

Einführung:

A. Einleitung

In einem Umfeld, das nach früherem Verständnis mit einem zeitlich unbefristeten Geltungsanspruch geschaffene Rechtsregeln wie das Allgemeine Schuldrecht des BGB nicht nur hinterfragt, sondern binnen Jahresfrist von Grund auf neu schreiben will¹, erscheint eine Befassung mit dogmatischen Grundlagen der Zivilrechtswissenschaft dem Zeitgeist zu widersprechen. Nicht nur in der Computer- und Softwareentwicklung, sondern offenbar auch im deutschen Privatrecht kommt es in immer kürzeren Abständen zu grundlegenden Neuerungen. Freilich wäre es ebenso unangemessen, überkommene Vorstellungen aus einem prinzipiellen Konservatismus heraus gegen jegliche Neuerung verteidigen zu wollen. Dogmatik bewegt man sich nicht in einem luftleeren Raum und muss sich folgerichtig gesellschaftlichen Veränderungen anpassen. Die im 19. Jahrhundert gepflegte Begriffsjurisprudenz wird mit Recht als überholt angesehen². Hieraus können sich Wandlungen im Verständnis gerade von Rechtsinstituten ergeben, die eine besonders lange Tradition aufweisen. Denn bei derartigen Rechtsinstituten besteht im besonderen Maße die Gefahr der unkritischen Verfestigung einmal gefundener Lösungen. Unter der Herrschaft der Interessenjurisprudenz ist zu fragen, ob und inwieweit ein Wandel im gesellschaftlichen Umfeld eine Anpassung oder Weiterentwicklung der Grundlagen eines tradierten Rechtsinstituts erfordert³.

¹ Zum Gang der Schuldrechtsreform seit 2000/2001 vgl. ausführlich *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 1 ff., 25 ff. Das Schuldrechtsreformgesetz ist am 1. Januar 2002 in Kraft getreten (vgl. hierzu Bundesgesetzblatt 2002 Teil 1 Nr. 2 S. 42 ff.). Die Gesetzgebungsgeschichte zusammenfassend *Palandt/Heinrichs*, Einleitung Ergänzungsband zur Schuldrechtsreform, Rn. 3 ff. mwN.

² Zur Interessenjurisprudenz siehe etwa *Larenz*, AT⁷, § 4 I; *Köhler*, AT, § 3 Rn. 27; *Hübner*, AT BGB, Rn. 95.

³ Hierin liegt ein berechtigter Ansatz auch der so genannten Schuldrechtsreform. Es bleibt allerdings abzuwarten, inwiefern die vor allem sprachlichen Veränderungen des Gesetzkörpers auch in der Rechtspraxis zu greifbaren Veränderungen führen werden.

Die vorstehend skizzierten Zusammenhänge lassen sich anhand der Actio Negatoria (§ 1004 BGB), ihren dogmatischen Grundlagen, ihrem überkommenen und heutigen Anwendungsbereich prägnant verdeutlichen. Mit der Actio Negatoria ist schließlich ein besonders traditionsreiches Rechtsinstitut⁴ angesprochen, das zugleich dem Schutz einer zentralen Rechtsposition, dem Eigentum, dient⁵. Deshalb ermöglicht eine Untersuchung von Mechanismus und Reichweite gerade des negatorischen Schutzes eine exemplarische Darstellung der Wechselwirkungen zwischen der Entwicklung und Anerkennung schützenswerter Rechtspositionen einerseits sowie den von der Rechtsordnung bereitgestellten Schutzinstrumentarien andererseits. Beide Aspekte gestatten es, die stets mögliche Auswechslung des gesellschafts- oder rechtspolitischen Hintergrundes einzubeziehen. Deshalb ist es auch heute noch nicht nur möglich, Grundfragen der Actio Negatoria monographisch zu bearbeiten. Es ist darüber hinaus auch im besonderen Maße sinnvoll. Schließlich gestattet erst die vertiefte Auseinandersetzung mit dogmatischen Grundfragen des geltenden Rechts die Bewertung neuerer rechtspolitischer Entwicklungen. Auf dem Gebiet der Actio Negatoria kommt noch ein weiterer Aspekt hinzu. Hier sind die gesellschaftlichen Veränderungen gerade auch des letzten Jahrzehnts bis dato noch nicht in eine Analyse der Actio „Quasi-Negatoria“ integriert worden⁶.

I. Informationsgesellschaft und Negatoria

Der Übergang von der Industriegesellschaft zur postindustriellen Informationsgesellschaft hat auch rechtlich zu einem Paradigmenwechsel geführt⁷. Hier beherrscht sicherlich das Informations- und Datenschutz-

⁴ Vgl. hierzu vorläufig *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 1 ff.; *Hohloch*, Beziehungen, S. 1 ff., S. 21 ff.; *Herrmann*, Störer, S. 12 ff., 37 ff., 57.

⁵ Zur Funktion der Negatoria vgl. vorläufig *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 1 ff.; *Hohloch*, Beziehungen, S. 1 ff..

⁶ Die Dissertation von Hohloch beispielsweise konnte den Übergang zur Informationsgesellschaft noch nicht einmal in seinen Ansätzen berücksichtigen.

⁷ *Gounalakis/Mand*, CR 1997, S. 431 ff..

recht im engeren Sinne die Diskussion⁸. Daneben werden Rechtsfragen des E-Business zunehmend aufgegriffen⁹, obwohl hier abzuwarten bleibt, ob das Interesse an diesem Rechtsgebiet den Niedergang der so genannten „dot.coms“¹⁰ ab Mitte des Jahres 2000¹¹ überdauern wird. Eines haben die erwähnten Rechtsgebiete jedenfalls gemeinsam: Sie gelten als modern, die dortigen Rechtsfragen als zukunftsweisend¹². Beides sind Attribute, die dem überkommenen Zivilrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches selbst in seinen bis dato reformresistenten Bereichen, also vor allem dem Sachenrecht und dem Erbrecht, in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion jedenfalls nicht mit besonderem Nachdruck zugeschrieben werden¹³.

Vor diesem Hintergrund erzeugt die Beschäftigung gerade mit dogmatischen Grundfragen der negatorischen Haftung (§ 1004 BGB), wie sie in dieser Arbeit unternommen werden soll, einen nicht unerheblichen Rechtfertigungsbedarf. Schließlich gilt dieser Bereich nicht von ungefähr als „typisch deutsche Wachstumsspitze“¹⁴ der Zivilrechtsdogmatik ohne hinreichenden Bezug zur Rechtswirklichkeit¹⁵. Dieser Rechtfertigungsdruck wird noch erhöht, wenn man berücksichtigt, dass es in keiner anderen eu-

⁸ Auch hierzu vgl. *Gounalakis/Mand*, CR 1997, S. 431ff.; *dieselben*, CR 1997, S. 497ff.; weitere Nachweise bei *Gounalakis*, AfP 1998, S. 10 (11).

⁹ Vgl. hierzu etwa *Haft/Eisele*, JuS 2001 S. 112 ff.; *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz, S. 11 ff.; ferner hierzu *Hoeren*, NJW 2002, S. 37; *Henkel*, CR 8/99, S. 536 f..

¹⁰ Hiermit sind Unternehmen bezeichnet, deren wesentliches Betriebskapital lediglich in einer Internet-Adresse besteht, die auf „.com“ endet.

¹¹ Vgl. hierzu *Hoeren*, NJW 2002, 37.

¹² *Hoeren*, NJW 2002, 37.

¹³ Vgl. nur die bezeichnenden Ausführungen in der Begründung des Regierungsentwurfes - Drucksache 14/6040 vom 14.05.2001 - zur Schuldrechtsreform im Bereich des Schuldvertragsrechts S. 79 ff..

¹⁴ *Kötz*, AcP 174 (1974), 145 (162).

¹⁵ Vgl. *Hohloch*, Beziehungen, S. 124.

ropäischen Rechtsordnung eine solche Auseinandersetzung um die Ausgestaltung der negatorischen Haftung gibt wie in Deutschland¹⁶.

Dennoch wäre es voreilig, jede nähere Beschäftigung mit der Actio Negatoria für überholt zu erklären. Gerade unter den Bedingungen der Informationsgesellschaft ist der durch die Negatoria vermittelte Rechtsschutz von eminenter Bedeutung. Die damit angesprochenen Zusammenhänge sind jedoch nicht offenkundig. Insoweit genügt es insbesondere nicht, nur auf den gleichsam apriorischen Wert zutreffender dogmatischer Erfassung rechtlicher Phänomene zu verweisen¹⁷. Dessen Existenz ist zwar durchaus vorstellbar, zumal erst die Dogmatik die Entscheidung von Rechtsfragen durch die Gerichte nachvollziehbar macht. Jedoch handelt es sich insoweit nur um eine dienende Funktion rechtsdogmatischer Erkenntnis. Vorrangig muss stets das sachliche Bedürfnis für die vollständige Klärung einer Rechtsfrage aufgewiesen werden. Erst danach ist es zulässig, eine zivilrechtsdogmatische Frage zu untersuchen¹⁸.

Hier ist zunächst festzuhalten, dass der Eigentumsschutz, den die Negatoria in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich vermittelt, sicherlich auch unter den Bedingungen der Informationsgesellschaft von Bedeutung ist. Neue und klärungsbedürftige Aspekte werden an sich nicht aufgeworfen.

Allerdings sind die Grundlagen der negatorischen Haftung weiterhin umstritten, auch wenn die Ergebnisse der Rechtsprechung im Großen und

¹⁶ Zur Rechtsvergleichung siehe *Hohloch*, Beziehungen, S. 64-113; *Kötz*, AcP 174 (1974), 145 ff.; *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 58-61.

¹⁷ Das wäre bloße Begriffsjurisprudenz.

¹⁸ Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, den Dogmatikbegriff im einzelnen vertieft zu erörtern. Vielmehr genügt es im vorliegenden Zusammenhang, von den heute weithin akzeptierten Prämissen der Interessenjurisprudenz auszugehen.

Ganzen als angemessen betrachtet werden¹⁹. Die Frage nach den dogmatischen Grundlagen der negatorischen Haftung stellt sich deshalb nach wie vor mit unverminderter Brisanz. Anderes gilt hingegen für den Schutz sonstiger Vermögensrechte, die in den Anwendungsbereich quasi-negatorischen Rechtsschutzes²⁰ in analoger Anwendung des § 1004 BGB fallen. Vielleicht ginge es zu weit, einen mit der Informationsgesellschaft verbundenen Wechsel „from property to property rights“²¹ zu konstatieren²², analog zu der die Industrialisierung charakterisierenden Gewichtsverlagerung „from status to contract“²³. Nicht zu leugnen ist jedenfalls die steigende Bedeutung von Persönlichkeitsrechten²⁴ im weiteren Sinn als Grundlagen auch der wirtschaftlichen Betätigung. Selbst wenn man die Denkfigur von „Persönlichkeitsgüterrechten“²⁵ nicht uneingeschränkt teilen will, dürfte evident sein, dass Immaterialgüterrechten in der

¹⁹ Vgl. hierzu vorläufig *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II Hb. 2, § 86 I 1 a; *Below*, Schuldrecht BT, § 63 I; *Esser*, Schuldrecht, § 62 I; *MüKo-BGB/Medicus*, § 1004 Rn. 6 mit Verweis auf RGZ 60, 6 als sog. „allgemeine Regel“; *Soergel/Mühl*, § 1004 Rn. 4 mit Verweis auf RGZ 48, 114 und 60, 6.

²⁰ Zum Begriff vgl. vorläufig *Hohloch*, Beziehungen, S. 44 ff. für die quasi-negatorische Unterlassungsklage und S. 47 ff. für die quasi-negatorische Beseitigungsklage.

²¹ Hierzu die umfassende Darstellung dieses Ansatzes *Posner*, *Economic analysis of law*, S. 1 ff..

²² Solch einen Gedankengang schlägt u.a. *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 135 ff.; 663 ff. vor. Sein Denkansatz beschäftigt sich mit der Frage, ob und inwieweit ein Rechtsgut dem einzelnen zur Nutzung vorbehalten ist. Aufgrund dieser Zuordnungsentscheidung ergibt sich der jeweilige Schutz des Rechtsgutes. Zur Abgrenzung und Reduzierung vorhandener und der Herausbildung neuer Zuordnungsmöglichkeiten, schlägt Wilhelm den Denkansatz der ökonomischen Analyse des Rechts mit Hilfe der Lehre von den „property rights“ vor. Hiernach geht es um einen Kosten-Nutzen-Vergleich mit dem Bestreben nach größtmöglichem Nutzen bei geringstmöglichen Kosten. Nach dieser Lehre reguliert sich der Marktaustausch der Güter einfach von selbst.

²³ *Holmes*, *The common law*, S. 236 ff..

²⁴ Dies zeigt auch eine Gesetzesinitiative des Bundesrats (Bundesrat, Pressemitteilung Nr. 263/2001 vom 09.11.2001). Der Bundesrat ist hier der Auffassung, dass bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zum Beispiel bei ehrverletzenden Handlungen, der Geschädigte unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Geldentschädigung erhalten soll. Damit soll die im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts verfolgte Politik der Regelung bisher ungeschriebener Rechtsinstitute fortgesetzt werden. Der Schmerzensgeldanspruch soll nach dieser Gesetzesinitiative nur dann in Betracht kommen, wenn die besondere Schwere der Verletzung sowie ein Verschulden dies rechtfertigen und ein hinreichender Ausgleich der Rechtsbeeinträchtigung auf andere Art und Weise nicht zu erreichen ist.

²⁵ Dazu *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, passim.

Informationsgesellschaft eine gesteigerte Bedeutung zukommt²⁶. Soweit sie als Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung dienen, ist gleichfalls unbestreitbar, dass ein verlässlicher, in Ergebnissen und Begründung konstanter Schutz dieser Rechtspositionen unverzichtbar ist. Denn es ist nicht vorstellbar, eine wirtschaftliche Betätigung auf unsicheren Rechtsgrundlagen aufzubauen.

II. Schutz vermögenswerter Immaterialgüterrechte

Soweit vermögenswerte Rechtspositionen mit Ausschließlichkeitsfunktion²⁷ tangiert sind, liegt die Parallele zum originären Anwendungsbereich des § 1004 BGB auf der Hand. Eine dogmatische Begründung und Absicherung des insoweit sachlich gebotenen Transfers negatorischen Schutzes erscheint danach als legitime Aufgabe gerade einer modernen Zivilrechtsdogmatik. Es wäre verfehlt, hier auf eine dogmatische Abklärung der Grundlagen deshalb zu verzichten, weil die bisherige Handhabung in der Praxis vertretbare Ergebnisse gewährleiste²⁸.

Schließlich ist gerade ungewiss, ob tatsächlich von einer „Gewährleistung“ bestimmter Ergebnisse ausgegangen werden kann. Eine „Gewähr“ besteht für die im Interesse der Rechtssicherheit unverzichtbare Ergebnis-

²⁶ Dies zeigt zum Beispiel daran, unerwünschte Werbung abzuwehren. In einer Zeit, in der täglich an die 10 Milliarden E-Mails verschickt werden (vgl. hierzu International Data Corporation Study, Washington, lt. NZZ Nr. 239 v. 13.10.2000, 51), ist das sog. „Spamming“ ein weit verbreitetes Übel. Ferner sind hier an unerwünschte SMS (Short Message Service) Mitteilungen (monatlich werden weltweit schätzungsweise 15 Mrd. SMS-Mitteilungen verschickt [vgl. Internet-Marktforschungsinstitut The Standard unter <http://www.thestandard.com>]), oder an Werbung durch WAP (Wireless Application Protocoll), UMTS und i-Mode beim Mobiltelefon zu denken. Auf der anderen Seite steht die mittlerweile „altmodische“ Behelligung per Telefon oder durch Werbefaxe (z.B. mit 0190/0900-Nummern). Bzgl. der unerwünschten Werbefaxe verurteilen immer mehr Amtsgerichte (vgl. hierzu exemplarisch Amtsgericht Frankfurt - Az: 32 C 2106/01-72) die Versender zum Schadensersatz und zur Unterlassung auf Grundlage der §§ 823, 1004 BGB. Der Verfasser „erkämpfte“ im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit wie derholt diesbezügliche Unterlassungsurteile.

²⁷ Hier und im Folgenden ist mit dem Begriff der Ausschließlichkeit die Eigentumsgleichheit eines Rechts oder einer Eigentumsposition gemeint.

²⁸ In diesem Sinne aber offenbar BGH NJW 1995, 861 mit kritischen Anmerkungen hierzu *Gursky* in JZ 1996, 683 ff..

kontinuität nur dann, wenn für jeden Fall ex ante zuverlässig bestimmt werden kann, wie die Gerichte einen konkreten Sachverhalt beurteilen werden. Dieses grundlegende Postulat der Rechtssicherheit ist aber ohne innere Überzeugungskraft der gewählten Begründung für ein bestimmtes Ergebnis nicht vorstellbar. In der Rechtspraxis vorgefundene vermeintlich konstante Ergebnisse erscheinen daher bei theoretischer Betrachtung als zufällig. Es ist zudem gerade die Frage, ob überhaupt die von der Rechtsprechung behauptete Ergebniskontinuität besteht. Insoweit ist eine in die Einzelheiten gehende Auswertung der einschlägigen Leitentscheidungen unentbehrlich. Erst auf der Grundlage einer solchen Rechtsprechungsauswertung können valide Aussagen über den gegenwärtigen Rechtszustand auf dem Gebiet der negatorischen Haftung getroffen werden.

Das fehlende dogmatische Fundament auch der so genannten quasi-negatorischen Haftung ist die unvermeidliche Konsequenz aus der nur mangelnden Klärung der dogmatischen Grundlagen des § 1004 BGB²⁹. Vor diesem Hintergrund muss eine Klärung des quasi-negatorischen Rechtsschutzes auf einer zutreffenden Inhaltsbestimmung der Actio Negatoria aufbauen.

III. Schutz immaterieller Ausschließlichkeitsrechte

Diese Verbindung zwischen negatorischem und quasi-negatorischem Rechtsschutz auch in der Frage seiner dogmatischen Legitimation zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit auch bei der Bestimmung der Reichweite des durch § 1004 BGB vermittelten Schutzes immaterieller Rechte, insbesondere des Schutzes von Persönlichkeitsrechten im weiteren Sinne. Auch hier konnte bisher keine Einigkeit über die Reichweite der zu schützenden Rechtspositionen sowie über die hierfür geeigneten Rechtsbehelfe erzielt

²⁹ Hierzu unlängst *Picker*, in: Festschrift 50 Jahre BGH Band I, S. 693 (748 ff.).

werden. Dabei dürfte im Grunde nicht bestreitbar sein, dass ein erheblicher Bedarf für eine verschuldensunabhängige Beseitigungs- und Unterlassenshaftung besteht wie sie außerhalb des Anwendungsbereiches von spezialgesetzlichen Normierungen nur durch eine analoge Heranziehung des § 1004 BGB gewährleistet werden kann.

Dabei verschärft der viel zitierte Übergang zur postindustriellen Informationsgesellschaft³⁰ gerade auf dem Gebiet des gebotenen Persönlichkeitsschutzes die sich stellenden Rechtsschutzfragen erheblich. Die nicht zuletzt durch das Internet ermöglichte allgegenwärtige Verbreitung und Verfügbarkeit von Informationen hat die Verletzlichkeit des Persönlichkeitsrechts geradezu exponentiell erhöht³¹. Falschinformationen verbreiten sich mit hoher Geschwindigkeit, so dass ein nachgerade existentielles Bedürfnis sowohl für einen präventiven Rechtsschutz (Unterlassung) als auch für eine effektive, das heißt von einem Verschulden unabhängige, Beseitigungshaftung entstehen kann³². Je mehr die Entfaltung der Persönlichkeit über deren Darstellung in der Öffentlichkeit definiert wird, desto wichtiger wird die zuverlässige Erkennung und Eliminierung von Falschinformationen³³.

³⁰Die Gegenüberstellung von Industrie- und Informationsgesellschaft bleibt oftmals ohne eigentlichen Erkenntniswert; man gewinnt mitunter den Eindruck, es handele sich lediglich um Schlagworte. Dennoch wird man konzedieren müssen, dass die Redeweise von der Informationsgesellschaft insofern einen Tatsachekern enthält, als damit die exponentiell gesteigerte Verfügbarkeit von Kommunikationsmitteln angesprochen ist.

³¹ *Gounalakis/Mand*, CR 1997, 431 ff..

³² Vgl. hierzu erneut *Gounalakis*, AfP 1998, 10 (11ff.).

³³ An dieser Stelle soll nur angedeutet werden, dass Falschinformationen nicht nur das Persönlichkeitsrecht verletzen, sondern auch den öffentlichen Diskurs als kommunikativen Prozess belasten. Das geeignete Rechtsschutzinstrumentarium ist daher auch vor dem Hintergrund der erforderlichen Gewährleistung des öffentlichen Diskurses zu bestimmen. Vgl. hierzu näher unten auf S. 155 ff. sowie vorläufig *Kübler*, JZ 1984, 544 ff..

Aufgrund der Fülle der Medienanbieter, die in der Informationsgesellschaft um Marktanteile konkurrieren, droht hinsichtlich des Niveaus der Rücksichtnahme auf die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ein „race to the bottom“. In diesem Kampf um Werbeeinnahmen, Einschaltquoten und Auflagen konstatieren einige Beobachter, dass die Rücksichtslosigkeit im Umgang mit fremden Persönlichkeitsrechten immer mehr zunehme³⁴. Jedenfalls spricht die Zunahme von presserechtlichen Streitigkeiten für diese Annahme³⁵. Nur wer innerhalb dieses Umfeldes die exklusivsten Informationen - seien es Enthüllungsgeschichten oder Skandale – hat, kann die Leser oder Zuschauer an das eigene Unternehmen binden und so im Wettbewerb bestehen. Seit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes³⁶ und des Bundesverfassungsgerichtes³⁷ in Sachen Caroline von Monaco ist die Frage nach dem geeigneten Rechtsschutzinstrumentarium bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse in den Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion getreten³⁸. Unter diesen Prämissen ist die Funktion des negatorischen Persönlichkeitsschutzes neu zu bestimmen und in das persönlichkeitsschützende Rechtsbehelfssystem einzuordnen.

³⁴ Vgl. nur die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit des Fernsehformates Big Brother; hierzu etwa *Frotscher*, Big Brother, S. 335 ff. mwN. Ferner zur Problematik *Ehmann* in: Festschrift 50 Jahre BGH Band I, S. 613 ff. und *Prinz*, NJW 1996, 953 f..

³⁵ Vgl. hierzu *Prinz*, NJW 1995, 817 ff.; am Beispiel der 24. Zivilkammer des LG Hamburg, die für Gegendarstellungsverfahren gegen Hamburger Verlage (wie z.B. Spiegel, Stern und Bild) örtlich zuständige 1. Instanz ist. Die Verfahren haben von 462 Verfahren im Jahre 1990 auf 762 Verfahren im Jahre 1994 zugenommen. Die 28. Zivilkammer des LG Köln (zuständig u.a. für den Fernsehsender RTL) entschied im Jahre 1990 in 40 Verfahren, im Jahre 1994 waren es bereits 145 Verfahren.

³⁶ BGHZ 128, 1; BGH NJW 1996, 984; BGH NJW 1996, 985; OLG Hamburg, NJW 1996, 2870; dazu *Wagner*, ZEuP 2000, 200 ff..

³⁷ BVerfG 1 BvR 1861/93, 1 BvR 1864/96, 1 BvR 2073/97 v. 14.01.1998; BVerfG 1 BvR 653/96 v. 15.12.1999; BVerfG 1 BvR 1127/96 v. 08.03.2000; BVerfG 1 BvR 1353/99, 1 BvR 1454/97 v. 31.03.2000; BVerfG 1 BvR 1505/99 v. 04.04.2000; BVerfG 1 BvR 2479/97, 1 BvR 158/98, 1 BvR 1213/97 v. 05.04.2000; BVerfG 1 BvR 653/96 v. 17.01.2001; BVerfG 1 BvR 758/97, 1 BvR 1857/98, 1 BvR 1918/98 v. 26.04.2001. Alle Entscheidungen abrufbar unter <http://www.bverfg.de>.

³⁸ Hierzu *Gounalakis*, AfP 1998, 10 ff.; *Steffen*, NJW 1997, 10 ff..

B. Problemstellung

Herabsetzende, falsche und deshalb rufschädigende Äußerungen stellen die Persönlichkeit und die soziale Achtung des Angegriffenen erheblich in Frage, da sie die Wahrnehmung der Persönlichkeit durch Dritte verzerren³⁹. Es liegt auf der Hand, dass sie sich auch nachhaltig auf das berufliche Fortkommen, auf die Kreditwürdigkeit und die gesellschaftliche Stellung des Angegriffenen auswirken können.

Die Rechtsordnung gewährleistet deshalb gegenüber solchen rufschädigenden und ehrverletzenden Äußerungen durch die §§ 185 ff. StGB einen strafrechtlichen Schutz⁴⁰. Strafrechtlicher Schutz ist jedoch subsidiär. Das Strafrecht ist lediglich ultima ratio im Gesamtsystem der Sozialkontrolle und hat deshalb aus Gründen der rechtsstaatlich gebotenen Verhältnismäßigkeit fragmentarischen Charakter⁴¹. Wirkungsvoller ist deshalb für den Betroffenen ein zivilrechtlicher Widerrufs- und/oder Unterlassungsanspruch anstatt einer strafrechtlichen Verurteilung des „Angreifers“. Denn das Strafrecht dient nur auf sehr mittelbare Weise dem persönlichen Rechtsschutz des Opfers. Nach heute allgemeiner Ansicht kommt dem Strafrecht die Aufgabe zu, durch „Negation der Negation“, also durch Aufhebung des Normbruches das Gefüge der Verhaltensnormen zu stabilisieren⁴². Bei einer erfolgreichen zivilrechtlichen Widerrufs- und/oder Unterlassungsklage kann der in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzte vom Störer verlangen, dass dieser den Empfängerkreis der herabsetzenden, falschen und

³⁹ So *Seyfarth*, NJW 1999, 1287 (1287).

⁴⁰ Ein strafrechtlicher Schutz, mag zu den Zeiten ausgereicht haben, als es noch nicht als ehrenvoll galt, sich die Ehre vor Gericht durch eine Entschädigung „abkaufen zu lassen“. Von diesem Ehrverständnis hat sich jedoch die heutige Gesellschaft weit entfernt. Heutzutage wird es auch durch die Gesellschaft missbilligt, wenn die Ehre mit der Waffe oder mit der bloßen Faust verteidigt wird. Vgl. hierzu *Müller*, VersR 2000, 797 (798).

⁴¹ Zur fragmentarischen Natur des Strafrechts vgl. beispielsweise *Roxin*, Strafrecht AT Bd. 1, § 2 Rn. 28 f..

⁴² *Roxin*, Strafrecht AT Bd. 1, § 3 Rn. 1ff.; *Naucke*, Strafrecht, 138 ff., 155 ff., 166 ff..

rufschädigenden Äußerungen darauf hinweist, dass er diese Äußerungen nicht mehr aufrecht erhält bzw. sie „zurücknimmt“⁴³.

Das Zivilrecht enthält jedoch keine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für solch einen Unterlassungs- bzw. Widerrufsanspruch. Der Anspruch wird vielmehr als „quasi-negatorischer Anspruch“ in Analogie zu den negatorischen Ansprüchen des BGB auf eine entsprechende Anwendung der §§ 12, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 in Verbindung mit dem jeweiligen Schutzgesetz gestützt⁴⁴. Als derartige Schutznormen für das Rechtsgut Ehre werden die §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, in Verbindung mit § 186 StGB genannt⁴⁵. Ob dies einen prinzipiell gangbaren Weg darstellt, bleibt der weiteren Untersuchung vorbehalten⁴⁶.

Von einem solchen quasi-negatorischen Anspruch auf der Grundlage von § 1004 BGB auszugehen, erscheint jedoch insoweit problematisch als selbst nach über 100-jähriger Geltung des § 1004 BGB dessen Funktion und Anwendungsbereich weder in der Rechtsprechung⁴⁷ noch in der Literatur⁴⁸ hinreichend geklärt und aufgearbeitet sind. Die negatorische Haftung nach § 1004 BGB gehört immer noch zu einer der umstrittensten Fragen der deutschen Zivilrechtsdogmatik⁴⁹. Dies gilt in diesem Zusammenhang erst Recht für die Rechtsfortbildung des quasi-negatorischen Anspruchs auf der Grundlage einer angeblich entsprechenden Anwendung des § 1004 BGB.

⁴³ Vgl. hierzu vorerst BGHZ 106, 229.

⁴⁴ Vgl. hierzu exemplarisch zunächst RG v. 05.01.1905, RGZ 60, 6 und BGH v. 03.05.1988, VersR 1988, 827 ff..

⁴⁵ Vgl. hierzu vorerst nur, RGZ 60, 6; RGZ 163, 210; ferner *Eckert*, Schuldrecht, Rn. 519; *Erman-Hefermehl*, § 1004 Rn. 5.

⁴⁶ Vgl. hierzu unten Dritter Teil: Eigener Ansatz, S. 155 ff..

⁴⁷ Vgl. hierzu exemplarisch BGHZ 29, 65; 110, 313; BGH, WM 1965, 1012 f.; BGH, WM 1974, 572; BGH, WM 1975, 892 f.; BGH WM 1976, 481; BGH, NJW 1996, 845 f..

⁴⁸ Vgl. hierzu etwa *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 1 ff.; *Hohloch*, Beziehungen, S. 11 ff., *Randl/Thomas* Einf. V. § 823 Rn. 16, 26; *MüKo-BGB/Mertens*, § 823 Rn. 64, 160; *MüKo-BGB/Medicus*, § 1004 Rn. 6; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 1ff..

⁴⁹ So *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn 1 ff. insbesondere Rn. 12.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entscheidet insoweit immer fallweise und bietet dem Rechtsanwender hierzu ein unübersichtliches Spektrum von Haftungskriterien an⁵⁰. Sie zerfällt zudem, wie kritische Beobachter vermerken, in eine insgesamt recht unübersichtliche Kasuistik⁵¹, in vorderster Linie der doch etwas amorphe „Gerechtigkeitsgedanke“ bemüht werden muss⁵².

Es gibt wohl kaum einen Bereich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in dem sich die Senate derart aus der Auseinandersetzung mit Schrifttumsauffassungen zurückgezogen haben wie im Rahmen des § 1004 BGB⁵³. Eingestandenermaßen geht der Bundesgerichtshof bei seiner Rechtsprechung immer mit „wertender Betrachtungsweise von Fall zu Fall“ vor⁵⁴. Das ist zwar an sich im Ansatz nicht zu beanstanden, obwohl in unserem Zivilrechtssystem kein Fallrecht vorgesehen ist⁵⁵. Eine fallgruppenweise Konkretisierung kann jedoch nur solange akzeptiert werden, wie auf diesem Wege durch klar konturierte Fallgruppen die Rechtssicherheit tatsächlich gefördert wird. Entbehrt die Rechtsprechung aber einer klaren Linie, handelt es sich in Wahrheit nicht um ein auf Fallgruppen aufbauendes Richterrecht. Vielmehr droht ein Abgleiten in eine unverhüllte Billigkeitsjudikatur.

Wer sich im Schrifttum über Alternativen unterrichten will, findet ein kaum ein ermutigenderes Bild vor: Die herrschende Meinung im Schrifttum, soweit eine solche überhaupt existiert, versucht die Rechtsprechung mit eigenen Lösungs-

⁵⁰ *Herrmann*, NJW 1997, 153.

⁵¹ So auch *Herrmann*, NJW 1997, 153 ff..

⁵² Vgl. hierzu exemplarisch die nachfolgenden Entscheidungen BGH, VersR 1988, 827; BGH, NJW 1996, 845 (846 re. Sp.); der Gerechtigkeitsgedanke zieht sich wie ein „roter Faden“ schon durch die Rechtsprechung des RG vgl. hierzu nur RGZ 60, 6; RGZ 148, 114 und RGZ 163, 210.

⁵³ In diesem Sinne *Herrmann*, NJW 1994, 274 ff..

⁵⁴ Vgl. BGH, NJW 1995, 2633 (2634 I. Sp.).

⁵⁵ So auch *Herrmann*, NJW 1997, 153.; *Hohloch*, Beziehungen, S. 171.

sätzen in Einklang zu bringen⁵⁶, während die Mindermeinung im Schrifttum⁵⁷ den Ausgangspunkt der Rechtsprechung für verfehlt hält und dem ein Konzept entgegenstellt, das als so kompliziert gilt, dass sich niemand ernsthaft damit auseinandersetzt. Eine argumentative Aufbereitung des Meinungsstandes wird weiterhin dadurch erschwert, dass von Seiten der „herrschenden“ Meinung⁵⁸ vielfach eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Gegenpositionen nicht stattfindet⁵⁹.

Weder die Funktionen noch der Anwendungsbereich des negatorischen und quasi-negatorischen Anspruchs sind somit hinreichend aufgearbeitet und geklärt, so dass diesbezüglich keine „allgemeine“ Rechtssicherheit besteht. Es besteht in diesem Bereich mithin noch ein erheblicher Aufklärungs- und Aufarbeitungsbedarf, um eine auch dogmatisch fundierte Lösung zu finden.

C. Ziel der Arbeit

Um dem oben in knapper Form beschriebenen Ziel ein Stück näher zu kommen, soll mit der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen werden, eine nicht nur in den praktischen Ergebnissen überzeugende, sondern auch dogmatisch fundierte Lösung für den Bereich der quasi-negatorischen Haftung herauszuarbeiten. Hierzu werden die Grundlagen und der Umfang des quasi-negatorischen Anspruchs unter Anwendung der Konzeption *Pickers*⁶⁰ untersucht. Dabei soll

⁵⁶ Vgl. hierzu vorläufig MüKo -BGB²/*Medicus*, § 1004 Rn. 32 ff.; Palandt/*Bassenge*, § 1004 Rn. 16 ff..

⁵⁷ Zusammenfassung bei *Gursky*, JR 1989, 397 ff., Staudinger/*Gursky*, § 1004 Rn. 511; *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454, 459 ff. sub III, 4 und 5.

⁵⁸ Zur Frage, welche Meinung die „herrschende“ ist, siehe Staudinger/*Gursky*, § 1004 Rn. 3 mit Nachweisen in der Fußnote.

⁵⁹ Hierzu exemplarisch BGH v. 01.12.95, NJW 1996, 845 f..

⁶⁰ *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 30-60.

gezeigt werden, dass sich die sog. Usurpationstheorie *Pickers* auch auf den quasi-negatorischen Bereich und im speziellen auf den Persönlichkeitsschutz übertragen lässt. Hierin liegt das eigentliche Thema der Arbeit.

Eine Übertragung der Usurpationstheorie auf den Bereich des Persönlichkeitsschutzes wird im Schrifttum teilweise für nicht möglich gehalten⁶¹. Hieraus wird weitergehend ein prinzipieller Einwand gegen die Usurpationstheorie insgesamt entwickelt. In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, welches Gewicht diesen Einwendungen zukommt. Insgesamt soll versucht werden, ein schlüssiges und in sich widerspruchsfreies Konzept für den gesamten Bereich der negatorischen und quasi-negatorischen Haftung, auf Grundlage der Usurpationstheorie zu entwickeln.

D. Gang der Untersuchung

Um ein schlüssiges und widerspruchsfreies Konzept für die Erfassung des quasi-negatorischen Anspruchs zu entwickeln, werden zunächst die markantesten und wichtigsten Entscheidungen der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs dargestellt. Nach eingehender Analyse und Bewertung dieser Entscheidungen, werden die unterschiedlichen Haftungskonzepte des Schrifttums zu § 1004 BGB dargestellt. Es werden insoweit die vertretenen Lösungsansätze aufgezeigt und bewertet.

Bei den unterschiedlichen Haftungskonzepten des Schrifttums wird der Schwerpunkt der Untersuchung auf der Darstellung der Haftungsvoraussetzungen des § 1004 BGB auf der Grundlage der Konzeption *Pickers*⁶² liegen. Diese Priorität

⁶¹ Vgl. *Hohloch*, Beziehungen, S. 39.

⁶² *Picker*, Beseitigungsanspruch, S. 30-60.

tenbildung beruht darauf, dass die Usurpationstheorie das einzige im Schrifttum vertretene Konzept ist, das einen übergreifenden dogmatischen Erklärungsansatz verfolgt. Es werden deshalb die Vor- und Nachteile dieses Haftungskonzeptes dargestellt werden. In diesem Zusammenhang soll besonderes Gewicht auf die Auseinandersetzungen mit im Schrifttum vorgetragene Gegenargumenten gelegt werden. Zur Klarstellung sei bereits hier betont, dass es nicht das vorrangige Ziel dieser Arbeit sein kann und soll, eine Apologie der Usurpationstheorie zu schreiben⁶³. Dabei soll nicht verkannt werden, dass es stets einen besonderen Begründungsaufwand erfordert, Positionen zu vertreten, die sich in Rechtsprechung und Literatur noch nicht allgemein durchgesetzt haben. Apologetische Tendenzen dürften sich deshalb auch in der vorliegenden Arbeit nachweisen lassen. Sie sind jedoch kein Selbstzweck, sondern dienen der Absicherung des dogmatischen Fundaments. Aus diesem Grund wird der Versuch einer Verteidigung des Ansatzes der Usurpationstheorie auch nur insoweit unternommen, als dies erforderlich ist, um hierauf ein stimmiges Konzept quasi-negatorischen Persönlichkeitsschutzes aufbauen zu können.

⁶³ Hierzu *Buchholz/Radke*, Jura 1997, 454-464.