

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zum öffentlichen Recht und Unionsrecht
im 2. Halbjahr 2017

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab)
und Rechtsanwalt Dr. Jan-Dirk Rausch, Karlsruhe

In der nachstehenden Übersicht¹ sind die im 2. Halbjahr 2017 ergangenen Entscheidungen der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs im Bereich öffentlich-rechtlicher Ersatzleistungen (insbesondere Amtshaftung und öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche) aufgeführt (dazu I. und II.). Zudem enthält die Übersicht Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit sonstigen Bezügen zum öffentlichen Recht (wie etwa zum Verwaltungsverfahren sowie zu Grundrechten, dazu III.). Weiterhin sind Entscheidungen zum primären Unionsrecht und zur Europäischen Menschenrechtskonvention aufgenommen (dazu IV).²

I.
Amtshaftung

Im Berichtszeitraum sind folgende Entscheidungen zum Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG ergangen:

-
- ¹ Siehe auch unsere weiteren Rechtsprechungsübersichten, die unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.
- ² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des BGH können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des BGH verlinkt.

1. Überwachungspflichten bei zur Badeaufsicht in öffentlichen Schwimmbädern eingesetzten Personen; Beweislastumkehr bei Badeunfällen

Im Urteil vom 23. November 2017 befasst sich der Bundesgerichtshof mit den Überwachungspflichten des Personals in **öffentlichen Schwimmbädern**³.

Die zur Badeaufsicht in einem Schwimmbad eingesetzten Personen sind verpflichtet, den Badebetrieb und damit auch das Geschehen im Wasser zu beobachten und mit regelmäßigen Kontrollblicken darauf zu überprüfen, ob Gefahrensituationen für die Badegäste auftreten. Dabei ist der Standort so zu wählen, dass der gesamte Schwimm- und Sprungbereich überwacht und auch in das Wasser hineingeblickt werden kann. Die Badeaufsicht hat allerdings nicht die Verpflichtung zur lückenlosen Beobachtung eines jeden Schwimmers.⁴ In Notfällen ist für rasche und wirksame Hilfeleistung zu sorgen. Dazu gehört es, sich bei einem Badeunfall sofort an Ort und Stelle zu begeben.

Stellt sich die Pflichtverletzung als **grob fahrlässig** heraus, so führt dies hinsichtlich der Kausalität zur **Beweislastumkehr**:⁵ Wer eine besondere Berufs- oder Organisationspflicht, andere vor Gefahren für Leben und Gesundheit zu bewahren, grob vernachlässigt hat, muss die **Nichtursächlichkeit festgestellter Fehler beweisen**, die allgemein als geeignet anzusehen sind, einen Schaden nach Art des eingetretenen herbeizuführen. Dies gilt auch im Falle einer grob fahrlässigen Verletzung der Verpflichtung zur Überwachung eines Schwimmbadbetriebs.

Für den Fall einer einfach-fahrlässigen Pflichtverletzung kann sich die das Schwimmbad betreibende Gemeinde **nicht auf die** in ihrer Benutzungsordnung enthaltene **Beschränkung ihrer Haftung auf Vorsatz und gro-**

³ BGH, Urteil vom 23. November 2017 – [III ZR 60/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 24.

be Fahrlässigkeit berufen. Derartige Regelungen sind nicht geeignet, die von Verfassungs wegen gemäß Art. 34 Satz 1 GG grundsätzlich den Staat oder eine entsprechende Körperschaft treffende Haftung einzuschränken.⁶ Dies gilt nicht nur für den Amtshaftungsanspruch, sondern **auch**, im Falle des privatrechtlichen Betriebs, **für Ansprüche gemäß §§ 823, 831 BGB.** Die Benutzungsordnung betrifft nur das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis zwischen dem Badegast und der Gemeinde. Sollte sie als **Allgemeine Geschäftsbedingung** auszulegen sein, scheidet die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses jedenfalls, soweit eine **Kardinalpflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit** in Rede steht.⁷

2. Amtshaftungsanspruch gegen Vermessungsingenieur und anderweitige Ersatzmöglichkeit

Im Urteil vom 07. September 2017 nimmt der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung, ob die Erstellung eines **amtlichen Lageplans** durch einen öffentlich bestellten **Vermessungsingenieur** in Nordrhein-Westfalen eine **hoheitliche Tätigkeit** darstellt und unter welchen Voraussetzungen in diesem Zusammenhang auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB verwiesen werden kann.⁸

Die Erstellung eines Lageplans im Zusammenhang mit der Einreichung von Bauvorlagen nach § 69 BauO NRW erfolgt durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes. Dementsprechend richtet sich die Haftung des Vermessungsingenieurs in solchen Fällen nach § 839 Abs. 1 BGB, wobei eine **Überleitung auf das Land** (Art. 34 Satz 1 GG) durch § 1 Abs. 4 Halbsatz 2 des Gesetzes über die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieurinnen und -ingenieure in Nordrhein-Westfalen (ÖbVIG NRW) ausgeschlossen ist.⁹ Der öffentlich-rechtlich geprägte Charakter der Tätigkeit

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 34.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 35.

⁸ BGH, Urteil vom 07. September 2017 – [III ZR 618/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 9.

eines öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs beschränkt sich dabei auf die staatlichen Aufgaben und Kompetenzen, die der Staat als ihrer nach Natur nach zu seinem öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich gehörend auf diesen delegiert hat. Neben der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben steht es den öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren frei, auf allen anderen Gebieten des Vermessungswesens tätig zu werden, wenn dadurch die unabhängige und eigenverantwortliche Tätigkeit in dem Bereich ihrer öffentlichen Bestellung nicht beeinträchtigt wird (§ 2 Abs. 1 und Abs. 2 ÖbVIG NRW).

Ob sich das Handeln einer Person als **Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes** darstellt, bestimmt sich danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wird, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls noch als dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, das heißt auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung **die im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit** dient, abzustellen.¹⁰ Dass die Erstellung eines amtlichen Lageplans gemäß § 3 Abs. 3 BauPrüfVO NRW durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur in Ausübung seines hoheitlichen Amtes als **beliehener Unternehmer** (§ 1 Abs. 2 Satz 2 ÖbVIG NRW) erfolgt, ergibt sich daraus, dass ein solcher Plan ein "amtlicher" ist, er mit öffentlichem Glauben zu beurkunden ist und er gleichermaßen von einem Katasteramt oder einem öffentlich bestellten Vermessungsingenieur erstellt werden kann, so dass deren Aufgabenkreise insoweit identisch sind.

Im Rechtsstreit ging es zudem um die Frage, ob der Anspruch gegen den Vermessungsingenieur ausgeschlossen ist, weil der Klägerin gegen den Architekten des Bauvorhabens eine **anderweitige Ersatzmöglichkeit** gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Verfügung steht. Dazu reichen nach

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 14.

Auffassung des Bundesgerichtshofs die Feststellungen, dass der Architekt der Klägerin dem Grunde nach auf Ersatz des geltend gemachten Schadens haftet, nicht aus. Vielmehr muss das Gericht auch prüfen, ob und in welcher Höhe dieser Schadensersatzanspruch in zumutbarer Weise realisiert werden kann.¹¹

Die Annahme eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses, im Rahmen dessen § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Anwendung kommen würde und welches demnach zu einer vollen Haftung des Vermessungsingenieurs führen kann, lehnt der Bundesgerichtshof ab. Ein **verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis** setzt voraus, dass ein besonders enges Verhältnis des Einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher Regelung ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts besteht. Durch das Ersuchen an einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur, einen amtlichen Lageplan zu erstellen, wird weder eine besondere Nähebeziehung zum Auftraggeber begründet, noch ergibt sich angesichts der bestehenden detaillierten gesetzlichen Regelungen (§§ 9 und 10 ÖbVIG NRW) ein Bedürfnis nach einer angemessenen Verteilung der Verantwortung.¹²

3. Einholung eines Privatgutachtens kein „Rechtsmittel“ i.S.v. § 839 Abs. 3 BGB

Nicht nur bei der Amtshaftung, sondern auch bei der Haftung eines gerichtlichen Sachverständigen, der vorsätzlich oder fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstellt, ist **§ 839 Abs. 3 BGB** anzuwenden, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839a Abs. 2 BGB). Mit Beschluss vom 27. Juli 2017 beantwortet der Bundesgerichtshof die Frage, ob ein **Rechtsmittel**, dessen Nichtgebrauch die Amts- bzw. Sachverständigenhaftung ausschließt, **auch in**

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 21.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 27.

der Einholung eines zusätzlichen Privatgutachtens zur Widerlegung des für die betroffene Partei ungünstigen gerichtlichen Gutachtens bestehen kann.¹³ Anders als die Vorinstanz¹⁴ verneinte dies der Bundesgerichtshof.

Als "**Rechtsmittel**" kommen zwar solche Behelfe in Betracht, die sich unmittelbar gegen das fehlerhafte Gutachten selbst richten und die bestimmt und geeignet sind, eine auf das Gutachten gestützte instanzbeendende gerichtliche Entscheidung zu verhindern. Zu denken ist insoweit etwa an Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Gutachtens (§ 411 Abs. 4 ZPO), an Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, oder an formelle Beweisanträge auf Einholung eines neuen (Ober-) Gutachtens gemäß § 412 Abs. 1 ZPO. Nicht unter die "Rechtsmittel" i.S.v. § 839a Abs. 2, § 839 Abs. 3 BGB fällt indessen die Einholung eines Privatgutachtens, um Einwände gegen ein beanstandetes gerichtliches Sachverständigengutachten zu substantiieren. Zwar mag die Einholung und Vorlage eines Privatgutachtens die Aussicht dafür erhöhen, dass das Prozessgericht einem Antrag auf Einholung eines neuen (Ober-) Gutachtens Folge leistet. Eine nicht sachkundige Partei ist jedoch generell nicht verpflichtet, zur Substantiierung ihrer Einwendungen gegen ein gerichtliches Sachverständigengutachten einen Privatgutachter zu konsultieren.¹⁵

4. Kombination von Amtshaftungs- und Schadensersatzklage im Arzthaftungsrecht im selben Verfahren, Zulässigkeit eines Teilverurteils

In einem weiteren Urteil vom 21. November 2017 behandelt der Bundesgerichtshof die Fragestellung, unter welchen Voraussetzungen zugunsten eines beamteten Arztes ein Teilverurteil ergehen kann, wenn er wegen einer

¹³ BGH, Beschluss vom 27. Juli 2017 – [III ZR 440/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

¹⁴ OLG Celle, Urteil vom 20. Juli 2016 – 4 U 102/13, juris.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 27. Juli 2017 – [III ZR 440/16](#) – juris, Rn. 7.

fehlerhaften ärztlichen Behandlung **gemeinsam mit nicht beamteten Kollegen in Anspruch genommen** wird.¹⁶

Das Berufungsgericht hatte die Klage gegen den beamteten Arzt durch Teilurteil abgewiesen, weil er sich auf das **Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB** berufen könne. Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit der Klägerin im Sinne dieser Vorschrift sei durch die – tatsächlich auch erfolgte – Inanspruchnahme der weiteren Beklagten gegeben. Ob diese aber wirklich bestand, konnte erst in demselben Verfahren geklärt werden.

In dieser Konstellation **verneint** der Bundesgerichtshof **die Zulässigkeit eines Teilurteils**.

Ist ein Beamter wegen einer Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB auf Leistung von Schadensersatz allein verklagt, so kann zwar, wenn eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht auszuschließen ist, die Klage als (derzeit) unbegründet abgewiesen werden. Wird aber die Amtshaftungsklage – wie hier – wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen Dritten verbunden und ist die Frage, ob diesen eine Ersatzpflicht trifft, noch nicht entscheidungsreif, dann darf die Amtshaftungsklage nicht mit dem Hinweis auf die noch nicht geklärte Ersatzpflicht des (einfachen) Streitgenossen durch Teilurteil abgewiesen werden, weil die Entscheidung hierüber für den durch Teilurteil entschiedenen Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist.¹⁷

¹⁶ BGH, Urteil vom 21. November 2017 – [VI ZR 436/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 10.

II. Öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche

1. Schmerzensgeld bei Aufopferung

Im Urteil vom 07. September 2017 gibt der Bundesgerichtshof seine bisherige **Rechtsprechung zum Umfang der Entschädigung beim Aufopferungsanspruch auf**.¹⁸ Entscheidungserheblich war die Frage, ob der allgemeine Aufopferungsanspruch wegen eines hoheitlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit auf den **Ersatz materieller Schäden begrenzt** ist. Insoweit hält der III. Zivilsenat an seiner bisherigen Rechtsprechung, die eine solche Begrenzung annahm, nicht mehr fest.

Die Gesetzeslage hat sich zwischenzeitlich grundlegend geändert. Von einem Willen des Gesetzgebers, die Ersatzpflicht im Schadensersatz- und Entschädigungsrecht bei Eingriffen in immaterielle Rechtsgüter wie Leben, Freiheit oder körperliche Unversehrtheit grundsätzlich auf Vermögensschäden zu beschränken, kann nicht mehr ausgegangen werden. Durch Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (BGBl. I, S. 2674) ist § 253 BGB – die bisherige Regelung („Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“) wurde nunmehr Abs. 1 des § 253 BGB – durch Einfügung eines Absatzes 2 in der Form geändert, dass dann, wenn wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist, auch wegen des Schadens, der Nichtvermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden kann. Hiermit wurde – wie es im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07. Dezember 2001 (BT-Drucks. 14/7752, S. 1) heißt – ein allgemeiner Anspruch auf Schmerzensgeld eingeführt, der über die bereits erfasste außervertragliche Verschuldenshaftung hinaus auch die Gefährdungshaftung und die Vertragshaftung mit einbezieht. Durch die Neuregelung wird nunmehr ein einheitlicher

¹⁸ BGH, Urteil vom 07. September 2017 – [III ZR 71/17](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

und übergreifender Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzungen von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung geschaffen, der nicht mehr danach unterscheidet, auf welchem Rechtsgrund die Haftung für die Verletzung beruht.

Eine **Beschränkung folgt auch nicht aus** der Natur des öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs, der sich gewohnheitsrechtlich gemäß dem in **§ 75 EinlALR (1794)** enthaltenen Rechtsgrundsatz entwickelt hat. Danach ist auch ein Sonderopfer, das der Einzelne an immateriellen Rechtsgütern zum Wohl der Allgemeinheit zu erbringen genötigt wird, zu ersetzen. Bei einem hoheitlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit besteht das Sonderopfer aber nicht nur in den daraus folgenden materiellen, sondern auch in den daraus folgenden immateriellen Nachteilen.¹⁹

2. Entschädigungsanspruch wegen überlanger Dauer einer Gepäckkontrolle auf dem Frankfurter Flughafen

In einem Beschluss vom 14. Dezember 2017 nimmt der III. Zivilsenat zu der Frage Stellung, ob ein Anspruch aus **Aufopferung oder enteignendem Eingriff** in Betracht kommt, wenn die Kontrolle des Handgepäcks an einem Sicherheitskontrollpunkt des Frankfurter Flughafens rund 40 Minuten dauert und der Betroffene dadurch seinen Flug verpasst.²⁰

Bei beiden Ansprüchen ist das Vorliegen eines **Sonderopfers** erforderlich. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats setzt ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer voraus, dass eine an sich rechtmäßige hoheitliche Maßnahme bei einem Betroffenen unmittelbar zu Nachteilen führt, die er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen hinnehmen muss, die aber die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren übersteigen; die Einwirkungen auf die Rechtsposition des Betroffenen müssen die Sozialbindungsschwelle überschreiten, also im Verhältnis zu anderen ebenfalls betroffenen Personen eine besondere Schwere aufweisen oder

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 16.

²⁰ BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2017 – [III ZR 48/17](#) – juris.

im Verhältnis zu anderen nicht betroffenen Personen einen Gleichheitsverstoß bewirken. Dies kann nur aufgrund einer umfassenden Beurteilung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

Dagegen kann von dem Abverlangen eines Sonderopfers im öffentlichen Interesse und damit einem gleichheitswidrigen, entschädigungspflichtigen staatlichen Verhalten regelmäßig **keine Rede sein**, wenn sich der nachteilig Betroffene **freiwillig in eine gefährliche Situation begeben hat**, deren Folgen dann letztlich von ihm herbeigeführt und grundsätzlich selbst zu tragen sind. Der Betroffene darf nicht durch eigenes Verhalten, auch wenn dieses rechtlich erlaubt ist, einen vorher noch nicht vorhandenen Interessenkonflikt aktiviert haben.

Jeder Passagier muss einen ausreichenden "Zeitpuffer" für die Sicherheitskontrollen am Flughafen einkalkulieren, da diese von ihm und den Sicherheitsmitarbeitern nicht vollständig beeinflussbaren Betriebsabläufe einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen können. Hierauf muss er sich einstellen. Derjenige, der erst eine knappe Stunde vor dem Abflug und eine halbe Stunde vor dem "Boarding" bei der Sicherheitskontrolle eintrifft, begibt sich in die von vornherein vermeidbare Gefahr, infolge einer sachgemäß verlaufenden Handgepäckkontrolle seinen Flug zu verpassen. Der für diese Kontrolle dann noch zur Verfügung stehende Zeitraum ist üblicherweise äußerst knapp bemessen und mit unnötiger Verspätungsgefahr verbunden. Verwirklicht sich – so wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall – diese Gefahr, so hat der Passagier die hieraus folgenden **Nachteile zu tragen**, da er die **Gefahrenlage** und das mit ihr verbundene Verspätungsrisiko **maßgeblich mit geschaffen hat**.²¹

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 14.

III.

Weitere Entscheidungen zum öffentlichen Recht

1. Inhaltsbestimmung und Nebenbestimmung beim Verwaltungsakt; isolierte Anfechtbarkeit

Im Zusammenhang mit einer energiewirtschaftsrechtlichen Festlegung der Bundesnetzagentur äußert sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in einer Rechtsbeschwerdeentscheidung zur **Abgrenzung zwischen einer Nebenbestimmung (§ 36 VwVfG) und einer Inhaltsbestimmung** bei einem Verwaltungsakt.²²

Bei der Abgrenzung zwischen einer Nebenbestimmung i.S.d. § 36 VwVfG und einer Inhaltsbestimmung kommt es nach allgemeiner Meinung, der sich der Kartellsenat angeschlossen hat, auf den Erklärungswert des Bescheids an, wie er sich bei objektiver Betrachtung aus der Sicht des Empfängers darstellt. Dabei ist die sprachliche Bezeichnung einer Regelung als Nebenbestimmung allein nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr, ob die im Bescheid getroffene Regelung unmittelbar der Festlegung der Verwaltungsvorgaben, hier der Regulierungsvorgaben, dient, also das Handeln des von dem Bescheid Betroffenen räumlich und sachlich bestimmt und damit den Gegenstand der Genehmigung oder die Vorgaben zur sachgerechten Ermittlung der Netzentgelte festlegt. Ist das der Fall, handelt es sich um eine Inhaltsbestimmung, die integraler Bestandteil der in der "Hauptbestimmung" der Festlegung formulierten Vorgaben ist. Demgegenüber regelt eine Auflage zusätzliche Handlungs- oder Unterlassungspflichten, die zwar der Erfüllung der Vorgaben der Festlegung dienen, aber lediglich zu diesen Vorgaben hinzutreten und keine unmittelbare Wirkung für Bestand und Geltung der Festlegung haben.²³

Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes ist **entsprechend den zu §§ 133, 157 BGB entwickelten Regeln** zu ermitteln. Die Auslegung auch eines Verwaltungsaktes richtet sich dabei nicht nach den subjektiven Vor-

²² BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2017 – [EnVR 2/17](#) – juris.

²³ a.a.O. – juris, Rn. 14.

stellungen des Adressaten oder der erlassenden Behörde. Maßgebend ist entsprechend der Auslegungsregel des § 133 BGB der erklärte Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung versteht. Bei der Ermittlung dieses objektiven Erklärungswertes sind alle dem Empfänger bekannten oder erkennbaren Umstände heranzuziehen, insbesondere auch die Begründung des Verwaltungsakts.²⁴

Die **isolierte Anfechtung** einer in sachlicher Hinsicht **nicht teilbaren** Festlegung ist **unzulässig**. Eine Verpflichtungsbeschwerde hatte die Betroffene – trotz eines entsprechenden Hinweises des Beschwerdegerichts – ausdrücklich nicht erhoben. Die Anfechtungsbeschwerde konnte demnach auch nicht in eine solche umgedeutet werden.

2. Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage gegen die Rechtsanwaltskammer bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsaktes

Im Urteil vom 03. Juli 2017 äußert sich der Senat für Anwaltssachen zu der Problematik, unter welchen Voraussetzungen bei **Handlungen der Rechtsanwaltskammer** von Verwaltungsakten ausgegangen werden kann und welche Rechtsschutzmöglichkeiten bei Realakten bestehen.²⁵

Anders als ein behrender Hinweis oder eine missbilligende Belehrung stellt eine einfache Belehrung oder ein präventiver Hinweis keinen **Verwaltungsakt** dar. Als Gesichtspunkte, die im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Auslegung für das Vorliegen eines behrenden Hinweises oder einer missbilligenden Belehrung sprechen, hat der Senat insbesondere angesehen, dass der Bescheid der Rechtsanwaltskammer mit einer **Entscheidungsformel** versehen ist und in dieser – oder sonst im Bescheid – die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens festgestellt und ein **konkretes Verbot** ausgesprochen wird und der Bescheid insgesamt erkennen lässt, dass die Rechtsanwaltskammer sich bereits auf eine **verbindliche Regelung** der aufgeworfenen Fragen festgelegt hat. Dar-

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 16.

²⁵ BGH, Urteil vom 03. Juli 2017 – [AnwZ \(Brfg\) 45/15](#) – juris.

über hinaus spricht es nach der Rechtsprechung des Senats für das Vorliegen eines Verwaltungsakts, wenn der Bescheid mit einer **Rechtsmittelbelehrung** versehen und dem Rechtsanwalt förmlich zugestellt worden ist.

Für eine einfache Belehrung oder einen präventiven Hinweis und gegen das Vorliegen eines Verwaltungsakts hat daher in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sache gesprochen, dass die Beklagte im streitgegenständlichen Schreiben weder in einer – hier nicht vorhandenen – Entscheidungsformel noch in der Begründung ein konkretes Handlungsverbot oder -gebot oder ein konkretes Unterlassungsgebot ausgesprochen hat. Gegen das Vorliegen eines Verwaltungsakts hat auch gesprochen, dass das angegriffene Schreiben keine Rechtsmittelbelehrung enthält.

Im Hinblick auf das streitgegenständliche Schreiben der Anwaltskammer, in dem diese den Rechtsanwalt gebeten hatte, eine von diesem geplante Werbung zu unterlassen, ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs auch eine **Feststellungsklage unzulässig gewesen**. Eine vorbeugende Feststellungsklage ist nur zulässig, wenn der Betroffene nicht in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz gegen die befürchtete Beeinträchtigung verwiesen werden kann, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz mit für den Kläger unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre. Dem Kläger ist es im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Werbung ohne Weiteres zuzumuten, insbesondere die Entschließung der Generalstaatsanwaltschaft zur Frage einer möglichen anwaltsgerichtlichen Anschuldiung abzuwarten. Zudem besteht für den Kläger die Möglichkeit, von sich aus bei der Generalstaatsanwaltschaft ein so genanntes **Selbstreinigungsverfahren** nach § 123 Abs. 1 Satz 1 BRAO zu beantragen.

3. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft

Der Senat für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofs befasst sich in einem weiteren Urteil mit der Frage, auf welchen **Zeitpunkt** in einer **Klage gegen den Widerruf einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft** zur Beurteilung der **Rechtmäßigkeit des angefochtenen Widerrufs** abzustellen ist.²⁶

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des behördlichen Widerrufsverfahrens, also auf den Erlass des Widerspruchsbescheids oder – wenn das nach neuem Recht grundsätzlich vorgeschriebene Vorverfahren entbehrlich ist – auf den Ausspruch der Widerrufsverfügung abzustellen; die Beurteilung danach eingetretener Entwicklungen ist einem Wiederezulassungsverfahren vorbehalten. Für verwaltungsbehördliche Rücknahme- oder Widerrufsverfügungen in berufs- oder gewerberechtlichen Zulassungsverfahren gibt das materielle Recht regelmäßig den Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens als maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die gerichtliche Überprüfung vor. Dies folgt vor allem daraus, dass das materielle Recht in den genannten Fällen ein – wenn auch nicht stets ausdrücklich geregeltes – eigenständiges Wiederezulassungsverfahren vorsieht, in dem alle nachträglichen Umstände Berücksichtigung finden. Das anwaltliche Berufsrecht weist in materieller Hinsicht keine Besonderheiten auf, die es gebieten würden, bei der gerichtlichen Entscheidung über den Zulassungswiderruf einen zweifelsfreien nachträglichen Wegfall des Widerrufsgrundes zu berücksichtigen.²⁷

Die Rechtsprechung zu dem für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs maßgeblichen Zeitpunkt widerspricht nach Auffassung des Senats für Anwaltssachen nicht der Rechtsprechung des Bundesverwal-

²⁶ BGH, Beschluss vom 20. November 2017 – [AnwZ \(Brfg\) 42/17](#) – juris.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 4.

tungsgerichts, nach welcher entscheidend ist, ob nach dem materiellen Recht ein Anspruch des Klägers auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts besteht. Bestandteil des für den Widerruf einer Zulassung zur Rechtsanwaltschaft maßgeblichen materiellen Rechts sind nicht nur die Voraussetzungen eines solchen Widerrufs gemäß § 14 Abs. 2 BRAO, sondern auch die im Zulassungsrecht angelegte Trennung zwischen dem Widerruf der Zulassung (§ 14 Abs. 2 BRAO) und der (Wieder-) Zulassung (§§ 6, 7 BRAO). Aus dem Umstand, dass das materielle Recht ein eigenständiges Wiederezulassungsverfahren vorsieht, in dem alle nachträglichen Umstände Berücksichtigung finden, folgt für die Anfechtung eines Zulassungswiderrufs, dass allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des behördlichen Widerrufsverfahrens abzustellen ist.²⁸

4. Auskunft über die Zuordnung einer IP-Adresse und Vertraulichkeit der Telekommunikation (Art. 10 GG)

Im Urteil vom 13. Juli 2017 befasst sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem **urheberrechtlichen Auskunftsanspruch unter Verwendung von Verkehrsdaten** (§ 101 Abs. 9 UrhG).²⁹ Das Verfahren setzt eine richterliche Anordnung voraus. Der Inhaber von Nutzungs- und Verwertungsrechten an einem Computerspiel, das über einen der Beklagten zuzuordnenden Internetanschluss bei einer Tauschbörse angeboten wurde, machte Abmahnkosten und Schadensersatz geltend. Mit Beschluss hatte das Landgericht Köln der Deutschen Telekom gestattet, der Klägerin die Namen und Anschriften der Nutzer mitzuteilen, die den in einer von der Klägerin vorgelegten Liste genannten IP-Adressen zu den angegebenen Zeitpunkten zuzuordnen waren. Nach Erlass des Beschlusses erteilte die Deutsche Telekom AG der Klägerin Auskunft über die Benutzerkennung und den Umstand, dass es sich um eine der 1&1 Internet AG zugewiesene Kennung handelte. Die 1&1 Internet AG erteilte der Klägerin Auskunft über Namen und Anschrift der Beklagten. Das Berufungsgericht wies die Klage ab, weil es der Auffassung war, am

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 6.

²⁹ BGH, Urteil vom 13. Juli 2017 – [I ZR 193/16](#) – juris.

Verfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG müsse auch die 1&1 Internet AG **als Endkundenanbieter** beteiligt werden.

Seite 16 von 30

Der I. Zivilsenat hat sich dem nicht angeschlossen: Nach § 101 Abs. 9 Satz 1 UrhG ist für die **Erteilung einer Auskunft über den Vertriebsweg** rechtsverletzender Vervielfältigungsstücke gemäß § 101 Abs. 1 und Abs. 3 UrhG, die nur unter Verwendung von Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) erteilt werden kann, **eine vorherige richterliche Anordnung** über die Zulässigkeit der Verwendung der **Verkehrsdaten** erforderlich, die vom Verletzten zu beantragen ist. Nach § 3 Nr. 30 TKG sind Verkehrsdaten solche Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Demgegenüber sind gemäß § 3 Nr. 3 TKG Bestandsdaten solche Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden. Mit der Bestimmung des § 101 Abs. 9 Satz 1 UrhG hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass Verkehrsdaten in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses gemäß Art. 10 Abs. 1 GG fallen. Die Bestimmung des Art. 10 Abs. 1 GG schützt nicht nur den Inhalt der Kommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs. Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.

Bei dem Namen und der Anschrift des Nutzers, dem zu bestimmten Zeitpunkten eine bestimmte IP-Adresse zugewiesen war, handelt es sich um Daten, die für die Begründung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden, und damit um **Bestandsdaten**. Die begehrte Auskunft über diese Daten kann nur unter Verwendung von Daten erteilt werden, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Eine dynamische IP-Adresse ist keinem bestimmten Nutzer dauerhaft zugeordnet, sondern wird unterschiedlichen Nutzern jeweils nur für eine Sitzung zugeteilt. Eine

Verknüpfung der dynamischen IP-Adresse mit dem Nutzer, dem sie zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war, ist daher nur unter Verwendung der jeweils hierzu gespeicherten Verkehrsdaten wie des Datums und der Uhrzeit der Verbindung möglich. § 101 Abs. 9 Satz 1 i.V.m. § 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UrhG enthält die fachrechtliche Eingriffsermächtigung für die Verwendung von Verkehrsdaten zur Identifizierung von dynamischen IP-Adressen.

Danach unterliegt im Streitfall zwar die von der Deutsche Telekom AG als **Netzbetreiber**, nicht aber **die vom Endkundenanbieter 1&1 Internet AG erteilte Auskunft dem Vorbehalt richterlicher Anordnung** gemäß § 101 Abs. 9 Satz 1 UrhG.³⁰

Das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG schützt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Vertraulichkeit konkreter Telekommunikationsvorgänge und nicht die Vertraulichkeit der mit der Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen einhergehenden Umstände. Allgemeine Informationen, die das Telekommunikationsverhalten oder Beziehungen zwischen Diensteanbietern und ihren Kunden betreffen, wie die Zuordnung von Benutzerkennungen zu einzelnen Anschlüssen, fallen nicht in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG.³¹ Im Streitfall ist danach mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 GG die vom Netzbetreiber vorgenommene Zuordnung einer zu einem bestimmten Zeitpunkt genutzten IP-Adresse zu einer individuellen Benutzerkennung grundrechtsrelevant. Die Auskunft des Endkundenanbieters dazu, welchem Anschlussinhaber eine bestimmte Benutzerkennung zuzuordnen ist, beschränkt sich hingegen auf die dem Anordnungserfordernis des § 101 Abs. 9 UrhG nicht unterfallende Bekanntgabe von Bestandsdaten.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 17.

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 20.

5. Anbieten von Dateifragmenten eines Films in einer Internet-tauschbörse (Art. 5 Abs. 3 GG)

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erörtert im Urteil vom 06. Dezember 2017 „Konferenz der Tiere“ die Frage, ob das **Anbieten von Dateifragmenten eines Films** in einer Internettauschbörse eine **Urheberrechtsverletzung** darstellt.³² Nach dieser Entscheidung **haftet der Teilnehmer einer Internettauschbörse**, der Dateifragmente in der Tauschbörse zum Herunterladen anbietet, die einem urheberrechtlich geschützten Werk zuzuordnen sind, das im zeitlichen Zusammenhang mit der be- anstandeten Handlung in der Tauschbörse zum Herunterladen bereit ge- halten wird, **regelmäßig als Mittäter** einer gemeinschaftlich mit den ande- ren Nutzern der Internettauschbörse begangenen Verletzung des Rechts zur öffentlichen Zugänglichmachung des Werks.

Gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 UrhG hat der Filmhersteller das ausschließ- liche Recht, den Bildträger oder Bild- und Tonträger, auf den das Filmwerk aufgenommen ist, zu vervielfältigen, zu verbreiten und zur öffentlichen Vorführung, Funksendung oder öffentlichen Zugänglichmachung zu be- nutzen. Das Anbieten von Musikstücken oder Filmwerken mittels eines Filesharing-Programms in sogenannten "Peer-to-Peer"-Netzwerken im Internet verletzt das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung des Lei- stungsschutzberechtigten.

Nach Auffassung des I. Zivilsenats ist Schutzgegenstand des Schutz- rechts des Filmherstellers nach §§ 94 f. UrhG die im Filmträger verkörper- te organisatorische und wirtschaftliche Leistung des Filmherstellers. Da der Filmhersteller diese unternehmerische Leistung für den gesamten Ton- oder Filmträger erbringt, gibt es keinen Teil des Ton- oder Filmträ- gers, auf den nicht ein Teil dieses Aufwands entfällt und der daher nicht geschützt ist. Mithin stellt nach Auffassung des Senats selbst die **Entnah-**

³² BGH, Urteil vom 06. Dezember 2017 – [I ZR 186/16](#) – juris.

me kleinster Partikel einen Eingriff in die durch § 94 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützte Leistung des Filmträgerherstellers dar.³³

Es stellt keinen Wertungswiderspruch dar, kleinsten Partikeln eines Film- oder Tonträgers Leistungsschutz zuzubilligen, während Teile eines Musikwerks nur dann Urheberrechtsschutz genießen, wenn sie für sich genommen den urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen genügen. Während das verwandte Schutzrecht am Tonträger den Schutz der wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung des Tonträgerherstellers zum Gegenstand hat, schützt das Urheberrecht am Musikwerk die persönliche geistige Schöpfung des Komponisten.

Diese Sichtweise steht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs **nicht in Widerspruch zu** der zum Schutzrecht des Tonträgerherstellers nach § 85 UrhG ergangenen „Sampling“-**Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts** vom 31. Mai 2016.³⁴ Das Bundesverfassungsgericht habe ausgesprochen, dass die grundsätzliche Anerkennung eines Leistungsschutzrechts zugunsten des Tonträgerherstellers in § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG, das den Schutz seiner wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung zum Gegenstand hat, mit Blick auf das Grundrecht der **Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG** verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Es habe weiter ausgeführt, die Bejahung eines Eingriffs in das Recht des **Tonträgerherstellers** aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG schon bei der Entnahme einer nur kurzen Rhythmussequenz stelle für sich genommen noch **keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Kunstfreiheit** dar. Die Kunstfreiheit sei im Rahmen der Anwendung des Rechts auf freie Benutzung gemäß § 24 UrhG angemessen zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht habe zugleich klargestellt, dass der Schutz des Eigentums gemäß **Art. 14 Abs. 1 GG** die Lizenzpflichtigkeit solcher Nutzungshandlungen erfordert, die nicht von der Kunstfreiheit erfasst sind oder die aufgrund ihres Umfangs oder ihres zeitlichen und inhaltlichen Zusammen-

³³ a.a.O. – juris, Rn. 19.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13 – „Sampling“ – juris.

hangs mit dem Originaltonträger für dessen Hersteller nicht hinnehmbare wirtschaftliche Risiken mit sich bringen. Diese für das Verhältnis von Eigentumsschutz und Kunstfreiheit maßgeblichen Erwägungen seien im Streitfall jedoch nicht einschlägig, da sich der Beklagte zur Rechtfertigung seiner Teilnahme an der Internet-Tauschbörse nicht auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen könne und sich hierauf auch nicht berufe.³⁵

Der Senat ergänzt selbst für den Fall, dass sich das Leistungsschutzrecht des Filmherstellers gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht auf Dateifragmente erstreckt, könne nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Haftung des Beklagten nicht verneint werden. In Betracht komme, dass der Beklagte **als Mittäter** einer gemeinschaftlich mit den anderen Nutzern der Internettauschbörse begangenen Verletzung des Leistungsschutzrechts der Klägerin oder urheberrechtsschutzfähiger Teile hiervon haftet. Dies beurteilt sich **nach den im Strafrecht entwickelten Grundsätzen**.³⁶

6. Staatenimmunität: Unzulässigkeit einer Klage gegen die Republik Griechenland (Art. 25 GG)

Aus Anlass einer Klage gegen die Republik Griechenland (Hellenische Republik) wegen der Abwertung griechischer Staatsanleihen verneint der Bundesgerichtshof den Rechtsweg zur deutschen Gerichtsbarkeit.³⁷

Die Frage, ob die deutsche Gerichtsbarkeit nach den **Grundsätzen der Staatenimmunität** eröffnet ist, ist von Amts wegen und vor Ermittlung der internationalen Zuständigkeit zu prüfen. Soweit im Völkerrecht in einem allgemeinen Sinne von Staatenimmunität die Rede ist, bezieht sich diese auf den völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz, dass ein Staat nicht fremdstaatlicher nationaler Gerichtsbarkeit unterworfen ist. Allerdings hat das Recht der allgemeinen Staatenimmunität, nicht zuletzt

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 23.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 25.

³⁷ BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – [XI ZR 796/16](#) (Parallelentscheidung [XI ZR 217/16](#)) – juris.

wegen des zunehmend kommerziellen grenzüberschreitenden Tätigwerdens staatlicher Stellen, einen Wandel von einem absoluten zu einem nur mehr relativen Recht durchlaufen. Es ist keine allgemeine Regel des Völkerrechts mehr, dass ein Staat Immunität auch für nicht-hoheitliches Handeln genießt. Staatenimmunität besteht aber nach dem als Bundesrecht i.S.v. Art. 25 GG geltenden allgemeinen Völkergewohnheitsrecht auch heute noch weitgehend uneingeschränkt für solche Akte, die hoheitliches Handeln eines Staates darstellen.

Die **Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staats-tätigkeit** richtet sich nicht nach deren Motiv oder Zweck. Sie kann auch nicht danach vorgenommen werden, ob die Betätigung in erkennbarem Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben des Staates steht. Dies folgt daraus, dass die Tätigkeit eines Staates, wenn auch nicht insgesamt, aber doch zum weitaus größten Teil hoheitlichen Zwecken und Aufgaben dient und mit ihnen in einem erkennbaren Zusammenhang steht. Maßgebend für die Unterscheidung ist vielmehr die Natur der staatlichen Handlung oder des entstandenen Rechtsverhältnisses. Es kommt darauf an, ob der ausländische Staat in Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt und damit öffentlich-rechtlich oder wie eine Privatperson, also privatrechtlich, tätig geworden ist.

Mangels völkerrechtlicher Unterscheidungsmerkmale ist die Abgrenzung grundsätzlich nach dem Recht des entscheidenden Gerichts zu beurteilen, hier also nach deutschem Recht. Die Heranziehung nationaler Regelungen zur Unterscheidung hoheitlichen staatlichen Handelns von nicht-hoheitlichem staatlichen Handeln findet erst dort ihre Grenze, wo der unter den Staaten allgemein anerkannte Bereich hoheitlicher Tätigkeit berührt ist. Das betrifft etwa die Betätigung der auswärtigen und militärischen Gewalt, die Gesetzgebung, die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege. Insoweit kann es ausnahmsweise geboten sein, eine nach nationalem Recht als privatrechtlich einzuordnende Tätigkeit eines ausländischen Staates gleichwohl als der Staatenimmunität unterfallenden Akt iure im-

perii zu qualifizieren, wenn dieser zum Kernbereich völkerrechtlich anerkannter Staatsgewalt zu rechnen ist.

In dem vom XI. Senat entschiedenen Fall war ein hoheitliches Handeln anzunehmen, soweit die Kläger ihre Ansprüche auf den Erlass eines Gesetzes und einen Ministerratsbeschluss stützten. Auch die vertraglichen Schadensersatzansprüche können nur realisiert werden, **wenn das griechische Gesetz oder der Ministerratsbeschluss unwirksam** sind. Damit ist aber gerade eine Beurteilung des **hoheitlichen Handelns der beklagten Republik Griechenland** erforderlich, die mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit von Staaten und dem daraus folgenden Rechtsprinzip, dass Staaten nicht übereinander zu Gericht sitzen, nicht vereinbar wäre.³⁸

IV. Entscheidungen zum Unionsrecht (einschließlich unionsrechtliche Grundfreiheiten, EU- Grundrechtecharta) und zur Europäischen Menschenrechts- konvention

1. Meinungsfreiheit und unzulässige Arzneimittelwerbung (Art. 10 EMRK; Artt. 11, 51, 52 GRCh)

In seinem Beschluss vom 01. Juni 2017 äußert sich der I. Zivilsenat anlässlich eines wettbewerbsrechtlichen Rechtsstreits zwischen zwei Pharmaunternehmen zu der Frage, **ob die Auslage einer wissenschaftlichen Stellungnahme an einem Messestand von der Meinungsfreiheit gedeckt** sein kann.³⁹ Ein Wettbewerber hatte dem beklagten Pharmaunternehmen vorgeworfen, die Beklagte habe die Stellungnahme verbreitet, um die Kongressbesucher zu veranlassen, in erheblichem Umfang Präparate wie ihr eigenes auch außerhalb der zugelassenen Anwendungsgebiete zu verwenden. Da die Verwendung der unter anderem von der Beklagten vertriebenen Präparate außerhalb der Zulassung in der Stellungnahme umfassend beschrieben und als wirksam, erprobt und sicher dargestellt

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 26.

werde, liege auch ein Verstoß gegen § 3a des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) vor.

Der Bundesgerichtshof geht zunächst davon aus, dass die **wissenschaftliche Studie Werbung** darstellt. Bei der ausgelegten „Leitlinie“ handelt es sich nicht um eine rein wissenschaftliche Abhandlung. So wird dort sowohl in den Passagen über die Dosisäquivalenz als auch bei den Ausführungen über die Anwendungsgebiete und überdies bei den Ausführungen über die Verwendung außerhalb der Zulassung („Off-Label-Use“) die Effektivität der Präparate herausgestellt. Zudem waren die in der Leitlinie enthaltenen Informationen nach den getroffenen Feststellungen geeignet, sich positiv auf den Absatz des Mittels der Beklagten auszuwirken.⁴⁰

Die Auslegung und Abgabe der streitgegenständlichen Leitlinie ist nicht von der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit gedeckt.⁴¹ Der Anwendung des von der Revision insoweit angeführten Art. 5 Abs. 1 GG steht im Streitfall entgegen, dass bei der **Auslegung des der Umsetzung von Richtlinien des Unionsrechts dienenden nationalen Rechts** nach Art. 51 Abs. 1 Satz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRCh) die dort niedergelegten Grundrechte zu beachten und daher, soweit die Freiheit der Meinungsäußerung und Berichterstattung in Rede steht, **vorrangig** die insoweit einschlägigen Regelungen in Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 **GRCh** anzuwenden sind. Die Bestimmung des § 3a Satz 2 HWG hat ihre unionsrechtliche Grundlage in Art. 87 Abs. 2 des Humanarzneimittelkodexes, wonach alle Elemente der Arzneimittelwerbung mit den Angaben in der Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels vereinbar sein müssen.

Die Auslegung und Abgabe der Leitlinie durch die Beklagte fällt in den Schutzbereich der in Art. 11 der GRCh verankerten **Freiheit der Mei-**

³⁹ BGH, Beschluss vom 01. Juni 2017 – [I ZR 188/16](#) – juris.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 27 ff.

nungsäußerung und der Information. Diese Freiheit gilt auch für die Verbreitung von Informationen geschäftlicher Art durch einen Unternehmer und damit für Werbebotschaften. Gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh hat die in deren Art. 11 gewährleistete Meinungs- und Informationsfreiheit die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die durch Art. 10 EMRK garantierte Freiheit.

Nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta verankerten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Außerdem dürfen Einschränkungen nach Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRCh unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

Nach diesen Maßstäben verstößt weder das auf der Vorschrift des Art. 87 Abs. 2 des Humanarzneimittelkodexes aufbauende und die Zulassungspflicht von Arzneimitteln gemäß Art. 6 des Humanarzneimittelkodexes und § 21 AMG ergänzende Verbot der Werbung für nicht zugelassene Anwendungsgebiete eines zugelassenen Arzneimittels in § 3a Satz 2 HWG⁴² noch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe mit ihrem beanstandeten Verhalten gegen diese Bestimmung verstoßen, gegen die in Art. 11 Abs. 1 der GRCh geschützte Freiheit der Meinungsäußerung. Insbesondere hat das Berufungsgericht mit Recht das Vorliegen eines von der Beklagten mit ihrem beanstandeten Verhalten verfolgten Werbeziels bejaht.

⁴² Originaltext; gemeint offensichtlich: § 3a Satz 2 HWG.

2. Antrag auf Aufhebung der Adoption, Verfassungsmäßigkeit von § 1762 Abs. 2 BGB (Art. 6 GG; Art. 8 EMRK)

In einem Rechtsbeschwerdeverfahren nimmt der Bundesgerichtshof Stellung zur **Verfassungsmäßigkeit des § 1762 Abs. 2 BGB**.⁴³ Danach kann der Antrag auf Aufhebung des zu einem Minderjährigen begründeten Annahmeverhältnisses nur gestellt werden, wenn seit der Annahme noch keine drei Jahre verstrichen sind. Im entschiedenen Fall hatte der Adoptierte erst mehrere Jahrzehnte nach der Adoption im Jahre 1968 aufgrund des Todes seines leiblichen Vaters von den wahrheitswidrigen Angaben seiner Mutter im damaligen Verfahren Kenntnis erhalten. Der XII. Zivilsenat bestätigt die Entscheidung der Vorinstanzen, wonach der Antrag auf Aufhebung der Adoption an der Versäumung der dreijährigen Ausschlussfrist des § 1762 Abs. 2 BGB scheitert.

Der Angenommene ist durch die Wirkungen des § 1762 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in seinem Recht auf **Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG** und seinen mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG korrespondierenden Grundrechten als Kind gegenüber dem nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft lebenden Elternteil verletzt.

Durch das Annahmeverhältnis wurde eine neue rechtliche Vaterschaft des Annehmenden begründet, die sodann auch in sozial-familiärer Verbundenheit und Verantwortungsgemeinschaft zwischen Eltern und Kind gelebt worden ist. Die dadurch **neu entstandene familiäre Beziehung** unterfällt ihrerseits dem **Schutz des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG**. Neben der durch Geburt entstandenen Familie wird nämlich grundsätzlich auch jede andere von der staatlichen Rechtsordnung anerkannte Gemeinschaft von Eltern und Kindern grundrechtlich geschützt. Die Abstammung wie die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft machen gleichermaßen den Gehalt von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG aus.

⁴³ BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2017 – [XII ZB 371/17](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Für den Fall **schwerwiegender Mängel der Adoption**, wie hier der fehlenden, nach § 1747 Abs. 1 BGB in der seinerzeit geltenden Fassung erforderlich gewesenen Einwilligung des früheren Vaters, hatte der **Gesetzgeber die Aufgabe zu lösen**, den Anspruch des Angenommenen und seines früheren Vaters auf Aufrechterhaltung der früheren Familie in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz zu regeln und dabei gleichzeitig die Grundrechtspositionen aus der neu entstandenen Familie zu berücksichtigen. **Die Konfliktlösung**, die der Gesetzgeber in § 1762 Abs. 2 Satz 1 BGB getroffen hat, **genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben**.⁴⁴

In Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen hat der Gesetzgeber typisierend festgelegt, dass sich der Schutz der neu entstandenen Familie ab dem Verstreichen einer dreijährigen Frist ohne Einzelfallprüfung durchsetzt. Zu einer solchen Regelung war der Gesetzgeber im Interesse des Kindeswohls auch befugt. Die fortbestehende Möglichkeit der Aufhebung eines Annahmeverhältnisses ist geeignet, in das Verhältnis zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen eine gewisse Unsicherheit hineinzutragen. Diese Unsicherheit muss im Interesse des gezielten und ungestörten Aufwachsens des Kindes so bald wie möglich beendet werden. Dazu trägt die Dreijahresfrist in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise bei. Es besteht auch keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, eine spätere Aufhebung des Annahmeverhältnisses zu ermöglichen, sobald sich mit dem Erwachsenwerden des Kindes die Lebens- und Erziehungsgemeinschaft auflöst. Denn auch die Begegnungsgemeinschaft bietet den erwachsen gewordenen Familienmitgliedern Raum für Ermutigung und Zuspruch, festigt die Fähigkeit zu verantwortlichem Leben in der Gemeinschaft und steht als solche weiterhin unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 29 ff.

Die geltende Rechtslage verstößt auch **nicht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angenommenen** (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG).⁴⁵ Der Gesetzgeber verfolgt den legitimen und im Hinblick auf die in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene Institutsgarantie der (Adoptiv-) Familie verfassungsrechtlich unbedenklichen Zweck, die Grenzen der Familienauflösung so eng wie möglich zu ziehen und damit auch die Rechtsstellung von leiblichen und adoptierten minderjährigen Kindern so vollständig wie möglich einander anzugleichen, zumal durch die Aufhebung einer Volladoption die erloschenen Verwandtschaftsverhältnisse zu der leiblichen Familie des Adoptivkindes wieder aufleben und die damit verbundenen unterhalts- und erbrechtlichen Folgen verfassungsrechtlich geschützte Rechte Dritter beeinträchtigen können.

Auch liegt ein **Verstoß gegen Konventionsrecht** nicht vor.⁴⁶ Konventionsrechtlicher Prüfungsgegenstand ist die Frage, ob der Umstand, dass das innerstaatliche Recht eine Aufhebung eines fehlerhaft zustande gekommenen Annahmeverhältnisses mehr als vierzig Jahre nach seiner Begründung allein mit Blick auf das Verstreichen einer gesetzlichen Ausschlussfrist versagt, einen nicht nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigten Eingriff in das Recht des Angenommenen auf Achtung seines Familien- oder Privatlebens bedeutet. Davon kann nicht ausgegangen werden. Die Beziehungen zwischen den Adoptiveltern und den adoptierten Kindern sind in der Regel von der gleichen Art wie die Familienbeziehungen, die durch Art. 8 EMRK geschützt sind. Deshalb stellte die Annullierung einer rechtsförmigen Adoption, lange nachdem sie bewilligt wurde, ihrerseits einen Eingriff in das von Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens dar, der nur gerechtfertigt sein kann, wenn die Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt sind. Der EGMR hat hierzu festgestellt, dass das Trennen einer – auch durch Adoption begründeten – Familie einen sehr schweren Eingriff darstellt, der durch ausreichend stichhaltige und gewichtige Gründe gestützt sein muss, nicht nur im Inter-

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 34 ff.

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 36 ff.

esse des Kindes, sondern auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Diese wird im vorliegenden Fall nicht durch ausreichend stichhaltige und gewichtige Gründe aufgewogen.

3. Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater bei bestehenden sozial-familiären Beziehungen (Art. 6 GG; Art. 8 EMRK)

In einer Abstammungssache hat der Bundesgerichtshof zur Auslegung des § 1600 BGB im Lichte des Elternrechts des Art. 6 Abs. 2 GG Stellung genommen.⁴⁷

Bei Bestehen einer **sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater** ist der Antrag des leiblichen Vaters auf Anfechtung der Vaterschaft stets unbegründet. Darauf, ob auch zwischen leiblichem Vater und Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht, kommt es nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nicht an. Für eine einschränkende Auslegung der Norm besteht keine Möglichkeit. Dass eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater einer Anfechtung durch den leiblichen Vater dann nicht entgegenstehe, wenn dieser seinerseits eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind habe und mit ihm in einer Familie zusammenlebe,⁴⁸ findet im Gesetz keine Grundlage und ergibt sich insbesondere nicht aus einer historischen oder teleologischen Auslegung.

Die Anfechtung der Vaterschaft durch den leiblichen Vater ist durch Gesetz vom 23. April 2004 (BGBl. I, S. 598) eingeführt worden. Das Bundesverfassungsgericht hatte § 1600 BGB in der alten Fassung für insoweit mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar erklärt, als er den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes ausnahmslos von der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung ausschloss. Dem lag die Erwägung zugrunde, dass auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG stehe. Leiblicher Vater eines Kin-

⁴⁷ BGH, Beschluss vom 15. November 2017 – [XII ZB 389/16](#) – juris.

⁴⁸ So noch die Vorinstanz OLG Hamm, Beschluss vom 20. Juli 2016 – 12 UF 51/16 – juris.

des zu sein, mache diesen zwar allein noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Grundrechtsnorm schütze den leiblichen Vater aber in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen. Dieser Schutz vermittle ihm kein Recht, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten. Ihm sei jedoch vom Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegenstehe und festgestellt werde, dass er der leibliche Vater des Kindes sei.

Damit hat das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung bereits dahin vorgegeben, dass das Anfechtungsrecht gesetzlich zu gewährleisten ist, wenn keine familiäre Beziehung zwischen Kind und rechtllichem Vater besteht. Dementsprechend stellt das Gesetz auch nicht auf eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes mit seinen rechtlichen Eltern, sondern nur auf eine solche mit seinem rechtlichen Vater ab. Geht das Elternrecht des rechtlichen Vaters mit einer bestehenden sozial-familiären Beziehung einher, ist es auch in dieser Konstellation gegenüber dem grundrechtlich geschützten Interesse des leiblichen Vaters, in die rechtliche Vaterstellung einrücken zu können, vorrangig. Daran hat sich der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien bewusst orientiert. Die wortlautgetreue Gesetzesanwendung entspricht somit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Dafür, dass der Gesetzgeber darüber hinausgehen und dem leiblichen Vater weitergehende Rechte einräumen wollte, als dies nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf die widerstreitenden Grundrechtspositionen von rechtllichem und leiblichem Vater geboten war, ist nichts ersichtlich. Die Frage, ob die bestehende gesetzliche Regelung auch zukünftig noch rechtspolitisch wünschenswert erscheint oder ob den Interessen des leiblichen Vaters ein höherer Stellenwert gebührt, fällt schließlich in die alleinige Zuständigkeit des Gesetzgebers.

Die Gesetzeslage ist schließlich auch **mit Art. 8 EMRK vereinbar**. Der **EGMR** hat die vom deutschen Gesetzgeber getroffene Entscheidung als **im Rahmen des nationalen Beurteilungsspielraums zulässig** angesehen.⁴⁹

Seite 30 von 30

Karlsruhe, den 24. Mai 2018

Dr. Peter Rädler

Dr. Jan-Dirk Rausch

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 29.