

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum öffentlichen Recht und Unionsrecht im 2. Halbjahr 2021

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

In der nachstehenden Übersicht¹ sind die im 2. Halbjahr 2021 ergangenen Entscheidungen der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs im Bereich öffentlich-rechtlicher Ersatzleistungen (insbesondere Amtshaftung und öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche) aufgeführt (dazu I. und II.). Zudem enthält die Übersicht Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit sonstigen Bezügen zum öffentlichen Recht (wie etwa zum Verwaltungsverfahren sowie zu verschiedenen Grundrechten, dazu III.).

Weiterhin sind Entscheidungen zum primären Unionsrecht und zur Europäischen Menschenrechtskonvention aufgenommen (dazu IV).²

I. Amtshaftung

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

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

1. Keine Amtshaftung der Gemeinde bei Genehmigungsverzögerung durch zunächst verweigertes Einvernehmen nach § 36 BauGB

Im Urteil vom 21. Oktober 2021³ führt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung⁴ zum Amtshaftungsanspruch gegen eine Gemeinde wegen ihres verweigerten und später behördlich ersetzten **Einvernehmens** nach § 36 BauGB fort.

Das **Einvernehmen** nach § 36 Abs. 1 BauGB dient der Wahrung der Planungshoheit der Gemeinde und damit öffentlichen Zwecken. Es stellt sich im Genehmigungsverfahren nicht als Verwaltungsakt, sondern nur als **verwaltungsinterne Mitwirkung** dar. Deshalb entfaltet nicht schon die Erteilung oder Versagung des Einvernehmens, sondern erst die das Genehmigungsverfahren abschließende Entscheidung rechtliche Außenwirkung gegenüber dem Bauwilligen. Allerdings war die Genehmigungsbehörde vor Inkrafttreten des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB – sofern nicht die Kommunalaufsicht einschritt – an die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens gebunden und dadurch gehindert, die beantragte Genehmigung zu erteilen.⁵ Mit der Einführung der Ersetzungsbefugnis nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB ist der maßgebliche Grund für die Annahme einer haftungsbegründenden drittgerichteten Amtspflicht der Gemeinde – die (negative) Bindungswirkung der Versagung des verwaltungsinternen Einvernehmens und damit deren ausschlaggebende Bedeutung im Genehmigungsverfahren – entfallen.⁶

Die **Ersetzungsbefugnis** in § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB **bewirkt** auch dann **die Entlastung der Gemeinde von der Verantwortung und Haftung** für die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens, wenn – wie in Schleswig-Holstein (§ 1 Abs. 2 NBehZustÜV) – nicht die Genehmigungsbehörden selbst, sondern die Kommunalaufsichtsbehörden als zuständige

³ Urteil vom 21. Oktober 2021 – [III ZR 166/20](#) – juris.

⁴ BGH, Urteil vom 16. September 2010 – [III ZR 29/10](#) – juris.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19.

Ersetzungsbehörden im Sinne des § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB bestimmt sind.⁷ Auch in Schleswig-Holstein kann und muss die Genehmigungsbehörde selbst prüfen, ob ein Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig und dementsprechend die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens rechtswidrig gewesen ist, und gegebenenfalls dessen Ersetzung durch die nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB in Verbindung mit § 1 Abs. 2 NBehZustÜV zuständige Kommunalaufsichtsbehörde veranlassen.⁸

Damit entstehen **keine nicht hinnehmbaren Haftungslücken**.⁹ Die Frage der Haftung der Gemeinde für Verzögerungsschäden wegen eines unterlassenen beziehungsweise verspätet erteilten erforderlichen Einvernehmens ist im Hinblick auf die gesetzliche Regelung des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB bedeutungslos. Denn danach gilt das Einvernehmen als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird. Diese **Einvernehmensfiktion** soll es der Gemeinde unmöglich machen, das Genehmigungsverfahren durch Untätigkeit zu verschleppen. Da das fingierte Einvernehmen, das weder "widerrufen" noch "zurückgenommen" werden kann, in seinen Rechtsfolgen dem ausdrücklich erklärten Einvernehmen gleichsteht, liegt mit dem Eintritt der Fiktion das Einvernehmen als verfahrensrechtliche Voraussetzung der Genehmigungserteilung vor und ist eine nach Ablauf der nicht verlängerbaren Zwei-Monats-Frist ausgesprochene Versagung wirkungslos.¹⁰

2. Verjährung von Amtshaftungsansprüchen in Brandenburg

Im Urteil vom 24. Juni 2021¹¹ befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Anwendung der Verjährungsvorschriften des BGB auf den verschuldens-

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹¹ Urteil vom 24. Juni 2021 – [III ZR 151/20](#) – juris.

unabhängigen Amtshaftungsanspruch gem. § 1 des brandenburgischen Staatshaftungsgesetzes (StHG Bbg).

Seite 4 von 29

Gemäß **§ 4 Abs. 1 StHG Bbg** verjährt der Schadensersatzanspruch nach § 1 Abs. 1 StHG Bbg innerhalb eines Jahres. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis davon erhalten hat, dass der Schaden von einem Mitarbeiter oder Beauftragten eines staatlichen Organs oder einer staatlichen Einrichtung verursacht wurde.¹² Die Berechnung der - taggenauen - Frist richtet sich nach **§ 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 BGB**.¹³ Für den Lauf, die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung gemäß § 4 Abs. 3 Satz 2 StHG Bbg gelten **die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts**. Hierbei handelt es sich um eine sogenannte dynamische Verweisung, also eine solche auf die jeweils geltende Fassung des Gesetzes.¹⁴

Nach § 4 Abs. 3 Satz 1 StHG Bbg wird die **Frist** durch die Stellung des Antrages auf Schadensersatz **unterbrochen**. Der Landesgesetzgeber hat es unterlassen, § 4 Abs. 3 Satz 1 StHG Bbg dem neuen Verjährungsrecht anzupassen.¹⁵ Die Vorschrift, deren Regelungsgehalt sich in der angeordneten Unterbrechungswirkung erschöpft, normiert nicht, **welche Folgen die Unterbrechung hat**, wie lange sie andauert und was für ihre Beendigung gilt. Dies bestimmt sich über die – **dynamische – Verweisung** in § 4 Abs. 3 Satz 2 StHG Bbg vielmehr nach den **allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts**, mithin des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wobei dies ausdrücklich nicht nur für den Lauf und die Hemmung der Verjährung, sondern auch für die Unterbrechung gilt. Damit richten sich alle Rechtswirkungen der in § 4 Abs. 3 Satz 1 StHG Bbg gerade nicht abschließend geregelten Verjährungsunterbrechung sowie die mit ihrer Beendigung verbundenen Folgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner jeweils maßgeblichen Fassung.¹⁶

¹² a.a.O. – juris, Rn. 10.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 11.

¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 14.

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 17.

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19.

II. Öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche

Zu öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen sind im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden.

III. Weitere Entscheidungen zum öffentlichen Recht

1. Verfassungsmäßigkeit von § 23a Nachbarrechtsgesetz Nordrhein-Westfalen

Im Urteil vom 12. November 2021¹⁷ bejaht der Bundesgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit von § 23a Nachbarrechtsgesetz Nordrhein-Westfalen (NachbarG NW), der die Duldungspflicht von Grundstückseigentümern hinsichtlich der Überbauung durch Wärmedämmungsmaßnahmen regelt.

Das **private Nachbarrecht** als Teil des bürgerlichen Rechts unterfällt gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der **konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz** des Bundes. Für eine Gesetzgebung der Länder ist daher gemäß Art. 72 Abs. 1 GG nur Raum, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.¹⁸

In § 912 BGB hat der Bundesgesetzgeber geregelt, unter welchen Voraussetzungen ein Überbau auf das Nachbargrundstück im Zusammenhang mit der Errichtung eines Gebäudes geduldet werden muss. Zugleich hat er in Art. 1 Abs. 2 EGBGB vorgesehen, dass die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben und **neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können**, soweit in dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmt ist, **dass landesgesetzliche Vorschriften**

¹⁷ Urteil vom 12. November 2021 – [V ZR 115/20](#) – juris.

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 12.

unberührt bleiben. Einen Regelungsvorbehalt dieser Art enthält **Art. 124 EGBGB**.¹⁹

Seite 6 von 29

Regelungen, die – wie **§ 23a NachbarG NW** – den Grundstückseigentümer zur Duldung einer nachträglichen grenzüberschreitenden Wärmedämmung des Nachbargebäudes verpflichten, sind **aufgrund** des Vorbehalts in **Art. 124 EGBGB von der Gesetzgebungskompetenz der Länder umfasst**.²⁰

Nach Art. 124 Satz 1 EGBGB bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch **„anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen“** unterwerfen.

Ob eine landesgesetzliche Vorschrift das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn im Sinne von Art. 124 EGBGB „anderen“ als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwirft, so dass die Gesetzgebungskompetenz des Landes besteht, lässt sich im Ausgangspunkt nur auf der Grundlage einer **vergleichenden Gesamtwürdigung der bundes- und landesrechtlichen Regelungen** bestimmen. Das Landesrecht darf Beschränkungen vorsehen, die dieselbe Rechtsfolge wie eine vergleichbare nachbarrechtliche Regelung des Bundes anordnen, aber an einen anderen Tatbestand anknüpfen und einem anderen Regelungszweck dienen; allerdings muss dabei die **Grundkonzeption des Bundesgesetzes gewahrt** bleiben.

Zwar ergibt sich aus § 912 BGB, dass ein vorsätzlicher Überbau im Allgemeinen nicht geduldet werden muss. Aber obwohl die **landesrechtlichen Regeln** einen vorsätzlichen Überbau erlauben, beziehen sie sich tatbestandlich auf **eine spezifische bauliche Situation**, die sich von der in

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 13.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

§ 912 BGB geregelten Errichtung des Gebäudes unterscheidet. Die landesrechtlichen Duldungspflichten setzen nämlich voraus, dass die Dämmung eines an der Grenze errichteten Gebäudes erst im Nachhinein erforderlich wird, und zwar durch neue öffentlich-rechtliche Zielvorgaben oder jedenfalls durch die Veränderung allgemein üblicher Standards infolge der bautechnischen Fortentwicklung. Landesrechtliche Normen dieser Art ändern gerade nichts daran, dass Neubauten – der Grundkonzeption des § 912 BGB entsprechend – so zu planen sind, dass sich die Wärmedämmung in den Grenzen des eigenen Grundstücks befindet.²¹

Dementsprechend **unterscheiden sich die jeweiligen Regelungszwecke**. Das Überbaurecht des **§ 912 BGB soll die Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindern**, und zwar nicht nur im Individualinteresse des Überbauenden, sondern auch im volkswirtschaftlichen Interesse. **Dagegen setzen die Regelungen zur nachträglichen Wärmedämmung früher an** und sollen dem Grundstückseigentümer von vornherein einen bewussten und geplanten Überbau zu dem spezifischen Zweck der nachträglichen energetischen Gebäudesanierung ermöglichen, wenn die Grenzbebauung die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks erforderlich macht. Damit werden ebenfalls **öffentliche Interessen** verfolgt, aber **andere als im Rahmen des § 912 BGB**.²²

Auch in **materieller Hinsicht** bestehen **keine verfassungsrechtlichen Bedenken** gegen § 23a NachbarG NW. Der Landesgesetzgeber hat den ihm bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zustehenden Gestaltungsspielraum eingehalten, indem er differenzierte Vorgaben zu Inhalt und Grenzen der Duldungspflicht vorgesehen hat. Die Verhältnismäßigkeit wird gewahrt, indem die Überbauung die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beein-

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

²² a.a.O. – juris, Rn. 27.

trächtigen darf und ein finanzieller Ausgleich nach Maßgabe von § 23a Abs. 5 NachbarG NW erfolgen muss.²³

2. Öffentlich-rechtliche Baulast als nicht hinreichende Voraussetzung für die Einräumung eines Notwegrechts

Die Fragestellung, ob eine öffentlich-rechtliche Baulast zur Einräumung eines Notwegrechts berechtigen kann, ist Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichtshofs vom 19. November 2021.²⁴

Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg, so kann der Eigentümer nach **§ 917 Abs. 1 Satz 1 BGB** von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Behebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden.²⁵ **Welche Art der Benutzung** eines Grundstücks i.S.v. § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB **ordnungsmäßig ist, bestimmt sich** nicht nach den persönlichen Bedürfnissen des Eigentümers des verbindungslosen Grundstücks, sondern **danach, was nach objektiven Gesichtspunkten** diesem Grundstück **angemessen ist** und den wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht. Zu berücksichtigen sind dabei die Benutzungsart und Größe des Grundstücks, seine Umgebung und die sonstigen **Umstände des Einzelfalls**.²⁶

Eine in diesem Sinn ordnungsmäßige Benutzung bei einem Wohngrundstück setzt in der Regel (nur) die **Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen** voraus. Von der Erreichbarkeit des Grundstücks zu unterscheiden ist das Interesse eines Eigentümers, auf sein Grundstück zu fahren und den Personenkraftwagen dort abzustellen. Grenzt das Grundstück, für das ein Notweg beansprucht wird, **an eine öffentliche Straße**, so kann es mit

²³ a.a.O. – juris, Rn. 29.

²⁴ Urteil vom 19. November 2021 – [V ZR 262/20](#) – juris.

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 6.

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 8.

Personenkraftwagen angefahren werden. Damit ist seine ordnungsmäßige Benutzung zu Wohnzwecken selbst dann gewährleistet, wenn keine Personenkraftwagen auf dem Grundstück abgestellt werden können. **Eine Zufahrt über das Nachbargrundstück, um das Fahrzeug auf dem eigenen Wohngrundstück abstellen zu können, ist dem Eigentümer nach § 917 Abs. 1 BGB nicht zuzubilligen**, selbst wenn er ein hochwertiges Fahrzeug besitzt.²⁷

Bei einem **Wohngrundstück** gehört das **Abstellen von Kraftfahrzeugen nicht zu einer ordnungsmäßigen Nutzung** im Sinne des § 917 BGB.

Folglich kommt bei einem solchen Grundstück ein Notweg nicht in Betracht, um eine Zufahrt zu einer Garage zu schaffen, die über die bestehende Verbindung zu einem öffentlichen Weg nicht erreichbar ist. Anderes kann gelten, wenn das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt, namentlich eine solche, bei der Waren eingelagert werden (müssen).²⁸

Der Verneinung des Notwegrechts steht die auf dem Grundstück lastende **Baulast** zur Gewährung des Zu- und Abgangsverkehrs zu den Garagen nicht entgegen. **Die** im Sinne von § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB **ordnungsmäßige Benutzung** eines zu Wohnzwecken genutzten Grundstücks, welches eine Verbindung mit einem öffentlichen Weg aufweist, **erfordert es** im Allgemeinen auch dann **nicht, dass auf einem verbindungslosen Grundstücksteil mit baurechtlicher Genehmigung errichtete Garagen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen genutzt werden können**, wenn deren Zufahrt mittels Baulast gesichert ist. Die Baulast als öffentlich-rechtliche Baubeschränkung gewährt privatrechtlich weder dem dadurch Begünstigten einen Nutzungsanspruch noch verpflichtet sie den Eigentümer, die Nutzung zu dulden.²⁹

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 9.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 13.

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 15.

3. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch namentliche Nennung bei Presseberichterstattung über das Sexualleben

Im Urteil vom 14. Dezember 2021³⁰ billigt der Bundesgerichtshof dem Lebensgefährten einer Moderatorin einen Unterlassungsanspruch gegen „bild.de“ zu. Das Portal hatte unter der Nennung seines vollen Namens über sein Sexualleben berichtet.

Die namentliche Erwähnung des Betroffenen in der Berichterstattung **greift in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht ein**. Betroffen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht allerdings **nicht** in seiner Ausprägung als **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist primär als Gewährleistung zu verstehen, die neben der ungewollten **Preisgabe von Daten** im Rahmen privater Rechtsbeziehungen insbesondere vor deren **intransparenter Verarbeitung** und Nutzung durch Private schützt.

Davon zu unterscheiden ist der Schutz vor der Verarbeitung personenbezogener Berichte und Informationen als Ergebnis eines Kommunikationsprozesses. Der Schutzbedarf gründet hier nicht in der intransparenten Zuweisung von Persönlichkeitsmerkmalen und -profilen durch Dritte, sondern in der **sichtbaren Verbreitung bestimmter Informationen** im öffentlichen Raum. Gefährdungen für die Persönlichkeitsentfaltung ergeben sich hier vornehmlich aus Form und Inhalt der Veröffentlichung selbst. Schutz gegen solche Gefährdungen bieten die äußerungsrechtlichen Ausprägungen des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts unabhängig vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung**.³¹ Wegen der jedenfalls bestehenden Nähe zur Intimsphäre ist durch die Berichterstattung zumindest der **innere Bereich der Privatsphäre betroffen**.³²

³⁰ Urteil vom 14. Dezember 2021 – [VI ZR 403/19](#) – juris.

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 12.

³² a.a.O. – juris, Rn. 13.

Das durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß **Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK** gewährleistete Recht auf Achtung der Privatsphäre gesteht jedermann **einen autonomen Bereich der eigenen Lebensgestaltung** zu, in dem er seine Individualität unter Ausschluss anderer entwickeln und wahrnehmen kann. Dazu gehört auch das Recht, für sich zu sein, sich selbst zu gehören und den Einblick durch andere auszuschließen. Der **Schutz der Privatsphäre** ist sowohl thematisch als auch räumlich bestimmt. Er **umfasst insbesondere Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsgehalts typischerweise als "privat" eingestuft werden**, etwa weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst. Dies ist bei **identifizierenden Informationen** über die Häufigkeit **sexueller Kontakte in einer Partnerschaft** ohne Weiteres der Fall. Die Berichterstattung hierüber unter Nennung des vollen Namens greift damit in die Privatsphäre ein.³³

Im Einzelfall sind das durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete Interesse des Betroffenen am Schutz seines **Persönlichkeitsrechts mit dem in Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK verankerten Recht des Pressorgans auf Meinungsfreiheit abzuwägen**.³⁴

Die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Abwägung führte in dieser Sache zu einem **Überwiegen der berechtigten Interessen des Betroffenen**. Anders als bei seiner Lebensgefährtin (Moderatorin) handelt es sich beim Betroffenen, der sich zu seinem Sexualleben nicht öffentlich geäußert hat, **nicht um eine Person des öffentlichen Lebens**; vielmehr ist er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts **in der breiten Öffentlichkeit weitgehend unbekannt**. Leitbild- und Kontrastfunktion, die eine prominente Person der Öffentlichkeit und insbesondere ihren Anhängern gegenüber

³³ a.a.O. – juris, Rn. 14.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 19.

erfüllen kann, kommen ihm nicht zu. Ein **öffentliches Interesse** gerade auch daran, **den Betroffenen** im Rahmen der Berichterstattung über die Auswirkungen der familiären und beruflichen Belastungen auf das Beziehungs- und insbesondere Sexualleben seiner Partnerin namentlich zu benennen, ihn damit **aus seiner Anonymität herauszureißen** und so die breite Öffentlichkeit auch über einen Teil seines Sexuallebens zu unterrichten, **ist nicht zu erkennen**.

Vielmehr steht insoweit die **bloße Befriedigung der Neugier der Leser** daran, wer denn nun der von der im Bericht so bezeichneten "Sex-Flaute" betroffene Partner der prominenten Moderatorin ist, im Vordergrund, **nicht hingegen die ernsthafte und sachbezogene Erörterung** der Frage, wie sich familiäre und berufliche Belastungen auf das Beziehungs- und insbesondere das Sexualleben auswirken.³⁵

4. Unterlassung und Entschädigung wegen Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts („Kohl-Protokolle I“)

Im Urteil vom 29. November 2021³⁶ äußert sich der Bundesgerichtshof zur Reichweite des postmortalen Persönlichkeitsrechts, insbesondere bei Buchveröffentlichungen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs kann Träger des aus **Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG** herzuleitenden **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** nur eine lebende Person sein. Es **erlischt** deshalb **mit dem Tod**; sein Schutz wirkt nicht darüber hinaus. Kein Ende mit dem Tod findet hingegen die der staatlichen Gewalt in Art. 1 Abs. 1 GG auferlegte Verpflichtung, alle Menschen vor Angriffen auf die Menschenwürde zu schützen.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 20.

³⁶ Urteil vom 29. November 2021 – [VI ZR 248/18](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Der daraus resultierende Schutz des **postmortalen Persönlichkeitsrechts** ist aber **nicht identisch** mit den Schutzwirkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern **bleibt dahinter zurück**. Geschützt ist bei Verstorbenen zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht. **Der Verstorbene** wird danach insbesondere **davor bewahrt, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden**. Zum anderen genießt aber auch der **sittliche, personale und soziale Geltungswert**, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat, Schutz, weshalb insbesondere **das fortwirkende Lebensbild** des Verstorbenen geschützt ist. Danach dürfen der durch die Lebensstellung erworbene Geltungsanspruch und das entsprechende Lebensbild des Verstorbenen **nicht grob entstellt werden**.³⁷

Steht fest, dass eine Maßnahme in den Schutzbereich des postmortalen Persönlichkeitsrechts eingreift, **ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit geklärt**. Der Schutz kann **nicht etwa im Zuge einer Güterabwägung** relativiert werden.³⁸

Eine das postmortale Persönlichkeitsrecht verletzende Entstellung des Lebensbildes des Verstorbenen kann durch **Behauptung unwahrer Tatsachen** über den Verstorbenen geschehen³⁹ oder wenn dem Verstorbenen **Aussagen untergeschoben** werden, die er nicht oder zumindest nicht so, wie dargestellt, getätigt hat.⁴⁰ Da der postmortale Persönlichkeitsschutz nicht weitergehen kann als der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Lebenden, reicht nicht jegliche Wortlautabweichung für die Einordnung eines Zitats als **Fehlzitat** aus. Von einem Fehlzitat kann nur dann ausgegangen werden, wenn der Gehalt einer Aussage in der wiedergegebenen Form **vom Gehalt der tatsächlich getätigten Aussage abweicht**, sei es auch nur in Färbung oder Tendenz.⁴¹

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 20.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 21.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

Das **postmortale Persönlichkeitsrecht schützt** den Verstorbenen grundsätzlich **nicht davor, mit Aussagen zitiert zu werden**, die er zu Lebzeiten **im vertraulichen Gespräch** mit der ausdrücklichen Erklärung, sie nicht veröffentlichen zu wollen, **getätigt hat**.⁴² Einen Schutz des Verstorbenen vor einer Wiedergabe wörtlicher Zitate unter dem Gesichtspunkt einer sogenannten "bildnisgleichen Verdinglichung der Person" gibt das postmortale Persönlichkeitsrecht nicht her.⁴³

Ansprüche zur Abwehr von Verletzungen des postmortalen Persönlichkeitsrechts können **von den** vom Verstorbenen zu Lebzeiten hierzu **berufenen Personen**, im Übrigen **von** seinen **nahen Angehörigen, verfolgt werden**.⁴⁴

5. Zur Vererblichkeit des Entschädigungsanspruchs wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts („Kohl-Protokolle II“)

Im Zusammenhang mit der vorgenannten Entscheidung nimmt der VI. Zivilsenat in einem weiteren Urteil ⁴⁵ nochmals zur Vererblichkeit eines Anspruchs auf Zahlung einer **Geldentschädigung aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG** in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Stellung.

Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Grundsatz **nicht vererblich**. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch im Zeitpunkt des Todes des Verletzten und ursprünglichen Anspruchsinhabers bereits bei Gericht anhängig oder gar rechtshängig ist.⁴⁶

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 125.

⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 128.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 75.

⁴⁵ Urteil vom 29. November 2021 – [VI ZR 258/18](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 10.

Die grundsätzliche Unvererblichkeit ergibt sich dabei entscheidend aus der Funktion des Geldentschädigungsanspruchs. Insoweit steht der **Genugtuungsgedanke im Vordergrund**; einem Verstorbenen kann Genugtuung aber nicht mehr verschafft werden. Dass der Geldentschädigungsanspruch auch der Prävention dient, ändert an der grundsätzlichen Unvererblichkeit des gesamten Anspruchs nichts und gebietet das (Fort-) Bestehen eines solchen Anspruchs nach dem Tode auch nicht unter dem Aspekt der Menschenwürde.⁴⁷

Die Geldentschädigung hat den Zweck, dem schwer in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten Genugtuung zu verschaffen. Kann der im Vordergrund stehende Zweck der Geldentschädigung nicht mehr erreicht werden, weil der **Verletzte verstorben ist, verliert der Anspruch** auf Genugtuung, **seine innere Berechtigung**, weshalb seine Vererblichkeit grundsätzlich ausscheidet.⁴⁸

Soweit der Verletzte freilich **noch zu seinen Lebzeiten** die mit der Geldentschädigung bezweckte Genugtuung aus dem Geldentschädigungsanspruch erlangt und damit **die Genugtuungsfunktion der Geldentschädigung erfüllt ist, gilt anderes**. Nach Zahlung der Geldentschädigung an den Verletzten **stellt sich die Vererblichkeitsfrage** angesichts des damit eintretenden Erlöschens des Anspruchs gemäß § 362 Abs. 1 BGB **nicht mehr**. Dies ist auch der Fall, wenn der Geldentschädigungsanspruch dem Verletzten **noch zu dessen Lebzeiten rechtskräftig zugesprochen** wurde.⁴⁹

Dagegen ist ein noch nicht rechtskräftiges, **lediglich vorläufig vollstreckbares**, zusprechendes **Urteil** über eine Geldentschädigung nicht hinreichend, denn es ist allein für sich genommen **nicht geeignet**, dem Verletzten in hinreichender Art und Weise Genugtuung bereits zu verschaffen.⁵⁰

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 10.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 17.

Die Frage der Vererblichkeit hängt zudem nicht davon ab, in welchem Alter und Gesundheitszustand sich der Verletzte in dem Zeitpunkt befindet, in dem er den Anspruch erwirbt.⁵¹

6. Grundrechtsrelevanz der Befugnis zur Sperrung eines Nutzerkontos und der Löschung von Beiträgen in den AGB von Facebook

Im Urteil vom 29. Juli 2021⁵² befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Frage, in welchem Umfang Facebook kraft seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Sperrung von Nutzerkonten und Löschung von Beiträgen berechtigt ist, insbesondere bei sogenannten „Hassreden“.

Eine Regelung in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, wonach der Verwender in sein Netzwerk eingestellte Inhalte wegen **Verstoßes gegen das Verbot der "Hassrede"** ohne Festlegung des hierzu anwendbaren Verfahrens entfernen und darüber hinaus gegebenenfalls weitergehende Maßnahmen hinsichtlich des Nutzerkontos ergreifen kann, ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB **unwirksam**, weil dadurch die Nutzer des Netzwerks entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligt werden**.⁵³

Durch die Befugnis, Inhalte wegen Verstoßes gegen das Verbot der "Hassrede" zu entfernen und darüber hinaus gegebenenfalls weitergehende Maßnahmen hinsichtlich des Nutzerkontos zu ergreifen, wird in das **Grundrecht der Nutzer auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG** eingegriffen. Dieses Grundrecht entfaltet **im Privatrecht seine Wirkkraft** über die Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen (sog. mittelbare Drittwirkung).⁵⁴

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁵² Urteil vom 29. Juli 2021 – [III ZR 192/20](#) – juris.

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 65.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 66.

Der Anbieter des sozialen Netzwerks ist **selbst Träger von Grundrechten**, die bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen sind. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem **Grundsatz der praktischen Konkordanz** so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁵⁵

Auf Seiten des Nutzers ist sein Grundrecht auf freie Meinungsäußerung aus **Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG** sowie der Schutz vor willkürlicher Ungleichbehandlung aus **Art. 3 Abs. 1 GG** heranzuziehen.⁵⁶ Auf Seiten des Anbieters ist vor allem die Berufsausübungsfreiheit aus **Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG**, aber auch die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu berücksichtigen,⁵⁷ denn **Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt auch den Kommunikationsprozess als solchen**, weshalb die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung selbst dann in den Schutzbereich des Grundrechts fallen kann, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet.⁵⁸

Für die Entfernung von Inhalten muss ein sachlicher Grund bestehen. Der Anbieter darf die aus seiner strukturellen Überlegenheit folgende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, willkürlich einzelne Meinungsäußerungen zu untersagen. Deshalb wäre ein **Verbot der Äußerung von bestimmten politischen Ansichten mit dem Grundrecht** der Nutzer auf freie Meinungsäußerung und dem Gleichbehandlungsgebot **nicht zu vereinbaren**.⁵⁹ Für einen interessengerechten Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen ist zudem erforderlich, dass sich der Anbieter in seinen Geschäftsbedingungen dazu verpflichtet, **den betreffenden Nutzer über die Entfernung eines Beitrags umgehend zu informieren**, ihm den Grund dafür mitzuteilen und eine **Möglichkeit zur Gegenäußerung**

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 71.

⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 73.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 81.

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 86.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 93.

einzuräumen.⁶⁰ Ausreichend ist es, wenn Netzwerkbetreiber im Hinblick auf die Löschung eines Beitrags den Nutzern ein Recht auf **unverzögliche nachträgliche Benachrichtigung, Begründung und Gegendarstellung** mit anschließender Neubescheidung einräumen.⁶¹

Das mit dem Verbot von "Hassreden" verfolgte Ziel, einer Verrohung der Debattenkultur in dem sozialen Netzwerk entgegenzuwirken, stellt einen sachlichen Grund für den Entfernungsvorbehalt dar.⁶² Eine entsprechende Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist jedoch gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, solange kein Verfahren vorgesehen ist, innerhalb dessen die von der Entfernung von Beiträgen betroffenen Nutzer Stellung nehmen können.⁶³

7. Anspruch auf Löschung einer selbst erwirkten Gegendarstellung aus dem Online-Archiv eines Presseorgans

Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichtshofs vom 28. September 2021⁶⁴ ist der Anspruch auf Löschung einer selbst erwirkten Gegendarstellung aus dem Online-Archiv eines Presseorgans, insbesondere wenn die unzulässige Erstmitteilung dort nicht mehr zum Abruf vorgehalten wird.

Der Anspruch auf Entfernung der Gegendarstellung aus dem Online-Archiv gründet sich auf **§ 1004 Abs. 1 Satz 2 analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG**.⁶⁵

Mit dem fortdauernden Vorhalten der Gegendarstellung zum Abruf in seinem Online-Archiv greift das Presseorgan in das **allgemeine Persönlich-**

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 97.

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 99.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 103.

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 104.

⁶⁴ Urteil vom 28. September 2021 – [VI ZR 1228/20](#) – juris.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16.

keitsrecht des Betroffenen in seiner Ausprägung als **Recht der persönlichen Ehre und des guten Rufes** ein.⁶⁶

Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss grundsätzlich erst durch eine **Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange** bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der **Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend** zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt. Maßgeblicher **Beurteilungszeitpunkt** ist dabei der **Zeitpunkt des Löschungsverlangens**. Dabei ist das durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete Interesse des Betroffenen am Schutz seines **Persönlichkeitsrechts** mit dem in Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK verankerten Recht des Presseorgans auf **Presse- und Meinungsfreiheit abzuwägen**.⁶⁷

Soweit die Archivierung einer Gegendarstellung des von einer Berichterstattung Betroffenen in Rede steht, die dieser gerade gegen das Presseorgan und in gerechtfertigter Beeinträchtigung von dessen Pressefreiheit durchgesetzt hat, besteht kein schützenswertes Interesse des Presseorgans am weiteren Vorhalten der rechtswidrigen Erstmitteilung.⁶⁸ Nichts anderes kann dann aber auch für die Gegendarstellung gelten, die als Gegenrede notwendig inhaltlich mit der Erstmitteilung verbunden, formal mit dieser zu verknüpfen (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 3 RStV, jetzt: § 20 Abs. 1 Satz 3 MStV) und insgesamt von dieser abhängig ist.

Wird die unzulässige Tatsachenbehauptungen enthaltende **Erstmitteilung nicht mehr zum Abruf angeboten, darf auch die Gegendarstellung**

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 28.

mangels Gegen-Stücks jedenfalls über den Zeitraum des § 56 Abs. 1 Satz 4 Rundfunkstaatsvertrag (RStV; jetzt: § 20 Abs. 1 Satz 4 Medienstaatsvertrag (MStV)) hinaus **nicht** gegen den Willen des Betroffenen **im Online-Archiv des Erstschädigers zum Abruf vorgehalten werden**. Andernfalls würde der Schutzzweck der Gegendarstellung unterlaufen und im Ergebnis das Instrument der Gegendarstellung, die ihrer Natur nach vorrangig dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen dient, in sein Gegenteil verkehrt.⁶⁹

8. Mängel bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes im Falle der Verwaltungsvollstreckung

Mit den Auswirkungen eines Rechtsbehelfs gegen den eine **Geldforderung titulierenden Verwaltungsakt** im Falle einer zur Vollstreckung dieses Verwaltungsaktes durch Zwangsversteigerung eines Grundstückes beschäftigt sich der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 30. September 2021.⁷⁰

Bei einer Zwangsversteigerung zur Verwaltungsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Schuldners tritt ein **Vollstreckungsmangel** i.S.d. § 28 ZVG ein, **wenn gegen den Verwaltungsakt**, durch den die zu vollstreckende Geldforderung tituliert wurde, **ein Rechtsbehelf erhoben und dessen aufschiebende Wirkung angeordnet wird**.

Zur einstweiligen Einstellung einer Zwangsversteigerung führt ein solcher Vollstreckungsmangel dann, **wenn die vollstreckende Behörde mitteilt, die Verwaltungsvollstreckung** nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes oder Landes **eingestellt zu haben** und das Vollstreckungsgericht ersucht, auch die Zwangsversteigerung einstweilen einzu-

⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁷⁰ Beschluss vom 30. September 2021 – [V ZB 133/19](#) – juris.

stellen. Das **Gericht** ist - nicht anders als an die Bestätigung gemäß § 322 Abs. 3 Satz 2 AO - **an die Bewertung der Behörde gebunden**.⁷¹

Wenn die Gläubigerin die Vollstreckung insgesamt nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsrechts eingestellt hat, steht für das Vollstreckungsgericht verbindlich fest, dass ein das gesamte Verfahren betreffender **Vollstreckungsmangel i.S.d. § 28 ZVG** vorliegt, ohne dass zu prüfen wäre, ob die Voraussetzungen für die Einstellung nach verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften gegeben sind. Auch hat das Vollstreckungsgericht nicht zu prüfen, ob innerhalb der nach § 28 ZVG zu setzenden Frist der Mangel beseitigt wird, sondern nur, ob die Behörde das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen neuerlich bestätigt.⁷²

9. Anforderungen an eine Berufungsbegründung und auf die Verletzung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz gestützten Rechtsbeschwerde

In einem Rechtsbeschwerdeverfahren gegen den Beschluss eines Oberlandesgerichts, mit welchem eine Berufung wegen nicht hinreichender Begründung als unzulässig verworfen worden war, äußert sich der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 14. September 2021⁷³ zu der Frage, inwieweit eine **Rechtsbeschwerde** gegen die Verwerfung einer Berufung als unzulässig auf die Verletzung des Grundrechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (**Art. 19 Abs. 4 GG**) gestützt werden kann.

Nach **§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO** muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsklägers die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Zu der Darlegung der Rechtsverletzung gehört die aus sich heraus verständliche Angabe, welche bestimmten Punkte des

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 11.

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 12.

⁷³ Beschluss vom 14. September 2021 – [VI ZB 30/19](#) – juris.

angefochtenen Urteils der Berufungskläger bekämpft und welche Gründe er ihnen entgegensetzt. Erforderlich und ausreichend ist die Mitteilung der Umstände, die aus der Sicht des Berufungsklägers den Bestand des angefochtenen Urteils gefährden; die Vorschrift **stellt keine besonderen formalen Anforderungen** hierfür **auf**. Zur Bezeichnung des Umstands, aus dem sich die Entscheidungserheblichkeit der Verletzung materiellen Rechts ergibt, genügt regelmäßig die Darlegung einer Rechtsansicht, die dem Berufungskläger zufolge zu einem anderen Ergebnis als dem des angefochtenen Urteils führt. Die Berufungsbegründung muss **aber auf den konkreten Streitfall zugeschnitten** sein. Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstgerichts mit formularmäßigen Sätzen oder allgemeinen Redewendungen zu rügen oder lediglich auf das Vorbringen in erster Instanz zu verweisen.⁷⁴

In diesem Zusammenhang kann der Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss, eine Berufung als unzulässig zu verwerfen, der **Grundsatz der Subsidiarität** entgegenstehen. Der Subsidiaritätsgrundsatz fordert, dass ein Beteiligter über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine solche zu verhindern. Dieser Grundsatz ist **nicht auf das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit beschränkt**, sondern gilt auch im Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahren. Nichts Anderes kann für das Rechtsbeschwerdeverfahren gelten.⁷⁵

Demnach ist eine auf die Verletzung des Grundrechts auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes gestützte **Rechtsbeschwerde unzulässig**, wenn es der Beschwerdeführer **im Rahmen des vorinstanzlichen Rechtsmittels versäumt** hat, **eine Korrektur der geltend gemachten**

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 7.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 12.

Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.⁷⁶

Seite 23 von 29

10. Kein Grundrechtsschutz einer Influencerin bei Schleichwerbung in sozialen Medien

Im Urteil vom 09. September 2021⁷⁷ hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass sich eine Influencerin, die in sozialen Medien Produkte bewirbt, ohne den kommerziellen Zweck kenntlich zu machen, gegenüber einem UWG-Verstoß nicht auf Grundrechte berufen kann.

Bei der Beurteilung der Beiträge von Influencern in sozialen Medien kann auf die **Kriterien** zurückgegriffen werden, die für die Einordnung **scheinbar redaktioneller Presseartikel** als werblich entwickelt worden sind.⁷⁸ Durch die Anwendung dieser Grundsätze ist sichergestellt, dass den Anforderungen des **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG** genügt wird. Dabei kann **offenbleiben**, ob die **Pressefreiheit**, die **Rundfunkfreiheit**, ein Grundrecht der **Medienfreiheit** oder ein **Internetgrundrecht eigener Art** betroffen ist.⁷⁹

Bei der werbenden Tätigkeit der Influencerin ist auf die Grundrechte des Grundgesetzes und **nicht die der EU-Grundrechtecharta** abzustellen. Nach ihrem Art. 51 Abs. 1 Satz 1 gilt die EU-Grundrechtecharta ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht. Die Frage, wann geschäftliche Handlungen zugunsten fremder Unternehmen vorliegen, ist jedoch nicht Gegenstand des Unionsrechts, sondern allein anhand des deutschen Rechts zu beurteilen.⁸⁰

Ein auf einen Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG (Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks) gestütztes Verbot verletzt nicht die Grundrechte der

⁷⁶ a.a.O. – juris, Leitsatz.

⁷⁷ Urteil vom 09. September 2021 – [I ZR 90/20](#) – Influencer I – juris.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 59.

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 62.

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 63.

Influencerin aus Art. 5 Abs. 1 GG.⁸¹ Zwar fallen auch werbliche Äußerungen, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt haben, **in den Schutzbereich dieses Grundrechts**;⁸² die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG finden jedoch gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ihre **Schranke in den allgemeinen Gesetzen**. Zu ihnen gehört auch die lauterkeitsrechtliche Bestimmung des **§ 5a Abs. 6 UWG**, die ihrerseits allerdings im Lichte der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG auszulegen und daher in ihrer dieses Grundrecht beschränkenden Wirkung selbst einzuschränken ist.⁸³

Bei der vorzunehmenden **Gesamtabwägung** ist neben dem grundrechtlichen Interesse der Influencerin das **Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb** zu berücksichtigen, zu dem auch die dem Verbraucherschutz dienende Kennzeichnungspflicht des § 5a Abs. 6 UWG beiträgt. Ist der lauterkeitsrechtliche Schutzzweck der Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs betroffen und zugleich festzustellen, dass die Pflicht zur Kennzeichnung **nicht den Inhalt der Meinungsäußerung** reguliert, sondern **nur die Art ihrer Präsentation betrifft**, erweist sich der im Verbot liegende **Grundrechtseingriff** als **verhältnismäßig und daher gerechtfertigt**.⁸⁴

⁸¹ a.a.O. – juris, Rn. 121.

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 123.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 124.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 125.

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

1. Datenschutzrechtliche Anforderungen und Gleichbehandlungs- gebot bei einem Ärztebewertungsportal (Ärztebewertung IV)

Gegenstand des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 2021⁸⁵ sind die Zulässigkeit der **Verarbeitung personenbezogener Daten in einem Ärztebewertungsportal** sowie die unterschiedliche Behandlung zwischen zahlenden und nichtzahlenden ärztlichen Kunden des Portalbetreibers.

Das **Ärztebewertungsportal unterfällt nicht dem Medienprivileg** des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, wonach der betroffenen Person gemäß mitgliedstaatlicher Regelungen die Rechte nach Art. 17 DS-GVO, insbesondere der Lösungsanspruch, nicht zustehen, wenn personenbezogene Daten zu – unter anderem – journalistischen Zwecken verarbeitet werden.⁸⁶

Das für die Annahme journalistischer Tätigkeit im Sinne des Art. 38 BayDSG erforderliche Maß an inhaltlicher Bearbeitung erfüllt das Bewertungsportal nicht. Insbesondere stellt die **technische Erfassung von bewertenden Drittbeiträgen**, die automatisierte, wenn auch strukturierte Zusammenstellung von Bewertungen Dritter und das Errechnen von Durchschnitts- und Gesamtnoten, alleine **keine journalistische Tätigkeit** dar.⁸⁷

Gleichwohl **verarbeitet das Bewertungsportal die** personenbezogenen **Daten** von Ärztinnen und Ärzten (Akademischer Grad, Name, Fachrichtung,

⁸⁵ Urteil vom 12. Oktober 2021 – [VI ZR 488/19](#) – juris.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 20.

Praxisanschrift sowie Bewertungen) **nicht unrechtmäßig** i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Buchst. c) DS-GVO und Art. 17 Abs. 1 Buchst. d) DS-GVO.⁸⁸

Seite 26 von 29

Mit der Datenverarbeitung nimmt der Betreiber des Portals sowohl eigene berechnete Interessen als auch berechnete Interessen der Nutzer des Portals wahr und fällt damit in den Schutzbereich **von Art. 11 Abs. 1** der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (**GRCh**), der schon nach seinem Wortlaut nicht nur die **Äußerung der eigenen Meinung**, sondern auch die **Weitergabe fremder Meinungen** und Informationen schützt. Darüber hinaus ist der Portalbetrieb in seiner Ausprägung als Geschäftsmodell von **Art. 16 GRCh** als gewerbliche Tätigkeit geschützt.⁸⁹ Er nimmt auch Interessen der Ärztinnen und Ärzte wahr, indem das Portal aktiven Nutzern die von Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützte Abgabe und Verbreitung einer Meinung ermöglicht und passiven Nutzern die – ebenfalls von Art. 11 GRCh erfasste – Möglichkeit verschafft, davon Kenntnis zu nehmen.⁹⁰

Im Rahmen der nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f) DS-GVO **vorzunehmenden Abwägung** sind damit zugunsten der betroffenen Ärzte außer deren Recht auf **Schutz ihrer personenbezogenen Daten** gemäß **Art. 8 GRCh** die dargestellten, nicht unerheblichen Gefahren für ihren sozialen und **beruflichen Geltungsanspruch (Art. 7 GRCh)** sowie den **wirtschaftlichen Erfolg** ihrer selbständigen Tätigkeit (**Art. 16 GRCh**) zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite steht unter anderem das **ganz erhebliche Interesse**, das die **Öffentlichkeit** an den im Portal angebotenen Informationen und Möglichkeiten hat.⁹¹

Bei der Abwägung ist auch zu berücksichtigen, inwieweit der Portalbetreiber als **neutraler Informationsmittler** agiert. Verlässt er diese Stellung, kann sich dies zum Nachteil der Betroffenen auswirken. **Ein strenges Gleichbehandlungsgebot** mit der Folge, dass eine Ungleichbehandlung von

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 38.

nichtzahlenden und zahlenden Ärzten stets zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Portalbetriebs führt, **lässt sich daraus aber nicht ableiten**.⁹²

Maßgeblich ist, **welche konkreten Vorteile der Portalbetreiber zahlenden gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewährt**. Nicht hinnehmbar wäre es, wenn der Portalbetreiber die Basis-Profile nichtzahlender Ärzte als **Werbepattform für unmittelbar konkurrierende zahlende Ärzte** nutzt, um potentielle Patienten von den nichtzahlenden zu den zahlenden Ärzten zu lenken und dadurch nur mit ihren Basisdaten aufgenommene Ärzte gezielt dazu zu bewegen, sich der Gruppe der zahlenden Ärzte anzuschließen. Denn die personenbezogenen **Daten** des nichtzahlenden Arztes dürfen **nicht als "Köder" dafür missbraucht werden**, ihm potentielle Patienten, die sich für ihn und sein Profil interessieren, zu entziehen und konkurrierenden, aber zahlenden Ärzten zuzuführen, wohingegen dies umgekehrt nicht der Fall ist; dies haben nichtzahlende Ärzte grundsätzlich nicht hinzunehmen.⁹³

2. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch identifizierende Verdachtsberichterstattung

Im Urteil vom 16. November 2021⁹⁴ konkretisiert der Bundesgerichtshof die Anforderung an die Zulässigkeit einer identifizierenden Berichterstattung über ein **strafrechtliches Ermittlungsverfahren**.

Die einen Beschuldigten identifizierende Berichterstattung über ein Ermittlungsverfahren beeinträchtigt zwangsläufig dessen Recht auf Schutz seiner Persönlichkeit und seines guten Rufes, weil sie sein mögliches Fehlverhalten öffentlich bekannt macht und seine Person in den Augen der Adressaten negativ qualifiziert, und greift damit in den **Schutzbereich des**

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 39.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

⁹⁴ Urteil vom 16. November 2021 – [VI ZR 1241/20](#) – juris.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein.⁹⁵ Über die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs ist aufgrund einer **Abwägung** des Rechts des Betroffenen auf Schutz seiner Persönlichkeit **und seines guten Rufs aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK mit dem in Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK verankerten Recht des Presseorgans auf Meinungs- und Medienfreiheit zu entscheiden**, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalles sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention **interpretationsleitend** zu berücksichtigen sind.⁹⁶

Eine Tatsachenbehauptung, deren **Wahrheitsgehalt ungeklärt** ist und die eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Angelegenheit betrifft, darf demjenigen, der sie aufstellt oder verbreitet, solange nicht untersagt werden, wie er sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für erforderlich halten darf. Eine Berufung hierauf setzt voraus, dass vor Aufstellung oder Verbreitung der Behauptung **hinreichend sorgfältige Recherchen über den Wahrheitsgehalt** angestellt werden.⁹⁷ Diese Grundsätze gelten auch für die Berichterstattung über Ermittlungsverfahren unter namentlicher Nennung des Beschuldigten.⁹⁸

Erforderlich ist jedenfalls ein **Mindestbestand an Beweistatsachen**, die **für den Wahrheitsgehalt** der Information sprechen und ihr damit erst "**Öffentlichkeitswert**" verleihen. Die Darstellung darf ferner **keine Vorverurteilung** des Betroffenen enthalten; sie darf also nicht durch eine präjudizierende Darstellung den unzutreffenden Eindruck erwecken, der Betroffene sei der ihm vorgeworfenen Handlung bereits überführt. Auch ist **vor der Veröffentlichung regelmäßig eine Stellungnahme des Betroffenen einzuholen**. Schließlich muss es sich um **einen Vorgang von**

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 19.

gravierendem Gewicht handeln, dessen Mitteilung durch ein Informationsbedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.⁹⁹

Das grundsätzliche Erfordernis einer Möglichkeit zur Stellungnahme soll sicherstellen, dass der Standpunkt des von der Verdachtsberichterstattung Betroffenen in Erfahrung und gegebenenfalls zum Ausdruck gebracht wird, **der Betroffene also selbst zu Wort kommen** kann. Dies setzt voraus, dass der Betroffene nicht nur Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, sondern dass seine etwaige Stellungnahme auch zur Kenntnis genommen und **der Standpunkt des Betroffenen in der Berichterstattung sichtbar** wird. Auch die **Information über ein bloßes Dementi** ist grundsätzlich geeignet, der Gefahr einer Vorverurteilung des Betroffenen zu begegnen.

Wird über ein laufendes Ermittlungsverfahren berichtet, ist regelmäßig der Gefahr, dass die Öffentlichkeit die bloße Einleitung eines Ermittlungsverfahrens mit dem Nachweis der Schuld gleichsetzt, auch **durch das Sichtbarmachen einer pauschalen Zurückweisung der Vorwürfe** seitens des Beschuldigten entgegenzuwirken, wobei es der Presse freigestellt ist, auf welche Weise dies geschieht.¹⁰⁰

Karlsruhe, den 30. März 2022

Dr. Peter Rädler

Dr. Jan-Dirk Rausch

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 20.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 25.