen Wirksamkeit gebracht werden. Dieses Gebot zur Herstellung **praktischer Konkordanz** ist nach Maßgabe des **Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** zu verwirklichen, dem gleichfalls Verfassungsrang zukommt (vgl Rz 14). Diesem Verfassungsgebot steht die seit BVerfG 7, 198 – **Lüth** entwickelte **Wechselwirkungslehre** (Rz 69) entgegen, die vor allem noch fortwirkt in der „**Vermutung der freien Rede**“ (Rz 74), der Beschränkung auf **Schmähkritik** und dem in BVerfG 93, 266 [294] = NJW 1995, 3303 noch postulierten, aber von Grimm (NJW 1995, 1703) bestr **Verzicht** darauf im **Abwägungsprozess** richtige und falsche, wertvolle und wertlose Meinungen verschieden zu gewichten (Rz 80, 89). Nach EGMR rechtfertigt die bloße Befriedigung der Neugier (Fetisch der Pressefreiheit) keinen Eingriff in die durch Art 8 EMRK geschützte Privatsphäre.

**(15) Beschränkung des Ehrenschatzes.** Die **Vermutung der freien Rede** (Rz 74), die das BVerfG (7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]; 93, 266 [294]) in st Rspr in „**die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen**“, „im geistigen Meinungskampf“ wozu auch der Wahlkampf gerechnet wird (BVerfG 61, 1 [9] – **CSU = NPD**) aus der Wechselwirkungslehre (Rz 69) und der Höherrangigkeit öffentlicher Interessen (Rz 73f) ableitet, hat in solchen Fragen zu einer **Beschränkung des Ehrenschatzes** auf die Fälle der **Verletzung der Menschenwürde**, der **Schmähkritik** und von **Formalbeleidigungen** geführt. Die im Lüth-Urt begründete **Vermutungsregel** ist zu einem ständig wiederholten Textbaustein der Verfassungsrspr geworden, aber trotzdem mit der Gleichwertigkeit der Verfassungsgüter Ehre und Meinungsfreiheit (Rz 78f) und dem **Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, der selbst Verfassungsrang hat (Rz 14, 81), letztlich nicht zu vereinbaren (Schmitt Glaeser AöR 113 (1988) S 95; Starck in FS Kriele (1997) S 240). Die neuere Rspr (BVerfG 93, 266, 294 = NJW 1995, 3304; NJW 2006, 3266 – **DDR-Mengele**; BGH NJW 2007, 686 – **Terroristentochter**) beginnt dem dadurch Rechnung zu tragen, dass der **Vermutung der freien Rede** kein **absoluter Vorrang** vor dem Ehren- und Persönlichkeitsschutz mehr eingeräumt, vielmehr auch dann, wenn keine Verletzung der **Menschenwürde** (Rz 83) und keine **Schmähkritik** (Rz 84) vorliegt, in eine **Güterabwägung** eingetreten wird (Rz 89). Aufgrund dessen können nunmehr die Gleichsetzung von Abtreibungskliniken (**Babycaust**) mit dem **Holocaust** und von **DDR-Dopingärzten** mit KZ-Mengele wieder als Beleidigung verstanden werden; dazu Rz 22, 39a, 80, 85, 87. Auch kann eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung – ohne Schmähkritik – schon angenommen werden, wenn eine besondere persönliche **Anprangerung** (dazu Rz 214) erfolgt, BVerfG AfP 2006, 550 – Abtreibungsarzt.

**(16) Verletzung der Menschenwürde.** Die Meinungsfreiheit muss nach Ansicht des BVerfG stets zurücktreten, wenn die Äußerung die Menschenwürde antastet (BVerfG 102, 366; NJW 2003, 1303). Der in der Schweine-Entscheidung (BVerfG 75, 369 [380] = NJW 1987, 2661; dazu Rz 90, 95; BVerfG NJW 2001, 2959 – Kaisen) für die Kunstfreiheit ausgesprochene Satz gelte auch für die Meinungsfreiheit, „denn die Menschenwürde als **Wurzel aller Grundrechte** ist **mit keinem Einzelgrundrecht** abwägungsfähig“; weil letztlich alle Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind, bedarf es freilich stets einer sorgfältigen Begründung für die Annahme einer Verletzung der „unantastbaren“ Menschenwürde (BVerfG 93, 266 [293]); eine Berührung der Menschenwürde ist noch keine Verletzung, BVerfG NJW 2001, 2959 – Kaisen; dazu 10. Aufl Rz 63. Im Fall Hustler Magazine v Falwell müsste eine Verletzung nach deutschem Recht aber angenommen werden (so Grimm NJW 1995, 1702). Als Verletzung der Menschenwürde darf auch ein Pop-Gesang verstanden werden, der Steffi Graf tausendfache Blutschande mit ihrem Vater unterstellt, Karlsruhe NJW 1994, 1963, nicht jedoch die Wahlwerbung der DVU mit (dem verstorbenen) Wilhelm Kaisen, BVerfG NJW 2001, 2957; dazu auch Rz 75.

**(17) Auch ggü Formalbeleidigungen** soll die Meinungsfreiheit grds zurücktreten, so BVerfG NJW 1995, 3303 – Mörder IV, jedoch ohne Bsp; nach AG Chemnitz soll „Arschloch“ in politischer Auseinandersetzung nicht als Meinungsäußerung gerechtfertigt sein; anders AG Greiz NJW-RR 2002, 1196; dazu Rz 384. Der Hinw auf BVerfG 61, 1 (12) geht fehl, weil dort die Äußerung, die **CSU** sei die „**NPD von Europa**“ nicht als Schmähkritik und **nicht als Formalbeleidigung** angesehen wurde. Wenn, wie das BVerfG in st Rspr (NJW 1995, 3303 – Mörder IV) sagt, „im geistigen Meinungskampf“ auch „**überzogene** und **ausfällige Kritik**“ (zB „Soldaten sind Mörder“) hingenommen werden müsse, bleibt für den Vorrang von **Formalbeleidigungen**

**kein Raum**, solange sie nicht die **Qualität der Schmähkritik** erreichen. Die Behauptung des Vorrangs der Ehre im Falle von Formalbeleidigungen ist also gleichfalls eine *protestatio facto contrario* des BVerfG, die den Verstoß gegen den Allg Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verdecken soll.

- 85 (18) Der Begriff der **Schmähkritik**, in dessen Bereich der Ehrenschatz Vorrang haben soll, ist nach der Rspr des BVerfG **eng zu definieren** (BVerfG NJW 1995, 3304; NJW 1999, 204 – Oktoberfest; NJW 2003, 3760 – Windkraftanlage; zu Babycaust = Holocaust vgl Rz 22, 80, 82, 89). **Überzogene, ausfällige, polemische oder überspitzte Kritik** soll noch **keine Schmähkritik** sein, hinzukommen müsse vielmehr, „dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die **Diffamierung der Person** im Vordergrund steht“ (so BVerfG 93, 266 [294]; 82, 272 [283] – Zwangsdemokrat; AfP 2001, 382 [385]; BGH 143, 199 [209] – Schleimerschmarotzerpack; BayObLG AfP 2002, 221 – Zigeunerjude; dazu Rz 72; Saarbrücken NJW-RR 2003, 176: Lügner, Prozessbetrüger für RA). Die Rspr fordert dazu **vorsätzliche Ehrkränkung** (BVerfG 61, 1 [12]; BGH NJW 1974, 1762), was aber **keine Diffamierungsabsicht** zu sein braucht (aA Staud/Hager § 823 Rz C 107). Äußerungen „**in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage**“ sollen daher **nur ausnahmsweise Schmähkritik** sein können, diese vielmehr auf **Privatfehden** beschränkt bleiben (BVerfG NJW 1995, 3304; NJW 1999, 204; KG AfP 2001, 65). Beleidigungen unter der **Bezeichnung eines Kollektivs** („Soldaten sind Mörder“) können im Allg keine Schmähkritik eines Einzelnen sein (BVerfG NJW 1995, 3303 [3306]), uU aber Beleidigung eines Kollektivs, zB der Bundeswehr, vgl BGHSt 36, 83 [88]; BVerfG NJW 1995, 3303 (dazu Rz 26ff).
- 86 (19) **Kasuistik zur Schmähkritik. Als Schmähkritik verstanden** wurde die Bezeichnung einer Fernsehansagerin als abartig veranlagte, **ausgemolkene Ziege**, bei deren Anblick dem Zuschauer die Milch sauer wird, zu dem Zwecke, die Öffentlichkeit über die verfehlte Personalpolitik einer Sendeanstalt zu informieren, BGH 39, 124; die Qualifikation von Böll als „**steindummer, kenntnisloser und talentfreier Autor**“ BVerfG NJW 1993, 1462 (aA Larenz/Canaris SchuldR II 2, § 80 V, 1a); aber auch die Qualifizierung eines Kindesentführers und Mörders als „**Unmensch**“, dem die Folter angedroht werden dürfe, so Frankfurt NJW 2005, 3726; ferner Frankfurt NJW 1990, 2002: „**Portion Pinscherkot in den Teller geschissen**“; BGH LM Nr 42 zu § 847 – Dreckschleuder; NJW 1974, 1762 – Alt- und Neofaschisten; Hamburg ZUM 1990, 413: **Schufft, Kannaile, Halunke**; zur Bezeichnung der Verkehrsüberwachungskräfte des Ordnungsamtes als „**gierige Geier**“, „**Abkassiererkolonnen**“, „**nicht mitdenkende Paragraphenreiter**“ Düsseldorf NJW 1992, 1335; zur Bezeichnung eines Amtsleiters als „**schläfrig und dickfällig**“ Düsseldorf NJW 1992, 1336; zur Bezeichnung einer Musikgruppe als „**Neonazi-Bande**“ LG Göttingen NJW 1996, 1138; „**Terroristen**“ sind unter uns, Frankfurt NJW-RR 1993, 852 (Rz 329); AG Weinheim NJW 1994, 1543 – **Altkommunist** iS Stalins; LG München I AfP 1997, 827 – **Berufsdiesinformant, Drecksau** ua; LG Nürnberg-Fürth NJW 1998, 3423: Bezeichnung eines Frauenarztes, der Abtreibungen vornimmt, als **Kindermörder und Berufskiller** (dazu Böke NJW 2004, 2352); die Forderung nach einer „echt weißen“ Nationalmannschaft unter Hinw auf die „nicht weiße“ Nr 25, LG Berlin AfP 2006, 386.
- 87 **Verneint wurde die Qualifikation als Schmähkritik** in BVerfG 54, 129 [137] – Kunstkritik; 60, 234 [241] – Kredithaie; 61, 1 [12] – CSU = NPD; 82, 43 [52] – **Strauß deckt Faschisten** (dazu Rz 46); 82, 272 [282] – Zwangsdemokrat; in 85, 1 [19] – krit Bayer-Aktionäre (zu diesen Entsch auch 10. Aufl Rz 317); AfP 1992, 58 – **Nazi**; NJW-RR 2001, 411 – **Kollusion**; NJW 2001, 2959 – Kaisen; BGH 143, 199 – **Schleimerschmarotzerpack**; BGH LM Nr 94 zu Art 5 GG – **Babycaust** m Anm Ehmann (dazu Rz 22, 80, 82, 89); JZ 2002, 664 – Käsevergleich mit Betrugsvorwurf; Saarbrücken NJW-RR 1996, 1048f – **linke Bazille**; Köln AfP 2003, 267 – Datenmanipulation; AfP 1993, 755 – **Neofaschist**; Karlsruhe AfP 2001, 336 – **kleingewachsener Patriarch**; AfP 1997, 721 „**absurde Scharlatanerie**“ über eine **Geistheilerin** (Rz 205, 213); Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695: Mediziner als **Pfischer/Scharlatan**; die Qualifikation von **Soldaten als Mörder**, BGH NJW 1995, 3303; dazu ausf 10. Aufl Rz 319ff, 330; ungläublicherweise auch die Bezeichnung eines 24-jährigen Reserveoffiziers, der trotz seiner infolge eines Verkehrsunfalls erlittenen Querschnittslähmung im Rollstuhl noch an einer Reserveübung teilnehmen wollte, als **geb Mörder**, BVerfG 86, 1 (11) = NJW 1992, 2073 (dazu Rz 36; ausf 10. Aufl Rz 319ff); noch weitergehend KG 2003, 685: Soldaten als „Mörder aus niedrigen Beweggründen“; Beleidigungen unter der Bezeichnung eines Kollektivs („Soldaten sind Mörder“) können im Allg keine Schmähkritik eines Einzelnen sein, wohl aber nicht hinnehmbare Beleidigungen eines Kollektivs, zB der Bundeswehr (dazu Rz 26ff).
- 88 **I Erg verneinen** das BVerfG und auch die Instanzgerichte eine **Schmähkritik** in fast allen Fällen, in denen ein **öffentliches Interesse an der Meinungsäußerung** bejaht wurde, zB BVerfG NJW 2003, 1109 – Lehrerkritik (Rz 35); NJW 2003, 3760 – Windkraftanlage (Rz 85); NJW 1992, 2815; NJW 1994, 2413; dazu BGH AfP 1992, 75; BVerfG NVwZ 1995, 471; Hamm AfP 2002, 224: „Eine **Flasche** kann jede Baustelle ertragen“, gerichtet gegen den Lehrer des Gymnasiums einer Kleinstadt, der Lehrer durfte jedoch nicht „aus der Schule plaudern“; dazu Rz 204a; ferner Rz 94, 106; BayObLG NJW 2005: Bezeichnung Wegelagerer für Polizeibeamte, die Verkehrskontrolle durchführen; Brandenburg NJW-RR 1995, 1429; VGH München NVwZ 1994, 787 (Rz 34, 325, 330); Karlsruhe NJW-RR 1993, 1054 – „**Tarnorganisation**“; Saarbrücken NJW-RR 1996, 1048; LG Berlin NJW 1997, 1371, 1373; Celle AfP 1997, 819 – „**Abkassierer**“ als Bezeichnung für einen Profifußballer; LG Köln NJW-RR 1998, 318f – Journalistenschelte: „**geschmiert**“; Nürnberg NJW-RR 2003, 40: Vorwurf der **Tierquälerei** gegen eine Entenmästerei; vor allem aber bei Kritik an Politikern, LG Halle AfP 1995, 421 (423); KG DtZ 1992, 286 und NJW-RR 1994, 926; LG Saarbrücken NJW-RR 1993, 730; Brandenburg NJW 1996, 1002; OVG Koblenz NJW 1992, 1844; LG Oldenburg NJW-RR 1995, 1427; München NJW 1996, 2515; oder bekannten Wirtschaftsmanagern BGH NJW 1994, 124 – **Plakataktion**; dazu

in Betracht kommt (BGH 65, 112 = NJW 1976, 43; NJW 1974, 1082; 1988, 2099; 1997, 652); ansonsten ist der Rechtsstreit an den Tatrichter zurückzuverweisen (Einzelh May NJW 1959, 708). Das gilt auch für die erg Vertragsauslegung (BGH NJW 1998, 1219f mwN).

**bb)** Bei einer typischen Erklärung (zB AGB, Formularabrede, Vordruck, im Geschäftsverkehr häufig verwendete Klausel) soll dagegen im Interesse der Rechtssicherheit eine uneingeschränkte Überprüfung erfolgen, wenn die Klausel nicht nur im Bezirk eines OLG (vgl § 549 I ZPO) verwandt wird (BGH 62, 254; LM Nr 15 zu § 549 ZPO; NJW 1983, 1604; BGH 105, 24, 27 = NJW 1988, 2536; NJW 2001, 1270, 1271; 2002, 1044, 1045; BAG 93, 212, 215 = NZA 2000, 771; 93, 328, 338 = NZA 2001, 331; 94, 325 = NJW 2000, 3155; BAG NZA-RR 2005, 672 Os = NJOZ 2005, 3865).

**134** *Gesetzliches Verbot*  
**Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.**

<b>1. Bedeutung</b> . . . . .	1	bb) Verbot . . . . .	9
<b>2. Abgrenzung</b>		cc) Objektiver Verstoß . . . . .	10
a) Spezialvorschriften . . . . .	2	<b>4. Rechtsfolgen</b>	
b) Personenbezogene Einschränkungen der Verfügungsbefugnis . . . . .	3	a) Rechtsgeschäft gültig . . . . .	11
c) Relative Veräußerungsverbote . . . . .	4	b) Rechtsgeschäft nichtig . . . . .	12
d) Öffentlich-rechtliche Genehmigung . . . . .	5	aa) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft . . . . .	13
e) Öffentliches Recht . . . . .	6	bb) Teil- und Gesamtnichtigkeit . . . . .	14
<b>3. Voraussetzungen</b>		cc) Nachträgliche Aufhebung des Verbots . . . . .	15
a) Rechtsgeschäfte . . . . .	7	dd) Ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	16
b) Verbotsnorm		ee) Ersatz des negativen Interesses . . . . .	17
aa) Verbotsgesetz . . . . .	8	<b>5. Umgehungsgeschäfte</b> . . . . .	18
		<b>6. Einzelbeispiele</b> – Übersicht dort . . . . .	20

- 1 1. Bedeutung.** § 134 schränkt die Privatautonomie zum Schutze der Allgemeinheit ein (BGH 13, 182). In der Regelung schlägt sich das Prinzip nieder, dass es Vertragsfreiheit nur in den Grenzen der ihr vorgegebenen Rechtsordnung geben kann. Deshalb wird einem Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt – unabhängig vom Willen der Beteiligten (RG 111, 28; 131, 364; BGH 58, 235) – die Wirksamkeit versagt. Das gilt jedoch nur, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.
- 2 2. Abgrenzung. a) Spezialvorschriften,** die ein Rechtsgeschäft ausdr als nichtig oder unwirksam bezeichnen (zB im BGB §§ 248 I, 306ff, 311b II und IV, 451, 723 III, 925 II, 1136, 1229, 1238, 2289 I S 2) oder eine andere Regelung treffen (zB § 1313ff iVm Art 226 EGBGB – für die Zeit ab 1.7.1998), fallen nicht unter § 134. Auch der Ausschluss der Übertragbarkeit bestimmter Rechte (zB §§ 399, 400, 473, 719, 1059) wird von § 134 nicht erfasst. Dasselbe gilt, wenn die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der (privatrechtlichen) Zustimmung (Einwilligung/Genehmigung) einer weiteren Person oder Stelle abhängt (Bsp: §§ 1365f).
- 3 b) Personenbezogene Einschränkungen der Verfügungsbefugnis** (zB §§ 21ff, 80 InsO – seit 1.1.1999; §§ 1984, 2211) verbieten Rechtsgeschäfte nicht wegen ihres Inhalts, sondern entziehen die Rechtsmacht, sie vorzunehmen, so dass § 134 nicht eingreift.
- 4 c) Relative Veräußerungsverbote** (§§ 135f) bezwecken – im Gegensatz zum absoluten Veräußerungsverbot – nicht den Schutz der Allgemeinheit, sondern den Schutz bestimmter Personen. Deshalb ist § 134 nicht anwendbar.
- 5 d) Ist zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts eine öffentlich-rechtl Genehmigung** (vgl Vor § 182 Rz 4) erforderlich, so dient dies zwar ebenfalls öffentlichen Interessen. Jedoch soll das Erfordernis der Genehmigung nicht – wie ein Verbotsgesetz oder zB das absolute Veräußerungsverbot – den Abschluss des Rechtsgeschäfts verhindern; vielmehr soll eine Überprüfung sichergestellt werden mit dem Ziel, zu klären, ob das Geschäft mit den Allgemeininteressen übereinstimmt. Deshalb ist zumindest das mehrseitige Geschäft bis zur Entscheidung schwebend unwirksam (st Rspr, vgl BGH NJW 1995, 318, 320; zum einseitigen Rechtsgeschäft, etwa der von der Zustimmung des Betriebsrats abhängigen Kündigung, vgl Staud/Sack Rz 167). Das gilt auch für einen kirchlichen Genehmigungsvorbehalt (BayObLG BB 1989, 2425). Erst bei bestandskräftiger Versagung der Genehmigung liegt ein der Regelungssituation des § 134 vergleichbarer Sachverhalt vor (Verbotsgesetz mit Genehmigungsvorbehalt); die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts folgt dann idR freilich nicht aus § 134, sondern aus dem Fehlen der Genehmigung als einer gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung (vgl Vor § 182 Rz 4, 7). Auch ohne Bestandskraft soll nach BGH 127, 368 = NJW 1995, 319 = LM Nr 147 Nichtigkeit eintreten, wenn die oberste Genehmigungsbehörde förmlich bekanntmacht, dass Genehmigungen der betr Art generell versagt würden, deswegen sicher feststehe, dass die Genehmigung nicht mehr erteilt werde und an der Rechtmäßigkeit der Versagung keine Zweifel bestünden; krit dazu mit überzeugender Begr K. Schmidt NJW 1995, 2255.
- 6 e) Bei Handlungen jur Pers des öffentlichen Rechts,** die ihren Wirkungsbereich überschreiten, ist für § 134 kein Raum. Jedoch findet § 134 über § 59 I VwVfG auf öffentlich-rechtl Verträge Anwendung (vgl BVerwG DVBl 1960, 106f; NJW 1976, 686; Schenke JuS 1977, 288; Weides JuS 1978, 841, 847; str, vgl zB Bullinger

DÖV 1977, 812, 815; Götz NJW 1976, 1425, 1430). Daneben gilt die Vorschrift auch für sonstige Erklärungen im öffentlichen Recht (vgl Einl § 104 Rz 28).

**3. Voraussetzungen. a)** § 134 gilt für alle **Rechtsgeschäfte**. Darunter fallen Verträge aller Art, auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, Beschl von Vereinen oder Gesellschaften sowie einseitige Rechtsgeschäfte, etwa ein Testament oder eine Kündigung.

**b)** Das Rechtsgeschäft muss **gegen eine Verbotsnorm verstoßen**. **aa) Verbotsgesetz** (zum Gesetzesbegriff Beater AcP 197, 505) kann jede Rechtsnorm (Art 2 EGBGB) sein; mithin werden nicht nur Gesetze, sondern auch Rechtsverordnungen und öffentlich-rechtl Satzungen – etwa von Selbstverwaltungskörperschaften – erfasst (Bsp: BGH NJW 1986, 2360; Hamm NJW 1985, 679, 681). Insb für Satzungen gilt dies freilich nur, soweit sie nach der Kompetenz des Satzungsgebers die Gültigkeit privater Rechtsgeschäfte wirksam regeln können; deshalb scheiden zB öffentlich-rechtl berufsständische Satzungen – etwa der Kammern – als Verbotsgesetze weitgehend aus (vgl auch Rz 50 „berufsständische Satzungen“; näher dazu Taupitz JZ 1994, 221ff). Erst recht kommen interne Regelungen der Verwaltung oder öffentlich-rechtlicher Anstalten oder Körperschaften nicht als Verbotsgesetze in Betracht (Bsp: LG Rostock OLG-NL 1999, 123 = VIZ 1999, 435 – Insiderregeln der Treuhandanstalt). Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen fallen in ihrem normativen Teil unter § 134 (vgl §§ 4 I TVG, 77 IV BetrVG; BAG 1, 348, 352; 4, 240, 250ff; BAG NJW 1999, 2541 – Tarifvertrag; BAG 3, 1, 4f – Betriebsvereinbarung). Auch ungeschriebene Verbote genügen; sie können aus dem Sinn einer geschriebenen Rechtsnorm folgen (BGH 51, 262), aber auch aus dem Gewohnheitsrecht.

Vorschriften des Völkerrechts (vgl etwa Art 25 S 1 GG; MüKo/Armbrüster Rz 39) können ebenso wie das unmittelbar geltende Europäische Gemeinschaftsrecht (vgl näher Rz 56 „Europarecht“; § 138 Rz 106 „Europarecht“; Staud/Sack Rz 43–45 mwN; Hefermehl FS Nipperdey II, 1965, 793; Hauschka DB 1990, 874; Ulmer JZ 1992, 1; Veelken JuS 1993, 265) Verbotsnormen darstellen. Zum Abkommen von Bretton Woods vgl BGH NJW 1980, 520.

**Keine Verbotsgesetze** sind privatrechtliche Satzungen, etwa von Vereinen oder sonstigen jur Pers des Privatrechts (Hamm NJW 1976, 331; Taupitz JZ 1994, 221, 223f; vgl auch Karlsruhe NJW 1978, 324). Da es sich um ein generelles Verbot handeln muss, genügt auch ein Verwaltungsakt nicht (Soergel/Hefermehl Rz 5). Gesetze der DDR werden von § 134 nicht erfasst (BGH 1969, 296), auch nicht ausländische Rechtsnormen (BGH 55, 334, 339; 59, 82, 85; 69, 295f). Ein gegen eine ausländische Rechtsnorm verstoßendes Rechtsgeschäft kann aber nach § 138 (s § 138 Rz 80 „Auslandsbezug“; BGH 34, 169, 177; 59, 82, 85; 69, 295, 298; NJW 1991, 635; 1994, 268, 270ff) unwirksam sein. Wenn sich kollisionsrechtlich die Geltung ausländischen Rechts – etwa wegen einer Parteivereinbarung – ergibt, kann die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts jedoch auch aus einem Verstoß gegen eine ausländische Rechtsnorm folgen (beachte aber Art 6, 27, 29ff, 34 EGBGB).

**bb) Ob** eine Rechtsnorm ein **Verbot** enthält, lässt sich nicht aus § 134 entnehmen, sondern ist durch Auslegung der einzelnen Rechtsvorschrift zu ermitteln (BGH 85, 39, 43). Anhaltspunkt kann der Wortlaut sein. So deuten idR Formulierungen wie „kann nicht“, „darf nicht“ auf eine Verbotsnorm hin, während „soll nicht“ regelmäßig kein Verbot bedeutet; jedoch ist stets zu prüfen, ob zB mit den Worten „kann nicht“ schon das Können, also die Rechtsmacht, eingeschränkt wird. Soweit eine Vorschrift abdingbar ist, handelt es sich nicht um ein Verbotsgesetz. Andererseits darf aus dem zwingenden Charakter einer Rechtsnorm nicht allg auf das Vorliegen eines Verbotsgesetzes geschlossen werden (Mayer-Maly FS Hefermehl, 1976, 103, 111). Ein Verbotsgesetz iSv § 134 kann auch vorliegen, wenn sich das Verbot nur an einen von mehreren Beteiligten eines Rechtsgeschäfts richtet (vgl Staud/Sack Rz 134 mwN). Zu den zeitlichen Grenzen einer Auslegung als Verbotsgesetz Medicus NJW 1995, 2578.

In den meisten Fällen ist das Vorliegen eines Verbotsgesetzes verhältnismäßig leicht festzustellen. Viel schwieriger ist die – davon unabhängige – Frage zu beantworten, ob das Verbotsgesetz zur Nichtigkeit des dagegen verstoßenden Rechtsgeschäfts führt oder ob es die Gültigkeit des Geschäfts unberührt lässt. Diese beiden Fragen sind jedoch voneinander zu trennen. Aus dem Vorliegen eines Verbotsgesetzes folgt nämlich noch nicht in jedem Fall die Nichtigkeit des Geschäfts (vgl dazu Rz 11ff).

**cc) Ein objektiver Verstoß** gegen das Verbotsgesetz reicht zur Anwendung des § 134 grds aus (st Rspr, vgl BGH 37, 363, 366; 122, 115, 122); auf die Kenntnis der Verbotswidrigkeit kommt es nicht an. Bei einem Verstoß gegen eine Strafvorschrift muss allerdings idR der Straftatbestand objektiv und subjektiv erfüllt sein (BGH NJW 1996, 1812 = LM § 134 HBG [Koller]; Flume § 17, 3); dies kann jedoch nicht gelten, wenn es – wie zB bei § 203 StGB – mit dem Schutzzweck des Gesetzes nicht vereinbar wäre, das Rechtsgeschäft mit seinen vertraglichen Pflichten wegen fehlenden Verschuldens gelten zu lassen (vgl Staud/Sack Rz 84f).

**4. Rechtsfolgen. a)** Nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft wegen Gesetzesverstoßes nur dann **nichtig**, **„wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“**. Ob trotz Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot das **Rechtsgeschäft gültig** ist, muss durch Auslegung der Verbotsnorm ermittelt werden. Dabei ist entscheidend auf den Sinn und Zweck der Verbotsnorm abzustellen (vgl BGH 37, 258, 261 und 363, 365; 45, 322, 326; 53, 156; 65, 368, 370; 71, 361; 78, 263, 265; 85, 43; 88, 240, 242; 89, 369, 372; 93, 264, 267; 100, 230, 240; 115, 123, 125; 118, 142, 144; NJW 1996, 926, 928; 2000, 1186; Medicus AT Rz 646; Staud/Sack Rz 57ff mwN).

§ 134 greift vor allem ein, wenn ein Rechtsgeschäft einen **verbotenen Inhalt** hat. Ein Verpflichtungsgeschäft wird deshalb regelmäßig gegen § 134 verstoßen, wenn seine Ausführung, also die geschuldete Handlung, dem gesetzlichen Verbot widerspräche.

Richtet ein Verbotsgesetz sich hingegen nur gegen die **Art und Weise des Abschlusses** des Rechtsgeschäfts, so führt ein Verstoß im Zweifel (Ausnahme: Das Gesetz will Geschäfte, die unter solchen Umständen abgeschlossen werden, von vornherein und unabhängig von ihrem Inhalt verhindern; Bsp: Darlehensvertrag im Reisegewerbe, § 56 I Nr 6 GewO) nicht zur Nichtigkeit des Geschäfts (zB Verkauf nach gesetzlicher Ladenschlusszeit, etwa am Sonntag, RG 60, 276; Ausschank nach Polizeistunde, RG 103, 264; Verkauf rezeptpflichtiger Arznei ohne Rezept, BGH NJW 1968, 2286; Geschäfte aufgrund eines Verstoßes gegen § 1 UWG, BGH 110, 156, 175).

Dasselbe gilt idR, wenn sich ein Verbotsgesetz – wie etwa bei Bankgeschäften ohne Erlaubnis nach §§ 32, 54 KWG – **nur gegen einen Vertragspartner** richtet (RG 100, 39, 40f; 170, 156; BGH 37, 258, 262; 46, 24, 26; 53, 152, 157; 71, 358, 360f; 78, 263, 271; 89, 373; 93, 264, 267; 115, 123, 125; 118, 142, 145; NJW 1968, 2286f; 1981, 1204, 1205; 1984, 230, 231; 1994, 728f; 2000, 1186), es sei denn, dass es mit Sinn und Zweck des Verbots nicht vereinbar wäre, die durch das Geschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGH 37, 258, 262; 46, 24, 26; 53, 156; 65, 368, 370; 71, 358, 360f; 78, 263, 265; 88, 240, 243; 93, 264, 267; 110, 235, 246; 115, 123, 125; 118, 142, 145; NJW 1992, 2108; 1992, 2560; 1996, 928; 2000, 1186). Danach ist ein Rechtsgeschäft grds wirksam, wenn die Handlung nur eines Vertragspartners unter Strafe gestellt ist. Allerdings kann sich auch hier aus Sinn und Zweck des Gesetzes, vor allem aus dem angestrebten Schutz des Vertragsgegners (BGH 89, 369, 373; 93, 264, 267; NJW 1979, 2092) oder Dritter (BGH 115, 123, 129f; BGH VersR 1992, 448f) oder der Allgemeinheit die Nichtigkeit des Geschäfts ergeben. So verstößt nur der Rechtsberater, nicht aber sein Vertragspartner gegen das RBERG. Dennoch kann das Gesetz seinen Zweck, eine unsachgemäße Beratung und Vertretung des Rechtssuchenden zu verhindern, nur erreichen, wenn dessen Erfüllungsanspruch vernichtet wird. Anderenfalls wäre der Rechtsberater gehalten, seine unerlaubte und strafbare Tätigkeit auszuüben oder fortzusetzen (BGH 37, 262); deshalb ist der Vertrag nichtig (vgl Rz 85 „Rechtsberatungsgesetz“).

- 12 b)** Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz führt zur **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von Anfang an**, wenn und soweit sich nichts anderes aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt (BGH 93, 264, 267; NJW 1996, 928). Die Nichtigkeit ist danach die regelmäßige, nicht von weiteren Voraussetzungen abhängige Folge des Gesetzesverstoßes; sie tritt nur ausnahmsweise dann nicht ein, wenn das Verbotsgesetz die Folgen des Verstoßes anders regelt oder die strenge Sanktion der Nichtigkeit nach Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nicht erforderlich ist, um den Schutzzweck der Norm zu erreichen, etwa weil sonstige Sanktionen genügen. Gelegentlich vermittelt die Judikatur den Eindruck, die Nichtigkeit bedürfe einer über den Gesetzesbefehl des § 134 hinausgehenden Begründung; wenn ein Gesetzesverstoß feststeht, ist demgegenüber allein zu begründen, dass sich aus dem Gesetz keine andere Rechtsfolge als die (volle) Nichtigkeit ergibt.
- 13 aa)** Der Verstoß gegen das Verbotsgesetz kann zur Nichtigkeit des **Verpflichtungs-**, aber auch des **Verfügungsgeschäfts** führen. **(1)** Richtet sich das Verbotsgesetz gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts (BGH 46, 25), führt ein Gesetzesverstoß grds zur **Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts**. Verboten das Gesetz etwa eine bestimmte Tätigkeit (zB grds die Beschäftigung Jugendlicher unter 15 Jahren; § 7 I JArbSchG), so ist ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft (zB Arbeitsvertrag mit einem solchen Jugendlichen) nichtig.
- (2)** Wenn durch das Verbotsgesetz nicht allein der Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts missbilligt, sondern darüber hinaus auch eine Verschiebung der Güter untersagt wird, führt das zur **Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts**; typisches Bsp ist die Nichtigkeit von Forderungsabtretungen, die in ihrem Kontext mit § 203 StGB unvereinbar sind (BGH 115, 123, 130f; NJW 1983, 636; 1992, 2348; 1993, 1638, 1912 und 2795; 1995, 516; BAG NJW 1993, 2701; vgl Rz 43 „Arzt“, Rz 80 „Patentanwalt“, Rz 84 „Rechtsanwalt“, Rz 92 „Steuerberater“). Zu einer Verklammerung beider Geschäfte bei Verstoß gegen das UWG vgl Stuttgart BB 1996, 2060. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts erfasst idR auch das Verpflichtungsgeschäft (BGH 116, 268, 276f; NJW 1995, 2026, 2027; 2000, 1186); bis zum 31.12.2001 war das Verpflichtungsgeschäft – wenn nicht schon nach § 134 – jedenfalls nach der mit der Schuldrechtsreform ersatzlos aufgehobenen Bestimmung des § 306 aF nichtig. Wenn das Verbotsgesetz selbst allein das Verpflichtungsgeschäft betrifft, kann dessen Nichtigkeit überdies im Einzelfall auch unter den Voraussetzungen von § 139 die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts bewirken (vgl § 139 Rz 23).
- 14 bb)** Der **Umfang der Nichtigkeit** ist durch Auslegung des Verbotsgesetzes zu ermitteln. Im Zweifel führt der Verstoß gegen das Verbot nicht nur zur **Teilnichtigkeit**, sondern zur **Gesamtnichtigkeit** des Geschäfts (vgl Staud/Sack Rz 62, 64ff). Es entfällt also nicht nur der Anspruch auf die verbotene Vornahme der Leistungshandlung; vielmehr ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig (BGH LM Nr 70 gegen Flume § 17, 4).
- Der Gesetzeswortlaut „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“ bedeutet allerdings auch „soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Die Regelung eröffnet damit die Möglichkeit zu Lösungen zu den Alternativen Gesamtnichtigkeit und Gesamtwirksamkeit. Der in dem Verbotsgesetz liegende Eingriff in die Vertragsfreiheit darf (Verhältnismäßigkeitsprinzip) letztlich nicht weitergehen, als Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes es erfordern. Teilw genügt eine – etwa quantitative oder zeitliche – **Beschränkung der Nichtigkeit** dem Sinn und Zweck des Verbots (hierzu insb mit unterschiedlicher Begründung Canaris NJW 1985, 2404 und FS Steindorff, 1990, 519, 523ff; Damm JZ 1986, 913, 916ff; Krampe, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP 194, 1, 8f, 28f; Cahn, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8, 12f, 15f, 17; Staud/Sack Rz 87ff; krit zur Beschränkung der Nichtigkeitswirkung Köhler JR 1983, 106; Tiedtke NJW 1983, 713 und ZIP 1987, 1089; Hager JuS 1985, 264, 270; Honsell ZHR 148, 298f und JA 1986, 573f; Pakirnis ZMR 1984, 329, 332; Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, 1979, 74, 114ff). Manche Verbotsgesetze geben allerdings keinen sicheren Aufschluss über den mit ihnen verfolgten Zweck; insb wird nicht immer deutlich, ob und wie weit das Verbot

(auch) einem spezial- und/oder generalpräventiven Zweck dient und dieser Zweck Gesamtnichtigkeit fordert. In solchen Fällen kann es sich auswirken, dass das Gesetz als Regel die volle Nichtigkeit vorsieht (vgl. *Rz 12*). Die Rechtspraxis kommt zu einer quantitativen Beschränkung der Nichtigkeit vor allem im Preisrecht. So kann der Verstoß gegen eine Preisvorschrift dazu führen, dass das Rechtsgeschäft als zum zulässigen Preis abgeschlossen gilt (BGH 51, 181; 89, 316, 319; WM 1977, 346; Einzelheiten vgl. *Rz 81* „Preisrecht“). Ferner schließt die Nichtigkeit von Dienst- und Arbeitsverträgen für die Vergangenheit uU den Vergütungsanspruch desjenigen nicht aus, der ohne Kenntnis der Verbotsvorschrift seine Dienste geleistet hat (vgl. *Rz 28* „Arbeitsrecht/Arbeitsvertrag“); in diesen Fällen wird die Nichtigkeitsfolge zumindest für die zu schützende Vertragspartei zeitlich (auf die Zukunft) verschoben (Nichtigkeit *ex nunc*; vgl. Staud/Sack *Rz 102*). Zu einer zeitlichen Einschränkung der Nichtigkeit führen auch, wenn ein Gesellschaftsvertrag gegen ein Verbotsgesetz verstößt, die Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft (vgl. *Rz 59* „Gesellschafts- und Vereinsrecht“).

**ce)** Das nichtige Geschäft bleibt auch **bei nachträglicher Aufhebung des Verbots nichtig** (RG 138, 55; 15 BGH 11, 59f; Brandenburg MDR 1995, 30; LG Hamburg MDR 1976, 402). Etwas anderes gilt, wenn das Rechtsgeschäft für den Fall der Aufhebung des Verbots geschlossen wurde (§§ 308 I, 309; BGH LM Nr 7). Nach Aufhebung des Verbots ist jedoch eine – auch konkludente – Bestätigung des nichtigen Geschäfts möglich (§ 141; BGH 11, 60; vgl. auch BGH NJW 1961, 1204; Brandenburg aaO). Wird das Verbotsgesetz erst nach Abschluss des Rechtsgeschäfts erlassen, so führt das nur bei zulässiger Rückwirkung zur Nichtigkeit (vgl. BGH 45, 326; RG 102, 203; Medicus NJW 1995, 2578; Einzelheiten Staud/Sack *Rz 85*).

**dd)** Als **Folge der Nichtigkeit** kommen neben dinglichen Ansprüchen und etwaigen Ansprüchen aus §§ 677ff (vgl. aber dazu die in der Rspr erörterten Bedenken: BGH 37, 258, 263ff; 65, 384, 389f; 111, 308, 311f; 118, 142, 150 = NJW 1990, 2542; 118, 142, 150 = NJW 1992, 2021; NJW 2000, 1560, 1562f = LM Nr 169 m krit Anm Lorenz; NJW-RR 1989, 970; KG MedR 1996, 370; Köln NJW 1993, 793) insb Ansprüche aus **ungerechtfertigter Bereicherung** in Betracht, wenn sich der Leistende nicht bewusst war, dass er gegen ein gesetzliches Verbot verstieß (vgl. dazu vor allem BGH NJW 2000, 1560, 1562f m Anm Lorenz in LM § 134 Nr 169). Dabei haftet der Empfänger verschärft nach § 817 S 1 und § 819 II, wenn er durch die Annahme der Leistung im Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit (BGH NJW 1958, 1725; WM 1978, 949) gegen das gesetzliche Verbot verstoßen hat. Die Rückforderung kann jedoch nach § 817 S 2 ausgeschlossen sein, wenn sich der Leistende ebenfalls des Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot bewusst war (BGH 50, 92). Allerdings bezieht sich der Ausschluss der Rückforderung nur auf das, was aus den vom Gesetz missbilligten Vorgängen geschuldet wird; an sich erlaubte, aber gem § 139 nichtige Nebenleistungen fallen nicht darunter (BGH 19, 205; 50, 92). § 817 S 2 ist dann nicht anwendbar, wenn der Ausschluss des Rückforderungsrechts dem Zweck des gesetzlichen Verbots widerspricht, weil § 817 S 2 etwa zu einer Aufrechterhaltung der Güterverschiebung führen würde, die das Verbotsgesetz gerade verhindern will (vgl. Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, 1974, 23ff, 145ff; BGH 111, 308, 311ff). Zum Spannungsverhältnis zw § 134 und § 817 S 2 vgl. Dauner JZ 1980, 495.

**ee)** Wer auf die Wirksamkeit des verbotenen Geschäfts vertraut hat, kann uU wegen vorvertraglichen 17 Verschuldens der anderen Seite (§ 311 II und III) **Ersatz des negativen Interesses** von demjenigen verlangen, der die Verbotswidrigkeit kannte oder kennen musste.

**5. Umgehungsgeschäfte** (dazu Sieker, Umgehungsgeschäfte, 2001; vgl. auch § 117 *Rz 14*; § 138 *Rz 183* 18 „Umgehungsgeschäft“) sind Rechtsgeschäfte, die unter Ausnutzung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit den vom Verbotsgesetz missbilligten Erfolg auf einem Weg zu erreichen suchen, den jedenfalls der Wortlaut der Verbotsnorm nicht erfasst. Die Parteien können grds alle zulässigen rechtlichen Mittel für ihre Ziele einsetzen. Deshalb ist einem derartigen Geschäft nur dann die Wirksamkeit zu versagen, wenn die Verbotsnorm den mit dem Geschäft angestrebten Erfolg schlechthin – dh unabhängig von dem gewählten rechtlichen Mittel – verhindern will; die gewählte Gestaltung darf nicht den Zweck einer Rechtsnorm vereiteln (vgl. etwa RG 155, 138, 146; BGH NJW 1959, 332, 334; 1991, 1060f; Brox/Walker AT *Rz 328*).

Teilw ordnet das Gesetz die Unwirksamkeit von Umgehungsgeschäften ausdr an (zB §§ 41, 42 AO – vgl. dazu Sontheimer JuS 1999, 872, 873ff; § 306a [früher § 7 AGBG]; § 312a [früher § 5 III S 1 HausTWG]; § 506 [früher § 18 VerbrKrG]; § 8 FernUSG; § 75d S 2 HGB).

In der Praxis ergeben sich Schwierigkeiten vor allem dann, wenn das Gesetz nicht klar und deutlich zum Ausdruck bringt, ob ein bestimmter Erfolg, oder (nur) ein bestimmter Weg zu einem rechtlichen Erfolg oder beides verboten sein soll. Die Problematik der Umgehungsgeschäfte ist weitgehend eine Auslegungsproblematik (Flume AT II § 17, 5; Medicus AT *Rz 660*; BGH 110, 47, 64). Wo eine ausdr Regelung fehlt, ist daher zunächst durch eine an Sinn und Zweck der Verbotsnorm orientierte Auslegung im Einzelfall zu ermitteln, ob diese das Rechtsgeschäft wegen des mit ihm erstrebten Erfolgs ohne Rücksicht auf den konkret beschrittenen rechtlichen Weg schlechthin untersagt oder nicht (Soergel/Hefermehl *Rz 37*; Staud/Sack *Rz 146* – „extensive Auslegung“; anders MüKo/Armbrüster *Rz 11ff*). Bei dieser Auslegung ist insb zu fragen, ob mit dem jeweiligen Rechtsgeschäft der Zweck des Verbotsgesetzes vereitelt würde (vgl. etwa BGH 44, 176; 51, 262; 56, 289; 58, 65; 59, 348; 85, 46; NJW 1991, 1060; Frankfurt NJW 2001, 1504, 1505; BAG 39, 70; DB 1982, 122). Ergibt die Auslegung, dass das Gesetz nur eine bestimmte rechtliche Gestaltung, nicht aber generell den angestrebten Erfolg verbieten will, dann liegt kein Umgehungsgeschäft vor, sofern die Beteiligten einen anderen zulässigen rechtlichen Weg beschritten haben. Fällt der erstrebte Erfolg nach der Auslegung nicht unter das Verbotsgesetz, dann kann sich im Einzelfall die Nichtigkeit eines Umgehungsgeschäfts aber auch aus der analogen Anwendung eines Verbotsgesetzes ergeben (Teichmann, Die Geset-

zesumgebung, 1962, 78ff). Das gilt nicht, wenn für den jeweiligen Regelungsbereich, wie etwa im Strafrecht, Art 103 II GG, eine Analogie unzulässig ist.

Für die Nichtigkeit eines Umgehungsgeschäfts genügt der objektive Verstoß gegen die umgangene Verbotsvorschrift (BGH 51, 255, 262; 56, 285, 289; WM 1990, 222, 227; BAG 10, 65, 70; 13, 129, 134; 39, 67, 70; OVG Berlin VIZ 1998, 349); es ist weder Umgehungsabsicht noch das Bewusstsein der Umgehung erforderlich; es genügt, dass ohne die Sanktion der Nichtigkeit der Gesetzeszweck nicht zu erreichen ist (Dubischar DNotZ 1993, 419, 424; Petersen DNotZ 2000, 739, 747; Teichmann aaO, 69f; Staud/Sack Rz 145; Soergel/Hefermehl Rz 40; anders MüKo/Armbrüster Rz 18).

Ist ein Rechtsgeschäft nach § 134 nichtig, sind auch ein auf Herbeiführung des erstrebten wirtschaftlichen Erfolges gerichteter Vergleich (RG Recht 1921 Nr 2137) sowie ein zum Ausgleich eingeräumter Schadensersatz unwirksam (RG 90, 306).

- 19 Rspr-Bsp:** BAG 65, 86 = NZA 1991, 18; NZA 1995, 30 – Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund zur Ausschaltung der Kündigungsschutzbestimmungen; Aufhebung eines Arbeitsvertrags mit dem alleinigen Ziel, die Wirkungen des § 613a auszuschalten (BAG NZA 1999, 422); BGH NJW 1989, 3122; 1995, 519, 520 – Leasingvertrag als verdeckter Abzahlungsverkauf iSv § 6 AbzG; München NJW 1996, 263 – Vereinsbeitritt als anderweitige Gestaltung iSv § 5 I HausTWG (Aufgabe der früher abw Rspr, ZIP 1991, 756 = VersR 1991, 786; dazu Teske ZIP 1991, 758); LG Hanau NJW 1995, 1100 – Time-Sharing-Vertrag im Treuhandmodell als Umgehungsgeschäft iSv § 5 I HausTWG; BFH 167, 55; NJW 1995, 808 – gegenseitige Praxisvermietung mit dem Ziel, einen umsatzsteuerrechtlichen Vorsteuerabzug zu ermöglichen, durch Ärzte, die gemeinsam Räume für Arztpraxen errichtet haben, als Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten iSv § 42 AO (weitere Bsp zu § 42 AO bei Plewka/Söffing NJW 1998, 3611, 3612); BGH 110, 47 = NJW 1990, 982; 113, 335, 340ff = NJW 1991, 1754; 125, 141 = NJW 1994, 1477; NJW 1996, 1286 = LM § 5 GmbHG Nr 14 m Anm Heidenhain – Abrede über eine verdeckte Sacheinlage bei einer GmbH zur Umgehung der auf Publizität und Wertdeckungskontrolle zielenden Vorschriften; vgl dazu auch Düsseldorf NJW-RR 1995, 869; Köln NJW-RR 1995, 552; Rosner NJW 1993, 186. Vgl auch BGH 95, 188, 192 = NJW 1985, 2947; NJW 1988, 139; 1997, 2599 – Ableitung der Rechtsfolgen bei Umgehung der Kapitalerhaltungsgesellschaften in §§ 30f GmbHG ausschließlich aus § 31 GmbHG, nicht aus § 134. – Zur Umgehung verfahrensrechtlicher Vorschriften VGH Kassel NJW 1996, 2746 mwN. – Anwendungsbeispiele sind iÜ unter Rz 21ff zu den Einzelbereichen dargestellt.

#### 6. Einzelbeispiele

Abtreibung 21	Architekt/Ingenieur 41	Infektionsschutzgesetz 68, 33
Abtretung 22	Arzneimittelrecht 42	Jagdrecht 69
Adoptionsvermittlungsgesetz 23	Arzt oder Zahnarzt 43	Jugendschutz 70
Allgemeines Gleichstellungsgesetz 23a	Außenwirtschaftsverkehr 44	Kartellrecht 71
Apothekengesetz 24	Bank/Geldinstitut 45	Klonen von Menschen oder Tieren 72
Arbeitsrecht 25	Bauordnungsrecht 46	Koppelungsvertrag 73
Arbeitsrecht/Arbeitsvermittlung 26	Bauplanungsrecht 47	Kreditwesen 74
Arbeitsrecht/Arbeitnehmerüberlassung 27	Bauträgerverträge/Baubetreuungsverträge 48	Kündigung 75
Arbeitsrecht/Arbeitsvertrag 28	Beamtenrecht/öffentlicher Dienst 49	Ladenschlussgesetz 75
Arbeitsrecht/Arbeitszeitrecht 29	Berufsständische Satzungen 50	Leihmuttervertrag 75
Arbeitsrecht/Ausbildung 30	Betäubungsmittelgesetz 51	Lohnfortzahlung 75
Arbeitsrecht/ausländischer Arbeitnehmer 31	Bundesnotarordnung 51	Maklervertrag 76
Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht 32	Datenschutzrecht 52	Mietrecht 77
Arbeitsrecht/Gesundheitsrecht, Krankheit 33	Embryonenschutzgesetz 53	Mutterschutzrecht/Mutterschutzgesetz 78
Arbeitsrecht/Gleichbehandlung 34	Energiewirtschaftsgesetz 54	Öffentliches Recht 79
Arbeitsrecht/Jugendarbeiterschutz 35	Erschließungsvertrag 55	Patentanwalt 80
Arbeitsrecht/Kündigung, Befristung 36	Europarecht 56	Preisrecht 81
Arbeitsrecht/Tarifrecht, Betriebsverfassungsrecht 37	Fernunterricht 57	Presserecht 82
Arbeitsrecht/Urlaub 38	Gentherapie 58	Rabattgesetz 83
Arbeitsrecht/Vergütung, Lohn 39	Gesellschafts- und Vereinsrecht 59	Rechtsanwalt 84
Arbeitsrecht/Versorgungsregelung 40	Gewerberecht/Handwerksrecht 60	Rechtsberatungsgesetz 85
	Glücksspielvertrag 61	Saatgutverkehrsgesetz 86
	Grundgesetz 62	Sammlung 87
	Güterkraftverkehrserlaubnis 63	Scheckeinlösungszusage 88
	Handelsrechtliche Vorschriften 64	Schwarzarbeit 89
	Haushaltsrecht 65	Sozialgesetzbuch IX/Schwerbehindertenrecht 90
	Heilbehandlung 66	Sportrecht 91
	Heimgesetz 67	Steuerberater 92
	HOAI/Ingenieur 68	Steuerstrafat 93
		Strafrecht 94
		Subventionierung 95

Telekommunikationsrecht 96	Versicherungsrecht 101	Wohnungsvermittlungs-
Transplantationsgesetz 97	Versteigerung 102	gesetz 105
Umgehung eines Verbots-	Währungsrecht 103	ZugabeVO 106
gesetzes 98	Wohnungsbindungsgesetz 104	Zwangsversteigerung 107
UWG 99	Wohnungseigentumsrecht 104	Zwangsvollstreckung 108
Vergaberecht 100		

(Die Darstellung ist zur besseren Orientierung durchgängig alphabetisch nach Stichworten geordnet. Die Stichworte umfassen sowohl die Anwendung von § 134 bei einzelnen Geschäftstypen oder zusammengehörigen Gruppen von Rechtsgeschäften als auch geschäftsübergreifende allg Gesichtspunkte. Auf die entspr Stichworte zu § 138 Rz 65 wird Bezug genommen.):

• **Abtreibung.** Ein Vertrag über eine nach §§ 218ff StGB strafbare Abtreibung ist nach § 134 nichtig (Bremen VersR 1984, 288; AG Bad Oeynhausen NJW 1998, 1799 – für Vertrag vor Beratung durch anerkannte Beratungsstelle; Staud/Sack Rz 292; Deutsch NJW 1993, 2361). Dagegen erfasst § 134 Vereinbarungen über einen rechtswidrigen, aber nicht strafbaren Schwangerschaftsabbruch nicht (Deutsch aaO).

• Zur **Abtretung** von Vergütungsforderungen unter Verstoß gegen § 203 StGB vgl Rz 43 „Arzt“, Rz 80 „Patentanwalt“, Rz 84 „Rechtsanwalt“, Rz 92 „Steuerberater“, zur Abtretung im Rahmen unzulässiger Rechtsberatung unten zu Rz 85 – „Rechtsberatungsgesetz“ und ferner – zur Abtretung des Vergütungsanspruchs eines Verfahrenspflegers – Dresden NJW 2004, 1464. Die Abtretung von Kundenforderungen eines Mobilfunkanbieter soll wegen Verstoßes gegen das Fernmeldegeheimnis unwirksam sein (München NJW-RR 1998, 758 = MMR 1998, 56 = NZG 1998, 156; dazu Hey/Hermeler WM 2002, 213). Nach der Rspr des BGH zur Abtretung von Forderungen gegen Kunden durch ein Kreditinstitut (vgl dazu Rz 52 – Datenschutz) erscheint das in dieser Allgemeinheit fraglich. Zur Nichtigkeit der Abtretung als Erfüllungsgeschäft vgl Rz 13.

• Ein Rechtsgeschäft über die Vermittlung einer Ersatz- oder Leihmutter ist wegen §§ 13a–d **Adoptionsvermittlungsgesetz** (BGBl I 1989, 2014, abgedr Vor § 1741 Rz 20) nichtig (vgl Liermann FamRZ 1990, 857, 860; Lüderitz NJW 1990, 1633; Coester-Waltjen FamRZ 1992, 370).

• **Allgemeines Gleichstellungsgesetz** – AGG. Hierzu ist auf die auf **Kommentierung des AGG** zu verweisen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf wenige allg Hinw: Das Gesetz v 14.8.2006 (BGBl I S 1897) ist am 18.8.2006 in Kraft getreten und alsbald noch einmal geändert worden (BGBl 2006 I S 2742). Ziel des Gesetzes ist es (§ 1 AGG), Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Neben den allg Bestimmungen enthält das Gesetz Regelungen zum Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligung (§§ 6–18 AGG; vgl dazu unter Rz 25 – „Arbeitsrecht“) sowie Regelungen zum Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19–23 AGG). Diese Vorschriften finden (§ 19 IV AGG) von vornherein keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse. Soweit das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot (§§ 19, 20 AGG) reicht, ergeben sich die Rechtsfolgen in erster Linie aus dem AGG selbst (§ 21 AGG). Die Bestimmung ist ggü § 134 die jüngere und speziellere Norm. Sie ordnet aber selbst – anders als § 134 – nicht die Nichtigkeit von verbotswidrig benachteiligenden Rechtsgeschäften an; vielmehr ist bestimmt, dass der Benachteiligende sich nicht auf eine Vereinbarung berufen kann, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht (§ 21 IV AGG). Indes bestehen die Rechte aus § 21 AGG „unbeschadet weiterer Ansprüche“ (§ 21 I 1 AGG); auch verbietet es § 31 AGG, von den Vorschriften des Gesetzes zu Ungunsten der geschützten Personen abzuweichen. Schon deshalb bleibt § 134 neben § 21 AGG weiter anwendbar (vgl Bauer/Göpfert/Krieger AGG § 21 Rz 8). Überdies passt § 21 IV AGG weder nach dem Wortlaut noch nach der angeordneten Rechtsfolge auf verbotswidrige einseitige Rechtsgeschäfte (etwa Anfechtung, Kündigung, Widerruf usw). Daher wird jedenfalls in diesen Fällen § 134 neben § 21 IV AGG erg anzuwenden sein. Für Einzelheiten vgl § 21 AGG Rz 27; Bauer/Göpfert/Krieger AGG zu § 31 Rz 1ff. Erwogen werden kann es, je nach den Umständen des Einzelfalles § 134 iVm §§ 20ff AGG auch auf Rechtsgeschäfte anzuwenden, die mit einem Dritten geschlossen werden und deren Ziel eine Benachteiligung einer geschützten Person iSv §§ 20f AGG ist (dazu: Derleder/Sabetta WuM 2005, 3, 8). Andernfalls käme insoweit § 138 in Betracht (vgl zu § 138 Rz 85 – „Benachteiligung Dritter pp“).

• **Apothekengesetz** (ApG): Zur Sicherung einer umfassenden ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (§ 1 I ApG) und des Prinzips der verantwortlichen und unabhängigen persönlichen Leitung einer Apotheke durch einen Apotheker (§ 7 ApG) sind dem Apotheker bestimmte Rechtsgeschäfte untersagt (vgl Rotta NJW 1995, 755). Nach § 8 S 2 ApG darf die Vergütung für Darlehen und sonst überlassene Vermögenswerte nicht am Umsatz oder Gewinn der Apotheke ausgerichtet werden (Bsp: BGH NJW-RR 1998, 804 = NZM 1998, 192). Eine Verpachtung der Apotheke ist nur in den in § 9 ApG beschriebenen Ausnahmefällen zulässig (zur Verpachtung nur von Räumen und Einrichtungsgegenständen BGH NJW-RR 1998, 804 = NZM 1998, 192). Das Arzneimittelangebot der Apotheke darf nach § 10 ApG nicht durch Vereinbarungen eingeschränkt werden. § 11 ApG enthält ein Ärztebevorzugungsverbot. Rechtsgeschäfte, die gegen diese Regelungen verstoßen, sind gem § 12 ApG unwirksam; das gilt insb auch für Rechtsgeschäfte mit inländischen wie ausländischen Nichtapothekern (auch Vereinigungen oder Gesellschaften), die nach ihrem gesamten Inhalt das Prinzip der verantwortlichen und unabhängigen persönlichen Leitung durch ei-

nen Apotheker beeinträchtigen oder die Begrenzung der Zahl der zulässigen Zweigstellen unterlaufen. In den dadurch gezogenen Grenzen ist aber die Vereinbarung einer umsatzabhängigen Rente als Gegenleistung für die Veräußerung des Apothekengrundstücks und die Überlassung der Apotheke wirksam; eine solche Rentenklausele fällt nicht unter § 8 S 2 ApG (BGH NJW 1997, 3091 = LM ApG Nr 7 [Taupitz]). Zur Wirksamkeit einer Umsatzmietzinsvereinbarung vgl BGH NJW 1979, 2351. Eine stille Beteiligung an einer Apotheke ist ebenfalls gültig, wenn sie sich im Rahmen der §§ 230ff HGB hält (BGH NJW 1972, 338; BGH 75, 214, 217 = NJW 1980, 638; NJW 1983, 937). Ob und inwieweit die in jüngster Zeit entwickelten neuen Vertriebssysteme (etwa: Apotheke im Ausland vertreibt apothekenpflichtige Arzneimittel im Versand über Drogeriemärkte im Inland) mit den geltenden Grundsätzen des Apothekenrechts vereinbar sind, ist umstr und wird vor allem öffentlich-rechtlich zu klären sein (vgl dazu zB OVG Münster NJOZ 2006, 2484 = DVBl 2006, 127). Vgl auch zu Rz 42 – Arzneimittelrecht.

- 25 • **Arbeitsrecht.** Neben den Normen des deutschen Rechts hat als Grundlage gesetzlicher Verbote im Arbeitsleben inzwischen das **Europarecht** erhebliche Bedeutung gewonnen, auch soweit es (noch) nicht in nationales Recht umgesetzt ist; das gilt insb für das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Nationalität in Art 12ff EGV (dazu: Jochum ZRP 1999, 279), für die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem 39 EGV – früher Art 48 –, für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gem Art 43, 49 EGV und für die Regelungen zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Art 141 – früher Art 119 – EGV sowie in den dazu erlassenen RL (vgl dazu unten zu Rz 56 – Europarecht sowie aus jüngerer Zeit: EuGH NJW 1997, 1839 = ZIP 1997, 798 m Anm Oetker; dazu auch Otto EWIR 1998, 79; EuGH NJW 1998, 969; EuZW 1998, 118 = NZA 1998, 205; EuZW 2000, 468 = NZA-RR 2001, 20; NJW 2002, 3160 = EuZW 2002, 639; NJW 2004, 3547 = EuZW 2004, 691; NJW 2005, 1099 = NZA 2005, 213 und dazu ua Bauer/Arnold NJW 2006, 6, 9ff mwN; ferner etwa die Darstellungen von Cirkel NJW 1998, 3332; Erasmy MDR 1995, 109; Freis NJW 1998, 2779; Hohmeister BB 1998, 1790; Körner NZA 2001, 1046; Montag NJW 1998, 2088, 2092f und NJW 2001, 1613, 1615f; Röthel NJW 1999, 611; Streinz/Leible EuZW 2000, 459; Tödtmann DB 1998, 2322; Weber NJ 1998, 458; Zwanziger DB 1998, 1330). Nationale Vorschriften, die europarechtliche Vorgaben umsetzen, sind stets im Geist der Vorgabe europarechtskonform – insb richtlinienkonform – auszulegen (BAG NZA 2004, 375; sehr nachdrücklich und instruktiv EuGH NJW 2004, 3547 = EuZW 2004, 691).

Zur Bedeutung des **deutschen Verfassungsrechts** für Arbeitsverträge vgl die Darstellung bei Zachert BB 1998, 1310ff mwN; s ferner unten zu Rz 62 – Grundgesetz sowie § 138 Rz 99 „Diskriminierung“. Angestoßen durch verschiedene EU-RL (ua 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG; vgl auch 2006/54/EG) verbietet inzwischen das **Allg Gleichbehandlungsgesetz – AGG v 14.8.2006** (BGBl I 1897; Änderung am 2.12.2006 BGBl I S 2742; vgl auch zu Rz 23a) insb auch zugunsten der in einem Arbeitsverhältnis Beschäftigten und der ihnen gleichgestellten Personen (§ 6 AGG) Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (AGG §§ 1, 7 I mit den Einschränkungen nach §§ 8ff). Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, sind unwirksam (AGG § 7 II iVm § 31 AGG). Neben dem AGG behält erg der aus der Verfassung abgeleitete **arbeitsrechtliche – auch betriebsverfassungsrechtliche – Gleichbehandlungsgrundsatz** (vgl dazu Zachert aaO 1310, 1312) außerhalb des zeitlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs des AGG als Verbotsgesetz für das gesamte Arbeitsvertragsrecht grds seine Bedeutung. Allerdings geht das AGG als jüngerer und spezielleres Gesetz dem allg Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Deshalb wird in jedem Einzelfall zu prüfen sein, ob die geltend gemachte Benachteiligung nicht bereits durch das AGG abschließend geregelt ist. Soweit dies zu verneinen ist, verbietet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz weiterhin sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen als auch eine sachfremde Differenzierung zw Arbeitnehmern einer bestimmten Ordnung (vgl zB BAG 71, 195 = NJW 1993, 3091; BB 1993, 1807; NJW 1994, 959 = NZA 1993, 1049; BAG 81, 207 = NZA 1996, 765; BB 1996, 1724; 1997, 364; NZA 1997, 1177 = AP BAT §§ 23 Zulagen Nr 22; 98, 1212; NZA 1998, 762; NJW 2001, 2276 = NZA 2001, 782; BAG 111, 8 = NZA 2004, 1399; NZA 2005, 773; NZA-RR 2006, 30 = NJOZ 2007, 99). IU werden sich die bisher bei der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Rspr und Lit im Einz gewonnenen Erkenntnisse weitgehend auf die neue Rechtslage übertragen lassen. Vgl für die Rechtslage vor dem AGG zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis Vollbeschäftigte/Teilzeitbeschäftigte: BAG NJW 1997, 962 = NZA 1997, 191; bei Altersteilzeitarbeit: BAG FD-ArbR 2007, 216900; bei nebenberuflicher Tätigkeit: BAG NZA 1997, 728 = DB 1997, 1336; bei der Vergütung: BAG NZA 2005, 183; bei einem Arbeitsvertrag mit beamtenrechtlicher Besoldung und Versorgung: BAG NJW 2006, 2875; beim 13. Monatsgehalt und sonstigen Sonderzahlungen: BVerfG DB 1997, 2438 = NJW 1998, 591; BAG NZA 1996, 531; DB 1998, 2421; NZA 1998, 1297; 1999, 474; 1999, 606, 700; ArbG Gelsenkirchen NZA-RR 1997, 458 = DB 1997, 2439; BAG NJW 2004, 3652; bei Zulagen zur Gewinnung von Arbeitnehmern in einer Mangelsituation BAG NJW 2001, 2276 mwN; bei freiwilligen Lohnerhöhungen: BAG NJW 2007, 2939; bei freiwilligen Leistungen: BAG NZA 1998, 1297 und BAG 105, 266 = NZA 2003, 724; NZA 2005, 1117; NJW-RR 2006, 253 = NZA 2006, 696; LAG Hamm NZA-RR 1998, 293; Weber/Ehrich ZIP 1997, 1681; im Tarifrecht: BAG NZA 1998, 153; Etzel NJW 1998, 1190; LAG Berlin NZA-RR 1998, 189; bei unterschiedlichen Vergütungssätzen nach sachgerechter Gruppenbildung: BAG NJW 1997, 2000 = DB 1997, 1139; NZA 1999, 490; bei Entgeltkürzungen für Krankheitszeiten EuGH EuZW 2005, 627; BVerfG NJW 1998, 391; bei Teilzeitebentätigkeit (vgl auch § 2 I, II BeschFG): BVerfG NZA 1993, 741; BAG NZA 1995, 936; NJW 1996, 2810 und 2812; beim Sozialplan: BAG BB 1998, 1211 = NZA 1998, 895; BAG NZA 2007, 756; LAG Düsseldorf NZA-RR 1998, 404; Schrader DB 1997, 1714; Weber/Ehrich BB 1997, 1530; bei Beiträgen zu Sozialkassen BAG NJOZ 2004, 3322; bei der Tarifgeltung für Studierende BAG NZA 1996, 1280. Zu den Grenzen der Verpflichtung

zur Gleichbehandlung bei unterschiedlichen Betriebsbereichen: BAG NZA 1998, 438; 1999, 606; bei einer Betriebsabspaltung BAG NJW 2007, 1548; bei einer freiwilligen Lohnerhöhung: BAG DB 1998, 2372; bei der Lohnbemessung für einzelne Arbeitnehmer BAG NJW 2003, 2333; LAG Köln NZA 1998, 313 L.

Aus dem **BGB** sind – nach Aufhebung der §§ 611a und 611b mit dem Inkrafttreten des AGG – insb noch §§ **612a**, **613a**, **617ff** Verbotsgesetze iSv § 134. Zu § 613a als Verbotsgesetz vgl BAG 27, 291; 32, 326; 48, 40, 49ff; 55, 228, 232f = NZA 1988, 198; AP § 613a Nr 4, 5; BB 1986, 1644; NJW 1996, 213; NZA 1997, 148; 90, 260 = NZA 1999, 422; NZA 1999, 262; NZA 2005, 405.

• **Arbeitsrecht/Arbeitsvermittlung.** Seit der weitgehenden gesetzlichen Freigabe der Arbeitsvermittlung (BGBI 1993 I 2353 und 1994 I 1786; dazu Wertenbruch NJW 1995, 223) und insb seit der Aufhebung des AFG mit Wirkung v 1.1.1998 (G v 24.3.1997, BGBI I 594/720) sowie der Übernahme der Vorschriften zur Arbeitsvermittlung in das SGB (vgl jetzt SGB III §§ 291ff) hat § 134 in diesem Bereich praktische Bedeutung nur noch für die Beurteilung von Sachverhalten aus der Zeit vor den Gesetzesänderungen (vgl dazu etwa EuGH NJW 1991, 2891; BGH WM 1991, 2029; NJW-RR 1999, 1449, 1450). Für die spätere Zeit enthält § 297 SGB III wie zuletzt auch § 24a AFG aF eine eigenständige und abschließende Regelung zur Unwirksamkeit von Vereinbarungen mit verbotenem Inhalt. Die Wirksamkeit eines vermittelten Arbeitsvertrags wird durch eine unerlaubte Vermittlung idR nicht berührt (BAG NJW 1972, 973, 975; Immenga BB 1972, 807). – Zur Abgrenzung verbotener Vermittlung von erlaubnisfreier Personalberatung vgl Düsseldorf DB 1987, 1937.

• **Arbeitsrecht/Arbeitnehmerüberlassung.** Das in den letzten Jahren vielfach geänderte **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)** bildet den rechtlichen Ordnungsrahmen für die sog Leiharbeit oder Zeitarbeit. Das Gesetz enthält eigene Normen, in denen die Unwirksamkeit von bestimmten Verträgen/Vereinbarungen (§ 9 AÜG) und die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit (§ 10 AÜG) geregelt werden. § 134 ist insoweit nicht anzuwenden. Nach § 9 Nr 3 AÜG ist es nicht (mehr) unzulässig, wenn sich der Verleiher formularmäßig vom Entleiher eine Provision für den Fall versprechen lässt, dass der Entleiher den Leiharbeiter im Anschluss an die Überlassung übernimmt (BGH NJW 2007, 764 unter Aufgabe von BGH 155, 311 = NJW 2003, 2906; dazu Anm Rieble LMK 2007, 213195). § 1b AÜG schränkt die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes ein. Die jetzige Fassung geht auf eine ab 1.1.2003 geltende Gesetzesänderung (BGBI I 2002, 4607) zurück, die wiederum vor allem durch eine Entscheidung des EuGH (EuZw 2001, 757 = NJW 2001, 3767; dazu Kort NZA 2002, 1248) veranlasst worden ist. Zu früheren Regelungen für diesen Bereich hatte der BGH bei einem Verstoß die Anwendung von § 134 in Betracht gezogen (NJW 2000, 1557 = WM 2000, 785; dazu Weyer WM 2002, 627). Bei einem Verstoß gegen die jetzige Regelung dürfte auch in diesem Bereich § 9 AÜG ggü § 134 Vorrang haben. Zu beachten ist, dass ein Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern in einem fremden Unternehmen auch auf einem Dienst- oder Werkvertrag dieses Unternehmens mit dem Arbeitgeber beruhen kann (BAG NZA 2004, 1182 = NJOZ 2004, 3635; dazu von Steinau-Steinrück NJW-Spezial 2006, 81). Insoweit gilt das AÜG nicht; § 134 ist im Prinzip anwendbar.

• **Arbeitsrecht/Arbeitsvertrag.** Ein Arbeitsvertrag kann nach § 134 – etwa wegen Verletzung von Schutzvorschriften, die für Arbeitnehmer schlechthin oder für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern gelten (zB Frauen, Jugendliche, Kranke, Schwerbehinderte, bestimmte Berufe), oder wegen der Vereinbarung von Tätigkeiten, die gegen ein Strafgesetz oder ein sonstiges Verbot verstoßen – nichtig sein. Ob ein Verbotsgesetz vorliegt und ob der Verstoß zur Nichtigkeit führt, lässt sich nicht allg, sondern nur durch Auslegung der jeweiligen Schutznorm nach den allg Grundsätzen bestimmen; vielfach ist Rechtsfolge eines Verstoßes nur ein Beschäftigungsverbot, das die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung zumeist nicht berührt. Zu beachten ist, dass Arbeitsverträge seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform der **AGB-Kontrolle gem §§ 395ff** unterliegen (dazu BAG NZA 2004, 728, 731; NJW 2005, 3305 = NZA 2005, 1111 mit Bespr Kortstock JA 2006, 9; NZA 2006, 324 und 688; NJW 2006, 795; NJW 2006, 2207 = NZA 2006, 682; LAG Düsseldorf NZA 2003, 382; Herbert/Oberrath NJW 2005, 3745, 3749; Hromadka/Schmitt-Rolfes NJW 2007, 1777; Zundel NJW 2006, 1237; jeweils mwN); sie hat Vorrang vor der Anwendung von § 134. Für Verträge über Teilzeitarbeit und für befristete Arbeitsverträge enthält das seit dem 1.1.2001 geltende **Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG** (BGBI 2000 I S 1966, letzte Änderung BGBI 2003 I 3002) einige besondere Verbotsnormen: §§ 4, 5, 11, 13, 14, 21, 22 TzBfG. ZT sind die Folgen von Verstößen im Gesetz selbst geregelt (§§ 11, 13, 16 TzBfG). IU ist bei Verstößen § 134 in Betracht zu ziehen; vgl auch BAG NZA 1998, 151 und Rz 36 – „Arbeitsrecht/Kündigung pp“. § 14 III 4 TzBfG soll allerdings zT europarechtswidrig und deshalb nicht anzuwenden sein (EuGH NJW 2005, 1099 = NZA 2005, 1345; dazu – überwiegend krit – Bauer/Arnold NJW 2006, 6; Bauer/Krieger/Powietzka DB 2004, 445 und DB 2005, 1006 und 1570; Ferme/Lipinski ZIP 2005, 593; Nicolai NZA 2005, 568; Preis NZA 2006, 401; Riesenhuber/Domröse NZA 2005, 568) – Im Falle der **Nichtigkeit** von arbeitsvertraglichen Regelungen sind stets die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsvertrags zu beachten (vgl auch § 138 Rz 57 und 76 „Arbeitsverhältnis“; § 139 Rz 6): Das vollzogene Arbeitsverhältnis ist idR für die Rechte und Pflichten aus der Vergangenheit wie ein wirksames zu behandeln; die Nichtigkeitswirkungen treten erst für die Zukunft ein; zu einer Nichtigkeit ex tunc wird man nur im Ausnahmefall kommen, etwa bei bewusstem Gesetzesverstoß beider Vertragsseiten (BAG 8, 47, 50 = NJW 1959, 2036; BGH 53, 152, 158; für Einzelheiten vgl Staud/Sack Rz 99–102, 120–127; Brox/Rüthers ArbR Rz 64ff).

• **Arbeitsrecht/Arbeitszeitrecht.** Das – in den letzten Jahren mehrfach geänderte – **Arbeitszeitgesetz (ArbZG)** v 6.6.1994 (BGBI I S 1170; letzte Änderung BGBI 2006 I S 2407, 2435) enthält ua zum Schutz der Arbeitnehmer Regelungen über Höchstarbeitszeiten und ein grds Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen. Neben dem nationalen Recht sind in diesem Bereich – insb auch bei der

Auslegung des nationalen Rechts – die EU-RL 89/391/EWG und 93/104/EG zu beachten (Einzelheiten dazu EuGH NJW 2004, 3547 = EuZW 2004, 691; vgl auch EuGH NJW 2003, 2971 = EuZW 2003, 655 und BAG NZA 2006, 862; zur Bedeutung des Arbeitszeitrechts der EU ua: Boerner NJW 2004, 1559; Schliemann NZA 2004, 513 und NZA 2006, 1009). Ob Vereinbarungen, die – auch bei Berücksichtigung der im ArbZG vorgesehenen Sonderregelungen, abw Regelungen und Ausnahmen – nicht im Einklang mit diesen Arbeitszeitvorschriften stehen, unwirksam sind oder ob nur ein für die Wirksamkeit der Vereinbarung bedeutungsloses Beschäftigungsverbot besteht, ist umstr (vgl die Darstellung bei Staud/Sack Rz 199ff). Nach der hM, die jetzt mE auch durch die Rspr des EuGH gestützt wird, ist jedenfalls die Vereinbarung einer erheblichen Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit für die Zukunft unwirksam (BAG 8, 47, 50 = NJW 1959, 2036; BGH NJW 1986, 1486f; 2005, 3447, 3448; Staud/Sack Rz 200; Pal/Heinrichs Rz 15; Brox/Rüthers ArbR Rz 40). Gültig soll es hingegen sein, wenn die vereinbarte Überschreitung nur vorübergehend ist (BAG AP Nr 2 zu § 1 AZO). Dem Schutzzweck der Arbeitszeitvorschriften wird es zumeist genügen, nur die Arbeitszeitvereinbarung im Umfang der Überschreitung der höchstzulässigen Arbeitszeit, nicht aber (Frage des § 139) den gesamten Arbeitsvertrag für unwirksam zu halten und Nichtigkeit nur für die Zukunft (so BAG 8, 47, 50; BGH NJW 1986, 1486; Staud/Sack Rz 200) anzunehmen; eine Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags wird nur ausnahmsweise und nur ex nunc in Betracht kommen (Staud/Sack Rz 201; BAG 8, 47, 49f). – Die Abrede, nach der bei arbeitszeitabhängiger Vergütung der Arbeitgeber berechtigt ist, die zunächst festgelegte Arbeitszeit später einseitig zu reduzieren, stellt eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs-(schutz)rechts dar und ist daher nach § 134 nichtig (BAG NJW 1985, 2151). Zur Umgehung des Altersteilzeitgesetzes vgl Schmidt/Borovsky NZA 1999, 411.

- 30** • **Arbeitsrecht/Ausbildung.** Die Berufsbildung ist jetzt in dem vollständig neu gefassten **Berufsbildungsgesetz (BBiG, BGBl 2005 I S 931; Änderungen BGBl 2006 I S 2407)** geregelt, das mit Wirkung v 1.4.2005 an die Stelle des alten BBiG getreten ist. Das BBiG nF enthält in § 12 eine eigene Bestimmung über nichtige Vereinbarungen. Die Regelung geht § 134 vor. Obergerichtliche Rspr liegt bisher zu § 12 BBiG nF kaum vor (Ausnahme: LAG Hamm NZA-RR 2007, 64). Zum BBiG aF vgl die Voraufgabe und Staud/Sack Rz 212.
- 31** • **Arbeitsvertrag/ausländischer Arbeitnehmer.** Ausländische Arbeitnehmer dürfen idR nicht ohne Arbeitserlaubnis beschäftigt werden (vgl für Bürger aus den neuen EU-Staaten § 284 SGB III iVm § 13 FreizügigkeitsG/EU; für andere Ausländer §§ 4, 18, 39 Zuwanderungsgesetz; § 284 SGB III; Angehörige der alten EU-Staaten bedürfen keiner Arbeitserlaubnis). Bei Fehlen einer Arbeitserlaubnis ist ein geschlossener Arbeitsvertrag gleichwohl nur gem § 134 nichtig, wenn beide Beteiligten gegen das Beschäftigungsverbot absichtlich verstoßen (Nichtigkeit von Anfang an, vgl BAG 22, 22 = NJW 1969, 2112; Staud/Sack Rz 284) oder wenn eine erforderliche Erlaubnis bestandskräftig verweigert wird oder aus anderen Gründen ausgeschlossen ist (ebenso Staud/Sack Rz 284 gegen BAG NZA 1991, 341, 343). Ist hingegen eine erforderliche Arbeitserlaubnis zwar beantragt, aber noch nicht erteilt, oder soll sie beantragt werden oder läuft sie während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses aus, dann soll der Arbeitsvertrag nach der in der Rspr vorherrschenden Meinung wirksam sein, aber gekündigt werden können (BAG 22, 22 = NJW 1969, 2111, 2112; NJW 1977, 1023, 1608; AP § 19 AFG Nr 2, 3; NZA 1991, 341, 343; LAG Hamm NZA-RR 1999, 240; Marschner BB 1998, 370; MüKo/Armbrüster Rz 79). Demgegenüber will Staud/Sack (Rz 284 iVm Rz 167ff) in solchen Fällen wie früher auch das BAG (22, 22 = NJW 1969, 2111) die Regeln für Rechtsgeschäfte anwenden, die mangels einer Genehmigung schwebend unwirksam sind; für diese Ansicht spricht, dass ein bloßes Kündigungsrecht die Konsequenzen aus dem im öffentlichen Interesse bestehenden Beschäftigungsverbot zunächst den Vertragsparteien überlässt.
- 32** • **Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht.** Es kann sich (etwa im Bereich der sog ‚Scheinselbständigkeit‘) ergeben, dass ein Gesellschafter einer Personengesellschaft in Wahrheit Arbeitnehmer ist. Für diesen Fall ist die Auffassung vertreten worden, der Gesellschaftsvertrag sei wegen Unvereinbarkeit mit dem „arbeitsrechtlichen Rechtsformzwang“ nichtig, ein wirksamer Arbeitsvertrag sei zudem nicht gewollt (Lieb RdA 75, 49, 50ff). Diese Auffassung hat sich nicht durchgesetzt; zumindest den Gesellschaftsvertrag wird man als typen gemischten Vertrag grds als wirksam zu behandeln haben (Einzelheiten v. Hoyningen-Huene NJW 2000, 3223ff mwN).
- 33** • **Arbeitsrecht/Gesundheitsrecht, Krankheit.** Ob ein Arbeitsvertrag wirksam ist, der entgegen §§ 42, 43 **Infektionsschutzgesetz (IfSG, BGBl 2000 I S 1045; in Kraft seit dem 1.1.2001; seitdem mehrfach geändert)** ohne Vorlage des vorgeschriebenen Gesundheitszeugnisses abgeschlossen wurde, ist im Einzelfall zu prüfen. Für die ähnliche Vorgängerregelung in §§ 17, 18 BSeuchG war die Frage str (bejahend: LAG Frankfurt DB 1966, 1023; LAG Hamm DB 1969, 1995; MüKo/Armbrüster Rz 76; für den Fall, dass nicht nur das erforderliche Gesundheitszeugnis fehlt, sondern auch die gesundheitlichen Voraussetzungen für seine Erteilung, auch Staud/Sack Rz 253; verneinend BAG AP Nr 1, 2 zu § 18 BSeuchG). Zumindest die differenzierende Auffassung von Staud/Sack verdient mE Zustimmung; die Meinung des BAG wird der Bedeutung der Regelung für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung nicht gerecht.). – Gerade wegen der Bedeutung des (strafbewehrten) Verbotes für den Gesundheitsschutz ist in der Rspr ein Vertrag eines Handelsvertreters, der auf die Verletzung von Vorschriften der Heilmittelwerbung gerichtet war, für nichtig erachtet worden (BGH 53, 156 = NJW 1970, 609, 610). Zur Kürzung von Prämien wegen Krankheit vgl BAG 39, 67 (sehr str). Nicht gegen ein Verbotsgesetz (hier § 5 I S 3 iVm § 12 EFZG) verstößt eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Krankheitstag beizubringen (BAG 86, 357 = NJW 1998, 2762 = AP § 5 EFZG Nr 5 m Anm Schmitt).

• **Arbeitsrecht/Gleichbehandlung.** Zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und zum Diskriminierungsverbot allg vgl bereits unter Rz 25 „Arbeitsrecht“. Das **Verbot geschlechtsbezogener Benachteiligung** (Art 141 – früher Art 119 – EGV; Art 3 GG) wird für Arbeitsverhältnisse seit dessen Inkrafttreten durch das **Allg Gleichstellungsgesetz (AGG, BGBl 2006 I 1897)** gesichert. Auf die Rspr und Lit zu diesem Gesetz ist zu verweisen. Die aus der Zeit vor der Neuregelung stammende Rspr und Lit zur Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsverhältnis (vgl dazu die Hinw in der Voraufgabe zu Rz 34) behält ihre Bedeutung sowohl für Fälle aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des AGG als auch für die Interpretation des AGG. – Unwirksam ist ein Arbeitsvertrag, der gegen ein **gesetzliches Beschäftigungsverbot für Frauen** (vgl Staud/Sack Rz 207) verstößt. – Ist ein Arbeitsvertrag durch den Eintritt einer **Krankheit, der Eheschließung oder einer Schwangerschaft** auflösend bedingt, ist diese Bedingung wegen Verstoßes gegen das EFZG (vorm LohnfortzG; vgl LAG Berlin BB 1961, 95) bzw gegen Art 1, 2, 6 GG (BAG 4, 285; BB 1957, 1036; 59 160) bzw das MuSchG (BAG DB 1959, 174) unwirksam. Zulässig ist hingegen eine Probezeitabrede mit einer Schwangeren (LAG Hannover NJW 1978, 605). Die Verpflichtung, empfängnisverhütende Medikamente zu nehmen, ist allerdings nichtig (LAG Hamm DB 1969, 2354).

• **Arbeitsrecht/Jugendarbeitsschutz.** Ein Arbeitsvertrag unter Verletzung des Beschäftigungsverbots für Kinder (§§ 5, 7 **JArbSchG**) ist ex nunc nichtig (BAG JZ 1973, 382 = DB 1973, 1078; Staud/Sack Rz 256; vgl zur neueren Rechtsentwicklung in diesem Bereich Dembkowsky NJW 1998, 3540). Allerdings sind insoweit die Grundsätze über fehlerhafte Arbeitsverhältnisse (Nichtigkeit idR nur für die Zukunft, vgl Rz 14 und Rz 25 „Arbeitsrecht“) zu beachten. Bei einem Verstoß gegen die vielfältigen Beschäftigungsverbote und –beschränkungen der §§ 22ff JArbSchG wird Nichtigkeit nur in solchen Ausnahmefällen und in dem Ausmaß in Betracht kommen, in denen der Zweck der den Jugendlichen schützenden Norm diese Rechtsfolge erfordert. Zu den Bestimmungen über Arbeitszeit und Freizeit von Jugendlichen (§§ 8ff JArbSchG) vgl Staud/Sack Rz 256 und Zmarzik DB 1988, 442.

• **Arbeitsrecht/Kündigung, Befristung.** Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ohne die erforderliche ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates durch den Arbeitgeber gem § 102 I S 1, 2 BetrVG (vgl dazu etwa: BAG NZA 2006, 990; 2005, 1233; 2004, 1330; 2003, 927 = NJW 2003, 3076) ist schon nach § 102 I S 3 BetrVG unwirksam; einer Heranziehung des § 134 bedarf es nicht. Das gilt auch bei Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes entgegen §§ 15 KSchG, 103 I BetrVG. Unwirksam sind auch die **Kündigung eines Schwerbehinderten** ohne die nach §§ 85, 90 oder 91 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes (früher §§ 15, 18 SchwbG; vgl dazu: BAG 84, 133; NJW 2005, 2796 und 3514; 2006, 1614; Bitzer NZA 2006, 1082; Deibel NVwZ 2006, 63; Gaumann NJW 2006, 1110; Thüsing/Wege NZA 2006, 136; dasselbe gilt für die sonstige Beendigung eines Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten bei erweitertem Beendigungsschutz gem § 92 SGB IX; vgl ferner auch Rz 90 „SGB IX“), die **Erschwerung einer Kündigung** ggü den gesetzlichen Voraussetzungen des § 626 (BGH NJW 2000 2983 mwN; BAG 99, 24 = NZA 2002, 1346; NJW 2005, 3230, 3231) sowie die Verträge, die der **Umgehung des Kündigungsschutzes** (etwa §§ 620ff; KSchG) dienen (vgl BAG 26, 417 – bedingter Aufhebungsvertrag; BAG 10, 65; 13, 129; DB 1982, 121; 26, 417; LAG Hamm AuR 1997, 494; Enderlein RdA 1998, 90 – auflösende Bedingung; BAG 10, 65; 25, 125; 47, 314 = NJW 1985, 2152f; 82, 101 = NJW 1996, 3226; 83, 82 = NJW 1997, 1524; NJW 1998, 1350; 1998, 2237 = NZA 1998, 419; NJW 1999, 597 = NZA 1999, 81; NZA 1997, 313; 1997, 941; 1997, 1222; 1998, 1118 – unzulässige Befristung; NJW 2001, 532; LAG Brandenburg NZA-RR 1997, 127 – Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers; LAG Hessen NZA-RR 2000, 413 – vorzeitige Pensionierung; BGH NJW 2000, 2983 – Vereinbarung einer Abfindung für den Fall einer Kündigung nach § 626; zur Problematik insgesamt Bickel JuS 1987, 861). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber die erlaubte Befristung von Arbeitsverhältnissen durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 (BGBl I 1476) ausgedehnt (dazu Kania DStR 1997, 373; Rolfs NZA 1996, 1134; Sowka BB 1997, 677; Wisskirchen DB 1998, 722; Wohlleben RdA 1998, 277) und mit Wirkung v 1.1.2001 durch das – inzwischen noch mehrfach geänderte – **Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge** (BGBl I 2000, 1966) sowie durch das 1. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v 23.12.2002 (BGBl I 4607) neu geregelt hat (dazu Bauer NZA 2003, 30, 31f; Busch NZA 2001, 593; Däubler ZIP 2000, 1961; Kleinsorge MDR 2001, 181; Preis/Gottward DB 2000, 2070; Sowka DB 2000, 2427). Ältere Rspr zur Befristung als Umgehung zwingender Kündigungsvorschriften ist deshalb für die heutige Rechtslage nur noch mit Einschränkungen von Bedeutung. – Zu beachten ist, dass das Gesetz für die Teilzeitarbeit ein eigenständiges Kündigungsverbot mit Regelung der Unwirksamkeit enthält (§ 11), das neben das allg Kündigungsrecht tritt. Eine **Änderungskündigung** ist (§ 4 IV TVG, § 13 III KSchG) unwirksam, wenn sie auf den Abbau tarifvertraglich gesicherter Leistungen oder eine sonstige tarifwidrige Gestaltung des Arbeitsvertrags abzielt (BAG NJW 1999, 2541 mwN aus der früheren Rspr; vgl auch BAG NZA 1999, 255). Zu Änderungskündigungen bei Unternehmenskrisen Adam DZWIR 2005, 236.

• **Arbeitsrecht/Tarifrecht, Betriebsverfassungsrecht.** Keine Verbotsgesetze im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer sind § 75 BetrVG – Grundsätze für die Behandlung von Betriebsangehörigen (vgl Boemke JuS 1995, 522) und § 99 BetrVG – Mitbestimmung des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen (MüKo/Armbrüster Rz 82; Staud/Sack Rz 215). Dagegen ist § 134 bei Verstößen von Betriebsvereinbarungen gegen vorrangiges **Tarifrecht** iSv § 77 III BetrVG anzuwenden. Für Einzelheiten muss insoweit auf die umfangreiche Spezialliteratur verwiesen werden (vgl etwa Kort NZA 2005, 620; Thon NZA 2005, 858; Goethner NZA 2006, 303). Zu §§ 102 und 103 BetrVG – Mitbestimmung des Betriebsrates bei Kündigungen vgl Rz 36 – „Arbeitsrecht/Kündigung, Befristung“. – Zu § 10 **BAT** als Verbotsgesetz eingehend BGH NJW 2000, 1186

mwN – keine Nichtigkeit durch tarifvertragswidrige Annahme eines Geschenks, BayObLG NJW 1995, 3260 und Hamm NJW-RR 1999, 424.

- 38** • **Arbeitsrecht/Urlaub.** Das **Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)** regelt den Anspruch eines Arbeitnehmers weitgehend zwingend. Von den Regelungen kann zwar in den den Grenzen von § 13 I 1, 2, II und III BUrlG durch Tarifvertrag abgesehen werden (dazu ua Vossen RdA 2006, 382). IÜ sind aber vertragliche Abweichungen zuungunsten des Arbeitnehmers – durch Tarifvertrag wie durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag, von § 7 II 2 abgesehen, unzulässig (§ 13 I 3 BUrlG). Vereinbarungen, die gegen die zwingenden Bestimmungen des Urlaubsrechts verstoßen, sind – auch wenn sie sich erst auf die Zeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses beziehen – gem § 134 unwirksam (BAG 20, 24, 25 = NJW 1967, 2376; vgl auch BAG DB 1985, 48; BB 1988, 1744; NJW 2001, 460, 461). – Ob Arbeitsverträge wirksam sind, die Arbeitnehmer für die Dauer des Urlaubs unter Verstoß gegen § 8 BUrlG schließen, ist str (für Nichtigkeit, mE zutr, Staud/Sack Rz 224 mwN; aA Dieckhoff DB 1966, 1235; vgl auch BAG AP § 8 BUrlG Nr 3). Zur Bedeutung von Art 7 der EU-RL 2003/88/EG vgl Glaser/Lüders BB 2006, 2690.
- 39** • **Arbeitsrecht/Vergütung, Lohn.** In einem Arbeitsvertrag kann die **Vergütung für den Arbeitnehmer** (§§ 611, 612) zwar grds bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (dazu § 138 Rz 76) frei vereinbart werden. Allg gesetzliche Mindestlöhne werden politisch diskutiert, sind aber bisher nicht eingeführt. Die Vereinbarungsfreiheit ist jedoch vor allem durch das Tarifrecht weitgehend beschränkt. Für tarifgebundene Arbeitnehmer ist die Unterschreitung des Tariflohnes oder die einzelvertragliche Vereinbarung von Ausschlussfristen für tarifliche Rechte schon nach § 4 III, IV S 3 **Tarifvertragsgesetz (TVG)** unzulässig (st Rspr seit BAG 1, 348, 352; vgl auch zB BAG NJW 2000, 1186, 1187 und NZA 2005, 1320; diese Regelung geht als Spezialregelung § 134 vor. Ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag (§ 5 TVG) enthält – vorbehaltlich etwaiger Ausnahmen – für seinen Geltungsbereich ein allg gesetzliches Verbot (dazu: Staud/Sack Rz 24 mwN) für die Vereinbarung von Arbeitslöhnen, die unter den Tariflöhnen liegen. Dies gilt im Anwendungsbereich und unter den Voraussetzungen des **Arbeitnehmerentendegesetzes (AEntG)**, BGBI I 1996 S 227; letzte Änderung BGBI 2006 I S 926; vgl §§ 1, 7; vgl dazu auch Bündenbender RdA 2000, 193; Haussmann FD-Arb 2007, 209952) auch für Arbeitnehmer von Unternehmen mit Sitz im Ausland, die in Deutschland beschäftigt werden. Nichtig ist ferner eine **Vergütungsabrede**, die gegen § 4 **TzBfG** (früher § 2 I BeschFG) verstößt, wonach der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer nicht wegen der Teilzeitarbeit ggü vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern unterschiedlich behandeln darf (BAG DB 1989, 1726; NZA 1995, 936; NJW 1996, 2810 und 2812; vgl auch BVerfG NZA 1993, 741). Zur **Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Arbeitslohn** vgl iÜ Rz 34 „Arbeitsrecht/Gleichbehandlung“; zu unterschiedlichen Vergütungssätzen bei sachgerechter Gruppenbildung: BAG NJW 1997, 2000; Söllner NZA 1996, 847; zur Gleichbehandlung bei der Vergütung im Verhältnis altes Bundesgebiet/Beitrittsgebiet: BAG ZIP 2000, 1680. Vgl iÜ Rz 25 „Arbeitsrecht“. – Gem § 117 I GewO sind Lohnzahlungsverträge, die entgegen § 115 GewO eine **Entlohnung in Naturalien** vorsehen, unwirksam (zum Truckverbot BAG BB 1974, 1026; BB 1979, 1558). Ungültig ist auch ein **Verzicht auf Lohnfortzahlung** entgegen §§ 2ff iVm § 12 **EFZG** (bis 31.5.1994: § 9 LohnfortzG; BAG 24, 1 = NJW 1972, 702; NJW 1980, 2325; 1981, 1061; NJW 2002, 1819 = NZA 2002, 387; NZA 2002, 1163 = BB 2002, 889). Das gilt jedoch dann nicht, wenn ein **vergleichsweiser Verzicht** auf eine bereits entstandene Forderung vorliegt (BAG NJW 1977, 1213); ähnlich § 4 IV S 1 TVG für einen Verzicht auf tarifliche Rechte.
- 40** • **Arbeitsrecht/Versorgungsregelung.** Das – seit dem Erlass am 19.12.1974 vielfach geänderte – **Betriebsrentengesetz (BetrAVG)**, letzte Änderungen BGBI I 2005, 2546 und BGBI I 2006, 2742) schränkt die Zulässigkeit von Vereinbarungen über eine Abfindung (§ 3) oder eine Übertragung unverfallbarer Anwartschaften (§ 4) ein; ein Verstoß gegen diese Regelungen fällt unter § 134 (für Abfindung: BAG 44, 29 = WM 1984, 856; BB 2002, 2333; NZA 2007, 278 = BB 2007, 471; zur Abgrenzung BAG DB 2006, 959 = NZA-RR 2006, 336. Zur Übertragung gem § 4 id jetzigen Fassung Kock BB 21004, 1162; Reichel/Volk DB 2005, 886; Rolfs NZA 2005, 745; str ist vor allem die Übertragbarkeit bei Unternehmensspaltungen; dazu: BAG NZA 2005, 639; Bahnsen NJW 2005, 3328; Langohr-Plato NZA 2005, 966). Auf das Verbot eines unterschiedlichen Rentenzugangsalters für Männer und Frauen aus Art 141 – früher Art 119 – EGV (vgl EuGH E I 1990, 1889 = AP Art 119 EGV Nr 20) kann sich ein Mann nur für Dienstzeiten nach dem 17.5.1990 (= Datum der Entscheidung des EuGH) berufen. Versorgungszusagen mit einem unterschiedlichen Rentenzugangsalter für Männer (65) und Frauen (60) verstoßen für eine vom BAG bis zur oa Entscheidung des EuGH bemessene Übergangszeit auch nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art 3 III GG (BAG BB 1997, 1417 = DB 1997, 1475 = EWiR 1997, 701 [Schumann] im Anschluss an BAG AP § 6 BetrAVG Nr 6 = EWiR 1990, 637 [Pfeiffer]; vgl auch BVerfG AP § 25 Nr 3; AP AZO § 19 Nr 2). Zur Gleichbehandlung bei der Altersversorgung – auch im Hinblick auf Art 119 EGV – vgl ferner EuGH NJW 2001, 3693 mwN auf Vorlage von BAG 91, 155 = NZA 2000, 90; BAG 75, 143 = NJW 1994, 788; NJW 1995, 3140; NZA 1998, 762; 1998, 782; 1998, 1173; Griebeling NZA 1997, 449.
- 41** • **Architekt/Ingenieur.** Beim Grundstückserwerb oder beim Erwerb eines Erbbaurechts (Custodis DNotZ 1973, 526, 534f) sind die Vereinbarung einer **Architektenbindung**, die Verpflichtung zur Übernahme eines vom Veräußerer eingegangenen Architektenvertrags oder die Bindung an Pläne eines bestimmten Architekten wegen Art 10 § 3 MietrechtsverbesserungsG (BGBI I 1971, 1745) nichtig (dazu allg Pauly BauR 2006, 769); erfasst wird dabei jede Gestaltung, die den Erwerb eines Grundstücks rechtlich oder tatsächlich unmittelbar oder mittelbar von dem Auftrag an einen bestimmten Architekten abhängig macht (BGH 70, 55, 60 = NJW 1978, 1434f; 89, 240, 243; NJW 1982, 2189; 1983, 227; NJW-RR 1992, 1372 = BauR 1993, 104;

NJW-RR 1998, 952 = LM MietrechtsverbG Nr 23 m Anm Koebler; dazu auch Lauer BB 1998, 1969; BGH NJW 2000, 2354 = WM 2000, 1553 = NZBau 2000, 343; NJW-RR 2006, 1249; KG NJW-RR 1992, 916; das gilt auch nach Architektenwettbewerben der öffentlichen Hand (Hamm NJW-RR 1996, 662 abw v Köln NJW-RR 1989, 1110) oder wenn das Grundstück dem Architekten selbst gehört (BGH 70, 55, 59) oder wenn der Erwerber die Planung des Architekten nicht verwerten muss (BGH NJW 2000, 2354 = NZBau 2000, 343, 344), nicht hingegen bei Verträgen mit Bauträgern (vgl BGH 63, 302; 96, 275, 278f; NJW-RR 1989, 147). Das Verbot greift auch ein, wenn eine Architektenbindung anlässlich einer Auftragserteilung zur Grundstücksvermittlung eingegangen wird (BGH WM 1979, 759f; 80, 17f; Hamm BauR 1974, 135) oder ein Grundstücksnachweis vom Abschluss eines Architektenvertrags abhängig gemacht wird (BGH 64, 173; NJW-RR 1998, 952). Dagegen gilt das Koppelungsverbot grds nicht, wenn ein Käufer ein Grundstück von einem Architekten erwirbt und sich ein Dritter aus Eigeninteresse an dem Geschäft verpflichtet, an den Architekten ein Honorar zu zahlen (BGH NJW-RR 2006, 1249 und dazu NJW-Spezial 2006, 360). Zur Abgrenzung verbotener von zulässigen Vereinbarungen vgl auch BGH NJW 1993, 2240; 2000, 2354 = WM 2000, 1553; BauR 2000, 1213 = NZBau 2000, 343; Hamm BauR 1993, 494 (Haß), Frankfurt NJW 1995, 1484 und LG Kiel NJW-RR 1995, 981; mögliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Koppelungsverbot behandelt Lass, DNotZ 1996, 742, 746ff.

Eine Verletzung berufsordnungsrechtlicher Bestimmungen durch den Architekten (etwa Nichteintragung in die Architektenliste) führt idR nicht zu einer Nichtigkeit eines mit dem Architekten geschlossenen Vertrags (Naumburg IBR 2006, 1249; Kesselring/Hennig NJW 2006, 3472, 3474).

Für die Vergütung von Architekten- und Ingenieurleistungen sind durch die **HOAI bindende Mindest- und Höchstsätze** festgesetzt (§ 4 I HOAI). Sie bilden den preisrechtlichen Rahmen, in dem Honorarvereinbarungen zulässig sind. Ausnahmen sind nur in engen Grenzen gestattet (etwa § 4 II und III, § 4a S 3, § 5 IVa HOAI). Die Regelung ist im Grundsatz verfassungskonform; die Mindestsätze gelten allerdings nicht für Architektenwettbewerbe (BVerfG NJW 2006, 495 = NZBau 2006, 121; dazu Schwenker BauR 2005, 1046). Umstr sind die Vereinbarkeit der Regelung mit dem EG-Wettbewerbsrecht und der EG-Dienstleistungsfreiheit sowie die Anwendbarkeit bei grenzüberschreitenden Architekten- und Ingenieurverträgen (vgl dazu EU-Kommission NZBau 2005, 71; BGH NJW 2003, 2020 = NZBau 2003, 286; Fetsch NZBau 2005, 71; Hartung NZBau 2003, 353; Hettich NZBau 2005, 190; Hök BauR 2002, 1471; Quack ZfIR 2003, 419; Wenner ZfIR 2003, 421). Jedenfalls im Inland verstößt eine unzulässige vertragliche Unterschreitung der Mindestsätze oder Überschreitung der Höchstsätze gegen das in dieser Regelung liegende gesetzliche Verbot. Das Verbot erfasst auch Unterschreitungen oder Überschreitungen des preisrechtlichen Rahmens durch die Vereinbarung von zu niedrigen oder zu hohen Bemessungsfaktoren, etwa einer zu niedrigen Honorarzone. Ein preisrechtlicher Verstoß liegt aber nicht vor, solange sich das Honorar, das sich insgesamt aus den vereinbarten Bemessungsregelungen ergibt, noch in dem vorgegebenen Rahmen hält. Darlegen muss einen Verstoß gegen § 4 HOAI, wer daraus für sich eine günstige Rechtsfolge ableitet (BGH NJW-RR 2002, 159, 160 mwN). Rechtsfolge eines Verstoßes ist, dass an die Stelle der unzulässigen Vergütungsvereinbarung die Mindest- bzw Höchstvergütung nach der HOAI tritt (vgl auch § 4 IV HOAI). Zum Ganzen und zu wichtigen Einzelfragen vgl vor allem: BGH 60, 199, 205; 133, 399, 401f = NJW 1997, 586; 136, 1 = NJW 1997, 2329; 136, 125, 136 = NJW 1997, 2599; 159, 376 = NJW 2004, 2588; 160, 267 = NJW-RR 2005, 322 = NZBau 2005, 46 m Bespr Schwenker/Schramm ZfIR 2005, 121; BGH BauR 1990, 239; NJW 1993, 661; 1997, 2329 = LM HOAI Nr 35 [Koebler]; NJW-RR 1997, 1448; NJW 1998, 2672; NJW 2000, 1114; NJW-RR 2002, 159 = NZBau 2002, 690; NJW-RR 2003, 593 = NZBau 2003, 281; NJW-RR 2004, 233 = NZBau 2004, 159; NJW-RR 2005, 669, 671 = NZBau 2005, 285; NJW-RR 2005, 749 = NZBau 2005, 349; BVerfG NJW-RR 1999, 1542; Auerhaus ZfIR 2005, 414; Jagenburg NJW 1997, 2277, 2282; Kesselring NJW 2006, 3472, 3478; Neuenfeld BauR 1998, 458 und NZBau 2005, 15; Steeger BauR 2003, 794. Nicht unter das Verbot fallen Honorarvereinbarungen für untypische Leistungen eines Architekten, die vom Regelungsbereich der HOAI nicht erfasst werden (BGH NJW 1998, 1228; Kesselring/Hennig NJW 2004, 3535, 3539f und NJW 2006, 3472, 3477), sowie Vereinbarungen über die geschuldete Vergütung, die *nach* Beendigung der Architektentätigkeit getroffen werden (etwa Erlass, Vergleich; BGH NJW-RR 2001, 1384 = NZBau 2001, 572; NJW 2003, 200 = NZBau 2003, 386; Düsseldorf NJW-RR 1998, 1099; Hamm NJW-RR 1998, 811; Naumburg NZBau 2003, 44). Wenn der Architekt nach einer unter den Mindestpreisen liegenden Pauschalpreisvereinbarung später den Mindestpreis berechnen will, kann ihm der Auftraggeber uU § 242 (widersprüchliches Verhalten) entgegensetzen (BGH 136, 1 = NJW 1997, 2329). Zu § 242 vgl aus jüngerer Zeit ferner Celle NZBau 2005, 470; Koblenz NZBau 2005, 466 und BauR 2006, 551; Köln NZBau 2005, 467 und BauR 2005, 582; Für weitere Einzelheiten muss auf die Spezialliteratur zur HOAI verwiesen werden; vgl auch zu § 125 Rz 3.

• **Arzneimittelrecht.** Verträge zum Erwerb apotheken- oder rezeptpfl Arzneimittel sind nach wohl hM idR auch dann wirksam, wenn dabei Bestimmungen des Arzneimittelrechts über die Abgabe von Arzneimitteln (etwa §§ 43ff, 56ff AMG) verletzt werden; etwaige Verstöße werden insoweit in erster Linie nicht zivilrechtlich, sondern öffentlich-rechtl (Bsp: OVG Münster NJOZ 2006, 2484; VGH München NJW 2006, 715) zu sanktionieren sein (BGH NJW 1968, 2286; dazu Hoschbach NJW 1973, 446; aM MüKo/Armbrüster Rz 90; differenzierend Staud/Sack Rz 203). Seit einer zum 1.1.2004 in Kraft getretenen Neufassung von §§ 43, 73 I Nr 1a AMG und §§ 11a/11b ApG ist auch der Versandhandel mit (rezeptfreien und rezeptpflichtigen) Arzneimitteln durch Apotheken grds nicht mehr verboten; das gilt auch für den Versandhandel (nicht für die Versteigerung) apothekenpflichtiger Arzneimittel, VGH München NJW 2006, 715) über das Internet (dazu: Bucker/Gabriel JuS 2007, 60; Hösch GewA 2004, 14; Koch EuZW 2004, 50; Marwitz MMR 2004, 218; zur Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit gem Art 28 EGV für den Versandhandel vgl EuGH NJW 2004,

131 = EuZW 2004, 21 mit Bespr von Koch EuZW 2004, 50; König/Meurer/Enelmann EWS 2004, 65; Lenz NJW 2004, 332; Mand MMR 2004, 149; Streinz JuS 2004, 518). Die ältere Rspr und Lit zum Verbot des Versandhandels (auch Internethandels) mit Arzneimitteln ist durch die Rechtsentwicklung weitgehend überholt. Im Zusammenhang mit der Freigabe des Versandhandels wird auch die früher verbotene Abgabe von Arzneimitteln an einem Autoschalter nicht mehr als unzulässig angesehen (BVerwG NVwZ 2005, 1198). Ein Verbotsgesetz enthält hingegen mE die durch G v 7.9.1998 (BGBl I 2649) neu eingefügte Bestimmung des § 6a I AMG (dazu: Lippert NJW 1999, 837; Mayer SpuRt 2002, 97; zu erwogenen und inzwischen durch G v 24.10.2007, BGBl I S 2510, realisierten weiteren Gesetzesänderungen: Parzeller/Rüdiger ZRP 2007, 137), die es bei Strafandrohung (§ 95 I Nr 2a AMG; dazu Heger SpuRt 2001, 92; Leopold NJW-Spezial 2006, 423) untersagt, Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr zu bringen, zu verschreiben oder bei anderen anzuwenden (aM Staud/Sack Rz 203). Bei einem strafbaren Verstoß (vgl dazu etwa BayObLG NJW 1996, 1606; Hamburg NStZ 1995, 598; AG Solingen NJW 1996, 1607) kommt iÜ § 138 in Betracht. Nach wie vor iSv § 134 verboten ist ein Arzneimittelverkauf im **Reisegewerbe** unter Verstoß gegen § 51 I (früher § 36) AMG (Staud/Sack Rz 203; LG Stuttgart NJW 1965, 354 zu § 36 aF; LG Düsseldorf, NJW 1980, 647). Ferner kann ein Verstoß gegen das Importverbot für nicht zugelassene bzw registrierte Arzneimittel gem § 73 AMG zur Nichtigkeit gem § 134 führen (Karlsruhe NJW-RR 2002, 1206; vgl auch KG MMR 2005, 246 = WRP 2005, 514). Vgl auch Rz 24 „Apothekengesetz“.

- 43 • **Arzt/Bundesärzteordnung (BÄrzteO):** Wer in Deutschland einen ärztlichen Beruf ausüben will, bedarf (von Sonderregelungen für Ärzte aus der EU und aus Vertragsstaaten abgesehen, §§ 2 III, 10b BÄrzteO) der Approbation als Arzt (§ 2 I BÄrzteO) oder – für eine vorübergehende oder eine auf bestimmte Tätigkeiten beschränkte Ausübung des ärztlichen Berufs – einer Erlaubnis (§§ 2 II, 10 BÄrzteO). Die Regelung soll Patienten vor einer nicht sachgemäßen ärztlichen Behandlung durch eine dafür nicht qualifizierte Person schützen. Deshalb ist diesen Bestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck zu entnehmen, dass sie die vertragliche Übernahme ärztlicher Leistungen durch eine Person, der die erforderliche Approbation oder Erlaubnis weder erteilt ist noch erteilt werden kann, iSv § 134 verbieten. Damit unvereinbare Verträge sind nichtig; das gilt sowohl für Heilbehandlungsverträge mit einem Patienten (Staud/Sack Rz 206) als auch für Arbeitsverträge, die (etwa zw einem Krankenhaus und einer solchen Person oder zw einem niedergelassenen Arzt und einer solchen Person als Vertreter) auf eine ärztliche Tätigkeit gerichtet sind (BAG MedR 2005, 362; Düsseldorf NJW 1988, 2308; Spickhoff NJW 2006, 1630, 1632), als auch für einen Gesellschaftsvertrag, in dem eine solche Person die Verpflichtung zu ärztlichen Leistungen übernimmt (vgl München MedR 2006, 172 zu einem Gemeinschaftspraxisvertrag; Spickhoff NJW 2006, 1630, 1632; vgl auch zu Kooperationsformen ärztlicher Tätigkeit: Saenger NZS 2001, 234). Unwirksam ist auch – wegen Verstoßes gegen die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte – die Übernahme einer kassenärztlichen Praxis durch einen Arzt ohne Kassenzulassung (München NJW-RR 1998, 1441). Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für eine zulässige ärztliche Tätigkeit vgl ferner Spickhoff NJW 2007, 1628.

Als **Vergütung für die ärztliche Tätigkeit** sieht die GOÄ (§§ 3ff) Rahmengebühren mit Höchst- und Mindestsätzen vor; die Bestimmungen gelten auch für die Abrechnung medizinisch nicht indizierter kosmetischer Operationen (BGH NJW 2006, 1879; Stuttgart NJW-RR 2002, 1604, 1605). Für die Vereinbarung einer von dem Rahmen der GOÄ abw Höhe ist Schriftform mit zusätzlichen Modifikationen vorgeschrieben (§ 2), bei Nichteinhaltung der Form tritt Nichtigkeit schon nach § 125 ein. Für Vergütungsvereinbarungen nach der GOZ gilt dies entspr (zu den inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Vereinbarung nach der GOZ sehr instruktiv BGH NJW 1998, 1786ff = JZ 1999, 150 m krit Anm Kern/Schumann mwN sowie – einschränkend – BVerfG NJW 2005, 1036). Zur Anwendung von § 4 bei Abrechnung wahlärztlicher Leistungen im Krankenhaus: LG Konstanz VersR 2003, 867; Krämer ArztR 2003, 181; Schulte/Eberz MedR 2003, 388 und Spickhoff NJW 2004, 1710, 1712f. Zur Abgrenzung einer verbotenen Provision von zulässiger Vergütung Bonvie MedR 1999, 64. Zur Wirksamkeit von grenzüberschreitenden Vergütungsvereinbarungen für ärztliche Leistungen (zB Arzt im Inland/Patient im Ausland oder umgekehrt) Spickhoff NJW 2004, 1710 und Spoerr/Uwer MedR 2003, 668, 673.

Ein **Arzt oder Zahnarzt** kann ohne Zustimmung seines Patienten seinen aus privatärztlicher Behandlung entstehenden **Anspruch auf Vergütung oder Schadensersatz** wegen entgangenen Gewinns nicht wirksam unter Übergabe der Abrechnungsunterlagen zur Rechnungserteilung und Einziehung an eine (gewerbliche oder auch privatärztliche) Verrechnungsstelle abtreten, weil er damit unter Verletzung von § 203 I Nr 1 StGB gegen seine ärztliche Schweigepflicht verstößt (vgl BGH 115, 123 = NJW 1991, 2955 = LM Nr 134 [König] = JuS 1992, 153 [Emmerich] = MedR 1991, 327 [Taupitz]; NJW 1992, 2348 = JR 1993, 22 [Schlund]; LM Nr 145; NJW 1996, 775 für den Schadensersatzanspruch; der Auffassung des BGH ist die obergerichtliche Rspr einhellig gefolgt, vgl zB Bremen NJW 1992, 757; Düsseldorf NJW 1994, 2421; Hamm NJW 1993, 791; Karlsruhe NJW 1998, 831; Köln MDR 1992, 447 = VersR 1992, 319; NJW 1993, 793; MedR 1996, 369; Oldenburg NJW 1993, 758; zur Abgrenzung vgl Celle NJW 1995, 786 und LG Dortmund NJW-RR 2006, 779 – **Tierarzt** – und LG Bonn NJW 1995, 2419 – Einzugs ermächtigung bei Krankenhausbehandlung; s auch Berger NJW 1995, 1584; Brötel NJW 1998, 3387 – zur Bedeutung der neueren Rspr für § 807 ZPO; Gramberg-Danielsen/Kern NJW 1998, 2708 – insb zutr gegen eine unterschiedliche Beurteilung der Abtretung an gewerbliche Verrechnungsstellen einerseits und privatärztliche Verrechnungsstellen andererseits; Hohenstatt AnwBl 1993, 603 und 94, 60; Körner-Dammann NJW 1992, 729; Taupitz MDR 1992, 421; zur formularmäßigen Einwilligung des Patienten Fischer/Uthoff MedR 1996, 115; zum notwendigen Inhalt der Einwilligung Karlsruhe NJW 1998, 831; LG Stuttgart NJW-RR 1997, 1068; zum Verhältnis von § 203 StGB und § 302 II SGB V sowie zur Abtretbarkeit von Vergütungsforderungen nichtärztlicher Leistungserbringer: Hamm NJW 2007, 849 und dazu krit Lips/Schönberger NJW 2007, 1567). – Ebenfalls wegen Verstoßes ge-

gen § 203 I Nr 1 StGB nichtig ist die bei **Veräußerung einer Arztpraxis** übernommene Verpflichtung, dem Erwerber – auch ohne Zustimmung der betroffenen Patienten – die Patienten- und Beratungskartei zu übergeben (abw von der früheren Rspr, vgl BGH NJW 1974, 602; BGH 116, 268, 272 = NJW 1992, 737 = LM Nr 137 [Körner-Dammann] = JR 1992, 199 [Schlund] = VersR 1992, 448 [Taupitz]; NJW 1992, 1545; KG NJW-RR 1996, 431 = MedR 1996, 220 – Zahnarztpraxis – m Anm Goette DSr 1995, 1925; vgl auch BGH NJW 1995, 2026 = LM Nr 149 [Lauda] sowie München NJW-RR 1998, 1441; dazu Hohenstatt AnwBl 1994, 60; Hülsmann/Maser MDR 1997, 111; Kamps NJW 1992, 1545; Körner-Dammann NJW 1992, 1543). Die Nichtigkeit trifft in diesen Fällen gerade auch das Erfüllungsgeschäft. Die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Übergabe der Kartei kann über § 139 trotz einer salvatorischen Klausel zur Gesamtnichtigkeit des Veräußerungsvertrags führen (BGH NJW 1996, 774 mwN; KG NJW-RR 1996, 431). – Verträge zw Ärzten über die **gegenseitige Patientenzuweisung** sind bei Verstoß gegen die Berufsordnung für Ärzte nichtig (BGH NJW 1986, 2360; LG Heidelberg MedR 1998, 273; aM Taupitz JZ 1994, 226f mwN).

Zu den gesetzlichen Grenzen für die **Gentherapie**, die **Fortpflanzungsmedizin** und die **Transplantationsmedizin** – und damit auch für Rechtsgeschäfte in diesem Bereich – Laufs NJW 1998, 1750, 1754 und NJW 1999, 1758, 1762ff mwN. Vgl ferner Rz 97 – „Transplantationsgesetz“.

Vgl auch Rz 21 „Abtreibung“, Rz 50 „berufsständische Satzung“, Rz 53 „Embryonenschutzgesetz“, und Rz 66 „Heilbehandlung“ sowie zur Nichtigkeit bei Verstoß gegen § 203 StGB auch Rz 80 „Patentanwalt“, Rz 84 „Rechtsanwalt“, Rz 92 „Steuerberater“ und zum Gebührenrecht auch Rz 41 „Architekt/Ingenieur – HOAI“.

• Im **Außenwirtschaftsverkehr** kommt eine Unwirksamkeit gem § 134 zumindest für solche Verträge in Betracht, die deutschem Recht unterliegen und mit Bestimmungen des Außenwirtschaftsgesetzes oder der auf dieser Grundlage ergangenen Verordnungen oder sonstigen für den Außenwirtschaftsverkehr maßgebenden Rechtsvorschriften (etwa: völkerrechtlich verbindliche Embargobestimmungen, Kriegswaffenkontrollgesetz) schlechthin nicht im Einklang stehen; genehmigungsfähige Verträge sind bis zur bestandskräftigen Entscheidung über die Genehmigung hingegen nur schwebend unwirksam (vgl Rz 5).

• **Bank/Geldinstitut.** Zur Kündigung von Giroverträgen mit rechtsextremen politischen Parteien (DVU, NPD) vgl § 138 Rz 82 „Bankkonto“. Zur Abtretung von Darlehnsforderungen gegen Bankkunden vgl Rz 52 – „Datenschutz“; zur Unwirksamkeit von Bankgeschäften vgl iÜ Rz 74 „Kreditwesen“.

• **Bauordnungsrecht.** Ein Verstoß gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften führt grds nicht über § 134 zur Unwirksamkeit des Vertrags über Werkleistungen an einem Bauwerk (BGH 75, 368; KG JW 1938, 2349; Köln NJW 1961, 1024). Insb ist ein Bauvertrag trotz (noch) fehlender Baugenehmigung wirksam (zu den privatrechtlichen Konsequenzen einer Verweigerung der Baugenehmigung Miersch JuS 2001, 1083). Nichtigkeit kommt in Betracht, wenn von vornherein vereinbart wird, ohne Baugenehmigung oder gegen Bauordnungsrecht zu bauen. Ein Mietvertrag ist auch bei Verstoß gegen ein bauordnungsrechtliches Nutzungsverbot wirksam (BGH 75, 366; VGH Kassel NJW 1964, 2444; OVG Lüneburg DÖV 1968, 699; LG Frankfurt NJW 1977, 1885; aM AG Celle NZM 1999, 473; AG Hamburg NZM 1999, 460; vgl auch zu § 306 BGH NJW 1980, 777; zu § 536 Düsseldorf ZMR 1993, 275 und NJOZ 2006, 2978).

• Nach dem **Bauplanungsrecht** kann ein Anspruch auf Aufstellung oder Änderung einer Bauleitplanung entgegen § 2 III BauGB durch Vertrag mit einer Gemeinde nicht wirksam begründet werden (BGH 76, 16, 22; BVerwG NJW 1980, 2538; VGH Mannheim NVwZ 1993, 773). Auch darf eine Gemeinde die Änderung eines Bebauungsplanes nicht davon abhängig machen, dass der bauwillige Eigentümer anstelle eines nicht mehr festsetzbaren Erschließungsbeitrags an sie einen Geldbetrag für einen gemeinnützigen Zweck leistet (BVerwG 111, 162 = DNotZ 2000, 760; dazu Grziwotz ZfIR 2000, 720 und Hermanns JA 2001, 200). Bei einer (freiwilligen) Baulandumlegung darf der nach dem Umlegungsrecht zu leistende Flächenbeitrag eines Grundeigentümers nicht durch Vereinbarung eines unangemessen hohen Geldbeitrags ersetzt werden (BVerwG BauR 2002, 57 = NVwZ 2002, 473). Zulässig sind aber Vereinbarungen über die Rechtsfolgen des Scheiterns einer vorausgesetzten gemeindlichen Planung (vgl Oerder NVwZ 1997, 1190, 1192). **Städtebauliche Verträge** mit Privaten sind nach dem Bau- und Raumordnungsg 1998 (BGBI I 1997, 2081) nun in § 11 BauGB geregelt und in den Grenzen dieser Bestimmung (dazu Oerder NVwZ 1997, 1190ff; Busse BayVerwBl 2003, 129; vgl auch Molitor ZfBR 1998, 72) zulässig. Unwirksamkeitsgründe können ein Verstoß gegen § 11 II 2 BauGB oder die Unangemessenheit der vereinbarten Leistung iSv § 11 II 1 BauGB sein (BGH NJW 2003, 888, 889 = BauR 2003, 703 m Bespr von Bunzel LMK 2003, 86; Grziwotz DNotZ 2003, 341; Pützhoven NotBZ 2003, 235; Reidt BauR 2004, 941; vgl auch Grziwotz BauR 2005, 812 und Reicherzer KommJur 2004, 327; ferner München NJOZ 2006, 4075; OVG Lüneburg BauR 2006, 1703; LG München NVwZ 2005, 119 m Bespr von Bleuthge MittBayNot 2005, 100; Busse MittBayNot 2005, 103; Reicherzer ZfIR 2004, 981; Roithmaier NVwZ 2005, 56). Ein **Erschließungsvertrag** mit einer Gemeinde ist insoweit nichtig, als er unter Verstoß gegen § 129 BauGB eine zu geringe Beteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten vorsieht (BGH 65, 368, 370ff; Celle OLG 1971, 16). Dasselbe gilt für eine Vereinbarung zur Ablösung des Erschließungsbeitrags iSv § 133 III 5 BauGB, wenn es an einer wirksamen Ablösungsbestimmung fehlt (VGH Mannheim VBl BW 2004, 224 = DVBl 2003, 1404; VGH München BayVerwBl 2005, 438; Naumburg NVwZ-RR 2007, 122). Zur Gültigkeit eines „**Vergleichsvertrags**“ zw einer Gemeinde und einem Wohnungsbauunternehmen – Verzicht auf Ankaufsrecht und Vorkaufsrecht; Verpflichtung zur Erteilung einer Sanierungsgenehmigung bei Rückerstattung einer Subvention VGH Mannheim NJW 1998, 1089. Vgl auch unter „Koppelungsvertrag“, Rz 73.

- 48 • **Bauträgerverträge/Baubetreuungsverträge**, die gegen § 34c I Nr 2 GewO (vgl Fricke GewA 1975, 255) oder gegen die zu § 34c III GewO ergangene Makler- und BauträgerVO verstoßen, sind in der Vergangenheit vielfach als gültig angesehen worden (Bremen NJW 1977, 639; Frankfurt NJW 1979, 879 mwN). Eine § 3 MaBV widersprechende Fälligkeitsvereinbarung soll hingegen nach der neueren Rspr (BGH 146, 250 = NJW 2001, 818 = DNotZ 2001, 201 m Anm Schmidt = LM § 134 Nr 172 m Bespr Pause = ZIP 2001, 245 m Anm Grziwotz; BGH NJW 2007, 1947 = NZBau 2007, 437; dazu Weise NJWSpezial 2007, 357; vgl auch Koblenz NJW-RR 2003, 1173, 1174) gem § 12 MaBV, § 134 mit der Wirkung nichtig sein, dass an ihre Stelle die Regelung des § 641 I tritt. Zu der für die Praxis sehr bedeutsamen Entscheidung – tw krit – und zur Gesamtproblematik, auch zur Bedeutung des neuen § 632a in diesem Zusammenhang, eingehend und mit weiteren Verweisen: Drasdo NJW 2007, 2741; Glöckner BauR 2001, 535; Grziwotz ZfIR 2001, 521; Jagenburg/Weber NJW 2001, 3453, 3455; Kanzleiter DNotZ 2001, 165; Pause NZBau 2001, 181; Quack BauR 2001, 507; Schmidt BauR 2001, 866; Schmidt-Räntsch NZBau 2001, 356; Schmucker ZfIR 2001, 426; Sorge/Vollrath DNotZ 2001, 261; Thode ZfIR 2001, 345; Ullmann NJW 2002, 1073; Wagner BauR 2001, 1313 und ZfIR 2001, 422. Bei von § 3 MaBV abw Fälligkeitsvereinbarungen lässt sich Nichtigkeit vermeiden, wenn der Bauträger dem Erwerber vor Leistung einer Vorauszahlung vertragsgemäß eine Bürgschaft iSv § 7 MaBV stellt (BGH NZBau 2005, 461 = BauR 2005, 1158; NZBau 2005, 394 = BauR 2005, 1156; vgl dazu auch: EuGH NZBau 2004, 321 und BGH Hinw in NZBau 2005, 488; Einzelh bei Pause NZBau 2006, 342, 344ff mwN). Wegen Verstoßes gegen §§ 3, 12 MaBV nichtig ist ferner die in einem Bauträgervertrag getroffene Vereinbarung, nach der sich der Erwerber der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft und der Notar die **Vollstreckungsklausel** ohne besonderen Nachw erteilen darf (vgl mit eingehender Darstellung des Meinungsstandes: BGH 139, 387 = NJW 1999, 51 = LM § 134 Nr 162 m Anm Basty; zur Problematik ferner BGH NJW 2002, 138; Celle BauR 2000, 588; Dresden DNotZ 2000, 126 m Anm Reithmann = NJW-RR 1999, 1398; Frankfurt BauR 2000, 739; Hamm BauR 2000, 1509; Köln NJW-RR 1999, 22 und VersR 2000, 74; Zweibrücken BauR 2000, 1209; LG Mainz NJW-RR 2000, 167; Blomeyer NJW 1999, 472, 473f; Drasdo NZM 1998, 256 – zu BGH aaO – und NZM 1999, 1 sowie Jagenburg/Weber NJW 2001, 3454, 3457 und Pause NJW 2000, 769).
- 49 • **Beamtenrecht/öffentlicher Dienst**. Die Nebentätigkeit eines **Beamten** oder Angestellten ohne die nach dem Beamtenrecht oder dem BAT erforderliche Erlaubnis führt nicht zur Nichtigkeit des über die Nebentätigkeit geschlossenen Vertrags (BGH NJW 1974, 1377; Schleswig SchlHA 1974, 205). Dagegen folgt aus einem Verstoß gegen das Verbot der Vorteilsannahme (§ 43 BRRG, § 70 BBG, § 331 StGB) die Unwirksamkeit der Vereinbarung (Stach NJW 1988, 943; vgl zu § 10 BAT aber Rz 37 „Arbeitsrecht/Tarifrecht“; zur Abgrenzung einer verbotenen Vorteilsannahme von einer zulässigen erbrechtlichen Zuwendung vgl BayObLG NJW 1995, 3260).
- 50 • **Berufsständische Satzungen**. Durch öffentlich-rechtl berufsständische Satzungen, die aufgrund einer entspr gesetzlichen Regelung erlassen worden sind, kann in den sog freien Berufen die Berufsausübung verbindlich geregelt werden. Die Satzungsregelungen müssen allerdings wie ihre gesetzliche Grundlage im Hinblick auf Art 12 GG durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen; sie müssen sich an den gesetzlichen Vorgaben für das jew Berufsbild ausrichten; Vorgaben für das berufliche Verhalten – insb für das Wettbewerbsverhalten einschl der beruflichen Werbung – dürfen allein dem Zweck dienen, eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben zu sichern und das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand zu wahren; dies alles ist auch für die Auslegung der Satzungen zu beachten (st Rspr des BVerfG, vgl zB BVerfG 34, 293 = NJW 1972, 1504; 71, 162 = NJW 1986, 1533; 71, 183 = NJW 1986, 1536; 85, 248 = NJW 1992, 2341; NJW 1993, 2988; 2002, 1864 – Berufsordnungen für Ärzte; ZMR 1997, 169 und 170 – Standesrecht für Architekten; 94, 372 = NJW 1996, 3067 – Berufsrecht der Apotheker; NJW 1997, 2510 – Standesrecht der Notare; 57, 121, 130f = NJW 1981, 2239; 76, 171 = NJW 1988, 191; 76, 196 = NJW 1988, 194; 92, 18 = NJW 1990, 2122 – anwaltliches Standesrecht; 36, 212, 217 = NJW 1974, 232; 60, 215, 229 = NJW 1982, 2487 – Standesrecht der Steuerberater; NJW 2000, 2734; 2002, 3091 – Berufsordnung der Tierärzte; vgl zum Verhältnis Verfassungsrecht/Berufsrecht auch Eickhoff NJW 1998, 798, Lorz NJW 2002, 169ff und Zuck NJW 2001, 2055, jeweils mwN). Inwieweit solche berufsrechtlichen Satzungsregelungen als gesetzliches Verbot für Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, lässt sich nicht allgemeingültig entscheiden; bedeutsam ist aber in diesem Zusammenhang, dass den Satzungsgebern idR eine durch Gesetz eingeräumte Kompetenz zur unmittelbaren Regelung des Privatrechtsverkehrs fehlt (vgl Rz 8 sowie Staud/Sack Rz 27 und 309). Ob die gegenteilige ältere Rspr des BGH (etwa NJW 1986, 2360, 2361) noch dem heutigen Stand – insb der Rspr des BVerfG – entspricht, erscheint zweifelhaft (vgl Taupitz JZ 1994, 221, 226f). In Betracht kommen daher mE allenfalls mittelbare Verbote (vergleichbar mit der Verbotswirkung von Strafgesetzen, des UWG oder ähnlicher Sanktionsnormen). Im Regelfall wird eher an eine Anwendung von § 138 zu denken sein (vgl dazu Staud/Sack Rz 27; ferner zu § 138 Rz 86 „Berufsrecht“). Soweit eine Berufsordnungsregelung überhaupt als Verbotsgesetz in Betracht kommt (Bsp: BayObLG 2000, 301 = MedR 2001, 206), wird in der Grundlinie Ähnliches zu gelten haben, wie etwa bei Verstößen gegen das UWG im Wirtschaftsverkehr (vgl Rz 99 „UWG“); Das Verbot erfasst idR nur Rechtsgeschäfte, die selbst einen Verstoß gegen die Berufspflicht zum Inhalt haben. Rechtsgeschäfte mit Dritten hingegen, die (nur) durch den Verstoß gegen die Berufspflicht zustande gekommen sind, sind im Allg wirksam. Vgl Allg zur Bedeutung von Verstößen gegen berufsständische Satzungen Taupitz JZ 1994, 221ff.

- **Betäubungsmittelgesetz.** Bei einem Verstoß gegen §§ 29, 29a, 30, 30a, 30b iVm mit der Erlaubnispflicht gem §§ 3ff BetäubungsmittelG ist sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft nichtig (vgl BGH NJW 1983, 636; Staud/Sack Rz 223; MüKo/Armbrüster Rz 10). 51
- **Bundesnotarordnung.** Ein vorläufig seines Amtes enthobener Notar kann nicht wirksam über Geld verfügen, das sich auf einem Notaranderkonto befindet, weil § 55 II 3 BNotO eine absolut wirkende Verfügungsbeschränkung enthält.
- Auch das **Datenschutzrecht** enthält für den Zivilrechtsverkehr bedeutsame Verbotsgesetze. Verfassungsrechtlich ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten (vgl BVerfG 35, 202, 220 = NJW 1973, 1226; 65, 1, 41 = NJW 1984, 419; 80, 367 = NJW 1990, 563; 84, 192, 194 = NJW 1991, 2411); es kann durch ein damit unvereinbares Rechtsgeschäft verletzt sein (Bsp: BVerfG NJW 2002, 2164 – Mitteilung von Prämienrückständen bei einer Versicherung an einen Dritten). Nach den Bestimmungen des Datenschutzrechts selbst sind die unerlaubte Übermittlung geschützter Daten an Dritte (§ 4 I iVm § 3 IV Nr 3 und § 43 BDSG) und die unerlaubte Verarbeitung oder Nutzung geschützter Daten im Auftrag (§ 11 iVm § 3 V, VI und § 43 BDSG) unzulässig; damit unvereinbare Rechtsgeschäfte sind gem § 134 nichtig. Zu beachten ist, dass bereichsspezifische Regelungen (etwa § 43a BRAO iVm § 203 StGB für den Rechtsanwalt) Vorrang ggü den Regelungen des BDSG haben (Einzelheiten Abel, Datenschutz in Anwaltschaft pp., 2. Aufl 2003, S 2ff, 10 mwN; Härting NJW 2005, 1248, 1250). In der zivilrechtlichen Vertragspraxis wird den datenschutzrechtlichen Verbotsgesetzen bisher verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit geschenkt; zu den bisher in der Lit vornehmlich erörterten Aspekten vgl Gola/Klug NJW 2001, 3747, 3749, NJW 2006, 2454 und NJW 2007, 2452; höchstrichterliche Rspr zu § 134 iVm dem BDSG fehlt noch weitgehend. Zum Verkauf von geschützten Kundendaten im Insolvenzfall Hoeren NJW 2002, 37. Nicht verboten sind Rechtsgeschäfte, die zum Übergang geschützter Daten auf einen anderen Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge führen (so zutr für das Beisp einer Verschmelzung von Banken Lüttge NJW 2000, 2463; Schaffland NJW 2002, 1539 gegen Wengert/Widmann/Wengert NJW 2000, 1289 und Widmann NJW 2000, 2463). Ob das Datenschutzrecht iVm dem Bankgeheimnis die Abtretung von Darlehnsrückzahlungsansprüchen einer Bank gegen ihre Kunden ohne deren Zustimmung verbietet, war lange umstr (vgl mwN bejahend: Frankfurt NJW 2004, 3266 = ZIP 2004, 1449; verneinend Celle BKR 2004, 335 = WM 2004, 1384 und Köln NJW-RR 2006, 263, 265f; vgl auch Bruchner BKR 2004, 394; Langenbuch BKR 2004, 333; Nobbe WM 2005, 1537; Rinze/Heda WM 2004, 1557, 1562; Rögner NJW 2004, 3230, 3231). Der BGH hat nunmehr mit grundlegenden Ausführungen zum Bankgeheimnis und zum Datenschutzrecht einen Verstoß solcher Abtretungen gegen ein gesetzliches Verbot verneint (NJW 2007, 2106 = WM 2007, 643 mit Bespr von Lieth BKR 2007, 194, Hennrichs/Pferdmenges KMK 2007, 233564, Büttner/Aigner BB 2007, 793 und Deuber ZfIR 2007, 308. Dem ist zuzustimmen. 52
- Das **Embryonenschutzgesetz (ESchG)** stellt in §§ 1–7 und 9 ua die missbräuchliche Anwendung von Fortpflanzungstechniken, die missbräuchliche Verwendung von menschlichen Embryonen, eine verbotene Geschlechtswahl, eine eigenmächtige Befruchtung, die künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen, die Chimären- und Hybridbildung sowie das Klonen von Menschen unter Strafe. Eine inhaltlich gleichlaufende Regelung zum Klonen enthält das Zusatzprotokoll zur Bioethik-Konvention des Europarates v 12.1.1998. Die Strafbestimmungen des ESchG sind Verbotsgesetze iSv § 134; gegen sie verstoßende Rechtsgeschäfte sind nichtig. Zu Einzelheiten vgl Staud/Sack Rz 226 mwN; Coester-Waltien FamRZ 1992, 369ff; Kienle ZRP 1998, 186; Neidert ZRP 2002, 467; Schulz ZRP 2002, 487 und 2003, 362; Taupitz ZRP 2002, 111. Zum Klonen von Tieren in der Bundesrepublik: Vesting/Simon ZRP 1998, 261. – Nach § 134 (jedenfalls nach § 138 I) unwirksam sind außerhalb einer besonderen Ausnahmeerlaubnis (vgl §§ 1, 3, 4, 6 Stammzellengesetz v 28.6.2002, BGBl I 2002, 2277; dazu Taupitz ZRP 2002, 111, 112f; Ipsen NJW 2004, 268; Kress ZRP 2006, 219) wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot der Einfuhr oder Verwendung embryonaler Stammzellen und zugleich wegen Unvereinbarkeit mit Art 1 GG (Menschenwürde) Rechtsgeschäfte, die dem Erwerb oder der Verwertung von **embryonalen menschlichen Stammzellen** dienen. 53
- Das **Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)** ist in der letzten Neufassung v 7.7.2005 (BGBl I 1970/3621) – weitgehend umgestaltet worden (allg dazu ua Kühling/Barudi DVBl 2005, 1470; Nill-Theobald/Theobald IR 2005, 175; Scholtka NJW 2005, 2421). Die verstärkte Regulierung insb des Netzzugangs sowie der Zugangsentgelte (§§ 20ff iVm §§ 29ff EnWG) mag praktisch das Anwendungsfeld für § 134 verringern. Gleichwohl könnte auch insoweit im Einzelfall – etwa im Zusammenhang mit dem Gebot des diskriminierungsfreien Netzzugangs (§ 20 I EnWG) – die Anwendung von § 134 in Betracht kommen. § 134 greift ferner ein, wenn die Bindungsdauer oder die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen von Energiebezugsverträgen, Energielieferungsverträgen oder Konzessionsverträgen nicht im Einklang mit dem EnWG oder kartellrechtlichen Vorgaben steht (Bsp: Düsseldorf WuW 2006, 916 = NJOZ 2006, 08479; vgl zur Problematik auch Thomas RdE 2007, 11). Unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten können insb auch – in der Praxis nicht selten umstr – sog „Endschafftsklauseln“, die in Wegenutzungsverträgen/Konzessionsverträgen (§ 46 EnWG) zw Gemeinden und Energieversorgern die Bestimmung des Preises für die Übernahme des Netzes nach Auslaufen des Konzessionsvertrags regeln, gem § 134 unwirksam sein (vgl etwa BGH 143, 128 = NJW 2000, 577, dazu Scholtka NJW 2000, 548, 549; Ballwieser BB 2001, 1519; Theobald NJW 2000, 1399; weitere Bsp: BGH VIZ 2002, 437; NVwZ-RR 2006, 808; Schleswig NVwZ-RR 2006, 811; zu den neuen gesetzlichen Anforderungen an Konzessionsverträge Becker IR 2004, 151; Germer LKV 2004, 401; Pippke/Gassner RdE 2006, 33). – Die im Wege der Regulierung für den Netzzugang (§ 23a) und für Letztverbraucher (§ 39) festgesetzten Preise sind idR Höchstpreise, deren vertragliche Überschreitung die Voraussetzungen von § 134 erfüllt (vgl dazu näher unter Rz 81 – „Preisrecht“). 54

- 55 • Zum **Erschließungsvertrag** vgl *Rz 47* „Bauplanungsrecht“
- 56 • Im **Europarecht** (vgl dazu auch zu § 138 *Rz 106* „Europarecht“) ergibt sich bei einem Verstoß gegen **Art 81** – früher Art 85 – EGV (Kartellverbot) die Unwirksamkeit des Vertrags bereits aus der Verbotsnorm selbst. Aus dem übrigen primären Gemeinschaftsrecht hat ferner das **Verbot bestimmter Beihilfen** in **Art 87f EGV** (früher: Art 91 I) den Charakter eines unmittelbar geltenden Verbotsgesetzes iSv § 134 (str; ebenso BGH EuZw 2003, 444; 2004, 252 m Bespr Pütz NJW 2004, 2199; 2004, 254; Kiethe RIW 2003, 782; Steindorff EuZw 1997, 7ff; MüKo/Armbrüster *Rz 37* mit einer knappen und übersichtlichen Darstellung des Diskussionsstandes; aM im Hinblick auf die nach Art 88 EGV gebotene Umsetzung zB: Koenig EuZw 2003, 417; Quardt/Nieland EuZw 2004, 201, Schmidt-Räntsch NJW 2005, 106, 1079. Unabhängig von dieser Grundscheidung bleiben für die Anwendung von Art 87f als Verbotsgesetz und für die Rechtsfolgen offene und bisher nicht ausdiskutierte Fragen (vgl etwa Strievi/Werner JuS 2006, 106; Verse/Wurmnest AcP 204, 855ff). Als unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht können schließlich auch die gem **Art 249 (1. Alt) EGV – etwa zur Marktordnung – erlassenen Verordnungen** ein Verbotsgesetz iSv § 134 enthalten (vgl als Bsp: BGH NJW 1994, 858 und BVerwG 70, 41). Ob und inwieweit andere Bestimmungen des EGV (etwa die **Regelungen zu den sog Grundfreiheiten**, Art 23f, 28ff, 39ff, 43ff, 49ff, 82, 141) unmittelbar für den Privatverkehrsverkehr der EU-Bürger geltende Verbotsgesetze oder mittelbar, zB über die Auslegung von Generalklauseln (etwa als die Sittenordnung iSv § 138 prägende rechtliche Grundwertungen, vgl § 138 *Rz 106* „Europarecht“) auf den Privatverkehrsverkehr einwirken, ist umstr und zweifelhaft. Der EuGH hat teilw eine unmittelbare Drittwirkung angenommen (etwa EuGH 1974, 1405ff; NJW 1996, 505ff). Vieles spricht hingegen dafür, grds wie bei den Grundrechten des GG von einer mittelbaren Drittwirkung auszugehen (wie hier MüKo/Armbrüster *Rz 38* mit Darstellung des Diskussionsstandes uWn; grundlegend dazu aus jüngerer Zeit Benecke, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004, und Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2002). Die von der EU **gem Art 249 (2. Alt) EGV erlassenen RL** wenden sich primär an die Mitgliedstaaten. Sie können aber gleichwohl Verbotsgesetze sein, soweit sie ausnahmsweise unmittelbar geltendes Recht enthalten; iÜ sind sie jedenfalls bei nicht rechtzeitiger Umsetzung als Verbotsgesetze in Betracht zu ziehen (vgl dazu EuGH 86, 723, 748ff; NJW 1994, 2373; EuZW 2001, 153 m Anm Gündel; EuZW 2001, 143; BVerwG 70, 41, 49; Staud/Sack *Rz 45*; Sack VersR 1984, 1386f; Streinz JuS 2001, 809, 810f); schließlich gilt für alle nationalen Rechtsnormen das Gebot **richtlinienkonformer Auslegung** (übersichtliche Darstellung zum neuesten Stand im Anschluss an EuGH NJW 2006, 2465 bei Auer NJW 2007, 1106 mwN; vgl ferner Thüsing NJW 2003, 3441); das wiederum kann Bedeutung dafür haben, ob und mit welchem Inhalt nationale Normen Verbotsgesetze sind; allg zur Einwirkung der RL auf das Privatrecht Grundmann JuS 2002, 768ff sowie Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005). Seit der Entscheidung EuGH NJW 2005, 2839 – Maria Pupino muss schließlich neben der richtlinienkonformen Auslegung auch eine **rahmenbeschlusskonforme Auslegung** von sog Rahmenbeschlüssen der EU-Rates (Art 34 II b EUV) in Betracht gezogen werden (dazu: Masing NJW 2006, 264, 265; Wehnert NJW 2005, 3760). Zur Bedeutung europarechtlicher Normen als Verbotsgesetz im Arbeitsrecht vgl ferner *Rz 25ff* „Arbeitsrecht“.
- 57 • Verträge über **Fernunterricht** mit einem Veranstalter ohne die Erlaubnis nach § 12 FernUSG sind schon gem § 7 FernUSG nichtig (Bsp: LG München NJW-RR 1988, 1086); § 134 ist nicht mehr heranzuziehen. § 7 FernUSG verbietet ausdr die Umgehung des FernUSG durch Verträge, die auf Vereinbarung einer anderen Rechtsform abzielen. § 10 FernUSG verbietet Vereinbarungen, die zum Nachteil des Teilnehmers von der gesetzlichen Vorgabe abweichen.
- 58 • **Gentherapie**. Zu den gesetzlichen Grenzen, auch für Rechtsgeschäfte aus diesem Bereich Laufs NJW 1998, 1750, 1754 und 1999, 1758, 1762ff.
- 59 • Im **Gesellschafts- und Vereinsrecht** ist § 134 insb von Bedeutung, wenn der Gesellschafts- oder Vereinszweck oder der Unternehmensgegenstand einem Verbotsgesetz zuwiderläuft (Bsp: Verstoß gegen gesetzliche Berufsordnungen; BGH 62, 234, 240 – Inkassotätigkeit/RBerG; BGH 75, 214 – Apothekenrecht; BGH 97, 243 – Berufsrecht für Vermessungsingenieure; BGH WM 1967, 229 – Güterfernverkehr; Verstoß gegen Strafgesetze; Hamm NJW-RR 2000, 1565 – Umgehung der Handwerksordnung; Koblenz WM 1979, 1435f – Steuerhinterziehung; Vereinbarung einer mit dem Kartellverbot (§§ 1ff GWB) nicht im Einklang stehenden Gesellschaft. Zu beachten ist, dass bei manchen Gesellschaften eine Nichtigkeit aus diesem Grund nur mit einer befristeten Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann (vgl zB § 94 GenG, § 75 GmbHG, § 275 AktG).

IÜ können auch einzelne gesellschaftsrechtliche Vertragsgestaltungen durch zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts verboten sein; vielfach sind allerdings die Rechtsfolgen eines Verstoßes in diesen Normen selbst geregelt (Bsp: § 723 III, verbotener Kündigungsausschluss). Eine hinreichend umfassende, informative und übersichtliche Darstellung der zahlreichen verschiedenen Anwendungsfälle für § 134 im Gesellschafts- und Vereinsrecht und der Besonderheiten bei den verschiedenen Gesellschaften in der Rechtsfolge und im Feststellungsverfahren ist in dieser Kommentierung nicht möglich. Deshalb wird insoweit auf die Spezialliteratur verwiesen.

Ob die Nichtigkeit von Einzelregelungen die gesamte Satzung oder den gesamten Gesellschaftsvertrag erfasst, entscheidet sich nach § 139. Bei Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrags einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft sind die Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft zu beachten (vgl dazu § 138 *Rz 57* sowie BGH 55, 5, 9 = NJW 1971, 375; 63, 338, 345 = NJW 1975, 1022; NJW-RR 1988, 1369). Die Nichtigkeitswirkungen beziehen sich danach idR nur auf die Zukunft; rückwirkende Nichtigkeit ist nur anzunehmen, wenn der Schutz gewichtiger Interessen der Allgemeinheit oder Dritter dies fordert; dies kann vor al-

lem bei einem verbotswidrigen Gesellschaftszweck in Betracht kommen (vgl BGH 3, 285; 17, 160; 55, 5, 9; 62, 234, 241; 75, 214, 217; 97, 243, 250). – Ein unwirksamer Geschäftsführeranstellungsvertrag bei einer GmbH ist entspr den zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis entwickelten Grundsätzen (vgl § 138 Rz 55 und § 142 Rz 10) zu behandeln (BGH NJW 2000, 2983 mwN). Vgl auch Rz 32 „Arbeitsrecht/Gesellschaftsrecht“ und Rz 36 „Arbeitsrecht/Kündigung“.

• **Gewerberecht/Handwerksrecht.** Ein Verstoß gegen **gewerberechtliche Vorschriften** führt nach der Rspr grds nicht zur Nichtigkeit (BGH 53, 152, 157; 78, 269, 272; 88, 240, 243; 93, 264, 267; 108, 364, 368; NJW 1968, 2286; 1990, 1354; WM 1972, 853), weil diese Vorschriften weitgehend nur eine allg Ordnungsfunktion erfüllen, ohne das einzelne Rechtsgeschäft treffen zu wollen (krit dazu Staud/Sack Rz 77; Stober GewA 1981, 313ff). Gültig sind nach der hM insb Verträge von Kunden mit Gewerbetreibenden, die nicht Inhaber einer zur Ausführung ihres Gewerbes notwendigen **Erlaubnis** sind (zB §§ 29ff, 55ff GewO; § 2 GastG; § 3 GüKG; §§ 1, 6ff HandwO; hierzu BGH 88, 240 = NJW 1984, 230 = JR 1984, 323 [zust Köhler]; 1989, 369; NJW 1985, 2403; NJW-RR 2002, 557; Düsseldorf NJW-RR 1996, 661; Hamm NJW-RR 1990, 523; LG Görlich NJW-RR 1994, 117; Schmidt MDR 1966, 463; Buchner GewA 1990, 41). ZT schützt heute das Verbraucherschutzrecht mit seinen Widerrufsmöglichkeiten die von unerlaubten Tätigkeiten (etwa nach § 56 GewO) Betroffenen; insoweit bedarf es der Nichtigkeitssanktion des § 134 nicht (MüKo/Armbrüster Rz 88). Die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts wird sich iÜ nicht ohne weiteres annehmen lassen, wenn die Erfüllung des Vertrags auf eine unerlaubte Tätigkeit hinausläuft, vor der nicht nur die Allgemeinheit, sondern insb gerade auch der Vertragspartner, insb als Person, geschützt werden soll (vgl etwa BGH 37, 258; 53, 152; 89, 369); dies hat die Rspr bisher zu Recht insb bei den – nicht unter das Gewerberecht fallenden – Tätigkeiten unter Verstoß gegen das RBERG angenommen (vgl dazu Rz 85 „Rechtsberatungsgesetz“); weitere Bsp: BGH NJW 1999, 1636 – Verstoß gegen das frühere gewerberechtliche Kreditvermittlungsverbot; BGH NJW 1996, 1954 sowie Koblenz NJW 1991, 431 – Steuerberater, näher dazu Rz 92 „Steuerberater“; München NJW 1984, 1826 m krit Anm Hahn – Heilbehandlungsvertrag ohne Erlaubnis nach § 1 HeilpraktikerG; näher dazu Rz 66 – „Heilbehandlung“; BGH 108, 364 = NJW 1990, 1354 und Frankfurt ZfS 2002, 272 – Übertragung einer Taxikonzession entgegen § 2 III PBefG; Hamm NJW-RR 1994, 546 – Versteigerungstätigkeit entgegen § 34b I GewO (vgl hierzu auch Rz 102 „Versteigerung“); anders BGH 78, 263, 267; 78, 269, 271ff = NJW 1981, 387 – Maklertätigkeit entgegen § 34c GewO, aber str (vgl zu Rz 76 – „Maklervertrag“). Im Einzelfall muss man indes bei der Auslegung der Verbotsnorm neben ihrer Zielrichtung im Hinblick auf ihre Wirkungen bedenken, dass sich der zu schützende Vertragspartner bei Gültigkeit des Vertrags wegen der vertraglichen Haftung der Gegenseite vielfach günstiger stellt als bei Unwirksamkeit. Die volle Nichtigkeit würde dann gerade den benachteiligten, der neben der Allgemeinheit geschützt werden soll. Das wird sich nur bei einem bewussten Gesetzesverstoß beider Seiten oder bei einer sehr schwerwiegenden Verletzung von Allgemeininteressen vertreten lassen. In anderen Fällen kann es angemessener sein, den bereits vollzogenen Vertrag aufrechtzuerhalten und dem Vertragspartner bei einem nicht oder nicht vollständig vollzogenen Vertrag – über § 242, sofern im Vertragsrecht keine konkrete andere Möglichkeit wie etwa § 123 zur Verfügung steht – das Recht zu geben, sich einseitig und ohne nachteilige Folgen von dem Vertrag zu lösen.

Nach § 134 unwirksam sind Verträge, deren Ziel es ist, das **Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis für eine Tätigkeit zu umgehen** (in der Praxis besonders häufig bei Verträgen zum Betrieb von Gastwirtschaften – Kastellanvertrag, vgl Hamm NJW 1986, 2440; LG Berlin NJW 1977, 1826; dazu Lammel NJW 1978, 110; vgl auch Koblenz NJW-RR 1994, 493 und Hamm NJW-RR 2000, 1565 – Gesellschaftsvertrag, mit dem eine rechtswidrige Eintragung in die Handwerksrolle erreicht werden soll; RG 155, 138 – vorgetaushtes Vertreterverhältnis zur Umgehung der Staatsaufsicht im Versicherungswesen; BGH WM 1967, 229; NJW 1990, 1354; Hamm BB 1988, 236; ArbG Ludwigshafen DB 1996, 1527 – zum konzessionierten Güterkraftverkehr).

Wirksam sind Rechtsgeschäfte, bei denen die Rechtsordnung zwar den **Abschluss eines Rechtsgeschäfts aus Ordnungsgründen verhindern** will, das Ergebnis des gleichwohl vollzogenen Geschäfts aber nicht missbilligt (vgl allg für gewerbepolizeiliche Regelungen BGH NJW 1968, 2286 mwN); das gilt zB für Geschäfte, die unter Verstoß gegen Ladenschlussvorschriften, § 18 GastG (Sperrzeit; vgl RG 103, 264) oder § 8 LMBG (Inverkehrbringen verdorbener oder irreführend bezeichneter Lebensmittel; vgl RG 100, 39; 170, 156) zustande kommen. Ebenso zu bewerten sind Geschäfte, die an die Verletzung von Preisauszeichnungsvorschriften anschließen (vgl etwa BGH NJW 1982, 2436; ZIP 1982, 1044 sowie Rz 81 „Preisrecht“), der Verkauf einer Sache, die nicht den Anforderungen des MaschinenschutzG bzw des GerätesicherheitsG entspricht (BGH NJW 1981, 2640; LG Augsburg MDR 1970, 760) oder unter Verstoß gegen das Saatgutverkehrsgesetz (Köln NJW-RR 2000, 136). Anders urteilt mit vertretbarer Begründung LG Karlsruhe NJW-RR 1999, 1284 für einen Vertrag über die Lieferung von Geräten, die den Anforderungen des Gesetzes über die elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten (EMVG; BGBl I 1998, 2882) nicht genügen; die Arg der Entscheidung dürften sich auf das Verbot des Inverkehrsbringens von nicht stoffverbotskonformen Elektrogeräten in § 5 Elektro- und ElektronikgeräteG – ElektroG v 16.3.2005 (BGBl I I 762; Änderung in BGBl 2006 I 19; zu dem Gesetz Lustermann NJW 2006, 3097) übertragen lassen.

Bei **Haustürgeschäften im Reisegewerbe** ist zu unterscheiden: Nach der früheren Rechtslage waren der Abschluss und die Vermittlung von Darlehensverträgen unter Verstoß gegen § 56 I Nr 6 GewO grds nichtig (BGH 71, 358, 360, 362f; 93, 264, 267; NJW 1993, 2108; st Rspr). Seit dem 1.5.1986 gelten für Haustürgeschäfte Sonderregelungen (seit 1.1.2002: §§ 312, 312f, vorher HaustWG), die dem Kunden ein Widerrufsrecht einräumen; seither ist für § 134 bei einem Verstoß gegen die auf die entgeltliche Vermittlung beschränkte Bestimmung des § 56 I Nr 6 GewO kaum noch Raum (BGH 131, 385 = NJW 1996, 926; 133, 254 =

NJW 1996, 3414; München NJW-RR 1990, 1528; Hamm NJW 1994, 2159; aber str, vgl Staud/Sack Rz 239). Ob es im verbleibenden Anwendungsbereich des § 56 I Nr 6 GewO für die Nichtigkeitsfolge auf das konkrete Schutzbedürfnis des Vertragspartners ankommt, ist umstr (vgl dazu Staud/Sack Rz 235ff).

Vgl auch Rz 66 „Heilbehandlung“, Rz 67 „Heimgesetz“, Rz 74 „Kreditwesen“, Rz 76 – „Maklervertrag“ und Rz 102 „Versteigerung“.

- 61** • Ein **Glücksspielvertrag** einer Spielbank mit einem ortsansässigen oder minderjährigen Spieler entgegen § 1 I Nr 2 SpielbVO ist nichtig (BGH 37, 365; 47, 393, 396; LG Baden-Baden WM 1998, 1685; Staud/Sack Rz 285; aA Flume § 23, 3), nicht jedoch ein Vertrag, der lediglich gegen eine landesrechtliche Spielordnung verstößt (BGH 47, 397). Unwirksam ist eine Darlehensgewährung mit dem Ziel, die Teilnahme an einem verbotenen Glücksspiel zu ermöglichen (Celle NJW-RR 1987, 1190). Eine stille Beteiligung an einer Spielbank entgegen einer dem Spielbankunternehmer erteilten Auflage ist wirksam (BGH MDR 1963, 988). Zu § 286 StGB vgl Rz 94 „Strafrecht“.
- 62** • Das **Grundgesetz** (vgl dazu auch § 138 Rz 120 „Grundgesetz“) und landesrechtliche Verfassungsnormen, insb die Grundrechte, binden in ihrem jew Geltungsbereich unim in erster Linie alle Träger der öffentlichen Gewalt. Insofern enthält das Grundgesetz Verbotsnormen für **normsetzende Verträge**, etwa für Tarifverträge (BAG 1, 348; 4, 240, 250ff; 4, 275; vgl auch 1, 258, 269; vgl auch Dieterich, Die Grundrechtsbindung für Tarifverträge, und Schlachter, Gleichheitswidrige Tarifnormen, FS Schaub, 1998); die Unwirksamkeit ergibt sich aber schon aus dem allg Vorrang übergeordneten Rechts; § 134 greift insoweit nicht ein. – Ferner kommen wegen der Bindung aller Träger der öffentlichen Gewalt Verfassungsnormen als gesetzliche Verbote iSv § 134 für **öffentlich-rechtl Verträge** (über § 59 VwVfG) und für die **Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit Hilfe der Instrumente des Privatrechts** in Betracht (vgl dazu zB BGH 29, 76; 36, 91; 52, 325; 65, 284; 154, 146, 149ff = NJW 2003, 1658f; NJW 2004, 1031f; NJW 2006, 1054ff; im Einz ist hier allerdings einiges umstr; vgl dazu Fischer-Lescano/Maurer NJW 2006, 1393ff). Verbotsgesetz können Verfassungsnormen ferner sein, sofern ein privates Rechtsgeschäft den **Status und die Tätigkeit der Verfassungsorgane** oder ihrer Mitglieder betrifft. So ist eine die Ausübung eines Bundestagsmandates behindernde privatrechtliche Verpflichtung wegen Art 48 II GG unwirksam (BGH 43, 387 = NJW 1965, 1958), ebenso eine mit Art 38 unvereinbare Verpflichtung, das Mandat bei Parteiwechsel niederzulegen (LG Braunschweig DVBl 1970, 592).

Ein ausdr Verbot iSv § 134 findet sich in **Art 9 III S 2 GG** (Bsp: AG Ahrensburg NJW 1996, 2516). Darüber hinaus haben vor allem die Arbeitsgerichtsbarkeit (BAG 1, 185, 191; 1, 258, 269; 4, 274, 285; 11, 342; 13, 168, 178f; 14, 61; 34, 89ff; NJW 1962, 1981; vgl auch Rz 25 „Arbeitsrecht“) und ein Teil des Schrifttums (Enn/Nipperdey § 15 II 4c; Staud/Coing<sup>11</sup> Rz 12a) eine unmittelbare **Drittwirkung von Grundrechten** auf Privatrechtsgeschäfte anerkannt (vgl dazu allg zuletzt Classen AöR 97 [122], 65; Gostomzyk JuS 2004, 949ff; Guckelberger JuS 2003, 1151; BGH NJW 1999, 1326 – zu Art 9 I). Das erscheint allenfalls für das **Diskriminierungsverbot des Art 3 III GG** sachgerecht (vgl auch Rädler NJW 1998, 1621 sowie § 138 Rz 99 „Diskriminierung“). IÜ ist eine unmittelbare Drittwirkung für den Privatrechtsverkehr abzulehnen (vgl § 138 Rz 120 „Grundgesetz“ sowie BVerfG 66, 116, 135; 73, 261, 269; 81, 242, 256; 84, 192, 194; Canaris AcP 184, 201, 203ff; Hager JZ 1994, 373; Medicus AcP 192, 35, 42; Röthel JuS 2001, 424ff mwN; Schapp, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, 913ff, 918); die in den Grundrechten zum Ausdruck kommende Wertordnung (vgl BVerfG 7, 198, 205; 24, 251; 35, 79, 114 = JZ 1973, 456 m Anm Oppermann S 433; 39, 1, 41 = JZ 1975, 205 [Kriele] sowie Lücke JZ 1999, 377) ist nach richtiger Ansicht nur über die **wertausfüllungsbedürftigen Zivilrechtsnormen, insb die Generalklauseln (zB §§ 138, 242), die Beurteilung der Widerrechtlichkeit von Handlungen im Privatrechtsverkehr** (Bsp: Drohung mit Presseveröffentlichung, BGH NJW 2005, 2766 m Bespr Lorenz LMK 2005, 151073) und allg über eine **verfassungskonforme Auslegung** der für den Privatrechtsverkehr geltenden Gesetze (zur Bindung der Gesetzgebung im Privatrecht vgl Looschelders/Roth JZ 1995, 1037 und Röthel JuS 2001, 424ff) – jeweils verbunden mit einer Schutzpflicht der staatlichen Rechtsanwender, etwa der Richter, für die Wahrung der Verfassungsnormen (hierzu: BVerfG 89, 214, 229ff = NJW 1994, 36; 97, 169ff = NJW 1998, 1475ff) – zu verwirklichen (MüKo/Armbrüster Rz 34; Soergel/Hefermehl Rz 7; Dürig FS Nawiasky, 157); insoweit handelt es sich bei Verfassungsnormen, insb bei den Grundrechten, nicht um gesetzliche Verbote iSd § 134 (vgl zB BGH 26, 84ff – zu Art 19 IV; 79, 131ff; Staud/Sack Rz 41, 241ff; MüKo/Armbrüster Rz 34).

Zur Bedeutung von Verfassungsnormen im Arbeitsvertragsrecht vgl Rz 25 „Arbeitsrecht“.

- 63** • Eine – für den gewerblichen Güterkraftverkehr auch nach der Neufassung des GüKG (ab 1.7.1998, BGBI 1998 I 1485ff; dazu Martell NJW 1999, 193) weiterhin erforderliche – **Güterkraftverkehrserlaubnis** (§ 3 GüKG) wird einem Unternehmer höchstpersönlich erteilt und ist nicht übertragbar. Der Verkauf und die Übertragung einer solchen Genehmigung sind daher stets nichtig. Nach § 11 GüKG aF galt das nur, wenn nicht auch gleich das Unternehmen ganz oder tw mitverkauft wurde (Celle MDR 1975, 840; ebenso bei einer Taxenverkehrsgenehmigung: BGH 108, 364). Nichtig war auch eine Vereinbarung, durch die eine Güterverkehrsgenehmigung einem anderen übertragen oder zur Ausübung überlassen werden (Celle VersR 1982, 445) oder die Genehmigungspflicht nach § 5 GüKG umgangen werden sollte (ArbG Ludwigshafen DB 1996, 1527).
- 64** • Zum Verstoß gegen **handelsrechtliche Vorschriften** vgl allg Mayer-Maly FS Hefermehl, 1976, 103. Unwirksam ist wegen §§ 238ff, 257ff HGB, 162 AO die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts an Teilen von Handelsbüchern (KG Rpfleger 1972, 442) sowie die Bestellung eines nach § 319 II HGB ausgeschlossenen Abschlussprüfers (BGH NJW 1992, 2021). Auch die Übernahme einer Verpflichtung zu einem Verstoß ge-

gen die Gebote lauterer Wettbewerbs kann unter besonderen Umständen zur Vertragsnichtigkeit führen (vgl *Rz 99* „UWG“). Verbotsgesetz ist ferner § 89b HGB insoweit, als die Regelung einem Vorausverzicht des Handelsvertreters auf seinen Ausgleichsanspruch entgegensteht (BGH 152, 121, 133 = NJW 2003, 290, 293). – Zum Gesellschaftsrecht vgl *Rz 59* „Gesellschaftsrecht/Vereinsrecht“.

• Das öffentliche **Haushaltsrecht** enthält in Bund und Ländern für öffentlich-rechtl Körperschaften ein weitgehendes Verbot von unentgeltlichen Zuwendungen (§§ 44, 23 BHO) und weitere zwingende Vorschriften für die Veräußerung von Gegenständen (§ 63 BHO). Ob es sich insoweit um ein Verbotsgesetz iSv § 134 handelt, wird in der Rspr bisher nicht einheitlich beantwortet (verneinend BAG 85, 394; bejahend BayObLG 95, 225; offen mit bejahender Tendenz: BGH 47, 30, 40; BGH 36, 395 arbeitet in einem Fall dieser Art mit § 138; vgl dazu auch § 138 *Rz 143* „Öffentliche Verwaltung“). – Die Vergabe eines privatrechtlichen Auftrags durch einen Träger öffentlicher Gewalt soll nach der inzwischen durch das neue Vergaberecht (*Rz 100* „Vergaberecht“) geänderten Rechtslage wirksam sein, auch wenn gegen öffentlich-rechtl (haushaltsrechtliche) Vergabevorschriften verstoßen wurde (VGH Mannheim NVwZ 1998, 652).

• Verträge über eine **Heilbehandlung**, die mit einer nicht als Arzt, Psychologe oder Heilpraktiker ausgebildeten und/oder zugelassenen Person abgeschlossen werden und gegen die **Bundesärzteordnung oder das Heilpraktikergesetz** verstoßen, sind nichtig; diese Gesetze dienen nicht nur ordnungspolitischen Zielen, sondern auch dem Schutz der Bevölkerung vor unseriösen Heilmethoden (Düsseldorf NJW 1988, 2308 zu § 2 II BÄrzteO; zu § 5 HeilpraktikerG: BVerfG NJW 1988, 2290ff; München NJW 1984, 1826 m abl Anm Hahn; LG Saarbrücken VersR 1981, 585; Eberhardt NJW 1985, 664). – Die **Abtretung von Honoraransprüchen aus nichtärztlicher Heilbehandlung** ohne Zustimmung der behandelten Person ist aus denselben Gründen verboten und deshalb unwirksam wie die Abtretung ärztlicher Honoraransprüche (vgl dazu unter *Rz 43* – „Arzt“). Das gilt auch für Honoraransprüche für Pflegeleistungen und auch für die Honorierung von Leistungen zugunsten gesetzlich Versicherter (Hamm NJW 2007, 849; aM Lips/Schönberger NJW 2007, 1567; vgl dazu auch Foerster NZS 2000, 337).

• **Heimgesetz (HeimG)**, idF v 5.11.2001 BGBl I 2970; letzte Änderung BGBl 2006 I 2407). § 9 HeimG verbietet Vereinbarungen, die zum Nachteil der Heimbewohner von den gesetzlichen Vorgaben für den Heimvertrag (§§ 5–8 HeimG) abweichen; die Bestimmung enthält aber eine eigene Unwirksamkeitsregelung, insoweit kommt die Anwendung von § 134 nicht in Betracht. Dagegen enthalten § 14 I und V HeimG (**Verbot der Gewährung oder des Versprechens von Geld oder geldwerten Leistungen**; verfassungsgemäß, BVerfG NJW 1998, 2964 zu § 14 aF) ein Verbotsgesetz iSv § 134. Die dort untersagten Rechtsgeschäfte von Heimbewohnern oder Bewerbern um einen Heimplatz zugunsten des Heimträgers, der Heimleitung oder des Heimpersonals sind nichtig (BGH 110, 235 = NJW 1990, 1603 zu § 14 aF). Auch letztwillige Verfügungen können nach dieser Bestimmung unwirksam sein (vgl BGH 110, 235, 240 = NJW 1990, 1603; NJW-RR 1995, 1272; BVerwG NJW 1990, 2268; 1999, 2268; BayObLG NJW 1992, 55; 93, 1143; 2000, 1875 m Anm Hohloch JuS 2000, 815; NJW 2001, 295; NJW-RR 2004, 1591; KG NJW-RR 1999, 2 = FGPrax 1998, 185; Frankfurt NJW-RR 1994, 312; VGH Mannheim NJW 2004, 3792; zur Gesamtproblematik Krug FPR 2006, 154; zur Gestaltung von Testamenten im Hinblick auf § 13 Suyter ZEV 2003, 104; zur Bestellung der in § 14 erfassten Personen zum Testamentvollstrecker Everts ZEV 2006, 544. Das Verbot gilt auch für die Umgehung der Regelung durch Zuwendungen an/durch Personen, die mit den im Gesetz genannten Empfängern bzw mit dem Heimbewohner verbunden sind (Bsp: BayObLG NJW 2000, 1875 = FamRZ 2000, 1126 und dazu Petersen DNotZ 2000, 739 – Erbeinsetzung des Alleingesellschafters einer GmbH als Heimträgerin oder dessen Ehefrau; Düsseldorf NJWE-FER 1997, 253 – Einsetzung der Kinder des Heimleiters als Nacherben; Frankfurt NJW 2001, 1504 – Erbeinsetzung der Ehefrau eines Heimbediensteten; vgl auch BayObLG NJW 2000, 1959 = FamRZ 2000, 1395 für eine mittelbare Begünstigung durch Zuwendung an einen Dritten; München – NJW 2006, 2642 = DNotZ 2006, 933 – Vermächtnis zugunsten des Heimträgers durch einen Angehörigen des Heimbewohners; zur Abgrenzung BayObLG FamRZ 2003, 1882 = DNotZ 2003, 873 – letztwillige Zuwendung an eine Stiftung, von der das Heim gemietet ist, fällt nicht unter das Verbot). Allg zu § 14 HeimG: Dubischar DNotZ 1993, 419; Müller ZEV 1998, 219; Rossack ZEV 1996, 41; Mayer ZEV 2004, 40). Zum Testierverbot in Pflegefällen allg Niemann ZEV 1998, 419. Auf das Verhältnis zw Betreuer und Betreutem ist § 14 HeimG nicht analog anwendbar (BayObLG NJW 1998, 2369 = FGPrax 1998, 59; dazu Hohloch JuS 1998, 953; vgl ferner Müller ZEV 1998, 219), ebenfalls nicht auf die häusliche Pflege (BayObLG NJW-RR 1999, 1454; Düsseldorf NJW 2001, 2328; LG Bonn NJW 1999, 2977; Niemann ZEV 1998, 419). Es gilt auch nicht für Träger und Personal von Heimen im Ausland (Oldenburg NJW 1999, 2448). – Zu den datenschutzrechtlichen Grenzen der Weitergabe der Daten von Heimbewohnern Foerster NZS 2000, 337.

• **HOAI/Ingenieur** (vgl *Rz 41* „Architekt/Ingenieur“). §§ 42, 43 **Infektionsschutzgesetz (IfSG)**, vgl *Rz 33* – „Arbeitsrecht/Gesundheitsrecht, Krankheit“)

• **Jagdrecht**. Ein Jagdpachtvertrag, mit dem sich der Verpächter einen Anteil von 50 % am Jagdausübungsrecht vorbehält, ist mit § 11 BJagdG unvereinbar und deshalb nichtig (BGH 115, 116 = NJW 1991, 3033 =). Vereinbarungen, in denen ein Teil sich dazu verpflichtet, gegen sachliche Verbote des § 19 BJagdG zu handeln, sind idR ebenfalls gem § 134 unwirksam.

• **Jugendschutz**. Rechtsgeschäfte, die gegen Vorschriften des Jugendschutzes verstoßen, sind nichtig. Nichtig ist etwa ein Kinobesuchsvertrag eines Jugendlichen entgegen § 6 JÖSchG (vgl Soergel/Hefermehl *Rz 19*; Staud/Sack *Rz 256*). Vgl auch zu *Rz 35* – „Arbeitsrecht/Jugendarbeitsschutz“.

- 71 • **Kartellrecht.** Unzulässige Kartellverträge sind nach Maßgabe von **Art 81, 82 – früher Art 85 – EGV** unwirksam. Diese Verbotsnormen regeln die Folgen eines Verstoßes selbst; daher ist § 134 insoweit nicht anzuwenden. Das durch die Neufassung v 15.7.2005 (BGBl I 2114; vgl dazu etwa Bechtold/Buntscheck NJW 2005, 2966; Fuchs WRP 2005, 1394; Hartog/Noack WRP 2005, 1396; Herrlinger WRP 2005, 1136; Kahlenberg/Haellmigk BB 2005, 1509; Karl/Reichelt DB 2005, 1436; Lettl WM 2005, 1585; Lutz WuW 2005, 718) und durch weitere Änderungen in der Folgezeit erheblich umgestaltete deutsche Kartellrecht im **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)** enthält zwar weiterhin Verbotsgesetze, verzichtet aber auf eine eigenständige Regelung der unmittelbaren Rechtsfolgen von Verstößen. Insoweit ist – unbeschadet etwaiger Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden (etwa nach §§ 32ff GWB) – § 134 anzuwenden. Verbotsgesetze iSv § 134 sind das allg Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) und die Verbote des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB), das Diskriminierungsverbot und das Verbot unbilliger Behinderung (§ 20 GWB), das Boykottverbot sowie das Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 21 GWB). Keine *gesetzlichen* Verbote enthalten demgegenüber die Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden bei nachträglicher Feststellung von Zuwiderhandlungen (§§ 32ff GWB) und die Regelungen über die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35ff GWB). Eine sachgerechte Darstellung des Inhalts der gesetzlichen Verbote im GWB ist im Rahmen dieser Kommentierung nicht möglich; insoweit muss auf die Spezialliteratur verwiesen werden. Umstr ist, ob für eine Preiskontrolle etwa bei Energiepreisen neben § 19 GWB auch § 315 angewendet werden kann (bejahend ua: BGH 164, 336 = NJW 2006, 654; NJW-RR 2006, 915; verneinend ua: Kühne NJW 2006, 655 und 2520 mwN). Ob eine Nichtigkeit auch Ausführungs- bzw Folgeverträge erfasst, ist Frage des Einzelfalles (grundlegend Mailänder, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, 1964; vgl ferner BGHSt 8, 221, 224 und krit dazu Fikentscher DB 1956, 793, 794). Die Verträge mit Lieferanten und Kunden sind idR wirksam; für kartellrechtswidrig benachteiligte Kunden kommt jedoch ein Schadensersatzanspruch aus § 33 GWB in Betracht. Grundlegend zum Verhältnis Kartellrecht/Zivilrecht in jüngster Zeit K. Schmidt AcP 206, 169. Zur Anwendung von §§ 20f GWB bei der Überlassung gewerblicher Räume oder Flächen durch einen Träger öffentlicher Gewalt und zur Bedeutung von § 1 GWB für Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand vgl Rz 79 „öffentliches Recht“; zur Entwicklung des Kartellrechts ab 1999 allg Bechtold NJW 2001, 3159, Bechtold/Buntscheck NJW 2003, 2866 und 2005, 2966. Vgl auch Rz 100 „Vergaberecht“.
- 72 • Zu Rechtsgeschäften über das **Klonen von Menschen oder Tieren** vgl Rz 53 „EmbryonenschutzG“.
- 73 • **Koppelungsvertrag.** Ein Träger öffentlicher Gewalt darf die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben grds nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen eines Antragstellers – auch nicht von einer Zuwendung für einen gemeinnützigen Zweck – abhängig machen („Koppelungsverbot“; vgl BGH 26, 84, 87 = NJW 1958, 379; 94, 125, 127 = NJW 1985, 1825; LM § 134 Nr 50 = WM 1966, 1039, 1041; NJW 1972, 1657; NJW 1975, 1019; NJW 1999, 209; BVerwG NVwZ 2001, 1285 = BauR 2000, 1699 = JA 2001, 200 m Bespr Hermanns = ZfIR 2000, 720 m Bespr Grziwotz; ferner Grziwotz IBR 2006, 231; Lauer IBR 2000, 562; vgl auch §§ 56, 59 V Nr 4 VwVfG; § 11 BauGB). Bei einem Verstoß ergibt sich die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtl Vertrags aus § 59 II Nr 4 VwVfG, bei einem zivilrechtlichen Rechtsgeschäft aus § 134. Auch bei Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung ist ein Koppelungsgeschäft aber gleichwohl nicht immer unwirksam (BGH NJW 1972, 1657; 1975, 1019). Eine Gemeinde darf mit einem Vertrag dieser Art ihre städtebaulichen Ziele verfolgen (BVerwG NJW 1993, 2695, 2696ff). Sie darf auch – öffentlich-rechtl wie kartellrechtlich – als Grundstückseigentümerin in einem Neubaugebiet den Verkauf an Bauinteressenten mit der Verpflichtung verbinden, den Heizenergiebedarf aus einem von einer kommunalen Gesellschaft betriebenen Heizkraftwerk zu decken (BGH NJW 2002, 3779 = GRUR 2003, 77 mit – mE zu Recht – krit Anm von Emmerich LMK 2003, 93 gegen Schleswig NJWE-WettbR 2000, 253 = ZfIR 2000, 956 m Anm Jaeger). Zur Zulässigkeit einer Vereinbarung einer Denkmalbehörde mit einem Investor, der im Zusammenhang mit einem geplanten Großprojekt eine finanzielle Beteiligung an den Kosten denkmalpflegerischer Maßnahmen auf den Baugelände verspricht OVG Koblenz Bau7R 2003, 1373 = DVBl 2003, 811. Verkauft ein Grundstückseigentümer im Rahmen eines Einheimischenmodells einen Teil eines Grundstücks im Außenbereich zu einem marktgerechten Preis für Bauerwartungsland an eine Gemeinde und stellt sie ihm dafür in Aussicht, das ganze Grundstück in einen Bebauungsplan aufzunehmen, so liegt darin kein unzulässiges Koppelungsgeschäft (BGH NJW 1999, 208 = DNotZ 1999, 398). Die Gegenleistung muss aber den gesamten Umständen nach angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Andernfalls greift uU auch § 138 ein (vgl § 138 Rz 133 „Koppelungsgeschäfte“). – Zum Koppelungsverbot des Art 10 § 3 MietrechtsverbesserungsG vgl ferner Rz 41 „Architekt“ und Rz 47 „Bauplanungsrecht“.
- 74 • **Kreditwesen.** Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und weitere Unternehmen aus dem Finanzdienstleistungsbereich iSv §§ 1ff KWG bedürfen für ihre Geschäftstätigkeit gem § 32 KWG einer Erlaubnis; der Abschluss von Geschäften mit Kunden ohne diese Erlaubnis ist gem § 54 KWG verboten. Die hM sieht aber in dieser Regelung kein Verbotsgesetz iSv § 134, weil es sich um eine Ordnungsregelung für die Finanzdienstleistungsbranche handele, die nur einen der beiden Geschäftspartner betreffe (BGH WM 1966, 1101; 1972, 853 = DB 1972, 1477; WM 1978, 1268; 1980, 374; Köln VersR 1974, 1185); §§ 32, 54 KWG werden jedoch als Schutzgesetz iSv § 823 II gewertet (BGH 162, 49, 57 = NJW 2005, 742; NJW 2005, 2703; NJW-RR 2006, 630 und 1713; NJOZ 2006, 4083; München NJOZ 2007, 601, 606; eingehend: Dempewolf zu LG Köln NJW 1964, 252, 253; vgl auch Tettlinger DStR 2006, 849). Für Kreditgeschäfte aller Art ist der hM zu folgen. Bei Einlagengeschäften spricht hingegen der gebotene Schutz der Kunden für die Anwendung von § 134 für die Zukunft mit der Rechtsfolge, dass der Kunde seine Einlage sofort zurückfordern kann (so Staud/Sack Rz 258 mwN aus der Lit; ähnlich Stuttgart NJW 1980, 1800 für einen Aussteueransparvertrag; vgl ferner

**254** *Mitverschulden*

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

<b>I. Grundgedanke und Zweck der Vorschrift</b>		
1. Allgemeines	1	
2. Grundgedanke	3	
3. Verhältnis zu § 242	4	
4. Abgrenzung zur Vorteilsausgleichung	5	
<b>II. Anwendungsbereich</b>	6	
1. Zivilrecht		
a) Vertragsrecht	7	
b) Deliktsrecht	8	
c) Gesetzliche Schuldverhältnisse	9	
d) Gefährdungshaftung	10	
2. Öffentliches Recht	11	
3. Unanwendbarkeit des § 254	15	
<b>III. Mitverschulden bei der Schadensentstehung, Abs I</b>		
1. Voraussetzungen des Mitverschuldens	20	
a) Kausalität	22	
b) Rechtswidrigkeit	23	
c) Uechter Verschuldensbegriff	24	
d) Verantwortlichkeit (§§ 827–829)	25	
2. Teilnahme am Rechts- und Geschäftsverkehr	27	
a) Bank- und Geldverkehr	28	
b) Beratungs- und sonstige Vertrauensverhältnisse	29	
c) Reisen, Hotel- und Gaststättenaufenthalte	30	
d) Geschäftlicher Verkehr	31	
e) Verhältnis Arzt – Patient	32	
f) Tiere	33	
g) Sonstige Einzelfälle	34	
3. Eisenbahn- und Straßenverkehr	35	
a) Gefährdete Personengruppen	36	
b) Fußgänger	37a	
c) Jugendliche § 828		
aa) Allgemeines	37b	
bb) Fälle des § 828 I	37b	
cc) Fälle des § 828 II	37b	
dd) Fälle des § 828 III	37c	
ee) Altersgruppe ab Vollendung des 10. Lebensjahres	37d	
ff) Kinder in der Obhut Erwachsener	37e	
d) Radfahrer	37f	
e) Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes	38	
f) Verletzung der Schutzhelmtragepflicht	41	
g) Fahrgäste in öffentlichen Verkehrsmitteln	42	
4. Verkehrssicherungspflichten	43	
a) Gebäude	44	
b) Bauarbeiten	45	
c) Straßen und öffentliche Plätze	46	
5. Tätliche Auseinandersetzungen	48	
6. Handeln auf eigene Gefahr	49	
7. Stillschweigende Einwilligung	52	
<b>IV. Pflicht, Schäden zu verhüten oder zu mindern (Abs II S 1)</b>		
1. Allgemeines		
a) Unterlassungverschulden	53	
b) Kosten der Schadensabwendung	54	
c) Vorschussanspruch – Kreditaufnahme	55	
2. Schadensabwendungsspflicht		
a) Warnpflicht	56	
b) Einzelfälle	57	
c) Inhalt und Form der Warnung	58	
d) Erheblichkeit der Unterlassung	59	
3. Schadensminderungsspflicht	60	
a) Gesundheitsschäden – Allgemeines	61	
b) Operationen	62	
c) Ausnutzung der Arbeitskraft Unselbständiger	63	
d) Ausnutzung der Arbeitskraft Selbständiger	65	
e) Erwerbsobliegenheit einer Witwe	66	
f) Rechts- und Geschäftsverkehr	67	
g) Reparatur und Ersatzbeschaffung von Sachen	68	
h) Rechtsverfolgungsmaßnahmen	69	
i) Rechtsbehelfe	70	
<b>V. Mitverschulden Dritter</b>		
1. Allgemeines	71	
2. Bei der Schadensentstehung		
a) Vertragsverhältnisse	73	
b) Rechtliche Sonderverbindungen	74	
c) Lage bei Fehlen beider Voraussetzungen	76	
aa) Schädigung natürlicher Personen	77	
bb) Schädigung juristischer Personen	78	
cc) Sonderfälle	79	
3. Bei der Schadensminderungsspflicht		
a) Grundsatz	80	
b) Beteiligung mehrerer Personen	81	
4. Mittelbar Geschädigte	82	
<b>VI. Rechtsfolgen des Mitverschuldens</b>		
1. Ziel des § 254	83	
2. Abwägungskriterien	85	
a) Verursachung	86	
b) Verschulden	87	
c) Gefährdungshaftung	88	
d) Andere Faktoren	91	
3. Abwägungsgrundsätze	92	
a) Vorsatz des Schädigers	93	
b) Vorsatz des Geschädigten	94	
c) Beiderseitiger Vorsatz	95	
d) Beiderseitige Fahrlässigkeit	96	
e) Verschulden und Betriebsgefahr	97	
f) Beiderseitige Betriebsgefahr	98	
g) Verletzung des Abs II S 1	99	
h) Gesetzliche Haftungshöchstbeträge	100	
4. Mehrheit von Schädigern		
a) Mittäterschaft	101	
b) Nebentäterschaft	102	
c) Zurechnungs- und Haftungseinheiten	104	
d) Gestörter Innenausgleich	108	
e) Gestörter Innenausgleich in der Ehe	109	
f) Gestörter Innenausgleich im Verhältnis Eltern-Kind	111	
<b>VII. Prozessuales</b>		
1. Mitverschulden als Einwendung	112	
2. Grund- und Feststellungsurteil	113	
3. Revisibilität	114	
4. Beweislastfragen	115	

**Schrifttum:** *Aumann*, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte, 1964; *Berger*, Mitverursachung und Mitverschulden, VersR 1987, 542; *Hager*, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, 1640; *E. Herrmann*, Zur Anwendung des BGB § 254 im Rahmen eines negatorischen Beseitigungsanspruchs, JR 1998, 242; *Th. Honsell*, Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977; *Keller*, Mitverschulden als Generalklausel, 1965; *Lepa*, Inhalt und Grenzen der Schadensminderungspflicht, DRiZ 1994, 161; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999; *Ludwig*, Der fehlende Mitverschuldenseinwand, NJW 2006, 3757; *Otzen*, Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung zur Mitverschuldensabwägung gegenüber mehreren Haftpflichtigen – ein Irrtum?, VersR 1997, 808; *Pröls*, Die Berücksichtigung mitwirkender Betriebsgefahr, VersR 2001, 166; *Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; *Venzmer*, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960; *Weidner*, Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970

### I. Grundgedanke und Zweck der Vorschrift

- 1 **1. § 254 durchbricht das Alles-oder-Nichts-Prinzip** und ermöglicht eine dem Einzelfall gerecht werdende **Schadensteilung** zw dem Schädiger und einem Geschädigten, der zur Schadensentstehung schuldhaft beigetragen hat oder es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (sog **mitwirkendes Verschulden**). Diese Schadensteilung kann sich zu der vollen Haftung und der vollen Entlastung des Schädigers bewegen (BGH 63, 189, 194).
- 2 Demgegenüber wird der Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger grds nicht dadurch gemindert, dass neben dem Schädiger auch ein **Dritter** für den Schaden mitverantwortlich ist. Der Schädiger und der Dritte haften dem Geschädigten als **Gesamtschuldner**, etwa nach den §§ 823, 830, 840; im Innenverhältnis besteht zu ihnen eine **Ausgleichspflicht** nach § 426 oder einschlägigen inhaltlich gleichartigen (§§ 17 StVG, 736 HGB, 41 LuftVG, 93 AMG, 5 ProdHaftG) oder auch ungleichartigen (§ 840 II und III, § 59 II VVG, § 46 S 2 BNotO, § 3 Nr 9 PflVG) Sonderregelungen.
- 3 **2. Dem Geschädigten soll nach dem Grundgedanken** des § 254 insoweit kein Anspruch auf Ersatz seines Schadens zustehen, als aus seinem Gefahren- und Verantwortungsbereich zusätzliche, für den Eintritt des Schadens erhebliche Ursachen hervorgegangen sind (BGH 56, 163, 170; NJW 1974, 798). Die dogmatische Brauchbarkeit dieser **Sphärentheorie** im Bereich des § 254 ist allerdings umstr, da es bei einer Selbstschädigung an einer Rechtswidrigkeit fehlt (BGH VersR 1959, 135f; Soergel/Mertens Rz 2 mN). Deshalb wird vielfach der Gesichtspunkt des **Verschuldens gegen sich selbst** hervorgehoben, wovon dann auszugehen ist, wenn jemand diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die „nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mensch anwendet, um sich tunlichst vor Schaden zu bewahren“ (RG 100, 44; München ZMR 1996, 654; ähnlich Lange/Schiemann Schadensersatz § 10 V 2). Diese Einschränkung des Schadensersatzanspruchs entspricht dem Gebot der Gerechtigkeit, insb dem der Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigten. Jeder von ihnen hat den Schaden in dem Umfang zu tragen, in dem er die Voraussetzungen verantworten muss, die zusammen den Schaden verursacht haben (RG 164, 264, 269).
- 4 **3. Verhältnis zu § 242.** Auch das Schadensersatzrecht wird vom Grundsatz von **Treu und Glauben** beherrscht. § 254 ist daher letztlich nur eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes, auch wenn mit dieser Erkenntnis wenig gewonnen ist (Prinzip des venire contra factum proprium, vgl zu dieser von der Rspr bevorzugten Grundlage: BGH 34, 355, 363ff; 36, 342; 50, 112; 135, 240, hierzu Heckelmann JZ 1970, 62; BGH 56, 65 und 169; 63, 140; 76, 216; NJW 1978, 2024; krit insoweit MüKo/Oetker Rz 4; Soergel/Mertens Rz 4; Greger NJW 1985, 1130). Im Einzelfall kommt § 254 als der spezielleren Norm deshalb Vorrang vor § 242 zu. Voraussetzungen und Rechtsfolgen beider Vorschriften sind aber verschieden, so dass zw der Anwendung des § 254 und der des § 242 deutlich zu unterscheiden ist. Die Haftungsfreistellung des Schädigers, die BGH 63, 140 (146) aus § 242 herleitet, hätte ebenso überzeugend aus § 254 begründet werden können (BGH 34, 355, 363). Darüber hinaus können allg Aspekte von Treu und Glauben zB über den Wortlaut des § 254 hinaus für die Abwägung der beiderseitigen Schadensverursachung bedeutsam sein (BGH 34, 355, 363f; MDR 1981, 574).
- 5 **4. Das mitwirkende Verschulden** ist von der **Vorteilsausgleichung**, bei der es um die Bestimmung des Schadensumfangs geht, zu unterscheiden, vgl Vor § 249 Rz 82–117.

### II. Anwendungsbereich

- 6 Das Prinzip der Schadensteilung bei Mitverursachung oder Mitverschulden ist ein **allg Rechtsgrundsatz** des Schadensrechts. Deshalb kann der Schädiger mitwirkendes Verschulden des Geschädigten grds ggü allen Schadensersatzansprüchen einwenden. Es ist unerheblich, ob Schadensersatz aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder einer anderen gesetzlichen Vorschrift geschuldet wird; ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Verpflichtung zum Schadensersatz durch eine Haftung für Verschulden, Gefährdung oder Veranlassung begründet wird.
- 7 **1. Im Zivilrecht** ist § 254 auf alle Schadensersatzansprüche anwendbar: **a)** Einerseits auf alle (**vor-)**vertraglichen Ersatzansprüche aus §§ 280ff, 311 (BGH DB 1967, 1085; MDR 1974, 918; NJW 1957, 217; 1987, 251) sowie die Garantiehaftung des § 477. Das mitverschuldensrelevante Verhalten des Geschädigten muss zeitlich nach dem Vertragsschluss (BGH NJW 1957, 217; 1972, 1072; 1987, 251) bzw nach Anbahnung des vertrauensbegründenden Tatbestandes liegen (ebenso Soergel/Mertens Rz 7). Zum Mitverschuldenseinwand ggü Erfüllungsansprüchen näher Peters JZ 1995, 754. Der Mitverschuldenseinwand kann auch beim **Vertrag zugunsten Dritter** und beim **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** eingreifen, so dass der Ersatzpflichtige dem Dritten ein Mitverschulden seines Vertragspartners, auch wenn dieser nicht gesetzlicher Ver-

treter oder Erfüllungsgehilfe des geschädigten Dritten ist, wie auch das Verhalten von Hilfspersonen des Dritten dessen Ersatzanspruch entgegenhalten kann (BGH 24, 325, 327; 33, 247; NJW 1965, 1757). Zur Anwendbarkeit des § 254 in den Fällen der Drittschadensliquidation vgl BGH MDR 1972, 229.

**b) Im Deliktsrecht** ist § 254 umfassend anwendbar, auch im Rahmen der §§ 827, 828 (BGH 34, 355, 366), **8** auf Ansprüche aus § 829 (BGH 37, 102, 106) und § 839 (BGH NJW 1977, 1287 und § 839 Rz 77), wobei allerdings unter den Voraussetzungen des § 839 III (BGH VersR 1961, 907) ebenso wie nach § 839a II bei der Haftung eines Sachverständigen (Jaeger/Luckey MDR 2002, 1168, 1172) ein Ersatzanspruch völlig entfallen kann, sowie auf Ansprüche aus § 845 (BGH 69, 380, 386). Soweit es um Schäden Dritter in den Fällen der §§ 844, 845 geht, enthält § 846 eine Spezialregelung.

**c) Ansprüche außerhalb von vertraglicher Haftung und Deliktsrecht** (gesetzliche Schuldverhältnisse, Veranlassungshaftung): Der Ausgleichsgedanke des § 254 ist ein allg Rechtsgedanke. Die Vorschrift ist daher auch außerhalb des Schadensersatzrechts anzuwenden, wenn das mitverantwortliche Verhalten, insb das beiderseitige Verschulden der Beteiligten einen gerechten Ausgleich ihrer Interessen erfordert (BGH 52, 168). Daher ist § 254 anwendbar auf die Garantshaftung des Vermieters aus § 536a (BGH 68, 281, 288 zu § 538 aF), bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit (BGH MDR 1981, 562), allg bei beiderseitigem Verschulden (BGH BB 1954, 758), auf Ersatzansprüche aus § 670 (Celle NJW 1965, 2348, 2850) und aus den §§ 675, 667 (BGH NJW 1990, 250f), aus Geschäftsführung ohne Auftrag (BGH 38, 278 für Fälle der Selbstaufopferung; Karlsruhe VRS 93, 8 für den Aufwendungsersatzanspruch), auf den Gesamtschuldnerausgleich aus § 426 (BGH in st Rspr, vgl BGH 12, 213; 43, 187; 59, 103; vgl unten Rz 101–107); zum gestörten Gesamtschuldnerausgleich vgl BGH 51, 37, 40; 61, 51, 53ff; NJW 1976, 1975 und unten Rz 108–111; bei Missbrauch der Vertretungsmacht (BGH 50, 112), auf Ansprüche aus den §§ 989, 990 (BGH MDR 1969, 555; BB 1954, 758), auf den Kostenerstattungsanspruch aus § 1004 I S 1 (BGH NJW 1991, 205f; 1997, 2234; VersR 1998, 106), den Ausgleichsanspruch aus § 906 II S 2 (BGH MDR 1988, 214) sowie Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Finder (BGH NJW 1990, 1231), in den Fällen des § 122 (BGH NJW 1969, 1380). § 254 ist weiterhin anwendbar in den Fällen der **Veranlassungshaftung** der §§ 302, 717, 945 ZPO (BGH MDR 1974, 130; NJW 1978, 2024).

**d)** Schließlich ist § 254 anwendbar in den Fällen der **Gefährdungshaftung**, etwa des Tierhalters (§ 833: **10** BGH 67, 129, 143), auf die Erfolgshaftung des Gastwirts (§ 701: RG 75, 386, 394) sowie bei irrtümlicher Selbsthilfe nach § 231 (BGH NJW 1977, 1818). Spezialregelungen finden sich etwa in § 9 StVG, § 34 LuftVG, § 27 AtomG.

**2. Öffentliches Recht.** Schließlich ist zumindest der Rechtsgedanke des § 254 auch im öffentlichen Recht **11** anwendbar, und zwar auf alle Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen und aus gesetzlichen Schuldverhältnissen, vgl § 62 VerwVfG, der erg die entspr Anwendung des BGB bestimmt (BGH NJW 1983, 622). Einschränkungen können sich aus besonderen Regelungen ergeben, etwa aus § 839 III für den Bereich der Amtspflichtverletzung (vgl BVerwG 34, 123, 130ff; 50, 102, 108f; NJW 1979, 885f).

Ebenso ist § 254 auf alle öffentlich-rechtlichen **Entschädigungsansprüche** entspr anzuwenden, weil Entschädigung ebenso wie Schadensersatz den vollen Ausgleich des Vermögensschadens umfassen kann (BGH 45, 290, 295). **Einzelfälle:** Für den Anspruch auf Entschädigung für Impfschäden bestimmte § 51 III BSeuchenG die entspr Anwendung des § 254 (vgl dazu und für Aufopferungsschäden BGH 45, 290, 294ff). Dasselbe gilt für den Anspruch aus Enteignungsschädigung nach dem BauGB (BGH 63, 240; NJW 1985, 265f) sowie für die Entschädigung bei enteignungsgleichem Eingriff (BGH 56, 57, 64f; 90, 17, 31f; 91, 243, 258ff; MDR 1988, 214). § 254 ist auch auf den **Folgenbeseitigungsanspruch** anwendbar (BVerwG NJW 1989, 2484). **12**

Der Anspruch auf **Entschädigung nach dem StrEG** ist nach dem Grundgedanken des § 254 bei Vorsatz **13** oder grober Fahrlässigkeit des Geschädigten gem § 5 II StrEG ausgeschlossen (BGH 63, 209, 211ff; 103, 113, 120; bei Alkoholeinfluss grob fahrlässige Verursachung; Frankfurt MDR 1978, 514). Fahrlässigkeit kann zur Einschränkung des Anspruchs führen (Hamm NJW 1975, 2033; aA Meyer NJW 1976, 761). Bestimmt ein Gesetz die entspr Anwendung des Abs I, wie etwa § 40 IV OBG NRW, ist Abs II ebenfalls entspr anzuwenden (BGH NJW 1986, 582).

Auf Schadensersatzansprüche gegen die **Post** ist § 254 anwendbar, insb soweit die Post entspr den allg gesetzlichen Vorschriften haftet. Das gilt auch für die Haftung der Postbenutzer (BGH 68, 266, 270). **14**

**3. § 254 ist nicht anwendbar, a)** wenn der Schaden **allein** durch **höhere Gewalt** oder durch **unabwendbare** **15** **Ereignisse** verursacht worden ist, da in einem solchen Fall der Geschädigte den Schaden nicht mitverursacht hat (BGH 61, 144, 147);

**b)** wenn wegen des mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten eine **Pflicht zum Schadensersatz** oder **16** zur Entschädigung überhaupt **nicht begründet** wird. Das ist der Fall in den §§ 122 II, 179 III, 311a II S 2, wenn der Geschädigte bestimmte Umstände kannte oder kennen musste (vgl RG 57, 87, 89f); dazu gehören zB die Fälle der §§ 442 I (BGH 110, 203), 545 II aF – §§ 546a, 571 nF – (RG 165, 159f); 640 II (BGH NJW 1978, 2240; Ausnahme: wenn der Gläubiger den Irrtum im Fall des § 122 schuldlos verursacht, soll § 254 gelten: BGH NJW 1969, 1380); oder wenn die Entschädigung nach § 5 II StrEG ausgeschlossen ist, weil der Geschädigte die Strafvollstreckungsmaßnahmen vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat (BGH 63, 213). Dasselbe gilt nach § 839 III, wenn die Pflicht zum Schadensersatz nicht entsteht;

- 17 c) wenn die Verpflichtung zum Schadensausgleich **durch Gesetz ausgeschlossen** ist, etwa durch § 840 II (RG 159, 86, 90ff);
- 18 d) wenn **Sonderregelungen** vorgehen, etwa § 17 StVG, § 32 BJagdG, § 736 HGB;
- 19 e) bei vertraglichen oder vertragsähnlichen **Erfüllungsansprüchen** (BGH NJW 1967, 248; 25, 310), beim Entschädigungsanspruch des Vermieters aus § 571 I S 2, 3 (BGH 104, 285, 290f), bei **gewährleistungsrechtlichen Ersatzansprüchen** (BGH NJW 1978, 2240; 1972, 447; Gewährleistung nach VOB; Bremen NJW 1963, 445 für Ansprüche aus § 633 aF), wo Sondervorschriften wie § 442 eingreifen (BGH NJW 1978, 2240), bei Bereicherungsansprüchen (BGH 14, 7, 10; 37, 363, 370; 57, 137, 151f = JZ 1972, 438 m Anm Lieb). Der BGH wendet statt des § 254 hier den § 242 an (BGH 57, 152). § 254 ist weiterhin nicht anwendbar ggü dem Anspruch aus § 985 (BGH NJW 1983, 1681), bei Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen aus § 1004 I, bei Ansprüchen auf Auszahlung des Sparguthabens (BGH NJW 1986, 2106), aus Bürgschaft (RG JW 1937, 3104), ggü Ansprüchen der Berufsgenossenschaft bei Mitverschulden des Verletzten (BGH NJW-RR 1989, 339).

### III. Mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung des Schadens, Abs I

- 20 **1. Voraussetzungen des Mitverschuldens.** § 254 setzt voraus, dass der Schädiger zum Schadensersatz verpflichtet ist. Der Schadensausgleich zw dem Schädiger und dem Geschädigten setzt weiter voraus, dass ein **Verschulden des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt** hat. Richtet sich das „Verschulden“ des Geschädigten nicht gegen einen anderen; liegt keine Verletzung von Rechtspflichten vor. Es handelt sich vielmehr um ein „**Verschulden in eigener Sache**“, das sich gegen den Geschädigten selbst richtet. Er lässt die nach Lage der Sache **im eigenen Interesse gebotene Sorgfalt außer Acht**, mit der ein verständiger Mensch handeln würde, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, BGH 3, 46 (49); 9, 316 (318); 33, 136 (142f); 74, 25 (28), etwa indem er sich bewusst in Gefahr begibt oder bewusst ein besonderes Risiko auf sich nimmt, BGH NJW 1985, 482 und 1692. Haftungsbegründendes Verschulden ist nicht erforderlich, BGH NJW 1978, 980.
- 21 Der Geschädigte muss sich sein „Verschulden gegen sich selbst“ entgegenhalten lassen mit der Rechtsfolge, dass er den Teil des Schadens, der ihm zuzurechnen ist, selbst zu tragen hat. Dieses Ergebnis wird insb von Schmidt mit der Verletzung von Pflichten minderer Intensität, den sog **Obliegenheiten**, begründet (R. Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953; Soergel/Mertens Rz 4; vgl auch MüKo/Oetker Rz 3). Die Rspr hat das Einstehenmüssen des Geschädigten für mitwirkendes Verschulden aus dem Grundgedanken von **Treu und Glauben** hergeleitet: Dem Geschädigten ist es verboten, den selbst verschuldeten Schaden im Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten auf den Schädiger abzuwälzen, vgl BGH 34, 355 (363f); 56, 57 (65); 57, 137 (152). Das ist ein für die Praxis brauchbarer Weg, um zu einem gerechten Schadensausgleich zu kommen. Dabei dürfen an die in eigener Sache und in eigenem Interesse gebotene Sorgfalt allerdings keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.
- 22 **a) Kausalität.** Das Verschulden des Geschädigten muss bei der Entstehung des Schadens **mitgewirkt** haben. Sein Verhalten muss den Schaden in rechtserheblicher Weise, also adäquat kausal (BGH NJW-RR 2006, 965) mitverursacht haben; zeitlich vor oder nach dem schädigenden Ereignis (BGH 3, 46) oder mit ihm zusammentreffen. In einer konkreten Gefährdungssituation kann auch das Unterlassen von Schutzmaßnahmen ein zurechenbares Mitverschulden sein, BGH NJW 1982, 168. Für die Zurechnung des Schadensbeitrages des Geschädigten gelten allg die für die Zurechnung des Schadens geltenden Regeln, so zB die Grundsätze der adäquaten Verursachung und des Schutzzwecks der Norm, um die Verpflichtung zum Schadensersatz auf ein vernünftiges Maß zu beschränken. (BGH NJW-RR 2006, 965; vgl auch Vor § 249 Rz 31–36). Die vom Geschädigten verletzte Pflicht bzw Obliegenheit muss also die Verhinderung von Schadenseintritten der jeweils vorliegenden Art bezwecken (BGH VersR 1970, 813; 1978, 1071). Zum Mitverschulden bei der Arzthaftung: BGH NJW 1972, 334.
- 23 **b)** Es kommt nicht darauf an, ob das Verhalten des Geschädigten, durch das er sich selbst einen Schaden zufügt, von der Rechtsordnung missbilligt wird und daher **rechtswidrig** ist. Dem Geschädigten ist sein Verhalten vielmehr zur Last zu legen, weil es für ihn erkennbar die Entstehung des Schadens begünstigte, BGH NJW 1978, 2024f.
- 24 **c) Unechter Verschuldensbegriff.** Das „mitwirkende Verschulden“ ist **kein Verschulden im eigentlichen Sinne**. Gleichwohl ist es wie das Fremdverschulden nach dem Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu bestimmen. Es kommt weniger auf die subjektiven Vorstellungen des Geschädigten an, als auf die nach einer vernünftigen Verkehrsanschauung auch in eigenen Angelegenheiten zu beachtende erforderliche Sorgfalt „für sich und das Seinige“, also die Verletzung des zumutbaren Maßes an Aufmerksamkeit und Rücksichtnahme auf die eigenen Interessen, BGH NJW 1979, 495f. Deshalb kein Ersatzanspruch eines Patienten gegen das Krankenhaus, wenn ihm Wertsachen aus einem unverschlossenen Schrank seines Zimmers gestohlen werden und der Patient sich nicht um eine sichere Verwahrung gekümmert hat (LG Bochum VersR 1992, 886). Mitverschulden umfasst in entspr Anwendung des § 276 auch leichte Fahrlässigkeit. Den Geschädigten trifft kein Mitverschulden, wenn er weder erkannt hat noch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen konnte, dass sein Verhalten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, RG 159, 76. Mitverschulden des Geschädigten ist auch zu verneinen, wenn der Schädiger den Schaden durch einen vom Mitverschulden unabhängigen neuen Willensentschluss herbeigeführt hat, OGH 1, 272 = MDR 1949, 81. Ebenso liegt kein Mitverschulden vor, wenn der Geschädigte in Erfüllung einer gesetzlichen, beruflichen oder sittlichen Pflicht zur Abwendung einer dringenden Gefahr für Lebens- oder Rechts-

güter gehandelt hat. Ein durch die Gefahrenlage bedingtes Fehlverhalten wird idR nicht als schuldhaft anzusehen sein.

**d) Verantwortlichkeit** (§§ 827–829). Ist der Geschädigte nicht oder nur bedingt verantwortlich, etwa wegen Geisteskrankheit oder Minderjährigkeit, muss er sich ein „Mitverschulden“ entgegenhalten lassen, wenn er für den eigenen Schaden nach den **entspr anwendbaren §§ 827, 828** mitverantwortlich ist (BGH 9, 317; 24, 327). Das gilt auch für die Fälle des § 827 S 2 (BGH VersR 1971, 473). Mitverschulden erfordert insoweit keine Geschäftsfähigkeit, sondern nur **Verantwortlichkeit**, also auch kein schuldhaftes, einem Dritten ggü haftungsbegründendes Verhalten (BGH NJW 1965, 1075). Daraus folgt, dass Kindern unter sieben bzw zehn Jahren entspr § 828 I, II ein (eigenes) Mitverschulden nicht entgegengehalten werden kann (BGH VersR 1975, 133, zur Zurechnung des Verschuldens Dritter vgl *Rz 73ff*). Im Hinblick auf Kinder und Jugendliche zw 7 und 18 Jahren vgl *Rz 37b, 37c*.

Schließlich ist auch § 829 **entspr anwendbar** (BGH 37, 105 m Anm Böhmer VersR 1962, 823 und Anm Hauß LM BGB § 254 [Ca] Nr 2; BGH FamRZ 1965, 265; NJW 1973, 1795) mit der Folge, dass ein nach den §§ 827, 828 nicht Verantwortlicher einen ihm entstehenden Schaden, für den ein Dritter einzustehen hat, den er aber selbst mitverursacht hat, nur eingeschränkt ersetzt erhält. Diese Einschränkung soll nur in engen Grenzen erfolgen, wofür es zB nicht genügt, dass der Schaden von einem Versicherer des Geschädigten getragen wird (BGH NJW 1973, 1795; aA zB KG VersR 1996, 235; ist der Schädiger haftpflichtversichert, scheidet Mithaftung des nicht deliktsfähigen Kindes regelmäßig aus), während umgekehrt eine Kürzung nicht allein deshalb ausscheidet, weil der Schädiger haftpflichtversichert ist (BGH 76, 279; NJW 1979, 2096; aA Karlsruhe DAR 1990, 137).

**2. Teilnahme am Rechts- und Geschäftsverkehr.** Wer am Rechts- und Geschäftsverkehr teilnimmt, darf nicht selbst die Lage schaffen, aus der ihm Schäden entstehen. Er darf die im eigenen Interesse gebotenen Organisations-, Prüfungs- und Überwachungsmaßnahmen weder unterlassen noch vernachlässigen. Insofern ist auf folgende **Einzelfälle** hinzuweisen:

**a) Bank- und Geldverkehr.** Mitverschulden kann vorliegen, wenn es eine Bank versäumt, ihrem Kunden die Scheckkarte zu entziehen (BGH 64, 79, 85); wenn sie ohne Prüfung auf die Echtheit einer Vollmachtsurkunde vertraut (Düsseldorf NJW-RR 1988, 104), gestohlene Euroschecks in Kenntnis dieses Umstandes einlöst (LG Koblenz NJW-RR 1988, 1315; mangelnde Sorgfalt des bestohlenen Kunden tritt ganz zurück); fünfmonatige Nichtbeachtung des Widerrufs eines Dauerauftrages durch Bank und Kunden (Hamm NJW-RR 1986, 791); schuldhaft unterlassene Ausführung von Effektesgeschäften (BGH ZIP 1981, 719; NJW-RR 2002, 1292); falsche Kreditauskunft bei Mitverschulden des Kunden (BGH NJW 1984, 921) oder bei Kapitalanlagevermittlung (BGH NJW 1985, 1095); wenn eine Gläubigerbank einen Kunden zum Einzugs ermächtigungsverfahren zulässt (BGH NJW 1979, 2146f); Kredit gewährt ohne ausreichende Sicherungen (BGH WM 1970, 1270; München NJW 1970, 1924); auch bei besonderem Vertrauen auf das Wort des dem Darlehensgeber freundschaftlich verbundenen Darlehensnehmers (BGH NJW 2002, 1335); wenn ein Bankkunde Scheckformulare nicht sorgfältig aufbewahrt (LG Köln NJW-RR 1987, 740 und NJW-RR 1988, 430; Euroschecks und Scheckkarte in geparktem Pkw zurückgelassen); den Missbrauch von Verrechnungsschecks nicht verhindert (BGH DB 1974, 2047); den Verlust von Reisepass und Kundenkarte seiner Bank nicht mitteilt (BGH NJW 1968, 37); wenn der Kunde die Durchführung von Überweisungsaufträgen nicht überprüft (Hamm WM 1989, 1321); einen Scheck per Post versendet (Hamm WM 1983, 461; aA insoweit BGH NJW 1998, 2898, aber bedenklich); sein Konto nicht überwacht (BGH NJW 1968, 742), seine Auszüge nicht überprüft (LG Lübeck WM 1993, 1131) oder bei Organisationsmängeln bezüglich des Scheckverkehrs im Unternehmen des Kunden (LG München NJW-RR 1992, 755). Zum Mitverschulden des Ausstellers eines Inhaberverrechnungsschecks, der auf dem Postwege abhanden gekommen und vom Nichtberechtigten eingelöst worden ist, wenn dem Aussteller danach, aber vor Abhebung des Scheckbetrages vom Konto des Nichtberechtigten Zweifel hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Einlösung kommen, vgl KG WM 1995, 241. Zum Mitverschulden des Kunden bei Anlageberatung der Bank vgl Braunschweig NJW-RR 1996, 1362 und bei verdächtigen Geldanlagepraktiken des später veruntreuenden Generalagenten des Kreditinstituts: BGH NJW-RR 2005, 756. **Kein Mitverschulden** des Kunden, der von einem Kreditvermittler Herausgabe nach § 667 verlangt, auch wenn der Kunde ungewöhnlich leichtgläubig war (BGH NJW-RR 1998, 484).

**b) Beratungs- und sonstige Vertrauensverhältnisse.** Mitverschulden kann vorliegen, wenn der Versicherungsnehmer sich ungeprüft auf Auskunft des Versicherungsvertreters über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Lebensversicherungsprämien verlässt (Hamm VersR 1988, 623); wenn ein Mandant sich auf die Auskunft eines Angestellten verlässt, statt die Auskunft eines Rechtsanwalts einzuholen (RG 162, 29); wenn eine vom Steuerberater vorbereitete Einkommensteuererklärung ungelesen unterschrieben wird (LG Wuppertal VersR 1977, 95); wenn ein Mandant ihm mögliche und zumutbare Angaben, die sein Steuerberater vergessen hatte, nicht rechtzeitig nachreicht (BGH NJW-RR 2003, 931); überwiegendes Verschulden des Steuerberaters, der seine Aufklärungspflicht verletzt, auch wenn sein Mandant objektiv gebotene weitere Auskünfte nicht einholt (BGH NJW 1994, 379 = VersR 1994, 322); dagegen idR **kein Mitverschulden desjenigen**, der sich auf Rat oder Auskunft des Rechtsanwalts verlässt (RG 129, 109, 114; anders bei Risikoauskünften: BGH 70, 356, 365); auch nicht, wenn ein Branchenkundiger fachkundigen Rat einholt, weil er dadurch zu erkennen gibt, dass er die erforderlichen Fachkenntnisse nicht hat (Köln ZIP 1988, 1407); oder bei Unterbleiben einer erforderlichen steuerlichen Beratung: BGH NJW-RR 1986, 1348. Wer als **Gutachter** tätig wird, muss von sich aus die für seine Aufgabe erforderlichen Informationen einholen bzw vom Auftraggeber erfragen, den kein Mitverschulden trifft, wenn er nicht alle für den Gutachter erforderlichen Fakten

von sich aus mitteilt (Köln NJW-RR 1998, 1320). Vgl Hamm NJW-RR 1995, 1267 zum Mitverschulden des Mandanten, der einen Anwalt mit der Ausarbeitung eines bestimmten Vertrags beauftragt hat. **Kein Mitverschulden** des Mandanten, wenn der erste Anwalt objektiv erforderliche Maßnahmen zur Hemmung der Verjährung unterlassen hat und der zweite, das Mandat fortführende Anwalt diesen Fehler wiederholt (BGH NJW 1993, 1779) oder einen davon unabhängigen neuen Fehler begeht. Für den hypothetischen Kausalverlauf kommt es auf die Wertung des Gerichts im Regress gegen den ersten Anwalt an (BGH VersR 1994, 680 = NJW 1994, 1211 = LM BGB § 254 [Ea] Nr 24 m Anm Lauda). Wenn ein geschäftserfahrener Betrieb erst ein Inkassobüro, später einen Anwalt einschaltet, sind die Kosten des Inkassobüros idR nicht zu erstatten (Dresden NJW-RR 1994, 1139; noch strenger Rottweil NJW 1994, 265: sie sind nur dann zu erstatten, wenn nach Sachlage damit gerechnet werden kann, dass der Schuldner ohne gerichtliche Hilfe zahlen wird).

- 30 c) Reisen, Hotel- und Gaststättenaufenthalte.** Mitverschulden kann vorliegen bei Aufgabe eines Koffers mit wertvollem Inhalt als Reisegepäck (BGH 24, 188), bei unzureichender eigener Information des Reisenden über die Einreisebestimmungen eines Gastlandes, wenn der Pauschalreiseveranstalter selbst ungenügende Informationen erteilt hat (LG Frankfurt NJW 1980, 1230; NJW-RR 1989, 312); wenn ein Gast den Diebstahl von Schmuck oder anderen wertvollen Sachen durch eigene Unachtsamkeit begünstigt (BGH 32, 149; zB durch Nichtbenutzung der Zentralverriegelung; Karlsruhe NZV 2001, 516); in seinem in der Hotelgarage abgestellten Auto Wertsachen belässt (BGH NJW 1969, 789 m Anm Berg NJW 1969, 1172); wenn er nachts die Balkontür offenlässt und sich im Zimmer Wertsachen befinden (Koblenz VersR 1955, 439); wenn er wertvolle Kleidungsstücke, wie einen Pelzmantel, ablegt und sie nicht überwacht (Hamburg MDR 1970, 842; BGH VersR 1974, 141); wer als Gast in einem Ferienpark für wertvolles Gepäck keine Versicherung abschließt (Düsseldorf NJW-RR 1990, 38); bei viel zu niedriger Wertangabe für ein Wertpaket (BGH NJW 1988, 129; NJW-RR 1989, 676).
- 31 d) Geschäftlicher Verkehr.** Mitverschulden kann vorliegen, wenn ein Kaufmann den Missbrauch einer Vertretungsmacht (Prokura) ermöglicht (BGH 50, 112, 115); strafbare Handlungen wie Diebstähle, Unterschlagungen oder Betrügereien durch Organisationsmängel und Unterlassen von Kontrollen begünstigt (BAG NJW 1970, 1861f; BGH DB 1974, 2047; wobei aber der bloße Betrieb eines Selbstbedienungsladens kein Mitverschulden an Diebstählen begründet: Hamburg MDR 1977, 665f) oder unterlassene Wertangabe bei Warenversand, wenn bei höheren Werten besondere Sicherungen erfolgen (BGHRp 2003, 946; ebenso BGH 149, 337), wenn der Aussonderungsberechtigte die Freigabeerklärung nicht verlangt (BGH ZIP 1992, 1646); bei mangelnder Vorsorge gegen Unterschlagung seitens eines Arbeitnehmers (BGH NJW 1990, 251) oder dessen mangelnde Überwachung (BAG DB 1971, 635); des Bauhandwerkers, der eine nur durch undurchsichtige Plane verdeckte Vertiefung ohne vorherige Prüfung betritt (Koblenz BauR 1999, 182); bei Auftragserteilung an einen Unternehmer, dessen sachliche und fachliche Kompetenz aus der Sicht des Auftraggebers zweifelhaft ist (BGH NJW 1993, 1191); wenn ein Schriftstück ungelesen unterschrieben und dadurch etwas Unrichtiges bestätigt wird, etwa der Empfang der noch nicht übergebenen Ware durch den Abzahlungskäufer (BGH 33, 293, 302f); wer die gebotene Untersuchung gekaufter Ware unterlässt (BGH 101, 346); wenn der Besteller einer Übersetzung eines technischen Prospektes bei fehlerhafter Übersetzung nicht auf die Gefahr besonders hoher Schäden hinweist (Hamm NJW 1989, 2066); bei Verletzung von Hinweispflichten über die tatsächliche Lage eines Gefahrenbereichs (BGH MDR 1992, 30); wenn ein Bauherr einen anderen als den ihm vom Architekten benannten Unternehmer beauftragt und dem Architekten sowohl Planungsfehler als auch Verletzung der örtlichen Bauaufsicht zur Last fällt (BGH NJW-RR 1999, 893); wenn ein Versender einen Frachtführer mit der Transportdurchführung beauftragt, von dem er weiß oder hätte wissen müssen, dass es in dessen Unternehmen aufgrund von groben Organisationsmängeln immer wieder zu Verlusten kommt, sofern für die Überforderung des Frachtführers mit dem Auftrag konkrete Anhaltspunkte bestanden (BGH NJW-RR 2006, 1264); wenn ein Versender eine Wertdeklaration unterlässt, obwohl er hätte erkennen müssen, dass der Spediteur/Frachtführer Wertpakete sorgfältiger behandelt (BGH NJW-RR 2006, 822); wenn ein Vermieter ein Kraftfahrzeug an einen Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vermietet (München MDR 1963, 498; Düsseldorf MDR 1968, 46; aA Celle MDR 1964, 320 und NJW 1970, 1850; Köln NJW 1970, 285; weitere Nachw zum Mitverschulden des Minderjährigen bei BGH NJW 1973, 1790 und Medicus JuS 1974, 225). Vor Installation neuer Software soll Datensicherung jedenfalls bei gewerblicher Nutzung als selbstverständlich vorausgesetzt werden können (Karlsruhe NJW-RR 1997, 554). Dagegen **kein Mitverschulden**, wenn ein Käufer weiß, dass der Verkäufer die verkaufte Gattungssache erst beschaffen muss (BGH NJW 1972, 1702); auch nicht bei Schädigung eines Käufers infolge Verwendung des falschen Inhalts eines Kanisters aus einem Gebinde mehrerer Kanister, deren aufgeklebte Warnhinweise sich kaum voneinander unterscheiden (LG Hildesheim VersR 1992, 365); wer ohne Einsicht ins Grundbuch auf die Richtigkeit des Grundschuldbriefes vertraut (RG HRR 1928 Nr 2264); wenn ein Bürger auf die Auskunft eines Beamten vertraut (BGH NJW 1980, 2575). Nimmt ein Leasinggeber (Eigentümer) einen Dritten auf Ersatz wegen schuldhafter Beschädigung der Leasingsache in Anspruch, muss er sich ein Verschulden des Leasingnehmers (Fahrer des Leasingfahrzeugs) nicht anspruchsmindernd anrechnen lassen (Hamm NJW 1995, 2233).
- 32 e) Verhältnis Arzt – Patient.** Bei gewöhnlichem Behandlungsfehler kann der Arzt dem Patienten nicht entgegenhalten, dass der Patient seine Behandlungsbedürftigkeit selbst verschuldet habe (BGH NJW 1972, 334). Das gilt auch ggü psychisch Kranken, wenn diese während stationärer Behandlung einen Selbstmordversuch unternehmen (BGH NJW 1986, 775 m Anm Hohloch JR 1986, 149; zum Selbstmordversuch eines Untersuchungsgefangenen vgl Hamm NJW 1989, 1809). Mitverschulden kann hingegen vorliegen, wenn der

Patient Obliegenheiten zum Schutz der eigenen Gesundheit verletzt, etwa entgegen ärztlichem Rat bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses nicht alsbald einen Arzt aufsucht (BGH NJW 1985, 2749f) oder nach einer Sterilisation und ausdr ärztlichen Hinw, dass der Operationserfolg erst nach sechs Wochen aufgrund einer Samenuntersuchung festgestellt werden kann, nicht zu einer solchen Untersuchung erscheint (BGH VersR 1992, 1229). Zum Mitverschulden des Röntgenfacharztes, der bei Demontage und Wiedermontage seiner Anlage die Fachfirma nicht darauf hinweist, dass das Gerät auch darauf geprüft werden muss, ob es den RL der kassenärztlichen Vereinigung entspricht, vgl Frankfurt NJW 1980, 2756.

**f) Tiere.** Keine Haftungsminde rung des Tierarztes wegen eines Behandlungsfehlers, weil der Tierhalter die Krankheit des Tieres selbst verschuldet hat (Oldenburg VersR 1979, 749). Mitverschulden dessen, der sich beißende **Hunde** trennen will und dabei selbst gebissen wird (Koblenz NJW-RR 1986, 104; AG Hadamar VersR 1980, 392), hingegen kein Mitverschulden desjenigen, der seine medizinisch besonders gefährdete Bauchdecke nicht durch Tragen eines Korsetts vor Hundebissen schützt (BGH NJW 1982, 168; vgl auch Celle VersR 1981, 1057 m Anm Schulze); der sich grundlos in den Einwirkungsbereich eines Hundes begibt (Hamm VersR 1981, 85). Ferner Mitverschulden dessen, der ein Warnschild vor bissigem Hund nicht beachtet (Stuttgart VersR 1955, 686, vgl aber auch BGH NJW-RR 2005, 1183); eine fremde Katze streichelt (LG Rottweil NJW-RR 1988, 539); der seinen Hund ausführt und dabei von einem anderen Hund gebissen wird, weil er sich nicht an die Vereinbarung mit anderen Hundehaltern hält, die Tiere jeweils nur zu bestimmten Zeiten auszuführen (Koblenz NJW 1988, 1737), bei Verletzung des eigenen Hundes durch Hundebißerei (Hamburg NJW-RR 1993, 31). Wer seine läufige Hündin länger unbeaufsichtigt im eingezäunten Garten lässt, obwohl er weiß, dass ein Rüde seit Tagen den Garten belauert, trägt uU die Folgen eines unerwünschten Deckaktes allein (Hamm NJW-RR 1994, 804). Keine Anspruchskürzung eines Tierhalters, dessen Schaden durch Täterschulden zusammen mit Tiergefahr entstanden ist (Hamm NJW-RR 1990, 794). Zur Selbstgefährdung eines Hundes, der von seinem Halter nicht vom öffentlichen Verkehrsraum (Straße) ferngehalten wird, LG Freiburg VersR 1980, 392. Zur Schadensverteilung, wenn ein Pkw bei Dunkelheit einem auf seiner Fahrbahn befindlichen Hindernis nach links ausweicht und dabei einen am linken Fahrbahnrand befindlichen Hund tötet, Nürnberg VersR 1975, 164. Zum Mitverschulden bei **Reitunfällen** vgl BGH VersR 1982, 348 (Reitschüler beim Unterricht), 1984, 286 (konstitutionsbedingtes Mitverschulden des Reiters), 1993, 369 = NJW 1993, 2611 (Minderjährige besteigt Pferd ohne ausreichende Reitkenntnisse), Hamburg VersR 1982, 779 (Verletzung durch Hufschlag des vorantrabenden Pferdes), LG Berlin MDR 1974, 314 (Sturz eines 10½-jährigen Mädchens, das ohne Aufsicht ein gemietetes Pony reitet). Zum Mitverschulden, wenn jemand die Hinterbeine seines Pferdes bandagiert und dabei durch Auskeilen eines daneben stehenden angebundenen Pferdes verletzt wird, vgl Köln VersR 1994, 444. Zum Mitverschulden des Halters einer Schafherde, die – durch Hunde veranlasst – aus einer durch Elektrozaun gesicherten Weide in Abwesenheit des Schäfers ausbricht, vgl München VersR 1984, 1095; zur Abwägung der Tiergefahr einer Vollblutstute und eines Rindes BGH NJW 1985, 2416.

**g) Sonstige Einzelfälle.** Mitverschulden kann vorliegen, wenn ein Schuldner durch sein Verhalten Anlass zum Erlass und Vollzug eines unberechtigten Arrests oder einer unberechtigten einstw Verfügung gibt (BGH MDR 1974, 130; NJW 1978, 2024f); wenn ein späterer Geschädigter trotz ernsthaften Hinw auf die Gefährdung seiner künftigen Forderung die Möglichkeit einer Sicherung durch Grundschuldbestellung nicht wahrnimmt (BGH MDR 1969, 651), wenn ein Vergleichsverwalter auf Mahnungen ausweichend antwortet und Zahlungen ablehnt, der Gläubiger aber dennoch weiter leistet (Celle NJW-RR 1987, 375). Bei Beschädigung einer im Miteigentum mehrerer stehenden Sache fällt Mitverschulden eines Miteigentümers allen zur Last (BGH NJW 1992, 1095 = VersR 1992, 455). Mitverschulden des Grundstückseigentümers für Wasserschäden infolge unterdimensionierter Abwasserkanäle der Gemeinde, die durch Einbau einer den Regeln der Bautechnik entspr Rückstausicherung vermeidbar sind (München VersR 1993, 320), des Bauherrn bei Verwendung feuerpolizeilich unzulässiger Baustoffe, die bei späteren Lötarbeiten einen Brandschaden verursachen (BGH NJW-RR 1994, 534), eines Schreinereihalters an fahrlässiger Brandstiftung (München VersR 1994, 1248). Im Frachtrecht kann die fehlende Angabe des hohen Wertes der beförderten Sache zu einem Mitverschulden des Geschädigten führen, wenn zu erwarten stand, dass der Spediteur die Ware bei Kenntnis ihres Werts sorgfältiger behandelt hätte (BGH NJW 2002, 3106), jedoch nur, wenn der Frachtführer den Wert der Sache nicht auch ohne einen Hinw des Geschädigten hätte erkennen müssen (BGH NJW-RR 2005, 1058). Kein bloßes Mitverschulden, sondern **Handeln auf eigene Gefahr** liegt dagegen vor, wenn jemand sich bewusst auf eine gefährliche Aktivität mit anderen einlässt (zB besonders gefährliche Sportart wie Boxen): Es wäre treuwidrig (Verstoß gegen den Grundsatz *venire contra factum proprium*), wenn der Geschädigte in dieser Situation seinen Schaden von anderen ersetzt verlangt, obwohl er selbst ebenso gut in die Lage hätte kommen können, Ersatz leisten zu müssen (BGH 154, 316; NJW-RR 2006, 672; 1995, 857, vgl dazu auch Rz 49). Dagegen handelt treuwidrig, wer eine freiwillige Hilfsleistung erbittet, bei der der Helfer zu Schaden kommt, und anschließend allein aus dem Umstand, dass der Helfer seiner Bitte nachgekommen ist und sich dadurch in Gefahr begeben hat, den Vorwurf des Mitverschuldens herleitet (BGH 161, 79). Im Falle einer **Drittchadensliquidation** kann der Schädiger Mitverschulden des Dritten oder seiner Hilfspersonen geltend machen (BGH NJW 1972, 289 m Anm Berg JR 1972, 197; Hamm NJW 1976, 2077).

**3. Eisenbahn- und Straßenverkehr.** Wer am Eisenbahn- und Straßenverkehr teilnimmt, hat die Sorgfaltspflichten eines verständigen Verkehrsteilnehmers zu beachten, um sich selbst vor Schaden zu bewahren. Der verletzte Verkehrsteilnehmer hat an der Entstehung des Schadens iSd Abs I mitgewirkt, wenn er sich verkehrswidrig verhalten oder wenn er für die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs einzustehen hat (BGH 29,

163, 171; NJW 1979, 980). Dabei ist jedoch zu beachten, dass § 254 nur auf einen verhältnismäßig kleinen Bereich der im Eisenbahn- und Straßenverkehr entstehenden Schadensfälle anwendbar ist: Soweit Schäden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht werden oder einem Halter eines Fahrzeugs durch ein anderes Fahrzeug ein Schaden zugefügt worden ist, greift die Spezialregelung des § 17 I StVG. Die dafür maßgeblichen Kriterien gelten auch für Schäden, die durch Kraftfahrzeuge und Tiere oder durch Kraftfahrzeuge und Eisenbahn einschl. Straßenbahn verursacht werden (§ 17 II StVG). Nur auf das Mitverschulden nicht motorisierter Verkehrsteilnehmer, also von Fußgängern und Radfahrern, ist § 254 anwendbar. Damit beschränkt sich der originäre Anwendungsbereich des § 254 im Straßenverkehr auf die nachstehenden Problemkreise:

- 36 a) Gefährdete Personengruppen.** Die bloße **Teilnahme** am Straßenverkehr durch Angehörige von Personengruppen, die aufgrund biologischer oder physiologischer Gegebenheiten den Verkehrsanforderungen nicht voll gewachsen sind (Kinder, Geh-, Seh- und Hörbehinderte, ältere Personen), begründet für sich allein kein Mitverschulden. Das gilt in gleicher Weise für Personen, die zwar den Verkehrsanforderungen voll gewachsen sind, bei denen aber im Schadensfall besonders schwere Folgen eintreten können (Bluter: Koblenz VersR 1987, 1225). Doch muss von den Angehörigen solcher Personengruppen erwartet werden, dass sie die gebotenen Vorsichtsmaßnahmen treffen, zB Sehbehinderte durch entspr. Armbinden o.Ä. als solche für andere Verkehrsteilnehmer erkennbar sind, soweit die Zugehörigkeit zu diesen Gruppen nicht ohnehin erkennbar ist. Neigt aber jemand aufgrund seiner Konstitution zu besonderer Schadensanfälligkeit, gereicht es ihm zum Mitverschulden, wenn er sich ohne Rücksicht auf seine Konstitution in eine Gefahrenlage begibt (Celle VersR 1981, 1057 m. Anm. Schulze).
- 37** Anders ist es, wenn jemand insb. am motorisierten Verkehr teilnimmt, der dessen Anforderungen aus **ihm selbst bekannten** gesundheitlichen Gründen nicht genügen kann, so dass seine allg. **Verkehrstüchtigkeit** reduziert ist. Hierzu gehören neben den allg. bekannten Fällen der Alkoholbeeinflussung die **Ermüdung**, deren Anzeichen vorher regelmäßig wahrnehmbar sind (BGH VersR 38, 144; MDR 1974, 659; BayObLG VRS 36, 271; Hamm VRS 41, 30), Beeinflussung durch **Medikamente** (Hamm VRS 52, 194), Teilnahme am motorisierten Verkehr gegen ärztlichen Rat nach einem **Herzinfarkt** (LG Heilbronn VRS 52, 188) und bei **Sehstörungen** (vgl. näher Kuckuk/Werny, Straßenverkehrsrecht, 8. Aufl. 1995 § 1 StVO Rz 8 und § 23 StVO Rz 3c). Hierzu gehören auch Antritt einer Fahrt, wenn dem Fahrer die erforderliche Erfahrung gerade für Fahrten dieser Art fehlt (Celle NZV 1988, 141) oder er zwar voll einsatzfähig ist, seine Fahrweise aber nicht den ihm bekannten, die Verkehrssicherheit beeinträchtigenden Faktoren anpasst (KG VersR 1971, 183), sofern einer der genannten Faktoren für einen Schaden mitursächlich wird. Vgl. zu den Grenzen der Leistungsfähigkeit allg. Müller-Limmroth DAR 1977, 151 und zu Altersproblemen Händel DAR 1985, 210.
- 37a b) Mitverschulden von Fußgängern** kommt in Betracht, wenn sie sich nicht entspr. den **Verhaltensregeln des § 25 StVO** verhalten, also sich vor dem **Überqueren** der Fahrbahn nicht davon überzeugen, dass sich kein Kraftfahrzeug nähert (BGH VersR 1965, 959; 1968, 603), dabei nicht sämtliche Fahrstreifen beobachten (Hamburg VersR 1972, 867) oder dazu plötzlich aus einem bis zur Fahrbahn reichenden Gebüsch hervortreten (Hamm VersR 1989, 1057). Der Fußgänger darf einen Überquerungsversuch abbrechen und im letzten Moment zurückspringen (BGH VersR 1970, 818; bei Dunkelheit, sehr zweifelhaft). Erkannten oder erkennbaren Gefahren muss er ausweichen (Celle DAR 1984, 124 m. Anm. Berr). Zum Mitverschulden beim etappenweisen Überqueren vgl. Hamm NVZ 1997, 123. Betrachtet er, zw. parkenden Fahrzeugen stehend, den fließenden Verkehr, muss er nicht mit Zurücksetzen parkender Fahrzeuge rechnen (LG Duisburg VersR 1980, 75), auch nicht von Fahrzeugen, die auf der Fahrbahn halten (Hamm DAR 1998, 274). Zum Mitverschulden des Fußgängers, der an sein geparktes Fahrzeug herantritt und von einem mit zu geringen Seitenabstand vorbeifahrenden Fahrzeug erfasst wird, vgl. Karlsruhe DAR 1989, 146. Zum Mitverschulden eines älteren, am Fahrbahnrand stehenden Fußgängers, der wegen eines auf ihn zuschleudernden Pkw wegläuft und dabei stürzt, vgl. Hamm NZV 1997, 78. Auch wenn ein Fußgänger zulässigerweise auf der Fahrbahn geht (§ 25 I StVO), trifft ihn Mitverschulden, wenn er trotz erkennbarer Gefährdung durch ein bei Dunkelheit entgegenkommendes Kfz nicht neben die Fahrbahn ausweicht (Hamm VersR 2002, 728). Die Benutzung eines **Fußgängerüberweges** befreit nicht von jeder Sorgfalt (Hamm VersR 1969, 139), vielmehr muss kurz beobachtet werden, ob der Vorrang beachtet wird (BGH NJW 1966, 1211), doch kann idR darauf vertraut werden (BGH DAR 1982, 289). Zur Haftungsverteilung bei Kollision zw. Lkw und Fußgänger auf dem Fußgängerüberweg vgl. Düsseldorf VersR 1969, 380. Erhebliches Mitverschulden des Fußgängers, der einen Fußgängerüberweg trotz lebhaften Verkehrs bei Rot überquert (BGH VersR 1975, 858; Köln VersR 1976, 1095), die Fahrbahn außerhalb, doch in der Nähe eines Fußgängerüberweges überquert (Celle VRS 78, 324; 60 m entfernt bei Dunkelheit und starkem Verkehr; BGH VersR 1977, 337; nicht weit entfernt; AG Kenzingen VersR 1987, 212; Kollision Fußgänger mit Radfahrer, der eine stehende Fahrzeugkolonne rechts überholt), die Fahrbahn **bei Dunkelheit** (BGH VersR 1966, 686; 1969, 750; Koblenz VRS 64, 250; KG VersR 1981, 263) oder schlechter Sicht (BGH VersR 1989, 758) überquert oder die Fahrbahn nachts in Längsrichtung benutzt (Düsseldorf VersR 1972, 793; Köln VersR 1983, 929; Streifberührung mit Beifahrerin eines Kleinkrafttrades). Alleinhaftung des Fußgängers, der einen Radweg unachtsam überquert und hier mit Radfahrer zusammenstößt (Hamm NZV 1999, 418). **Ausnahmen** hiervon bestehen, wenn die Verkehrswidrigkeit des Fußgängers zwecks Hilfeleistung für Dritte erfolgt (Karlsruhe VRS 76, 248; Frankfurt NZV 1989, 149). Steht in Fällen der vorstehenden Art der beteiligte Kraftfahrer unter Alkoholeinfluss, so wirkt sich das in der Haftungsabwägung zu seinem Nachteil aus (BGH VersR 1968, 1093). Umgekehrt wirkt sich die **Alkoholbeeinflussung eines Fußgängers**, der infolge eigener Verkehrswidrigkeit verletzt wird, idR zu seinem Nachteil aus (BGH VersR 1968, 1092; betrunkenen gehbehinderter Fußgänger benutzt nachts die

Fahrbahn statt des Gehweges; KG VersR 1975, 140; Köln VersR 1987, 513; Hamm VersR 1999, 1433; Saarbrücken DAR 1989, 185: betrunkenen Fußgänger überquert die Fahrbahn). Zur Verursachungsabwägung, wenn ein Kraftfahrer nachts in der Nähe eines Weinfestes einen Fußgänger anfährt, der zunächst auf dem Gehweg in seiner Fahrtrichtung gegangen und erst kurz vor der Kollision auf die Fahrbahn getreten ist, vgl BGH NJW-RR 1989, 531 m Anm Käab NZV 1989, 266. Ein Blutalkoholgehalt von 2 ‰ kann bei grober Fahrlässigkeit die Betriebsgefahr des Kraftfahrzeuges entfallen lassen (BGH VersR 1961, 592); bei 1,8 ‰ zur Nachtzeit gilt das nicht, wenn der Fußgänger am Fahrbahnrand steht (BGH VersR 1989, 490); bei 2,33 ‰ Anscheinsbeweis für Mitverschulden des Fußgängers (BGH VRS 10, 245); allg zur Abwägung in solchen Fällen Oldenburg VersR 1987, 1150, zu Unfällen in der Silvesternacht BGH VersR 1960, 429. Wenn ein Fußgänger mit 2,17 ‰ auf der Fahrbahn liegt, soll das nach Saarbrücken VerkMitt 1971, 91 kein Mitverschulden begründen (fragwürdig). Nach Düsseldorf NZV 1992, 232 = VersR 1992, 1486 soll es kein Mitverschulden begründen, wenn ein Fußgänger hart an der Gehwegkante steht und hier vom Außenspiegel eines Lkw erfasst wird, der in den Luftraum über dem Gehweg hineinragt. Das ist so allg nicht richtig, weil die allg Sorgfaltpflicht des § 1 StVO dem Fußgänger nahe legt, Abstand zur Gehwegkante zu halten. Zur Haftungsverteilung bei Kollision eines infolge tiefstehender Sonne geblendeten Fahrzeugführers mit einem **Reiter** vgl Frankfurt NZV 1989, 149.

**c) Mitverschulden Minderjähriger (§ 828).** **aa) Allgemeines.** Durch Art 2 Nr 4 des 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v 19.7.2002 (BGBl I 2674) sind die Abs II und III des § 828 umfassend geändert worden. Diese Neuregelung gilt nach Art 229 § 8 EGBGB nur für Schadensfälle, die nach dem 31.7.2002 eingetreten sind. Hins der noch nicht abgeschlossenen Altfälle, für die § 828 aF weitergilt, wird auf die 10. Aufl (§ 254 Rz 37b–37d) verwiesen. **37b**

**bb) Fälle des § 828 I.** Kinder, die zur Zeit des schädigenden Ereignisses das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind gem § 828 I für Schäden die sie anderen Personen zufügen, wie bisher nicht verantwortlich. Damit scheidet auch ihre Mitverantwortung im Rahmen des § 254 aus. Zur Ausnahmeregelung des § 829 vgl die Kommentierung dort.

**cc) Fälle des § 828 II.** In Abweichung von der bisherigen Regelung werden durch § 828 II S 1 Kinder, die zur Zeit des schädigenden Ereignisses zwar das 7., aber noch nicht das 10. Lebensjahr vollendet haben, haftungsrechtlich der Altersgruppe des § 828 I gleichgestellt, sind also für Schäden, die sie anderen Personen zufügen, ebenfalls nicht verantwortlich und demzufolge auch nicht im Rahmen des § 254 mitverantwortlich (hierzu auch Jaeger/Luckey, Das neue Schadensrecht, 2002 Rz 294–303, sowie in MDR 2002, 1168, 1171; Otten MDR 2002, 1099, 1102), sofern sich bei dem Unfall eine „typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat“ (BGH 161, 180; VersR 2005, 380; abgelehnt bei Kollision des Kindes mit parkendem Fahrzeug; bejaht dagegen bei Kollision mit einem haltenden Fahrzeug; BGH NJW 2007, 2113). Damit trägt der Gesetzgeber den Erkenntnissen der modernen Entwicklungspsychologie Rechnung, die bisher schon jedenfalls zT von der Rspr berücksichtigt worden sind (vgl die Nachw in der 10. Aufl, § 254 Rz 37c). Insoweit schließt die zivilrechtliche Regelung inhaltlich an § 3 IIa StVO an, der die Sorgfaltsanforderungen der Kraftfahrer im Verhältnis zu Kindern bereits dadurch verschärft hatte, dass deren Gefährdung ausgeschlossen werden muss, also die äußerste Sorgfalt verlangt. Diese StVO-Regelung dient dem Schutz von Kindern bis zu 14 Jahren (München VersR 1984, 395; Karlsruhe VersR 1986, 770). Eine **Ausnahme** von § 828 II S 1 sieht S 2 vor, wenn das 7- bis 10-jährige Kind **vorsätzlich** gehandelt hat: dann kommt auch die Annahme eines Mitverschuldens im Rahmen des § 254 in Betracht.

**dd) Fälle des § 828 III.** Kinder und Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr sind darüber hinaus **37c** nur unter den in § 828 III genannten Voraussetzungen verantwortlich. Da diese Regelung keine Altersgrenze nach unten enthält und § 828 II S 1 fahrlässig handelnde Kinder zw 7 und 10 Jahren von jeder Haftung im Straßenverkehr freistellt, ist die Vorschrift dahin zu verstehen, dass ihre Voraussetzungen auch für die Haftung bzw das Mitverschulden der Vorsatztäter zw 7 und 10 Jahren (§ 828 II S 2) gilt. Somit enthält § 828 III eine Haftungsschranke nicht nur für alle Minderjährigen, die im Alter v 10. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr anderen Personen vorsätzlich oder fahrlässig Schäden zufügen, sondern auch für alle Vorsatztäter zw 7 und 10 Jahren. Diese müssen einerseits in der Lage sein, die Gefährlichkeit ihres Verhaltens bzw Tuns unter den gegebenen Umständen individuell zu erkennen, also **einsichtsfähig** sein. Insoweit ist darauf abzustellen, was ein normal entwickelter Minderjähriger gleichen Alters hätte voraussehen können (BGH NJW 1970, 1038). Darüber hinaus ist die individuelle Fähigkeit erforderlich, entspr der erkannten Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens auch **zu handeln bzw sich zu verhalten** (BGH 34, 355, 366 = NJW 1961, 655).

**ee) Einzelheiten der Altersgruppe ab Vollendung des 10. Lebensjahres.** Ab diesem Zeitpunkt ist **idR** die **37d** **Einsichtsfähigkeit** in die Gefährdung bei achtlosem Überqueren der Straße vorhanden (BGH VersR 1966, 831; vgl BGH VRS 59, 163 für 13 Jahre altes Mädchen). Ebenso KG NZV 1999, 329 für ein 10 Jahre 4 Monate altes Großstadtkind für Fahrbahnüberquerung vor Lkw im Stop-and-go-Verkehr. Daher Mitverschulden bei Rangeleien von Zwölfjährigen, bei denen einer gegen einen die Haltestelle anfahrenden Bus gedrängt wird (BGH VersR 1982, 272; anders Oldenburg DAR 1989, 186). **Alleinverschulden** eines zwölf Jahre alten Kindes, das bei Rot eine belebte Ausfallstraße überquert, wenn die Geschwindigkeit des Kfz 50 km/h beträgt (Bremen VersR 1981, 735). Ggü **Radfahrern** dieser Altersgruppe bejaht Karlsruhe (NJW 1974, 156) einen eingeschränkten Vertrauensschutz bei klaren Vorfahrtsfragen, Oldenburg (VersR 1998, 1004) meint, dass von einem 11½ Jahre alten Radfahrer erwartet werden kann, er werde einen Zebrastreifen nicht ohne jede Beachtung des fließenden Verkehrs überqueren. Kein Mitverschulden eines 15 Jahre alten einhändigen Mädchens, das gewandt ein Herrenfahrrad benutzt (BGH VersR 1961, 998).

- 37e ff) Kinder in der Obhut Erwachsener.** Befindet sich ein Kind erkennbar in der Obhut von Erwachsenen, wird es zB an der Hand geführt, ist nicht ohne weiteres mit seinem plötzlichen Weglaufen aus dem Schutzbereich des Erwachsenen zu rechnen (BGH NJW 1956, 800). Ist es erkennbar ungehorsam, muss mit dem der jeweiligen Altersgruppe entspr Grad von unkontrollierbarem Verhalten des Kindes gerechnet werden (BGH VRS 20, 333), ebenso in Fällen offenkundiger Nichterfüllung der Aufsichtspflicht. Sonst darf erwartet werden, dass solche Kinder nicht plötzlich auf die Fahrbahn laufen: Köln VRS 28, 266. Solange der Fahrzeugführer bei gehöriger Aufmerksamkeit keine Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung bemerkt, kann er von ordnungsmäßiger Erfüllung der Aufsichtspflicht ausgehen, weil die Aufsicht über ein mitgeführtes Kind zur Sorgfaltspflicht des Erwachsenen im Straßenverkehr gehört. Wenn auf einer unübersichtlichen Strecke plötzlich Kinder auf Weisung der Aufsichtspflichtigen hin die Fahrbahn unachtsam überqueren, ohne dass die Aufsichtspflichtigen die Fahrbahn beobachten, ist das für den Fahrzeugführer nicht vorhersehbar (Köln VRS 28, 266). Doch muss sich das Kind das Mitverschulden des Aufsichtspflichtigen anspruchsmindernd anrechnen lassen, zB wenn eine Mutter mit ihrem sieben Jahre alten Kind 100 m vom Fußgängerüberweg entfernt eine zweistreifige verkehrsreiche Einbahnstraße so überquert, dass sie in der Mitte stehen bleiben muss und sich das Kind hier losreißt (Stuttgart NZV 1992, 185). Werden Kinder hingegen nur von größeren Kindern beaufsichtigt, muss verstärkt mit einer Verletzung der Aufsichtspflicht gerechnet werden, vgl zur Beaufsichtigung durch ein zehn Jahre altes Kind BayObLG VRS 47, 53 und BGH VersR 1961, 614. Zur Ersatzpflicht des Aufsichtspflichtigen, wenn Kraftfahrer dem zu beaufsichtigenden Kinde ausweicht und dabei zu Schaden kommt: Celle VersR 1976, 448.
- 37f d) Mitverschulden von Radfahrern.** Ein Radfahrer, der kurz vor einem Motorrad von links die Fahrbahn zu überqueren versucht, verhält sich so grob verkehrswidrig, dass die **Betriebsgefahr** des Motorrades ganz **zurücktritt** (BGH VersR 1963, 438). Auch wenn ein betrunkenen Radfahrer, der unmittelbar vor einem Lastzug am Fahrbahnrand sein Fahrrad zu besteigen versucht, dabei stürzt und vom Lkw überfahren wird, tritt die Betriebsgefahr des Lkw völlig zurück (BGH VersR 1966, 39). Biegt ein Radfahrer auf einer stark befahrenen Verkehrsstraße nach links ab, ohne Zeichen zu geben, so trifft ihn das überwiegende Verschulden (Düsseldorf DAR 1952, 77). Zur Begegnung mit einem erkennbar betrunkenen Radfahrer vgl Celle VersR 1957, 305; zur **Begegnung** zw Pkw und Radfahrer auf **schmalen, unübersichtlicher Straße**: BGH VersR 1969, 365, zur Begegnung zw Radfahrer und einem ersichtlich unruhigen Pferd: Düsseldorf NJW-RR 1992, 475. Begegnungszusammenstoß zweier Radfahrer auf Gehweg: Düsseldorf VersR 1996, 1120. Mitverschulden des Radfahrers, der in einer Kurve zu weit links fährt (BGH VersR 1967, 880), des vorfahrtberechtigten Radfahrers an Kreuzungszusammenstoß bei schlechter Witterung (Celle VersR 1973, 257). Mitverschulden des vorfahrtberechtigten Radfahrers, der den linken Radweg benutzt, bei Zusammenstoß im Einmündungsbereich (LG Hannover NJW-RR 1988, 866) und des Radfahrers, der bei Dunkelheit auf der Fahrbahn neben seinem Fahrrad hockt (Hamm NZV 1998, 202). Der Radfahrer andererseits, der zu nahe an einem **haltenden Pkw** vorbeifährt, hat einen Teil des Schadens selbst zu tragen, wenn er durch plötzliches Öffnen einer Wagentür verletzt wird (München VersR 1996, 1036), erst recht, wenn seine Lenkfähigkeit durch einen am Lenker hängenden schweren Beutel beeinträchtigt ist (KG VersR 1972, 1143). Bei der **Abwägung** darf ein nach § 18 I StVG nur vermutetes Verschulden des Fahrzeugführers nicht berücksichtigt werden (BGH VersR 1966, 164). Zum Schmerzensgeldanspruch des Radfahrers, der nachts unaufmerksam gegen unbeleuchtet abgestellten Anhänger auffährt, Hamm VRS 78, 409 (hälftiges Mitverschulden). Haftungsverteilung 50 : 50 auch, wenn Radfahrer mit 41 km/h einen eine Dorfstraße überquerenden Fußgänger anfährt (Karlsruhe VRS 78, 329) oder bei Radwegbenutzung in falscher Richtung, wenn der Radweg im Einmündungsbereich einer untergeordneten Straße durch einbiegendes Fahrzeug versperrt ist, Radfahrer aber versucht, noch vor diesem den Einmündungsbereich zu passieren (Hamm VersR 1999, 1432). Zum Mitverschulden einer Mutter, die ihr Kind ungesichert (**ohne Kindersitz**) auf dem Fahrrad transportiert, vgl Karlsruhe VersR 1989, 1309.
- 38 e) Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes.** Den Insassen eines Kraftfahrzeuges kann ferner ein Mitverschulden treffen, wenn er entgegen § 21a I StVO während der Fahrt nicht die vorgeschriebenen Sicherheitsgurte anlegt, mithin seit 1.1.1976 für Benutzer der Vordersitze (BGH 74, 25) und seit dem 1.4.1984 für Benutzer der Rücksitze (vgl zuletzt BGH 119, 268, 270 und NJW 2001, 1485): Nachdem der Sicherheitsgurt in vielen Jahren in der Praxis und bei Großversuchen seinen Nutzen erwiesen hat und Einbau sowie Benutzung vorgeschrieben sind, lässt ein Fahrzeuginsasse, der den Gurt nicht benutzt, diejenige Sorgfalt außer Acht, die ein ordentlicher und verständiger Mensch anwendet, um sich vor Schaden zu bewahren. Die lange umstr Regelung verletzt nicht die Verfassung (BVerfG NJW 1987, 180). Das Nichtangurten kann nur dann nicht als Mitverschulden angelastet werden, wenn nach §§ 21a I, 46 I S 1 Nr 5b StVO keine Gurtanlegepflicht bestand bzw wenn eine Ausnahmegenehmigung nach § 46 I S 1 Nr 5b StVO von der Straßenverkehrsbehörde hätte erteilt werden müssen, BGH 119, 268; NJW 1998, 1137.
- 39** Im Einzelfall muss der Nichtbenutzer des Gurtes beweisen, dass bei Gurtbenutzung die gleichen Schäden entstanden wären (Karlsruhe NZV 1989, 470 m Anm Berr DAR 1990, 342). Die Gurtanlegepflicht gilt grds für alle Fahrzeuginsassen, auch für Frauen (BGH VersR 1981, 548) und für Taxifahrer auf längeren Leerfahrten (BGH 83, 71 m Anm Schlund JR 1982, 408). Wer sich nicht anschnallt, kann dem Vorwurf des Mitverschuldens nicht durch den Hinw entgehen, der Fahrzeugführer habe sich auch nicht angeschnallt (Karlsruhe VRS 65, 96). Das gilt auch bei Benutzung eines nicht mit Gurt ausgerüsteten Platzes (baulich nicht vorgesehener Mittelplatz auf Rücksitzbank eines Sportwagens, der hinten nur für zwei Sitze ausgelegt ist: Karlsruhe NZV 1999, 422). Versagt der Gurt, kommt ein Mitverschulden des Halters dieses Fahrzeugs nur

in Betracht, wenn der Schädiger dem Halter Verschulden am Versagen des Gurtes nachweist (Karlsruhe Justiz 1984, 297).

Allerdings kann sich das Mitverschulden immer nur auf diejenigen Verletzungen beziehen, die bei Benutzung des Gurtes vermieden worden oder glimpflicher ausgefallen wären, für die mithin die Nichtbenutzung **ursächlich** geworden ist (BGH VersR 1980, 824). Die wichtige Frage, welche Arten von Verletzungen hierfür in Betracht kommen, versucht die hA im Anschluss an eine Art Katalog typischer Unfallverläufe des 18. VGT 1978 (DRiZ 1978, 149) über die Regeln des **Anscheinsbeweises** zu lösen (BGH VersR 1980, 824; 1981, 548; 1983, 153; Weber NJW 1986, 2667; Pal/Heinrichs Rz 22; Soergel/Mertens Rz 35), der – wie stets – entfällt, wenn allg die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufes in Betracht kommt (BGH VersR 1980, 824f). Die Anwendung des Anscheinsbeweises erscheint insgesamt bedenklich, weil die Art der Verletzung durch die Innenraumkonstruktion des jeweiligen Fahrzeugtyps und die Bewegungsabläufe des Fahrzeuges mit beeinflusst werden kann (Landscheidt NZV 1988, 7; Ludolph NJW 1982, 2595; Kuckuk DAR 1980, 1, 4f). Einvernehmen besteht jedenfalls insoweit, dass bezüglich aller durch das Nichtanlegen des Gurtes verursachten oder verschlimmerten Verletzungen eine **einheitliche Mitverschuldensquote** gebildet werden kann (BGH VersR 1980, 824), die je nach Lage des Einzelfalles mit 20 % (Karlsruhe VersR 1991, 83; KG VersR 1979, 1031; LG Kaiserslautern VersR 1979, 633; LG Augsburg DAR 1979, 54), 25 % (KG VersR 1981, 64; München DAR 1979, 306), 30 % (Düsseldorf DAR 1985, 599; Frankfurt VersR 1987, 670), 33 % (Bamberg VersR 1985, 786f) oder 50 % (BGH NJW 1981, 288; KG VRS 62, 247; LG Darmstadt VersR 1980, 342; Saarbrücken VersR 1987, 774) angesetzt wird. Gegen zu geringe Pauschalquoten bei sog Gurtmuffeln mit Recht Häublein VersR 1999, 163. Demzufolge kein Mitverschulden, wenn die eingetretenen Verletzungen auch bei Gurtbenutzung entstanden wären, der Verstoß gegen § 21a StVO also nicht verletzungsursächlich geworden ist (Karlsruhe VersR 1991, 1416; vgl dazu näher BGH VersR 1998, 474 = DAR 1998, 191 = NJW 1998, 1137). § 254 gilt auch für Mitverschulden eines Deutschen, der bei einer Fahrt mit einem in Deutschland zugelassenen Pkw in Norwegen den Gurt nicht anlegt und einen Schaden erleidet (Hamm NZV 1998, 155). – **Beweislast:** Der Fahrzeugführer muss beweisen, dass der geschädigte Mitfahrer den Gurt nicht angelegt hatte (BGH NJW 1981, 287f = VersR 1981, 57f) und dies ursächlich für die Verletzungen geworden ist (BGH 74, 25, 33).

**f)** Ganz ähnlich liegt das Problem, wenn es um die **Verletzung der Pflicht zum Tragen von Schutzhelmen** gem § 21a II StVO für **motorisierte Zweiradfahrer** geht. Insoweit hatte die Rspr ein Mitverschulden bereits für Benutzer von Motorrädern (BGH VersR 1965, 497 = NJW 1965, 1075; Bremen VersR 1978, 469) und Motorrollern (Hamburg MDR 1970, 326) für Unfälle aus der Zeit vor Einführung des § 21a II StVO ab 1.1.1976 bejaht, soweit es um Verletzungen im Kopfbereich ging, die zu verhindern oder abzumildern Sinn des Schutzhelms ist. Für Mopeds, für die die Schutzhelmtragepflicht erst mit Wirkung vom Sommer 1978 eingeführt wurde, war hingegen die allg Überzeugung vom Nutzen dieser Einrichtung für die davorliegende Zeit nicht feststellbar (BGH VersR 1979, 369 = NJW 1979, 980; Oldenburg VRS 34, 244; Karlsruhe VersR 1970, 1112; aA München NJW 1978, 324), ebenso wenig für Fahrräder mit Hilfsmotor (BGH NJW 1969, 1889), doch dürfte diese Einschränkung inzwischen dadurch überholt sein, dass jetzt § 21a II StVO ausnahmslos für alle Benutzer motorisierter Zweiräder gilt. Die Beweislage ist insofern deutlich einfacher als beim Sicherheitsgurt: Entstehen bei einem Unfall Kopfverletzungen, vor denen der Schutzhelm schützen soll, dann spricht der Anscheinsbeweis für die Ursächlichkeit zw Verletzung der Schutzhelmtragepflicht und dem Eintritt des Schadens (BGH VersR 1983, 440 = NJW 1983, 1380, auch zur Frage, wann einem Brillenträger das Tragen von Schutzhelmen nicht zumutbar ist). Kein Mitverschulden des Mofa-Fahrers, der den Kinnriemen seines Schutzhelms nicht fest genug angezogen hatte und ihn deshalb noch vor dem Kopfaufprall auf die Windschutzscheibe des ihn anfahrenden Pkw verloren hatte (Hamm MDR 2000, 1190; abzulehnen, da mit § 21a II StVO nicht zu vereinbaren).

Die Nichtbenutzung von Schutzhelmen durch **Radfahrer**, bisher zwar nirgendwo vorgeschrieben, aber seit längerem nachhaltig empfohlen, führt bisher im Schädigungsfall grds nicht zum Mitverschulden (Nürnberg MDR 1999, 1384; Hamm VersR 2001, 1257; NZV 2001, 86; NZV 2002, 129). Anders allerdings bei besonders gefährdeten Personen, zB Kindern (LG Krefeld 2006, 205).

**g) Verhalten von Fahrgästen in öffentlichen Verkehrsmitteln.** Fahrgäste müssen sich einen festen Halt verschaffen, auch bei Benutzung der Treppen zum Oberdeck (Düsseldorf VersR 1972, 1171). Vgl zur Haftungsabwägung, wenn Fahrgäste trotz festen Haltes oder beim Hinsetzen zu Fall kommen, Hamm VRS 69, 265 und LG Hanau VersR 1971, 727. Busfahrer müssen rasantes Anfahren (Karlsruhe VRS 53, 273) ebenso vermeiden wie ungewöhnlich scharfes Bremsen (Karlsruhe VRS 54, 123; Düsseldorf aaO; aA Nürnberg MDR 1977, 139; LG Hamburg VersR 1971, 137). Im Verkehr mit der Bundesbahn müssen Fahrgäste auf untergeordneten Bahnhöfen mit kurzen Haltezeiten eines Nahverkehrszuges rechnen und sich rechtzeitig auf das bevorstehende Aussteigen einstellen: Karlsruhe VersR 1978, 768, ebenso im Linienbusverkehr (Hamm NZV 1998, 463). Mitverschulden des Fahrgastes bei Verletzungen infolge Auf- und Abspringens während der Fahrt: BGH VersR 1957, 372; 1962, 375. Auf ordnungsmäßigen Zustand der eingesetzten Fahrzeuge dürfen Fahrgäste vertrauen (Celle NJW-RR 1994, 989; defekte Trittbretstufe am U-Bahn-Wagen). Pflicht des Straßenbahnbenutzers, sich vor Abfahrt wegen möglicher ruckartiger Bewegungen der Bahn festen Halt zu verschaffen (LG Dresden VersR 1999, 204). Einfache Betriebsgefahr des anfahrenden Busses tritt zurück ggü einfacher Fahrlässigkeit des Fahrgastes, der sich nicht festhält (Düsseldorf VersR 2000, 70; vgl auch Frankfurt NZV 2002, 367). Für Verschaffung eines sicheren Halts ist der Fahrgast selbst verantwortlich,