

In Fällen, bei denen die Unaufklärbarkeit der Wahrheit feststeht, die Behauptung also ebensowohl wahr wie falsch sein kann, ist es dem Äußerer dann nicht zuzumuten, auf seine Äußerung gänzlich zu verzichten. Andererseits kann von ihm im Interesse des Persönlichkeitsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG erwartet werden, dass er die zweifelhafte Tatsache nicht als unzweifelhaft hinstellt. Den Fachgerichten obliegt es festzustellen, welche Formulierung diesem Erfordernis Rechnung trägt und welche nicht. Das wird nicht immer einfach sein, stellt sie aber auch nicht vor unerfüllbare Aufgaben.

III. Die Rechtslage nach dem Stolpe-Beschluss

Für die Rechtslage nach dem Stolpe-Beschluss des BVerfG gilt Folgendes:

1. Die Rechtsprechung zu Werturteilen bleibt unberührt.

2. Die Rechtsprechung zur Sanktionierung von in der Vergangenheit getanen Tatsachenbehauptungen bleibt unberührt.

3. Die Rechtsprechung zur künftigen Unterlassung von Tatsachenbehauptungen bleibt unberührt, soweit es um wahre oder unwahre Tatsachenbehauptungen geht.

4. Dazwischen gibt es nun aber eine (wahrscheinlich äußerst seltene) weitere Kategorie, bei der es um die künftige Unterlassung herabsetzender Tatsachenbehauptungen geht, deren Wahrheit unauflösbar ist. Für sie gilt die Stolpe-Regel. Im Einzelnen bedarf sie in der Verfassungsrechtsprechung noch genauerer Klärung. Für eine Ausdehnung auf andere Fallkonstellationen besteht kein Anlass²³.

23. Auf den „Babycaust“-Beschluss der Ersten Kammer des Ersten Senats, AfP 2006 S. 349, waren die Stolpe-Grundsätze m.E. nicht übertragbar.

Einschüchterung oder notwendiger Schutz der Persönlichkeit?

Die „Stolpe“-Rechtsprechung des BVerfG in der Praxis

Rechtsanwalt Dr. Roger Mann, Hamburg¹

I. Ausgangspunkt: Die „Stolpe“-Entscheidungen von BGH und BVerfG

Bis zum 25.10.2005 galt nach der Rechtsprechung des BGH auch für Unterlassungsansprüche folgende Zweifelsregel, wie sie in der „Stolpe“-Entscheidung vom 16.06.1998 wiedergegeben ist:

„Sind mehrere sich nicht gegenseitig ausschließende Deutungen des Inhalts einer Äußerung möglich, so ist der rechtlichen Beurteilung nur diejenige zugrunde zu legen, die dem auf Unterlassung in Anspruch Genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt“².

Dem hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 25.10.2005 seine Auffassung gegenüber gestellt, wonach bei Unterlassungsansprüchen

„der Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zugrunde zu legen (sind), die dieses Recht beeinträchtigen“³.

Um diese unterschiedlichen, ja gegensätzlichen Positionen von BGH und BVerfG nachzuvollziehen, muss man sich zunächst noch einmal in der gebotenen Kürze mit dem zugrunde liegenden Sachverhalt beschäftigen:

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der damalige Ministerpräsident des Landes Brandenburg nahm den stellvertretenden Fraktionsvorsitzenden der CDU im Abgeordneten-

haus von Berlin auf Unterlassung der Äußerung in Anspruch, er sei als

„IM-Sekretär, über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes tätig“

gewesen.

Entsprechend hatte sich der Beklagte in einer Sendung des ZDF-Magazins „Frontal“ geäußert.

Nachdem das LG Potsdam dies noch abgelehnt hatte, hatte das OLG Brandenburg den Beklagten auf der Grundlage der §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB (analog) in Verbindung mit § 186 StGB wegen übler Nachrede zur Unterlassung verurteilt.

2. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hob das Urteil des OLG Brandenburg auf und wies die Klage ab. Dabei ging der BGH davon aus, dass die beanstandete Aussage „mehrdeutig“ sei:

Sie könne einmal so verstanden werden, dass der Kläger aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Verpflichtungserklärung im Auftrag der Stasi gearbeitet habe. Diese Auslegung hatte das OLG seiner Verurteilung des Beklagten zugrunde gelegt, ohne eine andere Auslegungsmöglichkeit in Betracht gezogen zu haben.

Der BGH hielt dies jedoch nicht für die einzig mögliche Deutung. Die beanstandete Äußerung könne auch so verstanden werden, dass der Kläger gegenüber dem Staatssicherheitsdienst der ehemaligen DDR ohne eine entsprechende Verpflichtungserklärung Dienste geleistet habe, indem er im Rahmen seiner unstrittigen Kontakte „aus welchen Motiven auch immer“, bewusst und gewollt „wie ein Beauftragter“ Informationen über Dritte oder bestimmte Vorgänge geliefert habe.

Unter Anwendung der Zweifelsregel legte der BGH nach dem Günstigkeitsprinzip diese Auslegung der Erstmitteilung seiner Entscheidung zugrunde. Dies allein führte jedoch nicht zur Rechtmäßigkeit der Äußerung, denn der Beklagte konnte auch den Tatsachengehalt dieser Äußerung nicht beweisen.

1. Der Beitrag entspricht dem vom Verfasser anlässlich der 102. Tagung des „Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit“ am 07.12.2007 in Saarbrücken gehaltenen Vortrag. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts bedankt sich der Autor bei Rechtsreferendar Bastian Krüger und Rechtsfachwirtin Cindy Warner.

2. BGH, AfP 1998 S. 506 (507) – Stolpe/ IM-Sekretär; vgl. auch BGH, AfP 2000 S. 167 (169) – Sticheleien von Horaz; AfP 2002 S. 169 (171) – Zuschussverlag; AfP 2004 S. 124 (125) – Caroline v. Monaco IV; AfP 2004 S. 56 – Klinik Monopoly; OLG München, NJW 2004 S. 224 (227); OLG Köln, NJW-RR 2000 S. 829 (831); Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, 4. Kap., Rdn. 2.

3. BVerfG, AfP 2005 S. 544 (546) – Stolpe/ IM-Sekretär.

Im Rahmen des zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs trägt jedoch derjenige, der eine ehrenrührige Tatsache über einen Dritten verbreitet, nach der über § 823 Abs. 2 BGB in das Zivilrecht transferierten Beweislastregel des § 186 StGB die Beweislast für diese Behauptungen⁴. Da sich der Wahrheitsgehalt der beanstandeten Aussage nicht mehr feststellen ließ, wäre danach eine Beweislastentscheidung zulasten des Beklagten zu fällen, wenn die Prüfung hier beendet wäre.

Der BGH hatte jedoch darüber hinaus zu prüfen, ob der Beklagte nicht gleichwohl in Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB gehandelt hatte. Damit wäre die Äußerung trotz ihrer Nichterweislichkeit nicht rechtswidrig gewesen und ein Unterlassungsanspruch nicht gegeben. Dazu war wiederum zu prüfen, ob der Beklagte vor der Äußerung die erforderlichen Sorgfaltspflichten eingehalten hatte⁵.

Der Beklagte unterlag als Politiker nicht den Anforderungen der pressemäßigen Sorgfalt. Er konnte sich nach Auffassung des BGH auf die vorliegenden Berichte u.a. des Untersuchungsausschusses des Brandenburgischen Landtages und des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes und die Berichterstattung darüber in den Medien verlassen. Mangels Rechtswidrigkeit der Erstmitteilung fehlte es damit an der für den Unterlassungsanspruch erforderlichen Wiederholungsgefahr⁶. Die Verurteilung durch das OLG war konsequenterweise aufzuheben und die Klage abzuweisen.

3. Die Entscheidung des BVerfG

Für die weitere Betrachtung steht die Umkehrung der Zweifelsregel durch die anschließende Entscheidung des BVerfG vom 25.10.2005 im Mittelpunkt, obwohl das BVerfG in diesem Beschluss auch die Beurteilung des BGH zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Beklagten massiv kritisierte⁷. Hauptgegenstand der sich an diese Entscheidung des BVerfG anschließenden Diskussion ist jedoch die Umkehrung der Zweifelsregel für Unterlassungsansprüche und deren Begründung:

Das BVerfG bestätigte zunächst die Anwendung der Zweifelsregel auf Urteile, die mehrdeutige Äußerungen mit einer straf- oder zivilrechtlichen Sanktion belegen.

Derartige „Sanktions-Urteile“ lägen vor, wenn es sich um ein Strafurteil oder ein die Verurteilung zum Schadensersatz, zum Widerruf oder zur Berichtigung aussprechendes zivilgerichtliches Urteil handele⁸. In der dieses Urteil fortschreibenden Entscheidung „Babycaust“ wird ausdrücklich auch die Verurteilung zum Ersatz „immaterieller Schäden“, also die Geldentschädigung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 1, 2 GG genannt⁹.

Begründet wird die Anwendung der Zweifelsregel in diesen Fällen in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG damit, dass eine derartige staatliche Sanktion

„wegen ihrer einschüchternden Wirkung die freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen könnte“¹⁰.

Unterlassungsurteilen – oder anders ausgedrückt gerichtliche Verbote bestimmter Aussagen – spricht das BVerfG in dieser Entscheidung jedoch eine vergleichbare „einschüchternde Wirkung“ ab. Dies ist das tragende Argument der „Stolpe“-Entscheidung des BVerfG.

Das BVerfG meint, der Äußernde habe ja bei einer Aussage, die mehrdeutig sei, die Möglichkeit, ihr zukünftig einen eindeutigen Inhalt zu geben. Sehe er sich dazu nicht in der Lage, seien der Entscheidung über das gerichtliche Verbot „alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zugrunde zu legen“, die das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen beeinträchtigen.

Das BVerfG macht auch klar, wie der Äußernde klarzustellen habe, welcher Äußerungsinhalt der rechtlichen Prüfung zugrunde zu legen ist: Er könne ein Unterlassungsurteil vermeiden, wenn er

„eine ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung abgibt, die mehrdeutige Äußerung, der eine Aussage mit persönlichkeitsrechtsverletzendem Inhalt entnommen werden kann, nicht oder nur mit geeigneten Klarstellungen zu wiederholen“¹¹.

Es stellt sich die Frage, ob die These, dass der Äußernde es bei einem auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch selbst in der Hand habe, ob er zur Unterlassung verurteilt wird und ob deshalb von einer derartigen Verurteilung mit Blick auf die Meinungs- und Pressefreiheit kein Einschüchterungseffekt ausgehen könne, einem Praxistest standhält.

II. Die „Stolpe-Rechtsprechung“ in der Praxis

1. Wie erkennt der Äußernde, dass seine ursprüngliche Äußerung „mehrdeutig“ ist?

Die Argumentation des BVerfG in der „Stolpe“-Entscheidung lässt offen, auf welche Art und Weise der Äußernde zu der Erkenntnis gelangt, dass seine Äußerung mit einer oder mehreren „nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten“ die Persönlichkeitsrechte eines anderen verletzen könnte. In der Regel wird diese Erkenntnis nicht von alleine reifen, sondern aufgrund der Abmahnung eines Dritten, der sich von der beanstandeten Äußerung betroffen fühlt. Dieser kann seinen Unterlassungsanspruch auf die zivilrechtlichen Tatbestände der Kreditschädigung (§ 824 BGB), der Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte durch üble Nachrede (§§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB [analog] i.V.m. § 186 StGB) oder als Auffangtatbestand auf die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 BGB (analog)) stützen. Der Äußernde, der sich mit einer derartigen Abmahnung konfrontiert sieht, hat nun nach Ansicht des BVerfG nicht nur die Möglichkeit,

„sich in Zukunft eindeutig auszudrücken“,

sondern auch

„klarzustellen, welcher Äußerungsinhalt der rechtlichen Prüfung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zugrunde zu legen ist.“

Dies stellt den Abgemahnten vor eine Reihe von Problemen:

Zunächst muss er entscheiden, ob der Bedeutungsgehalt, der der Abmahnung durch den Betroffenen zugrunde gelegt wird, tatsächlich eine

„nicht entfernt liegende Deutungsvariante seiner Aussage darstellt.“

Will er es insbesondere wegen des damit verbundenen Prozesskostenrisikos nicht auf eine gerichtliche Überprüfung ankommen lassen, so wird er im Zweifel die geforderte Erklärung abgeben.

4. Vgl. BVerfG, AfP 1992 S. 53 (56) – Bayer; AfP 1999 S. 57 (60) – Helnwein; Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 133; Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl. 2008, Rdn. 826; Grimm, NJW 1995 S. 1697 (1702).

5. BGH, AfP 1998 S. 506 (508) – Stolpe/ IM-Sekretär; vgl. dazu auch BVerfG, AfP 1999 S. 57 (60) – Helnwein; AfP 2000 S. 272 (274) – FAP; BGH, AfP 1987 S. 597 (598) – Chemiegift; NJW 1993 S. 525 (527) – Ketten-Mafia; AfP 1994 S. 295 (297) – Verdeckte Behauptung I; AfP 1996 S. 144 (146) – Lohnkiller; OLG Brandenburg, NJW-RR 2002 S. 1269 (1270) = AfP 2003 S. 163 ff.; Damm/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 652; Grimm, NJW 1995 S. 1697 (1702).

6. Vgl. BGH, GRUR 1973 S. 208 (209) – Neues aus der Medizin; NJW 1987 S. 3251 (3253) – Wiederholte Unterwerfung II; GRUR 1992 S. 318 (319) – Jubiläumsverkauf; AfP 2004 S. 540 (542) – Rivalin von Uschi Glas I; LG Göttingen, NJW 1996 S. 1138 (1139); Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 7; Damm/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 802; Prinz/Peters, Medienrecht 1999, Rdn. 327; Soehring, Presserecht, 3. Aufl. 2000, Rdn. 30.6; Steffen, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, Rdn. 263 zu § 6 LPG.

7. BVerfG, AfP 2005 S. 544 (547) – Stolpe/ IM-Sekretär.

8. Vgl. BVerfG, AfP 1977 S. 274 – CDU-Baron-Flugblatt; AfP 1992 S. 53 (54) – Bayer; AfP 2005 S. 544 (546) – Stolpe/ IM-Sekretär.

9. BVerfG, AfP 2006 S. 349 (353) – Babycaust.

10. Vgl. BVerfG, AfP 1977 S. 274 – CDU-Baron-Flugblatt; NJW 1980 S. 2069 (2070) = AfP 1981 S. 268 ff. – Kunstkritiker; NJW 1996 S. 1529 (1530) – DGHS; AfP 1999 S. 57 (60) – Helnwein; AfP 2005 S. 544 (546) – Stolpe/ IM-Sekretär.

11. BVerfG, AfP 2005 S. 544 (546) – Stolpe/ IM-Sekretär.

Wenn er sich zur Abgabe einer außergerichtlichen Erklärung entschließt, stellt sich die Frage, welchen Inhalt diese Erklärung haben muss.

2. „Eindeutige und ernsthafte Erklärung“?

Das BVerfG spricht in der „Stolpe“-Entscheidung davon, der Äußernde habe die Möglichkeit „klarzustellen, welcher Äußerungsinhalt der rechtlichen Prüfung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zugrunde zu legen ist“.

Eine derartige Klarstellung würde jedoch auch auf der Grundlage der Argumentation des BVerfG wohl kaum ausreichen, wenn der Äußernde sich nicht zugleich verpflichtet, es zu unterlassen, die ursprüngliche Äußerung ohne jede Klarstellung zu verbreiten.

Die nächste Frage, die sich dem Äußernden nun stellt ist, welche Qualität diese Unterlassungserklärung haben muss. Die dem Äußernden durch das BVerfG zunächst eingeräumte Möglichkeit der „Klarstellung“ könnte darauf hindeuten, dass das BVerfG die ursprüngliche Äußerung bis zur Konfrontation mit einer entsprechenden Deutungsmöglichkeit als rechtmäßig ansieht und erst bei einer Weigerung zur Klarstellung von einer rechtswidrigen Äußerung ausgeht, die dann die Gefahr einer erstmaligen rechtswidrigen Verbreitung, die sog. Erstbegehungsgefahr¹², auslösen würde. Für die Kostenfolge ist dies eine entscheidende Weichenstellung.

Dagegen spricht jedoch schon rein formal, dass das BVerfG in der „Stolpe“-Entscheidung ausdrücklich darauf hinweist, dass der Äußernde eine auf Unterlassung zielende Verurteilung des Zivilgerichts

„nach der Rechtsprechung vermeiden kann, wenn er eine ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung abgibt, die mehrdeutige Äußerung nicht oder nur mit einer geeigneten Klarstellung zu wiederholen“.

Die dazu zitierten Rechtsprechungsnachweise und Literaturstellen beziehen sich ausnahmslos auf die Beseitigung einer durch eine rechtswidrige Äußerung entstandenen Gefahr der Wiederholung dieser Äußerung, der sog. Wiederholungsgefahr¹³, durch eine mit einer Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungserklärung.

Es ist auch nicht erkennbar, warum auf der Grundlage des Gedankengerüsts dieser Entscheidung die erstmalige Verbreitung einer mehrdeutigen Aussage, die auch eine persönlichkeitsrechtsverletzende Deutungsvariante zulässt, in irgendeiner Weise privilegiert werden sollte. Anerkannt ist eine derartige Privilegierung etwa, wenn die pressemäßige Sorgfalt eingehalten worden ist, weil sich ein Presseorgan bei der Verbreitung einer Tatsache, die sich im Nachhinein als unzutreffend herausstellt, auf eine anerkannte Nachrichtenagentur, wie z.B. „dpa“, stützen konnte¹⁴. In diesen Fällen hat das Presseorgan in Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB gehandelt, weshalb die erstmalige Verbreitung der Meldung nicht rechtswidrig war. Erst wenn die Presse, z.B. durch eine Korrekturmeldung der Agentur, eine Abmahnung oder einen sonstigen Hinweis des Betroffenen oder Dritter Kenntnis davon erlangt, dass die Agenturmeldung in dem beanstandeten Punkt unzutreffend war, darf sie diese Meldung nicht weiter verbreiten.

Gleiches gilt grundsätzlich, wie im Fall „Stolpe“, wenn jemand außerhalb der Presse allein in Wahrnehmung der Meinungsfreiheit, z.B. als

Politiker, Tatsachen verbreitet und sich dabei etwa auf unwidersprochene Presseberichte berufen kann. Das gilt zumindest in Fällen, in denen es nicht nur um Äußerungen privater Natur geht, sondern um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit. In diesen Fällen ist auf der Grundlage einer nach Art. 5 Abs. 1 GG und § 193 StGB vorzunehmenden Güterabwägung zu prüfen, ob der Betroffene angesichts der ihm im Einzelfall zuzumutenden Nachprüfungspflichten in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat, auch wenn sich die Behauptung nicht beweisen lässt, oder im Nachhinein sogar als falsch herausstellt¹⁵. Dabei darf er indes eine bekanntermaßen umstrittene bzw. bestrittene Äußerung nicht als feststehend darstellen¹⁶.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Verbreitung der ursprünglichen Mitteilung auf der Grundlage der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt. Da es an einer rechtswidrigen Erstmitteilung fehlt, entsteht bei sofortiger Reaktion auf einen entsprechenden Hinweis, wonach diese Mitteilung falsch ist, mangels Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr kein Unterlassungsanspruch. Dies wiederum hat zur Konsequenz, dass die Presse bzw. ein anderer Äußernder im Fall einer Abmahnung keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben muss und auch die Kosten einer anwaltlichen Abmahnung nicht zu tragen hat.

Ein Grund für eine vergleichbare Privilegierung bei der Verbreitung mehrdeutiger Äußerungen lässt sich der „Stolpe“-Entscheidung des BVerfG nicht entnehmen. Im Gegenteil: Wie die Formulierung „ernsthafte und inhaltlich ausreichende Erklärung“ und die dazu wiedergegebenen Zitate zeigen, geht das BVerfG offensichtlich davon aus, dass bereits die erstmalige Verbreitung einer mehrdeutigen Äußerung rechtswidrig ist.

Dies hätte zur Konsequenz, dass diese Verbreitung Wiederholungsgefahr auslöst, die nur durch eine vertragsstrafbewehrte Unterlassungserklärung beseitigt werden kann¹⁷. Das hätte weiterhin zur Konsequenz, dass der Äußernde aufgrund der stattgefundenen Rechtsverletzung die Abmahnkosten des Betroffenen aus § 824 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 186 StGB oder § 823 Abs. 1 BGB und nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag erstatten muss¹⁸.

3. Klarstellung der Äußerung?

Will er eine derartige kostenträchtige Abmahnung bei zukünftigen Äußerungen zum gleichen Thema vermeiden, erhält er vom BVerfG dazu folgende Anleitung:

„Der Äußernde kann sein Äußerungsanliegen in freier Selbstbestimmung in einer das Persönlichkeitsrecht nicht verletzenden Art und Weise weiterverfolgen. Sieht er sich dazu nicht in der Lage, trifft er auf die im Persönlichkeitsschutz begründete Schranke der Meinungsfreiheit.“

Diese Argumentation lässt den Äußernden mit seinem Bemühen, sich rechtskonform zu verhalten, völlig alleine. Dazu findet sich bereits in der abweichenden Meinung der Richterin Rupp-von Brünneck zu der Entscheidung „Deutschlandstiftung“ des BVerfG¹⁹ Folgendes:

„Was hätten also die Beschwerdeführer denn sagen dürfen oder was dürfen sie in Zukunft sagen, um die inhaltsgleiche Kritik zum Ausdruck zu bringen? Eine klare Antwort darauf lässt sich weder dem Urteil des

12. Vgl. BVerfG, AfP 1999 S. 57 (60) – Helnwein; AfP 1999 S. 159 (161) – Stasi-Gehaltslisten; AfP 2000 S. 272 (274) – FAP; so etwa Seeimann-Eggebert, AfP 2007 S. 86 (90).

13. Vgl. BVerfG, AfP 2000 S. 272 (275) – FAP; AfP 2003 S. 539 (540) – Haarfarbe des Bundeskanzlers; BGH, AfP 1994 S. 138 – Jahresabschluss; Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 8; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 808; Soehring, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 30.07.

14. Vgl. BGH, AfP 1987 S. 597 – Chemiegift; AfP 1996 S. 144 (146) – Lohnkiller; Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 9; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 652; Soehring, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 30.10.

15. Vgl. BGH, AfP 1987 S. 597 (598) – Chemiegift; GRUR 1989 S. 781 (783) = AfP 1989 S. 669 ff. – Wassersuche; NJW 1993 S. 930 (931) – Illegaler Fellhandel; AfP 1996 S. 144 (146) – Lohnkiller; AfP 1998 S. 506 (508) – Stolpe/ IM-Sekretär.

16. Vgl. BVerfG, AfP 2000 S. 272 (274) – FAP; AfP 2005 S. 544 (547) – Stolpe/ IM-Sekretär; BGH, AfP 1996 S. 144 (146) – Lohnkiller.

17. Vgl. BGH, NJW 1996 S. 723 (724) – Wegfall der Wiederholungsgefahr; GRUR 1997 S. 379 (380) – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 20; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 810; Soehring, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 30.11; Steffen, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 267 zu § 6 LPG.

18. Vgl. dazu im Allgemeinen OLG München, NJW-RR 1992 S. 738 (739); LG Köln, MMR 2006 S. 412 (417); LG München, MMR 2000 S. 443 – Webspacer.

19. BVerfG, NJW 1976 S. 1677 (1679) = AfP 1976 S. 115 ff. – Deutschlandstiftung.

OLG noch dem Senatsbeschluss entnehmen – sie liegt auch nicht auf der Hand. Dies legt den Schluss nahe, dass es sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, eine erlaubte Ersatzformulierung in der gebotenen publizistisch wirksamen Form zu finden. Die unmittelbare Folge ist eine entsprechende Verunsicherung der Betroffenen, die im Zweifel von der Äußerung des bestimmten Gedankeninhalts lieber ganz absehen werden, als sich dem Risiko erneuter und diesmal womöglich härterer Sanktionen auszusetzen.“

Wie aktuell diese Gedanken in Bezug auf die Konsequenzen der „Stolpe“-Rechtsprechung des BVerfG sind, zeigt die Entscheidung des BGH, die nach Zurückverweisung durch das BVerfG am 07.05.2007 in dieser Sache erging²⁰: Diese Entscheidung „ermutigt“ den Beklagten geradezu dazu, zukünftig

„seine Äußerungsanliegen in freier Selbstbestimmung in einer das Persönlichkeitsrecht nicht verletzenden Art und Weise weiterzuverfolgen“²¹.

Auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung weist der BGH nämlich konsequenterweise darauf hin, es sei

„nicht Sache des Gerichts, dem Verletzer die Wege aufzuzeigen, die aus dem Verbot herausführen“²².

4. Einschüchterungseffekt durch Kostenrisiko

Gehen wir wieder einen Schritt zurück und nehmen an, dass die Verbreitung einer mehrdeutigen Äußerung bis zur erstmaligen Konfrontation mit einer abweichenden persönlichkeitsrechtsverletzenden Deutungsmöglichkeit rechtmäßig wäre.

Derjenige, der die Verbreitung der beanstandeten Äußerung sofort einstellt, vielleicht sogar klarstellend eine einfache, nicht mit einer Vertragsstrafe bewehrte Unterlassungserklärung abgibt, könnte auf dieser Grundlage einer negativen Kostenfolge entgehen.

Aus der Natur der Sache ergibt sich jedoch, dass wir hier nie über „klare Fälle“ reden, sondern über mehrdeutige Äußerungen, bei denen die Frage, ob eine Deutungsmöglichkeit „fernliegend“ ist oder nicht, selten eindeutig ist. Wenn also der Äußernde der Auffassung ist, dass ihm hier eine eher fernliegende Deutungsmöglichkeit unterstellt wird und er sich auch zukünftig so rechtmäßig äußern kann, stellt sich ihm ein ganz anderes Problem: Das Kostenrisiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung.

Will der Äußernde, und dies ist ja in vielen Fällen ein Presseorgan, nicht in jedem Zweifelsfall eine Unterlassungserklärung abgeben, so begründet spätestens die Verweigerung einer derartigen Erklärung auf der Grundlage der „Stolpe“-Entscheidung des BVerfG eine Erstbegehungsgefahr und damit einen Unterlassungsanspruch, der gerichtlich im Wege der einstweiligen Verfügung oder einer Klage geltend gemacht werden kann.

Das Risiko, dass ggf. erst beim BVerfG festgestellt wird, dass es sich bei der Auslegungsvariante des Abmahnenenden um eine „fernliegende Deutung“ der ursprünglichen Aussage handelt, trägt allein der Äußernde. Welche Konsequenzen dies mit Blick auf die Kostenfrage hat, dokumentieren nicht zuletzt erneut die Beschlüsse des BGH vom 07.05.2007 in Sachen „Stolpe“ auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG: Nachdem der Beklagte auf dieser Grundlage eine Unterlassungserklärung abgegeben hatte, hat der BGH ihm die Kosten des gesamten Rechtstreits auferlegt. Dies betrifft unmittelbar die Kosten der ersten und zweiten Instanz sowie der Revision, i.d.R. aber auch die Kosten der ersten und zweiten Instanz eines vorausgegangenen einstweiligen Verfügungsverfahrens.

Die Tatsache, dass der Äußernde auf der Basis der „Stolpe“-Rechtsprechung des BVerfG nicht nur „im Zweifel“ die Äußerung zu unter-

lassen hat, sondern auch die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, hat in der Praxis bereits zu einem neuen Phänomen geführt:

Insbesondere solvente Kläger aus der Wirtschaft überziehen die Presse bei kritischer Berichterstattung mit umfangreichen Unterlassungsbegehren, die ersichtlich nicht nur auf Kernpunkte beschränkt sind, sondern „im Zweifel“ jede Aussage in einem Beitrag erfassen, der sich möglicherweise in einer „nicht fernliegenden“ Deutungsvariante so auslegen lässt, dass er die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen verletzt. Dies führt zu hohen Streitwerten und einem entsprechenden Kostenrisiko, das sich in dem Bewusstsein, dass der Äußernde in Zweifelsfällen die Kosten zu tragen hat, leichter ertragen lässt.

Streitwerte von 180.000 € oder 210.000 € in Unterlassungsverfahren sind so in der Praxis keine Seltenheit mehr. Bei einem Streitwert von 180.000 € beträgt das Kostenrisiko bei gleichem Verfahrensgang wie in Sachen Stolpe rund 93.000 € (genau: 78.307,20 € netto zzgl. USt., inkl. Kosten des Verfügungsverfahrens inkl. Abmahnkosten); bei einem Streitwert von 210.000 € rund 106.000 € (genau: 88.927,40 € netto, zzgl. USt., inkl. Kosten des Verfügungsverfahrens inkl. Abmahnkosten). Derartige Prozesskostenrisiken haben nicht nur auf kleinere Medienunternehmen und Einzelpersonen einen deutlich abschreckenden Effekt.

5. Einschüchterungseffekt durch Umfang des Verbots

Für die Frage, ob der Äußernde sich bei einer Abmahnung sogleich unterwirft oder das Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung eingeht, spielt aber auch die Frage des Umfangs der Unterlassungsverpflichtung eine Rolle.

Geht es nur um eine im Internet verbreitete Äußerung, ist es technisch vergleichsweise einfach, die beanstandete Aussage zu entfernen bzw. mit dem vom BVerfG geforderten eindeutigen Aussagegehalt zu versehen. Aber was, wenn es sich um eine Schlagzeile auf dem Titelblatt einer Wochenzeitung oder eines Monatsmagazins handelt, oder um Bestandteile eines Buchs? Allein mit einer Unterlassungserklärung ist es hier nicht getan. Die gleiche Frage stellt sich für die Reichweite eines gerichtlichen Verbots. Gilt eine Unterlassungserklärung oder das gerichtliche Verbot nur für zukünftige Veröffentlichungen und die zukünftige Verbreitung oder erfasst beides auch die im Handel befindlichen Exemplare der Zeitung, Zeitschrift oder des Buchs?

Die Rechtsprechung ist hier uneinheitlich²³.

Das OLG München hat in einer Entscheidung aus den 90er Jahren die Auffassung vertreten, dass eine Verbotsverfügung zugleich das Gebot beinhaltet, bereits im Handel befindliche Exemplare zurückzurufen²⁴.

Das Berliner Kammergericht scheint der Auffassung zu sein, der Verlag habe allgemein sein Möglichstes zu tun, die weitere Verbreitung des von dem Verbot betroffenen Presseerzeugnisses zu verhindern²⁵.

Das Hanseatische OLG Hamburg hat dagegen für Bücher entschieden, dass den Verlag für den Fall eines reinen Unterlassungstenors grundsätzlich keine Rückrufpflicht trifft, wenn das „verletzende Material“ nicht mehr dem Zugriff des Schuldners unterliegt²⁶. Angesichts der Usancen im Presse- und Buchvertrieb ist dies regelmäßig mit Auslieferung an den Buch- und Presse Einzelhandel der Fall, da sie Eigentum an den ausgelieferten Exemplaren auch dann erwerben, wenn sie sie später remittieren²⁷.

Allerdings gibt es deshalb in der Hamburger Rechtsprechung – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – Leistungs-

20. BGH, AfP 2007 S. 357 f.

21. So ausdrücklich BVerfG, AfP 2005 S. 544 (546) – Stolpe/TM-Sekretär.

22. BGH, AfP 2007 S. 357 (358).

23. Vgl. hierzu Darstellung bei Smid, in: Mann/Smid, Pressevertriebsrecht 2008, Rdn. 560 ff. m.w.N.

24. Vgl. OLG München, WRP 1992 S. 809 – Rückrufverpflichtung.

25. KG, OLGR 2000 S. 59 zu Werbemitteln.

26. Hanseatisches OLG, AfP 1999 S. 509 (511) – Spice Girls; NJWE-WettbR 1997 S. 56 – Grigia.

27. Vgl. Mann, in: Mann/Smid, Pressevertriebsrecht, a.a.O. (Fn. 23) Rdn. 21 ff.

verfügungen, die neben dem Verbot einer Äußerung auch Rückrufgebote enthalten²⁸.

Angesichts eines drohenden gerichtlichen Verbots mit einer daraus ggf. resultierenden Rückrufpflicht wird ein Abgemahnter daher außergerichtlich eher geneigt sein, sich auf Unterlassungserklärungen einzulassen, wenn gleichzeitig vereinbart wird, dass ein Rückruf ausgeschlossen wird, auch wenn er in der Sache der Auffassung ist, dass der Anspruch nicht gerechtfertigt ist.

6. Ausweitung der Stolpe-Rechtsprechung des BVerfG auf andere Zweifelsfragen und Ansprüche

Die Anwendung der Zweifelsregel für den Unterlassungsanspruch dient gerade mit Blick auf derartige Prozessrisiken dazu, Grundrechtsträger vor Entscheidungen von Instanzgerichten zu schützen, die „im Zweifel“ auf dem subjektiven Empfinden einzelner Richter beruhen²⁹. Auch dies wird durch den „Stolpe“- Beschluss des BVerfG in sein Gegenteil verkehrt. Selbst der qualifizierteste rechtliche Berater wird in Zweifelsfragen ex ante nicht in der Lage sein, zu beurteilen, ob eine „nicht entfernt liegende Deutungsvariante“ vorliegt oder nicht.

Gleichwohl lässt sich feststellen, dass die „Stolpe“-Rechtsprechung des BVerfG nicht nur als Auslegungsregel bei Unterlassungsansprüchen angewendet wird, sondern auch auf andere Zweifelsfragen und Anspruchsarten ausgedehnt wird:

a) Durchschnittsempfänger oder Fachkreise?

Wie weit das BVerfG selbst bei der Anwendung der umgekehrten Zweifelsregel geht, dokumentiert die Entscheidung „Babycaust“ vom 24.05.2006³⁰. Gegenstand dieser Entscheidung waren u.a. zwei Aussagen auf einem Flugblatt gegen eine sog. Abtreibungsklinik. U.a. hieß es dort:

„Stoppen Sie den Kinder-Mord im Mutterschoß auf dem Gelände des Klinikum N.

Damals: Holocaust

Heute: Babycaust“

In dieser Entscheidung verabschiedet sich das BVerfG von einem weiteren meinungsfreundlichen Grundsatz seiner bisherigen Rechtsprechung³¹:

So wird die Aussage „Kindermord im Mutterschoß“ unter Hinweis auf die „Stolpe“-Entscheidung deshalb für unzulässig gehalten, weil der Begriff des „Mordes“ nicht nur im umgangssprachlichen Sinn zu verstehen sei. Wörtlich heißt es in den Entscheidungsgründen:

„Es musste vielmehr im Rahmen des Unterlassungsbegehrens auch die andere mögliche und durchaus nahe liegende Auslegung zugrunde gelegt (werden), nämlich die, dass ‚Mord‘ im rechtstechnischen Sinne zu verstehen war.“

Bis dato war es ständige Rechtsprechung des BVerfG und der ordentlichen Gerichte, dass das Ziel der Auslegung die Ermittlung des objektiven Sinns auf der Grundlage eines unbefangenen, mit der Sache nicht speziell vertrauten Durchschnittsempfängers war³².

Offensichtlich ist im Rahmen der Ermittlung „nicht fernliegender“ Deutungsmöglichkeiten nun auch das Verständnis von Fachkreisen

zugrunde zu legen. Das bedeutet, dass sich ein Journalist oder anderer Äußernder vor der Verwendung eines Begriffs, der mit einem bestimmten Bedeutungsgehalt Eingang in die Umgangssprache gefunden hat, nunmehr immer versichern muss, ob die Bedeutung bei einer fachspezifischen Verwendung nicht abweicht.

b) Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung?

Auch für die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung enthält die „Babycaust“ – Entscheidung des BVerfG eine Ausweitung der „Stolpe“- Rechtsprechung:

Zu der Gegenüberstellung von Holocaust mit dem Kunstwort „Babycaust“ hieß es in der Entscheidung des BGH vom 30.05.2000 noch³³:

„Nach alledem mag zwar die Gegenüberstellung eines vermeintlichen ‚Babycaust‘ mit dem Holocaust unangebracht sein... Als Meinungsäußerung im Rahmen eines Beitrags zur politischen Willensbildung einer die Öffentlichkeit so sehr bewegenden, fundamentalen Frage, bei der es um den Schutz des Lebens Ungeborener geht, muss sie jedoch auch in der vorliegenden Form nach Art. 5 Abs. 1 GG in einer freiheitlichen Demokratie hingenommen werden.“

Das BVerfG begründet die Unzulässigkeit der Äußerung unter Hinweis auf die „Stolpe“-Entscheidung in dürren Worten wie folgt:

„Die Äußerung der Beklagten zum Vergleich von Holocaust und ‚Babycaust‘ war mehrdeutig. Sie konnte auch i.S. einer unmittelbaren Gleichsetzung von nationalsozialistischem Holocaust und der als ‚Babycaust‘ umschriebenen Tätigkeit des Beschwerdeführers verstanden werden. Das auch dieses Verständnis nicht zwingend ist, bleibt unbeachtlich, wenn – wie vorliegend – allein ein gegen den Äußernden gerichteter Unterlassungsanspruch infrage steht.“

Das BVerfG führt ausdrücklich in dieser Entscheidung aus, dass die Grundsätze der „Stolpe“-Entscheidung nicht auf Tatsachenaussagen begrenzt sind, sondern ebenso maßgeblich sind, wenn es um ein das Persönlichkeitsrecht beeinträchtigendes Werturteil geht³⁴. Wenn sich diese Aussage auf den Tatsachenkern eines Werturteils beschränken würde, wäre es nicht weiter erwähnenswert gewesen. Ganz offensichtlich weitet das BVerfG damit aber die Anwendung der umgekehrten Zweifelsregel auch auf die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung aus³⁵. Wenn also die Auslegungsmöglichkeit als Tatsachenbehauptung nicht „allzu fernliegend“ ist, wird man zukünftig unter Berufung auf diese Entscheidung im Zweifel von einer Tatsachenbehauptung auszugehen haben.

Nur: Weichen Tatsachengehalt hat die Aussage „Damals Holocaust, heute Babycaust“. Die historische Tatsache des Holocaust ist als Geschehen abgeschlossen. Was tatsächlich in den Abtreibungspraxen geschah, war völlig unstrittig und hatte damit nichts zu tun. Eine „Gleichsetzung“ der kritisierten Abtreibungspraxis kann also nur eine – wie der BGH zutreffend ausgeführt hat, unangemessene – Bewertung, beinhalten. Dann mag man prüfen, ob dies eine unzulässige Schmähkritik ist. Eine Tatsachenbehauptung ist dies ebenso wenig, wie der Vergleich eines „Doping-Arzt“ aus der ehemaligen DDR mit dem KZ-Arzt Mengele, wie das BVerfG zutreffend in seiner Entscheidung vom 24.05.2006³⁶ festgestellt hat³⁷.

c) Eindrucks-erweckung und verdeckte Behauptungen

Die Instanzgerichte wenden die „Stolpe“-Rechtsprechung auch auf die Entscheidung an, ob eine bestimmte Berichterstattung einen angreifbaren Eindruck erweckt oder nicht.

28. Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2000, 315 O 852/00 (nicht veröffentlicht); siehe auch Smid, in: Mann/Smid, a.a.O. (Fn. 23), Rdn. 561.

29. So zutreffend Seelmann-Eggebert, AfP 2007 S. 86 (88).

30. BVerfG, AfP 2006 S. 349 ff. – Babycaust.

31. Vgl. BVerfG, AfP 1982 S. 215 ff. – Wahlkampfüßerung; AfP 1992 S. 53 (55) – Bayer; NJW 1993 S. 1845; und weitere Nachweise bei Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 4. Kap., Rdn. 66.

32. Vgl. BVerfG, AfP 1998 S. 500 (502) – Wehrmachtsausstellung; AfP 1999 S. 159 (161) – Stasi-Gehaltslisten; BGH, GRUR 1970 S. 370 (372) – Nachtigall I, AfP 1995 S. 411 (412) – Caroline v. Monaco I, Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 4. Kap., Rdn. 4 m.w.N.; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 3), Rdn. 364.

33. BGH, AfP 2000 S. 463 (465) – Babycaust.

34. BVerfG, AfP 2006 S. 349 (353) – Babycaust.

35. So auch Hochuth, NJW 2007 S. 192 ff.

36. BVerfG, NJW 2006 S. 3266 f.

37. So auch zutreffend Gas/Körner, AfP 2007 S. 17 (18); Hochuth, NJW 2007 S. 192 (193).

Die Rechtsprechung ging bisher davon aus, dass bei der Annahme sog. verdeckter Äußerungen i.S. der Meinungsfreiheit „Zurückhaltung geboten“ sei³⁸. Es müsse vermieden werden, dass dem Äußernden Aussagen in den Mund gelegt werden, die er gar nicht tätigen wollte. Dagegen wenden etwa LG und OLG Köln die umgekehrte Zweifelsregel auch auf die Frage an, ob eine Äußerung einen beanstandeten Eindruck erweckt oder nicht.

Dazu heißt es nun in einer Entscheidung des OLG Köln vom 14.02.2006 unter Berufung auf „Stolpe“:

„Anders als die Verfügungsbeklagte meint, ist die Rechtsprechung der ‚Stolpe‘-Entscheidung auch auf sog. verdeckte Äußerungen anwendbar, wie sie hier anzunehmen ist. Es ist nicht erkennbar, dass zwischen Äußerungen, die einen Eindruck erwecken, und sogenannten verdeckten Äußerungen zu differenzieren ist“³⁹.

Die Ermittlung eines „Eindrucks“ ist in der Praxis teilweise ein äußerst komplexer Vorgang. Häufig werden aus einem einheitlichen Text, der sich über eine ganze Zeitungsseite erstreckt, Passagen und ganze Absätze vom Anfang des Textes mit solchen vom Ende des Textes und Bildunterschriften zusammengefügt. In dem Unterlassungstenor werden sie dahin zusammengefasst, dass es untersagt wird, durch Verbreiten der so zusammengestellten Äußerungen „den Eindruck zu erwecken, dass ...“.

Während der Verfasser eines Beitrags früher davon ausgehen konnte, dass die Gerichte bei der so durchgeführten Ermittlung eines Eindrucks zurückhaltend vorgehen würden, ist nun der subjektiven Beurteilung „Tür und Tor“ geöffnet. Heute muss mit jedem möglichen, nicht „nur fernliegenden“ Eindruck gerechnet werden.

III. Gegentese

Die These des BVerfG in der Stolpe-Entscheidung, wonach von Unterlassungsansprüchen kein Einschüchterungseffekt ausgehe, weshalb die Umkehrung der Zweifelsregel in diesem Fall nicht zu einer relevanten Einschränkung der Presse- und Meinungsfreiheit führe, ist angesichts der dargestellten praktischen Konsequenzen nicht haltbar.

Der Unterlassungsanspruch ist das schärfste und effektivste Mittel der äußerungsrechtlichen Auseinandersetzung⁴⁰. Der Anspruch ist als einziger zivilrechtlicher Anspruch (mit Ausnahme des völlig anders gearteten Gegendarstellungsanspruchs) im Wege der Einstweiligen Verfügung durchsetzbar⁴¹. Einstweilige Verfügungen werden i.d.R. einseitig erlassen. Die Betroffenen nutzen sie in ihrer Öffentlichkeitsarbeit häufig als Beleg für die Unrichtigkeit der von ihnen beanstandeten Berichterstattung, selbst wenn bereits Widerspruch eingelegt worden ist. In der Öffentlichkeit werden nun Äußerungen, die „im Zweifel“ auch mit rechtswidrigem Inhalt ausgelegt werden können, insgesamt als „unzulässig“ wahrgenommen – schließlich hat sie ein Gericht verboten. Das ist automatisch mit einem Unrechtsurteil über die getätigte Aussage verbunden⁴².

Auch hier ein Beispiel: Im Jahr 2006 ging der damalige Kanzler Gerhard Schröder gegen den FDP-Vorsitzenden Dr. Guido Westerwelle im Zusammenhang mit dessen Kritik an der Übernahme des Gazprom-Aufsichtsratsmandats gerichtlich vor. Worum ging es: Der FDP-Vorsitzende hatte die Übernahme des Gazprom-Aufsichtsratsmandats durch den Ex-Kanzler mit folgenden Worten kritisiert:

„Und natürlich gönne ich auch Gerhard Schröder jeden Rubel. Ich finde es allerdings problematisch, dass er als Bundeskanzler einer Firma einen Auftrag gegeben hat und dann wenige Wochen nach der Amtsübergabe in die Dienste eben jener Firma tritt.“

Unstreitig war zwischen den Parteien, dass Schröder sich als Kanzler für das Ostsee-Pipeline-Projekt, an dem die Gazprom wesentlich beteiligt war, politisch eingesetzt hatte, dass es jedoch keinen „Auftrag“ im rechtstechnischen Sinne gegeben hatte. Das LG Hamburg verbot die Äußerung des FDP-Vorsitzenden. Auch in diesem Urteil wurde wesentlich auf die Stolpe-Entscheidung des BVerfG abgestellt⁴³:

„Die angegriffene Äußerung ist mehrdeutig, indem sie weder den vom Antragsteller noch den vom Antragsgegner reklamierten Inhalt eindeutig zum Ausdruck bringt. Maßgeblich für die Erfassung des Inhalts einer Aussage ist das Verständnis eines unvoreingenommenen und vollständigen Durchschnittsrezipienten (BVerfGE 93 S. 266 [295] = AfP 1996 S. 50 ff.; BGHZ 95 S. 212 [215] = AfP 1985 S. 204 ff.; 132 S. 13 [19] = AfP 1996 S. 144 ff.). Nicht abzustellen ist damit aber nur auf den Kreis der Leser, denen alle Einzelheiten der Vereinbarungen über den Bau der Gas-Pipeline vertraut sind und denen die öffentliche Diskussion über das in Rede stehende Projekt geläufig ist; dies gilt insbesondere auch in Anbetracht des Umstandes, dass die streitgegenständliche Äußerung Bestandteil eines Interviews für die Zeitschrift BUNTE war, die als „People-Magazin“ nicht ausschließlich ein an Fragen der Politik oder Wirtschaft interessiertes Publikum anspricht. Dies zugrunde gelegt, wird ein Teil der Leser die Äußerung zwar durchaus dahingehend verstehen, dass der Antragsteller lediglich „politischer Auftraggeber“ des Pipeline-Projektes gewesen sei und nicht etwa der Firma „Gazprom“ einen Auftrag im formaljuristischen Sinne erteilt habe. Jedoch wird es im Kreis der Durchschnittsleser auch Leser geben, die die Verwendung des Wortes „Auftrag“ nicht i.S. einer allgemeinen politischen Unterstützung des Projekts, sondern als Auftrag im engeren Sinne verstehen, also als Geschäft, das der Antragsteller in seiner Eigenschaft als Bundeskanzler mit der Firma „Gazprom“ abgeschlossen hat.

Ist demnach vom Vorliegen einer mehrdeutigen Aussage auszugehen, so ist nach der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen über die Unterlassung zukünftiger Äußerungen zu berücksichtigen, dass der Äußernde die Möglichkeit hat, sich in Zukunft eindeutig auszudrücken und damit zugleich klarzustellen, wie er seine Aussage versteht und welcher Äußerungsinhalt folglich der rechtlichen Prüfung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zugrunde zu legen ist. Ist der Äußernde nicht bereit, seiner Aussage einen eindeutigen Inhalt zu geben, soll kein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund bestehen, von einer Verurteilung zum Unterlassen nur deshalb abzusehen, weil die Äußerung mehrere Deutungsvarianten zulässt, unter welchen sich – wie im vorliegenden Fall – auch solche befinden, die zu keiner oder nur einer geringen Persönlichkeitsverletzung führen. Vielmehr sind dann der Entscheidung alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zugrunde zu legen, die das Persönlichkeitsrecht der von der Äußerung betroffenen Person beeinträchtigen (so ausdrücklich das BVerfG, AfP 2006 S. 41 [43]; s. nunmehr auch BVerfG, Beschl. v. 24. 5. 2006 – Az. 1 BvR 2031/00 u.a., Abs. 62 bis 66 der Entscheidungsgründe [= AfP 2006 S. 349]). Mithin ist im vorliegenden Fall die Deutung der streitgegenständlichen Äußerung zugrunde zu legen, nach welcher der Antragsteller als Bundeskanzler der Firma „Gazprom“ einen Auftrag im formaljuristischen Sinn erteilt hat.“

In der öffentlichen Wahrnehmung und Berichterstattung, die für derartige feinsinnige Unterscheidungen meist keinen Platz lässt, stand trotz der auch vom LG Hamburg angenommenen Ambivalenz im Vordergrund, dass die Kritik des FDP-Vorsitzenden an der Über-

38. Vgl. BVerfG, NJW 2004 S. 1942 – Schwangerschaftsabbruch; BGH, NJW 1980 S. 2801 (2803) – Medizinsyndikat III; AfP 1987 S. 597 (600) – Chemiegift; AfP 1994 S. 299 (301) – Verdeckte Behauptungen II; AfP 2006 S. 65 (66) – Erzbisum; BerlVerfGH, NJW-RR 2006 S. 1704.

39. OLG Köln, AfP 2006 S. 365 (367 f.); so auch LG Köln, WuW 2007 S. 1138.

40. Zutreffend Gas, AfP 2006 S. 428 (430); insoweit auch zutreffend Helle, AfP 2006 S. 110 (113).

41. Vgl. Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 12. Kap., Rdn. 142 f.; Damm/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 821; Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. 2005, 44. Kap., Rdn. 15; Prinz/Peters, Medienrecht, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 358; Soehring, a.a.O. (Fn. 5), Rdn. 30.19.

42. So zutreffend Gas, AfP 2006 S. 428 (430).

43. LG Hamburg, Urteil v. 03.04.2006, 324 O 213/06 (nicht veröffentlicht), der Verfasser war an diesem Verfahren als Prozessbevollmächtigter des Antraggegners beteiligt.

nahme des Gazprom-Mandats durch den Ex-Kanzler, der zuvor dieses Projekt politisch unterstützt hatte, gerichtlich verboten worden war.

War es bis zur Stolpe-Entscheidung des BVerfG so, dass der Äußernde bei der ex post-Betrachtung einer Berichterstattung durch Gerichte wenigstens davon ausgehen konnte, dass im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung im Zweifel zugunsten der Meinungsfreiheit entschieden wurde, muss er sich nun bei der Entscheidung, ob er sich freiwillig einer Abmahnung unterwirft oder es auf ein gerichtliches Verbot ankommen lässt, auf ein erhebliches Kostenrisiko einstellen. Dies wird in vielen Fällen dazu führen, dass bereits aus Kostengründen nicht mehr gerichtlich geklärt werden wird, ob eine Äußerung rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt. Viel schlimmer noch: Bereits bei der Erstellung von redaktionellen Beiträgen wird der stark subjektiv geprägte Maßstab jeder „nicht fernliegenden“ Deutung zu einer Vorverlagerung der Einschränkungen der Meinungs- und Pressefreiheit durch die berüchtigte „Schiere im Kopf“ führen.

Das BVerfG ist mit der Stolpe-Entscheidung auf keinem guten Weg. Schlimmstenfalls geht es noch weiter:

In der Literatur ist bereits die Anwendung der umgekehrten Zweifelsregel auch auf Berichtigungsansprüche gefordert worden. Immerhin der zuständige Berichtersteller für Art. 5 GG im Ersten Senat hat dazu ausgeführt⁴⁴:

„Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die das Ansehen gegenüber Dritten mindern, können auch durch eine mehrdeutige Äußerung bewirkt werden, wenn ein Teil der Empfänger ihr einen bestimmten, die Ehre verletzenden Sinn gibt. Hier ist praktische Konkordanz ggf. dadurch herzustellen, dass dem Äußerer aufgegeben wird, den Sinn in einer die Persönlichkeit nicht verletzenden Weise klarzustellen (etwa durch Teilwiderruf).“

In diesem Zusammenhang bekommt der Hinweis in der Entscheidung vom 25.10.2005, der Äußernde habe die Möglichkeit „klarzustellen, wie er seine Aussage versteht“, ganz neue Bedeutung. Auch wenn das BVerfG unter Hinweis auf die Sanktionswirkung eines Widerrufs in dieser Entscheidung noch davon abgesehen hat, die Umkehrung der Zweifelsregel neben Unterlassungsansprüchen auch auf Widerruf und Berichtigung anzuwenden, könnte dieser Ausweitung damit der Weg bereitet worden sein.

Genau so ist es in Teilen der Literatur auch verstanden worden, in denen die Differenzierung zwischen sanktionsbewehrten Ansprüchen und dem angeblich sanktionslosen Unterlassungsanspruch abgelehnt und die Ausweitung der umgekehrten Zweifelsregel auf alle Anspruchsarten gefordert worden ist⁴⁵.

Dies wäre in der Tat nur konsequent, denn auch Widerrufs- und Berichtigungsansprüche sind als Folgenbeseitigungsanspruch aus § 1004 BGB (analog) auf die Zukunft gerichtet. Sie setzen das Bedürfnis nach Beseitigung einer andauernden Störung voraus⁴⁶.

Von einer „klarstellenden“ Erklärung hat der Betroffene ohnehin nur etwas, wenn sie nicht nur „inter partes“ erfolgt, sondern auch den Kreis der Empfänger erreicht, die auch die Erstmitteilung zur Kenntnis genommen haben.

Diese Strömungen verweigern sich mit Blick auf die in jedem Fall zweier betroffener Grundrechte erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch der Erkenntnis, dass Unterlassungs- und Widerrufsanspruch sich in der Reichweite ihres Eingriffs in die Pressefreiheit fundamental unterscheiden: Mit einem Widerruf oder einer Berichtigung setzt der Äußernde sich selbst ins Unrecht – und zwar öffent-

lich. Das hat, was keiner Vertiefung bedarf, eine ganz andere Eingriffsqualität als die Unterlassung im Falle einer mehrdeutigen Äußerung. Deshalb trägt der Betroffene bei der Geltendmachung eines Widerrufs- oder Richtigstellungsanspruchs auch bei ehrbeeinträchtigenden Äußerungen die volle Beweislast⁴⁷ und kommt nicht in den Genuss der entsprechenden Anwendung des § 186 StGB wie beim Unterlassungsanspruch.

Wenn also die Forderung gestellt wird, die Zweifelsregel auch noch bei Widerrufs- und Richtigstellungsansprüchen umzukehren, so zeigt dies, dass man der Meinungsfreiheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kein allzu großes Gewicht beimisst.

IV. Plädoyer für eine Umkehr

Das BVerfG hat dem BGH in der „Stolpe“-Entscheidung vorgeworfen, dieser habe seiner Entscheidung die vom BVerfG zur Überprüfung von straf- und zivilrechtlichen Sanktionen wegen in der Vergangenheit erfolgter mehrdeutiger Meinungsäußerungen entwickelten Maßstäbe zugrunde gelegt, ohne zu berücksichtigen, dass sie auf Ansprüche auf Unterlassung zukünftiger Äußerungen nicht in gleicher Weise anwendbar seien⁴⁸.

Hat der BGH tatsächlich in seiner „Stolpe“-Entscheidung⁴⁹ die Rechtsprechung des BVerfG zu Unterlassungsansprüchen bei mehrdeutigen Äußerungen nicht berücksichtigt?

Seelmann-Eggebert⁵⁰ und Teubel⁵¹ haben dargestellt, dass der BGH sich mit dieser Entscheidung nicht etwa von der bis dahin geltenden Rechtsprechung des BVerfG fortbewegt hatte, sondern auf dem sicheren Boden gefestigter Rechtsprechung des BVerfG stand⁵². Zwar hat das BVerfG seine Rechtsprechung zur Auslegung in Zweifelsfällen anhand von Urteilen entwickelt, die sich mit strafrechtlichen Verurteilungen der ordentlichen Gerichte aufgrund der Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB beschäftigten. Auch der bis dato aufsehenerregendste Fall hatte mit den „Soldaten sind Mörder“-Entscheidungen strafrechtliche Urteile zum Gegenstand⁵³. Das BVerfG hat jedoch in der Folgezeit diese Rechtsprechung mit identischer Begründung auch auf den zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch angewandt. So heißt es etwa in der Entscheidung „Zwangsdemokrat“ wörtlich:

„Handelt es sich um Eingriffe in die Meinungsfreiheit, kann das allerdings schon bei einer unzutreffenden Erfassung oder Würdigung der grundrechtlich geschützten Äußerung der Fall sein. Der Einfluss des Grundrechts wird verkannt, wenn die Gerichte ihrer Beurteilung eine Äußerung zugrunde legen, die so nicht gefallen ist, wenn sie dieser einen Sinn geben, den sie nach dem festgestellten Wortlaut objektiv nicht hat oder wenn sie sich unter mehreren objektiv möglichen Deutungen für die zur Verurteilung führende entscheiden, ohne die anderen unter Angabe überzeugender Gründe auszuschließen.“⁵⁴

Diese Formulierung wird mit identischem Wortlaut sowohl in der „Bayer“-Entscheidung vom 09.10.1991⁵⁵ sowie in einer weiteren äußerungsrechtlichen Entscheidung vom 11.11.1992⁵⁶ wiederholt. In der DGHS-Entscheidung vom 13.02.1996 wird diese Rechtsprechung auf

47. Vgl. BGH, NJW 1962 S. 1438 – Eheversprechen; Burkhardt, a.a.O. (Fn. 2), 13. Kap., Rdn. 103; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 903; Soehring, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 31.22; Steffen, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 296 zu § 6 LPG.

48. BVerfG, AfP 2005 S. 544 (545) – Stolpe/IM-Sekretär.

49. BGH, AfP 1998 S. 506 ff. – Stolpe/IM-Sekretär.

50. Seelmann-Eggebert, AfP 2007 S. 86 ff.

51. Teubel, AfP 2006 S. 20 (21 f.).

52. A.A. Helle, AfP 2006 S. 107 ff., unter Hinweis auf die angeblich insoweit bereits „auf Linie“ der Stolpe-Entscheidung liegende Entscheidung BVerfGE 94 S. 1 ff. – DGHS. Zwar hat das BVerfG in dieser Entscheidung das Verbot bestätigt – jedoch unter ausdrücklicher Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung

53. BVerfG, AfP 1994 S. 286 ff. – Soldaten sind Mörder I; AfP 1996 S. 50 ff. – Soldaten sind Mörder II.

54. BVerfG, AfP 1990 S. 192 (193) – Zwangsdemokrat.

55. BVerfG, AfP 1992 S. 53 (54) – Bayer.

56. BVerfG, NJW 1993 S. 1845.

44. Vgl. Hoffmann-Riem, AfR 2003 S. 173 (218).

45. Helle, AfP 2006 S. 110 (114 ff.).

46. Vgl. BGH, NJW 1970 S. 557 (558) – Remington; AfP 1995 S. 411 (412) – Caroline v. Monaco I; Hanseatisches OLG, GRUR-RR 2002 S. 298 (299) = AfP 2002 S. 337 ff.; Dammi/Rehbock, a.a.O. (Fn. 4), Rdn. 870; Löffler/Ricker, a.a.O. (Fn. 41), 44. Kap., Rdn. 16; Prinz/Peters, a.a.O. (Fn. 6), Rdn. 673.

Unterlassungsansprüche ausdrücklich mit dem drohenden Einschüchterungseffekt und den daraus folgenden inakzeptablen Konsequenzen für die Meinungsfreiheit begründet:

„Überdies droht sich eine solche Verurteilung nachteilig auf die Ausübung der grundrechtlich gesicherten Freiheit im allgemeinen auszuwirken, weil die Bereitschaft, sich zu äußern, abnimmt, wenn Äußerungswillige selbst wegen fernliegender oder unhaltbarer Deutungen ihrer Äußerungen Sanktionen riskieren... Bei Äußerungen, die mehrere Deutungen zulassen, dürfen sie sich nicht für den zur Verurteilung führenden Sinn entscheiden, ohne zuvor die Alternativen mit tragfähigen Gründen ausgeschlossen zu haben“⁵⁷.

Auch wenn diese Rechtsprechung mehr eine Anleitung zur „ultimativen“ Auslegung darstellt, als eine Zweifelsregel, die dem erkennenden Richter diese Mühe erspart, ist es also mitnichten so, dass der BGH die Rechtsprechung des BVerfG zur Anwendung der Zweifelsregel auf Unterlassungsansprüche nicht berücksichtigt hat, sondern so, dass das BVerfG mit der „Stolpe“-Entscheidung ein Novum kreiert hat. Es hat die vom BGH entwickelte Zweifelsregel in ihr Gegenteil verkehrt und den bis dato von ihm selbst geforderten Zwang zur Auslegung zugunsten einer umgekehrten Zweifelsregel aufgehoben. Eine wünschenswerte erneute Änderung dieser Rechtsprechung wäre daher nichts anderes als die Rückkehr zu einer jahrzehntelangen Praxis des BVerfG.

Seitz hat in einem Beitrag zur „Babycaust“-Entscheidung des OLG Karlsruhe angesichts von Äußerungen wie „Babycaust“ und „Soldaten sind Mörder“ von einem „Meinungsfundamentalismus“ gesprochen, den man nicht zulassen müsse⁵⁸. Ich bin anderer Meinung.

Der BGH hat die entscheidenden Argumente in seiner Entscheidung „Terroristentochter“ genannt:

„Da es der Sinn jeder zur Meinungsbildung beitragenden öffentlichen Äußerung ist, Aufmerksamkeit zu erregen, sind angesichts der heutigen Reizüberflutung einprägsame, auch starke Formulierungen hinzunehmen (BVerfGE 24 S. 278 [286]). Das gilt auch für Äußerungen, die in scharfer und abwertender Kritik bestehen, mit übersteigter Polemik vorgetragen werden oder in ironischer Weise formuliert sind (vgl. Senatsurteile vom 12.10.1993 – VI ZR 23/93, VersR 1994 S. 57 [59] = AfP 1993 S. 736 ff.; vom 20.05.1986 – VI ZR 242/85, VersR 1986 S. 992 = AfP 1986 S. 333 ff.). Der Kritiker darf seine Meinung grundsätzlich auch dann äußern, wenn sie andere für „falsch“ oder für „ungerecht“ halten (Senatsurteile vom 30.05.2000 – VI ZR 276/99, VersR 2000 S. 1162 S. 116 = AfP 2000 S. 463 ff.; vom 12.10.1993 – VI ZR 23/93, a.a.O. = AfP 1993 S. 736 ff.; vom 30.05.1978 – VI ZR 117/76, NJW 1978 S. 1797 [1798] = AfP 1978 S. 136 ff.). Auch die Form der Meinungsäußerung unterliegt der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Selbstbestimmung des Äußernden (BVerfGE 60 S. 234 [241] = AfP 1982 S. 163 ff.). Verfolgt der Äußernde nicht eigennützige Ziele, sondern dient sein Beitrag dem geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der Äußerung; eine Auslegung der die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetze, die an die Zulässigkeit öffentlicher Kritik überhöhte Anforderungen stellt, ist mit Art. 5 Abs. 1 GG nicht vereinbar (BVerfGE 42 S. 163 S. 170 = AfP 1976 S. 119 ff.; BVerfGE 66 S. 116 [139] = AfP 1984 S. 94 ff.; 68 S. 226 [232])“⁵⁹.

Seitz fordert in seinem Beitrag eine Rückkehr „zu einem sachlichen Umgang miteinander“. Wer würde das nicht unterstützen wollen? Nur: Wer entscheidet, was „sachlich“ ist und was nicht? Und: Muss eine „unsachliche“ Äußerung gleich verboten werden, nur weil sich jemand – ggf. zu Recht – beleidigt fühlen kann? In einer offenen, demokratischen Gesellschaft muss jeder mitdiskutieren können, ohne

gleich mit gerichtlichen Konsequenzen gleich welcher Art rechnen zu müssen. Dies muss die Rechtsordnung und die Rechtsprechung gewährleisten, wenn der Grundsatz aus vielen Entscheidungen des BVerfG, wonach die Presse- und Meinungsfreiheit „schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung“⁶⁰ und „Wesenselement des freiheitlichen Staates“⁶¹ ist, nicht zu einer hohlen Formel verkommen soll.

V. Der Beschluss v. 19.12.2007

Der Beschluss des BVerfG vom 19.12.07^{62,63} lässt erkennen, dass das Gericht zu Korrekturen seiner Rechtsprechung bereit ist. Obwohl sich die Entscheidung mit der Frage von Gegendarstellungen gegen mehrdeutige Äußerungen befasst, nimmt das BVerfG den Beschluss zum Anlass, in einem obiter dictum noch einmal ausführlich zu seiner Rechtsprechung zu Unterlassungsansprüchen bei mehrdeutigen Äußerungen Stellung zu nehmen:

Zwar hält das BVerfG daran fest, dass dann, wenn der Äußernde die Klarstellung einer mehrdeutigen Äußerung verweigert, bei der Beurteilung des Unterlassungsanspruchs alle nicht entfernt liegenden Deutungsvarianten zugrunde zu legen sind, die dieses Recht beeinträchtigen. Allerdings hat es die Anforderungen an eine derartige Klarstellung offensichtlich gesenkt, wenn es formuliert, es müsse „gesichert sein, dass für die Klarstellung und damit für die Abwendung der Unterlassungsverpflichtung ein einfacher Weg eröffnet sei“. In diesem Zusammenhang spricht das Gericht ausdrücklich den mit einer Kostenfolge für eine derartige Erklärung verbundenen Einschüchterungseffekt an: „Nachteilige Wirkungen auf die Ausübung der Kommunikationsfreiheit wären insbesondere zu erwarten, wenn eine hohe Kostenlast auf den zukäme, der eine mehrdeutige Äußerung getroffen hat, auch wenn er nach Erkennen der Mehrdeutigkeit und des Persönlichkeitsverletzenden Inhalts einer Deutungsalternative eine Klarstellung vorgenommen hat, die eine Persönlichkeitsverletzung ausschließt.“ Das kann eigentlich nur so gedeutet werden, dass das BVerfG einen Kostenerstattungsanspruch im Falle der Abmahnung einer mehrdeutigen Äußerung ablehnt, wenn der Äußernde seine Aussage unverzüglich „klarstellt“. In der dargestellten zivilrechtlichen Dogmatik⁶⁴ würde dies bedeuten, dass die Äußerung im Falle einer unverzüglichen Klarstellung nicht rechtswidrig ist. Damit entfällt die Wiederholungsgefahr und der Unterlassungsanspruch.

Völlig unklar bleibt jedoch, wie die „Klarstellung“ zu erfolgen hat. Es kann sich eigentlich nur um die Erklärung handeln, eine klarstellende Formulierung bei zukünftigen Wiederholungen der beanstandeten Aussage zu verwenden. Eine Verpflichtung zu einer klarstellenden Veröffentlichung käme einer Richtigstellung gleich, für die das BVerfG an der Rechtsprechung festhält, wonach vor einer Verurteilung mit nachvollziehbaren Gründen alle Auslegungen ausgeschlossen werden müssen, die eine Verurteilung ausschließen würden.

Trotz der mit dieser Entscheidung erkennbaren begrüßenswerten Kurskorrektur bleibt allerdings das grundsätzliche Problem, dass der Äußernde gerade in Zweifelsfällen gezwungen wird, eine „klarstellende Erklärung“ abzugeben, die ja immer auch beinhaltet, die bisherige Äußerung nicht weiter zu verbreiten, wenn er die dargestellten Prozessrisiken vermeiden will⁶⁵. Dies ist aus den genannten Gründen mit Blick auf einen von Einschüchterungen freien Kommunikationsprozess, wie er durch Art. 5 GG geschützt ist, nicht akzeptabel. Hier besteht weiterer Korrekturbedarf.

57. BVerfG, NJW 1996 S. 1529 (1530) – DGHS.

58. Seitz, NJW 2003 S. 3523 (3524).

59. BGH, AfP 2007 S. 46 ff. – Terroristentochter; der Verf. war an diesem Verfahren auf Seiten der Beklagten beteiligt.

60. BVerfGE 107 S. 299 (329) = AfP 2003 S. 138.

61. BVerfGE 20 S. 162 (174) – Spiegel; 52 S. 283 (296) = AfP 1980 S. 33 ff.; BVerfGE 66 S. 116 (133) = AfP 1984 S. 94 ff. – Der Aufmacher (Wallraff).

62. BVerfGE 20 S. 162 (174) – Spiegel; 52 S. 283 (296) = AfP 1980 S. 33 ff.; BVerfGE 66 S. 116 (133) = AfP 1984 S. 94 ff. – Der Aufmacher (Wallraff).

63. Az. 1 BvR 967/05, abgedruckt in diesem Heft auf S. 58.

64. Siehe oben II. 2. „eindeutige und ernsthafte Erklärung“

65. vgl. oben II. 3. ff.