

Gutachten

Frage 1:

Ansprüche des K aus abgetretenen Rechten der K-KG gegen BB

A. Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 398 BGB¹ wegen Verletzung einer Pflicht aus dem Darlehensvertrag

K könnte gem. §§ 280 I, 241 II, 398 aus abgetretenem Recht einen Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung aus dem zwischen der K-KG und der BB geschlossenen Darlehensvertrag haben.

- I. Eine wirksame Abtretung aller der K-KG entstandenen Ansprüche an K liegt vor.
- II. Die K-KG müsste einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 I gegen die BB haben.
 1. Ein Schuldverhältnis liegt mit dem zwischen der K-KG und der BB am 20. Mai 2002 geschlossenen Darlehensvertrag gem. § 488 vor.
 2. BB müsste eine Pflicht- oder eine Nebenpflicht aus dem Vertrag verletzt haben.
 - a) BB selbst ist als juristische Person nicht handlungsfähig und auch nicht schuldfähig², muss sich aber möglicherweise die Äußerungen des B zurechnen lassen. Umstritten ist, ob diese Zurechnung bei der AG gem. § 31³ oder gem. § 278⁴ erfolgt. B erfüllt als Vorstandssprecher, der in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung gehandelt hat, die Voraussetzungen, beider Normen. Demnach ist ein Streitentscheid entbehrlich.

b) Verletzung des Bankgeheimnisses

B könnte durch seine Äußerungen das sich aus Nr. 2 S. 1 AGB-Banken ergebende „Bankgeheimnis“ verletzt haben.

- aa) Das Bankgeheimnis beziehe sich jedoch nur auf kundenbezogene Tatsachen und Wertungen, die einem Kreditinstitut aufgrund, aus Anlass bzw. im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden bekannt geworden sind⁵. Erforderlich hierfür ist, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der

¹ Folgende §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² *Derleder/Fauser*, BB 2006, 949 (949).

³ *Kropholler*, § 31 Rn 2.

⁴ *Petersen*, NJW 2003, 1570 (1570), *Medicus*, BGB AT, Rn 1135.

⁵ BGHZ 27, 241 (246); OLG Karlsruhe WM 1971, 486 (487); *Bruchner*, in: Schimansky, § 39 Rn 1; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 3. Aufl. S. 38; *Nobbe* WM 2005, 1537 (1538).

Kenntniserlangung von dem Geheimnis durch das Kreditinstitut und dem Bestehen der Geschäftsverbindung gegeben ist⁶.

- bb) Nach anderer Ansicht sei es nicht erforderlich, dass die Information aufgrund der Geschäftsverbindung bekannt geworden sind⁷.
- cc) Möglicherweise könnte man in der Antwort auf die dritte Frage eine Verletzung des Bankgeheimnisses erkennen oder gar in der Äußerung des B, über die Größenordnung des Kredits („im mittleren Bereich“) und die Sicherung durch Aktien der Lucius Läufer AG eine Verletzung des Bankgeheimnisses erblicken.
- dd) All diese Versuche eine Verletzung des Bankgeheimnisses zu begründen sind aber als zweifelhaft zu bewerten. Diese Ansätze bedürfen keiner Entscheidung, wenn sich die Pflichtverletzung leichter und unzweifelhafter durch die Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag begründen lässt.

c) Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Darlehensvertrag

B könnte mit seiner Äußerung eine Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflicht verletzt haben.

- aa) Gem. § 241 II kann ein Schuldverhältnis seinem Inhalt nach jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. So hat sich jede Vertragspartei bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Person, Eigentum und sonstige Rechtsgüter und eben auch das Vermögen, des anderen Teils nicht verletzt werden⁸. Das Verhältnis von Kreditinstituten zu ihren Kunden ist durch solch eine besondere Vertrauensbeziehung geprägt, die Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflichten begründet. Die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist lediglich eine besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht der Bank, die Vermögensinteressen des Vertragspartners zu schützen und nicht zu beeinträchtigen⁹. Diese Schutzpflichten gebieten es der Bank, die

⁶ *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. Rn 52; *Heymann/Horn*, HGB Anh. § 372 Rn 45; *Musielak*, in: *Hadding/Schneider*, Bankgeheimnis und Bankauskunft in der BRD und in ausländischen Rechtsordnungen, S. 14; *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutsschutz, S. 28; *Sichtermann/Feuerborn/Kirchherr/Terdenge*, aaO, S. 128; *Weber*, in: *Hellner/Steuer*, Bankrecht und Bankpraxis, Rn 1/36; *Wolff* DB 1968, 695, 696.

⁷ *Schumann*, ZIP 2004, 2353, 2361

⁸ BGHZ 136, 295 (299), 157, 256 (269).

⁹ *MK-Roth*, § 241 Rn 97; *Grundmann*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, BankR I Rn 156; *Bruchner*, in: *Schimansky* § 39 Rn 7; *Baumbach/Hopt*, HGB, AGB-Banken Nr. 2 Rn

Vermögensinteressen des Vertragspartners insgesamt zu schützen und sie nicht durch kreditgefährdende Äußerungen zu beeinträchtigen. Danach dürfen weder wahre noch unwahre Tatsachen, aber auch keine Werturteile über den eigenen Kunden verbreitet werden.

bb) Bewertung der Äußerungen

Die Äußerungen des B müssten eine Verletzung dieser Pflicht darstellen.

- (1) Der erste Satz der Antwort, „das halte ich für relativ fraglich“, enthält eine skeptische Einschätzung des B, was die künftige Bewilligung zusätzlicher Mittel für Gesellschaften der K-Gruppe angeht. Diese Einschätzung hatte aufgrund des Umstands, dass B als Vorstandssprecher der BB über die Bewilligung weiterer Kredite mitentscheiden konnte, besonderes Gewicht.
- (2) Diese Aussage wurde durch den zweiten Satz der Antwort des B „wie man darüber lesen und hören kann, ist doch der Finanzsektor nicht mehr bereit auf unveränderter Basis der Klug-Gruppe noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen“, noch erheblich gesteigert.
- (3) Der Aussagegehalt der Äußerung ist danach zu bestimmen, wie der Zuschauer von Financial News, einem Wirtschaftssender, sie verstanden hat¹⁰. Das ist ein wirtschaftlich informierter und auch interessierter Zuschauer. Für diesen ist der Inhalt der Botschaft des Beklagten eindeutig. Ein solcher musste die Äußerung dahin verstehen, weder die BB noch andere Banken würden dem K und seiner Gruppe auf unveränderter Basis weitere Kredite zur Verfügung stellen. Daran ändert auch die Wortwahl „man“ und der Hinweis auf Medienberichte nichts. Der dritte Satz des B bekräftigt das vorher Gesagte noch.
- (4) Die Interviewäußerungen waren unter Berücksichtigung des Ansehens der BB und von B in der Kreditwirtschaft geeignet, die Aufnahme dringend benötigter neuer Kredite durch K und die Gesellschaften seines Konzerns erheblich zu erschweren. Die Bereitschaft anderer Kreditinstitute und sonstiger Geldgeber die K-Gruppe noch finanziell zu unterstützen musste

1; *Westermann*, FS Raiser, S. 878 (798).

¹⁰ BVerfGE 43,130; 67, 213; 94, 1.

nach dieser Interviewäußerung sinken, vor allem unter Berücksichtigung, dass die BB trotz ihrer guten Absicherung durch das Aktienpaket an der L-AG nicht bereit war weitere Kredite zu bewilligen.

- (5) Möglicherweise steht dem aber entgegen, dass B seine Äußerung wörtlich darauf beschränkt hat, was man alles habe lesen und hören können. Wenn B aus dem, was er gelesen haben wolle, den Schluss gezogen habe, dass der Finanzsektor nicht bereit sei, dem K und seiner Gruppe auf unveränderter Basis, also ohne Umstrukturierung, zu helfen, ist dies aber nicht nur die Wiedergabe von Äußerungen in Presseberichten, sondern eine Bekräftigung dieser Meldungen durch den Vorstandssprecher einer großen Bank. Das dies vom Vorstandssprecher einer großen Bank und dem Präsidenten des Bundesverbandes deutscher Banken so geäußert wurde, hat die Glaubwürdigkeit der Botschaft ganz erheblich unterstrichen. Die kreditgefährdende Wirkung einer – sei es auch nur Skepsis ausdrückenden – Äußerung folgt damit aus der Stellung B als Vorstandssprecher der BB und seiner Position innerhalb des Finanzgewerbes¹¹.

cc) Zusammenhang der Äußerungen zur Geschäftsbeziehung und Offenkundigkeit der Informationen

Es ist fraglich, ob die Offenkundigkeit der Informationen einer Pflichtverletzung entgegensteht, so waren die Informationen, die B preisgab so auch in der Presse zu lesen. Die öffentliche Diskussion über die Kreditwürdigkeit lässt den Geheimnischarakter der Information und somit auch eine Pflichtverletzung im Sinne des Verrats eines aus der aus der Geschäftsverbindung resultierendes Geheimnisses als zweifelhaft erscheinen.

Es ist aber ein großer Unterschied, ob in der Wirtschaftspresse über die Verschuldung und Kreditwürdigkeit spekuliert wird oder ob eine solche spekulative Äußerung aus dem Munde eines Kreditgebers und Bankrepräsentanten stammt.

¹¹ Petersen, BKR 2004, 47.

B hat aufgrund der vertraglichen Verbindung der BB mit der K-KG weitreichende Einblickmöglichkeiten in deren wirtschaftliche Verhältnisse. Auch wenn B die Informationen nicht als erster in die Welt gesetzt hat, so hebt er die bereits im Umlauf befindlichen Informationen durch seine Kundgabe und Bestätigung doch auf eine neue Stufe, verleiht ihnen einen neuen Qualitätsgehalt¹². Den tatsächlichen Äußerungen eines vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichteten Schuldners wird im Regelfall eine höhere Glaubwürdigkeit zuteil, als den allgemein behaupteten Tatsachen. Ebenso wird den Meinungen und Wertungen einer Person, die umfassende Einblickmöglichkeiten hat, eine höhere Glaubwürdigkeit eingeräumt.

Es spielt somit keine Rolle, ob die durch B offenbarten Informationen bereits Dritten bekannt gewesen sind.

B hat durch seine Äußerungen eine Interessenwahrungs-, Schutz- und Loyalitätspflicht verletzt.

3. Rechtswidrigkeit

Die Pflichtverletzung ist nicht rechtswidrig, wenn sie gerechtfertigt ist. Die BB könnte ein Recht auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 5 GG haben.

- a) Fraglich ist aber, ob die BB, die sich vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet hat, mit dem Argument vertragsbrüchig werden darf, dass sie das ihr zustehende Recht zur freien Meinungsäußerung wahrnehme. Schließlich hat sie gerade dieses freiwillig abbedungen.
- b) Problematisch ist, ob Parteien in Ansehung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten individuelle Rechtsverzicht erklären können, die sie in ihrer grundrechtlichen Handlungsfreiheit beschränken. Im Privatrecht sei dies zulässig, ohne dass der Grundrechtsgehalt als Abwehr- und Schutzrecht in Frage gestellt wird¹³. Zudem könnte man in solch einem Ausschluss keinen Grundrechtsverzicht, sondern gerade die in Anspruchnahme der negativen Meinungsfreiheit erblicken¹⁴. Letztlich würde je Verschwiegenheitsverpflichtung im Privatrechtsverkehr ad absurdum geführt, wenn eine zur Geheimhaltung verpflichtete Person unter Berufung auf die Meinungsfreiheit Informationen weitergeben könnte.

¹² Tiedemann, NJW 2003, 2213 (2214).

¹³ Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn 53; Medicus, AcP 192, 35, 61.

¹⁴ Ehricke/Rotstegge, ZIP 2006, 925 (932).

Die Äußerungsfreiheit wurde also durch den Vertrag freiwillig eingeschränkt, somit greift die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG nicht als Rechtfertigung ein. Die Pflichtverletzung war damit rechtswidrig.

4. Vertretenmüssen

Gem. § 276 hat man Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

- a) Der B hat mit seinen Äußerungen nicht vorsätzlich gegen Pflichten aus dem Darlehensvertrag verstoßen, das folgt schon aus seinem Hinweis, dass er mit dieser Aussage keine Indiskretion begehe. Daraus folgt aber auch, dass ihm – was aufgrund seines Berufes ohnehin klar war - die Frage der bankrechtlichen Verschwiegenheitspflicht bekannt war.
- b) Das Vertretenmüssen könnte aber anders zu bewerten sein, da das Interview kurzfristig und die Themen nicht vorbesprochen waren. Dagegen spricht aber, dass das Interview einen Tag vor der Ausstrahlung aufgenommen wurde, es sich mithin nicht um ein Liveinterview handelte. B hatte somit die Möglichkeit das Thema abzublocken und hätte sich so ausdrücken können, dass die K – Gruppe nicht negativ berührt waren, etwa mit einem einfachen Hinweis auf seine Verschwiegenheitspflicht. Zudem kannte er die finanzielle Situation der K – Gruppe, so dass ihm bewusst sein musste, dass schon eine falsche Äußerung für die weitere finanzielle Lage schädlich sein konnte. Damit handelte er jedenfalls fahrlässig und hat somit die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

5. Schaden

Der Schaden ist die Differenz im Vergleich zu der finanziellen Lage der K-KG, die ohne die Interviewäußerungen bestanden hätte.

Die BB ist dem K als Zessionar Ersatz des Schadens verpflichtet, der der K-KG dadurch entstanden ist, dass sie, K oder eine andere Gesellschaft der K-Gruppe infolge der Interviewäußerungen des B nicht mehr in der Lage war, Kreditmittel zu erlangen oder Verträge abzuschließen, die – wenn auch nur mittelbar – der K-KG zugute gekommen wären. Der Differenzbetrag im Vergleich zu der finanziellen Lage der K-KG, die ohne die Interviewäußerungen des B bestanden hätte, steht K in voller Höhe zu.

Hinweise, die auf ein Mitverschulden seitens K oder K-KG schließen lassen bestehen nicht.

6. Haftungsausfüllende Kausalität

Fraglich ist, ob die inkriminierten Äußerungen für die Insolvenz der K-KG und den Zusammenbruch der K-Gruppe tatsächlich kausal geworden sind oder ob diese auch ohne die Äußerungen eingetreten wäre. Der Sachverhalt gibt zur Beantwortung dieser Frage nicht genug Informationen. Es ist aber wahrscheinlich, dass ein Schaden durch die Äußerungen eingetreten ist. Lediglich die Bezifferung des Schadens ist schier unmöglich.

Eine Pflichtverletzung des B liegt mithin vor, die der BB gem. § 31 zugerechnet wird. K hat mithin einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 398 aus abgetretenem Recht gegen BB.

B. Anspruch gem. §§ 824, 31, 398 wegen Kreditgefährdung

K könnte aus abgetretenem Recht der K-KG einen Anspruch gem. §§ 824, 31, 398 gegen die BB haben. Dazu müsste B, eine unwahre Tatsache behauptet haben.

I. Unterschied zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen

Tatsachenbehauptungen sind durch die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert, während für Werturteile und Meinungsäußerungen die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend ist¹⁵. Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist danach, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich ist. Dies scheidet bei Werturteilen und Meinungsäußerungen aus, weil sie durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind und sich deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen¹⁶. Bei Äußerungen, die sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Meinungsäußerungen oder Werturteile enthalten, kommt es auf den Kern oder die Prägung der Aussage an, insbesondere ob die Äußerung insgesamt durch ein Werturteil geprägt ist und ihr Tatsachengehalt gegenüber der subjektiven Wertung in den

¹⁵ BVerfGE 90, 241 (247); 94, 1 (8); BVerfG NJW 2000, 199 (200).

¹⁶ BVerfGE 90, 241 (247); BGHZ 132, 13 (21); 139, 95 (102).

Hintergrund tritt oder aber ob überwiegend, wenn auch vermischt mit Wertungen, über tatsächliche Vorgänge oder Zustände berichtet wird¹⁷.

II. Bewertung der Äußerungen

Die Äußerungen des B bestehen aus einem Gemisch von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen.

1. Soweit es sich um Meinungsäußerungen handelt, scheidet eine Anwendung des § 824 dem Wortlaut nach aus.
 - a) Der erste Satz des B „das halte ich für relativ fraglich.“ ist aufgrund der ich-Form und der Wortwahl „halte“ als eine subjektive Einschätzung des B zu bewerten, stellt also eine Meinungsäußerung dar.
 - b) Ebenso ist der dritte Satz des B „es können sich deswegen nur Dritte für eine weitere Unterstützung interessieren“ einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit hin nur mit gedanklichen, nicht aber mit Mitteln des Beweises zugänglich. Sie ist also als Meinungsäußerung einzustufen.
2. Soweit es sich um Tatsachenbehauptungen handelt, müssten diese unwahr sein. Allenfalls der zweite Satz, die Behauptung, dass der Finanzsektor nicht mehr bereit sei, dem Kläger oder seiner Unternehmensgruppe noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zu geben, ist als Tatsachenbehauptung einzustufen. Diese Behauptung haben aber auch mehrere Zeitungen aufgestellt, sie trifft also zu und ist damit wahr. § 824 ist mithin nicht einschlägig. K hat keinen Anspruch aus abgetretenem Recht der K-KG gem. §§ 824, 398 gegen die BB.

C. Anspruch gem. § 17 I UWG

K könnte gegen BB einen Anspruch gem. § 17 I UWG haben, wenn B ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis verraten hat.

- I. B ist als Vorstandssprecher der BB eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person, der ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden ist.
- II. Der Verrat müsste aber zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, erfolgt sein. Keine dieser Alternativen ist einschlägig. Ein Anspruch gem. § 17 I UWG ist nicht gegeben.

¹⁷ BVerfGE 61, 1 (8); 85, 1 (15).

D. Anspruch gem. §§ 3, 4 Nr. 7 UWG

K könnte aus abgetretenem Recht der K-KG einen Anspruch aus §§ 3, 4 Nr. 7 UWG gegen BB haben.

Dazu müsste B durch seine Äußerungen die geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft haben.

I. Die K-KG müsste demnach Mitbewerber der BB sein. Mitbewerber ist nach der Legaldefinition des § 2 I Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Eine Bank und ein Medienunternehmen stehen nicht in einem solchen Wettbewerbsverhältnis, sind also keine Mitbewerber.

Demnach ist ein Anspruch gem. §§ 3, 4 Nr. 7 UWG nicht gegeben.

II. Zu Bedenken ist aber, dass die Aufzählung des § 4 nur beispielhaft und nicht abschließend ist¹⁸. Es besteht allerdings keine anerkannte Fallgruppe in der Rechtsprechung die ein Verbot unlauteren Wettbewerbs i.S.d. § 3 UWG begründen könnte. Betrachtet man den Schutzzweck des UWG, der durch § 1 UWG beschrieben wird, so erstreckt sich dieser vorrangig auf den Schutz von Mitbewerbern und Verbrauchern. Zwar wird auch K-KG als sonstiger Marktteilnehmer vom Schutzzweck umfasst, aber gerade nicht beispielhaft in § 4 Nr. 7 erwähnt, so dass es nicht im Interesse des UWG liegt jegliche Art von herabsetzenden Äußerungen und Verunglimpfungen zu regeln, sondern nur zu Mitbewerbern.

Ein Anspruch gem. §§ 3, 4 Nr. 7 UWG ist mithin nicht gegeben.

¹⁸ Köhler, UWG, S. 12.

E. Anspruch gem. § 823 I i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

K könnte aus abgetretenem Recht der K-KG einen Anspruch aus §§ 823 I, 31 i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.V.m. § 398 haben.

I. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob § 823 I neben § 824 überhaupt anwendbar ist. Es ist anerkannt, dass die Haftung aus § 823 I subsidiär gegenüber der aus § 824 I ist¹⁹. § 824 stellt eine abschließende Haftungsregelung nur für die Verbreitung falscher Tatsachen dar, nicht aber für die Verbreitung wahrer Tatsachen²⁰. Wie geprüft liegt hier aber keine unwahre Tatsachenbehauptung vor, sondern wahre Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen, so dass einer Anwendbarkeit des § 823 I nichts entgegensteht.

II. Eingriff in den Gewerbebetrieb

Es müsste ein Eingriff in den Gewerbebetrieb der K-KG vorliegen. Die Äußerungen des B haben die Kreditwürdigkeit der K-KG in Frage gestellt, wodurch unmittelbar deren Geschäftsbeziehung zu anderen Kreditinstituten und potenziellen Fremdkapitalgebern und damit auch die ungestörte Fortführung und Entfaltung der unternehmerischen Betätigung beeinträchtigt worden ist. Ein Eingriff in den Gewerbebetrieb liegt vor.

III. Betriebsbezogenheit

Dieser Eingriff müsste betriebsbezogen sein. Betriebsbezogen ist ein Eingriff, wenn er sich gegen den Betrieb als solchen richtet, also spezifisch in den betrieblichen Organismus eingreift²¹. Der Eingriff zielte auf die Beeinträchtigung der Geschäftsbeziehung zu Kapitalgebern ab und war mithin betriebsbezogen.

IV. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob es nicht generell erlaubt ist wahre Tatsachen zu verbreiten. Dagegen spricht der Umkehrschluss aus § 824, der schließlich nur die Verbreitung unwahrer Tatsachen regelt. So wird teilweise in der Literatur²²

¹⁹ BGHZ 36, 252 (256); 38, 200 (204), 90; 113 (121); 138, 311 (315); Staudinger/*Hager*, § 824 Rn 2 (! 13. Aufl.).

²⁰ BGHZ 8, 142 (144); 90, 113 (121); 138, 311 (315); MK-*Wagner*, § 823 Rn 188; *Bütter/Tonner*, BKR 2005, 344 (350).

²¹ Palandt/*Sprau*, § 823 Rn 128.

²² *Brossette*, S. 57.

vertreten, dass jeder ungestraft die Wahrheit sagen dürfe. Die Rechtsprechung hat eine begrenzte Ausnahme gemacht, wenn es um vertrauliche Information geht²³. Diese Ausnahme greift vorliegend allerdings nicht, weil die Informationen bekannt waren und eine besondere Prangerwirkung durch die Interviewäußerung fern liegt.

Eine weitere Ausnahme vom Schutz der Verbreitung wahrer Äußerungen gelte, wenn die Information den sozialen Geltungsanspruch verletzt²⁴. Doch müssen Wirtschaftsunternehmen es hinnehmen, wenn der Wind der Kritik ihnen hart ins Gesicht bläst. Das gilt auch für Bonitätseinschätzungen.

Fraglich ist, ob die Ausnahmen von dem Satz, die Wahrheit dürfe jeder sagen, mit den vorgenannten Fällen abschließend umschrieben sind. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass der Wahrheitsgehalt einer Äußerung auch durch denjenigen bestimmt oder verstärkt wird, der sie verbreitet. Die wirtschaftlichen Folgen einer Äußerung sind jedenfalls katastrophal für denjenigen, der Sanierungswege sucht.

Das BVerfG geht jüngst verstärkt davon aus, dass die Meinungsfreiheit gegenüber konfligierenden und verfassungsrechtlich geschützten Interessen auch einmal zurücktreten muss, wenn das Gewicht des Äußerungsinteresses gering, die drohende Beeinträchtigung allerdings schwer ist²⁵.

Es könnte eine Abwägung zugunsten des Vermögensschutzes vorgenommen werden. Dagegen kann zwar eingewendet werden, dass das Vermögen als solches verfassungsrechtlich nicht geschützt sei. Das Recht am Gewerbebetrieb aber ragt durchaus bereits in den Eigentumsschutz hinein, jedenfalls ist es Ausdruck verfassungsrechtlich geschützter unternehmerischer Entfaltungsfreiheit.

Ausschlaggebend ist hier aber die vertragliche Verschwiegenheitspflicht zwischen K-KG und BB, die hier eine ähnliche Wirkung entfalten muss wie bei der Pflichtverletzung aus Vertrag.

Aufgrund der Güter- und Interessenabwägung und unter Berücksichtigung der vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung tritt das Recht auf freie Meinungsäußerung der BB also hinter den Interessen des Kreditnehmers K-KG zurück.

Zum Schaden gilt das oben²⁶ gesagte entsprechend.

²³ BGH NJW 1994, 1281.

²⁴ BGH, NJW 1986, 2951.

²⁵ BVerfG, NJW 2006, 207.

²⁶ A. II. 5, S. 6.

Damit ist § 823 I i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegeben.

F. Anspruch gem. § 823 I i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht

- I. Zunächst ist fraglich, ob eine juristische Person, wie die K-KG, als Wirtschaftsunternehmen überhaupt eine Persönlichkeit haben kann.
 1. Die Rechtsprechung bejaht dies zwar²⁷, beschränkt jedoch die Reichweite des Persönlichkeitsrecht auf den sozialen Geltungsanspruch der juristischen Person als Arbeitgeber oder als Wirtschaftsunternehmer²⁸.
 2. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird demgegenüber ein allgemeines Persönlichkeitsrecht der juristischen Person eher abgelehnt²⁹.
- II. Letztlich ist es aber unerheblich, ob die juristische Person einen Schutz ihrer Geheimsphäre aus dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das ihr wie geprüft zusteht, oder aus einem mehr oder weniger weit verstandenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht zusteht. Es besteht keinerlei Notwendigkeit eine Haftung aus dem allgemeinem Persönlichkeitsrecht bei der juristischen Person heraus zu entwickeln, wenn diese durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt ist. Ein Anspruch gem. § 823 I i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist daher abzulehnen.

G. Ansprüche aus § 823 II i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 8 UWG, §§ 186 / 187 StGB

Diese Ansprüche fordern wie § 824 die Verbreitung unwahrer Tatsachen, sind mangels Äußerung einer unwahren Tatsachen nicht einschlägig.

H. Anspruch aus § 823 II i.V.m. §§ 55a, 55b KWG

- I. B müsste Angaben über Millionenkredite verwertet haben. Verwerten bedeutet Nutzen der Angaben für eigene Zwecke. Dies hat B nicht getan. B hat keine Angabe über Millionenkredite i.S.v. § 55a KWG verwertet.
- II. Um § 55b KWG zu erfüllen müsste B Angaben über Millionenkredite offenbart haben. Ein Offenbarungsakt des B ist aufgrund dessen, dass die Angaben schon der Öffentlichkeit bekannt waren, zu verneinen. B hat § 55b KWG nicht erfüllt.

²⁷ BGHZ 78, 274 (278); 81, 75 (78); 91, 117 (120), 98, 94 (97).

²⁸ BGH, NJW 1994, 1281 (1282); *Michalski*, GmbHG, § 13 Rn 54.

²⁹ *Kort*, NJW 2006, 1098 (1099).

I. Anspruch gem. § 823 I i.V.m. § 17 UWG

Die S-KG kann sich mangels Vertragsverhältnis mit der BB nicht auf § 17 UWG berufen.

J. Anspruch gem. § 826

§ 826 setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des B voraus. Wie geprüft handelte B lediglich fahrlässig. Auch ist zweifelhaft, ob eine sittenwidrige Schädigung vorliegt. Ein Anspruch gem. § 826 ist mithin nicht gegeben.

Frage 2:

Anspruch des K aus abgetretenen Rechten der S-KG gegen BB

A. Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 398

Zwischen S-KG und der BB bestanden keinerlei rechtsgeschäftliche Beziehungen, diese bestanden lediglich zur K-KG. Ein Anspruch aus § 280 I kommt somit nicht in Betracht.

B. Anspruch gem. §§ 280, 398 i.V.m. Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Möglicherweise könnte K aber aus abgetretenem Recht der S-KG ein Anspruch aus § 280 I i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zustehen.

I. Leistungsnähe

Nach diesen Grundsätzen wird ein Dritter in die aus einem Vertrag folgenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen, wenn er mit der Hauptleistung nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß in Berührung kommen soll und den Gefahren von Pflichtverletzungen ebenso ausgesetzt ist wie der Gläubiger selbst³⁰.

1. Nach einer Auffassung führe die konzernmäßig enge Verflechtung der K-KG mit der S-KG als ihre Konzernmutter dazu, dass diese in den Schutzbereich des zwischen der K-KG und der BB bestehenden Darlehensvertrags mit einbezogen wird³¹.
2. Nach einer anderen Ansicht³² ergebe sich die Leistungsnähe daraus, dass nach § 19 II 1 KWG die K-KG und ihre Obergesellschaften als ein Kreditnehmer im Sinne des § 18 KWG gelten.
3. Dagegen spricht aber folgendes:
 - a) Die Konzerngesellschaft profitiert von dem Kredit als Hauptleistung nur mittelbar, kommt aber nicht selbst in den Genuss dieser Leistung³³.
 - b) § 18 KWG und § 19 II KWG dienen nicht dem Schutz der Kreditnehmerin oder der Obergesellschaften, sondern dem des Kreditinstituts und mittelbar

³⁰ BGHZ 49, 278 (280), 61, 227 (233), 75, 321 (325); 127, 378 (380); 138, 257 (261).

³¹ OLG München, NJW 2004, 224 (228).

³² Ehricke/Rotstegge, ZIP 2006, 925 (927).

³³ OLG Hamm MDR 1999, 556 (557); MK-Gottwald, § 328 Rn 143; Canaris, ZIP 2004, 1781 (1788), Bütter/Tonner, BKR 2005, 344 (346); Ehricke, FS Derleder, 341 (353).

der Einleger³⁴ und sind mithin nicht geeignet eine Leistungsnähe zu begründen.

- c) Ein entscheidendes Argument gegen eine Schutzwirkung zugunsten der S-KG ist das in § 13 GmbHG zum Ausdruck kommende konzernrechtliche Trennungsprinzip, das die vom Kläger bewusst ausgenutzte Möglichkeit bietet, die Haftung für Verbindlichkeiten aus einem letztlich dem Gesamtkonzern zugute kommenden Darlehensvertrag wirksam auf die vertragsschließende Konzerngesellschaft zu beschränken.

Es soll ein Gleichlauf zwischen Anspruchsinhaberschaft und Haftungsschirm bestehen, d.h. wer aus dem Kreditvertrag nicht haftet, soll auch nicht durch Schutzwirkungen aus diesem Vertrag begünstigt werden³⁵.

Trennt man bei der Frage der Haftung die beiden Konzerngesellschaften von einander, so ist es nur konsequent diese Trennung auch dann zu beachten, wenn es um die Frage geht, wem aus einem mit einer Konzerngesellschaft geschlossenen Darlehensvertrag Rechte zustehen³⁶. Gründe für die Anwendung einer solchen „Rosinentheorie“ sind nicht ersichtlich.

Daraus folgt, dass eine Leistungsnähe nicht aus der konzernmäßigen Verflechtung der K-KG mit der S-KG begründet werden kann.

II. Schutzbedürftigkeit

Selbst wenn man die Leistungsnähe bejahen sollte, so ist ebenso die Schutzbedürftigkeit fraglich. Die S-KG profitiert als 100%ige Muttergesellschaft mittelbar von einem Schadensersatzanspruch der S-KG gegen die BB.

Die enge Einbindung der K-KG als Darlehensnehmerin der BB in den K-Konzern reicht für einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht aus.

C. Anspruch gem. § 824

Der Anspruch scheidet für die S-KG aus denselben Gründen wie für die K-KG, vgl. oben³⁷.

³⁴ *Hammen*, WuB § 328, 1.04???

³⁵ *Canaris*, ZIP 2004, 1781 (1788); *Hammen*, WuB § 328, Anm. 1.04???

³⁶ *Westermann*, FS Raiser, 787 (806); *Ehricke*, FS Derleder, 341 (353).

³⁷

D. Anspruch des K aus eigenem Recht gem. § 823 I i.V.m. eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

K könnte den der K-KG und S-KG entstandenen Schaden aus eigenem Recht geltend machen.

K müsste Inhaber eines Gewerbebetriebs sein.

Weder seine geschäftsführende Funktion noch seine Gesellschaftereigenschaft bei der K-KG machen ihn zum Kaufmann und damit zum Inhaber eines Gewerbebetriebs i.S.v. § 823 I³⁸. Gesellschafter von Kapitalgesellschaften betreiben auch dann, wenn sie Alleingesellschafter sind, keine gewerbliche Tätigkeit³⁹, vielmehr handelt es sich um bloße Vermögensverwaltung⁴⁰. Auch die Organmitglieder der AG oder der GmbH sind als solche nicht Kaufleute⁴¹. Sie sind ferner auch nicht als Unternehmer anzusehen⁴².

Die gegenteilige Auffassung⁴³ würde zu einer für den Schuldner unzumutbaren Doppelhaftung führen und verkennt zudem, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von der Rechtsprechung lediglich dazu entwickelt worden ist, Schutzlücken zu bilden. Der Alleingesellschafter profitiert aber schon mittelbar vom Anspruch der ihm gehörenden Gesellschaft bei rechtswidrigen Eingriff. Für einen eigenen Schutz des Alleingeschafters besteht daher kein Bedürfnis. Somit ist die Auffassung als zweifelhaft und systemwidrig anzusehen⁴⁴, mithin abzulehnen.

Ein eigenes Recht des K gem. § 823 I besteht mithin nicht.

E. Anspruch gem. § 823 I i.V.m. eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

K könnte aus abgetretenem Recht der S-KG einen Anspruch gem. § 823 I i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegen BB haben.

I. Anwendbarkeit

³⁸ BGHZ 104, 95 (98); 121, 224 (228); 132, 119 (122).

³⁹ BGH, NJW 1996, 2158.

⁴⁰ BGHZ 133, 71 (78); 133, 220 (223).

⁴¹ BGH, NJW 1996, 2158.

⁴² BGH, NJW 2004, 3039.

⁴³ OLG München, NJW-RR 1991, 928 (929).

⁴⁴ *Spindler*, in: Bamberger/Roth, § 823 Rn 105.

Bezüglich der Anwendbarkeit gilt das oben⁴⁵ gesagte entsprechend.

II. Betriebsbezogener Eingriff

Die Aussagen des B bezogen sich nicht nur auf die K-KG, sondern auf die gesamte K-Gruppe. Deshalb gilt das oben⁴⁶ zur K-KG Gesagte entsprechend.

III. Rechtswidrigkeit

Der Eingriff müsste rechtswidrig sein.

1. Verletzung des Art. 12 GG

Der Eingriff könnte die S-KG in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 verletzen. Fraglich ist aber, ob wahre Tatsachen und Meinungsäußerungen, die weder auf sachfremden Erwägungen beruhen, noch herabsetzend formuliert sind, als rechtswidrig eingestuft werden können. Auch wenn die wirtschaftliche Position eines Unternehmens nachteilig beeinträchtigt ist, schützt das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG) nicht davor.

2. Rechtmäßigkeit durch Meinungsfreiheit des Art. 5 GG

- a) Wurde bei der K-KG die Meinungsfreiheit des Art. 5 durch aus dem Vertrag resultierende Pflichten zur Interessenwahrung, Rücksichtnahme und Loyalität beschränkt, so greift dies - mangels vertraglicher Beziehung zwischen der S-KG mit der BB – nicht. Demnach stehen diese Pflichten der Meinungsfreiheit des Art. 5 nicht im Wege.
- b) Sie könnte aber nach allgemeinen Maßstäben rechtswidrig sein.
Dagegen sind Bs Äußerungen vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 GG geschützt, der jedermann das Recht gibt seine Meinung frei zu äußern.
- aa) Dieses Recht kann zwar gem. Art. 5 II GG durch die Schranke eines einfachen Gesetzes, zu dem auch § 823 I gehört, eingeschränkt werden. Jedoch muss nach der Wechselwirkungstheorie des BVerfG⁴⁷ dieses Gesetz selber in seiner das Grundrecht begrenzenden Wirkung wieder eingeschränkt werden. Es muss also eine Interessen- und Güterabwägung stattfinden.
- bb) Bezüglich Meinungsäußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage spricht eine Vermutung zugunsten der freien Rede⁴⁸.

⁴⁵ Frage 1, E, I., S. 10.

⁴⁶ Frage 1, E, II, III, S. 10.

⁴⁷ BVerfGE 7, 198 (208); 68, 226 (231); 69, 257 (269); 85, 1 (16).

⁴⁸ BVerfGE 61, 1 (7); 82, 272 (281); 90, 241 (249); 93, 266 (294); BGHZ 45, 296 (308); 65, 325 (331).

- cc) Bei Tatsachenbehauptungen kommt es dagegen auf die Richtigkeit der Bedeutung an. So tritt das Grundrecht der Meinungsfreiheit bei unwahren Tatsachenbehauptungen grundsätzlich zurück⁴⁹. Wahre Aussagen müssen dagegen – auch wenn sie nachteilig sind - hingenommen werden, solange sie nicht die Intim- oder Privatsphäre betreffen⁵⁰.

Die Aussagen des B wurden oben⁵¹ bereits bewertet. Danach ist lediglich der zweite Satz des B eine Tatsachenbehauptung. Diese ist aber wahr und somit hinzunehmen. Folglich bewirkt die Meinungsfreiheit des Art. 5, dass die Äußerung des B nicht rechtswidrig sind.

Somit hat K aus abgetretenem Recht der S-KG keinen Anspruch aus § 823 I i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

F. Alle anderen Ansprüche

Hier gilt, dass wenn schon der K-KG keine sonstigen Ansprüche aus Delikt zustehen, auch die S-KG keinerlei Ansprüche hat.

Gesamtergebnis

I. Frage 1

1. K hat einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 398 aus abgetretenem Recht gegen BB.
2. K hat aus abgetretenem Recht der K-KG einen Anspruch aus §§ 823 I, 31 i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.V.m. § 398 gegen BB.

II. Frage 2

K hat weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht der S-KG einen Anspruch gegen BB.

stud. iur. Martin Malkus

⁴⁹ BVerfGE 85, 1 (17); 90, 241 (248).

⁵⁰ BVerfGE 99, 185 (196); BVerfG NJW 2003, 1109 (1110).

⁵¹ Frage 1, B, II, 2, S. 8.