

Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Christina Uessler

aus Wuppertal

2008

Erster Berichterstatter:

Zweiter Berichterstatterin:

Dekan:

Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Johann Kindl

Prof. Dr. Petra Pohlmann

Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

3. Juni 2008

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2007 abgeschlossen und im Sommersemester 2007 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich bezüglich der zitierten Gesetze auf dem Stand des 01. Juli 2008. Rechtsprechung und Literatur konnten ebenfalls bis zum 01. Juli 2008 berücksichtigt werden

Mein Dank gilt zuvorderst meinen Eltern, die mir die Freiheit gaben, meine Ausbildung und Studienrichtung nach meinen Neigungen zu wählen und die mich auch bei der Entscheidung zur Promotion bestätigten. Auch meinem Partner, Herrn Dr. Christian Ziems, gilt ein ganz besonderer Dank, da er mir stets Rückhalt gab und mich motivierte. Ohne die vielfache Unterstützung meiner Familie und meiner Freunde wäre es mir sehr schwer gefallen, diese Arbeit fertig zu stellen. Danken möchte ich ferner Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank jedoch gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Johann Kindl, der mir mit zahlreichen Anregungen und kritischen Hinweisen hilfreich zur Seite stand.

Ein herzlicher Dank gilt schließlich all den fleißigen Korrekturlesern in meinem Familien- und Freundeskreis, die mehrfach und unermüdlich den gesamten Text gelesen und korrigiert haben sowie allen Menschen, die mich auf verschiedenste Weise bei der Erstellung dieser Dissertation unterstützt haben.

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	7
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	9
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	15
<i>Literaturverzeichnis</i>	21
1. Abschnitt: Einleitung	41
A. Einführung	41
B. Gang und Stand der Untersuchung	43
2. Abschnitt: Grundlagen	45
A. Grundrechtsbindung im Zivilrecht	45
I. Unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht	46
II. Mittelbare Grundrechtswirkung im Zivilrecht	49
III. Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte	51
1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Gedankens der Schutzgebotsfunktion	52
2. Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion durch den Gesetzgeber	53
3. Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion durch die Gerichte	54
IV. Stellungnahme/Eigener Ansatz	55
B. Die für das Schadensersatzrecht relevanten Grundrechte	57
I. Die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1 GG	59
II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	60
III. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	60
IV. Die Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG	61
V. Die Meinungs- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 GG	61
VI. Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG	63
VII. Die Berufsfreiheit, Art. 12 GG	64
VIII. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	65
IX. Der Schutz der Ehe, Art. 6 Abs. 1 GG	65
X. Allgemeine und spezielle Gleichheitssätze, Art. 3 Abs. 1 und 2 GG	66
3. Abschnitt: Einwirkungen der Grundrechte auf den haftungsbegründenden Tatbestand	69
A. Rechtsverletzung/Rechtsgutverletzung	69
I. Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	70
1. Ausgestaltung des zivilrechtlichen Schutzes im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor Einführung des Grundgesetzes	70
2. Einwirkungen der Einführung des Grundgesetzes auf die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	72

II.	Einwirkungen des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf die deliktische Haftung des Sachverständigen auch bei Vermögensschäden	74
1.	Rechtslage vor Einführung des § 839 a BGB	74
2.	Rechtslage nach Einführung des § 839 a BGB	79
III.	Anwendung der §§ 843 Abs. 1, 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG	80
1.	Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	82
2.	Kritik an einer Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Fremdversorgungsanteils auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	86
3.	Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	89
a)	Erweiterte Auslegung oder analoge Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB	89
b)	Kritik an einer erweiterten Auslegung des § 844 Abs. 2 BGB auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft	92
c)	Kritik an einer analogen Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft	93
4.	Ausblick: Lösung durch eine Gesetzesänderung?	93
IV.	Aufhebung des § 1300 BGB und Änderung des § 825 BGB vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 2 GG	95
1.	§ 1300 BGB	95
2.	§ 825 BGB	97
a)	Rechtslage vor dem 01.01.02	97
b)	Inhalt der Fassung vom 01.01.02	98
V.	Exkurs: Änderungen in der Rechtsprechung aufgrund des Diskriminierungsverbotes Behinderter gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	100
1.	Rechtslage vor Einführung des Art. 3 Abs. 3 S.2 GG	100
2.	Rechtsprechung nach Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	102
B.	Zurechenbares Verhalten	103
C.	Die Rechtswidrigkeit	107
I.	Tendenzschwankungen bei der Schrankenziehung	108
II.	Ansätze zur Lösung von Kollisionslage zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie der Meinungs- und Pressefreiheit	112
1.	Die Form der Meinungsäußerung	112
2.	Der Inhalt der Meinungsäußerung	113
3.	Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung	116
4.	Verbreitung unwahrer ehrverletzender Äußerungen durch die Presse	118
5.	Presseberichte über beweisbare Tatsachen	121
a)	Schutz rechtswidrig von der Presse erlangter Informationen durch Art. 5 Abs. 1 GG	122
b)	Verbreitung von Informationen, die von außerhalb der Presse stehenden Menschen erlangt wurden	125
c)	Berichterstattung über eine Person vor breitem Publikum	127
d)	Gegenäußerungen in der Presse	134
6.	Exkurs: Einwirkungen der Meinungsfreiheit auf § 824 BGB	138
D.	Das Verschulden	141
I.	Schaffung neuer Verschuldensmaßstäbe für Minderjährige aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	141
1.	Die Argumentation des Oberlandesgerichts Celle	142
2.	Die Argumentation des Landgerichts Bremen	144
3.	Die Vorlage des Landgerichts Dessau beim Bundesverfassungsgericht	145
4.	Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch den Gesetzgeber	147
II.	Herabsetzung der Verschuldensmaßstäbe in der Arbeitnehmerhaftung aufgrund Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG	150
1.	Innerbetrieblicher Schadensausgleich bei gefahrgeneigter Arbeit	151

2.	Interessenausgleich durch eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB	154
a)	Kritik	157
aa)	Generelle Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB	157
bb)	Entsprechende Anwendung des § 254 BGB ohne Grundrechtsbezug	158
b)	Stellungnahme	159

4. Abschnitt: Einwirkungen der Grundrechte auf den haftungsausfüllenden Tatbestand 163

A.	Kind als Schaden und die Menschenwürde	163
I.	Zum Schaden im Falle einer „Wrongful birth Situation“	164
1.	Entwicklung der Rechtsprechung zur „Wrongful birth Situation“	164
2.	Literaturansätze zur „Wrongful birth Situation“	166
a)	Kein Schadensersatz	166
b)	Schadensersatz	167
c)	Eigene Stellungnahme	168
3.	Zur Höhe eines Schadensersatzanspruchs	169
II.	Zum Schaden im Falle einer „Wrongful life Situation“	170
1.	Entwicklung der Rechtsprechung zur „Wrongful life Situation“	170
2.	Literaturansätze zum „Wrongful life“	173
a)	Kein Schadensersatz	173
b)	Schadensersatz	174
c)	Stellungnahme	175
B.	Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den Grundsatz der Totalreparation	179
I.	Kritik am Grundsatz der Totalreparation und Reformversuche	179
II.	Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation bei exorbitanten Schäden de lege lata	182
1.	Verfassungswidrigkeit des Grundsatzes der Totalreparation bei exorbitanten Schäden	183
2.	Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation de lege lata durch Anwendung des § 242 BGB bei exorbitanten ruinösen Schäden	184
3.	Stellungnahme	186
III.	Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation im Geltungsbereich des Privatversicherungsrechts	188
1.	Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation durch die Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 61 Abs. 1 VVG a. F.	188
2.	Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation durch die Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 61 Abs. 1 VVG a. F.	189
3.	Stellungnahme	190
4.	Reform des VVG	191
5.	Stellungnahme zur Anwendung des § 242 im Rahmen des § 81 Abs. 1 VVG	193
IV.	Leistungsbefreiung des Versicherten bei Rückgriff eines Sozialversicherungsträger	194
V.	Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation zum Schutz des minderjährigen Schädigers	196
1.	Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation	198
2.	Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation	199
a)	§ 1629 a BGB analog	199
b)	Haftpflchtversicherung/Elternhaftung	201
c)	§ 242 BGB	201
d)	Stellungnahme	203
C.	Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes für immaterielle Schäden	206
I.	Entwicklung der Rechtslage bis zum 01.08.02	206
II.	Rechtslage nach dem 01.08.02	209

D.	Einwirkung des Art. 2 Abs. 2 GG auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes im Rahmen der Gefährdungshaftung	212
E.	Einwirkung des Art. 2 Abs. 2 GG auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes im Rahmen der Vertragsverletzung	213
I.	Garantiehafung im Mietrecht	214
II.	Einstandspflicht für Gehilfenversagen	215
F.	Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Bemessungskriterien der Anspruchshöhe von Schmerzensgeld für immateriellen Schaden	216
I.	Ausgleichsfunktion	217
II.	Genugtuungsfunktion	218
III.	Präventionsfunktion	219
G.	Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Bemessungskriterien der Anspruchshöhe von Schmerzensgeld für Schadensersatz, der auf der Nutzung kommerzieller Bestandteile der Persönlichkeit mit Gewinnerzielungsabsicht beruht	220
I.	Differenztheorie	224
II.	Angemessene Lizenzgebühr	225
1.	Bundesgerichtshof	226
2.	Oberlandesgericht München	228
3.	Stellungnahme zur einschränkenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der Gegenauffassung des Oberlandesgerichtes München	229
III.	Herausgabe des vom Schädiger erzielten Gewinns	231
IV.	Dogmatische Einordnung der dreifachen Schadensberechnung	236
H.	Einwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG auf die Grundsätze der Schadensbemessung bei vollständiger Zerstörung der Persönlichkeit	237
I.	Erste Entscheidungen des Bundesgerichtshofes	238
II.	Kritik des Schrifttums an der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	240
III.	Spätere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes	240
5. Abschnitt: Zusammenfassung und Ergebnis		245
A.	Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	247
B.	Schmerzensgeld für immaterielle Schäden	247
C.	Ausdehnung der dreifachen Schadensberechnung auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	247
D.	Veränderungen der Funktionen des Schmerzensgeldes	248
E.	Neubewertung des Interessenskonflikts zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und dem Persönlichkeitsschutz andererseits	248

F.	Reformierung der Sachverständigenhaftung	248
G.	Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie von behinderten und nicht behinderten Menschen im Schadensersatzrecht	249
H.	Lockerung des Grundsatzes der Totalreparation im Minderjährigenrecht und im Arbeitsrecht	249
I.	Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens bei der Geburt eines ungewollten oder behinderten Kindes	250

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz (AFG) i. d. F. d. Bek. vom 25.06.1969 (BGBl. I 1969, S. 582) i. d. F. des G. v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, S. 2353) außer Kraft gesetzt d. G. v. 24.03.1997 (BGBl. I 1997, S. 594)
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung (AO) i. d. F. d. Bek. vom 01.10.2002 (BGBl. I 2002, S. 3866) zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung – Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, der Arbeitsgerichte und Ehrengerichte
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)

Bd.	Band
begr.	begründet
Bek.	Bekanntgabe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. d. F. d. Bek. vom 02.01.2002 (BGBl. I 2002, S. 42) zuletzt geändert durch das Gesetz vom 26.03.2008 (BGBl. I s. 441)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) i. d. F. d. Bek. v. 11.08.1993 (BGBl. I 1993, S. 1473) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.	das, der, die, durch
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
dt.	deutsch, deutsche
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark (1 € = 1,95583 DM)
Dr.	Doktor
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Zeitschrift)

f.	folgende(r) (Seite, Paragraph, Abschnitt)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende (Seiten, Paragraphen, Abschnitte)
FuR	Familie und Recht (Zeitschrift)
G.	Gesetz
geänd.	geändert
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949 (BGBl. 1949, S 1) zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.08.2006 (BGBl. I 2006, S. 2034)
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
Habil.	Habilitation
Hdb.	Handbuch
HPfG	Haftpflichtgesetz i. d. F. d. Bek. v. 04.01.1978 (BGBl. I 1978, S. 145) zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.07.2002 (BGBl. I 2002, S. 2674)
i. d. F.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung i. d. F. d. Bek. v. 05.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 2866) zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2840)
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPR-BGHZivilR	Juris Praxisreport BGH Zivilrecht (Online-Ressource)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und an der Photographie i. d. F. d. Bek. v. 09.01.1907(RGBl. 1907, S.

	7) zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.02.2001 (BGBl. I 2001, S. 266)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Lindenmaier/Möhring)
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
Mio.	Million(en)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30.März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (AS 27 317), zuletzt geändert durch Bundesgesetz vom 03.10.2003 (AS 2004 2617)
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG) i. d. F. d. Bek. v. 15.12.1989 (BGBl. I 1989, S. 2198) zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.07.2002 (BGBl. I 2002, S. 2674)
RAG	Reichsarbeitsgericht, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rn.	Randnummer(n)
RRa	Reise-Recht aktuell (Zeitschrift)
RT-Drucks.	Reichstagsdrucksache
S.	Seite, Satz, Siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) i. d. F. d. Bek. v. 19.06.2001 (BGBl. I 2001, 1046) zuletzt geändert durch Artikel 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2984)
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) i. d. F. d. Bek. v. 18.01.2001 (BGBl. I 2001, S. 130) zuletzt geändert durch Verordnung v. 31.10.2006 (BGBl. I 2006, S. 2407)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte
SP	Schaden-Praxis (Zeitschrift)
ständ.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch (StGB) i. d. F. d. Bek. v. 13.11.1998 (BGBl. I 1998, S. 3322) zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. März 2008 (BGBl. I S. 306)
StPO	Strafprozessordnung (StPO) i. d. F. d. Bek. v. 07.04.1987 (BGBl. I 1987, S. 1074) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 8. April 2008 (BGBl. I S. 706)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (StVG) i. d. F. d. Bek. v. 05.03.2003 (BGBl. I 2003, S. 310), zuletzt geändert durch Verordnung v. 06.06.2007 (BGBl. I 2007, S. 1045)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Univ.	Universität
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) i. d. F. d. Bek. v. 03.07.2004 (BGBl. I 2004, S. 1414) zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3367)

v.	von/vom
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag i. d. V. d. Bek. v. 30.05.1908 (RGBl. 1908, S. 263) zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 28. Mai 2008
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen Teil 4, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfSch	Zeitschrift für Schadensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (früher: Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis)
ZPO	Zivilprozessordnung i. d. F. d. Bek. v. 05.12.2005 (BGBl. I 2005, S. 3202) zuletzt geändert durch Artikel 2 G. vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 441)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Literaturverzeichnis

- Ahrens*, Hans-Jürgen: Existenzvernichtung Jugendlicher durch Deliktshaftung, *VersR* 1997, S. 1064-1066.
- Alexy*, Robert: *Theorie der Grundrechte*, 3. Auflage Frankfurt am Main 1996.
- Aretz*, Henning: Zum Ersatz des Schadens, nicht abgetrieben worden zu sein, *JZ* 1984, S. 719-721.
- Armbrüster*, Christian: Abstufungen der Leistungsfreiheit bei grob fahrlässigem Verhalten des Versicherungsnehmers, *VersR* 2003, S. 675-682.
- Abstufungen der Leistungsfreiheit bei grob fahrlässigem Verhalten des Versicherungsnehmers, *VersR* 2003, S. 675-682.
- Backhaus*, Ralph: Inwieweit darf ein Kind als Schaden bewertet werden?, *MedR* 1996, S. 201-205.
- Badura*, Peter: Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: *Gamillscheg, Franz, Sozialpartnerschaft in der Bewährung. Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag*, München 1988, S. 1-18
(zitiert: Badura in: Festschrift für Molitor).
- v. *Bar*, Christian: Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmäßig, die Grundtatbestände der § 823, I, II, 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?, in: *Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II*, Köln 1981, S. 1681-1778.
(zitiert: v. Bar, Gutachten Schuldrecht, Bd. II, S.)
- Baukelmann*, Peter: Ärztliche Schadensersatzpflicht wegen fehlgeschlagener Schwangerschaftsverhütung, *jurisPR-BGHZivilR* 7/2007 Anm 2, Online-Ressource, download unter: <http://www.juris.de/jportal/index.jsp>.
- Baumbach*, Adolf; *Hefermehl*, Wolfgang: *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz* (Hrsg. Bornkamm, Joachim), 25. Auflage München 2007
(zitiert: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, §, Rn.).

- Baur, Fritz*: Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, Berlin 1935 (zugl. Tübingen, Univ., Diss. 1935).
- Barton Michael*: Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz, AfP 1995, S. 452-456.
- Bayerlein, Walter*: Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Hrsg. *Bayerlein*), 3. Auflage München 2002 (zitiert: Bearbeiter in: *Bayerlein* (Hrsg.), PraxisHdb. Sachverständigenrecht, §, Rn.)
- Becker, Hans-Jürgen*: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht, Deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, S. 75-89.
- Becker, Claus*: Schadensersatz wegen verletzungsbewingter Beeinträchtigung in der Haushaltsführung auch für Unverheiratete, MDR 1977, S. 705-709.
- Beuter, Claudia*: Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, Online Ressource, download unter: http://w3.uu.konstanz.de/v13/volltexte/2000/406/pdf/406_1.pdf (zugl. Konstanz, Univ., Diss., 2000).
- Blankenhorn, Cornelia*: Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch § 839 a BGB, Online-Ressource, download unter: <http://deposit.ddb.de/cgi-bin/dokserv?idn=977335089> (zugl. Regensburg, Univ., Diss., 2004).
- Blanke, Thomas / Sterzel, Dieter*: Inhalt und Schranken der Demonstrationsfreiheit des Grundgesetzes, Vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 1983, S. 62-84.
- Bleckmann, Albert*: Staatsrecht II. Die Grundrechte, 4. Auflage Köln u. a. 1997.
- Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S. 938-646.
- Bley, Helmar*: SGB Sozialversicherung. Kommentar zum gesamten Recht der Sozialversicherung einschließlich zwischenstaatlicher Abkommen und internationaler Übereinkommen (SGB-SozVers-GesKomm) (Hrsg.), Loseblatt-Ausgabe Wiesbaden 1960, Stand: 2005.
(zitiert: *Schroeter* in: *Bley* (Hrsg.), Gesamtkommentar zum SGB, §, Rn.)
- Blomeyer, Jürgen*: Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 1974, S. 214-221.
- Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung bei nicht gefahrgeneigter Arbeit, JuS 1993, S. 903-907.
- Blumenwitz, Dieter*: Versammlungsfreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei

- Demonstrationen, in: *Schreiber*, Manfred, Polizeilicher Eingriff und Grundrechte, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Samper, Stuttgart 1982, S.131-152.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt am Main 2006.
- Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529-1538.
- Bötticher*, Eduard: Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, MDR 1963, S. 353-360.
- Bründel*, Oliver: Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes zu bestimmen, ZRP 1985, S. 85-92.
- Brandt*, Reinhard: Rousseaus Philosophie der Gesellschaft. Du contrat social ou principes du droit politique, Stuttgart 1973
(zitiert: Rousseau, contrat social 1762, veröffentlicht in : *Brandt (Hrsg.)*, Du contrat social ou principes du droit politique).
- Braschos*, Franz-Joseph: Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht, Köln u. a. 1979
(zugl. Bonn, Univ., Diss., 1978).
- Braun*, Johann: Haftung für Massenschäden, NJW 1998, S. 2318-2324.
- Brox*, Hans; *Walker*, Wolf-D.: Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, S. 1469-1478.
- Bruck* Ernst; *Möller*, Hans: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, 8. Auflage Berlin 2002
Band 3: Feuerversicherung
(zitiert: Bearbeiter in: Bruck/Möller, VVG, Anm.).
- Brüggemeier*, Gert: Deliktsrecht. Ein Hand- und Lehrbuch, Baden-Baden 1986.
- Brühl*, Günter; *Göppinger*, Horst: Unterhaltsrecht (Hrsg. Wax, Peter), 8. Auflage Bielefeld 2003 (zitiert: Brühl/Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, Rn.).
- Bührke*, Horst: Verschuldensgrad und Ersatzumfang, Kiel, Univ., Diss., 1954.
- Burhoff*, Detlef: Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2.Auflage Herne u. a. 1998.
- Canaris*, Carl-Wilhelm (begr. von Larenz, Carl): Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 13. Auflage München 1994
(zitiert: Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht II/2).

- Canaris*, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin u. a. 1999.
- Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201-248.
 - Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161-172.
 - Die Verfassungswidrigkeit von § 828 Abs. 2 BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemfeld, JZ 1990, S. 679-681.
 - Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993-1004.
- Caspar*, Johannes: Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art 3 Abs. 3 S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, EuGRZ 2000, S. 135-137.
- Coing*, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage Berlin u. a. 1993.
- Cramer*, Stephan: Genom- und Genanalyse : rechtliche Implikationen einer „prädiktiven Medizin“, Frankfurt am Main u. a. 1991 (zugl. Heidelberg, Univ., Diss., 1991).
- Dannemann*, Gerhard: Arzthaftung für die unerwünschte Geburt eines Kindes, VersR 1989, S. 676-683.
- Dauner-Lieb*, Barbara: BGB – Anwaltkommentar, Bd. 2 – Schuldrecht, Teilbd. 2 – §§ 611 - 853 BGB, Bonn 2005.
- Däubler*, Wolfgang: Die Haftung des Arbeitnehmers, NJW 1986, S. 867-874.
- Debo*, Arno: Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, München, Univ., Diss., 1987.
- Degenhart*, Christoph: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361-368.
- Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, JuS 1990, S. 161-169.
- Delahaye*, Hans: Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1985, S. 856-860.
- Denck*, Johannes: Schadensersatzansprüche Dritter bei Tötung ihnen nahe stehender Personen im französischen und deutschen Recht, Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 1975.
- Deuchler*, Wolfgang: Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes („wrongful birth“) – eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und

deutschen Rechts, Frankfurt am Main 1984 (zugl. Freiburg im Breisgau, Univ., Diss. 1983).

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage Köln 1996.

- Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Auflage Köln u. a. 1993.
(zitiert: Deutsch, Schadensersatz, Rn.)
- Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung, Köln u. a. 1963 (zugl. München, Univ., Habil., 1960).
- Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, VersR 1995, S. 609-616.
- Schadensersatz und Verfassungsrecht – Akt II, NJW 1994, S. 776-778.
- Keine Reduzierung des Schmerzensgeldes auf symbolhafte Entschädigungen, NJW 1993, 784.
- Zum Schadensersatz bei fehlerhafter Beratung der Frühschwangerschaft, JZ 1984, S. 889-890.
- Neuere internationale Entwicklung des Arztrechts und der Arzthaftung, VersR 1982, S. 713-716.

Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171-205.

Diedrich, Frank: Schließt § 253 BGB den Ersatz immaterieller Personenschäden auch bei pVV und cic aus?, MDR 1994, S. 525-529.

Dikov, Ljuben Angel: Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München u. a. 1937.

Dimski, Andrea: Wer haftet für Tumultschäden?, VersR 1999, S. 804-812.

Dreier, Horst / *Bauer*, Hartmut: Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Art. 1-19, 2. Auflage Tübingen 2004

(zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, GG, Bd., Art., Rn.).

Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *Maunz*, Theodor, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157-210

(zitiert: Dürig in: Festschrift für Nawiasky).

Dütz, Wilhelm: Gefahrgeneigte Arbeit, NJW 1986, S. 1779-1786.

Ebert, Ina: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht: von der Renaissance der Privatstrafe

- im deutschen Recht, Tübingen 2004 (zugl.: Kiel, Univ., Habil.-Schr., 2002).
- Eickmeier*, Jens: Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden. Eine Bewährungsprobe für das allgemeine Rechtsinstitut drittschützender Sonderrechtsbeziehungen, Köln 1993 (zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1993).
- Engel*, Sabine: Haftung Dritter für die unerwünschte Geburt eines Kindes, ÖJZ 1999, S. 621-631.
- Ennerccerus*, Ludwig; *Nipperdey*, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Auflage Tübingen 1960.
- Ericksen*, Hans-Uwe: Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 1997, S. 85-89.
- Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S. 527-533.
- Erman*, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG, WEG, Bd. 1, 11. Auflage Münster u. a. 2004.
- (zitiert: Bearbeiter in: Erman, BGB Kommentar, §, Rn.)
- Esser*, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beitrag zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage München 1969.
- Färber*, Georg: „Wrongful life“ – die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gegenüber. Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts, Hamburg 1988 (zugl. Bremen, Univ., Diss., 1987).
- Fetscher*, Iring: Pipers Handbuch der politischen Ideen, Band 3, Neuzeit: Von den Konfessionskriegen bis zur Aufklärung, München 1985.
- (zitiert: Pipers Handbuch der politischen Ideen, S.)
- Fezer*, Karl-Heinz: Teilhabe und Verantwortung – die personale Funktionsweise subjektiven Privatrechts, München 1986 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil., 1981/82),
- (zitiert: Fezer, Teilhabe und Verantwortung).
- Markenrecht: Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Auflage München 2007
- (zitiert: Fezer, Markenrecht).

- Schadensersatz und subjektives Recht im Wettbewerbsrecht, WRP 1993, S. 565-571.
Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 10. Auflage Berlin 2006.
- Fischer*, Gertfried: Schadensersatz wegen unterbliebener Abtreibung, NJW 1981, S. 1991-1992.
- Franzki*, Harald: Neue Dimensionen in der Arzthaftung. Schäden bei der Geburtshilfe und Wrongful Life als Exponenten einer Entwicklung, VersR 1990, S. 1181-1184.
- Frevert*, Ute: Ehrenmänner. Das Duell in der bürgerlichen Gesellschaft, München 1995 (zitiert: Frevert, Ehrenmänner, S.).
- Fromm*, Friedrich Karl; *Nordemann*, Wilhelm: Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz (Hrsg. Vinck, Ka; Hertin, Paul W.), 9. Auflage Stuttgart 1998 (zitiert: Fromm/Nordemann, §, Rn.).
- Gärtner*, Rudolf: Leistungsfähigkeit als Haftungsgrenze?, JZ 1988, S. 579-584.
- Gay*, Reiner: Schadensersatzklagen wegen der Verletzung des „Rechtes auf die eigene Nichtexistenz“ („wrongful life“) – eine rechtsvergleichende Untersuchung an Hand des deutschen und des angloamerikanischen Zivilrechts, Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss., 1989.
- Gelhaar*, Wolfgang: Zur Bemessung des Schmerzensgeldes, NJW 1953, S. 1281-1283.
v. *Gerlach*, Jürgen: Gewinnherausgabe bei Persönlichkeitsverletzungen nach schweizerischem Vorbild?, VersR 2002, S. 917-927 .
- v. *Gierke*, Otto: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1889, Goldbach 1997.
- Giesen*, Dieter: Schadensbegriff und Menschenwürde, JZ 1994, S. 286-288.
- Zu den Sorgfaltsanforderungen eines behandelnden Arztes in der Geburtshilfe sowie zu Zweck und Ausmaß des Schmerzensgeldanspruchs im Arzthaftpflichtprozess, JZ 1993, 519-521.
- Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, S. 1053-1064.
- Goecke*, Klaus: Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht. Bewertung, Änderungsmöglichkeiten und Änderungsvorschlag auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung, Berlin 1997 (zugl. Göttingen, Univ., Diss., 1995/96).

- Götting*, Horst-Peter: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995, (zugl.: München, Univ., Habil.-Schr., 1993).
- Gromitsaris*, Athanasios: Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht Berlin 2006 (zugl. Jena, Univ., Habil., 2004).
- Grziwotz*, Herbert: Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1994, S. 1217-1226.
- Gursky*, Karl-Heinz: Ersparnisgedanke und Reserveursache im Bereicherungsrecht, JR 1972, S. 279-285.
- Habersack*, Matthias / *Schneider*, Patrick: Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger - aber wie?, FamRZ 1997, S. 649-656.
- Hager*, Johannes: Der Schutz der Ehre im Zivilrecht, AcP 196 (1996), S. 168-218.
- Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373-383.
 - Persönlichkeitsschutz gegenüber Medien, Jura 1995, S. 566-573.
- Hanau*, Peter: Die Entscheidungsfreiheit des Richters im Recht der Arbeitnehmerhaftung, in: *Baumgärtl*, Gottfried, Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin u. a. 1984, S. 467-486 (zitiert: Hanau in: Festschrift für Hübner, S.).
- Hartl*, Michael: Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter, Online-Ressource, download unter: <http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?idn=975522981> (zugl. Konstanz, Univ., Diss., 2005).
- Hausmann*, Rainer: Nichtehele Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich. Grundfragen der rechtlichen Organisation und Abwicklung von Lebensgemeinschaften im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäftslehre, Schuldrecht und Familienrecht, München 1989 (zugl. München, Univ., Habil., 1986/87).
- Heinlein*, Alfons: Wege zum Billigkeitserlaß – Systematische Hinweise für Wirtschaft und Verwaltung, München 1971.
- Helle*, Ernst: Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht vornehmlich auf Grund der Rechtsprechung, Tübingen 1957.
- Henke*, Horst-Eberhard: Die Schmerzensgeldtabelle. Ein Beitrag zur Lehre vom Billigkeitsurteil, München 1969.
- Hermes*, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und

- Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987, (zugl. Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 1985/86).
- Grundrechtsschutz durch Privatrecht?, NJW 1990, S. 1764-1768.
- Hesse*, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage Heidelberg 1999.
- v. *Hippel*, Eike: Nochmals – Existenzvernichtung Jugendlicher durch Deliktshaftung?, VersR 1998, 26-27.
- Ruinöse Haftung von Eltern und Minderjährigen?, FamRZ 2001, 748.
- Hoerster*, Norbert: Warum keine aktive Sterbehilfe?, ZRP 1988, S. 1-4.
- Hofmann*, Edgar: Schadenersatz beim Ausfall der Hausfrau, VersR 1977, S. 296-305.
- Horst*, Hans Reinhold: Auswirkungen der Schadensersatznorm auf das Mietrecht, NZM 2003, S. 537-545.
- Huffmann*, Johann-Friedrich: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht, Deutscher Verkehrsgerichtstag 1985, S. 90-104.
- Hupfer*, Heinz: Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallopfern, JZ 1977, S. 781-785.
- Isensee*, Josef: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin u. a. 1983.
- Isensee*, Josef; *Kirchhof*, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage Heidelberg 2000.
- Jaeger*, Lothar: Höhe des Schmerzes des bei tödlichen Verletzungen im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGH, VersR 1996, S. 1177-1186.
- Jaeger*, Lothar; *Luckey Jan*: Das neue Schadensersatzrecht, Recklinghausen 2002.
- Jarass*, Hans D.; *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Auflage, München 2006.
- Jauernig*, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 12. Auflage München 2007.
- Jellinek*, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck der. 2. Auflage Tübingen 1919, Aalen 1969.
- Junker*, Claudia: Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy, wrongful adoption & wrongful parenthood, Berlin 2002 (zugl. Heidelberg, Univ., Diss., 2000).
- Kandlbinder*, Josef: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht, Deutscher

- Verkehrsgerichtstag 1985 S. 105-115.
- Kern*, Bernd-Rüdiger: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?, AcP 191 (1991), S. 247-272.
- Kilian*, Matthias: Schadensersatz bei Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung – Der reformierte § 825 BGB, JR 2004, S. 309-313.
- Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, VersR 2003, S. 683-688.
- Klein*, Eckart: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633-1640.
- Klimke*, Manfred: Kann die Geburt eines Kindes ein Schadensereignis sein?, VersR 1975, S. 1083.
- Koch*, Karl / *Baum*, Michael: Abgabenordnung – AO, Kommentar, 5. Auflage Köln 1996.
(zitiert: Koch, Abgabenordnung, §, Rn.)
- Kötz*, Heinz: Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, in: *Ständ. Deputation des Dt. Juristentages*, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd. I, Hamburg 1974, S. A 1 – A 111.
- Kornblum*, Udo: Die folgenreiche Großdemonstration, JuS 1986, S. 600-608.
- Krause*, Rüdiger: Haftungsbegrenzung kraft Verfassungsrechts?, JR 1994, S. 494-499.
- Kübler*, Friedrich: Zur Bindungswirkung eines bestätigenden Schuldanerkenntnisses, JZ 1968, S. 634-635.
- Kuhlen*, Lothar: Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger?, JZ 1990, S. 273-279.
- Kunig*, Philip: Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S. 595-604.
- Lange*, Heinrich: Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
- Lange*, Hermann; *Schiemann*, Gottfried: Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. 1 – Schadensersatz, 3. Auflage Tübingen 2003.
(zitiert: Lange, Schadensersatz, Abschnitt).
- Lange*, Hermann: Haftung für neues Leben, Vorgetragen in der Plenarsitzung am 28. April 1990, Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse / Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz 1991.

- Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen?, in: *Ständ. Deputation des Dt. Juristentages*, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen 1962, S. 1-60.
- Lange*, Knut Werner: Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtliche Prävention?, *VersR* 1999, S. 274-282.
- Laubinger*, Hans-Werner: Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, *VerwArch* 1989, S. 261-301.
- Laufs*, Adolf: Schädliche Geburten – und kein Ende, *NJW* 1998, S. 796-798.
- Larenz*, Karl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage München 2004 (zitiert: Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, §, Rn.).
- Lehmann*, Michael: Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums, *GRUR Int.* 2004, S. 762-765.
- Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzergewinns bzw. des entgangenen Gewinns, *BB* 1988, S. 1680-1687.
- Leisner*, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960 (zugl. München, Univ., Habil., 1960).
- Lepa*, Manfred: Die Einwirkungen der Grundrechte auf die Anwendung des Deliktsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: *Deutsch*, Erwin, Der Schadensersatz und seine Deckung. Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Berlin u. a. 1995, S. 261-271.
- Lerche*, Peter: Koalitionsfreiheit und Richterrecht, *NJW* 1987, S. 2465-2472.
- Leuze*, Dieter: Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, Bielefeld 1962 (zugl. Tübingen, Univ., Diss., 1960).
- Looschelders*, Dirk: Verfassungsrechtliche Grenzen der deliktischen Haftung Minderjähriger, *VersR* 1999, S. 141-151
- Bewältigung des Zufalls durch Versicherung? *VersR* 1996, S. 529-540.
- Schuldhafte Herbeiführung des Versicherungsfalls nach der VVG-Reform, *VersR* 2008, S. 1-7.
- Looschelders*, Dirk; *Roth*, Wolfgang: Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996 (zitiert: Looschelders/Roth, S.).

- Lorenz, Egon*: Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld, eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB, Berlin 1981
(zitiert: Lorenz, Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld, S.).
- Der subjektive Risikoausschluss durch § 61 VVG und die Sonderregelung in § 152 VVG, VersR 2000, S. 2-11.
 - Zur haftungs- und versicherungsproblematischen Problematik des BGB § 828 II, VersR 1989, S. 711-713.
- Loewenheim, Ulrich*: Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971), S. 97-143.
- Löwe, Walter*: Richterliche Ermäßigung des Schadensersatzes? Zur vorgeschlagenen Einführung einer Reduktionsklausel in das Bürgerliche Gesetzbuch, VersR 1970, S. 289-292.
- Lücke, Jörg*: Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 377-384.
- Ludyga*: Die Beschränkung der Minderjährigenhaftung - Zur analogen Anwendbarkeit von § 1629a BGB auf deliktische Ansprüche, FRP, 460-462.
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution – ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4. Auflage Berlin 1999.
- Manssen, Gerrit*: Staatsrecht I, Grundrechtsdogmatik, München 1995.
- Martis, Rüdiger*: Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht, München 1994.
- v. *Maunz* Theodor; *Düring, Günter, Roman, Herzog*: Grundgesetz. Kommentar (Hrsg. Herzog, Roman), Loseblatt-Ausgabe München, Stand: 49. Ergänzungslieferung, März 2007 (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Düring, GG, Art., Rn.).
- Medicus, Dieter*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 17. Auflage Heidelberg 2006.
- Bürgerliches Recht, 17. Aufl., Köln, 1996
 - Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP (192) 1992, 35-70.
 - Geld muss man haben, AcP 188 (1988), 491-510.
 - 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992, München 1993.
- Meier-Beck, Peter*: Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, GRUR 2005, S. 617-623.

- Mertens*, Hans-Joachim: Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967 (zugl. Mainz, Univ., Habil. 1965/66)
(zitiert: Mertens, Vermögensschaden).
- Meyer-Hayoz*, Arthur; *Hausheer*, Heinz [begr. von *Gmür*, M. u. fortgeführt v. *Becker*, Hermann]: Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI – Das Obligationenrecht, Abteilung 1 – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-109 OR (ohne Art. 62-67 OR), Teilbd. 3 – Die Entstehung der Obligationen (ohne die Entstehung durch Vertrag), Art. 41-67 OR, Unterteilband 1 – Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Loseblatt-Ausgabe Bern 1907, Stand: 2005.
- Möllers*, Thoma M.J.: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht – präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Tübingen 1996, (zugl. München, Univ., Habil., 1995)
(zitiert: Möllers, Rechtsgüterschutz).
- Moser*, Rudolf: Zur Frage der Gewinnherausgabe insbesondere im Wettbewerbsrecht, SJZ 1946, S. 1-17.
- Mügel*, Leo: Der Sachverständige im Zivil- und Strafprozess. Seine Rechte und Pflichten und sein Gebührenanspruch, Köln 1931.
- v. *Münch*, Ingo; *Kunig*, Philip: Grundgesetz – Kommentar, Band: 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage München 2000.
- Müller*, Gerda: Neue Perspektiven beim Schadensersatz, VersR 2006, S. 1289-1297.
- Alles oder nichts?, VersR 2005, S. 1461-1474.
 - Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, S. 1-13.
 - Möglichkeiten und Grenzen des Persönlichkeitsrechts, VersR 2000, S. 797-806.
- Niboyet*, Frédérique: Die Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern nach deutschem und Französischem Deliktsrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik, Berlin 2001, (zugl. Potsdam, Univ., Diss., 2000).
- Nehlsen-v. Stryk*, Karin: Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, S. 119-127.
- Niemeyer*, Jürgen: Zur Funktion des Schmerzensgeldes, NJW 1976, S. 1792.
- Nipperdey*, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, S. 17-34, in: *ders.*, Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag am 3. Oktober 1961, München 1962
(zitiert: Nipperdey in: Festschrift für Molitor).
- Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957,

S. 1777-1782.

Oemann, Werner: Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Mitarbeitern, BB 1956, S. 726-727.

Ohliger, Katrin: Die Ausweitung des Schmerzensgeldes ohne Bagatellschwelle.

v. *Palandt*, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

(Auszug), allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-
Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz,
Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz,
Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz,
Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug) (Hrsg. Bassenge, Peter),
66. Auflage München 2007

(zitiert: Bearbeiter in: *Palandt*, BGB Kommentar, §, Rn.).

Vereinbarkeit der Neuregelung mit dem Schadensersatzsystem des BGB, Online-
Ressource, download unter: <http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?idn=971587817>
(zugl. Würzburg, Univ., Diss., 2004).

Pauge, Burkard: Vorteilsausgleich bei Sach- und Personenschäden, VersR 2007, S. 569-572.

Peifer, Karl-Nikolaus: Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht?,
GRUR 2002, S. 495-500.

- Zur Geldentschädigung bei einer schweren Verletzung des allgemeinen
Persönlichkeitsrechts, JR 1996, S. 420-423.

Peters, Hans: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in:

Konstantopoulos, Demetrios S. / *Wehberg*, Hans, Gegenwartsprobleme des
internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zu
seinem 70. Geburtstag, Hamburg 1953, S. 669-678.

Picker, Eduard: Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben („Wrongful Life“),
Tübingen 1995.

- Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful Birth“), AcP 195
(1995), S. 483-499.

Pieroth, Bodo; *Schlink*, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht II, 22. Auflage Heidelberg 2006.

Plum, Werner: Schwangerschaftsbetreuende Medizin vor neuen Haftpflichtrisiken,
VersR 1982, S. 722-728.

Preu, Albert: Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten,

GRUR 1979, S. 753-762.

Pröller, Erich: *Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar zu VVG und GVVG*
sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen – unter Berücksichtigung
des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung (Hrsg. Knappmann, Ulrich), 27.
Auflage München 2004
(zitiert: *Pröller*, VVG Kommentar, §, Rn.).

Quilisch, Martin: *Die demokratische Versammlung – zur Rechtsnatur der Ordnungsgewalt
des Leiters öffentlicher Versammlungen. Zugleich ein Beitrag zu einer Theorie der
Versammlungsfreiheit*, Berlin 1970 (zugl. Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 1969).

Raiser, Günther: *Risiken einer Kommerzialisierung der Haushaltsführung in nichtehelichen
Lebensgemeinschaften*, NJW 1994, S. 2672-2673.

Ramm, Thilo: *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der
Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart 1960.

Rebmann, Kurt; *Säcker*, Franz Jürgen; *Rixecker*, Roland: *Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch*,
Bd. 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 4. Auflage München 2002,
Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), 4. Auflage München 2004,
Bd. 6: Sachenrecht (§§ 854 - 1296), 4. Auflage München 2004
(zitiert: Bearbeiter, in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd., §, Rn.).

Rechtsschutzverein der deutschen Frauen: *Das deutsche Recht und die deutschen Frauen –
kritische Beleuchtung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich (2. Lesung, Buch IV, Familienrecht)*, Frankenberg (Sachsen) 1895.

Reichsgerichtsräte: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar (BGB –
RGRK), Band II, §§ 812-831 BGB*, 12. Auflage Berlin u. a. 1989.

Reinhart, Andreas: *Familienplanungsschaden – wrongful birth, wrongful life, wrongful
conception, wrongful pregnancy: Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des
deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts*, Frankfurt am Main u. a. 1999 (zugl.
Salzburg, Univ., Diss., 1997).

- „Wrongful life“ – gibt es ein Recht auf Nichtexistenz?, *VersR* 2001, S. 1081-1088.

Richardi, Reinhard: *Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung für die
Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung*, NZA 1994, S. 241-244.

- Richardi*, Reinhard; *Wlotzke*, Otfried: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1 – Individualarbeitsrecht §§ 1-113, 2. Auflage München 2000
(zitiert: Bearbeiter in: *Richardi* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, §, Rn.).
- Rolfs*, Christian: Neues zur Deliktshaftung Minderjähriger, S. JZ 1999, 233-242
- Römer*, Wolfgang: Alles-oder-Nichts-Prinzip? NVersZ 2000, S. 259-262.
- Roth*, Andreas: Zivilrechtliche Folgerungen aus dem Urteil des BVerfG vom 28.05.1993 (2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92) zum Schwangerschaftsabbruch, FuR 1993, S. 305-312.
- Rother*, Werner: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965 (zugl. München, Univ., Habil., 1963/64).
- v. *Rotteck*, Carl; *Welcker*, Karl Theodor: Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Band 5, Altona u. a. 1865.
- Sachs*, Michael: Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage München 2007 (Stand: Oktober 2006).
- Shack*, Heimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Auflage Tübingen 2005.
- Schaub*, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch – systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 12. Auflage München 2007.
(zitiert: Bearbeiter in: Arbeitsrechts-Handbuch, §, Rn.)
- Scheffen*, Erika: Zur Reform der zivilrechtlichen Deliktsfähigkeit von Kindern ab dem 7. Lebensjahr (§ 828 I, II BGB), ZRP 1991, S. 458-463.
- Erwerbsausfallschaden bei verletzten oder getöteten Personen (§§ 842 bis 844 BGB), VersR 1990, S. 926-934.
 - Der Kinderunfall - Eine Herausforderung für Gesetzgebung und Rechtsprechung, DAR 1991, 121-126.
- Schimmel*, Roland: Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare?, Berlin 1996 (zugl. Frankfurt am Main, Univ., Diss., 1995).
- Schips*, Peter: Schmerzensgeld für die Erben?, Online-Ressource, download unter:
<http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?idn=96976376x> (zugl. Tübingen, Univ., Diss., 2003).
- Schlechtriem*, Peter: Vertragliche und außervertragliche Haftung: Empfiehlt es sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber

- neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre Ausgestaltung einander anzugleichen?, in: *Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II, Köln 1981, S. 1591-1681 (zitiert: Schlechtriem, Gutachten Schuldrecht, Bd. II, S.).
- Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: *Fischer, Robert, Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976*, München 1976, S. 445-465
(zitiert: Schlechtriem in: Festschrift für Hefermehl).
- Schmidt, Eike*: Verfassungsrechtliche Einwirkungen auf zivilistische Grundprinzipien und Institutionen, *KritV* 195 (1995), S. 424-451.
- Schmidt-Salzer, Joachim*: Subjektiver Wille und Willenserklärung, *JR* 1969, S. 281-289.
- Schmitt, Rudolf*: Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht *JZ* 1985, S. 365-370.
- Schmitt-Glaeser, Walter*: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), *AöR* 1997, S. 60-123.
- Schöbener, Burkhard*: Menschliche Existenz als Schadensquelle?, *JR* 1996, S. 89-94.
- Schönke, Adolf; Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar (Hrsg. Lencker, Theodor), 27. Auflage München 2006 (zitiert: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Anm. zu §).
- Schoof, Tessa*: Die Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder, Frankfurt am Main 1999, (zugl. Hamburg, Univ., Diss., 1999).
- Schricker, Gerhard / Dietz, Adolf*: Urheberrecht, Kommentar, 3. Auflage München 2006.
- Schwabe, Jürgen*: Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, *AöR* 100 (1975), S. 442-470.
- Schadensersatz bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts, *DVB1* 1973, S. 788-790.
- Schwäble, Ulrich*: Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art.8), Berlin 1975
(zugl. Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 1974).
- Schwerdtner, Peter*: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung, Berlin 1977.
- Seitz, Walter*: Prinz und Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, *NJW* 1996, S. 2848-2850.

- Siemens, Christiane*: Bemessung der Geldentschädigung bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung zum Zwecke der Zwangskommerzialisierung, AfP 1997, S. 542.543.
- Sigel, Walter*: Zivilrechtliche Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation, Tübingen, Univ., Diss., 1978.
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 12 – Schuldrecht 10, §§ 823 - 853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage München 2006.
- Spieß, Gerhard*: Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?, DVBl 1994, S. 1222-1229.
- Starck, Christian*: Rangordnung der Gesetze am 22. und 23. April 1994, Göttingen 1995.
- Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, S. 237-246.
- Starck, Christian; v. Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich* : Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1 – Präambel, Art. 1 bis 19, 4. Auflage München 1999.
(zitiert: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd., Art., Rn.).
- v. Staudingers, J.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Zweites Buch , Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249 - 254 (Schadensersatzrecht) , Neubearbeitung Berlin 2005,
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse , § 328 - 361b, Neubearbeitung Berlin 2001,
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 839 - 839a, 13. Bearbeitung Berlin 2002
(zitiert: Bearbeiter in: Staudinger, BGB Kommentar, §, Rn.).
- Steffen, Erich*: Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien, NJW 1997, 10-14.
- Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, in: *Böttcher, Reinhard*, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin u. a. 1996, S. 723-739, Berlin; New York 1996.
- ZRP – Rechtsgespräch mit Vorsitzendem Richter am BGH aD Erich Steffen, ZRP 1996, S. 366-367.

- Der SVT Regreß bei „kranker“ KH Versicherungen, *VersR* 1987, S. 529-533.
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin*: Kommentar zur Zivilprozessordnung , 22. Auflage
Tübingen 2002.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,
Bd. 1 – Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der
Verfassung, 2. Auflage München 1984,
Bd. III/1 – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler
Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte,
Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988.
- Stieglitz, Susanne*: Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen
Deliktsrecht, München 1989 (zugl. Bremen, Univ., Diss., 1988).
- Stoll, Hans*: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht – eine Darstellung auf
rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993
(zitiert.: Stoll – Haftungsfolgen).
- Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, in: *Dietz, Rolf / Hübner, Heinz*, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, Bd. 1, München 1965, S. 739-764
(zitiert: Stoll in: Festschrift für Nipperdey, Bd., S.).
- Strätz, Hans-Wolfgang*: Wundersame Entwicklung: § 825 BGB neuer Fassung, *JZ* 2003, S. 448-456.
- Stürner, Rolf*: Zur Haftung für Schäden bei Großdemonstrationen, *JZ* 1984, S. 525-529.
- Tilmann, Winfried*: Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht,
GRUR 2003, S. 647-653.
- Tipke, Klaus*: Abgabenordnung. Mit Finanzgerichtsordnung (FGO) vom 6. Oktober 1965, 25.
Auflage München 2001.
- Wadle, Elmar*: Alles-oder-Nichts-Prinzip und Reduktionsklausel, *VersR* 1971, S. 485-493.
- Wagner, Gerhard*: Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, *NJW* 2002, S. 2049-2064.
- Wandtke, Artur*: Doppelte Lizenzgebühr im Urheberrecht als Modell für den
Vermögensschaden von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet?, *GRUR* 2000,
S. 942-950.
- Wasner, Gert*: Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, *NJW* 1986, S. 119-120.

- Weber*, Dieter: *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?*, Berlin 1988
(zugl. Tübingen, Univ., Diss. 1987).
- Weber*, Hermann: *Steuererlaß und Steuerstundung als Subvention*, Berlin 1980
(zugl. Heidelberg, Univ., Diss., 1979/80).
- Weichlein*, Claus: *Die Höhe des Schadensersatzes bei der Verletzung oder Tötung der Hausfrau*, 2. unveränderte Auflage, München 1978 (zugl. Freiburg im Breisgau, Univ., Diss., 1977).
- Weimar*, Wilhelm: *Haftung des Sachverständigen bei fehlerhaften Gutachten*, *VersR* 1955, S. 263-267.
- Wellmann*, Carl: *Der Sachverständige in der Praxis*, 7. Auflage, München 2004.
- Wenzel*, Karl Egbert / *Burkart*, Emanuel: *Handbuch des Äußerungsrechts*, 5. Auflage
Köln 2003
(zitiert: Wenzel).
- Wiebe*, Knut: *Zur Einbeziehung des Vaters in den Schutzbereich des gynäkologischen Behandlungsvertrags*, *ZfL*, 2002, S. 53-54.
- Windscheid*, Bernhard: *Lehrbuch des Pandektenrechts – unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts*, Nachdruck der 8. Auflage Frankfurt am Main 1900,
Goldbach 1997
(zitiert: Windscheid, Pandekten).
- Windthorst*, Kay: *Verfassungsrecht*, Bd. 1 – Grundlagen, München 1994.
- Wolf*, Marc: *Zum Schadensersatzanspruch eines nichtehelichen Vaters auf Grund eines Behandlungsvertrags mit einer minderjährigen Schwangeren*, *MedR* 2002, S. 464-466.
- Wolter*, Jürgen; *Arndt*, Hans-Wolfgang: *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht. Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz*, Heidelberg 1999.
- Zöllner*, Wolfgang: *Zur Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit auf grobe Fahrlässigkeit*, in: *Stahlhacke*, Eugen, *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht – EZA*, § 611 BGB gefahrgeneigte Arbeit Nr. 14, Loseblatt-Ausgabe Neuwied.

1. Abschnitt: Einleitung

A. Einführung

Auch mehr als 50 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes und seiner Grundrechte ist ihre Bedeutung für die Auslegung und die Fortbildung des Privatrechts immer noch nicht abschließend geklärt. Dass die Grundrechte auf das Privatrecht wirken, wird heute nicht mehr in Frage gestellt. Jedoch ist es in Rechtsprechung und Lehre weiterhin ungeklärt, in welcher Form und mit welchen Konsequenzen die Grundrechte genau auf das Privatrecht wirken.¹ Eine der ersten Entscheidungen, in denen sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinandersetzen hatte, wie die Grundrechte auf das Privatrecht und das Schadensersatzrecht wirken, erging schon 1952.² Die Beklagte des damaligen Rechtsstreits beging im Wohngeschoß desselben Hauses, in welchem die Klägerin ihre eheliche Wohnung inne hatte, gegen den immer wieder zum Ausdruck gebrachten Willen der Klägerin mit deren Ehemann Ehebruch. Die Klägerin erblickte hierin einen ständigen Angriff auf ihre Ehre und damit eine ständige Verletzung eines dem Schutz dieses Rechtsguts dienenden Gesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, nämlich des § 185 StGB. Die Klägerin begehrte Unterlassung der ehebrecherischen Handlungen in ihrem Wohnbereich.

Der Bundesgerichtshof gab der Klage statt. Die Ehefrau bedürfe regelmäßig des in Art. 6 GG verbrieften Schutzes, wenn es ihr durch Angriffe ihres Ehemannes oder eines Dritten auf den äußeren ehelichen Lebensbereich dauernd unmöglich gemacht werde, sich darin entsprechend ihrer Stellung als Ehefrau und Mutter der Familie so zu bewegen und zu betätigen, dass ihre Frauenwürde, ihr Persönlichkeitsrecht und ihre Gesundheit unangetastet blieben. Solchen Angriffen, mögen sie in der eindeutigen Absicht geführt werden, sie aus diesem Bereich durch Anwendung physischer oder psychischer Druckmittel zu verdrängen oder ohne eine derartige Absicht im Enderfolg zu einer solchen Verdrängung führen, könne deshalb die Ehefrau durch eine Klage auf Beseitigung der damit bewirkten Störung und bei Wiederholungsfahr auf Unterlassung künftiger Störungen entgegen treten, wobei es der Bundesgerichtshof seinerseits dahinstehen ließ, ob ihr Recht auf diesen Bereich als ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu gelten habe oder ob es ein Rechtsgut sei,

¹ Looschelders in: Wolter/Arndt, Einwirkungen der Grundrechte, S. 93.

² BGHZ 6, 360, 365.

zu dessen Schutz die Bestimmung des Art 6 GG eingreife, die nach Art 1 Abs. 3 GG als unmittelbar geltendes Recht anzuwenden sei.³

Dieses Urteil stellte die Weichen für die Anwendung der Grundrechte im Privatrecht und war zugleich Anlass für die langjährige und immer noch andauernde kontroverse Diskussion der mittelbaren oder unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht. Wie auch der schadensrechtliche Fall des zitierten Urteils des Bundesgerichtshofes zeigt, stellt sich die Frage der Einwirkungen der Grundrechte ganz besonders im Schadensersatzrecht. Der Grund dafür liegt darin, dass das Schadensersatzrecht mit Ausnahme der Gefährdungshaftung immer auch eine Missbilligung eines Verhaltens durch die Rechtsordnung darstellt und die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Ausdruck einer objektiven Werteordnung Einfluss auf die Wertung des Verhaltens nehmen.⁴

Um sich dem Thema *die Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht* zu nähern, stellt sich ferner die Frage, was der Begriff *Schadensersatzrecht* bedeutet. Das *Schadensersatzrecht*⁵ beinhaltet alle Rechte und Pflichten, die sich aus einem Schaden ergeben. Ein Schaden ist dabei jede Einbuße, die jemand an seinen Lebensgütern, nicht nur an seinem Vermögen, erleidet.⁶ Das Schadensersatzrecht wird durch die Schadensersatzansprüche des Zivilrechts gebildet. Es betrifft damit sowohl den haftungsbegründenden Tatbestand als auch den haftungsausfüllenden Tatbestand der Schadensersatznormen. Die haftungsbegründenden Tatbestände des Schadensersatzrechts sind zum größten Teil im Deliktrecht und im Vertragsrecht angesiedelt. Ein Randgebiet bilden die Tatbestände der Gefährdungshaftung. Der haftungsausfüllende Tatbestand ergibt sich für das Deliktrecht, das Vertragsrecht und für die Gefährdungshaftung einheitlich aus §§ 249 ff. BGB.⁷

Die hier aufgezeigte Bedeutung des Begriffs *Schadensersatzrecht* hat zur Folge, dass in der Dissertation die Einwirkungen der Grundrechte sowohl in Bezug auf den

³ BGHZ 6, 360, 365.

⁴ Lepa in: Festschrift für Steffen (1995), S. 261 f.

⁵ In der Dissertation wird lediglich das zivilrechtliche Schadensersatzrecht thematisiert. Zum öffentlichen Schadensbegriff siehe: Gromitsaris, Athanasios: Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht.

⁶ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 2.

⁷ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 4; Martis, Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht, S. 145.

haftungsbegründenden als auch auf den haftungsausfüllenden Tatbestand der zivilrechtlichen Schadensersatznormen untersucht werden.

B. Gang und Stand der Untersuchung

In einem allgemeinen Teil der Arbeit wird zunächst erörtert, auf welche Weise die Grundrechte auf das Privatrecht allgemein wirken. Dabei steht insbesondere die Frage der Grundrechtsbindung im Zivilrecht im Vordergrund der Betrachtung. Ferner werden die für das Schadensersatzrecht bedeutendsten Grundrechte mit ihren Schutzbereichen und Eingriffsvoraussetzungen zum besseren Verständnis dargestellt.

In dem besonderen Teil der Arbeit wird dann die Einwirkung der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht erörtert. Das Schadensersatzrecht und die Einwirkungen der Grundrechte, denen es ausgesetzt ist, bergen eine Fülle verfassungsrechtlicher Fragestellungen, die in der Dissertation aufgeworfen und geklärt werden sollen. Da die Frage der Einwirkung der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht in den letzten 50 Jahren immer anhand von Einzelfällen diskutiert wurde, gibt diese Arbeit eine Übersicht über diese Einzelfälle. Sie werden jeweils in ihren systematischen Zusammenhängen im Schadensersatzrecht dargestellt. D. h., dass sich der Gang der Untersuchung an der Prüfung eines hypothetischen Schadensersatzanspruches orientiert und die Grundrechtseinwirkungen jeweils im Rahmen der betroffenen Anspruchsvoraussetzungen des hypothetischen Schadensersatzanspruches diskutiert werden. Insbesondere soll aufgezeigt werden, wie die Gesetzgebung und die Rechtsprechung sich aufgrund der Einführung der Grundrechte im Bereich des Schadensersatzrechts verändert haben.

2. Abschnitt: Grundlagen

A. Grundrechtsbindung im Zivilrecht

Um die Bedeutung der Grundrechte für das Schadensersatzrecht sachgemäß beurteilen zu können, muss als erstes auf das grundsätzliche Problem eingegangen werden, in welcher Weise die Grundrechte die Anwendung und Fortbildung privatrechtlicher Normen beeinflussen können.

Zunächst geht es dabei um Frage, ob und wie die Grundrechte im Privatrecht gelten. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zwischen dem Verhältnis der Privatrechtssubjekte untereinander und ihrem Verhältnis gegenüber dem Staat zu unterscheiden. Auf Seiten des Staates wird überwiegend davon ausgegangen, dass zumindest der Privatrechtsgesetzgeber und der Zivilrichter unmittelbar an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gebunden sind.⁸

Es ist unbestritten, dass einzelne Grundrechte eine unmittelbare Wirkung zwischen Privatrechtssubjekten entfalten. So ordnet Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG an, dass Abreden, die das Grundrecht der Koalitionsfreiheit einschränken oder behindern, nichtig bzw. rechtswidrig sind. Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob an den Abreden ein Träger öffentlicher Gewalt oder ein Privatrechtssubjekt beteiligt ist. Eine unmittelbare Geltung der Grundrechte ist auch bei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gegeben, weil die Gewährleistung der Freiheit der Wahl auch durch Privatrechtssubjekte verletzt werden kann.⁹ Auch Art. 20 Abs. 4 GG wirkt zwischen Privatrechtssubjekten unmittelbar, da dieser als Rechtfertigung für einen Generalstreik zu werten ist. Streitig ist aber, ob die anderen Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten mittelbar oder unmittelbar gelten.¹⁰

⁸ *Canaris*, JuS 1989, 161, 163.

⁹ *Höfling* in: *Sachs*, GG, Art. 9, Rn. 124; *Löwers* in: *v. Münch/Kunig*, GG, Bd. 1, Art. 9, Rn. 76; *Bauer* in: *Dreier* GG, Bd. 1, Art. 9, Rn. 82.

¹⁰ Zum Streitstand: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 20, Rn. 174; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20, Rn. 116.

I. Unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht

Die Lehre der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten (sog. Drittwirkung) geht davon aus, dass die Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten unmittelbar gelten.¹¹

Zivilrechtsdogmatisch wirke sich die unmittelbare Wirkung der Grundrechte dahingehend aus, dass sie im rechtsgeschäftlichen Bereich zu gesetzlichen Verboten im Sinne des § 134 BGB und im deliktischen Bereich zu absoluten Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB oder zu Schutzgesetzten im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB werden würden.¹² Die Grundrechte werden insbesondere von *Canaris* als Eingriffsverbote verstanden.¹³ Der Richter verwirkliche seine aus Art. 1 Abs. 3 GG resultierenden Schutzpflichten, indem er die Grundrechte auf die Normen des Privatrechts unter Einschluss des dispositiven Rechts unmittelbar anwende. Danach entfalten die Grundrechte nicht nur eine Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht, sondern gelten in ihrer herkömmlichen Funktion als Eingriffsverbote und Abwehrrechte. Insbesondere seien daher Grundrechtseinschränkungen durch das Privatrecht am verfassungsrechtlichen Übermaßverbot zu messen.¹⁴

Begründet wird die Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung zwischen Privatrechtssubjekten mit mehreren Argumenten. Zunächst wird die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Argument angeführt.¹⁵ Danach seien die Grund- und Menschenrechte ihrer historischen Entstehung nach auch nicht zuletzt auf das Verhältnis von Privatrechtssubjekten zurückzuführen. Ferner wird ausgeführt, dass die Bedeutung der Grundrechte dahin wirke, dass zwar nicht alle, aber doch eine ganze Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantierten, sondern vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben seien, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander hätten.¹⁶

Neben der Entstehungsgeschichte spreche Art. 1 Abs. 2 GG für eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte.¹⁷ Nach Art 1 Abs. 2 GG seien die Menschenrechte Grundlage jeder

¹¹ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *Nipperdey* in: Festschrift für Molitor, 1963, S. 747; *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960, S. 38 f.

¹² *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 356 ff.

¹³ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.

¹⁴ *Canaris*, AcP 184, (1984), 201, 212; *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442, 443.

¹⁵ *Nipperdey* in: Festschrift für Molitor, 1963, S. 747; *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960, S. 38 f.

¹⁶ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 212; *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442, 443.

¹⁷ *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, S. 69.

menschlichen Gemeinschaft. Das Bekenntnis des deutschen Volkes zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG und die rechtspolitische Überlegung, dass Freiheitsbedrohungen im Sozialstaat der Gegenwart auch von gesellschaftlichen Kräften, von Konzernen, Wirtschaftsverbänden, Standesorganisationen, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ausgehen könnten, spreche deshalb für eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte.¹⁸ Die Tatsache, dass sich zwei Privatrechtssubjekte gegenüber stünden, die sich beide auf ihre Grundrechte berufen, rechtfertige es nicht, eine qualitativ andere Bedeutung der Grundrechte in Rechtsbeziehungen unter Privaten anzunehmen. Ein Konflikt zwischen Privaten könne nämlich nicht nur mit Hilfe des Privatrechts, sondern auch mit Hilfe des Strafrechts, des öffentlichen Baurechts usw. gelöst werden, so dass die Kollision von Grundrechten kein Spezifikum der Privatrechtsnormen, sondern eine allgemeine Erscheinung sei, so dass hieraus eine verfassungsrechtliche Sonderstellung der Privatrechtsnormen nicht hergeleitet werden könne.¹⁹

Canaris vertritt die Ansicht, dass die Grundrechte durch die privatrechtlichen Normen unmittelbar wirken.²⁰ Für die Rechtsprechung unter Privatrechtssubjekten könne nichts anderes gelten als für den Privatrechtsgesetzgeber, der unmittelbar an die Grundrechte gebunden sei. Die Grundrechte müssten daher im Privatrecht in ihrer herkömmlichen Funktion als Abwehrrechte und Eingriffsverbote gelten, da auch durch Normen des Privatrechts der Staat in Freiheitsrechte eingreifen könne.²¹ Die von der Rechtsprechung entwickelten „Normen“ könnten nämlich, unabhängig von der Frage nach ihrer rechtsquellentheoretischen Einordnung genauso in Grundrechte eingreifen, wie entsprechende ausdrückliche Gesetzesnormen, da sie einer solchen funktionell entsprächen.²² Die Rechtssätze, die die Gerichte im Wege der Auslegung und Rechtsfortbildung ihren Entscheidungen zugrunde legen, seien daher grundsätzlich in derselben Weise unmittelbar an den Grundrechten zu messen, als stünden sie ausdrücklich im Gesetz. Denn nach Art. 1 Abs. 3 GG sei auch die Rechtsprechung *expressis verbis* unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Eine zulässige Einschränkung der Freiheitsgrundrechte müsse sich nach dem

¹⁸ Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, S. 69.

¹⁹ Canaris, *AcP* 184 (1984), 201, 212; Canaris, *JuS* 1989, 161, 163; Schwabe, *AöR* 100 (1975), 442, 443; Starck, *JuS* 1981, 237, 245.

²⁰ Canaris, *AcP* 184 (1984), 201, 212.

²¹ Canaris, *AcP* 184 (1984), 201, 212.

²² Canaris, *JuS* 1989, 161, 163; Lerche, *NJW* 1987, 2465, 2472.

verfassungsrechtlichen Übermaßverbot, also nach den Prinzipien der Eignung, Erforderlichkeit und der Angemessenheit bestimmen.²³

Die Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung ist seit jeher einer starken Kritik ausgesetzt. Aus dem Argument, dass die Entstehung des Grundgesetzes für die unmittelbare Drittwirkung spreche, da dieses auch auf die Beziehungen zwischen Privatrechtssubjekten zurückgehe, lasse sich lediglich herleiten, dass die Grundrechte überhaupt im Verhältnis zu Privaten eine Wirkung entfalten, nicht aber auch, dass dies gerade in der spezifischen Form der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung geschehen müsse. Auch die Argumente, die aus der Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 GG für die unmittelbare Wirkung der Grundrechte sprechen sollen, seien nicht aussagekräftig genug. Zwar werde durch Art. 1 Abs. 2 GG deutlich, dass die Grundrechte auch im Verhältnis der Bürger untereinander nicht bedeutungslos seien und für die rechtliche Beurteilung dieser Beziehung nicht gänzlich außer Acht bleiben dürften. Gleichwohl könne das nicht zu einer unmittelbaren Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten führen.²⁴

Gegen eine unmittelbare Drittwirkung spreche außerdem, dass das Grundgesetz auch den Zweck verfolge, den Grundrechtsberechtigten das Recht zu gewährleisten, über individuelle Lebensbeziehungen zu anderen rechtlich autonom disponieren zu können. Das aber bedeute, dass in der Drittrichtung die absolute Wirkung der Grundrechte durch ein Grundrecht zugunsten der Privatautonomie und der Eigenverantwortung relativiert werde. Der Rechtsverkehr Privater untereinander unterliege daher gerade von Verfassungs wegen Sonderrecht und zwar auch im Recht der Abwehr von Angriffen Privater auf Rechte anderer.²⁵

Das Argument der Lehre der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte, dass das Ausmaß der zulässigen Einschränkung von Freiheitsrechten durch Rechtsgeschäft sich nach dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot richte, sei sehr bedenklich. Denn da bei allen Rechtsgeschäften Grundrechte tangiert seien, zumindest das des Art. 2 Abs. 1 oder des Art. 14 GG, würde § 138 BGB der Sache nach außer Kraft gesetzt und zur Gänze durch die wesentlich schärfere Kontrolle an den Prinzipien der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit ersetzt.²⁶ Daraus folge zugleich, dass eine unmittelbare Drittwirkung die

²³ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 209.

²⁴ *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4, Rn. 50 f.; *Spieß*, DVBl 1994, 1222, 1224.

²⁵ *Moser*, SJZ 1946, 1, 3; *Dürig* in: Festschrift für Nawiasky, S. 172.

²⁶ *Dürig* in: Festschrift für Nawiasky, S. 172.

Privatrechtsautonomie aushöhle. Zivilrechtliche Vorschriften würden unterlaufen, wenn die Grundrechte zwingend auch unter Privaten gelten würden.²⁷

II. Mittelbare Grundrechtswirkung im Zivilrecht

Nach der Lehre der mittelbaren Grundrechtswirkung soll den Grundrechten zwischen Privatrechtssubjekten lediglich mittelbare Drittwirkung zukommen.²⁸ Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bedeute, dass die Grundrechte das Privatrecht lediglich prägen. Medium für die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht seien danach vor allem die Generalklauseln, die deshalb von den Vertretern dieser Auffassung als Einbruchstellen der Grundrechte in das Privatrecht bezeichnet werden.²⁹

Für eine mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht spreche schon der Wortlaut des Grundgesetzes. So werde in Art. 1 Abs. 2 GG die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde ausdrücklich der staatlichen Gewalt und nicht jedermann auferlegt. Ähnlich werde in Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung an die Grundrechte nur für Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und Rechtsprechung, nicht aber auch für die Privatrechtssubjekte statuiert. Die Grundrechte seien nicht als Eingriffsverbote gegenüber Privatrechtssubjekten zu qualifizieren, sondern als Maßstab für die Ausgestaltung und Auslegung des Privatrechts. Zwar sei der Richter nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte unmittelbar gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet.³⁰ Er sei vor allem, aber nicht ausschließlich, an die prozessualen Grundrechte der Art. 19 Abs. 4, 101 und 103 GG gebunden.

Bei der Entscheidung in der Sache, müsse aber zunächst zwischen dispositiven und zwingenden Normen unterschieden werden. Die dispositiven Vorschriften, über die jeder frei verfügen könne, stellten keinen Eingriff in die grundrechtliche Freiheit dar. Eingriffe lägen lediglich in den zwingenden Normen, so dass nur bzgl. der zwingenden Normen eine Bindung des Richters an die Grundrechte relevant sei.³¹ Bei den zwingenden Normen müsse wiederum zwischen einerseits speziellen Normen und andererseits zwischen Generalklauseln und

²⁷ Dürig in: Festschrift für Nawiasky, S. 172.

²⁸ Bleckmann, Staatsrecht II, S. 152 ff.; Dürig in: Festschrift für Nawiasky, S. 172.

²⁹ BVerfG, NJW 1994, 36; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 18; Windthorst, § 5, Rn. 44 ff.; Bleckmann, DVBl 1988, 938 ff.; Erichsen, Jura 1996, 527; Hager, JZ 1994, 373.

³⁰ BVerfGE 7, 198, 205-Lüth-Urteil; BVerfGE 10, 173, 178.

³¹ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 177.

unbestimmten Rechtsbegriffen unterschieden werden. Bei speziellen Normen stelle sich meist nur die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit. Nur bei den Generalklauseln und den unbestimmten Rechtsbegriffen spiele die Frage einer verfassungskonformen Auslegung eine entscheidende Rolle. Eine Bindung des Richters sei bei seiner Streit entscheidenden Tätigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts nicht unmittelbar, sondern bei der Anwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen nur insoweit gegeben, als dass der Richter diese verfassungskonform ausgelegt müsse.³² Da der Gesetzgeber in diesem Rahmenbereich einen weiten Gestaltungsspielraum habe, müsse der Richter im Rahmen der juristischen Auslegungsmöglichkeiten versuchen, die tatsächliche gesetzgeberische Wertentscheidung zu ermitteln. Die Grundrechte seien insoweit nur ergänzend zu berücksichtigen, um Unklarheiten im Wege der teleologischen Interpretation zu beseitigen oder Lücken durch Rechtsfortbildung zu schließen.³³

Nach dieser Ansicht lösen die Grundrechte bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten nicht konkret, sondern entfalten sich erst durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften.³⁴

Auch die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes spreche für eine nur mittelbare Drittwirkung. Danach stehe in dem schriftlichen Bericht des Abgeordneten v. Mangoldt über die Grundrechte im Entwurf des Grundgesetzes, dass die Beteiligten ihre Aufgabe darin sahen, die Grundrechte so auszugestalten, dass das Verhältnis des Einzelnen zum Staat geregelt werden sollte, um der Allmacht des Staates Grenzen zu verleihen.³⁵ Auch die Geschichte zeige, dass sie als Abwehrrechte des einzelnen gegen den Staat entstanden und erfochten worden sei.³⁶ Ferner ergebe auch die systematische Auslegung, dass nur an den oben genannten Stellen die Wirkung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts ausdrücklich auf Private bzw. auf private Rechtsverhältnisse erstreckt werde.³⁷ Daraus ließe sich zudem schließen, dass dies bei allen anderen Grundrechten nicht der Fall sei. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung auch im Privatrecht würde dem Sinn und Zweck der Grundrechte zuwider laufen, da so eine Grundrechtsbindung aller gegen alle bestünde und die

³² BVerfGE 73, 261.

³³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 351; Looschelders/Roth, S. 119.

³⁴ BVerfGE 66, 116, 135.

³⁵ Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 06.05.1949, S. 6.

³⁶ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87; Laubinger, VerwArch 1989, 261.

³⁷ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 175.

Rechte gegenüber der öffentlichen Gewalt zu Pflichten gegenüber allen Mitbürgern werden würden, so dass eine weitgehende Freiheitsbeschränkung das unvermeidliche Resultat wäre.³⁸ Bei der durch die Richter zu klärenden Frage, ob eine zulässige Beschränkung der Freiheitsrechte durch Rechtsgeschäft vorliege, seien die spezifisch privatrechtlichen Übermaßverbote wie § 138 BGB, 242 BGB heranzuziehen und nicht die Grundsätze des Übermaßverbotes.³⁹

Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung führt zu dem Ergebnis, dass Privatrecht und Verfassungsrecht getrennt, wenn auch nicht ohne Zusammenhang bleiben, wobei die Grundrechtsnormen nicht unmittelbar im Privatrecht wirken. Ihnen kommt eine das Privatrecht gestaltende Wirkung zu.⁴⁰ Allerdings drängt sich die Frage auf, ob die Grundrechte nur dann zur Geltung kommen können, wenn eine geeignete Generalklausel im konkreten Fall herangezogen werden kann. Von einer derartigen rechtstechnischen Zufälligkeit sollte die Wirkung der Grundrechte nicht abhängen.⁴¹ Des weiteren ergibt sich die Frage, in welcher dogmatischer Art und Weise die Grundrechte in das Privatrecht transformiert werden sollen.

III. Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte

In neuerer Zeit wird die Problematik der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte gerade hinsichtlich der Frage, wie sich das Verhältnis der Grundrechte zum Privatrecht dogmatisch sauber erklären lässt, sowohl im Rahmen der Lehre der mittelbaren als auch im Rahmen der Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung mittels der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte beantwortet.⁴² Die Hauptfunktion der Grundrechte besteht nach allgemeiner Ansicht darin, Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtssphäre des Bürgers abzuwehren. Daneben ist aber auch allgemein anerkannt, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung des Staates verkörpern.⁴³ Aus diesem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte ergibt sich ein besonderer staatlicher Schutzauftrag. Mit den Begriffen der objektiven Wertentscheidung und des objektiv-rechtlichen Gehalts ist dabei gemeint, dass hinter den

³⁸ *Erichsen*, Jura 1996, 527; *Schmitt-Glaeser*, AöR 1997, 65.

³⁹ *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 356 ff.

⁴⁰ *Martis*, Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht, S. 106; *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 76 III 3, S. 1556.

⁴¹ *Martis*, Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht, S. 106.

⁴² *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1, Rn. 8; *Erichsen*, Jura 1997, 85.

⁴³ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 290. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 89.

Grundrechtsbestimmungen ein unabhängiges Rechtsgut steht.⁴⁴ Die Grundrechtsbestimmungen gebieten ein aktives Handeln des Staates zum Schutze der in ihnen verkörperten Rechtsgüter.⁴⁵ Diese staatliche Schutzpflicht gilt auch und gerade gegenüber Eingriffen Dritter, die mangels Drittwirkung nicht an die Grundrechte gebunden sind.⁴⁶ Damit weitet sich die Funktion der Grundrechte über das in Eingriffssituationen angesprochene Verhältnis Staat-Bürger hinaus aus. Es kommt zu einem Rechtsdreieck: Der Staat rückt in die Rolle des Grundrechtsschützers, der den Bürger vor Beeinträchtigungen durch einen Dritten zu schützen hat.⁴⁷

1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Gedankens der Schutzgebotsfunktion

Ideengeschichtlich wurde es schon immer als grundlegende Aufgabe des Staates gesehen, die Rechte seiner Bürger zu sichern und zu schützen.⁴⁸ Bereits in der Antike wurde der Gedanke des staatlichen Schutzes vertreten.⁴⁹ Im Zeitalter der Aufklärung verstand *Thomas Hobbes* die Sorge für die Sicherheit des Volkes vor gegenseitigen Übergriffen geradezu als die eigentliche Rechtfertigung des Staates.⁵⁰ 1861 führten *Welcker* und *Rotteck* in ihrem Staats-Lexikon aus, der Staat habe hinsichtlich seiner Angehörigen „*dieselben auch gegen diejenigen zu schirmen, womit sie in ihrer Wechselwirkung untereinander selbst bedroht sein mögen*“⁵¹ Im 19. Jahrhundert konnte die Sicherheitsaufgabe des Staates bereits als Selbstverständlichkeit bezeichnet werden.⁵²

Insbesondere beruht der Gedanke der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte auf dem Gedanken des staatlichen Gewaltmonopols, welches das Fundament des modernen Staates darstellt.⁵³ Wenn sich Individuen im Sinne eines *contrat social*⁵⁴ zu einer staatlichen Gesellschaft zusammenschließen und auf Selbstjustiz verzichten, müsse die Gesellschaft bzw.

⁴⁴ *Klein*, NJW 1989, 1633, 1636.

⁴⁵ *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 148; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 I 1, S. 93.

⁴⁶ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 410; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 290; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 76 IV 5 b, S. 1573.

⁴⁷ *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 34 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, § 69 IV 5 a, S. 946.

⁴⁸ *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 143, *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 410.

⁴⁹ Siehe dazu *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 148 ff.

⁵⁰ Vgl. *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, S. 353.

⁵¹ Vgl. v. *Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon, Bd. 5, S. 645.

⁵² *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 16.

⁵³ *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 115, Rn. 109.

⁵⁴ Siehe *Rousseau*, *contrat social*, 1762, veröffentlicht in: *Brandt* (Hrsg.), *Du contrat social ou principes du droit politique*.

der Staat den Schutz vor Rechtsbeeinträchtigungen übernehmen. Staatliches Gewaltmonopol und Schutzpflicht seien untrennbar miteinander verbunden.⁵⁵ Ausdrücklich wurde diese Ansicht vom Bundesverfassungsgericht erstmals 1975 im sogenannten *Fristenlösungsurteil*⁵⁶ anerkannt. Darin leitete das Gericht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG eine umfassende Schutzpflicht des Staates für das menschliche Leben ab. Diese Pflicht verbietet nicht nur staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, d. h. es auch vor rechtswidrigen Eingriffen anderer zu bewahren.⁵⁷

Hinsichtlich der von Kernkraftwerken ausgehenden potentiellen Gesundheitsgefährdung erkannte das Bundesverfassungsgericht im *Kalkar-Beschluss*⁵⁸ an, dass sich aus dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die es gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibe. Ähnlich führte das Bundesverfassungsgericht 1981 in der *Fluglärmentscheidung*⁵⁹ aus, dass die aus Art. 2 Abs. 2 GG herleitbare Schutzpflicht auch die Pflicht zur Bekämpfung von Gesundheit gefährdenden Auswirkungen umfasse. Im so genannten *Soraya-Beschluss* führte es weiter aus, dass auch aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG eine staatliche Schutzpflicht abzuleiten sei.⁶⁰ Die genannten Entscheidungen machen deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht eine grundsätzliche Pflicht des Staates, die durch die Grundrechte gewährleisteten Schutzgüter auch gegenüber Eingriffen anderer Bürger zu schützen, in gefestigter Rechtsprechung anerkennt.⁶¹ Der Staat ist also verpflichtet, die grundrechtlichen Schutzgüter gegen Eingriffe Dritter zu schützen.⁶²

2. Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion durch den Gesetzgeber

Wie der Staat seine Verpflichtung zu einem effektiven Schutz der Rechtsgüter erfüllt, ist in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden.⁶³ Das einfache Recht hat die Aufgabe, Schutz

⁵⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 415.

⁵⁶ BVerfGE 39, 1, 42-Fristenlösungsurteil, bestätigt durch BVerfGE 46, 160, 164; BVerfGE 88, 203, 251.

⁵⁷ BVerfGE 39, 1, 42.

⁵⁸ BVerfGE 49, 89, 142-Kalkar-Beschluss.

⁵⁹ BVerfGE 56, 54, 78-Fluglärmentscheidung.

⁶⁰ BVerfGE 34, 269, 280-Soraya-Entscheidung.

⁶¹ So auch *Martis*, Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht S. 112; *Hermes*, NJW 1990, 1764.

⁶² So auch *Dreier* in: *Dreier*, GG, Bd. 1, Art. 2, Rn. 62; *Murswiek* in: *Sachs*, GG, Art. 2, Rn. 24.

⁶³ BVerfGE 39, 1, 44; *Hager*, JZ 1994, 373, 379.

vor Rechtsbeeinträchtigungen zu gewährleisten.⁶⁴ Dabei steht dem Gesetzgeber das gesamte Spektrum des einfachen Rechts zur Verfügung. Er hat die notwendigen Gesetze zum Schutz der Grundrechte zu erlassen.⁶⁵ Wenn der Gesetzgeber den Rechtsgüterschutz verwirklicht, steht ihm ein großer Ermessensspielraum zu.⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat dies dahingehend formuliert, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Einschätzungsprärogative darüber befinden kann, welche Schutzmaßnahmen er für zweckdienlich und geboten hält.⁶⁷ Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen.⁶⁸ Allerdings ist das Ermessen des Gesetzgebers dadurch begrenzt, dass er die notwendigen Gesetze zum Schutz der grundrechtsrelevanten Rechtsgüter zu erlassen hat.⁶⁹ Das bedeutet, dass der Gesetzgeber ein gewisses Minimum an Schutz nicht unterschreiten darf. Die Grenzen des Ermessens können daher mit dem Terminus *Untermaßverbot*⁷⁰ bezeichnet werden. Der Begriff des *Untermaßverbots* stellt das Gegenstück zum bekannten *Übermaßverbot* dar, das bei staatlichen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Bürgers zu beachten ist. So wie der Gesetzgeber bei Grundrechtseingriffen ein gewisses Maß an Intensität nicht überschreiten darf, darf im Rahmen der staatlichen Schutzpflicht ein gewisses Maß an Schutz nicht unterschritten werden.⁷¹

3. Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion durch die Gerichte

Allerdings ist die Verwirklichung der Schutzpflichten nicht nur auf die Fälle beschränkt, in denen der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung getroffen hat. Die staatliche Pflicht zum Rechtsgüterschutz trifft auch die Gerichte. Wie diese Verwirklichung durch die Gerichte aussieht, ist abhängig davon, ob man die Grundrechte als Eingriffsverbote gegenüber Privatrechtssubjekten qualifiziert (Lehre der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte) oder als Maßstab für die Ausgestaltung und Auslegung des Privatrechts (Lehre der mittelbaren Wirkung der Grundrechte). Es gelten dann die schon ausgeführten Grundsätze der unterschiedlichen Lehren.⁷²

⁶⁴ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 44.

⁶⁵ *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 148.

⁶⁶ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 420 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 60.

⁶⁷ BVerfGE 39, 1, 44.

⁶⁸ BVerfGE 88, 203, 254.

⁶⁹ Vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 420 ff.

⁷⁰ Der Begriff wurde von *Canaris* geprägt, AcP 184 (1984), 201, 227.

⁷¹ BVerfGE 88, 203, 254.

⁷² Siehe dazu: 2. Abschnitt A. I. und II.

IV. Stellungnahme/Eigener Ansatz

Die Grundrechte sind als objektive Normen zu verstehen, die als Werte für den Gesetzgeber den Inhalt des bürgerlichen Rechts bestimmen. Würde man die Grundrechte als reine Eingriffsverbote verstehen und eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung bejahen, hätte dies zur Folge, dass letztlich die gesamte bürgerliche Rechtsordnung aus den Grundrechten abgeleitet würde.⁷³ Der Richter, der bei der Entscheidung einer privatrechtlichen Streitigkeit unmittelbar an die Grundrechte gebunden wäre, würde eine über dem bürgerlichen Gesetzbuch stehende *Equity-Rechtsprechung* entwickeln können, welche die Regeln des BGB weitgehend beiseite schöbe. Eine solche Entwicklung würde die Rechtssicherheit gefährden und die Regelungen des BGB aushöhlen.⁷⁴ Die Tatsache, dass Art 1 Abs. 3 GG vom unmittelbar geltenden Recht spricht, bedeutet nicht, dass der Richter zum unmittelbaren Durchgriff auf die Grundrechte unter Außerachtlassung oder Ignorierung des möglicherweise anders lautenden Gesetzesrechts befugt ist.⁷⁵ Zwar müssen auch im Verkehr der Privatrechtssubjekte untereinander Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Eigentum beachtet werden. Dies folgt aber nicht aus einer unmittelbaren Grundrechtsbindung aller Staatsbürger, die gesetzlich konkretisiert worden ist, sondern aus den überkommenden Regeln menschlichen Zusammenlebens, auf denen auch die Grundrechte beruhen.⁷⁶ Die im Grundgesetz zum Ausdruck gebrachten Grundsätze des Zusammenlebens bilden also nicht nur die Grundlage der Grundrechte im Bürger- Staat-Verhältnis, sondern auch im Privatrecht. Es geht demnach immer nur um die Rücksicht des Privatrechts auf die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Grundsätze des Zusammenlebens. Den Einfluss des Grundgesetzes auf die Privatrechtsordnung über besondere Schutz- und Gleichberechtigungsaufträge hat der Gesetzgeber im Wege der Gesetzgebung zu realisieren.⁷⁷ Zur Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe ist der Richter zuständig. Er entscheidet im Einzelfall und verwirklicht dadurch die der Rechtsprechung auftragene Einzelfallgerechtigkeit im Rahmen des Gesetzes.⁷⁸

Gegen die Lehre der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte spricht ferner, dass eine

⁷³ Bleckmann, DVBl 1988, 943, 944.

⁷⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 140 f.

⁷⁵ Dreier in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 82.

⁷⁶ Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 315.

⁷⁷ BVerfGE 14, 263; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 1 III, Rn. 272; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 140 f.

⁷⁸ Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art 1 III, Rn. 272.

unmittelbare Wirkung der Grundrechte unter Privatrechtssubjekten die vom Gesetzgeber gewollte Doppelbindung des Gesetzgebers zwischen der Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 2 GG und der Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unterlaufen würde. Müssten die Richter bei Streitentscheidungen zwischen Privatrechtssubjekten die Grundrechte unmittelbar anwenden, könnten sie nicht gleichzeitig ihrer Bindung an die privatrechtlichen Gesetze gerecht werden. Art. 20 Abs. 3 GG würde unterlaufen.⁷⁹

Die Lehre der mittelbaren Wirkung der Grundrechte hält für den vermeintlichen Konflikt zwischen der Gesetzesbindung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG einerseits und der Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG andererseits Lösungswege bereit. Zum einen gibt es die Regelung des Art. 100 GG. Danach wird jedes Gericht berechtigt und verpflichtet die für die Entscheidung einschlägigen gesetzlichen Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen zu lassen. Führt diese Prüfungskompetenz zu dem Ergebnis, dass das Gesetz verfassungswidrig ist, muss es, falls es sich um ein förmliches Gesetz handelt, im Verfahren der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einholen, dem die ausschließliche Verwerfungskompetenz zusteht. Untergesetzliche Normen müssen nicht angewendet werden.⁸⁰ Das zweite Institut zur Bewältigung der Doppelbindung der Gerichte einerseits an die Grundrechte und andererseits an die Gesetze bildet die verfassungskonforme Auslegung, wonach bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten einer Norm diejenige Variante zu wählen ist, die den Grundrechten am ehesten entspricht. Auch die an der Verfassung orientierte Auslegung ist für die Konfliktlösung maßgeblich. Danach werden bei der Auslegung und Anwendung des Rechts die Bedeutung der Grundrechte als Richtlinien und Impulse für die gesamte Rechtsordnung wirksam.⁸¹

Nach alledem ist der Lehre der mittelbaren Wirkung der Grundrechte zu folgen. Dass heißt, dass bei Nichtanwendbarkeit einer ausdrücklichen Gesetzesnorm im konkreten Fall die Gerichte die Schutzpflicht wahrzunehmen haben, indem sie unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen oder das Recht fortbilden.⁸²

⁷⁹ Dreier in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 85; Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 136.

⁸⁰ Dreier in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 85; Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 136.

⁸¹ Dreier in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 85; Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 136.

⁸² BVerfGE 96, 56, 64; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 44; Isensee in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, § 111, Rn. 156. Zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe: BVerfGE 81, 242, 256; Martis, Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht, S. 112.

Die Verwirklichung der Schutzpflichten durch Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe entspricht hierbei der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, der zufolge die Grundrechte über die Generalklauseln ins Privatrecht einwirken. Darüber hinaus kann es die Schutzpflicht aber auch gebieten, mittels Rechtsfortbildung eine richterrechtliche Norm im konkreten Fall herauszuarbeiten und anzuwenden. Hierbei haben sich die Gerichte aber an die gleichen Vorgaben zu halten, die sonst dem Gesetzgeber oblägen: Die Gerichte können nur dann das Recht fortbilden, wenn auch den Gesetzgeber eine entsprechende Schutzpflicht trifft. Sie erfüllen diese dann an seiner Stelle; dabei haben sie das *Untermaßverbot* zu beachten.⁸³ Damit erweist sich die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte als Anwendungsfall der Schutzpflicht durch Dritte.

Mittels der Lehre der mittelbaren Wirkung der Grundrechte und der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte kann dogmatisch überzeugend die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht erklärt werden.⁸⁴ Zum einen braucht nicht von dem Grundsatz abgewichen werden, dass die Grundrechte nur die staatliche Gewalt, nicht aber Privatpersonen binden. Zum anderen wird deutlich, warum trotzdem eine Wirkung der Grundrechte gegenüber anderen Bürgern auftritt, eben über den „Umweg“⁸⁵ der Verwirklichung der Schutzpflicht des Staates.

Aufgrund der zahlreichen Argumente, die für die Lehre der mittelbaren Grundrechtswirkung sprechen, werden diese Grundsätze den folgenden Betrachtungen zu Grunde gelegt.

B. Die für das Schadensersatzrecht relevanten Grundrechte

Innerhalb der Grundrechteinwirkungen auf das Schadensersatzrecht kann man vier verschiedene Bereiche unterscheiden. Danach gibt es Freiheitsgrundrechte, die eher gegenüber dem Geschädigten eine Schutzwirkung entfalten. Dabei sind das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Schutz des Geschädigten zuzuordnen. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung

⁸³ Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

⁸⁴ BAG, NZA 1998, 715; Murswiek in: Sachs GG, Art. 2, Rn. 37; Möllers, Rechtsgüterschutz, S. 149; Stern, Staatsrecht, Bd. III/I, § 76 III 4 b, S. 1560 und § 76 IV 5, S. 1572; Canaris, AcP 184 (1984), 201, 227; Hager, JZ 1994, 373, 378; Klein, NJW 1989, 1633, 1640; Lücke, JZ 1999, 377.

⁸⁵ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 38.

des Schadensersatzrechts das auf der leistungsrechtlichen Komponente der Grundrechte beruhende Untermaßverbot zu beachten, welches dem Geschädigten einen Anspruch auf Gewährung eines hinreichenden Schutzes gegenüber Schädigungen durch Dritte gewährleisten muss.⁸⁶

Es gibt aber auch Freiheitsgrundrechte, die eher den Schädiger schützen. Dabei werden die Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Art. 8 GG, die Berufsfreiheit und das Grundrecht der Ehe, Art. 12 GG, Art. 6 Abs. 1 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt. Denn während die zuerst genannten Grundrechte auf Seiten des Geschädigten eher abwehrenden Charakter besitzen, schützen die dem Schädiger zugeordneten Grundrechte bestimmte Lebensbereiche.

Darüber hinaus unterscheidet man noch die Freiheitsgrundrechte, die den sog. *Dritten* schützen. Ein *Dritter* im Schadensersatzrecht ist eine Person, die zwar weder Schädiger noch Geschädigter ist, die aber den zu ersetzenden Schaden beeinflussen kann und daher bei den Betrachtungen zu berücksichtigen ist. Für denjenigen, der weder Schädiger noch Geschädigter ist, der aber die Schadenersatzpflicht des Schädigers beeinflussen kann, ist die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG als maßgebliches Grundrecht relevant. Als Beispiel kann hier die *Kind-als-Schaden-Problematik* angeführt werden.⁸⁷ Übersieht ein Arzt bei seiner schwangeren Patientin fahrlässig eine schwere Behinderung des Kindes, stellt sich die Frage, ob der Mutter als Geschädigte gegen den Arzt als Schädiger ein Schadensersatzanspruch zusteht. Fraglich ist, ob die Gewährung von Schadensersatz mit der Menschenwürde des Kindes vereinbar ist. In diesem Fall ist das Kind Dritter, da es weder Schädiger noch Geschädigter ist, aber dennoch die Schadensersatzpflicht des Schädigers beeinflusst.

Neben den Freiheitsgrundrechten haben auch die Gleichheitsgrundrechte Auswirkungen auf das Schadensersatzrechts. Zu nennen sind hier Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 GG.

Im Folgenden werden die Schutzbereiche und Eingriffsvoraussetzungen der Grundrechte dargestellt, die das Schadensersatzrecht nachhaltig beeinflusst haben:

⁸⁶ Siehe dazu oben: 2. Abschnitt III.

⁸⁷ Ausführlich dazu: 4. Abschnitt A.

I. Die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1 GG

Durch die Garantie der Menschenwürde als unantastbarer, vor aller staatlicher Gewalt zu schützender Wert, hat der Grundgesetzgeber in Art. 1 Abs. 1 GG eine für das gesamte Grundrechts- und Staatsverhältnis elementare Grundentscheidung getroffen. Kerngehalt der Aussage des Art. 1 Abs. 1 GG ist die Normierung der Menschenwürde als Mittelpunkt des Wertesystems der Verfassung.⁸⁸ Daraus folgt, dass Art. 1 Abs. 1 GG die anderen Bestimmungen des Grundgesetzes durchdringt. Viele Grundrechte sind Ausfluss des Schutzes zur Menschenwürde als Mittelpunkt des Wertesystems der Verfassung.⁸⁹ Positiv lässt sich Menschenwürde einmal als ein den Menschen von Gott oder der Natur mitgegebener Wert bestimmen („*Mitgifttheorie*“). Danach kommt es auf den Eigenwert und die Eigenständigkeit, die Wesenheit oder die Natur des Menschen an. Ein anderer Ansatz stellt auf die Identitätsbildung des Menschen ab („*Leistungstheorie*“).⁹⁰ Hiernach kommt es auf die Leistung der Identitätsbildung an. Beiden Ansätzen der positiven Bestimmung der Menschenwürde haftet jedoch das Problem an, dass sie – auf den Einzelfall bezogen – bei der Konkretisierung des Schutzbereichs kaum weiterhelfen. Daher wird die Menschenwürde regelmäßig nicht positiv bestimmt, sondern vielmehr auf negative Umschreibungen abgestellt. Dabei wird gefragt, welche Akte der öffentlichen Gewalt als Verletzung der Menschenwürde gekennzeichnet werden können.⁹¹

Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der Mensch zum bloßen Objekt staatlichen Handelns wird („*Objektformel*“). Das ist der Fall, wenn in der Behandlung des Menschen die Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, zum Ausdruck kommt, es sich also um eine verächtliche Handlung handelt.⁹²

Jeder Eingriff in die Menschenwürde stellt zugleich auch eine Verletzung dieses Grundrechts dar, weil die Menschenwürde in einer freiheitlichen Demokratie oberster Wert sein muss und deshalb weder Grundrechte anderer, noch durch Werte mit Verfassungsrang beeinträchtigt werden soll.⁹³

⁸⁸ BVerfGE 35 202, 225.

⁸⁹ Zum Menschenwürdegehalt von Grundrechten (insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 4 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2) vgl. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 352.

⁹⁰ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 53 ff.

⁹¹ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 356.

⁹² BVerfGE 9, 161, 171.

⁹³ Ausführlich zum Schutzbereich und zum Eingriff der Menschenwürde vgl. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 353 ff.

II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt. Es hat seine Wurzeln in Art. 2 Abs. 1 GG, weil es wie die allgemeine Handlungsfreiheit nicht auf bestimmte Lebensbereiche bestimmt ist, sondern in allen Lebensbereichen relevant wird. Es hat eine Verbindung zu Art. 1 Abs. 1 GG, weil es wie die Menschenwürde den Einzelnen weniger mit seinem Verhalten als vielmehr in seiner Qualität als Subjekt schützt.⁹⁴ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat verschiedenen Ausformungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hervorgebracht; das *Recht der Selbstbestimmung, der Selbstbewahrung und der Selbstdarstellung*.

Dabei verbürgt das allgemeine Persönlichkeitsrecht als *Recht der Selbstbestimmung* dem Einzelnen unter anderem selbst zu bestimmen, und selbst herauszufinden, wer er ist. Ihm darf die Kenntnis der eigenen Abstammung nicht vorenthalten und nicht verwehrt bleiben seinen Namen zu behalten und seine Geschlechtsrolle, den entsprechenden Personenstand und seine eigene Fortpflanzung zu bestimmen.⁹⁵

Als *Recht der Selbstverwahrung* verbürgt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen sich zurückzuziehen, sich abzuschirmen und für sich allein zu bleiben. Der Rückzugsbereich ist dabei sowohl sozial als auch räumlich zu verstehen.⁹⁶

Als *Recht der Selbstdarstellung* verbürgt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen, sich herabsetzender, verfälschender oder entstellender öffentlicher Darstellungen, aber auch unerbetener heimlicher Wahrnehmung seiner Person erwehren zu können. Es umschließt den Schutz der *persönlichen Ehre*, das *Recht am eigenen Bild* und Wort. An diese speziellen Rechte anknüpfend hat das Bundesverfassungsgericht im *Volkszählurteil*⁹⁷ ein umfassendes *informationelles Selbstbestimmungsrecht* entwickelt, das jegliche Information über eine Person schützt und als Auffangrecht fungiert.⁹⁸

III. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist das fundamentalste und ursprünglichste Menschenrecht. Es schützt in umfassender Weise auch das ungeborene Leben. Das Leben,

⁹⁴ BVerfGE 54, 153; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 373.

⁹⁵ *Manssen*, Rn. 293 ff.; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 373.

⁹⁶ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1, Rn. 39 f.

⁹⁷ BVerfGE 65, 1, 42-Volkszählurteil.

⁹⁸ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 373; *Kunig*, Jura 1993, 595.

also das körperliche Dasein, beginnt spätestens 14 Tage nach der Empfängnis und endet mit dem Tod.⁹⁹

Körperliche Unversehrtheit meint die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinn sowie im geistig-seelischen Bereich. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthält allgemein einen Schutz vor der Zufügung von Schmerz, psychischem Terror, seelischen Folterungen und entsprechenden Verhörmethoden.¹⁰⁰ Ein Eingriff in dieses Grundrecht liegt bei allen Gefährdungen der Gesundheit vor.¹⁰¹

IV. Die Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt die im Rahmen der geltenden allgemeinen Rechtsordnung gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Wegen unterschiedlicher Schrankenforderungen muss zwischen einer *Freiheitsbeschränkung* und einer *Freiheitsentziehung* unterschieden werden. Eine *Freiheitsbeschränkung* liegt nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist.¹⁰² Sein Gewährleistungsinhalt umfasst von vornherein nicht eine Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen. Der Tatbestand einer *Freiheitsentziehung* (Art. 104 Abs. 2 GG) kommt ohnehin nur in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.¹⁰³

V. Die Meinungs- und Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 GG

Art. 5 Abs. 1 GG enthält mehrere Grundrechte, deren Gewährleistungen alle in einem inneren Zusammenhang mit dem Begriff der Meinung stehen. Diese Grundrechte werden für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung als schlechthin konstituierend angesehen, da erst sie

⁹⁹ BVerfGE 39, 1, 36.

¹⁰⁰ BVerfGE 56, 54, 73; *Kunig* in: v. *Münch/Kunig*, GG, Bd, 1, Art. 2, Rn. 29 f.

¹⁰¹ Ausführlich zum Schutzbereich und Eingriff vgl. *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 406 ff.

¹⁰² *Düring* in: *Maunz/Düring*, GG, Art. 104, Rn. 12.

¹⁰³ BVerfGE 94, 166, 198; a. A.: *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 413 geschützt werde auch das Recht jeden beliebigen Ort aufzusuchen bzw. zu meiden.

die ständige geistige Auseinandersetzung ermöglichen und so die Grundlage jeder Freiheit sind.¹⁰⁴

Der Begriff *Meinung* wird sehr weit ausgelegt. Erfasst werden Werturteile sowie Werturteile über Werturteile.¹⁰⁵

Ohne ausdrücklich zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung zu unterscheiden, gewährleistet Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Meinungsfreiheit sowohl im Interesse der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen, mit der sie eng verbunden ist, als auch im Interesse des demokratischen Prozesses, für den sie konstitutive Bedeutung hat.¹⁰⁶

Es ist der Sinn von Meinungsäußerungen, geistige Wirkungen auf die Umwelt ausgehen zu lassen, meinungsbildend und überzeugend zu wirken. Deshalb sind Werturteile von Art. 5 Abs. 1 GG durchweg geschützt, ohne dass es darauf ankäme, ob die Äußerung wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, begründet oder grundlos, emotional oder rational ist.¹⁰⁷

Tatsachenbehauptungen fallen deswegen aber nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit heraus. Sie sind vielmehr durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind. Daher endet der Schutz der Meinungsfreiheit für Tatsachenbehauptungen erst dort, wo sie zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut. Das Bundesverfassungsgericht geht deswegen davon aus, dass die erwiesene oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptung nicht vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst wird.¹⁰⁸

Daneben greift zu Gunsten der Presse auch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ein. Die freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ist, wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert, Wesenselement des freiheitlichen Staates und für die moderne Demokratie unentbehrlich.¹⁰⁹ Ebenso ist die Rundfunkfreiheit, die auch das Fernsehen umfasst,¹¹⁰ konstitutiv für die unbehelligte Berichterstattung und daher umfassend

¹⁰⁴ BVerfGE 7, 198, 208.

¹⁰⁵ BVerfGE 33, 1.

¹⁰⁶ BVerfGE 7, 198, 208; BVerfGE 61, 1, 7; Wenzel, S. 110; Bethge in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 25.

¹⁰⁷ BVerfGE 33, 1 43; BVerfGE 61, 1, 7; Wenzel, S. 110.

¹⁰⁸ BVerfGE 61, 1 8; BVerfGE 85, 1 15; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 2; Bethge in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 29.

¹⁰⁹ BVerfGE 20, 162, 174; ähnlich BVerfGE 52, 283, 296.

¹¹⁰ BVerfGE 12, 205, 226; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 29.

garantiert.¹¹¹ Zu ihr gehört über den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG hinausgehend die Meinungsäußerung der Medienmitarbeiter.¹¹²

VI. Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG

Art. 8 GG gewährleistet den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung und untersagt zugleich staatlichen Zwang an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fernzubleiben. Schon in diesem Sinne gebührt dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit in einem freiheitlichen Staatswesen ein besonderer Rang; das Recht, sich ungehindert und ohne besondere Erlaubnis mit anderen zu versammeln, galt seit jeher als Zeichen der Freiheit, Unabhängigkeit und Mündigkeit des selbstbewussten Bürgers.¹¹³ In ihrer Geltung für politische Veranstaltungen verkörpert die Freiheitsgarantie aber zugleich eine Grundentscheidung, die in ihrer Bedeutung über den Schutz gegen staatliche Eingriffe in die ungehinderte Persönlichkeitsentfaltung hinausreicht. Im angloamerikanischen Rechtskreis war die im naturrechtlichen Gedankengut verwurzelte Versammlungsfreiheit schon früh als Ausdruck der Volkssouveränität und demgemäß als demokratisches Bürgerrecht zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess verstanden worden.¹¹⁴ Diese Bedeutung des Freiheitsrechts wird im Schrifttum inzwischen durchgängig anerkannt.¹¹⁵ Die Versammlungsfreiheit wird als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe verstanden.¹¹⁶ Auch Demonstrationen sind daher von Art. 8 GG geschützt. Zwar tritt speziell bei Demonstrationen das argumentative Moment zurück, welches die Ausübung der Meinungsfreiheit in der Regel kennzeichnet. Indem der Demonstrant seine Meinung aber in physischer Präsenz, in voller Öffentlichkeit und ohne Zwischenschaltung von Medien kundgibt, entfaltet auch er seine Persönlichkeit in unmittelbarer Weise. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von

¹¹¹ BVerfGE 35, 202, 222; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 32; *Kunig-Wendt* in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 1, Art. 5, Rn. 45.

¹¹² *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 30; *Kunig-Wendt* in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 1, Art. 5, Rn. 44.

¹¹³ BVerfGE 69, 315 ff.

¹¹⁴ *Quilisch*, Die demokratische Versammlung, 1970, S. 36 ff; *Schwäble*, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, S. 17 ff.

¹¹⁵ Vgl. im Einzelnen: *Blanke/Sterzel*, Inhalt und Schranken der Demonstrationsfreiheit des Grundgesetzes, Vorgänge 1983, S. 67 ff.; *Blumenwitz*, Versammlungsfreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei Demonstrationen, in: Festschrift für Samper, 1982, S. 131, 132; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 157; *Herzog* in: *Maunz/Düring*, GG, Art. 8, Rn. 1 ff.

¹¹⁶ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 688.

Überzeugungen, wobei die Teilnehmer einerseits in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umganges miteinander oder die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen. Die Gefahr, dass solche Meinungskundgaben demagogisch missbraucht und in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können, kann im Bereich der Versammlungsfreiheit ebenso wenig maßgebend für die grundsätzliche Einschätzung sein wie auf dem Gebiet der Meinungsfreiheit und Pressefreiheit.¹¹⁷

VII. Die Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet jedem das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die Freiheit der Berufsausübung und unterstellt sie der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers. Wahl und Ausübung des Berufs lassen sich jedoch nicht hinreichend scharf trennen, sondern erfassen den einheitlichen Komplex der beruflichen Tätigkeit aus verschiedenen Richtungen. So ist der in der laufenden Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung der Berufsausübung zugleich eine kontinuierliche Betätigung der Berufswahl. Auf Grund dessen wird angenommen, dass Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit darstellt.¹¹⁸

Der Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG wird von seinem Leitbegriff *Beruf* bestimmt. *Beruf* wird definiert als jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, die nicht schlechthin gemeinschädlich ist.¹¹⁹ Geschützt wird auch die wirtschaftliche Verwertung der beruflichen erbrachten Leistung bzw. das Recht, eine angemessene Vergütung einzufordern.¹²⁰

Jede Reglementierung der beruflichen Tätigkeit, aber auch Einwirkungen auf das Umfeld der Berufstätigkeit können in die Berufsfreiheit des Einzelnen eingreifen. Gesetze oder behördliche Einzelakte, die imperativ die berufliche Tätigkeit des Einzelnen berühren und einschränken (*subjektiv berufsregelnde Tendenz*), sind unproblematisch als Eingriffe in den

¹¹⁷ BGH, NJW 1984, 1226.

¹¹⁸ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 401-Apothekenurteil.

¹¹⁹ BVerfGE 7, 377, 397.

¹²⁰ BVerfGE 97, 228.

Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zu qualifizieren.¹²¹ Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG kann jedoch auch dann vorliegen, wenn staatliche Maßnahmen mittelbare Auswirkungen auf die Freiheit der Berufsausübung haben. Es muss allerdings hier eine objektiv *berufsregelnde Tendenz* erkennbar sein. D.h., dass die Regelung infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung der Berufsfreiheitsrechte stehen muss.¹²²

VIII. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ist umstritten. Laut Bundesverfassungsgericht erfasst Art. 2 Abs. 1 GG alle Betätigungen oder Lebensbereiche, die nicht einem speziellen Freiheitsrecht unterfallen.¹²³ Nach der sog. *Kerbereichstheorie* wird nur der Bereich geschützt, den der Mensch benötigt, um seine Wesensanlage als geistige Persönlichkeit zu entfalten.¹²⁴ Nach einer vermittelnden Auffassung soll die allgemeine Handlungsfreiheit nur gegenüber solchen Eingriffen Schutz gewähren, die von ihrer Intensität her dem Schutz der benannten Freiheitsrechte vergleichbar sind und sich auf Freiheitsbetätigungen beziehen, die für die Entfaltung der Person gewichtig sind.¹²⁵ Im Ergebnis kommen die verschiedenen Auffassungen aber zu gleichen Ergebnissen, da das Bundesverfassungsgericht zwar einen sehr weiten Schutzbereich befürwortet, dafür liegt laut Bundesverfassungsgericht ein Eingriff aber nur dann vor, wenn die Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit den jeweiligen Grundrechtsträger final und unmittelbar durch Rechtsakt betrifft.¹²⁶

IX. Der Schutz der Ehe, Art. 6 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht¹²⁷ versteht unter der Ehe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG die „Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft“.¹²⁸ Es muss sich dabei um ein öffentliches Rechtsverhältnis handeln,

¹²¹ Jarass in: Jarass/Piero, GG, Art. 12 Rn. 10.

¹²² BVerfGE 82, 209, 233; ausführlich zum Schutzbereich und Eingriff des Art. 12 GG vgl. Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 806 ff.

¹²³ BVerfGE 6, 32; Degenhart, JuS 1990, 161 ff.

¹²⁴ Peters in: Festschrift für Laun, S. 669.

¹²⁵ BGH, NJW 1989, 2528; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 428.

¹²⁶ BVerfGE 6, 32; ausführlich dazu: Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 368 ff.

¹²⁷ Vgl. z.B. BVerfG, NJW 1978, 2289.

¹²⁸ BVerfGE 6, 32.

d.h., die Eheschließung hat in der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Form zu erfolgen.¹²⁹ Fraglich ist, ob auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst wird. Sie weicht von den wesentlichen Erfordernissen der Ehe ab. So fehlt es an der standesamtlichen Beurkundung als staatlichem Mitwirkungsakt sowie (grundsätzlich) an einer Eingehung auf Lebenszeit. Außerdem weist sie einen unverbindlichen Charakter auf, der sich in der jederzeit form- und weitgehend sanktionslosen Beendigungsmöglichkeit manifestiert. Schließlich ist sie nicht zwingend auf Geschlechtsverschiedenheit angelegt. Nichteheliche Lebensgemeinschaften unterfallen deshalb nach herrschender Meinung nicht dem Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG.¹³⁰ Neuerdings wird von einigen Stimmen in der Literatur angenommen, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG zu zuordnen sei, da nichteheliche Lebensgemeinschaften gesellschaftlich akzeptiert werden.¹³¹ Gesellschaftlicher Wandel ersetzt aber nicht die erforderliche Rechtsform, die die nichteheliche Lebensgemeinschaft gerade nicht besitzt, so dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft von Art. 6 Abs. 1 GG nicht geschützt wird.¹³² Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG liegt immer dann vor, staatliche Maßnahmen die Ehe schädigen, stören oder sonst beeinträchtigen.¹³³

X. Allgemeine und spezielle Gleichheitssätze, Art. 3 Abs. 1 und 2 GG

Art. 3 Abs. 1 GG ist der allgemeine Gleichheitsgrundsatz. Er verlangt allgemein die *Rechtsanwendungsgleichheit* (Gleichheit vor dem Gesetz) und die *Rechtssetzungsgleichheit* (Gleichheit des Gesetzes).¹³⁴ Verfassungsrechtlich relevant ist jedoch nur die Ungleichbehandlung von *wesentlich Gleichen*.¹³⁵ Das bedeutet zum einen, dass die Ungleichbehandlung durch dieselbe Rechtssetzungsgewalt erfolgt sein muss, zum anderen gilt, dass kein Mensch genau wie der andere und keine Situation genau wie die andere ist. Daher kann wesentliche Gleichheit nur bedeuten, dass Personen, Personengruppen und

¹²⁹ BVerfG, NJW 1983, 511.

¹³⁰ BVerfG, NJW 1993, 643, 645; Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 2; Robbers in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Abs. 1 GG, Rn. 43; Maunz in: Maunz/Düring, Art. 6 GG, Rn. 15a.

¹³¹ Schimmel, S. 187 ff.

¹³² Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 640.

¹³³ BVerfGE 55, 114, 126.

¹³⁴ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 428.

¹³⁵ BVerfGE 49, 148, 165.

Situationen vergleichbar sind. Eine Ungleichbehandlung, die verfassungsmäßiger Rechtfertigung bedarf, ist also dann gegeben, wenn Personengruppen unterschiedlich rechtlich behandelt werden, obwohl sie vergleichbar sind.¹³⁶

Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbieten, bestimmte Gegebenheiten zum Grund für Bevorzugungen und Benachteiligungen zu nehmen. Art. 3 Abs. 2 GG statuiert, welche Gegebenheiten als rechtfertigende Gründe für Ungleichbehandlungen schlechthin ausfallen.¹³⁷

¹³⁶ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 435.

¹³⁷ Näher dazu: *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 438.

3. Abschnitt: Einwirkungen der Grundrechte auf den haftungsbegründenden Tatbestand

Wie in der Einleitung bereits ausgeführt wurde, wirken die Grundrechte ganz besonders im Schadensersatzrecht, da das Schadensersatzrecht mit Ausnahme der Gefährdungshaftung immer eine Missbilligung eines Verhaltens durch die Rechtsordnung darstellt und die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als Ausdruck einer objektiven Werteordnung Einfluss auf die Wertung des Verhaltens nehmen.¹³⁸

Um systematisch zu verdeutlichen, in welcher Weise die Grundrechte auf das Schadensersatzrecht wirken, werden im Folgenden die einzelnen in der Rechtsprechung und Literatur diskutierten Einwirkungen der Grundrechte im Schadensersatzrecht anhand der Voraussetzungen eines hypothetischen Schadensersatzanspruchs geprüft. Jeder Schadensersatzanspruch besteht aus einem haftungsbegründenden und einem haftungsausfüllenden Tatbestand. Die haftungsbegründenden Tatbestände des Schadensersatzrechts sind zum größten Teil im Deliktsrecht, in der Gefährdungshaftung und im Vertragsrecht angesiedelt.¹³⁹ Die Prüfung eines Schadensersatzanspruches innerhalb des Deliktsrechts oder Vertragsrecht folgt sehr ähnlichen Prinzipien. Der haftungsbegründende Tatbestand eines Schadensersatzanspruches verlangt im Deliktsrecht und im Bereich der Gefährdungshaftung zunächst eine Rechtsverletzung oder eine Rechtsgutverletzung durch ein zurechenbares Verhalten des Schädigers bzw. eine Pflichtverletzung im Schuldverhältnis. Daran schließt sich im Deliktsrecht eine Prüfung der Rechtswidrigkeit an sowie sowohl im Vertragsrecht als auch im Recht der unerlaubten Handlung die Prüfung des Verschuldens bzw. des Vertretenmüssens. Diesem Prüfungsablauf folgend sollen auch im folgenden Abschnitt die Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht diskutiert werden.

A. Rechtsverletzung/Rechtsgutverletzung

Immer wieder haben die Grundrechte in der Vergangenheit die Gesetzgebung oder die Rechtsfortbildung bei der Frage im Schadensersatzrecht beeinflusst, ob eine bestimmte

¹³⁸ Siehe: 1. Abschnitt.

¹³⁹ *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 2.

Rechtsgutverletzung oder Rechtsverletzung eine haftungsbegründende Voraussetzung eines Tatbestandes im Schadensersatzrecht bilden kann oder nicht. So hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht letztlich dazu geführt, dass der Gesetzgeber dieses als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hat.

I. Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB hat den Geschädigtenschutz im Zivilrecht enorm erweitert. Um die Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf das Schadensersatzrecht umfassend darzustellen, ist zunächst auf die Rechtslage vor der Einführung der Grundrechte einzugehen.

1. Ausgestaltung des zivilrechtlichen Schutzes im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor Einführung des Grundgesetzes

Die Verfasser des BGB waren bei der Ausgestaltung des zivilrechtlichen Schutzes gegenüber Persönlichkeitsverletzungen sehr zurückhaltend, da die deutsche Rechtsordnung bis dato keine positiven Bestimmungen über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht enthielt.¹⁴⁰ Nach dem Vorschlag des ersten Entwurfs des § 704 Abs. 2 S. 2 BGB a. F. von 1888 sollte die Ehre als Kernbereich der Persönlichkeit zunächst ausdrücklich geschützt werden.¹⁴¹ Es kamen dann aber erhebliche Bedenken auf, schon die fahrlässige Verletzung der Ehre unter privatrechtlichen Schutz zu stellen. Die geschädigte Ehre der besseren Kreise, so die Annahme, sei nicht durch Geldwert zu restituieren. Doch half in der großbürgerlichen Gesellschaft der Jahrhundertwende das in zahlreichen bürgerlichen Romanen beschriebene feine Netz sozialer Sanktionen, schlimmstenfalls aber die Herausforderung zum Duell, die ideelle Einbuße zu ersetzen.¹⁴² Daher hielt man den Schutz von Persönlichkeitsinteressen im juristischen Schrifttum in der Tat teilweise für ein bloß moralisches Postulat. Das BGB dagegen sollte beschränkt bleiben auf den Schutz von Vermögensinteressen und

¹⁴⁰ BGHZ 13, 334.

¹⁴¹ Fezer, Teilhabe und Verantwortung, S. 479.

¹⁴² Peifer, GRUR 2002, 495.

familienrechtliche Regelungen.¹⁴³ Letztlich kam es deshalb dazu, dass die Ehre als Schutzgut wieder aus dem Katalog der absolut geschützten Rechtsgüter gestrichen wurde. Im BGB wurde die Ehre mithin nicht geschützt.

§ 823 Abs. 1 BGB bekam dann als § 808 der Bundesratsvorlage und § 707 der Reichstagsvorlage seine endgültige Gestalt. Danach sollte § 746 Abs. 1 BGB a. F. wie folgt lauten:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Das Reichsgericht entschied dann demzufolge auch, dass die Ehre ausdrücklich nicht zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB gehöre.¹⁴⁴ Ein Persönlichkeitsrechtsschutz über § 823 Abs. 1 BGB wurde nur für einzelne besondere Persönlichkeitsrechte, wie das Namensrecht, das Urheberpersönlichkeitsrecht und das Recht am eigenen Bild nach § 22 KUG gewährt.¹⁴⁵ Das Reichsgericht glaubte, einen solchen von dem Urheberrecht unabhängigen Persönlichkeitsschutz für andere Rechtsgüter deshalb versagen zu müssen, weil die damals geltende deutsche Rechtsordnung keine positiven Gesetzesbestimmungen über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht enthielt.¹⁴⁶ Das Reichsgericht hat zwar in zahlreichen Entscheidungen über § 826 BGB einzelnen Aspekten des Persönlichkeitsrechts einen Schutz zugewilligt, aber einen grundsätzlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts mit der absoluten Wirkung der Ausschließlichkeitsbefugnis abgelehnt.¹⁴⁷

Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 galt nunmehr das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

¹⁴³ Frevert, Ehrenmänner, S. 221; Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, S. 67 (auch zu den Ausnahmen) S. 69; Peifer, GRUR 2002, 495.

¹⁴⁴ RGZ 51, 369 ff.; RGZ 69, 401, 403; RGZ 79, 397, 398; RGZ 82, 333, 334; RGZ 94, 1; RGZ 102, 134; RGZ 107, 277, 281; RGZ 113, 414; RGZ 123, 312, 320.

¹⁴⁵ Beuter, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 7; Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2 § 80 I 1, 491.

¹⁴⁶ RGZ 79, 397, 398; RGZ 82, 333, 334; RGZ 94, 1.

¹⁴⁷ RGZ 72, 175; RGZ 85, 343; RGZ 115, 416; RGZ 162, 7.

2. Einwirkungen der Einführung des Grundgesetzes auf die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes¹⁴⁸ entschied der Bundesgerichtshof in der so genannten *Schacht-Entscheidung*¹⁴⁹ 1954, dass zur Verwirklichung eines besseren Schutzes der Persönlichkeitsrechte das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden müsse.¹⁵⁰ Die von den Verfassern des BGB intendierte Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes genüge den grundrechtlichen Ansprüchen des Geschädigten auf Achtung und Schutz seiner Würde und auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nicht mehr. Das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde aus Art. 1 Abs. 1 GG und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit seien nunmehr vom Grundgesetz auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anzuerkennen, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletze oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoße, so dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht angesehen werden müsse.¹⁵¹

Die Begründung der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB durch den Bundesgerichtshof wurde vielfach kritisiert.¹⁵² Der Begründung des Bundesgerichtshof läge eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu Grunde, die der Bundesgerichtshof selbst jedoch immer ablehnt habe. Seine Begründung wäre somit in sich selbst widersprüchlich. Vielmehr sei die Schutzfunktion der Grundrechte als verfassungsdogmatische Grundlage für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz anzusehen. Ferner wurde kritisiert, dass es unmöglich sei aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen der Art 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abzuleiten, dass der Persönlichkeitsschutz gerade durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts

¹⁴⁸ Der Parlamentarische Rat hat am 23. Mai 1949 in Bonn am Rhein in öffentlicher Sitzung festgestellt, dass das am 8. Mai des Jahres 1949 vom Parlamentarischen Rat beschlossene Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der Woche vom 16. bis 22. Mai 1949 durch die Volksvertretungen von mehr als zwei Dritteln der beteiligten deutschen Länder angenommen worden ist. Auf Grund dieser Feststellung hat der Parlamentarische Rat, vertreten durch seine Präsidenten, das Grundgesetz ausgefertigt und am Nachmittag des 23. Mai 1949 verkündet. Es trat um Mitternacht des 23./24. Mai 1949 in Kraft.

¹⁴⁹ BGHZ 13, 334-Schacht-Entscheidung.

¹⁵⁰ BGHZ 13, 334; *Ennerccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 78 I 2.

¹⁵¹ BGHZ 13, 334; *Ennerccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 78 I 2.

¹⁵² *Dürig*, Festschrift für Nawiasky, S. 180 f; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 615.

als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu gewährleisten sei. Vielmehr sei das Privatrecht insoweit in weitem Umfang verfassungsrechtlich undeterminiert.¹⁵³

Trotz dieser Kritik ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht letztlich als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt worden. Die bewusste Nichtregelung des Geldersatzes für Persönlichkeitseinbußen erwies sich vor allem in der freiheitlichen Mediengesellschaft zunehmend als Lücke. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsfortbildung vor allem deswegen anerkannt, weil auf andere Weise ein effektiver Schutz der Persönlichkeitsinteressen nicht erreichbar war. Die richterrechtliche Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts war letztlich allein motiviert durch eine Lücke im BGB für den Schutz ideeller Interessen.¹⁵⁴

Methodisch betrachtet ist die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als *sonstiges Recht* nicht wie teilweise kritisiert die Auswirkung einer unmittelbaren Grundrechtswirkung, sondern im Wege der Rechtsfortbildung ein Anwendungsfall der sog. Lehre von der Schutzgebotsfunktion als besondere Ausprägung der Lehre der mittelbaren Grundrechtswirkung, bei der einem generalklauselartigen unbestimmten Rechtsbegriff die Funktion eines „Einfallstors“ für die Grundrechte zugebilligt wird, die in ihn einstrahlen und so zu einer Anwendung auch im Verhältnis zwischen Privaten führen. Dabei entfaltet das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht etwa seine Funktion als Abwehrrecht gegenüber Eingriffen des Staates gegenüber dem Bürger, sondern seine Schutzgebotsfunktion, wonach der Staat sich schützend vor es stellen und vor Eingriffen Privater abschirmen muss. Die generalklauselartige Weite macht es erforderlich, den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu konturieren.¹⁵⁵

Insgesamt hat die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB im Bereich des Schadensersatzrechts zu großen Veränderungen auch im Bereich des haftungsausfüllenden Tatbestandes geführt. Die Einwirkungen auf den haftungsausfüllenden Tatbestand werden jedoch an späterer Stelle ausführlich behandelt.¹⁵⁶

¹⁵³ Dürig in: Festschrift für Nawiasky, S. 180.

¹⁵⁴ Peifer, GRUR 2002, 495, 497.

¹⁵⁵ Canaris, Lehre des Schuldrechts II/2, § 80 I 3 b.

¹⁵⁶ Siehe: 4. Abschnitt.

II. Einwirkungen des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf die deliktische Haftung des Sachverständigen auch bei Vermögensschäden

Das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt den Menschen vor rechtswidrigen Freiheitsentziehungen durch den Staat.¹⁵⁷ In der Vergangenheit kam es vor, dass Gerichte Freiheitsentziehungen angeordnet haben, die auf fehlerhaften Sachverständigengutachten beruhten.¹⁵⁸ Die Geschädigten hatten immer wieder erfolglos versucht, ihre entstandenen Schäden geltend zu machen. Durch die hohe Schutzbedürftigkeit der körperlichen Bewegungsfreiheit des Art. 2 Abs. 2 GG sah sich der Gesetzgeber im Ergebnis gezwungen, das Schadensersatzrecht im Hinblick auf die Sachverständigenhaftung zu reformieren. Um die Motive des Gesetzgebers zur Änderung der Sachverständigenhaftung genauer zu untersuchen ist die Rechtslage vor Einführung des § 839 a BGB näher zu betrachten.

1. Rechtslage vor Einführung des § 839 a BGB

Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für die Erstattung falscher Gutachten war vor der Einfügung des § 839 a BGB ein von der Schuldrechtsdogmatik letztlich unzureichend gelöstes Problem, da große Haftungslücken in diesem Bereich bestanden.¹⁵⁹

Ernennt das Gericht nach den für das jeweilige Verfahren einschlägigen Vorschriften, z. B. §§ 403 ZPO f., einen Sachverständigen, wird der Sachverständige weder Vertragspartner des Gerichts noch der Verfahrensbeteiligten.¹⁶⁰ Dies gilt auch dann, wenn die Auswahl oder Ernennung des Sachverständigen z. B. nach § 404 Abs. 3 ZPO auf Vorschlag einer Partei oder aufgrund Einigung beider Parteien erfolgt.¹⁶¹ Die Beziehungen zum Träger der Justizverwaltung sind vielmehr rein öffentlich-rechtlicher Natur.¹⁶² Dieses Fehlen

¹⁵⁷ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 413, 417.

¹⁵⁸ RGZ 72, 175 ff.; OLG Nürnberg NJW-RR 1988, 791 ff.

¹⁵⁹ Zu den Problemen nach altem Recht: monographisch Eickmeier, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden, S. 1 ff.; aus dem frühen Schrifttum etwa Mügel, Der Sachverständige im Zivil- und Strafprozess, S. 17 ff.

¹⁶⁰ Leipold in: Stein/Jonas, ZPO, Vorb. § 402, Rn. 41; Kilian, VersR 2003, 683.

¹⁶¹ AG Remscheid, SP 1992, 82. Eine vertragliche Haftung konnte sich allerdings ergeben, wenn der Sachverständige über den eigentlichen Gutachtenauftrag hinausgehend den Verfahrensbeteiligten Ratschläge oder Empfehlungen gab, wie festgestellte Mängel zu beseitigen waren. Aufgrund der besonderen Sachkunde des Sachverständigen und des ihm entgegengebrachten Vertrauens wurde § 667 BGB regelmäßig nicht angewendet.

¹⁶² BGHZ 42, 313, 315; BGH, VersR 1973, 58; OLG Hamm, MDR 1950, 222; LG Stuttgart, VersR 1954, 504. Es liegt nach richtiger Auffassung kein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, weil das Tätigwerden nicht auf der Ebene vertraglicher Gleichordnung erfolgt, sondern auf hoheitlichen Eingriffsnormen beruht (a. A. etwa Weimar, VersR 1955, 263).

vertraglicher Beziehungen determinierte insbesondere die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen für ein falsches Gutachten. Denkbar erschien zwar, dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen Sachverständigem und Justizverwaltung im Sinne des Rechtsgedankens des § 328 BGB Schutzwirkung zugunsten der Verfahrensbeteiligten beizulegen. Eine solche Schutzwirkung wurde von der Rechtsprechung aber traditionell nicht angenommen.¹⁶³

Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger war und ist gegenüber den Parteien eines Rechtsstreits oder sonst durch das gerichtliche Verfahren Betroffenen demnach keiner Vertragshaftung unterworfen.¹⁶⁴ Auch eine Haftung aus Amtspflichtverletzung kam mangels Ausübung hoheitlicher Gewalt durch den Sachverständigen nicht in Betracht. Ansprüche konnten sich daher nur aus allgemeinem Deliktsrecht ergeben.

Das Deliktsrecht bot allerdings nur einen lückenhaften und unzureichenden Schutz vor gutachterlichen Fehlleistungen. Die Herleitung einer Ersatzpflicht für Vermögensschäden aus § 823 Abs. 2 BGB fiel jenseits exzeptioneller Sachverhalte schwer, da sich nur selten Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB fanden, die den Sachverhalt der Falschbegutachtung erfassten.¹⁶⁵ Erstattete der gerichtliche Sachverständige ein unrichtiges Gutachten, so haftete er einer hierdurch geschädigten Partei gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 153 StGB bzw. 154 StGB nur, wenn er vorsätzlich gehandelt hatte. Erfolgte dies fahrlässig, kam eine Haftung des Sachverständigen gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 154, 163 StGB nur in Frage, wenn der Sachverständige – was selten vorkam und vorkommt – vereidigt worden war.¹⁶⁶ Ein Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB kam wegen einer Falschbegutachtung nur dann in Betracht, wenn eines der nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte oder Rechtsgüter verletzt wurde.

Vermögensschäden wurden und werden nicht durch § 823 Abs. 1 BGB ersetzt. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle einer Falschbegutachtung musste § 823 Abs. 1 BGB ausscheiden, da eine Prozesspartei am häufigsten einen Vermögensschaden erlitt. Im Grunde kam § 823 Abs.1 BGB als Haftungsgrundlage daher nur eine eingeschränkte Bedeutung zu.

¹⁶³ OLG Düsseldorf, NJW 1986, 289; OLG Hamm, VersR 1995, 225.

¹⁶⁴ *Blankenhorn*, S. 52; Eine Haftung nach dem ProdHaftG scheidet aus, weil das (schriftliche) Gutachten – wohl ein Produkt im Sinne des Gesetzes – vom Sachverständigen nicht freiwillig, sondern aufgrund gesetzlichen Zwangs in Verkehr gebracht wird.

¹⁶⁵ BGHZ 62, 54; BGH, VersR 1984, 65; OLG Celle, NJW 1960, 387; *Blomeyer*, ZRP 1974, 214, 217; *Kilian*, VersR 2003, 683.

¹⁶⁶ *Blankenhorn*, S. 61.

Anwendungsmöglichkeiten ergaben sich nur dort, wo eine Falschbegutachtung die persönliche Bewegungs- und Handlungsfreiheit einer Person beeinträchtigt hatte. In diesem Zusammenhang ist in erster Linie an Unterbringungsverfahren zu denken.¹⁶⁷ Doch selbst im Falle einer Freiheitsentziehung hat der *Bundesgerichtshof* in seiner viel diskutierten Entscheidung vom 18. Dezember 1973 dem Geschädigten einen Schadensersatzanspruch verwehrt.¹⁶⁸ Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Münsteraner Anwalt *Dr. Weigand* vertrat die Interessen von Verwandten eines durch Gewehrschüsse ums Leben gekommenen Anwalts. Er beabsichtigte dessen Ermordung aufzudecken. Obwohl der dringende Tatverdacht bestand, hatten die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren eingestellt. *Weigand* wandte sich daraufhin mit Flugblättern an die Öffentlichkeit und griff die Strafbehörden in ehrenrühriger Weise an. Folglich wurde ein Strafverfahren wegen übler Nachrede, Beleidigung und Widerstand gegen die Staatsgewalt gegen ihn eingeleitet. Gegen *Weigand* erging ein Haftbefehl und ein Beschluss, durch den die Einweisung des Anwalts gemäß § 81 StPO in eine Heilanstalt angeordnet wurde, um die Erstattung eines Gutachtens über seine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu ermöglichen. Der dieses Gutachten erstellende Gerichtssachverständige bescheinigte *Weigand* Unzurechnungsfähigkeit und Gemeingefährlichkeit und regte die Prüfung der Unterbringung in einer Heilanstalt und seiner Sicherungsverwahrung an. Letztlich musste *Weigand* drei Monate in einer geschlossenen Heilanstalt verbringen. In der später durchgeführten Hauptverhandlung hörte das Gericht andere Sachverständige, die keine Einschränkung der Zurechnungsfähigkeit *Weigands* erkennen konnten.

Daraufhin verlangte *Weigand* für die Zeit der unrechtmäßigen Einweisung von dem medizinischen Sachverständigen Schadensersatz. Diese Forderung stützte er auf dessen unrichtige Gutachtenserstattung und die hierdurch eingetretene Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts und seiner persönlichen Freiheit. Als Ausgleich seines immateriellen Schadens forderte er darüber hinaus ein Schmerzensgeld.

Die Klage *Weigands* wurde durch alle Instanzen hin abgewiesen. Der *Bundesgerichtshof* sprach aus, dass eine Ersatzpflicht des uneidlich vernommenen Sachverständigen weder bei einfacher noch bei grober Fahrlässigkeit in Frage komme.¹⁶⁹ Die Stellung des Sachverständigen als Gehilfe des Richters bei der Urteilsfindung spreche dagegen, dem

¹⁶⁷ *Blankenhorn*, S.61.

¹⁶⁸ BGHZ 62, 54.

¹⁶⁹ BGHZ 62, 54.

Sachverständigen ein so weitgehendes Haftungsrisiko aufzuerlegen. Ferner sei ein Haftungsausschluss zur Sicherung der inneren Unabhängigkeit des Sachverständigen unabdingbar. Die Gutachtenserstattung stelle eine staatsbürgerliche Pflicht des Sachverständigen dar, wobei privatrechtliche Belange zurücktreten müssten, soweit sie nicht durch die Strafanrohungen für falsche eidliche oder uneidliche Aussagen geschützt seien. Zudem war der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass eine von einem Gericht im Zuge eines Strafverfahrens ausgesprochene Freiheitsentziehung nicht einer solchen Freiheitsverletzung gleich zusetzen sei, für die § 823 Abs. 1 BGB einen verstärkten Haftungsschutz vorsehe.

Wegen des Verfassungsrangs des Art. 2 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidung aufgehoben.¹⁷⁰ Laut Bundesverfassungsgericht ließ die Entscheidung des Bundesgerichtshofes außer Acht, dass es sich bei dem strittigen Schadensersatzanspruch nicht um eine beliebige Geldforderung handelte, sondern um eine Entschädigung für die Verletzung des verfassungsrechtlich besonders geschützten Rechtsgutes der persönlichen Freiheit. Die Verbürgung dieses verfassungsrechtlichen Freiheitsrechtes durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sei durch das geltende Deliktsrecht konkretisiert, indem es Sanktionen für dessen Beeinträchtigung durch Dritte bereithielte. Die Haftungsregelung des § 823 Abs. 1 BGB erweise sich demgemäß unter der Herrschaft des Grundgesetzes dem Grundsatz nach als Ausprägung des besonderen Schutzgehaltes dieses Grundrechts. Dies gelte auch, soweit diese Vorschrift Schadensersatzansprüche wegen schuldhaft rechtswidriger Freiheitsentziehung auslöse; denn solche Ansprüche seien grundsätzlich ein angemessenes Mittel der Wiedergutmachung im Falle eines derart schweren Eingriffs.¹⁷¹ Das geltende Deliktsrecht sei so gestaltet worden, dass es einen gesetzlichen Anspruch gegen Jedermann gewähre, der rechtswidrig und schuldhaft die persönliche Freiheit eines anderen verletze. Seien die gesetzlich geregelten Voraussetzungen dieses Anspruchs gegeben, so dürfe der Richter diese nicht in der Weise korrigieren, dass er die in § 823 Abs. 1 BGB statuierte Jedermanns-Haftung zugunsten bestimmter Personen nur auf vorsätzliches Handeln einschränke. Es sei nicht Sache des Richters, im Wege der Rechtsfortbildung Haftungsansprüche zu verkürzen, die das Gesetz in Einklang mit der in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verkörperten Grundentscheidung gewähre.¹⁷² Die Verfassungsrichter führten aus, die vom Bundesgerichtshof angenommene

¹⁷⁰ BVerfGE 49, 304.

¹⁷¹ BVerfGE 49, 304.

¹⁷² BVerfG, JZ 1995, 60.

Haftungsbeschränkung folge weder aus den Anspruchsvoraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB noch aus einer analogen Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB. Vielmehr habe der Bundesgerichtshof eine Haftungsbeschränkung rein aus *Rechtsgründen* angenommen.¹⁷³

Auffällig an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist die Tatsache, dass sich eine klare Mehrheit der Richter nur für den Fall der grob fahrlässigen Gutachtenserstattung finden ließ.¹⁷⁴ Was eine Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit betrifft, so hat das Bundesverfassungsgericht infolge Stimmgleichheit eine Grundrechtsverstoß verneint.¹⁷⁵ Vier Richter vertraten die Ansicht, eine Haftungsprivilegierung für einfache Fahrlässigkeit halte sich im Rahmen einer modernen, die Folgen einbeziehenden Gesetzesauslegung und sei deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.¹⁷⁶ Nach der abweichenden Meinung der anderen vier Richter wird der im Einklang mit Art. 2 Abs. 2 GG stehende deliktsrechtliche Schutz durch eine Haftungsmilderung bei einfacher Fahrlässigkeit unterlaufen. Konsequenterweise sei auch in diesem Fall einer Überschreitung richterlicher Rechtsfortbildung anzunehmen.

Da mit Stimmgleichheit ein Verstoß gegen ein Grundrecht oder gegen Bundesrecht nicht festgestellt werden kann – vgl. § 15 Abs. 3 BVerfGG – fehlte also nur eine Stimme, um auch die Freistellung eines Sachverständigen von der Haftung für nur einfache Fahrlässigkeit als nicht im Einklang mit der Verfassung stehend zu werten.¹⁷⁷

Letztlich hatte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Folge, dass die ZPO-Reformkommission im Jahre 1977 im Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht¹⁷⁸ folgenden Vorschlag zur gesetzlichen Normierung der Haftung des Sachverständigen unterbreitete:

„Wer als gerichtlicher Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Prozessbeteiligten durch eine auf der Unrichtigkeit des Gutachtens beruhenden Entscheidung entsteht.“

¹⁷³ BVerfGE 49, 304, 316.

¹⁷⁴ BVerfGE 49, 304, 323.

¹⁷⁵ BVerfGE 49, 304, 323.

¹⁷⁶ BVerfGE 49, 304, 324.

¹⁷⁷ So auch *Wessels* in: *Bayerlein* (Hrsg.), *PraxisHdb. Sachverständigenrecht*, § 34, Rn. 8.

¹⁷⁸ Bericht der ZPO-Kommission 1977 S. 358.

Überwiegend wurde in der Literatur davon ausgegangen, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht über die betroffenen Rechtsgüter im Fall Weigand hinaus, auf sämtliche von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte ausgedehnt werden musste.¹⁷⁹ Dies erscheint im Hinblick auf die im Vergleich zur (Bewegungs-) Freiheit nicht minderwertigeren, übrigen in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechtsgüter auch als legitim.

2. Rechtslage nach Einführung des § 839 a BGB

Letztlich vergingen jedoch noch weitere 25 Jahre vergehen bis schließlich durch das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz § 839 a Abs. 1 BGB mit folgendem Wortlaut aus den genannten Gründen eingeführt wurde:

§ 839 a Abs. 1 BGB Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

(1) Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.

Damit wurde die Sachverständigenhaftung zugunsten des Geschädigten stark verändert. Durch die Einführung des § 839 a Abs. 1 BGB wurde der seit langem bestehende Mangel beseitigt, dass Vermögensschäden im Rahmen der Sachverständigenhaftung nicht ersetzt werden konnten. Nunmehr wird durch § 839 a BGB Schadensersatz sowohl für die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter als auch für reine Vermögensschäden geschuldet, soweit diese kausal auf der gerichtlichen Entscheidung beruhen. Typische Schadenspositionen, die aus einem unrichtigen Gutachten resultieren, wie der rechtskräftige Verlust eines Anspruchs, die Vermögensnachteile, die ein Betroffener aufwenden muss, um das unrichtige Gutachten zu widerlegen (etwa durch weitere Gutachten), sowie die Kosten des Ausgangsverfahrens, in denen er wegen des unrichtigen Gutachtens unterlegen ist, können nun geltend gemacht werden.¹⁸⁰ Laut der Gesetzesbegründung wurde mit der neuen Regelung

¹⁷⁹ Wellmann, S. 160; Blankenhorn, S. 85 m.w.N.; Wasner, NJW 1986, S. 119.

¹⁸⁰ Huber in: Dauner-Lieb, Anwaltkommentar, § 839 a, Rn. 40; Teichmann in: Jauernig, BGB Kommentar, § 839 a, Rn. 1; Wurm in: Staudinger, BGB Kommentar, § 839 a, Rn. 1 ff.

auch dem Umstand Rechnung getragen, dass der Rückgriff auf den Sachverständigen für den in einem Rechtsstreit auf Grund eines falschen Sachverständigengutachtens Unterlegenen oft die einzige Möglichkeit sei materielle Gerechtigkeit zu erlangen.¹⁸¹

Ferner betrifft diese Veränderung auch den Verschuldensmaßstab der Sachverständigenhaftung. Eine Haftung besteht gemäß § 839 a Abs. 1 BGB nun im Fall grob fahrlässigen und vorsätzlichen Handelns des Sachverständigen.

Insgesamt hat der Gesetzgeber Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zum Anlass genommen, um die Sachverständigenhaftung hinsichtlich der tatbestandlichen Rechtsgutverletzung und hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes grundrechtskonform auszugestalten.

Die Grundrechte haben aber auch noch in anderen Bereichen des Schadensersatzrechts Diskussionen in Bezug auf die Rechtsgutsverletzung schadensrechtlicher Normen ausgelöst.

III. Anwendung der §§ 843 Abs. 1, 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG

Immer wieder wurde in den letzten Jahren diskutiert, ob nicht auch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft berechtigt sein sollten, eine Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 843 Abs. 1 BGB geltend zu machen. Es stellte sich die Frage, ob es nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, dass § 843 Abs. 1 BGB und § 844 Abs. 2 BGB Eheleuten einen Schadensersatzanspruch bietet und Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht.

Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft beschäftigen die Gerichte insgesamt immer mehr. Die steigende Zahl der Urteile und Aufsätze zu diesem Thema zeigten an, dass es sich um ein aktuelles, aber noch weitgehend ungelöstes Problem handelt. Während die Regelung der inneren Rechtsverhältnisse zwischen unverheirateten Paaren, der Ausgleichs- und Auseinandersetzungsansprüche nach ihrer Trennung und erb- und mietrechtliche Aspekte im Mittelpunkt der Diskussionen stehen, sind die schadensrechtlichen Probleme wenig erforscht.

Im Einzelnen wird diskutiert, ob Art. 3 Abs. 1 GG es gebietet, dass auch den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Schadensersatzansprüche aus § 843 Abs. 1 und § 844 Abs. 2 BGB zu stünden, da die Eheleute und die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine vergleichbare Personengruppe bildeten, die rechtlich ungleich

¹⁸¹ BT-Drucks. 14/7752, S. 27, 28.

behandelt werde. Einig ist man sich in Literatur und Rechtsprechung, dass die Ehe und die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht von demselben Grundrecht geschützt werden.

Das Bundesverfassungsgericht und die überwiegende Literaturansicht ordnen die nichteheliche Lebensgemeinschaft dem Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu.¹⁸² Art. 2 Abs. 1 GG, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt, gewinnt als Auffanggrundrecht nur dann Bedeutung, wenn nicht der Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts einschlägig ist.¹⁸³ Wie oben dargestellt, wird der nichtehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG versagt.¹⁸⁴ Weitere speziellere Grundrechte kommen nicht in Betracht. Art. 2 Abs. 1 GG ist damit anwendbar.

Das Zusammenleben nicht miteinander verheirateter Personen stellt eine Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit dar, womit der Schutzbereich eröffnet ist. Die Schutzwirkung des Art. 2 Abs. 1 GG umfasst somit die nichteheliche Lebensgemeinschaft.¹⁸⁵ Den Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft steht insoweit ein Abwehrrecht zu, das dem Staat ein Verbot oder eine unzumutbare Behinderung dieser Lebensgemeinschaft untersagt, zumal die Schrankentrias des Art. 2 S. 1 GG (Sittengesetz, Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung) einen solchen Eingriff nicht decken kann. Gegenüber Störungen Dritter kann dem Staat darüber hinaus eine Schutzpflicht zugunsten der in der Lebensgemeinschaft verbundenen Partner zukommen, die aber im Einzelfall sorgfältig mit anderen Verfassungsgütern abgewogen werden muss.¹⁸⁶

Kontrovers diskutiert wird jedoch, ob die Eheleute und die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht aus anderen Gesichtspunkten eine vergleichbare Personengruppe bilden, die rechtlich ungleich behandelt werden, da § 843 Abs. 1 BGB und § 844 Abs. 2 BGB nur den Eheleuten Schadensersatzansprüche gewährt. Um einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch eine Ungleichbehandlung zu verhindern, wird zum Teil von der Literatur § 843

¹⁸² *Becker*, Deutscher Verkehrsgerichtstag 1985, 75, 77.

¹⁸³ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 369.

¹⁸⁴ Siehe 2. Abschnitt B. VII. 4.

¹⁸⁵ Heute allgemeine Meinung: z .B. BVerfG, NJW 1990, 1593, 1595; *Burhoff*, S. 244, Rn. 656; *Grziwotz*, FamRZ 1994, 1217, 1218; *Hausmann*, S. 12; *Robbers* in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 6 I GG, Rn. 43.

¹⁸⁶ *Becker*, Deutscher Verkehrsgerichtstag 1985, 75, 82.

Abs. 1 und § 844 Abs. 2 BGB auch auf die Partner einer nichtehelichen Lebenspartnerschaft angewendet.¹⁸⁷

1. Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

§ 843 Abs. 1 BGB legt fest, in welcher Art dem Geschädigten im Falle der Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung wegen seines Verdienst- oder Erwerbsausfalls einerseits und wegen der Vermehrung seiner Bedürfnisse andererseits Ersatz zu leisten ist: regelmäßig durch eine jeweils drei Monate im Voraus (§ 760 BGB) zu zahlende Geldrente und ausnahmsweise bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Kapitalabfindung. Verdienstaussfall und Bedürfnisvermehrung sind dabei zwei selbständige Faktoren einer insgesamt und einheitlich festzusetzenden Rente.¹⁸⁸

Um die Frage zu beantworten, ob § 843 Abs. 1 BGB aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG auf die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anwendbar ist, ist zunächst die Situation für ein verheiratetes Paar zu betrachten. Denn auch für ein verheiratetes Paar hat sich in der letzten Zeit die Rechtsprechung zu § 843 Abs. 1 BGB vor allem aufgrund des gesellschaftlichen Wandels dahingehend weiter entwickelt, dass nunmehr auch die Tätigkeit der Frau im Haushalt mehr Anerkennung findet.¹⁸⁹ Der an sich einheitliche Schadensanspruch bei verletzungsbedingtem Ausfall der Arbeitskraft im Haushalt wird, dogmatisch gesehen, unterteilt in einen Eigenversorgungsanteil, der unter das Merkmal der Vermehrung der Bedürfnisse subsumiert wird und in einen Anteil, der die Versorgung des Ehegatten und eventuell vorhandener Kinder betrifft und der nach den Maßstäben des Erwerbsschadens zu beurteilen ist.

Seit dem grundlegenden Urteil des großen Senats des Bundesgerichtshof vom 09.07.1968¹⁹⁰ ist anerkannt, dass – über die vermehrten Eigenbedürfnisse hinaus – der Schaden, der dadurch entsteht, dass die Ehefrau ihre Arbeitskraft nicht zur Versorgung des Familien-Haushalts einsetzen kann, als Erwerbsschaden im Sinne des § 843 Abs. 1 BGB anzusehen ist.

Die Frage ob der Verlust oder die Minderung der Fähigkeit einer Ehefrau, Hausarbeiten zu verrichten, dem Erwerbsschaden oder den vermehrten Bedürfnissen zuzurechnen ist, hängt

¹⁸⁷ Hofmann, VersR 1977, 296, 300; Huffmann, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 90, 92.

¹⁸⁸ Sprau in: Palandt, BGB Kommentar, § 843, Rn. 1.

¹⁸⁹ BGHZ 50, 304, 305; BGH, NJW 1974, 41; BGH, VersR 1966, 487.

¹⁹⁰ BGH, NJW 1974, 41.

laut Bundesgerichtshof davon ab, ob diese Arbeitsleistung ihrem Beitrag zum Familienunterhalt (§ 1360 BGB) oder nur der Befriedigung ihrer eigenen persönlichen Bedürfnisse dient.¹⁹¹ Bei der Hausarbeit stelle nicht schon die Betätigung der Arbeitskraft als solche, sondern nur die für andere in Erfüllung einer gesetzlich geschuldeten Unterhaltsverpflichtung geleistete Haushaltstätigkeit eine der Erwerbstätigkeit (d.h. dem auf Erzielung von Gewinn zur Deckung des Lebensbedarfs gerichteten Arbeitseinsatz) vergleichbare, wirtschaftlich ins Gewicht fallende Arbeitsleistung dar. Die Gleichwertigkeit dieser gesetzlich geschuldeten Haushaltsführung mit einer Erwerbstätigkeit sei in der Rechtsprechung seit Jahren auf den verschiedensten Rechtsgebieten anerkannt.¹⁹² Diese Rechtsprechung beruht auf der Erkenntnis, dass die Arbeit des mit der Haushaltsführung betrauten Ehegatten, jedenfalls ihrem Wesen nach der Erwerbstätigkeit des anderen Ehegatten gleichwertig ist, weil der den Haushalt führende Gatte, oftmals im Interesse der Ehe und der Familie seine eigene Erwerbstätigkeit aufgegeben hat. Wird diese Tätigkeit durch eine Körperverletzung beeinträchtigt, dann liegt ein Schaden vor, der sich seinem Wesen nach vom Fall der Vereitelung einer eigentlichen Erwerbstätigkeit nicht unterscheidet.¹⁹³

Dagegen stellt die Haushaltstätigkeit des Ehegatten laut Bundesgerichtshof – mag er verheiratet, verwitwet oder unverheiratet sein –, die nur seinen eigenen Bedürfnissen und damit nicht als Erwerbsquelle dient, keine der Erwerbstätigkeit vergleichbare Arbeitsleistung dar. Daher gehört der Ausfall dieser Haushaltstätigkeit zur Schadensgruppe der vermehrten Bedürfnisse. So hat der Bundesgerichtshof schon im Urteil vom 20. 05. 1958¹⁹⁴ die von einem verletzten Hilfssignalwerkführer als Schadensersatz monatlich geltend gemachten 15 DM, die er aufwenden musste, weil er gewisse häusliche Arbeiten nicht mehr verrichten konnte und durch eine andere Person ausführen ließ, nicht als Verdienstausfall (Erwerbsschaden), sondern als vermehrte Bedürfnisse behandelt. Somit gehört die Haushaltstätigkeit eines Ehegatten in schadensrechtlicher Sicht teilweise in die Gruppe des Erwerbsschadens, teilweise in die Gruppe der vermehrten Bedürfnisse.

Stellt man sich nun die Frage, ob und inwieweit diese Grundsätze auf den Anspruch eines verletzten haushaltsführenden Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Anwendung finden können, so dürfte dies zunächst hinsichtlich der Eigenversorgung unproblematisch

¹⁹¹ BGH, NJW 1974, 41; BGHZ 50, 304, 305; BGH, VersR 1966, 487.

¹⁹² BVerfGE 17, 1, 20; BGHZ 38, 55, 57; BGHZ 50, 304, 305; BGH, VersR 1966, 487; BSGE 33, 151, 157 m. w. Nachw.

¹⁹³ BGHZ 50, 304, 305; BGH, VersR 1966, 487.

¹⁹⁴ BGH, MDR 1958, 597.

sein, da insoweit vermehrte Bedürfnisse im Sinne des § 843 Abs. 1 BGB vorliegen. Der Bundesgerichtshof hat hier ausdrücklich ausgeführt, dass Schadensersatz wegen vermehrter Bedürfnisse aufgrund des Ausfalles der Eigenversorgung auch geschiedenen Ehegatten und ledigen Personen zusteht und damit auch Personen in einer nichtehelichen Lebenspartnerschaft.¹⁹⁵ Bei der Berechnung der Höhe des Anspruches werden Vorteilsausgleichungen kaum vorzunehmen sein, da allenfalls die durch Krankenhausbehandlungen ersparten Verpflegungskosten anrechnungsfähig wären.¹⁹⁶

Hinsichtlich des Fremdversorgungsanteils ist fraglich, ob wie beim verletzten Ehegatten bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft von einem Erwerbsschaden auszugehen ist. Zum Teil wird dies in der Literatur bejaht.¹⁹⁷ Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁹⁸ sei klargelegt, dass dieser Anspruch nicht durch die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung der Ehefrau limitiert sei, sondern auf der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung basiere.¹⁹⁹ Bei der Berechnung der Höhe des Anspruches solle es nur darauf ankommen, wieviel die oder der Verletzte ohne den Unfall gearbeitet habe und was sie oder er dafür als Gegenleistung erhalten habe oder der Familienkasse erspart habe. Dies bedeute im Ergebnis eine Loslösung von der anfänglichen unterhaltsrechtlich begründeten Argumentation, dass die in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht im Haushalt erbrachten Leistungen der Ehefrau einem Erwerb gleichzusetzen seien. Bei Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sei daher genauso zu verfahren wie bei Ehegatten. Wie beim verletzten Ehegatten komme es lediglich darauf an, ob die Haushaltstätigkeit der Erwerbsfähigkeit gleichzusetzen sei. Zwar werde insoweit die der Berufstätigkeit des anderen Teils gleich zu achtende Haushaltsführung nicht in Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht geleistet. Der Tätigkeit des einen Partners im gemeinsamen Haushalt werde aber in der Regel die Gewährung von Unterhalt durch den anderen Partner entsprechen.²⁰⁰

Diejenigen im Schrifttum, die diesen Standpunkt nicht unmittelbar aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ableiten, argumentieren in der Sache mit einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG. Zwar fehle es einer Haushaltsführung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

¹⁹⁵ BGH, MDR 1958, 597.

¹⁹⁶ Es wird sich jedoch darüber gestritten, ob diese bei der Rente oder bei den zu ersetzenden Krankenhauskosten zu berücksichtigen sind. Vgl. dazu *Weichlein*, Die Höhe des Schadensersatzes bei der Verletzung oder Tötung der Hausfrau, S. 173 f.

¹⁹⁷ *Hofmann*, VersR 1977, 296, 300; *Huffmann*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 90, 92.

¹⁹⁸ BGH, NJW 1974, 41.

¹⁹⁹ *Hofmann*, VersR 1977, 296, 300; *Huffmann*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 90, 92.

²⁰⁰ *Huffmann*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 90, 94.

an einer gesetzlichen Verpflichtung zum Unterhalt der Gemeinschaft beizutragen, dennoch seien die nichteheliche Lebensgemeinschaft und die Partner einer Ehe als vergleichbare Personengruppe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG einzustufen.²⁰¹ Werde die Haushaltsführung aufgrund einer vertraglichen Abrede entgeltlich ausgeführt, so sei die Tätigkeit als Erwerbstätigkeit einzustufen. Aber auch für den Fall der bloß tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung werde man jedenfalls dann, wenn sich die Haushaltsführung als Äquivalent zur Unterhaltsleistung durch den erwerbstätigen Partner darstelle, dem verletzten Lebensgefährten einen Ersatzanspruch zubilligen müssen. In einem solchen Falle könne nämlich die Haushaltsführung des nichterwerbstätigen Partners der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als eine der Erwerbstätigkeit vergleichbare wirtschaftlich sinnvolle Verwertung der Arbeitsleistung angesehen werden.²⁰²

Vereinzelt wurde auch in der Rechtsprechung den nichtehelichen Partnern ein Schadensersatz in Form des Fremdversorgungsanteils gemäß § 843 Abs. 1 BGB zugesprochen.²⁰³ In Anbetracht der statistischen Häufigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften sei deren Ungleichbehandlung gegenüber einer ehelichen Lebensgemeinschaft nur dort gerechtfertigt und mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen, wo gerade das Fehlen des ehelichen Bandes die Vergleichssachverhalte entscheidend präge.²⁰⁴ Anknüpfungspunkt für die Zuerkennung eines Haushaltsschadens sei zwar die gesetzliche Unterhaltspflicht, wie sie sich für einen verletzten Ehegatten aus §§ 1360, 1360 a BGB ergebe. Eine solche Unterhaltspflicht bestehe aber auch im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, sofern diese auf Dauer angelegt sei und eine gewisse Stabilität erlangt habe. Rechtsgrundlage sei in solchem Fall ein stillschweigend geschlossener Vertrag, wenn sich aus der Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft im Einzelnen eine von den Partnern übereinstimmend gewollte Aufgabenverteilung ergebe. In einem solchen Fall müsse von einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung dahingehend ausgegangen werden, dass jeder Partner gegenüber dem anderen die Verpflichtung übernehme, die bisher im Rahmen der Arbeitsaufteilung übernommenen Aufgaben weiterzuführen. Werde bei einer stabilen und auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft der den Haushalt führende Partner verletzt, so gäbe allein das Fehlen des ehelichen Bandes keinen rechtfertigenden Grund, um von einer Ersatzfähigkeit der Position

²⁰¹ *Becker*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 75, 86; *Becker*, MDR 1977, 705, 708.

²⁰² *Becker*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 75, 86; *Becker*, MDR 1977, 705, 708.

²⁰³ Amtsgericht Säckingen, NJWE-FER 1997, 34; Landgericht Zweibrücken, NJW 1993, 3207.

²⁰⁴ Amtsgericht Säckingen, NJWE-FER 1997, 34; Landgericht Zweibrücken, NJW 1993, 3207.

„Haushaltsarbeitskraft“ abzusehen. Nicht das eheliche Band präge in solchem Fall die beiden Vergleichssachverhalte entscheidend, sondern die Unterhaltspflicht. Diese bestehe aber in beiden Fällen, im Fall der Ehe kraft Gesetzes, im Fall der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kraft Vertrages. Letzterer habe als Akt der subjektiven Rechtssetzung keine mindere Qualität als das Gesetz.

2. Kritik an einer Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Fremdversorgungsanteils auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Die soeben dargelegte Auffassung in Literatur und vereinzelter Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben.²⁰⁵ Aufgrund dieser Kritik ist eine Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft hinsichtlich des Fremdversorgungsanteils im Ergebnis abzulehnen. In der Nichtanwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen, da die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und die Eheleute keine vergleichbaren Personengruppen darstellen.

Bei der Hausarbeit stellt nicht schon die Betätigung der Arbeitskraft als solche, sondern erst die für andere in Erfüllung einer gesetzlich geschuldeten Unterhaltsverpflichtung geleistete Haushaltstätigkeit eine der Erwerbstätigkeit vergleichbare Arbeitsleistung dar. Anknüpfungspunkt hierfür ist allein § 1360 BGB, wonach Ehegatten einander verpflichtet sind, durch ihre Arbeit bzw. die Haushaltsführung zum Unterhalt der Familie beizutragen. Weil hier die Führung des Haushalts von Gesetzes wegen als Korrelat zum Unterhalt durch Erwerbstätigkeit behandelt wird, stellt sich die Beeinträchtigung der Haushaltsführung im Falle einer Körperverletzung als eigener Erwerbsschaden im Sinne von § 843 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Bei der Haushaltsführung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft fehlt es hingegen an einer solchen gesetzlichen Verpflichtung, zum Unterhalt der Gemeinschaft beizutragen.²⁰⁶ Wesentliches Merkmal der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist es, dass die Partner eine rechtliche Dauerbindung

²⁰⁵ Landgericht Hildesheim, VersR 2002, 1431; OLG Köln, ZfSch 1984, 132; so auch *Scheffen*, VersR 1990, 926, 930.

²⁰⁶ Landgericht Hildesheim, VersR 2002, 1431; OLG Köln, ZfSch 1984, 132; so auch *Scheffen*, VersR 1990, 926, 930.

gerade nicht eingehen wollen. Entgegen der früheren rechtlichen Situation verwertet die Ehefrau ihre Haushaltstätigkeit nunmehr selbst als ihren fortlaufenden Beitrag zum Familienunterhalt. Ihre Arbeitsleistung findet ihre Anerkennung in ihrem gesetzlich verankerten Recht auf Unterhalt. Allein dieser Rechtsanspruch ist die sichere Basis für die Normierung ihres Schadensersatzanspruchs. Partner freier Lebensgemeinschaften stehen, was die Leistungen für den anderen betrifft, in keiner rechtlichen Beziehung zueinander, sondern sind auf die jederzeit aufkündbare Bereitschaft des anderen zur freiwilligen Unterstützung angewiesen.²⁰⁷ Selbst wenn ausnahmsweise verbindliche Vereinbarungen hierüber getroffen wurden, stellen sie die Unterhaltsbeziehungen jedenfalls nicht auf eine derart selbständige Grundlage wie die Begründung einer Ehe, die dies wesensmäßig in sich trägt.²⁰⁸

Die Befürworter der Anwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft stellen richtigerweise für das Entstehen eines eigenen Schadens darauf ab, ob die tatsächlich und freiwillig erbrachte Arbeitsleistung im Haushalt ein Äquivalent zur Unterhaltsleistung des anderen in der Regel arbeitenden Partners darstellt. Es ist dogmatisch allerdings nicht verständlich, dass aus der Gleichstellung der Haushaltsführung des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einer entgeltlichen Erwerbstätigkeit die Konsequenz gezogen wird, dass der haushaltsführende Partner bei Verletzung seines Partners an einer der Erwerbstätigkeit vergleichbaren sinnvollen Verwertung seiner Arbeitskraft gehindert wird, mit der Folge des Entstehens eines eigenen wirtschaftlichen Schadens. Entschließt sich eine Person, mit einem Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenzuleben, so muss sie wissen – und dies folgt aus dem derzeit geltenden Recht –, dass ihr aus dieser Gemeinschaft heraus keine Unterhaltsansprüche erwachsen. Gleichzeitig besteht aber auch keine Verpflichtung zur Erbringung irgendwelcher Leistungen. Geht man von dieser eindeutigen Rechtslage aus, so kann die Verletzung einer in nichtehelicher Lebensgemeinschaft stehenden Person nicht zu einem ersatzpflichtigen Schaden führen.²⁰⁹

Die Verhinderung der Haushaltsführung durch die Verletzung eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann einen Schadensersatz nicht begründen, da eine Haushaltsführung gesetzlich gerade nicht geschuldet wird. Die Auffassung § 843 Abs. 1 BGB sei auf Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anwendbar, lässt sich auch nicht damit begründen, die Haushaltsführung des nicht erwerbstätigen Partners einer nichtehelichen

²⁰⁷ *Kandlbinder*, Deutscher Verkehrsgerichtstag 1985, 105, 107, 108.

²⁰⁸ BGH, VersR 1984, 936.

²⁰⁹ *Pauge*, VersR 2007, 569.

Lebensgemeinschaft könne in einem solchen Falle als eine der Erwerbstätigkeit vergleichbare wirtschaftlich sinnvolle Verwertung der Arbeitskraft angesehen werden. Will man schon „einer der Erwerbstätigkeit vergleichbaren wirtschaftlich sinnvollen Verwertung der Arbeitskraft“ einen ersatzpflichtigen Vermögenswert zumessen, so kann dies nur dadurch geschehen, wenn dem Betroffenen durch die Nichterbringung solcher Tätigkeit ein wirtschaftlicher spürbarer und nachweisbarer Schaden entsteht und der Betroffene weiter eine gesicherte Rechtsposition verliert. Letzteres ist aber gerade bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach geltendem Recht nicht der Fall.²¹⁰

Würde man dem verletzten Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in einem solchen Fall einen eigenen Schadensersatzanspruch zubilligen, so könnte die dogmatische Begründung hierfür lediglich daraus hergeleitet werden, dass man eheliche Grundsätze unmittelbar auch auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendet. Eine analoge Anwendung ehelicher Unterhaltsgrundsätze auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft scheidet aber, weil solche Lebensgemeinschaften der Ehe in rechtlicher Hinsicht eben gerade und aus zahlreichen Rechtsgründen nicht vergleichbar sind.²¹¹ Zwar bestehen auch in nichtehelichen Lebensgemeinschaften rechtliche Beziehungen, wie insbesondere Miteigentumsgemeinschaften oder wechselseitige gesellschaftsrechtliche Ansprüche, die zur Entstehung gelangen können. Diese beruhen aber auf allgemeinrechtlichen Bestimmungen. Sie können deshalb in gleicher Weise auch ohne persönliche Bindung zwischen den Parteien zur Entstehung kommen. Für diesen letztgenannten Bereich rechtlicher Beziehungen zwischen Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften spielt die persönliche Verbindung der Parteien demnach keine rechtsbegründende Rolle. Aber exakt daran knüpft das Unterhaltsrecht an. Gewährt man dem verletzten Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen Schadensersatzanspruch wegen ver hinderter Erbringung der Haushaltsführung, so lässt sich dies schlüssig nur dann begründen, wenn man gleichzeitig eine Verpflichtung zu solcher Haushaltsführung und zur Beisteuerung eines Beitrags zur quasi eheähnlichen Lebensgemeinschaft unterstellt.²¹² Dies ist jedoch nach der momentanen Rechtslage nicht möglich. Letztlich liegt in der Nichtanwendung des § 843 Abs. 1 BGB auf

²¹⁰ OLG Köln, ZfSch 1984, 132; Landgericht Hildesheim, VersR 2002, 1431; *Raiser*, NJW 1994, 2672 so auch *Scheffen*, VersR 1990, 926, 930.

²¹¹ BGH, VersR 1984, 936; OLG Köln, ZfSch 1984, 132; Landgericht Hildesheim, VersR 2002, 1431; *Raiser*, NJW 1994, 2672 so auch *Scheffen*, VersR 1990, 926, 930.

²¹² OLG Köln, ZfSch 1984, 132; Landgericht Hildesheim, VersR 2002, 1431; *Raiser*, NJW 1994, 2672 so auch *Scheffen*, VersR 1990, 926, 930.

die nichteheliche Lebensgemeinschaft kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, da die Eheleute und die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine vergleichbare Personengruppe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG bilden.

Sind gemeinsame Kinder vorhanden, ergibt sich eine andere Rechtslage. Nach § 1615 I BGB erhält die Mutter eines nichtehelichen Kindes generell gegen dessen Vater einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch mindestens für den Zeitraum von 6 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt. Der Anspruch kann sich unter bestimmten Voraussetzungen auf bis zu vier Monate vor und ein Jahr nach der Geburt erstrecken. Es handelt sich um eine Form mittelbarer Alimentierung kraft Sonderbedarfes. § 1615 I BGB begründet einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch, so dass in der von § 1615 I BGB vorgesehenen Zeitspanne ein Haushaltsführungsschaden auch von den Müttern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geltend gemacht werden kann.

3. Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Fraglich ist, ob der Schadensersatzanspruch aus §§ 844 Abs. 2 BGB auch auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft angewendet werden muss.

§ 844 Abs. 2 BGB regelt die Ansprüche Dritter, die infolge der Verletzung eines anderen Schäden erlitten haben. § 844 Abs. 2 BGB erweitert daher den Kreis der Ersatzberechtigten über diejenigen Personen, denen durch Verletzung gesetzlich geschützter Rechtsgüter ein unmittelbarer oder mittelbarer Schaden entstanden ist, hinaus auf diejenigen Personen, die dadurch, dass sie infolge der Tötung einer Person einen (potentiellen) gesetzlichen Unterhaltsschuldner verloren haben, zu den mittelbar Geschädigten zählen.²¹³

a) Erweiterte Auslegung oder analoge Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB

Zum Teil wird in der juristischen Literatur befürwortet auch § 844 Abs. 2 BGB auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft anzuwenden. Dabei wird hier vertreten, dass sich eine Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft schon durch eine Auslegung des § 844 Abs. 2 BGB ermitteln lasse.²¹⁴ Andere wollen § 844 Abs. 2

²¹³ *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 844, Rn. 1.

²¹⁴ *Huffmann*, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 100, 103.

BGB analog anwenden.²¹⁵ Die Argumente beider Ansätze sind allerdings im Ergebnis dieselben.

Der Ansatzpunkt der erweiterten Auslegung bzw. der analogen Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergibt sich primär auch aus der Überlegung, dass die Eheleute und die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine vergleichbare Personengruppe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG bildeten, weil auch eine tatsächliche oder vertragliche Unterhaltsverpflichtung in den Kreis ersatzfähiger Unterhaltsansprüche mit einzubeziehen sei, da eine vertragliche oder tatsächliche Unterhaltspflicht genauso schutzwürdig sei wie die gesetzliche Pflicht zum Unterhalt. Wie bereit ausführlich geprüft, liegt aber keine Vergleichbarkeit der beiden Personengruppen vor, so dass dieses Argument nicht haltbar ist.

Unabhängig von einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG wird argumentiert, dass es nicht einzusehen sei, warum der Schädiger im Tötungsfall besser stehen solle als im Verletzungsfalle.²¹⁶ Die Anspruchsberechtigung zur Geltendmachung des Schadens des gesamten Unterhaltsverbandes liege im Falle bloßer Verletzung des Ernährers bei ihm selbst. Der ihm geleistete Schadensersatz komme mittelbar über seine Unterhaltsleistungen den einzelnen Familienangehörigen zu Gute. Dieser Schutz entfiere nach § 844 Abs. 2 BGB im Tötungsfall zu Unrecht, da die Verschiebung der Aktivlegitimation im Tötungsfall lediglich eine Schadensverlagerung darstelle. Der Unterhaltsschaden trete nur im Tötungsfall auf und sei nur ein Bruchteil des Schadens, den das Opfer bei Überleben mit zum Beispiel einer lebenslangen schweren Behinderung selbst erlitten hätte.²¹⁷ Dann müsste der Schädiger Schmerzensgeld und möglicherweise einen lebenslangen Unterhalt für den Verletzten zahlen. Der Schutz des faktischen Unterhaltsverbandes auch für nichteheliche Partner im Tötungsfall brächte daher für den Schädiger keine echte Ausweitung der Haftung. Das dem Ausschluss mittelbarer Schäden von der Ersatzpflicht immanente rechtspolitische Prinzip sachgerechter Risikoabwägung zum Schutze der Handlungsfreiheit passe hier nicht, da der Schädiger bei Überleben des Opfers das gleiche Risiko trage. Der Bundesgerichtshof²¹⁸ habe diese Risikoordnung für den gesetzlichen Unterhaltsverband nicht akzeptiert, als es um die Begründung eines Aufopferungsanspruchs von Witwen und Kindern entsprechend § 844 Abs.

²¹⁵ Denck, S. 127. ff.

²¹⁶ Denck, S. 127. ff; Huffmann, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, S. 100 ff.

²¹⁷ Denck, S. 127; Huffmann, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, S. 100 ff.

²¹⁸ BGHZ 18, 286, 290.

2 BGB ging. Er führte aus, es könne als rechtliches Ergebnis nicht hingenommen werden, dass im Falle der Verletzung Entschädigung geleistet werde, dass aber dann, wenn der Tod eingetreten sei, der Betroffene mithin ein weitaus größeres Opfer erbracht habe, die unterhaltsberechtigten Angehörigen leer ausgehen müssten. Dieses Argument sei für die tatsächlich Unterhaltenen nicht minder tauglich. Auch diese seien ebenso durch den Verlust des Ernährers betroffen, der die Unterhaltsleistungen sowieso nicht ohne Not erbracht haben werde.²¹⁹ Der Einwand, bei bloß tatsächlicher Unterhaltsgewährung sei nicht nachzuweisen, dass das Opfer den Unterhalt auch weiterhin geleistet hätte, könne nicht greifen. Sei ein Schaden seiner Natur nach nicht strikt nachzuweisen, so dürfe man sich mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis zufrieden geben und es nach § 287 ZPO in das Ermessen des Richters stellen, ob er den nachgewiesenen Wahrscheinlichkeitsgrad für ausreichend halte. Die Schwierigkeit, eine zukünftige Entwicklung abzuschätzen, trete auch sonst bei § 844 Abs. 2 BGB auf. Danach sei die Rente für die Zeit zu zahlen, für die das Opfer dem Dritten zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet gewesen wäre. Für die Feststellung dieses Zeitraumes sei hinsichtlich aller wesentlichen Umstände wie Lebensdauer, Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit die mutmaßliche Entwicklung zu berücksichtigen.²²⁰ Dabei seien Schlüsse auf das Morgen aus dem Gestern zu ziehen. Nichts anderes sei zu tun, wenn man die Fortdauer der freiwilligen Unterhaltsgewährung des Opfers abzuschätzen habe.²²¹

Die voraussichtliche Dauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft könne aus den Umständen oder auch aus statistischen Werten ermittelt werden. Möglicherweise könne auch eine vertragliche Grundlage berücksichtigt werden. Eine Arbeitsteilung Erwerb/Haushalt spräche für das Vorliegen von Unterhaltsleistungen. Dabei wäre es auch nicht unbillig, eine Rente zu gewähren, wenn die Gemeinschaft erst kurze Zeit bestünde, da es auf die Perspektive des Zusammenlebens ankomme. Die Höhe der Rente sei genauso zu berechnen wie bei Ehegatten. Dabei biete sich die Begrenzung durch den Unterhalt an, der bei Bestehen einer gesetzlichen Pflicht bestanden hätte. Liege der tatsächliche Unterhalt an den Partner niedriger als der gesetzliche Unterhalt, so bliebe es bei der Berücksichtigung der tatsächlichen Höhe.²²²

²¹⁹ Denck, S. 127; Huffmann, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 100 ff.

²²⁰ BGH, VersR 1966, 735.

²²¹ Denck, S. 131.

²²² Huffmann, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 100, 103.

b) Kritik an einer erweiterten Auslegung des § 844 Abs. 2 BGB auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Gegen eine erweiterte Auslegung des § 844 Abs. 2 BGB auch auf die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sprechen allerdings gewichtige Argumente.

Der eindeutige Wortlaut des § 844 Abs. 2 BGB ist hier auf jene Personenbeziehungen beschränkt, bei denen eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht. Darüber hinaus bereitet die systematische Stellung des § 844 Abs. 2 BGB Schwierigkeiten, diese Norm auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anzuwenden. Im Gegensatz zu den §§ 842, 843 BGB, die für Personenschäden in Ergänzung der allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB Art und Weise des Schadensersatzes regeln, sind § 844, 845 BGB selbständige Anspruchsgrundlagen, also eigene Rechte in der Person des nur mittelbar Geschädigten. Sie durchbrechen das dem deutschen Deliktsrecht zugrunde liegende Prinzip, das nur demjenigen Schadensersatzansprüche gegen den Verletzten zustehen, in dessen deliktisch geschützte Rechtsgüter dieser eingegriffen hat. Eine Ausnahmenvorschrift darf jedoch nur unter ganz engen Bedingungen analoge Anwendung finden.²²³

Auch die Entstehungsgeschichte gebietet es, § 844 Abs. 2 BGB in restriktiver Weise anzuwenden. Die Verfasser des 1. Entwurfs zum BGB entwickelten zunächst § 704 Abs. 1 BGB a. F. eine deliktische Generalklausel, die jede vorsätzliche oder fahrlässig begangene widerrechtliche Schadenszufügung mit einer Ersatzpflicht belegte. Nach dem Willen der Verfasser sollte die Generalnorm auch den mittelbar Geschädigten schützen.²²⁴ Voraussetzung einer Haftung war jedoch, dass die Entstehung des Schadens für den Täter voraussehbar war. Für die gesetzlich Unterhaltsberechtigten²²⁵ glaubte man jedoch eine Ausnahme zu machen und schuf § 723 BGB, der einen Ersatzanspruch für entgangene Dienste des Opfers sowohl in den Fällen der Tötung als auch der Körperverletzung gewährte.²²⁶ Mit dieser Vorschrift unterstrichen die Verfasser die besondere Bedeutung des Verlustes gesetzlichen Unterhalts gegenüber sonstigen Reflexschäden. Was den Kreis der speziell geschützten Unterhaltsgeschädigten anging, so konnte man sich nicht entschließen,

²²³ Becker, Der deutsche Verkehrsgerichtstag 1985, 75, 84.

²²⁴ Denck, S. 124.

²²⁵ Der 1. Entwurf dehnte die Unterhaltspflicht mit Rücksicht auf die öffentliche Armenpflege auf die Geschwister aus. Verschwägerter wurden ausgeschlossen, da die Unterhaltspflicht der eigenen Verwandten ausreichen musste. Motive IV, S. 678 ff. Die 2. Kommission beschränkte die Unterhaltspflicht auf Verwandte der geraden Linie. Protokolle IV, S. 478.

²²⁶ Protokolle II, S. 631

den Unterhaltsschaden am tatsächlich entstandenen Schaden durch den Verlust des tatsächlichen Versorgers auszugleichen. Für den Schutz der tatsächlichen Unterhaltsempfänger sollte die deliktische Generalklausel des § 704 BGB a. F genügen.²²⁷ Gleiches galt für die rechtsgeschäftlich Unterhaltsberechtigten. Die 2. Kommission zum Entwurf des BGB strich indessen die deliktische Generalnorm und ging zum heute geltenden System der Einzeltatbestände über.²²⁸ Damit wurde der jetzige § 844 Abs. 2 BGB zu einer echten Ausnahme, was den Ersatz von Drittschäden betrifft. Der bis dahin gegebene Schutz des tatsächlich Unterhaltenen entfiel, ohne dass die 2. Kommission zum Entwurf des BGB sich mit dieser Konsequenz auseinandersetze. Man befasste sich jedoch mit der Schutzbedürftigkeit rechtsgeschäftlicher Unterhaltsberechtigter, die allerdings abgelehnt wurde. Ein in der Reichtagskommission gestellter und unter Hinweis auf die Billigkeit begründeter Antrag, den Ersatzanspruch auf die tatsächlichen und vertraglichen Unterhaltsempfänger auszuweiten, wurde mit großer Mehrheit abgelehnt.²²⁹ Der bloß tatsächliche Unterhaltene könne nicht ersatzberechtigt sein, weil er nicht nachweisen könne, dass er den Unterhalt empfangen haben würde. Der vertragliche Unterhaltsgläubiger sei nicht anders zu stellen wie jeder sonstige Gläubiger. Eine erweiterte Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist aus diesen Gründen nicht möglich.

c) Kritik an einer analogen Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

Eine analoge Anwendung des § 844 Abs. 2 BGB scheidet wie sich aus der dargestellten Entstehungsgeschichte des § 844 Abs. 2 BGB ergibt, bereits daran, dass die Voraussetzung einer Analogie – die Planwidrigkeit der gesetzlichen Lücke – nicht gegeben ist. Der Gesetzgeber hat sich ganz bewusst für das Außerachtlassen von tatsächlichen Unterhaltsansprüchen entschieden. Eine Analogie ist daher ebenfalls nicht möglich.

4. Ausblick: Lösung durch eine Gesetzesänderung?

Teilweise wird auch eine Änderung des § 844 Abs. 2 BGB dahingehend gefordert, dass auch die nichtehelichen Lebenspartner von dem Tatbestand erfasst werden. Wenn man die Lösung

²²⁷ Motive II, S. 799.

²²⁸ Protokolle II, S. 556.

²²⁹ Protokolle II, S. 620.

des Problems durch eine Änderung des Gesetzes anstrebt, durch das der Tatbestand von § 844 Abs. 2 BGB in dem Sinne erweitert wird, dass Unterhaltsempfänger in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in den Schutzbereich der Norm einbezogen werden soll, darf darin kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG liegen. Eine Neuregelung darf nicht dazu führen, dass Eheleute von der Rechtsordnung gegenüber Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft benachteiligt werden.²³⁰ Bekanntlich ist der aus § 844 Abs. 2 BGB berechnete Unterhaltsschadensersatz nach der allgemeinen Regel des § 254 Abs. 2 BGB verpflichtet, den Schaden gering zu halten und sich gezogene Vorteile anrechnen zu lassen.

Da die nichteheliche Lebensgemeinschaft wegen Art. 6 Abs. 1 GG gegenüber der Ehe nicht bevorzugt werden darf, müsste bei der Einbeziehung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in den Schutzbereich des § 844 Abs. 2 BGB auch eine Ausdehnung des § 254 Abs. 2 BGB in Kauf genommen werden. Im Übrigen bestehen keine grundrechtlichen Bedenken gegen eine Änderung des § 844 BGB zugunsten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Im Ergebnis ist nicht damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung in Zukunft § 843 Abs. 1 und § 844 Abs. 2 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendet, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft und die Ehe nicht vergleichbar sind. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob der Gesetzgeber eine Norm einführt, die auch dem nichtehelichen Partner die gewährten Rechte aus § 843 Abs. 1 und § 844 Abs. 2 BGB einräumt, um der gesellschaftlichen Situation Rechnung zu tragen, dass immer mehr Menschen sich für das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entscheiden. Es bleibt aber zu bedenken, dass es bisher an einer – selbst teilweisen – Regelung des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft fehlt, obwohl der 57. *Deutsche Juristentag* (1988) den Gesetzgeber aufforderte aktiv zu werden, insbesondere punktuelle Regelungen zu treffen.²³¹ Die einzige gesetzliche Besserstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft brachte bisher das Kindschaftsreformgesetz vom 16.12.1997²³² für nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kind. So ermöglicht z.B. § 1626 a BGB unter bestimmten Voraussetzungen eine gemeinsame elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.

²³⁰ Wegen „Diskriminierung von Eheleuten gegenüber eheähnlichen Lebensgemeinschaften“ hat das BVerfG (Beschluss v. 10. 7. 1984, NJW 1985, 374) § 139 S. 1 und 2 AFG für verfassungswidrig erklärt.

²³¹ Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, I 233 (Beschlüsse).

²³² BGBl I S.2942.

Nicht nur die Freiheitsrechte haben die Rechtsfortbildung und die Gesetzgebung hinsichtlich von Rechts- oder Rechtsgutsverletzungen im Schadensersatzrecht nachhaltig beeinflusst. Auch den Gleichheitsrechten kommt insoweit eine Bedeutung zu.

IV. Aufhebung des § 1300 BGB und Änderung des § 825 BGB vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 2 GG

Nach Art. 3 Abs. 2 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.²³³ Beispielhaft für die Einwirkung des Art. 3 Abs. 2 GG auf das Schadensersatzrecht im Bereich der Frage der Rechtsgutverletzung ist die Aufhebung des § 1300 BGB und die Änderung des § 825 BGB.

1. § 1300 BGB

Beim Entwurf des BGB wurden unter anderem die Fälle, dem eine Verlobte die Beiwohnung gestattet hatte und dann verlassen worden war, diskutiert. Der II. Entwurf zum BGB räumte der verführten Verlobten in § 1206 [später § 1300 BGB] einen Schadensersatzanspruch, das sog. *Kranzgeld* ein:

§ 1206 der II. Lesung des Entwurfs:

„Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1204 oder des § 1205 vorliegen, unbeschadet der dort bestimmten Ersatzansprüche, eine billige Entschädigung in Geld verlangen, auch wenn sie einen Vermögensschaden nicht erleidet. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder dass er rechtshängig geworden ist.“

Nur wenig verändert dann **§ 1300 BGB:**

„Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch

²³³ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 446.

wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder dass er rechtshängig geworden ist.“

§ 1206 BGB a. F. bzw. § 1300 BGB gewährte also Frauen einen Entschädigungsanspruch nach einem mit Geschlechtsverkehr verbundenen und grundlos aufgelösten Verlöbnis. An diesem Paragraphen wurde besonders von Seiten der Frauen schon kurz nach Inkrafttreten des BGB Kritik geübt. Dass eine Frau so sehr durch den freiwilligen Geschlechtsverkehr entwertet würde, dass ihr ein Schadensersatzanspruch einzuräumen sei, empfanden viele Frauen als beleidigend.²³⁴ Die Frauen kritisierten, dass nur eine Entschädigung für die Frau vorgesehen sein sollte. Geschehe die Beiwohnung beider freiwillig, so seien diejenigen, die sich in Liebe geeint hätten, nach gleichem Gesichtspunkt zu beurteilen. Sei eine Frau durch die erste Beiwohnung entwertet, so sei es auch der Mann. Durch den Schadenersatzparagraphen lasse sich kein Mann abhalten, eine Frau zu verführen, — wohl aber könne dieser Paragraph eine „gemeine Waffe“ in der Hand spekulativer Eltern werden, die ihre eigenen Kinder zahlungsfähigen Männern in die Arme trieben.²³⁵ Trotz dieser Kritik blieb diese Norm noch lange Kraft. § 1300 BGB war eine quasideliktische Norm des vorkonstitutionellen Rechts, die gemäß Art. 123 GG nur fortgalt, sofern § 1300 BGB mit dem Grundgesetz vereinbar war.²³⁶

Am 08.12.1992 hatte das AG Münster²³⁷ in § 1300 BGB einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG gesehen. Nach Art. 3 Abs. 2 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt, so dass niemand wegen seines Geschlechts bevorzugt oder benachteiligt werden darf. Das AG Münster griff die Kritik der Frauen vom Anfang des 20. Jahrhunderts auf und führte aus, dass ein Mann den seelischen Schmerz wegen des gebrochenen Verlöbnisses nicht typischerweise geringer empfinde als eine Frau. Seine Partnerbindung und Liebesfähigkeit seien nicht generell minder intensiv als die ihrige.²³⁸ Der Bestimmung des § 1300 BGB lag nach Ansicht des Amtsgerichts Münster die Annahme einer geminderten Verantwortungsfähigkeit der Frau

²³⁴ Rechtsschutzverein der deutschen Frauen, Das deutsche Recht und die deutschen Frauen, 1895, S. 1, 2.

²³⁵ Rechtsschutzverein für Frauen, Das deutsche Recht und die deutschen Frauen, 1895, S. 1, 2.

²³⁶ BVerfG, NJW 1972, 571.

²³⁷ AG Münster, NJW 1993, 1720.

²³⁸ AG Münster, NJW 1993, 1720.

für ihr Verhalten zu Grunde. Die Zubilligung einer Entschädigung liefe auf eine Entwürdigung der Frau hinaus. Die Schutzregelung sei aus heutiger Sicht als verfehlt anzusehen. Der Gleichberechtigungsgrundsatz von Mann und Frau enthalte strenger als Art. 3 Abs. 1 GG ein absolutes Differenzierungsverbot. Dabei seien nicht nur Benachteiligungen, sondern auch Bevorzugungen des weiblichen Geschlechts verboten. § 1300 BGB verstoße damit gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz. Das Bundesverfassungsgericht hat sich der Ansicht des Amtsgericht Münster im Nichtannahmebeschluss vom 05.02.1993²³⁹ angeschlossen und erklärt, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass das Amtsgericht § 1300 BGB als verfassungswidrig angesehen habe, weil objektive biologische und funktionale Unterschiede die durch diese Norm erfolgende Ungleichbehandlung von Mann und Frau nicht rechtfertigen könnten. Eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung und Tragweite des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG oder des Art. 1 Abs. 1 GG lasse sich dieser Beurteilung nicht entnehmen. Angesichts der in Rechtsprechung und Literatur gegen § 1300 BGB seit langem geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken sei auch nicht ersichtlich, dass die angegriffene Entscheidung die Grenzen zulässiger Fortentwicklung des Rechts in willkürlicher Weise überschritten habe.²⁴⁰

Aufgrund der Verfassungswidrigkeit des § 1300 BGB wurde dieser durch das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechtes vom 04.05.1998 letztlich ersatzlos gestrichen.

2. § 825 BGB

Ein weiteres Beispiel für die Einwirkung des Art 3 Abs. 2 GG auf das Schadensersatzrecht im Bereich der Rechtsgutsverletzung ist die Veränderung des § 825 BGB.

a) Rechtslage vor dem 01.01. 02

Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.02 lautete § 825 BGB wie folgt:

§ 825 Bestimmung zur Beiwohnung

²³⁹ BVerfG, FamRZ 1993, 662.

²⁴⁰ BVerfG, FamRZ 1993, 662.

„Wer eine Frauenperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ist ihr zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Das Schutzsubjekt war hier lediglich die *Frauenperson*. Es gibt aber keine vor dem Gleichbehandlungsgebot haltbare Rechtfertigung dafür ausschließlich Frauenpersonen Ersatz für den materiellen und immateriellen Schaden zuzubilligen, den sie dadurch erleiden, dass sie auf deliktische Weise dahin gebracht werden, sexuelle Handlungen an sich vornehmen zu lassen. Der Schutz vor unfreiwilligen sexuellen Handlungen steht Mannespersonen nicht weniger zu als Frauen.²⁴¹ Damit liegt in der alten Fassung des § 825 BGB ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG.²⁴²

Schließlich erweist sich auch das Tatbestandsmerkmal *außerehelich* als problematisch. Es ist mit dem Gebot des Art. 6 Abs. 1 GG, der der Ehe besonderen staatlichen Schutz zusichert, unvereinbar, wenn der Gesetzgeber den Ehepartner des Täters prinzipiell und ausdrücklich vom Schadensersatz ausschließt.²⁴³

b) Inhalt der Fassung vom 01.01.02

Am 01.02.02 wurde zunächst lediglich die Überschrift des § 825 BGB geändert.

Die Überschrift lautete nun wie folgt:

§ 825 Bestimmung zu sexuellen Handlungen.

Der bundesdeutsche Gesetzgeber ließ demnach noch im Jahr 2002 eine Vorschrift verkünden, die verfassungswidrig war.

Am 19.02.01 hatte das Bundesministerium der Justiz den Referentenentwurf für ein zweites Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vorgelegt.²⁴⁴ Dieser sah zahlreiche grundlegende Veränderungen des Schadensersatzrechtes vor, darunter auch die nochmalige Änderung des § 825 BGB dahingehend, dass das Wort *Frauenperson* durch die Worte *andere*

²⁴¹ Strätz, JZ 2003, 448, 449.

²⁴² Kilian, JR 2004, 309 ff; Strätz, JZ 2003, 449.

²⁴³ Strätz, JZ 2003, 448, 450.

²⁴⁴ BT-Drucks. 14/7752, S. 26.

Person ersetzt werden sollte und das Wort *außerehelich* weggelassen werden sollte. Ferner sollte der Begriff der *Beiwohnung* durch die Worte *Vornahme und Duldung sexueller Handlungen* ersetzt werden.

In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass § 825 BGB zwar keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme, seit das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt worden sei, da Schadensersatzansprüche der sexuellen Selbstbestimmung nun auch in dessen Rahmen zugesprochen würden, soweit ein Schadensersatzanspruch nicht ohnehin aus § 823 Abs.2 BGB mit einer die sexuelle Selbstbestimmung schützenden strafrechtlichen Bestimmung bestehe.²⁴⁵ Es habe daher nahe gelegen, § 825 BGB mit seinem antiquierten Begriff der *Frauenperson* aufzuheben. Dies hätte jedoch möglicherweise zu dem falschen Schluss geführt, dass der Gesetzgeber der sexuellen Selbstbestimmung der Frau die bisher durch den Anspruch zum Ausdruck gebrachte Bedeutung abspreche. Dies solle vermieden werden. Deshalb sollte der Begriff *Frauenperson* durch einen geschlechtsneutralen Begriff einer *anderen Person* ausgetauscht werden.

Der Bundestag hat daraufhin in Anlehnung an den Referentenentwurf vom 19.02.01 die Reform des Schadensersatzrechtes am 18.4.02 verabschiedet. Das Gesetz wurde mit dem Datum des 19.07.02 am 25.07.02 verkündet und bereits zum 01.08.02 in Kraft gesetzt.²⁴⁶

Seitdem heißt es in § 825 BGB nunmehr:

§ 825 Bestimmung zu sexuellen Handlungen

„Wer eine andere Person durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen bestimmt, ist ihr zum Ersatze des daraus resultierenden Schadens verpflichtet.“

§ 825 BGB erfasst jetzt sowohl sexuelle Handlungen an weiblichen wie männlichen Opfern. Damit hat die Neufassung die in der verfassungswidrigen Fassung enthaltenen Mängel

²⁴⁵ BT-Drucks. 14/7752, S. 26.

²⁴⁶ Zweites Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19.07.02, BGB II 2001, 2674.

weitgehend beseitigt.

V. Exkurs: Änderungen in der Rechtsprechung aufgrund des Diskriminierungsverbotes Behinderter gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG

Im Zuge der Verfassungsreform zur deutschen Wiedervereinigung²⁴⁷ wurde 1994 der Grundrechtskatalog um ein Benachteiligungsverbot von Behinderten erweitert. Das Grundrecht des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bezieht sich auf eine gruppenspezifische Diskriminierung, die ihre Ursache in einer sozialen Ausgrenzung anderer Menschen ohne eine Funktionsstörung einnimmt. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schützt nicht nur davor, Benachteiligungen zu vermeiden, sondern bietet die Grundlage, durch staatliche Maßnahmen real existierende Unterschiede, die zwischen Behinderten und Nichtbehinderten innerhalb einer modernen Leistungs- und Konkurrenzgesellschaft bestehen, sozial auszugleichen.²⁴⁸

Dieses spezielle Diskriminierungsverbot sollte ein Signal für die Öffentlichkeit sein und einen gewichtigen Anstoß für einen Bewusstseinswandel in der Bevölkerung schaffen. Klar war, dass die Grundgesetzergänzung unmittelbar nichts an der Diskriminierung im Alltagsleben ändern könnte. Als verfassungsrechtlicher Wertakt sollte sie aber dazu beitragen, in der Gesellschaft das Bewusstsein für die Belange behinderter Menschen zu schärfen und deutlich machen, dass die bisher in vielen Bereichen praktizierte Diskriminierung nicht länger tolerabel sei.²⁴⁹ Die Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hat diese Ziele im Bereich des Schadensersatzrechtes zumindest im Bereich des Reisrechts verwirklicht.

1. Rechtslage vor Einführung des Art. 3 Abs. 3 S.2 GG

Vor Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergingen gerade im Reisevertragsrecht zunächst zahlreiche Urteile, in denen Urlaubern wegen Beeinträchtigungen durch die Begegnung mit Behinderten am Urlaubsort ein Minderungs- oder Schadensersatzanspruch zugesprochen wurde. In einem ersten Reise-Urteil aus dem Jahre 1977 hatte das Amtsgericht Frankfurt einer Klage von Urlaubern stattgegeben, die einen Anspruch auf Rückerstattung eines Teils des Reisepreises wegen der Anwesenheit von Behinderten am Urlaubsort geltend machten.²⁵⁰ In

²⁴⁷ Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl 3146.

²⁴⁸ Caspar, EuGRZ 2000, 137.

²⁴⁹ BT-Drucks. 12/6323, S. 12.

²⁵⁰ AG Frankfurt, NJW 1980, 1965.

diesem Urteil wurde noch deutlich gemacht, dass der bloße Anblick von Behinderten einen Anspruch auf Minderung noch nicht begründen könne. Eine Beeinträchtigung des Reisegenusses liege erst vor, wenn sich die Behinderten bei Mahlzeiten erbrechen oder Wasser lassen würden.²⁵¹

Zu Beginn der 80er Jahre hatte das Landgericht Frankfurt²⁵² dann über eine ähnliche Minderungsklage zu entscheiden. Unter anderem machte die Klägerin geltend, der Aufenthalt einer Gruppe von 25 geistig und körperlich Behinderten im gleichen Hotel begründe einen Reisemangel. Die Entscheidungsbegründung fiel hier noch weitgehender aus. Das Gericht stellte pauschal fest, dass eine Gruppe von Schwerbehinderten bei empfindsamen Menschen eine Beeinträchtigung des Urlaubsgenusses darstellen könne. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich um verunstaltete geistesgestörte Menschen handele, die keiner Sprache mächtig seien. Dass es Leid auf der Welt gebe, sei nicht zu ändern, aber es könne der Klägerin nicht verwehrt werden, wenn sie es jedenfalls während des Urlaubs nicht sehen wolle.²⁵³ Dem Einwand des Reiseveranstalters, er habe von der Anwesenheit der Behinderten nichts gewusst, hielt das Gericht entgegen, dass dieser bei Abschluss der Verträge mit den Leistungsträgern dafür Sorge zu tragen habe, dass sich die Belegung der Hotels im Rahmen des Üblichen halte.²⁵⁴

Im Jahr 1992 hatte schließlich das Amtsgericht Flensburg²⁵⁵ darüber zu entscheiden, ob eine Urlaubsreise mit einem Mangel behaftet sei, wenn der Urlauber die Mahlzeiten in einem Speisesaal des Hotels einnehmen müsse, in dem gleichzeitig zehn Behinderte essen würden. Das Gericht gab der Klage mit der Begründung statt, der unausweichliche Anblick der Behinderten auf engem Raum bei jeder Mahlzeit verursache Ekel und erinnere ständig an die Möglichkeit menschlichen Leids, solche Erlebnisse gehörten nicht zu einem typischerweise erwarteten Urlaubsverlauf.²⁵⁶

²⁵¹ AG Frankfurt, NJW 1980, 1965.

²⁵² LG Frankfurt, NJW 1980, 1169, 1170.

²⁵³ LG Frankfurt, NJW 1980, 1169, 1170.

²⁵⁴ LG Frankfurt, NJW 1980, 1169, 1170.

²⁵⁵ AG Flensburg, NJW 1993, 272.

²⁵⁶ AG Flensburg, NJW 1993, 272.

2. Rechtsprechung nach Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Nach Einführung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hatte 1999 erstmals das Amtsgericht Kleve über eine ähnliche Minderungsklage zu entscheiden.²⁵⁷ In diesem Urteil verneinte das Gericht zum ersten Mal einen Minderungsanspruch unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG mit der Begründung, dass aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folge, dass die soziale Integration behinderter Menschen ein allgemein anerkanntes Anliegen sei. Die Bejahung eines Reisemangels bei einem Zusammentreffen des Reisenden mit körperlich und geistig Behinderten im selben Hotel würde die erstrebenswerte Eingliederung solcher Behinderten in die Gesellschaft erheblich erschweren, wenn ein Reiseveranstalter es wegen drohender Gewährleistungsansprüche ablehnen würde, solche Behinderten mitreisen zu lassen. Eine Diskriminierung und Isolierung reisewilliger Behinderte wäre die Folge. Nicht behinderte Menschen hätten daher gegenüber behinderten Menschen eine besondere Toleranz entgegenzubringen. Laut dem Amtsgericht Kleve stellen einmalige Vorfälle keinen Mangel dar; auch nicht bei verunstalteten geistesgestörten Menschen, die keiner Sprache mächtig sind und von denen einer in unregelmäßigen Abständen unartikulierte Schreie ausstoße und gelegentlich Tobsuchtsanfälle bekomme. Ebenso wenig liege ein Mangel vor, wenn am Nachbartisch Behinderte gefüttert würden, die dabei Geräusche von sich gäben. Dieser Tendenz des Amtsgerichts Kleve folgte im Jahre 2000 das Amtsgericht Bad Homburg.²⁵⁸ Danach könne es von einem Reiseveranstalter nicht erwartet werden, ältere, auch pflegebedürftige Menschen im Rahmen ihres Urlaubs von anderen Reisenden abzusondern und zu isolieren. Es bliebe ihm vielmehr unbenommen, junge und alte, gesunde und kranke Reisende verschiedener Religionen und Nationalitäten in Urlaubsregionen gemeinsam unterzubringen.²⁵⁹

Erst die Einfügung des Diskriminierungsverbotes in die Verfassung hat letztlich ein Bewusstsein dafür geschaffen, dass Behinderte gesetzlich auch bei Freizeitbeschäftigungen grundsätzlich in die Gesellschaft integriert werden müssen und ein Schadensersatzanspruch von der Rechtsprechung nicht zugesprochen wird.

²⁵⁷ AG Kleve, NJW 2000, 84.

²⁵⁸ AG Bad Homburg, RRa 2001, 38.

²⁵⁹ AG Bad Homburg, RRa 2001, 38.

B. Zurechenbares Verhalten

Jede Rechtsgutsverletzung muss durch ein zurechenbares Verhalten des Schädigers veranlasst werden. Eine zurechenbare Verletzungshandlung liegt in einem Verhalten, das eine nachteilige Beeinträchtigung eines der geschützten Rechtsgüter verursacht. Unter Verhalten ist jedes positive Tun oder Unterlassen zu verstehen, das ein der Bewusstseinskontrolle unterliegendes beherrschbares Verhalten unter Ausschluss physischen Zwangs darstellt.²⁶⁰ Dabei muss das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis kausal für den Schaden sein.²⁶¹ Für ein zurechenbares Verhalten muss zunächst ein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegen. Die Frage nach einem tatbestandsmäßigen Verhalten stellt sich insbesondere im Rahmen des § 830 BGB bei der Mittäter- und Gehilfenhaftung. In § 830 BGB heißt es:

*„(1) Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.
(2) Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.“*

Für eine tatbestandsmäßige Gehilfenhandlung ist es nach der Rechtsprechung erforderlich, dass der Gehilfe die fremde Vorsatztat vorsätzlich unterstützt. Dabei reicht grundsätzlich jede psychische Unterstützung aus.²⁶² Für eine Mittäterschaft reicht grundsätzlich jeder für die Tat mitursächliche vorsätzliche Beitrag.

Bei Großdemonstrationen ist jedoch die Schutzwirkung des Art. 8 GG zu beachten. Trotz ihres hohen Ranges ist die Versammlungsfreiheit nicht vorbehaltlos gewährleistet. Art. 8 GG garantiert lediglich das Recht, sich *„friedlich und ohne Waffen zu versammeln“* und stellt zudem das Recht für Veranstaltungen unter freiem Himmel unter Gesetzesvorbehalt. Damit trägt die Verfassung dem Umstand Rechnung, dass für die Ausübung der Versammlungsfreiheit unter freiem Himmel wegen der Berührung mit der Außenwelt ein

²⁶⁰ BGHZ 39, 103; *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 2.

²⁶¹ Näher zu den Anforderungen an die Kausalität: *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 54 ff.

²⁶² BGHZ 70, 277.

besonderer, namentlich organisationsrechtlicher und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung zu schaffen, andererseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren. Während die Weimarer Verfassung in Art 123 ausdrücklich bestimmte, dass Versammlungen unter freiem Himmel "*durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden*" konnten, begnügt sich das Grundgesetz mit einem einfachen, scheinbar gegenständlich unbeschränkten Gesetzesvorbehalt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Geltungskraft dieser Grundrechtsverbürgung auf den Bereich beschränkt bleibt, den der Gesetzgeber ihr unter Respektierung ihres Wesensgehaltes belässt. Es gilt vielmehr das gleiche wie bei der Meinungsfreiheit, die nach dem Verfassungswortlaut zwar ihre Schranken in den Grenzen der allgemeinen Gesetze findet, deren Reichweite aber nicht beliebig durch einfache Gesetze relativiert werden darf.²⁶³ Bei allen begrenzenden Regelungen hat der Gesetzgeber die erörterte, in Art. 8 GG verkörperte verfassungsrechtliche Grundentscheidung zu beachten. Er darf die Ausübung der Versammlungsfreiheit nur zum Schutz gleichgewichtiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit begrenzen.

Wenn Behörden und Gerichte die vom Gesetzgeber normierten grundrechtsbeschränkenden Gesetze auslegen und anwenden, haben sie diese Gesetze stets im Lichte der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat auszulegen und sich bei ihren Maßnahmen auf das zu beschränken, was zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist.²⁶⁴ Eine Notwendigkeit zu freiheitsbeschränkenden Eingriffen kann sich im Bereich der Versammlungsfreiheit daraus ergeben, dass der Demonstrant bei deren Ausübung Rechtspositionen Dritter beeinträchtigt.

Das Bundesverfassungsgericht hat dargelegt, dass für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten bleiben muss, wenn einzelne andere Demonstranten oder eine Minderheit Ausschreitungen begehen. Der sonach fortwirkende Schutz des Art. 8 GG müsse sich insoweit auch auf die Anwendung grundrechtsbeschränkender Rechtsnormen auswirken, zu denen unter anderem das objektive Haftungsrecht zu zählen sei.²⁶⁵

²⁶³ Dazu grundlegend: BVerfGE 7, 198, 207 f.; BVerfGE 7, 377, 404.

²⁶⁴ BVerfGE 7, 198, 208; BVerfGE 60, 234, 240; zum Versammlungsrecht: BVerwGE 26, 135, 137.

²⁶⁵ BVerfG, NJW 1985, 2395.

In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1984²⁶⁶ zeigt sich die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 830 Abs. 1 und Abs. 2 BGB bei Großdemonstrationen.

In dem vom Bundesgerichtshof²⁶⁷ entschiedenen Fall ging es um eine Großdemonstration an der Baustelle des Kernkraftwerkes in Grohnde. Polizisten wurden verletzt und Polizeimaterial wurde beschädigt. Das klagende Bundesland verlangte von 18 der insgesamt ca. 20.000 Demonstranten als Mittäter oder Gehilfen gesamtschuldnerischen Ersatz. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung ausgeführt, dass die verfassungsrechtlich mit der Meinungs- und Versammlungsfreiheit durch Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GG gewährleistete Demonstrationsfreiheit kein Recht zur Ausübung von Gewaltakten gebe, insbesondere auch nicht gegenüber den Ordnungskräften der Polizei, weil die Gewährleistungen nur auf die friedliche Auseinandersetzung mit geistigen Mitteln angelegt sei.²⁶⁸ Indessen dürfe die Demonstrationsfreiheit nicht dadurch, dass an die Bejahung einer haftungsbegründenden Teilnahme an Gewaltakten anderer Demonstranten zu geringe Anforderungen gestellt werden, unterlaufen werden. Deswegen reiche es zu der Annahme einer Mittäterschaft oder Beihilfe an solchen Ausschreitungen nicht schon aus, dass der an ihnen nicht aktiv beteiligte Demonstrant an Ort und Stelle verharre, auch wenn er, wie es die Regel sein werde, von vornherein mit Gewalttätigkeiten einzelner oder ganzer Gruppen rechne und wüsste, dass er allein schon mit seiner Anwesenheit den Gewalttätern mindestens durch Gewährung von Anonymität Förderung und Schutz geben könne. Ein solches Verhalten könne auch nur die Kundgabe der eigenen Meinung zu den sachlichen Anliegen der Demonstration in der Öffentlichkeit darstellen. Darüber hinaus stehe die Äußerung der Gesinnung allein – abgesehen von den §§ 131, 140 StGB, – nicht unter Strafandrohung und könne auch nicht die zivilrechtliche Haftung begründen. Dazu sei vielmehr erforderlich, nämlich die Feststellung, dass Gewährung von Anonymität und Äußerung von Sympathie darauf ausgerichtet und geeignet seien, Gewalttäter in ihren Entschlüssen und Taten zu fördern und zu bestärken, etwa durch Anfeuerung oder ostentatives Zugesellen zu einer Gruppe, aus der heraus Gewalt geübt werde. Eine Ausdehnung der zivilrechtlichen Haftung für die bei einer

²⁶⁶ BGHZ 89, 383.

²⁶⁷ BGHZ 89, 383.

²⁶⁸ So auch schon BGHZ 59, 30; BGHZ 50, 304, 305; *Schwabe*, DVBI 1973, 788.

Großdemonstration angerichteten Schäden auf „passiv“ bleibende Sympathisanten wäre verfassungswidrig, weil sie die Ausübung des Demonstrationsrechtes mit einem unkalkulierbaren und untragbaren Risiko verbinden und so das Recht auf öffentliche Kundgebung der Meinung unzulässig beschränken würde.

Aus dem Urteil ergeben sich daher folgende Grundsätze:

Soweit einzelne Demonstranten selbst Gewalttaten begehen oder sich an einer auf Rechtsgutsverletzungen zielenden Abrede beteiligt haben, ist die Zurechnung nach § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB unproblematisch. Danach ist bei gewalttätigen Versammlungen kleineren Zuschnitts die Verantwortlichkeit sämtlicher Demonstranten regelmäßig zu bejahen, während bei Großdemonstrationen nur die sogenannten „Rädelsführer“ für die verursachten Schäden solidarisch einzustehen haben, darüber hinaus aber auch solche Teilnehmer, die Gewalttäter durch Äußerung von Sympathie zu ihren Taten anfeuern oder sich sonst ostentativ mit ihnen solidarisieren. Diese Voraussetzungen werden sich allerdings immer nur mit Blick auf ein räumlich und zeitlich überschaubares Aktionsfeld feststellen lassen, so dass die Einstandspflicht entsprechend zu beschränken ist. Im Übrigen sind passive Teilnehmer einer Kundgebung, aus der heraus Gewaltakte verübt werden, nicht verpflichtet, sich zu entfernen oder für einen friedlichen Verlauf zu sorgen, um einer deliktsrechtlichen Haftung zu entgehen, auch wenn sie wissen müssen, dass sie mit ihrer Anwesenheit den Gewalttätern Anonymität und Schutz gewähren.

Vereinzelte Stimmen in der Literatur kritisieren die vom BGH aufgestellten Grundsätze.²⁶⁹ *Stürner* kritisiert die Haftungskonstruktion des BGH. Nach Auffassung *Stürners* sollte bei der zivilrechtlichen Haftung die Pflichtigkeit der Demonstranten wesentliches Kriterium sein. Bei angezeigter und von der Behörde unbeanstandeter Demonstration sei demnach von einem vollen Grundrechtsschutz auszugehen, so dass eine Schadenshaftung entfalle. Bei bloßem Verweilen der Demonstranten, bei verbotener und aufgelöster Demonstration und bei auflagenwidrigem Demonstrationsverhalten sei eine Ausstrahlungswirkung des Art. 8 GG nicht anzunehmen.²⁷⁰

Zu folgen sei dem BGH in der Annahme der prinzipiellen Anwendbarkeit von § 830 Abs. 1 und Abs. 2 BGB bei Demonstrationsschäden, nicht jedoch in der hierzu vorgenommenen Einschränkung des Umfangs der gemeinschaftlichen Tat und Haftung, derzufolge hinsichtlich

²⁶⁹ *Kornblum*, JuS 1986, 600; *Stürner*, JZ 1984, 525 ff.

²⁷⁰ *Stürner*, JZ 1984, 525 ff.

der Gewalttätigkeiten bei Demonstrationen grundsätzlich nur bei „Rädelsführern“ eine „globale“ Mittäterschaft anzunehmen sei und der Wille des einzelnen (gewalttätigen) Teilnehmers im Übrigen nur auf das von ihm räumlich und zeitlich überschaubare Aktionsfeld gerichtet anzusehen sei.²⁷¹

Die Kritik greift jedoch nicht. Insgesamt ist der Rechtsprechung beizupflichten, da sie einerseits die Wahrnehmung der Grundrechte vor unkalkulierbaren Haftungsrisiken durch die bloße Teilnahme schützt, andererseits auch keine schrankenlose Schädigung Dritter hinnimmt. Die geringen Anforderungen an die Bejahung von Mittäterschaft und Beihilfe bei § 830 BGB erfordern eine restriktive Auslegung bei der rechtlichen Bewältigung von gewalttätigen Großdemonstrationen. Ausschreitungen anderer Teilnehmer muss sich der friedliche Demonstrant schon mit Rücksicht auf Art. 5 und Art. 8 GG nicht zurechnen lassen. Selbst aktiv an Gewalttaten beteiligte Demonstranten sollen nur für diejenigen Schäden haften, die in ihrer unmittelbaren Nähe (räumlich und zeitlich eingegrenztes Aktionsfeld) eingetreten sind. Die Rechtsprechung zeigt die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Restriktion des § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB und veranlasst insbesondere zu einem Abrücken von der zu subjektiven Bestimmung der Teilnahme.²⁷²

C. Die Rechtswidrigkeit

Im Schadensersatzrecht ist grundsätzlich jede Rechts- oder Rechtsgutsverletzung auch rechtswidrig. Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert grundsätzlich die Rechtswidrigkeit.²⁷³ Die Rechtswidrigkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund greift. Als gesetzliche Rechtfertigungsgründe kommen z. B. § 227 BGB (Notwehr), §§ 228, 904 BGB (Notstand) oder § 229 (Selbsthilfe) in Betracht. Auch eine Einwilligung des Verletzten oder eine mutmaßliche Einwilligung in die Rechtsgutsverletzung schließen eine Rechtswidrigkeit aus.²⁷⁴ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die sog. *offenen Tatbestände*, wie Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht an der Ausübung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, bei denen die

²⁷¹ Kornblum, JuS 1986, 600; Stürmer, JZ 1984, 525 ff.

²⁷² So auch: RGRK-BGB Kommentar, § 830, Rn. 11 bis 13; Belling/Eberl-Boreges in: Staudinger, BGB Kommentar, § 830, Rn. 45.

²⁷³ BGH, NJW 1996, 3205; a. A.: Nipperdey, NJW 1957, 1777. Nipperdey beurteilt die Rechtswidrigkeit verhaltensbezogen, eine Rechtsgutsverletzung sei nur rechtswidrig, wenn der Handelnde gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verhaltensregel verstoße.

²⁷⁴ Zu weiteren Rechtfertigungsgründen vgl. Sprau in: Palandt, BGB Kommentar, § 823, Rn. 28 ff.

Rechtswidrigkeit gesondert festgestellt werden muss. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich, bei der die jeweils berührten Interessen und Gegeninteressen sowie die sonstigen Umstände, insbesondere die Art und die Schwere der Beeinträchtigung, ihr Anlass und das Verhalten des Geschädigten selbst zu berücksichtigen sind.²⁷⁵ Einwirkungen der Grundrechte im Rahmen der Rechtswidrigkeit beschränken sich hauptsächlich auf Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch ehrverletzende Äußerungen einer Privatperson oder der Medien. Beim Persönlichkeitsschutz gegenüber ehrverletzender Äußerungen geht es um einen geradezu paradigmatischen Fall konkurrierender Grundrechtspositionen. Nur auf den ersten Blick ist die Kollisionslösung durch die Gesetzesvorbehalte des Art. 5 Abs. 2 GG auf der einen und des Art. 2 Art. 1 GG auf der anderen Seite gelöst.²⁷⁶ Denn das Grundrecht des Art. 5 Abs.1 GG einschränkende Gesetz muss bei seiner Anwendung und Auslegung der Bedeutung des Grundrechts Rechnung tragen.²⁷⁷ Umgekehrt ist etwa der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen, selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe nicht rechtfertigen.²⁷⁸

I. Tendenzschwankungen bei der Schrankenziehung

Die Kriterien für eine umfassende Güter- und Interessenabwägung haben sich im Laufe der Zeit stark verändert. Zu Beginn der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland hat das Bestreben vorgeherrscht, den als lückenhaft empfundenen Rechtsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber kritischen Äußerungen zu verbessern. Diese Schutz erweiternde Richtung wurde durch die *Constanze-Entscheidung* vom 26.10.1951 manifestiert.²⁷⁹

Der Bundesgerichtshof stellte in der *Constanze-Entscheidung* fest, dass auch Äußerungen, die nicht einen Beleidigungstatbestand erfüllen, aber die Verhältnisse eines gewerblichen Unternehmens, seine Erzeugnisse oder sonstige Leistungen herabsetzen und damit störend in die freie gewerbliche Entfaltung des Unternehmens eingreifen, einen unmittelbaren Eingriff in das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte Recht an der Ausübung eines eingerichteten

²⁷⁵ BGHZ 13, 334, 338-Paul-Dahlke-Entscheidung.

²⁷⁶ Hager, Jura 1995, 566.

²⁷⁷ St. Rspr.: BVerfGE 66, 116, 150.

²⁷⁸ BVerfGE 80, 367, 373 m. w. Nachw.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2, Rn. 25.

²⁷⁹ BGH, NJW 1952, 660-Constanze-Entscheidung.

Gewerbebetriebs darstellen würden. Dabei ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass ein tatbestandliches Handeln im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB die Rechtswidrigkeit indiziere. Ein rechtmäßiges Verhalten liege daher nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes vor.

Der Erweiterung des Rechtsschutzes gegenüber kritischen Äußerungen folgte eine Erweiterung des Rechtsschutzes für die persönliche Sphäre des Geschädigten. Nachdem bereits seit langer Zeit die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts gefordert worden war, hat der Bundesgerichtshof dieses durch die *Schacht-Entscheidung* vom 25.05.1954 anerkannt.²⁸⁰

Dieser Grundrechtsschutz wurde durch die Anerkennung der Möglichkeit, bei schweren Persönlichkeitsverletzungen ein Schmerzensgeld fordern zu können durch die *Herrenreiter-Entscheidung* nochmals erweitert. Mit der *Soraya-Entscheidung*²⁸¹ vom 14.02.1973 hat schließlich auch das Bundesverfassungsgericht die Legitimität der Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs bei Persönlichkeitsverletzungen anerkannt. Diese Erweiterung des Rechtsschutzes in Richtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts barg die Gefahr, dass die Meinungsfreiheit unterlaufen wurde, da sich praktisch aus jeder den persönlichen Bereich kritisierenden Äußerung negatorische, materielle und immaterielle Ersatzansprüche ergeben konnten.

Ein Richtungswechsel zum Schutz der Meinungsfreiheit war damit unvermeidlich. Eingeleitet wurde dieser Richtungswechsel vom Bundesverfassungsgericht mit dem *Lüth-Urteil* vom 15.01.1958, durch das letztlich auch die Lehre der Schutzgebotsfunktion legitimiert wurde.²⁸²

Das Bundesverfassungsgericht führte im *Lüth-Urteil* aus, die Grundrechte seien in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. In den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpere sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte. Im bürgerlichen Recht entfalte sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreife vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und sei für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln. Ferner könnten auch zivilrechtliche Vorschriften „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sein und so das Grundrecht auf die Freiheit der Meinungsäußerung beschränken. Die „allgemeinen Gesetze“

²⁸⁰ BGHZ 13, 334 -Schacht-Entscheidung.

²⁸¹ BVerfG, NJW 1973, 1221-Soraya-Entscheidung.

²⁸² BVerfG, NJW 1958, 827-Lüth-Urteil.

müssten im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt werden.

Es hat erhebliche Zeit gedauert, bis die sog. *Lüth-Formel* sich in der Rechtsprechung der Zivilgerichte durchgesetzt hat. Vollzogen wurde der Wandel letztlich erst durch die *Höllengehenk-Entscheidung*²⁸³ des Bundesgerichtshofes von 1966. Hier entschied der Bundesgerichtshof hinsichtlich der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dass die Rechtswidrigkeit nicht wie bisher angenommen aus der Tatbestandsmäßigkeit, sondern erst aus der zu missbilligenden Art der Schädigung resultiere, so dass der Schädiger sich eben nicht immer auf einen Rechtfertigungsgrund berufen müsste. Begründet wird dies mit der Vorstellung, dass der mündige und zum eigenen Urteil im Kampf der Meinungen aufgerufene Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig sei zu erkennen, was von einer Kritik zu halten sei. Gegenüber diesem Wagnis der Freiheit sei hinzunehmen, dass das Recht dem Betroffenen nicht gegenüber jeder unangemessenen scharfen Kritik Schutz gewähre.

Erst durch diese Entscheidung wurde der Persönlichkeitsschutz gegenüber der Meinungsfreiheit reduziert. Nun drohte aber der Persönlichkeitsschutz gegenüber der Meinungsfreiheit gänzlich untergeordnet zu werden. Erneut musste das Bundesverfassungsgericht korrigierend eingreifen. Diese Gelegenheit ergriff das Bundesverfassungsgericht im *Lebach-Urteil*.²⁸⁴ Am 20. Januar 1969 drangen zwei bewaffnete Männer in das Munitionsdepot der Bundeswehr in Lebach ein, töteten vier der fünf diensthabenden Wachsoldaten und verletzten den fünften schwer. Das Urteil des Schwurgerichts Saabrücken vom 7. August 1970 lautete auf zwei Mal lebenslänglich sowie sechs Jahre Haft für den dritten Beteiligten wegen Beihilfe zum Mord.

Nachträgliche politische Bedeutung wurde dem Fall *Lebach* dadurch zuteil, dass ein 1972 vom ZDF produziertes Dokumentarspiel zum Thema durch das Bundesverfassungsgericht im *Lebach-Urteil* ein Sendeverbot erhielt. Dieses Dokumentationsspiel sollte genau zu dem Zeitpunkt ausgestrahlt werden, zu der die Entlassung eines Teilnehmers der Tat bevorstand. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass keiner der beiden Verfassungswerte einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen könne. Im Einzelfall sei die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich gegen das Informationsinteresse der Öffentlichkeit abzuwägen. Da der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit es jedoch nicht zulasse, dass das

²⁸³ BGH, NJW 1966, 1617.

²⁸⁴ BVerfGE 35, 202, 245-Lebach-Urteil.

Fernsehen sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus etwa in Form eines Dokumentarspiels zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befasse, ist das Bundesverfassungsgericht bei dieser Abwägung erstmals zu dem Ergebnis gelangt, dass im konkreten Fall die Rundfunkfreiheit hinter dem Persönlichkeitsrecht zurücktreten müsse. Die *Lebach-Entscheidung* hat erheblich dazu beigetragen, den die Äußerungsfreiheit begünstigenden Rechtsschutz zu relativieren und den Persönlichkeitsschutz zu fördern. Das Ergebnis war, dass eine Abwägung der Grundrechte im Einzelfall im Vordergrund stand. Diese Reduktion der Rechtsfindung auf eine bloße Einzelfallabwägung hat erneut eine verfassungsgerichtliche Reaktion ausgelöst. In der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde des Axel Springer-Verlages gegen das ihn betreffende *Wallraff-Urteil*²⁸⁵ hat das Bundesverfassungsgericht²⁸⁶ Folgendes entschieden:

„Wenn, wie der Bundesgerichtshof als zuständiger oberster Gerichtshof annimmt, § 823 Abs. 1 BGB in seiner Bedeutung für den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs einen nach Umfang und Inhalt "offenen" Haftungstatbestand enthält und Entsprechendes für § 826 BGB gilt, so führt das namentlich für die höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Notwendigkeit, solche Offenheiten konkretisierend zu schließen, indem unter Berücksichtigung der Besonderheiten der zu beurteilenden Sachverhalte und der Bedeutung der Grundrechte – hier des Art. 5 Abs. 1 GG – Grundsätze entwickelt werden, welche die Entscheidung des Einzelfalles normativ zu leiten imstande sind: Das, was das Gesetz offen lässt, ist durch Richterrecht auszufüllen. Diese Aufgabe ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer unvermittelten einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung. Eine solche mag zwar in besonderem Maße Einzelfallgerechtigkeit verwirklichen. Sie kann aber die Rechtsfindung nicht normativ leiten, wie es die Aufgabe der Gesetze und des ergänzenden Richterrechts ist; ebenso wenig vermag sie dem rechtsstaatlichen Gebot der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gerecht zu werden.“

²⁸⁵ BGH, NJW 1981, 1089-Wallraff-Urteil.

²⁸⁶ BVerfG, NJW 1984, 1741, 1743.

II. Ansätze zur Lösung von Kollisionslage zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie der Meinungs- und Pressefreiheit

Da durch die skizzierte Entwicklung eine einheitliche Rechtsprechung nicht gesichert war und die Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit bestand, entwickelten das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen für die Beurteilung einer Konfrontation von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Meinungsäußerungsfreiheit im Schadensersatzrecht allgemeine Grundsätze. Danach gilt folgendes:

1. Die Form der Meinungsäußerung

Grundsätzlich unterliegt die Form der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Selbstbestimmung des Meinungsäußernden. Das gilt namentlich für das gesprochene Wort. Die Spontaneität der freien Rede ist Voraussetzung der Kraft und der Vielfalt der öffentlichen Diskussion, die ihrerseits Grundbedingung eines freiheitlichen Gemeinwesens ist.²⁸⁷ Soll diese Kraft generell erhalten bleiben, müssen im Einzelfall Schärfen und Überspitzungen des öffentlichen Meinungskampfes oder der Gebrauch der Meinungsfreiheit hingenommen werden, da diese zur sachgemäßen Meinungsbildung nichts beitragen können. Die Befürchtung, wegen einer wertenden Äußerung einschneidenden gerichtlichen Sanktionen ausgesetzt zu werden, trägt die Gefahr in sich, jene Diskussion zu lähmen oder einzuengen und damit Wirkungen herbeizuführen, die der Funktion der Meinungsfreiheit zu wider laufen.²⁸⁸ Bei Äußerungen der Presse kann die grundsätzliche Freiheit auch der Form gleichfalls nicht außer Betracht bleiben. Im Interesse der freien Rede müssen auch hier im Einzelfall Schärfen und Überspitzungen in Kauf genommen werden, weil ein öffentlicher Meinungskampf grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt.²⁸⁹ Solche Schärfen und Überspitzungen lösen damit grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch bzw. Unterlassungsanspruch im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB bzw. des § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 BGB analog aus.

²⁸⁷ Wenzel, S. 18; Bethge in: Sachs, GG, Art. 5, Rn. 22.

²⁸⁸ BVerfG, NJW 1980, 2069, 2070-Kunstkritiker-Entscheidung.

²⁸⁹ BVerfG, NJW 1980, 2069, 2070-Kunstkritiker-Entscheidung.

2. Der Inhalt der Meinungsäußerung

Da es der Sinn jeder zur Meinungsbildung beitragenden öffentlichen Äußerung ist, Aufmerksamkeit zu erregen, sind angesichts der heutigen Reizüberflutung aller Art einprägsame, auch starke Formulierungen hinzunehmen.²⁹⁰ Das gilt auch für Äußerungen, die in scharfer und abwertender Kritik bestehen, mit übersteigerter Polemik vorgetragen werden oder in ironischer Weise formuliert werden.²⁹¹ Der Kritiker darf seine Meinung grundsätzlich auch dann äußern, wenn sie andere für „falsch“ oder für „ungerecht“ halten.²⁹²

Verfolgt der Äußernde nicht eigennützige Ziele, sondern dient sein Beitrag dem geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der Äußerung. Eine Auslegung der die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetze, die an die Zulässigkeit öffentlicher Kritik überhöhte Anforderungen stellt, ist mit Art. 5 Abs. 1 GG nicht vereinbar.²⁹³

Für unwahre Tatsachenbehauptungen gilt das nicht in gleicher Weise. Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut, weil sie der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Aufgabe zutreffender Meinungsbildung nicht dienen kann.²⁹⁴ Es kann nur darum gehen, dass die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass dadurch die Funktion der Meinungsfreiheit in Gefahr gerät oder leidet. Eine Übersteigerung der Wahrheitspflicht und die daran anknüpfenden unter Umständen schwerwiegenden Sanktionen könnten zu einer Einschränkung und Lähmung namentlich der Medien führen. Diese könnten ihre Aufgaben, insbesondere diejenige der öffentlichen Kontrolle, nicht mehr erfüllen, wenn ihnen ein unverhältnismäßiges Risiko auferlegt würde.²⁹⁵

Für die Beurteilung der Reichweite des Grundrechtsschutzes aus Art. 5 Abs. 1 GG kommt es ferner maßgeblich darauf an, ob und in welchem Ausmaß der von den Äußerungen Betroffene seinerseits an dem von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilgenommen hat und sich damit aus eigenem Entschluss den Bedingungen des Meinungskampfes unterworfen und sich durch dieses Verhalten eines Teils seiner

²⁹⁰ BVerfGE 24, 278 286, *Bethge* in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 25.

²⁹¹ BGH, NJW 1987, 1398; *Bethge* in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 25.

²⁹² BGH, NJW 1987, 1398.

²⁹³ BVerfGE 42, 163, 170; BVerfGE 66, 116 139.

²⁹⁴ BVerfGE 112, 113, 130-Schmid-Spiegel-Entscheidung.

²⁹⁵ BGH, NJW 1977, 1288, 1289-Abgeordnetenbestechung-Entscheidung.

schützenswerten Privatsphäre entledigt hat.²⁹⁶ Wer dies tut, muss eher mit Kritik rechnen als der reine Privatmann.²⁹⁷

Erst wenn bei einer Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht, hat die Äußerung – auch wenn sie eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage betrifft – als Schmähung regelmäßig hinter dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzutreten.²⁹⁸ Für eine derartige Schmähschmähkritik spricht je nach Lage des Einzelfalls etwa der Umstand, dass der Erklärende keine Gründe für sein abwertendes Urteil nennt. Dies kann als Indiz für eine Diffamierungsabsicht gesehen werden.²⁹⁹

Unrichtige Zitate sind durch Art. 5 Abs. 1 GG nicht geschützt. Es ist nicht ersichtlich, dass die verfassungsrechtlich gewährleistete Meinungsfreiheit einen solchen Schutz fordert. Weder die öffentliche Meinungsbildung noch die demokratische Kontrolle können unter dem Erfordernis leiden, richtig zitieren zu müssen. Die im Interesse öffentlicher Meinungsbildung gestellte Aufgabe der Information wird gerade verfehlt, wenn dies nicht geschieht, und mit öffentlicher Kontrolle hat der Tatbestand nichts zu tun. Eben so wenig spielen Zeitdruck oder Schwierigkeiten der Nachprüfung eine Rolle, wie dies bei anderen Tatsachenmitteilungen der Fall sein kann. Demjenigen, der eine Äußerung wiedergibt, werden keine wesentlichen oder gar unzumutbaren Erschwerungen oder Risiken auferlegt, wenn er verpflichtet wird, korrekt zu zitieren. Beeinträchtigt daher die Wiedergabe das allgemeine Persönlichkeitsrecht desjenigen, dessen Äußerung zitiert wird, so ist dieser Eingriff durch Art. 5 Abs. 1 GG nicht gedeckt. Im anderen Fall wäre es namentlich den Medien gestattet mit der Wahrheit leichtfertig zu verfahren und Rechte der Betroffenen außer Acht zu lassen, ohne dass dazu ein Anlass oder gar eine Notwendigkeit bestünde. Allerdings kann es für die Gerichte im Einzelfall schwierig sein zu erkennen, ob eine Äußerung richtig wiedergegeben worden ist oder nicht. Wenn der Bundesgerichtshof³⁰⁰ es hierfür als maßgebend ansieht, wie der Durchschnittsleser oder Durchschnittshörer einerseits das vom Kritisierten Geäußerte, andererseits das Zitat versteht, und wenn er auch ein Zitat als „*richtig*“ beurteilt, das einer anderen nach dem bezeichneten Maßstab vertretbaren Bedeutung des Geäußerten folgt, so kann das verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen: Auf diese Weise muss ein breites

²⁹⁶ BVerfGE 54, 129 138; *Bethge* in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 23.

²⁹⁷ BVerfGE 54, 129, 138; BGH, NJW 1974, 1762, 1763.

²⁹⁸ BVerfGE 82, 272 283 f.; BVerfGE 85, 1, 16.

²⁹⁹ BGH, NJW 1974, 1762, 1763.

³⁰⁰ BGH, NJW 1982, 635-637.

Spektrum zulässiger Deutungen entstehen, die nicht mehr dem entsprechen, was der Zitierte zum Ausdruck bringen wollte, die auch nach den üblichen Regeln korrekten Zitierens nicht mehr als einwandfreie Wiedergabe des Geäußerten anzusehen sind, die aber dem Leser oder Hörer als Äußerung des Kritisierten unterbreitet werden und damit den Anschein des Wahren und Objektiven erwecken. Jedenfalls rechtfertigt das Grundrecht der Meinungsfreiheit es nicht, eine bei Anlegung dieses Maßstabs vertretbare Interpretation einer mehrdeutigen Äußerung des Kritisierten als Zitat auszugeben, ohne kenntlich zu machen, dass es sich um eine Interpretation des Kritikers handelt. Das Zitat als Beleg für eine kritische Wertung ist eine besonders scharfe Waffe des Meinungskampfes, die geeignet ist, nachhaltig in das Persönlichkeitsrecht des Kritisierten einzugreifen. In verstärktem Maße gilt dies, wenn die Kritik in der Presse, im Rundfunk, namentlich aber im Fernsehen mit seiner erheblichen Breitenwirkung geäußert wird. Sollen bei dieser Sachlage Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Möglichkeit ausgeschlossen werden, so verpflichtet dies den Zitierenden dazu, die eigene Deutung einer Äußerung, die mehrere Interpretationen zulässt, als solche kenntlich zu machen. Damit wird die Wiedergabe der Äußerung aus dem Bereich des Tatsächlichen in den des Meinungsmäßigen gerückt. Eine Verletzung des Rechts am eigenen Wort wird in jedem Fall vermieden. Der Hörer oder Leser kann erkennen, dass es sich um die Äußerung einer Meinung, nicht um die Mitteilung eines Faktums handelt. Er wird genau informiert und erhält eine zuverlässige Grundlage, auf der er sich sein Urteil bilden kann. An dieser um des Schutzes der Persönlichkeit willen bestehenden Pflicht ändert Art. 5 Abs. 1 GG nichts. Es ist nicht ersichtlich, dass umfassende Information und freie Meinungsbildung eingeschränkt oder dass öffentliche Kritik unzumutbaren Risiken unterworfen würde, wenn derjenige, der eine Äußerung wiedergeben möchte, erkennbar zu machen hat, ob es sich um die genaue Wiedergabe oder um seine Deutung des Geäußerten handelt.³⁰¹

Ein Beispiel für eine solche Abwägung zwischen Pressefreiheit und allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist die *Caroline von Monaco- Entscheidung II*.³⁰²

Eine Zeitschrift hatte immer wieder Fotos gegen den ausdrücklichen Willen der Mutter des damals 8jährigen Sohnes von Caroline von Monaco veröffentlicht. Hier standen sich die Pressefreiheit der Herausgeber der Zeitschrift „Bunte“ und das allgemeine

³⁰¹ BVerfGE 54, 208, 220 ff.

³⁰² BGH, NJW 1996, 985-Caroline von Monaco-Entscheidung-II.

Persönlichkeitsrecht von Caroline von Monaco gegenüber, die gegeneinander abgewogen werden mussten. In dieser Entscheidung wurde zu Gunsten von Caroline von Monaco entschieden. Die Pressefreiheit musste hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zurücktreten, da

zwar die bloße Veröffentlichung der vorliegenden Fotos – jeweils für sich betrachtet – für den Kläger nicht zu einer Rechtsverletzung geführt habe, deren Schweregrad aber Zuerkennung eines Anspruchs auf eine Geldentschädigung gebiete. Die Rechtsverletzung, die die Beklagte dem Kläger zugefügt habe, erschöpfe sich jedoch nicht in der bloßen Veröffentlichung der Fotos. Sie erhalte vielmehr ihr besonderes Gewicht dadurch, dass die „Bunte“ durch die wiederholte einwilligungslose Veröffentlichung der Fotos des Sohnes von Caroline von Monaco dessen Recht am eigenen Bild mit besonderer Hartnäckigkeit verletzt und sich zumindest bei der letzten Veröffentlichung über den von ihr ausdrücklich erklärten entgegenstehenden Willen des Sohnes von Caroline von Monaco hinweggesetzt hat. Zu dem wiederholten Rechtsbruch der „Bunte“, der in der einwilligungslosen Veröffentlichung der Fotos bestünde, trete damit die bewusste und offenkundige Missachtung des erklärten Willens des Sohnes von Caroline Monaco. Dabei handele die „Bunte“ um des eigenen wirtschaftlichen Vorteils willen. Dies bedeute, dass die Rechtsverletzung, die die „Bunte“ dem Sohn von Caroline von Monaco zugefügt habe, nach ihrer Intensität, dem Beweggrund der „Bunten“ und dem Grad ihres Verschuldens als so gewichtig zu werten sei, dass sie die Zubilligung eines Anspruchs auf eine Geldentschädigung gebiete.

Bei in der öffentlich stehenden Personen ist eine solche Entscheidung jedoch nicht die Regel. Denn gerade bei in der Öffentlichkeit stehenden Personen muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht oftmals hinter der Pressefreiheit zurücktreten, da das Interesse der Öffentlichkeit an dieser Person einen hohen Stellenwert besitzt.³⁰³

3. Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung

Die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung ist sehr wichtig, da sie für den Maßstab der Rechtswidrigkeit und für die Rechtsfolgen einer Schadensersatz begründenden Aussage eine erhebliche Rolle spielt.³⁰⁴

³⁰³ BGH, NJW 2004, 762; *Wenzel*, S. 108.

³⁰⁴ *Hager*, Jura 1995, 566.

Insbesondere für die Frage, ob ein Anspruch des Geschädigten auf Unterlassung oder Widerruf gemäß § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 analog BGB besteht, ist diese Unterscheidung wichtig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind allein rechtsverletzende unwahre Tatsachenbehauptungen geeignet, ein Widerrufsverlangen zu rechtfertigen.³⁰⁵ Dagegen sind Wertungen und Meinungsäußerungen einem Widerruf nicht zugänglich; niemand kann im Wege der Zwangsvollstreckung gezwungen werden, eine Überzeugung aufzugeben oder eine Würdigung zurückzunehmen.³⁰⁶ Meinungsäußerungen dürfen lediglich in eng begrenzten Ausnahmesituationen, etwa wenn sie beleidigenden oder schmähenden Charakter haben, untersagt werden.³⁰⁷

Fraglich ist, wie Werturteile und Tatsachenbehauptungen voneinander abzugrenzen sind.

Der Sinn von Meinungsäußerungen ist es, eine geistige Wirkung auf die Umwelt ausgehen zu lassen und meinungsbildend und überzeugend zu wirken. Diesen Meinungsbildungsprozess will das Grundrecht schützen. Dabei bezieht sich der Schutz vor allem auf die eigene Stellungnahme des sich Äußernden.³⁰⁸ Konstitutiv für die Bestimmung dessen, was als Äußerung einer Meinung vom Grundrecht erfasst wird, ist das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens innerhalb einer geistigen Auseinandersetzung.³⁰⁹

Die Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen kann im Einzelfall schwierig sein, vor allem deswegen, weil die beiden Äußerungsformen nicht selten miteinander verbunden werden und erst gemeinsam den Sinn einer Äußerung ausmachen.

In solchen Fällen ist der Begriff der Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit zu verstehen. Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt wird, wird sie als Meinung von dem Grundrecht geschützt. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte den Sinn der Äußerung aufhebe oder verfälschte. Würde in einem solchen Fall das tatsächliche Element als ausschlaggebend angesehen, so könnte der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden.³¹⁰

³⁰⁵ BGH, NJW 1989, 74; *Wenzel*, S. 108.

³⁰⁶ BGHZ 10, 104, 105 f.; BGH, NJW 1989, 74.

³⁰⁷ BGHZ 139, 95, 101.

³⁰⁸ BVerfG, NJW 1958, 257-Lüth-Urteil.

³⁰⁹ BVerfG, NJW 1983, 1413-Wahlkampfäußerung-Entscheidung.

³¹⁰ BVerfGE 85, 1, 15 f.

Die wirklich problematischen Fälle sind die, in denen sich die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung später herausstellt oder letztlich strittig bleibt.

4. Verbreitung unwahrer ehrverletzender Äußerungen durch die Presse

Die Presse hat die Funktion, innerhalb des demokratischen Staats die Bürger über öffentliche Angelegenheiten zu unterrichten und an der politischen Meinungsbildung mitzuwirken.³¹¹ Es ist der inzwischen herrschend gewordenen Meinung zuzustimmen, dass die Presse im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe, insbesondere also bei der Behandlung politischer Angelegenheiten, zur Wahrung der Interessen der Öffentlichkeit befugt ist.³¹² Indem dies anerkannt wird, erhält die Presse auch auf dem Gebiet des Privatrechts den ihr gebührenden Schutz, der nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf einen sehr engen Sachbereich eingeschränkt war. Die Presse hat daher auch den Auftrag über begründete Verdachtsmomente zu berichten.³¹³

Andererseits muss aber immer beachtet werden, dass sich eine in der Presse erhobene ehrverletzende Beschuldigung in aller Regel besonders nachhaltig für den Betroffenen auswirkt, weil sie einem großen Kreis von Lesern zugänglich gemacht wird, von denen die meisten zu einer kritischen Nachprüfung oder Würdigung nicht in der Lage sind.³¹⁴

Dem Konflikt dieser beiden Interessen dient die Prüfungs- und Informationspflicht der Presse an die hohe Anforderungen zu stellen sind. Deshalb ist die Presse besonders gehalten, die Informationsquellen sorgfältig auf ihre Zuverlässigkeit zu prüfen und von ungerechtfertigten Übergriffen in die private Sphäre abzusehen, Übertreibungen zu vermeiden und ferner zu erwägen, ob ein vertretbares Verhältnis zwischen dem mit der Veröffentlichung erstrebten Zweck und der für den Betroffenen eintretenden Beeinträchtigung seiner Ehre besteht.³¹⁵ Anerkanntermaßen obliegt der Presse bei Berichten über ehrenrührige Vorgänge eine gesteigerte Recherchepflicht, die umso höher anzusetzen ist, je schwerer und nachhaltiger das Ansehen des Betroffenen durch die Veröffentlichung beeinträchtigt wird.³¹⁶ Diesen strengen

³¹¹ BGHZ 31, 308.

³¹² *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 101 II Nr. 4; *Helle*, Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, S. 114 ff.; *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Anm. III 3b zu § 193 ff.

³¹³ *Hager*, Jura 1995, 566, 568.

³¹⁴ BGHZ 31, 308.

³¹⁵ RGSt 63, 92; RGSt 63, 202, 204; RGZ 148, 154, 161ff.; RAGE 19, 260, 269; BGH, LM § 826 (Gb) BGB Nr. 3; BGHZ 24, 200.

³¹⁶ BGH, NJW 1977, 1288, 1289.

Anforderungen sind aber vor allem im Hinblick auf das Erfordernis der Aktualität der Pressenachrichten Grenzen gesetzt.

Im Grundsatz kann der Geschädigte Unterlassung auch solcher seine Ehre beeinträchtigenden Behauptungen verlangen, deren Unwahrheit zwar nicht erwiesen, deren Wahrheit aber auch nicht bewiesen ist. In diesem Fall ist jedoch Voraussetzung, dass sich der Schädiger nicht auf ein Recht zu solchen Äußerungen berufen kann. Die Beurteilung ist an der Wertung des Art 5 Abs. 1 GG auszurichten. Diese Wertung kann unter Umständen dem Kritiker vor allem in Fragen von politischer Relevanz, an deren Erörterung die Allgemeinheit ein Interesse haben muss, ehrenrührige Beschuldigungen erlauben, auch wenn er sie mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht zur Gewissheit des Richters beweisen kann.³¹⁷

Für die Praxis bedeutet das, dass dem Informanten aber auch dem Betroffenen vor allem vor der Veröffentlichung des Beitrags die Gelegenheit gegeben werden muss, zu der Angelegenheit Stellung zu nehmen, damit auch sein Standpunkt zur Geltung kommen kann.³¹⁸

Bei telefonisch aufgegebenen Inseraten gelten ein paar Besonderheiten.

Wenn auch Eingriffe gegen geschützte Rechtsgüter im Anzeigenteil im Grundsatz nicht anders zu beurteilen sind, als wenn sie im redaktionellen Teil stünden, so ist doch nicht die gleiche Prüfung und Abwägung zu fordern wie bei Verlautbarungen im redaktionellen Teil. Allerdings ist die Presse auch hier gehalten, Vorsorge auch gegen im Anzeigenteil veröffentlichte, das Persönlichkeitsrecht oder den wirtschaftlichen Ruf verletzende Äußerungen zu treffen. Die insoweit geforderte Sorgfaltspflicht darf aber auch hier nicht überspannt werden. Besonders im Hinblick auf die Eigenheiten beim Anzeigengeschäft können besondere Maßnahmen nicht gefordert werden, wenn kein besonderer Anlass besteht. So ist die Presse grundsätzlich nicht gehalten, sämtliche bei ihr telefonisch aufgegebenen Anzeigen durch eine (fernmündliche) Rückfrage daraufhin zu überprüfen, ob sie auch vom angegebenen Besteller herrühren und inhaltlich zutreffen.

Ein besonderer Anlass zur Überprüfung kann aber aus verschiedenen Umständen folgen. Eine solche Lage ist zu bejahen, wenn sich der Inhalt der Anzeige erkennbar als Verletzung geschützter Rechtsgüter - insbesondere des Persönlichkeitsrechts oder des wirtschaftlichen Rufes eines anderen - darstellt oder wenn aus sonstigen Gründen eine Anzeige auffällig

³¹⁷ BGH, NJW 1977, 1288, 1289.

³¹⁸ BGH, VersR 1965, 879.

erscheint. Besondere Vorsicht mag auch bei den Anzeigen geboten sein, die nicht selten von Dritten ohne Wissen der Betroffenen aus zu missbilligenden Gründen aufgegeben werden, wie es nach der bisherigen Erfahrung bei bestimmten Familienanzeigen (Verlobungs- und Heiratsanzeigen) der Fall ist.

Ein besonderer Anlass ist aber auch dann zu bejahen, wenn eine Anzeige erkennbar einen besonders einschneidenden, für den Betroffenen weit reichenden Umstand kundtut, und außerdem die Möglichkeit, dass sie von einem Dritten, z.B. einem Konkurrenten, in Schädigungsabsicht aufgegeben ist, nicht von der Hand zu weisen ist. Die Bejahung einer solchen Pflicht in Ausnahmefällen bei der Anzeigenannahme stimmt mit der für Äußerungen im redaktionellen Teil entwickelten Annahme überein, dass eine Überprüfung um so sorgfältiger - gegebenenfalls durch Rückfrage beim Betroffenen - sein muss, je schwerer sich die Mitteilung für den Betroffenen auswirken kann.³¹⁹ In solchem Ausnahmefall gewinnt die Frage, ob die Anzeige von dem Betroffenen herrührt, überwiegende Bedeutung. Erkennbar droht dem Betroffenen großer Schaden, wenn die Anzeige nicht zutrifft. Vorsichtsmaßnahmen sind in solchem Falle dann geboten, wenn die Anzeige telefonisch aufgegeben wird, so dass eine sofortige sichere Feststellung der aufgebenden Person nicht möglich ist, und wenn die Anzeige sogar ohne Erfragung und Festlegung des Namens der aufgebenden Person telefonisch entgegengenommen worden ist.

Bleibt schließlich noch die Fallkonstellation denkbar, dass auch nach der Beweisaufnahme in Würdigung des Prozessstoffs die Presse die Wahrheit ihrer Behauptungen nicht bewiesen hat. Für eine solche Fallkonstellation hat der Bundesgerichtshof den Grundsatz entwickelt, dass entsprechend der über § 823 Abs. 2 BGB in das Zivilrecht herüber wirkenden Beweisregel des § 186 StGB zu Lasten des Äußernden grundsätzlich von der Unwahrheit der rufbeeinträchtigenden Behauptung auszugehen ist und der Betroffene deshalb ihre Unterlassung verlangen kann.³²⁰ Etwas anderes gilt indes, wenn sich der Inanspruchgenommene darauf berufen kann, dass schützenswerte Interessen ihn zu den Behauptungen oder ihrer Verbreitung berechtigen, obschon er den Wahrheitsbeweis für sie nicht führen kann. In diesem Fall greift der negatorische oder deliktische Schutz für den Betroffenen erst ein, wenn dieser die Unwahrheit der Behauptung nachweist.³²¹ Ein schutzwürdiges Interesse kann sich aus § 193 StGB aus der Wahrnehmung berechtigter

³¹⁹ RGZ 148, 154; BGH, NJW 1965, 685.

³²⁰ RGZ 148, 154; BGH, NJW 1965, 685.

³²¹ BGH, NJW 1993, 525, 527.

Interessen ergeben. § 193 StGB ist unbestritten eine auch im Zivilrecht anwendbare Norm. Laut der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes³²² gewährt § 193 StGB zwar einen Rechtfertigungsgrund nur bei Ehrverletzungen. Diese Rechtsnorm regelt jedoch den Sonderfall von Interessenkollisionen, die auf dem Gebiet des Ehrenschatzes auftreten können, nach einem übergeordneten Rechtsgedanken, der in allen Fällen Bedeutung gewinnt, wo im Widerstreit verschiedener Belange die Verletzung eines Rechtsgutes in Kauf genommen werden muss. Auch gewerbestörende Werturteile, die tatbestandsmäßig unter § 823 Abs. 1 BGB fallen, können durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein, wenn sich die Interessenwahrung in den vom Gesetz gebilligten Grenzen hält. Diese Grenzen sind nach dem für alle Fälle des Interessenwiderstreits geltenden Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung zu ziehen.

Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 193 StGB kann nicht nur ein individuelles Interesse, sondern auch das Informationsinteresse der Öffentlichkeit sein, so dass dieser Rechtfertigungsgrund insbesondere für Journalisten eine wichtige Rolle spielt.

5. Presseberichte über beweisbare Tatsachen

Nicht nur die Verbreitung unwahrer Behauptungen kann die Persönlichkeit beeinträchtigen, sondern auch der Bericht über beweisbare Tatsachen. Es geht dann um den Schutz der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen. Stützt die Presse sich auf Informationen, die rechtswidrig erlangt wurden, etwa durch Eindringen in den persönlichen Bereich ohne Erlaubnis,³²³ heimliche Fotoaufnahmen,³²⁴ Mitschnitte von Gesprächen mit Hilfe eines versteckten Tonbandgeräts³²⁵ oder das heimliche Abhören eines Telefongesprächs³²⁶ so ist zwischen zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Zum einen kann die Presse die Informationen selbst rechtswidrig erlangt haben und anschließend verbreitet haben. Zum anderen ist es möglich, dass die Presse die von anderen rechtswidrig erlangten Informationen bloß verbreitet.

³²² BGHZ 3, 270, 280 f.

³²³ BVerfGE 66, 116, 137.

³²⁴ BGHZ 24, 200, 208; BGH, NJW 1966, 2353, 2354.

³²⁵ BVerfGE 34, 238, 245; BGHZ 27, 284, 287.

³²⁶ BGHZ 73, 120, 122 f.; BGH, NJW 1988, 1016 f.

a) **Schutz rechtswidrig von der Presse erlangter Informationen durch Art. 5 Abs. 1 GG**

Fraglich ist, ob die von der Presse selbst rechtswidrig erlangten Informationen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt werden.

Das Bundesverfassungsgericht³²⁷ entschied, dass bei einer rechtswidrigen Beschaffung von Informationen durch Einschleichen des Publizierenden unter Täuschung über seine Identität und seine Absichten in eine Redaktionskonferenz einer Zeitung dazu führt, dass eine Veröffentlichung zu unterbleiben hatte.

Die Funktion der freien Presse im demokratischen Staat entspricht laut dieser Entscheidung ihrer verfassungsrechtlichen Stellung. Als subjektives Grundrecht gewährleistet die Pressefreiheit den im Pressewesen tätigen Personen und Unternehmen Freiheit von staatlichem Zwang. In ihrer objektiven Bedeutung schützt sie die „institutionelle Eigenständigkeit“ der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung.³²⁸

Die so umschriebene Pressefreiheit ist demnach für alle Presseveröffentlichungen gewährt.³²⁹

Der Begriff „*Presse*“ ist weit und formal auszulegen; er kann nicht von einer - an welchen Maßstäben auch immer ausgerichteten - Bewertung des Druckerzeugnisses abhängig gemacht werden. Die Pressefreiheit ist mithin nicht auf die „seriöse“ Presse beschränkt.³³⁰ Das bedeutet nicht, dass es bei der Beurteilung eines konkreten Falles nicht auf dessen Besonderheiten ankommen kann, nur können diese erst und allein im Rahmen der Prüfung (zulässiger) rechtlicher Einschränkungen berücksichtigt werden.³³¹ Für die Bestimmung des Schutzbereichs der Pressefreiheit kommt es hiernach wesentlich darauf an, was notwendige Bedingung der Funktion einer freien Presse ist. Zu diesen Bedingungen gehört vor allem auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit.³³²

Dass der Schutz der Vertraulichkeit der gesamten Redaktionsarbeit notwendige Bedingung einer freien Presse ist, ergibt sich unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.³³³ Es wäre mit dem

³²⁷ BVerfGE 66, 116, 137 ff.

³²⁸ BVerfGE 10, 118, 121 st. Rspr.; vgl. etwa noch BVerfGE 62, 230, 243-Boykottaufforderung-Entscheidung; *Bethge* in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 65.

³²⁹ BVerfGE 25, 296, 307.

³³⁰ BVerfGE 34, 269, 283-Soraya-Entscheidung; vgl. auch BVerfGE 50, 234, 240; *Bethge* in: *Sachs*, GG, Art. 5, Rn. 68.

³³¹ BVerfGE 34, 269, 283.

³³² BVerfGE 20, 162, 176; BVerfGE 66, 116, 133; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 27.

³³³ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 27.

Grundrecht unvereinbar, wenn staatliche Stellen sich Einblick in die Vorgänge verschaffen dürften, welche zur Entstehung einer Zeitung oder Zeitschrift führen. In dieser Staatsgerichtetheit fällt die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit daher eindeutig in den Schutzbereich der Pressefreiheit.

In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere durch das *Cicero-Urteil*³³⁴ auf die Bedeutung hingewiesen, die dem Schutz der Informationsquellen für das Pressewesen zukommt und insofern das Redaktionsgeheimnis als durch die Pressefreiheit geschützt angesehen.³³⁵ Dem *Cicero-Urteil* lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Magazin für Politische Kultur Cicero veröffentlichte in seiner Ausgabe vom April 2005 einen Artikel des freien Journalisten Bruno Schirra mit dem Titel „Der gefährlichste Mann der Welt“, welcher sich mit dem Terroristen Abu Musab az-Zarqawi beschäftigte. In dem Artikel wurde ausführlich aus einem streng geheimen Auswertungsbericht des Bundeskriminalamtes zitiert. Nach der Veröffentlichung des Artikels leitete die Staatsanwaltschaft Potsdam ein Ermittlungsverfahren gegen den Journalisten Bruno Schirra sowie gegen den Chefredakteur des Cicero, Wolfram Weimer, wegen Beihilfe zur Verletzung des Dienstgeheimnisses gemäß §§ 353 b, 27 StGB ein. Ferner leitete die Staatsanwaltschaft Potsdam ein Ermittlungsverfahren gegen den unbekanntem Informanten wegen Verletzung des Dienstgeheimnisses gemäß § 353 b StGB ein. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens beantragte die Staatsanwaltschaft Potsdam beim Amtsgericht Potsdam eine Durchsuchungsanordnung der Redaktionsräume des Cicero sowie der Wohn-, Geschäfts- und Nebenräume des Journalisten Bruno Schirra gemäß §§ 102, 105 und 162 Abs. 1 Satz 2 StPO. Diese Durchsuchungsanordnung erließ das Amtsgericht Potsdam mit Beschluss vom 31. August 2005. Im Anschluss wurde bei der Durchsuchung der Redaktionsräume u. a. eine Festplatte beschlagnahmt, von welcher das Landeskriminalamt eine Kopie anfertigte. Gegen die Durchsuchungsanordnung legte Cicero Beschwerde beim Landgericht Potsdam ein, weil es in der Durchsuchungsanordnung des Amtsgerichts einen verfassungswidrigen Eingriff in die Pressefreiheit sah. Diese Beschwerde lehnte das Landgericht Potsdam ab, weil es keinen verfassungswidrigen Eingriff in die Pressefreiheit sah.

Unterdessen erließ das Amtsgericht Potsdam am 14. November 2005 eine Beschlagnahmeanordnung und konkretisierte somit die Durchsuchungsanordnung vom 31.

³³⁴ BVerfGE 117, 244-272-Cicero-Urteil.

³³⁵ BVerfGE 20, 162, 176, 187; BVerfGE 36, 193, 204; BVerfGE 50, 234, 240; BVerfGE 64, 108, 114 f.

August für die Kopie der Festplatte. Auch gegen diese legte Cicero aus demselben Grund Beschwerde zum Landgericht Potsdam ein. Bevor das Landgericht über diese Beschwerde entschied, löschte das Landeskriminalamt die Datenträgerkopie. Daher lehnte das Landgericht auch diese Beschwerde ab, da es die Beschwerde durch die Löschung der Datenträgerkopie als gegenstandslos bzw. erledigt erachtete, da sich die Beschwerde ja gegen die Beschlagnahme der Festplatte bzw. deren Kopie richtete.

Gegen die beiden Beschlüsse legte der Chefredakteur des Cicero Verfassungsbeschwerde ein. Über beide Beschwerden entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts am 27. Februar 2007. Die Verfassungsbeschwerden hatten Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige verfassungsrechtlich unzulässig seien, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln.

Für die Zukunft bedeutet das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes³³⁶ unter anderem dass, wenn Journalisten das Zeugnis über Inhalt und Quellen ihrer Informationen verweigern, weder Strafen noch prozessuale Zwangsmaßnahmen gegen sie angeordnet werden dürfen.

Was demgegenüber „Eingriffe“ gesellschaftlicher Kräfte oder Privater betrifft, so kann Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als subjektivem Recht keine der Staatsgerichtetheit entsprechende „Dritt-Gerichtetheit“ zukommen. Die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit gehört jedoch zu den Bedingungen einer freien Presse, die nicht nur durch den Staat, sondern auch durch gesellschaftliche Kräfte oder Private beeinträchtigt werden kann. Insoweit ist sie Bestandteil der Garantie der Eigenständigkeit der Presse als objektives Prinzip, das Auslegung und Anwendung der maßgeblichen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften bestimmt.

In Fällen der vorliegenden Art sind Schranken der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit, die durch allgemeine Gesetze gezogen sind, nicht erkennbar; auch mit dem Schutz der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre hat diese Ausformung der Pressefreiheit nichts zu tun. In Betracht zu ziehen sind indessen Schranken, die sich aus der Verfassung selbst ergeben: Es kommt darauf an, ob das Recht Dritter, eine Meinung frei zu äußern, und die Pressefreiheit als Recht, Meinungsäußerungen in einem Druckwerk zu publizieren (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), den verfassungsrechtlichen Schutz der Vertraulichkeit der Pressearbeit begrenzen kann.

Das setzt zunächst voraus, dass ein Bericht über die Redaktionskonferenz in den Schutzbereich der beiden Grundrechte fällt, die unter dem hier wesentlichen Aspekt den

³³⁶ BVerfGE 117, 244-272-Cicero-Urteil.

gleichen Inhalt haben, mithin nicht gesondert erörtert werden müssen. Solche Mitteilungen haben grundsätzlich am Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG teil.³³⁷ Von wesentlicher Bedeutung ist jedoch die Art der Beschaffung der Information, also die Täuschung über die Identität des Publizierenden in der Absicht, die so erlangten Informationen gegen die Geschädigte zu verwerten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob zwischen der Beschaffung der Information und deren späterer Verbreitung eine Handlungseinheit besteht, oder ob Beschaffung und Verbreitung voneinander zu trennen sind, weil in beiden Fällen die Konsequenzen für die Zulässigkeit der Verbreitung die gleichen sein müssen.³³⁸ Weder das Grundrecht der Freiheit der Meinungsäußerung noch die Pressefreiheit schützen die rechtswidrige Beschaffung von Informationen. Als eine solche hat der Bundesgerichtshof das Verhalten des Publizierenden in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise gewürdigt, indem er dieses als unzulässiges „Einschleichen“ und illegales Vorgehen gekennzeichnet hat. Ebenso wenig schützt das Grundrecht der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs.1 S. 1 2. Halbsatz GG) eine solche Beschaffung: Dieses gewährleistet nur das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.³³⁹

Daraus folgt, dass die Veröffentlichung rechtswidrig von der Presse erlangter Informationen immer einen Schadensersatz bzw. Unterlassungsanspruch der betroffenen Personen im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 1 i. V. m. 3 1004 BGB analog auslöst.

b) Verbreitung von Informationen, die von außerhalb der Presse stehenden Menschen erlangt wurden

Demgegenüber fällt die Verbreitung von anderen rechtswidrig erlangten Informationen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.³⁴⁰ Hierfür sprechen mehrere Gründe. Einmal wäre es wenig folgerichtig, ein Aussageverweigerungsrecht aus der Pressefreiheit abzuleiten, wenn diese nicht auch die Veröffentlichung dessen umfasst, was ein Informant auf rechtswidrige Weise erlangt und der Presse zugetragen hat. Zum anderen könnte die Kontrollaufgabe der

³³⁷ BVerfGE 61, 18 f.-Meinungsäußerung-im-Wahlkampf-Entscheidung.

³³⁸ BVerfGE 34, 269, 283; BVerfG, NJW 2004, 591.

³³⁹ BVerfGE 34, 269, 283; BVerfG, NJW 2004, 591.

³⁴⁰ BVerfGE 66, 116, 137; BVerfG, NJW 2004, 1855, 1858; BVerfG, ZUM 1999, 633-636; Jarass in : Jarass/Pieroth, GG, Art. 5, Rn. 27.

Presse leiden, zu deren Funktion es gehört, auf Missstände von öffentlicher Bedeutung hinzuweisen.³⁴¹

Das gleiche gilt für die Freiheit des Informationsflusses, die gerade durch die Pressefreiheit erhalten und gesichert werden soll. Unter diesem Gesichtspunkt, aber auch unter dem des Schutzes der Presse und ihrer Tätigkeit würde ein gänzlicher Ausschluss der Verbreitung rechtswidrig beschaffter Informationen aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG dazu führen, dass der Grundrechtsschutz von vornherein auch in Fällen entfiel, in denen auf diesen Schutz nicht verzichtet werden kann. Das ist bei der Vielfalt möglicher Fallgestaltungen nicht ausgeschlossen. Diese kann hinsichtlich des Inhalts der Information von der Aufdeckung eines schweren Verbrechens bis hin zur Veröffentlichung persönlicher Angelegenheiten eines Bürgers reichen. Ebenso kann es im Hinblick auf die Art der Erlangung der Information verschiedene Stufungen geben, einerseits etwa den vorsätzlichen Rechtsbruch, um die auf diese Weise verschaffte Information zu publizieren oder gegen hohes Entgelt weiterzugeben, andererseits die bloße Kenntniserlangung von einer rechtswidrig beschafften Information, bei der die Rechtswidrigkeit dieser Beschaffung möglicherweise auch bei Wahrung der publizistischen Sorgfaltspflicht nicht einmal erkennbar ist. Auch kann es eine Rolle spielen, in welchem Maße Rechte eines Betroffenen verletzt worden sind. Infolgedessen ist die Verbreitung auch rechtswidrig erlangter Informationen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einzubeziehen. Den Besonderheiten des konkreten Falles ist im Rahmen der Würdigung der Schrankenproblematik Rechnung zu tragen.³⁴²

Eine Beschränkung der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit kann sich in Fällen wie dem vorliegenden aus den §§ 823 und 826 i. V. m. § 1004 BGB ergeben. Diese Vorschriften sind allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. Soweit hiernach bei der Konkretisierung dieser Normen Art. 5 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist, wird der Stellenwert dieser Gewährleistung vor allem durch zwei Faktoren bestimmt. Auf der einen Seite kommt es auf den Zweck der strittigen Äußerung an: Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit kommt um so größeres Gewicht zu, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die

³⁴¹ BVerfGE 60, 234, 240 f.-Kredithaie-Entscheidung.

³⁴² BVerfGE 66, 116, 137; BGHZ 138, 311, 318; Jarass in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 27.

Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt.³⁴³ Auf der anderen Seite ist aber auch das Mittel von wesentlicher Bedeutung, durch welches ein solcher Zweck verfolgt wird, in Fällen der vorliegenden Art also die Veröffentlichung einer durch Täuschung widerrechtlich beschafften und zu einem Angriff gegen den Getäuschten verwendeten Information und nicht etwa nur die Verbreitung einer wertenden Äußerung. Ein solches Mittel indiziert in der Regel einen nicht unerheblichen Eingriff in den Bereich eines anderen, namentlich dann, wenn dieser wegen seiner Vertraulichkeit geschützt ist; darüber hinaus gerät es in einen schwerwiegenden Widerspruch mit der Unverbrüchlichkeit des Rechts, einer Grundvoraussetzung der Rechtsordnung. Bei dieser Sachlage hat die Veröffentlichung grundsätzlich zu unterbleiben. Der Geschädigte hat demnach grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz bzw. Unterlassung gemäß § 823 Abs. 1 bzw. § 823 Abs.1 i. V. m. § 1004 BGB analog.

Eine Ausnahme kann nur gelten, wenn die Bedeutung der Information für die Unterrichtung der Öffentlichkeit und für die öffentliche Meinungsbildung eindeutig die Nachteile überwiegt, welche der Rechtsbruch für den Betroffenen die (tatsächliche) Geltung der Rechtsordnung nach sich ziehen muss. Das wird in der Regel dann nicht der Fall sein, wenn die in der dargelegten Weise widerrechtlich beschaffte und verwertete Information Zustände oder Verhaltensweisen offenbart, die ihrerseits nicht rechtswidrig sind; denn dies deutet darauf hin, dass es sich nicht um Missstände von erheblichem Gewicht handelt, an deren Aufdeckung ein überragendes öffentliches Interesse besteht.

c) **Berichterstattung über eine Person vor breitem Publikum**

Bei der Berichterstattung über eine Person vor einem breiten Publikum entfaltet das Grundrecht der Pressefreiheit seine Wirkung im verstärkten Maße.³⁴⁴ Ein Paradebeispiel für eine solche Berichterstattung stellt der Bericht über ein gerichtliches Verfahren in Form eines Strafprozesses dar. In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes³⁴⁵ hatte dieses über eine Verfassungsbeschwerde zu entscheiden, in der sich der Beschwerdeführer gegen die Ablehnung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch zivilgerichtliche

³⁴³ BVerfGE 7, 198, 212, st. Rspr.; vgl. etwa noch BVerfGE 61, 1, 11; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 5, Rn. 57/58.

³⁴⁴ BVerfG, NJW 1993, 1463, 1464; OLG Hamburg, NJW-RR 1994, 1439; *Hager*, Jura 1995, 566, 569.

³⁴⁵ BVerfGE 35, 202, 226 ff; BVerfG, WRP 2001, 243, 255; BGH, VersR 1979, 520.

Entscheidungen richtet. Durch die begehrte einstweilige Verfügung sollte dem Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF) untersagt werden, ein von ihm produziertes Dokumentarspiel auszustrahlen, soweit darin der Beschwerdeführer dargestellt oder sein Name erwähnt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dieser Beschwerde stattgegeben und in Bezug auf eine öffentliche Berichterstattung über eine Straftat wichtige Grundsätze aufgestellt.³⁴⁶

Danach werde durch eine öffentliche Berichterstattung über eine Straftat unter Namensnennung, Abbildung oder Darstellung des Täters stets sein Persönlichkeitsbereich erheblich beeinträchtigt, weil sein Fehlverhalten öffentlich bekannt gemacht werde und seine Person in den Augen der Adressaten von vornherein negativ qualifiziert werde. Etwas anderes möge gelten, wenn die Berichterstattung gerade in der Absicht erfolge, Verständnis für den Täter zu erwecken, etwa um eine Wiederaufnahme des Verfahrens, einen Gnadenakt oder eine sonstige Hilfe zu erreichen. Lasse man die Möglichkeit einer zusätzlichen Beeinträchtigung durch die jeweilige Art und Weise der Darstellung (Polemik, Verfälschung) außer Betracht, so bedeute auch eine um Objektivität und Sachlichkeit bemühte Berichterstattung durch das Fernsehen laut Bundesverfassungsgericht³⁴⁷ in der Regel einen weitaus stärkeren Eingriff in die private Sphäre als eine Wort- oder Schriftberichterstattung in Hörfunk oder Presse. Dies folge zunächst aus der stärkeren Intensität des optischen Eindrucks und der Kombination von Bild und Ton, vor allem aber aus der ungleich größeren Reichweite, die dem Fernsehen auch im Verhältnis zu Film und Theater eine Sonderstellung einräume. Es bestehe daher besonderer Anlass, auf eine Wahrung der vom Recht gesetzten Schranken zu achten und einem Missbrauch des leichter verletzbar gewordenen Persönlichkeitsrechts vorzubeugen. Das Recht dürfe sich in diesem Punkt der technischen Entwicklung nicht beugen.³⁴⁸ Fernsehberichte ermöglichten aber im Allgemeinen ein intensives Nacherleben unter Betonung der emotionalen Komponente. So rief die Darstellung einer schweren Straftat insbesondere durch Dokumentarspiele normalerweise beim Zuschauer stärkere und auch nachhaltigere Reaktionen gegen die dargestellten Straftäter hervor als eine reine Wort-Bild-Berichterstattung.

Der in dieser Sache durch das Bundesverfassungsgericht herangezogene Sachverständige führte aus, dass der Zuschauer in der Bundesrepublik dem Fernsehen im Durchschnitt weniger kritisch gegenüber stehe als anderen Massenmedien; nach Meinungsumfragen

³⁴⁶ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfGE NJW 2003, 2523-2524; BVerfGE, NJW 2006, 2835-2836.

³⁴⁷ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfGE NJW 2003, 2523-2524; BVerfGE, NJW 2006, 2835-2836.

³⁴⁸ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; so auch BGH, NJW 1966, 2353, 2354.

genossen Fernsehsendungen mit Abstand die größte Glaubwürdigkeit. Soweit dabei im Einzelnen Differenzierungen geboten seien, könnten bei einem Dokumentarspiel sowohl wegen der erwähnten emotionalen Komponente als auch wegen des Unterhaltungscharakters nicht ein besonders kritisch eingestelltes Publikum vorausgesetzt werden. Zuschauer, die nicht schon eine fixierte Auffassung zu dem dargestellten Ereignis und der vorgestellten einzelnen Person hätten, würden dazu neigen, die realistische Darstellung des Dokumentarspiels mit der Wirklichkeit zu verwechseln und die Interpretation des Geschehens durch die Sendung als richtige, objektive Bewertung zu übernehmen. Schließlich trete beim Fernsehen verstärkt das auch bei anderen Kommunikationsmitteln zu beobachtende Problem der „selektiven Wahrnehmung“ auf. Damit sei die Tendenz des Zuschauers gemeint, aus dem Kommunikationsangebot unbewusst nur die den eigenen Auffassungen oder Voreingenommenheiten entsprechenden Aussagen auszuwählen und wahrzunehmen. Wie der Sachverständige weiter näher dargelegt, trügen die Massenmedien insoweit erheblich dazu bei, vorhandene – bewusste oder unbewusste – allgemeine Einstellungen zu verfestigen.³⁴⁹ Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies laut Bundesverfassungsgericht,³⁵⁰ dass die Darstellung von kriminellen oder homosexuellen Personen in einem Dokumentarspiel die überwiegend vorhandene allgemeine Ablehnung solcher sozialen Außenseiter verstärken und auch dadurch zu einer ungünstigen Gesamtbeurteilung der dargestellten Einzelperson führen könne.

Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Fernsehberichterstattung über eine Straftat unter Namensnennung, Abbildung oder Darstellung des Täters, besonders in der Form eines Dokumentarspiels, regelmäßig einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen bedeuten wird. Auf der anderen Seite sprechen laut Bundesverfassungsgericht³⁵¹ aber auch erhebliche Erwägungen für eine auch die Person des Täters einbeziehende vollständige Information der Öffentlichkeit über vorgefallene Straftaten und die zu ihrer Entstehung führenden Vorgänge. Auch Straftaten gehören zunächst zum Zeitgeschehen, dessen Vermittlung Aufgabe der Medien überhaupt ist. Weiter begründen die Verletzung der allgemeinen Rechtsordnung, die Beeinträchtigung von Rechtsgütern der betroffenen Bürger oder der Gemeinschaft, die Sympathie mit den Opfern und ihren Angehörigen, die Furcht vor

³⁴⁹ BVerfGE 35, 202, 226 ff.

³⁵⁰ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfG, WRP 2001, 243, 255; BGH, VersR 1979, 520.

³⁵⁰ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfG, NJW 2003, 2523, 2524; BVerfG, NJW 2006, 2835, 2836.

³⁵¹ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfG, WRP 2001, 243, 255; BGH, VersR 1979, 520.

³⁵¹ BVerfGE 35, 202, 226 ff.; BVerfG, NJW 2003, 2523, 2524; BVerfG, NJW 2006, 2835, 2836.

Wiederholungen solcher Straftaten und das Bestreben, dem vorzubeugen, ein durchaus anzuerkennendes Interesse an näherer Information über Tat und Täter. Dieses wird umso stärker sein, je mehr die Straftat sich durch die Besonderheit des Angriffsobjekts, die Art der Begehung oder die Schwere der Folgen über die gewöhnliche Kriminalität heraushebt. Bei schweren Gewaltverbrechen gibt es daher neben allgemeiner Neugier und Sensationslust ernst zunehmende Gründe für das Interesse an Information darüber, wer die Täter waren, welche Motive sie hatten, was geschehen ist, um sie zu ermitteln und zu bestrafen und um gleichartige Delikte zu verhüten. Dabei wird zunächst der Wunsch nach Kenntnis der reinen Tatsachen im Vordergrund stehen, während mit zunehmendem zeitlichem Abstand das Interesse an einer tiefer greifenden Interpretation der Tat, ihrer Hintergründe und gesellschaftsbedingten Voraussetzungen Bedeutung gewinnt. Nicht zuletzt fällt das legitime demokratische Bedürfnis nach Kontrolle der für die Sicherheit und Ordnung zuständigen Staatsorgane und Behörden, der Strafverfolgungsbehörden und der Strafgerichte maßgebend ins Gewicht.³⁵²

Wägt man das umschriebene Informationsinteresse an einer entsprechenden Berichterstattung im Fernsehen generell gegen den damit zwangsläufig verbundenen Einbruch in den Persönlichkeitsbereich des Täters ab, so verdient für die aktuelle Berichterstattung über Straftaten das Informationsinteresse im allgemeinen den Vorrang. Wer den Rechtsfrieden bricht, durch diese Tat und ihre Folgen Mitmenschen oder Rechtsgüter der Gemeinschaft angreift oder verletzt, muss sich nicht nur den hierfür in der Rechtsordnung verhängten strafrechtlichen Sanktionen beugen. Er muss grundsätzlich auch dulden, dass das von ihm selbst durch seine Tat erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit in einer nach dem Prinzip freier Kommunikation lebenden Gemeinschaft auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird. Im Übrigen wirkt die hiermit gewährleistete Kontrolle der Strafverfolgung und des strafgerichtlichen Verfahrens auch zugunsten des Täters. Freilich gilt dieser Vorrang des Informationsinteresses nicht schrankenlos. Die zentrale verfassungsrechtliche Bedeutung des Persönlichkeitsrechts verlangt neben der Rücksicht auf den unantastbaren innersten Lebensbereich die strikte Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Der Einbruch in die persönliche Sphäre darf nicht weiter gehen, als eine angemessene Befriedigung des Informationsinteresses dies erfordert, und die für den Täter entstehenden Nachteile müssen im

³⁵² BVerfG, WRP 2001, 243, 255; BVerfGE 35, 202, 226 ff; BVerfG, NJW 2003, 2523, 2524; BVerfG, NJW 2006, 2835, 2836.

rechten Verhältnis zur Schwere der Tat oder ihrer sonstigen Bedeutung für die Öffentlichkeit stehen. Danach ist eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation der Täter keineswegs immer zulässig. Dies wird in Fällen sog. kleiner Kriminalität oder bei Jugendlichen von den Kommunikationsorganen in der Praxis überwiegend beachtet. Als Anhaltspunkt dafür, ob für die Namensnennung ein überwiegendes öffentliches Informationsinteresse besteht, wird die Einordnung als Verbrechen oder Vergehen vorgeschlagen.³⁵³ Indes wird man die Nennung des vollen Namens auf Fälle zu beschränken haben, in denen es um Kapitalverbrechen geht.³⁵⁴ Tatopfer und Zeugen genießen vollständigen Schutz, weil und soweit sie ohne ihr eigenes Zutun in die Straftat verwickelt wurden.³⁵⁵ Auch die bis zur rechtskräftigen Verurteilung zugunsten des Angeschuldigten geltende Vermutung seiner Unschuld³⁵⁶ gebietet eine entsprechende Zurückhaltung, mindestens eine angemessene Berücksichtigung der zu seiner Verteidigung vorgetragenen Tatsachen und Argumente.

Auf der anderen Seite rechtfertigt die aktuelle Berichterstattung über eine schwere Straftat nicht allein die Namensnennung und Abbildung des Täters, sie schließt grundsätzlich auch sein persönliches Leben ein, soweit es in unmittelbarer Beziehung zur Tat steht, Aufschlüsse über die Motive oder andere Tatvoraussetzungen gibt und für die Bewertung der Schuld des Täters aus der Sicht des modernen Strafrechts als wesentlich erscheint. Wo danach konkret die Grenze für das grundsätzlich vorgehende Informationsinteresse an der aktuellen Berichterstattung zu ziehen ist, lässt sich nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles entscheiden. Hier erwächst den für die Veranstaltung von Fernsehsendungen zuständigen Gremien und Personen im Hinblick auf die eingangs geschilderte mögliche „Prangerwirkung“ disqualifizierender Darstellungen eine besondere Verantwortung, der sie unter Berücksichtigung der sozialen Machtposition, die den Fernsehanstalten kraft ihrer Monopolstellung und ihres technischen und finanziellen Potentials im Verhältnis zum betroffenen Einzelnen zukommt, entsprechen müssen. Die Ausstrahlungswirkung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit lässt es jedoch nicht zu, dass die Kommunikationsmedien sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befassen. Vielmehr gewinnt nach

³⁵³ Wenzel, S. 559 ff.

³⁵⁴ BVerfGE 35, 202, 230 f.; BVerfG, NJW 1993, 1463, 1464.

³⁵⁵ Wenzel, S. 516; Ehmman in: Erman, BGB Kommentar, Anh. zu § 12, Rn. 177.

³⁵⁶ Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 BGBl. 1952 II S. 686.

Befriedigung des aktuellen Informationsinteresses grundsätzlich sein Recht darauf, „allein gelassen zu werden“, zunehmende Bedeutung und setzt dem Wunsch der Massenmedien und einem Bedürfnis des Publikums, seinen individuellen Lebensbereich zum Gegenstand der Erörterung oder gar der Unterhaltung zu machen, Grenzen. Auch der Täter, der durch eine schwere Straftat in das Blickfeld der Öffentlichkeit getreten ist und die allgemeine Missachtung erweckt hat, bleibt dennoch ein Glied dieser Gemeinschaft mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Schutz seiner Individualität. Hat die das öffentliche Interesse veranlassende Tat mit der Strafverfolgung und strafgerichtlichen Verurteilung die im Interesse des öffentlichen Wohls gebotene gerechte Reaktion der Gemeinschaft erfahren und ist die Öffentlichkeit hierüber hinreichend informiert worden, so lassen sich darüber hinausgehende fortgesetzte oder wiederholte Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich des Täters in der Regel nicht rechtfertigen.³⁵⁷

Die zeitliche Grenze zwischen der grundsätzlich zulässigen aktuellen Berichterstattung und einer unzulässigen späteren Darstellung oder Erörterung lässt sich nicht allgemein, jedenfalls nicht mit einer nach Monaten und Jahren für alle Fälle fest umrissenen Frist fixieren. Das entscheidende Kriterium liegt darin, ob die betreffende Berichterstattung gegenüber der aktuellen Information eine erhebliche neue oder zusätzliche Beeinträchtigung des Täters zu bewirken geeignet ist. Demgemäß bildet der Erlass des letztinstanzlichen Strafurteils oder der Zeitpunkt seiner Rechtskraft keine feste Grenze, zumal da das aktuelle Informationsinteresse auch die zusammenhängende Darstellung der Tat, ihrer Entstehungsursachen und Hintergründe einschließt, die unter Umständen den vollständigen Abschluss des Strafverfahrens und weitere Nachforschungen voraussetzt. Freilich sind auch solche Gesamtdarstellungen und -interpretationen alsbald nach dem Ende des Strafverfahrens oder jedenfalls in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang damit möglich, wie Presse, Hörfunk und Fernsehen oft bewiesen haben. Die Tilgung einer Vorstrafe im Bundeszentralregister und das Verwertungsverbot des § 51 BZRG stellen nach der zivilgerichtlichen Rechtsprechung ein weiteres Kriterium der Beurteilung der Zulässigkeit der Berichterstattung über eine Straftat dar.³⁵⁸ Diese Grundsätze sind in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung übernommen worden.³⁵⁹

³⁵⁷ BVerfGE 35, 202, 230f; BVerfG, NJW 1993, 1463, 1464.

³⁵⁸ OLG Köln, AfP 1975, 866; OLG Frankfurt, NJW 1976, 1410.

³⁵⁹ OLG Hamburg, AfP 1976, 137, 138; OLG Köln, NJW 1987, 1418; OLG München, AfP 1981, 360 f.

Nicht nur der Straffällige muss auf die Rückkehr in die freie menschliche Gesellschaft vorbereitet werden; diese muss ihrerseits bereit sein, ihn wieder aufzunehmen. Verfassungsrechtlich entspricht diese Forderung dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist. Als Träger der aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte muss der verurteilte Straftäter die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen. Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG. Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind. Dazu gehören auch die Gefangenen und Entlassenen. Nicht zuletzt dient die Resozialisierung dem Schutz der Gemeinschaft selbst: diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, dass der Täter nicht wieder rückfällig wird und erneut seine Mitbürger oder die Gemeinschaft schädigt. Die Durchführung der Resozialisierung erfordert zunächst, durch eine entsprechende Einwirkung auf den Verurteilten die inneren Voraussetzungen für eine spätere straffreie Lebensführung zu schaffen. Für die kriminaltherapeutische Behandlung ist davon auszugehen, dass es sich bei dem zu Freiheitsstrafen Verurteilten vielfach um hochgradig labile, selbstunsichere oder sogar psychisch gestörte Personen handelt. Gerade deren Resozialisierung kann jedoch erst gelingen, wenn auch die äußeren Bedingungen dafür geschaffen werden, dass der Straffällige sich nach seiner Entlassung in die normale freie Gesellschaft eingliedert. Neben einer angemessenen Hilfe von Seiten des Staates³⁶⁰ kommt es namentlich in diesem Stadium auf die Mitwirkung der Gesellschaft an. Die erneute bildhafte Konfrontation mit der Tat wirft ihn gewissermaßen auf den Stand zur Tatzeit zurück und gibt ihm die entmutigende Überzeugung, dass die Umwelt ihn trotz aller seiner Bemühungen noch immer als den Täter von damals ansieht. Von dieser Darstellung durch das Fernsehen wird die Einstellung der Umwelt gegenüber den Entlassenen durch Fernsehberichterstattung über die Tat, namentlich in Form eines Dokumentarspiels ungünstig beeinflusst. Ferner kommt hinzu, dass die Notwendigkeit, dem Straftatlassenen von Seiten der Gesellschaft bei der Wiedereingliederung zu helfen, in weiten Kreisen der Bevölkerung noch nicht hinreichend

³⁶⁰ BVerfGE 35, 202-245-Lebach-Urteil.

erkannt und akzeptiert worden ist. Die von der konkreten Fernsehsendung ausgehende nachteilige Wirkung wird insoweit durch die vorhandene allgemeine Abwehrhaltung gegenüber Straftätern verstärkt. Zugleich kann eine solche Sendung auch beim Täter selbst die im Strafvollzug vielleicht mühsam erreichte innere Stabilisierung zerstören oder in Frage stellen.³⁶¹

Von dieser Erkenntnis ausgehend, hat der Deutsche Presserat auf Anregung des Bundespräsidenten am 28. September 1971 empfohlen, Namen von Strafgefangenen oder nähere Hinweise nicht zu veröffentlichen, die Rückschlüsse auf entlassene Häftlinge, ihre Familien oder den Entlassungsort zulassen. Insgesamt ist somit eine wiederholte, nicht mehr durch das aktuelle Informationsinteresse gedeckte Fernsehberichterstattung über eine schwere Straftat jedenfalls dann unzulässig, wenn sie die Resozialisierung des Täters gefährdet. Die für die soziale Existenz des Täters lebenswichtige Chance, sich in die freie Gesellschaft wieder einzugliedern, und das Interesse der Gemeinschaft an seiner Resozialisierung gehen grundsätzlich dem Interesse an einer weiteren Erörterung der Tat vor. Allgemein gilt, je mehr eine Sendung das Typische einer Straftat zum Gegenstand hat, umso weniger wird sie einer Identifizierung der Täter bedürfen. Eine Gefährdung der Resozialisierung ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine den Täter identifizierende Sendung nach seiner Entlassung oder in zeitlicher Nähe zu der bevorstehenden Entlassung ausgestrahlt werden soll. Hierfür ist zu berücksichtigen, dass eine zeitige Freiheitsstrafe schon nach Verbüßung der Hälfte der Strafzeit unter den in § 26 Abs. 2 StGB geregelten Voraussetzungen zur Bewährung ausgesetzt werden kann und nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafzeit unter den in § 26 Abs. 1 StGB geregelten Voraussetzungen auszusetzen ist. In diesen Fällen besteht ein Schadensersatzanspruch bzw. ein Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 BGB.

d) Gegenäußerungen in der Presse

Die Gegenäußerung in der Presse stellt bei der Kollision von der Pressefreiheit bzw. der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen Spezialfall dar. Hier hat die Rechtsprechung ihre Grundsätze zur Lösung der Kollision der Grundrechte im Laufe der

³⁶¹ BVerfGE 35, 202, 230f; BVerfG, NJW 1993, 1463, 1464.

Zeit verändert. 1961 hat das Bundesverfassungsgericht in der *Schmid-Entscheidung* die sog. Gegenschlagthese entwickelt.³⁶² Der *Schmid-Entscheidung* liegt die strafrechtliche Verurteilung eines Präsidenten eines Oberlandesgerichts wegen des von ihm erhobenen Vorwurfs zugrunde, eine Wochenzeitschrift betriebe eine die Pornographie vergleichbare geistige Enthüllung als Reizmittel für die Leserschaft, ihre Stellungnahmen zu seiner Person seien bössartiger Klatsch, und zwar publiziert als Reaktion auf die vorangegangene Unterstellung, der Präsident des Oberlandesgerichts habe eine Neigung zum Kommunismus. Dazu stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass nur die freie öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung, die freie Bildung der öffentlichen Meinung sichere, die sich im freiheitlich demokratischen Staat notwendig "pluralistisch" im Widerstreit verschiedener und aus verschiedenen Motiven vertretener, aber jedenfalls in Freiheit vorgetragener Auffassungen, vor allem in Rede und Gegenrede vollziehe. Jedem Staatsbürger sei durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teilzunehmen. Die Presse sei neben Rundfunk und Fernsehen das wichtigste Instrument der Bildung der öffentlichen Meinung; die Pressefreiheit genieße deshalb gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG spezifischen Grundrechtsschutz. Ein Angriff in der Presse trage stets zur Bildung einer öffentlichen Meinung bei, so dass – weil Art. 5 Abs. 1 GG die freie Diskussion und die freie Bildung öffentlicher Meinung gewährleiste – die adäquate Reaktion ebenfalls die Einwirkung auf die öffentliche Meinung, d. h. also eine Erwiderung in der Presse sei.

In der *Tonträger-Entscheidung*³⁶³ hat das Bundesverfassungsgericht 1969 das Recht auf einen Gegenschlag noch dahingehend erweitert, dass Äußerungen grundsätzlich zulässig sind, wenn es sich um eine adäquate Reaktion auf einen anderen Vorgang handelt. Danach ist die Verknüpfung von Anlass und Reaktion in einem schwebenden Meinungskampf nicht auf gegenseitige Beleidigungen beschränkt. Da es der Sinn jeder zur Meinungsbildung beitragenden öffentlichen Äußerung sei, Aufmerksamkeit zu erregen, seien angesichts der heutigen Reizüberflutung aller Art einprägsame, auch starke Formulierungen hinzunehmen. Setzen sie den davon Betroffenen in seiner Ehre herab, so seien sie jedenfalls dann noch rechtmäßig, wenn sie gemessen an den von der Gegenseite erhobenen Ansprüchen oder aufgestellten Behauptungen nicht unverhältnismäßig erscheinen.

³⁶² BVerfG, NJW 1961, 819; BVerfG, NJW 1969, 227-Tonträger-Entscheidung; BVerfGE 12, 113, 125.

³⁶³ BVerfG, NJW 1969, 227-Tonträger-Entscheidung.

Das Recht auf Gegenschlag hat in starkem Maße Eingang in die Rechtsprechung der Fachgerichte gefunden. So hat der Bundesgerichtshof in der *Dreckschleuder-Entscheidung*³⁶⁴ ausgesprochen, dass Einschränkungen des Persönlichkeitsschutzes insbesondere zu vertreten seien, wenn es dem Kritiker darauf ankomme, einen Angriff auf die von ihm vertretene Auffassung abzuwehren, den er aus seiner Sicht nach Tendenz und Aufmachung als unangemessen oder anstößig empfinden konnte. Unter dieser Voraussetzung sei in Kauf zu nehmen, dass das Recht dem Betroffenen Schutz nicht gegenüber jeder unangemessenen scharfen Meinungsäußerung gewähre. Ob die frühere Äußerung des Angreifers in objektiver Sicht durch berechnete Interessen gedeckt oder unzulässig gewesen sei, ist nicht entscheidend. Es komme vielmehr darauf an, welche Wirkungen die Auseinandersetzung habe. Dabei könne es auch bedeutsam sein, ob sie sich über einen längeren Zeitraum hinweg derart verschärft habe, dass beim angesprochenen Publikum eine Reizabstumpfung und eine Gewöhnung an einem extrem harten Stil eingetreten sei. Auch in solchen Situationen müsse die Möglichkeit bestehen seine Meinung wirksam zu äußern, sich also der Abstumpfung durch entsprechende Formulierungen anzupassen.³⁶⁵

Der Bundesgerichtshof hat ferner geäußert, dass das Recht auf Gegenschlag eine unmittelbar vorausgegangene Beleidigung nicht voraussetze.³⁶⁶

Der Kritisierende brauche auch nicht selbst vom Kritisierten angegriffen worden zu sein. Wer Kritik dadurch auf sich lenke, dass er in der Öffentlichkeit zu Grundfragen des Gemeinschaftslebens betont Stellung beziehe, müsse unter Umständen ebenfalls eine scharfe, übersteigerte Kritik an seiner Person durch seine Gegner hinnehmen, die sich in ihrer entgegen gesetzten Grundeinstellung angegriffen fühlen und seinen Standpunkt als unangemessen oder anstößig empfinden können.³⁶⁷ Auch sonstiges, zu Kritik herausforderndes Verhalten kann laut Bundesverfassungsgericht ausreichen, um das Recht zu begründen, darauf entsprechend zu reagieren.³⁶⁸ Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes wurde es von Oberlandesgerichten für zulässig erachtet, jemanden als „geschickten Erpresser“³⁶⁹ zu bezeichnen. Das OLG Hamburg ließ die Behauptung zu, eine Frau betreibe „Hurerei“, weil sie per Zeitungsinsert Sexualpartner gesucht und ihre

³⁶⁴ BGH, GRUR 1971, 529-Dreckschleuder-Entscheidung.

³⁶⁵ BGH, NJW 1971, 1655-Sabotage-Entscheidung.

³⁶⁶ BGH, NJW 1971, 1655-Sabotage-Entscheidung.

³⁶⁷ BGH, NJW 1974, 1762-Deutschlandstiftung-Entscheidung.

³⁶⁸ BVerfG, NJW 1980, 2069-Kunstkritiker-Entscheidung.

³⁶⁹ OLG Köln, AfP 1971, 170.

Erlebnisse in Gedichten und in einer Fernsehsendung als angenehm und nachahmenswert geschildert hatte.³⁷⁰

Dennoch hat das Recht auf Gegenschlag letztlich an Bedeutung verloren. Maßgeblich für diese Entwicklung ist die *Kunstkritiker-Entscheidung* des Bundesverfassungsgericht von 1980.³⁷¹ Das Bundesverfassungsgericht stellt zwar auch in dieser Entscheidung darauf ab, dass derjenige, der im öffentlichen Meinungskampf zu einem abwertenden Urteil Anlass gegeben habe, eine scharfe Reaktion grundsätzlich auch dann hinnehmen müsse, wenn sie sein Ansehen mindere.³⁷² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist die Verknüpfung von Anlass und Reaktion in einem schwebenden Meinungskampf nicht auf gegenseitige Beleidigungen beschränkt. Weitergehend stellt das Bundesverfassungsgericht aber in dieser Entscheidung fest, dass maßgeblich darauf abzustellen ist, ob und in welchem Ausmaß der von herabsetzenden Äußerungen Betroffene seinerseits an dem von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilgenommen, sich damit aus eigenem Entschluss den Bedingungen des Meinungskampfes unterworfen und sich durch dieses Verhalten eines Teils seiner schützenswerten Privatsphäre begeben hat. Damit hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass allein die freiwillige Teilnahme am Meinungskampf ausreiche, um auch scharfe Kritik hinnehmen zu müssen.³⁷³

Immer noch wichtig ist die Gegenschlagthese für das Recht der Selbstverteidigung. Die Rechtsprechung geht aufgrund des Rechtes auf Gegenschlag davon aus, dass der in der Öffentlichkeit Angegriffene ohne Rücksicht auf den objektiven Wahrheitsgehalt der widersprechenden Darstellungen des Angreifers eine eigene Sachdarstellung abgeben kann. Dem Angegriffenen muss die Möglichkeit gegeben werden, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu leugnen, was die Bezeichnung der kritischen Darstellung als unwahr unvermeidlich macht.³⁷⁴ Das Recht hierzu folgt daraus, dass der mündige und zum eigenen Urteil im Kampf der Meinungen aufgerufenen Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig ist, zu erkennen, was von einer Kritik zu halten ist, die auf eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art die Gegenmeinung angreift. Gegenüber diesem „Wagnis der Freiheit“³⁷⁵ ist es hinzunehmen, dass das Recht dem

³⁷⁰ OLG Hamburg, AfP 1974, 128.

³⁷¹ BVerfG, NJW 1980, 1069-Kunstkritiker-Entscheidung.

³⁷² Auch schon BVerfGE 12, 113; BVerfG 24, 278, 286-Tonträger-Entscheidung.

³⁷³ BVerfG, NJW 1980, 2069-Kunstkritiker-Entscheidung.

³⁷⁴ OLG Köln, AfP 1991, 438; OLG Stuttgart, AfP 1975, 25.

³⁷⁵ BVerfG, NJW 1980, 2069-Kunstkritiker-Entscheidung.

Betroffenen nicht gegenüber jeder unangemessenen scharfen Meinungsäußerung Schutz gewährt. Dabei sind solche Einschränkungen des Rechtsschutzes besonders dann zu vertreten, wenn es dem Kritiker darum geht, einen Angriff auf die von ihm vertretene Auffassung abzuwehren, den er aus seiner Sicht nach Tendenz und Aufmachung als unangemessen oder anstößig empfinden konnte.³⁷⁶ Es würde eine Schmälerung der Rechte des Angegriffenen bedeuten, diesen in einer derartigen Gegenschlagsituation für seine Entgegnung auf den Rechtsweg zu verweisen, weil er dadurch daran gehindert wäre, sich im Rahmen der Meinungsbildung der Presse über seine Person in der Öffentlichkeit schon im frühest möglichen Stadium Gehör zu verschaffen.

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit hat allerdings nicht nur allgemeine Auswirkungen auf die Grundsätze zur Kollision von den Grundrechten der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsgrundrecht, sondern auch ganz konkret auf die Rechtsfortbildung im Hinblick auf eine schadensrechtliche Norm, § 824 BGB.

6. Exkurs: Einwirkungen der Meinungsfreiheit auf § 824 BGB

§ 824 BGB ist der einzige spezifisch äußerungsrechtliche Tatbestand des Deliktsrechts. In § 824 BGB heißt es:

(I) Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss.

(II) Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, wird dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

Durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit hat sich die

³⁷⁶ BVerfGE 12, 113; BVerfG, NJW 1961, 819; BVerfG, NJW 1969, 227-Tonträger-Entscheidung.

rechtliche Bedeutung des § 824 BGB verändert. Ursprünglich war § 824 BGB die Hauptanspruchsstütze gegenüber Unwahrheiten im wirtschaftlichen Bereich. Zeitweilig ist seine Bedeutung dadurch verdrängt worden, dass der Bundesgerichtshof in der *Constanze-Entscheidung*³⁷⁷ davon ausgegangen ist, auch gewerbestörende Werturteile seien als Eingriffe in das Recht am Unternehmen grundsätzlich rechtswidrig. Das Erstreiten von Unterlassungsurteilen war dadurch so einfach geworden, dass § 824 BGB keine eigenständige Bedeutung mehr besaß.³⁷⁸ Inzwischen ist aber aufgrund der *Höllenfleur-Entscheidung*³⁷⁹ anerkannt, dass das Recht am Unternehmen nur noch als bloßer Auffangtatbestand fungiert, bei dem die Rechtswidrigkeit ebenso wie beim Persönlichkeitsrecht nicht aus der Tatbestandsmäßigkeit, sondern erst aus der zu missbilligenden Art der Schädigung abzuleiten ist. Durch die *Höllenfleur-Entscheidung* des Bundesgerichtshofs hat § 824 BGB seine ursprüngliche Bedeutung als Hauptanspruchsstütze gegenüber Unwahrheiten im wirtschaftlichen Bereich zurückerhalten.

Nach § 824 Abs. 2 BGB ist eine Haftung nach § 824 BGB ausgeschlossen, wenn dem Mitteilenden die Unwahrheit der Mitteilung unbekannt ist und er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.

Immer wieder wurde § 824 Abs. 2 BGB durch die Rechtsprechung eingeschränkt. Zunächst hat die Rechtsprechung den *dolus eventualis* dem *dolus directus* im Falle des § 824 Abs. 2 BGB gleichgestellt. Sie ging also davon aus, dass der Haftungsausschluss entfällt, wenn der Mitteilende vorhandene Zweifel verschweigt.³⁸⁰ Der Bundesgerichtshof hat darüber hinaus entschieden, dass § 824 Abs. 2 BGB die Haftung allenfalls bei leichter Fahrlässigkeit ausschließe.³⁸¹

Ferner hat sich die Frage ergeben, ob die Annahme, § 824 Abs. 2 BGB schließe die Haftung trotz Fahrlässigkeit aus, in allen Fällen gerechtfertigt ist. Diskutiert wurde, ob § 824 Abs. 2 BGB auch bei fahrlässig unwahren Behauptungen eingreift, wenn sie öffentlich durch Medien verbreitet werden. Zunächst wurde ein Haftungsausschluss in diesen Fällen bejaht, da davon ausgegangen wurde, dass berechnete Interessen im Sinne von § 824 Abs. 2 BGB durch den Behauptenden nur wahrgenommen werden könnten, wenn es sich um eigene oder ihm nahe

³⁷⁷ BGH, NJW 1952, 660-Constanze-Entscheidung.

³⁷⁸ Wenzel. S. 240.

³⁷⁹ BGH, NJW 1966, 1617-Höllenfleur-Entscheidung.

³⁸⁰ BGH, MDR 1958, 335.

³⁸¹ BGH, NJW 1978, 210; BGHZ 1966, 182; BGH, NJW 1966, 2011; BGH, NJW 1970, 187, 189.

angehende Angelegenheiten handele.³⁸² Die Presse konnte nach dieser Auffassung nur dann gerechtfertigt veröffentlichen, wenn ein Interesse des Redakteurs bestand, das diesen persönlich anging.

Durch die Einführung des Grundgesetzes und damit des Art. 5 Abs. 1 GG wurde anerkannt, dass nicht nur die Presse, sondern jedermann das Recht hat, sich frei zu allgemein interessierenden Fragen zu äußern. Angesichts der grundsätzlichen Meinungsfreiheit konnte der Begriff der Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 824 Abs. 2 BGB nicht mehr aufrechterhalten werden. § 824 Abs. 2 BGB stellt nunmehr genau wie § 193 StGB einen Rechtfertigungsgrund im Bereich des Ehrschutzes dar. Die fahrlässige Verbreitung von unwahren Tatsachenbehauptungen durch die Presse ist nach der neuen Rechtsprechung gemäß § 824 Abs. 2 BGB gerechtfertigt, wenn ein Presseorgan über Angelegenheiten, an denen ein ernsthaftes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, berichtet.³⁸³

Diese Freiheit der Presse wurde jedoch dahingehend eingeschränkt, dass die Presse ihrer Pflicht zur Überprüfung der Wahrheit der Information nachgekommen sein muss. Zwar sei im Rahmen dieser Vorschriften, die dem Güter- und Interessenkonflikt zwischen den schutzwürdigen Belangen des Betroffenen und dem Interesse an freier Kommunikation Rechnung tragen, insbesondere auch die gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk zu beachten. Das Grundrecht des Art. 5 GG vermöge aber die Rundfunkanstalt nicht von der Pflicht zu sorgfältiger Prüfung des Wahrheitsgehaltes ihrer Sendungen zu entbinden.³⁸⁴ Unrichtige Informationen seien auch unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut, da sie der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Aufgabe zutreffender Meinungsbildung nicht dienen könnten.³⁸⁵ Deshalb würden unwahre Mitteilungen grundsätzlich weder durch Art. 5 GG noch durch die §§ 824 Abs. 2 BGB, 193 StGB gedeckt, sofern der Berichterstattung nicht ausnahmsweise hinreichend sorgfältige Recherchen zugrunde liegen.³⁸⁶

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass Art. 5 GG die Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB, 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 BGB und § 824 BGB einschneidend geprägt hat. Die Grundsätze,

³⁸² RGSt 36, 422.

³⁸³ BGHZ 31, 308, 312 f.

³⁸⁴ BGHZ 31, 308, 312 f.

³⁸⁵ BVerfG, NJW 1980, 2072, 2073; BGHZ 31, 308, 313; BVerfG, NJW 1980, 2072, 2073; *Mertens* in: *Rebmann* (Hrsg.), *MünchKomm*, Bd. 5, § 824, Rn. 40 ff.

³⁸⁶ BGHZ 31, 308, 313; BVerfG, NJW 1980, 2072, 2073; *Mertens* in: *Rebmann* (Hrsg.), *MünchKomm*, Bd. 5, § 824, Rn. 40 ff.

die die Rechtsprechung zur Kollision von Art. 5 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gebildet hat, beherrschen bis heute die Entscheidung, ob der Geschädigte einen schadensrechtlichen Anspruch gegen den Schädiger geltend machen kann oder nicht.

D. Das Verschulden

Sowohl im Vertragsrecht als auch im Deliktsrecht richtet sich das für Schadensersatzansprüche erforderliche Verschulden nach den Regeln des § 276 BGB.³⁸⁷ Danach hat der Schädiger Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung nicht bestimmt ist.

I. Schaffung neuer Verschuldensmaßstäbe für Minderjährige aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Vor Inkrafttreten des zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz musste ein Minderjähriger im Deliktrecht nach Vollendung des siebten Lebensjahres für die von fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden grundsätzlich gemäß § 828 Abs. 2 BGB a. F. i. V. m. §§ 823 Abs. 1, 249 BGB haften. Gemäß § 828 Abs. 2 BGB a. F. waren Minderjährige zwischen sieben und achtzehn Jahren im Allgemeinen haftbar, es sei denn, dass ihnen bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gefehlt hatte. Diese Rechtslage stieß in der Rechtsprechung zunehmend auf Kritik, da das verfassungsrechtliche Gebot des Schutzes von Minderjährigen, das den Staat verpflichtet, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass die Grundbedingungen für eine freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit von Kindern und Jugendlichen gewährleistet sind, durch die Regelung des § 828 BGB nicht gewährleistet sei.³⁸⁸

Auch einzelne Fachgerichte schlossen sich dieser Ansicht an und verneinten eine Haftung Minderjähriger für exorbitante Schäden bei fahrlässiger Verursachung.³⁸⁹

³⁸⁷ Sprau in: Palandt, BGB Kommentar, § 823, Rn. 40.

³⁸⁸ BVerfGE 72, 155, 171.

³⁸⁹ OLG Celle, VersR 1989, 709, 710; Lorenz, VersR 1989, 711 f.; LG Bremen, NJW-RR 1991, 1432, 1434; LG Dessau, VersR 1997, 242.

1. Die Argumentation des Oberlandesgerichts Celle

Das Oberlandesgericht Celle³⁹⁰ hatte mit Urteil vom 26.05.1989 befunden, dass die Haftung von Kindern und Jugendlichen nach § 828 Abs. 2 BGB a. F. selbst bei nur leichter Fahrlässigkeit jedenfalls dann nicht mit der Verfassung vereinbar sei, wenn sie zur Existenzvernichtung des Minderjährigen führe, obwohl die Entschädigung des Opfers von dritter Seite gewährleistet sei. § 828 Abs. 2 BGB a. F. ermögliche die Existenzvernichtung von Kindern und Jugendlichen, der sie sich nicht entziehen könnten. Gerade das Erfordernis des Verschuldens führe bei Kindern und Jugendlichen zu unsachgemäßen Ergebnissen, da das typisch kindliche Verhalten zum Beispiel bei Verkehrsunfällen keine Berücksichtigung fände oder ein in seiner Entwicklung stark zurückgebliebenes Kind besonders scharf hafte, weil es gerade beim Verschulden auf die Sorgfalt eines durchschnittlichen Kindes dieser Altersgruppe ankomme.³⁹¹ Richtig sei zwar, dass auch die menschlich nachvollziehbare und verständliche momentane kleine Unaufmerksamkeit eines Erwachsenen zu dessen unbegrenzter Schadensersatzpflicht führen könne, und zwar bei fahrlässigem Verhalten sowohl im beruflichen als auch im privaten Bereich. Die diesbezügliche gesetzliche Regelung erschiene jedoch deshalb vertretbar, weil in Teilbereichen (Stichwort: gefahrgeneigte Arbeit) jedenfalls bei leichter Fahrlässigkeit der Schadensersatzanspruch des Opfers durch den Arbeitgeber befriedigt werde, während der Erwachsene in den übrigen Fällen durch den Abschluss einer Beruf- und/oder einer Privathaftpflichtversicherung zu akzeptablen finanziellen Bedingungen die Folgen einer wirtschaftlichen Existenzvernichtung vermeiden könne, zumal eine derartige Privathaftpflichtverletzung bei einer Deckungssumme von 2 Mio. DM je nach Versicherungsgesellschaft lediglich zwischen 70 und 150 DM im Jahr koste.³⁹²

Dass das der unbegrenzten Haftung unterliegende Kind bzw. der Jugendliche unter Berücksichtigung des § 110 BGB selbst eine Versicherung abschließen möge, könne nur als abwegig bezeichnet werden, und zwar zum einen deshalb, weil ein zehnjähriger Junge, der beispielsweise 2 DM pro Monat Taschengeld erhalte, nicht in zumutbarer Weise davon eine jährliche Versicherungsprämie von 100 DM aufbringen könne und solle, vor allen Dingen aber auch deshalb, weil diesem Kind oder Jugendlichen die ihm drohenden Gefahren in der Regel überhaupt nicht bewusst seien.

³⁹⁰ OLG Celle, VersR 1989, 709, 710; Lorenz, VersR 1989, 711 f.

³⁹¹ Zu dieser Rechtsprechung siehe: BGH, NJW 1984, 1958.

³⁹² OLG Celle, VersR 1989, 709, 710; Lorenz, VersR 1989, 711 f.

Ebenso abwegig sei die ferner die von den Klägern des damaligen Rechtsstreits angesprochene Möglichkeit, das Kind oder der Jugendliche möge im Falle eines Schadenseintritts bei seinen Eltern Regress nehmen. Es sei aus psychologischen Gründen und im Interesse des notwendigen Eltern-Kind-Verhältnisses indiskutabel, von dem Kind zu erwarten, es möge seine eigenen Eltern auf Zahlung von mehreren 100000 DM verklagen, weil sie ihn unter Verletzung der Sorgfaltspflichten nicht ausreichend versichert hätten, ganz abgesehen davon, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern nicht gesichert sei und der Schaden dadurch, dass eventuelle Erbansprüche damit verkürzt oder zunichte gemacht werden, wiederum auf dem Kind bzw. dem Jugendlichen selbst zurück falle. Der entscheidende Punkt sei indessen nicht die finanzielle Konsequenz, sondern das unvertretbare Ansinnen einer gerichtlichen Auseinandersetzung innerhalb der Familie. Das Oberlandesgericht Celle sieht in der uneingeschränkten Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit von Minderjährigen einen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes. Die uneingeschränkte Haftung von Minderjährigen für Vorsatz und Fahrlässigkeit habe die weitgehende Zerstörung der Persönlichkeit zur Folge, die auch unter Berücksichtigung der Interessen des Opfers und der Allgemeinheit nicht mit der Würde des Menschen und dem Gebot der freien Entfaltung der Persönlichkeit sowie dem Willkürverbot vereinbar sei.³⁹³ Es bedürfe keiner psychologischen Beratung, um erkennen zu können, dass die Jugend eines Menschen durch die psychische Belastung weitgehend zerstört werde, wenn er sich derart unerfüllbaren Forderungen gegenübersehe.³⁹⁴ Ferner liege es auf der Hand, dass die finanzielle Belastung die Lebensplanung des Jugendlichen in einer Weise beeinträchtige, dass von einer würdevollen und freien Gestaltung nicht mehr die Rede sein könne.³⁹⁵

In verfassungsrechtlicher Hinsicht nimmt das Oberlandesgericht Celle in seiner Entscheidung Bezug auf die im vertraglichen Bereich ergangene zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,³⁹⁶ in der es als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG angesehen worden war, dass Eltern ihre Kinder finanziell in der Weise verpflichten können, durch die in erheblichen Maße die Grundbedingungen der freien Entfaltung und Entwicklung und damit nicht nur einzelne Ausformungen allgemeiner Handlungsfreiheit, sondern die engere persönliche Lebenssphäre junger Menschen betroffen werde.

³⁹³ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791, 792; LG Bremen, NJW-RR 91, 1432, 1434; LG Dessau, VersR 1997, 242; Ahrens, VersR 1997, 1064; Canaris, JZ 1990, 679; Kühlen, JZ 1990, 273.

³⁹⁴ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791, 792.

³⁹⁵ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791, 792.

³⁹⁶ BVerfG, NJW 1986, 1859.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass Eltern nicht fähig oder nicht bereit seien, den Anforderungen des Elternrechts zu entsprechen und der Gesetzgeber insoweit nach Maßgabe seines Wächteramtes aufgerufen sei, Regelungen zu treffen, die verhindern, dass der volljährig Gewordene nicht mehr als nur eine scheinbare Freiheit erreiche und ihm Raum bliebe, um sein weiteres Leben selbst ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten. Das Oberlandesgericht Celle führte in seinem Urteil aus, dass im deliktischen Bereich dieselben Schlussfolgerungen zu ziehen seien. Diese Parallele begründete es mit folgenden Gedanken:

Während in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall die Kinder überhaupt keinen Einfluss auf die wirtschaftlichen Dispositionen ihrer Eltern nehmen konnten, sei den deliktisch haftenden Kindern immerhin ein gewisses Verschulden vorzuwerfen. Auch ein solches rechtfertige aber nach Maßgabe des Willkürverbots, wonach Anlass und Reaktion in einem noch vertretbaren Verhältnis zueinander stehen müssten,³⁹⁷ eine entsprechende Anwendung der Grundgesetzschriften, zumal die Fälle in einem entscheidenden Punkt parallel liegen würden, nämlich in Bezug auf die Eltern, die bei der Sorge für ihre Kinder den ihnen obliegenden Pflichten – vielleicht aus Unkenntnis – nicht nachgekommen seien, weil verantwortungsbewusste Eltern angesichts des Spieltriebs und der typischerweise jungen Menschen eigenen Unachtsamkeit unter Berücksichtigung der finanziellen Konsequenzen eine Privathaftpflichtverletzung abschließen würden, um die Existenz ihrer Kinder nicht zu gefährden. Es sei deshalb auch unter Berücksichtigung des Art. 6 II 2 GG Aufgabe des Gesetzgebers, Kinder und junge Menschen nicht sehenden Auges bei unzulänglicher Wahrnehmung der Erziehungsaufgaben in ihr Verderben laufen zu lassen.³⁹⁸

2. Die Argumentation des Landgerichts Bremen

Das Landgericht Bremen³⁹⁹ ließ es bei seiner Entscheidung dahinstehen, ob § 828 Abs. 2 BGB wegen Verstoßes gegen Vorschriften des Grundgesetzes insoweit nichtig sei, als eine unbegrenzte, existenzvernichtende Haftung von Minderjährigen im Alter zwischen 7 und 17 Jahren für nur mit leichter Fahrlässigkeit verschuldete Schäden ermöglicht werde. Die Gründe, die in diesem Bereich für einen Verstoß der unbegrenzten Haftung Minderjähriger

³⁹⁷ Siehe dazu BVerfG, NJW 1988, 2232.

³⁹⁸ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791, 793.

³⁹⁹ LG Bremen, NJW-RR 1991, 1432.

zwischen 7 und 17 Jahren gegen Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG sprechen würden, könnten jedenfalls gegenüber der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen den Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen.⁴⁰⁰ Das Landgericht Bremen führt aus, dass jedenfalls in dem vom Oberlandesgericht Celle⁴⁰¹ genannten Bereich, nämlich der Verursachung von Großschäden durch Minderjährige mit nur leichtem Verschulden und Schadloshaltung des Geschädigten durch eine bestehende Versicherung, eine Begrenzung der Haftung des Schädigers verfassungsrechtlich geboten und schadensrechtlich durch Abstriche vom Grundsatz der Totalrestitution über die Anwendung von § 242 BGB zu begründen sei, da in diesem Bereich auch die pauschalen vollstreckungsschutzrechtlichen Vorschriften zur Vermeidung unbilliger und untragbarer Folgen für den Schädiger nicht ausreichen würden. Jedenfalls im Bereich der fahrlässigen Verursachung von Großschäden durch Minderjährige werde das Missverhältnis zwischen schädigender Handlung und Haftungsfolgen dadurch verschärft, dass der individuelle Schuldvorwurf regelmäßig geringer sei, als bei einem Volljährigen und sei das Ausmaß der Haftung regelmäßig sehr viel schwerer als bei einem Erwachsenen ins Gewicht falle, weil nicht nur die Entwicklung der Persönlichkeit beeinträchtigt, sondern eine normale Existenzgründung überhaupt verhindert werde.⁴⁰²

Auch das Landgericht Bremen zog zur Begründung der Anwendung des § 242 BGB die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht⁴⁰³ zu § 1629 BGB heran. Der Argumentation des Oberlandesgericht Celle und des Oberlandesgericht Bremen schloss sich im Ergebnis auch die Literatur an.⁴⁰⁴

3. Die Vorlage des Landgerichts Dessau beim Bundesverfassungsgericht

Im Jahre 1998 hatte das Bundesverfassungsgericht zum ersten Mal die Gelegenheit sich zu der Frage zu äußern, ob Minderjährige über sieben Jahren für die von ihnen begangene unerlaubte Handlung unbeschränkt für Vorsatz und Fahrlässigkeit haften. Das Bundesverfassungsgericht (1.Kammer des ersten Senats) hatte diese Frage im Rahmen einer

⁴⁰⁰ LG Bremen, NJW-RR 1991, 1432, 1434.

⁴⁰¹ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791, 793.

⁴⁰² LG Bremen, NJW-RR 1991, 1432, 1434.

⁴⁰³ BVerfG, NJW 1986, 1850.

⁴⁰⁴ *Goecke*, Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht, S. 46 ff.; *Ahrens*, VersR 1997, 1064; *Canaris*, JZ 1990, 679; *Kuhlen*, JZ 1990, 273; *Scheffén*, ZRP 1991, 458.

Vorlage zur konkreten Normenkontrolle des Landgerichts Dessau zu entscheiden.⁴⁰⁵ Ein Krankenversicherer hatte einen nicht versicherten 15jährigen in Anspruch genommen, der durch einen fahrlässig verursachten Moped Unfall die 13jährige Freundin, die auf dem Soziussitz gesessen hatte, zu einem Schwerstpflegefall gemacht. Das Landgericht Dessau legte dem Bundesverfassungsgericht daraufhin die Frage vor, ob die unbegrenzte Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit Minderjähriger mit der Verfassung vereinbar sei.

Das Bundesverfassungsgericht entschied den Fall in der Sache nicht. Die Richtervorlage wurde vielmehr mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, dass die Vorschrift des § 828 Abs. 2 BGB vorkonstitutionelles Recht darstelle.⁴⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht beschränkte sich aber nicht auf verfassungsprozessuale Erwägungen zum Normcharakter der deliktsrechtlichen Vorschriften. Es gab auch in der Sache bedeutsame Hinweise. Das Gericht gab zu verstehen, dass das Landgericht Dessau plausibel ausgeführt habe, dass die unbegrenzte Haftung Minderjähriger für Vorsatz und Fahrlässigkeit im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 i. V. m. mit Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken begegne. Es machte darüber hinaus deutlich, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht weder der Wille des vorkonstitutionellen Gesetzgebers noch der Wortlaut des § 828 Abs. 2 BGB einer Einschränkung des § 828 Abs. 2 BGB zwingend entgegenstünden. Ob eine Einschränkung nach § 242 BGB im konkreten Fall geboten sei, hätten die Zivilgerichte zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht habe wiederholt gerade im Hinblick auf die deliktischen Haftungsbestimmungen des BGB ausgeführt, dass die Auslegung einer Gesetzesnorm nicht immer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehen bleiben könne. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehöre die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der dritten Gewalt. Damit stellte das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klar, dass eine Korrektur der Minderjährigenhaftung trotz des klaren Wortlauts der hierfür geltenden deliktsrechtlichen Vorschriften über die Anwendung des § 242 BGB der mittelbaren Grundrechtswirkung möglich sei, und sich hierbei neue, in diesem Rahmen bisher nicht angestellte Erwägungen und Argumentationsfiguren offen gezeigt hätten. Den Gerichten war damit die Berechtigung zugesprochen worden, Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung gegen

⁴⁰⁵ BVerfG, NJW 1998, 3557.

⁴⁰⁶ BVerfG, NJW 1998, 3557.

Minderjährige in für sie schwerwiegenden Fällen durch Anwendung des § 242 BGB ganz zu versagen oder jedenfalls die Schadensersatzsumme erheblich zu kürzen – etwas, wofür sie sich bisher überwiegend nicht befugt gehalten hatten, weil sie § 828 Abs. 2 BGB a. F. als nachkonstitutionelles Recht angesehen und § 242 BGB für diese Fälle angesichts eines klar entgegenstehenden Willens des nachkonstitutionellen Gesetzgebers nicht für anwendbar gehalten hatten.⁴⁰⁷

4. Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch den Gesetzgeber

Aus diesen Erkenntnissen, die teilweise auch bereits Anlass für entsprechende Beschlüsse des Verkehrsgerichtstages in den Jahren 1983, 1991, 1998 und 2000 waren, folgte die Änderung und Einführung des neuen § 828 Abs. 2 und 3 BGB, wodurch sich die haftungsrechtliche Situation des minderjährigen Schädigers erheblich verbessert hat. § 828 Abs. 2 und 3 BGB lauten nun wie folgt:

§ 828 Minderjährige, Taubstumme

(1) ...

(2) Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.

(3) Wer das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach den Absätzen 1 oder 2 ausgeschlossen ist für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.

⁴⁰⁷ OLG Celle, NJW-RR 1989, 791; LG Dessau, NJW-RR 1997, 214.

Danach werden Kinder nun vor Vollendung des zehnten Lebensjahres grundsätzlich von der Haftung für Schäden bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienen- oder Schwebebahn freigestellt. Da § 828 Abs. 2 BGB auch für den Mitverschuldenseinwand (§ 254 BGB, § 9 StVG, § 4 HPfIG) maßgebend ist, wirkt sich diese Änderung auch auf ihn aus und führt dazu, dass Kindern unter 10 Jahren in den Fällen des neuen § 828 Abs. 2 BGB ein Mitverschulden nicht entgegengehalten werden kann. Ausgenommen von der Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit soll allerdings für vorsätzlich herbeigeführte Schäden gehaftet werden, da insoweit eine Überforderung des Kindes als schadensursächlich auszuschließen ist.

Die besondere Überforderungssituation von Kindern im Verkehr, über die sowohl in der Psychologie als auch in der Rechtswissenschaft weitgehend Einigkeit besteht, rechtfertigt es auch, mit der vorgesehenen Neuregelung eine gleichsam sektorale Bestimmung der Deliktsfähigkeit für das Verkehrsgeschehen vorzunehmen. Es gibt kaum eine andere Situation des alltäglichen Lebens, der Kinder bis zum vollendeten 10. Lebensjahr in gleicher Weise ausgesetzt sind und die sie in gleicher Weise überfordert.⁴⁰⁸

§ 828 Abs. 2 BGB würde jedoch durch § 7 Abs. 2 StVG a. F. unterlaufen. § 7 Abs. 2 StVG a. F. lautete:

(1) Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird.

Nach der bisherigen Rechtsprechung war ein unabwendbares Ereignis nur dann anzunehmen, wenn auch ein *Idealfahrer*, also ein Fahrer von höchster Sorgfalt, Aufmerksamkeit, Geistesgegenwart und Umsicht den Unfall nicht hätte vermeiden können. Der Kraftfahrer konnte sich gegenüber Kindern bis zum vollendeten zehnten Lebensjahr einer Haftung durch den Nachweis eines unabwendbaren Ereignisses entziehen, so dass das verunglückte Kind keinen Schadensersatz erhielt, ohne dass es auf seine Verschuldensfähigkeit oder sein Mitverschulden überhaupt angekommen wäre.⁴⁰⁹ Unter dem neuen Recht wird dagegen dem Kraftfahrer das Risiko zugewiesen, dass Kinder sich derart grob verkehrswidrig verhalten, dass selbst ein idealer Fahrer nicht ausweichen kann. In § 7 Abs. 2 StVG heißt es nun:

⁴⁰⁸ BT-Drucks. 14/7752, S. 17.

⁴⁰⁹ So ausdrücklich BGH, NJW 1985, 1950, 1951: unabwendbares Ereignis, wenn 6 jähriges Kind auf die Straße läuft.

(2) Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.

Durch diese neue Regelung wird der Unabwendbarkeitsnachweis gestrichen, mit dem sich der Kraftfahrzeughalter bisher gegenüber der Gefährdungshaftung nach § 7 StVG entlasten konnte. Zugelassen wird stattdessen – entsprechend der Regelung bei der Gefährdungshaftung des Bahnbetriebsunternehmers (§ 1 Abs. 2 S. 1 HPfIG) – die Berufung auf höhere Gewalt. Um sich mit Erfolg auf höhere Gewalt zu berufen, muss der Unfall auf einem betriebsfremden, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtem Ereignis beruhen, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar war, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden konnte und auch nicht wegen seiner Häufigkeit in Kauf zu nehmen ist.⁴¹⁰ Die Voraussetzungen für das Vorliegen des Ausschlusstatbestandes höhere Gewalt sind damit wesentlich enger als bei dem Ausschlusstatbestand eines unabwendbaren Ereignisses, da Verschuldenselemente keine Berücksichtigung mehr finden.⁴¹¹

Die Neufassung des § 7 Abs. 2 StVG hat damit zur Sicherung des § 828 Abs. 2 BGB und damit auch zur Sicherung des grundrechtlichen Schutzes von Kindern geführt, so dass dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Kinder, der Hilfsbedürftigen und der älteren Menschen im Schadensfall besser Rechnung getragen wird. Ihrer besonderen Situation im Straßenverkehr, wird damit besser Rechnung getragen.⁴¹² Das Ziel des zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes – einen besseren Opferschutzes zu erreichen, der den gewandelten technischen Verhältnissen angepasst ist –, kann durch diese neuen Regelungen der §§ 828 Abs. 2 und 7 StVG erreicht werden. Das Schadensersatzrecht wurde durch diese Änderungen an die gewandelten Verhältnisse technischer Hinsicht der heutigen Zeit besser angepasst.

Dennoch haben § 828 Abs. 2 und Abs. 3 BGB die unbeschränkte Haftung Minderjähriger nur eingeschränkt. Das Problem der unbegrenzten Haftung des Minderjährigen im deliktischen

⁴¹⁰ BGHZ 7, 338, 339.

⁴¹¹ BT-Drucks. 14/7752, S. 30.

⁴¹² BT-Drucks. 14/7752, S. 30.

Bereich besteht daher nach wie vor, so dass zu überlegen ist, ob es erforderlich ist, diese unbegrenzte Haftung weiter einzuschränken.⁴¹³

II. Herabsetzung der Verschuldensmaßstäbe in der Arbeitnehmerhaftung aufgrund Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG haben insbesondere im Schadensersatzrecht auf die Herabsetzung der Verschuldensmaßstäbe in der Arbeitnehmerhaftung hingewirkt, da die heute geltenden Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer ihre Rechtfertigung in Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG haben.

Die Entwicklung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches geht bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts zurück. Schon vor dem 2. Weltkrieg versuchte die Rechtsprechung, zur Haftungsbeschränkung für den Arbeitnehmer zu kommen, da es als unbillige Härte angesehen wurde, dass der Arbeitnehmer im Haftungsschema der damals geltenden RVO als sozial schwächstes Glied für den Arbeitsunfall einzustehen hatte.⁴¹⁴ Einige für eine Haftungsbegrenzung sprechenden Gesichtspunkte nennt bereits das Arbeitsgericht Plauen in seinem Urteil vom 04. 11. 1936,⁴¹⁵ mit dem es die Anerkennung einer Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit einleitete. Der Fall betraf die Beschädigung eines Kraftwagens durch einen Kraftfahrer. Für ihn entschied das Arbeitsgericht Plauen, dass eine Haftungseinschränkung eingreifen müsse, weil ein anderer Parteiwille als den guten Sitten widerstreitend angesehen werden müsste.⁴¹⁶ Die Natur der Tätigkeit bringe es nämlich mit sich, dass jedes auch nur vorübergehende Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Schäden von unter Umständen außerordentlicher Höhe zur Folge haben könne. Angesichts der Unvollkommenheit der menschlichen Natur könne aber auch bei dem gewissenhaftesten Menschen einmal ein Nachlassen der geistigen Anspannung, ein Außerachtlassen der im Verkehr an sich erforderlichen Sorgfalt eintreten. Würde der Arbeitnehmer gleichwohl für die Schadensfolgen uneingeschränkt haften, so müsste auch der Lohn derart bemessen sein, dass er in der Lage wäre, davon solche Schäden abzudecken. Das Arbeitsgericht Plauen hat damit bereits erste Ansatzpunkte genannt, die für eine richtige

⁴¹³ Zur Frage der Einschränkung der unbegrenzten Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht vgl. ausführlich Gliederungspunkt 4. Abschnitt, B. V.

⁴¹⁴ RAG, ARS 37, 269; ArbG Plauen, ARS 29, 62 ff.

⁴¹⁵ ArbG Plauen, ARS 29, 62 ff.

⁴¹⁶ ArbG Plauen, ARS 29, 62 ff.

Bestimmung der Arbeitnehmerhaftung maßgebend sein müssen. Diese Ansätze wurden auch nach dem 2. Weltkrieg zum Teil befürwortet.⁴¹⁷

1. Innerbetrieblicher Schadensausgleich bei gefahrgeneigter Arbeit

Zu einer Fortbildung des innerbetrieblichen Schadensausgleiches kam es im Jahr 1957, als der große Senat des Bundesarbeitsgerichtes⁴¹⁸ einen Fall zu entscheiden hatte, in dem ein Arbeitnehmer während der Ausübung seiner Tätigkeit fahrlässig einen Arbeitsunfall an seiner Arbeitsstätte. Das Bundesarbeitsgericht gelangte zu dem Ergebnis, dass der Arbeitnehmer dem Geschädigten nicht hafte, wenn und soweit ihm eine Belastung mit solchen Schadensersatzansprüchen deshalb nicht zugemutet werden könne, weil seine Schuld im Hinblick auf die besondere Gefahr der ihm übertragenen Arbeiten nach den Umständen des Falles nicht so schwer sei.⁴¹⁹ Im Anschluss an die Entscheidung des großen Senats des Bundesarbeitsgerichtes formulierte der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichtes in einer weiteren Entscheidung vom 19.03.1959⁴²⁰ die Grundsätze gefahrgeneigter Arbeit wie folgt:

1. Von Fällen der gefahrgeneigten Arbeit abgesehen, haftet ein Arbeitnehmer wegen jeder fahrlässigen Verletzung seiner Arbeitspflichten dem Arbeitgeber für den diesem entstandenen Schaden.
2. Schäden, die ein Arbeitnehmer bei gefahrgeneigter Arbeit grobfahrlässig verursacht, muss in aller Regel der Arbeitnehmer allein tragen.
3. Schäden, die ein Arbeitnehmer bei gefahrgeneigter Arbeit nicht grobfahrlässig verursacht, sind bei normaler Schuld in aller Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotaal zu verteilen, wobei die Gesamtumstände von Schadensanlass und Schadensfolge nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegeneinander abzuwägen sind. Bei geringer Schuld des Arbeitnehmers wird in aller Regel der Arbeitgeber solche Schäden allein zu tragen haben.
4. Der Begriff der Fahrlässigkeit ist ein durch die Revision in vollem Umfang nachprüfbarer Rechtsbegriff. Die Revisionsinstanz kann auch nachprüfen, ob hinsichtlich des Begriffs der

⁴¹⁷ Oemann, BB 1956, 726.

⁴¹⁸ BAGE 5, 1.

⁴¹⁹ BAG, NJW 1959, 1796.

⁴²⁰ BAG, NJW 1959, 1796.

groben Fahrlässigkeit die Tatsacheninstanz den Begriff grob in dem zu entscheidenden Fall in einer vertretbaren Weise angewandt hat.

Begründet wurde diese Rechtsprechung damit, dass es die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich brächte, dass auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterliefen, die zwar fahrlässig verursacht worden wären, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen sei. In einem solchen Fall könne der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer keinen vollen Schadensersatz verlangen. Die Beschränkung der Haftpflicht des Arbeitnehmers ergäbe sich aus den das Arbeitsverhältnis beherrschende Treue- und Fürsorgepflichtgedanken, mit denen es sich nicht verträge, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit Schäden und Ersatzansprüchen belasten würde, die sich aus der besonderen Gefahr und Eigenart der ihm übertragenden Arbeit ergeben und als solche zum typischen vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko gehöre, auch wenn sie fahrlässig herbeigeführt worden wäre.⁴²¹

Was zunächst von der Rechtsprechung nur für den Schaden ausgesprochen wurde, den der Arbeitnehmer bei Ausübung der ihm übertragenden Arbeit dem Arbeitgeber zufügt, hat die Rechtsprechung dann auch auf den Schaden übertragen, den unter gleichen Voraussetzungen der Arbeitnehmer bei Ausführung der ihm übertragenden Arbeit einem Dritten zufügt. Zwar haftete der Arbeitnehmer dem Dritten unmittelbar und unbegrenzt, da die Haftungseinschränkung nur für den innerbetrieblichen Schadensausgleich in Frage kam, aber ihm wurde ein Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber zugesprochen, da es auch zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gehöre, dass er einen Schaden, den der Arbeitnehmer aus einem bei der Natur der ihm übertragenden Arbeit und der menschlichen Unzulänglichkeit erklärlichen Versehen herbeigeführt habe, ganz oder teilweise, je nach den Umständen auf sich nehme, wobei es gleichgültig sei, ob der Schaden dem Arbeitgeber selbst oder einem Dritten entstanden sei.⁴²²

Diese Rechtsprechung ist mehr als zwei Jahrzehnte fortgeführt worden, obwohl es bei der Quotierung, der Beurteilung des Verschuldens und der Abgrenzung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit immer wieder zu Schwierigkeiten in der Praxis gekommen ist.⁴²³ In

⁴²¹ BAG, NJW 1959, 1796.

⁴²² LAG Düsseldorf/Köln, BB 1956, 42; LAG Hamm, BB 1955, 477.

⁴²³ *Linck* in: Arbeitsrechts-Handbuch, § 52, Rn. 47.

der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 21.10.1983⁴²⁴ stellte dieses sich dann schließlich die Frage, ob die Haftung des Arbeitnehmers nicht unabhängig von den Fällen der gefahrgeneigten Arbeit allgemein eingeschränkt werden müsse. Der 3. Senat rief dann am 12.02.1985⁴²⁵ den Großen Senat in mehreren Fragen an, ob und in welchem Umfang die Haftung des Arbeitnehmers einzuschränken sei. Mit einem Urteil vom 24.11.1987 kehrte der 8. Senat für die Fälle der gefahrgeneigten Arbeit wieder zu der Rechtsprechung von 1957 zurück.⁴²⁶ Eine allgemeine Haftungsbegrenzung ließ er zunächst dahinstehen. Mit einem Vorlagebeschluss vom 12.10.1989⁴²⁷ stellte er dem großen Senat des Bundesarbeitsgerichts die Frage, ob die Haftungsgrundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung auch für nicht gefahrgeneigte Arbeiten gelten, die durch den Betrieb veranlasst seien und die der Arbeiter auf Grund des Arbeitsverhältnisses leiste. Der große Senat des Bundesarbeitsgerichtes rief dann mit Beschluss vom 12.06.1992⁴²⁸ den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes an, weil der Bundesgerichtshof inzwischen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zur Haftungsbegrenzung in den Fällen der gefahrgeneigten Arbeit übernommen hatte. Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes schoss sich der Rechtsauffassung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts mit Beschluss vom 21.09.1993⁴²⁹ im Ergebnis an. Er meldete jedoch gegen einzelne Begründungen des großen Senats Bedenken an.

Das eingeleitete Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes wurde gemäß § 14 S 1 RsprEinhG aufgrund der Entscheidung des IV Zivilsenates eingestellt. Nach § 14 S 1 RsprEinhG ist das Verfahren einzustellen, wenn der Senat des obersten Gerichtshofs, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, innerhalb eines Monats durch Beschluss der Rechtsauffassung des vorliegenden Senats anschließt.

Das große Senat des Bundesarbeitsgerichtes entschied dann mit Beschluss vom 27.09.1994⁴³⁰ endgültig, dass die Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung für alle Arbeiten gelte, die durch den Betrieb veranlasst seien und auf Grund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden, auch wenn diese Arbeiten nicht gefahrgeneigt seien.

⁴²⁴ BAG, NJW 1984, 2488.

⁴²⁵ BAG, NZA 1986, 80, 91.

⁴²⁶ BAG, NZA 1988, 579.

⁴²⁷ BAG, NZA 1990, 95.

⁴²⁸ BAG, GS NZA 1993, 547.

⁴²⁹ BGH, ZIP 1994, 225.

⁴³⁰ BAGE 78, 56-67.

Nachdem der 8. Senat im Vorlagebeschluss vom 12.10.1989 auf seine Grundsatzentscheidung vom 24.11.1987 verwiesen hatte, ist es bei der Dreiteilung des Verschuldens zur Bestimmung des Haftungsumfanges geblieben, da sich durch den Wegfall der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung einer Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung an den Abgrenzungsmerkmalen nichts änderte.⁴³¹

Der innerbetriebliche Schadensausgleich der Arbeitnehmer bedeutet nunmehr, dass der Arbeitnehmer für Schäden, die betrieblich veranlasst sind und die er fahrlässig verursacht hat, dem Arbeitgeber nur nach folgenden Grundsätzen haftet:

1. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer in aller Regel den gesamten Schaden zu ersetzen.
2. Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht.
3. Bei normaler Fahrlässigkeit ist der Schaden in aller Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal zu verteilen, wobei die Gesamtumstände von Schadensanlass und Schadensfolgen nach Billigkeitsgründen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegeneinander abzuwägen sind.⁴³² Bei dieser Abwägung muss das Verschulden des Arbeitnehmers und das Betriebsrisiko des Arbeitgebers im Rahmen des § 254 BGB berücksichtigt werden.⁴³³

2. Interessenausgleich durch eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB

Der Große Senat des Bundesarbeitsgericht hat den innerbetrieblichen Schadensausgleich der Arbeitnehmer bei betrieblich veranlasster Arbeit nicht mehr allein aus dem Fürsorgeverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hergeleitet, sondern die Haftungseinschränkung mit einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB begründet.⁴³⁴ Dieser Rechtsauffassung schloss sich der Bundesgerichtshof an.⁴³⁵ Die besondere Eignung der Norm des § 254 BGB für einen innerbetrieblichen Schadensausgleich ergebe sich aus ihrem Normzweck. Sie soll einen an der Billigkeit orientierten Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem herbeiführen, wenn beide schuldhaft gehandelt haben. Die Vorschrift sei entsprechend anwendbar, wenn auf Seiten des Geschädigten (Arbeitgeber) kein

⁴³¹ Linck in: Arbeitsrechtshandbuch, § 52, Rn. 49.

⁴³² BAG, NJW 1959, 1796.

⁴³³ BGH, NJW 1994, 856; BAGE 70, 337, 342; BAG, NJW 2003, 377.

⁴³⁴ BAGE 70, 337, 342; BAG, NJW 2003, 377.

⁴³⁵ BGH, NJW 1994, 856.

Mitverschulden vorliege, sondern diesem nur eine Sach- und Betriebsgefahr zuzurechnen sei.⁴³⁶ Der große Senat des Bundesarbeitsgerichts begründet die entsprechende Anwendung des § 254 BGB mit Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG.⁴³⁷ Der Schutzzumfang der Regelung des § 254 BGB im Arbeitsverhältnis werde durch verfassungsrechtliche Gewährleistungen aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 GG beeinflusst.⁴³⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthielten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte, sondern sie verkörperten zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelte und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung und Rechtsprechung gebe. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kämen.⁴³⁹ Die gesetzliche Regelung des § 254 BGB gebe zwar keinen Hinweis darauf, dass sie in die Grundrechte von Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG eingreife oder den Grundrechtsschutz sichere. Jedoch könne der Schutzzumfang, den diese Grundrechte sichern wollten, auch durch Vorschriften berührt werden, die mit der Ausübung eines Berufs im inneren Zusammenhang stünden und eine berufsregelnde Tendenz erkennen ließen. Diese Voraussetzungen seien in diesem Falle gegeben, weil je nach rechtlicher Ausgestaltung des Arbeitnehmerhaftungsrechts in die wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers, die Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers sowie die Berufsausübung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer tendenziell eingegriffen werde. Hafte der Arbeitnehmer für von ihm zu vertretende Schäden, so wirke sich dies auf die Entfaltung seiner Persönlichkeit aus und berühre die Berufsausübung. Hafte der Arbeitgeber ganz oder teilweise, so greife dies in seine wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit und die Berufsausübung ein.⁴⁴⁰

Die Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, die Berufsausübung zu gewährleisten, stelle einen wesentlichen Teil der Verwirklichung des Persönlichkeitsrechts dar und bewirke in Verbindung mit dem Sozialstaatsgrundsatz des Art. 20 Abs. 1 GG die Sicherung des allgemeinen Lebensbedarfs und des Existenzminimums als Mindestvoraussetzung für ein menschenwürdiges Dasein. Aufgrund der Werteordnung dieser grundrechtlichen Schutzgüter

⁴³⁶ BGH, NZA 1994, 856; BAGE 70, 337, 338.

⁴³⁷ BAGE 70, 337, 344.

⁴³⁸ BAGE 70, 337, 344.

⁴³⁸ BAGE 70, 337, 344.

⁴³⁹ Hier bezieht sich das BAG auf: BVerfGE 7, 198, 205 f.; BVerfGE 35, 79, 114.

⁴⁴⁰ BAGE 70, 337, 344.

sei eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Berufsausübung dann anzunehmen, wenn es im Arbeitsverhältnis durch allgemein betrieblich bedingte Schadensrisiken zu unzumutbaren finanziellen Belastungen oder gar zur Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers kommen könnte. Dies sei im Arbeitsverhältnis der Fall, wenn der Arbeitnehmer für jeden auch nur leicht fahrlässig verursachten Schaden unbeschränkt haften müsse. Der Arbeitnehmer sei durch die Organisation der Arbeit sowohl hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung der Tätigkeit als auch durch die Eingliederung in die Betriebsorganisation Risiken ausgesetzt, denen er nicht ausweichen könne. Diese vom Arbeitgeber geschaffenen Bedingungen und der Wert der vom Arbeitgeber eingesetzten Betriebsmittel bestimmen Maß und Umfang der Haftungsrisiken des Arbeitnehmers. Bei einer solchen weitgehenden Fremdbestimmtheit der Arbeit seien grundrechtliche Schutzgüter des Arbeitnehmers beeinträchtigt, wenn das Arbeitseinkommen in einem erheblichen Missverhältnis zur Höhe des zu ersetzenden Schadens stehe oder wenn die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers zu einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz führe. Eine solche übermäßige und damit unverhältnismäßige finanzielle Belastung des Arbeitnehmers stelle eine nicht hinzunehmende Störung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Arbeitsentgelt und zu ersetzendem Schaden dar. Sie zwingt den Arbeitnehmer und seine Familie, auf längere oder gar unabsehbare Zeit mit dem durch die Pfändungsfreigrenze bestimmten Existenzminimum zu leben, was in letzter Konsequenz dazu führen könne, dass dem Arbeitnehmer jeder Anreiz für eine weitere Berufsausübung genommen werde, da sie ihm nutzlos erscheine.⁴⁴¹ Demgegenüber seien Grundrechtspositionen des Arbeitgebers durch die Aufbürdung von Haftungsrisiken in dem hier in Rede stehenden Umfang nicht unangemessen berührt. Der Arbeitgeber müsse sich Beschränkungen seiner grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit und seiner Berufsausübung gefallen lassen, weil er die Arbeits- und Betriebsbedingungen selbst eigenverantwortlich setzte und dadurch Schadensrisiken des Arbeitnehmers mit zu verantworten habe. Unter diesen tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen fehle es am Kräftegleichgewicht der Arbeitsvertragsparteien, so dass durch die Regelung des § 254 BGB ein sachgerechter Ausgleich der Interessen durch Einschränkung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers zu gewähren sei. Um den Arbeitgeber nicht mit dem allgemeinen Lebensrisiko des Arbeitnehmers zu belasten, müsse die Tätigkeit, die zu dem Schaden geführt habe, aufgrund

⁴⁴¹ BAGE 70, 337, 344.

des Arbeitsverhältnisses betrieblich veranlasst sein. Betrieblich veranlasst sind dabei solche Tätigkeiten, des Arbeitnehmers, die ihm für den Betrieb übertragen worden seien oder die er im Interesse des Betriebes ausführe, die in nahem Zusammenhang mit dem Betrieb und seinem betrieblichen Wirkungskreis stehen und in diesem Sinne veranlasst seien.⁴⁴²

a) Kritik

In der Literatur ist eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB auf Kritik gestoßen. Zum Teil wird diese generell abgelehnt.⁴⁴³ Nach einem Teil der Literatur und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist zwar eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB zu befürworten. Die Rechtfertigung seiner Anwendung durch die Grundrechte lehnen sie jedoch ab. Ein Hinweis auf die Grundrechte sei nicht geeignet, die Anwendung des § 254 BGB ohne Rücksicht auf die Gefahrgeneigtheit zu rechtfertigen.⁴⁴⁴ Die verschiedenen Ansätze in der Literatur und Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung des § 254 BGB innerhalb des innerbetrieblichen Schadensausgleiches werden im Folgenden dargestellt.

aa) Generelle Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB

Der Teil der Literatur, der eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB generell ablehnt, argumentiert, dass das Bundesarbeitsgericht und der Bundesgerichtshof noch zwar zutreffend zu dem Ergebnis kämen, dass die richtige Abgrenzung darin liege, ob der Arbeitnehmer den Schaden durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht habe. Bei ihr nämlich müsse der Arbeitgeber sich zurechnen lassen, dass er den Arbeitsprozess organisiere. Er könne, wie es im Vorlagebeschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichtes heiße, *„den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs eigenverantwortlich bestimmen, die Arbeitsorganisation nach seinen Plänen und Bedürfnissen gestalten und auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers einwirken“*.⁴⁴⁵

Diese Zurechnung beruhe aber weder auf einem Verschulden des Arbeitgebers noch auf dem

⁴⁴² BAGE 70, 337, 344.

⁴⁴³ Blomeyer, JuS 1993, 903; Brox/Walker, DB 1985, 1469, 1475 f.; Diitz, NJW, 1986, 1779, 1783; Hanau in: Festschrift für Hübner, S. 467, 482; Richardi, NZA 1994, 241; Zöllner, EzA § 611 BGB gefahrgeneigte Arbeit Nr. 14.

⁴⁴⁴ BGH, NZA 1994, 856; Badura in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1, 6; Medicus in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, S. 14.

⁴⁴⁵ BAG, NZA 1993, 547, 548.

Tatbestand einer besonderen Gefährdungshaftung, wie sie sonst Voraussetzung für die Anwendung des § 254 BGB seien. Dennoch zögen Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof zur Abwägung § 254 BGB heran. Dabei dürfe man aber nicht aus dem Blickfeld verlieren, dass es hier ausschließlich um eine Begrenzung des Schadensrisikos für den Arbeitnehmer gehe, dem keine entsprechende Haftung des Arbeitgebers gegenüberstehe.⁴⁴⁶ Es sei daher irreführend, wenn der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts und der Bundesgerichtshof vom Betriebsrisiko des Arbeitgebers sprächen. Die Begründung des Großen Senats, der Arbeitgeber könne Schäden, die das Betriebsrisiko mit sich bringe, nicht ohne weiteres auf den Arbeitnehmer abwälzen, weil er ihn mit der Verrichtung einer im Interesse des Betriebs zu leistenden Arbeit beauftragt habe,⁴⁴⁷ sei nicht überzeugend, weil im Vordergrund der Haftungserleichterung zugunsten des Arbeitnehmers nicht Schäden, die das Betriebsrisiko mit sich bringe, stehen würden, sondern Schäden, die der Arbeitnehmer durch ein Fehlverhalten herbeigeführt habe. Nach dieser Auffassung sollen also nicht Schadensfolgen auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden, sondern Ziel sei es vielmehr, dass er von Schadensfolgen, die auf sein Fehlverhalten zurückgehen, entlastet werde. Dass der Arbeitgeber den Schaden tragen müsse, soweit er nicht Ersatz vom Arbeitnehmer verlangen könne, sei eine Selbstverständlichkeit, ergebe sich aber nicht aus der Besonderheit der Gefahrtragungsregel. Die Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung könne damit nicht mit § 254 BGB erklärt werden.

bb) Entsprechende Anwendung des § 254 BGB ohne Grundrechtsbezug

Der Bundesgerichtshof und ein Teil der Literatur befürworten eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB, da sich dem Verschulden des Arbeitnehmers das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko als ein besonderer Schadenszurechnungsgrund gegenüberstellen lasse.⁴⁴⁸ Im Gegensatz zur Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kann eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB keine Stütze in den Grundrechten finden.⁴⁴⁹ Soweit der Große

⁴⁴⁶ Ebenso *Blomeyer* in: *Richardi* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 57, Rn. 34 f. m. w. Nachw. aus dem Schrifttum.

⁴⁴⁷ BAG, AP § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers Nr. 55.

⁴⁴⁸ BGH, MDR 1996, 717; BGH, NJW 1994, 856; *Badura* in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1, 6; *Medicus* in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, S. 14.

⁴⁴⁹ BGH, NJW 1994, 856; *Badura* in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1, 6; *Medicus* in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, S. 14.

Senat des Bundesarbeitsgerichts die Begründung auf die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte stütze, übersehe er dabei, dass sie nicht die Aufgabenordnung des Gewaltenteilungsprinzips verschieben könne.⁴⁵⁰ Soweit der Grundrechtsschutz eine privatrechtsgestaltende Wirkung entfalte, schaffe dieser Rechte des einzelnen und zugleich Pflichten eines anderen. Die Abgrenzung vorzunehmen, sei deshalb Sache des Gesetzgebers. Der Verfassung lasse sich nicht unmittelbar entnehmen, wann der Grundrechtsschutz den Eingriff des Gesetzgebers erfordere. Dieser habe, wie das Bundesverfassungsgericht in der vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts zitierten Entscheidung erwähnt habe, insoweit einen besonders weiten Beurteilungsspielraum.⁴⁵¹ Da das Schadensersatzrecht nichts zu verschenken habe, sondern der Schaden, wenn man neben dem Geschädigten auch den Schädiger in Betracht ziehe, nicht wirklich ersetzt werde, sondern nur verlagert werde, habe der Gesetzgeber wie bei der Begrenzung der Vertragsfreiheit einen weiten Gestaltungsspielraum.⁴⁵²

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts übersehe, dass der Richter nur dann legitimiert sei, an die Stelle des Gesetzgebers zu treten, wenn Maßnahmen zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich seien. Eine verfassungswidrige Schutzlücke bestehe aber nicht deshalb, weil die Rechtsprechung bisher in der Gefahrgeneigntheit der Arbeit eine Voraussetzung für die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung gesehen habe. Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof hätten lediglich die Voraussetzung der Haftungsbegrenzung, nicht aber deren Inhalt geändert.⁴⁵³

b) Stellungnahme

Die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sind allgemein anerkannt. Lediglich die entsprechende Anwendung und Begründung des § 254 BGB ist streitig. Die entsprechende Anwendung des § 254 BGB bei der Begründung der Haftungseinschränkung des Arbeitnehmers ist überzeugend. Einer Begründung durch die Grundrechte bedarf es jedoch nicht.

⁴⁵⁰ *Badura* in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1, 6.

⁴⁵¹ BVerfGE 81, 242, 255.

⁴⁵² *Medicus* in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, S. 14.

⁴⁵³ BGH, NJW 1994, 856; *Badura* in: Festschrift für Molitor, 1988, S. 1, 6; *Medicus* in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, 1993, S. 14.

Über den bloßen Wortlaut des § 254 BGB hinaus wird diese Vorschrift von der Rechtsprechung auch dann angewandt, wenn den Geschädigten zwar kein Verschulden trifft, er für den entstandenen Schaden aber aufgrund einer von ihm zu vertretenden Sach- oder Betriebsgefahr mitverantwortlich ist, wenn er also bei der Entstehung des Schadens in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat.⁴⁵⁴ Dabei ist anerkannt, dass sich eine nach Abwägung der Umstände im Einzelfall abgestimmte Schadensteilung zwischen der vollen Haftung des Schädigers und seiner vollen Entlastung bewegt.⁴⁵⁵ Bei der Bemessung des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB handelt es sich immer um einen Abwägungsvorgang. Dem Verursachungs- und Verschuldensbeitrag des Schädigers steht ein solcher des Geschädigten gegenüber. Beim innerbetrieblichen Schadensausgleich findet zwar auch im Bereich mittlerer Fahrlässigkeit keine Abwägung verschiedener Verschuldensbeiträge statt, sowohl aber eine Einzelfallbewertung, die sich an einer Vielzahl von Kriterien wie der betrieblich veranlassten Tätigkeit, der Schadenshöhe, der Höhe des Arbeitsentgelts und den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers orientiert. Die Schwere des Verschuldens ist auch hier nur einer von vielen Wertungsgesichtspunkten.⁴⁵⁶

Eine Begründung der Anwendung des § 254 BGB aufgrund von Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 GG ist jedoch nicht geboten. Zwar weisen die hier betroffenen Rechtspositionen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers Bezüge zu Art. 2 Abs. 1 und 12 GG in ihrer objektiv-rechtlichen Wirkungsdimension aus. Diese bedürfen aber nicht der besonderen Hervorhebung bei der Gewichtung der Abwägungsfaktoren im Rahmen des § 254 BGB in der Bedeutung, die der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts ihnen beimessen will. Eine solche Hervorhebung kann sogar zu Missverständnissen führen. So könnte etwa die Ansicht, dass die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter des Betriebs gegenüber der Erwerbs- und Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zurücktreten müsse, wenn dies zur existenziellen Sicherung des Arbeitnehmers erforderlich sei, das hier zur Erörterung stehende Haftungskonzept verdecken, nach dem eine Haftungsentlastung des Arbeitnehmers nach Maßgabe einer Abwägung des Verschuldens gegen das Betriebsrisiko im Rahmen des § 254 BGB erfolgen kann.⁴⁵⁷ Mit der Argumentation, dass die Haftungserleichterungen entscheidend auch auf das Missverhältnis zwischen Schaden und Arbeitseinkommen

⁴⁵⁴ BGH, MDR 1981, 573.

⁴⁵⁵ BGH, MDR 1981, 573.

⁴⁵⁶ *Armbrüster*, VersR 2003, 675, 676.

⁴⁵⁷ So auch: BGH, NJW, 1994, 856.

einerseits und auf die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers andererseits zu stützen seien, ließe sich ferner die Gewährung von Haftungserleichterungen bis hin zur Haftungsfreistellung auch ohne Rücksicht auf das Verschulden begründen. Damit wäre die gesetzgeberische Konzeption der vollen Haftung für jedes Verschulden (§§ 249, 276 BGB) nicht mehr nur modifiziert, sondern aufgehoben.⁴⁵⁸ Durch die Schuldrechtsreform wurde § 276 BGB im Kern unverändert gelassen. Es wurde lediglich klargestellt, dass sich eine strengere oder mildere Haftung als die für Vorsatz und Fahrlässigkeit auch aus dem Schuldverhältnis ergeben kann.⁴⁵⁹

Auch wenn es im Ergebnis nicht geboten ist, Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 GG zur Begründung der Anwendung des § 254 BGB heranzuziehen, so haben doch die Schutzgedanken dieser Grundrechte, wie die Diskussionen zeigt, die Weiterentwicklung des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sehr stark geprägt.

Im Ergebnis haben die Grundrechte den haftungsbegründenden Tatbestand im Schadensersatzrecht sehr stark beeinflusst. Durch einschneidende Gesetzesänderungen und entsprechende Rechtsfortbildung ist das Schadensersatzrecht im Bereich des haftungsbegründenden Tatbestands an die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Grundrechte im Laufe der Zeit angepasst worden. Aber auch der haftungsausfüllende Tatbestand wurde in verschiedener Hinsicht grundrechtskonform ausgestaltet.

⁴⁵⁸ Im Ergebnis auch: BGH, NJW, 1994, 856.

⁴⁵⁹ *Heinrichs* in: Palandt, BGB Kommentar, § 276 Rn. 40.

4. Abschnitt: Einwirkungen der Grundrechte auf den haftungsausfüllenden Tatbestand

Der haftungsausfüllende Tatbestand bestimmt die Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches, also die Art, den Inhalt und den Umfang der Schadensersatzleistung.⁴⁶⁰ Im Schadenrecht richten sich die Art, der Inhalt und der Umfang der Schadensersatzleistung grundsätzlich nach §§ 249 ff. BGB, solange keine Sondervorschriften greifen, da im Schadensersatzrecht der Grundsatz der Einheit des Schadensersatzrechts gilt.⁴⁶¹ Eine Sondervorschrift bildet § 1004 BGB, aus dem sich Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche (z.B. in Form der Gegendarstellung) ergeben.

Im Bereich des haftungsausfüllenden Tatbestands haben die Grundrechte in der Vergangenheit eine sehr starke Einwirkung, insbesondere auf die Entwicklung der Lehre und der Rechtsprechung hinsichtlich Schmerzensgeldansprüchen bei materiellen und immateriellen Schäden, hinsichtlich der Geltung des Grundsatzes der Totalreparation und hinsichtlich der Frage, ob im Einzelfall durch die Geburt eines ungewollten oder behinderten Kindes ein Schaden vorliegt, ausgeübt.

A. Kind als Schaden und die Menschenwürde

Seit Langem wird kontrovers diskutiert, ob die Geburt eines Kindes einen Schadensersatzanspruch begründen kann. Kinder kosten Geld, deshalb verwundert es nicht, dass insbesondere Eltern ungewollter oder ungewollt kranker Kinder danach fragen, ob sie nicht u. U. die Kosten des grundsätzlich zu bestreitenden Kindesunterhaltes als Schaden auf Dritte abwälzen können, denen sie einen Beitrag zu einer durchkreuzten Familienplanung zur Last legen.

Die sog. *Kind-als-Schaden-Problematik* wird nach amerikanischem Vorbild in zwei Fallgruppen unterteilt. Man unterscheidet *wrongful birth-* und *wrongful life Situationen*. Unter *wrongful birth Situation* wird der Unterhaltsschaden verstanden, den das nicht geplante ungewollte Kind den Eltern verursacht. Als *wrongful life Situation* wird der Bedarf eines

⁴⁶⁰ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 1.

⁴⁶¹Zum Beispiel: summenmäßige Haftungsbeschränkungen im Produkthaftungsgesetz gemäß § 10 ProduktHaftG oder § 12 im StVG.

genetisch oder vorgeburtlich geschädigten Kindes verstanden. Bei beiden Fallgruppen steht im Vordergrund der Diskussion, ob es mit der Menschenwürde dieser Kinder vereinbar ist, dass die Eltern für den Unterhalt bzw. den Mehrbedarf, den diese Kinder verursachen, Schadensersatz verlangen können.

I. Zum Schaden im Falle einer „Wrongful birth Situation“

Ist aufgrund eines Behandlungs- oder Beratungsfehler des Arztes ein zwar gesundes, aber ungewolltes Kind zur Welt gekommen, stellt sich die Frage, ob die Eltern gegen den Arzt einen Schadensersatzanspruch besitzen. Dies setzt, wie jeder Schadensersatzanspruch, das Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens voraus. Ob dies im Falle einer ungewollten Geburt der Fall ist, wird in der Rechtsprechung und in der Literatur sehr kontrovers diskutiert.

1. Entwicklung der Rechtsprechung zur „Wrongful birth Situation“

Der Bundesgerichtshof vertritt den Ansatz, dass ein ersatzfähiger Schaden bei fehlgeschlagener Sterilisation oder fehlgeschlagenem rechtmäßigem Schwangerschaftsabbruch immer vorliege, da der Unterhaltsbedarf des Kindes nach der Differenztheorie auf dem Vergleich zwischen der Vermögenslage der Eltern mit und ohne Unterhaltsbelastung zulässig berechnet sei.⁴⁶² Ein Verstoß gegen die Menschenwürde läge nicht vor, da der Schadensbegriff als solcher wertfrei sei und keine Missachtung des Kindes ausdrücke. Bei der Tatsache, dass die wirtschaftliche Belastung erst durch die Existenz des Kindes ausgelöst werde, handele es sich lediglich um einen naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang.⁴⁶³ Nicht das Kind werde als Schaden im juristischen Sinne betrachtet, sondern die durch seine planwidrige ausgelöste wirtschaftliche Unterhaltsbelastung der Eltern.⁴⁶⁴ Die Mutter des Kindes habe einen Anspruch direkt aus dem Behandlungsvertrag mit dem behandelnden Arzt. Der Vater habe anerkanntermaßen einen Anspruch aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁴⁶⁵ Problematischer erscheine die Einbeziehung des nichtehelichen Vaters in

⁴⁶² BGH, NJW 2002, 2636.

⁴⁶³ BGH, NJW 2002, 2636.

⁴⁶⁴ Für Fälle der fehlgeschlagenen Sterilisation ist dies wiederholt entschieden worden: BGH, NJW 2002, 2636; BGHZ 76, 259, 262; anerkannt wurde dies weiterhin im Falle einer fehlerhaften Beratung über die Sicherheit empfängnisverhütender Wirkungen eines Präparates: BGH, VersR 1997, 1422 f.; BGH, VersR 2007, 109, 111; Anmerkungen dazu: *Baukelmann*, jurisPR-BGHZivilR 7/2007 Anm. 2.

⁴⁶⁵ BGHZ 86, 240, 249 f.; BGHZ 89, 95, 98; BGHZ 151, 133, 136.

den Schutzbereich des Behandlungsvertrages.⁴⁶⁶ Jedoch ist nach dem Bundesgerichtshof im Ausgangspunkt nichts einzuwenden, wenn über die seit langem von ihm anerkannte Einbeziehung des ehelichen Vaters in den Schutzbereich des Arztvertrages hinaus auch der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geschützt werde.⁴⁶⁷ Die Frage sei indessen, ob weitere Voraussetzungen bestehen müssten, ggf. welche weiteren Voraussetzungen verlangt werden könnten. Die Frage, unter welchen Umständen etwa Väter bei einer ungestützten kurzfristigen Partnerschaft in den Schutzbereich einbezogen werden können, musste der Senat letztlich nicht entscheiden.⁴⁶⁸ Ein Schutz werde jedenfalls bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften und Partnerschaften bejaht, die bei Durchführung der Behandlung bestünden und deren wirtschaftlichen Schutz die Behandlung gerade dienen solle. Offen gelassen hat der Bundesgerichtshof bisher, inwieweit denkbare künftige nichteheliche Partner, möglicherweise auch sog. Zufallsbekannte, in den Schutzbereich der auf Empfängnisverhütung gerichteten ärztlichen Behandlung einbezogen werden können.⁴⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht vertrat zunächst mit seinen beiden Senaten jeweils einen anderen Standpunkt. Der 2. Senat war in dem 1993 ergangenen Urteil zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs der Auffassung, dass es sich verbiete, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen, da in der Existenz des Kindes keine Schadensquelle gesehen werden dürfe.⁴⁷⁰ Jedes Leben sei um seiner selbst Willen zu achten. Eine andere Auffassung verstoße gegen Art.1 Abs. 1 GG.⁴⁷¹

1997 befand der 1. Senat dann jedoch, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation, die einen Schadensersatzanspruch wegen des Unterhaltsaufwandes für das Kind gewähre, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden sei.⁴⁷² Diese Schadensposition sei auch in ihrem sachlichen Gehalt mit dem Grundgesetz vereinbar. Insbesondere läge kein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG vor. Die Bewertung einer Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden stelle keine Kommerzialisierung dar, die das Kind seines Eigenwertes beraube. Das Haftungsgefüge des Zivilrechts berühre

⁴⁶⁶ Einbeziehung der nichtehelichen Väter bereits befürwortet von: BGH, MDR 2002, 638, 639; OLG Frankfurt, VersR 1994, 942, 943 mit Nichtannahmebeschluss vom 18. Januar 1994 - VI ZR 188/93; *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 48; *Jagmann* in: *Staudinger*, BGB Kommentar, § 328, Rn. 132; *Wolf*, MedR 2002, 464; verneint von: OLG Celle, NJW 2002, 1489; *Wiebe*, ZfL 2002, 53.

⁴⁶⁷ BGH, NJW 2002, 2636.

⁴⁶⁸ BGH, VersR 2007, 109, 111; Anmerkungen dazu: *Baukelmann*, jurisPR-BGHZivilR 7/2007 Anm. 2.

⁴⁶⁹ BGH, VersR 2007, 109, 111; Anmerkungen dazu: *Baukelmann*, jurisPR-BGHZivilR 7/2007 Anm. 2.

⁴⁷⁰ BVerfG, NJW 1993, 1751.

⁴⁷¹ BVerfG, NJW 1993, 1751.

⁴⁷² BVerfG, NJW 1998, 519.

grundsätzlich auch dort die Menschenwürde nicht, wo ein Schadensersatzanspruch unmittelbar an die Existenz eines Menschen anknüpfe. Damit würden Menschen nicht zu Objekten, also zu vertretbaren Größen im Rahmen von vertraglichen oder deliktischen Beziehungen herabgewürdigt. Die zivilrechtlichen Vorschriften und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung seien auf eine gerechte Lastenverteilung angelegt. Sie habe nicht nur zur Folge, dass elementare Persönlichkeitsbereiche kommerzialisiert werden. Die Anwendung des Schadensersatzrechts auf personale Beziehungen mache nicht den Menschen als Person oder seine unveräußerlichen Rechte zum Handelsgut. Ebenso wenig enthalte die teilweise Verlagerung der Unterhaltslast auf Dritte ein Unwerturteil über den jeweils Unterhaltsberechtigten. Die personale Anerkennung eines Kindes beruhe nicht auf der Übernahme von Unterhaltungspflichten durch die Eltern. Auch nach bürgerlichem Recht sei die Existenz eines Kindes nur eine der tatbestandsmäßigen Bedingungen für die entstehende Unterhaltslast nach den §§ 1601 ff. BGB.⁴⁷³

2. Literaturansätze zur „Wrongful birth Situation“

a) Kein Schadensersatz

Zum Teil wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass ein Schaden in einem solchen Fall nicht vorliegen könne, da in der Betrachtung des Kindes als Schaden ein Verstoß gegen die Menschenwürde zu sehen sei, der einen Schadensersatz ausschließe. Es sei mit der Achtung vor der Person des Kindes im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar, das Kind als Schaden zu qualifizieren. Die Auffassung, dass der für ein unerwünschtes Kind zu leistende Unterhaltsaufwand einen erstattungsfähigen Schaden darstelle, widerspräche den ethischen Grundvorstellungen, die im Grundgesetz normiert seien, da die negative Bewertung der mit der Kindesexistenz untrennbar verbundenen Unterhaltslast auch die Person des Kindes negativ bewerten würde.⁴⁷⁴ Diese Bewertung könne, indem sie das unerwünschte Kind zum Haftungsfall mache, sein traditionelles, bis in die Verfassung rezipiertes Verständnis als Wertverwirklichung und Wertinkarnation durch eine rein kommerzielle Betrachtung negieren, die das neue Leben allein unter dem Blickwinkel seiner Kosten erfasse. Das zentrale

⁴⁷³ BVerfG, NJW 1998, 522.

⁴⁷⁴ *Looschelders* in: *Wolter/Arndt*, Einwirkungen der Grundrechte, S. 97; *Picker*, AcP 195 (1995), 483.

Bedenken gegen die Anerkennung eines Anspruchs der Eltern auf Schadensersatz wegen planwidriger Geburt eines Kindes folge daraus, dass in der geltenden Rechtsordnung die Regel gelte, dass ein Mensch niemals auch nur mittelbar als Schaden oder Nachteil bewertet werden dürfe.⁴⁷⁵

*Picker*⁴⁷⁶ begründet dieses Ergebnis im Wesentlichen mit dem System zwischen Naturalrestitution und Wertersatz. Der Schadensersatz in Geld sei nur eine Alternative, nur eine weitere Wiedergutmachungsform, neben der Wiederherstellung in Natur. Dies bedeute zwar nicht, dass diese stets anstelle von Geld verlangt werden könne. Wohl aber gelte für den Geldersatz und also auch für die Zahlung, die eine für die Eltern begründete Unterhaltspflicht ausgleichen solle, dass dieser Ersatz immer die Funktion habe, den Tatbestand, der die vermögensmäßigen Verluste verursache, zu kompensieren. Immer entstehe der entsprechende Anspruch folglich nur deshalb und dann, weil und wenn die Naturalrestitution aus faktischen oder normativ gesetzten Gründen nicht verlangt werden könne. Er stehe deshalb als Ersatzlösung zur Verfügung, wenn die Ausschaltung des eigentlich schädigenden Ereignisses nicht in Betracht komme. Denknöwendigerweise habe damit der Geschädigte aber auch einen Anspruch auf diese Alternativform des Schadensersatzes immer nur dann, wenn er an sich, nämlich ohne die Restitution ausschließende Lage, auch schon die Beseitigung oder Rückgängigmachung dieses für die Folgekosten kausalen Geschehens als Schadensersatz verlangen könnte. Die eigene Qualifizierbarkeit auch schon dieses Grundes der Kosten als wieder gut zu machender Schaden und mithin als unwerter Zustand sei folglich gedanklich und rechtlich die Voraussetzung dafür, dass er mit Geld unschädlich gemacht werden könne. Der Versuch, nur die Unterhaltspflicht, nicht aber auch schon das untrennbar mit ihr verbundene Kind als Schaden zu definieren, sei danach verfehlt.⁴⁷⁷

b) Schadensersatz

Andere Stimmen in der Literatur befürworten einen Schadensersatz im Falle der *wrongful birth* Situation.⁴⁷⁸ Zur besonderen Ausgrenzung des faktisch entstehenden Unterhaltsschadens

⁴⁷⁵ *Picker*, AcP 195 (1995), 501; so auch *Backhaus*, MedR 1996, 201, 204.

⁴⁷⁶ *Picker*, AcP 195 (1995), 501; so auch *Backhaus*, MedR 1996, 201, 204.

⁴⁷⁷ *Picker* AcP 195 (1995), 504 ff.; so auch *Backhaus*, MedR 1996, 204.

⁴⁷⁸ *Brühl/Göppinger/Wax*, Unterhaltsrecht, Rn. 833 f.; *Sigel*, Zivilrechtliche Haftung bei fehlgeschlagener Sterilisation, S. 1 ff.; *Deutsch*, NJW 1994, 776, 777; *Schmidt*, KritV 195 (1995), 424; *Schöbener*, JR 1996, 89, 90.

aufgrund der Würde des Menschen fehle bislang jede Begründung.⁴⁷⁹ Das Bundesverfassungsgericht dekritisierte in seiner Entscheidung von 1993⁴⁸⁰ singuläre Rechtsfolgen, deren Herleitung unmittelbar aus der Verfassung äußerst problematisch erscheinen.⁴⁸¹ Verfassungsrechtliche Deduktionen, die allem Gesetzesrecht vorgingen und auch nur schwer wieder abzuschaffen seien, schränkten den Bewegungsspielraum des funktionellen Haftungsrichters ein.⁴⁸² Es sei eben einfach, sich mit dem *Totschlagsargument* der Menschenwürde alles zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle heranzuangeln, was gerade beliebt.⁴⁸³ Die Bewertung der Unterhaltspflicht als Schaden enthalte kein unter dem Gesichtspunkt der Achtung der Menschenwürde unzulässiges mittelbares Unwerturteil über die Person des Kindes. Dies würde eine nicht zu begründende Einheit zwischen dem Leben des Kindes und der Unterhaltverpflichtung erfordern.⁴⁸⁴

c) Eigene Stellungnahme

Der einzelgesetzlichen Wertung entspricht es, Schadensersatz zuzusprechen, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen der Schadensersatznorm gegeben sind. Dazu ist insbesondere zu klären, ob ein Schaden zu bejahen ist. In der Geburt des Kindes kann kein ersatzfähiger Schaden gesehen werden, da gemäß § 253 BGB ein Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen in Geld entschädigt werden kann. Da das Kind selbst in einer Vermögensbilanz weder positiv noch negativ zu Buche schlägt, kann es jedenfalls keinen Vermögensschaden darstellen.⁴⁸⁵ Fraglich bleibt demnach, ob in der Unterhaltspflicht der Eltern ein Schaden begründendes Ereignis zu sehen ist. Bildeten die Geburt des Kindes und die Unterhaltspflicht, wie *Picker*⁴⁸⁶ argumentiert, eine untrennbare Einheit, wäre die Unterhaltspflicht nicht als Schaden zu werten. Nach *Picker* ist eine Unterhaltspflicht immer als etwas Negatives zu bewerten, dass gleichzeitig das mit der Unterhaltspflicht untrennbare Kind stigmatisieren würde. Dagegen ist zunächst zu sagen, dass ein Schaden an sich als ein eher neutraler Begriff aufzufassen ist. Die der

⁴⁷⁹ *Deutsch*, NJW 1994, 776, 777.

⁴⁸⁰ Gemeint ist die Entscheidung des 2. Senats: BVerfG, NJW 1993, 1751.

⁴⁸¹ *Schmidt*, KritV 195 (1995), 424.

⁴⁸² *Deutsch*, VersR 1995, 609, 616; *Giesen*, JZ 1994, 289.

⁴⁸³ *Deuchler*, S. 160; *Deutsch*, VersR 1995, 609, 616; *Giesen*, JZ 1994, 289.

⁴⁸⁴ *Giesen*, JZ 1994, 291; *Schöbener*, JR 1996, 89, 90.

⁴⁸⁵ *Junker*, S. 370.

⁴⁸⁶ Siehe unter 4. Abschnitt A. I. 2.a.

Schadensberechnung zugrunde liegende Differenzmethode stellt eine wertneutrale Rechenoperation dar, auch wenn sie die in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechenposten wertend bestimmt.⁴⁸⁷ Die These der biologischen Untrennbarkeit von Lebensbedarf und Kindesexistenz muss bezweifelt werden. Faktisch ist das Kind etwas anderes als seine Nahrung und seine Kleidung. Rechtlich stellt das Kind eine natürliche Person, also ein Rechtssubjekt, die Unterhaltsverpflichtung der Eltern ein Anspruch des Kindes dar. Der Zusammenhang zwischen beiden erschöpft sich darin, dass das Kind eine Ursache für die Entstehung der Unterhaltsverpflichtung ist, die wiederum rechtlich normiert ist. Eine Untrennbarkeit lässt sich daher rechtlich nicht begründen.⁴⁸⁸ Folglich ist in der Unterhaltspflicht der Eltern bei einer Geburt eines durch ärztliches Verschulden an sich ungewollten Kindes ein Schaden zu sehen.

3. Zur Höhe eines Schadensersatzanspruchs

Laut Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat der Arzt den Barunterhaltsschaden, der aus den wirtschaftlichen Belastungen durch die Versorgung eines behinderten Kindes entsteht, nur denjenigen Teil zu übernehmen, der für die Existenzsicherung des Kindes erforderlich ist.⁴⁸⁹ Nach der Streichung des § 1615 f. BGB a. F., ist für den Unterhalt eines minderjährigen Kindes auf einen Vomhundertsatz des jeweiligen Regelbetrags der Regelbetrag-Verordnung (vom 6. April 1998) abzustellen. Als Existenzminimum des Kindes sind 135 % des Regelbetrags anzusehen.⁴⁹⁰ Hinsichtlich des Wertes der Betreuungsleistungen kann ein Zuschlag in Höhe des Barunterhalts zuerkannt werden.⁴⁹¹ Es gilt dabei, dass der Zuschlag die Höhe des Barunterhaltes nicht erreichen muss, wohl aber erreichen kann. Zwar liegt die Überlegung nahe, dass sich der Betreuungsaufwand bei zunehmendem Alter des Kindes verringern und deshalb ein Betrag in Höhe von 135 % schadensrechtlich als überhöht erscheinen kann. Daraus lässt sich indes nicht herleiten, dass die Zuerkennung eines solchen Betrages stets außerhalb des tatrichterlichen Ermessens liegt. Dieser Betrag ist ohnehin nur auf die Existenzsicherung des Kindes abgestellt und gegebenenfalls auch bei einer Mangelverteilung anzusetzen. Er wird auch bei einer Betrachtung über 18 Jahre vielfach den

⁴⁸⁷ BGHZ 124, 128, 142 f.

⁴⁸⁸ Junker, S. 352.

⁴⁸⁹ BGH, VersR 1997, 698; BGH, VersR 2007, 109, 111.

⁴⁹⁰ BGH, NJW 2003, 112, 114; OLG Oldenburg, VersR 2004, 654, 655.

⁴⁹¹ BGHZ 76, 259, 270.

Betrag, der durchschnittlich für die Betreuung eines Kindes erforderlich ist, nicht wesentlich überschreiten. Die Erwägung, dass die Kindesmutter bei fortgeschrittenem Alter des Kindes zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet sein kann, ist in diesem Zusammenhang – anders als im Unterhaltsrecht und bei der Regulierung von Personenschäden gemäß § 844 II BGB – ohne Bedeutung; denn es geht hier nicht um den eigenen Unterhalt der Klägerin, auf den ein zu erzielender Arbeitsverdienst angerechnet werden kann, sondern um deren Belastung mit der Unterhaltsverpflichtung für das Kind, die auch bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ungeschmälert bestehen bleibt. Ein Zuschlag in Höhe von 135 % des Regelsatzes darf deshalb bei der Bemessung des Betreuungsunterhaltsschadens als angemessener Ausgleich angesehen werden, sofern nicht die Umstände des Falles eine abweichende Bewertung nahe legen.⁴⁹²

II. Zum Schaden im Falle einer „Wrongful life Situation“

In den *wrongful life* Fällen werden Schadensersatzansprüche eines gewollten aber behinderten Kindes geltend gemacht, weil es überhaupt geboren wurde. Es wird dabei vorgetragen, dass der fehlerhaft handelnde Arzt zwar nicht die Schädigung herbeigeführt habe, jedoch durch das Nichterkennen der Behinderung diese mit verursacht habe. Gegenstand der Klage der Eltern eines behinderten Kindes ist damit nicht die Schädigung als Ergebnis einer pflichtwidrigen Verletzungshandlung, sondern die Geburt an sich als Resultat des pflichtwidrig unterlassenen Schwangerschaftsabbruchs.⁴⁹³ In der *wrongful life Situation* kommt es auch vor, dass das behinderte Kind gegen den behandelnden Arzt klagt und geltend macht, dass es nur aufgrund des Fehlverhaltens des Arztes zur Welt kam und es wegen seiner vorhersehbaren Behinderung besser gewesen wäre, nicht geboren zu sein.⁴⁹⁴

1. Entwicklung der Rechtsprechung zur „Wrongful life Situation“

Erstmals hatte der Bundesgerichtshof im Jahre 1993 über die Klage eines behinderten Kindes, dessen Mutter während der Schwangerschaft eine Rötelinfektion erlitt, zu entscheiden.⁴⁹⁵

⁴⁹² BGH, VersR 2007, 109, 111.

⁴⁹³ Gay, Schadensersatzklagen, S. 21; Giesen, JZ 1990, 1053.

⁴⁹⁴ Deutsch, Schadensersatz, Rn. 457; Färber, Wrongful life, S. 21.

⁴⁹⁵ BGHZ 86, 240, 253: dieser Ansicht folgten zunächst einige Gerichte: LG München, VersR 1970, 428; LG Duisburg, VersR 1975, 432; einen Schaden bejaht haben trotz der Rechtsprechung des BGH LG Itzehoe, FamRZ 1969, 90; LG Limburg, NJW 1969, 1574; OLG Zweibrücken, NJW 1978, 2340; OLG Celle, VersR 1978, 924.

Dem behandelnden Arzt wurde zum Vorwurf gemacht, dass er die Erkrankung der Mutter nicht erkannt habe, so dass aus Sicht des Kindes seine unerwünschte Existenz nicht verhindert werden konnte. Einen Anspruch des Kindes aus § 823 Abs. 1 BGB lehnte der Bundesgerichtshof ab, weil es keine unmittelbare deliktsrechtliche Pflicht zur Verhinderung der Geburt eines voraussichtlich mit Behinderungen behafteten Kindes gebe.⁴⁹⁶ Eine solche Pflicht, die das Leben des Kindes als unwert erscheinen lasse, stelle einen Fremdkörper innerhalb des allgemein auf Integritätsschutz ausgerichteten Kreises der deliktischen Verhaltensnormen dar. Das menschliche Leben sei ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltenswürdig, so dass ein Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes keinem Dritten zustehe. Insbesondere die Erfahrungen aus der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft würden kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens zulassen.⁴⁹⁷

Ebenso wenig ergebe sich eine deliktische Einstandspflicht aus dem Behandlungsverhältnis zur Mutter, da die Nichtverhinderung von Leben kein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut verletzte. Daneben entziehe es sich einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstelle.⁴⁹⁸ Aber auch ein vertraglicher Schadensersatzanspruch sei abzulehnen, da es auch keine unmittelbare Vertragspflicht gegenüber dem Kind aufgrund vereinbarter Schutzwirkung des Behandlungsvertrages zugunsten Dritter gebe, denn das geltende Recht gewähre der Mutter einen Abbruch zur Schwangerschaft ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse. Außerdem sah der Bundesgerichtshof die Grenzen für überschritten an, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsgrundlage tragbar sei. Der Mensch habe grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet sei und habe keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere.⁴⁹⁹ Diese Rechtsprechung bekräftigte der Bundesgerichtshof in dem Folgeurteil, in dem es um die fehlerhafte Information durch einen Arzt ging, durch die infolgedessen ein mongoloides Kind zur Welt gebracht wurde. Er wies die Klage des Kindes, vertreten durch seine Mutter, mit Verweis auf das oben genannte Senatsurteil ab.⁵⁰⁰ Auch das Oberlandesgericht Düsseldorf lehnte einen Anspruch des Kindes selbst ab. Ein Kind, das

⁴⁹⁶ BGHZ 86, 240, 253.

⁴⁹⁷ BGHZ 86, 240, 253.

⁴⁹⁸ BGHZ 86, 240, 253.

⁴⁹⁹ BGHZ 86, 240, 254.

⁵⁰⁰ BGHZ 89, 95.

unter einer angeborenen schweren Schädigung leide, könne von dem Arzt, der seine Eltern pränatal beraten habe keinen Schadensersatz wegen Verletzung des Behandlungsvertrages mit seinen Eltern mit der Begründung verlangen, dass es bei einer ordnungsgemäßen Beratung nicht gezeugt bzw. geboren worden wäre.⁵⁰¹

Den Schadensersatz von Eltern eines behinderten Kindes hingegen bejahte der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen. Zwar sei die Existenz des Kindes nicht als Schaden anzusehen, jedoch stelle dies eine unangemessene Betrachtungsweise dar. Weder die rechtlichen Ordnungen des Schadensersatzrechts noch eine ungezwungene Gesamtbetrachtung des Lebenssachverhaltes nötigten dazu, bereits das Dasein des Kindes als Schadensfall anzusehen. Die wirtschaftliche Belastung stelle der Unterhalt dar, und dieser würde durch die Existenz ausgelöst. Der Schadensersatzanspruch sei auf eine rein vermögensmäßige Bedeutung beschränkt.⁵⁰²

In der bereits genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgericht (2. Senat) im Jahre 1993⁵⁰³ zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs erklärte das Bundesverfassungsgericht einerseits, dass die Schlechterfüllung der Beratung- und Behandlungspflichten grundsätzlich auch vertragliche und deliktische Sanktionen auslösen könne, um den Schutz des ungeborenen Lebens abzusichern, andererseits dürfe jedoch in der Existenz des Kindes keine Schadensquelle gesehen werden. Jedes Leben sei um seiner selbst Willen zu achten, und eine Abtreibung auch eines behinderten Kindes dürfe niemals eine Selbstverständlichkeit sein. Eine andere Auffassung verstoße gegen Art. 1 Abs. 1 GG und sei daher abzulehnen.⁵⁰⁴

Die Rechtsprechung, dass die Mutter eines ungewollten Kindes keine Ansprüche auf Schadensersatz erhalte, hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil vom 12.11.1997 wie oben ausgeführt aufgegeben. Zwar geht es in dem Urteil um die Geburt eines gesunden ungewollten Kindes. Dabei können die Maßstäbe, die für die Geburt eines ungewollten Kindes auch auf die Geburt eines ungewollt behinderten Kindes übertragen werden, da in beiden Fällen den Eltern Unterhaltspflichten entstehen, mit denen sie nicht rechnen mussten.

⁵⁰¹ OLG Düsseldorf, VersR 1995, 1498.

⁵⁰² BGH, NJW 1994, 788.

⁵⁰³ BVerfG, NJW 1993, 1751.

⁵⁰⁴ BVerfG, NJW 1993, 1751; *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 47.

2. Literaturansätze zum „Wrongful life“

Auch in der Literatur gibt es ganz unterschiedliche Ansichten darüber, ob dem Kind in der *wrongful life Situation* ein Schadensersatzanspruch zusteht.

a) Kein Schadensersatz

Ein Teil der Literatur versagt sowohl den Eltern als auch dem Kind Schadensersatzansprüche im Fall der *wrongful life Situation*.⁵⁰⁵ Auch hier wird argumentiert, dass ein Schadensersatz in solchen Fällen mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sei. Eine Anerkennung eines Schadens unmittelbar am Dasein des Kindes anzuknüpfen, sei unzulässig. Nach der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes komme jedem menschlichen Leben eine Menschenwürde zu, unabhängig davon, ob der Träger sich dieser Würde bewusst sei oder nicht.⁵⁰⁶ Neben der Anführung ethischer Bedenken wird gegen die Anerkennung eines Vermögensschadens vor allem vorgebracht, dass die Existenz gegenüber der Nichtexistenz nicht als Schaden begriffen werden könne. Ein Schaden sei gemäß § 249 BGB die Differenz zwischen der Vermögenslage, die infolge der Verletzungshandlung eingetreten sei und der hypothetischen Vermögenslage, die bestünde, wenn die Verletzungshandlung unterblieben wäre, oder bei Vertragsverletzungen, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Im Rechtsinne müsse das Nichtleben oder die Nichtexistenz definiert werden als Kein-Rechtsgut-Haben, als rechtliches Nullum. Unabhängig davon, ob es einen Anspruch auf den Tod, also auf die Entziehung aller Rechtsgüter gäbe, könne es jedoch eine rechtlich schlechtere Position als die des Nullums begrifflich nicht geben. Verglichen mit dem Nichtleben könne kein anderer Zustand rechtlich ein Schaden sein.⁵⁰⁷

Andere Argumente lauten, dass ethische Grenzen überschritten würden, die dem Institut der gesetzlichen Stellvertretung gezogen seien. Die Einschätzung des individuellen Lebens als nicht lebenswert sei eine so persönliche Entscheidung, dass jedenfalls kein anderer sie dem Betroffenen abnehmen könne.⁵⁰⁸ Ferner sei es ein Unding, einem Kind im Namen des Volkes

⁵⁰⁵ Brüggeleier, Deliktsrecht, Rn. 199; Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1206; Aretz, JZ 1984, 719; Engel, ÖJZ 1999, 621, 634; Fischer, NJW 1981, 1991, 1992; Franzki, VersR 1990, 1181, 1184; Klimke, VersR 1975, 1083; Reinhart, VersR 2001, 1081, 1083; Roth, FuR 1993, 303.

⁵⁰⁶ Engel, ÖJZ 1999, 621, 634; Reinhart, VersR 2001, 1081, 1083; Roth, FuR 1993, 303.

⁵⁰⁷ Färber, wrongful life, S. 97; Lange, Haftung für neues Leben, S. 17; Engel, ÖJZ 1999, 621.

⁵⁰⁸ Aretz, JZ 1984, 719.

zu bescheinigen, dass es besser nicht auf der Welt sei. Zudem wäre es undenkbar, den Umfang dieses Schadensersatzanspruches zu bestimmen.⁵⁰⁹

b) Schadensersatz

Gegen die einen Schaden verneinenden Auffassungen wird in der Literatur eingewandt, dass unter ethischen, dogmatischen und praktischen Gesichtspunkten die Begründung, schwerstbehindert zu leben besser sei, als nicht geboren zu sein, unhaltbar sei.⁵¹⁰ Die Auffassung des Bundesgerichtshofes leide an einem Grundwiderspruch. Sie gewähre dem Kind keinen Schadensersatzanspruch unter anderem wegen der absoluten Erhaltungswürdigkeit des menschlichen Lebens.⁵¹¹ Der Schadensersatz der Eltern wegen einer unerwünschten Geburt (*wrongful birth*) werde dagegen bejaht. Das Dasein des Kindes, das ihm gegenüber als höchstes und deshalb jeder Bewertung unzugängliches Gut deklariert werde, bilde bei der Prüfung des Anspruchs der Eltern plötzlich nur noch einen quantifizierbaren Abwägungsposten. Dort werde mit keinem Wort mehr erörtert, ob nicht auch ihr Anspruch die Bewertung des geborenen Kindes als Schaden voraussetze.⁵¹² Der fundamentale Widerspruch liege darin, dass ein und dasselbe Lebensgut vom Gericht zugleich als absolut sakrosankt und als weitgehend disponibel bewertet werde. In Bezug auf das behinderte Kind sei das menschliche Leben unverfügbar und deshalb auch nicht mittelbar als Schaden zu qualifizieren. Dagegen werde dasselbe Leben im Hinblick auf Dritte als ein abwägbares und damit relativierbares Gut angesehen.⁵¹³

Es werden jedoch auch anspruchsbefürwortende Lösungen vertreten, die eher wertender als dogmatischer Art sind. So wird ausgeführt, dass die Existenz eines Vermögensschadens nicht von einem Unwerturteil über das Leben des Kindes abhängig sei, da nicht der Wert des Lebens mit dem Nichtleben zu vergleichen sei, sondern die Vermögenssituation. Weil hier aber die Differenzhypothese als Methode der Schadensfeststellung versage, sei der Schaden aufgrund rechtspolitischer Kriterien zu bejahen.⁵¹⁴ Bejahe man für die Mutter einen

⁵⁰⁹ Aretz, JZ 1984, 719.

⁵¹⁰ Debo, Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, S. 67 ff.; Reinhart, Familienplanungsschaden, S. 205; Stoll, Haftungsfolgen, 285; Weber, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, S. 53.

⁵¹¹ Picker, *wrongful life*, S. 13.

⁵¹² Picker, *wrongful life*, S. 19.

⁵¹³ Picker, *wrongful life*, S. 26; Laufs, NJW 1998, 796.

⁵¹⁴ Dannemann, VersR 1989, 676, 680.

Schadensersatzanspruch, so müsse man ihn auch dem Kinde gewähren. Nach der interessen- oder wertungsjuristischen Methode solle der Interessensgegensatz zwischen dem Kind als dem eigentlich Geschädigten und den Interessen des Arztes in die Rechtsfindung einfließen. Das Kind erleide den Schaden der größeren Bedürftigkeit und zusätzlicher Anforderungen. Projiziere man die gesetzliche Wertung auf den Interessengegensatz, so werde deutlich, dass auch der Mehrbedarfsschaden des Kindes ersatzfähig sei. Es sei kein gutes Zeichen methodischer Beweglichkeit, wenn dem geltenden Recht entnommen werde, dass es Geschädigten keinen Ersatzanspruch gegen einen offensichtlich ihm gegenüber pflichtwidrig Handelnden gebe.⁵¹⁵ Die Haftung aufgrund vertraglicher und deliktischer Regeln sei im bürgerlichen Recht offen gestaltet, so dass sie auch diesen Anspruch des Kindes stützen könne. Zumindest der Mehrbedarfsschaden sei adäquat kausal, liege im Schutzbereich der Norm und stelle die Existenz des Kindes nicht in Frage, da er nur auftrete, wenn das Kind lebend geboren werde.⁵¹⁶

c) **Stellungnahme**

Sowohl den Eltern, als auch dem Kind stehen in der *wrongful life Situation* Schadensersatzansprüche gegen den behandelnden Arzt zu. Für den Schadensersatzanspruch der Eltern greifen dieselben Argumente wie bei der *wrongful birth Situation*.⁵¹⁷

Anders gestaltet sich die rechtliche Situation des behinderten Kindes, das einen Schadensersatzanspruch gegen den behandelnden Arzt geltend machen möchte. Um einen Schadensersatzanspruch des Kindes zu bejahen, muss zunächst die Frage geklärt werden, ob eine Existenz als behinderter Mensch gegenüber der Nichtexistenz ein vorteilhafterer Zustand sein kann. Kommen bei einer Behinderung zu einer kurzen Lebensdauer schwere Leiden und dauernde Schmerzen hinzu, kann von einem vorteilhafteren Zustand der Existenz nicht mehr gesprochen werden. Würde man Menschen mit derartigen Behinderungen fragen, ob sie, wenn sie die Wahl hätten, zwischen einer Wiedergeburt mit derselben Behinderung oder dem Ausbleiben der Wiedergeburt entscheiden würden, würden die allermeisten Menschen sich wohl gegen die Wiedergeburt entscheiden.⁵¹⁸ Dass das Leben nicht in jeder Konstellation der

⁵¹⁵ Deutsch, JZ 1984, 889.

⁵¹⁶ Deutsch, JZ 1984, 889.

⁵¹⁷ Siehe dazu: 4. Abschnitt A. I. 2. c.

⁵¹⁸ Junker, S. 642.

gegenüber der Nichtexistenz vorzuziehende Zustand ist, wird auch in anderen Situationen deutlich. So ist beispielsweise nach § 3 des Embryonenschutzgesetzes eine Geschlechtswahl bei der künstlichen Befruchtung nicht strafbar, wenn sie dazu dienen soll, das Kind vor der Erkrankung an einer Muskeldystrophie vom *Typ Duchenne* oder einer ähnlich schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Erbkrankheit zu bewahren. Das konkrete Kind, das möglicherweise auf natürlichem Weg gezeugt worden wäre, wird nicht vor der Krankheit bewahrt, sondern es kommt gar nicht auf die Welt. Es wird folglich vor dem Leben bewahrt. Eine Bewahrung vor dem Leben ist aber nur dann begründbar, wenn im konkreten Fall das Leben der nachteilhaftere Zustand wäre.⁵¹⁹

Die Frage danach, ob ein Leben mit einer schwersten Behinderung gegenüber dem Nichtleben aus der Sicht des Betroffenen ein nachteilhafter Zustand sein kann, hat dabei auch nichts mit der Bewertung des Lebens als lebensunwert im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie zu tun.⁵²⁰ Dort ging es nicht um die Frage eines Schadensersatzanspruches für ein Kind, bei dem gedanklich befunden werden musste, dass die Existenz für das schwer behinderte Kind aufgrund seiner eigenen Interessen ein Schaden ist, sondern um die Tötung von behinderten Menschen aus rassistischen und volkswirtschaftlichen Gründen.⁵²¹ Die Tatsache, dass ein Leben mit Behinderungen Nachteile gegenüber einem Leben mit Vorteilen besitzt, berührt die Frage der Wertigkeit des Lebens mit Behinderungen nicht.

Es ist also zunächst festzustellen, dass in Ausnahmefällen das Leben im Vergleich zur Nichtexistenz als Schaden bewertet werden kann.

Fraglich ist nun, ob dieser Schaden auch ersatzfähig ist. Der Einwand des Bundesgerichtshofes, dass das Kind die Pflicht habe, das Leben so hinzunehmen wie es ist, schließt einen Schadensersatzanspruch nicht aus. Vielmehr ist in diesem Argument ein Totschlagsargument zu sehen, da auf diese Weise jeglicher Schadensersatzanspruch verneint werden kann. Die ganze Medizin hat zum Ziel, gerade solche Verläufe abzuwenden, die die Natur gestaltet. Wer an einer schuldhaft vom Arzt nicht erkannten Krankheit stirbt, muss sich auch nicht entgegenhalten lassen, dass hier nun einmal die Natur gewaltet habe. Ebenso wenig kann dieses aber dann gelten, wenn aufgrund der Nichtaufklärung der Eltern ein Schwangerschaftsabbruch unterbleibt, der die Nichtexistenz anstelle der schwer behinderten

⁵¹⁹ Junker, S. 642.

⁵²⁰ Siehe dazu: Hoerster, ZRP 1988, 1 ff., der im Zusammenhang mit der Sterbehilfediskussion bei einem unheilbaren Kranken zwischen der Bewertung des Lebens als lebensunwert und der empörenden Bewertung nach den Kriterien der Rassenzugehörigkeit oder der sozialen Nützlichkeit unterscheidet.

⁵²¹ Junker, S. 643.

Existenz herbeigeführt hätte.⁵²² Auch Argumente dergestalt, dass niemand anstelle des Kindes eine Einschätzung seines Lebens vornehmen oder für es entscheiden könne, sind für den hier diskutierten Schadensersatzanspruch nicht richtig. In dieser Situation geht es nicht mehr um den den Kausalverlauf konstituierenden Abbruch der Schwangerschaft, den die Eltern nach der Gesetzeslage ohnehin mit ihren eigenen Interessen begründen müssen, noch darum, das Lebensrecht des Kindes in irgendeiner Form zu relativieren. Es geht nur um die richterliche Bewertung einer bestehenden Situation aus der Sicht des Kindes.⁵²³

Dem Kind müsste ein Vermögensschaden entstanden sein. Zur Ermittlung eines Vermögensschadens ist auf die Differenzhypothese zurückzugreifen und die tatsächliche mit der hypothetischen Situation ohne Pflichtverletzung zu vergleichen.⁵²⁴ Es ist demnach die Güterlage im Zustand des Lebens mit Behinderungen mit der Güterlage im Zustand des Nichtlebens zu vergleichen. Wäre das Kind nicht geboren worden, hätte es kein Vermögen. Nach der Geburt hat es einen Grundbedarf für seinen generellen Lebensunterhalt und einen Mehrbedarf für seine behinderungsbedingten medizinischen Kosten. Hätte der Arzt seine Verpflichtung fehlerfrei erfüllt, würde das Kind nicht leben und hätte auch keine Aufwendungen für seine Lebenshaltung. Vergleicht man diese beiden Vermögenslagen, so ergibt sich ein Vermögensschaden in Form seiner Lebenshaltungskosten. Der verantwortliche Arzt kann sich nicht darauf berufen, dass doch die Eltern gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig sind, denn § 843 Abs. 4 BGB enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken, wonach ein Schädiger nicht auf die Kosten der Unterhaltspflichtigen entlastet werden soll. Ferner darf eine Schädigung des Kindes auch deshalb nicht verneint werden, weil beim Unterbleiben der schädigenden Handlung das Kind nicht geboren worden wäre und damit auch nicht schadensfähig geworden wäre.⁵²⁵ Demnach ist dem Kind ein Vermögensschaden im Sinne des § 249 BGB entstanden.

Es bleibt noch die Frage, welche Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch in Frage kommt. Möglicherweise ergibt sich der Anspruch des Kindes aus § 280 Abs. 1 BGB. Das Kind selbst hat zwar mit dem Arzt keinen Behandlungsvertrag geschlossen, es könnte

⁵²² Junker, S. 644.

⁵²³ Junker, S. 644; Reinhart, VersR 2001, 1081, 1084.

⁵²⁴ Teichmann in: Jauernig, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 3; Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 7.

⁵²⁵ Stoll in: Festschrift für Nipperdey, Bd. 1, S. 763.

Mertens in: Rebmann, (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 5, § 823, Rn. 61; Stoll in: Festschrift für Nipperdey, Bd. 1, S. 763.

sich jedoch bei dem Vertrag der Mutter um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handeln. Auch ein noch ungeborener Mensch, ein *nasciturus*, kann in einen Vertrag mit einbezogen werden.⁵²⁶ Dazu müsste das Kind mit der Leistung des Arztes bestimmungsgemäß in Berührung kommen. Die Beratung der Mutter bezieht sich in diesen Fällen immer auf ärztliche Pflichten auch im Interesse des Kindes, so dass das Kind mit der Leistung des Arztes bestimmungsgemäß in Berührung kommt. Die Mutter ist daher immer an der Einbeziehung des Kindes in den Vertrag interessiert. Dies ist für den Arzt auch erkennbar. Das Kind ist auch schutzwürdig, da es keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen den Arzt gelten machen kann.⁵²⁷ Damit ergibt sich ein Anspruch des Kindes gegen den behandelnden Arzt aus § 280 Abs. 1 BGB.

Ferner könnte sich ein deliktischer Anspruch des Kindes gegen den verantwortlichen Arzt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Hieraus könnte ein Recht des Kindes abgeleitet werden, nicht mit schweren Schädigungen geboren zu werden. Als Anknüpfungspunkt kann das Recht auf den eigenen Tod herangezogen werden, das als Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich anerkannt ist.⁵²⁸ Problematisch ist hier aber, dass das Kind zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung noch gar nicht geboren war. Die Annahme eines werdenden Persönlichkeitsrechts des ungeborenen Kindes wird allerdings überwiegend abgelehnt. Dies wird zum einen damit begründet, dass es an der Voraussetzung der Wegnahme einer würdigen Daseinsmöglichkeit fehle, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur dann verletzt werden könne, wenn das Kind jemals als gesunder Mensch zur Welt hätte kommen können.⁵²⁹ Das Resultat einer ordnungsgemäßen Anwendung des ärztlichen Berufsstandards würde jedoch nicht ein gesundes Kind, sondern die Nichtexistenz des Kindes sein, so dass die ärztliche Pflichtwidrigkeit dem Kind nicht die Möglichkeit eines menschenwürdigen Daseins nehme, sondern ihm vielmehr gewähre.⁵³⁰ Zum anderen bestehe ein Widerspruch dahin gehend, dass einerseits die Ermöglichung einer Existenz mit Behinderungen eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des *Nasciturus* darstelle, während andererseits die Achtung der Menschenwürde des *Nasciturus* die Ermöglichung eines menschenwürdigen Daseins gebiete. Für die Anerkennung eines werdenden Persönlichkeitsrechts spricht aber, dass die

⁵²⁶ BGH, NJW 1971, 242.

⁵²⁷ Reinhard, VersR 2001, 1081, 1086.

⁵²⁸ Brändel, ZRP 1985, 85, 92; Schmitt, JZ 1985, 365.

⁵²⁹ Gay, Schadensersatzklagen, S. 73; Stieglitz, S. 183.

⁵³⁰ Cramer, S. 152.

Menschenwürde dem unheilbar Kranken ebenso innewohnt wie dem Schwerstbehinderten oder dem Ungeborenen. Gleiches gilt für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das die Existenz einer wenigstens potentiell handlungsfähigen Person voraussetzt.⁵³¹ Durch die vom Arzt verschuldete Geburt des Kindes mit schwerwiegenden Behinderungen wird in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes rechtswidrig und schuldhaft eingegriffen, so dass der eingetretene Schaden in Form des Unterhaltsaufwandes für das behinderte Kind ersetzt werden muss.⁵³²

Ferner steht dem Kind ein Schmerzensgeldanspruch zu, da das Leben mit schwersten Behinderungen eine schwere Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, die in anderer Weise nicht ersetzt werden kann. Ein Ausgleich allein durch Ersatz des materiellen Schadens erscheint hier nicht ausreichend, um einen umfassenden Schutz des Persönlichkeitsrechts zu gewährleisten.

B. Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf den Grundsatz der Totalreparation

Der Grundsatz der Totalreparation ergibt sich aus § 249 Abs. 1 BGB. Er bedeutet, dass der Schädiger für den gesamten aus dem haftungsbegründenden Ereignis resultierenden Schaden aufkommen muss.⁵³³ Merkmale wie Rechtswidrigkeit, Gefährdung, Sittenwidrigkeit Billigkeit und andere Tatbestandselemente, von denen je nach Anspruchsgrundlage die Begründung einer Haftung abhängt, sind für die Frage des zu ersetzendem Schadens im Allgemeinen irrelevant. Die Schadensersatzleistung wird danach insbesondere auch nicht nach der Schwere des Verschuldens abgestuft.⁵³⁴ Nur durch die Mitberücksichtigung des eigenen Verschuldens des Geschädigten wird der Grundsatz der Totalreparation relativiert.

I. Kritik am Grundsatz der Totalreparation und Reformversuche

Dieser Grundsatz ist in rechtspolitischer Sicht seit dem Bestehen des BGB kritisiert worden.⁵³⁵ Kritisiert wurde vor allem, dass der Gesetzgeber sich zu einseitig an den Interessen

⁵³¹ *Reinhart*, VersR 2001, 1081, 1086.

⁵³² *Deutsch*, VersR 1982, 713; *Plum*, VersR 1982, 722.

⁵³³ *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 6.

⁵³⁴ *Mertens* in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 2a, Vorb. § 249, Rn. 17.

⁵³⁵ Übersicht über die ersten Kritiker des Grundsatzes der Totalreparation bei *Wadde*, VersR 1971, 485 ff.

des Geschädigten orientiert habe und dabei in Kauf genommen habe, dass auch ein sorgfältiger und rechtstreuer Mensch aufgrund eines einmaligen verständlichen Versagens in seiner sozialen Existenz vernichtet werden könne.⁵³⁶

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Kritik am Grundsatz der Totalreparation immer lauter. Der Gesetzgeber sei aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts daran gehindert, dem Schädiger über die Auferlegung einer Ersatzpflicht die für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Mittel zu entziehen.⁵³⁷ Seit Beginn der 60er Jahre hat es deshalb verschiedene Vorschläge gegeben, den Grundsatz der Totalreparation in Anlehnung an das schweizerische Recht⁵³⁸ durch Einführung einer allgemeinen Reduktionsklausel einzuschränken, nach welcher der Richter die Ersatzpflicht im Einzelfall insoweit herabsetzen können sollte, als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer unbilligen Härte führen würde.⁵³⁹ Um dem Schutzgedanken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu entsprechen, wurde die Reduktionsklausel Gegenstand des 43. Deutschen Juristentages (1960)⁵⁴⁰ und hat sich in dem Jahr 1967 vom Bundesjustizministerium veröffentlichten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften niedergeschlagen. Nach diesem Entwurf sollte nachstehender § 255 a BGB neu in das Gesetz aufgenommen werden.⁵⁴¹

(1) „Ist der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht begründenden

⁵³⁶ Besondere Erwähnung verdient die Äußerung v. *Gierkes*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 198, 266, die Totalreparation, sei eine „einförmige mechanische Schablone“, die der materiellen Gerechtigkeit wenig entspreche. Noch strenger das Urteil *Heinrich Langes*, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 32: „Der Schade ist der Götze“, dem die Beteiligten unterworfen sind. Die Berechenbarkeit, nicht die Billigkeit herrscht“. Hiergegen schon *L. Dikov*, Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1937, S. 69 f.

⁵³⁷ *Looschelders*, VersR 1999, 141, 145; *Looschelders* in: *Wolter/Arndt*, Einwirkungen der Grundrechte, 102.

⁵³⁸ Die allgemeine Reduktionsklausel des Art. 44 II OR lautet: „Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht hat, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermäßigen.“ Vgl. dazu: *Brehm* in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* Bd. VI/1- Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Teilband 3/1, Art. 44 OR, Rn. 67 f.

⁵³⁹ So § 255 a I BGB des Referentenentwurfs zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften von 1967, abgedr. bei *Lange*, Schadensersatz, Einl. VIII 1. Zur rechtspolitischen Diskussion über die Einführung einer allgemeinen Reduktionsklausel im deutschen Schadensrecht siehe ferner die Gutachten von *Lange* in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1960. Eingehend zu dieser Problematik auch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 629 ff.; *Baur*, Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts, S. 44 ff.; *Bührke*, Verschuldensgrad und Ersatzumfang, S. 71 ff.

⁵⁴⁰ Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. II C, 1. Abt. S. 121.0.

⁵⁴¹ *Lange*, Schadensersatz, Einl. VIII 1; *Müller*, VersR 2005, 1461, 1462.

Umstände außergewöhnlich hoch, so kann das Gericht die Ersatzpflicht insoweit einschränken, als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde.

(2) Eine Einschränkung der Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, soweit der Ersatzpflichtige oder ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Ersatzpflichtigen oder im Fall des § 839 derjenige, der die Amtspflicht verletzt hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat.

(3) Im Übrigen ist das Verschulden von Personen, für die der Ersatzpflichtige einzustehen hat, bei Anwendung des Absatzes 1 angemessen zu berücksichtigen.“

Wie ein Blick in das heutige BGB zeigt, gelangte dieser Referentenentwurf niemals zur Geltung. Es gab zu viele Gegner, die Zweifel an einer solchen Änderung äußerten. Das praktische Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung wurde zwar nicht in Abrede gestellt, man kritisierte aber, dass dieses nicht ausreichend anhand einer korrekturbedürftigen Entscheidungspraxis nachgewiesen worden sei.⁵⁴² Der Grundsatz der Totalreparation beruht vor allen Dingen auf der Überlegung, dass dem Schadensersatzrecht pönale Elemente, wie sie etwa bei einem an sich denkbaren Abstellen auf Verschuldensgrade in bezug auf die Höhe einer Ersatzpflicht notwendigerweise in die richterliche Beurteilung eines Schadensfalles einbezogen werden müssten, fremd sind.⁵⁴³ Kritiker gingen davon aus, dass das Interesse eines Geschädigten nur durch vollen Ersatz des Schadens gewahrt werden könne. Hinzu kamen eine Abneigung gegen richterliche Ermessensentscheidungen, weil eine derartige richterliche Freiheit nicht der damaligen deutschen Rechtstradition entsprach, und die Überzeugung, dass die Möglichkeit von richterlichen Billigkeitsentscheidungen dem Schadensersatzrecht die erforderliche Klarheit nehmen würde.⁵⁴⁴

Die geäußerte Kritik an dem Referentenentwurf war auch berechtigt. Wenn ein Grundsatz des geltenden Bürgerlichen Rechts geändert oder aufgegeben werden soll, so muss hierfür vom Standpunkt des Gesetzgebers aus in erster Linie ein wirkliches Bedürfnis vorliegen.⁵⁴⁵ Die Fälle, in denen die materielle Gerechtigkeit eine Einschränkung der Ersatzpflicht gebieten

⁵⁴² Kübler, JZ 1968, 543; Löwe, VersR 1970, 289, 290.

⁵⁴³ Mertens, Vermögensschaden, S. 20 f.; Rother, Haftungsbeschränkung, S. 289.

⁵⁴⁴ Löwe, VersR 1970, 289, 290.

⁵⁴⁵ Löwe, VersR 1970, 289, 290.

könnte, sind jedoch höchst selten; auch die Entwurfsbegründung betont mehrfach (S. 35), dass die Reduktionsklausel nur in extremen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen solle. Nirgends wurde gesagt, worauf im Einzelnen die Feststellung beruhte, dass sich in der richterlichen Praxis ein Bedürfnis für eine Einschränkung des Prinzips der Totalreparation ergeben habe. Bei der Masse der Fälle hat sich die Haftungsbegrenzung durch die Adäquanztheorie sowie durch die Lehre vom Schutzbereich der verletzten Haftungsnorm als durchaus brauchbar und ausreichend erwiesen, um weit entfernte Schadensfolgen von der Haftung auszunehmen. Rechtsprechung und Lehre sind dazu übergegangen, auch im Rahmen der Adäquanzprüfung Zumutbarkeits- und Billigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen.⁵⁴⁶

Nachdem also entsprechende Pläne zur Verwirklichung einer Reduktionsklausel im deutschen Schadensersatzrechts gescheitert sind, konzentriert sich die Diskussion in neuerer Zeit auf die Frage, ob der Grundsatz der Totalreparation in Ausnahmefällen schon *de lege lata* durchbrochen werden darf, um der verfassungsrechtlichen Schutzwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Schädigers zu genügen.

II. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation bei exorbitanten Schäden *de lege lata*

Streitig ist, ob eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation *de lege lata* für den Fall bejaht werden kann, dass der Schädiger mit einer ruinösen Ersatzpflicht belastet wird, während der Geschädigte wirtschaftlich nicht auf die Ersatzleistung angewiesen ist.⁵⁴⁷ Die Rechtsprechung hat bisher von dem Grundsatz der Totalreparation *de lege lata* keine Ausnahmen gemacht.⁵⁴⁸ In der Literatur werden zum Teil Ausnahmen *de lege lata* bei ruinösen exorbitanten Schäden zugelassen, um dem Schutzgedanken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Schädigers entsprechen zu können.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ Löwe, VersR 1970, 289, 290.

⁵⁴⁷ Canaris, JZ 1987, 993; Canaris, JZ 1990, 679.

⁵⁴⁸ BVerfG, VersR 1998, 1290.

⁵⁴⁹ Mertens in: Soergel, BGB Kommentar, Bd. 12, Vorb. § 823, Rn. 72; Canaris, JZ 1987, 993, 1002; Canaris, JZ 1990, 679

1. Verfassungswidrigkeit des Grundsatzes der Totalreparation bei exorbitanten Schäden

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht stellt die Auferlegung der vollen Ersatzpflicht bei exorbitanten ruinösen Schäden einen unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers als Grundrecht dar. Der Präventionszweck des Entschädigungsanspruches rechtfertigte einen solchen schwerwiegenden Eingriff nicht, der einen Menschen möglicherweise bis ans Ende seines Lebens durch den Schadensersatzanspruch bis auf die Grenze des pfändungsfreien Existenzminimums drücke.⁵⁵⁰ Dies gelte sowohl in der Gefährdungshaftung als auch in der Verschuldenshaftung. Auch ein Verschulden rechtfertige eine Ersatzpflicht in den Fällen des ruinösen Schadens nicht, da sich das Verschulden nicht auf die Höhe des Schadens beziehe. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers ergebe deshalb die Notwendigkeit der Einführung einer schadensrechtlichen Reduktionsklausel. Eine solche Reduktionsklausel könne *de lege lata* mit Hilfe des Einwands des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB verwirklicht werden. Denn es sei grundsätzlich anerkannt, dass der Einwand des Rechtsmissbrauchs auf Verstöße gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip anwendbar sei.⁵⁵¹ Bei der Abwägung nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen stünden die Vermögensverhältnisse von Schädiger und Geschädigtem ganz im Vordergrund. Sei letzterer wirtschaftlich auf den Ersatzanspruch angewiesen, legitimiere die Ausgleichsfunktion in aller Regel die Schadenszurechnung auch dann, wenn dem Schädiger aufgrund seiner Ersatzpflicht auf Dauer nur noch das pfändungsfreie Minimum verbleibe. Verfassungsrechtlich zu beanstanden sei das Fehlen von Höchstgrenzen vor allem bei der Verschuldenshaftung. Dies würde die Versicherbarkeit des Schädigers in unzulässiger Weise erschweren. Daraus folge, dass wenn der Geschädigte seine legitimen Bedürfnisse auch ohne die Ersatzleistung voll oder teilweise befriedigen könne, der Anspruch gemäß § 242 BGB zu reduzieren sei, wenn seine volle Befriedigung für den Schädiger ruinös wäre. Dies gelte bei einer lebenslangen Beschränkung des Schädigers auf das pfändungsfreie Minimum oder bei katastrophalen Schäden, die das gesamte, in Jahrzehnten erworbene Vermögen des Schädigers aufzehren. Außerdem gelte dies, wenn dem Schädiger durch den Ersatzanspruch der Verdienst der vergangenen oder der nächsten zehn

⁵⁵⁰ Mertens in: *Soergel*, BGB Kommentar, Bd. 12, Vorb. § 823, Rn. 72; *Canaris*, JZ 1987, 1002; *Canaris*, JZ 1990, 679.

⁵⁵¹ *Canaris*, JZ 1987, 993, 1002.

Jahre genommen werde.⁵⁵² Versicherungen seien dabei auf beiden Seiten zu berücksichtigen. Auf Seiten des Geschädigten also gegebenenfalls anspruchsmindernd, weil sein finanzieller Bedarf insoweit gedeckt sei und auf Seiten des Schädigers in vollem Umfang anspruchserhöhend, weil der verfassungsrechtliche Übermaßschutz zur Wahrung und Entfaltung der Persönlichkeit des Schädigers, nicht aber zur Entlastung seiner Versicherung geboten sei.

2. Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation de lege lata durch Anwendung des § 242 BGB bei exorbitanten ruinösen Schäden

Nach anderer Ansicht ist eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation *de lege lata* auch dann zu verneinen, wenn der Schädiger mit einer ruinösen Ersatzpflicht belastet wird, während der Geschädigte wirtschaftlich nicht auf die Ersatzleistung angewiesen ist.

Der Grundsatz der Totalreparation sei durch den grundrechtlichen Schutzanspruch des Geschädigten gerechtfertigt. Die Interessen des Schädigers würden dabei nicht außer Betracht bleiben, weil der Grundsatz der Totalreparation den Ersatzanspruch immerhin auf die Einbuße begrenze, welche der Geschädigte tatsächlich erlitten habe.⁵⁵³ Die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruches schließe es zwar nicht notwendig aus, den Ersatzanspruch herabzusetzen, wenn das Gewicht der dem Schädiger zur Last fallenden Zurechnungsgründe gering sei und der Schaden des Geschädigten exorbitant hoch sein sollte. Die Herabsetzung des Ersatzanspruches in einem solchen Fall widerspräche aber dem berechtigten Interesse des Geschädigten, einen vollständigen Ausgleich für die erlittene Einbuße zu erhalten.⁵⁵⁴ Auch wenn die auf Seiten des Schädigers gegebenen Zurechnungsgründe nicht allzu schwer ins Gewicht fallen sollten, so träfe den Geschädigten in den einschlägigen Fällen meist an den ruinösen bzw. katastrophalen Schäden kein Verschulden. Dem unschuldigen Geschädigten gegenüber sei es aber schwer zu legitimieren, warum sein Ersatzanspruch zugunsten eines Schädigers eingeschränkt werden sollte, welcher den Schaden in zurechenbarer Weise verursacht habe.⁵⁵⁵ Der Gesetzgeber überschreite daher nicht seinen verfassungsrechtlich

⁵⁵² Mertens in: *Soergel*, BGB Kommentar, Bd. 12, Vorb. § 823, Rn. 72; *Canaris*, JZ 1987, 993, 1002; *Canaris*, JZ 1990, 679.

⁵⁵³ BGHZ 118, 312.

⁵⁵⁴ *Medicus*, AcP (192) 1992, 35; *Medicus*, Schuldrecht, Rn. 585.

⁵⁵⁵ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 83; *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 71; *Mertens*, Vermögensschaden, S. 97; *Gelhaar*, NJW 1953, 1281.

gewährleisteten Gestaltungsspielraum, wenn er dem Gewicht der Zurechnungsgründe nur insoweit Bedeutung zumisst, wie der Geschädigte für den Schaden gemäß § 254 BGB mitverantwortlich ist.⁵⁵⁶ Auch die Tatsache, dass die Höhe des Ersatzanspruches die Leistungsfähigkeit des Schädigers bei den ruinösen Schäden übersteige und der Geschädigte auf den Ersatzanspruch nicht angewiesen sei, weil er über genügend Mittel verfüge, um den Schaden selbst abzudecken, lasse die Verpflichtung zum vollen Schadensersatz nicht entfallen.⁵⁵⁷ Zwar seien der Privatrechtsgeber und der Zivilrichter mit Rücksicht auf Art. 1 Abs. 1 und Art 2 Abs. 1 GG grundsätzlich gehindert, dem Schädiger über die Auferlegung einer Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten die finanziellen Mittel zu entziehen, die zur Gewährleistung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein erforderlich seien, dies werde aber in jedem Fall mit den Mitteln des prozessualen Vollstreckungsschutzes gewährleistet.⁵⁵⁸ Dennoch bestehende Härten, die daraus entstehen können, dass der Schädiger für einen langen Zeitraum darauf verwiesen werde, vom pfändungsfreien Teil seiner Einkünfte zu leben, würden zusätzlich abgemildert. Die Insolvenzordnung habe dieses Problem durch die Einführung der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff InsO entschärft.⁵⁵⁹ Die Restschuldbefreiung auch von deliktischen Ansprüchen führe dazu, dass der Schädiger nicht mehr Gefahr laufe aufgrund einer einmaligen leichten Nachlässigkeit auf unbegrenzte Zeit in Schuldfesseln zu leben.

Der Schädiger hafte auch dann nach dem Grundsatz der Totalreparation, wenn der Geschädigte wirtschaftlich nicht auf den Schadensersatz angewiesen sei. Es sei zu beachten, dass das geltende Recht dem potentiellen Schädiger die Möglichkeit einräume, sich gegenüber den mit einer möglichen Haftung verbundenen ruinösen Folgen durch Abschluss einer Haftpflichtversicherung abzusichern.⁵⁶⁰ In Anbetracht dieser Möglichkeit sei es verfassungsrechtlich nicht bedenklich, wenn der Gesetzgeber die begrenzte Leistungsfähigkeit des potentiellen Schädigers lediglich im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht berücksichtige. Das geltende Recht ermögliche damit eine sehr sachgerechte Aufgabenverteilung: Der Staat sichere über das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht das Existenzminimum des Schädigers und eröffne ihm darüber hinaus die Chance, seine Schuldfesseln in absehbarer Zeit im Wege der Restschuldbefreiung abzulegen. Der Einzelne könne sich zudem durch private Vorsorge

⁵⁵⁶ *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 585.

⁵⁵⁷ *Lange*, Schadensersatz, Einl. III 4.

⁵⁵⁸ *Looschelders* in: *Wolter/Arndt*, Einwirkungen der Grundrechte, S. 93.

⁵⁵⁹ BVerfG, VersR 1998, 1290, 1291.

⁵⁶⁰ *Looschelders*, VersR 1996, 529; *Medicus*, AcP 192 (1992), 23.

einen weiter gehenden Schutz gegenüber ruinösen Ersatzpflichten verschaffen. Habe der Schädiger von einer solchen Vorsorge abgesehen, so sei das zwar rechtlich nicht zu missbilligen, er müsse sich jedoch dann im Interesse des Geschädigten mit dem vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Mindestschutz begnügen.⁵⁶¹

3. Stellungnahme

Die aus dem Grundsatz der Totalreparation folgende Verpflichtung zum Ersatz des gesamten aus dem haftungsbegründenden Ereignis resultierenden Schadens auch bei ruinösen exorbitanten Schäden ist nicht als übermäßiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers zu qualifizieren. Eine Anwendung des § 242 BGB als Reduktionsklausel ist daher verfassungsrechtlich nicht geboten.

Gegen die Anwendung des § 242 BGB bei exorbitanten Schäden des Geschädigten spricht zunächst einmal schon die Entstehungsgeschichte und Weiterentwicklung der §§ 249 ff. BGB. Immer wieder wurden Vorschläge für eine Reduktionsklausel und damit zur Änderung der §§ 249 ff. BGB abgelehnt. Es ist daher von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für das Alles-oder-Nichts-Prinzip auszugehen.⁵⁶² Diese Wertung des Gesetzgebers steht einer schon für das geltende Recht befürworteten Berufung auf § 242 BGB zur Rechtfertigung einer den Grundsatz der Totalreparation unter dem Gesichtspunkt der Unverhältnismäßigkeit prinzipiell derogierenden Rechtsfortbildung entgegen.⁵⁶³

Gegen die Bejahung eines unverhältnismäßigen Eingriffes in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers bei voller Haftung desselben bei exorbitanten Schäden spricht ferner, dass es die Privatautonomie in Form der Vertragsfreiheit durchaus zulässt, risikoreiche Geschäfte abzuschließen, durch die gegebenenfalls auf Dauer das gesamte pfändbare Einkommen des Vertragspartners gebunden wird und der Bundesgerichtshof insoweit ausdrücklich erklärt hat, dass dieses Ergebnis mit den zum Schutz des Schuldners bestehenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen vereinbar sei.⁵⁶⁴ Kann ein solches Ergebnis durch vertragliches Handeln herbeigeführt werden, muss dieses auch im deliktischen

⁵⁶¹ *Looschelders*, VersR 1999, 144.

⁵⁶² *Krause*, JR 1994, 494, 496.

⁵⁶³ *Krause*, JR 1994, 494, 496.

⁵⁶⁴ BGHZ 107, 92, 102; BGH, NJW 1992, 896, 899; BGHZ 28, 123, 128; BGHZ 63, 132, 139; BGHZ 83, 293, 300; BGH, WM 1971, 243; *Emmerich* in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm Bd. 2a, § 279 Rn. 1f.; *Karsten Schmidt* in: *Staudinger*, BGB Kommentar, Vorb. zu § 249, Rn. C 29; *Medicus*, AcP 188 (1988), 491, 501 ff.

Bereich gelten, indem sich Schädiger und Geschädigter auch als Schuldner und Gläubiger gegenüberstehen.

Gegen die Einschränkung des Grundsatzes der Totalreparation durch eine Reduktion des Schadens, wenn der Schaden exorbitant ist und der Geschädigte wirtschaftlich nicht auf die Ersatzleistung angewiesen ist, spricht außerdem, dass dadurch der Zweck der gesetzlichen Ausgleichsfunktion unterlaufen würde. Das Schadensersatzrecht würde im Falle einer entsprechenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Geschädigten den Zweck, eine erlittene Einbuße auszugleichen, verlieren. Negiert man die Ausgleichsfunktion bei einer entsprechenden finanziellen Potenz des Geschädigten, so läuft dies darauf hinaus, seinen höherwertigen Rechtsgütern den zivilrechtlichen Schutz vor Verletzungen durch weniger Betuchte weitgehend zu versagen.⁵⁶⁵ Die Schädigung einer wohlhabenden Person wäre demnach zivilrechtlich in einem geringeren Maße sanktionswürdig als eine gegenüber einer ärmeren Person erfolgte Schadenszufügung. Zwar muss man eine Grenze der Vermögenshaftung des Schuldners insoweit anerkennen, als die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit dafür sorgen muss, dass der Schädiger nicht außer Stand gesetzt wird, menschenwürdig existieren zu können. Dieses Erfordernis wird durch die Vollstreckungs- und Insolvenzvorschriften hinreichend Genüge getan.

Die einer Verpflichtung zum Ausgleich des gesamten Schadens entgegenstehenden Interessen des Schädigers wiegen nicht, wie es das Bundesverfassungsgericht für einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fordert,⁵⁶⁶ ersichtlich wesentlich schwerer als die Interessen des Geschädigten an einer vollständigen Schadensrestitution. Zudem würde das mit der Haftungsreduktion verfolgte Ziel, die zukünftige wirtschaftliche Antriebskraft des Schädigers zu sichern, mit einer erheblichen Zurückdrängung des Selbstverantwortungsprinzips einhergehen.

⁵⁶⁵ Krause, JZ 1994, 494, 498.

⁵⁶⁶ BVerfGE 44, 353, 373.

III. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation im Geltungsbereich des Privatversicherungsrechts

Vor der Reform des Versicherungsvertragsgesetzes zu Beginn des Jahres 2008⁵⁶⁷ war streitig, ob im Geltungsbereich des Privatversicherungsrechts eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation erforderlich war.

1. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation durch die Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 61 Abs. 1 VVG a. F.

Von der Literatur wurde zum Teil vertreten, dass bei ruinösen Schäden die Haftung des Versicherungsnehmers über eine Reduktionsklausel gemindert werden müsse.⁵⁶⁸ Eine Befreiung des Versicherers gemäß § 61 Abs. 1 VVG a. F., wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt habe, sei bei ruinösen und katastrophalen Schäden nicht mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot vereinbar. Dabei sei nicht nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt, sondern ebenfalls Art. 14 GG, da der Versicherungsnehmer den Anspruch auf den Versicherungsschutz durch die Prämienzahlungen, also eigene Vermögensopfer erlange.⁵⁶⁹ Bei einigermaßen normalen Schadenshöhen sei § 61 VVG a. F. dabei durch den Zweck legitimiert, den Versicherungsnehmer von einem sorglosen Verhalten abzuschrecken und die Abwälzung der Folgen auf die übrigen Versicherungsnehmer auf dem Umweg über die Prämie zu verhindern. Bei den oben aufgezählten Ausnahmeschäden sei ein vollständiger Anspruchsverlust bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten jedoch nicht tragbar, da darin ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot liege.⁵⁷⁰ Dies führe zwar nicht zur Nichtigkeit der Vorschrift, wohl aber zu einer verfassungskonformen Einschränkung mit Hilfe des Rechtsmissbrauchseinwandes gemäß § 242 BGB in der Höhe, in der der Ausschluss

⁵⁶⁷ Bereits am 5. Juli 2007 hatte der Deutsche Bundestag das neue Versicherungsvertragsgesetz entsprechend der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses verabschiedet. Am 21. September 2007 beschloss der Deutsche Bundesrat, keinen Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses zu stellen (BR-Drucks. 583/07 (B)). Da es sich um ein Einspruchsgesetz handelte, war das Gesetz damit bereits wirksam zustande gekommen (Art. 77 Abs. 2, 78 GG). Die noch ausstehende Ausfertigung durch den Bundespräsidenten erfolgte am 23. November 2007 und die Verkündung im Bundesgesetzblatt am 29. November 2007 (BGBl. I 2007, 2631). Das neue VVG ist mit Ausnahme weniger Sonderregelungen am 1. Januar 2008 in Kraft getreten, für Altverträge wird eine Übergangsfrist bis zum 1. Januar 2009 bestehen.

⁵⁶⁸ Mertens in: *Soergel*, BGB Kommentar, Bd. 12, Vorb. § 823, Rn. 72; *Canaris*, JZ 1987, 993, 1002; *Canaris*, JZ 1990, 679.

⁵⁶⁹ *Canaris*, JZ 1987, 993, 1003; *Kötz*, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentags, Bd. I, 1974, S. 69 ff.

⁵⁷⁰ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 214 f.

des Anspruchs auf die Versicherungsleistung durch den Präventionszweck von § 61 VVG a. F. nicht gedeckt sei.⁵⁷¹

Der grundrechtliche Schutzanspruch des Privatversicherers sei bei der Abwägung mit dem Abwehranspruch des Schädigers prinzipiell geringer zu bewerten als der entsprechende Schutzanspruch des Geschädigten selbst. Dem Abwehranspruch des Schädigers stehe im Falle der Schadloshaltung des Geschädigten durch eine von ihm abgeschlossene Versicherung lediglich das Interesse der Versichertengemeinschaft gegenüber. Die notwendigen Aufwendungen für die in ihrem Risikobereich eingetretenen Schäden seien nicht nur durch Versicherungsprämien, sondern auch durch die Verfolgung der auf sie kraft Gesetzes übergegangenen Schadensersatzansprüche des Schädigers zu finanzieren. Dieses von dem wirtschaftlichen Interesse und der Schadensbetroffenheit des Einzelgeschädigten losgelöste allgemeine wirtschaftliche Interesse wiege schon deshalb geringer, weil es das einzelne Mitglied der Versichertengemeinschaft viel geringer belaste als die einzelnen Geschädigten.⁵⁷² Insgesamt sei es einfach gerechter, die nachteiligen wirtschaftlichen Auswirkungen eines schädigenden Ereignisses auf ein Kollektiv zu übertragen, das auf die Regressansprüche nicht angewiesen sei, als sie einem einzelnen Schädiger zu überlassen.⁵⁷³

2. Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation durch die Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 61 Abs. 1 VVG a. F.

Nach anderer Ansicht sollte eine Einschränkung der Leistungsbefreiung des Versicherers nach § 61 VVG a. F. mit Hilfe von § 242 BGB bei exorbitanten Schäden nicht geboten sein, da auch in diesem Bereich das Haftungs- und Schadensersatzrecht das BGB Grundlage der Schadensverteilung sei. Die Situation sei nicht anders zu bewerten als die Situation zwischen Schädiger und Geschädigtem, da der Versicherungsgeber lediglich durch *cessio legis* gemäß § 67 VVG a. F. in die Stellung des Geschädigten rutsche.⁵⁷⁴ Der Übergang des Ersatzanspruches auf den Versicherer gemäß § 67 VVG a. F. habe nicht zuletzt auch den Zweck, eine Entlastung des Schädigers zu verhindern.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ *Canaris*, JZ 1987, 993, 1003.

⁵⁷² LG Bremen, NJW-RR 1991, 1432.

⁵⁷³ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 632; *Gärtner*, JZ 1988, 579.

⁵⁷⁴ *Grunsky* in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 2a, Vorb. § 249, Rn. 5.

⁵⁷⁵ Vgl. XIII. Kommission RT-Drucks. 12. Legislaturperiode I. Session 1907 Anl. II zu Nr. 364 S. 81 zu § 67 VVG.

3. Stellungnahme

Gegen eine Einschränkung der Leistungsbefreiung des Versicherers nach § 61 Abs. 1 VVG a. F. mit Hilfe von § 242 BGB bei einem vorsätzlichen und grob fahrlässigen Herbeiführen des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer, sprachen zunächst der Sinn und Zweck des § 61 Abs. 1 VVG a. F. Der allgemeine Grundzweck des § 61 Abs. 1 VVG a. F. bestand darin zu verhindern, dass ein Versicherungsnehmer eine Versicherungsleistung erhielt, wenn er den Versicherungsfall grob schuldhaft und mithin rechtsmissbräuchlich herbeigeführt hatte. § 61 Abs. 1 VVG a. F. bildete damit als gesetzlicher Risikoausschluss einen Anwendungsfall des § 162 Abs. 2 BGB. § 62 Abs. 1 VVG a. F. konkretisierte das in § 162 Abs. 2 BGB enthaltene Kriterium „wider Treu und Glauben“ durch die Begriffe Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.⁵⁷⁶ § 61 Abs. 1 VVG a. F. besagte somit, dass das Risiko der Herbeiführung des Versicherungsfalles durch vorsätzliches bzw. grob fahrlässiges Verhalten des Versicherungsnehmers von vorneherein ausgeschlossen und damit nicht versichert war. Mit diesem gesetzlichen Risikoausschluss legte der Gesetzgeber explizit fest, dass die Herbeiführung des Versicherungsfalles gegen Treu und Glauben verstieß, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig handelte. Für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB blieb somit bei vorsätzlicher und grob fahrlässiger Herbeiführung eines Versicherungsfalles kein Raum.⁵⁷⁷

Ferner lag in der Anwendung des § 61 Abs. 1 VVG a. F. auch bei exorbitanten Schäden kein unverhältnismäßiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers. Wie schon gesagt, besaß § 61 Abs. 1 VVG a. F. die Funktion, das Risiko der Herbeiführung des Versicherungsfalles durch vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten des Versicherungsnehmers von vorneherein auszuschließen und damit nicht zu versichern.

Canaris stützte die Verletzung des Übermaßverbotes insbesondere auch auf Art. 14 GG. Der Versicherungsnehmer habe den Anspruch auf Versicherungsschutz, den ihm §§ 61 Abs. 1 VVG a. F. nehme, durch Prämienzahlungen, also durch Vermögensopfer erworben.⁵⁷⁸ Nach allgemeiner Deutung des § 61 Abs. 1 VVG a. F. als Risikoausschluss war es jedoch so, dass der Versicherungsnehmer seine Prämien gerade nicht für die Entschädigungsansprüche bezahlte, die auf der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Herbeiführung des

⁵⁷⁶ Lorenz, VersR, 2000, 2, 8.

⁵⁷⁷ BGHZ 7, 311, 323; Lorenz, VersR 2000, 2, 7.

⁵⁷⁸ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 214 f.

Versicherungsfalles beruhen, weil das Risiko einer solchen Herbeiführung des Versicherungsfalles von vorneherein durch § 61 Abs. 1 VVG a. F. ausgeschlossen war.⁵⁷⁹

Gegen eine Anwendung des § 242 BGB im Rahmen des § 61 Abs. 1 a. F. VVG sprach auch das Argument, dass die Existenzgefährdung des Versicherungsnehmers keine Auswirkungen auf den Umfang des Versicherungsschutzes haben darf. Anderenfalls würden nämlich versicherungsfremde Zwecke in das Privatversicherungsrecht eingeführt. Der Schutz eines Versicherungsnehmers, der infolge grob fahrlässigen Verhaltens seinen Versicherungsschutz verloren hat, ist durch die öffentliche Sozialversicherung und -fürsorge zu gewährleisten, nicht durch den privaten Versicherer und die von ihm gebildete Gefahrgemeinschaft.⁵⁸⁰

Im Ergebnis war daher eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation vor der VVG-Reform durch die Anwendung des § 242 BGB nicht erforderlich.

4. Reform des VVG

Die Diskussion um die Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation im Bereich des Privatversicherungsrechts hat letztlich zur Reform des VVG geführt. Einige Stimmen in der Literatur sahen schon unabhängig von den wirtschaftlichen Konsequenzen in § 61 Abs. 1 VVG a. F. eine unverhältnismäßige Belastung des Versicherungsnehmers.⁵⁸¹ Das Alles-oder-Nichts-Prinzip gehe über die berechtigten Interessen der Versicherungsgemeinschaft hinaus, weil die Ausschlusswirkung bei grober Fahrlässigkeit auch solche Versicherungsnehmer treffen könne, die mit dem versicherten Risiko im Allgemeinen sorgsam umgehen würden. Es sei daher geboten, dem Versicherer bei grober Fahrlässigkeit nach dem Vorbild des schweizerischen Rechts (Art. 14 Abs. 2 schweizerisches VVG) das Recht einzuräumen, die Leistung entsprechend dem jeweiligen Maß des Verschuldens zu kürzen.

Dieser Forderung ist der Gesetzgeber mit der Reform des VVG nachgekommen. Die wichtigste Änderung in diesem Zusammenhang ist, dass die Frage der Haftung des Versicherungsnehmers, ursprünglich in § 61 VVG a. F. geregelt, nunmehr in § 81 Abs. 1 VVG wie folgt geregelt ist:

(1) Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich den Versicherungsfall herbeiführt.

⁵⁷⁹ Prölss, VVG Kommentar, § 61, Rn. 19; Lorenz, VersR 2000, 2, 8.

⁵⁸⁰ Prölss, VVG Kommentar, § 61, Rn. 18.

⁵⁸¹ Johannsen in: Bruck/Möller, VVG, Bd. III, Anm. H 71; Römer, NVersZ 2000, 259.

(2) Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen.

Der Versicherer wird nur noch von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Versicherer nun das Recht, die Leistung entsprechend dem jeweiligen Maß des Verschuldens zu kürzen. Für den Umfang der Kürzung kommt es nur auf das Verschulden an und nicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers.⁵⁸²

In der Gesetzesbegründung heißt es, dass § 61 Abs. 1 VVG a.F. vor allem deswegen keine befriedigende Lösung gewesen sei, weil bei nur geringem Unterschied des Verschuldens – die Grenze zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit z.B. nur geringfügig überschritten wäre – gegensätzliche Rechtsfolgen eintreten würden, nämlich in dem einen Fall voller Versicherungsschutz und in dem anderen, fast identischen Fall eine völlige Leistungsfreiheit. Dies sei allenfalls weiterhin vertretbar, wenn das Verschulden des Versicherungsnehmers wie ein Datum oder ein Betrag rechnerisch feststellbar sei; tatsächlich könne Verschulden aber nur aufgrund einer Bewertung festgestellt werden, die nie frei von subjektiven Einschätzungen desjenigen sei, der sie vornehme.⁵⁸³

Der Umfang der Leistungspflicht bestimmt sich daher nun im Bereich der groben Fahrlässigkeit nach dem Grad des Verschuldens. Für das Ausmaß der Leistungsfreiheit des Versicherers ist entscheidend, ob die grobe Fahrlässigkeit im konkreten Fall nahe beim bedingten Vorsatz oder aber eher im Grenzbereich zur einfachen Fahrlässigkeit liegt.⁵⁸⁴

Verhindert werden soll auf diese Weise, dass auch solche Versicherungsnehmer keinen Versicherungsschutz erhalten, die mit dem versicherten Risiko im Allgemeinen sorgfältig umgehen.⁵⁸⁵ So kann zum Beispiel auch ein sogenanntes „Augenblickversagen“ (z.B. Überfahren einer roten Ampel) grobe Fahrlässigkeit begründen. Nach neuem Recht ist zu erwarten, dass die Versicherungsleistung in solchen Fällen des „Augenblickversagens“ nur in geringem Umfang gekürzt wird. Auf der anderen Seite muss der Versicherungsnehmer damit

⁵⁸² Looschelders, VersR 2008, 1; zur Irrelevanz der wirtschaftlichen Verhältnisse schon *Armbrüster*, VersR 2003, 675 ff.

⁵⁸³ BT-Drucks. 16/3945, S. 49.

⁵⁸⁴ BT-Drucks. 16/3945, S. 80.

⁵⁸⁵ Looschelders, VersR 2008, 1.

rechnen, dass sein Anspruch in Fällen eines erheblichen Verschuldens sehr stark herabgesetzt wird.⁵⁸⁶

Eine völlige Abkehr von der alten Rechtslage und der damit verbundenen Streitigkeit bedeutet die Neuregelung des § 81 Abs. 1 VVG nicht. Trotz der Reform stellt sich noch immer die Frage, ob der Schädiger auch im Falle einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles für exorbitante Schäden einstehen muss. Die Haftung ist lediglich im Rahmen des Verschuldens beschränkt. Hat der Versicherungsnehmer daher grob fahrlässig gehandelt und liegt ein erhebliches Verschulden vor, wird der Anspruch des Versicherungsnehmers stark herabgesetzt werden.

Die Frage, ob eine zusätzliche Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation bei einem grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Herbeiführen eines Versicherungsfalles durch die Anwendung von § 242 BGB geboten ist, bleibt daher weiterhin zu diskutieren.

5. Stellungnahme zur Anwendung des § 242 im Rahmen des § 81 Abs. 1 VVG

Hinsichtlich der Anwendung des § 242 BGB auf § 81 Abs. 1 VVG im Rahmen der vorsätzlich herbeigeführten Versicherungsfälle kann auf die Argumentation hinsichtlich der Anwendung des § 242 BGB auf § 61 Abs. 1 VVG a. F. Bezug genommen werden. Änderungen ergeben sich insoweit nicht.

Aber auch hinsichtlich der Neuregelung, dass bei grob fahrlässigem Verhalten des Versicherungsnehmers, eine Kürzung der Versicherungsleistung durch den Versicherer vorgenommen werden kann, ist eine Haftungsreduktion gemäß § 242 BGB im Falle von exorbitanten Haftungssummen nicht geboten.

Zwar ist das Risiko einer grob fahrlässigen Herbeiführung eines Versicherungsfalles dem Grunde nach versichert. Entscheidend ist aber, dass der Versicherer das Risiko der grob fahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalles von vorneherein nur in einem beschränkten Umfang übernimmt. Man kann daher von einem beschränkten subjektiven Risikoausschluss sprechen. Auch dieser beschränkte Risikoausschluss bildet als gesetzlicher Risikoausschluss einen Anwendungsfall des § 162 Abs. 2 BGB. § 81 Abs. 1 VVG konkretisierte das in § 162 Abs. 2 BGB enthaltene Kriterium wider Treu und Glauben durch das Kriterium grobe Fahrlässigkeit, insoweit, als dass es sich nicht um eine sogenannte

⁵⁸⁶ Looschelders, VersR 2008, 1; Johannsen in: Bruck/Möller, VVG Bd. III, Anm. H 71.

„Augenblickversagen“ handelt. Auch hier ist daher kein Raum für die Anwendung des § 242 BGB.⁵⁸⁷

Gegen eine Haftungsreduktion bei vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführten Versicherungsfällen spricht ferner, dass eine Einschränkung des § 81 Abs. 1 VVG der Sache nach zu Lasten der anderen Versicherungsnehmer ginge, die letztlich die Schäden der existenzbedrohten Versicherungsnehmer mitfinanzieren müssten.⁵⁸⁸

Der Schaden darf auch nicht willkürlich auf ein *Kollektiv* verlagert werden, das in diesem Fall der Privatversicherer mit der Vermögensmasse, die durch die Beitragszahlungen vieler anderer gebildet wird, wäre. Eine Überwälzung des Schadens auf einen privaten Versicherer ist vielmehr nur dann zu legitimieren, wenn der betreffende Versicherer für die Tragung des Schadens nach Gesetz verpflichtet ist. Dies ist aber bei Vorsatz des Schädigers eben nicht der Fall. Auch bei grober Fahrlässigkeit des Schädigers, wird die Leistung des Versicherten bei einem hohen Verschuldensgrad erheblich gekürzt werden, so dass eine Einstandspflicht des Versicherers gerade nicht besteht. Die Tatsache, dass ein exorbitanter Schaden vorliegt, rechtfertigt eine Änderung der gesetzlich geregelten Pflicht des Versicherers nicht. Denn der privaten Schadensversicherung des Geschädigten kommt keineswegs die Funktion zu, den Schädiger vor übermäßigen Ersatzpflichten zu schützen.⁵⁸⁹ Sie dient vielmehr vorwiegend dem Schutz des Geschädigten, der einen Anspruch auf Ausgleich seines Schadens hat.

IV. Leistungsbefreiung des Versicherten bei Rückgriff eines Sozialversicherungsträger

In neuerer Zeit hat die zunehmende Ausweitung des Versicherungsschutzes auf beiden Seiten dazu geführt, dass der Schadensausgleich immer seltener im Verhältnis zwischen den Betroffenen selbst vorzunehmen ist. Im Vordergrund steht vielmehr sehr oft die Verteilung des Schadens zwischen verschiedenen Vorsorgeträgern – dem Haftpflichtversicherer des Schädigers und dem Privat- oder Sozialversicherer des Geschädigten. Nach der Konzeption des Gesetzgebers ist das Haftungs- und Schadensersatzrecht des BGB zwar auch hier Grundlage der Schadensverteilung, dennoch sind gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen.

⁵⁸⁷ *Looschelders*, VersR 2008, 1, 2; *Johannsen* in: Bruck/Möller, VVG Bd. III, Anm. H 71.

⁵⁸⁸ *Prölss*, VVG Kommentar, § 61 Rn. 19.

⁵⁸⁹ *Oechsler* in: *Staudinger*, BGB Kommentar, § 828, Rn. 2.

Soweit ein Sozialversicherungsträger aufgrund eines schädigenden Ereignisses Leistungen zu erbringen hat, gehen die Ersatzansprüche des Geschädigten gemäß § 116 SGB X im Wege der Legalzession auf ihn über. Macht der Sozialversicherungsträger diese Ansprüche dann gegen den Schädiger geltend, so unterscheidet sich die Rechtslage aus verfassungsrechtlicher Sicht wesentlich von jener, welche bei der Haftung eines privaten Haftpflichtversicherers besteht. Während im Verhältnis zwischen privatem Haftpflichtversicherer und Geschädigtem jedem Beteiligten grundrechtliche Abwehr- bzw. Schutzansprüche gegen den Staat zustehen, kann sich im Verhältnis zwischen Schädiger und Sozialversicherungsträger nur der Schädiger auf die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion beziehen.⁵⁹⁰ Ein Sozialversicherungsträger ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, die zum Bereich der sogenannten mittelbaren Staatsverwaltung gehört und öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Die Grundrechte gelten grundsätzlich nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit die öffentliche Aufgaben wahrnehmen.⁵⁹¹ Sozialversicherungsträger haben daher keinen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch, dass seine Aufwendungen zugunsten des Geschädigten durch den Schädiger ersetzt werden.⁵⁹² Vielmehr ist er bei der Durchsetzung des Regressanspruchs seinerseits an die Grundrechte gebunden. Er muss daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Schädigers beachten. Im Unterschied zum Privatversicherer darf der Sozialversicherungsträger den Ersatzanspruch gegen den Schädiger nur insoweit geltend machen, wie dies ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel ist, um die durch § 116 SGB X geschützten öffentlichen Belange zu wahren.⁵⁹³ Dabei sind im Gegensatz zum Privatversicherer auch die Leistungsfähigkeit des Schädigers und das Maß seines Verschuldens zu berücksichtigen, da es im Verhältnis zwischen Bürgern und Trägern der öffentlichen Gewalt nicht zulässig ist, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmte Aspekte auszublenden.⁵⁹⁴

Auf der einfachgesetzlichen Ebene lassen sich diese verfassungsrechtlichen Vorgaben mit Hilfe des § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV verwirklichen, wonach der Versicherungsträger Forderungen erlassen darf, wenn die Einziehung nach Lage des einzelnen Falls für den

⁵⁹⁰ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 154.

⁵⁹¹ BVerfGE 15, 256, 262; BVerfGE 21, 362, 376.

⁵⁹² BVerfGE 21, 362, 376; BGH, VersR 1981, 971.

⁵⁹³ *Looschelders*, VersR 1999, 144.

⁵⁹⁴ *Tipke*, Abgabenordnung, § 227, Rn. 20; *Koch*, Abgabenordnung, § 227, Rn. 11 beide m. w. Nachw. der Rechtsprechung. Aus dem monographischen Schrifttum vgl. etwa *Heinlein*, Wege zum Billigkeitserlaß - Systematische Hinweise für Wirtschaft und Verwaltung, S. 36 ff.; *Weber*, Steuererlass und Steuerstundung als Subvention, S. 19 ff.

Anspruchsgegner eine besondere Härte bedeutet.⁵⁹⁵ Laut Bundesverfassungsgericht ist diese Vorschrift auch gegenüber Schadensersatzansprüchen anwendbar, die nach § 116 SGB X auf den Sozialversicherungsträger übergegangen sind.⁵⁹⁶ Der Schuldner hat hiernach einen Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung über den Forderungserlass.⁵⁹⁷ Soweit die Einziehung eine besondere Härte bedeutet, ist der Sozialversicherungsträger nicht nur berechtigt, sondern aufgrund des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots und des Sozialstaatsprinzips verpflichtet, den Erlass zu veranlassen.⁵⁹⁸

In materiell-rechtlicher Hinsicht werden die Erlassmöglichkeiten gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV im Gleichklang mit der Rechtsprechung zur Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation bei exorbitanten Schäden sehr restriktiv ausgelegt.

Eine besondere Härte soll deshalb nur dann gegeben sein, wenn der Schuldner in eine unverschuldete Notlage geraten ist und die Durchsetzung des Anspruchs seine Existenz vernichtete.⁵⁹⁹ Nach diesem Verständnis hat § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV bei der Abwehr von Regressansprüchen keine eigenständige Bedeutung, weil die Existenzgrundlagen des Schädigers schon durch das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht geschützt werden.⁶⁰⁰

Im Ergebnis ist die wirtschaftliche Situation des Schädigers bei einer Abwicklung im Verhältnis Schädiger und Sozialversicherungsträger deshalb genauso wie des Schädigers im Verhältnis Schädiger und Geschädigter. Der Schädiger muss auch bei exorbitanten ruinösen Schäden grundsätzlich uneingeschränkt haften.

V. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation zum Schutz des minderjährigen Schädigers

Nachdem der Grundsatz der Totalreparation als solcher keinen prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Totalreparation zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des minderjährigen Schädigers durchbrochen werden sollte.⁶⁰¹ Die deliktische Haftung Minderjähriger weist Besonderheiten auf, die den grundrechtlichen Abwehranspruch gegenüber der Auferlegung

⁵⁹⁵ *Schroeter* in: *Bley* (Hrsg.), Gesamtkommentar zum SGB, § 76 SGB IV, Rn 5.

⁵⁹⁶ BVerfG, VersR 1998, 1289; BGHZ 88, 297; *Heinrichs* in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 158.

⁵⁹⁷ BSG, VersR 1990, 175.

⁵⁹⁸ BGHZ 88, 297; *Heinrichs* in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 158.

⁵⁹⁹ *Schroeter* in: *Bley* (Hrsg.), Gesamtkommentar zum SGB, § 76 SGB IV Rn. 5.

⁶⁰⁰ *Steffen*, VersR 1987, 529.

⁶⁰¹ Ausführlich: *Looschelders*, VersR 1999, 141.

von Ersatzpflichten so verstärken, dass die Entwicklung weiter reichender Haftungseinschränkungen auch gegenüber dem Geschädigten selbst bzw. dessen zum Rückriff berechtigten Privatversicherer zu diskutieren ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die besondere Schutzbedürftigkeit Minderjähriger nicht nur von zahlreichen einfachen Gesetzen, sondern auch vom Grundgesetz selbst anerkannt wird. So spricht das Bundesverfassungsgericht von dem verfassungsrechtlichen Gebot des Schutzes von Minderjährigen, das den Staat verpflichtet, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass die Grundbedingungen für eine freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit von Kindern und Jugendlichen gewährleistet sind.⁶⁰²

Vor der Einführung des zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes bestand dieser Schutz nach allgemeiner Ansicht nur unzureichend.⁶⁰³ Dies galt insbesondere für den Bereich des Deliktsrechts. Unter der Voraussetzung der Einsichtsfähigkeit und vorbehaltlich des Nachweises entweder vorsätzlichen Handelns oder einer Verletzung des altersgemäßen Sorgfaltsstandards hatte der Minderjährige gemäß § 828 Abs. 2 BGB a. F. für den vollen von ihm verursachten Schaden einzustehen, der unter Umständen exorbitante Ausmaße annehmen konnte. § 828 Abs. 2 BGB n. F. hat den Kreis solcher Fälle zwar etwas eingeschränkt, das Problem dadurch aber nur verkleinert und nicht wirklich beseitigt. Damit bestand immer noch die Möglichkeit, dass der Jugendliche im Zeitpunkt seiner Volljährigkeit vor einem Schuldenberg stehen konnte, den er mit Erträgen aus ehrlicher Arbeit nicht in der Lage gewesen wäre.

Im Zusammenhang mit der Fortführung eines Gewerbebetriebs durch eine ungeteilte Erbengemeinschaft von Eltern und minderjährigen Kindern hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1986 eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes angenommen, wenn es mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit „entlassen“ wird und ihm kein Raum bleibt, um sein weiteres Leben autonom zu gestalten.⁶⁰⁴ Mit ähnlicher Argumentation ist, wie oben bereits aufgezeigt,⁶⁰⁵ die unbeschränkte Deliktshaftung einsichtsfähiger Minderjähriger nach Maßgabe des jetzigen § 828 Abs. 3 BGB sowohl vom OLG Celle als auch vom LG Dessau insoweit für verfassungswidrig gehalten worden, als „ein fahrlässiges Verhalten eines Kindes oder Jugendlichen, das eine typische Jugendverfehlung darstellt, zu einer

⁶⁰² BVerfGE 72, 155, 171.

⁶⁰³ BT-Drucks. 14/7752, S. 16.

⁶⁰⁴ BVerfGE 72, 155, 170, 173.

⁶⁰⁵ 3. Abschnitt D.

existenzvernichtenden Haftung führen und die Befriedigung des Opfers von dritter Seite gewährleistet ist.“ Während der Celler Fall verglichen worden ist, hat das BVerfG auf die Vorlage des LG Dessau nach Art. 100 GG eine Auseinandersetzung mit § 828 BGB wegen dessen vorkonstitutionellen Charakters abgelehnt. Mit der Reform des § 828 BGB durch das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz hat der verfassungsmäßige Gesetzgeber § 828 Abs. 2 BGB eingeführt, der jedoch in einem Fall wie demjenigen des OLG Celle versagen würde, in dem zwei fünfzehn und sechzehn Jahre alte Jugendliche leicht fahrlässig den Brand einer Halle und damit einen Schaden von 300000,- DM verursacht hatten.

In der Sache hat das Bundesverfassungsgericht seinerzeit auf die einfachrechtliche Möglichkeit einer Einschränkung der Minderjährigenhaftung mit Hilfe des § 242 BGB verwiesen, die im Fall des Anspruchsübergangs auf Sozialversicherungsträger gemäß §§ 116 Abs. 1 SGB X § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV bestehende Möglichkeit des Forderungserlasses, „wenn die Einziehung nach der Lage des einzelnen Falles unbillig ist“, angesprochen und im Übrigen die Restschuldbefreiung nach der Insolvenzordnung erwähnt.

Trotz der durch das Bundesverfassungsgericht eingeräumten Möglichkeit der Einschränkung der Haftung der minderjährigen Schädiger im Deliktsrecht durch § 242 BGB, besteht in der Literatur Uneinigkeit, ob im Bereich der deliktischen Minderjährigenhaftung eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation geboten ist.

1. Keine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation

Teilweise wird vertreten, dass eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation zugunsten Minderjähriger im Deliktsrecht nicht erforderlich sei.⁶⁰⁶ Die Überforderung von Minderjährigen durch hohe Ersatzforderungen sei keineswegs ein Spezialproblem des Deliktsrechts, sondern ein Querschnittsproblem der Rechtsordnung insgesamt. Strukturell gehe es um dasselbe Problem wie bei der Fortführung ererbter Handelsgeschäfte durch die Eltern (§ 1629 a BGB) und wie bei Bürgschaften vermögensloser Familienangehöriger, die bezeichnenderweise ebenfalls nur vor solchen Ansprüchen geschützt werden würden, die zu tilgen sie nicht in der Lage seien.⁶⁰⁷ Stets solle der Einzelne vor Schulden geschützt werden, die abzutragen er keine realistische Chance habe und die deshalb jede wirtschaftliche

⁶⁰⁶ *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 451.

⁶⁰⁷ 3.Abschnitt D.

Perspektive und zudem jeden Anreiz, sich in Wirtschaft und Gesellschaft produktiv zu engagieren, zunichte mache. In eine solchermaßen aussichtslose Lage könne man infolge von Fehlentscheidungen und unglücklichen Entwicklungen verschiedenster Art geraten, keineswegs allein durch deliktisches Verhalten im Stadium der Minderjährigkeit. Die allermeisten Personen, die wegen hoffnungsloser Überschuldung keine Perspektive und keinen Leistungsanreiz mehr hätten, seien nicht durch unerlaubte Handlungen im Kindesalter in diese Situation gekommen, sondern durch leichtsinnige Kreditaufnahme als Erwachsene. Die Lösung könne folglich nicht darin bestehen, eine Vielzahl schuldrechtlicher Normenkomplexe unter der Ägide des Verfassungsrechts so zu modifizieren, dass keine den Einzelnen überfordernde Überschuldung mehr drohe, denn sonst benötigte nicht nur das Deliktsrecht, sondern an erster Stelle das Darlehensrecht eine entsprechende Vorbehalts- oder Reduktionsklausel. Statt dessen bedürfe es eines Instruments, das ganz allgemein die Befreiung von übermäßigen Schulden ermögliche. Nachdem der Gesetzgeber in Gestalt des § 1629 a BGB zunächst eine Insellösung geschaffen habe, stehe mit dem Institut der insolvenzrechtlichen Restschuldbefreiung gemäß §§ 286 ff. InsO ein solches allgemeines Instrument zur Verfügung, mit dem der Betroffene Schulden strangulierenden Ausmaßes abschütteln könne

2. Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation

Ein anderer Teil in der Literatur spricht sich für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation aus.⁶⁰⁸

a) § 1629 a BGB analog

In der Literatur wird vereinzelt vertreten, dass durch eine analoge Anwendung des § 1629 a BGB auf die deliktische Haftung Minderjährige bestehende Haftungslücken geschlossen werden könnten.⁶⁰⁹ Der Minderjährigenschutz bilde einen bedeutenden Grundsatz im Zivilrecht. Daher bestehe im Zivilrecht ein allgemeiner Vorrang des Minderjährigenschutzes vor dem Vertrauensschutz des Geschäftsverkehrs. § 828 Abs. 3 BGB bestehe, da

⁶⁰⁸ *Niboyet*, Die Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern nach deutschem und französischem Deliktsrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik, S. 179 ff., 192 f.; *Ahrens*, NJW 1989, 1704; *Canaris*, JZ 1990, 679, 681; *Goecke*, NJW 1999, 2305, 2308; v. *Hippel*,. VersR 1998, 26 f.; *ders.* FamRZ 2001, 748; *Lorenz*, VersR 1989, 711, 713; *Looschelders*, VersR 1999, 141, 148 ff.; *Ludyga*, FPR 2006, 462; *Rolfs*, JZ 1999, 233, 236ff.; *Scheffen*, ZRP 1991, 458, 463.

⁶⁰⁹ *Ludyga*, FPR 2006, 462.

Minderjährige meist nicht in der Lage seien, das Verbotensein bestimmter Handlungen zu erkennen und einzusehen. Gleichzeitig bestehe aber nur ein mangelnder Schutz für den Minderjährigen über § 828 Abs. 3 BGB, da § 828 Abs. 3 BGB nur auf die Fähigkeit zur Erkenntnis von Gefahren, nicht aber von Verhaltenssteuerungen abstelle.

Die genannten Vorschriften zeigten trotz der beschriebenen Schwäche eines Schutzes über § 828 Abs. 3 BGB, dass es dem Gesetzgeber darum ginge, Minderjährige vor den Folgen vertraglicher und deliktischer Ansprüche umfassend zu schützen. In dem Kontext eines solchen Schutzes stehe auch die Beschränkung der Minderjährigenhaftung gem. § 1629 a BGB mit dem Überschuldungsschutz für Minderjährige. Da diese Haftungsbeschränkung aber nur auf vertragliche und nicht auf deliktische Ansprüche Anwendung finde, besteht beim Überschuldungsschutz Minderjähriger eine bedeutende Lücke. Der Schutz Minderjähriger über § 1629 a BGB sei daher unvollständig. Diese Lücke im Gesetz sei insoweit planwidrig, als der Gesetzgeber die Haftung Minderjähriger umfassend einschränken wolle, gleichzeitig aber der Minderjährige großen Schadensersatzforderungen aus Delikt ausgesetzt sein kann. Der Gesetzgeber berücksichtige nicht in ausreichendem Maße, dass Kinder Schadensereignisse katastrophalen Ausmaßes im deliktischen Bereich auslösen könnten. Ohnehin sei die Gefahr einer Verursachung von Großschäden durch Kinder im deliktischen Bereich auf Grund des wirtschaftlichen und technischen Fortschritts in den letzten Jahrzehnten deutlich gewachsen.

Es bestehe auch die für eine Analogie vergleichbare Interessenlage. So sei es für den Minderjährigen völlig unerheblich, ob seine bei Eintritt in die Volljährigkeit bestehenden Verbindlichkeiten kraft Gesetzes oder aus einem Vertrag entstünden. Auch im Hinblick auf die Erkenntnismöglichkeiten eines Minderjährigen bestehe kein Unterschied, ob es sich um vertragliche Ansprüche oder um eine Tathandlung im Deliktsrecht handele. Kinder seien eben keine „kleinen Erwachsenen“, die nur dem folgen, was sie im Elternhaus oder in der Schule lernten. Vielmehr seien sie der Gefahr ausgesetzt, von überraschenden und ansprechenden Reizen abgelenkt zu werden. Die geringe Körpergröße von Kindern sowie ein kleineres Gesichtsfeld als Erwachsene führten zu dem erhöhten Risiko für Kinder, Schuldner einer Schadenersatzforderung zu werden. Dies gelte aber im Vertrags- und Deliktsrecht gleichermaßen. So gäbe es komplexe Tathandlungen, deren Folgen für einen Minderjährigen nur schwer zu übersehen seien, wie etwa eine Austretung des Feuers oder das Rennen über eine unübersichtliche Straße. Es lägen insoweit bei den Erkenntnismöglichkeiten eines

Minderjährigen keine anderen Umstände als bei der Willensseite eines Minderjährigen vor, bei der aber ein Schutz des Minderjährigen über die §§ 104 ff. BGB bestehe. Daher sei die Differenzierung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen bei der Minderjährigenhaftungsbeschränkung nicht sachgerecht. Vielmehr müssten die der Haftungsbeschränkung Minderjähriger zu Grunde liegenden Wertungen auch im Deliktsrecht gelten

b) Haftpflichtversicherung/Elternhaftung

Teilweise wird vorgeschlagen, dass für Kinder und Jugendliche eine obligatorische Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden müsse.⁶¹⁰ Daneben findet sich das Modell einer vollständigen Freistellung der Minderjährigen von der Deliktshaftung bei gleichzeitiger Einführung einer strikten, verschuldensunabhängigen Elternhaftung, meistens kombiniert mit einem gesetzlichen Zwang zum Abschluss einer Privathaftpflichtversicherung.⁶¹¹

c) § 242 BGB

Gerade im Hinblick auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts,⁶¹² der zu verstehen gab, dass das *LG Dessau* „plausibel ausgeführt, habe, dass die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 i.Vm. Art. 2 Abs. 1 GG „verfassungsrechtlichen Bedenken, begegne und eine Begrenzung der Haftung durch Anwendung des § 242 BGB in Betracht komme, hat in der Literatur zur Befürwortung der Anwendung des § 242 BGB jedenfalls dann geführt, wenn der minderjährige Schädiger lediglich fahrlässig einen die Existenz bedrohenden Schaden verursacht habe, eine Haftpflichtversicherung zu seinem Schutz nicht bestehe, und der Schadenersatzanspruch nicht durch einen Sozialversicherungsträger, für den § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV geltet, geltend gemacht werde.⁶¹³

⁶¹⁰ *Deutsch*, Haftungsrecht Rn. 633; *Ahrens*, VersR 1997, 1064, 1066; *Scheffen*, DAR 1991, 121, 125f; *Steffen*, VersR 1998, 1449, 1452; kritisch *Kuhlen*, JZ 1990, 272, 277.

⁶¹¹ v. *Hippel*, VersR 1998, 26f.; *ders.* FamRZ 2001, 748; *Lorenz*, VersR 1989, 711, 713; *Scheffen*, ZRP 1991, 458, 463; *Niboyet*, Die Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern nach deutschem und französischem Deliktsrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik, S. 179 ff., 192 f.; insgesamt kritisch *Schoof*, Die Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder i.S. des § 832 Abs. 1 BGB, S. 136 ff.

⁶¹² BVerfG, NJW 1998, 3557.

⁶¹³ *Ebert*, S. 433; vor der Einführung des zweiten Schadenersatzrechtsänderungsgesetz schon: *Ahrens*, VersR 1997, 1064; *Goetze* NJW 1999, 2305, 2308; *Rolfs* JZ 1999, 233, 238f.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen - das Grundrecht zum Schutz der „engeren persönlichen Lebenssphäre,, und „zur Erhaltung der Grundbedingungen freier Entfaltung und Entwicklung,, – sei durch die Auferlegung existenzgefährdender Zahlungspflichten erheblich beeinträchtigt. Eine so gewichtige Grundrechtsbeeinträchtigung sei nur gerechtfertigt, wenn ihrerseits gewichtige Gründe für die Grundrechte des Geschädigten auf Schutz seines Lebens, seiner Gesundheit oder seines Eigentums (Art. 2 Abs. 1, 14 GG) sprechen. Bei der Abwägung der beiderseitigen Grundrechte jedenfalls in Fällen existenzbedrohender Schadenshöhen sei grundsätzlich eine Abwägung zugunsten des minderjährigen Schädigers - jedenfalls solange nicht seinerseits dem geschädigten Gläubiger die Existenzgefährdung drohe.⁶¹⁴

Verfassungsrechtlich sei anerkannt, dass das Minderjährigenschutzgebot nicht nur ein anerkannter Grundsatz des bürgerlichen Rechts wie überhaupt des einfachen Rechts sei, sondern darüber hinaus Verfassungsrang genieße. Im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichen Zahlungspflichten habe das *Bundesverfassungsgericht* darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber dafür Sorge tragen müsse, dass dem Minderjährigen später Raum bleibe, sein weiteres Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten, die er nicht zu verantworten habe. Diese Möglichkeit sei ihm jedenfalls dann verschlossen, wenn er (als Folge der Vertretungsmacht der Eltern) mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit „entlassen,, würde. Die volle deliktische Haftung des Minderjährigen führe im Einzelfall ebenfalls zu Eingriffen, die dazu führen, dass ihm später kein Raum bliebe, um sein weiteres Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten. Der Minderjährige werde im Einzelfall mit der Aussicht in die Volljährigkeit „entlassen,, Jahrzehnte oder sogar sein Leben lang an der Pfändungsfreigrenze leben zu müssen.

Im Ergebnis falle damit auch eine Grundrechtsabwägung, der über die Generalklausel des § 242 BGB Geltung verschafft werde, grundsätzlich zugunsten des minderjährigen Schädigers aus. Einer unbegrenzten Haftung des minderjährigen Schädigers stehe zunächst der Minderjährigenschutzgedanke entgegen. Es unterliege keinem Zweifel, dass der Minderjährige nicht über die gleichen Fähigkeiten wie ein Erwachsener verfüge und deshalb des besonderen Schutzes bedürfe. Die Wertung des Gesetzgebers bedeute zugleich, dass Minderjährige auch nur in vermindertem Maße das nötige Urteilsvermögen, die Besonnenheit und Vernunft besitzen, die Bedeutung und die Folgen einer Tathandlung zu übersehen. Denn

⁶¹⁴ Ahrens, VersR 1997, 1064; Goecke, NJW 1999, 2305, 2308; Rolfs, JZ 1999, 233, 238f.

ob eine Handlung rechtsgeschäftlichen Charakter habe oder lediglich Tathandlung sei, könne im Hinblick auf die Erkenntnismöglichkeiten des Minderjährigen keinen grundlegenden Unterschied machen.⁶¹⁵

Die bestehenden Schranken der Minderjährigenhaftung berücksichtigen die Tatsache der geringeren Fähigkeiten des Minderjährigen und die Notwendigkeit eines erweiterten „Bewegungsraums“, nicht hinreichend. Die mangelnde Schutzfunktion des Einwandes der Einsichtsunfähigkeit (§ 828 Abs. 3 BGB) ergebe sich in der Praxis schon daraus, dass die Rechtsprechung - auf Grund des von ihr angewendeten abstrahierten Gefahrbegriffes - die Einsichtsfähigkeit fast stets bejahe, so dass § 828 Abs. 3 BGB praktisch bedeutungslos sei.⁶¹⁶

d) Stellungnahme

Die Argumentation, eine Einschränkung des Grundsatzes der Totalreparation im Bereich der deliktischen Haftung des Minderjährigen sei nicht geboten, da es sich letztlich nicht um ein spezielles Problem im Schadensersatzrecht handle und zudem ein ausreichender Schutz auch des Minderjährigen über die Vorschriften der Restschuldbefreiung bestünden, ist nicht haltbar. Es besteht aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen ein Unterschied zu der Frage, ob bei exorbitanten Schäden, verursacht durch Erwachsene, eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation angezeigt ist oder nicht. Die besondere Schutzbedürftigkeit Minderjähriger ist vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt. So spricht es in der Entscheidung vom 13.05.1986⁶¹⁷ ausdrücklich von einem „verfassungsrechtlichem Gebot des Schutzes des Minderjährigen“, welches den Staat verpflichtet, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass die Grundbedingungen für eine freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit von Kindern und Jugendlichen gewährleistet sind.

Einigkeit besteht dahingehend, dass weder § 828 Abs. 2 noch § 828 Abs. 3 BGB den Minderjährigen in hinreichender Weise vor exorbitanten Schäden schützen. Die bestehenden Schranken der Minderjährigenhaftung berücksichtigen die Tatsache der geringeren Fähigkeiten des Minderjährigen und die Notwendigkeit eines „erweiterten Bewegungsraums“ nicht hinreichend.

⁶¹⁵ Ahrens, VersR 1997, 1064; Goecke, NJW 1999, 2305, 2308; Rolfs JZ 1999, 233, 238f.

⁶¹⁶ Ahrens, VersR 1997, 1064; Goecke, NJW 1999, 2305, 2308; Rolfs, JZ 1999, 233, 238f.

⁶¹⁷ BVerfGE 72, 155.

Der Minderjährige ist typischerweise nicht in der Lage, durch Abschluss einer Privathaftpflichtversicherung Vorsorge gegen die Folgen seiner Sorgfaltswidrigkeiten zu treffen. Während sich der Erwachsene vor übermäßigen Ersatzpflichten durch Abschluss einer Privathaftpflichtversicherung selbst schützen kann, ist der Minderjährige auf das Verantwortungsbewusstsein seiner Eltern angewiesen. Die Rechtsordnung bescheinigt dem Minderjährigen durch die Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit, dass er nicht in der Lage ist, Vorsorge für sein Leben zu treffen und sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten. Sie erlegt ihm aber die Verantwortung für sein Tun in vollem Umfang auf. Die Rechtsordnung erklärt den Minderjährigen für verantwortlich, versagt ihm aber gleichzeitig die Möglichkeit, selbst - etwa durch Abschluss einer Privathaftpflichtversicherung - Vorsorge zu treffen, um seiner Verantwortung genügen zu können.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die prinzipielle Auferlegung der vollen Ersatzpflicht den Minderjährigen besonders hart trifft: Anders als der Erwachsene ist der Minderjährige jedenfalls im Regelfall weitgehend vermögenslos. Er wird meist von Anfang an nicht in der Lage sein, größere Schadensersatzansprüche zu befriedigen. Er tritt damit bereits mit einer schweren Belastung in das Erwerbsleben ein. Durch die Zahlungspflichten, denen er gegebenenfalls für sein ganzes Leben ausgesetzt ist, wird er von Anfang an gehindert sein, sein Leben nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Jedenfalls bei Eintritt in die Volljährigkeit sollte jedem eine faire Startchance gegeben werden. Anders als beim Erwachsenen bringt darüber hinaus auch die ab 1. 1. 1999 geltende Restschuldbefreiung (§§ 286-303 InsO) dem Minderjährigen keine nennenswerte Erleichterung, weil diese gerade - bei vorsätzlichen unerlaubten Handlungen ist sie (§ 302 InsO) ohnehin ausgeschlossen - für Schadensersatzverpflichtungen Minderjähriger aus Delikt nicht passt.⁶¹⁸

Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Totalreparation im Bereich der deliktischen Haftung Minderjähriger ist demnach geboten. Eine analoge Anwendung des § 1629 a BGB kommt jedoch mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.

Der Entwurf des § 255a BGB im Jahre 1967 wollte den heutigen § 828 Abs. 3 BGB an das Strafrecht angleichen und die Freistellung auch bei mangelnder Steuerungsfähigkeit erlauben, darüber hinaus das Gericht zur Herabsetzung des Haftungsumfangs bei eingeschränkter

⁶¹⁸ Die Restschuldbefreiung wird meist schon daran scheitern, dass die Durchführung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt werden wird, die Mindestvergütung des Treuhänders nicht sichergestellt werden kann (§ 298 I InsO) oder der Schuldner keine abtretbaren Bezüge besitzt (§§ 287, 295 InsO).

Zurechnungsfähigkeit ermächtigen und schließlich eine allgemeine Reduktionsklausel bei exorbitanten Schäden einführen.⁶¹⁹ Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz hat diesen Ansatz nicht wieder aufgenommen, sondern sich für die sektorale Heraufsetzung der Altersgrenze bei Verkehrsunfällen entschieden. Es liegt daher keine planwidrige Regelung vor.

Auch der Vorschlag der strikten Elternhaftung sowie die Einführung einer obligatorischen Haftpflichtversicherung überzeugen nicht. Die strikte Elternhaftung liefert de facto das Familienvermögen dem Zugriff des Geschädigten aus und unterläuft die vom Gesetzgeber bewusst gewählte verschuldensabhängige Deliktshaftung. Die Einführung einer obligatorischen Haftpflichtversicherung schränkte die Autonomie der Rechtssubjekte ein und würde die Anreize von Kindern und Eltern zu sorgfältigem Verhalten beeinträchtigen. Zwar könnte die Versicherung versuchen, das Verhalten der Versicherten durch risikogerechte Prämienbemessung, Risikoausschlüsse, Selbstbehalte und Bonus/Malus-Systeme im Interesse der Schadensvermeidung zu steuern, doch solche Maßnahmen verursachen ihrerseits Kosten und schränken zudem den Deckungsschutz ein, so dass sie das angestrebte Ziel nur teilweise erreichen würden.

Die sachgerechteste Lösung ist die Anwendung des § 242 BGB durch den Richter in Fällen in denen der Jugendliche fahrlässig gehandelt hat und der Schadensanspruch nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen ist. Mit Hilfe von § 242 BGB kann der Richter unter Berücksichtigung der gesamten Umstände wie Alter, Entwicklungsstand des Jugendlichen, Schuld und Vermögensverhältnisse des Jugendlichen den Schadensersatzanspruch kürzen oder in besonderen Härtefällen gänzlich versagen.

Im Falle des Überganges des Schadensersatzanspruches auf einen Sozialversicherungsträgers gemäß §§ 116 Abs. 1 SGB X 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV besteht von vorneherein die Möglichkeit des Forderungserlasses, „wenn die Einziehung nach der Lage des einzelnen Falles unbillig ist“.

⁶¹⁹ §§ 828 Abs. 2, 255 a i.d.F. des Entwurfs 1967, Bd. I, S. 2, 4; Bd. II, S. 13 f., 29 ff., 70 ff.; vgl. auch *Deutsch*, Haftungsrecht Rn. 629 ff.

C. Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes für immaterielle Schäden

Immer wieder kam in der Vergangenheit die Frage auf, ob es nach dem geltenden Recht Geldersatz für durch Persönlichkeitsverletzungen entstandene Schäden geben sollte. Diese Frage wurde jahrelang kontrovers diskutiert, ohne zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen.⁶²⁰ Seit der Einführung des zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes vom 01.08.02 besteht Einigkeit dahingehend, dass der Geschädigte bei Persönlichkeitsverletzungen Geldersatz erlangen sollte.

Die Grundsätze der Gewährung von Schmerzensgeld für immaterielle Schäden haben sich demnach in den letzten Jahren stark verändert. Hier soll nun untersucht werden, ob und gegebenenfalls auf welche Art und Weise das allgemeine Persönlichkeitsrecht für diese Veränderung maßgeblich war.

I. Entwicklung der Rechtslage bis zum 01.08.02

Die Rechtssysteme, die in Deutschland um die Mitte des 19. Jahrhunderts galten, hatten einen verhältnismäßig umfassenden Persönlichkeitsschutz auch in der Form von Schmerzensgeldansprüchen.⁶²¹ Die Verfasser des BGB lehnten dahingegen von Anfang an einen generellen Anspruch auf Genugtuung in Geld für Verletzungen immaterieller Interessen mit der Erwägung ab, dass es der herrschenden Volksauffassung zu wider laufe die immateriellen Lebensgüter auf gleiche Linie mit den Vermögensgütern zu stellen und einen ideellen Schaden mit Geld aufzuwiegen.⁶²² Das Reichsgericht billigte in Anlehnung an seine bereits zuvor geschilderte Rechtsprechung eine Entschädigung in Geld wegen in Zusammenhang mit Ehrverletzungen erlittenen Nichtvermögensschäden nur dann zu, wenn die Ehrverletzung eine Gesundheitsschädigung zur Folge hatte und damit zugleich eine Körperverletzung darstellte.⁶²³ Eine erste deutliche Wende bildete die Einführung des Grundgesetzes im Jahre 1949. Bereits 1954 wurde durch die sog. *Schacht-Entscheidung* erstmals die Geltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Die Frage, ob es nach dem geltenden Recht Geldersatz für

⁶²⁰ Streitstand bei *Looschelders* in: *Wolter/Arndt*, Einwirkungen der Grundrechte, S. 97.

⁶²¹ *Peifer*, GRUR 2002, 495, 497.

⁶²² *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 24; *Braun*, NJW 1998, 2318, 2322.

⁶²³ RGZ 142, 116, 122.

durch Persönlichkeitsverletzungen entstandene Schäden geben sollte, wurde jedoch in dieser Entscheidung nicht geklärt. Nach § 253 BGB a. F. konnte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden war, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Gesetzlich angeordnet war der Ersatz des Nichtvermögensschadens lediglich in § 847 BGB a. F. Damit sah das Gesetz für Persönlichkeitsverletzungen zumindest ausdrücklich keinen immateriellen Schadensersatz vor. 1958 wurde durch den I. Senat des Bundesgerichtshof einem in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten wegen eines immateriellen Schadens eine Geldentschädigung zugesprochen. In dieser so genannten *Herrenreiter-Entscheidung*⁶²⁴ hieß es, dass aus dem Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Pflicht des Staates herrühre, bei Eingriffen in den persönlichen Bereich Schutz gegen die Verletzung wesenseigentümlicher Schäden zu gewährleisten. Ein Schutz der Persönlichkeit sei ohne das Recht auf Ersatz von immateriellem Schaden weitgehend sinnlos. Deshalb sei es eine nicht erträgliche Missachtung dieses Rechts, wenn man demjenigen, der in der Freiheit der Selbstentschließung über seinen persönlichen Lebensbereich verletzt sei, einen Anspruch auf Ersatz des hierdurch hervorgerufenen immateriellen Schadens verweigere.⁶²⁵ Der hohe Wert des Rechtsschutzes der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Eigensphäre zum Zeitpunkt der Abfassung des § 823 BGB habe noch nicht die Anerkennung der Rechtsordnung erfahren, die ihm nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG zukomme. Die unter dem Einfluss der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sei aber unvollständig, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigungen adäquate Sanktion auslösen würde.⁶²⁶ Genau wie sich die Beschränkung des deliktsrechtlichen Schutzes auf bestimmte einzelne Rechtsgüter des Menschen als zu eng erwiesen habe, um den vom Grundgesetz geforderten Persönlichkeitsschutz zu gewährleisten, werde eine Beschränkung des ideellen Schadensersatzes auf Verletzungen einzeln aufgeführter Rechtsgüter dem Wertesystem des Grundgesetzes nicht mehr gerecht. Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes könnten nicht ohne Sanktion bleiben, weil die Rechtsordnung ansonsten auf das wirksamste und oft einzige

⁶²⁴ BGHZ 26, 349, 354-Herrenreiter-Entscheidung.

⁶²⁵ BGHZ 26, 349, 356; *Beuter*, die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 25.

⁶²⁶ BGHZ 35, 363 ff.; BGHZ 13, 334; BVerfG, NJW 1973, 1221.

Mittel verzichten würde, das geeignet sei, den Respekt des Personenwertes des Einzelnen zu sichern.⁶²⁷

In der *Herrenreiter-Entscheidung* wurde diese Schadensersatzpflicht mangels gesetzlicher Regelung auf eine analoge Anwendung des § 847 BGB a. F. gestützt. Es sei kein sachlicher Grund vorhanden, der es hindern könne, § 847 BGB a. F. auch auf Persönlichkeitsverletzungen zu stützen, da auch bei einer geistigen Freiheitsberaubung genau wie bei einer Körperverletzung eine Naturalrestitution ausgeschlossen sei. Der nach dem Grundgesetz gebotene Rechtsschutz müsse durch die Anwendung des § 847 BGB a. F. verwirklicht werden, da die Schadensfolgen aufgrund der Natur des angegriffenen Rechtsgutes zwangsläufig in erster Linie auf immateriellem Gebiet lägen. Um an der Sperre des § 253 BGB vorbeizukommen, lag es nahe, § 847 BGB a. F. analog anzuwenden, da dort ausdrücklich ausnahmsweise für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden konnte. Auf diese Weise war es möglich, die Persönlichkeitsverletzung einem Tatbestandsmerkmal des § 847 Abs. 1 BGB a. F. zuzuordnen und zugleich eine akzeptable Lösung zu erarbeiten, da man im Rahmen der Sanktion des § 847 BGB a. F. blieb. Allerdings waren die Voraussetzungen für eine methodisch saubere Analogie nicht gegeben, da offensichtlich keine Regelungslücke vorlag. Die Verfasser des BGB hatten eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden einer Persönlichkeitsverletzung gerade bewusst nicht geregelt. Von dieser Analogie hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seit der *Ginseng-Entscheidung*⁶²⁸ des Jahres 1961 dann auch nach und nach entfernt. Zunächst wurde die Analogie zu den in § 847 BGB a. F. genannten Tatbeständen aufgegeben.⁶²⁹ Schließlich wurde der Geldersatz für Persönlichkeitsrechtsverletzungen von § 847 BGB a. F. abgekoppelt. Eine Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sollte nicht mehr mit einem Schmerzensgeldanspruch nach § 847 BGB gleichgesetzt werden, sondern ein eigenständiger Rechtsbehelf sein, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG zurückgeht.⁶³⁰ Der Bundesgerichtshof erkannte, dass die Zubilligung einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden mit einem Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB a. F. nicht vergleichbar ist, da anders als beim Schmerzensgeldanspruch bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung

⁶²⁷ BGHZ 35, 367 f.; BGHZ 13, 334; BVerfG, NJW 1973, 1221; BGHZ 128, 1; BVerfG, VersR 2000, 2187.

⁶²⁸ BGHZ 35, 363, 365-Ginseng-Entscheidung.

⁶²⁹ BGHZ 30, 7, 17; BGH, NJW 1961, 2059, 2060.

⁶³⁰ BVerfGE 128, 1, 16; BVerfGE 34, 269, 282.

wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund steht.⁶³¹ Dies wurde auch sprachlich verdeutlicht, da in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr von Schmerzensgeld, sondern von Geldentschädigung gesprochen wurde.⁶³²

In der *Herrenreiter-Entscheidung* hatte der Bundesgerichtshof für einen Schadensersatz noch jede schuldhaft Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausreichen lassen. In späteren Entscheidungen konkretisierte er die Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden. So wurde der Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden auf schwere Persönlichkeitsverletzungen beschränkt, da eine Genugtuung nur erforderlich sei, wenn den Schädiger den Vorwurf einer schweren Schuld trafe. Weitere Anspruchsvoraussetzung war nach dieser Rechtsprechung, dass die Einbuße durch eine andere Art nicht ersetzbar sein sollte.⁶³³ Fazit der dargestellten Rechtslage ist, dass der Schutzgedanke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form der richterlichen Rechtsfortbildung erstmals zur Gewährleistung eines immateriellen Schadensersatzes bei jeglichen Persönlichkeitsverletzungen durch die Rechtsprechung geführt hat.

Die *Herrenreiter-Entscheidung* war damit ein erster großer Schritt für die Gewährung von Geldentschädigungen auch für die Verletzung von immateriellen Werten. Dennoch war die rechtliche Situation noch nicht im Einklang mit dem verfassungsrechtlichen Schutzgedanken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da nur im deliktischen Bereich eine Geldentschädigung für die Verletzung immaterieller Interessen möglich war.

II. Rechtslage nach dem 01.08.02

Durch das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz wurde das Schmerzensgeld aus dem Deliktrecht durch Abschaffung des § 847 BGB a. F ausgegliedert. Die neue Schmerzensgeldregelung des § 253 Abs. 2 BGB erweiterte den Anwendungsbereich des Schmerzensgeldanspruchs erheblich. § 253 Abs. 2 BGB lautet heute wie folgt:

„Ist wegen Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der

⁶³¹ BVerfGE 128, 1, 16.

⁶³² BGHZ 26, 349, 356; BGH, NJW 1995, 861, 864; BGH, NJW 1996, 984, 985; BGHZ 128, 1; BGH, VersR 1996, 339, 341.

⁶³³ BGHZ 35, 363, 368-Ginseng-Entscheidung.

sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der Nichtvermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden.“

Das bedeutet, dass, wenn dem Verletzten aus Delikt, Gefährdungshaftung oder Vertrag ein Schadensersatzanspruch aus Verletzung eines der in Absatz 2 genannten Lebensgüter zu steht, der Schädiger auch eine Geldentschädigung schuldet. Auch in § 253 Abs. 2 BGB der neuen Schmerzensgeldregelung hat der Gesetzgeber die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht erwähnt. Das entspricht der bisherigen Rechtslage nach § 847 BGB a. F. und wird in der Gesetzesbegründung mit dem Argument erläutert, dass es sich bei dem Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts um ein vom Schmerzensgeld nach dem bisherigen § 847 BGB a. F. zu unterscheidendes Recht handele, das auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 GG zurückgehe. Die Aussparung dieses Rechtsguts aus der Neuregelung wird damit begründet, dass eine umfassende Regelung des zivilrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes im Zusammenhang mit dem vorliegenden Entwurf nicht geleistet werden könne, da die Rechtsentwicklung auf dem schwierigen und in stetem Wandel begriffenen Gebiet des allgemeinen Persönlichkeitsrecht noch nicht abgeschlossen sei.⁶³⁴

Auch nach der Einführung des § 253 Abs. 2 BGB soll eine Zubilligung einer Geldentschädigung bei einer deliktischen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet werden, um zu verhindern, dass Verletzungen der Ehre des Menschen ohne Sanktion bleiben, und um den Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG zu sichern.⁶³⁵ Anspruchsgrundlage ist aber nunmehr § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB. Für die Gewährung dieses Anspruchs verlangt der Bundesgerichtshof nach wie vor, dass eine schwere Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt. Ob ein solcher schwerer Eingriff vorliegt, richtet sich nach der Bedeutung und der Reichweite des Eingriffs. Die Bedeutung und die Reichweite des Eingriffs richten sich nach der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit des Menschen in verschiedenen Lebensbereichen. Um dieser unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit Rechnung zu tragen, hat das Bundesverfassungsgericht bereits früh die so genannte *Sphärentheorie* entwickelt, die Eingriffen in die verschiedenen

⁶³⁴ BT-Drucks. 13/10435, S. 58; Müller, VersR 2003, 1, 12; Wagner, NJW 2002, 2049, 2053 ff.

⁶³⁵ BVerfG, NJW 2000, 2187, 2188; BT-Drucks. 13/10435, S. 58.

Sphären der Persönlichkeitsentfaltung mit verschieden starken Rechtfertigungsanforderungen begegnet. Im Rahmen der Sphärentheorie werden üblicherweise drei zu schützende Lebensbereiche unterschieden, die meist als die Intimsphäre, die Privat- oder Geheimsphäre und die Sozialsphäre bezeichnet werden.⁶³⁶

Die innerste der Sphären, die Intimsphäre, ist als letzter, unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung dabei jeglicher staatlicher Einwirkung verschlossen.⁶³⁷ Sie ist der Wesensgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Um diesen Kernbereich privater Lebensführung herum liegt der Bereich der so genannten Privat- oder Geheimsphäre, in den der Staat zwar grundsätzlich eingreifen kann, Eingriffe aber eine besonders strenge Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordern,⁶³⁸ während Eingriffe in die äußere Sphäre, die Sozialsphäre, normale Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen.⁶³⁹

Ein Eingriff in die Intimsphäre eines Menschen stellt regelmäßig einen schweren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar.⁶⁴⁰ Liegt ein geringes Verschulden des Schädigers vor, kann dies durch die besondere Intensität des Eingriffs aufgewogen werden.⁶⁴¹ Ferner wird verlangt, dass der Geschädigte nicht auf anderem Wege Ersatz erlangen kann.⁶⁴²

Insgesamt ist diese Gesetzesänderung und die Rechtsfortbildung im Hinblick auf die Anwendung des § 253 Abs. 2 BGB auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf den Schutzgedanken des Grundrechts des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurückzuführen. Endlich wurde der Anspruch auf Schadensersatz bei Verletzung immaterieller Werte in Form von Schmerzensgeld bei Verletzungen von Körper, Gesundheit und Freiheit sexueller Selbstbestimmung grundlegend neu geordnet. Dabei werden zwei in der Praxis sehr bedeutsame Haftungslücken geschlossen, weil ein Schmerzensgeld nunmehr auch in den genannten Fällen der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung sowie der vertraglichen Haftung gefordert werden kann.

⁶³⁶ *Murawiek* in: *Sachs*, GG, Art. 2, Rn. 104; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 376.

⁶³⁷ BVerfGE 6, 32, 41; BVerfGE 27, 1, 6; BVerfGE 34, 238, 245 f.

⁶³⁸ BVerfGE 27, 344, 350; BVerfGE 34, 238, 245.

⁶³⁹ BVerfGE 35, 35, 39; BVerfGE 35, 202, 220; BVerfGE 80, 367, 373; *Degenhart*, JuS 1992, 361, 363 f.

⁶⁴⁰ BGHZ 128, 1; *Heinrichs* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 253, Rn. 10.

⁶⁴¹ BGH, VersR 1971, 465; BGH, NJW 1958, 827.

⁶⁴² *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 124; *Lange*, VersR 1999, 274.

D. Einwirkung des Art. 2 Abs. 2 GG auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes im Rahmen der Gefährdungshaftung

Die Tatsache, dass es nunmehr aufgrund des § 253 Abs. 2 BGB auch im Rahmen der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld gibt, lag maßgeblich der Schutzgedanke des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zugrunde. Das Ziel der Gesetzesnovelle war es, einen verbesserten Opferschutz zu gewährleisten.⁶⁴³ Erlittene Körper- und Gesundheitsverletzungen verlangten auch dann nach einem Ausgleich, wenn der Anspruchsgegner eine Gefahr gesetzt hatte, die eine Haftung begründete und sich in der erlittenen Verletzung realisiert hatte.⁶⁴⁴ Ein zweiter Grund für die Veränderung des Haftungsgrundes beim Schmerzensgeld war die Vereinfachung der Schadensabwicklung.⁶⁴⁵ Die Beschränkung des Schmerzensgeldanspruchs auf Delikte führte nämlich dazu, dass im Streit um die Abwicklung des Schadensersatzes für Personenschaden die Gefährdungshaftung nur ein juristischer Durchlaufsposten war. Soweit der Geschädigte auch ein Schmerzensgeld verlangte, fiel die eigentliche Entscheidung erst bei der Prüfung des Deliktsanspruchs, der seinerseits den Vermögensschaden einschloss, so dass die Gefährdungshaftung insgesamt für einen solchen in der Praxis obsolet war. Zukünftig sollte es sich nach dem Willen des Reformgesetzgebers im Regelfall genau umgekehrt verhalten: Einer Prüfung des Deliktsanspruchs durch die Gerichte bedarf es nicht mehr, soweit bereits die Voraussetzungen eines Gefährdungshaftungstatbestandes nachgewiesen sind, denn der Geschädigte gewinnt dadurch nichts hinzu. Anders ist es nur, wenn die Limitierung der Gefährdungshaftung durch Höchstbeträge den Rückgriff auf das Deliktsrechts erzwingt.⁶⁴⁶ Letztere sind durch die Reform zwar auf Euro umgestellt worden und dabei zum Teil erheblich angehoben worden, doch bei Massenunfällen im Straßenverkehr oder Serienschäden im Bereich der Produkthaftung bleibt ihre Überschreitung zumindest denkbar.⁶⁴⁷

⁶⁴³ BT-Drucks. 14/7752, S. 33.

⁶⁴⁴ BT-Drucks. 14/7752, S. 33.

⁶⁴⁵ BT-Drucks. 14/7752, S. 15.

⁶⁴⁶ *Wagner*, NJW 2002, 2049, 2054.

⁶⁴⁷ Vgl. § 12 I StVG 600000 Euro pro Verletzten; 3 Mio Euro bei Verletzung mehrerer durch denselben Unfall; § 10 I ProdHaftG 85 Mio Euro bei Serienschäden.

E. Einwirkung des Art. 2 Abs. 2 GG auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes im Rahmen der Vertragsverletzung

Die Einführung des § 253 Abs. 2 BGB hat, wie schon erläutert, dazu geführt, dass der Geschädigte bei Vertragsverletzungen, bei denen die durch § 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter betroffen sind, Schmerzensgeld verlangen kann. Der Schwerpunkt dieser Neuregelung ist auf die Verletzung von Schutzpflichten gerichtet, die jeden Vertrag von seiner Anbahnung bis zur endgültigen Abwicklung begleiten. Diese Schutzpflichten sind durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 in Gestalt des § 241 Abs. 2 BGB gesetzlich anerkannt worden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Schuldner eine Haupt- oder Nebenpflicht verletzt hat.⁶⁴⁸ Deshalb ergibt sich für den Fall der Verletzung vertraglicher Schutzpflichten mit körperlicher Schadensfolge für den Geschädigten auch generell ein Anspruch auf Schmerzensgeld. Auch im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 3, 280 Abs. 1 BGB) ist die Haftung für Schmerzensgeld möglich. Auch hier handelt es sich um einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, der den Schmerzensgeldanspruch nach neuem Recht mit einschließt. Entsprechendes ergibt sich bei der schuldhaften Verletzung nachvertraglicher Pflichten mit daraus resultierenden Körper- und/oder Gesundheitsschäden.⁶⁴⁹

Mit der Einführung des § 253 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber bewusst dem Schutzgedanken des Art. 2 Abs. 2 GG entsprochen. Aus diesem ergibt sich, dass zumindest Körper und Gesundheit bei Verletzung nicht prinzipiell schlechter behandelt werden dürfen als ein Vermögensgut.⁶⁵⁰ Dies ergibt sich auch daraus, dass die körperliche Unversehrtheit durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt wird. Personengüter sind gegen Gefahren besonders empfindlich und deshalb auf einer höheren Stufe geschützt,⁶⁵¹ woraus der Schluss gezogen wird, dass bei ihrer Verletzung umfassender Schadensersatz zu gewähren und eine Einschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden nicht mehr zu rechtfertigen ist.⁶⁵² Jedenfalls muss eine Vergütung des Nichtvermögensschadens bei Körperverletzungen ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund erfolgen.⁶⁵³ Der verbesserte Opferschutz ist ausdrücklich im Entwurf als Ziel der Neuregelung genannt, die hier eine Haftungslücke schließen und auch

⁶⁴⁸ Jaeger/Luckey, Das neue SchadensersatzR, 2002, Rn. 158.

⁶⁴⁹ Oetker in: Rebmann (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 2a, § 253, Rn. 18.

⁶⁵⁰ Stoll, Haftungsfolgen, S. 355

⁶⁵¹ Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 211.

⁶⁵² Diedrich, MDR 1994, 525, 529; Steffen in: Festschrift für Walter Odersky, S. 723, 725.

⁶⁵³ Stoll, Haftungsfolgen, S. 354

der Sicht des Opfers Rechnung tragen soll, dem eine Differenzierung nach dem Haftungsgrund unverständlich erscheint.⁶⁵⁴ Eine Erstreckung auf die vertraglichen Haftungsgründe entspricht der grundgesetzlichen Wertung zumindest weitergehend, da so eine Schutzlücke geschlossen wird. Es gibt schließlich Fälle, in denen nur immaterieller Schaden etwa in Form von Schmerzen entsteht, aber keine Vermögenseinbußen vorliegen, zum Beispiel weil eine Heilbehandlung nicht notwendig ist. In solchen Konstellationen sah die Zivilrechtsordnung außerhalb des Deliktsrechts bisher grundsätzlich keinen Schutz vor; die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs hierauf ist damit eine Verbesserung im Sinne des Grundgesetzes.

Unter praktischen Gesichtspunkten kommt der vertragsrechtlichen Seite des § 253 Abs. 2 BGB in zweierlei Hinsicht besondere Bedeutung zu, nämlich bei der Garantiehftung und bei der Einstandspflicht für Gehilfenversagen.⁶⁵⁵ Eine Garantiehftung ist besonders im Mietrecht relevant.⁶⁵⁶

I. Garantiehftung im Mietrecht

Der Einbezug vertraglicher und verschuldensunabhängiger Haftung in die Fälle des zu ersetzenden Schmerzensgeldes, ist für die Vermieter wegen ihrer Garantiehftung für anfängliche Mängel der Mietsache gemäß § 536 a Abs. 1 1 Alt. BGB besonders wichtig. Nach § 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB hat der Vermieter für die Folgen anfänglicher Mängel der Mietsache einzustehen, auch wenn er die Mängel nicht verschuldet hat.⁶⁵⁷ Diese Garantiehftung des Vermieters wird für anfängliche Mängel bislang von der Rechtsprechung pauschal auch auf die so genannten Mangelfolgeschäden, also Schäden an Rechtsgütern des Mieters, erstreckt.⁶⁵⁸

Keine Unterschiede zwischen altem und neuem Recht ergeben sich in Fällen, in denen der Vermieter schon zuvor nach Deliktsrecht auf Schmerzensgeld haftete. Dazu zählen alle verschuldeten Verkehrssicherungspflichtverletzungen des Vermieters und seiner Verrichtungsgehilfen, für die er sich nicht exkulpieren kann.

⁶⁵⁴ BT-Drucks 14/ 7752, S. 14.

⁶⁵⁵ Wagner, NJW 2002, 2049, 2056.

⁶⁵⁶ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, § 253, Rn. 5.

⁶⁵⁷ Horst, NZM 2003, 537.

⁶⁵⁸ RGZ 81, 200, 203; RGZ 169, 84, 92; BGHZ 49, 350.

So haftete der Vermieter zum Beispiel immer schon wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf Schmerzensgeld, wenn er bei einer erkennbaren Gefahrenlage keine Abhilfe schaffte und sich ein Mieter dadurch verletzte.

Insgesamt ist die Ausweitung des Geltungsbereichs des § 253 II BGB auch auf die Garantiehaftung ein begrüßenswertes Ergebnis. Der Vermieter muss nach § 536 a Abs. 1 1. Alt. BGB die Garantie für eine Eigenschaft übernehmen. Er muss daher auch die Konsequenzen daraus tragen, das heißt für das Fehlen einstehen und dadurch verursachte Schäden ersetzen. Dabei ergeben sich keine Gründe für eine Differenzierung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden, die den Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs rechtfertigen könnten. Es wird wieder an die relativ klar abgrenzbaren Rechtsgüter des § 847 BGB a. F. BGB angeknüpft; das bedeutet, es entstehen insofern keine Unsicherheiten, die nicht hinnehmbar wären. Dass im Einzelfall wohl auch weiterhin geprüft werden muss, ob der Schutzzweck der Garantie auch das beeinträchtigte Rechtsgut umfasst, macht das Haftungsrisiko zusätzlich kalkulierbarer.⁶⁵⁹

II. Einstandspflicht für Gehilfenversagen

Bei Verkehrs- bzw. Schutzpflichtverletzungen kommt es in Zukunft auch für den Schmerzensgeldanspruch nicht mehr auf § 831 BGB an, soweit bereits die Voraussetzungen eines Gefährdungshaftungstatbestands nachgewiesen sind. Vielmehr wird der dem Geschäftsherrn eröffnete Entlastungsbeweis zugunsten der Zurechnung des Gehilfenversagens nach § 278 BGB abgeschnitten.⁶⁶⁰ Die Betreiber von Supermärkten und Schwimmbädern, haften ihren Kunden schon vertragsrechtlich auf Schmerzensgeld, wenn diese auf Gemüseblättern oder Bananenschalen ausrutschen⁶⁶¹ oder durch einen Kopfsprung vor eine unter Wasser befindliche Mauer zu Schaden kommen.⁶⁶² Die Entwicklung immer neuer Organisationspflichten auf deliktischer Grundlage erübrigt sich.⁶⁶³ Insoweit stellt sich § 253 Abs. 2 BGB faktisch als eine auf das Schmerzensgeld bezogene Unternehmerhaftung dar,

⁶⁵⁹ Ohliger, S. 38.

⁶⁶⁰ Wagner, NJW 2002, 2049, 2050.

Siehe auch die Begründung des Gesetzes BT-Drucks 14/7752, S. 15.

⁶⁶¹ BGHZ 66, 51; BGH, NJW 1962, 31.

⁶⁶² OLG Karlsruhe, VersR 2000, 1420.

⁶⁶³ Vgl. etwa zu den Organisationspflichten der Betreiber von Supermärkten: OLG Köln, NJW 1972, 1950; OLG München, VersR 1974, 269; zu den Organisationspflichten bei Schwimmbädern: BGH, VersR 1996, 989; BGH, VersR 2000, 984.

die darüber insofern hinausgeht, als § 278 BGB eben nicht nur das Verhalten von Verrichtungsgehilfen zurechnet, sondern auch das Versagen selbständiger Unternehmer.⁶⁶⁴

Auch diese Haftungserweiterung ist legitim. Es steht den Unternehmern frei, jemanden zur Erfüllung von Aufgaben einzustellen oder die Aufgaben selber zu erledigen. Im ersteren Fall muss er sich für die Erleichterung im Gegenzug das Verhalten des Gehilfen anrechnen lassen und gegebenenfalls haften.⁶⁶⁵ Die Zurechnung erscheint damit genauso legitim wie bei der Verschuldenshaftung.

Insgesamt ist ein Ausgleich sowohl bei verschuldensabhängiger als auch bei verschuldensunabhängiger Haftung erforderlich, um dem Schutzgedanken des Art. 2 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen. Das fehlende Verschulden kann außerdem bei der konkreten Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden,⁶⁶⁶ wenn es im Einzelfall geboten erscheint.

Insgesamt ergibt sich daher auch für diejenigen Ansprüche auf vertraglicher Grundlage, die ein Verschulden nicht voraussetzen, nichts anderes als für die verschuldensabhängige Vertragshaftung: Ein Schmerzensgeldanspruch in diesen Fällen ist nicht nur systemkonform, sondern auch verfassungsrechtlich geboten.

F. Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Bemessungskriterien der Anspruchshöhe von Schmerzensgeld für immateriellen Schaden

Sowohl in § 847 Abs. 1 BGB a. F. als auch im § 253 Abs. 2 BGB war und ist geregelt, dass für immaterielle Schäden als Schmerzensgeld eine *billige Entschädigung in Geld* verlangt werden kann. Da der Begriff billige Entschädigung keinen eindeutigen Wert beschreibt, bedarf dieser Begriff seit jeher einer Auslegung. Klar war immer, dass die Festsetzung der Geldentschädigung im Wesentlichen im Beurteilungsspielraum des Tatrichters stehen musste und grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden mussten.

Einheitliche Kriterien zur Bemessung der Geldentschädigung gab und gibt es nicht. Die Gesichtspunkte, die bei der Bemessung des Schadens eine Rolle spielten, haben sich bis zur Einführung des § 253 Abs. 2 BGB n. F. sehr verändert. Im Rahmen von § 847 BGB a. F. war

⁶⁶⁴ Wagner, NJW 2002, 2049, 2050.

⁶⁶⁵ Braschos, S. 74.

⁶⁶⁶ Braschos, S. 104; Schlechtriem, Gutachten Schuldrecht Bd. 2, S. 1655; BT-Drucks. 14/7752, S. 14.

lange umstritten, welche Funktionen der Entschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zukamen. Der Große Senat des Bundesgerichtshof in Zivilsachen hatte 1955 zwei Funktionen des Schmerzensgeldes herausgearbeitet: nämlich einerseits die Ausgleichs- und andererseits die Genugtuungsfunktion, die auch heute die zentralen Funktionen des Anspruchs auf Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen bilden und anhand derer die Bemessungskriterien für die Anspruchshöhe abgeleitet werden.⁶⁶⁷ Eine eigenständige Präventionsfunktion wurde dem Schmerzensgeld zu diesem Zeitpunkt nicht zugesprochen.

Durch einen konsequenten und gestärkten Grundrechtsschutz haben sich wie im Folgenden ausgeführt die althergebrachten Auffassungen zur Funktion des Schmerzensgeldes stark gewandelt.

I. Ausgleichsfunktion

Dem Schmerzensgeldanspruch bzw. dem Anspruch auf Geldentschädigung gemäß § 253 Abs. 2 BGB kommt in erster Linie die funktionale Aufgabe des Ausgleichs des entstandenen Schadens. Die Ausgleichs- oder Entschädigungsfunktion erfasst den Ausgleich erlittener Nachteile und dient als Korrektur für erfahrene Unrecht.⁶⁶⁸ In seiner Ausgleichsfunktion schließt das Schmerzensgeld an die Kompensation für materielle Schäden an. Bei der billigen Entschädigung in Geld, die gemäß § 253 Abs. 2 BGB bei bestimmten Rechtsgutverletzungen für den entstandenen nichtvermögensrechtlichen Schaden zu zahlen ist, wird in erster Linie dem Verletzten ein Ausgleich für die erlittene immaterielle Beeinträchtigung gewährt. Zu den restitutiven Kriterien sind daher die Intensität und die Dauer des Eingriffs zu zählen.⁶⁶⁹ Allerdings muss hinsichtlich der Ausgleichsfunktion einer Geldentschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedacht werden, dass es für diese Form des Ausgleichs notwendig ist, die durch den Eingriff erlittene Persönlichkeitsverletzung zu quantifizieren und in Geld zu bemessen. Anders als ein Vermögensschaden ist ein immaterieller Schaden nicht als ein Verlust in Geld anzusehen. Eine Wiederherstellung kann hingegen durch Restitution und Reparation in Form des Widerrufs von ehrverletzenden Äußerungen oder in Form der

⁶⁶⁷ BGHZ 18, 149; *Lorenz*, Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld, S. 32; *Müller*, VersR 2006, 1289, 1290.

⁶⁶⁸ *Lange*, VersR 1999, 274.

⁶⁶⁹ Beispielhaft genannt seien hier die Größe des Verbreitungsgebiets und die Auflagenstärke.

Herausgabe unberechtigt hergestellter Fotokopien zumindest teilweise erreicht werden. Durch die Pflicht des Schädigers zum Ausgleich wird der Ausgleichsfunktion auch eine präventive Funktion zugemessen.⁶⁷⁰

II. Genugtuungsfunktion

Bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat der Ausgleich durch Widerruf sich rasch als unzureichend erwiesen.⁶⁷¹ Zudem kann nicht allein auf den Ausgleichsgedanken abgestellt werden, weil sich immaterielle Schäden nur unvollkommen in Geld ausdrücken lassen oder die erlittenen Schäden zum Teil gar nicht ausgleichsfähig sind. Schon frühzeitig berücksichtigte der Bundesgerichtshof daher bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts neben der Ausgleichs- auch die Genugtuungsfunktion.⁶⁷² Durch den Schadensersatz soll dem Verletzten eine Genugtuung für die erlittene Beeinträchtigung verschafft werden. Genugtuung bedeutet, dass dem Verletzten Geld wegen der Verletzung an sich und nicht so sehr als Ausgleich des erlittenen Schadens gezahlt werden soll.⁶⁷³ Die Genugtuungsfunktion verfolgt zwei Ziele. Zum einen besitzt sie eine gewisse Straffunktion.⁶⁷⁴ Die Höhe der Entschädigung wird durch die Person des Täters beeinflusst und muss ihn als Sanktion treffen. Zum anderen soll das Opfer für die erlittene Kränkung eine Kompensation erhalten. Das Opfer soll in seinem Zorn, in seiner berechtigten Empörung und in seinem Gerechtigkeitsverlangen besänftigt werden.⁶⁷⁵ Bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs sind vor allem Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Daneben können auch der Grad des Verschuldens, der Anlass oder die Umstände der Schädigung zur Bestimmung der Anspruchshöhe berücksichtigt werden.⁶⁷⁶ Sogar die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten können unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit auf die Bemessung der Entschädigung Einfluss gewinnen. Aber auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers müssen berücksichtigt werden, so dass die Genugtuungsfunktion auf die Täter und die Opferseite abstellt

⁶⁷⁰ Mertens in: *Rebmann* (Hrsg.), MünchKomm, Bd. 6, Vorb. § 823, Rn. 41; *Lange*, VersR 1999, 274.

⁶⁷¹ *Hager*, AcP 196 (1996), 168, 169.

⁶⁷² BGHZ 18, 149, 154; BGH, VersR 1992, 504; *Müller*, VersR 2006, 1289, 1290.

⁶⁷³ BGHZ 18, 149, 155; BGH, VersR 1985, 391, 393.

⁶⁷⁴ *Böttcher*, MDR 1963, 353; *Kern*, AcP 191 (1991), 247, 248.

⁶⁷⁵ BGH, VersR 1985, 391; *Seitz*, NJW 1996, 2848.

⁶⁷⁶ BGH, GRUR 1969, 301, 302.

III. Präventionsfunktion

Die Präventionswirkung wurde zunächst immer als eher untergeordnete Funktion als Teil der Ausgleichsfunktion angesehen. Bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kam es in neuerer Zeit aber zur rücksichtslosen Kommerzialisierung⁶⁷⁷ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Abdrucken von Fotos oder Unwahrheiten auf Titelblättern von Zeitschriften. Die Entwicklung der Massenmedien eröffnete es einerseits prominenten Persönlichkeiten, aus ihrer Popularität Kapital zu schlagen, indem sie durch den Verkauf von exklusiven Fotos oder Geschichten Gewinne erzielten. Andererseits wurden prominente Persönlichkeiten durch eine unautorisierte Verwertung ihrer Identität immer stärker belastet. Daraus folgte, dass die ursprünglich von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht tangierten ideell geprägten Interessen hinter kommerziellen zurücktraten. Allein durch die Berücksichtigung der Ausgleichs- und der Genugtuungsfunktion konnten keine befriedigenden Geldentschädigungen gerechtfertigt werden. Deshalb rückte der Präventionsgedanke bei der Bemessung der Schadenshöhe in der Rechtsprechung immer mehr in den Vordergrund.⁶⁷⁸ Der Bundesgerichtshof reagierte darauf in den *Caroline von Monaco-Urteilen*.⁶⁷⁹

Der Bundesgerichtshof entschied in beiden Fällen, dass der Gedanke der Prävention bei der Höhe der Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen sei. Die Präventionswirkung erhielt durch die *Caroline von Monaco-Urteile* eine erhebliche Aufwertung, da sie als dritte eigenständige Funktion anerkannt wurde. Dabei soll die zivilrechtliche Prävention Persönlichkeitsverletzungen sanktionieren und zukünftig durch Abschreckung verhindern.⁶⁸⁰ Ferner nimmt sie gleichzeitig eine soziale Steuerungsfunktion wahr. Als dritte Primärfunktion kommt der Prävention gegenüber der Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion sogar eine herausgehobene Stellung zu, da die anderen Funktionen als nicht mehr ausreichend für einen effektiven Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen werden.⁶⁸¹ Durch die Aufwertung der Präventionswirkung soll der Entschädigungsanspruch den durch die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts

⁶⁷⁷ Siehe dazu ausführlich: *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 1 ff.

⁶⁷⁸ *Lange*, VersR 1999, 274.

⁶⁷⁹ BGHZ 128, 1-Caroline von Monaco-Entscheidung I; BGH, NJW 1996, 984, 985-Caroline von Monaco-Entscheidung II.

⁶⁸⁰ BGH, VersR 1996, 339; *Lange*, VersR 1999, 274; *Steffen*, ZRP 1996, 366.

⁶⁸¹ *Lange*, VersR 1999, 274; *Peifer*, JR 1996, 420; *Siemens*, AfP 1997, 542.

als unzureichend bewerteten Rechtsschutz verstärken, indem die Entschädigungssummen in diesen Fällen erhöht werden.⁶⁸²

Bemessungsfaktor für die Höhe der Geldentschädigung bei immateriellen Schäden ist die Intensität der Persönlichkeitsverletzung. Selbst bei rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit als Mittel zur Auflagensteigerung ist eine Gewinnabschöpfung nicht zulässig. Der erzielte Gewinn kann jedoch als Bemessungsfaktor einzubeziehen sein.⁶⁸³ Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien bemessen die zu entscheidenden Richter den Schaden für eine Verletzung von immateriellen Interessen letztlich ohne eine formelhafte Berechnungsmethode.⁶⁸⁴

Im Ergebnis zielt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mit der Betonung der Präventionswirkung und entsprechend höheren Entschädigungssummen darauf ab, die rechtswidrige Kommerzialisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes einzudämmen, indem Zeitschriftenverlage abgeschreckt werden, künftig das allgemeine Persönlichkeitsrecht prominenter Zeitgenossen zu verletzen, um damit ihre Auflage zu steigern.

Zum Teil wurde in der Literatur die Befürchtung geäußert, die Anerkennung des Präventionsgedankens würde die Schmerzensgelder in ungeahnte Höhen treiben oder zu einer maßlosen Bereicherung des Verletzten führen.⁶⁸⁵ Diese Befürchtungen haben und werden sich nicht bewähren, da die Höhe des immateriellen Schadensersatzes immer noch an andere zu prüfende Kriterien geknüpft ist. Zum einen muss immer die Intensität der Persönlichkeitsverletzung beachtet werden und zum anderen darf die Pressefreiheit nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Es muss also auch bei der Höhe der Geldentschädigung immer eine umfassende Interessenabwägung stattfinden.⁶⁸⁶

G. Einwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Bemessungskriterien der Anspruchshöhe von Schmerzensgeld für Schadensersatz, der auf der Nutzung kommerzieller Bestandteile der Persönlichkeit mit Gewinnerzielungsabsicht beruht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Ausprägungen schützen immer auch vermögenswerte Interessen. Dies hat der Bundesgerichtshof zum ersten Mal 1959 in der

⁶⁸² *Lange*, VersR 1999, 274, 278.

⁶⁸³ BGHZ 128, 1, 4; *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 124; *Steffen*, NJW 1997, 10.

⁶⁸⁴ *Steffen*, NJW 1997, 10.

⁶⁸⁵ *Barton*, AfP 1995, 452, 456; *Kern*, AcP 191 (1991), 247.

⁶⁸⁶ *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 124; *Müller*, VersR 2000, 796, 806.

*Paul-Dahlke-Entscheidung*⁶⁸⁷ entschieden. In dem damaligen Verfahren war über die Klage eines bekannten Schauspielers zu befinden, dessen Bildnis ohne seine Zustimmung zur Werbung für einen Motorroller verwendet worden war. In der Entscheidung wurde festgestellt, dass bei allen unerlaubten Eingriffen in vermögenswerte Ausschließungsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt erstattet werden, der Schaden anhand des Entgeltes zu bestimmen sei, das im Fall eines Vertragsschlusses unter den üblichen Bedingungen zu zahlen gewesen wäre.⁶⁸⁸ Der Bundesgerichtshof erkannte das beim Kläger verletzte Recht am eigenen Bild als derartiges vermögenswertes Ausschließungsrecht an, weil Personen wie der Kläger die Erlaubnis zur werbemäßigen Verwendung des Bildnisses üblicherweise nur gegen eine Vergütung erteilen.⁶⁸⁹ Der Bundesgerichtshof hat mit der *Paul-Dahlke-Entscheidung* vermieden, bestimmte Persönlichkeitsmerkmale, wie etwa Bild oder Name, als vermögenswerte Persönlichkeitsrechte zu qualifizieren. Das Kriterium für die Schutzwürdigkeit des betroffenen Persönlichkeitsrechts war die Üblichkeit eines Entgeltes. Damit benannte der Bundesgerichtshof ein allgemeines Kriterium für die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsverletzungen, das auf die Art des Eingriffs und nicht auf das betroffene Persönlichkeitsrecht abstellt. In der *Marlene Dietrich-Entscheidung*⁶⁹⁰ und der *Blaue Engel-Entscheidung*⁶⁹¹ hat er vermögenswerte Persönlichkeitsrechte qualifiziert. Danach können der Abbildung, dem Namen, sowie sonstigen Merkmalen der Persönlichkeit wie etwa der Stimme, ein beträchtlicher wirtschaftlicher Wert zukommen, der im Allgemeinen auf der Bekanntheit und dem Ansehen der Person in der Öffentlichkeit – meist durch besondere Leistungen etwa auf sportlichem oder künstlerischem Gebiet erworben – beruht. Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass durch eine unerlaubte Verwertung ihrer Persönlichkeitsmerkmale etwa für Werbezwecke daher häufiger weniger ideelle als kommerzielle Interessen der Betroffenen beeinträchtigt werden, weil diese sich weniger in ihrer Ehre und ihrem Ansehen verletzt fühlen, als vielmehr finanziell benachteiligt sehen.⁶⁹² Der Bundesgerichtshof hat betont, dass die kommerziellen Interessen an der Persönlichkeit von jeher in den durch die Persönlichkeitsrechte

⁶⁸⁷ BGHZ 20, 345, 350 f.-Paul-Dahlke-Entscheidung.

⁶⁸⁸ BGHZ 20, 345, 350 f.-Paul-Dahlke-Entscheidung.

⁶⁸⁹ BGHZ 20, 345, 350 f.-Paul-Dahlke-Entscheidung.

⁶⁹⁰ BGH, NJW 2000, 2195-Marlene-Dietrich-Entscheidung.

⁶⁹¹ BGH, NJW 2000, 2201-Blaue-Engel-Entscheidung.

⁶⁹² *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 266; *Schlechtriem* in: Festschrift für Hefermehl, S. 445, 465.

gewährleisteten Schutz einbezogen werden müssten: Die Persönlichkeitsrechte sollen danach die allein dem Berechtigten zustehende freie Entscheidung darüber schützen, ob und unter welchen Voraussetzungen sein Bildnis oder sein Name - Entsprechendes gilt für andere kennzeichnende Persönlichkeitsmerkmale - den Geschäftsinteressen Dritter dienstbar gemacht wird.⁶⁹³ Im Hinblick auf die wirtschaftlichen Interessen an der Persönlichkeit hat der Bundesgerichtshof damit anerkannt, dass das Persönlichkeitsrecht auch vermögenswerte Bestandteile schützt.⁶⁹⁴ Dementsprechend hat er das Recht am eigenen Bild als ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht bezeichnet und generell bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Ersatzansprüche für möglich erachtet.⁶⁹⁵

Bei Beeinträchtigungen materieller Vermögensinteressen wird von der Rechtsprechung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schadensersatz allerdings gemäß § 823 Abs. 1 BGB in der Regel nur selten zugesprochen, da eine Trennung zwischen vermögenswerten und nicht vermögenswerten Interessen oft unterbleibt und der materielle Schaden durch den Ersatz für die Verletzung immaterieller Verletzungen mit abgegolten wird. Dadurch entsteht aber das Problem, dass der Geldentschädigungsanspruch infolge der schwammigen Einbeziehung materieller Nachteile häufig zu hoch, der materielle Schadensersatz dagegen zu gering ausfällt.⁶⁹⁶

Aufgrund dieser unbilligen Ergebnisse muss, sobald neben der Verletzung immaterieller Interessen des Geschädigten ein vermögensrechtlicher Nachteil entstanden ist, dieser über einen eigenständigen Schadensersatzanspruch ausgeglichen werden. Dieser sollte frei von den den Entschädigungsanspruch bestimmenden Kriterien der Genugtuung und Prävention sein. Denn ein Schadensersatzanspruch muss sich nach festen, nachvollziehbaren und damit auch überprüfbaren Maßstäben richten.⁶⁹⁷ Die Möglichkeit eines Nebeneinanders der Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens (Entschädigungsanspruch) und auf Ersatz des Vermögensschadens hat der Bundesgerichtshof bereits 1959 in der *Paul-Dahlke-Entscheidung* anerkannt.⁶⁹⁸

⁶⁹³ BGHZ 20, 345, 350 f.-Paul-Dahlke-Entscheidung; BGHZ 81, 75, 80-Carrera-Entscheidung.

⁶⁹⁴ BGHZ 50, 133, 137-Mephisto-Entscheidung.

⁶⁹⁵ BGHZ 20, 345, 353, 355-Paul-Dahlke-Entscheidung; BGHZ 30, 7, 16-Caterina-Valente-Entscheidung; BGH, GRUR 1961, 138, 140-Familie-Schölermann-Entscheidung; BGH, GRUR 1979, 732, 734-Fußballtor-Entscheidung.

⁶⁹⁶ Vgl. bspw. BGHZ 26, 349, 352-Herrenreiter-Entscheidung.

⁶⁹⁷ *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 61; *Wandtke*, GRUR, 2000, 942, 943.

⁶⁹⁸ BGHZ 20, 345, 353, 355-Paul-Dahlke-Entscheidung.

Teilweise hat der Bundesgerichtshof sich in der Vergangenheit auch an diese Grundsätze gehalten und dem Geschädigten bei schuldhafter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unerlaubte Verwertung eines Bildes, Namens, der Stimme oder anderer kennzeichnender Persönlichkeitsmerkmale für kommerzielle Zwecke einen Schadensersatzanspruch zugestanden, ohne die Einschränkung, dass es sich um eine schwere Persönlichkeitsverletzung handeln muss.⁶⁹⁹ Die Schadensbemessung in solchen Fällen, erfolgt dabei laut der Rechtsprechung mittlerweile aufgrund der Unzulänglichkeiten der *Differenztheorie* nach der sog. *dreifachen Schadensberechnung*. Die Methode der *dreifachen Schadensberechnung* ist bei Patent-Gebrauchsmuster- und Urheberrechten schon lange eine anerkannte Methode zur Schadensberechnung.⁷⁰⁰ Die dreifache Schadensberechnung im Rahmen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist aber aufgrund der hohen Verletzlichkeit der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Rechte sowie der sich daraus ergebenden erhöhten Schutzbedürftigkeit durch die Rechtsprechung anerkannt worden.⁷⁰¹ Der Inhaber eines ausschließlichen Immaterialgüterrechts ist nämlich nicht wie der Sacheigentümer in der Lage, seine Rechtsgüter zu schützen. Außerdem sind erfolgte Rechtsverletzungen schwer festzustellen. Sie lassen sich ferner schwer nachweisen.⁷⁰² Aus Billigkeitsgründen soll der Schädiger durch den Eingriff in solche vermögenswerten Ausschließungsrechte nicht besser gestellt werden, als er bei einer ordnungsgemäß erteilten Erlaubnis gestanden hätte.⁷⁰³ *Fezer* bezeichnet die Methode der *dreifachen Schadensberechnung* demzufolge treffend als „schadensrechtliche Folge des Schutzzweckes der Immaterialgüterrechte“, was entsprechend für vermögenswerte Persönlichkeitsrechte gelten muss.⁷⁰⁴ Letztlich ist die Anwendung der *dreifachen Schadensberechnung* damit auf die Schutzwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurückzuführen. Die *dreifache Schadensberechnung* gibt dem Geschädigten die Wahl zwischen drei Berechnungsmethoden.⁷⁰⁵

⁶⁹⁹ BGH, NJW 2000, 2195-Marlene-Dietrich-Enzscheidung; BGH, NJW 2000, 2201-Blaue-Engel-Entscheidung.

⁷⁰⁰ RGZ 35, 63; RGZ 43, 56, RGZ 46, 14.

⁷⁰¹ BGH, JR 1969, 81, 90.

⁷⁰² *Beuter*, die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 95.

⁷⁰³ BGHZ 57, 116, 119-Wandsteckdose-Entscheidung-II; BGH, NJW 1986, 2037, 2039.

⁷⁰⁴ *Fezer*, WRP 1993, 565, 566.

⁷⁰⁵ *Fezer*, Markenrecht, § 14.

I. Differenztheorie

Zunächst kann der Geschädigte nach der *Differenztheorie* Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens verlangen.

Nach der schadensrechtlichen Grundsatznorm des § 249 BGB hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das Schadensereignis nicht eingetreten wäre. Diese Wiederherstellung in Natur ist bei Persönlichkeitsverletzungen aber nur eingeschränkt durch einen Widerruf oder eine Gegendarstellung möglich, die es aber nicht vermögen, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.⁷⁰⁶

§ 251 BGB ordnet im Falle der Unmöglichkeit der Naturalrestitution eine Schadenskompensation in Form einer Geldentschädigung an. Für ihre Berechnung gilt der Grundsatz des § 249 BGB fort. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der tatsächlich geschaffenen Güterlage und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage.⁷⁰⁷ Gemäß § 252 BGB ist danach auch der entgangene Gewinn ersatzfähig. Ferner ist gemäß § 252 S. 2 BGB auch der nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Gewinn ersatzfähig.⁷⁰⁸

Dennoch stellt sich die Frage, ob die Differenzhypothese in Bezug auf Persönlichkeitsverletzungen zu befriedigenden Ergebnissen gelangen kann. Das Persönlichkeitsrecht stellt ein unkörperliches Recht dar, das keine Substanzbeeinträchtigung erleiden kann. Deshalb fokussiert sich die Frage nach einem Differenzschaden bei Persönlichkeitsverletzungen auf diejenige nach dem entgangenen Gewinn.⁷⁰⁹ Den konkreten entgangenen Gewinn zu ermitteln, bereitet in der Praxis Schwierigkeiten. Auch die Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB zugunsten des Geschädigten beseitigt nicht die Schwierigkeiten des Nachweises, Art und Ausmaß einer eigenen Nutzung und die hypothetische Gewinnentwicklung darzulegen und zu beweisen.⁷¹⁰

Voraussetzung für einen entgangenen Gewinn wäre, dass ohne die Verletzung eine entsprechende Nutzung und Verwertung durch den Rechtsinhaber erfolgt wäre und jenem einen eigenen Gewinn oder entsprechend höhere Lizenzeinnahmen eingebracht hätte. Wollte

⁷⁰⁶ Hartl, S. 41.

⁷⁰⁷ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, Vorb. § 249, Rn. 8.

⁷⁰⁸ Heinrichs in: Palandt, BGB Kommentar, § 252, Rn. 6.

⁷⁰⁹ Beuter, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 86; Hartl, S. 67 f.

⁷¹⁰ BGH, GRUR 375, 377-Wandsteckdose-Entscheidung-II; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 688; Schricker/Dietz, Urheberrecht, § 97, Rn. 59.

aber der Geschädigte sein möglicherweise nur latent vermögenswertes Persönlichkeitsmerkmal nicht kommerziell verwerten und wurde dies dennoch durch den Schädiger unbefugterweise beeinträchtigt, ergibt der Vergleich des Vermögens vor und nach der Schädigung nach der Differenzhypothese keinen Vermögensschaden, da weder das aktive Vermögen des Beeinträchtigten vermindert wurde, noch ist ihm, da er seinen Persönlichkeitsbestandteil ohnehin nicht verwerten wollte, ein Gewinn entgangen. Dies ist ein höchst unbilliges Ergebnis, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass objektiv ein vermögenswertes Recht verletzt wurde und dementsprechend der Schädiger durch den Eingriff häufig hohe Gewinne erzielt.⁷¹¹ Wenn man annimmt, dass der Geschädigte mit einer Verwertung einverstanden gewesen wäre, ist ein Schaden nach der Differenzhypothese nur dann gegeben, wenn der Geschädigte eine konkrete Verwertungsmöglichkeit nachweisen kann, die ihm durch den unbefugten Eingriff entgangen ist. Ferner versagt die Differenzhypothese auch dann, wenn der Eingriff im Ergebnis vermehrte Einnahmen des Geschädigten zur Folge hat, etwa weil der Geschädigte durch den Eingriff Berühmtheit erlangte. In diesen Fällen scheidet ein Differenzschaden aus.⁷¹²

II. Angemessene Lizenzgebühr

Wegen der schweren Nachweisbarkeit eines konkreten Schadens wird den Geschädigten zugebilligt, den Schaden in abstrakter Form unter dem Gesichtspunkt zu berechnen, dass normalerweise eine Lizenz erteilt worden wäre.⁷¹³ Der Geschädigte kann deshalb für die Benutzung des fremden Rechts eine angemessene Lizenzgebühr verlangen. Die angemessene Lizenzgebühr berechnet sich objektiv danach, was ein vernünftiger Lizenznehmer bei vertraglicher Einräumung verlangt hätte und ein vernünftiger Lizenzgeber gewährt hätte, wenn beide die im Zeitpunkt der Entscheidung gegebene Sachlage gekannt hätten.⁷¹⁴ Irrelevant ist demgegenüber, ob ein Lizenzvertrag zwischen den Parteien im Falle eines rechtmäßigen Verhaltens des Lizenznehmers zu Stande gekommen wäre. Für die Höhe der Lizenzgebühr ist der objektive sachliche Wert der Benutzung des fremden Rechts zugrunde

⁷¹¹ *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 86; *Hartl*, S. 67 f.; *Fezer*, WRP 1993, 565.

⁷¹² *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 87; *Hartl*, S. 67 f.

⁷¹³ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 283.

Sprau in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 124.

⁷¹⁴ BGH, GRUR 1990, 1008, 1009; BGH, GRUR 1991, 914, 916.

zu legen, da der Geschädigte nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden darf als der rechtmäßige Lizenznehmer.⁷¹⁵

Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, unter welchen Voraussetzungen der Geschädigte eine angemessene Lizenzgebühr beanspruchen kann.

1. Bundesgerichtshof

Vom Bundesgerichtshof wird die Einschränkung gemacht, dass der Geschädigte eine angemessene Lizenzgebühr nur beanspruchen könne, wenn er der Verwertung seiner vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsbestandteile grundsätzlich zustimmen würde.⁷¹⁶ Um diesen Aspekt zu verstehen, muss die Entwicklung der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsverletzungen näher betrachtet werden. Beginn der Entwicklung in der Rechtsprechung, die dreifache Schadensberechnung bei Persönlichkeitsverletzungen anzuwenden, war die *Paul-Dahlke-Entscheidung* des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1959.⁷¹⁷ Der Beklagte des Verfahrens, ein Pressefotograf, suchte den Kläger, einen bekannten Theater- und Filmschauspieler auf, um von ihm einige fotografische Aufnahmen zum Zwecke der Veröffentlichung zu machen. Der Kläger war hiermit und auch mit dem Vorschlag des Beklagten, ihn auf dessen Motorroller aufzunehmen, einverstanden. Der Beklagte überließ eine Aufnahme, die den Kläger auf dem Motorroller sitzend darstellt, der beklagten Gesellschaft, der Herstellerfirma seines Motorrollers, gegen eine Vergütung zur reklamemäßigen Verwendung, die mit dem Kläger nicht abgesprochen worden war. Die Gesellschaft ließ die Bilder zu einer Reklameseite zusammenstellen, auf der jedes Bild mit einer auf ihr Fabrikat hinweisenden Einzelunterschrift versehen war. Auf Verlangen des Klägers erklärte sich die beklagte Gesellschaft bereit, von einer weiteren Veröffentlichung der fraglichen Aufnahme abzusehen. Sie lehnte aber die vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzansprüche ab. Der Kläger verklagte hierauf die beiden Beklagten auf Schadensersatz.

Der Bundesgerichtshof hatte dem Kläger einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zugesprochen, obwohl er keine Zustimmung zu der Verwertung seines Bildnisses im Rahmen einer Werbung gegeben hatte.

⁷¹⁵ BGH, GRUR 1962, 509, 513-Dia-Rähmchen II-Entscheidung.

⁷¹⁶ BGHZ 26, 349, 350 f.-Herrenreiter-Entscheidung.

⁷¹⁷ BGHZ 20, 345, 350 f.-Paul-Dahlke-Entscheidung.

In der kurz nach der *Paul-Dahlke-Entscheidung* ergangenen *Herrenreiter-Entscheidung*⁷¹⁸ begrenzte der Bundesgerichtshof jedoch bereits die Voraussetzungen unter denen die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr im Falle der Verletzung eines vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsbestandteiles erfolgen sollte. Der Kläger des Verfahrens betätigte sich als Herrenreiter auf Turnieren. Die Beklagte war Herstellerin eines pharmazeutischen Präparats, das nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise auch der Hebung der sexuellen Potenz dient. Sie hatte zur Werbung für dieses Mittel in der Bundesrepublik ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Dem Plakat lag ein Originalphoto des Klägers zugrunde, das von einem Presseverlag auf einem Reitturnier aufgenommen worden war. Eine Einwilligung zur Verwendung seines Bildes hatte der Kläger nicht erteilt. Der Bundesgerichtshof verneinte in diesem Fall einen Anspruch des Klägers auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr. Eine solche Zahlung könne nämlich dann nicht in Betracht kommen, wenn feststehe, dass der Abgebildete die Verwendung seines Bildes zu Werbezwecken aus besonderen Gründen niemals gestattet hätte.⁷¹⁹ Dann stehe die Beeinträchtigung vermögensrechtlicher Belange überhaupt nicht in Frage. Die Schadensberechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr sei nur dann anwendbar, wenn davon ausgegangen werden könne, dass ein irgendwie gearteter Vermögensschaden zugefügt worden sei und nur der häufig schwierige Nachweis der Schadenshöhe erleichtert werden solle.⁷²⁰ Daraus ergebe sich, dass das Gericht einen materiellen Schadensersatzanspruch überhaupt nur dann in Betracht ziehen könne, wenn der Rechtsinhaber bei Zahlung einer Gebühr in die betreffende Verwertung seines Persönlichkeitsrechts eingewilligt, mithin einen Lizenzvertrag geschlossen hätte. Spräche man dem Opfer, das die Vermarktung seiner vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsbestandteile grundsätzlich verneint habe, einen Schadensersatz für die Verletzung seiner materiellen Interessen zu, kränke man das Opfer erneut, indem man eine Einwilligung in die Vermarktung letztlich unterstelle. Ähnlich argumentierte der Bundesgerichtshof in der *Catarina Valente-Entscheidung*.⁷²¹ Dort wurde festgestellt, dass die Klägerin den Einsatz ihres Namens in der Werbung für Präparate zum Reinigen und Befestigen von Zahnprothesen nicht in Erwägung gezogen habe. Deshalb schied für den Bundesgerichtshof auch hier die Berechnung des Schadensersatzes nach der

⁷¹⁸ BGHZ 26, 349, 350 f.-Herrenreiter-Entscheidung.

⁷¹⁹ BGHZ 26, 349, 350 f.-Herrenreiter-Entscheidung.

⁷²⁰ BGHZ 26, 349, 353-Herrenreiter-Entscheidung.

⁷²¹ BGHZ 30, 7 ff.-Catarina-Valente-Entscheidung.

Lizenzanalogie aus. Verbleibt man bei dem durch die *Paul-Dahlke-Entscheidung* geprägten Begriff des vermögenswerten Ausschließungsrecht, so folgt aus der *Herrenreiter Rechtsprechung*, dass der Vermögensvorteil im Rahmen von Schadensersatzansprüchen davon abhängig ist, ob die kommerzielle Verwertung der Persönlichkeit von dem Berechtigten grundsätzlich erwogen oder ausgeschlossen worden ist. Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bis heute nicht aufgegeben.

Festzuhalten bleibt aber zunächst, dass der Bundesgerichtshof bei Verletzung vermögenswerter Interessen durch eine Persönlichkeitsverletzung Schadensersatz in Form einer angemessenen Lizenzgebühr grundsätzlich bejaht.

2. Oberlandesgericht München

In Bezug auf diese Einschränkung der Gewährung von Schadensersatzes wegen Nutzung kommerzieller Bestandteile der Persönlichkeit mit Gewinnerzielungsabsicht durch den Bundesgerichtshof, hat 1995 lediglich das Oberlandesgericht München in zwei Fällen eine konträre Meinung vertreten.⁷²²

Anlässlich der Taufe der Tochter der bekannten Geigerin Anne-Sophie Mutter fand öffentlich ein Gottesdienst statt. Ein freischaffender Journalist und Betreiber einer Fotoagentur hatte Fotoaufnahmen von der Taufe gemacht und diese teilweise in Zeitungen und Zeitschriften veröffentlichen lassen. Die Tochter von Anne-Sophie Mutter, vertreten durch ihre Mutter, klagte daraufhin gegen den Journalisten unter anderem auf Auskunftserteilung darüber, welche Erlöse er aus der Überlassung und der Veröffentlichung der Fotos erhalten habe. Das Oberlandesgericht München stellte fest, dass der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebe, da in der Veröffentlichung und der Überlassung der Fotos eine schuldhaft und rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Tochter von Anne-Sophie Mutter liege. Das Gericht führte weiter aus, dass der Klägerin wegen der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Möglichkeit eröffnet sei, eine angemessene Lizenzgebühr zu verlangen. Dabei spiele es keine Rolle, ob die Klägerin ihr Bild selbst vermarktet hätte, da sich diese Frage bei der

⁷²² OLG München, NJW-RR 1996, 93 ff; OLG München, WRP 1995, 744-Telefonsex-Entscheidung.

beabsichtigten Schadensberechnung im Gegensatz zu einem Ausgleichsanspruch nach Bereicherungsgrundsätzen nicht stelle.⁷²³

In einem weiteren vom Oberlandesgericht München zu entscheidenden Fall hat dieses dem Opfer eines in einer Illustrierten veröffentlichten Nacktfotos, das zudem in den Kontext eines Berichts über Telefonsex gestellt war, einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung des Rechts an ihrem Bild in Höhe von 4000,- DM zuerkannt.⁷²⁴ Nach Auffassung des Gerichts handelte es sich bei dem Bild des Opfers, einer Schauspielerin, um ein kommerzialisierbares Gut, dessen wirtschaftlicher Wert nicht davon abhinge, ob das Opfer zu einer Kommerzialisierung bereit gewesen sei.⁷²⁵ Aus diesem Grunde bestehe ihr Schaden darin, dass sie an der Verwertung dieses Gutes nicht beteiligt worden sei.⁷²⁶ Mit dieser Entscheidung hat sich das Oberlandesgericht München ganz klar gegen die Ansicht des Bundesgerichtshofes ausgesprochen. Das OLG München vertritt die Ansicht, dass die persönliche Einstellung der Geschädigten zur kommerziellen Verwertung ihrer Bilder für die Frage nach dem Bestehen eines Anspruches auf Herausgabe des Gewinnes des Schädigers bei Verletzung vermögenswerter Interessen irrelevant sei. Eine Zustimmung zur Vermarktung müsse entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofes nicht nachgewiesen werden.

3. Stellungnahme zur einschränkenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der Gegenauffassung des Oberlandesgerichtes München

Zusammenfassend ergibt sich aus der nach der *Paul-Dahlke-Entscheidung* entwickelnden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass eine angemessene Lizenzgebühr als Schadensersatz für die Verletzung materieller Interessen nur anerkannt wird, wenn ein materieller Schaden nachgewiesen werden kann und dass es an einem solchen Vermögensschaden immer dann fehlen soll, wenn der Berechtigte die Zustimmung zum Gebrauch des in Fragestehenden Persönlichkeitsrechtsbestandteils auch gegen Geld unter keinen Umständen gestattet hätte oder die Erteilung einer solchen Zustimmung als schlechthin ausgeschlossen sein musste.

Gegen dieses subjektive Erfordernis des Einverständnisses sprechen gewichtige Argumente.

⁷²³ OLG München, NJW-RR 1996, 93, 95.

⁷²⁴ OLG München, WRP 1995, 744-Telefonsex-Entscheidung.

⁷²⁵ OLG München, WRP 1995, 744, 747-Telefonsex-Entscheidung.

⁷²⁶ OLG München, WRP 1995, 744, 747-Telefonsex-Entscheidung.

Zunächst spricht die Schutzwürdigkeit des Geschädigten gegen das Erfordernis eines Einverständnisses des Geschädigten zur Vermarktung seiner Persönlichkeitsbestandteile. Derjenige, der eine grundsätzliche Abneigung gegen die Vermarktung seiner Persönlichkeitsbestandteile hegt, wird von einer Verwertung seiner Persönlichkeitsbestandteile im Gegensatz zu demjenigen, der einer Vermarktung grundsätzlich positiv gegenüber steht, in doppelter Weise beeinträchtigt. Denn während derjenige, der einer Vermarktung seiner Persönlichkeitsbestandteile positiv gegenüber steht, lediglich einen wirtschaftlichen Schaden davon trägt, wird der andere zusätzlich ideell belastet. Es ist aber kein Grund dafür ersichtlich, warum der in doppelter Weise Geschädigte nur die den erschwerten Anspruchsvoraussetzungen unterliegende ideelle Beeinträchtigung geltend machen soll und nicht auch die vermögensrechtliche. Der Gedanke der Rechtsprechung,⁷²⁷ das Opfer insofern schützen zu müssen, als dem Geschädigten ansonsten ein Verhalten unterstellt werden müsste, das er erneut als kränkend und als neue Persönlichkeitsminderung empfinden müsste, kann nicht überzeugen. Denn man sollte meinen, dass der Geschädigte regelmäßig in der Lage sein wird, selbst zu entscheiden, ob er kommerzialisierbare Vermögensbestandteile als materiellen Schaden geltend machen möchte oder nicht.⁷²⁸ Es wäre demnach unbillig, denjenigen von vermögensrechtlichen Ansprüchen freizuhalten, der den Vermögenswert durch rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in moralisch verwerflicher Weise ausnutzt, nur damit der Geschädigte nicht in den Verdacht gerät, eventuell selbst das Rechtsgut auch unmoralisch verwertet zu haben, wenn er die Möglichkeit dazu gehabt hätte.

Ein zweiter Gesichtspunkt der gegen das Erfordernis des grundsätzlichen Einverständnisses des Geschädigten in seine Vermarktung seiner Persönlichkeitsrechte spricht, ist, dass die Moralvorstellung der Geschädigten beziehungsweise die allgemeine Moral maßgeblich dafür sein soll, ob die dreifache Schadensberechnung Anwendung findet oder nicht. Damit wird der Vermögensschaden, der ja gerade im Gegensatz zu den immateriellen Beeinträchtigungen objektiven Kriterien unterliegen sollte, von der subjektiven und vor allem sich immer wieder ändernden Moralvorstellung der Geschädigten bzw. der Allgemeinheit abhängig gemacht. Moralvorstellungen bilden das Spiegelbild einer Gesellschaft. Da die heutige Gesellschaft sich dadurch kennzeichnet, dass sie extrem schnelllebig ist und sich gerade auch in Bereichen,

⁷²⁷ So der BGH in BGHZ 26, 349, 353-Herrenreiter-Entscheidung.

⁷²⁸ *Beuter*, die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 75; so auch *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, S. 229.

die mit der Vermarktung von Persönlichkeitsbestandteilen zusammenhängen, sehr schnell verändert, ist das Kriterium einer festen Moralvorstellung kaum ein greifbarer Bezugspunkt. War früher eine Werbung mit nackten Menschen undenkbar, lassen sich Prominente heute häufig gegen Entgelt für Werbemaßnahmen ablichten. Der Schutz gegen eine unbefugte Verwertung der eigenen Persönlichkeitsbestandteile durch Dritte muss demnach jedermann zustehen, unabhängig davon, ob der Geschädigte einer Vermarktung grundsätzlich zugestimmt hätte oder eben nicht.

Als Ergebnis kann mithin festgehalten werden, dass bei rechtswidriger und schuldhafter Verletzung vermögenswerter Persönlichkeitsbestandteile dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB zustehen muss. Zur Bemessung der Schadenshöhe kann die Methode der dreifachen Schadensberechnung herangezogen werden, und zwar entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unabhängig davon, ob der Geschädigte einer Verwertung letztlich zugestimmt hätte.

III. Herausgabe des vom Schädiger erzielten Gewinns

Neben der Möglichkeit den Schaden nach der Differenztheorie zu ermitteln oder die angemessene Lizenzgebühr herauszuverlangen, haben Literatur und Rechtsprechung noch eine dritte Möglichkeit im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung entwickelt. Danach hat der Geschädigte die Möglichkeit den vom Schädiger erzielten Gewinn heraus zu verlangen.⁷²⁹ Fraglich ist, wie der durch den Schädiger erzielte Gewinn zu berechnen ist.

Früher legte die Rechtsprechung bei Berechnung des durch den Schädiger erzielten Gewinnes das sog. *Vollkostenprinzip* zugrunde.⁷³⁰ Als herauszugebenden Schadensersatz hatte die Rechtsprechung denjenigen Teil des erzielten Gewinns angesehen, der auf die Benutzung des verletzten „Patents“ zurückzuführen war. Der Gewinn musste hiernach in einer solchen Beziehung zu der Immaterialgüterverletzung stehen, dass er eben deshalb billigerweise dem Immaterialgutsinhaber zugewiesen werden konnte. Die Rechtsprechung hatte sich insoweit auf Kausalitätsbetrachtungen gestützt, als sie den Gewinn des Schädigers als Ergebnis des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren verstanden hat. Der Gewinn wurde deshalb nur zum Teil der unrechtmäßigen Nutzung des fremden Immaterialgutes zugeschrieben: Der

⁷²⁹ BGH, GRUR 1962, 401, 402; *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 124; v. *Gerlach*, VersR 2002, 917, 920.

⁷³⁰ BGH, GRUR 1962, 509, 511-Dia-Rähmchen-Entscheidung II.

Geschädigte erhielt einen der Bedeutung dieses Gutes im Gesamtkomplex der Gewinn erzeugenden Faktoren entsprechenden Gewinnanteil. Unter Gewinn war dabei nur der Überschuss der Einnahmen über die für die Erzielung der Erlöse ursächlichen Kosten zu verstehen. Der Gewinn musste gerade aus den Handlungen erwachsen sein, durch die das Patent verletzt worden war. Ferner wurde der Wert anderer Patente abgezogen, die ebenfalls benutzt wurden. Demnach wurden produktionsabhängige Kosten, wie zum Beispiel Materialkosten, und Löhne, Vertriebskosten, und Verwaltungskosten, die der Schädiger aufgewendet hatte abgezogen.⁷³¹

Die herrschende Lehre schloss sich überwiegend der Berechnungsmethode der Rechtsprechung an⁷³² oder billigte dem Schädiger einen pauschalen Abzug zu den variablen Kosten für die Handlungskosten zu.⁷³³ Lediglich eine Minderheit im Schrifttum kritisierte demgegenüber die *Vollkostentheorie* des Bundesgerichtshofes. Laut *Lehmann*⁷³⁴ sind lediglich die variablen Kosten abzugsfähig. Seiner Argumentation liegt der Grundgedanke zugrunde, dass dem Schädiger jeder ökonomische Vorteil entzogen werden müsse, den er aufgrund der Persönlichkeitsrechtsverletzung erzielt habe.⁷³⁵ Die Vollkostentheorie stelle den Geschädigten besser, als wenn er die Persönlichkeitsverletzung nicht begangen habe, da der Abzug der Fixkosten ohnehin angefallen wäre. Auf diese Weise werde es ihm nämlich ermöglicht, einen wesentlichen Teil seines Betriebsrisikos auf den Geschädigten abzuwälzen, indem Kosten auf den Geschädigten verlagert werden, die der Schädiger auch unabhängig von der Persönlichkeitsverletzung zu tragen gehabt habe.⁷³⁶ Abzugsfähig sind nach der Auffassung Lehmanns demnach nur die anrechenbaren Stückkosten.⁷³⁷ Die Fixkosten, wie zum Beispiel anteiliger Lohn, Mieten, Vertriebskosten und dergleichen seien bei Ermittlung des Gewinns nicht zu berücksichtigen.⁷³⁸

Im so genannten. *Gemeinkostenanteil-Urteil*⁷³⁹ wurde anders als vorher der Abzug von *Gemeinkosten*, (gemeint ist der zurechenbare Fixkostenanteils des konkreten Deckungsbeitrages jedes Verletzungsgegenstands), bei der Ermittlung des als Schadensersatz

⁷³¹ BGH, GRUR 1962, 509, 511-Dia-Rähmchen-Entscheidung II.

⁷³² *Preu*, GRUR 1979, 753, 757.

⁷³³ *Fromm/Nordemann*, § 97, Rn. 41.

⁷³⁴ *Lehmann*, BB 1988, 1680 f; *Lehmann*, GRUR Int. 2004, 762, 764.

⁷³⁵ *Lehmann*, BB 1988, 1680, 1683; *Lehmann*, GRUR Int. 2004, 762, 764.

⁷³⁶ *Lehmann*, BB 1988, 1680, 1683; *Lehmann*, GRUR Int. 2004, 762, 764.

⁷³⁷ *Beuter*, die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 123; *Hartl*, S. 74; *Lehmann*, BB 1988, 1680, 1683.

⁷³⁸ *Lehmann*, BB 1988, 1680, 1685; *Lehmann*, GRUR Int. 2004, 762, 764.

⁷³⁹ BGH, GRUR 2001, 329 ff.-Gemeinkostenanteil-Urteil.

herauszugebenden Gewinns verneint. Dies zeigt deutlich, dass der Bundesgerichtshof nunmehr den gesamten Gewinn des Schädigers ohne Abzug von zurechenbaren Fixkosten, also in voller Höhe, dem Schädiger prinzipiell entziehen will. So führt der Bundesgerichtshof aus: „Das Berufungsgericht hat bei dieser Beurteilung übersehen, dass der Gewinn des Schädigers in voller Höhe herauszugeben ist, ohne dass der Schädiger geltend machen könnte, der Geschädigte hätte den Gewinn, der durch die unbefugte Benutzung seines Schutzrechts erzielt worden ist, selbst nicht erreichen können... „

Das *Gemeinkostenanteil-Urteil* unterstützt die Argumentation *Lehmanns*. Die Zuerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz in der Form der Herausgabe des Gewinns beruht gerade auf dem Gedanken, dass der Schädiger so behandelt werden soll, als habe er bei der Nutzung des Schutzrechts als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Da die Entscheidung anerkannt hat, dass ein dem konkreten Produkt nicht zurechenbarer Gemeinkostenanteil vom Gewinn nicht „abgezogen“ werden darf, richtet sich die Gewinnherausgabe auf die Summe von nicht zurechenbarem *Gemeinkostenanteil* und Gewinn. Anders ausgedrückt: Der Gemeinkostenanteil muss herausgegeben werden. Die Argumentation ist konsequent, weil auch der *Gemeinkostenanteil* durch die Schutzrechtsverletzung verdient worden ist. Die *Gemeinkostenanteil-Entscheidung* weist zu Recht darauf hin, dass anderenfalls der Gewinn nicht vollständig abgeschöpft werde. Die Nichtanerkennung der Verlustersparnis widerspreche dem Sinn und Zweck des Schadensausgleichs, nämlich den Geschädigten so zu stellen, als hätte er ohne die Rechtsverletzung den gleichen Gewinn wie der Schädiger erzielt, wobei dies fingiert werde.⁷⁴⁰

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass auch bei der Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches bei Verletzung materieller Interessen die Rechtsprechung das geltende Recht letztlich aufgrund der Schutzwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugunsten des Geschädigten verändert hat. Zum einen hat sie die Möglichkeit der Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auch auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten übertragen und zum anderen hat sie zugunsten des Geschädigten innerhalb der Möglichkeit der Herausgabe des entgangenen Gewinns die *Vollkostentheorie* aufgegeben, so dass der Geschädigte nun auch den *Gemeinkostenanteil* verlangen kann.

⁷⁴⁰ *Meier-Beck*, GRUR 2005, 617, 623; *Tilmann*, GRUR 2003, 647, 649.

Schließlich kann durch das Zusammenspiel der verschiedenen Berechnungsmethoden eine Verstärkung der Präventionswirkung erreicht werden.⁷⁴¹ Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr könnte die Präventionswirkung letztlich allein nicht entfalten, da der potentielle Schädiger sich ausrechnen könnte, wie viel Gewinn er machen muss, um über die angemessene Lizenzgebühr hinaus noch einen ansehnlichen Gewinn zu erzielen, der ihm im Falle einer Verurteilung zur Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr letztlich verbleiben würde. Nur durch die Möglichkeit der Schadensberechnung nach dem erzielten Gewinn können solche Kalkulationen der potentiellen Schädiger letztlich verhindert werden. Aus dieser Gefahr, den erzielten Gewinn herausgeben zu müssen, werden die potentiellen Schädiger zum rechtmäßigen Verhalten angehalten. Mit der Einführung der dreifachen Schadensberechnung hat die Rechtsprechung ein Instrument geschaffen, das eine sehr gute generalpräventive Wirkung zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes entfalten kann.⁷⁴²

Beachtet werden muss bei der Anwendung der dreifachen Schadensberechnung allerdings, dass die einzelnen Berechnungsmethoden der dreifachen Schadensberechnung strikt auseinander zu halten sind und diese keinesfalls kumulativ geltend gemacht werden können, da es sich bei den Möglichkeiten der dreifachen Schadensberechnung jeweils nur um unterschiedliche Berechnungsarten eines Schadens handelt, so dass keine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB vorliegt.⁷⁴³

Seit der *Paul-Dahlke-Entscheidung* ist anerkanntes Recht, dass auch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten vermögensrechtliche Ersatzansprüche auslösen kann und diese neben immateriellen Schadensersatzpositionen stehen können. Liegt auch ein immaterieller Schadensersatzanspruch vor, ergibt sich die Schadenshöhe kumulativ. Zum Schaden aus der Verletzung materiell-rechtlicher Interessen muss dann noch die Höhe der Geldentschädigung für den immateriellen Schaden zugerechnet werden.⁷⁴⁴

Fraglich bleibt noch, wie die Rechtsprechung die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung bei Verletzung von Persönlichkeitsverletzungen rechtlich einordnet.

Die Tatsache, dass der Verletzte den Schaden bei Beeinträchtigung vermögenswerter Interessen entweder konkret oder nach der Lizenzanalogie berechnen kann oder den vom

⁷⁴¹ Schmidt-Salzer, JR 1969, 281, 289; Däubler, NJW 1986, 867; Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 115.

⁷⁴² Schmidt-Salzer, JR 1969, 281, 289; Däubler, NJW 1986, 867; Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 115 ff.

⁷⁴³ Schricker/Dietz, Urheberrecht, § 97, Rn. 58.

⁷⁴⁴ BGH 30, 7-Catarina-Valente-Entscheidung; Wandtke, GRUR, 2000, 942, 943.

Schädiger erzielten Gewinn herausverlangen kann, steht nur scheinbar im Widerspruch zur *Caroline von Monaco-Entscheidung*.⁷⁴⁵ Dem Fall lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Eine Zeitschrift hatte in Kenntnis der Weigerung von Caroline von Monaco, der Presse ein Interview zu geben, ein Interview über Probleme des Privatlebens und der seelischen Verfassung der Caroline von Monaco erfunden. Caroline von Monaco wurden Äußerungen über ihre höchstpersönlichen Verhältnisse in den Mund gelegt, die diese nicht getan hatte, und es wurde ins Blaue hinein über höchstpersönliche Entscheidungen der Caroline von Monaco berichtet, die diese in Wahrheit nicht getroffen hatte. Damit hatte die Zeitschrift zum Zwecke der Auflagensteigerung und ihres kommerziellen Vorteils die Privatsphäre von Caroline von Monaco der Neugier und Sensationslust von Hunderttausenden von Lesern ausgesetzt.

In diesem Fall hatte der Bundesgerichtshof einen Schadensersatz für die Beeinträchtigung von Vermögensinteressen abgelehnt. Eine Verurteilung zur Geldentschädigung sei nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bilde, dass die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden seien. Das hieße zwar nicht, dass in solchen Fällen rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen sei, wohl aber, dass die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen sei. Von der Höhe der Geldentschädigung müsse deshalb ein echter Hemmungseffekt auch für eine solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen.

Diese Entscheidung hat zum Teil zu dem Missverständnis geführt, dass der Bundesgerichtshof einen materiellen Schadensersatzanspruch bei Persönlichkeitsverletzungen letztlich grundsätzlich nicht mehr anerkennen würde.⁷⁴⁶ Der scheinbare Widerspruch dieser Entscheidung zu den zuvor ergangenen Entscheidungen lässt sich aber damit erklären, dass der Bundesgerichtshof im Falle eines erdichteten Exklusivinterviews keinen Eingriff in ein kennzeichnendes Persönlichkeitsmerkmal, in einen vermögenswerten Bestandteil des Persönlichkeitsrechts gesehen hat.⁷⁴⁷ Diese Entscheidung bestärkt letztlich lediglich die Einschränkung des materiellen Schadensersatzes durch den Bundesgerichtshof dahingehend, dass ein Schadensersatz ausscheidet, wenn die kommerzielle Verwertung der Persönlichkeit von dem Berechtigten nicht erwogen worden ist. An einer kommerziellen Verwertung eines

⁷⁴⁵ BGHZ 128, 1-Caroline von Monaco-Entscheidung-I.

⁷⁴⁶ *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, S. 60.

⁷⁴⁷ *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 125.

erfundenen belastenden Interviews hatte Caroline von Monaco zu keinem Zeitpunkt Interesse, so dass ein materieller Schadensersatzanspruch schon aus diesem Grund nicht in Betracht kommen konnte.

IV. Dogmatische Einordnung der dreifachen Schadensberechnung

Die Rechtsprechung versucht die Lizenzanalogie und den Gewinnherausgabeanspruch nach der dreifachen Schadensberechnung dogmatisch in das System des Schadensersatzrechts einzuordnen. So wird die Lizenzanalogie gelegentlich als Ausgleich für entgangenen Gewinn im Sinne des § 252 BGB gesehen. Die Lizenzgebühr ist danach der entgangene Gewinn, den der Geschädigte im Rahmen einer mit dem Schädiger getroffenen Lizenzvereinbarung erzielt hätte.⁷⁴⁸ Insbesondere wird für den Gewinnherausgabeanspruch nicht auf das Recht der angemessenen Eigengeschäftsführung verwiesen.⁷⁴⁹ Um Streitigkeiten über die rechtliche Einordnung der dreifachen Schadensberechnung entgegenzuwirken, berufen sich die Gerichte immer wieder auf deren gewohnheitsrechtliche Anerkennung.⁷⁵⁰ Demgegenüber wird im Schrifttum noch darum gestritten, wie die dreifache Schadensberechnung dogmatisch eingeordnet werden soll. Die herrschende Lehre folgt dabei der Einordnung durch die Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht.⁷⁵¹ Die Minderheit der Lehre ordnet insbesondere den Anspruch auf Herausgabe des Geschäftsgewinns dem Bereicherungsrecht in Form der Eingriffskondiktion zu.

Gegen eine solche Einordnung sprechen jedoch gewichtige Argumente, die der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zu der dogmatischen Einordnung der Ansprüche auf Herausgabe des Geschäftsgewinns und auf Herausgabe der Lizenzgebühr angeführt hat. So verweist der Bundesgerichtshof zutreffend darauf, dass über § 818 Abs. 2 BGB lediglich der objektive Wert des Gebrauchs des Schutzrechtes zu ersetzen ist. Dieser ist aber mit dem erzielten Gewinn des Konditionsschuldners nicht identisch.⁷⁵² Ferner beruht der vom Schädiger erzielte Gewinn nicht auf einer Vermögensverschiebung, so dass auch aus diesem Grunde eine Gewinnhaftung auf der Basis des Bereicherungsrechts abzulehnen ist.⁷⁵³ Gegen

⁷⁴⁸ BGHZ 57, 116; BGH, GRUR 1977, 539, 541.

⁷⁴⁹ BGHZ 44, 372, 375-Meßmer Tee-Entscheidung II; BGHZ 57, 116, 118-Wandsteckdose-Entscheidung.

⁷⁵⁰ BGHZ 29, 345, 353; BGH, GRUR 1962, 509, 52.

⁷⁵¹ *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG, Rn. 384; *Fezer*, WRP 1993, 565, 566.

⁷⁵² BGH, GRUR 1982, 301, 304-Kunststoffhohlprofil-Entscheidung II; BGHZ 81, 75, 81 f.-Carrera-Entscheidung.

⁷⁵³ *Delahaye*, GRUR 1985, 856, 858.

eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung spricht auch das Argument von *Gursky*, dass eine Gewinnhaftung den Zusammenhang von § 812 BGB und § 818 Abs. 1 S. 2 BGB übersieht.⁷⁵⁴ Das Bereicherungsrecht will nicht sämtliche Vermögensvorteile des Schuldners abschöpfen. Andernfalls wäre § 818 Abs. 1 BGB überflüssig.⁷⁵⁵ Gegen einen Gewinnherausgabeanspruch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen spricht ferner, dass der Vorteil aus dem Gebrauch, der Gewinn, nicht aus dem Vermögen des Geschädigten entstammt, sondern lediglich mit dessen Vermögen erzielt wurde.⁷⁵⁶ Weil lediglich das auf Kosten des Gläubigers Erlangte nach § 812 BGB herauszugeben ist, kann der Gewinnherausgabeanspruch nicht Folge eines Anspruchs aus Bereicherungsrecht sein.

Ein Gewinnherausgabeanspruch besteht daher der Rechtsprechung folgend nur im Falle einer schuldhaften Verletzung eines Immaterialgüterrechts. Die dreifache Schadensberechnung ist daher insgesamt dem Schadensersatzrecht zuzuordnen.

H. Einwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG auf die Grundsätze der Schadensbemessung bei vollständiger Zerstörung der Persönlichkeit

Besonders viel Diskussionsbedarf ergab sich lange Zeit bei der Frage, wie die Schadensbemessung im Falle der vollständigen Zerstörung der Persönlichkeit auszugestalten sei. Die vollständige Zerstörung der Persönlichkeit meint, dass die betroffene Person über die Aufrechterhaltung rein vegetativer Funktionen hinaus nichts mehr wahrnehmen und in irgendeiner Form intellektuell verarbeiten kann. Die Person ist im Fall einer vollständigen Zerstörung der Person nicht in der Lage, ihre körperlichen Schmerz- und andere Missempfindungen sowie seelische Leiden, wie das Empfinden der erlittenen Beeinträchtigung gegenüber anderen gesunden Menschen, zu realisieren.⁷⁵⁷ Bis 1993 hatte der Bundesgerichtshof dem Geschädigten in solchen Fällen nur einen Ersatzanspruch mittlerer Größenordnung aus dem Gesichtspunkt symbolischer Wiedergutmachung zugesprochen, weil die Ausgleichs-

⁷⁵⁴ *Gursky*, JR 1972, 279, 280.

⁷⁵⁵ *Gursky*, JR 1972, 279, 280.

⁷⁵⁶ *Delahaye*, GRUR 1985, 856, 858.

⁷⁵⁷ BGH, NJW 1976, 1147; BGH, NJW 1982, 2123.

und Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes weitgehend obsolet sei, wenn der Geschädigte subjektiv nicht unter der Beeinträchtigung leide und keine Genugtuung über das Schmerzensgeld empfinden könne.⁷⁵⁸ Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in neuerer Zeit mit der Erwägung aufgegeben, dass es mit der Schutzfunktion des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei, die Zerstörung der Persönlichkeit eines Menschen als Grundlage zu benutzen, um das Schmerzensgeld zu mindern.

I. Erste Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

In den ersten Entscheidungen der Rechtsprechung zu Fällen der vollständigen Zerstörung der Persönlichkeit argumentierte die Rechtsprechung, dass immer die Beeinträchtigung des Geschädigten auszugleichen sei, die in seinem körperlichen Leiden und in seinen seelischen Leiden liege. Die Zubilligung eines hohen Kapitalbetrages könne dazu nichts beitragen, wenn der Geschädigte gerade eine solche Beeinträchtigung nicht empfinde und wahrnehme. Könne er darüber hinaus mit einer hohen Entschädigung nichts Sinnvolles anfangen und könnten auch andere ihm damit seine Leiden letztlich nicht erleichtern, laufe die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes leer. Erst recht bestehe dann kein Sachgrund für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente, wenn der Geschädigte nicht dauernd und immer wieder fühlbar unter den Folgen seiner Verletzung leide.⁷⁵⁹ Anders wäre es, wenn nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung auch eine echte Ausgleichung gegenüber den Angehörigen oder gar den Erben in Betracht gezogen werden könnte. Dies treffe aber weder hinsichtlich der Ausgleichs- noch hinsichtlich der Genugtuungsfunktion zu. Vielmehr sei der Schmerzensgeldanspruch als höchstpersönliches Recht des Geschädigten ausgestaltet.⁷⁶⁰ Danach liege es nahe, die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schmerzensgeld zu gewähren sei, allein unter dem Gesichtspunkt der Genugtuungsfunktion zu prüfen. Da die Genugtuungsfunktion auch eine Bußfunktion beinhalte, könne in solchen Fällen ein Schmerzensgeldanspruch generell nicht versagt werden. Der *Sühnegerdanke* fordere es, dass die schwere Beeinträchtigung eines Menschseins nicht ohne eine wenigstens zeichenhafte Wiedergutmachung bleibe. Diese Wiedergutmachung könne hier allerdings nicht auf die konkret oder abstrakt für den Betroffenen fühlbare Korrektur einer empfundenen Verletzung bezogen sein, sondern nur in

⁷⁵⁸ BGH, NJW 1976, 1147; BGH, NJW 1982, 2123.

⁷⁵⁹ BGH, NJW 1976, 1147.

⁷⁶⁰ BGH, VersR 1953, 497.

symbolhafter Weise die Beeinträchtigung der in der Rechtsordnung bedingungslos geschützten Person sühnen.⁷⁶¹

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sei zu beachten, dass unter dem Gesichtspunkt *Genugtuung* solche Erwägungen zu unterbleiben haben, die sonst an das beim Geschädigten erzielbare subjektive Genugtuungsempfinden anknüpfen. Die Relation zwischen den Auswirkungen der Beeinträchtigung und der notwendig geldwerten Gegenleistung sei in besonderem Maße gelockert, weil das Schmerzensgeld in seiner Funktion noch weiter entmaterialisiert sei, als dies schon dem herkömmlichen Genugtuungsgedanken entspreche. Damit schon verbiete sich der Versuch, die Bemessungsfrage einfach dadurch zu lösen, dass man die Bewusstseinsstörung bzw. Aufhebung hinwegdenkt, die den Geschädigten hindert, die Beeinträchtigung wie auch den Ausgleichsversuch zu erkennen. Es verbiete sich auch die scheinbar nahe liegende Erwägung, es dürfe dem Schädiger nicht zugute kommen, dass er mit der gleichzeitigen Ausschaltung oder Zerstörung wichtigster psychischer Funktionen des Geschädigten sogar einen besonders gravierenden Schaden gesetzt habe. Dass jenseits des Bereiches des Ausgleichs von Schmerzen im weiteren Sinne keine verbindliche Relation zwischen der Schwere der Schädigung und der Höhe des Schadens bestehen müsse, ergebe sich schon daraus, dass der Gesetzgeber nicht nur die Zerstörung des Lebens als solche nicht mit einer zivilrechtlichen Sühne belege, sondern dass überdies die ganz herrschende Rechtsprechung dem Umstand, dass der Geschädigte die Verletzung nur wenig überlebt habe, selbst dann als Schmerzensgeld mindernd und nicht etwa als Grund für seine Erhöhung betrachte, wenn der Tod gerade durch das Unfallereignis verursacht worden sei.⁷⁶² Damit habe sich die Bemessung eines Schmerzensgeldes, das nicht nur keinen Ausgleich bewirke, sondern das nach den Umständen beim Geschädigten auch keine irgendwie geartete Empfindung der Genugtuung hervorrufen könne, wie bemerkt nach seiner *zeichenhaften Sühnefunktion* auszurichten. Dies bedeute auf der einen Seite, dass die Zahlung den Schädiger als fühlbares Opfer treffen solle. Zum anderen aber bestehe keine Notwendigkeit, den Schmerzensgeldbetrag an den Summen zu orientieren, zu denen sich die Rechtsprechung genötigt sehe, um bei vom Geschädigten bewusst erlittenen schwersten Dauerschäden einen wenigstens annähernden Ausgleich zu versuchen. Denn die eigentliche Ausgleichsfunktion habe außer Betracht zu bleiben.⁷⁶³

⁷⁶¹ BGH, NJW 1976, 1147; BGH, NJW 1982, 2123.

⁷⁶² BGH, NJW 1976, 1147.

⁷⁶³ BGH, NJW 1976, 1147; BGH, NJW 1982, 2123.

II. Kritik des Schrifttums an der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Überwiegend wurde die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom Schrifttum kritisiert, wobei die grundsätzliche Kritik sich bereits gegen die Berücksichtigung der Genugtuungsfunktion innerhalb des Schmerzensgeldes überhaupt richtete.⁷⁶⁴ Vor allem das subjektive Verständnis der Ausgleichsfunktion wurde kritisiert. Der Argumentation des Bundesgerichtshofes, dass ein Schmerzensgeld in den Fällen der vollständigen Zerstörung der Persönlichkeit lediglich als symbolhafte Wiedergutmachung gewährt werden könne, läge ein falsches Verständnis der Ausgleichsfunktion zugrunde. Das vermeintliche Versagen der Ausgleichsfunktion sei auf einen zu konkret verstandenen, zu einseitig am Gefühlsschaden orientierten Kompensationsbegriff zurückzuführen.⁷⁶⁵ Die auf *Windscheid*⁷⁶⁶ zurückgehende Kompensationsformel-*Ausgleich von Unlustgefühlen durch Verschaffen von Lustgefühlen*⁷⁶⁷-, sei falsch interpretiert worden. *Windscheid* habe lediglich die grundsätzliche Ersetzbarkeit von Nichtvermögensschäden bildlich vor Augen führen wollen.⁷⁶⁸ Immer wieder wurde die Objektivierung der Entschädigungsfaktoren bei der Feststellung des immateriellen Schadens gefordert.⁷⁶⁹ Teilweise wurde sogar die völlige Abschaffung des Gefühlsschadens und eine Neukonzeption des immateriellen Schadens „als Beeinträchtigung der äußeren Lebenslage des Geschädigten“ gefordert.⁷⁷⁰

III. Spätere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

Die immer wieder geäußerte Kritik an der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes blieb nicht ohne Resonanz. Insbesondere im Hinblick auf den hohen Wert des Grundrechts der Menschenwürde hat der Bundesgerichtshof in späteren Entscheidungen die Erwägungen, die den ersten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zugrunde lagen, verworfen. Mit Urteil vom 13.10.1992 führte der 6. Senat des Bundesgerichtshofes aus, dass seine bisherige Rechtsprechung, dass die vom Schädiger zu verantwortende weitgehende Zerstörung der Grundlagen für die Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit als Umstand anzusehen sei, der das Schmerzensgeld mindern müsse, als nicht auflösbarer Widerspruch in sich anzusehen

⁷⁶⁴ *Niemeyer*, NJW 1976, 1792.

⁷⁶⁵ *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, 119, 125.

⁷⁶⁶ *Windscheid*, Pandekten, 980 f.

⁷⁶⁷ *Windscheid*, Pandekten, 980 f.

⁷⁶⁸ *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, 119, 125.

⁷⁶⁹ *Henke*, Die Schmerzensgeldtabelle, S. 8 ff.; *Hupfer*, JZ 1977, 781, 784.

⁷⁷⁰ *Lorenz*, Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld, S. 56.

sei.⁷⁷¹ Fälle, in denen der Geschädigte durch den weitgehenden Verlust der Sinne in der Wurzel seiner Persönlichkeit getroffen worden sei, verlangten nach einer eigenständigen Bewertung dessen, was als Entschädigung für diesen immateriellen Verlust im Sinne von § 847 BGB a. F.⁷⁷² billig sei.

Eine Reduzierung des Schmerzensgeldes auf eine lediglich symbolhafte Entschädigung halte der Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr für gerechtfertigt. Sie werde der nahezu vollständigen Zerstörung der Persönlichkeit des Geschädigten nicht mehr gerecht. Beeinträchtigungen von solchem Ausmaß würden mit Blick auf die verfassungsrechtliche Wertentscheidung in Art. 1 GG eine stärkere Gewichtung verlangen und eine lediglich symbolhafte Bewertung verbieten. Unter diesem Blickwinkel sei weniger der für das zivilrechtliche Haftungs- und Schadensersatzrecht allgemein nichttragfähige Gedanke der Sühne von Bedeutung, der bei Fahrlässigkeitstaten ohnehin nur eine untergeordnete Rolle spielen könne. Den Aufhänger dieser geänderten Rechtsprechung bildete nicht mehr die immer schon subjektiv verstandene Genugtuungsfunktion, sondern die nun mehr objektiv verstandene Ausgleichsfunktion. Übereinstimmend mit dem Schrifttum, jedoch ohne entsprechende Bezugnahme, führt der Bundesgerichtshof aus, dass unabhängig von Schmerzempfindungen des Geschädigten ein immaterieller Schaden bereits in der objektiven Einbuße der Persönlichkeit, im Verlust an personaler Qualität zu sehen sei, unabhängig davon, ob der Geschädigte diesen Verlust empfinden könne.⁷⁷³ Das bedeute nicht, dass der immaterielle Schaden generell nur in der körperlichen Beeinträchtigung zu sehen sei. Eine wesentliche Ausprägung des immateriellen Schadens könne darin bestehen, dass der Geschädigte sich seiner Beeinträchtigung bewusst sei und deshalb in besonderem Maße unter ihr leide. Dementsprechend erschöpfe sich auch die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes nicht in der Förderung des psychischen Wohlbefindens zur Kompensation seelischen Leids oder sonstiger psychischer Missempfindungen. Über das bloße Zuteilwerden lassen von Annehmlichkeiten sei vielmehr der in der mehr oder weniger weitgehenden Zerstörung der Persönlichkeit bestehende Verlust, der für sich einen immateriellen Schaden darstelle, durch eine billige Entschädigung in Geld auszugleichen.

Der Bundesgerichtshof hat nunmehr erkannt, dass dem für das zivilrechtliche Haftungs- und Schadensersatzrecht allgemein nicht tragfähigen Gedanken der Sühne, der bei

⁷⁷¹ BGHZ 120, 1; BGH, NJW 1993, 1531.

⁷⁷² Entspricht § 253 Abs. 2 BGB.

⁷⁷³ BGH, NJW 1993, 1531, 1532.

Fahrlässigkeitstaten ohnehin nur eine untergeordnete Rolle spielen kann, weniger Bedeutung zukommt.⁷⁷⁴ Ferner hat der Bundesgerichtshof erkannt, dass der Genugtuungsfunktion jedenfalls insoweit keine Bedeutung zukommt, als der Verletzte keine Genugtuung empfinden kann und dass der Sühnegeranke im Zivilrecht nicht tragfähig ist. Es bleibt als Begründung für das Schmerzensgeld bei Verlust der Empfindungsfähigkeit zunächst nur die Ausgleichsfunktion, obwohl dem Verletzten ein Ausgleich ebensowenig zu vermitteln ist wie eine Genugtuung.⁷⁷⁵

Auch wenn der Bundesgerichtshof davon spricht, der immaterielle Schaden sei durch eine Entschädigung in Geld auszugleichen, ist damit nicht die Ausgleichsfunktion im Sinne einer Kompensation angesprochen. Da der Verletzte die Schmerzensgeldzahlung nicht als Ausgleich empfinden kann, stellt der Ausgleich in den Fällen der Zerstörung der Persönlichkeit eine zusätzliche Komponente innerhalb der Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes dar.⁷⁷⁶

Letztlich begründet der Bundesgerichtshof Entschädigungen im Fall der Zerstörung der Persönlichkeit nunmehr auf Grund einer neuen Funktion, die Teil der Ausgleichsfunktion sein soll, der *Würdefunktion*⁷⁷⁷ des Schmerzensgeldes. Der Begriff *Würdefunktion* ist allerdings inhaltlich zu unklar und ungeeignet, um zu bestimmen, wie die Bemessung des Schmerzensgeldes in den Fällen der Zerstörung der vollständigen Persönlichkeit vorzunehmen ist.⁷⁷⁸ Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung in diesen Fällen in Zukunft engere bestimmtere Kriterien zur Bemessung des Schmerzensgeldes entwickelt. Dennoch wurde die Entscheidung vom Schrifttum aufgrund der Würdigung der Grundrechte einhellig begrüßt.⁷⁷⁹ Auch wenn letztlich keine höheren Beträge in den Fällen der vollständigen Zerstörung der Persönlichkeit ausgeurteilt werden, haben die Grundrechte der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Gerichte dazu veranlasst, den Inhalt der Ausgleichsfunktion zu überdenken. Die Ausgleichsfunktion wird nunmehr nicht mehr von subjektiven Betrachtungen des Geschädigten, sondern von objektiven

⁷⁷⁴ Jaeger, VersR 1996, 1177, 1180.

⁷⁷⁵ Es ist deshalb angesichts dieser Darlegung des BGH nicht richtig, wenn andere Gerichte in diesen Fällen immer noch und ohne sich mit der Begründung des BGH auseinanderzusetzen, die Genugtuungsfunktion in Gestalt einer Sühnefunktion in den Vordergrund stellen, weil die Ausgleichsfunktion entfalle (OLG Stuttgart, VersR 1994, 736; Jaeger, VersR 1996, 1177, 1180).

⁷⁷⁶ Jaeger, VersR 1996, 1177, 1180.

⁷⁷⁷ Begriff von Deutsch, NJW 1993, 784.

⁷⁷⁸ Schips, S. 46.

⁷⁷⁹ So z.B. von: Jaeger, VersR 1996, 1177, 1178; Giesen, JZ 1993, 519 ff.; Müller, VersR 2003, 1, 5.

Betrachtungen eines Dritten geleitet.

5. Abschnitt: Zusammenfassung und Ergebnis

Mit der Einführung des Grundgesetzes begann in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Nationalsozialismus ein neues Zeitalter. Das Individuum erhielt unter Anknüpfung an die Weimarer Verfassung Rechte, welche den Staat verpflichteten, dieses zu schützen.⁷⁸⁰ Durch die Einrichtung der Verfassungsbeschwerde und die ausgreifende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die dem Grundrechtskatalog sogar zusätzliche Grundrechte, wie die informationelle Selbstbestimmung abgewonnen hat, haben die Grundrechte eine enorme Bedeutung gewonnen. Sie beeinflussen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Theorie und Praxis auf allen Gebieten des Rechts, anders als unter der Weimarer Reichsverfassung auch auf dem Gebiet des Privatrechts.⁷⁸¹

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁷⁸² des Bundesgerichtshofes⁷⁸³ und des Bundesarbeitsgerichts⁷⁸⁴ haben die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte für die Interpretation und Fortbildung privatrechtlicher Normen von Anfang an anerkannt. Seit dem *Lüth-Urteil* entspricht es ständiger Praxis des Bundesverfassungsgerichts, Normen des Privatrechts an der Verfassung und insbesondere an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen.⁷⁸⁵ Die Folgen dieser Entscheidung für das Privatrecht, der Gestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers sowie die Letztentscheidungskompetenz der Zivilgerichte wurden zunächst durch die Debatte darüber verdeckt, wie sich die Grundrechtsbindung des Privatrechts erklären lasse, ob als unmittelbare Bindung der Privatrechtssubjekte an die grundrechtlichen Gewährleistungen oder als bloß mittelbare „Ausstrahlung“ des Verfassungsrechts auf die Privatrechtsordnung, insbesondere durch die insoweit als „Einfallstore“ fungierenden Generalklauseln.⁷⁸⁶ Die Methode und die Intensität der Einwirkung der Grundrechts- und Staatszielbestimmungen auf das Privatrecht ist weniger durch allgemeine Lehren, als vielmehr vor allem durch sachbezogene Erörterung konkreter Problembereiche gefördert worden. Als Ergebnis dieser Diskussion, die seit der *Lüth-*

⁷⁸⁰ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 40.

⁷⁸¹ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Rn. 40.

⁷⁸² BVerfGE 6, 32, 41; BVerfGE 7, 198, 205; BVerfGE 30, 173, 194; BVerfGE 34, 118, 135.

⁷⁸³ BGHZ 13, 334; BGHZ 26, 349; BGHZ 35, 363; BGHZ 39, 1241.

⁷⁸⁴ BAG, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 5.

⁷⁸⁵ BVerfGE 7, 198-Lüth-Urteil.

⁷⁸⁶ *Dürig* in: Festschrift für Nawiascky, S. 157, 167 f.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁸⁷ nicht mehr um das **Ob** einer Einwirkung der Grundrechtsnormen auf das Privatrecht, sondern nur um das **Wie**, d.h. um die Methode und Intensität der Einwirkung, geführt wurde, lässt sich festhalten, dass eine Verpflichtung des Staates besteht, seine unterverfassungsgesetzliche Rechtsordnung so einzurichten, dass die Grundrechtsnormen auch im Privatrechtsverkehr eine horizontale Wirkung entfalten können. Der zunächst vertretene Gegenstandspunkt der Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung hätte zur Folge gehabt, dass sich die organisierten gesellschaftlichen Kräfte als Träger eines parakonstitutionellen Kräftesystems mit öffentlichem Geltungsanspruch hätten etablieren und ohne Berücksichtigung der grundgesetzlich errichteten Wertordnung eine para- oder sogar kontrakonstitutionelle faktische Ordnung hätten errichten können.⁷⁸⁸ Aus der objektivrechtlichen staatlichen Schutzpflicht resultiert die mittelbare Drittwirkung der Grundrechtsnormen im Privatrecht.

Zumindest im Rahmen der Theorie der mittelbaren Grundrechtswirkung und der Theorie der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte besteht Einigkeit darüber, dass die ordentlichen Gerichte bei der Auslegung und Fortbildung des Privatrechts zuallererst darum bemüht sein sollten, die berechtigten Interessen der Parteien zu schützen und im Konfliktfall zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen, wobei selbstverständlich solche Interessen besonders ins Gewicht fallen, die auf elementare Rechtspositionen gerichtet sind und eben deshalb auch grundrechtlichen Schutz genießen.⁷⁸⁹ Das Verfassungsrecht sollte das Privatrecht nur dann der Kontrolle an seinen eigenen Maßstäben unterwerfen, wenn grundrechtlich geschützte Interessen in grober und evidenter Weise fehlengewichtet worden sind. Deshalb ist das Bundesverfassungsgericht mit Recht um verfassungsrichterliche Selbstbeschränkung bemüht, indem es betont, die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts nicht nachprüfen zu wollen.⁷⁹⁰

Letztlich wurden unter Berufung auf die Wertentscheidungen der Verfassung im Schadensersatzrecht wichtige Veränderungen im Bereich der Gesetzgebung und der Rechtsfortbildung vorgenommen. Die wichtigsten Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht werden nun noch einmal im Überblick dargestellt.

⁷⁸⁷ BVerfGE 7, 198-Lüth-Urteil.

⁷⁸⁸ Siehe oben: 2. Abschnitt A. IV.

⁷⁸⁹ *Diederichsen* in: *Starck*, Rangordnung der Gesetze, S. 39, 71 f.

⁷⁹⁰ BVerfGE 89, 214, 230-Bürgerschaft Familienangehöriger; BVerfGE 96, 375, 398 f. m. w. Nachw.

A. Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB

So wurde der Schutzbereich des Deliktsrechts gegenüber dem geschriebenen Recht des BGB von der Rechtsprechung in wichtiger Hinsicht erweitert, nämlich durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht.⁷⁹¹ Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs.1 BGB hatte eine Fülle an Veränderungen im Schadensersatzrecht zur Folge.⁷⁹²

B. Schmerzensgeld für immaterielle Schäden

Durch die Einführung des § 253 Abs.2 BGB wurde endlich der Anspruch auf immateriellen Schadensersatz in Form von Schmerzensgeld bei Verletzungen von Körper, Gesundheit und Freiheit sexueller Selbstbestimmung grundlegend neu geordnet. Dabei wurden zwei in der Praxis sehr bedeutsame Haftungslücken geschlossen, weil ein Schmerzensgeld nunmehr auch in den genannten Fällen der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung sowie der vertraglichen Haftung gefordert werden kann.⁷⁹³

C. Ausdehnung der dreifachen Schadensberechnung auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die Rechtsprechung hat anerkannt, dass dem Geschädigten bei schuldhafter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unerlaubte Verwertung eines Bildes, Namens, der Stimme oder anderer kennzeichnender Persönlichkeitsmerkmale für kommerzielle Zwecke ein Schadensersatzanspruch auch für die Verletzung materieller Interessen zugestanden werden muss, ohne die Einschränkung, dass es sich um eine schwere Persönlichkeitsverletzung handeln muss.⁷⁹⁴ Die Schadensbemessung in solchen Fällen, erfolgt dabei laut der Rechtsprechung mittlerweile aufgrund der Unzulänglichkeiten der *Differenztheorie* nach der sog. *dreifachen Schadensberechnung*, die es dem Geschädigten

⁷⁹¹ Siehe oben: 3. Abschnitt A. I.

⁷⁹² Siehe oben: 3. Abschnitt A. I.

⁷⁹³ Siehe oben: 4. Abschnitt C.

⁷⁹⁴ OLG München, VersR 2003, 778; *Sprau* in: *Palandt*, BGB Kommentar, § 823, Rn. 125.

ermöglicht, vom Schädiger die Herausgabe des entgangenen Gewinns oder eine angemessenen Lizenzgebühr zu verlangen.⁷⁹⁵

D. Veränderungen der Funktionen des Schmerzensgeldes

Mit der Anerkennung der Präventionsfunktion als eigenständige Funktion des Schmerzensgeldes wurde der immer häufiger vorkommenden rechtswidrigen Kommerzialisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes Rechnung getragen. Durch höhere Entschädigungssummen werden nunmehr Zeitschriftenverlage abgeschreckt, künftig das allgemeine Persönlichkeitsrecht prominenter Zeitgenossen zu verletzen, um damit ihre Auflage zu steigern.

Mit der Anerkennung einer „Würdefunktion“ des Schmerzensgeldes ist eine Reduzierung des Schmerzensgeldes auf eine lediglich symbolhafte Entschädigung bei vollständiger Zerstörung der Persönlichkeit nunmehr obsolet.⁷⁹⁶

E. Neubewertung des Interessenskonflikts zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und dem Persönlichkeitsschutz andererseits

Nachdem es lange Zeit keine einheitliche Rechtsprechung zur Kollisionslösung Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und dem Persönlichkeitsschutz andererseits gab, bestand die Gefahr einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Deshalb entwickelten das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof letztlich allgemeine Grundsätze für die Beurteilung einer Konfrontation von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Meinungsäußerungsfreiheit im Schadensersatzrecht.⁷⁹⁷

F. Reformierung der Sachverständigenhaftung

Aber auch andere Grundrechte wie Art. 2 Abs. 2 GG lösten Veränderungen im Schadensersatzrecht aus. Die Sachverständigenhaftung wurde insofern reformiert, als § 829 a

⁷⁹⁵ Siehe oben: 4. Abschnitt G.

⁷⁹⁶ Siehe oben: 4. Abschnitt H.

⁷⁹⁷ Siehe oben: 3. Abschnitt C.

BGB nunmehr neben den von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter auch das Vermögen schützt.⁷⁹⁸

G. Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie von behinderten und nicht behinderten Menschen im Schadensersatzrecht

Beispielhaft für die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau ist die Aufhebung des § 1300 BGB und die Änderung des § 825 BGB. § 825 BGB schützt nunmehr sowohl Männer als auch Frauen vor aufgezwungenen sexuellen Handlungen.⁷⁹⁹

Im Bereich der Diskriminierung von Behinderten im Reiserecht hat die Einfügung des Diskriminierungsverbotes in die Verfassung letztlich ein Bewusstsein dafür geschaffen, dass Behinderte gesetzlich auch bei Freizeitbeschäftigungen grundsätzlich in die Gesellschaft integriert werden müssen und ein Schadensersatzanspruch von der Rechtsprechung nicht zugesprochen wird.⁸⁰⁰

H. Lockerung des Grundsatzes der Totalreparation im Minderjährigenrecht und im Arbeitsrecht

Vor Inkrafttreten des zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz musste ein Minderjähriger im Deliktrecht nach Vollendung des siebten Lebensjahres für die von ihm fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden grundsätzlich gemäß § 828 Abs. 2 BGB a. F. i. V. m. §§ 823 Abs. 1, 249 BGB haften. Die Neufassung des § 828 Abs. 2 BGB hat dazu geführt, dass Kinder nun vor Vollendung des zehnten Lebensjahres grundsätzlich von der Haftung für Schäden bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienen- oder Schwebebahn freigestellt sind.

Im Bereich der Arbeitnehmerhaftung wurde der Grundsatz der Totalreparation dahingehend gelockert, dass Arbeitnehmer nunmehr für Schäden, die betrieblich veranlasst sind, nur für grobe Fahrlässigkeit haften.⁸⁰¹

⁷⁹⁸ Siehe oben: 3. Abschnitt A. II.

⁷⁹⁹ Siehe oben: 3. Abschnitt A. IV.

⁸⁰⁰ Siehe oben: 3. Abschnitt A. V.

⁸⁰¹ Siehe oben: 4. Abschnitt B. I. und 3. Abschnitt D. II.

I. Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens bei der Geburt eines ungewollten oder behinderten Kindes

Nach langer Diskussion ist jetzt anerkannt, dass der Unterhaltsschaden für die Geburt eines ungewollten oder behinderten Kindes durch ein Verschulden des behandelnden Arztes ersatzfähig ist.

Soweit die Grundrechte im Schadensersatzrecht zu einzelnen Korrekturen geführt haben, handelt es sich im Wesentlichen um Bereiche, in denen die gesellschaftliche Entwicklung oder auch der technische Fortschritt zu Problemen geführt haben, die für den historischen Gesetzgeber nicht vorhersehbar waren. Die Grundrechte haben damit nicht die Aufgabe, die Grundwertungen des Schadensersatzrechts zu verändern, sie gebieten und ermöglichen es vielmehr, die Wertungen des BGB in einigen Bereichen entsprechend den Anforderungen der modernen Verhältnisse weiterzuentwickeln.⁸⁰² Da eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse der Wertentscheidung die Geschäftsgrundlage entziehen kann, ist eine abändernde Rechtsfortbildung in diesen Bereichen im Falle von weiteren erheblichen Veränderungen in der Gesellschaft notwendig.

Da davon auszugehen ist, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in unserer Gesellschaft immer wieder verändern werden, werden die Grundrechte auch in Zukunft die Wertungen des BGB in einigen Bereichen entsprechend den Anforderungen der modernen Verhältnisse weiterentwickeln.⁸⁰³

⁸⁰² *Looschelders* in: *Wolter/Arndt*, Einwirkungen der Grundrechte, S. 111.

⁸⁰³ Siehe oben: 4. Abschnitt A.