

## Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

- Zur Transformation unmoralischer in unerlaubte Handlungen –

### I. Die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

#### 1. Vor dem BGB

„Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: **Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen**<sup>1</sup>“.

a) Die gesamte Rechtsordnung kann freilich verstanden werden als eine Entwicklung dieses *Hegel*'schen Postulats. Der *Bundesgerichtshof* hat jedoch in einigen großen, wahrhaft *rechtsgeschichtlichen Entscheidungen*<sup>2</sup> diesen Grundgedanken allen Rechts – gestützt auf die Grundrechte der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG)<sup>3</sup> - in höchst bedeutsamer und vorbildlicher Weise fortentwickelt. Mit der Anerkennung des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (APR) als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB<sup>4</sup> ist über den äußeren Schutz von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit des Menschen hinaus auch die *innere, geistige Persönlichkeit* mit einer allgemeinen deliktischen Generalklausel geschützt worden. Viele Regelungen des Zivilrechts und der sonstigen Rechtsordnung dienen natürlich schon lange der *freien Entfaltung der Persönlichkeit* und deren „innerem“ Schutz<sup>5</sup>, insbesondere die Vertrags- und Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit, die Ehemündigkeit, die Regeln über die Geschäftsfähigkeit etc.. Was aber gefehlt hat, war eine *deliktische Generalklausel*, welche über den unzureichenden strafrechtlichen *Ehrenschutz* und dessen Transformation über § 823 Abs. 2 und einige gesetzliche Sonderregelungen hinaus (wie das *Arztgeheimnis* und einige sonstige *Berufs- und Amtsgeheimnisse*, das *Post- und Steuergeheimnis*, vor allem auch das *Urheberrechtsgesetz* sowie das mit dem *Kunsturhebergesetz* geschaffene sog. *Recht am eigenen Bilde*, im besonderen Ma-

---

<sup>1</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36.

<sup>2</sup> BGHZ 13, 334 – Schachtbrief; BGHZ 26, 349 – Herrenreiter; die wichtigsten weiteren *leading-cases* sind aufgelistet unter II, 1 a, ansonsten verstreut zitiert. *Canaris* bezeichnet diese Entscheidungen völlig zu Recht als die wichtigste Wandlung, die das Deliktsrecht seit Erlass des BGB erfahren hat (*Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, 2, 13. Aufl. 1994, § 80 I, 1).

<sup>3</sup> Was freilich keine grundrechtsdogmatische Begründung war, sondern lediglich ein Argument zum Schutz gegen den Vorwurf, *contra legem* entschieden zu haben; zivilrechtliche Regelungen (§§ 823 I, 847) wurden auf dieser Grundlage verfassungskonform „ausgelegt“.

<sup>4</sup> Vorschriften des BGB werden künftig ohne Angabe des Gesetzes zitiert.

<sup>5</sup> Vgl. *Erman/Ehmann*, BGB-Handkommentar, 10. Aufl. 2000, Anh. § 12, Rdz. 1 f. m.w.N. [im folgenden zitiert: *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. ...]

ße auch durch das *Patentrecht* und die *gewerblichen Schutzrechte*), die innere, geistige Persönlichkeit und das „geistige Eigentum“ gegen Angriffe und Eingriffe in die diesbezügliche *freie Selbstbestimmung* („Freiheit“) schützen konnte. Die Erforderlichkeit eines solchen Schutzes wurde zwar schon vor der Schaffung des BGB von bedeutenden Vertretern der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> gefordert, aber es standen auch ernstzunehmende rechtstheoretische und vor allem rechtstechnische, praktische Schwierigkeiten der gesetzlichen Anerkennung und Regelung entgegen, die letztlich bis heute eine allgemeine gesetzliche Regelung des Persönlichkeitsschutzes verhindern, weshalb die Lösung des gordischen Knotens durch etwas gewaltsame richterliche Schwertschläge erfolgen mußte, die aber trotz aller Bedenken gegen solche Entscheidungen *praeter, gar contra legem*<sup>7</sup> mit der seither angefallenen Kasuistik erst die Voraussetzungen dafür geschaffen haben, daß die ganze Problematik erkannt und vielleicht auch sinnvoll geordnet werden kann. Die Gerichte sind die Geburtsstätte des Rechts; das gilt auch für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Seine begriffliche Ausformung und systematische Ordnung ist Aufgabe der Wissenschaft. Die Festschreibung der gefundenen Regelung wäre Aufgabe der Gesetzgebung, wogegen jedoch schon *Savigny*<sup>8</sup> seine gegen *Thibaut* geäußerten allgemeinen Bedenken hatte, die auf diesem speziellen und heiklen Felde in unseren Tagen nicht geringer geworden sind<sup>9</sup>.

b) *Der BGB-Gesetzgeber* hat eine allgemeine deliktische Generalklausel vor allem *aus drei Gründen* abgelehnt<sup>10</sup>: 1. weil ein "Urrecht an sich selbst“ mit der Folge eines Rechts auf Selbstmord nicht anerkannt werden könne; 2. weil die Entstehung einer Obligation eine Verletzung des Vermögenswertes voraussetze; 3. weil sich Inhalt und Umfang eines Persönlichkeitsrechtes nicht hinreichend klar bestimmen ließen.

---

<sup>6</sup> Vor allem *Jhering, Kohler, Gierke, Gareis*; über diese und andere Befürworter und Gegner der Anerkennung eines APR vgl. *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 3, 85 ff; *Klippel*, ZNR 1982, 132, 137 ff; *ders.*, Festschr. f. Traub, 1994, S. 211; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 2.

<sup>7</sup> So mit vorsichtigen Worten *Larenz*, NJW 1958, 827 und klarer heute noch *Diederichsen*, AcP 198 (1998), S. 193 f.; *Honsell*, Festschr. f. Mayer-Maly, 1996, S. 381 f.; anders aber *Canaris*, Festschr. f. Deutsch, 1999, S. 85 ff., 100. Jedoch ist eine richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* nie dogmatisch, aber stets dann zu rechtfertigen, wenn infolge technischer, sozialer, wirtschaftlicher Änderungen der Umstände eine derartige Rechtsfortbildung nach allgemeiner Auffassung erforderlich wird, aber der parlamentarische Gesetzgeber durch den Einfluß davon betroffener mächtiger Interessenverbände faktisch gehindert wird, das Erforderliche zu tun. Die *Presse* hat den Gesetzesentwurf zum Persönlichkeitsschutz als „Maukorbgesetz“ bekämpft und zu Fall gebracht (*Erman/Ehmann* [Fn. 5], Rdz. 4), Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände verhindern gemeinsam eine gesetzliche Regelung des Arbeitskampfrechts. In solchen Fällen muß die Rechtsfortbildungskompetenz auf die Gerichte übergehen.

<sup>8</sup> *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

<sup>9</sup> Zu erinnern ist z.B. an das Überweisungsgesetz v. 21.07.1999 (BGBl. I, 1642); dazu kritisch *Ehmann/Hadding*, WM 1999, Sonderbeilage Nr. 3 (Juni 1999); ferner an den für die hier behandelte Materie einschlägigen Referenten-Entwurf v. 06.07.1999 zur Umsetzung der EG-Datenschutz-Richtlinie v. 24.07.1995, welche – um nur diese völlig verfehltete Regelung herauszugreifen – die Datenerhebung (auch für die Presse?) grundsätzlich nur noch beim Betroffenen erlauben und die weitere Verarbeitung und Nutzung dieser Informationen an den Zweck der Datenerhebung binden will (vgl. §§ 4, 28 I, 2 und II, 41, 43 I Nr. 1 BDSG-Entwurf 99); gegen derartige Verschärfung des Datenschutzrechts allgemein *Ehmann*, Festschr. f. Zivilrechtslehrer Jg. 1934/35, 1999, S. 73, 87 ff.; dazu unten Fn. 182.

<sup>10</sup> Vgl. *Mugdan* II, 1072, 1077, 1119; III, 61.

aa) Der *erste Grund*, hinter welchem vor allem die Autorität *Savignys* stand, beruht letztlich auf dem philosophischen, auch theologischen Gedanken, daß der Mensch über sich selbst und seine äußeren und inneren Teilaspekte von Rechts wegen nicht allein verfügen könne. Daß man mit seinem Herzen, seiner Leber, seinen Nieren und sonstigen Körperteilen, auch seinem Samen, mit Embryos und Kindern von Leihmüttern Handel treiben, sich auch die Züchtung von Homunculi patentieren lassen, daß man sein Innerstes in einer Peep- oder Big-Brother-Show verkaufen könnte, war für *Kant* und *Savigny* natürlich noch nicht vorstellbar, aber die Problematik war in ihren Theorien abstrakt vorausgesehen. *Savigny*<sup>11</sup>, der das „*Urrecht an sich selbst*“ nicht anerkennen wollte, weil es zum *Recht auf Selbstmord* berechtigt, hat freilich schon darauf hingewiesen, daß die rechtmäßige Macht des Menschen über sich selbst nicht bezweifelt werden könne und die Grundlage und Voraussetzung aller wahren Rechte (z.B. Eigentum und Obligationen) sei. Diese „natürliche Macht“ (Leben, Körper, Gesundheit) bedürfe aber nicht der Anerkennung durch das *positive Recht* und würde im übrigen durch das Criminalrecht und eine bedeutende Zahl von zivilen Rechtsvorschriften geschützt, welche den Schutz gegen Ehrverletzungen, gegen Betrug und gegenüber Gewalt etc. bezwecken. Damit hatte *Savigny* schon erkannt, was heute in sorgfältiger Betrachtung der angefallenen Kasuistik für jeden erkennbar ist, daß nämlich der Schutz des „Urrechts“ der Persönlichkeit nur durch einzelne *Schutzvorschriften* (*Verhaltensunrecht*) geregelt werden kann, nicht aber durch ein *absolutes Recht*. Infolge der Strukturierung des Deliktsrechts des BGB in Tatbestände des Erfolg sunrechts (§ 823 Abs. 1) und Tatbestände des Verhaltensunrechts (§ 823 Abs. 2), wobei § 823 Abs. 2 aber *gesetzliche* Schutzvorschriften voraussetzt, welche Gesetze im materiellen Sinne sind<sup>12</sup>, konnte eigentlich nur der Gesetzgeber über derartige Schutzgesetze den erforderlichen Schutz der Persönlichkeit schaffen. Da der Gesetzgeber aber nicht tätig wurde<sup>13</sup>, blieb dem Richterrecht nur der Weg, das APR als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 anzuerkennen. Dieses APR wurde jedoch alsbald als „Rahmenrecht“ bezeichnet, dessen Verletzung die Rechtswidrigkeit nicht nach dem Schema der kausalen Handlungslehre *indizieren* könne, dessen rechtswidrige Verletzung vielmehr nur durch eine *Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall* festgestellt werden könne<sup>14</sup>. Damit war der gordische Knoten des „Urrechts“ der Persönlichkeit durch die Schaffung eines „Mitteldings“<sup>15</sup> zwischen dem Erfolg sunrecht des § 823 Abs. 1 und dem Verhaltensunrecht des § 823 Abs. 2 raffiniert durchschlagen worden. Zur wirklichen rechtspolitischen

<sup>11</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 53; ähnlich noch RGZ 58, 24, 28.

<sup>12</sup> *Deutsch*, Allg. Haftungsrecht, 2. Aufl., Rdz. 62.

<sup>13</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf der BReg v. 29.10.1957 (BT-Drucks. III/1237); abgedruckt bei *Erman/Weitnauer*, 3. Aufl., und bei *Hubmann* (Fn. 6) im Anhang; kritisch zu diesem Entwurf mit einem Gegenentwurf *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 ff.; zum Schicksal dieses Entwurfs vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 4.

<sup>14</sup> BGHZ 13, 334, 338; 24, 72, 80; 45, 296, 307 – Höllenfeuer; 50, 133, 143 – Mephisto; kritisch zum Begriff des Rahmenrechts *Canaris* (Fn. 2), § 80 III, 2; aber auch schon *Nipperdey*, NJW 1967, 1985.

<sup>15</sup> Vgl. *Erman/Schiemann*, 9. Aufl., § 823 Rdz. 6 f.

Großtat sind die Schwertschläge der Schachtbrief- und der Herrenreiter-Entscheidung<sup>16</sup> aber nur geworden infolge der „Umsicht und Behutsamkeit<sup>17</sup>“, mit welcher der BGH in den Folgeentscheidungen möglichst hart am Fall mit Interessenbewertungen und Interessenabwägungen noch *freie* Handlungen von *rechts-widrigen* Persönlichkeitsverletzungen abzugrenzen verstand.

bb) Der genannte *zweite Hinderungsgrund*, daß eine Obligation einen *Vermögenswert* voraussetze, findet heute grundsätzlich keine Anerkennung mehr<sup>18</sup>. Die *sexuelle Selbstbestimmung* von Frauen ist allerdings auch schon durch den BGB-Gesetzgeber gegen Hinterlist, gegen Mißbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen und gegen gebrochene Eheversprechen<sup>19</sup> durch die Sanktion „billiger“ Geldentschädigungen (§§ 253, 825, 1300) geschützt worden, nicht aber die *Ehre*, deren Verletzung nur mit Blut sollte abgewaschen werden können, weshalb § 847 Schmerzensgeld auf Fälle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie der *Freiheitsentziehung* beschränkte. Der BGH hat diese Sperren mit einigen großen Entscheidungen<sup>20</sup> zu Recht aufgebrochen, was heute auch allgemein billigende Anerkennung findet<sup>21</sup>. Daß die Kommerzialisierung und Vermarktung der Ehre, der Privatsphäre und sonstiger Aspekte der geistigen Persönlichkeit nicht gänzlich bedenkenfrei ist, zeigen die Fälle, in denen Showmaster und sonstige Jet-Set-Promis Journallen zu Berichten und Abbildungen provozieren, die ihnen zusätzliche Einnahmequellen eröffnen<sup>22</sup>. Noch bedenklicher erscheinen die gewaltigen Steigerungen, durch welche die einst *Schmerzensgeld* genannten „billigen Entschädigungen“ in den Caroline-von-Monaco-Entscheidungen<sup>23</sup> zum Zwecke der „Gewinnabschöpfung“ in einen Rechtsbehelf verwandelt wurden, der den Strafschadenersatzansprüchen des amerikanischen Rechts (*punitive damages*) nahe kommt<sup>24</sup>. Diese Geldentschädigungen lassen nicht nur die für schwerste Körper- und sonstige Persönlichkeitsverletzungen (z.B. Vergewaltigungen<sup>25</sup>) üblicherweise zugebilligten Summen zum Hohn werden, sondern leisten auch einem Denken und einer Moral Vorschub, die alles nach dem Wert des Geldes mißt und daneben kaum noch andere Werte anerkennt.

---

<sup>16</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>17</sup> Mit diesen Worten wird in Motive II, 727 die Aufgabe der Rechtsprechung beschrieben, „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte, aber illoyale, gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweisen, wenn sie einem anderen zum Schaden gereichen“, als widerrechtlich (Delikt) zu erkennen.

<sup>18</sup> Vgl. *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht, 14. Aufl. 1954, § 14 IV, 2 m.w.N.

<sup>19</sup> Wie die Streichung des § 1300 zeigt, wird dieser Schutz dem Zeitgeist gemäß heute nicht mehr für geboten erachtet, könnte also auch nicht mehr als APR-Verletzung verstanden werden.

<sup>20</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>21</sup> Im Ergebnis auch von den in Fn. 7 Genannten.

<sup>22</sup> OLG Köln, AfP 82, 181 – Rudi Carell; BGHZ 128, 1 – CvM; dazu *Prinz*, NJW 1996, 993; *Ermann/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 480, 803 f.

<sup>23</sup> BGHZ 128, 1; BGH NJW 1996, 984; BGH NJW 1996, 985; OLG Hamburg, NJW 1996, 2870.

<sup>24</sup> *Canaris*, Festschr. für Deutsch, 1999, S. 85; *Vollkommer*, Festschr. f. Leisner, 1999, S. 599; *Ermann/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 771 ff; 800 ff. m.w.N.; dazu unten II, 4 g mit Fn. 277, 279.

<sup>25</sup> LG Radolfzell, NJW 1996, 2874: 5.000 DM für sexuelle Nötigung mit Todesangst; wohl nicht rein zufällig abgedruckt im selben Heft wie OLG Hamburg, NJW 1996, 2870: 180.000 DM für CvM.

## 2. Erkenntnisse und Bedenken des Reichsgerichts

a) Auch das Reichsgericht, das schon vor dem BGB und vor dem Kunsturhebergesetz „aus natürlichem Rechtsgefühl“ in der berühmten *Bismarck-Entscheidung*<sup>26</sup> eine Art *Recht am eigenen Bilde* als „besonderes Persönlichkeitsrecht“ anerkannte und in der Folgezeit in einer ganzen Reihe von Einzelentscheidungen<sup>27</sup> zumeist über § 826 einen deliktischen Persönlichkeitsschutz gewährt hatte, wollte ein APR nicht anerkennen: „Ein allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht ist dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd. Es gibt nur besonders gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte, wie das Namensrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bilde, die persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts<sup>28</sup>“. Ausschlaggebend für die Ablehnung des APR durch das Reichsgericht war die „Unklarheit und Verschwommenheit“ von Inhalt und Umfang des schützenswerten Persönlichkeitsbereichs, der anders als das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb keine „gegenständliche Verkörperung<sup>29</sup>“ erfahren habe, dessen *Grenze* daher auch nicht *offenkundig* sei, wie die Herrschaftsrechte an körperlichen Gütern. Auch setze die Anerkennung voraus, daß als „Verletzungsbefugnisse“ nicht bloß positivrechtlich anerkannte Interessen, sondern alle „berechtigten Interessen“ berücksichtigt werden müssen. Dann aber stünden sich die persönlichen Verhältnisse von Betroffenen und Störern mit gleicher Unklarheit und Unsicherheit gegenüber und alles laufe auf eine von Fall zu Fall vorzunehmende Abwägung der Schutz- und Verletzungsinteressen hinaus.

Alle diese Argumente des Reichsgerichts, die Senatspräsident *Wieruszowski*<sup>30</sup> im Jahre 1927 nochmals in einem fulminanten, alle Probleme darlegenden Aufsatz zusammenfaßte, bekräftigten letztlich das dritte Hauptargument des BGB-Gesetzgebers zur Ablehnung der gesetzlichen Anerkennung, Inhalt und Umfang des Persönlichkeitsrechts ließen sich nicht klar bestimmen, die Schutzbedürftigkeit der im Spiele befindlichen Interessen sei nicht allgemein anerkannt. Etwas zu dürftig hatte der prominenteste Befürworter eines Individualrechts, *Rudolf von Jhering*<sup>31</sup>, dieses Kardinalproblem als „reine Ermessensfrage“ bezeichnet, welche dem Ermessen des Richters zu überlassen sei. Das Reichsgericht wollte die Verantwortung für eine *Selbstermächtigung* der Rechtsprechung zu solcher Ermessensentscheidung aber nicht übernehmen: „Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht legt in die Hand des Richters eine Macht, die auf der Bewegungsfreiheit des Verkehrs schwer lasten kann<sup>32</sup>“.

---

<sup>26</sup> RGZ 45, 170.

<sup>27</sup> RGZ 51, 369; 69, 401; 79, 397; 82, 333; 94, 1; 102, 134; 107, 277; 113, 413; 123, 312, 320; dazu *Brossette*, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Berlin 1991, S. 92 ff m.w.N.; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 3.

<sup>28</sup> RGZ 69, 401, 403 - Nietzsche Briefe.

<sup>29</sup> Vgl. RGZ 58, 24 - Jute-Plüsch.

<sup>30</sup> DRiZ 1927, 225.

<sup>31</sup> JherJb 23 (1885), 317.

<sup>32</sup> *Wieruszowski*, DRiZ 1927, 225.

b) Das Reichsgericht hat jedoch in der *Jute-Plüsch-Entscheidung*<sup>33</sup>, in welcher es ein Unterlassungsverlangen aufgrund der Behauptung einer Verletzung gewerblicher Schutzrechte als Verletzung eines „*Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*“ qualifizierte, schon die Methode entwickelt, die später der BGH zur gleichartigen Begründung des APR als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 benutzte. Das Reichsgericht hat zwar in dieser Entscheidung „Persönlichkeits- und Individualrechte“ und auch die „freie Erwerbstätigkeit“ (Gewerbefreiheit) noch nicht als „sonstige Rechte“ iSd § 823 Abs. 1 anerkennen wollen, aber das sog. „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als derartig absolutes Recht anerkannt mit der Begründung: „Dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetrieb nicht bloß um die *freie Willensbetätigung* des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits eine *gegenständliche Verkörperung* gefunden hat, ist die *feste Grundlage* für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betrieb gegeben“ (Hervorh. v. Verf.). Als *widerrechtlich* wurde der Eingriff in dieses Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aber auch *nicht vermutet* oder durch die Verletzung als *indiziert* angesehen, sondern angenommen, „wenn das behauptete Schutzrecht in Wahrheit nicht besteht, weil es sich dann nicht mehr um einen erlaubten Wettbewerb handelt“.

Mit diesem *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* war also schon vom Reichsgericht ein „Rahmenrecht“ geschaffen worden, das als „Mittelding“ zwischen einem nach Abs. 1 und Abs. 2 des § 823 geschützten Rechtsgut zu verstehen ist, dessen rechtswidrige Verletzung daher nicht „indiziert“, sondern als Verhaltensunrecht positiv durch eine Güter- und Interessenabwägung zu begründen ist. Dabei ging das Reichsgericht auch schon den später vom Bundesgerichtshof gleichfalls benutzten Weg, die im Freiheitsbegriff des § 823 Abs. 1 liegende *Befugnis der Selbstbestimmung* soweit wie möglich auf einen „gegenständlich verkörperten Bereich“, d.h. auf einen begrifflich faßbaren Bereich zu beschränken und die für den Schutz dieses beschränkten Bereichs bestehenden Interessen mit den Zwecken und Interessen der an sich „freien Handlung“ abzuwägen, die den Eingriff in diesen geschützten Bereich rechtfertigen sollen<sup>34</sup>. Mit genau derselben Methode hat später der Bundesgerichtshof den mit dem APR zu schützenden „inneren Freiheitsraum“ mit „Umsicht und Behutsamkeit“ zu konkretisieren und die Rechtswidrigkeit von Eingriffshandlungen zu begründen versucht<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> RGZ 58, 24.

<sup>34</sup> Die Bedenken, die *Canaris* (Fn. 2), § 81 II, 1 gegen das RaGewB als „sonstiges Recht“ iSv § 823 I vorträgt, sind letztlich berechtigt, gelten im *verstärkten Maße* aber gegen das APR, weil dieses nicht „gegenständlich verkörpert“ ist, weil dessen Grenze noch weniger offenkundig ist; deswegen hat das RG zwar das RaGewB, aber nicht das APR anerkannt. Das RaGewB und das APR sind „Krücken“, auf denen die Rspr. die gesetzlich festgeschriebene Rechtsordnung weiterentwickeln mußte. Sie können weggeworfen werden, wenn die erforderlichen Schutzbereiche als *Verhaltensunrecht* hinreichend klar erfaßt sind; zum RaGewB vgl. auch *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 234 a.E.

<sup>35</sup> Näheres unten I, 4.

### 3. Das APR als Mittelding zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2

a) Der Kern der Problematik der begrifflichen Bestimmung des APR und der Begründung der Rechtswidrigkeit seiner Verletzung liegt auf der dem deutschen Deliktsrecht eigenen Schnittlinie zwischen *Erfolgs-* und *Verhaltensunrecht*, die durch die verschiedenen Tatbestände des § 823 Abs. 1 und 2 geprägt und durch den dogmatischen Streit um den Handlungsbegriff (kausale und finale Handlungslehre) zusätzlich verunklart wird. *Stürner*<sup>36</sup> hat darauf hingewiesen, daß die bisherigen Reformentwürfe zum Persönlichkeitsschutz, d. h. der Versuch der begrifflichen Erfassung des APR, am ungeklärten Verhältnis von Erfolgs- und Handlungsunrecht gescheitert seien<sup>37</sup>. Eigentlich ist dieses Verhältnis wissenschaftlich aber gar nicht ungeklärt; die Problematik wird allenfalls in Literatur und Rechtsprechung, insbesondere in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur nicht hinreichend klar erfaßt und dargestellt, weil vielfach gedacht wird, die Frage sei praktisch ohne, jedenfalls von geringer Bedeutung. Literatur und Rechtsprechung befinden sich also in vielen Äußerungen und Entscheidungen zu dieser Frage nicht auf dem Stand, den die Wissenschaft schon seit längerer Zeit erreicht hat<sup>38</sup>.

b) Es ist längst erkannt, daß die *absoluten Rechte* und Rechtsgüter des § 823 I lediglich *Hilfsvorstellungen* sind, welche zwischen die Schutzpflichten (Verbotsnormen) und deren tatsächliche Voraussetzungen treten<sup>39</sup>. Es ist das Verdienst der finalen Handlungslehre *Welzels*<sup>40</sup> u. a., wieder aufgedeckt zu haben, daß sich hinter der Indikation der Rechtswidrigkeit durch eine erfolgsbezogen formulierte Tatbestandsverletzung (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Eigentum etc.) stets ein *Verhaltensunrecht* verbirgt, derart, daß der Täter sich in einer Art und Weise pflichtwidrig verhalten (bei Fahrlässigkeitstaten: objektive Sorgfaltspflichtverletzung), welche die Rechtsgutverletzung nicht vermieden hat. Diese *Handlungslehre*, die an sich der Struktur des deutschen Zivilrechts (§ 823 Abs. 1 und Abs. 2; § 31; § 1004) widerspricht<sup>41</sup>, ist von *Münzberg*<sup>42</sup>, *Nipperdey*<sup>43</sup>, von *Caemmerer*<sup>44</sup> u.a. ins Zivilrecht übertragen worden. Anerkennung gefunden hat die Lehre allerdings nur teilweise<sup>45</sup>, z.B. in Fällen sog. *mittelbarer* Rechtsgutverletzungen; in diesen Fällen ist es letztlich auch die mangelnde Klarheit der Tatbestandsmäßigkeit einer Rechtsgutverletzung, welche das „Schema der indizierten

---

<sup>36</sup> Gutachten A für den 58. DJT 1990, S. 61; so aber auch schon *Nipperdey*, NJW 1967, 1985; dazu *Erman/Ehmann* (Fn.5), Rdz. 60, 62.

<sup>37</sup> Vgl. *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 und die Kommentierung von *Weitnauer*, in: *Erman-Handkommentar*, Anh. § 12, bis zur 8. Auflage.

<sup>38</sup> Auf dem neuesten Stand jedoch: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II, 2, § 75 II, vgl. auch *Deutsch* (Fn. 12), Rdz. 94 ff. und die dort gegebenen weiteren Nachweise und dazu *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 ff.

<sup>39</sup> *Kreß*, Allg. Schuldrecht 1929, S. 11.

<sup>40</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl. 1956, § 8.

<sup>41</sup> Insoweit zutreffend *Deutsch* (Fn. 12), Rdz. 94 ff.

<sup>42</sup> *Verhalten und Erfolg*, 1966, S. 199f.

<sup>43</sup> *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil, 15. Aufl., §137 I; *Nipperdey*, NJW 1967, 1985, 1989.

<sup>44</sup> Festschrift zum 100. DJT, 2. Band, S. 49, 102 ff.

<sup>45</sup> Trotz der dieser Lehre auch folgenden Straßenbahntatscheidung des Großen Senats, BGHZ 24, 21.

Rechtswidrigkeit“ praktisch untauglich erscheinen läßt und eine positive Begründung der Rechtswidrigkeit in Form einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung erforderlich macht<sup>46</sup>. Es ist schließlich auch längst erkannt, daß das „Schema der indizierten Rechtswidrigkeit“ desto weniger geeignet ist, je unbestimmter das verletzte Rechtsgut begrifflich zu erfassen ist<sup>47</sup>. Das ist am deutlichsten am Fall der Verletzung der „Freiheit“ (iSd § 823 I) zu zeigen. Beschränkt man den Begriff der Freiheit iSd § 823 Abs. 1 nicht auf die Bewegungsfreiheit, wozu die neuere Rechtsprechung tendiert, und versteht ihn noch weiter als „freie Betätigung des Willens“<sup>48</sup>, so kann die Eingriffshandlung „den Charakter der Widerrechtlichkeit erst durch die Form annehmen, in der sie auftritt, also bei Täuschung, Drohung, Zwang ...“<sup>49</sup>. Entsprechendes würde gelten, wenn der Begriff des Eigentums iSd § 823 Abs. 1 nicht auf die Verkörperung dieses Herrschaftsrechts (subjektives Recht) in der Form beweglicher und unbeweglicher Sachen beschränkt, sondern auf den Begriff des Eigentums iSd Art. 14 GG erweitert werden würde<sup>50</sup>. Damit wäre nicht bloß die Grenze zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2 für einen großen Bereich aufgehoben, auch heute sog. reine Vermögensschäden wären von § 823 Abs. 1 umfaßt, ohne daß ein Betrug, eine Untreue oder eine sonstige Schutzgesetzverletzung vorliegen müßte. Es wäre dann auch im Bereich des Begriffs des Eigentums in vielen Fällen nicht mehr erkennbar, ob eine Handlung noch im Rahmen der Handlungsfreiheit liegt oder schon das Eigentum eines anderen verletzt; alle Probleme des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs und seiner Schranken sowie der öffentlich-rechtlichen Entschädigungsregelungen würden dann im Deliktstatbestand des § 823 Abs. 1 auftreten<sup>51</sup>.

c) Auf der Grundlage des vorstehend Dargelegten wird deutlich, daß das „Rahmenrecht“ („generalklauselartiger Tatbestand“), welches das sog. APR darstellen soll, als „Mittelbereich“ eines zwischen § 823 Abs. 1 und Abs. 2 angesiedelten Unrechtstatbestands zu begreifen ist, welcher die Hilfsvorstellung eines absoluten Rechts (Erfolgsunrechts) mit der Methode der Bestimmung von Verhaltensunrecht verbindet<sup>52</sup>. Dieses „Mittelding“ war und ist und bleibt im deutschen Deliktsrecht zur richterlichen Schaffung neuer Deliktsformen erforderlich<sup>53</sup>, solange daran festgehalten wird, daß Schutzgesetze iSd § 823 Abs. 2 formelle Gesetze oder auf Grund eines Ermächtigungsgesetzes erlassene Verordnungen, also *Rechts-*

---

<sup>46</sup> Auch dazu *Nipperdey*, NJW 1967, 1985, 1989; ferner *Canaris* (Fn. 2), § 75 II, 3; *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 62 m.w.N.

<sup>47</sup> BGHZ 45, 296, 307; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 60.

<sup>48</sup> So wie RGZ 58, 24, 28. Würde der Begriff der Freiheit in § 823 I nicht auf die Bewegungsfreiheit beschränkt, so würde er die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum einschließen und auf deren gegenständliche Verkörperung beschränken, vgl. *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 21.

<sup>49</sup> So RGZ 58, 24, 28.

<sup>50</sup> Ein Zwischenstück zwischen dem Eigentum iSd § 823 I und dem Begriff iSd Art. 14 GG bildet das Ra-GewB; dazu Fn. 34.

<sup>51</sup> BVerfGE 52, 1, 26 – Kleingarten; 58, 137 – Pflichtexemplar; 58, 300 – Naßauskiesung; BVerfG JZ 1999, 895 – Denkmalschutz, mit Anm. *Ossenbühl; ders.*, JuS 1993, 200; dazu *Maurer*, Allgem. Verwaltungsrecht, 10. Aufl. § 26, S. 722 f m.w.N.

<sup>52</sup> *Erman/Schiemann*, § 823 Rdz. 6 f.; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 60, 61, 62.

<sup>53</sup> Vgl. Fn. 7, 13, 34.

sätze sein müssen und die Verletzung von *allgemeinen Rechtsgrundsätzen* (z. B. Verkehrssicherungspflichten) nur im Falle der Verletzung eines absoluten Rechts oder Rechtsguts zu einem haftungsbegründenden Delikt werden kann. Der BGB-Gesetzgeber wollte – anders als das französische<sup>54</sup> und englische Recht<sup>55</sup> – keinen Nachlässigkeitstatbestand (*negligence*) als Delikt schaffen und hat daher § 823 I neben dem Grundtatbestand des § 823 II als Generalklausel zum Schutz der allerwichtigsten Rechtsgüter geschaffen. Die in § 276 formulierte Fahrlässigkeit stellt jedoch für sich selbst kein Delikt dar<sup>56</sup>. Soweit § 826 BGB wegen seiner Vorsatzbeschränkung (und des Zerfalls des Begriffs der „guten Sitten“) nicht ausreicht, können die Gerichte also vom BGB-Gesetzgeber noch als *freie Handlungen* begriffene Taten nur über § 823 Abs. 1 BGB zu „unrechten Thaten“ (Delikten) machen und müssen dabei, sofern der Tatbestand des neuen „sonstigen Rechts“ nicht klar genug umschrieben werden kann, „Rahmenrechte“ begründen, deren Rechtswidrigkeit durch eine Verletzungshandlung aber nicht indiziert wird, sondern positiv durch Bestimmung des Verhaltensunrechts begründet werden muß.

d) Nach allgemeiner Meinung ist die Rechtswidrigkeit der Verletzung des Rahmenrechts durch *Güter- und Interessenabwägungen* im Einzelfall zu bestimmen<sup>57</sup>.

aa) Das setzt 1. die *Feststellung*, 2. die *Bewertung* und 3. die *Abwägung* der gegeneinanderstehenden *Güter und Interessen* voraus<sup>58</sup>. Schon die Feststellung des bedrohten oder verletzten Persönlichkeitsguts ist nicht einfach. Die Vorstellungen der sog. *Sphärentheorie*<sup>59</sup>, nach welcher um einen „unantastbaren Kern der Persönlichkeit“<sup>60</sup> herum verschiedene Schutzschichten gelagert sein sollen, die als Intim-, Sexual-, Geheim-, Individual- und Sozialsphäre bezeichnet werden, ist unzulänglich, weil der Mensch nicht bloß *Intimperson* ist, mit einem schützenswerten Interesse unberührt zu bleiben und in Ruhe gelassen zu werden, sondern auch *Sozialperson* mit einem Bedürfnis auf Kommunikation mit anderen, um nicht *Kaspar Hauser* gleich zu verelenden<sup>61</sup>. Die Verletzung der inneren Persönlichkeit geschieht nicht nach Art der Verletzung der äußeren Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit), sondern betrifft, wie die Verletzung der Ehre, die *Beziehungen* des Betroffenen zu anderen Personen und zur Gemeinschaft, in der er lebt. Verletzt wird die „geistige Persönlichkeit“ und der verletzte „Geist“ ist nicht auf die Person seines Trägers beschränkt, sondern lebt und wirkt *zwischen* den Menschen.

---

<sup>54</sup> Vgl. Art. 1382, 1383 Abs. 2 CC

<sup>55</sup> Vgl. *Deutsch* (Fn. 12), Rdz. 370.

<sup>56</sup> Vgl. *Deutsch* (Fn. 12), Rdz. 370.

<sup>57</sup> Abweichend *Canaris* (Fn. 2), § 80 II, III, 1, der meint, in einigen Fallgruppen eine Indikationswirkung der Tatbestandsmäßigkeit annehmen zu können.

<sup>58</sup> Vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 230, 286 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 65 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Hubmann* (Fn. 6), S. 268 ff.; *ders.*, Festschr. f. Obermeyer, 1986, S. 43 ff.; feinsinnig dagegen *Druey*, Festschr. f. Vischer, S. 3 ff.; dazu *Canaris* (Fn. 2), § 80 II, 4; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 30 ff.

<sup>60</sup> So BVerfGE 35, 35, 39; 80, 367, 373 und öfters; dazu *Benda*, Menschenwürde, in: Handbuch des Verfassungsrechts (hrsg. v. Maihofer-Vogel), 1983, S. 108, 124; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 30 f.

<sup>61</sup> Vgl. *Max Scheler*, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik, 4. Aufl. 1954, S. 506 ff., 563 f.; dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 233 f.

Der Verletzungstatbestand muß also diesen „Zwischenbereich“ zu erfassen versuchen<sup>62</sup>.

Dieser *Zwischenbereich* wird nur sichtbar, wenn zugleich die Interessen und Zwecke derer in Betracht gezogen werden, deren Handlungen in den schützenswerten persönlichen Bereich einer Person eingreifen (*Gegeninteressen*<sup>63</sup>). Diese *Eingriffshandlungen* und die mit ihnen verfolgten Zwecke und Interessen sind von ungeheurer Vielfältigkeit; sie können den allerhöchsten Idealen, nämlich der Erforschung und Verbreitung der *Wahrheit*, sowie der Verwirklichung der *Gerechtigkeit* oder auch nur wahrheitsgemäßer Beurteilungen und *richtigen* Sachentscheidungen dienen. Die bedeutsamsten und wichtigsten sonstigen schützenswerten Gegeninteressen werden mit den allgemeinen Begriffen der *Meinungs-* und *Pressefreiheit* (Art. 5 Abs. 1 GG), gar als *Kunst- und Wissenschaftsfreiheit* (Art. 5 Abs. 3 GG) und vor allem als *Berufs- und Eigentumsfreiheit* (Art. 12, 14 GG) ganz allgemein unter den Begriff *Handlungsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG) gefaßt, die als *Rechte der anderen* die gleichfalls von der Handlungsfreiheit erfaßte persönliche Entfaltungsfreiheit und damit das (*verfassungsrechtliche*<sup>64</sup>) APR des Betroffenen beschränken (Grundrechtsschranken).

bb) Die *Abwägung* der mit den vorstehenden allgemeinen Begriffen auf hoher Abstraktionsebene beschriebenen Güter und Interessen im konkreten Einzelfall setzt zunächst eine *Bewertung* (Gewichtung) der gegeneinanderstehenden Interessen *im allgemeinen* (auf hoher Abstraktionsstufe) und dann in seinen *konkreten* Erscheinungsformen (z.B. die Privat- und Sexualsphäre eines Priesters oder eines Pornodarstellers gegenüber der Pressefreiheit der FAZ oder einer Pornozeitung) voraus<sup>65</sup>. Erst in der *dritten Stufe* müssen die bewerteten Interessen dann gegeneinander abgewogen und dem einen oder dem anderen gänzlich oder teilweise Vorrang eingeräumt werden. Soll diese Güter- und Interessenbewertung und – abwägung nicht mehr oder weniger unausgegorenen Vorurteilen und „Vorverständnissen“<sup>66</sup> überlassen bleiben, so bedürfte es der Aufstellung von *Wertetafeln*<sup>67</sup>, die eine Bewertung und Gewichtung der verschiedenen Werte vorgeben. In der pluralistischen Gesellschaft ist es aber zunehmend schwieriger geworden, solche allgemeinen Wertetafeln noch verbindlich vorzugeben. Zur Vermeidung von „Glaubenskriegen“ muß es sogar vermieden werden, hohe und höchste Werte einzelner Gruppen der Gesamtgesellschaft (des Volkes) *absolut* zu setzen. Die erforderliche Toleranz darf aber nicht in eine völlige Beliebigkeit zerfallen, in ein nihilistisches *everything goes* abgleiten.

---

<sup>62</sup> Vgl. Wolff, ZStW 81, 901; Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz 229.

<sup>63</sup> Vgl. Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 37 ff.

<sup>64</sup> Das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte verfassungsrechtliche APR ist nicht inhaltsgleich mit dem deliktischen APR des § 823 I; vgl. Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 91 ff, 631; dazu unten II, 5 c.

<sup>65</sup> Ehmann, AcP 188 (1988), S. 289 f.; ders. Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 66 ff.

<sup>66</sup> Im Sinne Essers, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M 1972.

<sup>67</sup> Vgl. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, § 22, S. 236.

Der Ausweg aus diesem Dilemma kann nicht bloß im Einzelfall gesucht und gefunden werden, weil sonst der *Kadijustiz* die Tür geöffnet und jede Rechtssicherheit beseitigt wäre. Der Ausweg muß vielmehr auf einer *mittleren Abstraktionshöhe* konstruiert werden. Aus der Höhe einer *absoluten Wertewelt*, gar der platonischen Ideen der *Wahrheit* und *Gerechtigkeit*, müssen wir daher in den begrenzten Raum unserer Höhle<sup>68</sup> zurück, um an der Wand, an die wir gekettet sind, die handfesten Regeln abzulesen, die wir und unsere Vorfahren mit unserem begrenzten Erkenntnisvermögen für bestimmte Lebenslagen und Lebensbereiche erkannt, gesammelt und festgehalten haben: *Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen. Verletze die Ehre anderer nicht. Sage die Wahrheit und lerne sie ertragen. The greater the truth, the greater the libel. Die Wahrheit ist ein offenes Messer in der Hand eines Kindes. Weh dem, der zu der Wahrheit geht durch Schuld. Der Lauscher an der Wand hört die eigene Schand. Durchs Schlüsselloch guckt man nicht. La vie privée doit être murée. Auch soll man nichts Schlechtes reden über andere Menschen. Ein Gentleman genießt und schweigt. Wer indiskret ist, verletzt die guten Sitten. Du sollst nicht petzen. Vater darf alles essen, muß aber nicht alles wissen. Nur der Irrtum ist das Leben und die Wahrheit ist der Tod; etc.*<sup>69</sup>.

In diesen und anderen *Lebensweisheiten* stecken die aus langer Erfahrung erwachsenen wichtigsten moralischen Regeln zum Schutze der wesentlichen Schutzbereiche der Persönlichkeit vor den häufigsten Verletzungshandlungen. Mit Hilfe der *Selbstermächtigung* der Rechtsprechung durch das APR können diese und andere moralischen Regelungen zu Schutzvorschriften *verrechtlicht* werden, so wie dies einst das Schweizer Bundesgericht aufgrund des Art. 28 ZGB mit der Regel für den Lauscher an der Wand getan hat: „*Ces préceptes éthiques sont devenues des normes juridiques*“<sup>70</sup>. Im Grunde verletzt jede durch die Gerichte festgestellte Verletzung des APR eine längst anerkannte moralische Regel: Gentleman und Gentlefrau lauschen nicht an der Wand, schauen nicht durch Schlüssellocher, tratschen nicht aus, was ihnen „unter dem Siegel der Verschwiegenheit“ anvertraut wurde, auch lügen sie nicht, schreiben nicht ab bei anderen und nutzen das geistige Eigentum anderer nicht, etc. Diese moralischen Regeln müssen nur hinreichend verallgemeinert und am Fall wieder zutreffend konkretisiert und verrechtlicht werden. Teilweise sind diese moralischen Verhaltensregeln auch schon vom Gesetzgeber selbst zu Rechtssätzen erhoben worden, wie z.B. mit dem Urheberrechtsgesetz die unbefugte Ausnutzung geistiger Leistungen anderer; mit dem Kunsturhebergesetz die Verbreitung und Zurschaustellung von Bildnissen; mit den §§ 201, 202, 203 StGB der Schutz des Arzt- und sonstiger Berufsgeheimnisse, das Brief- und Telefongeheimnis etc. Das APR ermächtigt (für das Zivilrecht) zur analogen Anwendung dieser strafrechtlichen Schutzvorschriften der Persön-

---

<sup>68</sup> Zum Höhlengleichnis vgl. *Platon*, *Der Staat*, 7. Buch, in: *Sämtliche Werke*, Verlag Lambert Schneider, Berlin, S. 248.

<sup>69</sup> Vgl. *Brossette* (Fn. 27), S. 42 f. mit weiteren Spruchweisheiten zur Wahrheit.

<sup>70</sup> BGE II, 1918, S. 319; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz 62, 603.

lichkeit über den unmittelbaren Geltungsbereich der Tatbestände hinaus, die schon durch § 823 Abs. 2 ins Zivilrecht transformiert werden. Im wesentlichen besteht der Unterschied zwischen der unmittelbaren Anwendung gesetzlicher Vorschriften zum Schutz der Persönlichkeit und dem APR darin, daß im Falle der Verletzung eines gesetzlichen Tatbestands die Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert wird, während im Falle darüber hinausgreifender analoger Anwendung die Rechtswidrigkeit positiv begründet werden muß. Es kann jedoch dabei bleiben, den „Mittelbereich“ des APR<sup>71</sup> über die Vorstellung eines „Rahmenrechts“ dem § 823 Abs. 1 zuzuordnen, aber der Rechtsanwender muß sich bewußt sein, daß er zur Konkretisierung des Rahmens und damit zur Bildung des geschützten Rechtsguts im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung nicht bloß gesetzliche Vorschriften und allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern auch *moralische Regeln*<sup>72</sup> zur Bewertung der Güter und des Verhaltens zu beachten hat.

e) Zur *normativen Leitung*<sup>73</sup> der Güter- und Interessenabwägung ist es erforderlich und hilfreich, die verschiedenen Sphären des gebotenen Persönlichkeitsschutzes zusammen mit den dem Ehrenschatz gegenüberstehenden Interessen (Wahrheit, Gerechtigkeit, Meinungs- und Pressefreiheit, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit etc.) in typischen, die Mehrzahl der Fälle erfassenden *Schutzbereichen* zusammenzufassen, in denen auf „mittlerer Abstraktionshöhe“ für bestimmte Fallgestaltungen Wertpräferenzen im konkret-Allgemeinen *grundsätzlich* (also mit Ausnahmevorbehalten) festgelegt werden können. Diese grundsätzlichen Wertpräferenzen für bestimmte Schutzbereiche lassen sich den im Volke tiefverwurzelten Moralvorstellungen entnehmen, wobei freilich nicht an die Prinzipien einer *Hochmoral*<sup>74</sup>, sondern an die *Sozialmoral*<sup>75</sup> des Volkes zu denken ist, wie sie beispielsweise in den vorgenannten *Spruchweisheiten* zum Ausdruck kommt, welche die *Ehre* anderer achten, das Prinzip der *Wahrheit* hochhalten, aber auch *Notlügen* anerkennen und über allzu menschliche Schwächen den Schleier der *Nächstenliebe* breiten, etc. Zur Bildung der – neben dem altherwürdigen *Ehrenschatz*<sup>76</sup> – wichtigsten *Schutzbereiche* der geistigen Persönlichkeit, auf denen die vorgenannten, aus jahrhundertelangen Erfahrungen gewonnenen Spruchweisheiten und Lebensregeln als Wertetafeln wirken, ist es sehr hilfreich, die datenschutzrechtlichen Kriterien in Betracht zu ziehen. Das Datenschutzrecht ist *vorverlagerter Persön-*

---

<sup>71</sup> Auch für das RaGewB kann es m. E. noch dabei bleiben, vgl. Fn. 34.

<sup>72</sup> Für das RaGewB insbes. Wettbewerbsregeln, Handelsbräuche, Arbeitskampfrecht etc.

<sup>73</sup> Zur Notwendigkeit einer normativen Leitung der Güter- und Interessenabwägung vgl. BGHZ 24, 72, 80; BVerfGE 66, 116, 138; dazu *Brossette* (Fn. 27), S. 124; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 67f.; *Helle*, Praxishandbuch Multimedia-Recht, 1999, Teil 8.1, Rdz. 62, der jedoch am Gelingen dieses Bemühens zweifelt; dazu unten Fn. 81.

<sup>74</sup> Zum Beispiel des absoluten Wahrheitsgebots, das *Kant* in seinem Aufsatz über das „Recht aus Menschenliebe zu lügen“ (Fn. 95) postuliert oder der katholischen Sexualmoral, die in BGHSt 6, 46 Ausdruck gefunden hat. „Sinn und Zweck des Verkehrs ist das Kind“. Das Postulat widerspricht der Natur des Menschen und wird deswegen vom Volk nicht beachtet, nicht einmal von den Priestern der Kirche selbst.

<sup>75</sup> Vgl. *Henkel* (Fn. 67), S. 133, 144, 148, 154.

<sup>76</sup> Dazu unten II, 1.

lichkeitsschutz<sup>77</sup> und der Persönlichkeitsschutz ist im wesentlichen, wie der Datenschutz, eine Art des Informationsschutzes. Die datenschutzrechtlichen Tatbestände unterscheiden zwischen der Erhebung, Speicherung, Übermittlung, Auswertung, Löschung und Nutzung von personenbezogenen Informationen (personenbezogenen Daten). Diese datenschutzrechtlichen Kriterien sind im Hinblick auf die Technik der *elektronischen Datenverarbeitung* entwickelt worden<sup>78</sup>. Die Technik der elektronischen Datenverarbeitung ist jedoch der Arbeitsweise des menschlichen Gehirns nachgebildet worden, das auch Informationen aufnimmt, verarbeitet, abspeichert und gelegentlich nutzt, indem es denkt, und auch manches wieder vergißt. Jede dieser verschiedenen Phasen der Informations- und Datenverarbeitung verfolgt verschiedene Zwecke, und diesen Informationshandlungen stehen verschiedene Interessen bzw. die Zwecke der *freien* Handlungen anderer gegenüber, und diese einander gegenüberstehenden Interessen müssen gegeneinander abgewogen werden. Für die nicht automatische und nicht dateimäßig organisierte Informationsverarbeitung darf natürlich der ohnehin bedenkliche Grundsatz des Datenverarbeitungsverbots (§ 4 BDSG) nicht übernommen werden, sonst müßte entweder der gesamte Handels-, Wirtschafts- und sonstige Verkehr zusammenbrechen, oder das Recht könnte nicht mehr ernstgenommen werden<sup>79</sup>. Aber der Grundsatz des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, der auch für den Bereich der *privaten* Datenverarbeitung<sup>80</sup> den verfehlten Grundsatz des § 4 BDSG wiederum ins Gegenteil verkehrt, bildet auch für den Persönlichkeitsschutz eine brauchbare erste Leitlinie, die für die verschiedenen Schutzbereiche der Erhebung und Speicherung von Informationen, sowie für die Übermittlung, Verbreitung und Verwertung *privater Geheimnisse* oder sonstiger *Aspekte der Persönlichkeit* etwas zu modifizieren ist. Aus alledem ergibt sich, daß zur normativen Leitung der Güter- und Interessenabwägung und damit der Bestimmung der Rechtswidrigkeit einer

---

<sup>77</sup> Zöllner, Informationsordnung und Recht, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 118, 1990, S. 6; Ehmann, AcP 188 (1988) S. 267; ders. Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz 63.

<sup>78</sup> Vgl. Auernhammer, BDSG-Kommentar, 2. Aufl. 1981, Einf. Rdz. 36 ff. Noch im Nachhinein schrecklich ist die Vorstellung, der am Anfang der Entwicklung des Datenschutzes gemachte nassforschende Vorschlag (Meister, Datenschutz im Zivilrecht, Dissertation Bielefeld 1977; zustimmend MK-Mertens, § 823 Rdz 134 [aufgegeben in der 2. Aufl.]; dagegen Ehmann, AcP 188 (1988), 230, 266f.) der Anerkennung eines „Rechts am eigenen Datum“ als sonstiges Recht iSd. § 823 Abs. 1, hätte sich durchgesetzt und es hätte auf dieser Grundlage ein Datenschutzrecht entwickelt werden müssen, so wie es heute auf der Grundlage der geltenden Datenschutzgesetze die Praxis beherrscht. Der Vorschlag der Anerkennung eines Rechts am eigenen Datum war also prinzipiell falsch. Der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht liegt letztlich derselbe Fehler zu Grunde, der jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – unvermeidbar war. Das APR als sonstiges Recht iSd. § 823 Abs. 1 war eine der notwendigen Krücken, auf denen die Rechtsentwicklung sich gegen die Dogmatik des geltenden Rechts weiterentwickeln mußte, vgl. auch Fn. 34.

<sup>79</sup> Weil für das gesamte im Bereich der Privatrechtsordnung erforderliche Informationswesen nicht detaillierte Vorschriften entwickelt werden können, wie sie z.B. auf Grund des sog. Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1, 42) mit den §§ 31 – 47 StVG allein für das Kraftfahrzeugregister entwickelt werden mußten.

<sup>80</sup> Für den öffentlichen Bereich gibt es immer noch einen „Übergangsbonus“ zur Korrektur des verfehlten Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, ansonsten müßte die öffentliche Verwaltung funktionsunfähig werden, vgl. BVerwG NJW 1990, 2768, 2770 mit Anm. Simitis/Fuckner, S. 2713; dazu Schatzschneider, NJW 1993, 2020; Erman/Ehmann (Fn. 5) Rdz. 96.

Persönlichkeitsverletzung folgende *Schutzbereichsbildung*<sup>81</sup> theoretisch geboten und praktisch hilfreich erscheint:

- (1) *Ehrenschutz* gegen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen;
- (2) *Identitätsschutz* gegen wahrheitswidrige, aber nicht ehrenrührige Tatsachenbehauptungen;
- (3) Schutz gegen die *Erforschung von Privatgeheimnissen*;
- (4) Schutz gegen *Verbreitung* von Privatgeheimnissen und Nutzung sonstiger Persönlichkeitsgüter;
- (5) *sonstiger* Persönlichkeitsschutz<sup>82</sup>.

f) In den vorgenannten *Schutzbereichen* sind jeweils etwas *verschiedene Aspekte der Persönlichkeit* gegen *verschiedene Gegeninteressen* zu schützen, und sowohl die jeweils schützenswerten *Persönlichkeitsaspekte* als auch die verschiedenen *Gegeninteressen* haben in den unterschiedlichen Schutzbereichen ein *verschiedenes Gewicht im Abwägungsprozeß*, z.B. sind sogar die weitgehend gleichartigen *Privatgeheimnisse* in den Schutzbereichen (3) und (4) Erforschung von Privatgeheimnissen einerseits (3) und gegen Verbreitung und Auswertung andererseits (4) in unterschiedlichem Maße schutzwürdig. Davon ist schon das Kunsturheberrechtsgesetz ausgegangen, das die *Herstellung* von Bildnissen einer Persönlichkeit noch der *Handlungsfreiheit* überließ<sup>83</sup>, *Veröffentlichung und Verbreitung* dieser Bildnisse aber grundsätzlich für *rechtswidrig* erklärte. Nicht alles, was man noch hören und sehen darf, darf man auch in alle Welt hinausschreien oder gar zu seinem eigenen Vorteil *kommerziell nutzen*. Auch kommt der *Meinungsfreiheit* im Abwägungsprozeß gegenüber ehrverletzenden Meinungsäußerungen ein größeres Gewicht zu als gegenüber unwahren Tatsachenbehauptungen. Diese und andere Bewertungsdifferenzen sind letztlich der wichtigste Grund für die Notwendigkeit der Bildung solcher Schutzbereiche, weil dadurch eine größere *Richtigkeitsgewähr* für die Güterabwägung in der Praxis geboten wird. Nicht zuletzt bilden diese Schutzbereiche aber auch ein Ordnungsmuster zur Sammlung der inzwischen fast unübersehbar gewordenen Kasuistik. Es ist deshalb sicherlich kein Zufall, daß

---

<sup>81</sup> Zu einer ähnlichen, aber etwas weiter gefächerten Schutzbereichsbildung ist unabhängig von mir *Canaris* ([Fn. 2], § 80 Fn. 21) gekommen, der jedoch abweichend von mir glaubt, daß der „Eingriff“ in einige der von ihm gebildeten Schutzbereiche die Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung *indizieren* könnte. Dabei bleibt das in den verschiedenen Schutzbereichen verschiedene Gewicht der Gegeninteressen, auch das verschiedene Gewicht der abstrakt formulierten Gegeninteressen (z.B. Meinungs- und Pressefreiheit) im konkreten Einzelfall, und nicht zuletzt die Tatsache außer Betracht, daß letztlich der „Zwischenbereich“ (oben I, 3 d aa nach Fn. 61) verletzt wird und letztlich ein Handlungsunrecht erfasst werden muß. Unsere weitgehend übereinstimmende Schutzbereichsbildung entspricht im wesentlichen auch der des US-amerikanischen Rechts (vgl. *Erman/Ehmann* [Fn. 5] Rdz. 135 ff.). Als verfehlt abzulehnen ist die Bildung sog. „besonderer Persönlichkeitsrechte“ nach dem Vorbild des „Rechts am eigenen Bilde“ (vgl. *Canaris* [Fn. 2], § 80 III, 3; ebenso *Erman/Ehmann* [Fn. 5], Rdz. 13, 68; 594 und öfters; vgl. auch *Helle*, Multimedia [Fn. 73], Rdz. 121, aber auch 137; noch etwas anders *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991, S. 27 ff.). Auch die anderen bisher angestellten Versuche einer "Fallgruppenbildung" überzeugen nicht, vgl. *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 f.; *Soergel/Zeuner*, 12. Aufl. § 823 Rdz. 75 ff.; kritisch zu solcher Fallgruppenbildung auch *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997, S. 177 f.

<sup>82</sup> Eine nähere Darstellung dieser fünf Schutzbereiche erfolgt unten unter II, 1 – 5.

<sup>83</sup> Nach § 6 b Ref.-Entwurf BDSG 99 (vgl. Fn. 9, 182, 207) soll die Videoüberwachung nur noch nach Interessenabwägung zulässig sein; dazu *Jacob*, DuD 2000, 5, 9.

ich dieses Ordnungsmuster entwickelt habe zum Zwecke der Gliederung meines Kommentars<sup>84</sup>, freilich auch mit dem Ziel, damit den Unrechtstatbestand des APR *begrifflich* genauer zu erfassen<sup>85</sup> und damit auch der Praxis die Arbeit zu erleichtern<sup>86</sup>.

g) Zur *Bewertung* und *Abwägung* der gegeneinanderstehenden Interessen sollen schließlich *zwei allgemeine Gesichtspunkte* nachgetragen werden, die für die Gewichtung und Güterabwägung von großer allgemeiner Bedeutung sind.

aa) *Bei allen Vorbehalten* gegenüber der *Sphärentheorie*<sup>87</sup> bleibt es richtig, daß es Bereiche der Privatsphäre gibt (z. B. Tagebucheintragungen), die zwar nicht völlig unantastbar sind, in die aber nur zum Zwecke der Wahrung sehr gewichtiger Interessen und hochrangiger Rechtsgüter eingedrungen werden darf, daß andererseits es aber auch Bereiche gibt (z.B. Grundbucheintragungen), die lediglich gegen völlig unberechtigtes willkürliches Eindringen geschützt sind, wo also jede Art eines berechtigten Interesses schon den Eingriff rechtfertigt (vgl. § 12 GBO). Es gibt Tatbestände, die eine *schwere Verletzung* des Persönlichkeitsrechts begründen und solche, die nur ein *Gefährdungsunrecht*<sup>88</sup> darstellen. Die Verletzung vieler gesetzlicher und auch moralischer Regelungen (verrechnet durch das APR) gewährt Schutzansprüche (Unterlassungs-, Widerrufs- und Schadenersatzansprüche) nicht erst im Falle der *Verletzung*, sondern schon im Falle der *Gefährdung* des APR. Der Blick durch Schlüssellöcher (oder Bildaufnahmen mit Teleobjektiven) und das Lauschen an der Wand (mit elektronischen „Wanzen“) begründen die Gefährdung des APR, auch wenn man dabei im konkreten Fall nichts Geheimen oder Intimes sehen oder hören kann. Auch das Öffnen von Briefen, das Abhören von Telefongesprächen, die Aufzeichnung von Gesprächen auf Tonbändern, *verletzen* eigentlich noch nicht das Persönlichkeitsrecht, sondern *gefährden* es nur<sup>89</sup>. Zutreffend werden die §§ 201-203 StGB daher als *abstrakte Gefährdungsdelikte* verstanden. Auch die *Datenschutzgesetze* enthalten letztlich derart *abstrakte Gefährdungstatbestände*, die einen vorverlagerten Persönlichkeitsschutz bilden<sup>90</sup>. Eine mangels berechtigter Interessen gem. § 28 BDSG unberechtigte Datenverarbeitung ist also z. B. eine rechtswidrige Handlung, aber noch keine *Persönlichkeitsverletzung*<sup>91</sup>. Es liegt freilich in der Eigenart des geistigen Wesens des APR, daß eine Gefährdung und eine Verletzung nicht so leicht zu unterscheiden

---

<sup>84</sup> Wofür mir der damals schon erschienene Aufsatz von *Canaris* (JuS 1989, 170) wertvolle „Denkanstöße“ gab, vgl. *Canaris* (Fn. 2), § 80 Fn. 21; dazu oben Fn. 81.

<sup>85</sup> Diesen Unterschied dieser Schutzbereichsbildung von den sonstigen Fallgruppenbildungen verkennt *Baston-Vogt* (Fn. 81), S. 177.

<sup>86</sup> Vgl. demgegenüber die Darstellung in *MK-Schwerdtner*, 3. Aufl., Anhang zu § 12, sowie das Handbuch von *Wasserburg*, *Der Schutz der Persönlichkeit im Recht der Medien*, Heidelberg 1988; u.a.

<sup>87</sup> Oben Fn. 59.

<sup>88</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 63.

<sup>89</sup> BGH NJW-RR 1990, 764; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 587.

<sup>90</sup> Oben Fn. 77.

<sup>91</sup> A.A. BGHZ 91, 233, 237; BGH NJW 1984, 436; dagegen zutr. BGH DB 1986, 855, 856; BAG RDV 1987, 129, 132; *Ehmann*, AcP 188, 270; *Canaris* (Fn. 2), § 80 Fn. 14, 34.

sind<sup>92</sup>; sieht man jedoch in jeder Gefährdung des APR schon eine Verletzung, so kommt es zu falschen Gewichtungen und demzufolge zu Fehlentscheidungen im Abwägungsprozeß. Darüber hinaus besteht auch die Gefahr, daß Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, wenn noch gar kein Schaden eingetreten ist. Von diesem Fehler konnte der Gesetzgeber bei der Reform des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 1990 nur mühsam abgehalten werden<sup>93</sup>. Im Bereich des Persönlichkeitsschutzes entgeht die Rechtsprechung im Falle der bloßen Gefährdung des Persönlichkeitsrechts der Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen in der Regel nur deswegen, weil in solchen Fällen ein materieller Schaden nie eingetreten ist und der Ersatz des immateriellen Schadens nur zugebilligt wird, wenn eine schwere Verletzung *und/oder* (?) ein schweres Verschulden vorliegt<sup>94</sup>.

bb) Der *Wert der Wahrheit* ist wohl bei *Kant*<sup>95</sup> und allen in seinem Banne stehenden Klassikern etwas zu hoch bewertet worden. Immerhin warnte der Kantianer *Friedrich Schiller*: „Wehe dem, der zu der Wahrheit geht durch Schuld“, und auch: „Nur der Irrtum ist das Leben, und das Wissen ist der Tod“. Mit dem letzten Satz war vorausbedacht, daß es auch eine geschützte *negative Informationsfreiheit*<sup>96</sup> geben muß.

Unsere Zeit erachtet jedoch im allgemeinen den Wert der Wahrheit eher zu gering<sup>97</sup>. Eine *richtige* und damit *gerechte Entscheidung*, nicht bloß in gerichtlichen Verfahren, sondern auch bei allen im privaten oder im öffentlichen Bereich zur Entscheidung anstehenden Fällen setzt jedoch die zutreffende und umfassende Kenntnis des entscheidenden Sachverhalts, kurz gesagt, die Kenntnis der *Wahrheit* voraus. Jeder Mangel an Information, jede Fehlinformation gar, birgt die Gefahr von Fehlentscheidungen in sich. Zwar zwingt nach allgemeiner Meinung nicht einmal die Strafprozeßordnung zur Wahrheitsermittlung um jeden Preis<sup>98</sup>, aber die Anerkennung von *Beweiserhebungs-* und *Beweisverwertungsverboten* muß doch häufig mit einem „an sich“ nicht gerechtfertigten Freispruch oder einer Klageabweisung, d.h. mit einer Fehlentscheidung bezahlt werden. Das gilt ent-

---

<sup>92</sup> Zutreffend dazu *Zöllner*, Informationsordnung (Fn. 77), S. 21.

<sup>93</sup> Vgl. §§ 7, 8 BDSG 1990; zu dessen Entwurf vgl. *Ehmann*, RDV 1989, 64 ff.; nach § 8 RefE BDSG 99 (Fn. 207) soll ein Gefährdungshaftungstatbestand mit Schmerzensgeldanspruch für Fälle unzulässiger Datenverarbeitung geschaffen werden; was jahrzehntelang noch abgewehrt werden konnte, wird jetzt über die EG-Datenschutzrichtlinie doch noch zu geltendem Recht gemacht: Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage.

<sup>94</sup> Vgl. insbes. BGHZ 35, 363, 368 – Ginseng; BVerfGE 34, 269, 286 – Soraya; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 806 f.

<sup>95</sup> *J. Kant*, Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, Werke hrsg. v. *Weischedel*, Darmstadt 1971, Bd. 7, S. 635; dazu *Brossette* (Fn. 27), S. 36 ff.

<sup>96</sup> Dazu unten II, 5 a, cc.

<sup>97</sup> *Brossette* (Fn. 27), S. 149 ff., 176. Politische Wahlen werden bei uns praktisch nur noch auf Grund von Lügen gewonnen. Der Steuerlüge Kohls folgte die Rentenlüge der SPD und alles wird überschattet von den Parteifinanzierungslügen der CDU. Gäbe es die Lügenbrücke, von der man einst den Kindern erzählte, so wären die politischen Parteien dezimiert.

<sup>98</sup> Grundlegend *Beling*, Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Breslau 1903; dazu *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, 44. Aufl. 1999, Einl. Rdz. 50 ff; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 48, 538 ff.

sprechend für alle Informationserhebungs- und Verwertungsverbote, insbes. für den Datenschutz, der deswegen – jedenfalls für den privaten Bereich – auch zur Anerkennung des Grundsatzes gekommen ist, daß die Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung nur verboten ist, wenn die entgegenstehenden Interessen des Betroffenen *überwiegen*, nicht schon – wie noch nach dem BDSG 1977 - wenn entgegenstehende Interessen „beeinträchtigt“ werden. Allgemein kann erkannt werden, daß das Interesse an der Richtigkeit einer Entscheidung gegenüber dem Schutz der Privatsphäre geringer wiegt, wenn der erforderliche Eingriff die Privatsphäre (schwer) *verletzt*, dagegen schwerer wiegt, wenn der Eingriff die Privatsphäre – wie z. B. im durch die Datenschutzgesetze geschützten Bereich – lediglich *gefährdet*. Das bloße Gefährdungsunrecht muß im Abwägungsprozeß geringer gewichtet werden als ein Verletzungsunrecht.

Die sonstigen *allgemeinen Gegeninteressen*<sup>99</sup> des Persönlichkeitsschutzes (vor allem die Meinungs- und Pressefreiheit) können im Rahmen dieses Beitrags nur innerhalb der unten noch zu skizzierenden Schutzbereiche bewertet werden. Vor der skizzenhaften Darlegung dieser Schutzbereiche soll aber noch kurz der Weg aufgezeichnet werden, auf welchem der Bundesgerichtshof in den Spuren der *Jute-Plüsch-Entscheidung* des Reichsgerichts mit „Umsicht und Behutsamkeit“ in der Mehrzahl aller entschiedenen Fälle, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, zu sachgerechten und überzeugenden Entscheidungen im Güter- und Interessenabwägungsprozeß zur Begründung rechtswidriger Persönlichkeitsverletzungen gekommen ist.

#### **4. Die Methode des BGH zur Unrechtsbestimmung**

a) Der BGH hat das APR als *sonstiges Recht* iSd § 823 Abs. 1 im wesentlichen nach derselben Methode begründet, die das Reichsgericht in der *Jute-Plüsch-Entscheidung*<sup>100</sup> zur Begründung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verwendet hat: In der *1. Stufe* ist der BGH, wie das Reichsgericht, von der „*freien Willensbetätigung*“, von einer „Befugnis zur Selbstbestimmung“ ausgegangen und hat in der *2. Stufe* dieses Selbstbestimmungsrecht auf einen *bestimmten Bereich* beschränkt, den das Reichsgericht als "gegenständliche Verkörperung“ bezeichnet hatte, der freilich für den „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ noch leichter und konkreter faßbar war, weshalb das Reichsgericht in derselben Entscheidung die Konkretisierung eines entsprechenden „Persönlichkeitsrechts“ auch noch abgelehnt hat. Dem BGH ist es jedoch mit viel „Umsicht und Behutsamkeit“ gelungen – wie gleich zu zeigen sein wird -, in seinen Leitentscheidungen auch für die „freie Willensbetätigung“ bezüglich der eigenen Persönlichkeit *Aspekte* herauszustellen, für welche der *Wille zur Selbstbestimmung* der Persönlichkeit eine feste, für andere erkennbare Grundlage, d.h. eine „gegenständliche Verkörperung“ gefunden hat, die von anderen zu respektieren ist. Für den so

---

<sup>99</sup> Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 37 ff; dazu oben I, 3 d, aa nach Fn. 63.

<sup>100</sup> RGZ 58, 24.

beschränkten Bereich konnte sodann in der 3. Stufe auf „mittlerer Abstraktionshöhe“ eine *Güter- und Interessenabwägung* nach im Volke schon lange bewährten Lebens- und Anstandsregeln erfolgen. Zum Beweis der Kontinuität der hier vorgetragenen Schutzbereichs- und Unrechtsbestimmung mit der Rechtsprechung des BGH sei es erlaubt, die vorgetragene Methode des BGH, die trotz ähnlicher Formulierung wesensverschieden ist von der *Grundrechtsdogmatik*, mit welcher das *Bundesverfassungsgericht*<sup>101</sup> seine (*Grund-*) *Rechte auf informationelle, sexuelle, individuelle, wirtschaftliche und sonstige Selbstbestimmung* begründet, mit einigen Zitaten aus den wichtigsten Leitentscheidungen zu belegen.

b) Die *Befugnis zur Selbstbestimmung* hat der Bundesgerichtshof in seinen *Leitentscheidungen*<sup>102</sup> wie folgt formuliert:

(1) In der *Schachtbrief-Entscheidung* wurde das APR im wesentlichen begründet mit dem Satze, „daß grundsätzlich dem Verfasser allein die Befugnis zusteht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form seine Aufzeichnungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“.

(2) In der *Herrenreiter-Entscheidung* wurde das APR weit umschrieben als „jener innere Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des einzelnen untersteht“.

(3) In der *Tonband-Entscheidung* definierte der BGH das APR des Klägers als „Befugnis des Menschen, selbst darüber zu bestimmen, ob seine Worte einzig seinem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen und erst Recht, ob seine Stimme mittels eines Tonträgers festgehalten werden darf“.

(4) Schließlich definierte der BGH auch in der *Soraya-Entscheidung* das APR als Recht der Klägerin, „selbst darüber zu bestimmen, ob sie mit eigenen Äußerungen über ihre Privatsphäre öffentlich hervortreten wollte und, wenn sie diesen Wunsch hatte, in welcher Form dies geschehen sollte“.

Die so qualifizierte „Befugnis der Selbstbestimmung ...“ hätte auch als „Freiheit“ iSd § 823 Abs. 1 BGB verstanden werden können, was der BGH aber wohl deswegen zu vermeiden versuchte, weil damit ein noch weiter gezogenes „Rahmenrecht“ geschaffen worden wäre, das wegen der Beschränkung des § 847 auf „*Freiheitsentziehung*“ auch für die Überwindung des § 253 nicht besonders hilfreich

---

<sup>101</sup> Zitatnachweise in *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 34.

<sup>102</sup> BGHZ 13, 334, 338 - Schachtbrief; 26, 349, 354 - Herrenreiter; 27, 284, 286 - Tonband; BGH NJW 1965, 685, 687 - Soraya.

gewesen wäre<sup>103</sup>. Auch mit einer Subsumtion des APR unter den Begriff der Freiheit (iSd § 823 Abs. 1) hätte jedoch der Charakter der Widerrechtlichkeit, die den weiten Raum der „freien Willensbetätigung“ des anderen berührt, nur durch die „Form“<sup>104</sup> oder die „zu mißbilligende Art der Schädigung“<sup>105</sup> positiv begründet werden können. Letztlich führt es zum selben Ergebnis, wenn die Befugnis der Selbstbestimmung der „inneren Persönlichkeit“ als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 verstanden oder wenn der Begriff der Freiheit iSd § 823 Abs. 1 über die Bewegungsfreiheit hinaus auf die Befugnis der Selbstbestimmung der inneren Persönlichkeit erstreckt wird. Im weit gefaßten Verständnis des *Begriffs der Freiheit*<sup>106</sup> sind alle absoluten Rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB enthalten, die juristische Handhabung zwingt jedoch dazu, die aus dem Freiheitsbegriff abzuleitende „Befugnis der Selbstbestimmung“ auf die „gegenständliche Verkörperung“ des Begriffsinhalts der konkreten Rechte und Rechtsgüter des § 823 I zu beschränken.

c) Den „gegenständlichen“ Bereich der „freien Willensbetätigung“ (Befugnis der Selbstbestimmung) hat der BGH im Rahmen der „geistigen Persönlichkeit“ in den v.g. Leitentscheidungen wie folgt zu erfassen versucht:

(1) In der *Schachtbrief-Entscheidung* auf den Bereich der sprachlichen Festlegung eines Gedankens in einem Brief; wobei neu aber nur war, daß dieser Bereich weiter gezogen wurde als die „besondere Gestaltungshöhe“ des Schriftwerks durch „individuelle Formgebung“, d.h. etwas über den Schutz des Urheberrechts hinaus.

(2) In der *Herrenreiter-Entscheidung* wurde der schützenswerte Bereich des konkreten Falles in dem seit langem anerkannten *Recht am eigenen Bilde*, also in der unbefugten Verbreitung und Nutzung von Abbildungen des Betroffenen erkannt.

(3) In der *Tonband-Entscheidung* erkannte der BGH die *gegenständliche Verkörperung* dieser geschützten Willensbetätigung des Betroffenen in der Vertraulichkeit eines persönlichen, wertvollen Streitgesprächs, das vom Gefühl des Argwohns freigehalten werden müsse. Ausgenommen wurden jedoch ausdrücklich die Fälle telefonischer Durchsagen, telefonischer Bestellungen etc. im geschäftlichen Verkehr, weil diese das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht berühren würden.

(4) In der *Soraya-Entscheidung* erkannte der BGH die *gegenständliche Verkörperung*

---

<sup>103</sup> Vgl. BGHZ 35, 363, 368 f., wo der BGH die Begründung der Herrenreiter-Entscheidung (BGHZ 26, 349) nachbessert und sich gegen die Kritik von Larenz (NJW 1958, 827) verteidigt, sich aber schwertut, die „Freiheitsentziehung“ als Verletzung der freien Willensbestimmung zum Schutz der inneren Persönlichkeit zu begreifen. Der *Sprung* gelingt mit einer „Analogie“. Der Begriff der Freiheit ist vieldeutig: „Frei ist der Mensch und wenn er in Ketten geboren“ (Schiller).

<sup>104</sup> So RGZ 58, 24, 28 – Jute-Plüsch.

<sup>105</sup> So BGHZ 45, 296, 307 – Höllenfeuer; dazu Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 60.

<sup>106</sup> Vgl. Deutsch, Festschrift für Hauß, 1978, S. 43; Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 21.

rung der freien Willensbetätigung im eigenen Mund, in den nichts hineingelegt werden darf, was der Betroffene selbst nicht gesagt hat, schon gar nicht Äußerungen über die Privatsphäre, über die man sich normalerweise öffentlich nicht äußert.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, in welcher Weise der BGH das APR in der 1. Stufe als Selbstbestimmungsrecht begreift, das in der 2. Stufe auf einen bestimmten Bereich beschränkt werden muß, in welchem eine „gegenständliche Verkörperung“ der Selbstbestimmung des Betroffenen als „feste Grundlage“ anerkannt werden kann, aber noch nicht mit den entgegenstehenden Interessen des Eingreifers abgewogen werden muß. Mit welcher „Umsicht und Behutsamkeit“ der BGH die Güter- und Interessenabwägung in der 3. Stufe auf der so bestimmten „festen Grundlage“ vorgenommen hat, soll im Rahmen der nachstehend skizzierten Schutzbereiche gezeigt werden.

## II. Einzelne Schutzbereiche

### 1. Ehrenschutz

#### a) *Vom mangelhaften Ehrenschutz zur Ehrlosigkeit*

Der Ehrenschutz ist der Kernbereich des herkömmlichen Schutzes der inneren, geistigen Persönlichkeit. Dieser Ehrenschutz hat sich allerdings als nicht mehr ausreichend erwiesen, als die in der Bonner Republik wieder freigewordene Presse immer unverschämter eindrang in das Privatleben der *Kaiserin von Persien*, eines *Herrenreiters*, eines *Kirchenrechtlers*, einer *Fernsehansagerin*, von *Filmschauspielern*, *Schriftstellern*, *Politikern*, nicht zuletzt der *Prinzessin von Monaco*, vereinzelt auch einer *Dachdeckertochter* mit ihrer Familie, sowie von *Individuen*, die durch Scheußlichkeiten im Dritten Reich oder sonstige Abartigkeiten und Mordtaten ein allgemeines Interesse erregten. Die in den mit diesen Stichworten aufgerufenen Fällen<sup>107</sup> sichtbar gewordenen Mängel des Persönlichkeitsschutzes waren und sind teils eine Folge der herkömmlichen Beschränkung des Ehrenschatzes, teils aber auch eine Folge der *Überbewertung* der Meinungs- und Pressefreiheit. Der *Begriff der Ehre* ist freilich seit alters her schwer zu erfassen und es liegt in seinem Wesen, daß er mehr noch als andere Rechtsbegriffe dem *Wandel des Zeitgeistes*<sup>108</sup> unterliegt. Was einem heutigen Bundeskanzler als ehrenhaft erscheint, hätte einen preußischen Reichskanzler zur Pistole greifen lassen. Das aber ist, trotz größter Aktualität, nicht das Thema dieses Beitrags. Schon aus Raumgründen muß der *normativ-faktische* Inhalt des Ehrbegriffs vorausgesetzt

---

<sup>107</sup> Zitiert sind diese und andere Fälle in *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 50, 221 ff.; auch schon in AcP 188 (1988), S. 230, 244.

<sup>108</sup> *Württemberg, Zeitgeist und Recht*, 2. Auflage Tübingen 1991.

werden<sup>109</sup>. Angemerkt werden muß freilich, daß die Ehre als Aspekt der „inneren Persönlichkeit“<sup>110</sup> nicht nur ein Rechtsgut der *Individualperson* ist, wie Leben, Körper, Gesundheit, sondern ein Rechtsgut der *Sozialperson*, welche die Beziehung des betroffenen Menschen zu anderen Menschen (das „Anerkennungsverhältnis“) schützt<sup>111</sup>. Die Verletzungshandlung betrifft daher die Beziehung der betroffenen Person zu anderen Menschen, auf deren Anerkennung der Betroffene objektiv und subjektiv angewiesen ist. Wer behauptet, die Ehre sei in der demokratischen Gesellschaft ein entbehrliches Rechtsgut geworden<sup>112</sup>, leugnet letztlich die dem Recht vorgegebene Wertvorstellung über die Würde des Menschen, welche das Maß dafür bildet, wie die Menschen in ihrer Gemeinschaft miteinander leben und umgehen. Die Folgen solch unehrenhafter Vorstellungen zeigen sich derzeit deutlich am unehrenhaften Verhalten der Repräsentanten einer Gesellschaft, die sich von solchen Vorstellungen leiten läßt: Jeder glaubt, seine Persönlichkeit, seine Ehre, sein Recht selbst bestimmen zu können. Allgemeine Ehr-, Moral- und Rechtsvorstellungen werden zunehmend nicht mehr anerkannt, *gelten* daher nicht mehr, allenfalls noch für die jeweils anderen, für die Dummen.

#### b) Lückenhafter Ehrenschatz

Die Entwicklung des APR ist - wie die vorstehend genannten und andere Entscheidungen zeigen - teils eine Folge eines unzureichenden Ehrenschatzes. Ein zivilrechtlicher Ehrenschatz war vor Anerkennung des APR nur über § 823 Abs. 2 iVm §§ 185 ff. StGB gegeben. *Drei Lücken* dieses Ehrenschatzes, die hinsichtlich der Strafbarkeit berechtigt sein mögen, waren für den zivilrechtlichen Schutz unzureichend: 1. Fälle *fahrlässiger* Ehrverletzungen, insbes. infolge irrtümlicher Wort-<sup>113</sup> und Bildberichterstattungen<sup>114</sup>; 2. die *Verbreitung* zwar nicht ehrverletzender, aber *wahrheitswidriger*, persönlichkeitsverfälschender Informationen (*Identitätsverletzungen*<sup>115</sup>); 3. die *Erforschung*, sowie die *Veröffentlichung, Verbreitung und kommerzielle Nutzung wahrheitsgemäßer, aber höchstpersönlicher Informationen* und „Güter“ („geistiges Eigentum“) gegen den erkennbaren Willen des Betroffenen<sup>116</sup>.

---

<sup>109</sup> Zu den allgemein üblichen und anerkannten Voraussetzungen und Funktionen des Ehrbegriffs sowie zu den speziellen Vorstellungen des Verf. darüber kann auf *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 211-240 verwiesen werden; dazu *Helle*, Multimedia (Fn. 73), Rdz. 45 ff.

<sup>110</sup> Vgl. dazu oben I, 3 d, aa nach Fn. 60.

<sup>111</sup> E. A. Wolff, ZStW 1981, 901; Zaczek, in: Nomos Kommentar zum StGB 1995, vor § 185 Rdz. 1; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 228 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Kübler, JZ 1990, 516; dagegen *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 225 f.

<sup>113</sup> Z. B. BGHZ 39, 124 – Fernsehansagerin.

<sup>114</sup> OLG Koblenz, NJW 1997, 1375, gewährt z. B. einem katholischen Geistlichen, dessen Bild „versehentlich“ in BamS neben einem Bericht über den sexuellen Mißbrauch von Kindern durch Priester abgedruckt wurde, wegen der „bloßen“ Fahrlässigkeit nur 20.000 DM und ändert damit ein Urteil des LG Trier ab, das 30.000 DM zugesprochen hatte; zu diesem und anderen Fällen vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 815 ff, 823.

<sup>115</sup> Vgl. dazu den unter II., 2 dargestellten Schutzbereich des APR.

<sup>116</sup> Vgl. dazu die unten unter II., 3 und 4 dargestellten Schutzbereiche.

Es mag richtig sein, daß fahrlässige Ehrverletzungen ebenso wie fahrlässige Sachbeschädigungen nicht strafbar sein sollen, aber zivilrechtlich müssen auch die infolge Fahrlässigkeit verursachten Schäden ausgeglichen werden, schon weil hinsichtlich von Ehr- und Persönlichkeitsverletzungen insbes. die Presse sich meist unwiderlegbar auf Fehlinformationen und sonstige Irrtümer berufen wird<sup>117</sup>. Die Wirksamkeit dieses Schutzes gegen bloß fahrlässige Ehrverletzungen über Unterlassungs- und Widerrufsansprüche hinaus setzte allerdings die weitere *Großtat* der Herrenreiter-Entscheidung<sup>118</sup> voraus, welche den „Schmerzensgeldanspruch“<sup>119</sup> des § 847 an § 253 vorbei mutig, aber mit „Umsicht und Behutsamkeit“, *analog* von der *Freiheitsentziehung* (der körperlichen Bewegungsfreiheit) auf die *Freiheitsbeschränkung im Geistigen* erweiterte<sup>120</sup>.

### c) *Wahrnehmung berechtigter Interessen*

aa) Der strafrechtliche und mit ihm der zivilrechtliche (über § 823 Abs. 2) Ehrenschutz steht seit alters her unter dem besonderen Vorbehalt (*Handlungserlaubnis*) der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* (§ 193 StGB<sup>121</sup>; entspr. gilt für die Verletzung der sog. *wirtschaftlichen Ehre* gem. §§ 824 BGB; 14 Abs. 2 UWG). In der Strafrechtsdogmatik ist die *Rechtsnatur* des § 193 StGB streitig. Die Problematik des Streits ist letztlich in der besonderen Natur des Rechtsguts *Ehre* begründet, die einerseits die Selbstbestimmung der eigenen Person begründet, andererseits aber den Zusammenhang mit anderen Personen herstellt und Auseinandersetzungen mit diesen aushalten muß<sup>122</sup>. Die von § 193 StGB begründete *Handlungserlaubnis* wird daher nicht nur als *Rechtfertigungsgrund*, sondern auch als Ausschluß des *Beleidigungstatbestandes* betrachtet, von einer verbreiteten Auffassung als Fall des *erlaubten Risikos* und von der h. M. als Fall der *Güter- und Interessenabwägung angesehen*; gegen diese h. M. wird jedoch zu Recht eingewendet, daß das Abwägungsprinzip *leer* bleibt, solange keine vom Einzelfall unabhängige *Hierarchie der Werte*<sup>123</sup> aufgestellt wird. Diese Probleme der Strafrechtsdogmatik sind kein bloßes Glasperlenspiel, vielmehr sind darin schon alle wesentlichen Elemente der Problematik der Begriffs- und Unrechtsbestimmung zivilrechtlicher Persönlichkeitsverletzungen enthalten, aufgrund der die *Rechtswidrig-*

---

<sup>117</sup> Die praktische Bedeutung des APR als Ehrenschutztatbestand neben § 823 II iVm §§ 185 ff. StGB ist daher nicht gering (anders *Canaris* [Fn. 2], § 80 II, 2); sogar im Fernsehansagerinnenfall hat sich der Verlag, der über §§ 31, 831 für die Redakteure haften mußte, auf Irrtum berufen und den Entlastungsbeweis angeboten; vgl. auch den Irrtumseinwand in der Priesterentscheidung (oben Fn. 114). Außerdem wäre es noch schwieriger gewesen, über § 823 II iVm §§ 185 ff. StGB Beleidigungen als „*Freiheitsentziehungen*“ zu begreifen.

<sup>118</sup> BGHZ 26, 349, 355; mit in BGHZ 35, 363 – Ginseng nachgebesselter Begründung; bestätigt durch BVerfGE 34, 269 – Soraya.

<sup>119</sup> Seit BGHZ 128, 1, 15 werden die Schmerzensgelder „*Geldentschädigung*“ genannt mit einer Tendenz zum Strafschadensersatzanspruch; dazu oben Fn. 23 f.

<sup>120</sup> Dazu oben Fn. 7.

<sup>121</sup> Hier hat also die Güter- und Interessenabwägung als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit (oder gar der Tatbestandsmäßigkeit) seine wohl älteste Wurzel.

<sup>122</sup> *Zaczyk* (Fn. 111), § 193 Rdz. 1; dazu oben I, 3d, aa.

<sup>123</sup> *Zaczyk* (Fn. 111), § 193 Rdz. 2.

keit solcher Handlungen weder als bloßes *Erfolgsunrecht* noch bloß durch eine Güter- und Interessenabwägung *im Einzelfall* begründet werden kann.

bb) Ehrverletzungen können durch *Tatsachenbehauptungen* und *Meinungsäußerungen* verursacht werden. Erfolgen sie durch *Tatsachenbehauptungen*, so schließt der *Beweis der Wahrheit* grundsätzlich die (Rechtswidrigkeit der) Ehrverletzung aus. Ausnahmsweise können jedoch auch unwahre oder nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein; z. B. wenn ein ehrenrühriger Verdacht zum Zwecke der Aufklärung einer Straftat geäußert werden muß. In solchen Fällen muß jedoch das *schonendste Mittel*<sup>124</sup> gewählt und die Sache vor einer öffentlichen Äußerung so sorgfältig wie möglich aufgeklärt (recherchiert) werden<sup>125</sup>.

Erfolgt die Ehrverletzung durch *Meinungsäußerungen*, so ist eine Rechtfertigung durch den Wahrheitsbeweis definitionsgemäß<sup>126</sup> ausgeschlossen. Die herkömmliche straf- und zivilrechtliche Beurteilung solcher Fälle ist von der seit dem *Lüth-Urteil*<sup>127</sup> entwickelten verfassungsrechtlichen *Wechselwirkungslehre* überwältigt worden, mit der Folge einer weitgetriebenen *Überbewertung* der verfassungsrechtlich geschützten *Meinungs- und Pressefreiheit* (Art. 5 Abs. 1 GG) gegenüber dem *Ehren- und Persönlichkeitsschutz*, wie folgt:

(1) Für Äußerungen im sog. „geistigen Meinungskampf“ („in die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen“) wird eine nahezu unwiderlegliche Vermutung der „freien Rede“ aufgestellt, wonach die Meinungs- und Pressefreiheit entgegen Art. 5 Abs. 2 GG nicht mehr an der *Ehre*, sondern nur noch an sog. „*Schmähkritik*“ ihre Grenze finden soll. Schmähkritik soll vorliegen, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht<sup>128</sup>. Äußerungen in die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen sollen aber nur ausnahmsweise als Schmähkritik verstanden werden können; die Annahme von Schmähkritik solle vielmehr auf „Privatfehden“ beschränkt bleiben<sup>129</sup>.

(2) Das ursprünglich von der zivilrechtlichen Rechtsprechung auf der Grundlage

---

<sup>124</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 354 m.w.N.

<sup>125</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 350 ff.

<sup>126</sup> Tatsachenbehauptungen beziehen sich auf beweisbare Vorgänge, Meinungsäußerungen sind Wertungen, Beurteilungen, die grundsätzlich nicht bewiesen werden können. Die Beweisbarkeit ist immer noch das wichtigste Unterscheidungsmerkmal zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung. In der Praxis ist die Abgrenzung oft sehr schwierig, die Behauptung, die Abgrenzung sei theoretisch nicht möglich, ist jedoch sophistisch. Das BVerfG nimmt im Zweifel eine Meinungsäußerung an, was den Ehren- und Persönlichkeitsschutz gleichfalls (vgl. nachstehenden Text) einschränkt, vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 241-252 m.w.N.

<sup>127</sup> BVerfGE 7, 198, 208.

<sup>128</sup> BVerfGE 54, 129, 139 – Kunstkritik; 82, 272, 283f. – Zwangsdemokrat; BVerfG NJW 1995, 3303, 3304 – Mörder IV; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 310 f.

<sup>129</sup> BVerfG NJW 1995, 3303, 3304; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 310.

der zivil- und strafrechtlichen Dogmatik auch für *Meinungsäußerungen* (nicht bloß für Tatsachenbehauptungen) noch befolgte *Gebot des mildesten Mittels*<sup>130</sup> beim Eingriff in den auch grundrechtlich (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützten Bereich der Ehre und des Persönlichkeitsschutzes ist – obwohl es als Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch Verfassungsrang hat<sup>131</sup> – auf Grund der im Lüth-Urteil<sup>132</sup> begründeten *Wechselwirkungslehre* aufgegeben worden<sup>133</sup> zugunsten einer *dreifachen* Gewichtung<sup>134</sup> der Meinungs- und Pressefreiheit, wie folgt: 1. wird der Ehrenschatz als *Eingriff* in die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte *Meinungs- und Pressefreiheit* verstanden, dem – wie sonstigen „durch einfache Gesetze geschützten Interessen“ – gegenüber der ausgeübten Meinungs- und Pressefreiheit nur die Funktion einer *Grundrechtsschranke* zukommt; 2. soll die Ehre als Grundrechtsschranke zusätzlich einer *Einschränkung* durch Auslegung „im Lichte des Grundrechts der Meinungsfreiheit“ unterworfen werden (*Schranken-Schranke*), was schon eine doppelte Gewichtung der Meinungsfreiheit im Abwägungsprozeß mit der Ehre zur Folge hat<sup>135</sup>; 3. kommt das BVerfG zu einer dritten *Gewichtung* der Meinungsfreiheit im Abwägungsprozeß mit dem Ehrenschatz durch seine sog. *Sinneutung* der ehrverletzenden Äußerung, bei welcher nicht nach bewährter herkömmlicher straf- und zivilrechtlicher Methode darauf abgestellt wird, was der Äußernde sagen wollte und was der Äußerungsempfänger verstanden hat, sondern „auf den Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat“<sup>136</sup>. Dieses unvoreingenommene und verständige Publikum ist eine „Kunstfigur“, die im Entscheidungsprozeß selbstverständlich durch die Richter des BVerfG repräsentiert wird, was zur Folge hat, daß *in dubio pro reo* die *harmloseste Auslegungsmöglichkeit* herausgesucht wird, bzgl. derer es dem Betroffenen nicht gelingt zu beweisen, daß der Äußernde dieses, sondern etwas anderes hat sagen wollen. Damit ist der Ehrenschatz praktisch aufgehoben und damit die Würde des Menschen verletzt und die Werteordnung der Gemeinschaft schwer gestört.

Zu dieser *Auslegungsmethode* („Sinneutung“) glaubt das BVerfG berechtigt zu sein, weil es im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG *keine verfassungsdurchbrechenden einfachen Gesetze* anerkennen und darum dem *abstrakten* Ehrenschatz (§§ 185 ff. StGB, 823 I BGB) nicht als „allgemeines Gesetz“ Vorrang einräumen will, vielmehr glaubt, nur einer von ihm anerkannten *konkreten Ehrverletzung* nach eigener Sinneutung Vorrang vor der umstrittenen Äußerung einräumen zu dürfen<sup>137</sup>. Im

---

<sup>130</sup> Vgl. BGHZ 3, 270; 36, 77, 82; 45, 296, 307; BGH NJW 1994, 124. Dieses Gebot des mildesten Mittels ist aufgegeben worden, obwohl es als Ausfluß des „allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“ auch Verfassungsrang hat, vgl. BVerfGE 19, 342, 348; 25, 1, 17; 30, 292, 316; st. Rspr.; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 305, 349.

<sup>131</sup> Vgl. oben Fn. 130.

<sup>132</sup> BVerfGE 7, 198, 208; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 281 f.

<sup>133</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 305.

<sup>134</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 278 f., 302 m.w.N.

<sup>135</sup> So auch schon *Zaczyk* (Fn. 111), § 183, Rdz. 6; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 277 ff., 302.

<sup>136</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 253 - 264.

<sup>137</sup> Dagegen schon *Nipperdey*, DVBl 1958, 445 ff; ferner *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 279 ff., 281.

Ergebnis führt diese „Sinndeutung“ nicht bloß zu einer *dritten* Gewichtung der Meinungsfreiheit gegenüber der Ehre, sondern macht darüber hinaus das BVerfG zu einer *Superrevisions-*, gar zu einer *Superberufungsinstanz* in allen Fällen der Kollision der Meinungsfreiheit mit dem Ehrenschatz<sup>138</sup>. Das hat schon in vielen Fällen, nicht zuletzt in den „Soldaten sind Mörder“-Prozessen<sup>139</sup> zu Fehlentscheidungen geführt.

Demgegenüber behauptet allerdings *Grimm*<sup>140</sup>, das Bundesverfassungsgericht habe der Meinungsfreiheit nicht absoluten Vorrang vor dem Ehrenschatz eingeräumt, widerlegt seine offensichtlich falsche Behauptung aber zugleich selbst, indem er die Notwendigkeit der Beachtung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) im Abwägungsprozeß *auf drei Ebenen* wie folgt so darlegt: „1. beim Verständnis der Äußerung (*Sinnebene*), 2. bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmung (*Normauslegungsebene*), 3. bei der Abwägung der kollidierenden Rechtspositionen (*Normanwendungsebene*).“ Damit hat *Grimm* ganz unzweifelhaft selbst die *dreifache* Gewichtung der Meinungsfreiheit im Abwägungsprozeß mit dem Ehren- und Persönlichkeitsschutz nicht bloß eingestanden, sondern sogar als *von Verfassungs wegen geboten* bezeichnet.

#### d) Güterabwägung ohne Wertmaßstab

Der nahezu absolute Vorrang der Meinungsfreiheit vor dem Ehrenschatz in der Rspr. des BVerfG hat nicht zuletzt eine Art *Nihilismus* zur Voraussetzung, der aus der US-amerikanischen Rechtsprechung übernommen wurde. Für den *US-Supreme Court* liegt es innerhalb der geschützten Meinungsfreiheit, wenn einem Sektenprediger in einer satirischen Darstellung das Eingeständnis inzestuöser Beziehungen zu seiner Mutter in den Mund gelegt wird<sup>141</sup>, weil es nach Ansicht von *Chief Justice Rehnquist* keinen brauchbaren Maßstab zur Unterscheidung zulässiger und unzulässiger Äußerungen gibt, solche Unterscheidungen vielmehr zum Einfallstor subjektiver Vorlieben und Abneigungen werden würden. *Grimm* meint, diese amerikanische Rechtsprechung beruhe auf der tief eingewurzelten amerikanischen Überzeugung, daß gerade der unbegrenzte Meinungsmarkt wahrheitsfördernd und gemeinwohlstiftend wirke<sup>142</sup>. Ganz hat sich das BVerfG diese amerikanische Auffassung allerdings noch nicht zu eigen gemacht, denn in etwa zeitgleich mit der amerikanischen Predigerentscheidung hat das BVerfG<sup>143</sup> eine Karikatur, die *F.J. Strauß* als Schwein im Geschlechtsakt mit anderen Schweinen

---

<sup>138</sup> Vgl. dazu unten II, 1 f.

<sup>139</sup> NJW 1995, 3303; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 319 ff.

<sup>140</sup> NJW 1995, 1697 mit Nachlieferung von Gründen und Rechtfertigungsversuchen für die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidungen.

<sup>141</sup> *Hustler Magazine v. Falwell*; dazu *Grimm*, NJW 1995, 1701; krit. dagegen *Wiegand*, NJW 1997, 1352; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 285 f.

<sup>142</sup> *Grimm*, NJW 1995, 1702, der aber doch Neigungen zu dieser amerik. Überzeugung zeigt und auch damit selbst eingesteht, daß die Ehre für ihn kein Wert mehr ist, den die Gerichte zu schützen haben.

<sup>143</sup> BVerfGE 75, 369; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 375.

in Richterroben zeigt, noch als Beleidigung betrachtet<sup>144</sup>, obwohl im deutschen Recht auch solche schweinischen Karikaturen als *Kunst* betrachtet werden, der nach Art. 5 Abs. 3 GG noch weiterer Vorrang vor dem Ehrenschatz zukommt. Wenn jedoch alles Kunst ist<sup>145</sup> und der Kunst absoluter Vorrang zukommt, wäre jeder Ehrenschatz beseitigt. Aber es kann nicht *alles* Kunst sein, weil sonst nichts mehr Kunst wäre, ebenso wie nichts mehr Recht ist, wenn alles Recht ist. Eine Beleidigung ist jedenfalls keine Kunst, auch kein Recht<sup>146</sup>.

e) *Die Wechselwirkungslehre als Zufallsgenerator*

Schließlich liegt die Übergewichtung der Meinungsfreiheit gegenüber der Ehre auch ein wenig an der unzulänglichen *Mechanik der Wechselwirkungslehre*, die allgemein jedem einen Vorrang einräumt, der in einer Verfassungsbeschwerde vortragen kann, ein anderer habe in eines seiner Grundrechte eingegriffen, weil er damit dem Eingreifenden die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs auferlegt. Das gilt insbesondere dann, wenn das vom Eingreifenden verfolgte Interesse nicht auch in ein Grundrecht eingewickelt werden kann. Darum haben auch die Beschwerdeführer in der berühmten Volkszählungs-Entscheidung<sup>147</sup> Recht bekommen, die einen Eingriff in das aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete „(Grund-)Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ behaupteten. In diesem Fall hat der Persönlichkeitsschutz über die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte *Informationsbeschaffungsfreiheit*<sup>148</sup> obsiegt. *Luhmann*<sup>149</sup> bezeichnet diese Rechtfertigungslast als Sisyphosarbeit, die nötig ist, „um die von den Gipfeln der Grundrechte herabrollende Problematik aufzufangen und wieder nach oben zu wälzen, stets in Versuchung, schon auf halber Höhe ein Pathos anzuwenden, das nur Göttern ziemt“. Die Kraft zu solcher Sisyphosarbeit fehlt den meisten Gegnern derartiger Verfassungsbeschwerden und wenn sie sie aufbringen, dann hat das BVerfG in der Regel kein Verständnis dafür. Auf diese Weise wirkt die Wechselwirkungslehre als eine Art *Zufallsgenerator*, der *in dubio pro* Beschwerdeführer entscheidet; dem Beschwerdeführer jedenfalls einen großen Vorteil einräumt, indem er dem Beschwerdegegner die Behauptungs- und Beweislast für die Rechtfertigung der Verfolgung seiner Interessen aufbürdet. Letztlich ist dies eine Folge der „freien“, wertungsmäßig nicht gebundenen und nicht auf einen bestimmten Bereich beschränkten Güter- und Interessenabwägung, welche den dreigeteilten Handlungsbegriff der Straf- und Zivilrechtsdogmatik verlassen hat.

---

<sup>144</sup> Eine Sinndeutung (vgl. oben Fn. 136 f.) „im Lichte der Meinungs- und Kunstfreiheit“ hätte auch ergeben können, daß F.J. Strauß in großer Liebe zu Recht und Gerechtigkeit entbrannt sich mit der Justiz vereinen und mit ihr Eins werden will; vgl. die Auslegung in BVerfGE 67, 213 – Anachronistischer Zug.

<sup>145</sup> So *Beuys*, in: Bitburger Gespräche, Jahrb. 1977/78, S. 135; dagegen *Gosebruch*, in: Wirklichkeit als Tabu (hrsg. v. Arnim Mohler), 1986, S. 135 ff.

<sup>146</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 370-375.

<sup>147</sup> BVerfGE 65, 1, 20, 43; dagegen *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 230, 298 ff.

<sup>148</sup> Vgl. dazu *Langer*, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung, Berlin 1992, S. 117 ff.; *Ehmann*, Festschr. f. Zivilrechtslehrer Jahrgang 1934/35, 1999, S. 73 ff.; dazu unten II, 3 c Fn. 182.

<sup>149</sup> Grundrechte als Institution, S. 59, 80; dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 230, 338.

## f) Zivilgerichtsbarkeit als Durchgangsstation

Auf Grund der dargelegten Technik der Wechselwirkungslehre hat das BVerfG auch seine einstmals mit der sog. *Heck*'schen Formel<sup>150</sup> geübte Zurückhaltung in der Überprüfung straf- und zivilrechtlicher Entscheidungen fast völlig aufgegeben und setzt insbes. mit der sog. *Sinndeutung*<sup>151</sup> der Äußerung seine Wertung des Einzelfalles regelmäßig an die Stelle des an sich zuständigen Richters. Das BVerfG ist auf diese Weise nicht bloß zu einer *Superrevisions*-, sondern zu einer *Superberufungsinstanz* geworden<sup>152</sup>. Das sollte aber nicht zur Folge haben, daß sich der BGH deswegen nur noch als „*Durchgangsstation*“ empfindet<sup>153</sup> und nicht mehr jeder Richter nach bestem Wissen und Gewissen gemäß dem im Zivil- und Strafrecht seit jeher und weiterhin geltenden Gesetzen und Rechtsgrundsätzen und auch den im Volke tief verwurzelten Ehr- und Moralvorstellungen entscheidet. In sehr vielen Fällen, die nicht durch politische Interessenverbindungen, Bürgerinitiativen etc. zu Aufsehen gebracht und durch alle Instanzen getrieben werden, wird auf Grund sachlicher und gut ausgewogener Güter- und Interessenabwägungen im Ergebnis deswegen auch noch richtig entschieden<sup>154</sup>. Die ordentliche Gerichtsbarkeit sollte weiterhin im Namen des (ganzen) Volkes Recht sprechen und sich nicht im dargelegten ungunstigen Sinne amerikanisieren und politisieren lassen. Keinesfalls sollten die *falschen Gewichte* in der Abwägung zwischen Ehrenschatz und Meinungsfreiheit auch in der Güter- und Interessenabwägung anderer Schutzbereiche des Persönlichkeitsrechts Verwendung finden.

## 2. Identitätsschutz

### a) Geschütztes Rechtsgut

Der Identitätsschutz ähnelt dem Ehrenschatz, ist aber ausschließlich gegen *unwahre Tatsachenbehauptungen* gerichtet, die geeignet sind, das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu *verfälschen*<sup>155</sup>. Niemand darf „ins falsche Licht gerückt“ werden; niemandem soll etwas *in den Mund gelegt* werden, was er nicht gesagt hat; niemandem sollen Handlungen unterschoben werden, die er nicht getan; es darf nicht *falsch zitiert* werden; *Werke* dürfen nicht *entstellt* werden (§ 14 UrhG). Schon der eigentliche *leading-case* der APR-Rechtsprechung *Schacht-Anwalt ./ SPIEGEL*<sup>156</sup> betrifft einen Fall des Identitätsschutzes, weil der SPIEGEL durch

---

<sup>150</sup> BVerfGE 18, 85, 92; BVerfGE 30, 173, 197 – Mephisto, deren Textbausteine bloß noch wiederholt werden; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 104 f.

<sup>151</sup> Vgl. oben vor Fn.138.

<sup>152</sup> Zutreffend *Isensee*, JZ 1996, 1090; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 107 m.w.N.

<sup>153</sup> So aber leider *Gerda Müller-Schumacher*, AfP 1997, 499, 503.

<sup>154</sup> Beispielhaft seien genannt: BGH NJW 1997, 2681 – Focus; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 315, 241, 296, 339; ferner OLG Karlsruhe NJW 1989, 1360; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 305.

<sup>155</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 421 ff.

<sup>156</sup> BGHZ 13, 334.

Abdruck des Anwaltsschreibens bei unbefangenen Lesern den Eindruck hervorgeufen hatte, es handele sich um eine persönliche Stellungnahme des Anwalts. Nach der bis dahin herrschenden Auffassung und Rechtsprechung wäre dies nur rechtswidrig gewesen, wenn dem Brief auf Grund *individueller Formprägung* Urheberschutz<sup>157</sup> zugekommen wäre oder eine vorsätzliche Verletzung der guten Sitten oder der Ehre des Betroffenen vorgelegen hätte. Mit dieser Beschränkung des Persönlichkeitsschutzes hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung gebrochen und jeder sprachlichen Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts, auch dann, wenn Urheberschutz nicht zugebilligt werden kann, den Rechtsschutz des APR zuerkannt. Damit ist jede unwahre tatsächliche Behauptung über einen anderen oder jede sonstige unwahre Darstellung seiner Persönlichkeit auf Grund der Anerkennung dieses Schutzbereichs des APR grundsätzlich zu einer *rechtswidrigen* Tat geworden.

Der Identitätsschutz ähnelt dem Ehrenschatz und überschneidet sich mit diesem in vielen Fällen<sup>158</sup>, weil sich ein Betroffener in der Regel nur wehrt, wenn das über ihn Behauptete unehrenhaft oder sonstwie nachteilig ist; nicht immer ist jedoch das *subjektiv* als unehrenhaft oder nachteilig empfundene auch *objektiv* unehrenhaft, z.B. die Behauptung, ein anderer sei ein „Grüner“ oder er wolle die Belastbarkeit der Wirtschaft erproben<sup>159</sup>. Die wahre, „wirkliche“ Persönlichkeit, von welcher die Darstellung abweicht und sie dadurch verfälscht, muß jedoch *objektiv*, d. h. unter Berücksichtigung aller bekannt gewordenen und im Rechtsstreit vorgebrachten Tatsachen durch die Tatsachenfeststellung des Gerichts bestimmt werden. Die Verfälschung der Persönlichkeit ist nicht von dem Bild aus zu bestimmen, das sich der Betroffene unberechtigterweise von sich selbst macht. Abzulehnen ist daher die verfehlte Auffassung im *Eppler-Urteil*<sup>160</sup>, es sei auf die *Selbstdefinition* und nicht auf das Bild abzustellen, das sich andere nach der Feststellung des Gerichts -begründet oder unbegründet - vom Betroffenen machen. Ein solches *Recht, sich selbst zu definieren* mit der Folge, daß derjenige eine Persönlichkeitsverletzung begeht, der einen anderen, der sich falsch definiert, „ins richtige Licht setzt“, kann niemals Rechens sein. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht später selbst erkannt<sup>161</sup>: „Eine Ehrverletzung (kann) nicht schon damit begründet werden, daß der selbstdefinierte Geltungsanspruch mißachtet oder verletzt worden sei.“ Über alle die „Wendehälse“, die sich nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus 1945 oder nach dem Zusammenbruch des Sozialismus 1989 schnell anders sahen, als sie zuvor waren, dürfte ansonsten die Wahrheit nicht

---

<sup>157</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 451 ff.

<sup>158</sup> Z. B. auch im Herrenreiter-Fall, weil der Herr keiner sein wollte, der für sexuelle Stärkungsmittel reitet und sich dafür auch noch bezahlen läßt, so auch BGHZ 26, 349, 353; ebenso wollte der Professor für Kirchengeschichte nicht für Ginseng werben, BGHZ 35, 363, Caterina Valente nicht für Kukident, BGHZ 30, 7.

<sup>159</sup> BVerfGE 54, 148, 156 – Eppler; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 421, 426.

<sup>160</sup> BVerfGE 54, 148, 156.

<sup>161</sup> BVerfG NJW 1989, 3269.

mehr gesagt werden<sup>162</sup>. Zwar will *Podlech*<sup>163</sup> das *informationelle Selbstbestimmungsrecht* zur Sicherung verschiedener Rollen auch vertikal in die Vergangenheit erstrecken und fordert, „daß dem Bürger ein Freiheitsspielraum darüber gelassen werden muß, wie er die eigene Vergangenheit in der Gegenwart darstellt“. Ein derartiges Recht, jeden Tag von neuem als unbeschriebenes Blatt zu erscheinen, kann jedoch nicht anerkannt werden<sup>164</sup>. In manchen Fällen überschneidet sich der Identitätsschutz auch mit den Fällen unbefugter Verbreitung und kommerzieller Nutzung höchst persönlicher Aspekte und Werte, z. B. in der Herrenreiter- und der Caterina-Valente-Entscheidung<sup>165</sup>, wenn die betroffenen Persönlichkeiten nicht als solche erscheinen wollen, die derart persönliche Aspekte kommerziell nutzen.

#### b) *Gegeninteressen und Interessenabwägung*

Als *Gegeninteresse* stehen dem Schutz der Persönlichkeit *vor verfälschenden Tatsachenbehauptungen* hauptsächlich auch die *Meinungs- und Pressefreiheit* entgegen, denen jedoch in diesem Schutzbereich in der Rechtsprechung ein wesentlich *geringeres Gewicht* beigemessen wird, weil anerkannt wird, daß das durch die Meinungs- und Pressefreiheit geschützte *Öffentlichkeitsinteresse* an der Äußerung oder Darstellung die *Verfälschung der Persönlichkeit* eines anderen durch unwahre Tatsachenbehauptungen grundsätzlich nicht rechtfertigen kann. Auch soll das von der Pressefreiheit mitgeschützte Unternehmens- und Profitinteresse nicht der Erfindung von Interviews der *Kaiserin Soraya*, der *Prinzessin von Monaco* und anderen rechtfertigen können, auch wenn die dabei unterlegten Äußerungen an sich harmlos, aber in dieser Form und in diesem Publikationsorgan von den Betroffenen nicht genehmigt worden sind. Ausnahmsweise können freilich auch *unwahre* oder *nicht erweislich wahre* verfälschende Tatsachenbehauptungen noch gerechtfertigt sein, wenn der Äußernde sorgfältig genug die Wahrheit zu erforschen versucht hat. Anders als im Ehrenschatz wird jedoch dem Betroffenen die Beweislast dafür auferlegt, daß die persönlichkeitsverfälschende Behauptung unwahr ist<sup>166</sup>. Merkwürdigerweise wird jedoch die Meinungs- und Pressefreiheit gegenüber diesem Identitätsschutz insgesamt wesentlich geringer bewertet als gegenüber dem Ehrenschatz. Das wurde besonders deutlich im Fall *Böll ./ Walden*, in welchem der BGH<sup>167</sup> die Äußerung *Waldens* zunächst nicht als APR-Verletzung begriff, weil der Durchschnittsleser oder -hörer *Böll* so verstehen konnte, wie *Walden* ihn zitiert hatte. Das BVerfG<sup>168</sup> hat dieses Urteil jedoch auf-

---

<sup>162</sup> Dem Stasi-Unterlagen-Gesetz kommt im wesentlichen die Funktion zu, den vor allem durch die Rspr. des BVerfG zu eng gezogenen Daten- und Persönlichkeitsschutz im Geltungsbereich dieses Gesetzes zugunsten der Wahrheit und der Meinungs- und Pressefreiheit etwas aufzubrechen, vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 526 f. m.w.N.

<sup>163</sup> Verfassungs- und Datenschutzz, in: *Krauch* (Hrsg.), Verfassungsschutz, 1975, S. 72 f.

<sup>164</sup> Zutr. *Krause*, DVR 1980, 447 f; *Zöllner*, Daten- und Persönlichkeitsschutz, S. 21.

<sup>165</sup> BGHZ 30, 7 – Kukidentwerbung; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 532.

<sup>166</sup> BVerfGE 54, 148, 149 - Eppler.

<sup>167</sup> NJW 1978, 1797.

<sup>168</sup> BVerfGE 54, 208.

gehoben, weil der BGH nicht auf das Verständnis des Durchschnittslesers oder -hörers abstellen, sondern die *unkorrekte Zitierweise* als *Verfälschung der Persönlichkeit* hätte begreifen müssen. Diese Auffassung ist mit dieser Begründung – trotz der an sich richtigen Interessenabwägung der aufgehobenen BGH-Entscheidung - zwar vertretbar, völlig unverständlich ist jedoch die Zuerkennung von Schmerzensgeld in Höhe von 40.000 DM, die der BGH nach der Zurückverweisung zuerkannte, weil nicht als *schwere Verletzung* und/oder *schweres Verschulden* bewertet werden darf, was der BGH selbst zuvor noch als gerechtfertigt angesehen hat<sup>169</sup>.

### 3. Schutz gegen Erforschung der Privatsphäre

#### a) Das Unrecht der Informationsbeschaffung

Grundsätzlich ist es nicht verboten, Informationen über andere zu erforschen und aufzuzeichnen oder sonstwie festzuhalten, auch nicht, wenn diese Informationen der Privat- oder gar Intimsphäre einer Person zugehören. *La vie privée doit être murée*<sup>170</sup>, d.h. jeder ist grundsätzlich selbst gehalten, seine Privatsphäre zu ummauern oder sonstwie gegen die Neugier anderer zu schützen<sup>171</sup>; gegen freie (Informations-)Handlungen anderer ist die Privatsphäre nicht geschützt. Jeder hat uneingeschränkte Befugnis zu sehen, zu hören, zu fühlen, was er will. Die Wahrheit ist keine Injurie<sup>172</sup>, auch nicht hinsichtlich von Informationen aus der Privatsphäre eines Menschen. Der Neugierige darf jedoch die vom Betroffenen zum Schutz seiner Privatsphäre errichtete „Mauer“ nicht mit verbotenen, rechtswidrigen Informationshandlungen überwinden oder durchbrechen: „*Weh dem, der zu der Wahrheit geht durch Schuld*“ (*Schiller*). Rechtswidrig ist die Verschaffung von Informationen aus der Privatsphäre also nur, wenn die Informationshandlung gegen ein Gesetz oder gegen die durch das APR verrechtlichten guten Sitten<sup>173</sup> verstößt. Nur ein *Handlungsunrecht*, nicht ein *Erfolgusunrecht* kann die Rechtswidrigkeit einer (unerlaubten) Erforschung der Privatsphäre begründen. Gesetz und Moral haben auch schon lange vor Anerkennung des APR einige Regeln aufgestellt, die bestimmte Verhaltensweisen und Informationsbeschaffungshandlungen gesetzlich ausdrücklich verbieten oder moralisch für unanständig erklären. Das APR kann den durch die zumeist strafrechtlichen Gesetze gegebenen Informati-

---

<sup>169</sup> Ebenso *Canaris* (Fn. 2), § 80 I Fn. 11; ferner *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 427, 806.

<sup>170</sup> Zur Herkunft des Sprichworts vgl. *Giesker*, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Zürich 1905; dazu BGE 44, II, S. 319; ferner *Rogall*, Grundfragen eines strafrechtlichen Schutzes der Privatheit, Habilitationsschrift Bonn 1985, § 6 I; *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230, 233. Das Sprichwort kann heute aber nicht mehr bedeuten, daß Persönlichkeiten der Zeitgeschichte nur in ihren eigenen vier Wänden gegen Teleaufnahmen geschützt sind, zutr. BGH NJW 1996, 1128 gegen OLG Hamburg, NJW-RR 1995, 790 mit ablehnender Anm. *Ehmann/Thorn*, AfP 96, 20.

<sup>171</sup> Vgl. *Zöllner*, Informationsordnung (Fn. 77), S. 25; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 581.

<sup>172</sup> Nach alter deutscher Vorstellung vielmehr ein Stück „sittlich notwendiger Lebensluft“ (Smend); *Rogall* (Fn. 170) § 7 III 4; *Brossette* (Fn. 27), S.74 ff; *Ehmann*, AcP 188, (1988), 230, 241 m.w.N. zur Geschichte dieser Vorstellung.

<sup>173</sup> Vgl. oben I, 3 d, bb nach Fn. 69.

onsschutz sowohl durch die Verrechtlichung einer Vielzahl moralischer Regeln<sup>174</sup> erweitern, als auch durch eine für den zivilrechtlichen Schutz zulässige Analogie zu den gegebenen (strafrechtlichen) Gesetzen. Aus den Tatbestandsmerkmalen und der Struktur der gegebenen gesetzlichen Regelungen ergeben sich auch die richtigen Kriterien zur Bestimmung des Unrechts der APR-Verletzung<sup>175</sup>.

#### b) *Auskunftsansprüche gegen die Mauern des Faktischen*

Der größte und bedeutsamste Schutz der Privatgeheimnisse wird durch die faktischen Vorkehrungen getroffen, die der Geheimnisträger selbst vornimmt, damit andere keine Kenntnis von den ihm schützenswert erscheinenden Informationen erhalten. Diese faktischen Hindernisse darf der „Neugierige“ grundsätzlich nicht unbefugt mit List, Gewalt oder Drohung überwinden, selbst dann nicht, wenn er Anspruch auf diese Informationen hat, wie z. B. die CDU gegen ihren einstigen Vorsitzenden gem. §§ 27 Abs. 3, 666 BGB. Es gilt in etwa dasselbe wie für denjenigen, der Anspruch auf eine Sache hat, er darf sich diese auch nicht *mit verbotener Eigenmacht* beschaffen, sondern muß zur *Überwindung des Geheimhaltungswillens* des anderen und der von diesem aufgebauten *faktischen Hindernisse* eine Auskunftsklage erheben und notfalls mit Zwangsgeld oder Beugehaft vollstrecken lassen (§ 888 ZPO). Eine solche Auskunftsklage setzt jedoch einen Auskunftsanspruch voraus und der BGB-Gesetzgeber hat bewußt keinen *allgemeinen* Auskunftsanspruch geschaffen, vielmehr nur eine Reihe *einzelner* Ansprüche, die sämtlich der Mustervorschrift des § 666 nachgebildet sind oder auf diese verweisen<sup>176</sup>. Das Fehlen eines allgemeinen Informationsanspruchs entspricht dem Fehlen eines allgemeinen Geheimnisschutzes und ist als rechtspolitisches Prinzip zu begreifen, welches zwar grundsätzlich *Informationsbeschaffungsfreiheit* gewährleistetete, die Informationsbeschaffung gegen *faktische* Hindernisse mit *rechtlichen* Zwangsmitteln jedoch von speziellen Anspruchsgrundlagen abhängig machte; ebenso wie es Abwehrrechte gegen freie Informationsbeschaffungshandlungen nur im Rahmen speziell anerkannter *Geheimnisbereiche* oder im Falle der Verletzung von relativen oder absoluten Schutzansprüchen (oder absoluten Rechte) zuließ. Das durch diese Prinzipien bestimmte Informationssystem wurde zumindest teilweise zerstört mit der Entwicklung des *Datenschutzrechts* und vor allem mit der Erfindung des sog. *Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung*<sup>177</sup>, definiert als Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, „wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“. Selbst gegen den vom Reichsgericht<sup>178</sup> über die gesetzlichen Regelungen hinaus entwickelten *allgemeinen Auskunftsanspruch*, der auch zumindest ein *Rechtsverhältnis* zwischen dem Informationsinhaber und dem Auskunftsinteressenten voraussetzt, be-

---

<sup>174</sup> Beispiele oben I, 3 d, bb vor Fn. 69.

<sup>175</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 212, 585 f.

<sup>176</sup> *Erman/Ehmann*, Handkommentar zum BGB, 10. Aufl., § 666 Rdz. 6.

<sup>177</sup> Durch BVerfGE 65, 1, 42; dazu *Ehmann* AcP 188 (1988), 298; *Erman/Ehmann*, § 666 Rdz. 9.

<sup>178</sup> RGZ 73, 286, 288; 108, 1, 7; dazu BGH NJW 1964, 1414; 1990, 1358; 1996, 2100; BGHZ 126, 109; dazu *Erman/Ehmann*, § 666 Rdz. 13.

stehen im Hinblick auf das (Grund-) Recht auf informationelle Selbstbestimmung heute Bedenken, weil dieser Anspruch nicht dem vom Bundesverfassungsgericht geforderten *Grundsatz der Normenklarheit* genügt und auch die Voraussetzung des Parlamentsvorbehalts eines Eingriffs in dieses „Grundrecht“ nicht erfüllt<sup>179</sup>. Diese Bedenken sprechen allerdings nur gegen die Fehlentwicklung des sog. *Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung*, das dringlich einer Einschränkung bedarf<sup>180</sup>, nicht aber gegen das Bedürfnis auf eine Erweiterung des Auskunftsrechts. Zur Problematik des Schutzes gegen die Erforschung der Privatsphäre ist jedoch festzuhalten, daß der Informationsinteressent die faktischen Hindernisse des Informationsinhabers grundsätzlich nur auf Grund eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs überwinden kann. Außerhalb des Geltungsbereichs gesetzlicher Auskunftsansprüche ist und bleibt der Informationsinhaber frei, sich und seine *Geheimnisse faktisch* so gut wie möglich vor der Kenntnisnahme anderer zu schützen. Er kann seine Geheimnisse *verstecken, verschließen und ummauern* und sein Haus- und Eigentumsrecht schützen ihn sodann weitgehend auch gegen „informationelle Einbrüche“. Das hier anstehende Problem ist jedoch, inwieweit der Geheimnisträger gegen an sich *freie Handlungen* des Informationsinteressenten geschützt werden muß, nur weil er davor geschützt werden soll, daß andere Personen *Geheimnisse* aus seiner Privatsphäre erfahren.

### c) *Gegeninteressen und Interessenabwägung*

Dem Interesse an Geheimhaltung steht in allen kritischen Fällen das Informationsinteresse anderer entgegen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit, welche als Gegeninteressen vor allem dem Schutz vor Veröffentlichung und Verbreitung von Privatgeheimnissen entgegenstehen und der *Informationsbeschaffungsfreiheit*, welche als Gegeninteresse der Erforschung und sonstigen Erhebung von Privatgeheimnissen entgegensteht. Der Schutz vor Erforschung von Privatgeheimnissen kann freilich gleichfalls der Pressefreiheit entgegenstehen, weil diese auch das Recht zur Beschaffung von erforderlichen Informationen umfaßt<sup>181</sup>. Entsprechendes gilt für die Meinungsfreiheit, weil auch die Bildung einer freien und vernünftigen Meinung die Beschaffung von Informationen voraussetzt. Schon deswegen ist auch die Informationsbeschaffungsfreiheit von der verfassungsrechtlichen Meinungsfreiheit umfaßt und nicht – wie der etwas mißverständliche Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG es erschei-

---

<sup>179</sup> *Erman/Ehmann*, § 666 Rdz. 2, 12 m.w.N.

<sup>180</sup> Ursprünglich sollte das GraiS nur im Bereich der automatischen Datenverarbeitung gelten, auch nicht für die Datenerhebung und Datennutzung und nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat, nicht drittwirkend zwischen den Bürgern. Es folgte jedoch – teils wohl nicht einmal richtig bewußt - eine ständige Erweiterung auf alle Informationssachverhalte; dagegen kritisch *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 230, 280, *Brossette* (Fn. 27), S. 219 ff.

<sup>181</sup> Die Pressefreiheit umfaßt alle mit der Presstätigkeit zusammenhängenden Handlungen von der Beschaffung der Information bis zur Veröffentlichung und Verbreitung der Tatsachen und Meinungen, vgl. BVerfGE 43, 130, 137; 71, 612; 85, 1, 13; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 364.

nen läßt – auf *allgemein zugängliche Quellen* beschränkt<sup>182</sup>. Hinter den (abstrakten) Informationsbeschaffungsinteressen, welche die Informationsfreiheit schützen, stehen regelmäßig weitere, konkreter zu erfassende Interessen, die zumeist durch die *Berufs- und Eigentumsfreiheit* (Art. 12, 14 GG) geschützt sind und welche im allgemeinen und im konkreten Fall mit dem gebotenen Schutz von Privatgeheimnissen zum Zwecke der Bestimmung des Unrechts von Informationsbeschaffungshandlungen abzuwägen sind. Freilich kann, wie schon gesagt, auch schon die bloße *Art und Weise* der Informationsbeschaffungshandlung diese rechtswidrig machen (Einbruch zur Durchsuchung, Lauscher an der Wand), auch wenn der Informationsempfänger einen Anspruch auf diese Information hat („verbotene Eigenmacht“).

Die *Informationsbeschaffungsfreiheit*, welche auch grundrechtlich in Art. 5 Abs. 1 GG geschützt ist (allerdings nicht durch die Zuerkennung eines allgemeinen Auskunftsanspruchs gegen Jedermann auf alles, was interessiert<sup>183</sup>), erhält ihren größten und bedeutsamsten Schutz gleichfalls durch das Faktische, das darin besteht, daß die Privatgeheimnisse größtenteils nur durch die faktischen Vorkehrungen der Betroffenen geschützt und also die Informationsbeschaffungshandlungen grundsätzlich frei sind, soweit nicht besondere Geheimnisschutztatbestände entgegenstehen.

#### d) *Recht am eigenen Wort?*

Ein *gesetzlicher Schutz* wird vor allem durch die §§ 201, 202, 206 StGB gewährt, der über § 823 Abs. 2 auch ins Zivilrecht wirkt. Die Vorschriften zum Schutz der *Vertraulichkeit des Wortes* (§ 201 StGB), des *Briefgeheimnisses* (§ 202 StGB) und des *Post- oder Fernmeldegeheimnisses* (§ 206 StGB) gewähren jedoch keinen absoluten Schutz des *geschriebenen* oder *gesprochenen Wortes*, obwohl in vielen Entscheidungen auch des BGH und des BVerfG derart mißverständliche Formulierungen gebraucht werden, daß der Eindruck entsteht, das sog. Recht am eigenen Wort sei ein „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1, was falsch ist und notwendigerweise zu Fehlentscheidungen führen muß<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Geiger (Festschr. f. Adolf, 1969, S. 119, 123 f.) hat schon darauf hingewiesen, daß mit dieser Formulierung nur verhindert werden sollte, daß die Informationsbeschaffungsfreiheit als subjektives Recht (Anspruch) jedes einzelnen gegen den Staat auf Verschaffung der erforderlichen Informationen verstanden wird; dazu ausführlich und überzeugend *Windsheimer*, Die Information als Interpretationsgrundlage für die subjektiv-öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 1968, S. 133 f.; *Langer*, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung, Berlin 1992, S. 107; *Ehmann*, Informations- und Meinungsfreiheit, Festschr. f. Zivilrechtslehrer der Jahrgänge 1934/35, 1999, S. 73, 95 ff. Gegen §§ 4 II, 7, 41, 43 I RefE BDSG 99 (Fn. 9, 83, 207, 293) bestehen daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

<sup>183</sup> Vgl. oben Fn. 182

<sup>184</sup> Das ist insbesondere in Fällen des Mithörens von Telefongesprächen geschehen, vgl. BVerfG NJW 1992, 815; BAG NJW 1998, 1331; LG Frankfurt/M NJW 1982, 1056; richtig dagegen noch BGH NJW 1964, 165; 1982, 1397; BGH WM 1985, 1481; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 597, 602, 606.

aa) In § 202 StGB wird *nicht* das *geschriebene* Wort oder der materielle Inhalt eines Briefs oder sonstigen Schriftstücks geschützt<sup>185</sup>; es wird vielmehr nur geschützt:

1. *gegen das Öffnen des Briefes (Abs. 1 Nr. 1);*

2. *gegen die Kenntnisnahme mittels technischer Hilfsmittel ohne Öffnen (Abs. 1 Nr. 2);*

3. *gegen Kenntnisnahme mittels Erbrechen von Behältnissen (Abs. 2).*

Es wird also nur der im *Verschluss* zum Ausdruck kommende *Geheimhaltungswille* geschützt und nicht ein „Recht am geschriebenen Wort“ als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1<sup>186</sup> oder gar die Befugnis „den Kreis seiner Adressaten selbst zu bestimmen<sup>187</sup>“. Mit derartigen Formulierungen wird eine Umkehrung des Freiheitsrechts und der Rechtslage suggeriert. Der Grundsatz ist und bleibt, daß die geschriebenen Worte anderer zur Kenntnis genommen werden dürfen, sofern nicht durch den Verschluss oder aus sonstigen Umständen der Geheimhaltungswille des Berechtigten objektiv deutlich erkennbar ist. Die Rechtswidrigkeit wird grundsätzlich nur durch das unbefugte Öffnen des Verschlusses, allgemeiner durch die Überwindung des deutlich aufgestellten Hindernisses, nicht durch die Kenntnisnahme der Worte des Schriftstücks begründet. Rechtswidrig ist das Öffnen, nicht das Lesen des Briefes<sup>188</sup>. Bereits geöffnete Briefe sind daher weder durch § 202 StGB noch durch das APR gegen Kenntnisnahme geschützt, nicht einmal absolut gegen weitere Verbreitung<sup>189</sup>. Selbst bei Tagebüchern, deren Inhalt zwar auch nicht absolut aber doch grundsätzlich gegen Verbreitung und Verwertung geschützt ist<sup>190</sup>, kann man bezweifeln, ob die Kenntnisnahme des Inhalts, selbst wenn der Geheimhaltungswille durch die Aufschrift „Tagebuch“ deutlich erkennbar ist, als APR-Verletzung schon rechtswidrig oder doch bloß unmoralisch ist. Jeder sollte sein Tagebuch grundsätzlich so verwahren, daß Unbefugte es nicht ohne Überwindung größerer Hindernisse zur Kenntnis nehmen können, so daß die Überwindung des Hindernisses die Rechtswidrigkeit begründet; wer es offen herumliegen läßt, ist selbst Schuld.

bb) Auch das *gesprochene* Wort ist trotz mancher gegenteiliger Formulierungen<sup>191</sup> nicht *an sich* geschützt, vielmehr durch § 201 StGB nur das *nicht öffentlich* gesprochene Wort gegen die *Aufnahme auf Tonträgern* (Abs. 1 Nr. 1) und gegen das *Abhören mit technischen Geräten* (Abs. 2). *Öffentlich* gesprochene Worte bleiben *außerhalb* des strafrechtlichen Schutzes und grundsätzlich auch außerhalb des Schutzes des APR. Auch alltägliche telefonische Durchsagen (geschäftliche

---

<sup>185</sup> Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 25. Aufl., § 202 Rdz. 2; Lackner, § 202 Rdz. 1.

<sup>186</sup> So aber Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 316 ff.; dagegen zutreffend Helle, Bes. Persönlichkeitsrechte (Fn. 81), S. 317; Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 558.

<sup>187</sup> So BVerfG NJW 1992, 815 für das gesprochene Wort.

<sup>188</sup> BGH NJW-RR 1990, 764; BGHZ 31, 308, 313.

<sup>189</sup> BGHZ 31, 308, 313; BVerfG NJW 1991, 2339 – Krankenhauszustände.

<sup>190</sup> Vgl. unten II, 4 d, bb (2).

<sup>191</sup> BGHZ 27, 284, 289; BGH NJW 1988, 1017; 1991, 1180; BVerfGE 34, 238, 246; 54, 28, 217; BVerfG NJW 1992, 815; vgl. dazu Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 513, 539, 591, 594, 602.

Bestellungen, Mitteilungen etc.) dürfen grundsätzlich mitgeschnitten werden, weil sie keinen Vertraulichkeitswert haben. Das Fehlverständnis eines Rechts am eigenen Wort wird gefördert durch das sog. *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, auf Grund dessen das BVerfG<sup>192</sup> auch *Fangschaltungen der Post* als Eingriff in das verfassungsrechtliche APR<sup>193</sup> begreifen will, der unter der Voraussetzung einer gesetzlichen Grundlage stehen soll, welche dem Grundsatz der Normenklarheit genügt. Dem kann nicht gefolgt werden, solche Fangschaltungen können als Notwehr oder Nothilfe gerechtfertigt werden<sup>194</sup>; das Bundesverfassungsgericht mußte den üblichen *Übergangsbonus*<sup>195</sup> gewähren, um völlig unsinnige Folgen seiner verfehlten Auffassung zu vermeiden.

Im Verhältnis zwischen den Bürgern kann das APR als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 das *vertraulich gesprochene Wort* auch über den Bereich des § 201 StGB hinaus, d. h. unter Umständen auch gegen *bloßes Mithören* ohne technische Hilfsmittel, schützen. Der BGH betrachtet aber das Mithören von geschäftlichen Gesprächen über Zweithörer oder Lautsprecher grundsätzlich *nicht* als rechtswidrige Verletzung des APR, weil der Gesprächsteilnehmer damit in der Regel heute rechnen müsse und das Mithören deshalb *nicht* mit dem Makel der Überlistung und der Unanständigkeit belastet sei. *Ausnahmsweise* soll solches Mithören nur rechtswidrig sein, wenn das Gespräch „vertraulichen Charakter habe“<sup>196</sup>. Viel zu weit formuliert jedoch das BVerfG eine Befugnis des Sprechenden, „den Kreis der Adressaten seiner Worte selbst zu bestimmen“<sup>197</sup>. Ein solches Recht gibt es nicht und kann es nicht geben<sup>198</sup>. Zu Recht will der Bundesgerichtshof<sup>199</sup> jedoch den *häuslichen Bereich* vor dem Abhören durch Spitzel geschützt wissen, der durch Löcher in der Wand und über Spiegel im Auftrag eines Ehegatten eheliche Auseinandersetzungen beobachten und mithören sollte. Nicht rechtswidrig erscheint es dem gegenüber, wenn der Gläubiger in seiner eigenen Wohnung im Nebenzimmer einen Zeugen ein Gespräch mit dem Schuldner mithören läßt, der in einem Rechtsstreit den Empfang eines Darlehens bestreitet<sup>200</sup>. Nicht alles, was jemand in seiner Wohnung einem vermeintlichen Freunde erzählt, darf von diesem jedoch über Massenmedien einer breiten Öffentlichkeit mitgeteilt werden<sup>201</sup>.

#### e) *Recht am eigenen Bilde?*

Auch das sog. Recht am eigenen Bilde ist kein absolutes, sonstiges Recht iSd §

---

<sup>192</sup> BVerfG NJW 1992, 1875.

<sup>193</sup> Zum Unterschied zwischen dem deliktischen und dem verfassungsrechtlichen APR vgl. unten II, 5 b.

<sup>194</sup> *Erman/Ehmann* (Fn.5) Rdz. 600.

<sup>195</sup> Vgl. Fn. 80

<sup>196</sup> BGH NJW 1982, 1397, 1398; WM 1985, 1482.

<sup>197</sup> BVerfG NJW 1992, 815.

<sup>198</sup> Unrichtig BAG JZ 1998, 790 m. ablehn. Anm. *Foerster*; unrichtig auch LG Frankfurt/M NJW 1982, 1056.

<sup>199</sup> BGH NJW 1970, 1848.

<sup>200</sup> Zu Unrecht hat der BGH in diesem Fall die Vertraulichkeit des „Vier-Augen-Gesprächs“ schützen wollen, BGHZ JZ 1991, 927 m. ablehn. Anm. *Helle*.

<sup>201</sup> Zutr. BGH NJW 1981, 1366 – Wallraff II.

823 Abs. 1, auch nicht vermittelt des APR<sup>202</sup>. Die Herstellung des Bildes einer Person indiziert daher – anders als die Veröffentlichung und Verbreitung gem. § 22 KUG<sup>203</sup> – nicht die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit von Bildaufnahmen kann über das APR nur begründet werden, wenn sie durch *Einschleichen* in die Privatsphäre, gar des Hauses oder der Wohnung<sup>204</sup> oder sonstwie *heimlich*<sup>205</sup>, insbesondere mittels *Teleobjektiven*<sup>206</sup> oder zu *verwerflichen Zwecken* erfolgt. Die Güter- und Interessenabwägung zur Feststellung der Rechtswidrigkeit muß also insbesondere die Art und Weise der Informationserhebung und den Zweck der Eingriffshandlung berücksichtigen. Als grundsätzlich rechtmäßig werden Bildaufnahmen angesehen, die zu Beweis Zwecken erfolgen<sup>207</sup>.

f) *Technische und unanständige Informationsermittlung*

Eine besondere Gefährdung der Persönlichkeit besteht gegenüber technischen Informationsermittlungen, welche die bisher üblichen und hinreichenden Hindernisse gegen das Ablauschen und Abspähen persönlicher Geheimnisse unerkannt überwinden können. Teleobjektive werden daher als verlängerte Schlüssellocher bezeichnet. Und das Verwenden von Abhörgeräten („Wanzen“), welche die Reichweite des menschlichen Ohrs überschreiten, ist nicht bloß strafbar gem. § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB, sondern auch moralisch noch verwerflicher als das alte Lauschen an der Wand. Für andere technische Hilfsmittel und Methoden gilt analog und moralisch entsprechendes, z. B. das Anzapfen von Telefonleitungen, Eingriffe in Computersysteme, Wahrheitsdrogen, Lügendetektoren, auch genetische Analysen etc.<sup>208</sup>. Darüber hinaus gibt es aber auch auf dem Felde der Informationsbeschaffung aus der Privatsphäre schon lange ehrwürdige *moralische Regeln*, die es verbieten, fremde Briefe und Tagebücher zu lesen, auch wenn sie versehentlich offen liegen bleiben; auch soll der Ehemann nicht im Nähkästchen der Ehefrau und diese nicht in seinem Schreibtisch oder in seinen Taschen herum schnüffeln. Kraft des APR kann daher die technische und auch die unanständige Überwindung von Informationssperren zur Erlangung von Kenntnissen aus der

---

<sup>202</sup> Anders *Hubmann*, (Fn. 6), S. 257; ihm folgend zunächst *Helle*, Bes. Persönlichkeitsrechte (Fn. 81), S. 50, aber eingeschränkt S. 220; zutr. aber jetzt *Helle*, Multimedia (Fn. 73), Rdz. 121 ff, 129. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 607 m.N. zur nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung.

<sup>203</sup> Dazu unten II, 4 f.

<sup>204</sup> Vgl. BGHZ 24, 200, 209 – Spätheimkehrer.

<sup>205</sup> Vgl. BGHZ NJW 1966, 2353.

<sup>206</sup> BGH NJW 1996, 1128, 1130 - Caroline von Monaco.

<sup>207</sup> Vgl. KG NJW 1980, 894 - Spielendes Kind; OLG Schleswig NJW 1980, 352: Videoaufnahmen eines geldzählenden Angestellten; OLG Hamburg, GRUR 1990, 35; unklar BGH JZ 1995, 1115 mit abl. Anm. *Helle*; dazu *Helle*, Multimedia (Fn. 73), Rdz. 129. Nach dem Regierungs-Entwurf zur Reform des BDSG v. 06.07.1999 (siehe Fn. 9) soll nach § 6 b die Videoüberwachung nur zulässig sein, „soweit dies zur Aufgabenerfüllung, zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, daß schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen.“ In der Begründung wird ausdrücklich gesagt, daß die Regelung nicht gilt für nicht öffentlich zugängliche Räume, daß vielmehr bereichsspezifische Regelungen erforderlich seien, die freilich auch nicht ohne Güter- und Interessenabwägung für rechtswidrig erklärt werden können, vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 610; dazu oben Fn. 9, 83, 182.

<sup>208</sup> Vgl. die weiteren Nachweise in *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 617.

Privatsphäre als rechtswidrig qualifiziert werden, wenn auf diese Weise der objektiv klar erkennbare Geheimhaltungswille durchbrochen wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Eingreifer ein berechtigtes Informationsinteresse hat, selbst wenn ihm ein Auskunftsanspruch gem. § 666 oder einer ähnlichen Vorschrift zusteht, weil auch im Informationsverkehr „verbotene Eigenmacht“ grundsätzlich unzulässig ist. Ausnahmsweise kann freilich anderes gelten, wenn sich der Informationsinteressent in einer notwehrähnlichen Lage befindet und die Informationen braucht, um größeres Unrecht zu verhindern. Das gilt z. B. in Fällen der Beweisnot, wenn ein Prozeßgegner im Prozeß bestreitet, was er im Vier-Augen-Gespräch nicht bestreiten kann und dem Informationsinteressenten die Beweismittel fehlen. In solchen und ähnlichen Fällen kann es als „fromme List“ erlaubt sein, ein Telefongespräch heimlich mitzuschneiden oder mitzuhören oder einen Zeugen im Nachbarzimmer oder hinter einem Vorhang zu verstecken<sup>209</sup>.

#### *g) Informationen aus dem Gesundheits- und Sexualbereich*

Die Rechtswidrigkeit der Informationserhebung durch Abhören von Worten, durch Aufnahme von Bildern und sonstige Beobachtungen kann auch dadurch begründet sein, daß die Informationen aus dem *gesundheitlichen*<sup>210</sup> oder *sexuellen* Bereich stammen. Für den sexuellen Bereich gilt allerdings auch, daß nicht die Kenntnisnahme an sich, sondern die Art und Weise der Kenntnisnahme die Rechtswidrigkeit begründen muß. Viel umstritten ist die Frage, ob ein *Liebespärrchen* auf einer Parkbank beobachtet werden darf oder ob dies eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen darstellt, die eine Notwehr gegen den Spanner rechtfertigen kann<sup>211</sup>. Selbstverständlich kann die bloße Beobachtung dessen, was *schamlos* in aller Öffentlichkeit dargeboten wird, keine rechtswidrige Handlung begründen<sup>212</sup>; wenn aber die Parkbank oder das sonstige Plätzchen den allgemeinen Blicken entzogen ist und zur Beobachtung angeschlichen werden muß, so hat der stille Platz seine ehrwürdige Funktion und der Spanner handelt nach ganz allgemeiner Anschauung unanständig und verletzt wegen des *heimlichen* Anschleichens auch *rechtswidrig* das APR der Betroffenen. Geschützt ist also nicht die Sexualsphäre als Geheimnisbereich, sondern geschützt ist vor *unanständigen Informationshandlungen*: vor dem Anschleichen des Spanners, vor dem Blick durch das Schlüsselloch, vor dem Lauscher an der Wand, insbesondere vor Teleobjektiven und Abhörmikrofonen. Eine Beobachtung des Ehepartners durch Detektive außerhalb der ehelichen Wohnung ist bei hinreichenden Verdachtsgründen aber nicht grundsätzlich unzulässig<sup>213</sup>. Freilich darf die Beobachtungshandlung nicht gegen Rechtsvorschriften oder gegen die guten Sitten verstoßen.

---

<sup>209</sup> A.A. BGH JZ 1991, 927 mit abl. Anm. *Helle*.

<sup>210</sup> Über den Bereich des gesetzlich geschützten Arzt- und Sozialgeheimnisses hinaus, BGHZ 24, 72; BVerfGE 32, 373 - Krankenblatt; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 614 m.w.N.

<sup>211</sup> BayObLG NJW 1962, 1782; dazu *Rödelmann*, MDR 1964, 207.

<sup>212</sup> BayObLG JZ 1980, 580; BVerwGE 64, 274, 280 - Peep- und Liveshow.

<sup>213</sup> BGH NJW 1970, 1848; *Canaris* (Fn. 2), § 80, II, 5f.; a.A. *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 67 Fn. 28; zur Frage der Weitergabe erhobener Daten vgl. BGHZ 8, 142, 145f.; 91, 233, 240; auch schon RGZ 115, 416, 417

Ganz besonders problematisch ist die *Zeugenvernehmung geschändeter Kinder*. Solche Vernehmungen können die Schädigung der Kinder durch ihre physische Schändung übertreffen, jedenfalls vertiefen. Trotzdem kann auf solche Vernehmungen nicht gänzlich verzichtet werden, wenn nicht den scheußlichsten Figuren auf der Bühne des Verbrechens ein Freibrief ausgestellt werden soll. Jedoch auch die strafrechtliche Vergeltung in diesem Bereich zwingt nicht zu einer Wahrheitsforschung um jeden Preis. Die Vernehmung muß daher so schonend wie möglich sein und muß fachlich gut ausgebildeten, charakterlich einwandfreien Amtsträgern und beauftragten Sachverständigen überlassen bleiben. Die Vernehmung durch Unbefugte ist als schwere Persönlichkeitsverletzung zu betrachten<sup>214</sup>.

#### **4. Schutz gegen Verbreitung von Privatgeheimnissen und gegen die Nutzung sonstiger Persönlichkeitsgüter**

##### *a) Das Unrecht der Verbreitung von Privatgeheimnissen*

Grundsätzlich ist es nicht verboten, die Wahrheit über einen anderen zu sagen, auch nicht, wenn dies öffentlich geschieht und die Informationen die Privat-, gar Intimsphäre betreffen. Die Wahrheit ist keine Injurie<sup>215</sup>. Die Wahrheit ist „sittlich notwendige Lebensluft<sup>216</sup>“. Eine Gesellschaft gedeiht sonst nicht. Ein menschenwürdiges Zusammenleben mit anderen ist grundsätzlich nur auf der Grundlage der Wahrheit möglich. Wo Lug und Trug herrschen, ist das Leben nicht lebenswert.

Ganz hohe Ideale und höchste Prinzipien kann eine praktische Rechtsordnung aber selten oder nie ausnahmslos durchhalten. Das gilt auch für den Grundsatz, daß die Wahrheit gesagt und verbreitet werden darf. Der Mensch braucht auch einen *verschlossenen Raum* für sich, braucht eine geschützte *Geheim- und Privatsphäre*, die er aber auch nicht stets völlig gegen alle verschlossen halten kann. Jeder braucht dann und wann einen Freund, einen Arzt, einen Priester, auch einen Rechtsanwalt, Steuerberater oder auch eine Bank, denen er dies oder jenes *anvertrauen* muß zu seiner Erleichterung, zur besseren Wahrung seiner Interessen, zur Erhaltung seiner Gesundheit etc. Derart anvertraute Interessen sind seit altersher als *Arzt-, Beicht-, Anwalts-, Steuer- und Bankgeheimnis* als schützenswerte Ausnahmen vom ansonsten für die Wahrheit freien Informationsverkehr (Meinungs- und Pressefreiheit) anerkannt worden. Der Bruch dieser *anvertrauten Geheimnisse* ist gleichfalls<sup>217</sup> nur teilweise für strafwürdig erachtet und durch Strafgesetze für verboten erklärt worden. Das Strafrecht ist aber auch diesbezüglich nur „ethisches Minimum“, was bedeutet, daß nicht jeder nicht unter Strafe gestellter *Verrat anvertrauter Privatgeheimnisse* völlig frei und rechtlich nicht sanktioniert ist. Das

---

<sup>214</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 616 m.w.N.

<sup>215</sup> Vgl. oben II, 3 a, Fn. 172

<sup>216</sup> Vgl. oben II, 3 a, Fn. 172

<sup>217</sup> Wie die Erforschung der Privatgeheimnisse (vgl. II, 3) und auch der Ehrenschatz (vgl. oben II, 1 b).

*Bankgeheimnis* ist vielmehr auf Grund des Bankvertrags (Vertrauensabrede) und das *Beichtgeheimnis* auf Grund kirchlichen Rechts und dessen „Drittwirkung“ über die „guten Sitten“, das dem Freunde unter dem „Siegel der Verschwiegenheit“ anvertraute Privatgeheimnis evtl. über die durch das APR verrechtlichte Moral auch *deliktisch* geschützt. Privatgeheimnisse in diesem Sinne sind alle Kenntnisse über private Tatsachen und Angelegenheiten, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und nach dem objektiv anzuerkennenden Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen nicht weiter verbreitet werden sollen. Dieser Geheimnisbegriff ist weiter zu verstehen als der des Staatsgeheimnisses iSd. § 93 StGB und erfaßt jede Weiterverbreitung über den durch den Schutzbereich des APR beschränkten Personenkreis hinaus.<sup>218</sup> „Wer indiskret ist, verletzt die guten Sitten des Lebens und die gute Sitte wird ihn richten“, meinte noch *Josef Kohler*<sup>219</sup>, aber darauf können wir uns nicht mehr verlassen und verrechtlichen deswegen gute Sitten über das APR mit der Folge einer *rechtswidrigen*, zum Schadenersatz verpflichtenden Persönlichkeitsverletzung.

#### b) Struktur der gesetzlichen Geheimnisschutztatbestände

Das *Arztgeheimnis* stammt aus uralter ärztlicher Standesmoral, die im hippokratischen Eid ihre wohl erste Formulierung erfahren hat und ist heute paradigmatisch für alle gesetzlichen Geheimnistatbestände in § 203 StGB wie folgt formuliert:

„Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm als Arzt, ... Rechtsanwalt, ... Sozialarbeiter oder ... anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist, wird ... „.

Die Straftatbestände zum Schutz des *Post- und Fernmeldegeheimnis* (§ 206 StGB) und des *Steuergeheimnisses* (§ 355 StGB) und andere gesetzliche Geheimnisschutztatbestände sind analog strukturiert. Im Strafrecht dürfen diese gesetzlichen Tatbestände zum Schutz von Privatgeheimnissen wegen des *nullum crimen sine lege*-Grundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) *nicht* durch erweiterte Auslegung und analoge Anwendung auf *andere Arten von Geheimnissen* und sonstige Aspekte der Persönlichkeit oder *auf andere Geheimnisträger* (als Ärzte, Post-, Finanzbeamte etc.) erstreckt werden. Die Straftatbestände sind jedoch nur das gesetzlich fixierte „ethische Minimum“ viel älterer, auch weiterreichender, moralischer Vorstellungen und Regeln<sup>220</sup>, die – entsprechend den *moralischen Regeln* gegen die *Erforschung* von Privatgeheimnissen (oben II, 3) - über die Generalklausel des APR *verrechtlicht* und als *rechtswidrige* Persönlichkeitsverletzungen begriffen

---

<sup>218</sup> BGHZ 31, 308 – Alte Herren; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1114 – Rundschreiben; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 424, 446.

<sup>219</sup> *Kohler*, *Recht an Briefen*, Berlin 1893, S. 15; auch abgedr. in *ArchBürgR*, Bd. VII, (1893), S. 94 ff.

<sup>220</sup> Das *Arztgeheimnis* des hippokratischen Eides; *Beichtgeheimnis*, *Bankgeheimnis*, sexuelle und sonstige Tabuzonen: „Darüber spricht man nicht“ etc.

werden können. Die *Strukturelemente* dieser Art Schutztatbestände sind im wesentlichen folgende: (1) Das geschützte *Geheimnis* oder ein sonstiger Aspekt der Persönlichkeit; (2) Die *Vertraulichkeitsvoraussetzung* (anvertraut); (3) Die *Verletzungshandlung* (verbreiten, verwerten, kommerziell nutzen); (4) Die *mangelnde Befugnis* (unbefugt) zur Verbreitung oder Nutzung.

### c) Allgemeine Gegeninteressen

Die Veröffentlichung oder Verbreitung von *strafrechtlich* (z. B. §§ 203, 205, 355 StGB) geschützten Berufs- und Amtsgeheimnissen *indiziert* die Rechtswidrigkeit, allerdings auch nur, soweit sie „unbefugt“ erfolgt. *Unbefugt* ist die Verbreitung oder Nutzung, wenn sie nicht durch Einwilligung, stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung, Notwehr oder Notstand, Sozialadäquanz, Güter- und Interessenabwägung gerechtfertigt ist oder ein sonstiger Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund vorliegt<sup>221</sup>. Das Merkmal „unbefugt“ erweitert also auch im Strafrecht die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe durch eine Güter- und Interessenabwägung, ähnlich wie § 193 StGB für den Ehrenschaft<sup>222</sup>. Schon deswegen kann die Offenbarung von Geheimnissen nur nach Abwägung mit den entgegenstehenden Interessen<sup>223</sup> als *rechtswidrige* Handlung begriffen werden. Das gilt vor allem aber auch dann und verstärkt, wenn über die strafrechtlichen Tatbestände hinaus auch die Offenlegung anvertrauter *Privatgeheimnisse*<sup>224</sup>, die nicht durch Strafgesetze, sondern „nur“ auf Grund *vertraglicher Vertraulichkeitsabreden* (z.B. auf Grund Bank- oder Arbeitsvertrags oder sonstiger Vertraulichkeitsabreden) oder auf Grund allgemein anerkannter moralische Normen (gute Sitten) als vertraulich zu behandeln sind, als ein Delikt begriffen werden soll.

Als *Gegeninteresse* gegen einen solchen durch das APR erweiterten Geheimhaltungsschutz ist in erster Linie zu begreifen das Recht, die *Wahrheit* sagen und hören zu dürfen<sup>225</sup>, was doch das *oberste Prinzip* ist, von welchem die Geheimnisschutztatbestände nur eine Ausnahme bilden, weshalb die Ausnahmetatbestände eng zu fassen sind. Deswegen hat die Rspr. ausdrücklich klargestellt, daß es über die spezialgesetzlichen Regelungen hinaus einen allgemeinen *deliktsrechtlichen Schutz* gegen wahrheitswidrige *Veröffentlichungen* und *Verwertungen* von privaten Geheimnissen und sonstigen persönlichen Aspekten grundsätzlich nicht geben soll. Es sei grundsätzlich nicht Aufgabe des APR oder des § 826, eine „Persönlichkeit für ihre eigene Vertrauensseligkeit in Schutz zu nehmen“<sup>226</sup>. Der Bürger solle sich durch sorgfältige Auswahl seiner Gesprächs- und sonstiger Partner grundsätzlich selbst schützen. Ausnahmsweise ist über das APR ein Schutz nur in

---

<sup>221</sup> Vgl. *Lackner*, StGB 23. Aufl. 1999, vor § 201 Rdz. 2; § 203 Rdz. 18 ff.; § 353 b Rdz. 13; § 354 Rdz. 15; § 356 Rdz. 6 m.w.N.

<sup>222</sup> Vgl. oben II, 1 c.

<sup>223</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 37 ff, 429, 449; dazu oben II, 1 c.

<sup>224</sup> Im Sinne des oben vor Fn. 218 formulierten Geheimnisbegriffs.

<sup>225</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 39, 429.

<sup>226</sup> So BGH NJW 1987, 2667, 2668 – BND.

zwei Fallgruppen gewährt worden: (1) In Fällen *vertraglichen Vertrauensbruchs* und (2) in Fällen von *groben Verstößen* gegen allgemein anerkannte *moralische* und *sittliche* Normen, die nach Abwägung mit den entgegenstehenden Interessen über das APR zu verrechtlichen sind.

Stärker zu gewichten ist die *Wahrheit*, wenn die Verbreitung der Information nicht bloß der Wahrheit *an sich* wegen geschieht oder zur Befriedigung eines *öffentlichen Informationsinteresses* im Rahmen der *Meinungs- und Pressefreiheit*<sup>227</sup>, sondern wenn die Offenbarung, Mitteilung, Information Voraussetzung ist für eine *gerechte*, zumindest *richtige* Entscheidung in einem Rechtsstreit oder in einer sonstigen Angelegenheit<sup>228</sup>. Hinter dem Interesse an der Wahrheit oder gerechter, zumindest richtiger Entscheidung stehen regelmäßig noch weitere konkrete Interessen, die vielfach noch allgemein in die verfassungsrechtlich geschützte *Berufs- und Eigentumsfreiheit* (Art. 12, 14 GG) einzuordnen sind<sup>229</sup>.

Die *unbefugte* Offenbarung anvertrauter Privatgeheimnisse kann über die strafrechtlichen Tatbestände hinaus kraft des APR als rechtswidrige Handlung nur auf Grund einer Güter- und Interessenabwägung mit den genannten allgemeinen und den dahinter stehenden konkreten Gegeninteressen<sup>230</sup> angenommen werden.

#### d) Geheimnisschutz kraft des APR

aa) *Auf Grund einer Vertraulichkeitsabrede* („Siegel der Verschwiegenheit“) hat die Rspr. die Veröffentlichung und Verwertung anvertrauter Informationen nicht bloß als *Vertragsbruch* (mit der Folge eines Anspruchs aus positiver Forderungsverletzung auf Ersatz des materiellen Schadens), sondern auch als Delikt mit der Folge des § 847<sup>231</sup> begriffen, z. B. wenn ein Nachrichtenmagazin einem Autor die vertrauliche Behandlung eines Manuskripts versprochen und dann das Versprechen gebrochen hat<sup>232</sup> oder wenn ein BND-Mitarbeiter einem Journalisten zum Zwecke einer gemeinsamen Veröffentlichung vertraulich über seine Tätigkeit berichtet, dann aber keine Veröffentlichungsgenehmigung seiner Behörde erhält<sup>233</sup>. Im Falle *Wallraff* hat das Bundesverfassungsgericht<sup>234</sup> gegen den BGH<sup>235</sup> wohl zu Recht angenommen, daß das Veröffentlichungsinteresse die Durchbrechung der auf Grund des *Arbeitsvertrags* bestehenden *Verschwiegenheitspflicht* nicht rechtfertige.

---

<sup>227</sup> Vgl. oben I, 3 d, aa; II, 1 c, bb, II, 2 b und dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 49 ff.; 360 ff., 429, 449.

<sup>228</sup> Vgl. oben I, 3 g, bb; ferner *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 48 ff.; 429, 449.

<sup>229</sup> Vgl. oben I, 3 d, aa; ferner *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 53 ff.

<sup>230</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 56.

<sup>231</sup> Auch in dieser Art von Fällen kommt der „immaterielle“ Schaden einer „Aneignung“ im „Widerspruch zum Zuweisungsgehalt“ des APR („geistigen Eigentums“) nahe, vgl. unten II, 4 g.

<sup>232</sup> Vgl. LG Hamburg, NJW-RR 1994, 1012, wo „Schadenersatz“ in Höhe von 60.000 DM zuerkannt wurde.

<sup>233</sup> BGH NJW 1987, 2667.

<sup>234</sup> BVerfGE 66, 116.

<sup>235</sup> BGHZ 80, 25; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 503.

bb) *Ohne Vertraulichkeitsabrede* wird ein als deliktische Persönlichkeitsverletzung anzusehender *Vertrauensbruch* grundsätzlich nur angenommen, wenn eine Persönlichkeit so vollständig preisgegeben wird, daß es *existenzvernichtende Wirkung* hat<sup>236</sup> oder wenn die Informationen aus der *Sexualsphäre* oder dem *gesundheitlichen* oder *religiösen* oder *sonstigen allerinnersten Bereich* (z. B. Briefe, Tagebücher) stammen oder wenn die *Form* sowie die *Art und Weise* der Veröffentlichung oder Verwertung auch im Hinblick auf die damit verfolgten Interessen nach allgemein anerkannten moralischen Grundsätzen nicht mehr vertretbar erscheint. In diesen Fällen wird das *Siegel der Verschwiegenheit* durch die in zahlreichen moralischen Regeln enthaltenen „guten Sitten“ gebildet, die das APR verrechtlicht.

(1) Für die *Sexualsphäre* gilt der alte Satz, ein Gentleman genießt und schweigt, eine Lady erst recht; erst die *weite Verbreitung* über den Bereich des gesellschaftlichen Klatsches und des „beherrschbaren Lebensraums“ hinaus kann aber aus dem bloß *unanständigen* einen *rechtswidrigen* Vertrauensbruch machen<sup>237</sup>. Auch das Ausplaudern dessen, was der Freund dem Freunde aus der Sexual- oder sonstigen Privatsphäre „unter dem Siegel der Verschwiegenheit“ anvertraut hat, kann grundsätzlich nicht kraft des APR als Delikt begriffen werden, solange die *Vertraulichkeitsabrede* nicht nachweislich von einem ernsthaften *Rechtsbindungswillen* (z. B. auf Grund Bank- oder Arbeitsvertrags) getragen wird. Auch die *religiösen* Beziehungen eines Menschen gehören zu seiner *Privatsphäre*, weshalb Presseberichte über die Zugehörigkeit von Personen zur *Scientology-Church* oder sonstigen Sekten rechtswidrige Eingriffe in das APR sein können, allerdings nicht, wenn die Person auf Grund ihrer beruflichen Tätigkeit in der Öffentlichkeit steht<sup>238</sup>. Ebenso können Informationen aus dem *gesundheitlichen Bereich* eines Menschen wegen Verstoßes gegen das APR rechtswidrig sein, auch wenn sie nicht von einem Arzt oder einer sonstigen in § 203 StGB angeführten Vertrauensperson weitergegeben werden, sondern von jemandem, der lediglich zufällig davon Kenntnis erhalten hat; freilich nicht, wenn die Weitergabe zum Zwecke der Aufklärung eines Betrugs erfolgt<sup>239</sup>. Auch der medizinische Dienst der Sozialversicherung (vgl. § 275 SGB V) und unter Umständen auch der Arbeitgeber, können ein gerechtfertigtes Interesse über die Art und Dauer der Erkrankung eines Arbeitnehmers haben, sofern sie zur Zahlung von Krankengeld oder zur Lohnfortzahlung verpflichtet sind<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> So im Fall BGH NJW 1987, 2667, 2668 – BND; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 504, 505.

<sup>237</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1114; Rundschreiben mit Details über eine frühere Liebesbeziehung.

<sup>238</sup> BVerfG NJW 1997, 2669; OLG Karlsruhe, AfP 1997, 721; *Abel*, NJW 1996, 91; dazu *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 506, 515 m.w.N.; zur Funktion des Begriffs „Persönlichkeit der Zeitgeschichte“ vgl. unten II, 4 f, bb.

<sup>239</sup> BGHZ 24, 72 – Krankenblatt; dazu BVerfG 32, 373, 380.

<sup>240</sup> Vgl. *Beatrix E. Jansen*, Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – Zum Anspruch des Arbeitgebers auf Kenntnis der krankheitsbedingten Gründe der Arbeitsunfähigkeit -, Diss. Trier 2000.

(2) Aus *Briefen*<sup>241</sup> und *Tagebüchern*<sup>242</sup> stammende Informationen werden auf Grund herkömmlicher moralischer Vorstellungen grundsätzlich kraft des APR als rechtlich *geschützte Privatgeheimnisse* angesehen, auch wenn ihnen kein Urheberrechtsschutz zukommt. Tagebücher werden etwas zu hoch gegriffen auch als „säkularisierte Beichte“ angesehen, bilden aber keinen „unantastbaren Innenraum der Persönlichkeit“. In einem Meineidsprozeß hat der BGH allerdings zu Recht ein Verwertungsverbot einer Tagebuchinformation angenommen<sup>243</sup>; dagegen aber ebenfalls zu Recht die Verwertung zum Zwecke der Überführung eines triebhaften Frauenmörders zugelassen<sup>244</sup>.

(3) Ebenso wie eine *übermäßige Verbreitung* von im gesellschaftlichen Bereich noch nicht rechtlich relevanten Klatsches<sup>245</sup> die Rechtswidrigkeit begründen kann<sup>246</sup>, kann die Verbreitung der Wahrheit auch wegen *übermäßiger Anprangerung*, z. B. bewußt auffälliger für die Nachbarschaft erkennbarer Mahnung säumiger Schuldner<sup>247</sup>, rechtswidrig sein. Auch darf nicht ohne hinreichenden Grund über lange zurückliegende *Jugendsünden* berichtet werden<sup>248</sup>. Die *heilende Kraft der Zeit* läßt nicht nur die Verjährung von Ansprüchen und Verwirkung von sonstigen Rechten eintreten, sondern machen u. U. auch die Verbreitung der Wahrheit wegen Verletzung des APR rechtswidrig; deswegen müssen auch *Straf- und sonstige Sündenregister* nach Ablauf gewisser Zeit gelöscht oder zumindest die Auskunft daraus irgendwie beschränkt werden. Selbst über allerschwerste Verbrechen darf nach gewisser Zeit kein Dokumentarspiel im Fernsehen mehr gesendet werden, welches die *Resozialisierung* der wieder freigelassenen Täter gefährden könnte<sup>249</sup>.

(4) Eine besondere Problematik bildet die *Berichterstattung über Straf- und sonstige Untaten*, insbesondere Berichte über solche Taten betreffende *Gerichtsverhandlungen*. Nach den Richtlinien des deutschen Presserats muß bei Berichten über Strafverfahren jede einseitige, tendenziöse oder präjudizierende Stellungnahme vermieden und zwischen *bloßem Verdacht* und *erwiesener Schuld* unterschieden werden. In der Regel wird daher nur über „mutmaßliche Täter“ berichtet, solange eine rechtskräftige Verurteilung nicht erfolgt ist. In Fällen, welche die Öffentlichkeit besonders interessieren, darf in der Presse auch über den bloßen Ver-

---

<sup>241</sup> BGHZ 13, 335 – Schachtbrief; 31, 308 – Alte Herren; BGH NJW-RR 1990, 764; BVerfG NJW 1991, 2339; BVerfGE 33, 1, 11; 57, 170, 179; 67, 157, 171; dazu *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 510, 542, 588.

<sup>242</sup> BGH NJW 1964, 1139; dazu BVerfGE 18, 146; BGH NJW 1988, 1037; dazu BVerfGE 80, 367.

<sup>243</sup> BGH NJW 1964, 1139; bestätigt durch BVerfGE 18, 146.

<sup>244</sup> BGH NJW 1988, 1037; bestätigt durch BVerfGE 80, 367; ablehnend dagegen *Amelung*, NJW 1990, 1753, 1759; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 33, 512, 542, 587 f. m.w.N.

<sup>245</sup> Vgl. oben Fn. 237.

<sup>246</sup> BGH GRUR 1965, 256 – Greetna Green; oben Fn. 237; dazu *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 514.

<sup>247</sup> LG Leipzig, NJW 1995, 3190 – schwarze Schatten; dazu zählt auch der „Mahn-Mann“, der RTL-Sendung „Wie bitte?!“; dazu *Edenfeld*, *Der Schuldner am Pranger – Grenzen zivilrechtlicher Schuldbeitreibung*, JZ 1998, 645 ff.

<sup>248</sup> Grundlegend RGZ 115, 416.

<sup>249</sup> BVerfGE 35, 203 – Lebach; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 525.

dacht von Straftaten berichtet werden, freilich nur mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß der Beweis noch nicht erbracht ist. Die *Nennung des Namens* des Täters ist grundsätzlich nur bei schweren Taten zulässig oder wenn der Täter eine Persönlichkeit der Zeitgeschichte ist; auf die Familie, insbesondere die Kinder des Täters ist besondere Rücksicht zu nehmen, vor allem, wenn bloß eine *Verdachtsberichterstattung* vorliegt. Ebenso große Zurückhaltung ist mit der *Ablichtung des Täters* geboten. Noch größere Zurückhaltung hinsichtlich der *Namen und Abbildungen von Tatopfern und Zeugen*, insbesondere bei Notzuchtverbrechen. Auch sollte eine Frau, die in einer Fernsehsendung behauptet, ihr Vater hätte sie als Kind sexuell mißbraucht, ihren Namen nicht nennen, jedenfalls dann nicht, wenn die Behauptung nicht beweisbar ist<sup>250</sup>. Alle diese Probleme zeigen, wie vorsichtig das in der Regel durch die Pressefreiheit geschützte Veröffentlichungsinteresse mit dem persönlichen Geheimhaltungsinteresse abzuwägen ist.

#### e) *Beweisverwertungsverbote*

Auch die in den Prozeßordnungen enthaltenen zahlreichen *Beweisverwertungsverbote*, die vielfach als Folge von *Zeugnisverweigerungsrechten* angeordnet sind, sind eine Art gesetzlicher Verbote, „anvertraute“ Privatgeheimnisse zu verbreiten oder zu verwenden. Letztlich dienen auch diese Beweisverwertungsverbote ebenso wie die Zeugnisverweigerungsrechte dem Schutz der Privatsphäre und dem Selbstbestimmungsrecht in dem gesetzlich geregelten Bereich und Umfang. Darum hat das BVerfG<sup>251</sup> die Richter ausdrücklich ermutigt und ermächtigt zu prüfen, ob im konkreten Fall der *Schutz der Persönlichkeitssphäre* noch stärker zu berücksichtigen sei „als dies dem an typischen Fallgruppen orientierten Gesetzgeber möglich sei“. Über die einzelnen gesetzlichen Regelungen hinaus soll also stets geprüft werden, ob nicht das APR ein Zeugnisverweigerungsrecht und darauf aufgebaut auch ein Beweisverwertungsrecht gewährt. Unbestritten ist der Satz, daß auch die Strafprozeßordnung nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis zwingt<sup>252</sup>. Nicht ganz so unbestritten aber auch allgemein anerkannt ist jedoch auch der Satz, daß nicht jede rechtswidrige Informationserhebung ein absolutes Beweis- und sonstiges Verwertungsverbot nach sich zieht<sup>253</sup>, weil das Interesse an der Veröffentlichung oder sonstigen Verwertung der rechtswidrig erlangten Information auch dann größer sein kann als das Geheimhaltungsinteresse, wenn die Information aus der Privatsphäre des Betroffenen rechtswidrig erlangt wurde. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Presse in „die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen“ (z. B. der Parteifinanzierung mit dem Verdacht der Bestechung und der Korrumpierung der Mitglieder der eigenen politischen Partei) rechtswidrig Informationen erlangt, deren Veröffentlichung zur Aufklärung gro-

---

<sup>250</sup> BVerfG NJW 1998, 2889.

<sup>251</sup> Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 444.

<sup>252</sup> BGHSt 14, 358, 365; 31, 34, 308; grundlegend Behling (Fn 98); dazu Kleinknecht-Meyer-Göfner., StPO, 44. Aufl., 1999, Einleitung Rdz. 50 ff. m.w.N.

<sup>253</sup> Erman/Ehmann (Fn. 5), Rdz. 538, 541.

ber Mißstände und schlimmer Korruptionen im politischen Bereich aber unbedingt erforderlich ist<sup>254</sup>.

Trotz dieser an sich richtig erkannten allgemeinen Grundsätze sind in der Frage des grundsätzlich nicht erlaubten *Mithörens* oder *Mitschneidens von Telefongesprächen*, deren Inhalt zu Beweis Zwecken genutzt werden soll, auf der Grundlage der vorstehend dargelegten Grundsätze der Rechtsprechung eine Reihe von Fehlentscheidungen unterlaufen, weil das Interesse an der *Wahrheit* und an *richtigen* Entscheidungen, auch die *notwehrähnliche Beweisnot* der in einem Rechtsstreit mit der Beweislast belasteten Ablauser nicht hinreichend berücksichtigt worden sind<sup>255</sup>. Das geschützte Interesse, daß Telefongespräche nicht mitgehört oder nicht mitgeschnitten werden dürfen, muß gegenüber dem Interesse am rechtmäßigen Ausgang eines Rechtsstreits, d. h. an einem richtigen Urteil in der Regel zurücktreten.

#### f) Schutz vor der Veröffentlichung von Bildnissen

aa) Der durch §§ 22, 23 KUG gewährte Schutz begründet kein „Recht am eigenen Bilde“ (RaeB) im Sinne eines *sonstigen Rechts* des § 823 Abs. 1, nicht nur weil dadurch kein Schutz gegen Bildaufnahmen geschaffen wurde<sup>256</sup>, sondern weil dessen Verletzung weder vor noch nach Anerkennung des APR unmittelbar einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gem. § 847 auslöst<sup>257</sup>. Die Veröffentlichung eines schönen Bildnisses eines schönen Menschen ist im Zweifel kein Delikt, kann vielmehr dessen Persönlichkeit eher fördern als verletzen; verletzt ist in solchem Falle also nur der Gefährdungstatbestand<sup>258</sup> des § 22 KUG, der dem Schutz des später geschaffenen APR vorgelagert ist<sup>259</sup>, nicht aber das APR. Ein die Folge des § 847 auslösendes Delikt ist nur anzunehmen, wenn Menschen in peinlichen Situationen abgebildet oder die Bilder in einem falschen Zusammenhang gestellt insbesondere die Abgebildeten durch Begleittexte verletzt wer-

---

<sup>254</sup> In diesem Sinne schon BGHZ 73, 120, 127 – *Kohl/Biedenkopf*; dazu *Erman/Ehmann*, (Fn. 5), Rdz. 550, 601.

<sup>255</sup> Vgl. BGH JZ 1991, 927 m. abl. Anm. *Helle*; BGH NJW 1988, 1016; BAG NJW 1998, 1331; LG Frankfurt/M NJW 1982, 1056; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 546 ff.; ebenso *Helle*, Multimedia (Fn. 73), Rdz. 141.

<sup>256</sup> Vgl. oben II, 3 a.

<sup>257</sup> § 22 KUG schützt aber selbstverständlich die Befugnis jener Person, selbst zu bestimmen, ob und in welcher Weise ihr Bildnis veröffentlicht oder zur Schau gestellt wird. Wer diese Selbstbestimmung des Abgelichteten unbefugt verletzt, handelt daher rechtswidrig, verletzt aber noch nicht das APR mit der Folge des § 847; was freilich auch damit erklärt werden kann, daß nur eine schwere Verletzung des APR und/oder schwere Schuld (BGHZ 35, 363 – *Ginseng*; BVerfGE 34, 269, 286 – *Soraya*; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 806 f.) den Schmerzensgeldanspruch auslösen, vgl. *Helle*, Bes. Persönlichkeitsrechte (Fn. 81), S. 220; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 455. Die unterschiedliche Betrachtung ist praktisch gleichgültig, sofern zwischen Gefährdungs- und Verletzungsunrecht des APR unterschieden wird, vgl. oben I, 3 g.

<sup>258</sup> Zur Unterscheidung zwischen Verletzungs- und Gefährdungsunrecht vgl. oben I, 3 g.

<sup>259</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 63, 455, 815 ff., 829 m.w.N.

den<sup>260</sup>. Der Schutz der §§ 22, 23 KUG erfaßt auch weder die *Darstellung einer Persönlichkeit* durch einen anderen Menschen (meist einen Schauspieler) noch das „*innere Bild*“ eines Menschen (Persönlichkeit, Charakter, psychologische Tests, psychiatrische Gutachten, Genomanalysen etc.). Derartige Darstellungen können daher auch nur durch das APR geschützt werden, wobei vor allem auch die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) als Gegeninteressen zu beachten sind.

bb) Die wichtigsten Gegeninteressen, die eine Verletzung des § 22 KUG grundsätzlich rechtfertigen, sind in § 23 Abs. 1 KUG aufgeführt. Allgemein kann § 23 Abs. 1 KUG heute als Konkretisierung der verfassungsrechtlich geschützten Meinungs-, Presse-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 GG) verstanden werden. Die Veröffentlichung von Bildnissen von sog. *Persönlichkeiten der Zeitgeschichte* (PdZ) ist heute meist durch die Informations- und Pressefreiheit (*Öffentlichkeitsinteresse*) gerechtfertigt, hinter dem freilich in der Regel noch die Berufs- und unternehmerische Freiheit (Art. 12, 14 GG) sowie konkrete Einzelinteressen (z. B. zur Verwendung als Beweismittel) stehen.

Diese *Gegeninteressen* werden wiederum nach § 23 Abs. 2 KUG durch „*berechtigte Interessen*“ des Abgebildeten ausgeschaltet (Schranken-Schranke), die heute als durch das APR geschützte Interessen verstanden werden können<sup>261</sup>, die entsprechend der in Art. 5 Abs. 2 GG genannten Ehre<sup>262</sup> eine Schranke der Meinungs- und Pressefreiheit bilden. Auch hinsichtlich der Veröffentlichung von Bildnissen rechtfertigt das in § 23 Abs. 1 KUG und verstärkt durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Öffentlichkeitsinteresse keine *Diffamierung* der Persönlichkeit<sup>263</sup>, auch keine übermäßige Anprangerung<sup>264</sup> oder Ausnutzung besonders peinlicher Situationen oder allzu menschlicher Unzulänglichkeit<sup>265</sup>, z. B. auch keine Bilder von Nervenzusammenbrüchen anlässlich großer Katastrophen oder des Todes von Angehörigen<sup>266</sup>, etc.

Das Öffentlichkeitsinteresse und die Pressefreiheit rechtfertigen auch nicht die *kommerzielle Nutzung* von Bildnissen oder sonstigen Persönlichkeitsgütern von PdZ. In Grenzfällen ist freilich oft schwer zu entscheiden, ob *Tull Harder*<sup>267</sup>,

---

<sup>260</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1962, 1004: Abbildung eines Seemanns im Zusammenhang mit einem Artikel: „Lebenslang für Doppelmörder“; OLG Koblenz NJW 1997, 1375: Abbildung eines Priesters mit einem Bericht über den sexuellen Missbrauch von Kindern durch einen Priester, wobei der Abgebildete mit dem Vorgang nichts zu tun hatte; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 479, 823 m.w.N.

<sup>261</sup> Vgl. BGHZ 24, 200 – Spätheimkehrer; BGHSt 18, 182 – Callgirl; BGHZ 39, 124 – Fernsehansagerin; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 249 ff., 469 f., 478 ff., 481.

<sup>262</sup> Freilich nicht in Form der dargelegten dreifachen Einschränkung durch die Rspr. des BVerfG, vgl. oben II, 1 c) bb) (2).

<sup>263</sup> Vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1994, 1373: Barschel in der Badewanne mit Engholm-Kopf.

<sup>264</sup> BGH NJW 1965, 2355 – Mörder sind unter uns; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 426, 518.

<sup>265</sup> OLG Hamburg AfP 1972, 150.

<sup>266</sup> LG Köln NJW 1992, 443.

<sup>267</sup> RGZ 125, 80.

Franz Beckenbauer<sup>268</sup>, Boris Becker<sup>269</sup> auf Sammelbildern, Kalendern, Titelseiten von Lehrbüchern kommerziell genutzt oder „nur“ als PdZ abgebildet worden sind<sup>270</sup>.

g) *Schutz gegen kommerzielle Nutzung von Bildnissen und sonstigen Persönlichkeitsgütern*

aa) Ebenso wie grundsätzlich die Wahrheit über andere verbreitet werden darf, darf sich grundsätzlich jeder auch kraft seiner Handlungs- und Berufsfreiheit das Sein, Tun und Handeln eines anderen zu Nutze machen. Bei der unbefugten kommerziellen Nutzung der Persönlichkeit eines anderen geht es meist nicht um die Veröffentlichung oder Verbreitung von „Privatgeheimnissen“, sondern um andere „Aspekte“ der Persönlichkeit (z. B. Bildnissen, Namen, Markenzeichen, aber auch „Fabrikgeheimnisse“ und sonstiges „geistiges Eigentum“), die, um sie verkehrsfähig zu machen, als eigentumsähnliche Rechtsgüter (Patentrechte, Urheberrechte, gewerbliche Schutzrechte, auch schon als Namensrecht oder Recht am eigenen Bilde) anerkannt worden sind. Die *Voraussetzungen* des *Unrechtstatbestands* rechtswidriger kommerzieller Nutzung des Namens, Bildes, von Urheber-, Patent- oder anderer gewerblicher Schutzrechte oder sonstiger fremder Persönlichkeitsaspekte sind daher andere als bei der *unbefugten* Offenbarung und Verbreitung von *Privatgeheimnissen*. Zweck der Anerkennung von Patentrechten durch das Patentgesetz war von Anfang an nicht der Schutz, sondern die „Bekämpfung der Fabrikgeheimnisse“; die Patentrechte sollten der besseren Verbreitung der Fabrikgeheimnisse und ihrer wirtschaftlichen Nutzung und damit dem allgemeinen Wohlstand dienen<sup>271</sup>. Mehr noch als beim Sacheigentum entzieht die Anerkennung des „geistigen Eigentums“ allerdings der Allgemeinheit dessen Nutzung, was seit altersher als „Diebstahl“ abqualifiziert wird. Wie für das Sacheigentum gilt aber auch für das „geistige Eigentum“, daß dessen individuelle Zuordnung die Verschwendung der Güter verhindert und damit die Anerkennung als Privateigentum rechtfertigt<sup>272</sup>. Schon mit der Anerkennung der Patent- und sonstigen gewerblichen Schutzrechte zeigte sich also, daß jeder rechtliche Schutz eines Geheimhaltungsinteresses dieses zugleich zur *Handelsware* macht, oft sogar in erster Linie machen soll<sup>273</sup>. Das setzt sich fort am sog. *Recht am eigenen Bilde*, am *Werbewert* berühmter Sportler (Boris Becker, Beckenbauer, Schumacher), sonstiger Persönlichkeiten und allerlei Skandalnudeln (Nena<sup>274</sup>, Veronika), die auf dem Medienmarkt ihre sexuelle Ausstrahlungskraft in Geld verwandeln, letztlich

---

<sup>268</sup> BGH NJW 1979, 2203; auf einem T-Shirt darf er jedoch sicherlich nicht ohne Einwilligung vermarktet werden, BGHZ 110, 196.

<sup>269</sup> OLG Frankfurt, NJW 1989, 402.

<sup>270</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 483 m.w.N.

<sup>271</sup> *Hubmann*, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. 1969, § 5 II, S. 36.

<sup>272</sup> Vgl. *Thomas von Aquin*, Recht und Gerechtigkeit, Summa Theologica II-II, Fragen 57 – 79 (hrsg. und kommentiert von A.F. Utz, Nachfolgefassung von Band 18 der deutschen Thomas-Ausgabe, Bonn 1987), insb. Art. 2 zu Frage 66, S. 113 ff.

<sup>273</sup> *Maas*, Information und Geheimnis im Zivilrecht, 1970, S. 100 ff; *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230, 238 f.

<sup>274</sup> BGH JZ 1987, 158 – Nena; OLG Hamm NJW-RR 1987, 232 – Nena.

auch in der Big-Brother-Show, wo nur vermarktet wird, was sonst als APR geschützt wäre.

In den Fällen des kommerziellen Nutzens von Namen, Bildnissen<sup>275</sup> oder Stimmen und Redewendungen<sup>276</sup> oder sonstigen Persönlichkeitsaspekten (die keine „Werte“ sein müssen, wie Peep- und Big-Brother-Shows zeigen), besteht das *Unrecht* in der Regel nicht in einem *Vertrauensbruch*, sondern in der *Aneignung* dessen, was eigentlich einem anderen gehört, wobei dieser Persönlichkeitsaspekt nicht unbedingt eine geistige Schöpfung (geistiges Eigentum) zu sein braucht (s. Peep-Show), sondern lediglich ein Aspekt, dessen wirtschaftlicher Wert kraft des APR von Rechts wegen anerkannt wird. Die rechtswidrige und schuldhaft Verletzung eines derart rechtlich anerkannten Persönlichkeitsguts verpflichtet zum Schadenersatz, die bloß rechtswidrige Verletzung (genauer: „im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts“<sup>277</sup>) begründet einen Bereicherungsanspruch des „Verletzten“. Der Schaden ist so betrachtet – wenn keine Beleidigung oder Identitätsverfälschung hinzutritt<sup>278</sup> – auch kein *immaterieller*, sondern ein durch die rechtliche Anerkennung *materiell* gewordener Schaden. Die Rechtsprechung gewährt in derartigen Fällen „Schmerzensgeld“ nur deswegen, weil der Betroffene in der Regel einen dem Gewinn des Eingreifers entsprechenden *Schaden* am eigenen Vermögen nicht nachweisen kann, wenn er das Persönlichkeitsgut anderswo in solcher Weise hätte nicht vermarkten können. Deswegen verdient die Abschöpfung des Gewinns über das Bereicherungsrecht den Vorzug, weil die Bereicherungsschuld keine Schadensschuld ist<sup>279</sup>.

bb) Bildnisse von Persönlichkeiten, insbesondere PdZ, die im Marketing-Geschäft der Massenmedien einen hohen Marktwert haben (Boris Becker, Beckenbauer, Michael Schumacher etc.) sind das wichtigste und beste Beispiel für Persönlichkeitsaspekte, die über das sog. RaeB und das APR zu *Handelswaren* geworden sind<sup>280</sup>. Ohne die Anerkennung dieses Rechts hätte der Rennfahrer *Michael Schumacher* seine Hochzeitsbilder nicht für ca. 500.000 DM exklusiv an eine Zeitschrift verkaufen können. Auch wäre *Prinzessin Diana* ohne den Wert von Paparazzifotos nicht zu Tode gehetzt worden. Für die *Prinzessin von Monaco* und deren Rechtsvertreter bedeutet das Recht am eigenen Bilde eine nicht unerhebliche *Einnahmequelle* und ohne dieses Recht wäre auch der schwunghafte Handel

---

<sup>275</sup> BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke mit Motorroller.

<sup>276</sup> OLG Hamburg, NJW 1990, 1995 – Heinz Ehrhardt: „... noch ein Gedicht“.

<sup>277</sup> *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach deutschem und österreichischem Recht, 1934, S. 25 ff.; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 495, 733; dazu oben I, 1 b, bb Fn. 24.

<sup>278</sup> Wie im Herrenreiter- oder Ginseng-Fall, BGHZ 26, 349; 35, 363 und in allen Fällen, in denen der Betroffene seine Persönlichkeit nicht auf diese Weise vermarkten wollte, z. B. BGHZ 30, 7 – Caterina Valente.

<sup>279</sup> Vgl. oben I, 1 b, bb Fn. 24 dazu *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, in: Schriftenreihe Information und Recht (hrsg. v. Hoeren u.a.), 1999; *Kläver*, Bereicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diss. Gießen, 1999.

<sup>280</sup> Vgl. oben I, 4 g, aa nach Fn. 272.

mit *Nackt-* und *Pornofotos*<sup>281</sup> im gegebenen Umfang nicht möglich oder nicht lohnend. Ein entsprechender Handel wird freilich auch mit anderen Aspekten der Persönlichkeit betrieben, die unter den Schutz des APR gestellt und damit zur Handelsware geworden sind, z. B. für Blut, Samen, Embryos und sonstige Körperersatzteile<sup>282</sup>, sofern man sie nicht als Sachen begreifen will; nicht als Sachen aber auch als persönlichkeitsbezogene „Waren“ werden verkauft die Einblicke in die „innere Persönlichkeit“ in sog. Peepshows und neuerdings in Big Brother Fernsehdarstellungen<sup>283</sup>. Die für die unberechtigte kommerzielle Nutzung und auch für die Veräußerung der Nutzungsbefugnis von Bildnissen entwickelten Rechtsgrundsätze gelten für diese „Persönlichkeitsgüter“ entsprechend.

cc) Diese Verwandlung von Persönlichkeitsrechten in *Handelswaren* hat viele zusätzliche Probleme aufgeworfen, die insbesondere die *Einwilligung* betreffen und hauptsächlich an Fällen der unberechtigten Vermarktung von Bildnissen<sup>284</sup> erörtert werden. In Bezug auf Verletzungen des APR, die mit Geldentschädigungen (§ 847) sanktioniert werden, kann die Einwilligung als „Verzicht auf Rechtsschutz“ qualifiziert werden<sup>285</sup>, sofern jedoch die *kommerzielle Verwertung* gegen Entgelt (Lizenzen) erlaubt wird, muß die Einwilligung als ein auch in die Zukunft wirkendes *Rechtsgeschäft* verstanden werden<sup>286</sup>. Zweifelhaft und streitig ist auch, ob zu solchen Einwilligungen unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich ist, ob bei Minderjährigen die Eltern als Vertreter z. B. der Verbreitung von Nacktfotos über die Tochter wirksam zustimmen können oder auch die Zustimmung der „Grundrechtsmündigen“ erforderlich ist<sup>287</sup>; schließlich ob und unter welchen Voraussetzungen die erteilte Einwilligung bei Gesinnungswandel widerrufen werden kann<sup>288</sup>. Exklusivverträgen zur Verwertung hat der BGH wohl zu Recht eine Art dingliche Wirkung zuerkannt mit der Folge, daß den Lizenznehmern Klagebefugnisse und auch Bereicherungsansprüche zuerkannt werden können, also dem Recht am eigenen Bilde eine Art „absoluter Zuordnungsgehalt“ zuerkannt wird<sup>289</sup>.

Im Hinblick auf die Peep- und Big Brother-Shows ist nicht zuletzt sehr zweifel-

---

<sup>281</sup> Vgl. die Nachw. in *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 490 ff., 832; insbes. OLG München, AfP 1989, 570 über „waggonweise“ Abbilder.

<sup>282</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 127 zur Vernichtung deponierten Spermas; dazu *Taupitz*, NJW 1995, 745; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 21, 180.

<sup>283</sup> Die Problematik solcher Fälle wollte schon *Savigny* (vgl. oben I, 1 b, aa) dadurch verhindern, daß er ein „Urrecht an sich selbst“ auf Grund philosophischer Einsichten ablehnte, wobei er als praktische Konsequenz der Bejahung doch nur den Fall anführte, das ansonsten ein Recht auf Selbstmord zulässig sein müßte.

<sup>284</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 482 f., 495, 532 f., auch Rdz. 140.

<sup>285</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 488; dazu *Helle*, Multimedia (Fn. 73) Rdz. 130 m.w.N.

<sup>286</sup> *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 488.

<sup>287</sup> *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte (Fn. 81), S. 101 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 492.

<sup>288</sup> Köstlich OLG München (AfP 1989, 570) wo einer Schauspielerin, von der es „waggonweise“ Aktbilder gibt, der erforderliche „Wandel der inneren Einstellung“ mit dem „Wunsch in das ernste Fach zu wechseln“ nicht abgenommen und der Widerruf verweigert wird; dazu auch OLG Köln, AfP 1996, 186; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 494.

<sup>289</sup> Vgl. dazu oben Fn. 24, 277, 279

haft, ob die Einwilligungen gegen die guten Sitten verstoßen, d. h. ob den Betroffenen ein unbegrenztes *Recht zur Verfügung über ihre Menschenwürde* zuerkannt werden darf<sup>290</sup>, aus der das APR doch letztlich abgeleitet wird und die nach Art. 1 Abs. 1 GG doch unantastbar sein soll, was doch wohl nicht bloß rein wörtlich verstanden werden darf.

dd) Bezüglich von *Bildnissen* ist nicht zuletzt häufig streitig, ob sie nur zu dem Zweck, für den sie aufgenommen oder erstmals veröffentlicht worden sind oder auch zu *anderen Zwecken* veröffentlicht oder genutzt werden dürfen; z. B. deckt die *Einwilligung* einer Nacktbadenden zur Veröffentlichung in einem Kundenkatalog für Badeeinrichtungen nicht die Veröffentlichung in einem Sexbildbericht über amerikanische Liebesschulen<sup>291</sup>. Der Umfang der Einwilligung ist im Zweifel durch Auslegung zu bestimmen<sup>292</sup>. Dahinter steckt der *Gedanke der Zweckbindung*, der Informationsübermittlung und Informationsverwertung, der insbesondere im Datenschutzrecht oft überstrapaziert wird<sup>293</sup>. Auch in Entscheidungsakten angesammelte Informationen dürfen z. B. grundsätzlich nur mit Einwilligung der Betroffenen oder im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an andere, auch an Gerichte oder an eine Disziplinarbehörde zur Einsicht weitergegeben werden<sup>294</sup>. Auch die Weitergabe eines zu anderen Zwecken erstellten BKA-Berichts über eine Sekte an das Max-Planck-Institut für Psychiatrie kann das APR der Betroffenen verletzen, jedoch auch nur, wenn die Weitergabe ihrerseits nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt ist<sup>295</sup>.

## 5. Sonstiger Persönlichkeitsschutz

### a) Über Informationsschutz hinaus

Das APR ist zivilrechtlich als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 und damit als deliktisches Abwehrrecht, insbesondere als Schutz der Privatsphäre vor wahren und unwahren Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen vor allem als Schutz vor Äußerungen in der Presse und sonstigen Massenmedien entwickelt worden<sup>296</sup>. Die inzwischen angefallene Kasuistik zeigt jedoch, daß die „innere Persönlichkeit“ auch noch anders als durch ehrenrührige, wahre und unwahre Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen oder unbefugte kommerzielle Verwertung verletzt werden kann und noch ein Schutzbedürfnis besteht gegen *Belästigungen und sonstige Beeinträchtigungen*, die aber begrifflich und tatbestandsmäßig bisher noch nicht allgemein oder irgendwie abschließend erfasst werden konnten.

---

<sup>290</sup> Vgl. oben I, 1 b, aa; verneint von BVerwGE 64, 274.

<sup>291</sup> OLG München, AfP 1982, 230.

<sup>292</sup> BGH JZ 1987, 158 – Nena.

<sup>293</sup> Vgl. *Ehmann*, Die Zweckbindung privater Datennutzung, RDV 1988, 169 ff. und 221 ff.; ders. AcP 188 (1988) 230 ff., 311 f.; vgl. jetzt §§ 4 II; 28 I, 2 und II RegE BDSG 99 (Fn. 9).

<sup>294</sup> BVerfGE 27, 344, 351 f.; 34, 205, 208 f.

<sup>295</sup> BGHZ 78, 274, 287; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 195, 534 f.

<sup>296</sup> Vgl. oben II., 1 a.

Ferner hat sich das APR über seine Funktion als deliktisches Abwehrrecht hinaus zu einer *Rechtsgrundlage für positive Ansprüche*, insbesondere Beschäftigungsansprüche, Auskunftsansprüche etc. entwickelt. Auch dieser Bereich ist weder im Hinblick auf seine Grundlagen noch in seinem Umfang hinreichend geklärt. Zu beiden weitgehend ungeklärten Bereichen können in diesem Rahmen nur noch einige kurze Hinweise gegeben werden.

b) *Schutz vor Belästigungen und sonstigen Beeinträchtigungen*

Josef Kohler,<sup>297</sup> der als einer der Ersten die Anerkennung eines *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* forderte, bemerkte dazu mahnend aber auch schon, daß niemand in der Wolkenhülle der *Pallas Athene* über die Erde schreiten könne. Heute aber wird nicht selten ähnliches eingeklagt, wodurch das APR zur „kleinen Münze“ gemacht wird, das vor jeder Art von Belästigungen schützen soll.

aa) Mit solch *kleiner Münze* massenhaft belästigt werden auch die Gerichte durch die Klagen wegen unerbetener *Briefkasteneinwürfe* mit Werbesendungen u.a. der verschiedensten Art<sup>298</sup>. Wenn es einfacher ist, das Zeug wegzuworfen als eine Klage zu erheben, sollte das Rechtsschutzbedürfnis für solche Klagen verneint werden; viele dieser Klagen zeigen unverkennbar einen querulatorischen Hang<sup>299</sup>. Ernster zu nehmen sind die *unerbetenen Telefonanrufe*<sup>300</sup>, die über *sexuelle Belästigungen* bis zu *Entführungs- und Morddrohungen* gehen, insbesondere die Nachtruhe schwerwiegend stören können und dann schon als *Gesundheitsverletzungen* verstanden werden dürfen. Auch unerbetene telefonische Werbung kann jedoch schon mehr als nur lästig werden. Manchmal wird einem jedes Geschwätz anderer schon lästig, aber als Persönlichkeitsverletzung kann man dies jedenfalls solange nicht begreifen, als der Belästigte noch weglaufen kann; Studenten können also von den Hochschullehrern durch bloßes Gerede nicht *rechtswidrig* belästigt werden, davor schützt sie die „akademische Freiheit“ der insoweit noch bestehenden Humboldt-Universität, die also auch als ehrwürdiger Schutz vor Belästigungen verstanden werden kann; anders ist es dort, wo *Schulzwang* besteht, z.B. haben viele Gymnasiasten zur Zeit sehr zu leiden unter dem Gerede der gealterten und grün mutierten 68er- Lehrergeneration. Wer schützt unsere volljährigen "Kinder" vor deren Gerede? Eine Klage wegen handfester Belästigungen dieser Art wäre berechtigter als die „Briefkasten – Klagen“. Aber wo soll die Grenze sein? Wer sich ärgert büßt die Sünden anderer.

bb) Auch die *Belästigung durch Tabakrauch* stellt grundsätzlich noch keine

---

<sup>297</sup> Kunstwerkrecht, 1908, S. 158.

<sup>298</sup> BGHZ 60, 296; BGH NJW 1989, 902; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 671 m.w.N.

<sup>299</sup> Anders als in den Fällen der Klagen von Wohnungseigentümern, vgl. BGHZ 106, 222; dagegen *Ehmann*, JZ 1991, 222.

<sup>300</sup> BGHZ 54, 188; BGH GRUR 1989, 753; BGH CR 1991, 465; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), RdZ. 678 f. m.w.N.; zu unerbetenen *Hausbesuchen* zu Werbezwecken vgl. BGH NJW 1994, 1071; BGH GRUR 1994, 818; dazu *Ulrich*, Festschr. f. Vieregge, 1995, 901.

rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar, solange keine *Gesundheitsverletzung* droht und muß daher erforderlichenfalls auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden<sup>301</sup>. Auch *geschlechtsspezifische Diskriminierungen*, welche den Gleichberechtigungsgrundsatz verletzen, können entgegen der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>302</sup> grundsätzlich nicht als Verletzung des APR qualifiziert werden, weil ihnen in der Regel keine *individualbezogene* Verletzung der Persönlichkeit der Betroffenen zugrunde liegt. Das APR in der Form eines *Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung* und auf *Familienplanung* kann jedoch verletzt werden, mit der Folge eines Kindes durch falsche ärztliche Beratung, Behandlung oder Medikamentierung (Abführmittel statt Pille), wobei freilich zweifelhaft und streitig ist, inwieweit derart unerwünscht entstehende *Kinder als Schaden* betrachtet werden dürfen<sup>303</sup>. Sehr problematisch ist auch, ob das heimliche Absetzen der Pille mit der Folge eines Kindes und der darin liegende Vertrauensbruch einer Frau das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Mannes und daher dessen APR rechtswidrig verletzt<sup>304</sup>.

cc) Sehr schwierig ist nicht zuletzt die Frage, inwieweit das APR ein *Recht auf Nichtwissen* schützen kann<sup>305</sup>. Teilt ein Arzt einem Homosexuellen mit, daß er an *AIDS* erkrankt ist, so ist diese Mitteilung keine rechtswidrige Verletzung des APR des Betroffenen, die den Arzt zum Schadenersatz verpflichtet<sup>306</sup>, auch dann nicht, wenn der Betroffene versprochen hatte, daß er sich in seinen Sexualkontakten künftig so verhalten wird, als liege eine HIV-Infektion bei ihm vor. Anerkennenswert erscheint das Recht auf Nichtwissen jedoch z.B. im Bezug auf eine *genetische Analyse*, die ergibt, dass ein Jugendlicher spätestens mit 20 Jahren erblindet und mit 25 Jahren sterben wird. Hier gilt der Satz: „*Nur der Irrtum ist das Leben, und die Wahrheit ist der Tod!*“

### c) Rechtsgrundlage positiver Ansprüche

Noch schwerer faßbar sind der Grund und der Umfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, soweit es über ein bloßes deliktisches *Abwehrrecht*, d.h. einen *Verbotstatbestand* hinaus als Rechtsgrundlage für auf *positive Handlungen* gerichtete Ansprüche dienen soll; z.B. *Ansprüche von Arbeitnehmern auf Beschäftigung*<sup>307</sup> oder Weiterbeschäftigung nach Kündigung<sup>308</sup>; *Auskunftsansprüche un-*

---

<sup>301</sup> Vgl. BGHZ 79, 111, 115; zum positiven Recht auf ein Raucherzimmer in der juristischen Staatsprüfung, vgl. BVerwG NJW 1988, 2813; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 681.

<sup>302</sup> BAG AP Nr. 5 und 6 zu § 611a; dagegen *Wiese*, ZfA 1996, 439, 473; das Problem hat sich durch die Neufassung des § 611 a Abs. 2 und 3 verändert; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 669.

<sup>303</sup> BGHZ 124, 128; BGH NJW 1995, 1609, auch 2399; BVerfG NJW 1998, 519; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 666 m.w.N.

<sup>304</sup> BGHZ 97, 372; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rz. 665.

<sup>305</sup> Vgl. *Wiese*, Gibt es ein Recht auf Nichtwissen?, Festschr. f. Niederländer, 1991, S. 475; *Taupitz*, Das Recht auf Nichtwissen, Festschr. f. Wiese, 1998, S. 583; *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rz. 653 m.w.N.

<sup>306</sup> So aber LG Köln NJW 1995, 1621; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rz. 653.

<sup>307</sup> Grundlegend BAGE 2, 222 – Röntgenärztin = AP Nr. 2 zu § 611 Beschäftigungspflicht; ferner AP Nr. 3 – 27 a.a.O.

ehelicher Kinder gegen ihre Mütter auf den Namen ihres Vaters oder der Männer, mit denen sie in der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrte<sup>309</sup>; Ansprüche von Patienten gegen ihren Arzt oder das Krankenhaus auf Auskunft über Behandlungsmethoden oder auf Herausgabe der Röntgenbilder oder Krankenakten<sup>310</sup>; weitergehend sogar als Grundlage eines Rechts auf Arbeit<sup>311</sup>, eines Rechts auf Wohnung<sup>312</sup>, auf Gesundheit<sup>313</sup>, auf schuldenfreies Leben<sup>314</sup>, etc.

Die Begründung derartiger positiver Leistungsansprüche mittels des APR wird in der Literatur von einigen Autoren<sup>315</sup> strikt abgelehnt. Richtig ist jedenfalls, daß das APR als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 und klarer noch als Verhaltensunrechtstatbestand im hier vorgetragenen Sinne nur einen Verbotstatbestand bildet, der einen Unterlassungsanspruch gem. § 1004 auslöst, dessen schuldhaftes Verletzung freilich nicht nur einen Anspruch auf Schmerzensgeld gem. § 847, sondern auch Ansprüche auf Wiedergutmachung nach § 249 (Naturalrestitution) entwickeln kann, die auf positive Leistungen gerichtet sind. Die Ansprüche auf Beschäftigung und auf Auskunft über die Behandlungsmethoden und Herausgabe der Krankenakten, gar auf die Beschaffung einer Wohnung etc. gehen jedoch darüber weit hinaus und lassen sich nicht mehr als Schadenersatzansprüche verstehen, die sich aus der Verletzung eines Deliktstatbestandes entwickeln können. Soweit den genannten Auskunfts- und sonstigen Leistungsansprüchen gestützt auf das APR der Anspruchssteller stattgegeben wurde, müssen diese Ansprüche als *Drittwirkung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts* betrachtet werden, das trotz Namensgleichheit mit dem deliktischen APR nicht gleichgesetzt werden darf. Das BVerfG hat die richterrechtliche Anerkennung des deliktischen APR erstmals in der Soraya-Entscheidung als verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt<sup>316</sup>. Zeitlich zuvor hatte das BVerfG<sup>317</sup> jedoch schon aus der *allgemeinen Handlungsfreiheit* in Verbindung mit der *Menschenwürde* (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs.1 GG) ein *verfassungsrechtliches „allgemeines Persönlichkeitsrecht“* abgeleitet, das als Grundrecht der Persönlichkeit des Bürgers diesen vor dem Staat schützen soll. Dieses *APR-Grundrecht* ist in einer langen Reihe

---

<sup>308</sup> Gem. den contra legem über die Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG hinaus entwickelten Grundsätzen, vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

<sup>309</sup> Vgl. BVerfG NJW 1988, 3010; LG Münster, FamRZ 1990, 1031; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5) Rdz. 639.

<sup>310</sup> BGHZ 72, 132; 85, 327; 85, 339; 106, 146; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 641.

<sup>311</sup> Dagegen *Reuter*, ZfA 1978, 344; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl. § 7 II, 9 m.w.N.

<sup>312</sup> Vgl. BVerfG NJW 1992, 1220; 1994, 41.

<sup>313</sup> Im Sinne des Gesundheitsbegriffs der WHO: „Gesundheit ist ein Zustand völligen körperlichen und geistigen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheit oder Gebrechen“ (BGBl. II 1974, 45); zu den Auswirkungen solch utopischen Denkens vgl. auch *Ehmann*, Europäischer Gesundheitsschutz kraft deutscher Mitbestimmung, in: Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschr. 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz, 1999, S. 19 ff.; vgl. auch *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

<sup>314</sup> Vgl. BVerfGE 72, 155; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 631, 656.

<sup>315</sup> *Weitnauer*, NJW 1959, 313, 316; *Wiese*, ZfA 1971, 297; *ders.* ZfA 1996, 439, 467; dagegen *Ehmann*, Festschr. f. Wiese 1998, 99.

<sup>316</sup> BVerfGE 34, 269.

<sup>317</sup> BVerfGE 27, 1, 6 – Mikrozensus; 27, 344, 350 f – Scheidungsakten.

von Entscheidungen<sup>318</sup> zu einem Recht auf Selbstdefinition<sup>319</sup>, einem Recht auf sexuelle, informationelle, individuelle und sonstige Selbstbestimmung fortentwickelt worden<sup>320</sup>. Das so entwickelte APR-Grundrecht unterscheidet sich in seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt, seinen Schranken und seiner Funktion allerdings ganz grundlegend vom bürgerlich-rechtlichen APR, das vom BGH (gestützt auf Art. 1 Abs.1 und Art. 2 Abs. 1 GG) als sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 für den deliktischen Schutz der Bürger entwickelt worden ist, bezüglich dessen das BVerfG lediglich keinen Anlaß sah, der zivilrechtlichen Rechtsprechung von Verfassungen wegen entgegen zu treten<sup>321</sup>.

Der Versuch, den Inhalt des *APR-Grundrechts* von seinen tatbestandlichen Voraussetzungen her zu bestimmen und vom bürgerlich-rechtlichen APR zu unterscheiden, geschieht in der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung entsprechend der herrschenden Grundrechtsdogmatik durch Bestimmung des sog. Schutzbereichs, der durch „Eingriffe“ nicht beeinträchtigt werden darf, sofern diese nicht aufgrund von Grundrechtsschranken gerechtfertigt sind. Diese Grundrechtsschranken können ihrerseits wiederum beschränkt sein (Schranken – Schranken)<sup>322</sup>. Der Schutzbereich wird im Wesentlichen von zwei Funktionen des APR-Grundrechts her bestimmt:

(1) vom *Recht, in Ruhe gelassen zu werden*<sup>323</sup>, d.h. dem Schutz der Privat- und Intimsphäre bis zu jenem „unantastbaren Kernbereich<sup>324</sup>“, der letztlich „Geheimnischarakter“ haben soll (sog. individuelle Identität<sup>325</sup>);

(2) der *Sicherung der „aktiven Entfaltung der Persönlichkeit*<sup>326</sup>“, die zum Schutz der sozialen Identität dem Aspekt des Abwehrschutzes gegenübergestellt wird<sup>327</sup>.

Das so definierte APR-Grundrecht ist weiter gezogen als das bürgerlich-rechtliche APR iSd § 823 Abs. 1<sup>328</sup>, aber die gleichlautende Bezeichnung birgt angesichts der Ähnlichkeit der erfaßten Sachverhalte die Gefahr in sich, daß bei der Rechtsanwendung die Verschiedenheit übersehen wird. Dieser rechtliche Unterschied

---

<sup>318</sup> Vgl. die weitgehend vollständigen Nachweise bei *Jarras/Pieroth*, GG-Kommentar, 4. Aufl. 1997, Art. 2 Rz. 25 ff

<sup>319</sup> BVerfGE 54, 148, 156 – Eppler; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 422.

<sup>320</sup> Vgl. BVerfGE 47, 46, 73; 49, 286, 298; 65, 1, 41 ff; 72, 155, 170; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 34, 92 m.w.N.

<sup>321</sup> BVerfG E 34, 269, 281 – Soraya.

<sup>322</sup> Vgl. hierzu *Jarras/Pieroth* (Fn. 318), vor Art. 1 Rz. 12 ff.

<sup>323</sup> So BVerfG E 27, 1, 6 – Mikrozensus; zur Herkunft dieses Reimportartikels vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230, 233, Fn. 6.

<sup>324</sup> BVerfGE 80, 367, 373.

<sup>325</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 44 f; 80, 367, 373.

<sup>326</sup> BVerfGE 54, 148, 153; dazu oben Fn. 319.

<sup>327</sup> BVerfG NJW 89, 891 – Kenntnis der Abstammung; dazu oben Fn. 309; BGHZ 85, 327, 339; BVerfGE 32, 373, 382 – Einsicht in Krankenakten; BVerfGE 47, 46, 73; 49, 286, 298; 60, 123, 134 – sexuelle Selbstbestimmung; dazu *Jarras* NJW 1989, 859; ferner *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 59.

<sup>328</sup> AA *Jarras* NJW 1989, 858; dagegen *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 94.

tritt in der Praxis dadurch in Erscheinung, daß der Staat in das APR-Grundrecht (das Selbstbestimmungsrecht der Bürger) nur eingreifen darf:

1. aufgrund eines Gesetzes (*Parlamentsvorbehalt*), welches dem *Grundsatz der Normenklarheit* genügt<sup>329</sup>;
2. wenn „*überwiegende Interessen der Allgemeinheit* dies unter strikter Wahrung des *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit* gebieten<sup>330</sup>“.

Dieser Unterschied von *verfassungsrechtlichem* und *bürgerlich-rechtlichem APR* wird freilich in dem Maße verwischt, wie dem APR-Grundrecht *unmittelbare Drittwirkung* eingeräumt wird, was heute vor allem durch die Annahme geschieht, daß die Gerichte auch in bürgerlichen und arbeitsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten über Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden seien und zu diesen auch das APR-Grundrecht gerechnet wird<sup>331</sup>. Auch wenn man aber eine derartige *unmittelbare Drittwirkung* ablehnt, so kommt man entweder über verfassungskonforme Auslegung (z.B. des § 1618 a für Auskunftsansprüche gegen die Mutter<sup>332</sup> oder über § 102 Abs. 5 BetrVG zu Weiterbeschäftigungsansprüchen<sup>333</sup>) oder auf völlig klarem rechtsstaatlichen Wege über Gesetzesänderungen zur Begründung von positiven Leistungsansprüchen auf der Grundlage des *verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (APR-Grundrecht). Vielfach freilich wird über eine *Begriffsvertauschung* des deliktischen mit dem verfassungsrechtlichen APR eine unmittelbare Drittwirkung erreicht, welche die Gefahr in sich birgt, daß das Richterrecht zu stark in das Amt des Gesetzgebers eingreift. Die Persönlichkeit ist, um das *Hegel - Zitat*<sup>334</sup> nochmals aufzugreifen, die Grundlage des gesamten Rechts, rechtfertigt deswegen aber nicht die Verlagerung aller Gesetzgebungskompetenzen auf die Gerichte; wie gezeigt ist der Weg dahin mit dem APR-Grundrecht und dessen unkontrollierter Drittwirkung aber eröffnet.

---

<sup>329</sup> BVerfGE 65, 1, 44; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 96.

<sup>330</sup> BVerfGE 27, 1, 7; 33, 303, 334; 65, 1, 43 f; dazu *Schmitt-Gläser*, Handbuch Staatsrecht Bd. 6, § 129 Rz. 37; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 34, 96.

<sup>331</sup> Vgl. *Canaris* AcP 184 (1984) 201 ff; *ders.* JuS 1989, 161 ff; dagegen *Erman/Ehmann* (Fn. 5), Rdz. 100.

<sup>332</sup> Vgl. oben Fn. 309.

<sup>333</sup> Vgl. oben Fn. 308.

<sup>334</sup> Vgl. oben I, 1, Eingangssatz.