

Zweiter Titel. Schenkung

Einführung zu §§ 516 ff.

1. Die **unentgeltliche Zuwendung** erscheint in einer Warenwirtschaft als **Freiheitskörper**, als »Altruist in einer Welt von Egoisten« (Heck S. 289). In der Tat ist sie »systemwidrig«, Waren oder Geld wegzugeben, ohne dafür auch nur die Abgabe eines Äquivalents zu erhalten. Der zugrunde liegende soziale Sachverhalt weist jedoch in andere Richtung: Nur in absoluten Ausnahmefällen wird Freigiebigkeit um ihrer selbst willen praktiziert. In aller Regel werden zumindest auch eigennützige Zwecke verfolgt, die zwar als solche nicht Vertragsinhalt wären, ohne die es jedoch nicht zu der Vermögensverschiebung gekommen wäre. Typische Konstellationen sind insbesondere:
 - 2 – Zuwendungen im Rahmen persönlicher, insbesondere **familiärer Beziehungen**, die u. a. mitmenschliche Zuneigung erhalten oder schaffen sollen. Im Einzelfall kann es sogar darum gehen, ein bestimmtes, näher bezeichnetes Verhalten zu erzwingen (Schenkungen unter Auflage und bedingte Schenkung).
 - 3 – Zuwendungen, mit denen »einer **sittlichen Pflicht oder einer auf den Ansehen zu nehmenden Rücksicht**« (§ 534) entsprochen wird, deren Unterbleiben das soziale Ansehen des »Schenkers« beeinträchtigen würde.
 - 4 – Zuwendungen, durch die die **Erbfolge vorweggenommen** wird. Wichtiges Beispiel ist der Hofübergabevertrag (siehe Erl. zu § 1922), aber auch die Übernahme anderer Vermögensgesamtheiten wie Handelsgeschäft, Gesellschaftsanteil oder Grundbesitz. Abmachungen dieser Art sind insbesondere dann legitim, wenn die Nutzung der betreffenden Gegenstände erheblichen persönlichen Einsatz verlangt, der der älteren Generation nicht mehr in vollem Umfang möglich ist. Bisweilen sind jedoch auch Gründe der Steuerersparnis maßgebend, das Erbschaftssteuerrecht macht zwar im Grundsatz keinen Unterschied zwischen Schenkungen und dem Erwerb von Todes wegen, doch sind Rechtsgeschäfte unter Lebenden für die Finanzbehörden bisweilen sehr viel weniger transparent als die Abwicklung von Nachlässen.
 - 5 – Zuwendungen, durch die **gemeinnützige Zwecke** verfolgt werden. Durch sie will der »Schenker« in der Regel seine soziale Anerkennung vergrößern, unter Umständen auch mittelbar an den Leistungen der gemeinnützigen Einrichtungen partizipieren. Ähnlich einzuschätzen sind Spenden für mildtätige und kirchliche Zwecke sowie an politische Parteien. Die steuerliche Begünstigung nach § 10b EStG erleichtert diese Form der »Freigiebigkeit«, erhöht jedoch gleichzeitig die Gefahr, daß sich kapitalkräftige Kreise einen unverhältnismäßigen Einfluß auf das Verhalten des Empfängers sichern können.
 - 6 – Zuwendungen, durch die die Erfüllung **finanzieller Verpflichtungen unterworfen** werden soll: Wer sich Schadensersatzansprüchen in Millionenhöhe ausgesetzt sieht, wird rechtzeitig versuchen, sein Vermögen auf Frau und Kinder zu übertragen, wer nicht vermögenssteuerpflichtig sein will, wird gleichfalls

«Schenkungen» an Familienangehörige ins Auge fassen.

Verschiedenen Zwecksetzungen können **kumulativ** auftreten; ein und dieselbe Anwendung kann sowohl aus Gründen der Steuerersparnis wie auch zur Verbesserung des sozialen Ansehens erfolgen.

Das BGB kennt **keine zusammenfassende Normierung der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte**; die in den §§ 516–534 geregelte Schenkung stellt nur deren wichtigsten Anwendungsfall dar. Sie liegt immer dann vor, wenn ein Gegenstand aus dem Vermögen des Schenkers ausscheidet, dem des Beschenkten zugeführt wird und wenn sich beide Teile über die Unentgeltlichkeit dieser Leistung einig sind (§ 516 Abs. 1). An diesen Voraussetzungen fehlt es beim Stiftungsgeschäft, das nach dem, wenn eine Schuld bezahlt wird, die nur nach Auffassung des Gläubigers, nicht aber nach Ansicht des Leistenden (noch) besteht. Kraft ausnahmsweise gesetzlicher Anordnung ist die Ausstattung nach § 1624 vom Schenkungsrecht ausgenommen. Dienstleistungen erfolgen nur dann »aus dem Vermögen« und also nur dann Schenkungen, wenn andernfalls ein bestimmter Betrag verlangt werden wäre (RGRK-Mezger § 516 Rdn. 6). Häufig wird jedoch § 612 herangezogen. Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung hat in §§ 598 ff. eine Sonderregelung erfahren.

Die unentgeltliche Zuwendung im Rechtssinne liegt dann vor, wenn in **Erfüllung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen** geleistet wird. So wird mit natürlichen Geschenken an Familienangehörige die Unterhaltspflicht erfüllt, wenn Zahlung von Vereinsbeiträgen erfolgt auch dann nicht unentgeltlich, wenn die Mitgliedschaft für den einzelnen überhaupt nicht »auszahlt«. Ausgenommen sind weiter **reine Gefälligkeiten** wie die Mitnahme im Auto oder kleinen Hilfestellungen unter Nachbarn – sie gehören zum nicht verrechtlichten Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen.

Die unentgeltlichen Geschäfte einschließlich der Schenkung gelten eine Reihe von Sonderregeln.

Die **Gläubiger des Zuwendenden** können innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen auf das **Erworbene zugreifen**, sofern sie andernfalls keine Befriedigung finden können (§§ 32 KO, 3 Nr. 3 und 4 AnfG). Ausgenommen sind »gebrauchliche Gelegenheitsgeschenke«, unter Ehegatten allerdings nur Unterhaltsleistungen. Mit dieser Regelung sollen besonders krasse Formen der Gläubigerbenachteiligung verhindert werden.

Der **unentgeltliche gutgläubige Erwerb** ist mit der »Hypothek« belastet, daß der ursprüngliche Rechtsinhaber im Rahmen der 30jährigen Verjährungsfrist Herausgabe verlangen kann (§ 816 Abs. 1 Satz 2). Auch wer von einem ungetreulich Berechtigten erwirbt, muß nach § 822 BGB mit einer Inanspruchnahme rechnen.

Das **sondres Vermögen verwaltet**, darf dieses nicht unentgeltlich weggeben. Dies gilt für den Inhaber der elterlichen Gewalt (§ 1641), für den Vorerben (§ 2035 Abs. 2) und für den Testamentsvollstrecker (§ 2205 Satz 3) ausdrücklich bestimmt, gilt aber auch in anderen vergleichbaren Fällen. Eine Ausnahme besteht bei Pflicht- und Anstandsschenkungen; sie vorzunehmen stellt kei-

- nen Mißbrauch der Verwaltungsbefugnisse dar.
- 14 – Der Zuwendende kann bezüglich der Verwaltung des übertragenen Gegenstands bestimmte **Anordnungen** treffen, insbesondere die Eltern oder ein Vormund von jeder direkten Einflußnahme ausschließen (§§ 1638, 1795).
- 15 4. Das Recht der Schenkung hat in den §§ 516–534 eine eingehende Regelung erfahren. Danach wird der Schenker relativ »großzügig« behandelt: Bei Sach- und Rechtsmängeln haftet er grundsätzlich nur für Arglist, der Empfänger hat das Geschenk zurückzugeben, wenn er sich eines groben Undanks schuldig macht, wenn der Geber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Wird die Schenkung nicht sofort vollzogen, bedarf das Versprechen des Schenkers der notariellen Beurkundung. Sondervorschriften gelten für die Schenkung unter Auflage sowie für die sog. Pflicht- und Anstandsschenkungen.
- 16 5. Auch von **teilweiser Unentgeltlichkeit** kann nicht die Rede sein, wenn lediglich der bestehende Marktpreis drastisch unterschritten, wenn etwa ein Grundstück im Wert von 300 000,-DM für 60 000,-DM veräußert wird. Am Markt vorbeiziehende Preisvereinbarungen sind grundsätzlich von der Privatautonomie gebunden, es sei denn, es läge der Fall des Wuchers (§ 138 Abs. 2) oder der sittenwidrigen Äquivalenzstörung (§ 138 Abs. 1 – siehe Erl. dort) vor. Ist die Abweichung von »Marktüblichen« jedoch mit der Vorstellung verbunden, dem Leistungspflichtiger »aus freien Stücken« einen wirtschaftlichen Wert zuzuwenden, so spricht man von einer **gemischten Schenkung**, also einem Vertrag, der die Elemente der Schenkung wie eines Austauschgeschäfts in sich vereinigt. Ihre rechtliche Behandlung hat zu zahlreichen wenig ertragreichen theoretischen Kontroversen geführt (s. die Nachweise bei *Palandt/Putzo* § 516 Anm. 7b), doch ist man sich heute im wesentlichen über folgende Ergebnisse einig:
- 17 Handelt es sich um eine **teilbare Leistung** – Beispiel: Das Grundstück wird zu marktüblichen Bedingungen verkauft, das Zubehör unentgeltlich mitgeliefert – so nimmt man 2 Verträge, einen Kauf- und einen Schenkungsvertrag an, auf die die jeweiligen gesetzlichen Vorschriften angewandt werden.
- 18 Handelt es sich wie meist um eine **unteilbare Leistung** – Grundstücksverkauf zum »Freundschaftspreis« –, so wird eine **wertmäßige Aufteilung** in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil vorgenommen und nur der letztere den Regeln über unentgeltliche Rechtsgeschäfte einschließlich der Schenkungsvorschriften unterstellt. Anfechtbar im Sinne der §§ 32 KO, 3 Nr. 3 und 4 AnfG, der Rückgewähr nach § 816 Abs. 1 Satz 2 und dem Widerruf wegen groben Undanks unterworfen sowie formbedürftig nach § 518 Abs. 1 BGB ist daher, wirtschaftlich gesehen, nur die Differenz zwischen »Freundschaftspreis« und (vorausgesetztem) Marktpreis. Praktisch wird dem am ehesten so Rechnung getragen, daß der betreffende Gegenstand insgesamt gegen Rückgewähr des (geringen) Entgelts zurück-erstattet wird, wenn die **Unentgeltlichkeit** des Geschäfts **überwiegt** (*BGH WPK* 1964, 614 für § 816 Abs. 1 Satz 2, *BGH NJW* 1972, 247 für Widerruf wegen groben Undanks), d. h. wenn die Gegenleistung des Empfängers nicht einmal die Hälfte des (vorausgesetzten) Marktpreises erreicht. Unter dieser Voraussetzung fällt der gesamte Vertrag unter die Formvorschrift des § 518. **Überwiegt** dem-

gegenüber der **entgeltliche Teil**, so ist der Empfänger bei Anfechtung usw. zur Zahlung eines »Ausgleichsbetrages« in Höhe der Differenz zum Marktpreis verpflichtet. § 518 BGB führt zur Nichtigkeit der Preisabrede, wenn keine notarielle Beurkundung erfolgte; ob damit der ganze Vertrag nichtig wird oder ob im Wege der Umwandlung eine Veräußerung zu marktkonformen Bedingungen angenommen werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

§ 516

1. Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

2. Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

Das BGB hat die Schenkung als Vertrag ausgestaltet. Die einseitige Zuwendung eines Vermögensvorteils, z.B. die Überweisung einer bestimmten Geldsumme, stellt lediglich ein Schenkungsangebot dar, das vom Empfänger jederzeit zurückgewiesen werden kann. Erklärt er sich nicht und läßt sein Schweigen auch keinen Rückschluß auf eine Annahmeerklärung zu, so kann der Zuwendende durch eine Aufforderung nach Abs. 2 eine Klärung herbeiführen. Ähnlich wie im Falle des § 333 wird so das Interesse des einzelnen geschützt, nicht in die Rolle einer Person zu geraten, die unterstützungsbedürftig ist oder die über besonders wichtige Beziehungen zum Schenker verfügt. Dagegen ist rechtspolitisch nichts einzuwenden, wenngleich es sich um ein Privileg handelt, das allenfalls für begüterte Personen praktische Bedeutung gewinnen kann.

Das BGB geht in Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit von der sofortigen Leistung, d.h. der sog. **Handschenkung** aus. Sie wird im folgenden zugrunde gelegt. Ihr steht das **Schenkungsversprechen** gegenüber, das nach § 518 formbedürftig ist.

1. Eine Voraussetzung für eine Schenkung ist die **Bereicherung des Beschenkten**. Sie liegt vor, wenn Sachen oder Rechte übertragen werden, aber auch dann, wenn der Gläubiger eine Schuld erläßt, ohne daß dafür eine Gegenleistung vorgesehen wäre. Eine Schenkung kann auch in der Weise erfolgen, daß für den Empfänger ein Anspruch gegen einen Dritten begründet, daß z.B. zu seinen Gunsten ein Sparkonto eröffnet, ein Bausparvertrag abgeschlossen oder eine Lebensversicherung vereinbart wird. Soll er die Leistung erst nach dem Tode des Schenkers erhalten, so liegt eine in §§ 331, 2301 geregelte Schenkung von Todes wegen vor (siehe Erl. dort).

2. Ein Vermögensvorteil wird auch dann zugewandt, wenn zugunsten des Beschenkten eine Bürgschaft übernommen oder eine Hypothek am eigenen Grundstück be-

stellt wird, ohne daß es darauf ankäme, ob im Falle der Inanspruchnahme der Rückgriff auf den Beschenkten offenbleibt (anders *BGH LM Nr. 2 zu § 516*). Schon die Existenz eines solchen **Sicherungsrechts** besitzt einen wirtschaftlichen Wert, dessen Höhe je nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners schwanken wird. Bei Rückgängigmachung im Wege der Anfechtung, des Widerrufs wegen groben Undanks usw. richtet sich der Anspruch des Schenkers auf Freistellung von der übernommenen Haftung, was durch Befriedigung des Gläubigers oder durch Bestellung gleichwertiger anderer Sicherheiten bewerkstelligt werden kann.

- 5 Keine Bereicherung des »Beschenkten« liegt bei der **treuhänderischen Rechtsübertragung** vor, da der betreffende Gegenstand nicht endgültig in die Rechtsphäre des Empfängers übergeht. Anders verhält es sich bei Zuwendungen an gemeinnützige und ähnliche Organisationen, die über die Leistung im Rahmen ihrer Zwecksetzung frei verfügen können (*RGRK-Mezger § 516 Rdn. 1–7 mwN*).
- 6 Wird ein **Geldbetrag** zur Verfügung gestellt, damit der Empfänger **einen bestimmten Gegenstand erwerben** kann, so hängt es von den jeweiligen Umständen ab, ob das Geld oder der Gegenstand als Geschenk anzusehen ist (*BGH NJW 1972, 248*). Ist der Kauf durch den Beschenkten reine Formsache, hätte er also auch durch den Zuwendenden selbst erfolgen können, spricht alles für eine **Sachschenkung**, hat der Empfänger auch andere Verwendungsmöglichkeiten, dürfte eine **Geldschenkung** vorliegen.
- 7 Bei **Hochzeitsgeschenken** kann zweifelhaft sein, wer im konkreten Fall der Beschenkte ist. Im Zweifel sind beide Ehegatten je zur Hälfte bedacht, auch wenn der Schenker bisher nur zu einem von ihnen nähere Beziehungen hatte.
- 8 4. Zweite Schenkungsvoraussetzung ist ein **Vermögensverlust** auf Seiten des Zuwendenden. Dies ist unproblematisch, wenn eine Sache oder ein Recht weggegeben wird, doch greifen die §§ 516 ff. auch dann ein, wenn der Schenker den zu verschenkenden Gegenstand erst mit eigenen Mitteln erwerben muß, wenn er den Gläubiger des Beschenkten befriedigt oder wenn er zu seinen Gunsten ein **Kredit** übernimmt. Wird ein zinsloses Darlehen gewährt, so liegt das Opfer des Schenkers in den ausbleibenden Erträgen, wird eine Wohnung auf Dauer zum **unentgeltlichen** Gebrauch überlassen, so liegt eine Schenkung nur dann vor, wenn sie **sonst** vermietet worden wäre. Bei Arbeitsleistungen wird in der Regel **§ 517** eingreifen.
- 9 5. Dritte Voraussetzung ist eine – auch stillschweigend mögliche – **Einigung über die Unentgeltlichkeit** der Zuwendung. Sie fehlt, wenn auch nur eine Seite davon ausgeht, es gehe um die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Dies gilt auch dann, wenn mit der Leistung Dienste abgegolten werden sollen, die innerhalb der Familie oder in einem eheähnlichen Verhältnis erbracht wurden (*BGH WarnRspr 73 Nr. 26*). Erst recht liegt bei Sozialleistungen des Arbeitgebers keine unentgeltliche Zuwendung vor.

§ 517

Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen

Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt.

§ 517 schließt bestimmte »schenkungsnah« Tatbestände aus dem Schenkungsbegriff aus. So liegt keine Schenkung vor, wenn ein günstiges Vertragsangebot nicht angenommen, ein Rechtsgeschäft nicht angefochten oder eine Frist bewußt verstreut wird – wer von solchen Handlungen profitiert, hat nicht unentgeltlich erworben. Dasselbe gilt für den Verzicht auf ein aufschiebend bedingtes Recht, für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie für den Verzicht auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch. Auf diese Weise werden nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern auch zahlreiche überflüssige Streitigkeiten vermieden: So wäre es wenig sinnvoll, könnte man etwa die Ausschlagung einer Erbschaft wegen groben Undanks des endgültigen Erben noch nach Jahren geltend zu machen.

§ 518

1. Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Das gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung.

2. Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung gemildert.

Die Vorschrift des § 518 will den Schenker vor **Übereilung** schützen, ist die Gefahr rechtlicher Bindungen beim Schenkungsversprechen doch ungleich höher als bei der freiwilligen Weggabe von Vermögensgegenständen. Weiter soll **klargestellt** werden, ob tatsächlich ein verbindliches Versprechen und nicht nur ein In-Aus-sich-Stellen vorlag. Dies ist insbesondere bei angeblichen Äußerungen Verstorbener von Bedeutung. Schließlich soll eine **Umgehung der erbrechtlichen Formvorschriften** durch formlose Schenkungsversprechen verhindert werden.

Formbedürftig ist lediglich die **Verpflichtung des Schenkers**, nicht die Annahmeverweigerung des Beschenkten. Eine nachträgliche Änderung bedarf nur dann der notariellen Beurkundung, wenn sie den Umfang des Schenkungsversprechens erweitert; ein Erlaß ist daher formlos möglich.

Der **Vollzug der Schenkung**, d. h. die Übertragung des versprochenen Vermögensgegenstands heilt einen evtl. Formmangel. Vollzogen ist die Schenkung erst dann, wenn das »Opfer« erbracht, der geschenkte Gegenstand daher aus dem Vermögen des Schenkers ausgeschieden und dem des Beschenkten zugeführt wurde. Dies ist der Fall, wenn die versprochene Sache übereignet oder die geschenkte Forderung abgetreten ist. Gleichgestellt ist eine Leistung an Erfüllungsbare (§ 364 Abs. 1, nicht jedoch eine Leistung erfüllungshalber nach § 364 Abs. 2: Wenn lediglich ein neues Schuldversprechen eingegangen, etwa ein Wechselakzept statt eines Schecks abgegeben, so ist noch keine endgültige Vermögensverschiebung

erfolgt. Die Heilung des Formmangels tritt erst ein, wenn der Wechsel bzw. der Scheck eingelöst wurde (*BGH NJW 1975, 1881*). Konsequenterweise hat deshalb Abs. 1 Satz 2 auch für Schuldversprechen und Schuldanerkennnisse nach §§ 780, 781 die notarielle Beurkundung vorgeschrieben.

- 4 Die Schenkung ist auch dann vollzogen, wenn die Rechtsübertragung **bedingt oder befristet** erfolgte, da auch damit schon vollendete Tatsachen geschaffen sind (*BGH NJW 1970, 1638*). Bei der Einräumung eines Anspruchs gegenüber einem Dritten muß nicht nur dieser Anspruch entstanden sein, der Schenker darf auch keine Mit-Verfügungsbefugnis mehr besitzen. Bei der Zuwendung eines Sparplans oder der Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag darf überher der Schenker nicht mehr selbst über die angesammelten Geldbeträge verfügen können (*BGH NJW 1967, 101*). Wird **eine auf Dauer berechnete Leistung**, z. B. die Überlassung einer Wohnung versprochen, so soll die einmalige Erbringung, z. B. die Einräumung des Besitzes genügen (*BGH NJW 1970, 941*). Dies läßt sich mit der Erwägung rechtfertigen, daß die von § 518 verfolgten Zwecke bereits mit der erstmaligen Leistung erreicht sind und der Empfänger zudem damit rechnet, daß das einmal Gewährte nicht wieder entzogen wird. Anders verhält es sich bei gewöhnlichen Teilleistungen, die den Formmangel nur in der entsprechenden Höhe heilen. (*Soergel/Ballerstedt § 518 Bem. 14*).

§ 519

- (1) Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein angemessener Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird.

(2) Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor.

- 1 Die sog. **Einrede des Notbedarfs** greift nur gegenüber dem noch nicht erfüllten Schenkungsversprechen ein; bei vollzogenen Schenkungen besteht nur das Rückforderungsrecht nach § 528. Der Sache nach handelt es sich um einen Anwendungsfall der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage; wer eine unentgeltliche Leistung verspricht, geht in aller Regel davon aus, nicht selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu geraten. Voraussetzung ist, daß der eigene angemessene Unterhalt oder die Erfüllung gesetzlicher Unterhaltungspflichten durch den Vollzug der Schenkung »gefährdet« wären; eine eindeutige, sicher prognostizierbare Beeinträchtigung ist nicht erforderlich. Bessert sich später die Lage des Schenkers, so fällt die Einrede weg.

§ 520

Verspricht der Schenker eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, so erlischt die Verbindlichkeit mit seinem Tode, sofern nicht aus dem Versprechen sich ein anderes ergibt.

§ 520 enthält eine Auslegungsvorschrift, die insbesondere bei schenkweise übernommenen **Leibrentenversprechen** und **Unterhaltszahlungen** praktisch werden kann. Nicht erfaßt sind die bereits vor dem Tod des Schenkers fällig gewordenen Leistungen. – Die Verpflichtung erlischt im Zweifel auch mit dem Tode des Beschenkten.

§ 521

Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§ 522

Die Berechnung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet.

§ 523

1. Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
 2. Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs. 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung.

§ 524

1. Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
 2. Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die gelieferte Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm anstelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte von der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die §§ 521–524 privilegieren den Schenker im Vergleich zu anderen Schuldnern. Wennschon großzügig erweist, soll nur ausnahmsweise mit Ersatzansprüchen rechnen müssen. Im einzelnen bedeutet dies:
 1. Der Schenker haftet nicht für jedes Verschulden, sondern nur für **Vorsatz** und **grobe Fahrlässigkeit**. Eine leicht fahrlässig begangene positive Vertragsverletzung führt daher keinen Schadensersatzanspruch aus, eine leicht fahrlässige Verzögerung führt nicht zum Verzug.
 2. Die Art der Haftungserleichterung des § 521 Verzug ein, so muß der Schen-

- ker lediglich den nachgewiesenen Schaden, **nicht** aber die gesetzlichen **Verzugszinsen** nach § 288 bezahlen.
- 4 – Verschenkt der Schenker einen bereits zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand, so haftet er nur für einen **arglistig verschwiegenen Rechtsmangel**. Mußte er sich den Gegenstand erst noch verschaffen, haftet er für Rechtsmangel, die ihm beim Erwerb bekannt waren oder infolge grober Fahrlässigkeit bekannt blieben.
- 5 – Der Schenker haftet nur für solche **Sachmängel**, die er **arglistig verschwiegen** hat. Bei Gattungsschulden kann die Lieferung einer fehlerfreien Sache nur unter besonderen, in § 524 Abs. 2 festgelegten Bedingungen verlangt werden. Das BGB bringt insoweit die sprichwörtliche Weisheit zum Ausdruck, wonach man einem geschenkten Gaul nicht ins Maul schaue.
- 6 Die **Haftung des Schenkers** kann **erweitert**, z. B. an die des Verkäufers angeknüpft werden. Eine entsprechende Abrede bedarf der Form des § 518. Auf Gefälligkeitsverhältnisse finden die §§ 521 ff. keine Anwendung (*BGH VersR 1963, 497*); insoweit verbleibt es bei den allgemeinen Vorschriften über das Recht der unzulässigen Handlung.

§ 525

- (1) Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die **Vollziehung** der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.
- (2) Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

§ 526

Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Pflichttrag ausgeglichen wird. Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen.

§ 527

- (1) Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die **Herausgabe** des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabener ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.
- (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

- 1 Durch die **Schenkungen unter Auflage** wird der Beschenkte zu einem bestimmten

Der Unterlassene im Sinne des § 241 verpflichtet. Voraussetzung ist, daß auch die Auflage verbindlich vereinbart ist und nicht nur eine Empfehlung oder ein »guter Rat« für die Verwendung des Geschenks ausgesprochen wurde. Da die Auflage nur ein »Nebenzweck« der Schenkung ist, wird sie in der Regel nur einen Teil des Zugewendeten aufzehren. Der **Übergang zur gemischten Schenkung** ist bekannt; letztere dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn der Schenker oder ein ihm tabestehende Person begünstigt ist und wenn die Leistung Zug um Zug gegen die Hergabe des Geschenks erfolgen soll. Muß der »Beschenkte« das Erhalten im vollen Umfang an einen Dritten weitergeben, so liegt überhaupt keine Schenkung, sondern ein fiduziarisches Rechtsgeschäft vor. Ein Hofübernahmevertrag, durch den der Hoferbe zur Abfindung seiner Geschwister verpflichtet wird, stellt in der Regel eine Schenkung unter Auflage dar.

Der Schenker kann die **Vollziehung der Auflage** verlangen; bevor er seinerseits geteilt hat, besitzt er nach § 525 Abs. 1 allerdings nur einen aufschiebend befristeten Anspruch. Wird durch die Auflage ein Dritter begünstigt, so hat auch dieser einen Erfüllungsanspruch, sobald die Schenkung vollzogen ist, §§ 330 Abs. 2, 331. Nach dem Tod des Schenkers kommt als weiterer Anspruchsberechtigter die sachkompetente zuständige Behörde hinzu, allerdings nur, wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, insbesondere gemeinnützigen Zwecken dient.

Die Schenkung darf für den Beschenkten nicht zu einem **Verlustgeschäft** werden. Über den Wortlaut des § 526 hinaus kann er die Erfüllung der Auflage insoweit verweigern, als seine Aufwendungen den aktuellen Wert des Geschenks übersteigen würden. Dies wird insbesondere bei einem allgemeinen Kaufkraftschwund, aber auch dann der Fall sein, wenn der Beschenkte die Schenkung zu hoch einschätzte oder die Auflage zu niedrig einschätzte.

Wird die Auflage **schuldhaft nicht erfüllt**, so kann das Geschenk insoweit zurückgefordert werden, als es hätte für die Auflage verwendet werden müssen, § 527. Unverschuldete Unmöglichkeit reicht nicht aus, es müssen vielmehr die Voraussetzungen der §§ 325, 326 vorliegen. War die Auflage unwirksam, so läßt dies die Wirksamkeit der Schenkung im Regelfall unberührt.

§ 528

So weit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungewollten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden. Auf die Verweigerung des Beschenkten finden die Vorschriften des § 760 sowie die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltende Vorschrift des § 1613 und im Falle des Todes des Schenkers auch die Vorschriften des § 1615 entsprechende Anwen-

- (2) Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.

§ 529

- (1) Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes 10 Jahre verstrichen sind.
- (2) Das gleiche gilt, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet sind.

- 1 Anders als die Notbedarfseinrede des § 519 setzt die Rückforderung nach § 529 **aktuelle Bedürftigkeit des Schenkers**, nicht nur eine Gefährdung seines Unterhalts (oder des Unterhalts seiner Familienangehörigen) voraus. Dem Schenker wird deshalb zugemutet, zunächst die Substanz seines Vermögens anzugehen, doch braucht er keine unwirtschaftliche Verwertung zu versuchen. Bedürftigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schenker seinerseits einen Unterhaltsanspruch gegen Familienangehörige besitzt. **Juristische Personen** können sich auch dann nicht auf § 528 berufen, wenn sie aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage sind, ihre satzungsmäßigen Ziele zu verfolgen.
- 2 Der Herausgabeanspruch umfaßt nicht automatisch die gesamte Schenkung, sondern nur den **Betrag, der zur Deckung des Unterhalts erforderlich** ist. Der Beschenkte hat seinerseits die Möglichkeit, die Rückgewähr des geschenkten Gegenstands durch Unterhaltszahlung abzuwenden.
- 3 Der Rückforderungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn ausnahmsweise **die Interessen des Beschenkten überwiegen**: Hat der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt, sind seit dem Vollzug der Schenkung 10 Jahre verstrichen oder würde der Beschenkte seinen eigenen Unterhalt gefährden, so greift § 528 nicht ein.

§ 530

- (1) Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht.
- (2) Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat.

§ 531

- (1) Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten.
- (2) Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

§ 532

Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat oder wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntnis erlangt hat, 1 Jahr verstrichen ist. Nach dem Tode des Beschenkten ist der Widerruf nicht mehr zulässig.

§ 533

Auf das Widerrufsrecht kann erst verzichtet werden, wenn der Undank dem Widerrufsberechtigten bekannt geworden ist.

Der **Widerruf wegen groben Undanks** stellt einen weiteren Anwendungsfall der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage dar. Er ist insbesondere für jene Konstellationen gedacht, in denen der Schenker ein bestimmtes Verhalten des Beschenkten erhoffte, in dieser Erwartung jedoch grundlegend enttäuscht wurde. Gerechtfertigt ist seine Anwendung auch bei vorweggenommener Erbfolge, könnte doch ein Testament jederzeit widerrufen und ein Erbvertrag wegen Irrtums über Eigenschaften des Bedachten angefochten werden. Ging es bei der Schenkung nur darum, das eigene Vermögen dem Zugriff potentieller Gläubiger zu entziehen, so kommt es weniger auf den »Undank«, als darauf an, ob der Schenker in der vorgesehenen Weise weiter an den Nutzungen des verschenkten Vermögens partizipiert. In der Regel wird es daran bei »grobem Undank« fehlen, so daß die Anwendung der §§ 530 ff. sachgerecht erscheint. **Juristische Personen** können auch durch ihren Vorstand nicht »undankbar« sein (*OLG Düsseldorf NW 1966, 550*); bei Zuwendungen für gemeinnützige, religiöse oder politische Zwecke ist so von vornherein die Gefahr ausgeräumt, daß durch die Drohung mit einem Widerruf das Verhalten der Organisation beeinflusst wird. § 534 schließt den Widerruf bei Pflicht- und Anstandsschenkungen aus.

Voraussetzung für den Widerruf ist eine **schwere Verfehlung des Beschenkten**; das Verhalten des durch eine Auflage Begünstigten ist ohne Bedeutung. Ob eine »schwere« Verfehlung vorliegt, richtet sich nach den Gesamtumständen des Falles (*BGH NJW 1967, 1082*); gedacht ist insbesondere an erhebliche körperliche Willkürhandlungen, an grobe Beleidigungen und an grundlose Strafanzeigen. Hinzukommen muß eine »tadelnswerte« Gesinnung (*RG 158, 144*), also eine moralisch ablehnende Haltung. Die Tatsache, daß beide Voraussetzungen zusammen nur selten vorliegen werden, ist zu begrüßen, da andernfalls der Beschenkte einer Art Wohlverhaltenskontrolle unterworfen wäre.

Der **Widerruf** erfolgt normalerweise durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist er in einem Testament enthalten, so wird er erst dann wirksam, wenn sein Inhalt dem Beschenkten zugeht. Der Widerruf ist nach näherer Maßgabe des § 532 ausgeschlossen. Ein Verzicht ist erst dann möglich, wenn dem Schenker der »Undank« bekannt geworden ist, § 533.

§ 534

Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu

nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf.

- 1 Auf Pflicht- und Anstandsschenkungen finden die §§ 528 ff. keine Anwendung auch die **Rückforderung** nach § 527 scheidet nach allerdings bestrittener Auffassung aus. Entspricht eine Schenkung nur teilweise den Voraussetzungen des § 527, so finden in bezug auf den Rest die allgemeinen Schenkungsvorschriften Anwendung. Für die Abwicklung des Rückgewähranspruchs bietet sich eine entsprechende Anwendung der für die gemischte Schenkung entwickelten Grundsätze an. Der Gegenstand als solcher ist daher nur dann zurückzuerstatten, wenn seine Zuwendung überwiegend nicht auf den in § 534 genannten Umständen beruht; andernfalls ist nur der Ersatz des überschießenden Werts geschuldet.
- 2 Die Schenkung beruht dann auf einer **sittlichen Pflicht**, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein anständiger Mensch sich so wie der Schenker verhalten hätte. Dies ist etwa der Fall, wenn bedürftigen Geschwister Unterhalt gewährt oder einem Lebensgefährten der Aufbau einer Existenz ermöglicht wird (vgl. *RG HRR 37, 371*).
- 3 Auf **Anstandspflichten** beruhen alle diejenigen Schenkungen, die bei besonderen Anlässen wie Heirat, Geburtstag, Weihnachten usw. gewährt werden. Zu beachten ist, daß nach dem Lebenszuschnitt der Beteiligten übliche Zuwendungen unter Umständen Teil des Unterhalts sind und deshalb gar keine Schenkung darstellen.

gelist hat, nachweisen. Weil aber die Einhaltung von Sorgfaltspflichten insbesondere der durch Schutzgesetze und Unfallverhütungsvorschriften präzisierten Art gefährliche Geschehensabläufe verhüten oder doch beherrschbar machen soll, gelangt die Rechtsprechung darüber hinaus verschiedentlich zu einer **Umkehr der Beweislast**: Bei vom Kläger bewiesenem Verstoß gegen die in Frage stehende Pflicht obliegt es dem Schädiger zu beweisen, daß er alles Mögliche und Zumutbare getan hat, um den Schaden zu verhüten, oder daß der Unfall auch bei Erfüllung der Pflicht eingetreten wäre und deshalb nicht auf der geschaffenen Gefahr beruht (*BGH VersR* 1963, 532 – nicht ausreichend gesicherter Turm). Gleiches gilt bei **grober Verletzung von Berufspflichten**. Läßt ein Schwimmmeister unter grober Berufspflichtverletzung einen Schwimmschüler üben, so muß er beweisen, daß der Verunglückte auch bei sorgfältiger Überwachung nicht hätte gerettet werden können (*BGH NJW* 1962, 959; vgl. auch *OLG Karlsruhe VersR* 1970, 229, 231 – Wurstverkäufer auf Volksfest; dazu *Stoll* S. 162 ff.; umfassend *Wahrendorf* Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S. 31 ff., 90 ff.; *Kötz* D II 5 deutet diese Beweispraxis zutreffend als Abschwächung der Verschuldenshaftung zugunsten einer gefährdungshaftungsähnlichen Einstandspflicht).

☐ Diese Regeln für Beweislastumkehr gelten auch für die **Arzthaftpflicht**, wenn der Arzt schuldhaft einen groben Behandlungsfehler begeht, der den äußeren Umständen nach geeignet war, gerade den eingetretenen Schaden herbeizuführen; seine Sache ist es, darzutun, daß der Erfolg nicht darauf zurückzuführen ist (*BGH NJW* 1959, 1583; einschränkend für den Fall mitwirkender Mängel eines eingesetzten Gerätes *BGH NJW* 1978, 584; vgl. auch *BGH NJW* 1978, 2337, 2338). Gerade in Arzthaftpflichtprozessen verlagert sich das Beweisthema aber oft auf die tatsächlichen Voraussetzungen rechtfertigender Einwilligung. Möglicherweise vermag der Patient den Kunstfehler, für den er dem objektiven Tatbestand nach die Beweislast trägt, nicht zu beweisen. Da generell der ärztliche Eingriff nur nach wirksam erteilter Einwilligung sanktioniert ist (vgl. oben Rz. 9), wobei die Aufklärung nur dann als Wirksamkeitsvoraussetzung gelten kann, wenn sie umfassend geschah, trägt der Arzt die Beweislast dafür, daß er den Patienten über Komplikationsgefahren und Nebenfolgen der Behandlung ausreichend aufgeklärt hat (vgl. *Deutsch* 209; *BGH NJW* 1978, 587, 588; Rechtsprechungsübersicht bei *Laufs* *NJW* 1979, 1232). Auch kann sich die Beweislast umkehren, wenn die Berufspflicht zu sorgfältiger Dokumentation der Operationsvorgänge verletzt ist (dazu m. w. N. *Stürmer* *NJW* 1979, 1225, 1228).

IV. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

1. Begriff

☐ In der Rechtsprechung des *BGH* ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht anerkannt. In den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 fällt dabei nicht nur der Bestand, sondern **die gesamte wirtschaftliche Tä-**

tigkeit von Unternehmen, unabhängig von ihrer Rechtsform. Erfasst sind neben Sachwerten wie Geschäftsgrundstücken, Einrichtungsgegenständen und Warenvorräten auch die Geschäftsverbindungen, der Kundenkreis und die Außenbeziehungen (BGH 29, 70). »Eingerichtet und ausgeübt« ist der Gewerbebetrieb schon dann, wenn eine planmäßige Tätigkeit entfaltet wird, ohne daß er bereits »auf wirtsch. Touren« läuft, doch reichen ein bloßes Projekt oder gelegentliche Versuche einer planmäßigen Produktion nicht aus (BGH NJW 1969, 1297).

2. Eingrenzung des Schutzzumfangs

- 33 Wollte man den Grundsatz, daß die gesamte gewerbliche Betätigung in all ihren Ausstrahlungen durch § 823 Abs. 1 geschützt ist, konsequent verwirklichen, müßte dies zwangsläufig zu einer **Versteinerung der vorhandenen Marktstrukturen** führen: Wäre das Abwerben von Kunden eine unerlaubte Handlung, könnte es keinen Wettbewerb mehr geben. Die Rechtsprechung hat sich deshalb bemüht, den Schutzzumfang auf ein für die bestehende Wirtschaftsordnung erträgliches Maß zu reduzieren.
- 34 a) Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist selbständig gegenüber anderen Schutznormen und soll nur dann eingreifen, wenn anderwärts eine »Schutzlücke« auftreten würde. Dies hat insbesondere zwei Konsequenzen:
- 35 – Soweit **Wettbewerbshandlungen** in Frage stehen, geht das UWG vor; es besteht keine Anspruchskonkurrenz (BGH 36, 255; 43, 361). Es gilt deshalb ausschließlich die kurze Verjährungsfrist des § 21 UWG, nicht die längere des § 852 (BGH NJW 1973, 2285).
- 36 – Richtet sich der Eingriff lediglich gegen **selbständige, vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter**, so kann ein Schadensersatzanspruch nur auf ihre Verletzung gestützt werden (BGH 29, 74). Dies gilt insbesondere für das Sacheigentum, wobei es nach allgemeinen Grundsätzen auch darauf ankommt, ob dieses unmittelbar oder unter Zwischenschaltung weiterer adäquater Ereignisse verletzt wurde (BGH 41, 123). Das Recht am Gewerbebetrieb greift auch dann nicht ein, wenn das Unternehmen dadurch einen Schaden erlitten hat, daß ein Arbeitnehmer (BGH 7, 36), ein geschäftsführender Gesellschafter (OLG Celle BB 1960, 117) oder der Inhaber selbst (BGH NJW § 823 [Da] Nr. 4) körperlich verletzt wurde.
- 37 b) Eingriffe müssen sich weiter unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, sie müssen **betriebsbezogen** sein. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn bei Reparaturen ein Kabel beschädigt und so die Stromzufuhr unterbrochen wird (BGH 29, 65; BGH NJW 1976, 1741; BGH BB 1977, 1419) oder wenn es zu Verkehrsstauungen kommt, die jedermann als sozial adäquate Unannehmlichkeiten hinnehmen muß (BGH NJW 1977, 2264). Das Erfordernis der Betriebsbezogenheit ist nach Auffassung des BGH unentbehrlich, »wenn der von der Rechtsprechung erarbeitete Deliktsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht in einen allgemeinen deliktischen Vermögensschutz für Gewerbetreibende

„soll« (BGH NJW 1976, 1741). Die praktische Handhabung weist jedoch sowohl Unsicherheiten auf, so wenn erwogen wird, die »Störung« eines Preisbildungssystems für Verlagserzeugnisse als Eingriff in den Gewerbebetrieb zu behandeln (BGH BB 1967, 773). Die Einbeziehung dürfte allerdings schon daran scheitern, daß einem in § 16 GWB zugelassenen Ausnahmetatbestand eine im Gesetz nicht vorgesehene Immunität gegen bestimmte, durchaus legale Formen von Wettbewerb gewährt würde.

- Der Eingriff in den Gewerbebetrieb begründet **keine »Regelvermutung«** zugunsten eines rechtswidrigen Verhaltens. Wie im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Rz. 66) hängt die **Rechtswidrigkeit** vielmehr von den gesamten Umständen, insbesondere der Art der Schädigung und der Existenz kollidierender Rechtsgüter ab (BGH 45, 296 f., 307; Soergel-Zeuner Bem. 74). Dies ist insbesondere im Bereich »gewerbestörender« Kritik von Bedeutung. Weiter versagt das Recht am Gewerbebetrieb gegenüber dem Eigentum; ist ein Pachtvertrag wirksam gekündigt, so liegt auch dann kein zum Schadensersatz verpflichtender Eingriff vor, wenn die Fortführung des Gewerbebetriebs dadurch unmöglich gemacht wird (BGH NJW 1969, 1207).

3. Einzelfälle

- Trotz dieser Einschränkungen bleibt für das Recht am Gewerbebetrieb ein **beschränkter Anwendungsbereich**. Fragt man nach der Herkunft potentieller Verletzungshandlungen, so ergeben sich folgende Fallgruppen:
- Vom Wettbewerbsrecht nicht mehr erfaßt ist die sog. **unberechtigte Schutzrechtsverwarnung**. Sie liegt dann vor, wenn ein Unternehmen unter Berufung auf ein ihm zustehendes gewerbliches Schutzrecht einem anderen eine bestimmte geschäftliche Betätigung untersagt, wenn dieses sich fügt und dadurch geschäftliche Nachteile erleidet und wenn sich nach einiger Zeit herausstellt, daß das Schutzrecht in Wirklichkeit überhaupt nicht bestand (BGH 62, 29). Im Ergebnis werden dadurch in der Regel kleinere, an Innovationen interessierte Betriebe geschützt, die aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen eine Auseinandersetzung mit dem Verwarner scheuen und sich deshalb der »Verwarnung« zunächst unterwerfen. Ein Schadensersatzanspruch besteht allerdings nur dann, wenn der Verwarner **unbillig** gehandelt, also nicht alle in Betracht kommenden Überlegungen angestellt hat (BGH 62, 36). Dabei reicht eine Beratung durch fach- und rechtskundige Personen im Regelfall aus. Auch kann sich der Schutzrechtsinhaber auf die Sachkunde des Patentamts verlassen, das trotz Einspruchs die »Erfindungshöhe« beurteilt hat (BGH NJW 1976, 2162). Liegt keine »Verwarnung«, sondern nur eine »Berühmung« vor, droht der Schutzrechtsinhaber also keine Sanktionen an, so handelt der Konkurrent auf eigenes Risiko, wenn er seinen Geschäftsbetrieb **gleichwohl** einschränkt (Staudinger/Schaefer Rz 147). § 823 Abs. 1 findet jedoch Anwendung, wenn der Schutzrechtsinhaber nicht nur »verwarnt«, sondern sogar Klage erhebt (Staudinger/Schaefer a. a. O.).

- 41 Über den traditionellen Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts geht auch der Schutz der berühmten Marke gegen »Verwässerungsgefahr« hinaus. Bedeutender Verkehrsgeltung eines Kennzeichens kann der Inhaber auch branchenfremden Personen den Gebrauch dieses Kennzeichens untersagen und Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 verlangen (*BGH* 28, 314f.). Patente, Gebrauchsmuster, Warenzeichen und Firmen werden auf diese Weise nicht nur für einen bestimmten Markt, sondern für das gesamte Bundesgebiet bei bestimmten Trägern monopolisiert. *Kohl* (Die »Verwässerung« berühmter Kennzeichen, 1975, S. 790) hat an einzelnen nachgewiesen, daß sich die sozialpsychologische Annahme, das Vorhandensein des berühmten Zeichens leide durch die Verwendung in der fremden Branche, nicht mehr aufrechterhalten läßt; im Ergebnis läuft die Rechtsprechung, die übrigens hier nicht nach Unmittelbarkeit oder Betriebsbezogenheit fragt, auf eine einseitige Begünstigung von Großunternehmen hinaus. Daß diese Wertminderung durchaus ernst genommen und konsequent durchgehalten wird, zeigt auch die Whipp-Entscheidung des *BGH* (*BGH* 25, 369f.): Auch die Tatsache, daß für Majonaisseerzeugnisse verwendete Zeichen »mit dem feinen Whipp« und den immer größeren Bekanntheitsgrad des Waschmittels »Whipp« an Attraktivität erheblich einbüßte, führte nicht zu einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch gegen den Inhaber der »berühmten Marke«, da die Erlangung der Berühmtheit von der Rechtsordnung nicht verboten werde. Auf dem Wege nach »oben« soll also ein branchenfremdes Warenzeichen kein Hindernis sein (auch wenn dieses jeden Wert verliert), gehört man einmal zur »Elite«, kann man sich Einmischungen branchenfremder Unternehmen selbstverständlich verhaseln.
- 42 b) Eine ähnliche Grundtendenz kommt in der Rechtsprechung des *BGH* zum Ausdruck, wonach es keinen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellt, wenn ein Gläubiger gegen seinen Schuldner einen **unberechtigten Konkursantrag** stellt (*BGH* 36, 18): Typischerweise wird sich die auf diese Weise zugelassene Vermögensschädigung zu Lasten kleinerer, wenig kapitalkräftiger Unternehmer auswirken. Die vom *BGH* angebotene Ersatzlösung, dann eine Ersatzpflicht anzuerkennen, wenn die Tatsache der Antragstellung ohne einsichtigen Grund weitergegeben wird (*BGH* 36, 23), überzeugt nicht, da es im Streitfalle außerordentlich schwerfallen wird, den Antragsteller als Informationsquelle namhaft zu machen (siehe auch *Baur JZ* 1962, 94; vgl. weiter *Hopt* Schadensersatz aus unberechtigtem Verfahrenseinleitung, 1968). Für eine volle Anwendung des § 823 Abs. 1 spricht auch die Parallele zu der im Klagewege vorgenommenen Schutzrechtsverletzung.
- 43 c) Verweigert die Marktgegenseite den Abschluß von Verträgen, verhalten sich die Verbraucher auf den Kauf von südafrikanischen oder chilenischen Waren, ist dies auch dann eine rechtmäßige Ausübung der Vertragsfreiheit, wenn eine größere Zahl von Personen sich in dieser Weise verhält. Zum Rechtsgrundlage der »Käuferstreik« oder »Verbraucherboykott« erst dann, wenn das gemeinsame Verhalten der Verbraucher durch unmittelbar Beteiligte oder Dritte organisiert wurde. Schwächste Form ist die bloße Aufforderung, nichts mehr zu kaufen, stärkste Form wäre die Ankündigung von Sanktionen für den Fall, daß weiter boykottierte Waren gekauft werden. Nach herrschender Auffassung muß der

Die Abwägung zwischen dem Recht am Gewerbebetrieb und den mit dem Boykott verfolgten Interessen stattfinden; nur wenn das erstere überwiegt, liegt ein unrechtmäßiger Eingriff vor (vgl. *Soergel/Zeuner* Bem. 84). So ist es etwa zulässig, aus ideellen Gründen vom Kauf bestimmter Waren abzuraten, etwa wegen der Grausamkeit der Robbenjagd vor Seehundmänteln zu warnen, Zigaretten als »Tod auf Raten« anzuprangern oder Kriegsspielzeug als »gefährlich für den Charakter« abzulehnen. (*OLG Frankfurt* DB 1969, 697). Erst recht ist bloße Kritik an gewerblichen Erzeugnissen legal. Zulässig ist auch die Aufforderung, bestimmte Waren oder bei bestimmten Händlern nicht mehr zu kaufen, weil die Preise zu hoch seien. Die Grenze der Rechtmäßigkeit ist erst überschritten, wenn die Aufforderung auf falsche Tatsachenbehauptungen gestützt wird (*OLG Frankfurt a. a. O.*) oder wenn für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen wie ein Verbandsausschluß angedroht werden (vgl. die im Blinkfuer-Urteil entwickelten Grundsätze: *BVerfG* 25, 256 f.). Soll ein legaler Arbeitskampf durch einen Käuferstreik unterstützt werden, greift Art. 9 Abs. 3 GG ein, der nach allerdings bestimmter Auffassung auch die Androhung von Sanktionen bei unsolidarischem Verhalten zuläßt (*Däubler* Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 181 m. w. N.).

Ein Eingriff in den Gewerbebetrieb kann weiter dann vorliegen, wenn durch eine **Demonstration** die Auslieferung von termingebundenen Waren verhindert wird (*BGH* 59, 35 für die Blockade von Springer-Zeitungen an Ostern 1968). Für die Rechtswidrigkeit soll es auf die jeweiligen Umstände, insbesondere darauf ankommen, ob die Behinderung Ziel oder nur unbeabsichtigte Nebenwirkung der Demonstration war (*BGH* a. a. O.). Auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung läßt sich ein solches Ergebnis schwerlich vermeiden, obwohl auf diese Weise Zivilrechtsnormen entgegen ihrer eigentlichen Funktion das Verhalten bei politischen Auseinandersetzungen reglementieren (kritisch insbesondere *Wiethölter* KJ 1970, 130).

Das Recht am Gewerbebetrieb ist weiter dann verletzt, wenn die Beschäftigten einen rechtswidrigen **Arbeitskampf** durchführen (*BAG* AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, st. Rspr.). Als Konsequenz droht die Schadensersatzpflicht jedes einzelnen Streikteilnehmers (*BAG* AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) sowie – was in der Praxis wichtiger ist – der an der Aktion beteiligten Gewerkschaft (*BAG* AP Nr. 1, 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf); auch hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Streik durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen, was in aller Regel einem endgültigen Abbruch gleichkommt (näher dazu *Faupel* DB 1971, 816 und *Zeuner* RdA 1971, 1). Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liefert so die Mittel, um die **Einschränkungen des Streikrechts** effektiv werden zu lassen. Neben der Tatsache, daß die Rechtsprechung entgegen einem eigenen Anspruch automatisch auf einen rechtswidrigen Eingriff schließt, wenn nicht der Rechtfertigungsgrund des verfassungsrechtlich garantierten Streikrechts eingreift, spricht gegen diese Handhabung des Rechts am Gewerbebetrieb, daß sie die Arbeitnehmer wie Außenstehende behandelt. Durch das *Wartan*-Mitbestimmungsgesetz, das Betriebsverfassungsgesetz und das Mitbestimmungsgesetz 1976 hat sich dies geändert; aus dem »Dominium« des Unter-

nehmers ist ein »Personenverbund« geworden, d. h. eine Zusammenfassung von Menschen, von denen die einen ihre Arbeitskraft, die anderen Kapital beitragen (so etwa die *Mitbestimmungskommission* BT-Drucksache VI/334 S. 58). Unterbrechungen des Betriebsablaufs, die von den Arbeitnehmern ausgehen, sind damit zu »internen« Störungen geworden, gegen die das Recht am Gewerbebetrieb nicht schützt (*Herschel* DB 1975, 692). Dies zeigt ein Vergleich mit der Kapitalseite: Scheidet etwa der Gesellschafter einer OHG oder KG aus, so entzieht dem Unternehmen Kapital, was für die weitere Entwicklung der Gesellschaft negative Folgen haben kann. Dennoch wird niemand auf die Idee verfallen, den Ausscheidenden wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb in Anspruch zu nehmen. Auch die Gewerkschaft ist nicht »Outsider«, sondern Interessensvertreterin der bei ihr organisierten Belegschaftsmitglieder (ablehnend zur Anwendung des § 823 Abs. 1 auch *Seiter* Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1972, S. 443 ff.).

4. Unternehmensschutz gegen Staatseingriffe

- 46 Die Absicherung des Gewerbebetriebs gegen Staatseingriffe hat erheblich weniger Aufmerksamkeit erfahren als die Ausgestaltung dieses Rechts in der »Dauerichtung«, pflegt man doch Enteignung und Überführung in Gemeineigentum ausschließlich anhand des Sacheigentums und anhand der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten wie Aktie, GmbH-Anteil usw. zu diskutieren. Die Rechtsprechung hatte deshalb bisher fast nur Anlaß, über die Abgrenzung von *Festlegung* und *Eigentumsbindung* bei Betrieben zu entscheiden, die auf einem durch öffentliche Maßnahmen betroffenen Grundstück betrieben wurden. So soll eine *Immobilien* Eigentumsbindung vorliegen, wenn eine Gaststätte schließen muß, weil die vorbeiführende Bundesstraße um 15 Meter verlegt und den Autofahrern *direkter* Zugang erheblich erschwert wird (*BGH* 48, 58). Auf der anderen Seite wurde eine Entschädigung zuerkannt, als ein auf »Laufkundschaft« angewiesenes *Lebensmittel* haus wegen Geschäftsrückganges schließen mußte, der auf längere U-Bahnarbeiten zurückzuführen war (*BGH* NJW 1965, 1907). Entscheidend ist die *Unzumutbarkeit* im Einzelfall, wobei es auf die »Stärke« des Eingriffs und die »Wiederherstellbarkeit« der Beeinträchtigung ankommen soll (*BGH* 57, 366); auch soll von Bedeutung sein, ob nur die Straße ausgebessert wird – die Behinderung des *Verkehrs* wäre Teil des allgemeinen Lebensrisikos – oder ob es wie beim U-Bahn-Bau weiterreichende Belastungen geht (*BGH* NJW 1976, 1312). Die Ausschließung eines Unternehmens von öffentlichen Aufträgen stellt nach der Rechtsprechung dann einen Eingriff in den Gewerbebetrieb dar, wenn sie ohne sachlichen Grund erfolgt (*OLG* Stuttgart WuW 1974, 55). Dies gilt nicht nur im Bereich der Leistungsverwaltung, sondern auch bei fiskalischen Hilfsgeschäften, die auf einem bestimmten Markt oder für bestimmte Unternehmen von großer wirtschaftlicher Bedeutung sind (*OLG* Stuttgart a. a. O.). Das überzeugt nun insoweit, als die öffentliche Hand auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt.

sonst wäre sie über § 26 Abs. 2 GWB hinaus, d. h. stärker als ein Privatunternehmen gebunden: Der Spielraum demokratisch legitimierter Instanzen wäre damit mehr eingeschränkt als die Betätigung von Personen, die ihre Legitimation lediglich aus einem Eigentumstitel ableiten.

47. Seinen Eigentumsschutz in der »Staatsrichtung« genießen **gewerbliche Betätigungen**, die sich auf **Staatsaufgaben** beziehen. So wurde das Vorliegen einer Entziehung abgelehnt, als ein Müllabfuhrunternehmer (zwar nicht rechtlich, wohl aber) wirtschaftlich zur Schließung seines Betriebes gezwungen war, weil die Gemeinde diese Aufgabe selbst übernahm und alle Einwohner zur Benutzung ihrer Einrichtung verpflichtete; das Eigentum des Betroffenen sei der besonderen Natur der Tätigkeit wegen von vornherein mit einer besonderen Pflichtigkeit belastet gewesen, die jetzt nur aktualisiert werde (*BGH* 40, 355). Verallgemeinert man diese Aussage, so genießt das Eigentum im Bereich von Staatsaufgaben nicht den Schutz des Art. 14 GG, was angesichts der Weite zulässiger staatlicher Tätigkeit (s. *Bull* Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973) zu einer »kalten Sozialisierung« weiter Bereiche führen könnte – eine Konsequenz, die der *BGH* sicherlich nicht gewollt hat und die vermutlich auch für die heftige Kritik verantwortlich war, die diese Entscheidung in der Literatur erfahren hat (vgl. *Badura* DÖV 1964, 544; *Bender* NJW 1965, 1297).

5. Recht am »Gewerbebetrieb« auch für Idealvereine und freie Berufe?

48. Die Anwendung des § 823 Abs. 1 auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich macht nicht Schwierigkeiten, wo herkömmlicherweise kein »Gewerbe« betrieben wird. Bei Gewerkschaften neigt die Rechtsprechung zu einer entsprechenden Anwendung des § 823 Abs. 1 (Nachweise bei *Staudinger/Schaefer* Rz 166; anders *BAG* 42 Nr. 10 zu Art. 9 GG). In bezug auf die Arztpraxis zeichnet sich eine entsprechende Entwicklung ab (für Analogie ausdrücklich *OLG München* NJW 1977, 1106; dahingestellt in *BGH* VersR 1965, 694). Die Ausdehnung des deliktischen Schutzes nach § 823 Abs. 1 auf jeden »eingesetzten und ausgeübten« selbständigen Tätigkeitsbereich erscheint nur konsequent, da nicht einsehbar ist, weshalb die Gewinnerzielungsabsicht zu einer deliktsrechtlichen Privilegierung führen sollte. Die von der Rechtsprechung angenommenen Schutzlücken bestehen hier in gleicher Weise.

6. Kritik

49. Die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt der Sache nach der Schaffung einer **Generalklausel** für das Gebiet der gewerblichen Betätigung gleich (v. *Caemmerer* 100 Jahre DJT, Bd. II, S. 90). Einem »Recht am Unternehmen« fehlt die inhaltliche Bestimmtheit anderer subjektiver Rechte, was sich insbesondere bei der Abgrenzung rechtswidriger Eingriffe von

rechtmäßigen Verhaltensweisen bemerkbar macht. Fehlende Rechtsicherheit wirkt sich jedoch im weitesten Sinne zu Lasten der Nicht-Gewerbetreibenden, deren Handlungsmöglichkeiten (Kritik, Käuferstreik, Arbeitsniederlegung, Demonstration usw.) unter Umständen drastisch eingeschränkt werden. Auch die politischen Instanzen erfahren insoweit eine Reduzierung ihrer Befugnisse. Weiter ist es mit dem unser Zivilrecht durchziehenden Wettbewerbsgrundsatz vereinbar, durch den absoluten Schutz eines bestimmten Tätigkeitsbereichs als Ergebnis eine Art Monopolstellung zu gewähren (*L. Raiser JZ 1961, 406; Wächter KJ 1970, 129*). Der **Sonderschutz des gewerblich genutzten** (oder auch des einer selbständigen Tätigkeit zugrundeliegenden) **Vermögens** erweckt schließlich Bedenken im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitsmaßstab, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb das Vermögen anderer Personen, etwa von Arbeitnehmern oder Rentnern, nicht denselben Schutz genießt. Zwar ist es prinzipiell zu begrüßen, daß der *BGH* bei der Bestimmung der Unmittelbarkeit und Betriebsbezogenheit des Eingriffs ausdrücklich betont, es dürfe keinen allgemeinen deliktischen Vermögensschutz für Gewerbetreibende geben (*BGH NJW 1976, 1741; BGH NJW 1977, 2265*), doch zeigen die dargestellten Fallgruppen, daß die Rechtsprechung ihrem eigenen Anspruch nicht gerecht wird.

- 50 Lehnt man nach geltendem Recht die Existenz eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ab, so entstehen keineswegs die von der Rechtsprechung beschworenen »Schutzlücken«. In einer Reihe von Fällen wurde der Schutz gewerblicher Betätigung im Gegenteil auf ein erträgliches, offene sowie Auseinandersetzungen nicht hinderndes Maß reduziert, wenn man lediglich vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Eingriffe nach § 823 mit einer Schadensersatzsanktion beantworten würde. In den Fällen der unerlaubten Schutzrechtsverwarnung und des unberechtigten Konkursantrags, wo ein Schutzbedürfnis zumindest vertretbar erscheint, lassen sich andere Lösungen denken: Es wäre etwa im ersten Fall eine Bewältigung mit Hilfe des zivilrechtlichen Abmahnungsanspruchs oder durch Weiterentwicklung des Begriffs der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG durchaus möglich, während im zweiten Fall das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen könnte, das jedenfalls natürliche Personen vor einer nicht zwingend gebotenen Rufschädigung schützt. Mit einem solchen Abstellen auf die persönliche Betroffensein würde auch Übereinstimmung mit der These des *Bundesverfassungsgerichts* erreicht, wonach der Eigentumsschutz um so schwächer sein kann, je geringer im konkreten Fall der Bezug zur persönlichen Freiheit des Einzelnen ist (*BVerfG NJW 1979, 703*).

7. Warentest

- 51 Bürgerlich-liberales Zivilrecht geht von der stillschweigenden Voraussetzung aus, jeder Mensch besitze als Warenkäufer eine enzyklopädische Warenkenntnis (*Marx Das Kapital, Band 1, MEW Band 23, S. 50 Fn. 5*). Um das in der Realität vorhandene eklatante Informationsdefizit der Verbraucher zu verringern und so

eine rationalere Käuferentscheidung zu erleichtern, wurde das Institut des Waren-
tests entwickelt. Seiner Funktion nach hat es **kompensatorischen Charakter**, ver-
hindert also nur aus der Uninformiertheit von Verbrauchern folgende »marktin-
konforme« Vorteile. Aus diesem Grund ist es unberechtigt, die Grenzen des Wa-
rentests wie die hM unter Rückgriff auf das Recht am Gewerbebetrieb zu bestim-
men. Das Phänomen unsorgfältiger oder mit tendenziösen Wertungen versehener
Tests ließe sich mit Hilfe des UWG bewältigen, sofern der »Angriff« von einem
Konkurrenten ausgeht; liegt kein Wettbewerbsverhältnis vor, so greift bei unrich-
tigen Tatsachenbehauptungen § 824 und bei vorsätzlichen Diffamierungen § 826
an. Im praktischen Ergebnis werden die Unterschiede allerdings nicht sehr gra-
vierend sein, da die Rechtsprechung des *BGH* den Warentest in weitem Umfang
maßstäblich (grundlegend *BGH* 65, 325 f.). Danach gelten folgende **Grundsätze**: Bei
Tatsachenbehauptungen tritt das Recht am Gewerbebetrieb hinter der Sonder-
vorschrift des § 824 zurück. Bei Wertungen, die insbesondere bei der Vergabe von
»Noten« vorliegen, ist zwar § 823 Abs. 1 einschlägig, doch besteht eine **Vermutung**
für die Zulässigkeit des Warentests. Bemüht sich das Testunternehmen um Neu-
tralität und Objektivität, so besitzt es einen erheblichen Spielraum bei der Aus-
wahl von Testobjekten und bei der Darstellung des Ergebnisses (*BGH* 65, 334).
Eine Ersatzpflicht kommt daher in der Regel nur bei bewußten Fehltritten und
Verzerrungen sowie bei bewußt unrichtigen Angaben und einseitiger Auswahl
von Waren in Betracht, also in Fällen, die sowieso zumindest in der Nähe des An-
wendungsbereichs von § 826 angesiedelt sind. Die Grenze der Rechtmäßigkeit ist
auch dort überschritten, wo die Art des Vorgehens bei der Prüfung und die aus den
durchgeführten Untersuchungen gezogenen Schlüsse als nicht mehr vertretbar er-
scheinen; in solchen Fällen verfehlt der Warentest in der Tat sein Ziel. Einzelhei-
ten bei *Assmann-Kübler* ZHR 142 [1978] 413 ff.

V. Recht an der Arbeitskraft als sonstiges Recht?

- Die Befugnis des einzelnen, von seiner Arbeitskraft als abhängig Beschäftigter
Gebrauch zu machen, ist nur in bescheidenem Umfang geschützt. Art. 12 Abs. 1
GG garantiert lediglich das Recht auf freie Wahl, nicht jedoch auf tatsächliche
Verschaffung eines Arbeitsplatzes. Fehlt es an einer genügenden Zahl von freien
Stellen oder findet sich kein Arbeitgeber, der gerade diesen Arbeitnehmer einstellen
will, so bleibt das **Arbeitsvermögen** ungenutzt; der Betroffene ist auf die Ar-
beitslosenversicherung, in letzter Instanz auf die Sozialhilfe angewiesen. Einzelne
Vorschriften von Landesverfassungen, die über das Grundgesetz hinaus ein Recht
auf Arbeit garantieren, werden – soweit man sie überhaupt noch zur Kenntnis
nimmt – als reine Programmsätze interpretiert, aus denen der Bürger keine ein-
klagbaren Ansprüche ableiten kann (*LAG Bayern* AP Nr. 1 zu § 611 BGB Be-
schäftigungspflicht; *BayVerfGH* JZ 1961, 168; zum ganzen siehe *U. Achten u. a.*
Recht auf Arbeit – eine politische Herausforderung, 1978). Die **Schutzlosigkeit**
der Arbeitskraft wird dadurch unterstrichen, daß das *Reichsgericht* im selben

Jahr, in dem es das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erstmals anerkannte, die Ausdehnung des § 823 Abs. 1 auf die Verletzung der Arbeitskraft ablehnte (RG 51, 369). Bei dieser Stellungnahme ist es bis heute der Rechtsprechung geblieben.

- 53 Dieser Zustand ist unbefriedigend. Zwar erfährt die Arbeitskraft einen **mindesten Schutz** dadurch, daß Eingriffe in die Gesundheit und die körperliche Integrität unter § 823 Abs. 1 fallen, doch werden dadurch alle jene Fälle nicht erfaßt, in denen die Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch Diffamierungen u. ä. reduziert oder gar völlig beseitigt werden. Mit einer verbreiteten Ansicht in der neueren Literatur ist deshalb ein **Recht auf »marktgerechte«**, nicht durch unlautere Wertschöpfungen Dritter verzerrte **Verwertung der Arbeitskraft als sonstiges Recht** anzuerkennen (Soergel-Zeuner Bem. 92 m. w. N.). Das bedeutet insbesondere, daß eine Erschwerung des Fortkommens durch unbegründete negative Werturteile oder durch die Behauptung nicht erweislich wahrer Tatsachen unter § 823 Abs. 1 fällt. Die für den zulässigen Inhalt von Zeugnissen entwickelten Grundsätze müssen soweit entsprechend angewandt werden (siehe § 630).
- 54 Das Recht auf marktkonforme Verwertung der Arbeitskraft tritt ähnlich wie das Recht am Gewerbebetrieb hinter all jenen Normen **zurück**, die eine bestimmte Betätigungsform abschließend regeln. Dies gilt aufgrund der arbeitsrechtlichen Vorschriften über den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, den Beschäftigungsanspruch und den Kündigungsschutz für die gesamte Tätigkeit im Betrieb. Um mit Hilfe des § 823 Abs. 1 BGB zu füllende Lücke besteht hier nur insoweit, als um die (z. B. durch unrichtige Vermerke in der Personalakte beeinträchtigte) Aufstiegschancen geht (Däubler Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 145).

VI. Politischer Meinungskampf, allgemeines Persönlichkeitsrecht und Deliktsrechtentwicklung

1. Das System des Persönlichkeitsschutzes

- 55 Was über eine Person gesagt oder wie über sie geurteilt wird, in welchem Zusammenhang sie genannt wird und von wem, das alles kann ebenso **Persönlichkeitswerte** wie **Vermögens- und Erwerbsinteressen** berühren. Die Gesetzesverfasser boten dafür einen weiten normativen Rahmen: § 823 Abs. 1 sollte keineswegs Ehre und Ruf schützen (Prot. II, 573 f.); § 823 Abs. 2 genügte, um Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung, also vorsätzliche Delikte gegen die Ehre, auch schadenersatzrechtlich zu sanktionieren, zudem unter dem Vorbehalt, daß nicht berechnete Interessen im Sinne des § 193 StGB wahrgenommen würden. Da nach § 826 nur eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung betrifft, sollte nur über § 823 eine Äußerung als fahrlässige Beeinträchtigung von Kredit, Erwerb oder Einkommen zu Schadenersatz verpflichten können, falls ihr nicht wiederum die Wahrnehmung berechtigter Interessen zugute gehalten werden konnte. Im Hinblick auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb