

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
zum Öffentlichen Recht und Unionsrecht
(insb. Staatshaftungsrecht)
im 1. 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 1. Halbjahr 2017 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Staatshaftungsrecht (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 zu staatlichen Verkehrssicherungspflichten oder zur Verwaltungsvollstreckung, dazu III.). Weiterhin sind Entscheidungen zum primären Unionsrecht, in erster Linie zu den unionsrechtlichen Grundfreiheiten und zur EU-Grundrechtecharta aufgenommen (dazu IV.).² Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Auslegung des sekundären Unionsrechts (einschließlich entsprechender Vorlagebeschlüsse) werden weiterhin in unseren Newslettern zu den einzelnen Zivilrechtsgebieten behandelt.

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. Amtshaftung bei Notarzteinsatz

Im Urteil vom 12. Januar 2017 behandelt der Bundesgerichtshof die Amtshaftung bei einem Notarzteinsatz³.

Der Bundesgerichtshof stellt im Urteil klar, dass der **Notarzt** im Rettungsdienst **in Thüringen ein öffentliches Amt ausübt**. Die Organisation und die Durchführung der Aufgaben des Rettungsdienstes sind in Thüringen öffentlich-rechtlich geregelt.⁴ Die Landkreise und kreisfreien Städte sind Aufgabenträger des bodengebundenen Rettungsdienstes (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ThürRettG). Diese Aufgabe obliegt ihnen im Rahmen ihres eigenen Wirkungskreises (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ThürRettG). Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 ThürRettG kann die Durchführung der Aufgaben des Rettungsdienstes Dritten durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen werden, wobei die Durchführenden nach § 6 Abs. 3 ThürRettG als Verwaltungshelfer gemäß den Anweisungen und im Namen der Aufgabenträger handeln.⁵ Allerdings **haftet nach Auffassung des III. Zivilsenats für das deliktische Handeln des Notarztes** nicht der Landkreis, sondern **die kassenärztliche Vereinigung**. Der beklagte Landkreis ist weder Anstellungskörperschaft des Notarztes noch hat er ihm die konkrete Aufgabe übertragen, bei deren Wahrnehmung Pflichten verletzt worden sein sollen.

Der nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ThürRettG vom Regelfall der Aufgabenträgerschaft ausdrücklich ausgenommene **Bereich der notärztlichen Versorgung** wird in § 7 Abs. 1 ThürRettG der **Kassenärztlichen Vereinigung Thüringen** zugewiesen. Ausweislich der Entstehungsgeschichte und nach der Systematik des ThürRettG liegt die notärztliche Versorgung in der originären Verantwortung der Kassenärztlichen Vereinigung Thüringen,⁶ da diese dem Notarzt seine Aufgabe übertragen hat.⁷

³ BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – [III ZR 312/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 25.

Im konkreten Fall war es beim Verkehrsunfall eines Motorradfahrers in Thüringen zu einem Notarzteinsatz gekommen. Der Notarzt verabreichte dem Motorradfahrer Medikamente, was bei diesem zu einem Atemstillstand führte. Die gesetzliche Krankenkasse und die Pflegekasse des Motorradfahrers nahmen den Landkreis aus übergegangenem Recht aus Amtshaftung in Anspruch.

2. Amtshaftungsanspruch bei Vertrauen auf Bauvorbescheid, Zugum-Zug-Verurteilung

Ein zweites Urteil vom 12. Januar 2017 betrifft die Amtshaftung bei einem schutzwürdigen Vertrauen in einen rechtswidrigen Bauvorbescheid.⁸

Der Bauvorbescheid ist ein Verwaltungsakt, der in verbindlicher Weise einzelne, das Baugenehmigungsverfahren betreffende Fragen abschließend regelt. Erlässt eine Behörde einen gegen baurechtliche Vorschriften verstoßenden und damit **rechtswidrigen positiven Bauvorbescheid**, anstatt ihn wie geboten abzulehnen, **verletzt sie ihre grundlegende**, auch gegenüber dem Bauherrn bestehende **Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln** in gleicher Weise **wie beim Erlass einer rechtswidrigen Baugenehmigung**.⁹ Ist der Vorbescheid rechtswidrig ergangen, kann die Behörde ihn zwar vor Ablauf seiner Geltungsdauer nach § 48 LVwVfG zurücknehmen – allerdings mit der Folge, dass sie nach § 48 Abs. 3 LVwVfG dem Bauherrn den Vermögensnachteil ausgleichen muss, den er dadurch erleidet, dass er in schutzwürdiger Weise auf seinen Bestand vertraut¹⁰.

Nutzt der Bauherr einen ihm erteilten positiven Bauvorbescheid **nicht rechtzeitig aus, übernimmt er damit wirtschaftlich nicht das Risiko, dass dieser rechtswidrig ist** und deshalb auch bei unveränderter Sach- und Rechtslage nach Ablauf seiner Geltungsdauer von der Behörde nicht

⁸ BGH, Urteil vom 02. Februar 2017 – [III ZR 41/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 33.

verlängert werden wird. Vielmehr darf er im Hinblick auf die Bindung der Behörde an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG grundsätzlich **dar- auf vertrauen, dass der Bescheid rechtmäßig erlassen worden** und damit verlängerungsfähig ist, solange ihm dessen Fehlerhaftigkeit unbekannt ist.¹¹

Der im Rahmen der Amtshaftung zu leistende Schadensersatz soll die Vermögenslage herstellen, die bei pflichtgemäßem Verhalten des Beamten eingetreten wäre.¹² Zu der im Amtshaftungsrecht im Grundsatz un- anwendbaren Naturalrestitution steht das Prinzip der Vorteilsausgleichung in keinem notwendigen und unauflösbaren Zusammenhang. Liegen ihre Voraussetzungen vor, **ist eine Vorteilsausgleichung daher auch bei einem reinen Geld- und Wertersatzanspruch nicht ausgeschlossen** und kann gegebenenfalls durch eine **Zug-um-Zug-Verurteilung** verwirklicht werden.¹³

Im entschiedenen Fall hatte der Kläger im Vertrauen auf den Vorbescheid ein Grundstück erworben. Dieses war nun wertlos geworden, da der Vorbescheid nicht verlängert worden war. Ihm ist von der beklagten Gemein- de nun der gezahlte Kaufpreis zu erstatten, während der Kläger im Ge- genzug nach dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung das Grundstück übertragen hat. Die Gemeinde wird damit nicht unzumutbar belastet. Denn sie erhält ein Grundstück, das sie – nach der (ohnehin von ihr vorzuneh- menden) Erschließung sogar als Bauland – weiterveräußern kann.¹⁴

3. Amtshaftungsanspruch wegen Genehmigungsfiktion im Gaststät- tenrecht

Nach § 6a Abs. 1 GewO **gilt eine gewerberechtliche Erlaubnis als er- teilt**, wenn die Behörde über einen Antrag auf Erlaubnis zur Ausübung eines Gewerbes nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten entschieden

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹² a.a.O., juris, Rn. 40.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 41.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 43.

hat. Nach Abs. 2 der Vorschrift gilt das auch für Verfahren nach dem **Gaststättengesetz**, solange keine landesrechtlichen Regelungen bestehen.

In dem vom Bundesgerichtshof am 20. April 2017 entschiedenen Fall¹⁵ machte der Kläger, Betreiber einer Spielhalle, für die er eine gaststättenrechtliche Erlaubnis beantragt hatte, einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung geltend, weil die beklagte Stadt die am 17. November 2011 beantragte Erlaubnis erst am 01. Juni 2012 beschieden hatte, **ohne auf die Genehmigungsfiktion hinzuweisen**. Wegen einer Ende November 2012 erfolgten Änderung der Rechtslage war die verwaltungsgerichtliche Klage auf Erteilung der Erlaubnis erfolglos.

Der III. Zivilsenat befasst sich zunächst mit der in der Literatur umstrittenen Frage, ob § 6a Abs. 2 GewO von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 125a Abs. 1 GG gedeckt ist. Dies ist fraglich gewesen, weil **mit der Föderalismusreform I die Gesetzgebungskompetenz** für das Gaststättenrecht auf die Länder übergegangen ist,¹⁶ so dass dem Bund keine Neuregelungs- sondern nur eine „Anpassungskompetenz an veränderte Verhältnisse“¹⁷ verbleibt. Der Senat hatte durchaus verfassungsrechtliche Zweifel, sah aber von einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ab. Entscheidend war hierfür der Umstand, dass die Änderung des Gewerberechts aufgrund der Verpflichtung geboten war, die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG¹⁸ in nationales Recht umzusetzen. In einer derartigen Konstellation, in der durch die Anpassung des übergangsweise fortgeltenden Bundesrechts an zwingendes Unionsrecht nicht wesentlich in die Gesetzgebungskompetenz des – gleichermaßen an das Unionsrecht gebundenen – Landesgesetzgebers eingegriffen wird, erscheint es dem III. Zivilsenat vertretbar, eine grund-

¹⁵ BGH, Urteil vom 20. April 2017 – [III ZR 470/16](#) – juris.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁷ BGH, a.a.O.

¹⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt

legende Neukonzeption des betroffenen Rechtsgebiets zu verneinen und eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Sinne einer Fortschreibung des geltenden Rechts zur Anpassung an veränderte Verhältnisse, nämlich an neues Unionsrecht, anzunehmen.¹⁹

Eine **Amtspflichtverletzung** sah der III. Zivilsenat allerdings darin, dass die Behörde den Kläger **nicht auf die** nach dem Ablauf von drei Monaten eintretende **Genehmigungsfiktion hingewiesen** hatte. **Der Beamte darf nicht "sehenden Auges" zulassen, dass der bei ihm vorsprechende Bürger Schäden erleidet, die der Beamte** durch einen kurzen Hinweis, eine Belehrung mit wenigen Worten oder eine entsprechende Aufklärung **zu vermeiden in der Lage ist**.²⁰ Der Hinweis war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Klägerin anwaltlich beraten war.²¹ Angesichts der gegebenen Genehmigungsfiktion stellte der Versagungsbescheid der Beklagten vom 01. Juni 2012 eine weitere Amtspflichtverletzung dar.²²

Auch wenn die Beklagte geltend gemacht hatte, die Ablehnung der Gaststättenerlaubnis vor Eintritt der Genehmigungsfiktion wäre rechtmäßig gewesen und der Schaden der Klägerin in diesem Fall ebenso entstanden, konnte sie sich nicht auf den **Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens** berufen, da eine solche Ablehnung nicht ihrem Willen entsprochen hatte. Ebenso verhielt es sich mit dem Argument, die Behörde hätte die von ihr erteilte Genehmigung nach § 48 Abs. 1 LVwVfG zurückgenommen. Es erschien dem Bundesgerichtshof nicht zwingend, dass das behördliche Ermessen insofern auf "Null" reduziert gewesen ist beziehungsweise dass sie das Ermessen aus anderen Gründen erkennbar im Sinne einer Rücknahme ausgeübt hätte.²³

19 a.a.O., juris, Rn. 38.

20 a.a.O., juris, Rn. 42.

21 a.a.O., juris, Rn. 46.

22 a.a.O., juris, Rn. 50.

23 a.a.O., juris, Rn. 62.

II. Öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche

1. Haftung aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis in einem Zweckverband

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 02. März 2017 behandelt die Haftung eines ehrenamtlichen Vorsitzenden eines Zweckverbandes²⁴. Zwei Gemeinden in Sachsen bildeten einen Schulzweckverband; der Bürgermeister einer der beiden Gemeinden war ehrenamtlicher Verbandsvorsitzender. In dieser Funktion füllte er den "Erhebungsbogen für Schülerdaten der Schulverbände für das Jahr 2006/2007" des Statistischen Landesamtes Sachsen“ versehentlich fehlerhaft aus, so dass die dann klagende (erste) Gemeinde geringere finanzielle Zuweisungen des Landes erhielt. Sie verklagte (aus abgetretenem Recht des Zweckverbands) den Bürgermeister und aus eigenem Recht den Zweckverband auf Schadensersatz.

Hinsichtlich der **persönlichen Haftung des Bürgermeisters in seiner Funktion als ehrenamtlicher Verbandsvorsitzender** stellt der Bundesgerichtshof zunächst fest, dass der Bürgermeister nicht als Beamter tätig geworden ist.²⁵ Zwischen dem Zweckverband und seinem Vorsitzenden besteht in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften **eine öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung**, auf die die Normen des bürgerlichen Rechts über die Haftung bei einem unentgeltlichen **Auftragsverhältnis** (§ 662 i.V.m. § 280 Abs. 1, § 276 Abs. 1 BGB) entsprechend anzuwenden sind.²⁶ Der III. Zivilsenat sieht dabei den Haftungsmaßstab des § 276 BGB, nach dem grundsätzlich auch für einfache Fahrlässigkeit gehaftet wird, als unpassend an und beschränkt im Wege einer weiteren Analogie entsprechend den beamtenrechtlichen Regelungen (jetzt § 48 BeamtStG) die **Haftung des ehrenamtlichen Verbandsvorsitzenden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit**. Die entsprechenden beamtenrechtlichen Regelungen stellen insoweit eine ausgewogene Risikoverteilung dar und lassen

²⁴ BGH, Urteil vom 02. März 2017 – [III ZR 271/15](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

sich auch auf das vergleichbare öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen einem Zweckverband und dessen (ehrenamtlichem) Vorsitzenden übertragen; dies zeige nicht zuletzt auch der Umstand, dass in einer Reihe von anderen Bundesländern dieser Haftungsmaßstab allgemein auf ehrenamtliche öffentliche Tätigkeiten angewandt wird.²⁷

War danach ein Anspruch gegen den Bürgermeister zu verneinen, weil er nicht grob fahrlässig gehandelt hatte, so bejahte der III. Zivilsenat einen **Anspruch** der klagenden Gemeinde **gegen den Zweckverband aus der Pflichtverletzung innerhalb eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses**, worauf die Regelungen über zivilrechtliche Schuldverhältnisse in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 276 Abs. 1 Satz 1, § 278 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend anzuwenden sind. Nach ständiger Senatsrechtsprechung ist das vertragliche Schuldrecht als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse anzuwenden, wenn ein besonders **enges Verhältnis zwischen den Parteien** begründet worden ist und **mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung** ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt.²⁸ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs **stellen die Normen** in den Vorschriften des SächsKommZG und der Verbandssatzung **keine hinreichenden Regelungen dar**, welche ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis ausschließen. Auch aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes folgt kein Verbot für den Richter, gegebenenfalls vorhandene **gesetzliche Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu schließen**.²⁹ Demnach war das (leicht) fahrlässige Handeln des Verbandsvorsitzenden dem Zweckverband zuzurechnen.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 19.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 26.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 30.

2. Entschädigungsanspruch wegen nicht gerechtfertigter Verfahrensverzögerung

Nach § 198 Abs. 1 Satz 1 GVG wird angemessen entschädigt, **wer infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet**. Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall, in dem über eine Anhörungsrüge bzw. Gegenvorstellung in einem familienrechtlichen Verfahren erst nach 21 Monaten entschieden wurde, einen Entschädigungsanspruch im Urteil vom 13. April 2017 verneint.³⁰

Grundlage eines Entschädigungsanspruchs ist ein durch überlange Verfahrensdauer verursachter immaterieller Nachteil. Als derartige Folgen eines überlangen Verfahrens kommen neben der „seelischen Unbill“ durch die lange Verfahrensdauer vor allem körperliche Beeinträchtigungen oder Rufschädigungen und – in Sorge- oder Umgangsrechtsstreitigkeiten – die Entfremdung eines Kindes von einem Elternteil in Betracht.³¹ Nach § 198 Abs. 2 Satz 1 GVG **wird ein immaterieller Nachteil vermutet**, wenn ein Gerichtsverfahren unangemessen lange gedauert hat.

Im Entschädigungsprozess ist die **Vermutung widerlegt**, wenn der Beklagte das Fehlen eines immateriellen Nachteils darlegt und beweist, wobei ihm, da es sich um einen Negativbeweis handelt, die Grundsätze der sekundären Behauptungslast zugutekommen können. Dabei dürfen an den Beweis des Gegenteils keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Vermutung eines auf der Verfahrensdauer beruhenden immateriellen Nachteils ist dann widerlegt, wenn das Entschädigungsgericht unter Berücksichtigung der vom Kläger gegebenenfalls geltend gemachten Beeinträchtigungen nach einer Gesamtbewertung der Folgen, die die Verfahrensdauer mit sich gebracht hat, die Überzeugung gewinnt, dass die (unangemessene) Verfahrensdauer nicht zu einem Nachteil geführt hat.³²

³⁰ BGH, Urteil vom 13. April 2017 – [III ZR 277/16](#) – juris.

³¹ a.a.O., juris, Rn.19.

³² a.a.O., juris, Rn. 21.

Da sich im konkreten Fall das Vorbringen der Klägerin in ihrer Anhörungsrüge darin erschöpft hatte, ihren (unzutreffenden) Rechtsstandpunkt hinsichtlich der "Androhung" der Ordnungshaft und der Notwendigkeit einer Berichtigungsentscheidung zu wiederholen, schloss der III. Zivilsenat aus, dass die Klägerin infolge der Dauer des Anhörungsrügeverfahrens eine fühlbare immaterielle Beeinträchtigung erlitten hatte. **Das bloße Beharren auf einer Rechtsauffassung**, die vom erkennenden Gericht nicht geteilt wird und der Sache nach bereits beschieden wurde, **vermag einen ausgleichspflichtigen Nachteil** i.S.d. § 198 Abs.1 GVG **nicht zu begründen**.

III.

Entscheidungen mit sonstigen Bezügen zum Öffentlichen Recht

1. Auskunftsanspruch der Presse gegenüber staatlich dominierten Unternehmen und Versagungsgründe

Anlässlich eines Auskunftsanspruches, den ein Redakteur gegen eine Aktiengesellschaft gerichtet hatte, die Dienstleistungen im Bereich der Wasser- und Energieversorgung und der Abwasserentsorgung erbringt und bei welcher der Aktienbesitz zu 92,9 Prozent in der Hand mehrerer Kommunen lag, hatte der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 16. März 2017 Gelegenheit, die Anforderungen an den presserechtlichen Auskunftsanspruch und an Verweigerungsgründe zu präzisieren³³.

Nach § 4 Abs. 1 PresseG NW (und entsprechenden Vorschriften der anderen Bundesländer) **sind Behörden verpflichtet**, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe dienenden **Auskünfte zu erteilen**. Der Anspruch besteht insbesondere dann nicht, wenn Vorschriften über die Geheimhaltung entgegenstehen oder ein überwiegendes öffentliches oder ein schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde.

³³ BGH, Urteil vom 16. März 2017 – [I ZR 13/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Der **Begriff der Behörde** im Sinne des presserechtlichen Auskunftsanspruchs gemäß § 4 Abs. 1 LPresseG NW erfasst auch juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand beherrscht und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, eingesetzt werden.³⁴ Da dem Staat eine **Flucht aus der Grundrechtsbindung ins Privatrecht untersagt** ist, betrifft die unmittelbare Grundrechtsbindung nicht nur öffentliche Unternehmen, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, sondern auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, wenn diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Eine Beherrschung ist in der Regel anzunehmen, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.³⁵ Darüber hinaus ist erforderlich, dass das Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben **im Bereich der Daseinsvorsorge** eingesetzt wird; dies ist bei einer Tätigkeit im Rahmen der Wasser- und Energieversorgung sowie der Abwasserentsorgung unproblematisch der Fall.

Der Behördenbegriff des Presserechts ist nicht organisatorisch-verwaltungstechnisch, sondern funktionell-teleologisch zu verstehen. Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs nach § 4 Abs. 1 LPresseG NW ist es, der Presse die ihr durch Art. 5 Satz 1 GG garantierte und in § 3 LPresseG NW manifestierte Funktion im Rahmen der demokratischen Meinungs- und Willensbildung zu gewährleisten und es ihr so zu ermöglichen, Informationen über Geschehnisse von öffentlichem Interesse umfassend und wahrheitsgetreu zu erhalten. Die Berichterstattung der Presse über Vorgänge im staatlichen Bereich beschränkt sich nicht auf die staatliche Eingriffsverwaltung als typische Form staatlichen Handelns, sondern umfasst auch die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Leistungsverwaltung. **Überall dort, wo zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben öffentliche Mittel eingesetzt werden**, von deren konkreter Verwendung Kenntnis zu erlangen, ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht, **wird auch**

³⁴ a.a.O., juris, Leitsatz 1 und Rn. 19.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 21.

ein Informationsbedürfnis der Presse und der Bevölkerung begründet.³⁶

Die behördliche Auskunft soll der Presse die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgabe ermöglichen. § 4 Abs. 1 LPresseG NW gewährt einen Anspruch auf Erteilung von Informationen, die der publizistischen Auswertung zu dienen bestimmt sind. Der Pressevertreter muss deshalb darlegen, dass die begehrten Auskünfte zur Befriedigung eines Publikationsinteresses der Öffentlichkeit bestimmt sind. Dabei sind allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen. Es ist zu berücksichtigen, dass die Presse häufig auf einen bloßen – und sei es auch nur schwachen – Verdacht hin recherchiert. Das Auskunftsbegehren darf jedoch nicht dazu dienen, eine Ausforschung ins Blaue hinein mit dem Ziel zu betreiben, durch Zufall auf (irgend)eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse zu stoßen und auf diese Weise die anspruchsbegründenden Tatsachen erst zu schaffen.³⁷

„Vorschriften über die Geheimhaltung“ i.S.v. § 4 Abs. 2 Nr. 2 LPresseG NW, die einem Anspruch auf Auskunft nach § 4 Abs. 1 LPresseG NW entgegenstehen, sind Bestimmungen, die den Schutz öffentlicher Geheimnisse bewirken sollen und der auskunftspflichtigen Behörde als solcher die Preisgabe der in Rede stehenden Informationen schlechthin untersagen.³⁸

Bei der Prüfung der Frage, ob die Auskunft versagt werden kann, weil „ein **überwiegendes öffentliches oder ein schutzwürdiges privates Interesse** verletzt würde“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 LPresseG NW), sind das durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Informationsinteresse der Öffentlichkeit und das Geheimhaltungsinteresse der Behörde und der von der Auskunft betroffenen Dritten im Einzelfall umfassend **gegeneinander abzuwägen** und

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

³⁸ a.a.O., juris, Leitsatz 3 und Rn. 48.

in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Geschäftsgeheimnisse eines Privatunternehmens Bestandteil seiner durch Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG garantierten Berufsfreiheit sein können. Entscheidend ist, wie hoch das öffentliche Informationsinteresse an der begehrten Auskunft zu bewerten ist und wie stark durch die Erteilung der Auskunft die schützenswerten Belange der auskunftspflichtigen Behörde oder Dritter beeinträchtigt werden. Je geringer der Eingriff in das Recht der von der Auskunft betroffenen Dritten ist, desto geringere Anforderungen sind an das Informationsinteresse der Allgemeinheit zu stellen; je intensiver und weitergehend die begehrte Auskunft reicht, desto gewichtiger muss das öffentliche Informationsinteresse sein.³⁹ Das öffentliche Informationsinteresse ist besonders gewichtig, wenn die begehrte Auskunft der Erörterung von die Öffentlichkeit wesentlich angehenden Fragen dient. Das gilt für die sachgerechte Verwendung öffentlicher Mittel und politische Aktivitäten eines kommunal beherrschten Unternehmens.⁴⁰

2. Verbot des Angebots von Druckwerken durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten („ARD-Buffer“)

Auch das Urteil des I. Zivilsenats vom 26. Januar 2017 betrifft die Pressefreiheit. Der Senat hatte darüber zu entscheiden, inwieweit presseähnliche Druckerzeugnisse von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Verhältnis zu Presseverlagen zulässig sind.⁴¹

In Streit stand das seit November 2005 im Burda-Verlag erscheinende Printmagazin „ARD Buffet – das monatliche Magazin zur erfolgreichen TV-Sendung“. Das Magazin verwendete mit Zustimmung des SWR und dessen Tochtergesellschaft SWR Media Services GmbH Wort-Bild-Marken, deren Inhaber der SWR ist. Die Inhalte des Magazins waren auf die Fernsehsendung „ARD-Buffer“ abgestimmt. SWR und SWR Media Services GmbH bewarben das Magazin in der Sendung „ARD Buffet“ und

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 52.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 54.

⁴¹ BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 – [I ZR 207/14](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

auf ihren Internetseiten. Ein anderer Zeitschriftenverlag sah hierin einen Verstoß gegen den Rundfunkstaatsvertrag (RStV) und beehrte Unterlassung. Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat den Unterlassungsanspruch dem Grunde nach bejaht und die Sache zur Konkretisierung des Unterlassungsbegehrens an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

§ 11a Abs. 1 Satz 2 RStV ist eine gesetzliche Vorschrift i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F., § 3a UWG und dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.⁴² Aus § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV ergibt sich zunächst das an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerichtete Verbot, Druckwerke (selbst) anzubieten oder – was dem gleichsteht – (durch Dritte) anbieten zu lassen, wenn es sich dabei nicht um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt. Die Veröffentlichung von Druckwerken durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist nur von der Rundfunkfreiheit gedeckt und verletzt nicht die Pressefreiheit, wenn sie als eine unterstützende Randbetätigung der Erfüllung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dient. Das setzt voraus, dass es sich bei den Druckwerken um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt.⁴³

Darüber hinaus lässt sich § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV **das an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerichtete Verbot entnehmen, das Angebot von Druckwerken durch Dritte zu unterstützen**, und zwar auch dann, wenn es sich dabei um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt. Nach ihrem Wortlaut gestattet die Bestimmung des § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk allein das (eigene) Angebot von Druckwerken. Einer erweiternden Auslegung dieses Wortlauts steht entgegen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk beim Angebot von Druckwerken nicht stärker als zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendig in die Pressefreiheit eingreifen darf. Er greift aber stärker in die Pressefreiheit ein, wenn er das Druckwerk nicht selbst an-

⁴² a.a.O., juris, Rn. 29.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 35.

bietet, sondern die Veröffentlichung des Druckwerks durch einen Dritten unterstützt, weil er damit das Konkurrenzverhältnis der Anbieter von Druckwerken berührt und dem von ihm unterstützten Presseunternehmen Vorteile im Wettbewerb verschafft. Nach § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV ist dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk danach allein das Angebot eigener Druckwerke gestattet. Jegliche **Beteiligung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks am Angebot von Druckwerken durch Dritte** ist unzulässig, und zwar auch, wenn es sich bei diesen Druckwerken um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt.⁴⁴

Dem steht nicht entgegen, dass Rundfunkanstalten gemäß § 16a RStV kommerziell tätig werden dürfen. Die gesetzlichen Grenzen für Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dürfen nicht über den Umweg kommerzieller Betätigung umgangen werden. Die wirtschaftliche Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist durch den Rundfunkauftrag bedingt und begrenzt. Die Bestimmung des § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV ist daher im Hinblick auf die Regelung des § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV dahin einschränkend auszulegen, dass sie den öffentlich-rechtlichen Rundfunk weder berechtigt, Druckwerke anzubieten oder anbieten zu lassen, wenn es sich dabei nicht um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt, noch berechtigt, das Angebot von Druckwerken durch Dritte zu unterstützen.⁴⁵

Anbieter eines Druckwerks i.S.d. § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV ist sowohl derjenige, der das Druckwerk auf eigene Kosten vervielfältigt und verbreitet und damit die wirtschaftliche Verantwortung für das Druckwerk trägt, als auch derjenige, der den Inhalt des Druckwerks bestimmt und damit die publizistische Verantwortung für das Druckwerk hat.⁴⁶ Dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ist es nach § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Presse

44 a.a.O., juris, Rn. 36.

45 a.a.O., juris, Rn. 41.

46 a.a.O., juris, Rn. 45.

aber auch verboten, das Angebot eines Druckwerks durch Dritte zu fördern.⁴⁷ Durch die Werbung und die Lizenzvergabe haben die beklagten SWR und SWR Media Services GmbH dem Burda-Verlag gegenüber anderen Verlagen einen unzulässigen Vorteil im Wettbewerb um Käufer derartiger Zeitschriften verschafft.

3. Beitreibung von Rundfunkgebühren nach Verwaltungsvollstreckungsrecht

Im Beschluss vom 27. April 2017 hatte sich der Bundesgerichtshof nochmals mit der Beitreibung von Rundfunkbeiträgen im Rahmen der ZPO-Zwangsvollstreckung (§ 801 ZPO) zu befassen.⁴⁸

Rückständige Rundfunkbeiträge werden gemäß § 10 Abs. 5 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags vom 17. Dezember 2010 (RBStV) **durch die zuständige Landesrundfunkanstalt festgesetzt und im Verwaltungsvollstreckungsverfahren vollstreckt** (§ 10 Abs. 6 RBStV). Die Vollstreckung erfolgt im Land Baden-Württemberg gemäß § 13 Abs. 1 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für Baden-Württemberg (LVwVG BW) durch Beitreibung.⁴⁹ Gemäß § 15a LVwVG BW können die Vollstreckungsbehörden auch die Gerichtsvollzieher um Beitreibung ersuchen (Abs. 1 Halbsatz 1); in diesem Fall finden nach § 15a Abs. 3 LVwVG BW die Vorschriften des Achten Buches der ZPO Anwendung.

Die wirksame Zustellung eines Beitragsbescheids ist keine Voraussetzung für die Vollstreckung nach § 801 ZPO i.V.m. § 15a LVwVG BW. Ein solcher Beitragsbescheid ist weder gesetzlich vorgesehen noch für die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist. Die Rundfunkgebührenpflicht entsteht kraft Gesetzes; Bescheide der Rundfunkanstalten sind erst für die zwangsweise Beitreibung rückständiger Gebühren und Beiträge erforderlich. Im Rahmen der im Verwaltungs-

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 57.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 27. April 2017 – [I ZB 91/16](#) – juris. An diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

rechtsweg zu überprüfenden Wirksamkeit des Bescheids kann es auch auf die Frage der Bekanntgabe ankommen. Geht der Schuldner nicht erfolgreich im Wege des Verwaltungsrechtswegs gegen einen Festsetzungsbescheid vor und wird dieser unanfechtbar oder entfällt die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs, liegen die allgemeinen Voraussetzungen der Vollstreckung vor (§ 2 Nr. 1 und 2 LVwVG BW). Dies entspricht dem tragenden Grundsatz des Vollstreckungsrechts, dass nur die Unanfechtbarkeit und nicht (auch) die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts Vollstreckungsvoraussetzung ist. **Die rechtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit des Verwaltungsaktes durch den Gerichtsvollzieher** und das Vollstreckungsgericht findet im Vollstreckungsverfahren gerade nicht statt. Grundlage der beantragten Zwangsvollstreckungsmaßnahme gemäß § 15a Abs. 3 Satz 2 LVwVG BW ist nicht der Gebühren- oder Beitragsbescheid, sondern das schriftliche Vollstreckungersuchen der Vollstreckungsbehörde. Für den Einwand, die Zwangsvollstreckung aus Rundfunkbeitragsbescheiden sei unzulässig, weil die Bescheide rechtswidrig oder unwirksam seien, steht dem Beitragsschuldner der Verwaltungsrechtsweg offen.⁵⁰

Gemäß § 4 Abs. 1 LVwVG BW ist unter dem Begriff **der Vollstreckungsbehörde** die Behörde zu verstehen, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Dies ist die zuständige Landesrundfunkanstalt (§ 10 Abs. 5 RBStV).⁵¹

4. Übergang der Verkehrssicherungspflicht auf den Hoheitsträger bei vorzeitiger Besitzeinweisung

Im Urteil vom 13. Juni 2017 befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage der Verkehrssicherungspflicht eines privaten Grundstückseigentümers nach Besitzeinweisung an eine Behörde.⁵² Dem entschiedenen Fall lag zugrunde, dass die Enteignungsbehörde den Träger der Straßenbaulast wegen eines für den Bau einer Straße benötigten privaten Grund-

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁵² BGH, Urteil vom 13. Juni 2017 – [VI ZR 395/16](#) – juris.

stücks gemäß § 18f FStrG in den Besitz eingewiesen hatte. Während der Dauer der vorzeitigen Besitzeinweisung wurde ein Pkw durch einen herabfallenden Ast der auf dem Grundstück stehenden Bäume beschädigt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich für jeden, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage schafft oder andauern lässt, die Verpflichtung, die notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um andere vor Schäden zu bewahren. Dies bedeutet bei Grundstücken, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt über ein Grundstück ausübt, soweit möglich und zumutbar, grundsätzlich dafür zu sorgen hat, dass von dort stehenden Bäumen keine Gefahr für die Rechtsgüter anderer – etwa auf öffentlichen Verkehrsflächen oder benachbarten Privatgrundstücken – ausgeht.⁵³ **Wird die Verkehrssicherungspflicht auf einen Dritten** – unter nicht notwendig gleichzeitiger Einräumung des unmittelbaren Besitzes – **delegiert**, so wird der Dritte für den Gefahrenbereich nach allgemeinen Deliktgrundsätzen verantwortlich. Damit **ist der ursprüngliche Verkehrssicherungspflichtige nicht völlig entlastet**. Er bleibt – in Grenzen – zur Überwachung des Dritten verpflichtet und ist insofern neben diesem selbst noch verantwortlich.

Im Falle der vorzeitigen Besitzeinweisung verhält es sich nach Auffassung des VI. Zivilsenats jedoch anders: Hier wird dem Verkehrssicherungspflichtigen **die tatsächliche Verfügungsgewalt** über die Gefahrenquelle **gegen oder ohne seinen Willen entzogen**. Es verbleibt infolge dieses Entzugs bei dem ursprünglich Verkehrssicherungspflichtigen nur noch eine rein formale Rechtsposition im Sinne einer vermögensrechtlichen Zuordnung (Eigentum). Dies reicht für die Begründung einer deliktischen Haftung für die von der Sache ausgehende Gefahr nicht aus.⁵⁴ Bei der vorzeitigen Besitzeinweisung wird der Träger der Straßenbaulast Besitzer, damit er auf dem Grundstück das Bauvorhaben ausführen und die dafür

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 6 f. m.w.N.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 10.

erforderlichen Maßnahmen treffen kann. Er kann damit über die Verwendung des Grundstücks unmittelbar bestimmen und jeden anderen am Betreten oder Benutzen hindern. Der Eigentümer kann, notfalls mit Zwangsmaßnahmen, von der Nutzung des Grundstücks ausgeschlossen werden. Folglich geht die Pflichtenstellung des Eigentümers mit dem Wirksamwerden der Besitzeinweisung verloren.⁵⁵

5. Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage im WEG-Recht zur Durchsetzung bauordnungsrechtlicher Anforderungen

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Juni 2017 betrifft die Durchsetzung eines bauordnungsrechtlich vorgeschriebenen Zustands im Wege einer WEG-Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage⁵⁶. Die Käufer zweier Einheiten in einer Wohnungseigentümergeinschaft wollten die von ihnen erworbenen, im Aufteilungsplan als nicht Wohnzwecken dienende Kellerräume bezeichneten Souterrainräume gewerblich nutzen. In der Gemeinschaftsordnung hieß es dazu: „Die Gewerbeflächen dürfen zu baurechtlich zulässigen gewerblichen Zwecken genutzt werden – die im Aufteilungsplan angegebene Nutzung ist nicht die allein maßgebliche. (...)“ Die zuständige Baurechtsbehörde verlangte die Herstellung eines zweiten Rettungsweges, was die Wohnungseigentümergeinschaft jedoch mehrheitlich ablehnte. Die Revision gegen die vom Berufungsgericht als unbegründet angesehene Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage führte zur Zurückverweisung der Sache.

Da die Bezeichnung "Teileigentum" jede gewerbliche Nutzung zulässt, sind auch Nutzungen erlaubt, die – wie etwa eine Büronutzung – bauordnungsrechtlich nur in Aufenthaltsräumen vorgenommen werden dürfen, also in Räumen, die zum nicht nur vorübergehenden Aufenthalt von Menschen bestimmt oder geeignet sind. Demzufolge gehört es (vorbehaltlich weiterer vereinbarter Nutzungsbeschränkungen) zu dem **plangerechten Zustand einer Teileigentumseinheit, dass die öffentlich-rechtlichen**

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 23. Juni 2017 – [V ZR 102/16](#) – juris.

Anforderungen an einen Aufenthaltsraum erfüllt sind; dafür erforderliche Maßnahmen am gemeinschaftlichen Eigentum wie die bauordnungsrechtlich vorgeschriebene Herstellung eines zweiten Rettungswegs entsprechen regelmäßig ordnungsmäßiger Verwaltung und **können von einzelnen Wohnungseigentümern gemäß § 21 Abs. 4 WEG beansprucht werden.**⁵⁷

6. Duldung von Wärmedämmungsmaßnahmen und öffentlich-rechtliche Nachbarzustimmung

Im Urteil vom 02. Juni 2017 behandelt der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Bedeutung einer im Baugenehmigungsverfahren erteilten öffentlich-rechtlichen Nachbarzustimmung für spätere bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche zwischen den Grundstücksnachbarn⁵⁸.

Nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln hat der Eigentümer eines Grundstücks die **Überbauung seines Grundstücks für Zwecke der Wärmedämmung** zu dulden, wenn das zu dämmende Gebäude auf dem Nachbargrundstück bereits besteht. Die Eigentümer eines in den Jahren 2004/2005 errichteten Gebäudes beehrten vom Grundstücksnachbarn unter Berufung auf diese Vorschrift die Duldung der Anbringung von Putz und eines Anstrichs mit einer Stärke von maximal 0,5 cm auf das seit August 2005 vorhandene, 7 cm in das Grundstück des Beklagten hineinragende, unverputzte und ungestrichene Dämmmaterial. Im damaligen Baugenehmigungsverfahren hatte der Beklagte seine Zustimmung zur Errichtung des Gebäudes erteilt.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs verneinte den Duldungsanspruch. § 16a Abs. 1 NachbG Bln gilt nicht für eine die Grundstücksgrenze überschreitende Wärmedämmung einer Grenz wand, mit der der benachbarte Grundstückseigentümer erstmals die Anforderungen der bei der Errichtung des Gebäudes bereits geltenden Energieeinsparverord-

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 02. Juni 2017 – [V ZR 196/16](#) – juris.

nung (EnEV) erfüllt.⁵⁹ Nach Sinn und Zweck der Vorschrift handelt es sich bei dem Mehrfamilienhaus der Wohnungseigentümer **nicht um ein bestehendes Gebäude** i.S.d. § 16a Abs. 1 NachbG Bln, da es erst 2004/2005 errichtet wurde. Der Bauträger war damals verpflichtet, um die Anforderungen der EnEV 2001 durch Anbringung einer Außendämmung erfüllen, das Gebäude so zu planen und erstellen, dass sich das Dämmmaterial **in den Grenzen des eigenen Grundstücks** befindet. Das hat er nicht getan, sondern das ungedämmte Mehrfamilienhaus unmittelbar an die Grenze zum Grundstück des Beklagten gebaut. Die Wärmedämmung der Grenz- wand stellt sich somit nicht als nachträgliche Sanierung dar, sondern als erstmalige Erfüllung der Anforderungen der bei Errichtung des Gebäudes geltenden Energieeinsparverordnung. Für diese gilt die Duldungspflicht des Nachbarn nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln nicht.⁶⁰

Ein Duldungsanspruch folgt auch nicht aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis: Das Rechtsinstitut darf insbesondere nicht dazu dienen, die nachbarrechtlichen Regelungen in ihr Gegenteil zu verkehren.⁶¹ Aus der **öffentlich-rechtlichen Nachbarzustimmung im Baugenehmigungsverfahren** lässt sich ebenfalls kein Anspruch herleiten. Sie ist eine dem öffentlichen Recht angehörende, der Baubehörde gegenüber abzugebende Willenserklärung, wonach gegen das Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Einwendungen nicht (mehr) erhoben werden. Sie besitzt grundsätzlich keine zivilrechtliche Wirkung, und durch sie gehen bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche des Nachbarn nicht verloren. Die Baugenehmigung ergeht vielmehr unbeschadet privater Rechte Dritter. Sie hat keine privatrechtsgestaltende Ausschlusswirkung.⁶²

59 a.a.O., juris, Rn. 10.

60 a.a.O., juris, Rn. 13.

61 a.a.O., juris, Rn. 15.

62 a.a.O., juris, Rn. 22.

IV. Entscheidungen zum Unionsrecht (insbesondere unionsrechtliche Grundfreiheiten und EU-Grundrechtecharta)

1. Art. 56 AEUV: Versicherungsschutz für künstliche Befruchtung in Tschechien und Dienstleistungsfreiheit

Im Urteil vom 14. Juni 2017 behandelt der IV. Zivilsenat die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) im Rahmen der privaten Krankenversicherung.⁶³

Die Klägerin hatte sich in Tschechien einer künstlichen Befruchtung mittels **Eizellspende** unterzogen, wie sie **in Tschechien erlaubt, in Deutschland aber gesetzlich verboten** ist. Die private Krankenversicherung versagte hierfür den Versicherungsschutz. In den Musterbedingungen 2009 des Verbandes der privaten Krankenversicherung (MB/KK 2009) hieß es insoweit (§ 1 Abs. 3): „Der Umfang des Versicherungsschutzes ergibt sich aus dem Versicherungsschein, späteren schriftlichen Vereinbarungen, den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (Musterbedingungen mit Anhang, Tarif mit Tarifbedingungen) sowie den gesetzlichen Vorschriften. Das Versicherungsverhältnis unterliegt deutschem Recht.“

Die gegen die Versagung von Versicherungsschutz gerichtete Klage blieb beim Bundesgerichtshof ohne Erfolg. Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer wird § 1 Abs. 3 MB/KK 2009 dahingehend verstehen, dass der Versicherer lediglich **Aufwendungen für solche Heilbehandlungen ersetzt, die nach deutschem Recht in Deutschland erlaubt sind**.⁶⁴ Dass der Umfang des Versicherungsschutzes – auch – durch die gesetzlichen Vorschriften des deutschen Rechts bestimmt wird, entnimmt der durchschnittliche Versicherungsnehmer § 1 Abs. 3 Satz 2 MB/KK 2009, wonach das Versicherungsverhältnis deutschem Recht unterliegt. Darin wird er nicht allein eine Regelung der auf den Versicherungsvertrag an-

⁶³ BGH, Urteil vom 14. Juni 2017 – [IV ZR 141/16](#) – juris.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

wendbaren Rechtsordnung, sondern auch eine nähere Beschreibung der im vorangehenden Satz genannten, den Umfang des Versicherungsschutzes festlegenden gesetzlichen Vorschriften sehen. Dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer erschließt sich dies bereits dadurch, dass die Anordnung der Geltung deutschen Rechts für das Versicherungsverhältnis in einem Absatz mit dem den Umfang des Versicherungsschutzes konkretisierenden Verweis auf die gesetzlichen Vorschriften zusammengefasst ist.⁶⁵

In dieser Auslegung liegt **keine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 AEUV**. Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Vorschrift grundsätzlich eröffnet. Eine Dienstleistung unterfällt der Dienstleistungsfreiheit, wenn sich der in einem Mitgliedstaat ansässige Leistungsempfänger in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um vom dort ansässigen Leistenden eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.⁶⁶ Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind dann mit Art. 56 Abs. 1 AEUV vereinbar, wenn die zugrunde liegende Regelung in nicht diskriminierender Weise angewandt wird, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.⁶⁷

Das sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ergebende Verbot der künstlichen Befruchtung mittels Eizellspende besteht in Deutschland unterschiedslos für In- und Ausländer; es wird in **nicht diskriminierender Weise** angewandt. Das Verbot ist durch **zwingende Gründe des Allgemeinwohls** gerechtfertigt.⁶⁸ Das Verbot künstlicher Befruchtung mittels gespendeter Eizelle vermeidet die aufgrund der gespaltenen Mutterschaft befürchtete Erschwernis der Identitätsfindung und die damit verbundene Beeinträchtigung der seelischen Entwicklung der betroffenen Kinder. Dies allein

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 28 m.w.N.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

sichert den **Schutz der Menschenwürde** in dem Umfang, in dem er in Deutschland grundgesetzlich sichergestellt werden soll. Das Verbot geht **nicht über das hinaus, was** – auch mit Blick auf den Rang der zu schützenden Rechtsgüter zum Erreichen des vom nationalen Gesetzgeber verfolgten Zieles **erforderlich ist**.⁶⁹ Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund einer Bestimmung des nationalen Rechts kann auch dann mit Blick auf den Schutz der Menschenwürde gerechtfertigt sein, wenn nicht in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten im konkreten Fall eine Verletzung der Menschenwürde angenommen wird.⁷⁰

b) EU-Grundrechtecharta: Vorlagen an den EuGH zur Auslegung der Urheberrechtsrichtlinie

Mit zwei am selben Tag ergangenen Entscheidungen ⁷¹ hat der I. Zivilsenat Fragen der Auslegung der InfoSoc-Richtlinie⁷² dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt.

aa)

Im ersten Fall ⁷³ („Afghanistan-Papiere“) hatte die Bundesrepublik Deutschland den Betreiber des Online-Portals der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung wegen einer Urheberrechtsverletzung verklagt. Die Beklagte hatte **militärische Lageberichte über Auslandseinsätze der Bundeswehr im Internet veröffentlicht**, welche nach § 6 Abs. 1 des Parlamentsbeteiligungsgesetzes für das Parlament bestimmt waren und nach § 4 Abs. 2 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes mit der niedrigsten Geheimhaltungsstufe „VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH“ versehen waren. Ein Antrag der Beklagten auf Zugang war vom Verteidigungsministerium unter Berufung auf § 3 Nr. 1 Buchst. b) IFG und mit Hinweis auf die

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁷¹ BGH, Beschlüsse vom 01. Juni 2017 – [I ZR 139/15](#) – „Afghanistan Papiere“ sowie vom 01. Juni 2017 – [I ZR 115/16](#) – „Metall auf Metall III“.

⁷² Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

⁷³ BGH, Beschluss vom 01. Juni 2017 – [I ZR 139/15](#) – juris.

Existenz von für die Öffentlichkeit bestimmten Dokumenten abgelehnt worden.

Seite 25 von 31

Der I. Zivilsenat geht zunächst davon aus, dass die Papiere **urheberrechtlich geschützt sein können**.⁷⁴ Im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Eingriff in das Urheberrecht an den Papieren gerechtfertigt ist, stellten sich dem Senat Fragen zur Auslegung von Art. 2 Buchst. a), Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 und 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG, die nicht zweifelsfrei zu beantworten sind.⁷⁵

Der Senat wirft als erste Frage auf, ob die hier in Rede stehenden Vorschriften des Unionsrechts zum Vervielfältigungsrecht (Art. 2 Buchst. a) der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG) und zum Recht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung (Art. 3 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG) des Urhebers und zu den Ausnahmen oder Beschränkungen dieser Rechte (Art. 5 Abs. 2 und 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG) Umsetzungsspielräume im nationalen Recht lassen (Vorlagefrage 1).⁷⁶ Sodann stellt sich die Frage, in welcher Weise bei der Bestimmung der Reichweite der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen Ausnahmen oder Beschränkungen des ausschließlichen Rechts des Urhebers zur Vervielfältigung und zur öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta zu berücksichtigen sind (Vorlagefrage 2). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Grundrechte der Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EU-Grundrechtecharta) oder der Pressefreiheit (Art. 11 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta) Ausnahmen oder Beschränkungen des ausschließlichen Rechts des Urhebers zur Vervielfältigung und zur öffentlichen Wiedergabe einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes außerhalb der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG vorgesehe-

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 33.

nen Ausnahmen oder Beschränkungen rechtfertigen können (Vorlagefrage 3).

Seite 26 von 31

Nach Auffassung des I. Zivilsenats müssen das der Klägerin von den Urhebern eingeräumte ausschließliche Recht der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung der Papiere und das Interesse der Klägerin an einer Geheimhaltung der für die Sicherheit der Bundeswehr bedeutsamen Informationen auf der einen Seite und die durch Art. 11 Abs. 1 und 2 EU-Grundrechtecharta gewährleisteten Grundrechte der Informations- und der Medienfreiheit auf der anderen Seite gegeneinander abgewogen und in ein angemessenes Gleichgewicht gebracht werden.⁷⁷ Der Senat betont die besondere Bedeutung der Informations- und Pressefreiheit,⁷⁸ sieht den Ausgang des Verfahrens aber ausdrücklich als offen an.⁷⁹

bb)

Der zweite Fall⁸⁰ („Metall auf Metall III“), in dem sowohl die Auslegung der InfoSoc-Rechtsrichtlinie als auch die Auslegung der weiteren Richtlinie 2006/115/EG⁸¹ im Mittelpunkt steht, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung schon mehrfach beschäftigt.⁸² Hauptgegenstand ist die Frage, ob es zulässig ist, wenn vom Tonträger eines Tonträgerherstellers kleinste Tonfetzen entnommen und auf einen anderen Tonträger übertragen werden. Der I. Zivilsenat will vom Europäischen Gerichtshof wissen, ob ein Eingriff in das ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers zur Vervielfältigung seines Tonträgers aus Art. 2 Buchst. c) der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG vorliegt, wenn seinem Tonträger kleinste Tonfetzen – hier etwa zwei Sekunden einer Rhythmussequenz – entnommen und auf einen anderen Tonträger übertragen werden (Vorlagefrage 1). Ferner fragt

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 47.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 01. Juni 2017 – [I ZR 115/16](#) – juris.

⁸¹ Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums.

⁸² BGH, Urteile vom 20. November 2008 – [I ZR 112/06](#) – Metall auf Metall I – juris; vom 13. Dezember 2012 – [I ZR 182/11](#) – Metall auf Metall II – juris; BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13.

der Senat danach, ob es sich bei einem Tonträger, der von einem anderen Tonträger übertragene kleinste Tonfetzen enthält, i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie 2006/115/EG um eine **Kopie des anderen Tonträgers** handelt (Vorlagefrage 2).⁸³ Der I. Zivilsenat vertritt den Standpunkt, dass die Fragen zu bejahen sind. Die Beklagten haben den von den Klägern hergestellten Tonträger vervielfältigt, indem sie diesem im Wege des Sampling zwei Takte einer Rhythmussequenz des Titels „Metall auf Metall“ der Gruppe „Kraftwerk“ entnommen und diese dem Stück „Nur mir“ unterlegt haben.⁸⁴

Unter diesen Voraussetzungen stellt sich die Frage, **ob sich die Beklagten auf ein Recht zur freien Benutzung berufen können** (§ 24 Abs. 1 UrhG). Der Bundesgerichtshof fragt daher den Europäischen Gerichtshof, ob die Mitgliedstaaten eine Bestimmung vorsehen können, die – wie die Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG – klarstellt, dass der Schutzbereich des ausschließlichen Rechts des Tonträgerherstellers zur Vervielfältigung (Art. 2 Buchst. c) der Richtlinie 2001/29/EG) und Verbreitung (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie 2006/115/EG) seines Tonträgers in der Weise immanent beschränkt ist, dass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung seines Tonträgers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf (Vorlagefrage 3).⁸⁵ Soweit die Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG, die der Bundesgerichtshof als entsprechend anwendbar ansieht, unionsrechtlich unbedenklich ist, könnte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zugunsten der Beklagten das **Zitatrecht** (§ 51 Satz 1 und 2 Nr. 3 UrhG) eingreifen.⁸⁶ Insoweit fragt der Bundesgerichtshof, ob ein Werk oder ein sonstiger Schutzgegenstand i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d) der Richtlinie 2001/29/EG – und damit i.S.v. § 51 UrhG – für Zitatzwecke genutzt wird, **wenn nicht erkennbar ist, dass ein fremdes Werk** oder ein fremder sonstiger Schutzgegenstand **genutzt wird** (Vorla-

⁸³ BGH, Beschluss vom 01. Juni 2017 – [I ZR 115/16](#) – juris, Rn. 13.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

gefrage 4). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist dies zu verneinen.⁸⁷

Seite 28 von 31

Als weiteres mögliches Recht zur freien Benutzung sieht der I. Zivilsenat die **Kunstfreiheit der Beklagten an (Art. 13 Satz 1 EU-Grundrechtecharta)**.⁸⁸ Er stellt daher zunächst die Frage, ob die in Rede stehenden Vorschriften des Unionsrechts zum Vervielfältigungsrecht und Verbreitungsrecht des Tonträgerherstellers (Art. 2 Buchst. c) der Richtlinie 2001/29/EG und Art. 9 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/115/EG) und zu den Ausnahmen oder Beschränkungen dieser Rechte (Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG und Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 2006/115/EG) Umsetzungsspielräume im nationalen Recht lassen (Vorlagefrage 5).⁸⁹ Fehlt ein Umsetzungsspielraum, sind die nationalen Rechtsvorschriften direkt an den EU-Grundrechten zu messen. In diesem Fall stellt sich die Frage, in welcher Weise bei der Bestimmung des Schutzzumfangs des ausschließlichen Rechts des Tonträgerherstellers zur Vervielfältigung und Verbreitung seines Tonträgers und der Reichweite der Ausnahmen oder Beschränkungen dieser Rechte die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta zu berücksichtigen sind (Vorlagefrage 6).⁹⁰ Hinsichtlich der dann gebotenen Abwägung ist der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass es auch bei einer kunstspezifischen Betrachtung nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen ist, dass Musikproduzenten sich bei ihrem künstlerischen Schaffen die Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren Einwilligung und damit ohne Vergütung zu eigen machen können.⁹¹

87 a.a.O., juris, Rn. 32.

88 a.a.O., juris, Rn. 9.

89 a.a.O., juris, Rn. 42.

90 a.a.O., juris, Rn. 46.

91 a.a.O., juris, Rn. 52.

3. EU-Grundrechtecharta: Urheberrechtsverletzung durch volljährige Kinder über den Internetanschluss der Eltern

Die Ausstrahlung der EU-Grundrechtecharta auf die Auslegung deutschen Rechts betrifft auch das Urteil des I. Zivilsenats vom 30. März 2017; der Senat hatte in dieser Entscheidung über die Zurechnung von Urheberrechtsverstößen an die Eltern volljähriger Kinder zu entscheiden.⁹²

Die Klägerin, eine Tonträgerherstellerin, verlangte Schadensersatz und Erstattung der Abmahnkosten, weil vom Internetanschluss der Beklagten – Eltern dreier volljähriger Kinder – mit einer Filesharing-Software ein Album der Sängerin Rihanna heruntergeladen worden war. Die Beklagten teilten mit, sie wüssten, von welchem Kind die Verletzungshandlung vorgenommen worden sei, seien jedoch nicht bereit, dies mitzuteilen.

Der I. Zivilsenat bejahte einen Schadensersatzanspruch gegen die beklagten Eltern gemäß § 97 Abs. 2 Satz 1 UrhG.⁹³ Die Annahme der täterschaftlichen Haftung des Anschlussinhabers kommt erst in Betracht, wenn der Anschlussinhaber der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast hinsichtlich der Nutzung des Anschlusses durch Dritte nicht genügt.⁹⁴ Die Beklagten waren nach Auffassung des Bundesgerichtshofs gehalten, im Rahmen der sekundären Darlegungslast das Kind zu benennen, welches ihnen gegenüber die Rechtsverletzung zugegeben hatte. Die Abwägung der im Streitfall auf Seiten der Klägerin betroffenen **Grundrechte des Eigentumsschutzes (Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta und Art. 14 Abs. 1 GG) und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 EU-Grundrechtecharta)** mit dem zugunsten der Beklagten wirkenden **Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 7 EU-Grundrechtecharta und Art. 6 Abs. 1 GG)** führt zu einem Vorrang des Informationsinteresses der Klägerin.⁹⁵

⁹² BGH, Urteil vom 30. März 2017 – [I ZR 19/16](#) – juris.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 25.

Die Eltern unterliegen jedoch keinem Zwang zur Auskunft. Sie haben vielmehr die Wahl, ob sie die Auskunft erteilen oder ob sie davon absehen, das Kind anzugeben, das die Rechtsverletzung begangen hat, und insoweit auf eine Rechtsverteidigung zu verzichten. Dass sie infolge eines solchen Verteidigungsverzichts selbst für die Rechtsverletzung haften, weil ohne Erfüllung der sekundären Darlegungslast die tatsächliche Vermutung ihrer Haftung als Anschlussinhaber eingreift, erlangt im Rahmen der Grundrechtsabwägung kein entscheidendes Gewicht.

Hierbei handelt es sich **um einen aus der gesetzlichen Wertung des § 138 Abs. 3 ZPO folgenden Nachteil**, der jede prozessual ungenügend vortragende Partei trifft.⁹⁶ Das Recht, im Zivilprozess wegen der familiären Beziehung zu einer Partei Angaben zu verweigern, steht gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 und § 384 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO allein dem Zeugen, nicht aber einer Prozesspartei zu. Die Partei eines Zivilprozesses unterliegt der Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO, die allenfalls insofern Einschränkungen erfährt, als die Partei sich selbst oder einen Angehörigen einer Straftat oder Unehrenhaftigkeit bezichtigen müsste. Hat die Partei in dieser Konstellation die Möglichkeit, von (wahrheitsgemäßen) Angaben abzusehen, so hat sie die mit dem Verzicht auf den entsprechenden Vortrag verbundenen prozessualen Folgen – etwa das Risiko einer für sie ungünstigen Tatsachenwürdigung – in Kauf zu nehmen. So verhält es sich im Falle der Nichterfüllung der sekundären Darlegungslast; die betroffene

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 26.

Partei hat die nachteiligen Folgen ihres unzureichenden Vortrags zu tragen, weil ihr einfaches Bestreiten unwirksam ist und die Geständniswirkung des § 138 Abs. 3 ZPO eintritt.⁹⁷

Seite 31 von 31

Karlsruhe, den 22. November 2017

Dr. Peter Rädler

Dr. Jan-Dirk Rausch

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.