

Nutzern kann vor diesem Hintergrund nur geraten werden, den Abschluss eines Vertrags über ein kostenpflichtiges Abonnement zu bestreiten und sich nicht durch Drohungen mit Inkasso oder mit Mahnbescheid einschüchtern zu lassen⁶⁷.

VI. Fazit

AGB-Klauseln, die den Handel mit virtuellen Gegenständen oder die Überlassung des Spielaccounts verbieten sollen, sind nach der hier vertretenen Ansicht unwirksam, wenn der Spieler als Privatperson gelegentlich und nicht wie ein Unternehmer i. S. des § 14 BGB virtuelle Gegenstände veräußern oder einen Spielaccount überlassen will. Durch diese vermittelnde Lösung kann sowohl den Interessen der Spielteilnehmer an einer wirtschaftlichen Verwertung des Spielergebnisses und an der Möglichkeit des Erwerbs bestimmter Spielfähigkeiten wie auch der Spielbetreiber an der wirtschaftlichen Verwertung des Spiels selbst, der Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit und dem Schutz des Spielkonzepts Rech-

nung getragen werden, da die Verbotsklauseln im Falle einer Verkaufstätigkeit in unternehmerischem Umfang als wirksam anzusehen sind. Ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht besteht zwar in der Regel beim Kauf virtueller Gegenstände nicht. Der Verbraucherschutz und der Schutz vor den Gefahren der Spielsucht legen aber eine weite Auslegung der Vorschrift des § 138 BGB und eine analoge Anwendung der Billigkeitskontrolle über § 315 BGB insbesondere für Fallgestaltungen nahe, in denen die Spieler im Laufe des Spielfortschritts mit unverhältnismäßig hohen Kostenforderungen konfrontiert werden. In diesem Zusammenhang ist auch die Anwendung der Kriterien zu Befürworten, die für so genannte „Abo-Fallen im Internet“ von der Rechtsprechung entwickelt worden sind. ■

67 Das AG Karlsruhe, NJW-RR 2010, 68, hat eine Anwältin, die im Auftrag der Abo-Fallen-Betreiber tätig war, zur Zahlung der gegnerischen Anwaltskosten verurteilt, da ihr bewusst sein müssen, dass die geltend gemachte Forderung nicht bestehe. Das AG Karlsruhe nahm Beihilfe zum versuchten Betrug an.

Professor Dr. Georgios Gounalakis und Wiss. Mitarbeiterin Catherine Klein, Marburg*

Zulässigkeit von personenbezogenen Bewertungsplattformen

Die „Spickmich“-Entscheidung des BGH vom 23. 6. 2009

Neueste Erscheinungsform des Web 2.0 sind Bewertungsportale, in denen die Nutzer Leistungen bestimmter Berufsgruppen personenbezogen evaluieren, zum Beispiel die Leistungen von Lehrern, Hochschulprofessoren, Anwälten oder Ärzten. Personenbezogene Bewertungsportale werfen rechtliche Fragen im Hinblick auf Persönlichkeits- und Datenschutz im Spannungsfeld mit den Kommunikationsfreiheiten auf. Nachdem der BGH mit Urteil vom 23. 6. 2009 die vorinstanzlichen Entscheidungen zu dem Lehrerbewertungsportal „spickmich“ im Wesentlichen bestätigt hat, soll der folgende Beitrag Zulässigkeitsvoraussetzungen und rechtliche Grenzen personenbezogener Bewertungsportale anhand der Linie der Rechtsprechung aufzeigen.

I. Problemstellung

Es ist zu erwarten, dass sich in Zukunft viele Berufsstände verstärkt der Online-Evaluation stellen müssen¹. Als Vorbild dienen oft Portale aus den USA, wo schon seit längerem auf diese Weise bewertet wird². Umso dringender erscheint eine Klärung der rechtlichen Fragen des Phänomens „social scoring“. In Literatur und Öffentlichkeit haben die Bewertungsplattformen für eine medienwirksame Diskussion gesorgt und schon mehrfach die Gerichte beschäftigt. Am 23. 6. 2009 wies der BGH die Revisionsklage einer Lehrerin aus Nordrhein-Westfalen, die sich gegen ihre Bewertung auf der Seite www.spickmich.de wehrte, zurück³. Auch Hochschulprofessoren hatten bisher mit ihren Klagen gegen die Evaluation ihrer Lehrveranstaltungen auf der Seite www.mein-prof.de keinen Erfolg⁴. Allerdings verhängte der Berliner Datenschutzbeauftragte im April 2008 ein Bußgeld wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen gegen die Betreiber der Seite⁵.

Im Unterschied zu Produktbewertungsplattformen⁶ weisen personenbezogene Bewertungsplattformen ein höheres Konfliktpotenzial auf. Es kollidieren das Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG des Bewerteten mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG der Nutzer.

Für den Bewerteten geht es um seine digitale Reputation⁷. Personenbezogene Daten im Internet können dazu benutzt werden, ein Persönlichkeitsbild des Betroffenen zu konstruieren⁸. Mittels Anmeldung über eine beliebige E-Mail-Adresse kann eine Bewertung auch von Personen eingesehen werden, die nicht zur Zielgruppe entsprechender Portale gehören und kein berechtigtes Informationsinteresse haben.

Hingegen berufen sich die Macher des Portals im Fall „spickmich“ darauf, durch die Anonymität der Bewertung eine Möglichkeit für die Schüler zu schaffen, ihren Lehrern ein Feedback zu geben, ohne Angst vor Konsequenzen bei der Notengebung zu haben⁹. Für die Position der Betreiber streitet die für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierende Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG¹⁰. Die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Internet, aber auch das Gefahrenpotenzial dieses Mediums zeigten sich

* Der Autor Gounalakis ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Medienrecht, Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung sowie der Forschungsstelle für Medienrecht und Medienwirtschaft an der Philipps-Universität in Marburg. Die Autorin Klein ist dort wissenschaftliche Mitarbeiterin.

1 Die AOK plant zum Beispiel bis 2010 einen „Arzt-Navigator“ zur Arztbewertung.

2 Vgl. nur www.ratemyprofessors.com; www.lawyerratingz.com.

3 BGH, NJW 2009, 2888; OLG Köln, MMR 2008, 672 = K&R 2008, 540; LG Köln, K&R 2008, 188 = BeckRS 2008, 04451.

4 LG Berlin, MMR 2007, 668 = DuD 2007, 784; LG Regensburg, AfP 2009, 175 = BeckRS 2009, 08248.

5 Vgl. Pressemittd. des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit v. 22. 4. 2008, abrufbar unter <http://www.datenschutz-berlin.de/content/nachrichten/pressemitteilungen/22-04-2008>.

6 Vgl. dazu Schmitz/Laun, MMR 2005, 208.

7 Krieg, jurisPR-ITR 13/2008, Anm. 3; Schneider, FR v. 22./23. 8. 2009, abrufbar unter http://www.fr-online.de/in_und_ausland/politik/aktuell/?em_cnt=1894090&.

8 BVerfGE 120, 274 (305) = NJW 2008, 822; Grevel/Schärdel, MMR 2008, 644 (645).

9 So der Betreiber des Portals Keller im Interview mit der SZ v. 11. 3. 2008, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/jobkarriere/48/435794/text/>.

10 BVerfGE 5, 85 (205) = NJW 1956, 1393; BVerfGE 7, 198 (208) = NJW 1958, 257; st. Rspr.

zuletzt bei den Demonstrationen nach den Wahlen im Iran, als die Berichterstattung vor Ort zeitweilig nur über Portale wie „twitter“ und „YouTube“ erfolgen konnte¹¹.

II. Spezifika einer Online-Veröffentlichung

Das Problem einer möglicherweise rufschädigenden Darstellung stellt sich auch bei in Schülerzeitungen abgedruckten Beliebtheits-Skalen oder Sammlungen von Lehrer-Sprüchen. Im Unterschied zu einer solchen Print-Veröffentlichung hafte dem Medium Internet jedoch einige Besonderheiten an, die eine Modifikation der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit rechtfertigen können.

Im Gegensatz zu Druckerzeugnissen mit begrenzter Auflage entfalten online gestellte Inhalte eine weltweite Breitenwirkung¹². Die schnelle Auffindbarkeit von einzelnen Informationen in den Datenmengen des Internets über Suchmaschinen führt dazu, dass eine Information auch von Personen ermittelt werden kann, die kein unmittelbares Sachinteresse daran haben. Eine Online-Veröffentlichung kann so für den Betroffenen eine Prangerwirkung entfalten¹³. Im Internet veröffentlichte Bewertungen sind durch ihre Anonymität geprägt. Der Bewertete hat auf durch ein anonymes Werturteil implizierte Kritik keine direkte Reaktionsmöglichkeit. Online-Veröffentlichungen zeichnen sich darüber hinaus durch ihre besondere Dauerhaftigkeit aus¹⁴. Eine einmal im Internet veröffentlichte Information ist noch lange abrufbar, denn auch nach ihrer Löschung kann sie über Online-Archive weiterhin eingesehen werden¹⁵.

Die Tatsache, dass Online-Veröffentlichungen einen größeren potenziellen Rezipientenkreis haben, kann aber für die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit nicht ins Gewicht fallen. Auch Printmedien müssen dem Persönlichkeitsschutz unabhängig davon Rechnung tragen, ob sie eine niedrige oder hohe Auflage haben¹⁶. Zwar birgt das Internet durch seine weltweite Abrufbarkeit ein hohes Gefahrenpotenzial für das Persönlichkeitsrecht. Andererseits wird die Breitenwirkung des Mediums durch seine starke Fragmentierung relativiert. Ein Nutzer muss sich aus dem Spektrum des Internets erst die für ihn relevante Information herausfiltern. Seinem Rezeptionsverhalten sind dadurch faktische Grenzen gesetzt. Auch die Anonymität der Äußerungen ergibt kein anderes Abwägungskriterium, denn diese sind vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst¹⁷.

Allerdings kann die besondere Dauerhaftigkeit von Online-Veröffentlichungen im Rahmen der Abwägung dann eine Rolle spielen, wenn das Informationsinteresse an einem bestimmten Bewertungsprofil im Laufe der Zeit weggefallen ist und die Gewichtung deshalb zu Gunsten des Persönlichkeitsschutzes ausfällt¹⁸. Der Möglichkeit, dass sich jeder online gestellte Informationen beschaffen kann, wird dadurch Rechnung getragen, dass bei reiner Neugier das Informationsinteresse regelmäßig geringer gewichtet wird¹⁹.

Im Fall des Portals www.spickmich.de fällt so bei der Abwägung der Umstand ins Gewicht, dass die Bewertungsprofile nicht über Suchmaschinen auffindbar sind und der Zugang nur über Registrierung mit E-Mail-Adresse und Eingabe von Schul- und Lehreramen erfolgt²⁰. Insgesamt ist den Besonderheiten des Internets innerhalb des normalen Anspruchsaufbaus Rechnung zu tragen.

III. Lehrerbewertung auf www.spickmich.de

Auf der Seite www.spickmich.de können sich Schüler unter Angabe einer E-Mail-Adresse, ihres Schulorts und eines Benutzernamens registrieren. Dann erfolgt die Freischaltung eines Nutzerprofils, indem dem Benutzernamen ein Passwort zugewiesen und dieses an die angegebene

E-Mail-Adresse versandt wird. Nach Login kann der Nutzer sein Profil gestalten, sich mit anderen Nutzern als Freunde verbinden und Nachrichten austauschen.

Über die Funktion „Lehrerzimmer“ können Lehrerprofile mit Nachnamen sowie Unterrichtsfächern angelegt und eingesehen werden. Diese können dann mit der Notenskala 1–6 in den Kategorien „guter Unterricht“, „cool und witzig“, „fachlich kompetent“, „motiviert“, „faire Noten“, „faire Prüfungen“, „menschlich“, „gut vorbereitet“, „vorbildliches Auftreten“ und „beliebt“ bewertet werden. Ab zehn vorliegenden Bewertungen wird für jede der Kategorien eine Note angezeigt und eine Gesamtdurchschnittsnote errechnet. Diese erscheint mit Namen des Lehrers, Schule, Schulort und Fächern neben einem Comic-Konterfei, welches umso freundlicher gestaltet ist, je besser die Durchschnittsnote ausfällt. Ferner können Zitate des Betreffenden eingestellt und die Bewertung in Form eines Zeugnisses ausgedruckt werden. Einträge, die einen Lehrer in jeder Kategorie ausschließlich mit der Note 1 oder nur mit der Note 6 bewerten, fließen nicht in die Gesamtbewertung ein. Es gibt außerdem einen Button „Hier stimmt was nicht“, über den Nutzer die Betreiber auf Unregelmäßigkeiten hinweisen können. Wird innerhalb von zwölf Monaten keine Neubewertung eines Lehrers vorgenommen, werden die früheren Bewertungen und Zitate gelöscht.

1. Die Entscheidung der Gerichte im Fall „spickmich“

Eine Lehrerin, die auf www.spickmich.de mit der Note 4,3 bewertet wurde, ging zunächst erfolglos im einstweiligen Verfügungsverfahren gegen ihre Bewertung vor²¹. Anschließend machte sie im Hauptsacheverfahren erneut einen Anspruch auf Löschung bzw. Unterlassung der Nennung ihres Namens, der Schule, Unterrichtsfächer und ihrer Bewertung auf der Internetseite des Portals geltend. Sowohl LG als auch OLG urteilten, dass das Persönlichkeitsrecht der Lehrerin und datenschutzrechtliche Bestimmungen durch die Bewertungsmöglichkeit nicht verletzt seien²².

Diese Linie der Rechtsprechung wurde vom BGH mit Urteil vom 23. 6. 2009 bestätigt²³. Der VI. Zivilsenat entschied, dass der betroffenen Lehrerin kein Anspruch auf Löschung ihrer Daten oder Unterlassung der Veröffentlichung zustehe. Im Rahmen der Abwägung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Klägerin sei die Kommunikationsfreiheit höher zu gewichten²⁴. Die betroffene Lehrerin hat nun gegen das BGH-Urteil Verfassungsbeschwerde erhoben²⁵.

2. Lösungsanspruch aus § 35 II 2 Nr. 1 BDSG

Die klagende Lehrerin macht einen Anspruch auf Löschung ihres Profils geltend. Nach § 35 II 2 Nr. 1 BDSG ist dieser gegeben, wenn die Speicherung der entsprechenden Daten unzulässig ist. Name, Schule und Unterrichtsfächer sind als Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse

11 Krit. Kreye, SZ v. 18. 6. 2009, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/960/472485/text/>.

12 Dix, DuD 2006, 330 (331); Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, 2002, Rdnr. 1.

13 Vgl. dazu BVerfGE 104, 65 (72) = NJW 2002, 741; Härting, CR 2009, 21 (23).

14 Seitz, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Losebl., 22. Erg.-Lfg. (Stand: Juni 2009), Teil 8.2 Rdnr. 62.

15 Ballhausen/Roggenkamp, K&R 2008, 403 (404); Grevel/Schärdel, MMR 2008, 644 (648).

16 Härting, CR 2009, 21 (23).

17 BGH, NJW 2009, 2888 (2892); Ballhausen/Roggenkamp, K&R 2008, 403 (406).

18 Härting, CR 2009, 21 (24).

19 BVerfGE 101, 361 (391) = NJW 2000, 1021; BVerfG, NJW 2000, 2190.

20 BGH, NJW 2009, 2888 (2892).

21 Vgl. LG Köln, MMR 2007, 729 = ZUM 2008, 73; OLG Köln, NJW-RR 2008, 203 = K&R 2008, 40.

22 LG Köln, K&R 2008, 188 = BeckRS 2008, 04451; OLG Köln, MMR 2008, 672 = K&R 2008, 540.

23 BGH, NJW 2009, 2888.

24 BGH, NJW 2009, 2888 (2891 ff.).

25 Az. 1 BvR 1750/09.

der betroffenen Lehrerin personenbezogenen Daten i. S. des § 3 I BDSG. Auch die einzelnen Bewertungen als Werturteile fallen unter den Begriff der personenbezogenen Daten²⁶. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten zur Übermittlung ist gem. § 4 I BDSG nur dann zulässig, wenn eine Einwilligung des Betroffenen oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt. Da eine Einwilligung der betroffenen Lehrerin offensichtlich nicht vorliegt, kann sich die Zulässigkeit der Speicherung nur aus den §§ 28 ff. BDSG ergeben.

a) *Medienprivileg des § 41 BDSG.* Einer grundsätzlichen Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes auf Bewertungsportale könnte allerdings § 41 BDSG entgegenstehen²⁷. Dieses so genannte Medienprivileg befreit Presseunternehmen bei der Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken von den strengen Anforderungen des Datenschutzrechts und gewährleistet dadurch die Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 GG²⁸. Die Anwendung des § 41 BDSG erfordert jedoch, dass die Daten zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken erhoben werden. Auf der Seite www.spickmich.de werden die einzelnen Bewertungen als Durchschnittsnote wiedergegeben. Es wird ein mathematischer Mittelwert errechnet, wobei keine redaktionelle Aufbereitung durch die Plattformbetreiber erfolgt, indem etwa die abgegebenen Bewertungen der Vorbereitung von Textbeiträgen dienen. Der Zweck der Erhebung beschränkt sich nur auf die Wiedergabe eines Durchschnittswerts ohne journalistisch-redaktionelle Gestaltung, weshalb das Medienprivileg auf Bewertungsportale nicht anwendbar ist²⁹.

b) *Abgrenzung zwischen § 28 und § 29 BDSG.* Im Fall „spickmich“ hatte das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Bewertungen noch am Maßstab des § 28 I BDSG beurteilt³⁰. Dieser kommt zur Anwendung, wenn personenbezogene Daten zu eigenen Geschäftszwecken erhoben und übermittelt werden. Die Datenverarbeitung muss dabei bloßes Hilfsmittel zur Erfüllung eines eigenen geschäftlichen Zwecks sein, wie zum Beispiel das Erheben von Kundendaten zu dem Zweck, einen Kaufvertrag zu erfüllen³¹. Hingegen setzt § 29 BDSG das geschäftsmäßige Erheben der Daten zu Übermittlungszwecken voraus. Hierbei stellt die Datenverarbeitung selbst das geschäftliche Interesse dar³². Das Erheben der einzelnen Bewertungen auf der Seite www.spickmich.de dient der Übermittlung an die registrierten Nutzer zur Befriedigung deren Informationsinteresses und hat keinen darüber hinausgehenden Zweck. Es soll keinem eigenen Interesse dienen, wie zum Beispiel dazu, mit den Betroffenen in Kontakt zu treten³³. Somit ist nicht § 28 I BDSG, sondern § 29 BDSG einschlägig³⁴. Das Bewertungssystem auf www.spickmich.de ist auf eine gewisse Dauer angelegt und auf wiederholte Datenerhebung und Übermittlung ausgerichtet, so dass es sich um eine geschäftsmäßige Datenverarbeitung i. S. des § 29 I BDSG handelt³⁵.

c) *§ 29 I BDSG.* Name, Schule und Unterrichtsfächer der betroffenen Lehrerin waren aus der Schulhomepage zu entnehmen. Sie entstammen damit aus allgemein zugänglichen Quellen i. S. des § 29 I 1 Nr. 2 BDSG und ihre Erhebung sowie Nutzung ist grundsätzlich zulässig. Der BGH prüft die Zulässigkeit der Speicherung aber im Zusammenhang mit den Bewertungen³⁶. Demnach ist die Speicherung des Bewertungsprofils dann zulässig, wenn die betroffene Lehrerin kein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Datenerhebung bzw. Speicherung hat, § 29 I 1 Nr. 1 BDSG. Im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „schutzwürdiges Interesse“ ist trotz fehlender Verankerung im Wortlaut der Vorschrift eine Abwägung zwischen den Interessen der verantwortlichen Stelle und denen des Betroffenen durchzuführen³⁷. Die objektive Wertordnung der Grundrechte entfaltet über die Einbruchsstelle dieser Interessenabwägung mittelbare Drittwirkung³⁸. Es stehen sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Lehrerin in Form des informationellen Selbst-

bestimmungsrechts aus Art. 1 I, 2 I GG und die Kommunikationsfreiheit der Plattformbetreiber aus Art. 5 I GG gegenüber, die in einer Abwägung zu gewichten sind.

d) *Konfligierende Rechtspositionen.* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Selbstbestimmung, Selbstbewahrung und Selbstdarstellung des Einzelnen³⁹. Insbesondere soll jeder darüber bestimmen können, wie er sich Dritten und der Öffentlichkeit gegenüber darstellt⁴⁰. Daneben garantiert das Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen darüber, wann und in welchen Grenzen er seine Daten preisgibt⁴¹.

Das durch die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten betroffene informationelle Selbstbestimmungsrecht der Lehrerin kollidiert mit der Meinungsfreiheit der Nutzer aus Art. 5 I 1 GG und der Rundfunkfreiheit der Plattformbetreiber aus Art. 5 I 2 Alt. 2 GG⁴². Es ist insoweit zu differenzieren: Die Nennung von Namen, Fächern und Schule stellen dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptungen dar. Tatsachenbehauptungen sind nur dann von Art. 5 I 1 GG geschützt, wenn sie Voraussetzung für eine Meinungsbildung sind oder sich mit dieser vermengen⁴³. Dies ist bei den entsprechenden Angaben der Fall, denn nur mittels Namen, Schule und Fächern können die Nutzer den Lehrer über die Schul-Funktion finden und bewerten⁴⁴. Bei den Bewertungen handelt es sich hingegen um von Art. 5 I 1 GG geschützte Werturteile. Auch wenn den Kriterien ein Tatsachengehalt immanent ist, überwiegen wertende Elemente. Damit steht dem Persönlichkeitsrecht der bewerteten Lehrerin die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG entgegen.

e) *Abwägung.* Die konfligierenden Rechtspositionen sind im Rahmen einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zu gewichten. Dazu ist zunächst die abstrakte Wertigkeit der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen und dann die konkrete Eingriffsintensität zu ermitteln.

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne entfaltet seine Per-

- 26 BGH, NJW 2009, 2888 (2890); *Dammann*, in: *Simitis*, BDSG, 6. Aufl. (2006), § 3 Rdnr. 12; *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. (2007), § 3 Rdnr. 6.
- 27 So *Grevel/Schärdel*, MMR 2008, 644 (648); *Ploog*, CR 2007, 668 (669); *offenlassend Peifer/Kamp*, ZUM 2009, 185 (186).
- 28 *Walz*, in: *Simitis* (o. Fußn. 26), § 41 Rdnr. 9; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 41 Rdnr. 4.
- 29 BGH, NJW 2009, 2888 (2890); i. E. auch *Ladeur*, RdJB 2008, 16 (32).
- 30 Vgl. *OLG Köln*, MMR 2008, 672 = K&R 2008, 540 (543).
- 31 *Simitis*, in: *Simitis* (o. Fußn. 26), § 28 Rdnr. 22; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 28 Rdnr. 4.
- 32 *Ehmann*, in: *Simitis* (o. Fußn. 26), § 29 Rdnr. 15; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 28 Rdnr. 4, § 29 Rdnr. 2.
- 33 *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 28 Rdnr. 4.
- 34 BGH, NJW 2009, 2888 (2891); *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403 (407).
- 35 Vgl. *Ehmann*, in: *Simitis* (o. Fußn. 26), § 29 Rdnrn. 49 ff.; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 29 Rdnr. 4.
- 36 BGH, NJW 2009, 2888 (2891).
- 37 *Ehmann*, in: *Simitis* (o. Fußn. 26), § 29 Rdnrn. 159 ff. m. w. Nachw.; *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 26), § 29 Rdnr. 10.
- 38 Vgl. dazu grdl. *BVerfGE* 7, 198 (204 ff.) = NJW 1958, 257; *Herdegen*, in: *Mauwz/Dürig*, GG, Losebl. (Stand: Jan. 2009), Art. 1 III Rdnrn. 59 ff.; *Gounalakis/Rhode* (o. Fußn. 12), Rdnr. 189.
- 39 *Pieroth/Schlink*, StaatsR II, 24. Aufl. (2008), Rdnr. 373.
- 40 *BVerfGE* 35, 202 (220) = NJW 1973, 1226.
- 41 *BVerfGE* 65, 1 (43) = NJW 1984, 419; *BVerfGE* 113, 29 (46) = NJW 2005, 1917; *BVerfGE* 118, 168 (184) = NJW 2007, 2464.
- 42 So auch *v. Coelln*, in: *Festschr. f. Bethge*, 2009, S. 271 (276). Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff ist weiter als der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff nach RStV. Vgl. dazu *Gounalakis/Zagouras*, MedienkonzentrationsR, 2008, S. 3 ff.
- 43 *BVerfGE* 61, 1 (8) = NJW 1983, 1415; *BVerfGE* 94, 1 (7) = NJW 1996, 1529.
- 44 Vgl. *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403 (405).

sönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft und muss Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dann hinnehmen, wenn diese von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls getragen sind, die in einer Gesamtabwägung überwiegen⁴⁵. Auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG unterliegt den in Art. 5 II GG genannten Schranken.

Für die Abwägung ist bedeutsam, welche Sphäre des Persönlichkeitsrechtsschutzes betroffen ist⁴⁶. Die Intimsphäre ist absolut geschützt, während die Privat- oder Sozialsphäre demgegenüber nur einen abgeschwächten Schutz genießt⁴⁷. Die Bewertung durch fachbezogene Kriterien wie „guter Unterricht“, „faire Prüfungen“ und „gut vorbereitet“ beziehen sich auf die Qualität der beruflichen Leistung des Bewertungsobjekts und betreffen damit die so genannte Sozialsphäre. Hingegen sind Bewertungskategorien wie „cool und witzig“, „beliebt“ oder „menschlich“ eindeutig auch mit der Person des Bewerteten verknüpft. Es werden Eigenschaften evaluiert, die sich nicht nur auf die Berufsausübung beziehen. Gerade bei Lehrern ist jedoch davon auszugehen, dass ihr Auftreten gegenüber einer Klasse immer auch von einer persönlichen Komponente mitbestimmt wird. Lehrer sind Rollenvorbilder für ihre Schüler. Sie geben im Schulalltag bewusst über ihr Verhalten auch persönliche Eigenschaften preis. Damit wird auch durch solche gemischten Kriterien wegen der Besonderheiten im schulischen Wirkungskreis nur in die Sozialsphäre eingegriffen⁴⁸.

Beeinträchtigungen dieser Sphäre sind zulässig, wenn ein entsprechendes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht⁴⁹. Ein grundsätzliches Informationsinteresse bezüglich der Qualität des Unterrichts besteht – unabhängig von der tatsächlichen Aussagekraft eines solchen Bewertungssystems – zumindest für Eltern, Schüler und Lehrer. Eine Bewertung kann den Meinungs austausch unter Schülern fördern und Eltern zur Orientierung dienen. Die bewerteten Lehrer erhalten ein Feedback, wie sie bei ihren Schülern ankommen, und können so den Dialog mit ihnen optimieren⁵⁰. Allerdings ist der Zugriff auf die Bewertungen bei „spickmich“ nicht nur auf diesen Interessentenkreis beschränkt; vielmehr kann sich jeder unter Angabe einer E-Mail-Adresse registrieren lassen. Der BGH hat diese Tatsache nicht für ausschlaggebend gehalten. Er geht davon aus, dass die Hürden für einen Zugang, nämlich Kenntnis von Name und Schule des Lehrers, einen ausreichenden Filter darstellen⁵¹. Die Bewertung eines Lehrers ist außerdem nicht über die bloße Namenseingabe auf der Seite oder bei einer Suchmaschine abrufbar.

Gerade Lehrer, die im öffentlichen Dienst tätig sind und täglich mit ihren Schülern kommunizieren, müssen sich auf eine Beobachtung und Bewertung ihres Verhaltens einstellen⁵². Ein Eingriff in ihre Sozialsphäre wäre nur dann rechtswidrig, wenn dadurch eine Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung oder Prangerwirkung erreicht würde⁵³. Dies ist bei einer schlechten Bewertung nicht der Fall; für die Nutzer ist die mangelnde Objektivität des Lehrerbewertungssystems erkennbar. Die absoluten Grenzen des rechtlich Zulässigen bei der Bewertung auf einem Online-Portal sind jedenfalls dann überschritten, wenn in der konkreten Bewertung eine unsachliche Schmähkritik, Formalbeleidigung oder Verletzung der Menschenwürde liegt. Dann wäre das Persönlichkeitsrecht in seinem Menschenwürdegehalt betroffen und eine rechtswidrige Verletzung ohne weitere Abwägung zu bejahen⁵⁴. Die Benotung der betroffenen Lehrerin mit 4,3 fällt aber unter keine dieser Kategorien⁵⁵.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Anonymität der Bewertungen. Das Internet zeichnet sich durch die

Anonymität seiner Nutzung aus⁵⁶. Müsste sich der Äußernde vor den Konsequenzen der Zuordnung eines Werturteils zu seiner Person fürchten, gäbe es keine freie geistige Auseinandersetzung. Eine solche Beschränkung ist mit der Bedeutung des Art. 5 I GG für die freiheitlich-demokratische Grundordnung unvereinbar⁵⁷. Ebenso ist für den Schutz der Bewertungen als Werturteile unbeachtlich, dass das Bewertungssystem keine aussagekräftige Lehrerevaluation gewährleistet. Die Meinungsfreiheit ist nicht auf inhaltlich objektivierbare Werturteile beschränkt⁵⁸. Über die Einrichtung der Schaltfläche „Hier stimmt etwas nicht“ wollen die Betreiber der Seite zumindest Diffamierungen ausschließen.

Insgesamt wiegen in der Abwägung die Kommunikationsfreiheiten höher als das Persönlichkeitsrecht. Der Datenerhebung und Speicherung durch das Bewertungsportal stehen damit keine schutzwürdigen Interessen der Lehrerin gegenüber, so dass die Speicherung zulässig ist. Ein Anspruch auf Löschung aus § 35 II 2 Nr. 1 BDSG scheidet aus⁵⁹. In der Pressemitteilung zum Urteil betont der BGH allerdings, dass die Abwägung für jeden Einzelfall stattfinden muss⁶⁰. Je nach Ausgestaltung des Bewertungsportals sind damit auch Fälle denkbar, in denen der Persönlichkeitsschutz überwiegt⁶¹.

3. Unterlassungsanspruch aus §§ 823 II, 1004 BGB analog i. V. mit § 4 I BDSG

Daneben prüft der BGH einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Daten durch Übermittlung an die Nutzer aus §§ 823 II, 1004 BGB analog i. V. mit § 4 I BDSG. § 4 I BDSG könnte als Schutzgesetz verletzt sein, wenn weder eine Einwilligung zur Datenübermittlung noch ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt. Dabei ist die Übermittlung getrennt von Erhebung und Speicherung der Daten zu betrachten. Die Zulässigkeit der Übermittlung bemisst sich nach § 29 II BDSG. Der die Bewertungen aufrufende Nutzer müsste ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten glaubhaft dargelegt haben und es dürfte seitens des Betroffenen kein schutzwürdiges Interesse entgegenstehen, § 29 II 1 Nr. 1, 2 BDSG. Dem ersten Erfordernis steht schon die Funktionsweise des Internet-Bewertungsportals entgegen. Kennzeichnend hierfür ist gerade die anonyme Bewertung, die der Darlegung eines berechtigten Interesses entgegensteht. Würde man § 29 II 1 Nr. 1 BDSG⁶² dem Wortlaut nach anwenden, käme man zu einer Unzulässigkeit der Datenübermittlung⁶³. Die Einrichtung eines Bewertungssystems

45 BVerfGE 65, 1 (44) = NJW 1984, 419; BVerfGE 78, 77 (85) = NJW 1988, 2031; BGH, NJW 2009, 2888 (2891).

46 Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl. (2009), § 823 Rdnr. 87; Gounalakis/Rhode (o. Fußn. 12), Rdnrn. 193 ff.

47 BVerfG, NJW 2000, 2189; BGHZ 73, 120 (124) = NJW 1979, 647; BGH, NJW 1981, 1366; Palandt/Sprau (o. Fußn. 46), § 823 Rdnr. 96.

48 So auch BGH, NJW 2009, 2888 (2892).

49 Gounalakis/Rhode (o. Fußn. 12), Rdnr. 200.

50 BGH, NJW 2009, 2888 (2893).

51 BGH, NJW 2009, 2888 (2892).

52 Vgl. Palandt/Sprau (o. Fußn. 46), § 823 Rdnr. 96.

53 BGH, NJW 2009, 2888 (2892); NJW-RR 2007, 619 (620); BGHZ 161, 266 (269) = NJW 2005, 592.

54 Vgl. dazu Gounalakis/Rhode (o. Fußn. 12), Rdnr. 256 m. w. Nachw.

55 So auch BGH, NJW 2009, 2888 (2892).

56 BGH, NJW 2009, 2888 (2892).

57 BGH, NJW 2009, 2888 (2892); Ballhausen/Roggenkamp, K&R 2008, 403 (406).

58 BGH, NJW 2009, 2888 (2893); Stauffer, Jura 2009, 549 (551).

59 BGH, NJW 2009, 2888 (2893).

60 Pressemittd. des BGH Nr. 137/09 v. 23. 6. 2009.

61 Karger, NJW H. 28/2009, S. XVI.

62 § 29 II 1 Nr. 1 BDSG entspricht § 29 II 1 Nr. 1 lit. a BDSG a. F.

63 So i. E. Dix, DuD 2006, 330 (331); Schilde-Stenzel, RDV 2006, 104 (107).

wird aber erheblich erschwert, wenn man für jede Bewertung die Einwilligung des Betroffenen einholen muss. Kritische oder negative Bewertungen könnte es dann so gut wie nie geben. Sowohl § 29 II 1 Nr. 1 lit. a als auch § 29 II 4 BDSG sind daher im Hinblick auf Art. 5 GG verfassungskonform auszulegen⁶⁴.

In einer Gesamtabwägung ist anschließend zu ermitteln, ob der Persönlichkeitsschutz eine Einschränkung der Meinungs- und Informationsfreiheit erforderlich macht und die betroffene Lehrerin ein „schutzwürdiges Interesse“ am Ausschluss der Übermittlung hat. Das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Lehrerin steht dem Informationsinteresse des Portalnutzers entgegen. Ausschlaggebend für ein Überwiegen des Informationsinteresses sind nach Ansicht des BGH das Registrierungserfordernis, die geringe Aussagekraft der Bewertungen, die die Lehrerin nur in ihrer Sozialsphäre betreffen, sowie die Zulässigkeit der Datenerhebung⁶⁵. Konkrete Umstände, die eine Prangerwirkung im Fall der betroffenen Lehrerin ergeben, wurden nicht vorgetragen. Die Datenübermittlung an die Portalnutzer ist damit nach § 29 II BDSG zulässig; ein Anspruch aus §§ 823 II, 1004 BGB analog i. V. mit § 4 I BDSG besteht nicht.

4. Lehrerbewertung in Frankreich

Die französischen Gerichte mussten sich 2008 mit einem ähnlichen Fall befassen. Das französische Pendant zu „spickmich“ heißt „note2be“ und ermöglicht es Schülern, ihre Lehrer nach sechs Bewertungskriterien zu benoten⁶⁶. Das *Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI)* entschied zu Gunsten mehrerer Lehrerverbände, die gegen die französische Betreiber-GmbH des Portals geklagt hatten⁶⁷. Das TGI gab den Betreibern der Seite im Wege einer einstweiligen Verfügung auf, die Nutzung der personenbezogenen Daten einzustellen und das Erscheinen der Lehrernamen auf der Seite samt dazugehörigem Diskussionsforum zu unterbinden. Zusätzlich mussten die Portalbetreiber Schadensersatz in Höhe von 3000 Euro zuzüglich ein Euro je Kläger zahlen. Der *Cour d'Appel de Paris* bestätigte diese Entscheidung als Berufungsgericht im Wesentlichen⁶⁸. Die Gerichte waren der Ansicht, dass die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit an ihre Grenzen stoße, wenn der Bildungsbetrieb gestört und die Lehrertätigkeit erschwert werde. Im Hinblick auf den Persönlichkeits- und Datenschutz kritisierten die Gerichte unter anderem die fehlende Zugangsbeschränkung auf Schüler der zu bewertenden Lehrkräfte, die Zweckbestimmung durch die Portalbetreiber und die mangelnde Aussagekraft des Bewertungssystems.

Dem Bewertungssystem auf www.note2be.com lag allerdings eine andere Funktionsweise zu Grunde als dem deutschen Sachverhalt: Auf der Seite des Portals waren die Lehrer samt Bewertung mittels ihres Namens direkt auffindbar, ohne dass eine Kenntnis des Schulnamens vorausgesetzt wurde. In einem so gelagerten Fall hätte der BGH die Abwägung möglicherweise anders ausfallen lassen, denn gerade die Zugangsbeschränkungen (u. a. Kenntnis des Schulnamens) waren für den VI. Zivilsenat ein relevantes Abwägungskriterium. Interessant an den französischen Gerichtsentscheidungen ist auch, dass die Betreiber von „note2be“ nach dortigem Datenschutzrecht stärker an die Zweckbestimmung der Datenerhebung gebunden werden⁶⁹. Solchen Anforderungen würde die Seite www.spickmich.de wohl nicht genügen⁷⁰. Die mit der Plattform bezweckte „Evaluation“ ist nicht aussagekräftig, da jeder, der Schul- und Lehrernamen kennt, mitbewerten kann und so von den Portalbetreibern nur der Anschein suggeriert wird, dass die Note das Meinungsbild der Schüler wiedergibt.

IV. Rechtliche Grenzen von Bewertungsportalen

Nach dem Urteil des BGH können allgemeinen Grenzen für die Zulässigkeit von personenbezogenen Bewertungsportalen

konkretisiert werden, die unabhängig von der einzelnen Portalausgestaltung gelten.

1. Die grundsätzliche Bewertungsmöglichkeit auf einem Online-Portal

Die Bewertung der Leistungen von Personengruppen stellt ein durch Art. 5 I 1 GG geschütztes Werturteil dar. Dem Persönlichkeitsrecht des Bewerteten in Form seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung steht damit die Meinungsfreiheit der Nutzer gegenüber. Durch die Tatsache der Bewertung auf einem Online-Portal wird in der Regel nicht gegen das Persönlichkeitsrecht verstoßen, wenn die berufliche Tätigkeit anhand sachlicher Kriterien bewertet wird⁷¹. Bedenklich sind allerdings Internet-Seiten, bei denen die Bewertungsobjekte gezielt diffamiert werden, wie bei den noch vor kurzem existierenden Portalen www.rottenneighbor.com und www.dontdatehim.com, auf denen Nachbarn bzw. Exfreunde bewertet wurden. Ein Bewertungssystem ist immer dann von vornherein unzulässig, wenn ihm eine Formalbeleidigung, Angriff auf die Menschenwürde oder eine Schmähung der Bewerteten immanent ist.

2. Die einzelne Bewertung

Der BGH misst die Zulässigkeit der einzelnen Bewertung an datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Zu unterscheiden ist die Erhebung und Speicherung der Daten von der Übermittlung an die Nutzer. Im Rahmen des § 29 I BDSG ist zu ermitteln, ob ein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse des Bewerteten besteht, und dabei zwischen Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht abzuwägen. Wird durch die Bewertung nur die Sozialsphäre betroffen, überwiegt in der Regel die Kommunikationsfreiheit. Wenn allerdings die Bewertungskriterien die Intim- oder Privatsphäre des Bewerteten beeinträchtigen, indem zum Beispiel wie anfangs auf www.spickmich.de evaluiert wird, ob dieser „sexy“ ist, kann die Abwägung zu Gunsten des Persönlichkeitsrechts ausfallen. Absolute Grenzen sind auch hier Beleidigung, Schmähung oder die Verletzung der Menschenwürde, die insbesondere bei der Nutzung einer Freitext-Kommentarfunktion überschritten werden können⁷². Werden dem Bewerteten über eine Zitatfunktion falsche Äußerungen untergeschoben, sind diese als falsche Tatsachenbehauptungen nicht von der Meinungsfreiheit geschützt. Hinsichtlich der Übermittlung der Daten ist zu prüfen, ob ein Informationsinteresse an der Kenntnis der Bewertung besteht.

V. Rechtsschutz

Nach § 34 BDSG kann der Betroffene grundsätzlich Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten, die potenziellen Empfänger und den Zweck der Speicherung verlangen.

64 BGH, NJW 2009, 2888 (2893); so auch *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403 (408); unentschieden *Ploog*, CR 2007, 668 (669).

65 BGH, NJW 2009, 2888 (2893); vgl. auch o. unter III 2.

66 www.note2be.com.

67 TGI v. 3. 3. 2008, No 08/51650, abrufbar unter <http://www.forum-internet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/tgi-par20080303.pdf>.

68 *Cour d'Appel de Paris* v. 25. 6. 2008, No 08/04727, abrufbar unter <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/ca-par20080625.pdf>.

69 Vgl. Article 6 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

70 In diese Richtung argumentierend *Peifer/Kamp*, ZUM 2009, 185 (188).

71 Vgl. *u. Coelln*, in: *Festschr. f. Bethge* (o. Fußn. 42), S. 271 (279).

72 Vgl. *LG Berlin*, MMR 2007, 668 = DuD 2007, 784.

Im Falle einer rechtswidrigen Bewertung hat der Betroffene einen Lösungsanspruch nach § 35 II 2 Nr. 1 BDSG. Ferner steht ihm ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 823 II, 1004 BGB analog i. V. mit § 4 I BDSG zu. Subsidiär kommt ein Anspruch aus §§ 823 I, 1004 BGB analog i. V. mit Art. 1 I, 2 I GG wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht. Allerdings ist wegen der Anonymität der Bewertungen ein Vorgehen gegen den Täter in den meisten Fällen nicht möglich. Der Betroffene kann sich nur an den Plattformbetreiber halten. Die Störerhaftung trifft die Betreiber nach § 7 II 2 TMG auch, wenn sie auf Grund der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG nicht verantwortlich wären, aber zumutbare Kontrollmöglichkeiten bestanden⁷³.

VI. Fazit

Mit der Entscheidung des BGH zum Lehrerbewertungsportal „spickmich“ liegt erstmals höchstrichterliche Rechtsprechung zu personenbezogenen Bewertungsplattformen vor. Das Urteil kann dabei zwar erste Linien für deren rechtliche Beurteilung vorgeben, die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit wird jedoch stets von der Plattformausgestaltung im Einzelfall abhängen.

Der BGH hat in seinem Urteil deutlich gemacht, dass die Meinungsfreiheit ein so hohes Gut ist, dass gewisse Beein-

trächtigungen des Persönlichkeitsschutzes hinzunehmen sind. Dabei ist die Idee, die hinter dem Konzept der Bewertungsplattformen steht, durchaus legitim: Die (in Form von Zeugnissen oder Scheinen) Bewerteten drehen den Spieß um und bewerten ihre Ausbilder. Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass diese „Noten“ von jedem, der eine E-Mail-Adresse hat, vergeben werden können und dann für die gesamte Internet-Community sichtbar sind. Wichtig sind daher Zugangsmechanismen, die Nutzer ohne berechtigtes Informationsinteresse vom Abrufen der Bewertungen abhalten. Ferner sollten die Plattformbetreiber die Profile nicht per Namenseingabe auf der Seite und über Suchmaschinen auffindbar machen. Bei missbräuchlichen Bewertungen und Einträgen müssen Fehlermeldungen oder andere Mechanismen sicherstellen, dass der entsprechende Beitrag gelöscht wird. Dass sich trotz dieser Maßnahmen einzelne Bewertete angeprangert fühlen, wird sich bis zur Grenze der Beleidigung oder Schmähung nicht vermeiden lassen, um den Schutz der für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Meinungsfreiheit im Internet zu garantieren. ■

73 BGH, NJW 2009, 2888 (2889); BGHZ 158, 236 (246 ff.) = NJW 2004, 3102; Sieber/Höfing, in: Hoeren/Sieber (o. Fußn. 14), Teil 18.1 Rdnr. 50.

Rechtsanwälte Professor Dr. Alexander Riesenkampff und Boris Schuba, Frankfurt a. M.*

Wie sicher sind die Auszahlungen des Schneeballsystems an seine Anleger?

Die schlimmste Plage der modernen Finanzbranche ist der Betrug mit Kapitalanlagen, insbesondere in Form des so genannten Schneeballsystems. Beispielloos ist dabei das „Lebenswerk“ des ehemaligen NASDAQ-Chefs Bernard Madoff: Seine jahrzehntelange Tätigkeit resultierte in 3 Millionen Betroffenen und circa 65 Milliarden US-Dollar Schulden. Sichergestellt konnten bisher dagegen nur Werte in Höhe von 1,2 Milliarden US-Dollar (Frank/Efrati, „Evil“ Madoff Gets 150 Years in Epic Fraud, WSJ vom 30. 6. 2009; Mai/Dörner/Bräuer/Ruch, Urteil gegen Milliardenbetrüger. Madoff bekommt 150 Jahre, FTD.de vom 29. 6. 2009). Der schillerndste Fall des Schneeballsystembetrugs in Deutschland ist der Fall Phoenix. Juristisch bringt dieser Fall die Frage zu Tage, ob und inwieweit die Anleger die von dem Schneeballsystem erhaltenen Zahlungen zur Masse zurückzahlen müssen.

I. Einleitung

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der *Phoenix Kapitaldienst GmbH* – Gesellschaft für die Durchführung und Vermittlung von Vermögensanlagen (*Phoenix*) ist am 1. 7. 2005 eröffnet worden. Das Geschäftsmodell *Phoenix* lässt sich kurz folgendermaßen darstellen: Die Kundengelder wurden in das so genannte Phoenix Managed Account (PMA) eingezahlt. Entgegen den Bestimmungen des § 34 a I 1 WpHG unterhielt *Phoenix* keine separaten Konten für die Gelder einzelner der über 30 000 Anleger¹, sondern verwahrte die eingezahlten Beträge auf einem so genannten „Omnibuskonto“. Von den insgesamt eingezahlten 600,7 Millionen Euro verwendete *Phoenix* 200,3 Millionen Euro für Provisionszahlungen für den Vertrieb des PMA. Weitere Aufwendungen von 54,6 Millionen Euro entstanden durch die marginale Handelstätigkeit. Außerdem fielen erhebliche Kosten durch den laufenden Geschäftsbetrieb an.

Der Schaden während des gesamten Zeitraums des Bestehens des Geschäftsmodells „Phoenix“ (1992–2005) beläuft sich laut Feststellungen des *LG Frankfurt a. M.* auf 327,742 Millionen Euro.

Bei diesen Berechnungen bleibt jedoch eine besondere Art von Zahlungen unberücksichtigt, die an (manche) Anleger von *Phoenix* geflossen waren: so genannte Gewinnauszahlungen. Naturgemäß zahlte *Phoenix* keine tatsächlich erwirtschafteten Gewinne, sondern Scheingewinne aus. Die Auszahlung von Scheingewinnen führt in der Insolvenz des auszahlenden Finanzbetrügers zu Interessenkollisionen zwischen einerseits den Gläubigern – den Empfängern der Scheingewinnauszahlungen – und andererseits dem Insolvenzverwalter samt den übrigen Gläubigern, die sich keine Scheingewinne haben zurückzahlen lassen.

Diese Auszahlungen stehen nun im Mittelpunkt der hier zu besprechenden Entscheidung des BGH². In dieser Entscheidung gibt er seine bisherige Rechtsprechung³ auf.

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 29. 11. 1990⁴ hatte der BGH noch die folgende Position vertreten: Den Ansprüchen des Kon-

* Der Autor *Riesenkampff* ist Partner der Kanzlei *Schulte Riesenkampff* in Frankfurt a. M., der Autor *Schuba* ist Rechtsanwalt in der Kanzlei *Schadbach* Rechtsanwälte in Frankfurt a. M. – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 11. 12. 2008 – IX ZR 195/07, NJW 2009, 363 = NZI 2009, 103 = ZIP 2009, 186.

1 Die hier und nachfolgend zum Ausmaß der Tätigkeit von *Phoenix* angeführten Zahlen stammen aus dem Urteil des *LG Frankfurt a. M.* v. 11. 7. 2006 – 5/26 KLS 7570 Js 210 600/05 Wl.
2 NJW 2009, 363 = NZI 2009, 103 = ZIP 2009, 186, als „Phoenix-Teil“ bezeichnet.
3 BGHZ 113, 98 = NJW 1991, 560.
4 BGHZ 113, 98 = NJW 1991, 560; zustimmend OLG *Frankfurt a. M.*, ZIP 2007, 2426 = BeckRS 2007, 65008; OLG *Jena*, ZIP 2008, 1887; LG *Weiden*, Urt. v. 17. 10. 2007 – 2 S 52/07.