

## Prüfung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 BGB analog i.V.m. §§ 823 ff BGB

§ 1004 schützt unmittelbar nur das Eigentum. Da aber ein ähnlicher Rechtsschutz für andere absolute Rechte und Rechtsgüter und rechtlich geschützte Interessen nötig sind, ist § 1004 analog anwendbar

- A. Der **negatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum
- B. Der **quasinegatorische Unterlassungsanspruch** richtet sich gegen die drohende Beeinträchtigung „sonstiger Rechte“ und rechtlich geschützter Positionen.

### I. Störung eines geschützten Rechtsguts im Sinne der §§ 823 ff BGB

### II. Rechtswidrigkeit, keine Duldungspflicht nach § 1004 II BGB (Verschulden ist nicht erforderlich)

Die Rechtswidrigkeit wird in der Regel durch die Rechtsgutverletzung indiziert. Dies gilt nicht für die sogenannten Rahmenrechte wie das

- *allgemeine Persönlichkeitsrecht* und das
- *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.*

Hierbei ist eine umfassende Güter- und Interessenabwägung erforderlich.

### III. Weitere bevorstehende Beeinträchtigungen

auch vorbeugend für erstmalig unmittelbar bevorstehende Störung.

### IV. gegen den Störer

Handlungs- und Zustandsstörer

## Prüfung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 II BGB

### I. Schutzgesetz

<b><u>Gesetz:</u></b>	Jede Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB, also auch Verordnungen und Gemeindecassatzungen, Tarifvertragsnormen und Richterrecht
<b><u>Schutzgesetz:</u></b>	wenn das Gesetz nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest auch den Schutz des einzelnen bezweckt und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde.
[ <i>Schutzgesetze:</i>	die meisten Strafvorschriften: §§ 123, 164, 223 ff., 242, 263 StGB; § 12 III Nr. 3 StVO
<i>keine Schutzgesetze:</i>	Vorschriften der BauO, die Versorgungsleitungen betreffen; Steuergesetze
<i>strittig</i>	bei § 858 BGB (vgl. zum Meinungsstand MüKoBGB/Wagner BGB § 823 Rn. 220-222 m.w.N.)

### II. Verstoß gegen das Schutzgesetz

Der Schädiger muss die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Schutzgesetzes erfüllt haben – man spricht hierbei auch von der sog. **haftungsbegründenden Kausalität**.

Bei Strafgesetzen müssen Tatbestand und Rechtswidrigkeit gegeben sein. Hinsichtlich der Verschuldensfähigkeit ist nach h.M. auf die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit abzustellen. Auf das für das Strafrecht relevante Vorliegen einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit und eines Strafantrages wird verzichtet.

### III. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit wird meist schon bei dem Verstoß gegen das Schutzgesetz zu prüfen sein. Ansonsten gilt auch hier der Grundsatz, dass die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert.

### VI. Verschulden

Auch das Verschulden wird i.d.R. schon beim Verstoß gegen das Schutzgesetz zu prüfen sein. Verlangt das Schutzgesetz allerdings kein Verschulden, so besteht ein Anspruch aus § 823 II BGB nur, wenn Verschulden vorliegt, § 823 II 2 BGB.

### V. Schaden

§ 249 ff BGB

### VI. Kausalität\*

1. **Adäquanz**
2. der geltend gemachte Schaden muss in den **Schutzbereich der verletzten Norm** fallen:
  - a) **persönlicher Schutzbereich:**  
Der Geschädigte muss zum geschützten Personenkreis gehören, z.B. § 248 b StGB will den Gebrauchsberechtigten vor dem unbefugten Gebrauch des Fahrzeuges schützen, nicht aber den Verkehrsteilnehmer. (vgl. BGHZ 22, 293).
  - b) **sachlicher Schutzbereich**  
Der geltend gemachte Schaden muss in den Bereich der Schäden fallen, zu deren Abwendung das Gesetz erlassen wurde,  
  
z.B. § 323 StGB bezweckt die Abwendung von Gefahren für Leben oder Gesundheit. Derjenige, der infolge einer Verletzung lediglich einen Sach- oder Vermögensschaden erlitten hat, kann seinen Ersatzanspruch nicht mit Erfolg auf § 823 II BGB i.V.m. § 323 StGB stützen. (vgl. BGHZ 39, 366).

\* sog. haftungsausfüllende Kausalität

## Prüfung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 I BGB

### I. Entstehen des deliktischen Anspruchs des Geschädigten aus § 823 I BGB

#### 1. Rechtsgutverletzung im Sinne der absoluten Rechte nach § 823 I BGB

##### a) Eigentumsverletzung

Einwirkungen auf die Sache, die den Eigentümer daran hindern, mit ihr seinem Wunsche entsprechend zu verfahren (§903 BGB)

##### aa) Zerstörung, Beschädigung, Verunstaltung der Sache

P: wenn ein Vertrag durch die Lieferung einer mangelhaften Sache erfüllt und die Sache dann aufgrund des Mangels beeinträchtigt wird (Eigentumsverletzung heißt Verletzung des **Integritätsinteresses** und nicht nur des Nutzungs- bzw. Äquivalenzinteresses, entscheidend für die Abgrenzung ist die Stoffgleichheit)

##### bb) Entziehung der Sachherrschaft

nicht ausreichend ist die bloße Gebrauchsbeeinträchtigung wie z.B. die Unbenutzbarkeit einer Garagenzufahrt durch eine Blockade. Hier kommt höchstens eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Betracht, anders aber wenn ein eingeschlossenes Schiff 8 Monate das Fleet nicht mehr verlassen kann (vgl. BGHZ 55, 153).

##### cc) Beeinträchtigung des Eigentumsrechts durch tatsächliche Einwirkung oder rechtliche Verfügung

Der Nichtberechtigte, der den Eigentumserwerb nach §§ 932 ff BGB ermöglicht, begeht eine rechtswidrige und schuldhaftige Eigentumsverletzung.

##### b) Verletzung des Lebens : Töten als Verletzungshandlung (§§ 844 II, 845 BGB beim Schaden beachten)

##### c) Verletzung des Körpers und der Gesundheit

##### Körperverletzung

Äußerer Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, auch der ärztliche Heileingriff (hier sind aber Rechtfertigungsgründe wie z.B. Einwilligung zu beachten); Vernichtung von entnommenem und konserviertem Sperma (vgl. BGH NJW 1994, 127)

##### Gesundheitsverletzung: jede Störung der inneren Lebensvorgänge

P: Schockschaden: zu bejahen bei traumatischen Folgen bei nahen Angehörigen (restriktiv auszulegen / vgl. MüKoBGB/Wagner BGB § 823 Rn. 141-145 m.w.N.)

P: vorgeburtliche Schädigung des nasciturus (str.)

##### d) Verletzung der Freiheit: Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit und Nötigung

##### e) Verletzung eines sonstigen (absoluten) Rechts

##### aa) eigentumsähnliche Rechte (Wohnungseigentum; Erbbaurecht)

##### bb) beschränkt dingliche Rechte

Hypothek §§ 1113 ff., 1134 BGB; Grundschuld §§ 1191 ff BGB; Reallast §§ 1105 ff BGB)

**auch** das Pfandrecht (vertraglich oder gesetzlich)

##### cc) Anwartschaftsrechte: nur bei einer Verletzung durch Dritte, nicht im Verhältnis zum Eigentümer (str.)

##### dd) Besitz

rechtmäßig besitzender unmittelbarer Besitzer, der gegenüber Dritten besitzt

**nicht:** • gegenüber dem Eigentümer

• gegenüber anderen Mitbesitzern (bei Schädigung der Sache schon; BGHZ 62, 243)

unrechtmäßiger, unverklagter redlicher Besitzer, der die Sache entgeltlich erlangt hat

**nicht** der mittelbare Besitzer gegenüber dem unmittelbaren Besitzer

##### ee) Mitgliedschaftsrechte (GmbH – Anteile; AG – Anteile)

##### ff) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG; subsidiär)

Recht zur ungestörten Entfaltung der gewerblichen Tätigkeit, die einen Schutz gegen diejenigen unmittelbaren, **betriebsbezogenen** Störungen des Gewerbebetriebes gewährt, die sich gegen den Bestand oder gegen die Tätigkeit des Unternehmens als solches richten.

##### gg) Allgemeines Persönlichkeitsrecht (vgl. Blatt 14)

Art. 1 I, 2 I GG; subsidiär; spezieller: § 12 BGB, § 17 HGB, §§ 22 ff. KunstUrhG, BDSG

P: postmortales Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfG NJW 1971, 1647)

Dauer: 10-25 Jahre (wie § 22 KunstUrhG, § 76 UrhG)

- hh) **Familienrechte**
- das elterliche Sorgerecht (BGHZ 111, 168)
  - die Ehefrau in ihrer Stellung als Ehefrau und Mutter
  - der Schutz vor ungewollter Belastung mit einem Kind
  - Ungestörtheit der ehelichen Lebensgemeinschaft (str.):  
Nach der Rspr. liegen innereheliche Vorgänge wegen § 888 I ZPO nicht im Schutzbereich des Deliktsrechts, allerdings sei ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch im räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe über § 1004 BGB analog gegeben.
- ii) **Forderungszuständigkeit (str.)** (Otto, JZ 1969, 253 f.)
- jj) **Zurückbehaltungsrecht**  
§ 1000 BGB  
§ 369 HGB

[Von § 823 I BGB wird nicht das Vermögen erfasst. Ein Schutz des Vermögens kann allerdings über §§ 823 II, 826 BGB gegeben sein.]

## 2. Verletzungshandlung

**Def:** Jedes menschliche Verhalten (positives Tun oder Unterlassen bei Garantenstellung), das vom Willen beherrschbar ist. Bei der Abgrenzung Tun/Unterlassen ist auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abzustellen.

### **Garantenstellungen:**

- tatsächliche Gewährübernahme
- Gesetz
- konkrete Lebensbeziehungen: z.B. Ehe, Verlöbnis, Gefahrgemeinschaft
- Vorausgegangenenes Tun

**nicht bei :** vis absoluta, Bewusstlosigkeit oder Reflexe;  
aber Möglichkeit, an das vorangegangene Verhalten anzuknüpfen (vgl. alic im Strafrecht)

## 3. Rechtswidrigkeit

**Grundsatz:** Der Unrechtstatbestand indiziert die Rechtswidrigkeit

### **Ausnahme:**

- a) *mittelbare Rechtsgutverletzungen:* Verstoß gegen eine Verkehrssicherungspflicht
- b) *Unterlassungen:* Verstoß gegen eine Rechtspflicht
- c) *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb:* Abwägung aller Umstände
- d) *allgemeines Persönlichkeitsrecht:* Abwägung aller Umstände

### **Ausschluss der Rechtswidrigkeit:**

Rechtfertigungsgründe:

- z.B. § 227 BGB, Notwehr
- § 228 BGB, defensiver Notstand
- § 904 BGB, aggressiver Notstand

§ 229 BGB, Selbsthilfe

## 4. Haftungs begründende Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung

- a) **Äquivalenz:** Die Handlung darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Unrechtstatbestand entfielen. Nach dieser sog. **conditio sine qua non** Formel sind alle Bedingungen gleichwertig. (zur alternativen und kumulativen Kausalität vgl. Strafrecht Kapitel 1: Das vorsätzliche vollendete Begehungsdelikt).  
§ 830 I 2 BGB beachten – Haftungsvermutung, wenn sich bei mehreren Beteiligten der Schädiger nicht ermitteln lässt – Vorschrift lesen!
  - b) **Adäquanz:** Der grenzenlose Kausalzusammenhang i.S.d. Äquivalenztheorie reicht nicht aus, um die Folgen einer Handlung stets zuzurechnen. Deshalb bedient sich die h.M. der Adäquanztheorie. **Die betref-fende Handlung muss danach adäquat**, also ganz generell und nicht nur unter besonderen, völlig unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht zu erwartenden Umständen **zur Herbeiführung des Unrechtstatbestandes geeignet gewesen sein**. Dabei ist die Prognose eines objektiven, vom Wissensstand „optimalen“ Beobachters maßgebend.
  - c) **Schutzzweck der Norm:** Besonders, wenn man auf den „optimalen“ Beobachter abstellt, führt die Adäquanztheorie nicht immer zu annehmbaren Ergebnissen. Nur eine solche Bedingung ist nach h.M. daher als Ursache zuzurechnen, die innerhalb des Schutzzumfanges der die Haftung begründenden Norm liegt. **Danach muss die vom Schädiger verletzte Norm gerade die Verhinderung des eingetretenen Verletzungserfolges erfassen.**
- P: Herausforderungsfälle (s. hierzu Blatt 10)
- Voraussetzungen** (vgl. BGH NJW 1971, 1982):
- aa) Der Entfliehende muss den Verfolgenden vorwerfbar und zurechenbar zu dieser Verfolgung herausgefordert haben.
  - bb) Der Verfolgende musste annehmen dürfen, zur Verfolgung verpflichtet zu sein oder zumindest in Wahrnehmung berechtigter Interessen zu handeln.

- cc) Das Risiko der Verfolgung muss in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Verfolgung stehen.  
dd) In der Rechtsgutsverletzung muss sich das gesteigerte Verfolgungsrisiko realisiert haben.

#### 5. Verschulden

- a) **Deliktsfähigkeit: §§ 827f BGB**, Ausnahme: § 829 BGB Billigkeitshaftung  
b) **Verschuldensmaßstab:**  
Vorsatz § 276 BGB  
Fahrlässigkeit § 276 BGB  
[**Haftungsmilderungen**, die im Gesetz wegen des Vorliegens, insbesondere von Gefälligkeiten, für bestimmte Vertragstypen vorgesehen sind, **gelten auch für den konkurrierenden deliktischen Anspruch:** §§ 521, 599, 690 BGB]  
c) **Beweislast:** analog § 280 I 2 BGB bei der Produzentenhaftung

#### 6. Schaden

- a) **Schadensfeststellung nach der Differenzhypothese:** §§ 842 ff BGB  
b) **Art des Schadensausgleichs**  
**Grundsatz:** Naturalrestitution § 249 BGB  
**Ausnahme:** Schadenskompensation §§ 251, 252 BGB  
P: Kindesunterhalt als Schaden (BGH NJW 1995, 2407).

#### 7. Haftungsausfüllende Kausalität zwischen der unerlaubten Handlung und dem Schaden

(vgl. hierzu die haftungsbegründende Kausalität, str. ist nur der Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm. Z.T. wird statt auf den Schutzzweck der Norm auf die Risikoverteilung abgestellt:  
Verwirklicht sich in der Folgeverletzung ein durch die Erstverletzung geschaffenes zusätzliches Risiko, muss der Schädiger Ersatz leisten  
Verwirklicht sich in der Folgeverletzung lediglich das allgemeine Lebensrisiko, kann der Verletzte es nicht auf den Schädiger abwälzen.)

### II. Keine Einwendungen des Schädigers

1. Mitverschulden nach § 254 BGB  
2. vertragliche oder gesetzliche Haftungsausschlüsse des Schuldners

### III. Keine Einrede der Verjährung

Str. ist, ob eine im Gesetz für vertragliche Ansprüche enthaltene kurze Verjährung auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung Anwendung findet, falls neben dem entsprechenden vertraglichen Anspruch typischerweise auch ein deliktischer Anspruch besteht, wie bspw. § 558 BGB (Bejahend BGHZ 66, 319; verneinend Medicus, Rdnr. 640).

## Die Verkehrssicherungspflicht

Das BGB kennt einzelne Verkehrspflichten in Sonderfällen, §§ 836 - 838 BGB sowie § 823 II BGB i.V.m. einem Schutzgesetz, z.B. eine die Streupflicht regelnde Satzung der Gemeinde. Im Rahmen des § 823 I BGB ist eine allgemeine Verkehrspflicht gewohnheitsrechtlich anerkannt. (Brox, SchR BT, Rn 460) **Sie beruht auf dem Gedanken, dass jeder, der Gefahrenquellen schafft, die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter zu treffen hat.** Es lassen sich aus der Flut der getroffenen Entscheidungen und Kommentierungen folgende Fallgruppen erschließen:

- **Eröffnung des Verkehrs**, wer Grund und Boden dem Verkehr für Menschen öffnet, muss die damit verbundenen Gefahren möglichst gering halten. Straßen, Wege und Plätze müssen instandgehalten, beleuchtet, gereinigt und vom Schnee geräumt werden.

- **Einwirkung auf einen schon bestehenden Verkehr**, wer z.B. am Straßenverkehr teilnimmt, unterliegt einer über die in der StVO normierten allgemeinen Verkehrspflicht.

- **Herrschaft über gefährliche Sachen**, wer Maschinen und andere gefährliche Anlagen, Kraftfahrzeuge und Starkstromleitungen betreibt, Giftstoffe besitzt oder Industriemüll produziert, muss andere, soweit zumutbar, vor den Gefahren schützen.

- **Ausübung eines Berufes oder Gewerbes**, wer einen Beruf oder einen Gewerbebetrieb ausübt, kann daraus sich ergebende, besondere Verkehrspflichten haben. Einen Unterfall dieser Gruppe bilden die Verkehrspflichten des Produzenten.

- **Allgemeine Aufsichtspflicht**, wer die zur Erfüllung der allgemeinen Verkehrspflicht erforderliche Maßnahme einem Dritten überlässt, behält als Verkehrspflicht eine allgemeine Aufsichtspflicht.

### Merke:

**Die Verkehrspflicht gilt nur gegenüber Personen, die befugtermaßen, d.h. mit Einwilligung des Pflichtigen, mit der Gefahrenquelle in Berührung kommen. Bei Kindern gilt die Pflicht auch dann, wenn sie sich unbefugt in den Gefahrenbereich begeben haben.**

# Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Hierbei sind in der Rechtsprechung drei Bereiche zu unterscheiden:  
(vgl. BVerfGE 34, 238, 254 ff; BGHZ 24, 72, 79f.; 27, 284, 289 f.; NJW 1988, 1016)

## Intimsphäre

Hier ist der Kern der Persönlichkeit, die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungen, wie z.B. vertrauliche Briefe, Tagebuchaufzeichnungen usw. geschützt. Sie genießt absoluten Persönlichkeitsschutz, so dass ein Eingriff immer rechtswidrig ist.

## Privatsphäre

Hierzu zählen der häusliche und familiäre Bereich

## Individualsphäre

Hierunter fallen die Beziehungen des einzelnen zu seiner Umwelt, insbesondere seine berufliche Tätigkeit, geschützt werden das Selbstbestimmungsrecht und die persönliche Eigenart des Menschen.

Die Widerrechtlichkeit beurteilt sich wie beim Recht am Gewerbebetrieb nach der Lehre vom Handlungsunrecht, die Rechtswidrigkeit muss also positiv festgestellt werden.

Die Rechte kollidieren häufig mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Pressefreiheit, Art 5 I, II GG, sowie mit der Freiheit der Kunst, Art 5 III 1 GG. Es kommt auch hier auf eine Güterabwägung an, wobei, wie oben ausgeführt von den drei beschriebenen Sphären der Intimsphäre besonderer Schutz zukommt. Daneben finden auch die klassischen Rechtfertigungsgründe Berücksichtigung. Liegt ein solcher, z.B. Einwilligung, vor, braucht eine weitergehende Güterabwägung nicht stattzufinden.

## Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Aus § 253 II BGB kann bei der Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** nicht unmittelbar ein Schmerzensgeldanspruch hergeleitet werden.

Die h.M (vgl. BGH NJW 2005, 215; BGHZ 39, 124) wendet gleichwohl mit Zustimmung des BVerfG (vgl. BVerfG NJW 1973, 1221). § 253 II BGB bei schweren Persönlichkeitsverletzungen analog an, wenn eine Genugtuung durch Unterlassungs-, Widerrufs- oder/und Gegendarstellungsansprüche nach Art der Verletzung nicht zu erreichen ist. Begründet wird dies damit, dass der von der Rechtsprechung nach der Wertentscheidung des GG entwickelte zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz lückenhaft und unzulänglich bliebe, wenn keine der ideellen Beeinträchtigung adäquate Sanktion ausgelöst würde.

Ob der Eingriff derart schwer ist, beurteilt sich nach dem Grad des Verschuldens, der Art und Schwere der Beeinträchtigung, der Nachhaltigkeit und Fortdauer der Rufschädigung sowie dem Beweggrund des Handelns. Eine schwerwiegende Verletzung kann sich auch aus der Wiederholung und Hartnäckigkeit ergeben, ohne dass jede Verletzung für sich als schwerwiegend einzustufen ist.

**Lösungsübersicht Fall 2****A. Anspruch des A auf Unterlassung aus § 12 BGB****B. Anspruch des A auf Unterlassung gemäß §§ 1004, 823 BGB analog****I. Störung eines geschützten Rechtsguts i.S.v. §§ 823 ff BGB****1. § 823 II BGB****2. § 823 I BGB****a) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**

- aa) Vorrang anderer Rechtsgrundlagen
- bb) Gewerbebetrieb
- cc) Betriebsbezogener Eingriff
- dd) Ergebnis

**b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht**

- aa) allgemeines Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB
- bb) Rechtswidrigkeit des Eingriffs
  - (1) Widerrechtlichkeit wegen unrichtiger Information
  - (2) Widerrechtlichkeit wegen Ehrenrührigkeit
  - (3) Widerrechtlichkeit wegen des Verdachts der standeswidrigen Eigenwerbung
  - (4) Widerrechtlichkeit wegen des Befürchtens ungewollter Kontaktaufnahme
  - (5) Widerrechtlichkeit wegen unzureichender Sicherstellung der Notfallversorgung durch Zeitungsbekanntgabe
  - (6) Widerrechtlichkeit wegen Offenkundigkeit der Notdiensttätigkeit
    - (a) Interessen des A
    - (b) Interessen der B
    - (c) Abwägung

**C. Ergebnis**

**Lösung:** Der Notfallarzt

**Blätter:** *Prüfung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 BGB analog (Blatt 15)*

*Prüfung eines deliktischen Anspruchs nach § 823 II BGB (Blatt 4)*

*Prüfung eines deliktischen Anspruchs nach § 823 I BGB (Blatt 6)*

*Die Verkehrssicherungspflicht (Blatt 13)*

*Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Blatt 14)*

### **A. Anspruch des A auf Unterlassung aus § 12 BGB**

A hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung seiner Daten nach **§ 12 S. 2 BGB** wegen Verletzung seines Namensrechts, da die Norm nur einer Identitätsverwirrung durch unbefugten Namensgebrauch entgegenwirken will und davor schützen soll, dass dem Namensträger das Recht zum Gebrauch des Namens von einem anderen bestritten wird.<sup>16</sup> Hier liegt ein solcher Fall aber nicht vor.

### **B. Anspruch des A auf Unterlassung gemäß §§ 1004 I 2, 823 BGB analog**

In Betracht kommt allerdings ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 I 2 BGB.

*(vgl. Blatt 15: Prüfung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 BGB analog)*

#### **I. Störung eines geschützten Rechtsguts i.S.v. §§ 823 ff BGB**

Voraussetzung ist zunächst ein objektiv rechtswidriger Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut des § 823 BGB.

**§ 1004 BGB ist nach h.M.<sup>17</sup> bei den Rechtsgütern der §§ 823 ff BGB, entsprechend anwendbar.**

**Achtung!** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein subsidiäres Rechtsinstitut; deshalb sind andere Rechtsgüter vorweg zu prüfen.

Im Mephisto-Fall<sup>18</sup> hat der BGH einen Persönlichkeitsschutz eines Verstorbenen bejaht.

#### **1. § 823 II BGB**

*(vgl. Blatt 4: Prüfung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 II BGB)*

Dann müsste ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz gegeben sein.

<sup>16</sup> BGHZ 91, 117, 120; 98, 94, 95

<sup>17</sup> BeckOK BGB/Förster BGB § 823 Rn. 50-52 m.w.N.

<sup>18</sup> BGH NJW 1968, 1773

Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das **BDSG** (§ 2 III Nr. 3, 3, 41 BDSG) sind nicht ersichtlich.

Zu prüfen ist aber ein Verstoß gegen **§ 2 III NDO**. Dann müsste es sich hierbei um ein Schutzgesetz handeln.

**Unter Gesetz ist jede Rechtsnorm im materiellen Sinne zu verstehen (Art. 2 EGBGB), also auch Verordnungen und Gemeindecsetzungen.**

Damit fällt auch die Notfalldienstordnung der Kassenärztlichen Vereinigung unter den Gesetzesbegriff.

**Ein Schutzgesetz liegt vor, wenn das Gesetz nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest auch den Schutz des einzelnen bezweckt und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen wurde.**

*Schutzgesetze sind die meisten Strafvorschriften wie beispielsweise §§ 123, 164, 223 ff., 242, 263 StGB.*

*Strittig ist demgegenüber, ob § 858 BGB ein Schutzgesetz darstellt.*

*Verkehrssicherungspflichten sind keine Schutzgesetze, da sie keine Rechtsnormen sind.*

Die in § 2 III NDO getroffene Regelung, die Namen der Notfallärzte nur der Rettungsleitungsstelle bekannt zu geben, dient nicht dem Schutz der Kassenärzte vor ungewollter Veröffentlichung ihres Namens, sondern der Sicherstellung eines ausreichenden ärztlichen Notfalldienstes nach § 75 I SGB V.

Deshalb ist § 2 III NDO kein Schutzgesetz.

## 2. § 823 I BGB

In Betracht kommt ein sonstiges Recht nach § 823 I BGB.

**(vgl. Blatt 6: Prüfung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 I BGB)**

### a) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB anerkannt<sup>19</sup>. Damit soll eine Lücke im gewerblichen Rechtsschutz geschlossen werden. Der Schutz über §§ 824, 826 BGB und die besonderen Wettbewerbsbestimmungen (UWG, UrhG, GebrMG u.a.) sind nicht ausreichend.

Ansprüche wegen eines Eingriffs ergeben sich unter folgenden Voraussetzungen:

#### aa) Vorrang anderer Rechtsgrundlagen

Dieses Recht ist subsidiär gegenüber ausdrücklich geregelten Sondertatbeständen aus dem UWG, UrhG und gegenüber den in § 823 I BGB ausdrücklich geregelten Rechtsgütern, sowie gegenüber den §§ 823 II, 824 ff BGB.

#### bb) Gewerbebetrieb

**Gewerbe ist jede auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte selbständige Tätigkeit. Vom Begriff**

<sup>19</sup> vgl. umfassenden Darstellung bei BeckOK BGB/Förster BGB § 823 Rn. 177-253 m.w.N.

umfasst sind nicht nur Gewerbe i.S.d. §§ 1, 6 GewO, sondern auch der landwirtschaftliche Betrieb und der des Freiberuflers<sup>20</sup>.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebes ausmacht, also nicht nur Betriebsräume, Grundstücke und Maschinen, sondern auch Erscheinungsformen, Kundenstamm und Tätigkeitskreis. Dabei dehnt die h.M. inzwischen die für den auf Gewinnerzielung ausgerichteten Gewerbebetrieb entwickelten Regeln auf Arztpraxen, Anwaltskanzleien, Architekten und andere Freiberufler aus. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, warum die berufliche Tätigkeit, die kein Gewerbe beinhaltet, nicht gleichfalls privilegiert werden soll.<sup>21</sup>

Das Tätigkeitsfeld des A als Arzt, unterfällt somit dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

### cc) Betriebsbezogener Eingriff

Voraussetzung ist, dass sich der Eingriff **unmittelbar** gegen den Betrieb als solches, also gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richtet<sup>22</sup>.

*Betriebsbezogenheit ist beispielsweise zu bejahen, wenn vor einem Pelzgeschäft Tierschützer demonstrieren und die Kunden dadurch am Betreten des Geschäftes hindern. Eine nur mittelbare Beeinträchtigung liegt dagegen vor, wenn bei Bauarbeiten ein Kabel beschädigt wird und dadurch die Stromzufuhr zum Betrieb unterbrochen wird<sup>23</sup> oder bei Unterbrechung der wasserseitigen Zufahrt über einen Kanal bei fahrlässig verursachtem Dambruch.*

B hat durch seine Veröffentlichung nicht dazu aufgerufen, störend in die Tätigkeit des A einzugreifen. Vielmehr hat sie nur die Möglichkeit geschaffen, dass Querulanten oder andere Nicht-Notfallpatienten bei A anrufen. Dies stellt aber keinen betriebsbezogenen Eingriff dar.

### dd) Ergebnis

Das Recht des A am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nicht verletzt.

*Weiter wäre die Rechtswidrigkeit zu prüfen. Diese ist nicht indiziert, sondern nach der Lehre vom Handlungsunrecht (siehe oben Fall 1) positiv festzustellen. Die Rechtswidrigkeit lässt sich erst durch eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und Pflichten begründen.*

## b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

### (vgl. Blatt 14: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)

In Betracht kommt ferner eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

**aa) Dann müsste das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB sein.**

<sup>20</sup> str. vgl. umfassenden Darstellung bei BeckOK BGB/Förster BGB § 823 Rn. 177-253 m.w.N.

<sup>21</sup> OLG Köln, VersR 96, 234; Kötz, Rdnr. 82

<sup>22</sup> BGHZ 86, 156

<sup>23</sup> BGHZ 66, 388

Der BGH<sup>24</sup> hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG abgeleitet und ihm den Schutz der absoluten Rechte zuerkannt. Der BGH sah sich zur Rechtsfortbildung veranlasst, da es nur lückenhaft normiert ist, z.B. § 823 I BGB mit den Schutzgütern Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit; § 823 II BGB; das Namensrecht, § 12 BGB; das Recht am eigenen Bild, § 22 KunstUrhG.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist das einheitliche, umfassende Recht des einzelnen auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit. Es genießt unterschiedlich hohen Schutz, je nachdem in welche Persönlichkeitssphäre eingegriffen wurde.

Es ist zwischen der Intimsphäre, der Privatsphäre und der Individualsphäre zu unterscheiden.

Der Intimsphäre unterfällt der Kern der Persönlichkeit, die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungen, wie z.B. vertrauliche Briefe, Tagebuchaufzeichnungen usw. geschützt. Sie genießt absoluten Persönlichkeitsschutz, so dass ein Eingriff immer rechtswidrig ist.

Zur Privatsphäre zählen der häusliche und familiäre Bereich.

Unter die Individualsphäre fallen die Beziehungen des einzelnen zu seiner Umwelt, insbesondere seine berufliche Tätigkeit, geschützt werden das Selbstbestimmungsrecht und die persönliche Eigenart des Menschen.

Hier kommt ein Eingriff in die Individual- und Privatsphäre des A in Betracht.

### bb) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Die Widerrechtlichkeit beurteilt sich wie beim Recht am Gewerbebetrieb nach der Lehre vom Handlungsunrecht, die Rechtswidrigkeit muss also positiv festgestellt werden (sog. **offene Tatbestände oder Rahmenrechte**).

Die Rechte kollidieren häufig mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Pressefreiheit, Art 5 I, II GG, sowie mit der Freiheit der Kunst, Art 5 III 1 GG. Es kommt auch hier auf eine Güterabwägung an, wobei, wie oben ausgeführt von den drei beschriebenen Sphären der Intimsphäre besonderer Schutz zukommt. Daneben finden auch die klassischen Rechtfertigungsgründe Berücksichtigung. Liegt ein solcher, z.B. Einwilligung, vor, braucht eine weitergehende Güterabwägung nicht stattzufinden

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist bei der Offenlegung von persönlichen Lebensdaten nicht schrankenlos zu gewährleisten, denn der Mensch entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft. Deshalb muss der einzelne grundsätzlich auch Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbe-

stimmung hinnehmen, wenn und soweit solche Beschränkungen von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls getragen werden und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist.<sup>25</sup>

Die Veröffentlichungen des Namens, der Anschrift und der Telefonnummer sind allgemein zugängliche Informationen, die man sich aus dem Telefonbuch besorgen kann. Nicht allgemein zugänglich ist allerdings die Tatsache, dass A als Notfallarzt eingeteilt ist.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist mit dem Grundrecht der Pressefreiheit der B abzuwägen.

### **(1) Widerrechtlichkeit wegen unrichtiger Information**

Bei der Güter- und Interessenabwägung ist davon auszugehen, dass es sich bei den Angaben der B über den Dienst des A als Notfallarzt stets um die Mitteilung wahrer Tatsachen gehandelt hat. Denn dass die B den A jemals auch dann als Notfallarzt genannt hätte, wenn er, aus welchen Gründen auch immer, in Wirklichkeit den Notfalldienst nicht wahrzunehmen hatte, behauptet der A nicht. Deshalb fehlt es für die Befürchtung des A, es könnte in der Zukunft eine solche unrichtige Information erfolgen, an einer konkreten Tatsachengrundlage.<sup>26</sup>

### **(2) Widerrechtlichkeit wegen Ehrenrührigkeit**

Bei der Benennung des A als diensthabenden Notfallarzt handelt es sich nicht um die Kundgabe einer ehrenrührigen Tatsache. Soweit der A eine Schädigung seines Rufs dadurch befürchtet, dass ihn Patienten bei einem Tausch mit einem anderen Arzt oder während eines auswärtigen Einsatzes nicht erreichen könnten, kann diese Gefahr nur als äußerst gering angesehen werden. Zum einen ist es in der Vergangenheit nicht zu einer auf derartigen Gegebenheiten beruhenden Rufschädigung des A gekommen. Zum anderen kann der A jedenfalls bei einer wegen eines Dienstaustausches nicht bestehenden Einsatzbereitschaft der Gefahr, von Patienten als unzuverlässig angesehen zu werden, dadurch begegnen, dass er in seinen ohnehin vorhandenen Anrufbeantworter eine entsprechende Mitteilung eingibt und an seiner Praxis- oder Wohnungstür eine aufklärende Nachricht anbringt.

### **(3) Widerrechtlichkeit wegen des Verdachts der standeswidrigen Eigenwerbung**

Entgegen der Auffassung des A kann in die Pressenotiz keine Grundlage für den Verdacht einer standeswidrigen Eigenwerbung gesehen werden. Der A hat nicht behauptet,

<sup>25</sup> BVerfGE 65, 1, 41 ff.; 72, 155, 170: 78, 77, 84

<sup>26</sup> BGH NJW 1991, 1532

durch die Veröffentlichung in der Vergangenheit jemals in den Verdacht einer solchen Werbung geraten zu sein. Dass nach der Art der Pressenotiz auch für die Zukunft ein solcher Verdacht nicht nahe liegt, können die Richter als Angehörige des insoweit betroffenen Verkehrskreises der Zeitungsleser ohne Einholung eines - von A nicht beantragten - Sachverständigengutachtens aufgrund eigener Sachkunde selbst beurteilen.

**(4) Widerrechtlichkeit wegen des Befürchtens ungewollter Kontaktaufnahme**

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch dem Argument des A kein hohes Gewicht beizumessen, eine Bekanntgabe nur der Rettungsleitstelle und die Vermittlung des Notfallarztes allein durch diese bewahre den Arzt davor, sich mit Querulanten und anderen Personen, bei denen kein Notfall vorliege, auseinandersetzen zu müssen. Dass der Einschaltung der Rettungsleitstelle in dieser Hinsicht eine erhebliche Filterwirkung zukäme, ist schon deshalb nicht dargetan, weil der A nicht geltend gemacht hat, wegen der Presseveröffentlichung der B in der Vergangenheit jemals zu Unrecht von den genannten Personenkreisen angerufen oder aufgesucht worden zu sein. Auch erscheint es zumindest als fraglich, ob zu solchem Verhalten neigende Personen im Falle einer Bekanntgabe nur der Rettungsleitstelle nicht auch über diese zum Notfallarzt vordringen würden. Und schließlich ist die Gefahr der Inanspruchnahme durch einen Querulanten oder einen nur eingebildeten Kranken ein Umstand, den der K auch während seiner normalen Sprechstundenzeit nicht gänzlich ausschließen kann.

**(5) Widerrechtlichkeit wegen unzureichender Sicherstellung der Notfallversorgung durch Zeitungsbekanntgabe**

Bei der Abwägung der Interessen der Parteien kann zugunsten des A davon ausgegangen werden, dass die von der Kassenärztlichen Vereinigung Bayerns vorgenommene Organisation des ärztlichen Notfalldienstes mit der Regelung, die Ärzte nur über die Rettungsleitstellen zum Einsatz zu bringen, grundsätzlich zu einer besseren Sicherstellung der Kassenärztlichen Versorgung führt als die namentliche Bekanntgabe der Notfallärzte in der Presse. So kann die Rettungsdienststelle durch die Zusammenfassung mehrerer Ärzte zu Notfalldienstgruppen (§ 3 NDO), durch die Möglichkeit, die Ärzte auch während auswärtiger Einsätze über Funkgeräte zu erreichen (§ 5 NDO), und durch die Vermittlung solcher Patienten, bei denen dies nach der Art ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung geboten ist, an Rettungswagen und Notarzt statt an den Notfallarzt zu einer schnelleren und sachgerechteren ärztlichen Versorgung beitragen. Die Frage, wie ein Notfallpatient am besten in die Lage versetzt wird,

die für ihn geeignete ärztliche Hilfe zu erlangen, ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

**(6) Widerrechtlichkeit wegen Offenkundigkeit der Notdiensttätigkeit**

**(a) Interessen des A**

Im Rahmen der Abwägung reduziert sich das Interesse des A, der ja zu den von der B veröffentlichten Zeiten tatsächlich als Notfallarzt einsatzbereit zu sein hatte, darauf, nur durch das Filtern der Rettungsleitstelle zu ärztlichen Leistungen herangezogen zu werden. Sicherlich braucht, was die Direktanrufe der sich an den A wendenden Personen angeht, der Inhaber eines Telefonanschlusses grundsätzlich keine unerbetenen Anrufe hinzunehmen. So ist anerkannt, dass die privaten Belange eines Telefoninhabers in erheblichem Maße berührt werden, wenn etwa unerwünschte Anrufe zu Werbezwecken erfolgen. Mit den aus derartigen Gründen in die Privatsphäre des Telefoninhabers eindringenden Anrufen sind aber die hier fraglichen Direktanrufe bei A als dem diensthabenden Notfallarzt selbst dann nicht zu vergleichen, wenn sie von Personen kommen, bei denen kein wirklicher Notfall vorliegt. Dabei ist davon auszugehen, dass der Inhaber eines Telefonanschlusses auch seine private Sphäre denjenigen Personen öffnet, die zu ihm in einer Beziehung stehen, welche die Inanspruchnahme gerechtfertigt erscheinen lassen. Hier hat sich der A mit der von ihm beantragten Zulassung zur Kassenarztpraxis freiwillig einer Reihe von Einschränkungen in seiner Berufsausübung unterworfen, zu denen auch die Pflicht zur Teilnahme am Notfalldienst gehört. Durch die darin liegende Konkretisierung der in der Kassenzulassung enthaltenen sozialen Bindung werden als systemimmanente Folge auch die Individualinteressen der beteiligten Ärzte mit ihrem Wunsch nach Freizeit und Erholung berührt. Geht nun, wie hier der A geltend macht, die Inanspruchnahme seiner privaten Sphäre durch die aufgrund der Veröffentlichung der B ermöglichten Direktkontakte zwar über das Maß dessen hinaus, was nach der von der Kassenärztlichen Vereinigung erfolgten Organisation des ärztlichen Notfalldienstes an sich zu erwarten wäre, erfolgen aber die Direktanrufe der hilfesuchenden Personen zu Zeiten, in denen der A tatsächlich als Notfallarzt im Einsatz ist, so kann nicht schon dem darin liegenden stärkeren Maß der Beanspruchung seines privaten Bereichs ein besonders hohes Gewicht beigemessen werden.

**(b) Interessen der B**

Demgegenüber kann die B das Grundrecht der Pressefreiheit (Art. 5 I S. 2 GG) für sich in Anspruch nehmen, das sich nicht nur als Unterfall der Meinungsfreiheit darstellt, sondern die institutionelle Eigenständigkeit der Presse gewährleistet und deshalb für alle Presseveröffentlichungen ohne Rücksicht auf ihren Wert gilt. Aus diesem Grunde kommt es für die Gewichtung der Belange der B auch nicht entscheidend darauf an, ob nur die Bekanntgabe der Rettungsleitstelle mit ihrer Rufnummer in der Zeitung eine für die Leser wertvolle Information darstellen würde, da allein über diese Stelle der Weg zu schneller ärztlicher Hilfe führe. Diese gänzliche Verneinung des Informationswerts der Namensnennung des A erscheint zudem auch deshalb fraglich, weil trotz aller Vorteile der Inanspruchnahme der Rettungsleitstelle nicht völlig auszuschließen ist, dass sich etwa ein Patient des A durch die Bekanntgabe, dass gerade der A zum Notfalldienst eingeteilt sei, stärker als sonst beruhigt fühlt; gleiches kann für Personen gelten, die in der Nähe der veröffentlichten Anschrift des A wohnen und deshalb auf eine bei Bedarf schnelle Erreichbarkeit des Notfallarztes vertrauen.

### **(c) Abwägung**

Da sich bei der Gesamtbetrachtung die Interessen des A an der Freihaltung seiner Privatsphäre von den auf die Namensnennung durch die B zurückgeführten Störungen nicht als gewichtiger darstellen als die auf der Pressefreiheit fußenden Interessen der B an der von ihr gebrachten Veröffentlichung ist ein rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des A zu verneinen.

### **C. Ergebnis**

Nach alledem steht dem A gegen die B kein Unterlassungsanspruch nach §§ 1004 I 2, 823 BGB analog zu.

## Kontrollfragen Fall 2

### Der Notfallarzt

1. Was ist ein negatorischer Unterlassungsanspruch?
2. Was ist ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch?
3. Wie prüft man § 1004 BGB analog?
4. Ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB?
5. Wie steht dieses Recht zu den ausdrücklich geregelten Tatbeständen und dem UWG, UrhG, den ausdrücklich geregelten Rechtsgütern des § 823 I BGB und den §§ 823 II, 824 ff BGB?
6. Was versteht man unter einem offenen Tatbestand? Welche Besonderheiten sind zu beachten?
7. Was versteht man unter Gewerbe bei einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb?
8. Wie muss der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aussehen, wenn er von § 823 I BGB erfasst sein soll?
9. Wann ist beim Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Handlung rechtswidrig?
10. Ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB?
11. Woraus wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht hergeleitet?
12. Welche drei Bereiche sind beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu unterscheiden?
13. Welchen Schranken unterliegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht?
14. Wann ist der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht rechtswidrig?