

# Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht

von Horst Ehmann, Trier

## I. Einführung

### 1. Die Schutzbedürftigkeit der Persönlichkeit

Der Begriff des (allgemeinen) Persönlichkeitsrechts ist schwer zu fassen. Das hat verschiedene Gründe. Das (allgemeine) Persönlichkeitsrecht soll das "Innere" des Menschen schützen, nicht sein äußeres Haben (Eigentum, Besitz, Vermögen) oder seine äußere Gestalt (Leben, Körper, Gesundheit), sondern die innere, "geistige" Persönlichkeit, die verschiedene Aspekte hat und durch An- und Eingriffe der verschiedensten Art verletzt werden kann. Ganz allgemein kann der Mensch begriffen werden als *Intim-* und als *Sozialperson*<sup>1</sup>. Als Intimperson kann der Mensch in seinem ureigensten inneren Wesen (innere Ehre, Privat- und Intimsphäre) verletzt werden, als Sozialperson in seiner Beziehung zu anderen Menschen (äußere Ehre, Sozialsphäre). Der Schutz der Intimperson des einen kann daher zur Verletzung der Sozialperson des anderen führen: „Wer, wes Volkes bist du und wo ist deine Geburtsstadt? Und wo liegt das Schiff, das dich und die tapferen Genossen brachte?“ fragen *Penelopeia* und *Laertes* den noch nicht erkannten Fremden und der listenreiche *Odysseus* verzögert zu seinem Schutze die Antwort, die getreuen und besorgten Fragesteller damit verletzend. Der Mensch kann in seinem Bestand, in seiner *Integrität* gestört und verletzt, er kann aber auch in seiner positiven Entwicklung, in der *Entfaltung seiner Persönlichkeit* gehindert werden. „Wie weit darfst du dein Ich betreiben?“ fragt *Gottfried Benn*. Die Störungen und Verletzungen der Persönlichkeit können von anderen Bürgern verursacht werden, die ihr Ich über die Rechte anderer und die Gemeinschaft stellen; sie können aber auch mit oder ohne gesetzliche Grundlage vom Staat und seinen Behörden ausgehen, deren Amtsträger glauben, im überwiegenden öffentlichen Interesse zu handeln oder schlicht ihre Macht mißbrauchen. Schließlich können diese Störungen und Verletzungen in Wahrnehmung und Durchsetzung von Interessen erfolgen, die ihrerseits rechtlich, gar verfassungsrechtlich geschützt sind wie z. B. zur polizeilichen Gefahrenabwehr oder zum Zwecke der Strafverfolgung oder in Ausübung der Meinungs- und Pressefreiheit. Folglich entsteht die Frage, welchen der gegeneinander stehenden Interessen rechtlich der Vorrang gebührt (Frage der Wertehierarchie). Schließlich können die Störungen und Verletzungen, auch wenn sie in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgen, schon durch die Form in der sie geschehen (mit Gewalt, Drohung oder List oder ohne richterlichen Haft- oder Durchsuchungsbefehl) als rechtswidrig erscheinen.

---

<sup>1</sup> Zu den Begriffen Intim- und Sozialperson vgl. *Max Scheler*, Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik - neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 4. Aufl., 1954, S. 506 ff (563 f); zu deren Bedeutung für die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts vgl. *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, in: AcP 188 (1988), 229 ff, 233.

## 2. Die Schwierigkeiten begrifflicher Erfassung

Der Wert der Persönlichkeit ist jeder von den allgemeinen Menschenrechten geprägten Rechtsordnung vorgegeben und deren Schutz ihr aufgegeben. Das Problem des rechtlichen Schutzes besteht jedoch zum einen in der Schwierigkeit, den schützenswerten Bereich begrifflich und *tatbestandsmäßig* hinreichend klar zu erfassen, und zum anderen in der *rechtlichen* Bestimmung dessen, was unter Beachtung der entgegenstehenden Rechte anderer und sonstiger Werte der Gemeinschaft als *schützenswertes Individualrecht* (Persönlichkeitsrecht) betrachtet werden darf. In diesen Schwierigkeiten der begrifflichen Erfassung eines (allgemeinen) *Persönlichkeitsrechts* liegen letztlich die Gründe dafür, daß das deutsche Recht - ebenso wie andere europäische Rechtsordnungen<sup>2</sup> - lange gezögert hat, einen allgemeinen, deliktischen Rechtsschutz der Persönlichkeit positiv-rechtlich festzulegen, sowie auch dafür, daß der erforderliche Schutz der Persönlichkeit lange Zeit den Regeln der Moral und Sitte überlassen blieb und nicht positiv-rechtlich geregelt und sanktioniert wurde. In Deutschland ist der Gesetzgeber aus diesem Grunde über Gesetzesentwürfe<sup>3</sup> nicht hinausgekommen und hat die schließlich doch notwendig gewordene rechtliche Regelung der *richterrechtlichen Rechtsfortbildung* überlassen. Im System des deutschen Deliktsrechts konnte die Rechtsprechung diese Aufgabe jedoch nur dadurch lösen, daß sie die Worthülse eines "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" als sonstiges absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannte und dessen inhaltliche Bestimmung im wesentlichen der "Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall" überließ. Trotz der "Umsicht und Behutsamkeit"<sup>4</sup> mit welcher der Bundesgerichtshof in seinen Leitentscheidungen in den erforderlichen Güter- und Interessenabwägungen rechtswidrige Persönlichkeitsverletzungen von noch „freien Handlungen“ anderer Bürger abzugrenzen verstand, hielt es das Bundesverfassungsgericht<sup>5</sup> aber für geboten festzustellen, daß solche Güter- und Interessenabwägungen zwar *Einzelfallgerechtigkeit* verwirklichen, die Rechtsfindung aber nicht *normativ leiten* und daher *Rechtssicherheit* und *Rechtsklarheit* nicht gewährleisten können.

---

<sup>2</sup> Eine Ausnahme bildet Art. 28 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10.12.1907, welcher aber lautet: "*Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugter Weise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.*" Der Ausbau der Persönlichkeitsrechte wurde mit dieser Blankettnorm weitgehend in das richterliche Ermessen verlegt (so *Egger*, Kom. zum ZGB, 1930, Art. 28 Rdz. 9). Der Richter konnte also nach Art. 1 Abs. 2 ZGB entscheiden, der lautet: "*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*" (dazu *ZGB-Mayer-Maly* 1996, Art. 1 Rdz. 22 ff.). Durch die mit Gesetz vom 1.7.1985 neu eingeführten Artt. 28 a-l wurde die Weite dieses Ermessensspielraums etwas zu konkretisieren versucht; vgl. dazu *ZGB-Meili*, Anm. zu Artt. 28 a-l; ferner *Bucher*, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Aufl., Basel 1995. Vgl. im Übrigen den kurzen Überblick über den Persönlichkeitsschutz in England, Frankreich, der Schweiz und Österreich sowie den Vereinigten Staaten von Amerika, in: *Erman/Ehmann* BGB-Handkommentar, 10. Aufl., Anh. § 12, Rdz. 135 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 29.10.1957 (Referentenentwurf *Weitmayer*) zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes, welcher vom Bundeskabinett verabschiedet, vom Bundesrat für unbedenklich erklärt und als Drucksache III/1237 dem Bundestag vorgelegt, auf Druck der Presse ("Maulkorbgesetz") aber nicht auf die Tagesordnung des Bundestags gesetzt und nicht verabschiedet, auch in den nachfolgenden Legislaturperioden nicht mehr eingebracht worden ist; kritisch zu diesem Entwurf mit einem Gegenentwurf *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 ff.; zum Schicksal des Entwurfs vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 4 m.w.N.

<sup>4</sup> Mit diesen Worten wird in den Motiven des BGB (II, 727) die Aufgabe der Rechtsprechung beschrieben, auf der Grundlage des § 826 BGB "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>5</sup> BVerfGE 66, 116, 138 - Wallraff; dazu unten im Text unter III 3 b.

### 3. Gefahr der Kadijurisprudenz

Auf Grund dieses Mangels an hinreichender *normativer Leitung* der Rechtsprechung wurde in der Literatur der Vorwurf einer *Kadijurisprudenz*<sup>6</sup> erhoben, deren *Wertorientierung*<sup>7</sup> zu einer Moralisierung und Politisierung der Rechtsprechung führe. Im grundlegenden Streit zwischen Normorientierung und Wertorientierung der richterlichen Entscheidungsfindung gehe es letztlich um die Frage, was bei uns das Recht, (nicht bloß das Allgemeine Persönlichkeitsrecht) zum Recht macht<sup>8</sup>. Die Wertorientierung werde nicht durch Rechtssätze, auch nicht durch Lehrbücher und Kommentare, sondern durch die Biographie der Richter bestimmt<sup>9</sup>; ein Beklagter wird danach wegen einer Persönlichkeitsverletzung nicht bloß zur Zahlung von 10.000 € verurteilt, sondern auch unter das moralische Joch des zuständigen Richters gebeugt. Diese Kritik macht es erforderlich, die der Annahme von Persönlichkeitsverletzungen zugrundeliegenden moralischen Regeln und Wertvorstellungen und die Methoden deren Verrechtlichung klärend aufzudecken.

### 4. Normative Leitung der Verrechtlichung der Moral

#### a) *Respektiere die Persönlichkeit anderer*

Alle Persönlichkeitsverletzungen der gesamten deutschen Kasuistik lassen sich begreifen als mangelnder Respekt vor der Persönlichkeit anderer. Und die allergrößte Masse dieser Entscheidungen lassen sich als Verletzungen von fünf moralischen Regeln verstehen, die daher die Grundlage schaffen können für die Bildung von fünf Fallgruppen, deren Kriterien eine tatbestandsmäßige Unrechtsvertypung und damit eine praktisch brauchbare normative Leitung der Rechtsprechung ermöglichen.

#### b) *Die fünf moralischen Regeln lauten:*

(1) *Achte die Ehre anderer!*

(2) *Verfälsche nicht die Persönlichkeit anderer durch wahrheitswidrige (wenn auch nicht ehrenrührige) Behauptungen!*<sup>10</sup>

(3) *Lausche nicht an der Wand; schaue nicht durch Schlüssellöcher; begreife Richtmikrofone als vergrößerte Ohren und Teleobjektive als verlängerte Schlüssellöcher! Allgemeiner: Spähe den anderen nicht aus! Durchbreche nicht den erkennbaren Geheimhaltungswillen des anderen!*

<sup>6</sup> Pawlowski, Methodenlehre, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Rdz. 37ff; 786 ff; 854 f; ders., Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Rdz. 184 ff.

<sup>7</sup> Hubmann (Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., S. 378) meint, die Richterpersönlichkeit, die aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Recht zu sprechen habe, dürfe nicht bloß Normadressat sein, der gesetzliche Bestimmungen logisch anzuwenden habe, sondern eine Persönlichkeit, die Werte erkenne, Wertkonflikte entscheide und so die sittliche Wertordnung im Leben verwirkliche; in manchen Fällen müsse er die Wertordnung "ursprünglich aus seinem eigenen Gewissen schöpfen"; vgl. auch im Text unter II 1 b.

<sup>8</sup> Pawlowski, Methodenlehre (Fußn. 6), Rdz. 821; dazu Fußn. 23.

<sup>9</sup> Pawlowski, Methodenlehre (Fußn. 6), Rdz. 786 ff, 801 a; ders. (Fußn. 6), Einführung ..., §§ 6 und 7, insbes. Rdz. 117, 184; ders., Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Rdz. 302 a.

<sup>10</sup> Es ist bestimmt nicht ehrenrührig, über einen anderen z.B. zu sagen, er sei Sozialdemokrat, aber wenn es unwahr ist, kann es den anderen nicht bloß ärgern, sondern auch in seinem beruflichen Fortkommen behindern, ihn also schädigen.

(4) *Tratsche nicht weiter, was dir unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertraut wurde oder was du ausgespäht hast! Allgemeiner: Bewahre die Privat-Geheimnisse, die ein anderer dir anvertraut und die welche du auf rechtswidrige Weises zur Kenntnis erhalten hast!*

(5) *Nutze die Persönlichkeit anderer nicht unbefugt zu kommerziellen Zwecken!*

Selbstverständlich gibt es noch eine Vielzahl weiterer moralischer Regeln, wie z. B. beuge nicht den Willen eines anderen mittels Drohung oder Gewalt oder arglistig; aber deren Verrechtlichung liegt außerhalb des Regelungsbereichs des § 823 Abs. 1 BGB. Näheres dazu unten III 5 a.

### c) *Sozialmoral*

Zwischen der Forderung auf Berücksichtigung vor- und außerrechtlicher Wert- und Moralvorstellungen zur normativen Leitung der Rechtsprechung und der Ablehnung einer moralisierenden und politisierenden Rechtsprechung besteht freilich ein gewisser Widerspruch, zumindest eine Spannung. In der Rechtsphilosophie versucht man diese Spannung mittels des Begriffs der Sozialmoral<sup>11</sup> zu lösen. Danach darf sich die Rechtsprechung nicht nach der *Hochmoral* einer besonderen Gruppe, Klasse oder Schicht, z. B. nach der Sexualmoral der katholischen Kirche richten, wonach „Sinn und Folge des Verkehrs das Kind“ und alles andere „Unzucht“ ist<sup>12</sup>; auch nicht nach dem "gesunden Volksempfinden" nationalsozialistischer Prägung<sup>13</sup>, sondern nach den allgemein anerkannten, im Volke lebenden Vorstellungen. Allerdings kann die "Tyrannei der Werte"<sup>14</sup> noch schlimmer sein, wenn sie die Mehrheit des Volkes hinter sich hat<sup>15</sup>. Ein säkularisierter und daher freiheitlicher Rechtsstaat kann seine Bürger nicht mehr auf einheitliche Glaubensbekenntnisse und gleichartige Wertvorstellungen verpflichten, muß vielmehr gegenüber Minderheiten tolerant sein. Jedoch auch die Toleranz muß ihre Grenze haben, zumindest gegenüber solchen Minderheiten, die selbst intolerant sind. Ein gewisser *Grundkonsens* ist daher auch in einer pluralistischen Demokratie Voraussetzung einer freiheitlich bleibenden Rechtsordnung<sup>16</sup>. Dieser Grundkonsens muß philosophisch auf einer mittleren Abstraktionshöhe definiert und verstanden werden. Unter diesen Voraussetzungen kann die Moral<sup>17</sup> der vorgenannten fünf Sätze als „Sozialmoral“ begriffen werden, die in unserer Rechtsgemeinschaft allgemeine Anerkennung gefunden hat; zumindest von Rechts wegen Anerkennung beanspruchen kann. Auch diejenigen, die - gleichgültig ob Christ oder Muselman - dagegen verstoßen, tun es in der Regel *heimlich*

<sup>11</sup> *Heinrich Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 133 ff, 148, 150, 152 ff; dazu krit. *Pawłowski*, Methodenlehre (Fußn. 6), Rdz. 188, 854, 890 ff (zur Anschlußrationalität); *ders.*, Einführung ... (Fußn. 6) Rdz. 17, 25a, 26, 35 ff, 222, 287;

<sup>12</sup> So aber noch BGHSt 6, 46 ff., 53; krit. dagegen *Bockelmann*, JR 1954, 361 und die herrschende Meinung.

<sup>13</sup> Dazu *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl. 1997.

<sup>14</sup> *Carl Schmitt*, Tyrannei der Werte, in: Schelz (Hrsg.), Die Tyrannei der Werte, 1979; dazu *Pawłowski* (Fußn. 6), Methodenlehre, Rdz. 851.

<sup>15</sup> Vgl. *Pawłowski*, Einführung... (Fußn. 6), Rdz. 237ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. S. 107 ff unter Bezug auf *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 260 ff.

<sup>17</sup> Hier nicht verstanden als Gewissenspflichten im Sinne *Kants*, sondern als soziale Regeln des Zusammenlebens (Sitten), die rechtlich nicht sanktioniert sind; dazu *Braun*, Rechtswissenschaft (Fußn. 16), S. 99.

oder hoffen nicht erwischt zu werden, erkennen diese Sätze *im allgemeinen* aber an, jedenfalls wenn sie von ihrer Verletzung selbst betroffen werden<sup>18</sup> und werden also nicht unter das moralische Joch des Richters gebeugt, der auf dieser Grundlage im Namen des Volkes Recht spricht. In diesem Sinne hat sich das *Schweizer Bundesgericht*<sup>19</sup> schon lange die Ermessensfreiheit genommen, die zuvor schon *Jhering*<sup>20</sup> den Richtern gewähren wollte, nämlich die seit eh und je bestehenden Regeln des Takts, des Anstands, der Sitte und der Moral unter Berücksichtigung der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall nach sorgfältiger Abwägung zu verrechtlichen: "*Ces préceptes éthiques sont devenues des normes juridiques*". Mit diesem Sprung von der Moral zum Recht hat das Schweizer Bundesgericht schon im Jahre 1918 einen ertappten Lauscher an der Wand auf der Grundlage des Sprichwortes „*la vie privée doit être murée*“ zum Schadenersatz verurteilt.

Die genannten fünf moralischen Gesetze sind auch vom deutschen parlamentarischen Gesetzgeber schon in einer ganzen Reihe von förmlichen Gesetzen ins geltende Recht transformiert worden: der Ehrenschutz in §§ 185 ff StGB; der Privatsphärenschutz durch die §§ 201 ff StGB, wonach das gesprochene Wort nicht durch technische Mittel (Mikrofone, Telefone) abgelauscht, das geschriebene Wort (Briefgeheimnis) nicht ausgespäht, Bildnisse aus der Privatsphäre nicht aufgenommen (§ 201 a StGB) und nicht verbreitet werden dürfen (§ 22 KUG); Priestern, Ärzten, Rechtsanwälten und anderen anvertraute Privatgeheimnisse dürfen nicht unbefugt preisgegeben werden (§ 203 StGB); näheres dazu unter III 4 a (1) - (5). Diese gesetzlichen Regelungen sind lediglich als Strafgesetze wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes (Art. 104 GG) zu eng gefaßt und müssen daher über das als absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannte allgemeine Persönlichkeitsrecht eine erweiterte Rechtsgeltung erfahren. Auch wenn man die Antwort auf die Frage, was danach rechtens ist, letztlich in der *Vernunft* suchen muß, können die genannten „empirischen Gesetze“ des positiven Rechts dabei "vortrefflich zum Leitfaden dienen"<sup>21</sup>; zu den „empirischen Gesetzen“ in diesem *Kant'schen* Sinne gehören nicht nur die angeführten Strafnormen, sondern auch die genannten fünf Regeln der Sitte und Moral.

#### 4. Was macht die genannten moralischen Sätze zum Recht?

Oder anders gefragt, was macht diese fünf moralischen Regeln - sofern es nicht durch den Gesetzgeber selbst geschieht - zu einem derart *allgemeinen Gesetz*, welches die Willkür des einen mit der Willkür der anderen in Freiheit vereinigen kann (*Kant*<sup>22</sup>), also eine „Tyrannei der Werte“ ausschließt? Auf diese Frage gibt es keine einfache Antwort, sondern nur den mühsamen Prozeß der Vernunft zur Umsetzung und Verrechtlichung des *kategorischen Imperativs*<sup>23</sup>, der vor allem voraussetzt, daß streng unterschieden wird

<sup>18</sup> Die Sätze sind in diesem Sinne "goldene Regeln" i. S. von *Tobias* 4, 16; *Matthäus* 7, 12; genügen auch dem kategorischen Imperativ *Kants*: "Handle, so als ob deine Maxime zugleich zum allgemeinen Gesetze (aller vernünftigen Wesen) dienen sollte" (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Werke in zehn Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Bd. 6, S. 72 (BA 84); ferner in: Kritik der prakt. Vernunft, a.a.O., S. 140 (A 54)) und können auch von Nichtchristen und den Angehörigen anderer Glaubensgemeinschaften akzeptiert werden.

<sup>19</sup> BGE 44 II, 319.

<sup>20</sup> *JherJb* 23, 317; dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), 229, 242.

<sup>21</sup> *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, (Fußn. 18), Bd. 7, S. 336 (AB 32).

<sup>22</sup> (Fußn. 21), § B Was ist Recht? S. 337 (AB 33).

<sup>23</sup> Vgl. Fußn. 18. Nach *Savignys* Grundüberzeugung wird das Recht zuerst durch "Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers" (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 14). Dahinter kann die Wirkkraft des kategorischen Imperativs stehen. Für *Savigny* ist das gemeinsame

zwischen dem *kulturellen Wert der Persönlichkeit*, dem *verfassungsmäßigen allgemeinen Persönlichkeitsrecht*, das ich künftig *APR-Grundrecht* nennen möchte und dem als *sonstiges absolutes Recht* i. S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannten *bürgerlich-rechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht*, das ich künftig bürgerlich-rechtliches APR oder kurz APR nennen möchte. Das APR, welches der Bundesgerichtshof gegen den Willen des **einstigen** BGB-Gesetzgebers gestützt auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG anerkannt hat, kann als Drittwirkung des APR-Grundrechts verstanden werden, welches das Bundesverfassungsgericht<sup>24</sup> aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet hat, das aber nicht identisch ist mit dem Begriff der Persönlichkeit, den *Hegel* in § 36 seiner Rechtsphilosophie so beschreibt:

*„Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.“*

Dieser Persönlichkeitsbegriff Hegels kann als eine aus der Wesensschau unserer europäischen Kulturentwicklung gewonnene Vorstellung des Wertes der Persönlichkeit und als Grundlage von Art. 1 und 2 GG und der gesamten sonstigen Rechtsordnung verstanden werden, ist aber weder identisch mit dem APR-Grundrecht noch mit dem bürgerlich-rechtlichen APR.

## II. Die Persönlichkeit: Vom obersten Wert zum Grundrecht

### 1. Die Anerkennung der Persönlichkeit im BGB

#### *a) Als Entwicklung und Konkretisierung des Werts der Persönlichkeit*

Der *BGB-Gesetzgeber* hat es bekanntlich - trotz prominenter Befürworter (*Jhering, Kohler, Gierke, Gareis*<sup>25</sup>) - abgelehnt die Persönlichkeit als absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB *deliktisch* zu schützen. Der BGB-Gesetzgeber hat jedoch ansonsten den abstrakten Begriff oder Wert der Persönlichkeit i. S. *Hegels* in vielfacher Weise - wenn auch nicht abschließend - entwickelt und entfaltet und jedenfalls mit dem an die Spitze gestellten Satz des § 1 BGB jedem Menschen Rechtsfähigkeit zugebilligt und damit - insoweit das römische Recht überwindend - jede Form der Sklaverei abgeschafft<sup>26</sup>. Über § 1 BGB hinaus dienen eine Vielzahl der Regelungen des BGB, letztlich sogar alle Vorschriften mehr oder weniger unmittelbar dem Schutz der Persönlichkeit. Die §§ 104 ff

---

Bewußtseyn des Volkes der Sitz des Rechts (a.a.O., S. 11). Aber was ist in der multikulturellen Gesellschaft das gemeinsame Bewußtsein des Volkes?

<sup>24</sup> Vgl. die Nachweise in Fußn. 33, 35-37.

<sup>25</sup> *Klippel*, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, in: ZNR 1982, 132 ; *Leuze*, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, 1962; *Scheyhing*, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, in: AcP 158 (1959/60), S. 503 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Planck/Knoke*, vor § 1 Anm. 1; *von Tuhr*, Allgemeiner Teil I, S. 378. Auch die Entwicklung dahin beginnt in Athen, wo schon Alkidamas (5. Jahrh. v. Chr.) gesagt haben soll: Die Natur habe niemanden zum Sklaven gemacht, nur das Gesetz. *Aristoteles* (Politik, 1. Buch, 5. bis 7. Kapitel 1254 a - 1255 b) erkennt zwar an, daß Menschen (mit Seele und Vernunft) auf Grund Gesetzes (z. B. die im Krieg Besiegte) zu Sklaven gemacht werden können, meint aber, daß es auch von Natur aus Sklaven gebe, deren Aufgabe im Gebrauch ihrer Leibeskräfte besteht und bei denen das die höchste Leistung ist; deren Vernunft aber darauf beschränkt ist die ihres Herrn zu erkennen, die aber ansonsten selbst keine Vernunft haben. Dieses Herren-Bewußtsein von Alexanders Lehrer wirkt auf der ganzen Welt bis heute nach.

BGB geben z. B. dem Erwachsenen die in der Privatautonomie liegende Würde der Selbstbestimmung<sup>27</sup>, schützen aber auch den Minderjährigen vor den Gefahren seiner Unerfahrenheit, worin auch - in klar abgegrenzter Form - ein Persönlichkeitsschutz liegt<sup>28</sup>. In entsprechender Weise schützen alle Vorschriften, welche die Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Ehemündigkeit und Vertragsfreiheit gewähren und einschränken sowie absolute Rechtsgüter und Rechte - Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und auch das Eigentum - anerkennen, letztlich die Persönlichkeit der am rechtsgeschäftlichen und sonstigen Verkehr beteiligten Personen. Der BGB-Gesetzgeber hat es lediglich abgelehnt, den allgemeinen *Hegel'schen* Begriff oder Wert der Persönlichkeit auch durch die Anerkennung eines *absoluten Rechts* i. S. des § 823 Abs. 1 BGB gegen Verletzungen der „geistigen“ Persönlichkeit, insbesondere gegen Eingriffe in die Privat- und Intimsphäre zu schützen<sup>29</sup>.

### **b) APR = Wert der Persönlichkeit?**

Es ist daher festzuhalten: das APR als sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB ist nicht der abstrakte Begriff oder Wert der Persönlichkeit i. S. *Hegels*, auch nicht das von *Hubmann* aus dem kosmischen Bewußtsein der Antike, dem transzendentalen Bewußtsein des Mittelalters, dem Selbstbewußtsein der Neuzeit sowie der Philosophie Kants, Fichtes, Hegels, Hartmanns, Schelers und anderer abgeleitete Persönlichkeitsrecht. Es bleibt das Verdienst *Hubmanns*<sup>30</sup>, mit seiner Habilitationsschrift von 1953 das Bewußtsein für den Wert der Persönlichkeit verstärkt zu haben<sup>31</sup>, aber die Konkretisierung dieses Wertbegriffs zu einem brauchbaren juristischen Begriff eines absoluten sonstigen Rechts i. S. des § 823 Abs. 1 BGB mußte von anderen geleistet werden.

## **2. Der verfassungsrechtliche Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

### **a) Das APR-Grundrecht als Grundrechtsderivat**

Das APR als absolutes, sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs.1 ist auch nicht identisch mit dem *verfassungsrechtlichen* allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>32</sup>, das heißt dem APR-

<sup>27</sup> Kant (Fußn. 18, GMS, S. 69 (BA 79): „Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.“

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 72, 170 = NJW 1986, 1859, dazu *Canaris*, JZ 1987, 993 ; dagegen *Karsten Schmidt*, NJW 1989, 1713.

<sup>29</sup> Vgl. *Mugdan* II, 1072, 1077, 1119 ; III, 61.

<sup>30</sup> *Heinrich Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 1953; 2. Auflage 1967.

<sup>31</sup> *Pawlowski* (Fußn. 6), Einführung ..., Rdz. 184.

<sup>32</sup> So zutreffend schon *Hubmann* (Fußn. 7) S. 113; ferner *Jarass*, NJW 1989, 857, 858 ; *Maunz-Dürig*, Art. 2 Abs. 1 Rdz. 40; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* (2001), Art. 2 Abs. 1 GG, Rdz. 138, 143; *Nipperdey*, Grundrechte IV, 2. Hb., S. 741, 836; *Pieroth/Schlink*, StaatsR II, 10. Aufl., Rdz. 413; *Wiese*, ZfA 1971, 273, 275; *ders.*, Festschrift für die Egon Lorenz, 2004, S. 915, 917 f; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte, 1991, S. 6, 30, 51; *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 69 ff; 11. Aufl., Rdz. 9; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 120 ff, 122 Fußn. 516 m.w.N. Unrichtig dagegen *Leisner*, Festschrift für Hubmann, S. 295, 301; *Palandt-Thomas* § 823 Rdz. 177; *Soehring*, NJW 1994, 16, 18; zumindest mißverständlich BGH NJW 1995, 253 - IM-Liste: "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt als Ausprägung des in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG verfassungsrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. §§ 823 I und 1004 vor Eingriffen in die engere Lebenssphäre...". Wenn das richtig wäre, so wäre die *Lohengrin'sche* Frage (dazu II 2 c (2) und II 2 d (4)) in der Tat ein Delikt. Richtig aber der Entmündigungsbeschluß BVerfGE 84, 192, 194, wonach das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz gewährleistete allgemeine

Grundrecht, welches das Bundesverfassungsgericht<sup>33</sup> zuerst in der Mikrozensus-Entscheidung aus der allgemeinen Handlungsfreiheit i. V. m. der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitet und mit der sog. *Objekt-Formel*<sup>34</sup> begründet hat, wie folgt:

*"Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen. Mit der Menschenwürde wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren, sei es auch in der Anonymität einer statistischen Erhebung, und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist."*

Dieses APR-Grundrecht ist in einer langen Reihe von Entscheidungen<sup>35</sup> zu (Grund-) Rechten auf informationelle, sexuelle, wirtschaftliche, individuelle und sonstige *Selbstbestimmung*<sup>36</sup> fortentwickelt worden<sup>37</sup>, in welche durch den Staat und seine Behörden - ebenso wie in Eigentum und Freiheit - nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden darf. Das so entwickelte APR-Grundrecht unterscheidet sich in seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt, seinen Schranken und seiner Funktion also ganz grundlegend vom bürgerlich-rechtlichen APR<sup>38</sup>, das vom BGH (gestützt auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) als sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB für den deliktischen Schutz der Bürger entwickelt worden ist<sup>39</sup>.

#### **b) APR-Grundrecht = Wert der Persönlichkeit?**

In der Menschenwürde, dem obersten Wert in der Wertehierarchie des Grundgesetzes, steckt also der *Kant - Hegel*'sche Begriff der Persönlichkeit, der die abstrakte Grundlage des gesamten Rechts bildet, aus welchem vom BVerfG das schon eine Stufe tiefer stehende APR-Grundrecht abgeleitet wurde, welches anders als der in der Menschenwürde steckende Wert der Persönlichkeit der Abwägung mit anderen rechtlich geschützten Gütern und Interessen jedoch noch zugänglich ist.

---

Persönlichkeitsrecht seinen Rechtsgehalt im Privatrecht dadurch entfaltet, daß es als objektive Norm auf die Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften „ausstrahlt“.

<sup>33</sup> Urteil v. 16.7.1969, BVerfGE 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707 – Mikrozensus; ferner BVerfGE 27, 344 ff = NJW 1970, 555 - Scheidungsakten, wonach deren Übersendung an den Untersuchungsführer eines Disziplinarverfahrens (wegen Ehebruchs) als Eingriff in das "aus Art. 1 und 2 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht" (S. 348) ohne Einverständnis des Betroffenen nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig ist (S. 352 f).

<sup>34</sup> *Kant*, GMS (Fußn. 18), Bd. 6, S. 61, 66 (BA 67, 78).

<sup>35</sup> Vgl. die weitgehend vollständigen Nachweise bei *Jarras/Pieroth*, GG-Kommentar, 4. Aufl. 1997, Art. 2 Rdz. 25 ff.; ferner Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in HStR VI, §129.

<sup>36</sup> BVerfGE 54, 148, 156 – Eppler; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 422.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 47, 46, 73; 49, 286, 298; 65, 1, 41 ff; 72, 155, 170; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 34, 92 m.w.N.

<sup>38</sup> Vgl. Fußn. 32.

<sup>39</sup> Bezüglich dessen das BVerfG lediglich keinen Anlaß sah, der zivilrechtlichen Rechtsprechung von Verfassungen wegen entgegen zu treten, BVerfGE 34, 269, 281 – Soraya.



### c) *Inhalt und Schutzbereich des APR-Grundrechts*

#### (1) *Funktionen des APR-Grundrechts*

Der *Schutzbereich* des APR-Grundrechts wird im Wesentlichen durch zwei Funktionen bestimmt:

1. vom *Recht, in Ruhe gelassen zu werden*<sup>40</sup>, d.h. dem Schutz der Privat- und Intimsphäre (der sog. *individuellen Identität*<sup>41</sup>) bis zu jenem „unantastbaren Kernbereich“<sup>42</sup>, der jeder Abwägung mit anderen rechtlich geschützten Gütern und Interessen entzogen sein soll<sup>43</sup>;
2. von der *Sicherung der „aktiven Entfaltung der Persönlichkeit*<sup>44</sup>“, die zum Schutz der *sozialen Identität* dem Aspekt des Abwehrschutzes gegenübergestellt wird<sup>45</sup>.

#### (2) *Das APR als Drittwirkung des APR-Grundrechts*

Der *BGH* hat den deliktischen Schutz der Persönlichkeit durch die Anerkennung eines bürgerlich-rechtlichen APR bewußt gegen den historischen Willen des BGB-Gesetzgebers geschaffen, also *contra legem* entschieden<sup>46</sup>, aber sich gegen diesen Vorwurf rechtfertigend auf Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG berufen. Das bürgerlich-rechtliche APR darf also als Drittwirkung des APR-Grundrechts über die Generalklausel des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB verstanden, mit diesem aber nicht verwechselt werden<sup>47</sup>; denn ansonsten würde alles, was der Staat gegenüber dem Bürger ohne eine förmliche gesetzliche Grundlage, die dem Grundsatz der Normklarheit genügt, und ohne ein vorrangiges allgemeines Interesse nicht tun darf<sup>48</sup>, zu einem Delikt, wenn es ein Bürger gegenüber einem anderen tut. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Volkszählungsentscheidung<sup>49</sup> aus dem APR-Grundrecht die "Befugnis des einzelnen grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden dürfen" abgeleitet und als *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung* anerkannt<sup>50</sup>, in welches nur auf der Grundlage eines Gesetzes eingegriffen werden dürfe. Der Staat braucht also ein Gesetz, das dem Grundsatz der Normklarheit genügt, um einen Bürger fragen zu dürfen, wie er heißt und wo er wohnt usw. Setzt man das APR-Grundrecht und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dem bürgerlich-rechtlichen APR gleich, so wäre jede Frage eines

<sup>40</sup> So BVerfGE 27, 1, 6 – Mikrozensus; zur Herkunft dieses Reimportartikels vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230, 233, Fußn. 6.

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 44 f; 80, 367, 373.

<sup>42</sup> BVerfGE 80, 367, 373.

<sup>43</sup> BVerfG vom 3.3.2004, NJW 2004, 999 - großer Lauschangriff; zur Unantastbarkeit der Menschenwürde allgemein *Herdegen*, in Maunz/Dürig (2003), Art. 1 Abs. 1 GG, Rdz. 43, 69.

<sup>44</sup> BVerfGE 54, 148, 153.

<sup>45</sup> BVerfG NJW 1989, 891 – Kenntnis der Abstammung; 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* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 59.

<sup>46</sup> Vgl. *Larenz*, NJW 1958, 827; *Diederichsen*, AcP 198 (1998) S. 193 f; *Honsell*, Festschrift für Mayer-Maly, 1996, S. 381 f; anders *Canaris*, Festschrift für Deutsch, 1999, S. 85, 100

<sup>47</sup> *Hubmann* (Fußn. 7, S.111 ff) folgt zwar nicht der Drittwirkungslehre *Dürigs*, lehnt aber die unmittelbare Geltung der Art. 1 und 2 GG im Privatrecht gleichfalls ab und verkennt nicht den Unterschied des APR als Grundrecht und als sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB; dazu Fußn. 32.

<sup>48</sup> Zu diesen Eingriffsvoraussetzungen in das APR-Grundrecht vgl. unten II 2 d (2).

<sup>49</sup> BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419; dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), 229, 298 ff, 304 f.

<sup>50</sup> Zu diesem *Lohengrin*-Grundrecht, welches auch *Odysseus* schon in Anspruch nahm, vgl. unten II 2 e Fußn. 75.

Bürgers an einen anderen Bürger wie er heißt und wo er wohnt, ein Delikt, welches nach §§ 823 I, 1004 BGB einen Unterlassungs- und u. U. einen Schadensersatzanspruch auslösen kann. Kein vernünftiger Jurist kann das annehmen wollen.

### (3) Das APR als negativer Schutzanspruch

Die Drittwirkung des APR-Grundrechts über § 823 Abs. 1 BGB erfaßt auch nur die *negative Abwehrfunktion* des APR-Grundrechts, also das Recht in Ruhe gelassen zu werden, nicht aber die *positiven* Funktionen zur freien Entfaltung der Persönlichkeit<sup>51</sup>.

Das bürgerlich-rechtliche APR ist wie die anderen absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 BGB lediglich ein Recht, das gegen drohende Verletzung *Unterlassungsansprüche* und gegen eingetretene Verletzungen Beseitigungsansprüche, zumeist als Widerrufsansprüche und vor allem Schadenersatzansprüche auf Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens gewährt (§§ 823, 1004 BGB). Außer den auf Geldersatz gerichteten *Schadenersatzansprüchen* kann die Verletzung des bürgerlich-rechtlichen APR jedoch keine *Leistungsansprüche* (genauer: Erwerbsansprüche) hervorbringen, die nicht dem Schutz der Güter, sondern der Mehrung des Vermögens des Betroffenen dienen<sup>52</sup>. *Ansprüche von Arbeitnehmern auf Beschäftigung*<sup>53</sup> oder Weiterbeschäftigung nach Kündigung<sup>54</sup>, weitergehend sogar auf ein Recht auf Arbeit<sup>55</sup>, ein Recht auf Wohnung<sup>56</sup>, auf Gesundheit<sup>57</sup>, auf schuldenfreies Leben<sup>58</sup>; *Auskunftsansprüche* unehelicher Kinder gegen ihre Mütter auf den Namen ihres Vaters oder der Männer, mit denen sie in der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrte<sup>59</sup>; usw. sind in der Rechtsprechung zwar mit dem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* begründet worden, lassen sich aber weder als auf Geld gerichtete Schadenersatzansprüche noch als sonstige auf Naturalrestitution gerichtete

<sup>51</sup> *Raiser*, JZ 1961, 468; unklar *Hubmann* (Fußn. 7), S. 113, 123, 129 f, 140. Das APR-Grundrecht ist also weiter gezogen als das bürgerlich-rechtliche APR i.S.d. § 823 Abs. 1; a.A. *Jarras* NJW 1989, 858; dagegen *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 94.

<sup>52</sup> *Erman/Ehmann*, 11. Aufl., Rdz 13. Zur Unterscheidung von Leistungs- und Schutzpflichten vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, 2002, S. 69 ff. Sofern eine Garantenpflicht besteht, kann selbstverständlich eine positive Handlungspflicht zur Vermeidung eines Unterlassungsdelikts bestehen. Die positive Handlungspflicht ist aber gleichfalls eine Schutzpflicht. Es dürfen jedoch auch nicht auf der Grundlage des APR Garantenpflichten aus Vertrag oder (familiärer) Lebensgemeinschaft erfunden werden, die als solche nicht gegeben sind (vgl. Fußn. 53, 59), weil ansonsten das gesamte Vertrags-, Familien- und sonstige Recht zum Reflex des APR werden würde.

<sup>53</sup> Grundlegend BAGE 2, 222 – Röntgenärztin = AP Nr. 2 zu § 611 Beschäftigungspflicht. Dem Arbeitgeber obliegt jedoch keine Garantenpflicht auf Beschäftigung zur Vermeidung einer Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers durch Nichtbeschäftigung, die sich aus dem Arbeitsvertrag nicht ergibt, denn ansonsten würde der gesamte Arbeitsvertrag zu einem Reflex des APR werden, das jenen ersetzen könnte.

<sup>54</sup> Gemäß den contra legem über die Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG hinaus entwickelten Grundsätzen, vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

<sup>55</sup> Dagegen *Reuter*, ZfA 1978, 344; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl. § 7 II, 9 m.w.N.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG NJW 1992, 1220; 1994, 41.

<sup>57</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, Festschrift 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz, 1999, S. 19 ff.; vgl. auch *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 72, 155; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 631, 656.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfG NJW 1988, 3010; LG Münster, FamRZ 1990, 1031; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 639. Der Mutter obliegt auch keine Garantenpflicht auf Auskunft zur Vermeidung einer Persönlichkeitsverletzung des Kindes durch Nichtauskunft, die sich aus dem Familienrecht nicht ergibt, weil ansonsten auch das Familienrecht zum bloßen Reflex des APR werden würde.

Ersatzansprüche verstehen und können daher nicht aus der Verletzung eines absoluten Rechts aus § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet werden<sup>60</sup>.

*(4) Leistungsansprüche als Drittwirkung des APR-Grundrechts*

Soweit die Gerichte den genannten Auskunfts- und sonstigen Leistungsansprüchen gestützt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Anspruchssteller stattgegeben haben, müssen diese Ansprüche als *Drittwirkung des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts* betrachtet werden, das trotz Namensgleichheit mit dem deliktischen APR nicht gleichgesetzt werden darf<sup>61</sup>. Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter hätte also nur durch eine mittelbare Drittwirkung über § 1618 a BGB oder dessen verfassungskonforme Auslegung und der Weiterbeschäftigungsanspruch nur über eine erweiternde Auslegung von § 102 Abs. 5 BetrVG, nicht aber über § 823 I begründet werden können.

*(5) APR-Grundrecht als spezifisches Verfassungsrecht*

Noch klarer ist, daß das BVerfG, wenn es in einer Beleidigungssache die Entscheidung eines bayerischen Amtsgerichtes wegen Verfassungswidrigkeit aufhebt, nicht das bürgerlich-rechtliche APR sachrichtiger anwendet, vielmehr prüft und entscheidet, ob die amtsrichterliche Entscheidung Grundrechte verletzt; technisch gesprochen, ob der Amtsrichter *spezifisches Verfassungsrecht* verletzt hat. Dabei sollte das BVerfG nach seinen eigenen Grundsätzen (gem. der Heck'schen-Formel) Zurückhaltung üben, tut es aber zumeist nicht und ist so nicht bloß zur Superrevisions-, sondern auch zur Superberufungsinstanz in Fällen von Ehr- und Persönlichkeitsverletzungen geworden<sup>62</sup>.

***d) Eingriffsvoraussetzungen des APR-Grundrechts***

Die Verschiedenheit des APR-Grundrechts vom bürgerlich-rechtlichen APR zeigt sich nicht zuletzt auch in der Verschiedenheit der Eingriffsvoraussetzungen und dem verschiedenen Gewicht bei der Güterabwägung.

*(1) Der unantastbare Kernbereich*

In den unter dem Schutz der Menschenwürde stehenden „unantastbare Kernbereich“ des APR-Grundrechts soll aus keinem Grunde, zu keinem Zwecke eingegriffen werden dürfen; er sei der Güterabwägung entzogen. Nach der *Lauschangriffs-* Entscheidung des BVerfG vom 3.3.2004<sup>63</sup> soll dieser verschlossene Bereich jedenfalls betroffen sein, wenn im *Bereich der eigenen Wohnung* „Beobachtungen von Äußerungen *innerster Gefühle* oder *Ausdrucksformen der Sexualität*“ stattfinden; technische Überwachungen müssen dann abgeschaltet werden. Entgegen dem Konzept der Grundrechtsdogmatik muß in solchen Fällen, ebenso wie bei Problemen der Zulässigkeit der Gen-Technologie, die Abwägung der den Eingriff rechtfertigenden Interessen und Werte bei der Bestimmung dessen erfolgen, was als "innerster Kernbereich" oder als „Leben“ unter den unantastbaren

<sup>60</sup> *Weitmayer*, NJW 1959, 313, 316; *Wiese*, ZfA 1971, 297; *ders.*, ZfA 1996, 439, 467; unrichtig dagegen *Ehmann*, Festschrift f. *Wiese* 1998, S. 99; richtig aber *Ehmann*, Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 613, 672 ; *Erman/Ehmann*, BGB-Handkommentar, 11. Aufl., Anh. zu § 12 Rdz. 13, 267f, 273 ff m.w.N.

<sup>61</sup> Vgl. Fußn. 32.

<sup>62</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 15 ff.

<sup>63</sup> NJW 2004, 999 - großer Lauschangriff.

Schutz der Menschenwürde fallen soll<sup>64</sup>. Das folgt aus der "Natur der Sache"<sup>65</sup>, wie immer diese bestimmt sein soll.

### (2) Eingriffe in das APR-Grundrecht

In den um diesen Kern des vermeintlich *unantastbaren Innenraums* herum liegenden Bereich des APR-Grundrechts darf nach der Rechtsprechung des BVerfG nur eingegriffen werden:

1. aufgrund eines Gesetzes (*Parlamentsvorbehalt*), welches dem *Grundsatz der Normenklarheit* genügt<sup>66</sup>, und
2. wenn „überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebieten“<sup>67</sup>.

### (3) Geltungsoptimierung in praktischer Konkordanz

Sind die Interessen auf Grund deren in das APR-Grundrecht eingegriffen wird selbst auch verfassungsrechtlich geschützt, z. B. durch die Pressefreiheit, so sind die also gleichwertigen Interessen nach Maßgabe des *allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* im Sinne *praktischer Konkordanz* derart gegeneinander abzuwägen, daß eine weitestgehende *Geltungsoptimierung* der entgegenstehenden Verfassungswerte erreicht wird<sup>68</sup>.

### (4) Wechselwirkungslehre

Sind die Eingriffsinteressen nicht verfassungsrechtlich, sondern wie z. B. die Ehre nur auf Grund „einfachen Rechts“ geschützt, so ist nach der sog. Wechselwirkungslehre das den Eingriff rechtfertigende Recht erst „im Lichte des Grundrechtes zu messen“ und dann mit dem grundrechtlich geschützten Wert abzuwägen, wodurch es zu einer doppelten Gewichtung des grundrechtlich geschützten Wertes kommt<sup>69</sup>. Das hat bekanntlich im Falle der Konkurrenz des Ehrbegriffs mit der Meinungs- und Pressefreiheit zu einer schändlichen Beschränkung des Ehrenschatzes auf *Schmähkritik*<sup>70</sup> geführt, wie insbesondere die Soldaten-sind-Mörder-Entscheidungen<sup>71</sup> deutlich gemacht haben.

Darüber hinaus hat die Güter- und Interessenabwägung nach dieser Grundrechtsdogmatik in der Praxis zu vielen Problemen geführt, die mit praktischer Vernunft kaum noch zu vereinbaren sind. Erinnerung sei nur daran, daß die Entwicklung des sog. *Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung* eine Flut gesetzlicher Regelung erforderlich machte (vgl. z. B. §§ 31 bis 63 StVG) um das Informationswesen, auf das die öffentliche Verwaltung ebenso angewiesen ist wie die Privatwirtschaft, nicht völlig lahm zu legen. Viele öffentliche und private Register sowie das Bank- und sonstige Auskunftswesen (z. B. Schufa<sup>72</sup>) konnten nur durch einen von der

<sup>64</sup> Zutreffend *Herdegen* in *Maunz/Dürig* (2003), Art. 1 Abs. 1 GG, Rdz. 43, 50; dagegen aus "metapositiver Verankerung" krit. *Böckenförde*, FAZ vom 3.9.2003, Seite 33.

<sup>65</sup> Vgl. *Radbruch*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für Laun, 1948, S. 157 ff.

<sup>66</sup> BVerfGE 65, 1, 44; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 10.

<sup>67</sup> BVerfGE 27, 1, 7; 33, 303, 334; 65, 1, 43 f.; dazu *Schmitt Glaeser*, Handbuch Staatsrecht Bd. 6, § 129 Rdz. 37; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 34, 96; 11. Aufl., Rdz. 10.

<sup>68</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, Rdz. 72; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 125 ff; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 17 ff, 43, 45.

<sup>69</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 – Lüth; krit. dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 67 ff.

<sup>70</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 82, 85 ff.

<sup>71</sup> BVerfG NJW 1994, 2943; NJW 1995, 3303; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60) 11. Aufl. Rdz. 77 ff.

<sup>72</sup> Dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), S. 229 ff, 359 ff

Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeräumten „Übergangsbonus“<sup>73</sup> funktionsfähig bleiben. Ob die *Datenschutzgesetze* dem *Grundsatz der Normenklarheit* genügen wird trotz mehrfacher Reformierung bis heute bezweifelt und ein bereichsspezifisches Datenschutzrecht für das Arbeits-, Banken-, Versicherungsrecht usw. gefordert<sup>74</sup>. Nicht zuletzt zeigt die Lektüre der Lauschangriffentscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>75</sup>, welche praktischen Probleme für die erforderliche und berechtigte Informationsbeschaffung der Polizei gegen das organisierte Verbrechen durch den absolut geschützten Raum des unantastbaren Kernbereichs der Persönlichkeit aufgeworfen werden. Würde jeder Eingriff in das bürgerlich-rechtliche APR unter entsprechenden Voraussetzungen stehen, so wäre jede Bankauskunft, jede Information zwischen privaten Rechtsträgern über wirtschaftliche Sachverhalte oder private Daten ein mit Unterlassungs- und Schadensersatzklage sanktioniertes Delikt.

Der Datenschutz ist vorverlagerter Persönlichkeitsschutz und kann im Rahmen dieses Beitrags nicht näher erörtert werden, die Hinweise sollten nur zeigen, daß die Eingriffsvoraussetzungen des APR-Grundrechts nicht gleichgesetzt werden dürfen mit den Voraussetzungen des bürgerlich-rechtlichen APR. Wer eine Frau nach ihrem Namen fragt und woher sie kommt des Weges<sup>76</sup>, begeht noch kein *Delikt* und bedarf dazu auch keiner gesetzlichen Grundlage, die hinsichtlich des Zwecks der Frage dem Grundsatz der Normenklarheit genügt. Wäre es anders müßte unser gesamtes Informationswesen und unser ganzes gesellschaftliches Leben zusammenbrechen. Das zeigt auch und beweist die Notwendigkeit der Unterscheidung des bürgerlich-rechtlichen vom verfassungsrechtlichen APR.

#### ***e) Drittwirkung auf Grund Begriffsvertauschung***

Über die *mittelbare* Drittwirkung des APR- Grundrechts, die über § 823 Abs. 1 BGB das bürgerlich-rechtliche APR hervorgebracht hat, findet jedoch laufend eine *unmittelbare* Drittwirkung kraft Begriffsvertauschung in den Köpfen der Richter statt, weil viele infolge der Namensgleichheit die verschiedenen Voraussetzungen und verschiedenen Rechtsfolgen des APR-Grundrechts und seines bürgerlich-rechtlichen Substrats nicht verstehen oder nicht verstehen wollen<sup>77</sup>. Merkwürdig ist allerdings, daß auch das Bundesverfassungsgericht die Ehre und andere Erscheinungsformen des bürgerlich-rechtlichen APR nicht zugleich als APR-Grundrecht, sondern im Abwägungsprozeß mit der Meinungs- und Pressefreiheit als *einfaches Recht* begreifen will, mit der Folge eines nahezu absoluten Vorrangs der Meinungs- und Pressefreiheit, dem jetzt allerdings der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der *Caroline von Monaco*- Entscheidung vom 24. 6. 2004<sup>78</sup> entgegengetreten ist. Dabei hat Richter *Zupancic* in seinem

<sup>73</sup> BVerwG NJW 1990, 2770 mit Anm. *Simitis-Fuckner*, S. 2713; BVerfG NJW 1992, 1875; dazu *Schatzschneider*, NJW 1993, 2029; *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 96.

<sup>74</sup> *Zöllner*, RDV 1985, 12: „juristische Hypochondrie“; *Ehmann*, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, AcP 188 (1988), 229, 259 ff.; ferner *Ehmann/Sutschet*, Umsetzungsbedarf der EU-Datenschutz-Richtlinie vom 24.7.1995, RDV 1997, 3 ff.

<sup>75</sup> NJW 2004, 999.

<sup>76</sup> Auf eine solche Frage von *König Heinrich* hat bekanntlich *Lohengrin* die Antwort verweigert, was das deutsche BVerfG später mit einem sog. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen wollte, vgl. BVerfGE 65, 1, 44 ; dazu spöttisch *Cremer*, Lohengrin und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Ehemannes, in: *Das wahre Verfassungsrecht*, Gedächtnisschrift für F.G. Nagelmann, 1984, S. 275 ff. Viel älter ist jedoch die Frage von *Penelopeia* an den noch unerkannten fremden Bettler, die *Laertes* später wiederholt: "Wer, wes Volkes bist du und wo ist deine Geburtsstadt?" (*Homer*, *Odyssee*, 19. und 24. Gesang).

<sup>77</sup> Vgl. dazu die Nachweise bei *Baston-Vogt* (Fußn. 32), S. 122 Fußn. 516

<sup>78</sup> EGMR, NJW 2004, 2647; dazu *Heldrich*, NJW 2004, 2634; *Beuthien*, Kommunikation und Recht (K&R) 2004, 457.

Sondervotum Klartext geredet, wenn er zum Ausdruck brachte, die Pressefreiheit sei unter amerikanischen Einfluß<sup>79</sup> zum *Fetisch* geworden, gegenüber welchem dem Persönlichkeitsrecht größeres Gewicht beizumessen sei; es sei Zeit, daß das Pendel zurückschlage.

### III. Das bürgerlich-rechtliche APR

#### 1. Die Ablehnungsgründe des BGB-Gesetzgebers

Der bürgerlich-rechtliche Begriff des APR läßt sich am einfachsten erfassen, wenn man zu den Gründen zurückgeht, aus denen der BGB-Gesetzgeber und das Reichsgericht ein Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB nicht anerkennen wollten und die Einschränkungen beachtet, unter denen es der Bundesgerichtshof schließlich doch anerkannt hat.

*Der BGB-Gesetzgeber* hat einen allgemeinen deliktischen Persönlichkeitsschutz über § 823 Abs. 1 BGB vor allem *aus drei Gründen* abgelehnt<sup>80</sup>: 1. weil ein „Unrecht an sich selbst“ mit der Folge eines Rechts auf Selbstmord nicht anerkannt werden könne; 2. weil die Entstehung einer Obligation die Verletzung eines Vermögenswertes voraussetze; 3. weil sich Inhalt und Umfang eines Persönlichkeitsrechtes nicht hinreichend klar bestimmen ließen.

##### a) *Kein Unrecht an sich selbst*

Der erste Ablehnungsgrund, 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 verfügen könne; daß er sich nicht selbst zum Objekt machen und vermarkten könne. Es war für *Kant* und *Savigny* natürlich noch nicht vorstellbar, daß man mit seinem Herzen, seiner Leber, seinen Nieren und sonstigen Körperteilen, auch seinem Samen, mit Embryos und Kindern von Leihmüttern Handel treiben, sich die Züchtung von homunculi patentieren lassen und sein Innerstes in einer Peep- oder Big-Brother-Show verkaufen könnte, aber die Gefahr der Entwicklung solcher Unsitten war in den Begriffen und Grundsätzen dieser Denker abstrakt vorausbedacht. *Savigny*<sup>81</sup>, der das „Unrecht an sich selbst“ nicht anerkennen wollte, weil es zum *Recht auf Selbstmord* berechtige<sup>82</sup>, 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

<sup>79</sup> Dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 78.

<sup>80</sup> Vgl. *Mugdan* II, 1072, 1077, 1119; III, 61.

<sup>81</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, § 53; ähnlich noch RGZ 58, 24, 28.

<sup>82</sup> Dahinter steckt nicht bloß das christliche Dogma, sondern auch die Autorität des *Aristoteles* (Nikomachische Ethik, Band 5, Kapitel 15), der ein Unrecht gegen sich selbst nicht für möglich hält und den Selbstmord als Unrecht gegen die Polis betrachtet. Auch *Kant* (Fußn. 21, MST, § 6) meint, der Mensch könne sich seiner Persönlichkeit nicht durch Selbstmord oder Verkauf eines Organs seines Körpers selbst entäußern, weil er damit über sich als ein bloßes Mittel zu beliebigem Zweck disponieren und die Menschheit in seiner Person abwürdigen würde.

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 *Erfolgsunrechts* (§ 823 Abs. 1 BGB) und Tatbestände des *Verhaltensunrechts* (§ 823 Abs. 2 BGB), wobei § 823 Abs. 2 BGB aber *gesetzliche* Schutzvorschriften voraussetzt, welche Gesetze im materiellen Sinne sind<sup>83</sup>, konnte eigentlich nur der Gesetzgeber über derartige Schutzgesetze den erforderlichen Schutz der Persönlichkeit schaffen. Da der Gesetzgeber aber nicht tätig wurde<sup>84</sup>, blieb dem Richterrecht nur der Weg, das APR als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 anzuerkennen.

### **b) Erfordernis eines Vermögenswertes**

Der zweite Ablehnungsgrund, daß eine Obligation einen Vermögenswert voraussetze betrifft den Obligationsbegriff<sup>85</sup> und die Problematik des Ersatzes immaterieller Schäden<sup>86</sup>; die Rechtsentwicklung hat die damaligen Auffassungen dazu überholt. Das kann in diesem Zusammenhang nicht näher dargestellt werden.

## **2. Das APR als Konkretisierung des Freiheitsbegriffs**

### **a) Die Bedenken des Reichsgerichts**

Der dritte Grund des BGB-Gesetzgebers für die Ablehnung eines deliktischen Persönlichkeitsschutzes, nämlich die mangelnde *Bestimmtheit und Abgrenzbarkeit* eines Persönlichkeitsrechts, oder wie es damals genannt wurde *Individualrechts*, war letztlich auch der Grund, warum das Reichsgericht ein *allgemeines* Persönlichkeitsrecht nie anerkennen wollte. Das kommt am deutlichsten in der *Juteplüsch*-Entscheidung<sup>87</sup> aus dem Jahre 1904 zum Ausdruck, worin das Reichsgericht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkannte mit einer Begründung, welche die Anerkennung eines Persönlichkeitsrechts im Gegensatz dazu klar und deutlich ablehnte.

<sup>83</sup> *Deutsch*, Allg. Haftungsrecht, 2. Aufl., Rdz. 62.

<sup>84</sup> Vgl. Fußn. 3.

<sup>85</sup> Welcher nach ganz allgemeiner Meinung kein Geldinteresse mehr voraussetzt, sondern auch dem Schutz ideeller Interessen dienen kann, vgl. *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., S. 6.

<sup>86</sup> Welcher vom BGB-Gesetzgeber gem. §§ 253, 847 BGB alter Fassung allerdings auf die Fälle der Verletzung des Körpers und der Gesundheit sowie der Freiheitsentziehung (womit nur die Einschränkung der *Bewegungsfreiheit* gemeint war) und der Verletzung der Geschlechtsehre einer Frau (§ 825 BGB alter Fassung) beschränkt war und die Fälle der Verletzung der Ehre und der "geistigen" Persönlichkeit nicht erfaßte. Persönlichkeitsverletzungen wurden daher erst seit der Herrenreiter- (BGHZ 26, 349) und der Soraya-Entscheidung (BGH NJW 1965, 685) kraft Richterrechts mittels Schmerzensgeldern analog § 847 BGB sanktioniert, was in der Literatur zunächst als *contra legem* betrachtet (*Larenz*, NJW 1958, 827; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), S. 193), von BVerfGE 34, 269 aber bestätigt wurde; dazu *Ehmann*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, S. 613 ff, 614 Fußn. 7 m.w.N. Seit der Entscheidung BGHZ 128, 1 ff- Caroline von Monaco = NJW 1995, 861 werden die Geldsanktionen für Verletzungen der ideellen Interessen der Persönlichkeit nicht mehr Schmerzensgelder, sondern „Geldentschädigungen“ genannt und als eine Art *Strafschadensersatzansprüche* betrachtet (vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 381 ff). Durch Gesetz mit Wirkung vom 1. 8. 2002 sind die §§ 253, 847 BGB aF aufgehoben und durch § 253 BGB nF ersetzt worden, der aber gleichfalls keine Sanktion für Persönlichkeitsverletzungen, außer für Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, vorsieht; zur Merkwürdigkeit dieser Gesetzgebung vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 378. Seit BGHZ 143, 214 - Marlene = NJW 2000, 2195 kann für die Verletzung der *kommerziellen Interessen* der Persönlichkeit (dazu im Text unten III 4 a (5)) auch Ersatz des *materiellen* Schadens in Form der sogenannten Lizenzanalogie verlangt werden; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 241 ff.

<sup>87</sup> RGZ 58, 24; dazu *Hubmann* (Fußn. 7), S. 113, 143f.

Das Reichsgericht erwog damals, ob das an den Kläger gestellte Verlangen des Beklagten, die Produktion von Juteplüsch wegen Verletzung eines Gebrauchsmusterrechtes bei Vermeidung einer Entschädigungsklage einzustellen, nicht als Freiheitsverletzung gedacht werden könne, insofern der Kläger durch fremde Einwirkung auf seinen Willen zur Einstellung der Juteplüschfabrikation bewogen worden sei. Das Reichsgericht lehnte dies ab mit der Begründung, selbst wenn man der Ansicht namhafter Autoren folgen wolle, daß unter Freiheit in § 823 I ganz allgemein „die freie Betätigung des Willens zu verstehen sei..., so würde doch zur Begründung des Schadenersatzanspruchs immer gehören, daß eine *widerrechtliche* Verletzung der freien Willensbetätigung vorliege“ und es sei ausgeschlossen, „daß das Gesetz die Einwirkung auf den fremden Willen schon aus dem Grunde für *widerrechtlich* erklären wolle, weil kein besonderes Recht zu dieser Einwirkung besteht. Vielmehr würde die Einwirkung auf die freie Willensbetätigung den Charakter der *Widerrechtlichkeit* erst durch die Form annehmen, in der sie auftritt, also bei Täuschung, Drohung und Zwang“, allgemeiner gesagt, durch ein Verhaltensunrecht. Daher sei es auch unmöglich auf diesem Wege über den Begriff der Freiheit *Persönlichkeits- oder Individualrechte* zu konstruieren. Im Gegensatz dazu sei aber dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbstständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um eine freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handle, sondern dieser Wille in der Einrichtung und Ausübung des Gewerbebetriebs bereits eine „*gegenständliche Verkörperung*“ gefunden habe, eine feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betrieb gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürften deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 BGB fallende Rechtsverletzung angesehen werden.

In diesen Grundsätzen der Juteplüsch-Entscheidung sind alle Elemente enthalten, die zur Begründung und Konkretisierung auch des APR als absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 erforderlich sind.

### ***b) Die Freiheit als Oberbegriff der absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 BGB***

Letztlich hat das Reichsgericht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Konkretisierung der Freiheit des Unternehmers verstanden, in dem Maße, als sich diese Freiheit in der Einrichtung und Ausübung des Gewerbebetriebs bereits „gegenständlich verkörpert“ hat. Genauso können die absoluten Rechtsgüter und Rechte *Leben, Körper, Gesundheit* und auch das *Eigentum* letztlich als Konkretisierung des Freiheitsbegriffs verstanden werden, bezogen auf das mit diesen Begriffen bezeichnete jeweilige Rechtsgut (*corpus delicti*<sup>88</sup>). Wer Leben, Körper, Gesundheit verletzt, verletzt damit letztlich die *Freiheit* des Rechtssubjekts selbst zu bestimmen, was mit seinem Leben, seinem Körper und seiner Gesundheit geschieht<sup>89</sup>. Das wird besonders deutlich, wenn ein Arzt einen Patienten ohne hinreichende Einwilligung operiert; er verletzt dann vordergründig den Körper des Patienten, aber zumindest wenn die Operation gelungen ist, darf das Unrecht seiner Tat nicht der eines Messerstechers gleichgesetzt werden, sondern besteht letztlich in der Nichtbeachtung des *Willens* des Patienten, stellt also eine Verletzung des APR dar. Auch eine Eigentumsverletzung ist schon in der Sprache des BGB die Verletzung der *Freiheit* des Berechtigten mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903)<sup>90</sup>. Wenig anmutig erscheint es aber, die unbefugte Entnahme

<sup>88</sup> Zum Begriff *Deutsch*, Haftungsrecht, 1976, S. 111.

<sup>89</sup> Anders *Hubmann* (Fußn. 7, S.116 ff) aufgrund seiner andersartigen Vorstellung vom subjektiven Recht als "wertverwirklichender Wille" (S. 121, 128).

<sup>90</sup> Würde man den Eigentumsbegriff des § 833 Abs. 1 BGB nicht auf bewegliche und unbewegliche Sachen beschränken, sondern auf alles erstrecken, was nach Art. 14 Abs. 1 GG Eigentum ist, so wäre auch das



menschlicher Organe als Eigentumsverletzung zu betrachten; wenn der Spender aber schon tot ist, ist es auch keine Körperverletzung; ebensowenig wie die unbefugte Vernichtung deponierten Spermias keine Körperverletzung und wohl auch keine Eigentumsverletzung ist, sondern eine Verletzung der freien Willensbetätigung des Betroffenen, also eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, bezogen auf sein freies Belieben mit seinen Organen und seinem Sperma zu machen, was er will<sup>91</sup>. Die juristische Lehre unserer Zeit betrachtet den Körper des Menschen mit seinen Organen als Kern seines ureigensten Betriebs, bezüglich dessen seine freie Willensbetätigung –sogar über den Tod hinaus - gegenüber anderen geschützt sein muß, die ihm jedoch selbst auch eine weitgehend freie Verfügungsmacht über die Organe und Teile (Aspekte) seiner Persönlichkeit ermöglicht.

Die heute herrschende Meinung glaubt freilich unter Freiheit im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sei nur die *Bewegungsfreiheit* zu verstehen<sup>92</sup>, muß jedoch Ausnahmen zulassen und z. B. die Absperrung eines Schiffes auch ohne Substanzverletzung als Eigentumsverletzung begreifen<sup>93</sup>. Mit dem Schutz der Bewegungsfreiheit wird der Freiheitsschutz beschränkt auf den Raum, in welchem der Betroffene sich bewegen kann und will. Auch mit dem Schutz von Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum wird letztlich nur der Wille des Berechtigten geschützt mit diesen Rechtsgüter nach seinem Belieben zu verfahren, womit jeder Eingriff eines anderen in den durch diese Rechtsgüter geschützten Bereich grundsätzlich für rechtswidrig erklärt wird\*. Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit, wenn der Erfolg der tatbestandsmäßigen Handlung die Vermutung rechtfertigt, der Handelnde habe *in erkennbarer Weise*<sup>94</sup> in den geschützten Bereich der *freien Willensbetätigung* eines anderen eingegriffen.

### c) *Befugnis selbst zu bestimmen ...*

Der BGH hat das anerkannte APR als eine *Befugnis der Selbstbestimmung* verstanden und den Bereich, in welchem die *freie Willensbetätigung* als APR geschützt sein soll, in seinen *Leitentscheidungen*<sup>95</sup> wie folgt definiert und formuliert:

- (1) In der *Schachtbrief-Entscheidung* wird die als APR verletzte freie Willensbetätigung 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* wird die als APR verletzte freie Willensbetätigung weit umschrieben als „jener innere Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der

---

Eigentumsrecht ein Rahmenrecht mit der großen Problematik reine Vermögensschäden kaum noch aus dem Schutz des § 823 Abs. 1 ausklammern zu können.

<sup>91</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 269 f. Solche Freiheit wollte *Kant* (Fußn. 21, MST § 6) dem Menschen allenfalls hinsichtlich seiner Haare und schon nicht mehr hinsichtlich eines Zahns zubilligen.

<sup>92</sup> *Palandt/Thomas* § 823 Rdz. 6; anders freilich *Leinemann*, Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, 1969; differenzierend *Deutsch*, Festschrift für Hauß, S. 43 ff.

<sup>93</sup> BGHZ 55, 153; ferner BGHZ 30, 242; 86, 152.

\* (93a) Nicht ganz zu Unrecht erwägt daher *Gerlach* (JZ 2004,625), ob Hubschrauber-Aufnahmen des Anwesens eines Prominenten im Falle BGH NJW 2004,762 nicht als Eigentumsverletzung (des Luftraums über dem Anwesen) zu begreifen sind ; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn.60), 11. Aufl., Rdz. 113, 145, 150.

<sup>94</sup> Zum Erfordernis der Erkennbarkeit und Offenkundigkeit eines absoluten Rechts vgl. auch *Hubmann*, (Fußn. 7), S. 140 ff.

<sup>95</sup> BGHZ 13, 334, 338 - Schachtbrief; 26, 349, 354 - Herrenreiter; 27, 284, 286 - Tonband; BGH NJW 1965, 685, 687 - Soraya.

*freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung* des einzelnen untersteht“; konkret gemeint war aber die *Befugnis* eines reichen Brauereibesitzers, der als Springreiter eine Persönlichkeit der Zeitgeschichte darstellte, *selbst zu bestimmen*, ob und unter welchen Voraussetzungen seine Abbildung als Springreiter zur Reklame für ein sexuelles Stärkungsmittel (*Okasa*) Verwendung finden darf: Er sollte selbst bestimmen dürfen, zu welchem Zweck sein Bild als Springreiter verwendet werden darf.

- (3) In der *Tonband-Entscheidung* definiert der BGH das als APR verletzte Selbstbestimmungsrecht 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 definiert der BGH auch in der *Soraya-Entscheidung* das als APR verletzte Selbstbestimmungsrecht 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“.

### 3. Das APR als Rahmenrecht

Wir erkennen also, daß das bürgerlich-rechtliche APR ein Unterbegriff der *Freiheit* ist, dessen Problem darin besteht, den Raum, den *Bereich* zu bestimmen, in welchem die Befugnis der Selbstbestimmung grundsätzlich gewährt wird.

#### a) *Sphärentheorie*

##### (1) *Schutzbereich Privatsphäre*

Der Mensch bedarf zu seiner Entwicklung und Erhaltung als (Intim-) Person eines Raumes für sich selbst, in welchem er von den anderen in Ruhe gelassen werden muß. Diese anthropologische Erkenntnis ist seit langem allgemein anerkannt, bedarf aber auch der juristischen Sicherung<sup>96</sup>. Die Frage ist jedoch, inwieweit dieser Raum in bestimmten Bereichen gegeben, wie er in anderen Bereichen zu Gunsten entgegenstehender Interessen eingeschränkt und wie er im allgemeinen und besonderen abzugrenzen ist. Zur Lösung dieses Problems hat man geglaubt, *Schutzkreise* bilden und definieren zu können, die sich um den „Eigenwert der Persönlichkeit“<sup>97</sup> legen: *Individual-, Privat- und Geheimsphäre*<sup>98</sup>. Andere haben dieses Sphärensystem noch zu verfeinern versucht: *Sexual-, Intim- und Sozialsphäre* und das Ganze zur „*Sphärentheorie*“ hochstilisiert, welche freilich in der Banalität endet: Je tiefer der Eingriff, desto höher die Eingriffsvoraussetzungen<sup>99</sup>.

##### (2) *Privatsphäre als beschränkter Bereich der allgemeinen Willens- und Handlungsfreiheit*

<sup>96</sup> Grundlegend dafür *Kohler*, JherJb 18 (1880), 129; dazu *Ehmann*, AcP 188 (1988), 233.

<sup>97</sup> So *Hubmann* (Fußn. 7), S. 268 ff.

<sup>98</sup> Vgl. BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhandel; BGH NJW 1987, 2667; BGHZ 90, 1553; BVerfGE 54, 148, 154; BVerfG NJW 1991, 2340 - Krankenhauszustände.

<sup>99</sup> Dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 2), 10. Aufl., Rdz. 30 ff; 11. Aufl., Rdz. 7

Die Sphärentheorie ist daher zwar unbrauchbar zur Abgrenzung des „unantastbaren Kerns der Persönlichkeit“ dessen absoluter Schutz jeder Güter- und Interessenabwägung entzogen sein soll, auch unbrauchbar zur Abgrenzung einer schützenswerten *Intim-* und einer wenig oder gar nicht schützenswerten *Sozialsphäre*, aber sie hat eine große Bedeutung dadurch, daß auf Grund ihres Ansatzpunktes der *Schutzbereich* des bürgerlich-rechtlichen APR von der Rechtsprechung im wesentlichen auf die *Privatsphäre* beschränkt - wie immer sie zu umgrenzen ist - und nicht auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte *allgemeine Handlungsfreiheit* erstreckt wurde<sup>100</sup>. Näheres zu dieser Beschränkung unter III 5 a.

### **b) Erfordernis der normativen Leitung**

Der BGH hat - von der Normenseite her - den unter dem Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB schützenswerten Bereich der Privatsphäre von Anfang an als *Quell-, Mutter- oder Rahmenrecht* verstanden, dessen rechtswidrige Verletzung nur durch eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall festgestellt werden könne<sup>101</sup>. Das ist freilich eine Leerformel, die zur Erfassung des Tatbestands des APR und seiner Grenzen nichts hergibt. Zu Recht bemerkt das Bundesverfassungsgericht in der Wallraff-Entscheidung<sup>102</sup> daher dazu, daß eine solche Güter- und Interessenabwägung zwar *Einzelfallgerechtigkeit* verwirklichen, die Rechtsfindung aber nicht *normativ leiten* und *Rechtssicherheit* und *Rechtsklarheit* nicht gewährleisten könne. Dazu sei es vielmehr erforderlich, neben dem *Zweck* auch das *Mittel* der Eingriffshandlung in die Bewertung der Rechtswidrigkeit der Handlung einzubeziehen. Als *Handlungsmittel* ist die *Form* der Eingriffshandlung in Betracht zu ziehen, also zu beachten, ob der Handelnde mit Gewalt, Drohung, List oder in sonstiger Weise z. B. gegen einen *erkennbaren Geheimhaltungswillen* oder unter *Bruch der Vertraulichkeit* in die geschützte Privatsphäre eingedrungen ist. Mit der Forderung das Handlungsmittel zu berücksichtigen verlangt das Bundesverfassungsgericht also zur *normativen Leitung* der Rechtsprechung letztlich nichts anderes als schon das Reichsgericht in der Juteplüsch-Entscheidung, wenn es sagte, die Einwirkung auf die *freie Willensbetätigung* könne den *Charakter der Widerrechtlichkeit* erst durch die *Form* annehmen, in der sie auftritt. Das ist zusammengefaßt nichts anderes, als daß die Rechtswidrigkeit der Verletzung des APR-Rahmenrechts sowohl durch ein *Erfolgs-* als auch ein *Verhaltensunrecht* oder durch beides zusammen bestimmt werden kann.

### **c) Handlungs- und Erfolgsunrecht**

Das deutsche Deliktsrecht hat bekanntlich keine allgemeine deliktische Generalklausel geschaffen, sondern versuchte mit Hilfe der sog. *absoluten Rechte*<sup>103</sup> in § 823 Abs. 1

<sup>100</sup> Ebenso *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II 2, § 80 II 6; *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 1, 13, 267 ff; *Baston-Vogt* (Fußn. 32), S. 122 Fußn. 516 m.w.N; demgegenüber wollen andere auch den Schutz des bürgerlich-rechtlichen APR auf den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit erstrecken, vgl. insb. *Hubmann* (Fußn. 7), S. 175 ff; *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 66; *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl., Rdz. 185; *Leisner*, Festschrift für Hubmann, S. 275, 305.

<sup>101</sup> BGHZ 13, 334, 338; 24, 72, 80; 45, 296, 307 – Höllenfeuer; 50, 133, 143 – Mephisto; dazu *Hubmann* (Fußn. 7), S. 131; kritisch zum Begriff des Rahmenrechts *Canaris* (Fn. 99), § 80 III, 2; aber auch schon *Nipperdey*, NJW 1967, 1985.

<sup>102</sup> BVerfGE 66, 116, 138 = NJW 1984, 1741, 1743.

<sup>103</sup> Letztlich sind die absoluten Rechte nichts anderes als Hilfsvorstellungen, welche zwischen die absoluten, d.h. jedermann gegenüber bestehenden Schutzpflichten und deren tatsächliche Voraussetzungen geschoben werden (*Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, § 2, S. 11): Du sollst Dich so sorgfältig verhalten, daß das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum usw. eines anderen nicht verletzt werden. Hinter dem Erfolgsunrecht steht also stets ein Verhaltensunrecht, dessen Formulierung als Erfolgsunrecht nur eine abgekürzte Ausdrucksweise ist. In langen Kausalketten der Erfolgsverursachung, z.B. der Herstellung von

Tatbestände des *Erfolgsunrechts* zu bilden und in § 823 Abs.2 BGB Tatbestände des *Verhaltensunrechts*, die allerdings voraussetzen, daß das Verhalten durch ein formelles Gesetz verboten ist; die schuldhaft Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht und eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes soll nach § 823 Abs. 1 BGB nicht haftungsbegründend sein, sondern lediglich wenn ein absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB verletzt wird. In dieser scharf gezogenen Trennlinie zwischen Tatbeständen des *Erfolgs-* und des *Handlungsunrechts* liegt die Problematik der sog. *Rahmenrechte*, sowohl des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als auch dem bürgerlich-rechtlichen APR begründet<sup>104</sup>. Einerseits kann eine Erweiterung des deliktischen Schutzes durch Richterrecht wegen des Rechtssatz-Erfordernisses der Schutzgesetze über § 823 Abs. 2 BGB nicht stattfinden, andererseits kann die Rechtswidrigkeit der Verletzung dieser Rahmenrechte wegen deren „Unklarheit und Verschwommenheit“ und ihrer unzureichenden „gegenständlichen Verkörperung“ nicht allein vom *Erfolg* her definiert, sondern nur unter Berücksichtigung des *Handlungsunrechts* bestimmt werden, das wiederum nicht nur von der Form der Eingriffshandlung, sondern auch von deren *Zweck* bestimmt wird. Ist der *Zweck* der Eingriffshandlungen *rechtlich*, gar *verfassungsrechtlich* gerechtfertigt (z. B. durch die Meinungs- und Pressefreiheit), so ist zur Bestimmung der Widerrechtlichkeit allerdings eine *Güter- und Interessenabwägung* erforderlich<sup>105-106</sup>. Die Rahmenrechte sind daher als ein Zwischenstück, als „*Mittelding*“ zwischen dem *Erfolgsunrecht* der Tatbestände des § 823 Abs. 1 BGB und dem *Handlungsunrecht* der Tatbestände des § 823 Abs. 2 BGB zu begreifen<sup>107</sup>, in welchem die Rechtswidrigkeit auch unter Berücksichtigung solchen Handlungsunrechts begründet wird, das nicht durch einen *Rechtssatz*, sondern durch *allgemeine Rechtsgrundsätze*, auch durch die Verletzung *moralischer Regeln* bestimmt wird, die allgemeine Anerkennung in der Rechtsgemeinschaft gefunden haben.

#### 4. Das APR als Verrechtlichung moralischer Regeln in der Typizität von fünf Fallgruppen

Die oben unter I 4 b dargelegten *fünf moralischen Grundsätze* sollen daher im folgenden die Grundlage bilden für die Aufstellung von *fünf typischen Fallgruppen*, in denen der

---

Messern, Scheren, Konservendosen, Kraftfahrzeugen, aus deren Verwendung ein Schaden entsteht, muß nach ganz allgemeiner Meinung die Rechtswidrigkeit als Verhaltensunrecht positiv begründet werden, weil der bloße Anstoß der Kausalkette durch die (sozialadäquate) Herstellung solcher Produkte kein hinreichendes Indiz für eine rechtswidrige Verletzung eines absoluten Rechts mehr sein kann. In solchen Fällen versagt die (Hilfs-)Vorstellung des absoluten Rechts.

<sup>104</sup> In diesem Sinne betrachtet auch schon *Stürner* (Gutachten A für den 58. DJT, S. 61) das Problem der begrifflichen Erfassung des APR als Folge des umgekehrten Verhältnisses zwischen Erfolgs- und Handlungsunrecht; aber dieses Verhältnis ist in der Wissenschaft schon längst hinreichend geklärt; freilich noch nicht für alle; unklar auch noch *Hubmann* (Fußn. 7), S. 143 ff.

<sup>105</sup> *Hubmann* (Fußn. 7, S. 148) weist zutreffend darauf hin, daß sogar im Strafrecht ausnahmsweise (seit RGZ 61, 255: übergesetzlicher Notstand) eine Güter- und Interessenabwägung zur Unrechtsbestimmung erforderlich ist.

<sup>106</sup> Diese positive Begründung der Rechtswidrigkeit durch Güter- und Interessenabwägung ist jedoch vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch einen Rechtfertigungsgrund zu unterscheiden, vgl. *Hubmann* (Fußn. 7), S. 150; *Wiese*, Festschrift für Egon Lorenz, 2004, S. 915, 917 f; *Ehmann*, Anm. zu BAG AP Nr. 41 **sich** zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>107</sup> *Ehmann*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: 50 Jahre BGH, Festgabe der Wissenschaft, S. 613, 620 f. *Pawlowski*, Allg. Teil (Fußn. 9), betrachtet die Rahmenrechte als Ergänzung des § 823 um einen Abs. 3, welcher den "Verstoß gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten" zum haftungsbegründenden Tatbestand macht.

geschützte Bereich des Selbstbestimmungsrechts des APR durch die Typik des Verhaltens so „gegenständlich verkörpert“ wird, daß die *Vermutung der Rechtswidrigkeit* gerechtfertigt ist, also ein solches Verhalten als typisch rechtswidrige APR-Verletzung betrachtet werden kann.

### a) *Fünf Fallgruppen*

#### (1) *Ehrenschutz*

Die älteste Form deliktischen Persönlichkeitsschutzes ist zweifellos der Ehrenschutz<sup>108</sup>, der auch schon vor der Anerkennung des APR *zivilrechtlich* über § 823 Abs. 2 i. V. m. §§ 185 ff StGB gegeben, aber auf Grund der *strafrechtlichen* Vorgaben auf *vorsätzliche* Verletzungen beschränkt war, was aber zu viele Ehrverletzungen insb. durch die Presse sanktionslos ließ. Eine aus der „Frankfurter Schule“ hervorgekommene einflußreiche Auffassung behauptet freilich, der veraltete, schillernde, konturlose Ehrbegriff entstamme einer feudalistischen Gesellschaftsordnung und bilde „vordemokratisches Recht“<sup>109</sup>. Im Abwägungsprozeß mit der Meinungsfreiheit ist diese Ansicht vor allem in den Soldaten-sind-Mörder-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit auf der Waagschale gelegen. Diese Zurückdrängung des Ehrbegriffs auf Fälle der Verletzung der Menschenwürde, auf Schmähkritik und Privatfehden beruht auf dem falschen „Wertfühlen“ im Lüth- Urteil und amerikanischen Einfluß, wonach die Ehre zu gering geachtet und der Meinungs- und Pressefreiheit nahezu absoluter Vorrang zuerkannt wird<sup>110</sup>. Aber die Ehre ist nicht bloß für Vater *Briest* „ein *zu* weites Feld“<sup>111</sup>, das hier nicht mehr beackert werden kann.

#### (2) *Verfälschung des Persönlichkeitsbildes*

Die zweite Fallgruppe<sup>112</sup> bilden Fälle der Verfälschung des Persönlichkeitsbildes durch unwahre, identitäts- aber nicht ehrverletzende Tatsachenbehauptungen. 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). Berühmte Fälle sind die Soraya- und die Caroline von Monaco-Entscheidungen über erfundene Interviews sowie die Eppler-Entscheidung, dem im Wahlkampf in Baden-Württemberg unterstellt worden war, er wolle gemäß den damaligen JUSO-Parolen die „Belastbarkeit der Wirtschaft“ erproben. Die allermeisten Fälle dieser Gruppe betreffen in der Presse aufgestellte Tatsachenbehauptungen, die also unter dem Schutz der Pressefreiheit stehen. Diese Pressefreiheit muß aber an der *Wahrheit* ihre Grenze haben, auch wenn diese Wahrheit nicht ehrenrührig ist, wie z. B. auch die Aussage über einen

<sup>108</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 18 ff.

<sup>109</sup> Dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 22 m.w.N.

<sup>110</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 67 ff, 76, 78, 83 ff.

<sup>111</sup> In *Fontanes Roman Effi Briest* (veröffentlicht 1894) war diese von ihren Eltern aus wohlwollenden Gründen und besten Gewissens an einen sehr ehrenhaften, 20 Jahre älteren Baron von Innstetten verheiratet worden und hatte Ehebruch begangen. Der Ehrbegriff seiner Zeit hat den Baron zur Scheidung und zum Duell mit dem Ehebrecher und Effi in den Tod getrieben. Am Ende des Romans stehen Mutter und Vater Briest vor dem Grab der Tochter und sie fragt ihn: "Ob *wir* nicht doch vielleicht Schuld sind?" Er antwortet: "Ach, Luise, laß... das ist ein *zu* weites Feld." Vgl. dazu *Stefan Greif*, Ehre als Bürgerlichkeit in den Zeitromanen Theodor Fontanes, 1992, S. 171ff.

<sup>112</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 104 ff.

Politiker, er färbe sich die Haare oder er sei schwul. Das wird heute in vielen Kreisen nicht mehr als beleidigend empfunden, sondern nur noch als *Verfälschung* der Persönlichkeit, wenn es unwahr ist. Hat der Schwule sich aber noch nicht geoutet, so kann es allerdings auch eine unbefugte Information über die Privatsphäre und deswegen rechtswidrig sein.

### (3) Schutz vor unbefugter Ausspähung von Geheimnissen der Privatsphäre

(3.1) Das Rechtsgut der Privatsphäre ist in verschiedener Weise zu schützen, erstens durch einen Schutz gegen *Ausspähung* von zur Privatsphäre gehörenden Informationen und zweitens durch einen Schutz gegen die *Verbreitung* von Informationen aus der Privatsphäre. Dafür sind zwei verschiedene Fallgruppen erforderlich, weil die *Eingriffshandlungen* (Ausspähung einerseits und Verbreitung andererseits) verschieden sind und weil die so verschiedenen Eingriffshandlungen auch durch verschiedene *Gegeninteressen* gerechtfertigt sein können: nämlich die *Informationsbeschaffungsfreiheit* einerseits und die *Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit* andererseits.

(3.2) Der Schutz vor Ausspähung von Geheimnissen der Privatsphäre<sup>113</sup> ist gegen einige bestimmte und abgegrenzte Eingriffshandlungen schon lange auch gesetzlich geschützt, insbesondere durch das Brief-, Fernmelde-, Post- und Datengeheimnis gem. §§ 202, 202a, 206 StGB, was unter dem Begriff „*Schutz des gesprochenen Wortes*“ zusammengefaßt wird. Das nicht-öffentlich gesprochene Wort ist durch § 201 StGB vor allem auch gegen ein Abhören mittels Abhörgeräten und gegen eine Aufnahme auf Tonträger geschützt. Hinzugekommen ist durch Gesetz vom 30. Juli 2004 ein Schutz gegen unbefugte *Bildaufnahmen* in einem besonders geschützten Raum, die den höchstpersönlichen Lebensbereich betreffen (§ 201a StGB). Der Schutz dieser Straftatbestände wird über § 823 Abs. 2 BGB ins Zivilrecht transformiert und darüber hinaus durch das APR auch gegen *fahrlässige* Eingriffe zivilrechtlich geschützt. Gekennzeichnet ist dieser Schutz dadurch, daß er gegen bestimmte Eingriffshandlungen gerichtet ist, z. B. gegen das Öffnen eines verschlossenen Briefes, das Abhören mittels technischer Geräte, die Aufnahme von nicht-öffentlich gesprochenen Worten auf Tonträger, gegen Bildaufnahmen, die alle in irgend einer Weise räumlich oder sonstwie durch eine „Mauer des Faktischen“ gegen eine Informationsbeschaffung derart geschützt sind, daß dem Lauscher, Schlüssellochgucker oder sonstwie Eingreifenden i. d. R. der Geheimhaltungswille des Betroffenen objektiv erkennbar ist und er deswegen rechtswidrig handelt, weil er dieses erkennbar faktische Hindernis durchbricht, z. B. ein Richtmikrofon verwendet, um zu hören, was er mit seinen Ohren nicht hören könnte. *La vie privée doit être murée*, sagt ein französisches Sprichwort und kennzeichnet damit das Erfordernis eines faktischen Schutzes der Privatsphäre als Voraussetzung einer ungerechtfertigten Persönlichkeitsverletzung. Alte Tagebücher hatten deswegen oft ein kleines Schloß. Dieser faktische Schutz macht den Geheimhaltungswillen des Betroffenen erkennbar. Die Verletzung des *erkennbaren Geheimhaltungswillens* durch den Lauscher oder Späher begründet eine grundsätzlich hinreichende Vermutung der Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung. Diese Vermutung gilt auch dann, wenn in den durch Mauern oder durch hinreichende Distanz „natürlich“ geschützten Raum der Privatheit durch technische Hilfsmittel wie z. B. Teleobjektive, Abhörwanzen, (versteckte) Video- oder Infrarotkameras oder Hubschrauber-Aufnahmen eingegriffen wird\*. Zur Begründung der Rechtswidrigkeit bedarf es also nicht in jedem Einzelfall einer Güter- und Interessenabwägung, sondern allenfalls dann, wenn berechnete Interessen, z. B. die Pressefreiheit und der durch sie geschützte Zweck der Aufdeckung öffentlicher Mißstände,

<sup>113</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 113 ff.

\* (113a) Zu Videoaufnahmen von Arbeitsplätzen vgl. BAG AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 – Überwachung mit Anm. *Ehmann*; zu Hubschrauber-Aufnahmen von Ferienanwesen Prominenter BGH NJW 2004, 762 = JZ 2004, APRsich622 mit Anm. *Gerlach*; dazu *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz 113, 145, 150 f.

den Informationseinbruch u. U. rechtfertigen könnten. Mit einer solchen *Bestimmung des Bereichs* des Schutzes freier Willensbetätigungen wirkt der Schutz des bürgerlich-rechtlichen APR durch § 823 Abs. 1 BGB auch über die zitierten - im Hinblick auf den strafrechtlichen *Bestimmtheitsgrundsatz* (Art. 104 GG) - eng gefaßten strafrechtlichen Tatbestände hinaus, schützt z. B. auch vor Paparazzi-Aufnahmen außerhalb der Wohnungstüre, wenn der Betroffene sich am abgeschiedenen Ort, z. B. einer Parkbank, vor dem Zuschauen anderer gesichert glauben durfte. Auch wenn solche Informationsbeschaffung durch Presseleute geschieht und daher unter dem Schutz der Pressefreiheit steht, ist sie nicht mehr gerechtfertigt, wenn die Privatsphäre betroffen und der Geheimhaltungswille des Betroffenen erkennbar war, es sei denn, daß überragende Allgemeininteressen, z. B. bei der Beobachtung eines Politikers auf Abwegen, den Vorrang verdienen.

#### (4) Schutz vor unbefugter Verbreitung von Geheimnissen aus der Privatsphäre

Auch der Schutz vor unbefugter *Verbreitung* von Geheimnissen aus der Privatsphäre<sup>114</sup> wird partiell durch einige gesetzliche Verbotsvorschriften geschützt, die über § 823 Abs. 2 BGB ins Zivilrecht wirken. Dazu gehört der im Jahre 1907 durch § 22 Abs. 1 KUG geschaffene Schutz gegen die unbefugte Verbreitung von Abbildungen einer Person, der nach § 23 Abs. 1 KUG für sog. Persönlichkeiten der Zeitgeschichte allerdings entfallen sollte, sofern kein besonderes Interesse an der Nichtverbreitung der Abbildung besteht (§ 23 Abs. 2 KUG). Danach durften Abbildungen von Persönlichkeiten der Zeitgeschichte nicht veröffentlicht werden, wenn sie an einem *abgeschiedenen Ort* aufgenommene Szenen *aus dem Privatleben* zeigten<sup>115</sup>. Dieser Schutz der Privatsphäre durch § 22 Abs. 2 KUG ist verstärkt worden durch die Entscheidung des EGMR vom 24. 6. 2004<sup>116</sup>, wonach Abbildungen von solchen Personen wie Caroline von Monaco, die zwar weltweit bekannt sind, aber keine *öffentliche Funktion* erfüllen auch dann nicht mehr verbreitet werden dürfen, wenn die Person in ihrem Alltagslebens an nicht abgeschiedenen Orten gezeigt werden.

Alt und ehrwürdig ist auch der Schutz des *Arzt- und Anwaltsgeheimnisses*, den § 203 StGB auf weitere Berufsgruppen erstreckt hat, welche Privatgeheimnisse, die ihnen von ihren „Kunden“ anvertraut worden sind, bei Vermeidung von Kriminalstrafe nicht offenbaren dürfen. Auch diesen Straftatbeständen können die wesentlichen Kriterien entnommen werden, unter denen - über den Wortlaut des § 203 StGB hinaus - die Offenbarung „*unter dem Siegel der Verschwiegenheit*“ anvertrauter Privatgeheimnisse als rechtswidrige Verletzung des APR zu betrachten sind: das Geheimnis muß zum *persönlichen Lebensbereich* gehören und es muß in einer Weise dem anderen *anvertraut* worden sein, daß dieser den Geheimhaltungswillen des Betroffenen erkennen konnte. Die „*Erkennbarkeit des Geheimhaltungswillens*“ ist die Funktion des sprichwörtlichen „*Siegels der Verschwiegenheit*“. Die Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlungen ergibt sich in solchen Fällen also vor allem aus dem *Bruch der Vertraulichkeit*, die mit der unbefugten Weitergabe des anvertrauten ("gesiegelten") Geheimnisses geschieht.

Grundsätzlich rechtswidrig ist die *Weitergabe von Privatgeheimnissen* auch dann, wenn sie zwar nicht anvertraut worden sind, aber *in rechtswidriger Weise erlangt* wurden. Dieser Grundsatz gilt freilich nur mit Einschränkungen. Die Presse könnte ihrer „*Wachhundfunktion*“ in vielen Fällen nicht genügen, wenn sie zur Aufdeckung von

<sup>114</sup> Erman/Ehmann (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 153 ff.

<sup>115</sup> Erman/Ehmann (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 188.

<sup>116</sup> NJW 2004, 2647; dazu Heldrich, NJW 2004, 2634; Beuthien, Kommunikation und Recht (K&R) 2004, 457.

Mißständen Tatsachen nicht verbreiten dürfte, die sie in rechtswidriger Weise, insbesondere durch erkennbaren *Bruch von Amtsgeheimnissen* erlangt hat. In solchen Fällen muß daher der Unwert der mit der Verwendung der rechtswidrig erlangten Informationen erfolgten Verletzung der Privatsphäre mit dem unter dem Schutz der Pressefreiheit stehenden Zweck der Aufdeckung von Mißständen abgewogen werden. Auch im *Prozeßrecht* begründet die rechtswidrige Informationserhebung zwar grundsätzlich, aber nicht unbedingt ein *Verwertungsverbot*<sup>117</sup>.

Die Rechtswidrigkeit der Verbreitung von Privatgeheimnissen wird also grundsätzlich schon dadurch begründet, daß die Geheimnisse *rechtswidrig erlangt* oder unter *Bruch einer Vertraulichkeit* verbreitet wurden, nicht erst durch eine *Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall*, die allerdings die Vermutung der Rechtswidrigkeit widerlegen kann.

Auf diese Weise sind also sowohl die *unbefugte Ausspähung* als auch die *unbefugte Verbreitung von Geheimnissen* der Privatsphäre allgemein und abstrakt in einer Weise tatbestandlich so umschrieben, daß die Vermutung der Rechtswidrigkeit grundsätzlich gerechtfertigt ist. Die Güter- und *Interessenabwägung* im Einzelfall muß also auch in Fällen der Informationsverbreitung die Rechtswidrigkeit nicht erst begründen, sondern kann sie nur widerlegen, je nach dem schützenswerten Maß des Verbreitungsinteresses, vor allem der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit.

#### (5) Schutz der Persönlichkeit gegen kommerzielle Auswertung<sup>118</sup>

Jede Anerkennung eines geschützten Geheimnisbereiches führt grundsätzlich dazu, daß das geschützte Rechtsgut einen Preis bekommt und zur *Handelsware* wird. Die Entwicklung der gewerblichen Schutzrechte (Immaterialgüterrechte) zu Handelswaren hat sich in der Entwicklung des APR zu kommerziellen Persönlichkeitsgütern wiederholt<sup>119</sup>. Mit den BGH-Entscheidungen *Marlene*<sup>120</sup> und *Blauer Engel*<sup>121</sup> hat diese Entwicklung eine grundsätzliche Anerkennung durch die Rechtsprechung gefunden, ist aber noch lange nicht zum Abschluß gekommen. Die Besonderheit dieses Schutzbereichs besteht im deutschen Recht vor allem darin, daß Bildnisse von *Persönlichkeiten der Zeitgeschichte* - die nach § 22 KUG an sich verbreitet werden dürfen - nicht zu *kommerziellen Zwecken*, d. h. vor allem nicht zu *Werbezwecken* verwendet werden dürfen. Wird dieses Verbot verletzt, kann der Betroffene nunmehr statt Schmerzensgeld Ersatz seines *materiellen* Schadens nach den Grundsätzen der in Fällen der Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelten *Lizenzanalogie*<sup>122</sup> verlangen. Allerdings war bisher immer streitig, ob das auch durch die Pressefreiheit geschützte Interesse an der Veröffentlichung des Bildes einer Persönlichkeit der Zeitgeschichte schon dann gegenüber dem kommerziellen Schutz der Privatsphäre zurücktreten muß, wenn die Abbildungen *auch* zu Werbezwecken oder erst dann, wenn sie

<sup>117</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 225 ff.

<sup>118</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 241 ff.

<sup>119</sup> *Hubmann* (Fußn. 7, S. 134) glaubte dagegen: "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht zur Kommerzialisierung bestimmt"; ebenso aber vielleicht anders gemeint BVerfGE 101, 361, 385 = NJW 2000, 1023: "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet." Der durch den BGH gewährte Schutz der kommerziellen Interessen des APR wird vom BVerfG jedoch grundsätzlich nicht beanstandet, vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 9, 241 ff, 247. Im *Kant'schen* Reich der Zwecke hat jedoch alles entweder einen Preis oder eine Würde, folglich entwürdigt sich eine Person selbst durch eine Veräußerung ihrer Persönlichkeit oder Teile davon (Fußn. 18, GMS, S. 68 (BA 78)).

<sup>120</sup> BGHZ 143, 214 = NJW 2000, 2195.

<sup>121</sup> BGH NJW 2000, 2201.

<sup>122</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 246, 264, 357, 363, 374 ff; § 687 Rdz. 11, 16 f.



*überwiegend* oder gar *allein* zu Werbezwecken verwendet werden<sup>123</sup>. Die Marlene-Entscheidung hat den Schutz des kommerziellen privaten Interesses gegenüber dem durch die Pressefreiheit geschützten Öffentlichkeitsinteresse verstärkt. Eine weitere Verstärkung der geschützten Privatsphäre erfolgte durch die Entscheidung des EGMR vom 24. 6. 2004<sup>124</sup> für Caroline von Monaco, für Schauspieler, Sportler und sonstige Personen die keine öffentliche Funktion erfüllen und daher künftig nicht mehr als Persönlichkeiten der Zeitgeschichte abbildungsfrei sind. Hinsichtlich der Ablichtung solcher Personen wird künftig auch der Pressefreiheit kein Vorrang vor dem Schutz der Privatsphäre mehr eingeräumt, auch dann nicht, wenn die Abbildungen dem Alltagsleben entstammen und nicht den höchst-persönlichen Lebensbereich betreffen und auch nicht an einem abgeschiedenen Ort aufgenommen wurden. Die Einkommensverhältnisse dieser Personen sind dadurch nicht unerheblich verbessert worden, weil sie nunmehr im Falle einer Verletzung dieser Grundsätze stets Ersatz ihres *materiellen* Schadens nach den *Grundsätzen der Lizenzanalogie* verlangen können. Der engere Tatbestand des § 201a StGB, der nur die Aufnahme und Verbreitung solcher Abbildungen unter Strafe stellt, die in einem *besonders geschützten Raum* aus dem *höchstpersönlichen Lebensbereich* aufgenommen wurden, betrifft nur die Strafbarkeit und schließt daher die dargestellten weitergehenden zivilrechtlichen Sanktionen nicht aus.

#### ***b) Fallgruppenbildung als tatbestandliche Unrechtsvertypung***

Die vorgestellten *fünf Fallgruppen* schützen alle die Persönlichkeit, genauer die Befugnis der Selbstbestimmung vor verschiedenen Eingriffshandlungen (Tatsachenbehauptungen, Meinungsäußerungen, Ausspähung oder Verbreitung von Privatgeheimnissen, kommerzielle Nutzung), die von *verschiedenen Gegeninteressen* bestimmt sind und dadurch gerechtfertigt sein können. Der Bildung dieser fünf Fallgruppen kommt daher die Funktion zu, solche Fälle zusammenzufassen, in denen die Persönlichkeit gegen verschiedene typische Eingriffshandlungen schützenswert erscheint, die von verschiedenen, aber auch typischen Gegeninteressen beherrscht sind. Die Fallgruppenbildung ist also eine Art Tatbestandsbildung, die zwar offener ist als die angeführten Strafrechtstatbestände, aber doch auf der Grundlage derselben Kriterien fünf *unrechtstypische Tatbestände* darstellt, deren Verletzung die Vermutung der Rechtswidrigkeit grundsätzlich hinreichend rechtfertigt. Durch diese Tatbestände kann die Rechtsprechung zwar nicht so eng geführt werden wie durch die genannten strafrechtlichen Tatbestände, die dem Bestimmtheitsgebot des Art. 104 GG genügen müssen, aber doch hinreichend klar *normativ* so geleitet werden, daß eine auf die eigene Wesens- und Werteschau beschränkte Kadjurisprudenz weitgehend ausgeschlossen ist. Im übrigen zeigt meine Kommentierung, auf der Grundlage der gesamten einschlägigen Rechtsprechung der Nachkriegszeit, daß sich in den einzelnen Fallgruppen noch Untergruppen bilden lassen, die das Unrecht eines Tatbestands noch schärfer und konkreter, aber doch noch hinreichend allgemein und abstrakt hervortreten lassen, so daß die Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlungen nicht erst durch eine Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall begründet werden muß. Auf diese Detailarbeit muß hier aus verständlichen Gründen verwiesen werden<sup>125</sup>. So kann, um nur noch dieses Beispiel

<sup>123</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 260 f.

<sup>124</sup> NJW 2004, 2647; dazu *Heldrich* NJW 2004, 2634; *Beuthien*, Kommunikation und Recht (K&R), 2004, 457; *Gerlach*, FAZ 26.10.2004, S. 46; zur Wirkung der EMRK und der Entscheidung des EGMR auf das deutsche Recht und Verfassungsrecht ausführlich BVerfG vom 14. Oktober 2004.

<sup>125</sup> Vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl. und dort im Inhaltsverzeichnis vor Rdz. 1 die Untergliederungspunkte der fünf Fallgruppen B I-V.

zu nennen, die Verbreitung von Privatgeheimnissen auch deswegen rechtswidrig sein, weil der Vorgang lange Zeit zurückliegt, z. B. eine jugendliche Schandtat war. *Die heilende Kraft der Zeit* und der *Resozialisierungsgedanke* in Form der „*Gnade des Vergessens*“ zwingen jedoch nicht nur zur Anerkennung von Verjährung und Verwirkung sowie zu Löschungen im Strafrechtsregister und der Verkehrssünderkartei, sondern lassen auch die späte Aufdeckung und Verbreitung von längst zurückliegenden Jugendsünden im privaten und gesellschaftlichen Bereich grundsätzlich rechtswidrig erscheinen<sup>126</sup>. Also sprach einst die *Odysseus* an der Narbe erkennende Amme:

„Wann dir Gott die Vertilgung der stolzen Freier gewähret,  
Siehe, dann will ich selbst die Weiber im Hause dir nennen.  
Alle, die dich verraten und die unsträflich geblieben.  
Ihr antwortete drauf der erfindungsreiche Odysseus:  
Mütterchen, warum willst du sie nennen? Es ist ja nicht nötig.  
Kann ich nicht selbst aufmerken und ihre Gesinnungen prüfen?  
Aber verschweig die Sache und überlaß sie den Göttern.“<sup>127</sup>

## 5. Sonstige APR- Verletzungen

Die dargelegten Fallgruppen sind auf den Schutz der *Ehre* und *Privatsphäre* beschränkt. Darüber hinaus wird der Schutz des bürgerlich-rechtlichen APR als sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB von *Hubmann*<sup>128</sup> und einigen anderen Autoren und teils auch von der Rechtsprechung, oft verführt von der Namensgleichheit des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, weitergezogen in den schwer abgrenzbaren Raum der *allgemeinen Handlungsfreiheit* hinein. Geht man diesen Weg über die Grenzen der dargelegten fünf Fallgruppen hinaus, so ist eine *weitere Grenze* jedoch kaum noch zu finden<sup>129</sup>.

### a) *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit*

Weder die allgemeine Handlungs- und *Willens-* noch die *rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit* sollten daher unter den Begriff der Freiheit i. S. des § 823 Abs. 1 BGB oder unter den Schutz des daraus abgeleiteten Begriffs des bürgerlich-rechtlichen APR gezogen werden, sofern man nicht bloß das gesamte Delikts-, sondern auch das Vertragsrecht über das APR aus den Angeln heben will. Wer von einem anderen mit List oder gar mittels Drohung oder Gewalt zu einem Vertragsschluß gebracht wurde, kann anfechten oder das sonstige dafür gegebene rechtliche Instrumentarium benutzen, ist aber nicht auch rechtswidrig in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht mit der Folge von Schadensersatzansprüchen verletzt worden. Wird freilich über eine Person infolge eines fahrlässig falschen Gutachtens die *Betreuung* (§§ 1896 ff BGB; früher: *Entmündigung*<sup>130</sup>) angeordnet, so kann wohl ein Schadensersatzanspruch gegen den Gutachter - abweichend

<sup>126</sup> *Ermann/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 222 f.

<sup>127</sup> Aber der Rasende handelt im schrecklichen 22. Gesang anders, als er im schönen 19. Gesang redete.

<sup>128</sup> *Hubmann* (Fußn. 7), S. 175 ff.

<sup>129</sup> Das zeigen und beweisen die Ausführungen von *Marion Baston-Vogt* (Fußn. 32), S. 454 ff., die diesen Weg zu gehen versuchte.

<sup>130</sup> Vgl. BVerfGE 84, 192, 194 f.

von RGZ 72, 175 - nicht bloß auf § 826 BGB, sondern auch auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden, weil die jedem geschäftsfähigen Menschen gegebene *Freiheit der Selbstbestimmung* insoweit schon durch die gesetzlichen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit klar genug begrenzt sind, so daß der Betroffene nicht nur in seiner durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten *Freiheit* verletzt wird, wenn er aufgrund eines solchen Gutachtens in eine geschlossene Anstalt eingewiesen, sondern auch schon dann, wenn er *unter Betreuung gestellt* wird und damit seine Privatautonomie völlig oder weitgehend verliert. Alle anderen Fälle der *Beeinträchtigung rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit* und der sonstigen „*Freiheit im Geistigen*“ sind jedoch - soweit sie nicht *spezialgesetzlich* geregelt sind - juristisch dem *Schutz der verfassungsrechtlichen Handlungsfreiheit* und deren *Drittwirkung* über andere, dem jeweiligen Problem *sachnähere Generalklauseln* zu überlassen. Die Aufstellung von *Interzessionsverboten* für nahe Familienangehörige und sonstige Beschränkungen der Privatautonomie in Fällen „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ ist keine Aufgabe des Deliktsrechts und daher auch nicht des APR als sonstigem absoluten Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB<sup>131</sup>.

### **b) Verbot des Stalking\***

Zum schützenswerten Selbstbestimmungsrecht des APR gehört jedoch sicherlich auch die Befugnis jeder Person, selbst darüber zu bestimmen, mit welchen anderen Menschen sie persönliche Kontakte aufnehmen und (weiter) pflegen will. Ein anständiger Mann spricht Frauen nicht auf der Straße an, solange er nicht durch gewisse Blicke dazu aufgefordert wird. Uneingeladen kommt man auch nicht zu Besuch, allenfalls zu guten Freunden, wo man glauben darf, stets willkommen zu sein. Von der bloßen rechtsunerheblichen Belästigung zur rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzung wird der unerwünschte Annäherungsversuch oder Kontakt jedoch grundsätzlich erst dann, wenn der Betroffene gegenüber dem Störer ein unmißverständliches, ernsthaftes Verbot zu diesem oder jenem Kontakt oder Annäherungsversuch ausgesprochen hat<sup>132</sup>, weil ansonsten ein der Kontaktaufnahme entgegenstehender Wille des Betroffenen, der die grundsätzliche Freiheit des Störenden zur Kontaktaufnahme beschränkt, nicht klar genug erkennbar ist. Ausnahmsweise kann der vorherige Ausspruch eines derartigen, ausdrücklich erklärten Kontaktverbots allerdings entbehrlich sein, insbesondere wenn aus der Vorgeschichte, z. B. aus vorherigen Persönlichkeitsverletzungen des Störenden gegenüber dem Betroffenen, der Wille des Betroffenen in bestimmten oder allen Angelegenheiten in dieser oder jener Form von Störer in Ruhe gelassen zu werden, schon hinreichend klar erkennbar ist. Neuerdings greift die Unsitte des so genannten *Stalkings*, bei welchem zumeist<sup>133</sup> liebestolle oder enttäuschte Männer oder Frauen ihren erwünschten oder ehemaligen Partnern in mehr als bloß belästigender Form nachstellen und sie bei ihren Bekannten und oft auch einer weiteren Öffentlichkeit Bloßstellen, Beschämen, Beschimpfen usw., in vielen Ländern (wohl begünstigt durch ausführliche Presseberichtserstattungen<sup>134</sup>) wie eine Seuche um sich. Es wird daher über gesetzliche Maßnahmen zur Eindämmung solcher Unsitten nachgedacht. Das APR kann unter den dargelegten Voraussetzungen mit

<sup>131</sup> Dazu *Eрман/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 275; ausführlicher in 10. Aufl. Rdz. 656 bis 662

\* Vgl. Entwurf eines neuen § 238 StGB (...), dazu *Bölke/Huff*, Editorial NJW 2005, Heft 9.

<sup>132</sup> Zutreffend LG Oldenburg, NJW 1996, 62; dazu *Jürgen Helle*, FAZ vom 18.12. 2004.

<sup>133</sup> Es können selbstverständlich auch andere Motive sein, im Falle des LG Oldenburg (Fußn. 132) wollten Miterben ihre Schwester durch Telefonterror u.a. dazu nötigen eine Vollmacht zur Erbauseinandersetzung zu unterschreiben.

<sup>134</sup> Vgl. FAZ vom 23.4. 2004 und vom 7.12. 2004 mit Berichten über diese Berichte.

seinen Unterlassungs- und Geldentschädigungsansprüchen jedoch schon ein brauchbares und hinreichendes Rechtsmittel gegen das *Stalking* sein.

### c) *Schutz vor Belästigungen*

*Josef Kohler*, der die Anerkennung des APR als einer der ersten forderte und begründete, bemerkte dazu auch schon, daß niemand unberührt in der Wolkenhülle der *Pallas Athene* über die Erde schreiten könne<sup>135</sup>. Heute aber wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das von *Hubmann* aus der gesamten europäischen Geistes- und Ideengeschichte abgeleitet wurde und nach seiner Auffassung auch die allgemeine Handlungsfreiheit umfassen sollte<sup>136</sup>, von der Rechtsprechung auch zur *kleinen Münze* gemacht und als Anspruchsgrundlage zur Abwehr bloßer Belästigungen, z. B. gegen *Briefkasten- und Telefonwerbung*, auch gegen unverlangte *Faxe* und *Spams* verwendet, auch zur Durchsetzung der Rechte der *Nichtraucher* gegen die *Raucher* und auch der *Raucher* gegen die *Nichtraucher*<sup>137</sup> usw.

Nach dieser Gerichtspraxis könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Leser von Festschriftenbeiträgen unter Umständen auch einen Anspruch gegen deren Verfasser auf Unterlassung der Darstellung der Kasuistik solcher Belästigungen geben, weil dieser Kleinkram wirklich nur noch belästigend ist. Aus Respekt vor der Persönlichkeit des verehrten Jubilars und sonstiger Leser höre ich daher auf, verzichte auf „Alles markieren – Einfügen<sup>138</sup>“ und schalte meinen Computer ab.

---

<sup>135</sup> *Kohler*, Kunstwerkrecht, 1908, S. 158.

<sup>136</sup> *Hubmann* (Fußn. 7), S. 175 ff.

<sup>137</sup> Zur Kasuistik vgl. *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 281 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> *Erman/Ehmann* (Fußn. 60), 11. Aufl., Rdz. 281 – 289.