

**Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**  
**zum öffentlichen Recht und Unionsrecht**  
**im 2. Halbjahr 2018**

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

In der nachstehenden Übersicht<sup>1</sup> sind die im 2. Halbjahr 2018 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 zum Grundrechtsschutz, dazu III.). Weiterhin sind Entscheidungen zum primären Unionsrecht und zur Europäischen Menschenrechtskonvention aufgenommen (dazu IV).<sup>2</sup>

**I.**  
**Amtshaftung**

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

- 
- <sup>1</sup> Siehe auch unsere weiteren Rechtsprechungsübersichten, die unter dem Menüpunkt „[News-lette](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.
- <sup>2</sup> 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. Amtshaftung des Notarztes bei einem Rettungsdiensteinsatz in Sachsen

Im Urteil vom 15. November 2018 befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, ob die Tätigkeit eines Notarztes bei einem Rettungsdiensteinsatz in Sachsen als hoheitliches Handeln angesehen werden kann.<sup>3</sup>

Für die haftungsrechtliche Einordnung des landesrechtlich geregelten Rettungsdienstes ist maßgeblich, ob dieser öffentlich-rechtlich organisiert ist oder nicht. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 SächsBRKG<sup>4</sup> umfasst der Rettungsdienst Notfallrettung und Krankentransport als öffentliche Aufgabe. § 3 Nr. 3 SächsBRKG bestimmt die Rettungszweckverbände und die Landkreise und Kreisfreien Städte, die sich nicht zu einem **Rettungszweckverband** zusammengeschlossen haben, als Aufgabenträger für den bodengebundenen Rettungsdienst. Nach § 31 SächsBRKG werden Notfallrettung und Krankentransport auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages durchgeführt.

Die Teilnahme eines Notarztes bei einem rettungsdienstlichen Einsatz stellt sich hiernach als Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 34 Satz 1 GG dar. Im amtshaftungsrechtlichen Sinne „anvertraut“ wird den Notärzten ihre hoheitliche Betätigung im Rettungsdienst nicht durch die Arbeitsgemeinschaft Sächsischer Krankenkassen und Verbände der Krankenkassen für die notärztliche Versorgung (ARGE NÄV), sondern durch die Rettungszweckverbände bzw. durch die Landkreise und Kreisfreien Städte, die sich nicht zu einem Rettungszweckverband zusammengeschlossen haben.<sup>5</sup>

Nach Art. 34 Satz 1 GG trifft bei Pflichtverletzungen eines Amtsträgers die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren

---

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 15. November 2018 – [III ZR 69/17](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

<sup>4</sup> Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz.

<sup>5</sup> a.a.O. – juris, Rn. 27.

Dienst er steht. Entscheidend ist mithin, wer dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlerhaft handelte, anvertraut, wer also dem Amtsträger die Aufgabe, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung erfolgte, übertragen hat. § 3 SächsBRKG enthält keine ausdrückliche Herausnahme der notärztlichen Versorgung aus dem **Aufgabenbereich der Kommunen** (bzw. der von ihnen gebildeten Zweckverbände).<sup>6</sup>

## 2. **Amtspflichtverletzung eines Sozialhilfeträgers bei Erkennbarkeit eines dringenden rentenversicherungsrechtlichen Beratungsbedarfs; keine Anwendung der „Kollegialgerichtsrichtlinie“**

In einem weiteren Urteil vom 02. August 2018 äußert sich der Bundesgerichtshof zu den Anforderungen an die Beratungspflicht nach § 14 SGB I.<sup>7</sup> Ein Bürger mit einem Behinderungsgrad von 100 Prozent war, vertreten durch seine Mutter als Betreuerin, bei der Beratung durch den Sozialhilfeträger nicht auf einen möglichen Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung hingewiesen worden.

Der Bundesgerichtshof sieht eine **Amtspflichtverletzung** darin, dass das Sozialamt, obwohl ein dringender Beratungsbedarf in rentenversicherungsrechtlicher Hinsicht deutlich erkennbar war (möglicher Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrente), einen entsprechenden **Hinweis** unter Verstoß gegen § 14 Satz 1 SGB I **unterlassen hat**.<sup>8</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des III. Zivilsenats müssen Auskünfte, die ein Beamter erteilt, dem Stand seiner Erkenntnismöglichkeit entsprechend, sachgerecht, das heißt vollständig, richtig und unmissverständlich sein, so dass der Empfänger der Auskunft entsprechend disponieren kann. Besondere Lagen und Verhältnisse begründen für den Beamten zusätzliche (Fürsorge-) Pflichten. Insbesondere darf der Beamte nicht „sehenden Auges“ zulassen, dass der einen Antrag stellende oder vorsprechende Bürger Schäden erleidet, die der Beamte durch einen kurzen Hinweis, eine Belehrung

---

<sup>6</sup> a.a.O. – juris, Rn. 30.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 02. August 2018 – [III ZR 466/16](#) – juris.

<sup>8</sup> a.a.O. – juris, Rn. 12.

mit wenigen Worten oder eine entsprechende Aufklärung über die Sach- und Rechtslage zu vermeiden in der Lage ist.<sup>9</sup>

Im Sozialrecht steht dabei nicht mehr nur die Beantwortung von Fragen oder Bitten um Beratung im Vordergrund, sondern die verständnisvolle Förderung des Versicherten, das heißt die aufmerksame Prüfung durch den Sachbearbeiter, ob Anlass besteht, den Versicherten auch von Amts wegen auf Gestaltungsmöglichkeiten oder Nachteile hinzuweisen, die sich mit seinem Anliegen verbinden; denn schon gezielte Fragen setzen Sachkunde voraus, über die der Versicherte oft nicht verfügt.<sup>10</sup> Die Kompliziertheit des Sozialrechts liegt gerade auch in der Verknüpfung mit anderen Sicherungssystemen. Die Beratungspflicht ist deshalb **nicht auf die Normen beschränkt, die der betreffende Sozialleistungsträger**, hier die Grundsicherungsbehörde beziehungsweise das Sozialamt, **anzuwenden hat**.<sup>11</sup>

Ist anlässlich eines Kontakts des Bürgers mit einem anderen Sozialleistungsträger für diesen ein zwingender rentenversicherungsrechtlicher Beratungsbedarf ersichtlich, so besteht für den aktuell angegangenen Leistungsträger auch ohne ein entsprechendes Beratungsbegehren zumindest die Pflicht, dem Bürger nahezu legen, sich (auch) von dem Rentenversicherungsträger beraten zu lassen.<sup>12</sup> Die Zuständigkeitsbereiche der Träger der Grundsicherung/Sozialhilfe und der Rentenversicherungsträger sind eng materiell-rechtlich verknüpft.

Auf die allgemeine Richtlinie, dass einen Amtsträger in der Regel kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat („**Kollegialgerichtsrichtlinie**“), konnte sich der Beklagte nach der Würdigung des III. Senats nicht berufen. Denn das Berufungsgericht, das ein

---

<sup>9</sup> a.a.O. – juris, Rn. 14.

<sup>10</sup> a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>11</sup> a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>12</sup> a.a.O. – juris, Rn. 16.

Verschulden hinsichtlich der Amtspflichtverletzung verneint hatte, hat bei der Prüfung der im Sozialrecht bestehenden besonderen Beratungs- und Belehrungspflichten eine im Ausgangspunkt **verengte Sichtweise** zugrunde gelegt. Es hat nicht hinreichend beachtet, dass einem Sozialhilfeträger gerade im Hinblick auf die Verzahnung und Verknüpfung der Sicherungsformen und -systeme frühzeitig Hinweispflichten (ohne weitere Prüfungspflichten) obliegen, wenn wegen Erwerbsunfähigkeit des Leistungsberechtigten ein rentenversicherungsrechtlicher Beratungsbedarf auf der Hand liegt.<sup>13</sup> Auch ein Verschulden der Mutter des Klägers als Betreuerin erscheint fernliegend. Von einer nicht-professionellen (ehrenamtlichen) Betreuerin kann regelmäßig nicht erwartet werden, dass sie über weitergehende Rechtskenntnisse verfügt als der fachlich zuständige Mitarbeiter einer Sozialbehörde.<sup>14</sup>

### **3. Keine Ansprüche aus Amtshaftung, enteignendem Eingriff oder § 945 ZPO bei rechtmäßigem Sicherungsarrest nach den Vorschriften der StPO**

Gegenstand eines weiteren Urteils vom 13. September 2018 ist die Frage, inwieweit ein rechtmäßiger Sicherungsarrest in Strafsachen (§ 111d StPO) Ansprüche auf Schadensersatz oder Entschädigung auslösen kann.<sup>15</sup> Geklagt hatte ein Unternehmen, gegen dessen Geschäftsführer der Sicherungsarrest angeordnet worden war. Das Unternehmen hatte durch Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes abgewendet und verlangte die Erstattung von debitorischen Kontokorrentzinsen. Gegen den Geschäftsführer war zwar Anklage erhoben, diese jedoch nicht zugelassen worden. Das Amtsgericht hatte die Entschädigungspflicht der Landeskasse wegen des Arrestes festgestellt.

Der Bundesgerichtshof verneint zunächst einen Anspruch aus § 7 Abs. 1 StrEG. Das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnah-

---

<sup>13</sup> a.a.O. – juris, Rn. 24.

<sup>14</sup> a.a.O. – juris, Rn. 27.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 13. September 2018 – [III ZR 339/17](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

men begründet keine Ersatzansprüche für nichtbeschuldigte Dritte.<sup>16</sup> Auch ein **Amtshaftungsanspruch** kommt nicht in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind staatsanwaltschaftliche Handlungen, bei denen ein Beurteilungsspielraum des Entscheidungsträgers besteht (zum Beispiel die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, Erhebung der öffentlichen Klage, Beantragung eines Haftbefehls oder einer Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung) im Amtshaftungsprozess nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre **Vertretbarkeit** zu überprüfen.<sup>17</sup> Die Vertretbarkeit darf deshalb nur dann verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege die betreffende Entscheidung nicht mehr verständlich ist. Dabei ist die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Vertretbarkeit Aufgabe des Tatrichters und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob er diesen Rechtsbegriff verkannt, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt hat. Anhaltspunkte für eine Unvertretbarkeit ergeben sich nach dem Vortrag in den Tatsacheninstanzen nicht.

Ein Anspruch aus **enteignungsgleichem Eingriff** besteht ebenfalls nicht. Ist eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts vertretbar, so führt dies dazu, dass die Rechtswidrigkeit des Eingriffs als Voraussetzung einer Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff zu verneinen ist.<sup>18</sup> Aber auch ein Anspruch aus **enteignendem Eingriff** scheidet aus. Der Beschuldigte muss im Strafverfahren die rechtmäßige Anordnung eines Sicherungsarrests in Ansehung von Art. 14 GG grundsätzlich entschädigungslos hinnehmen, weil die Verfahrensvorschriften, die bei verdächtigen Personen solche Zwangsmaßnahmen vorsehen, nur Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmen. Entsprechendes gilt, wenn sich die rechtmäßige Zwangsmaßnahme gegen einen Unverdächtigen richtet.<sup>19</sup> Der Klageanspruch kann letztlich auch nicht mit Er-

---

<sup>16</sup> a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>17</sup> a.a.O. – juris, Rn. 17.

<sup>18</sup> a.a.O. – juris, Rn. 24.

<sup>19</sup> a.a.O. – juris, Rn. 28.

folg auf § 945 ZPO gestützt werden. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Anwendung von § 945 ZPO auf den dinglichen Arrest nach der Strafprozessordnung bewusst ausgeschlossen hat.<sup>20</sup>

## II. Öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche

Im Beschluss vom 20. Dezember 2018 nimmt der Bundesgerichtshof Stellung zur Höhe des **Streitwerts im Enteignungsverfahren**.<sup>21</sup> Im konkreten Fall war ein Grundstück mit einem Verkehrswert von 4.000,00 € enteignet worden; zusätzlich waren jedoch Folgekosten in Höhe von über 70.000,00 € entstanden, u.a. für die Verlegung eines Öltanks und den Bau eines Grundstückszugangs.

Bei der Bemessung des Streitwerts ist grundsätzlich von dem **(Verkehrs-) Wert der enteigneten (Teil-) Fläche** auszugehen.<sup>22</sup> Ein den reinen Grundstückswert übersteigender Streitwert besteht im Falle einer uneingeschränkten Anfechtung des Enteignungsbeschlusses jedoch dann, wenn der Betroffene infolge der Enteignung nicht nur für den Verlust der in Anspruch genommenen Teilfläche selbst zu entschädigen ist (§ 93 Abs. 2 Nr. 1 BauGB), sondern die Enteignungsentschädigung darüber hinaus auch **weitere** durch die Enteignung eintretende **Vermögensnachteile** auszugleichen hat (§ 93 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BauGB).

Letzteres liegt dann vor, wenn der Beteiligte auch aus Sicht der Enteignungsbehörde nicht nur für den Entzug des Grundeigentums selbst, sondern auch für den daraus resultierenden Wegfall eines PKW-Stellplatzes und die zu erwartenden Folgekosten (im entschiedenen Fall: Verlegung

---

<sup>20</sup> a.a.O. – juris, Rn. 33.

<sup>21</sup> BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2018 – [III ZR 133/18](#) – juris.

<sup>22</sup> a.a.O. – juris, Rn. 5.

des Öltanks, Schaffung eines behindertengerechten Zugangs und Wiederherstellung des Vorgartens) zu entschädigen ist.<sup>23</sup>

### III.

#### Weitere Entscheidungen zum öffentlichen Recht

##### 1. Kommunale Selbstverwaltung und Pressefreiheit, „Staatsferne der Presse“ bei kommunalen Publikationen

Im Urteil vom 20. Dezember 2018 bejaht der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs einen Unterlassungsanspruch eines privaten Verlagsunternehmens gegen die Stadt Crailsheim wegen der kostenlosen Verteilung des kommunalen Amtsblatts mit redaktioneller Berichterstattung.<sup>24</sup>

Bei dem aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abzuleitenden Gebot der Staatsferne der Presse handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG.<sup>25</sup> Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fordert zur Sicherung der Meinungsvielfalt die Staatsferne der Presse. Dieser Grundsatz schließt es aus, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar Presseunternehmen beherrscht, die nicht lediglich Informationspflichten öffentlicher Stellen erfüllen. Das für den Staat bestehende, aus der Garantie des Instituts der freien Presse des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG abgeleitete Gebot, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen, regelt die Frage, wie sich Hoheitsträger und von Hoheitsträgern beherrschte Unternehmen im Falle ihrer Teilnahme am Wettbewerbsgeschehen auf dem Gebiet der Presse zu verhalten haben.

Umfang und Grenzen des Gebots der Staatsferne der Presse bestimmen sich bei gemeindlichen Publikationen unter Berücksichtigung der aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung des **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** folgenden gemeindlichen Kompetenzen einerseits und der Garantie des

---

<sup>23</sup> a.a.O. – juris, Rn. 6.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 – [I ZR 112/17](#) – Crailsheimer Stadtblatt II – juris; Anhörungsfrage zurückgewiesen durch Beschluss vom [13. Februar 2019](#).

<sup>25</sup> a.a.O. – juris, Rn. 14 ff.



Instituts der freien Presse des **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** andererseits.<sup>26</sup> Das Gebot der Staatsferne der Presse lässt eine pressemäßige Betätigung von Hoheitsträgern nur im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben und nur insoweit zu, als die Garantie des Instituts der freien Presse aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gefährdet wird. Äußerungs- und Informationsrechte der Gemeinden finden ihre Legitimation danach in der staatlichen Kompetenzordnung, namentlich der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 71 Abs. 1 LV BW.

Die verfassungsrechtlich begründete staatliche Aufgabenzuweisung und die darin liegende Ermächtigung zur Information der Bürgerinnen und Bürger erlaubt den Kommunen allerdings nicht jegliche pressemäßige Äußerung, die irgendeinen Bezug zur öffentlichen Gemeinschaft aufweist;<sup>27</sup> kommunale Pressearbeit ist begrenzt durch das Erfordernis eines **spezifischen Orts- und Aufgabenbezugs**. Für die konkrete Beurteilung kommunaler Publikationen mit Blick auf das Gebot der Staatsferne der Presse sind Art und Inhalt der veröffentlichten Beiträge auf ihre Neutralität sowie Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich der Gemeinde zu untersuchen und ist unter Einbeziehung des äußeren Erscheinungsbilds eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen.<sup>28</sup>

Die Staatsferne der Presse verlangt unter Berücksichtigung des Grundsatzes einer vom Volk ausgehenden Meinungsbildung sowie des staatlichen Sachlichkeitsgebots, dass sich die Gemeinde in ihren Publikationen wertender oder meinungsbildender Elemente enthält und sich **auf Sachinformationen beschränkt**. Dazu gehört auch, dass sich gemeindliche Publikationen **keiner (boulevard)pressemäßigen Illustration** bedienen und das Layout nicht nach Art einer Tages- oder Wochenzeitung gestalten dürfen, um schon den Eindruck eines freien, von einem privaten Unternehmen stammenden Presseerzeugnisses zu vermeiden. Staatliche Publika-

---

<sup>26</sup> a.a.O. – juris, Rn. 20 ff.

<sup>27</sup> a.a.O. – juris, Rn. 28 ff.

<sup>28</sup> a.a.O. – juris, Rn. 35.

tionen müssen eindeutig als solche erkennbar sein; andernfalls wird die Unabhängigkeit der Informationsfunktion der Presse gefährdet.<sup>29</sup>

Staatliche Information mit dem Ziel, Politik verständlich zu machen, die Bevölkerung **über Politik und Recht** im jeweiligen Aufgabenkreis **zu informieren** und staatliche Tätigkeit transparent zu gestalten, ist auch in presseähnlicher Form zulässig (amtliche Mitteilungen). Auch Berichte über die kommunale Wirtschaftsförderung können Teil der zulässigen Öffentlichkeitsarbeit einer Gemeinde sein. Gleichfalls ohne weiteres zulässig – und sogar geboten, wenn die Information nur über die Gemeinde gewonnen werden kann – ist die Unterrichtung der kommunalen Öffentlichkeit über die aktuelle Tätigkeit und künftigen **Vorhaben der Kommunalverwaltung und des Gemeinderats**. Allerdings wird nicht jedes Ereignis durch die Anwesenheit eines Mitglieds der Gemeindeverwaltung zum Gegenstand zulässiger kommunaler Öffentlichkeitsarbeit. Gemeindliche Publikationen dürfen sich keiner (boulevard)pressemäßigen Illustration bedienen und das Layout nicht nach Art einer Tages- oder Wochenzeitung gestalten.<sup>30</sup> **Unzulässig** sind **allgemeine Beiträge** über ortsansässige Unternehmen, die Bewertung privater Initiativen oder die allgemeine Beratung der Leserinnen und Leser. Ebenso sind **rein gesellschaftliche Ereignisse** etwa aus den Bereichen Sport, Kunst und Musik in der Regel keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung und kein zulässiger Gegenstand gemeindlicher Öffentlichkeitsarbeit.<sup>31</sup>

Einzelne, die Grenzen zulässiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit überschreitende Artikel allein begründen allerdings keine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse. Je stärker die kommunale Publikation den Bereich der ohne weiteres zulässigen Berichterstattung überschreitet und bei den angesprochenen Verkehrskreisen als funktionales Äquivalent zu einer privaten Zeitung wirkt, desto eher ist die Institutsgarantie des

---

<sup>29</sup> a.a.O. – juris, Rn. 36.

<sup>30</sup> a.a.O. – juris, Rn. 36.

<sup>31</sup> a.a.O. – juris, Rn. 38.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und die daraus abgeleitete Marktverhaltensregelung des Gebots der Staatsferne der Presse verletzt.<sup>32</sup> Die Grenze wird überschritten, **wenn das Druckwerk nicht mehr als staatliche Publikation erkennbar** ist. Eine Anzeigenschaltung ist nicht generell unzulässig, sondern kann zulässiger, fiskalisch motivierter Randnutzen sein. Erfolgt die Verteilung kostenlos, erhöht sich die Gefahr einer Substitution privater Presse.<sup>33</sup>

## **2. Grundrechtsschutz von Verbraucherverbänden: Unzulässigkeit einer von einem gewerblichen Prozessfinanzierer finanzierten Gewinnabschöpfungsklage**

Im Urteil vom 13. September 2018 befasst sich wiederum der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit der Zulässigkeit der Gewinnabschöpfungsklage eines Verbraucherverbands, die von einem gewerblichen Prozessfinanzierer finanziert wird, dem eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt worden ist.<sup>34</sup> Eine Gewinnabschöpfungsklage der beschriebenen Art ist **rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig**.<sup>35</sup>

Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine Gewinnabschöpfungsklage nach § 10 UWG rechtsmissbräuchlich ist, ist das allgemeine **Verbot unzulässiger Rechtsausübung** nach § 242 BGB. Eine diesem Verbot widersprechende Klage ist unzulässig.

Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Klage resultiert bereits daraus, dass die Einschaltung eines Prozessfinanzierers, dem eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt wird, dem **Zweck der gesetzlichen Regelung des § 10 UWG** widerspricht.<sup>36</sup> Nach der Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wett-

---

<sup>32</sup> a.a.O. – juris, Rn. 40.

<sup>33</sup> a.a.O. – juris, Rn. 41.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 13. September 2018 – [I ZR 26/17](#) – Prozessfinanzierer – juris.

<sup>35</sup> a.a.O. – juris, Rn. 24 ff.

<sup>36</sup> a.a.O. – juris, Rn. 41.

bewerb (vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 25 und S. 43) soll die Regelung des § 10 Abs. 1 UWG der Gefahr vorbeugen, dass der Anspruch aus dem sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht wird. Diesem Ziel widerspricht es, wenn die Führung von Gewinnabschöpfungsprozessen von der Entscheidung eines Prozessfinanzierers abhängig gemacht wird, dem für den Erfolgsfall eine Beteiligung am abgeschöpften Gewinn zugesagt wird. Der klagende Verband entscheidet dann letztlich nicht selbst darüber, welche Gewinnabschöpfungsklagen angestrengt werden; vielmehr werden nur solche Prozesse geführt, für die der Prozessfinanzierer eine Finanzierungszusage erteilt hat.

Hinzu kommt, dass § 10 Abs. 4 UWG dem Bundesamt für Justiz, das sich als staatliche Behörde neutral und objektiv zu verhalten hat, allein die Rolle einer Zahlstelle zuweist. Das Bundesamt für Justiz verlässt dadurch, dass es die vom Prozessfinanzierer als Voraussetzung für sein Tätigwerden geforderte Zusage der Beteiligung am abgeschöpften Gewinn erteilt, diese neutrale Stellung und entscheidet ebenfalls faktisch mit darüber, welche Gewinnabschöpfungsprozesse geführt werden. Die Zusage des Bundesamts für Justiz, die Kosten zu übernehmen, entfaltet für Gewinnabschöpfungsklagen eine Filter- und Anreizwirkung, die dem Zweck der gesetzlichen Regelung widerspricht.<sup>37</sup>

Die Annahme eines Rechtsmissbrauchs beschränkt **Grundrechte der Verbraucherverbände** – etwa **aus Art. 9 Abs. 1 oder Art. 12 Abs. 1 GG** – nicht ungerechtfertigt. Die Möglichkeit, Gewinnabschöpfungsprozesse zu führen, ist den Verbraucherverbänden mit der Einführung der Bestimmung des § 10 UWG durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414) eingeräumt worden. Dieses durch § 10 Abs. 1 UWG i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG neu geschaffene Betätigungsfeld für Verbraucherverbände war von Beginn an immanent begrenzt durch den mit dem Erfordernis der Herausgabe des Gewinns an den Bundeshaushalt verfolgten Zweck des § 10 Abs. 1 UWG, der Gefahr

---

<sup>37</sup> a.a.O. – juris, Rn. 43.

vorzubeugen, dass der Anspruch aus dem sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht wird. In der Unzulässigkeit einer mit Hilfe eines Prozessfinanzierers erhobenen Gewinnabschöpfungsklage realisiert sich mithin lediglich diese bereits bei Einräumung der Klagebefugnis angelegte Beschränkung.<sup>38</sup>

### 3. Kundenzufriedenheitsbefragung per E-Mail als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

In einem weiteren Urteil vom 10. Juli 2018 äußert sich der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Kundenzufriedenheitsbefragung per E-Mail unzulässig ist.<sup>39</sup>

Die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Werbung ohne Einwilligung des Klägers stellt grundsätzlich einen Eingriff in seine geschützte Privatsphäre und damit in sein **allgemeines Persönlichkeitsrecht** dar. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Bereich privater Lebensgestaltung und gibt dem Betroffenen das Recht, im privaten Bereich in Ruhe gelassen zu werden. Hieraus folgt ein Recht des Einzelnen, seine Privatsphäre freizuhalten von unerwünschter Einflussnahme anderer, und die Möglichkeit des Betroffenen, selbst darüber zu entscheiden, mit welchen Personen und gegebenenfalls in welchem Umfang er mit ihnen Kontakt haben will. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann deshalb vor Belästigungen schützen, die von einer unerwünschten Kontaktaufnahme ausgehen. In der bloßen – als solche nicht ehrverletzenden – **Kontaktaufnahme** kann aber regelmäßig nur dann eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen, wenn sie **gegen den eindeutig erklärten Willen des Betroffenen** erfolgt, weil ansonsten die Freiheit kommunikativen Verhaltens schwerwiegend beeinträchtigt wäre.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> a.a.O. – juris, Rn. 45.

<sup>39</sup> BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 – [VI ZR 225/17](#) – Kundenzufriedenheitsbefragung – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

<sup>40</sup> a.a.O. – juris, Rn. 14.

Ebenso wie das Berufungsgericht verneint der Bundesgerichtshof Ansprüche des Klägers aus § 8 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Der Kläger sei weder als Mitbewerber der Beklagten noch aus den sonstigen Bestimmungen des § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimiert.<sup>41</sup> Der Kläger habe gegen die Beklagte aber einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Nach Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer zulässig. Der Bundesgerichtshof verschafft dieser Regelung nunmehr<sup>42</sup> dadurch Geltung, dass sich ein Verstoß gegen die Bestimmung der Datenschutzrichtlinie grundsätzlich als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt. Auch eine Zufriedenheitsbefragung fällt dabei unter den Begriff der Direktwerbung im Sinne der Richtlinie. Durch derartige Befragungen wird dem Kunden der Eindruck vermittelt, der fragende Unternehmer bemühe sich auch nach dem Geschäftsabschluss um ihn.<sup>43</sup> Der durch die Versendung der Zufriedenheitsbefragung bewirkte Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist in dieser Sache auch rechtswidrig gewesen. Bei der Abwägung des Schutzinteresses des Betroffenen mit den Belangen der anderen Seite ist – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen – die Wertung des § 7 Abs. 2 UWG, mit der der deutsche Gesetzgeber Art. 13 der Datenschutzrichtlinie umgesetzt habe, zu berücksichtigen. Danach erwies sich in dieser Sache der Eingriff als rechtswidrig, zumal die Voraussetzungen für eine erleichterte Verwendung elektronischer Post nach Abschluss einer Verkaufstransaktion gemäß § 7 Abs. 3 UWG im Streitfall nicht vorlagen.

---

<sup>41</sup> a.a.O. – juris, Rn. 12.

<sup>42</sup> Noch offen gelassen im Urteil vom 15. Dezember 2015 – [VI ZR 134/15](#) – juris, Rn. 15.

<sup>43</sup> a.a.O. – juris, Rn. 16 und Rn. 18.

#### 4. Auskunftssperre im Melderegister und Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Im Beschluss vom 10. Oktober 2018 verneint der Bundesgerichtshof die Befugnis des Gerichtsvollziehers, bei Eintragung einer Auskunftssperre im Melderegister die Anschrift des Schuldners an den Gläubiger weiterzugeben.<sup>44</sup>

Der Gerichtsvollzieher darf die ihm von der Meldebehörde mitgeteilte Anschrift des Schuldners zur Erledigung der beauftragten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nur solange und soweit verwenden, als dem die Auskunftssperre nicht entgegensteht und er die **schutzwürdigen Interessen des Schuldners** an der Geheimhaltung seiner Anschrift durch geeignete Maßnahmen wahren kann.<sup>45</sup>

Gemäß § 51 Abs. 1 des zum 01. November 2015 in Kraft getretenen Bundesmeldegesetzes (BMG) hat die Meldebehörde auf Antrag oder von Amts wegen eine Auskunftssperre im Melderegister einzutragen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass der betroffenen oder einer anderen Person durch eine Melderegisterauskunft eine Gefahr für Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder ähnliche schutzwürdige Interessen erwachsen kann.

Es ist nicht Aufgabe des Gerichtsvollziehers, nach Anhörung des Schuldners eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen und selbst zu entscheiden, ob im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann, dass das aufgrund der Auskunftssperre grundsätzlich anzunehmende schutzwürdige Interesse des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Anschrift ausnahmsweise im Verhältnis zum Gläubiger nicht beeinträchtigt ist. Es obliegt vielmehr dem Gläubiger, im Bedarfsfall eine **Melderegisterauskunft** bei der insoweit sachnäheren Meldebehörde zu beantragen, die dann den Schuldner anzuhören hat, um gemäß § 51 Abs. 1, Abs. 2 BMG zu entscheiden, ob eine

---

<sup>44</sup> BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – [VII ZB 12/15](#) – juris.

<sup>45</sup> a.a.O. – juris, Rn. 10.

Gefahr für Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder ähnliche schutzwürdige Interessen ausgeschlossen und eine Melderegisterauskunft ausnahmsweise erteilt werden kann.<sup>46</sup>

Ein Anspruch des Gläubigers auf Mitteilung der Anschrift des Schuldners bei bestehender Auskunftssperre lässt sich weder aus der Gesetzgebungsgeschichte noch aus dem Sinn und Zweck des § 755 ZPO herleiten. Mit der Einführung dieser Vorschrift verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, dem Gläubiger zur Durchsetzung seiner berechtigten Forderungen effektive Erkenntnis- und Vollstreckungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gerichtsvollzieher damit auch zur unbeschränkten Übermittlung der Ergebnisse der Aufenthaltsermittlung an den Gläubiger ermächtigt sein sollte. Sinn und Zweck der Vorschriften erfordern dies ebenfalls nicht.<sup>47</sup> Durch die in § 755 Abs. 1 ZPO geregelte Befugnis des Gerichtsvollziehers zur Datenerhebung und dessen weiter hieraus abgeleitete Befugnis, die gewonnenen Erkenntnisse aus der Datenerhebung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung, etwa zur Durchführung einer Pfändung, zu nutzen, wird dem gesetzgeberischen Ziel hinreichend Rechnung getragen.

Die gegenüber dem Grundrecht des Schuldners auf informationelle Selbstbestimmung zu berücksichtigenden **Grundrechte** des Gläubigers auf Schutz des Eigentums (Art. 14 GG) und effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG), die den Staat verpflichten, effektive Mittel zur Durchsetzung titulierter Forderungen bereitzustellen, werden **hinreichend gewahrt**.<sup>48</sup> Durch die Befugnis des Gerichtsvollziehers, die erhobenen Daten auch bei bestehender Auskunftssperre für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu nutzen, verfügt der Gläubiger mit der Neufassung des § 755 ZPO über deutlich effektivere Erkenntnis- und Vollstreckungsmöglichkeiten im Vergleich zur vor dem 01. Januar 2013 geltenden Rechtslage.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> a.a.O. – juris, Rn. 13.

<sup>47</sup> a.a.O. – juris, Rn. 18.

<sup>48</sup> a.a.O. – juris, Rn. 23.

<sup>49</sup> a.a.O. – juris, Rn. 24.



## **5. Effektive Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) für juristische Personen des öffentlichen Rechts**

Im Rechtsbeschwerdebeschluss vom 29. November 2018 befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, inwieweit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts das Grundrecht der effektiven Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) zukommt.<sup>50</sup> Eine gesetzliche Krankenversicherung hatte sich mit der Rechtsbeschwerde dagegen gewandt, dass das Oberlandesgericht ihre Berufung mit der Begründung, die gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsbegründung § 520 Abs. 3 ZPO seien nicht vollständig erfüllt, als unzulässig verworfen hatte.

Die Auffassung, der Klägerin stehe als Körperschaft des öffentlichen Rechts, soweit sie ihre gesetzlich zugewiesenen und geregelten öffentlichen Aufgaben wahrnehme, kein subjektives Recht auf effektiven Rechtsschutz zu, ist unzutreffend. Die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes folgt für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem Rechtsstaatsprinzip und besagt, dass der in den Verfahrensordnungen durch ein Rechtsmittel eingeräumte Zugang zu den Instanzen nicht durch eine gerichtliche Auslegung und Anwendung von Prozessvorschriften in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf.<sup>51</sup> Es handelt sich um einen grundrechtsähnlichen Verfahrensgrundsatz, der jeder Partei eines Zivilrechtsstreits garantiert wird.

Auch wenn die Klägerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht auf die Grundrechte aus Artt. 1 bis 17 GG berufen kann, hat sie als Partei in einem Zivilprozess einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie von einem gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel Gebrauch macht.<sup>52</sup> Zwar wird das Recht auf effektiven Rechtsschutz bei natürlichen Personen und juristischen Personen des

---

<sup>50</sup> BGH, Beschluss vom 29. November 2018 – [III ZB 19/18](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

<sup>51</sup> a.a.O. – juris, Rn. 9.

<sup>52</sup> a.a.O. – juris, Rn. 9.

Privatrechts herkömmlich aus dem **Rechtsstaatsprinzip** i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet und sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht Träger des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG. Prozessuale rechtsstaatliche Grundsätze müssen aber **für alle der staatlichen Justizgewalt unterworfenen Verfahrensbeteiligten** gelten, die nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen parteifähig sind und von dem Prozess unmittelbar betroffen werden.

Insoweit kann nichts anderes gelten als im Rahmen des aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Willkürverbots, das im Prozessrecht als Prinzip einer rechtsstaatlichen Ordnung bei Prozessbeteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts zu beachten ist, ungeachtet dessen, dass diese nicht Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG sind.

## 6. Grundrechtsrelevanz öffentlicher Zustellungen

Im Urteil vom 31. Oktober 2018 konkretisiert der Bundesgerichtshof die Anforderungen an öffentliche Zustellungen gemäß § 185 ZPO.<sup>53</sup>

Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung löst die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus und setzt damit keine Frist in Lauf. Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Zustellung bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar war.

Die Vorschriften über die Zustellung dienen der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs. An die Feststellung der Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung sind wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die **Gewährung rechtlichen Gehörs** sowie der Intensität eines Eingriffs in dieses grundrechtsgleiche Recht durch eine öffentliche Zustellung hohe Anforderungen zu stellen. Die Zustellungsfiktion der öffentlichen Bekanntmachung ist deshalb verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn eine

---

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 20/18](#) – juris.

andere Art der Zustellung aus sachlichen Gründen nicht oder nur schwer durchführbar ist.<sup>54</sup>

Seite 19 von 36

Bewilligt wird die **öffentliche Zustellung** durch das Prozessgericht (§ 186 Abs. 1 Satz 1 ZPO) jeweils **nur für ein konkret bezeichnetes Schriftstück**, nicht etwa für den ganzen Rechtszug; die Voraussetzungen des § 185 Nr. 2 ZPO müssen deshalb sowohl im Zeitpunkt der öffentlichen Zustellung der Klageschrift als auch der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils vorliegen und sind jeweils gesondert zu prüfen. Die pauschale Feststellung, die Zustellung von Schriftstücken sei nicht möglich, genügt daher nicht. Es ist demnach nicht zulässig, vor der öffentlichen Zustellung eines Versäumnisurteils entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 185 Nr. 2 ZPO von einem Zustellversuch an die im Handelsregister angegebene Geschäftsanschrift abzusehen, weil eine Zustellung an diese Anschrift über ein halbes Jahr zuvor im Rahmen der Zustellung der Klageschrift erfolglos geblieben war.<sup>55</sup>

#### **7. Vorlage an das Bundesverfassungsgericht wegen der Verfassungsmäßigkeit des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB (Unwirksamkeit einer von einer Minderjährigen unter 16 Jahren nach ausländischem Recht geschlossenen Ehe)**

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG die Frage vorgelegt, ob Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2429) mit **Artt. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG** vereinbar ist, soweit eine unter Beteiligung eines nach ausländischem Recht ehemündigen Minderjährigen geschlossene Ehe nach deutschem Recht – vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB – ohne einzelfallbezogene Prüfung als Nichtehe qualifiziert wird, wenn der Minderjährige im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte.<sup>56</sup> Anlass ist

---

<sup>54</sup> a.a.O. – juris, Rn. 16.

<sup>55</sup> a.a.O. – juris, Rn. 17.

<sup>56</sup> BGH, Vorlagebeschluss vom 14. November 2018 – [XII ZB 292/16](#) – juris.

die Ehe einer syrischen Staatsangehörigen, die diese im Alter von 14 Jahren vor einem syrischen Scharia-Gericht geschlossen hatte. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, dass die Vorschrift mit Artt. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG **unvereinbar** ist.<sup>57</sup>

**Art. 6 Abs. 1 GG** stellt die Ehe unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält diese Vorschrift sowohl ein Grundrecht auf Schutz vor Eingriffen des Staates als auch eine Institutsgarantie und eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte die Familie betreffende private Recht. Sie beinhaltet dabei ein Verbot, die Ehe zu schädigen. In diesen Schutz sind auch nach ausländischem Recht geschlossene Ehen einbezogen. Verfassungsrechtlichen Schutz genießt insofern die familiäre Verantwortlichkeit füreinander, die von der wechselseitigen Pflicht der Ehegatten zu Beistand und Rücksichtnahme geprägt ist. Dies erfasst die freie Gestaltung des gesamten Verhältnisses der Ehegatten untereinander.

Diesen Anforderungen wird **Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB** nicht gerecht. Denn diese Regelung **versagt** den nach ausländischem Recht wirksam geschlossenen Ehen **den gebotenen Schutz** ohne Rücksicht auf den konkreten Fall. Sie greift ohne sachlichen Grund in den Kernbereich der Ehe ein, indem sie den Ehegatten die Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse nach ihren Vorstellungen verweigert. Darüber hinaus fehlt jegliche Regelung über die Rechtsfolgen der Nichtigkeit der Ehe, etwa zur Frage der Abstammung von Kindern, die in der unwirksamen Ehe geboren werden, zur elterlichen Sorge für solche Kinder oder zu etwaigen Unterhaltsansprüchen des Minderjährigen aus der unwirksamen Ehe. Zudem leistet die Vorschrift der Entstehung von Doppelehen Vorschub.<sup>58</sup>

Die Regelung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB verstößt

---

<sup>57</sup> a.a.O. – juris, Rn. 67 ff.

<sup>58</sup> a.a.O. – juris, Rn. 70.

zudem gegen Art. 6 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt des aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten **Vertrauensschutzes**.<sup>59</sup> Zwar beinhaltet Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB keine echte Rückwirkung im Sinne einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen. Denn das Vertrauen der Betroffenen wird insoweit lediglich in Gestalt einer tatbestandlichen Rückanknüpfung beschränkt, weil die belastende Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Ehe nach deutschem Recht erst nach der Verkündung des Gesetzes eingreift. Soweit jedoch vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen die vor dem 22. Juli 2017 nach ausländischem Recht wirksam geschlossenen Ehen bei Unterschreitung der Ehemündigkeit nach deutschem Recht wirksam und lediglich aufhebbar waren, verletzt Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB den durch den Vergangenheitsbezug diesbezüglich begründeten Vertrauensschutz.

Zu dem Zeitpunkt, als der Antragsteller und die Betroffene in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, war ihre in Syrien geschlossene Ehe nach deutschem Recht wirksam und lediglich aufhebbar. Die Wirksamkeit ihrer Ehe stand zudem unter dem besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG. Dass die Nichtigkeit sämtlicher vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen unter Verstoß gegen die Ehemündigkeitsvorschriften geschlossener Ehen zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich war, belegt die abweichende Übergangsregelung des Art. 229 § 44 Abs. 1 EGBGB; danach bleibt es für nach deutschem Recht vor dem 22. Juli 2017 geschlossenen Ehen bei der bisherigen Regelung, dass diese Ehen wirksam und lediglich aufhebbar sind. Zu einem generalpräventiven Schutz des Kindeswohls ist die Regelung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB darüber hinaus ungeeignet, weil sie weder direkte noch indirekte Wirkungen auf die Eheschließung nach ausländischem Recht haben kann.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> a.a.O. – juris, Rn. 71 ff.

<sup>60</sup> a.a.O. – juris, Rn. 75.

Die Regelung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB verstößt ferner gegen **Art. 3 Abs. 1 GG**.<sup>61</sup> Ein **sachlicher Grund** für die Differenzierung zwischen im Ausland und in Deutschland geschlossenen Ehen ist **nicht ersichtlich**. Während eine nach deutschem Recht vor dem 22. Juli 2017 unter Verstoß gegen die Ehemündigkeit geschlossene Ehe nach Art. 229 § 44 Abs. 1 EGBGB weiterhin wirksam, aber aufhebbar bleibt, ist die nach ausländischem Recht geschlossene Ehe nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB i.V.m. Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB unwirksam.<sup>62</sup>

Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB – vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift – verstößt schließlich gegen den nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG gebotenen **Schutz des Kindeswohls**.<sup>63</sup> Das minderjährige Kind hat als Grundrechtsträger Anspruch auf staatlichen Schutz seines Grundrechts auf Schutz und Achtung seiner Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Zugleich bildet das Wohl des Kindes den Richtpunkt für den staatlichen Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Entsprechend gehört der Schutz des Kindeswohls zu den wesentlichen Grundsätzen des Kindschaftsrechts. Die Qualifizierung als Nichtehe nach Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB – vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB – verletzt den danach erforderlichen **Schutz des Minderjährigen**. Der Schutz des Kindeswohls gebietet eine konkrete Prüfung des Wohls des betroffenen Kindes im Einzelfall. Denn jeder Minderjährige ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und einem eigenen Recht auf Entfaltung und Entwicklung seiner Persönlichkeit. Dies steht mit einem generellen Mindestalter für die Eheschließung, das keinerlei Ausnahmen im Einzelfall zulässt, nicht in Einklang.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> a.a.O. – juris, Rn. 76 ff.

<sup>62</sup> a.a.O. – juris, Rn. 79.

<sup>63</sup> a.a.O. – juris, Rn. 81 ff.

<sup>64</sup> a.a.O. – juris, Rn. 84.

## 8. Auslegung eines von der Bundesnetzagentur abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrages

In einem weiteren Beschluss vom 09. Oktober 2018 beurteilt der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs die Frage, inwieweit öffentlich-rechtliche Verträge, die die Bundesnetzagentur mit einer Vielzahl von Netzbetreibern schließt, um sicherzustellen, dass Genehmigungsanträge nach einheitlichen Kriterien behandelt werden, einer Auslegung durch den Bundesgerichtshof zugänglich sind.<sup>65</sup>

Die Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge, für die kraft der Verweisung in § 62 Satz 2 VwVfG die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere also § 133 und § 157 BGB heranzuziehen sind, ist in der Revisionsinstanz zwar grundsätzlich nur eingeschränkt überprüfbar. Zu den entsprechend geltenden Regeln des Bürgerlichen Rechts gehört aber der Grundsatz, dass **vertragliche Vereinbarungen** vom Revisionsgericht **frei auszulegen** sind, wenn ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht.<sup>66</sup>

Ein solches Bedürfnis besteht insbesondere bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, aber auch bei sonstigen Vereinbarungen, die in einer **Vielzahl von Einzelfällen** zur Anwendung gelangen. Die früher zusätzlich erforderliche Voraussetzung, dass der Anwendungsbereich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausgeht, ist mit der Änderung von § 545 ZPO zum 01. September 2009 entfallen, weil eine Verletzung des (inländischen) Rechts nunmehr unabhängig vom räumlichen Geltungsbereich der relevanten Regelung revisionsrechtlich beachtlich ist. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren in Energieverwaltungssachen kann nichts anderes gelten, weil § 88 Abs. 2 EnWG insoweit eine mit § 545 ZPO übereinstimmende Regelung enthält.

---

<sup>65</sup> BGH, Beschluss vom 09. Oktober 2018 – [EnVR 20/17](#) – juris.

<sup>66</sup> a.a.O. – juris, Rn. 17.

Es besteht ein Bedürfnis nach einheitlicher Auslegung, weil die Bundesnetzagentur **mit zahlreichen anderen Netzbetreibern** im Wesentlichen inhaltsgleiche Vereinbarungen getroffen hat, die jeweils eine Vielzahl von Verfahren betreffen, und weil die Vereinbarung gerade zum Ziel hat, die betroffenen Genehmigungsanträge nach einheitlichen Kriterien zu behandeln. Ob der im Einzelfall zu beurteilenden Auslegungsfrage grundsätzliche Bedeutung zukommt oder ob ihre Beantwortung zur Fortentwicklung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist, hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung.<sup>67</sup>

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

##### 1. Unzulässigkeit der Smartphone-Applikation „UBER Black“ (Art. 12 Abs. 1 GG, Artt. 49, 56 Abs. 1, 58 Abs. 1 AEUV)

Auf die Unterlassungsklage eines Taxiunternehmens hat der Bundesgerichtshof die Verwendung der Smartphone-Applikation „UBER Black“, über die Mietwagen mit Fahrer gebucht werden können, für unzulässig erklärt.<sup>68</sup>

Die Verwendung der Smartphone-Applikation „UBER Black“ in der beanstandeten Version verstößt gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG, wonach Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen dürfen, die am Betriebsitz oder in der des Unternehmers eingegangen sind.<sup>69</sup> Die Bedingung, dass Beförderungsaufträge zunächst am Betriebsitz des Unternehmers eingehen müssen, ist nicht erfüllt, wenn der Fahrer unmittelbar und gleichzeitig mit dem Betriebsitz über einen Beförderungsauftrag unterrichtet wird. Es kommt nicht darauf an, ob der Verbraucher selbst unmittelbar den

---

<sup>67</sup> a.a.O. – juris, Rn. 22.

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 3/16](#) – Uber Black II – juris.

<sup>69</sup> a.a.O. – juris, Rn. 31 ff.



Auftrag erteilt, sondern darauf, ob er den Fahrer nur über den Betriebssitz erreicht. Gegen diese Auslegung des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG bestehen **keine verfassungsrechtlichen Bedenken**.<sup>70</sup> Es handelt sich sowohl gegenüber den Mietwagenunternehmern und selbständigen Mietwagenfahrern als auch gegenüber der Beklagten um gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich unbedenkliche Berufsausübungsregelungen.

Grundrechtsträger gemäß Art. 12 GG sind grundsätzlich nur Deutsche. Allerdings verfügt die Beklagte als in einem anderen Mitgliedstaat der Union niedergelassene Kapitalgesellschaft über eine Rechtsstellung, die sie über das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf die Berufsfreiheit jedenfalls weitgehend deutschen Staatsangehörigen gleichstellt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Rückkehr- und Aufzeichnungspflichten gemäß § 49 Abs. 4 Satz 3 und Satz 4 PBefG mit dem Grundgesetz vereinbar. Danach dient die gesetzliche Abgrenzung der Berufsbilder des Mietwagen- und Taxiunternehmers dem Schutz der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs, an dem ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit besteht. Bei einer Freigabe der Annahme von Beförderungsaufträgen durch Mietwagenfahrer außerhalb des Betriebssitzes sei eine Beeinträchtigung der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erwarten. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gebot des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG verfassungsgemäß.

Das Verbot der von der Beklagten angebotenen Smartphone-Applikation „UBER Black“ in der beanstandeten Ausgestaltung ist mit den Vorschriften zur **Dienstleistungsfreiheit** in Art. 56 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar. Nach Art. 58 Abs. 1 AEUV gilt Art. 56 AEUV nicht für Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Richtlinie 2006/123/EG nimmt Verkehrsdienstleistungen von ihrem Anwendungsbereich ausdrücklich aus. Nach der Rechtspre-

---

<sup>70</sup> a.a.O. – juris, Rn. 35.

chung des EuGH sind die in Rede stehenden Dienstleistungen der Beklagten Verkehrsdienstleistungen im Sinne dieser Bestimmungen.<sup>71</sup> Es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich um einen privaten oder berufsmäßigen Fahrer handelt oder ob das für die Fahrt benutzte Fahrzeug im Eigentum einer Privatperson oder eines Unternehmens steht. Die Beklagte kann sich auch nicht auf die „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“<sup>72</sup> berufen, da der Vermittlungsdienst der Beklagten integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer Beförderungsleistung besteht und daher nicht als Dienst der Informationsgesellschaft anzusehen ist.

Die durch Art. 49 AEUV gewährleistete **Niederlassungsfreiheit** wird durch eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Smartphone-Applikation „UBER Black“ ebenfalls nicht berührt.<sup>73</sup> Die dauerhafte Erbringung grenzüberschreitender, auch elektronischer Dienstleistungen begründet für sich allein keine Niederlassung. Erforderlich ist vielmehr die Möglichkeit, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben im Aufnahmemitgliedstaat mittels einer ständigen Präsenz teilzunehmen, die durch ein einfaches Büro wahrgenommen werden kann.

Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst. Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt oder zweifelsfrei zu beantworten ist.<sup>74</sup>

## **2. YouTube-Werbekanal eines Automobilherstellers und Meinungsfreiheit (Artt. 56, 57 AEUV; Art. 11 GRCh)**

Mit der Frage, ob ein Automobilhersteller verpflichtet ist, in einem von ihm beim Internetdienst YouTube betriebenen Werbekanal Angaben über den offiziellen Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO<sub>2</sub>-Emissio-

---

<sup>71</sup> a.a.O. – juris, Rn. 45.

<sup>72</sup> Richtlinie 2000/31/EG – eurlex.europa.eu.

<sup>73</sup> a.a.O. – juris, Rn. 58 ff.

<sup>74</sup> a.a.O. – juris, Rn. 67.

nen der beworbenen Modelle zu machen, befasst sich der Bundesgerichtshof im Urteil vom 13. September 2018.<sup>75</sup>

Die beklagte Automobilhersteller ist nach § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 1 Pkw-EnVKV grundsätzlich dazu verpflichtet, in der Werbung für das in Rede stehende Fahrzeugmodell Angaben über den offiziellen **Kraftstoffverbrauch** und die offiziellen **spezifischen CO<sub>2</sub>-Emissionen** zu machen. Diese Angaben hat die Beklagte im fraglichen Fall des YouTube-Videos nicht bereitgestellt.<sup>76</sup> Sie ist von der Pflicht, Angaben über den offiziellen Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO<sub>2</sub>-Emissionen zu machen, nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 Pkw-EnVKV befreit.<sup>77</sup>

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 Pkw-EnVKV sind Hörfunkdienste und audiovisuelle Mediendienste i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2010/13/EU<sup>78</sup> von der Pflicht ausgenommen, den offiziellen Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO<sub>2</sub>-Emissionen der betreffenden Modelle neuer Personenkraftwagen anzugeben. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass **weder das Werbevideo noch der** von der Beklagten betriebene **YouTube-Kanal** einen **audiovisuellen Mediendienst** i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) Ziff. i) der Richtlinie 2010/13/EU darstellt.<sup>79</sup>

Nach dieser Regelung ist ein audiovisueller Mediendienst eine Dienstleistung i.S.d. Artt. 56 und 57 AEUV, für die ein Mediendiensteanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt und deren Hauptzweck die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze i.S.d. Art. 2

---

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 13. September 2018 – [LZR 117/15](#) – YouTube-Werbekanal II – juris.

<sup>76</sup> a.a.O. – juris, Rn. 22.

<sup>77</sup> a.a.O. – juris, Rn. 27 ff.

<sup>78</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) – eurlex.europa.eu.

<sup>79</sup> a.a.O. – juris, Rn. 33 ff.

Buchst. a) der Richtlinie 2002/21/EG ist. Bei diesen audiovisuellen Mediendiensten handelt es sich entweder um Fernsehprogramme oder um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, die in Art. 1 Abs. 1 Buchst. e) und g) der Richtlinie 2010/13/EU näher definiert werden. Eine Sendung ist nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie 2010/13/EU eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist und deren Form und Inhalt mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sind.

Der Werbevideokanal der Beklagten auf YouTube stellt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs jedenfalls deshalb keinen audiovisuellen Mediendienst i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) Ziff. i) der Richtlinie 2010/13/EU dar, weil er schon aufgrund seines Werbezwecks vom Geltungsbereich dieser Vorschrift ausgeschlossen ist. Der Hauptzweck des YouTube-Kanals der Beklagten besteht nicht in der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit über elektronische Kommunikationsnetze, sondern in der **Werbung zu rein kommerziellen Zwecken** für die dargestellte Ware oder Dienstleistung.

Die Beklagte kann demgegenüber nicht mit Erfolg geltend machen, diese Auslegung des Unionsrechts verletze das Grundrecht auf **Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach Art. 11 der GRCh**. Der Umstand, dass Werbevideos anders behandelt werden als Sendungen, mit denen keine Werbezwecke verfolgt werden, findet seine Rechtfertigung darin, dass sich Werbevideos im Hinblick auf das mit ihnen verfolgte Ziel nicht in einer vergleichbaren Situation befinden wie Sendungen ohne Werbezweck.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> a.a.O. – juris, Rn. 36.

### 3. Unzulässigkeit der Gewährung einer Geldprämie für neu gewonnene Kunden durch inländische Versandapotheke (Artt. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG, Artt. 34, 36 AEUV)

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 29. November 2018 verstößt die Gewährung einer Geldprämie für neu gewonnene Kunden einer inländischen Versandapotheke gegen das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben und ist – auch vor dem Hintergrund des Verfassungs- und Unionsrechts – wettbewerbswidrig.<sup>81</sup>

Die Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes zur Arzneimittelwerbung sind im Hinblick auf die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG unionsrechtskonform auszulegen. Mit dieser Richtlinie ist die Arzneimittelwerbung vollständig harmonisiert worden. Den Artt. 86 und 89 der Richtlinie 2001/83/EG ist jedoch nicht zu entnehmen, dass allein die Werbung für ein einzelnes Produkt verboten, die Werbung für lediglich ihrer Art nach bestimmte Arzneimittel oder das gesamte Warensortiment dagegen erlaubt ist.<sup>82</sup>

Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes sind auch nicht aus unions- oder verfassungsrechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam.<sup>83</sup> Anders als bei einer Klage gegen eine ausländische Versandapotheke kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf an, ob die in Rede stehenden nationalen Preisvorschriften mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV vereinbar sind. Im Streitfall geht es allein um die Frage, ob der im Inland ansässige Beklagte beim Vertrieb von Arzneimitteln innerhalb Deutschlands gegen arzneimittelrechtliche Preisvorschriften verstoßen hat. Es steht ein **rein innerstaatlicher Sachverhalt** ohne grenzüberschreitenden Bezug in Rede. Auf ihn sind die Regelungen der Artt. 34 bis 36 AEUV nicht anwendbar.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 29. November 2018 – [I ZR 237/16](#) – Versandapotheke – juris.

<sup>82</sup> a.a.O. – juris, Rn. 22.

<sup>83</sup> a.a.O. – juris, Rn. 31 ff.

<sup>84</sup> a.a.O. – juris, Rn. 34.

Die sich aus dem sog. „DocMorris“-Urteil des EuGH in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale<sup>85</sup> ergebende Begünstigung von Versandapotheken aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union führt zu **keiner** am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG gemessen verfassungswidrigen **Ungleichbehandlung** deutscher Versandapotheken gegenüber Versandapotheken aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.<sup>86</sup> Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt nur dann vor, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen sachlichen Grund gibt. Apotheker mit Sitz in Deutschland und Apotheker mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union werden zwar unterschiedlich behandelt, soweit sie Kunden in Deutschland im Versandwege mit Arzneimitteln beliefern. Ein gewichtiger sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ergibt sich jedoch bereits aus der Tatsache, dass der nationale Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit beim grenzüberschreitenden Verkauf von Arzneimitteln durch die im Primärrecht der Europäischen Union geregelte Warenverkehrsfreiheit und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH, nicht dagegen insoweit eingeschränkt ist, als der Vertrieb von Arzneimitteln innerhalb Deutschlands zu regeln ist.<sup>87</sup>

Ein Verstoß gegen **Art. 12 Abs. 1 GG** liegt ebenfalls nicht vor.<sup>88</sup> Die gesetzlichen Regelungen über die Preisbindung dienen vernünftigen Gründen des Gemeinwohls. Zweck des festgelegten, einheitlichen und verbindlichen Apothekenabgabepreises an die Endverbraucher ist die Sicherstellung der im öffentlichen Interesse gebotenen flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Der einheitliche Apothekenabgabepreis soll auf der Handelsstufe der Apotheken im Hinblick auf deren Beratungsfunktion einen Preiswettbewerb ausschließen oder jedenfalls vermindern. Insbesondere in unattraktiven La-

---

<sup>85</sup> EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – Rs. C-148/15 – Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale – juris.

<sup>86</sup> a.a.O. – juris, Rn. 35.

<sup>87</sup> a.a.O. – juris, Rn. 40.

<sup>88</sup> a.a.O. – juris, Rn. 42.

gen sollen sich Apotheken keinen ruinösen Preiskampf liefern.<sup>89</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die Arzneimittelpreisregulierung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

Der vom EuGH im „DocMorris“-Urteil in der Sache Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale angenommene Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV führt für sich genommen nicht zu einem Verstoß gegen das materielle Verfassungsrecht. Eine verfassungsrechtlich relevante **Änderung der Verhältnisse** kann erst entstehen, wenn Versandapotheken verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem inländischen Markt ohne Rücksicht auf die Preisbindung tatsächlich in einem Umfang veräußerten, dass eine ernsthafte Existenzbedrohung inländischer Präsenzapotheken eintreten würde und das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr gewährleistet wäre.<sup>90</sup>

#### **4. Vorlage an den EuGH zur Zulässigkeit der kostenlosen Abgabe von Arzneimittel-Verkaufspackungen „zu Demonstrationszwecken“ an Apotheken (Artt. 15, 16, 20 GRCh, Artt. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG)**

Mit Beschluss vom 31. Oktober 2018 hat der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es unter Anwendung der Richtlinie 2001/83/EG<sup>91</sup> zulässig sein kann, Muster eines Fertigarzneimittels mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ an Apotheken abzugeben.<sup>92</sup>

Überwiegend wird vertreten, dass die Abgabe von Arzneimittelmustern in § 47 Abs. 3 AMG abschließend geregelt sei und daher eine Abgabe nur an die dort aufgeführten Personen und Stellen zulässig sei; eine Abgabe

---

<sup>89</sup> a.a.O. – juris, Rn. 45.

<sup>90</sup> a.a.O. – juris, Rn. 50.

<sup>91</sup> Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel – eurlex.europa.eu.

<sup>92</sup> BGH, Vorlagebeschluss vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 235/16](#) – Apothekenmuster – juris.

an die in dieser Vorschrift nicht genannten Apotheker sei damit verboten.<sup>93</sup> Nach einer anderen Ansicht verbietet § 47 Abs. 3 AMG die Abgabe von kostenlosen Fertigarzneimittelpackungen an Apotheker nicht. Der Wortlaut des § 47 Abs. 3 AMG enthalte kein Verbot der Abgabe an Apotheker. Anders als bei Ärzten gebe es kein an den pharmazeutischen Unternehmer adressiertes Verbot, dem Apotheker Arzneimittel zu liefern. Die Abgabe von Arzneimitteln an Apotheker sei vielmehr nach § 47 Abs. 1 AMG grundsätzlich zulässig.<sup>94</sup>

Die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG ist **unionsrechtskonform** im Lichte von Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG auszulegen. Für die **Zulässigkeit der Abgabe der Muster an Apotheken** könnte Erwägungsgrund 51 der Richtlinie sprechen. Danach können Gratismuster von Arzneimitteln unter Einhaltung bestimmter einschränkender Bedingungen an die zur Verschreibung „oder Abgabe“ von Arzneimitteln berechtigten Personen abgegeben werden, damit sich diese mit neuen Arzneimitteln vertraut machen und Erfahrungen bei deren Anwendung sammeln können. Daraus wird gefolgert, dass die Bestimmungen der Richtlinie eine Belieferung von Apothekern als zur Abgabe von Arzneimitteln berechnete Personen mit Gratismustern zum Zwecke der Erprobung nicht verbieten.

Einer Auslegung von Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG im Sinne eines Verbots der Abgabe von Gratisarzneimitteln an Apotheker zum alleinigen Zweck der Erprobung könnte außerdem entgegenstehen, dass – durch den Richtliniengeber im Erwägungsgrund 51 grundsätzlich anerkannt – nicht nur bei Ärzten, sondern auch bei Apothekern, die ebenso wie Ärzte zur Beratung der Patienten verpflichtet sind, ein im Hinblick auf eine sichere Arzneimittelanwendung schutzwürdiges Interesse daran besteht, sich mit neuen Arzneimitteln vertraut zu machen und Erfahrungen bei deren Anwendung zu sammeln.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> a.a.O. – juris, Rn. 15.

<sup>94</sup> a.a.O. – juris, Rn. 21.

<sup>95</sup> a.a.O. – juris, Rn. 29.



Vor diesem Hintergrund könnte die Annahme eines die kostenlose Abgabe an Apotheker umfassenden Verbots gemäß Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG eine **unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts der pharmazeutischen Unternehmen und Apotheker auf Berufsfreiheit** und unternehmerische Freiheit i.S.v. **Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 GRCh** und der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG sowie eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ärzten und Apothekern gemäß Art. 20 GRCh, Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.<sup>96</sup> Gegen eine solche Auslegung könnte aus Sicht des Bundesgerichtshofs aber sprechen, dass sich der Wortlaut des Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG auf „bestimmte Arzneimittel“ bezieht und damit eine Differenzierung nach Art des Arzneimittels (etwa nach dessen Gefährlichkeit oder Anwendungsart) nahelegt, während es im Streitfall darum geht, ob (bezogen auf jegliche Arzneimittel gleich welcher Art) bei der Zulässigkeit der Musterabgabe nach bestimmten Empfängergruppen differenziert werden darf.<sup>97</sup>

#### **5. Eintragungsfähigkeit eines nach britischem Recht gewählten Namens in das deutsche Personenstandsregister (Art. 3, 123 GG, Art. 109 Abs. 3 Satz 2 WRV, Art. 21 AEUV)**

Im Beschluss vom 14. November 2018 lehnt der Bundesgerichtshof die Eintragungsfähigkeit des Namens „Silia Valentina Mariella Gräfin von Fürstenstein“ in das deutsche Personenstandsregister ab.<sup>98</sup> Die Antragstellerin, die auch die britische Staatsbürgerschaft besitzt, hatte ihren Namen durch einseitige Erklärung nach britischem Recht („deed poll“) entsprechend geändert.

Unterliegt der Name einer Person deutschem Recht, so kann sie gemäß **Art. 48 Satz 1 Halbsatz 1 EGBGB** durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den während eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen und dort in ein Personenstandsregister eingetragenen Namen wählen. Art. 48 EGBGB dient

<sup>96</sup> a.a.O. – juris, Rn. 30.

<sup>97</sup> a.a.O. – juris, Rn. 36.

<sup>98</sup> BGH, Beschluss vom 14. November 2018 – [XII ZB 292/15](#) – juris.

der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Beeinträchtigung der im Primärrecht der Europäischen Union garantierten Grundfreiheiten – insbesondere des Unionsbürgerrechts auf Freizügigkeit (Art. 21 Abs. 1 AEUV) – durch eine Verpflichtung zur Führung unterschiedlicher Namen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union („hinkende Namensführung“).<sup>99</sup>

Die begehrte Fortschreibung des Geburtenregisters kommt gleichwohl nicht in Betracht. Denn die Wahl des Namens „Silia Valentina Mariella Gräfin von Fürstenstein“ ist jedenfalls wegen des Namensbestandteils „Gräfin von“ mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar (Art. 48 Satz 1 Halbsatz 2 EGBGB), und auch eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Anerkennung dieses Namens besteht nicht.<sup>100</sup> Der noch heute geltende Rechtszustand zur namensrechtlichen Behandlung von Adelsbezeichnungen beruht auf **Art. 109 Abs. 3 WRV**, wonach Adelsbezeichnungen nur als Teil des Namens anzusehen sind und nicht mehr verliehen werden dürfen.

Nach dem der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zugrunde liegenden Verständnis vom Regelungsgehalt des Art. 109 Abs. 3 Satz 2 WRV ist die Gewährung eines Namens mit **Adelsbezeichnungen** im Wege öffentlich-rechtlicher Namensänderung in der Regel ausgeschlossen, wenn es an einer „besonders gewichtigen sozialen Beziehung“ zu einem Träger des gewünschten Namens fehlt.<sup>101</sup> Art. 109 Abs. 3 Satz 2 WRV missbilligt in seiner Tendenz jedes staatliche Handeln, welches zu einer Schaffung von neuen Adelsbezeichnungen oder zum Wiederaufleben erloschener Adelsbezeichnungen führt, auch wenn diese nur noch Bestandteile des Namens sein können.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> a.a.O. – juris, Rn. 12.

<sup>100</sup> a.a.O. – juris, Rn. 21 ff.

<sup>101</sup> a.a.O. – juris, Rn. 27.

<sup>102</sup> a.a.O. – juris, Rn. 28.

Die frei gewählte Annahme einer deutschsprachigen Adelsbezeichnung im Wege einer unter ausländischem Recht erfolgten isolierten Namensänderung verstößt im vorliegenden Fall gegen **den materiellen ordre public** (Art. 48 Satz 1 Halbsatz 2 EGBGB), denn Art. 109 Abs. 3 Satz 2 WRV dient – wie bereits seine systematische Stellung bei den Gleichheitsgrundrechten der Weimarer Reichsverfassung verdeutlicht – der Verwirklichung der **staatsbürgerlichen Gleichheit (Art. 3 GG)**.<sup>103</sup>

Auch das Unionsrecht gebietet es nicht, die nach deutschem ordre public unzulässigen Namensbestandteile „Gräfin von“ im Wege einer Namensangleichung anzuerkennen,<sup>104</sup> denn die **Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV** durch die Versagung der Namensangleichung unter Berufung auf den nationalen ordre public ist **unionsrechtlich** jedenfalls **gerechtfertigt**.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH lässt sich eine Beschränkung der Freizügigkeit von Personen innerhalb der Europäischen Union nur rechtfertigen, wenn sie auf objektiven Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht berechtigterweise verfolgten Zweck steht. In diesem Zusammenhang hat der EuGH den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Prüfung ihres namensrechtlichen ordre public ausdrücklich betont.<sup>105</sup> Die vom deutschen Gesetzgeber in Art. 109 Abs. 3 WRV gesetzten Schranken der Benutzung von Adelsbezeichnungen und das von ihm aufgestellte Verbot, den Anschein einer adeligen Herkunft neu zu schaffen, sind Teil dieser nationalen Identität und können unter dem Gesichtspunkt des unionsrechtlich legitimen Ziels der Umsetzung der Gleichheit aller deutschen Staatsbürger vor dem Gesetz grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Personenfreizügigkeit Berücksichtigung finden.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> a.a.O. – juris, Rn. 32.

<sup>104</sup> a.a.O. – juris, Rn. 35 ff.

<sup>105</sup> a.a.O. – juris, Rn. 38.

<sup>106</sup> a.a.O. – juris, Rn. 39.

Einem im Ausland frei gewählten Namen mit Adelsbezeichnungen die Anerkennung nur dann verweigert werden, wenn dies zur Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes **geeignet, erforderlich und verhältnismäßig** ist.

Davon sei – so der Bundesgerichtshof – vorliegend auszugehen. Die Antragstellerin besitzt sowohl die deutsche als auch die britische Staatsangehörigkeit, und sie hat mit der freien Namenswahl durch „deed poll“ von einem Recht Gebrauch gemacht, das jedem britischen Staatsangehörigen zukommt. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die von der Antragstellerin gewählten Namensbestandteile „Gräfin von“ formell weder nach deutschem noch nach englischem Recht die Zugehörigkeit zu einem herausgehobenen Stand bezeichnen.

Die Verweigerung der Namensangleichung ist nicht unverhältnismäßig, wenn das erkennbar einzige Motiv für die isolierte Namensänderung unter einem ausländischen Recht darin besteht, fortan einen Namen tragen zu können, der aus Gründen der öffentlichen Ordnung in Deutschland auf diesem Wege nicht erworben werden kann. Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts bestehen **keine** – wie immer gearteten – **sozialen Beziehungen** zwischen der Antragstellerin und einem Träger des von ihr gewählten Namens. Eine andere Motivation als die, über die Namensänderung unter englischem Recht einen Familiennamen annehmen zu können, der wegen der Adelsbezeichnung als Namensbestandteil den Eindruck einer vermeintlich hervorgehobenen sozialen und gesellschaftlichen Bedeutung vermitteln soll, ist nicht erkennbar und auch nicht behauptet.<sup>107</sup>

Karlsruhe, den 27. März 2019

Dr. Peter Rädler

Dr. Jan-Dirk Rausch

---

<sup>107</sup> a.a.O. – juris, Rn. 43.