

Piotr Duber Rechtsanwaltskanzlei | Schloßstraße 110 | 12163 Berlin

Stowarzyszenie

Patria Nostra

ul. Partyzantów 68/5

10-523 Olsztyn

Piotr Duber MBA*
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

*Wyższa Szkoła Bankowa w Poznaniu
Franklin University (USA)

Schloßstraße 110
12163 Berlin

Tel.: +49 (0)30 - 754 57 100

Mobil: +49 (0)176 - 499 16 591

Fax: +49 (0)30 - 754 57 099

E-Mail: kanzlei@piotr-duber.de

Internet: www.piotr-duber.de

Berlin, den 17.09.2018

Mein Zeichen: 701/18

Ekspertyza prawna

I. Przedmiot, zakres i cel ekspertyzy

Przedmiotem ekspertyzy sporządzonej na zlecenie Stowarzyszenia Patria Nostra jest następujące zagadnienie: Przeprosiny jako formy usunięcia skutków naruszenia dóbr osobistych Pana Karola Tendery w kontekście orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu i jej zgodność z niemieckimi przepisami dotyczącymi roszczeń o usunięcie skutków naruszenia dóbr osobistych.

II.

Ausgangspunkt des Rechtsgutachtens ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache Tendera ./ ZDF vom 19. Juli 2018, AZ: IX ZB 10 /18 über die Versagung der Vollstreckung des polnischen Urteils, in der die Rechtsprechung des EGMRs zur der Rechtsfigur der Entschuldigung und somit die Menschengrundrechte des Herrn Tendera aus Art.6 und 8 EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht berücksichtigt worden sind.

Der Bundesgerichtshof begründet seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

„(...) Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Abweisung des Antrags des Antragstellers (...).

2. Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Vollstreckung des Urteils des Appellationsgerichts Krakau vom 22. Dezember 2016 widerspräche offensichtlich dem ordre public der Bundesrepublik Deutschland (vgl. Art. 45 Abs. 1 Satz 1, Art. 34 Nr. 1 EuGWO aF).

a) Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Die Antragsgegnerin habe, was sie selbst nicht in Abrede stelle, mit der Formulierung "polnische Vernichtungslager" eine unrichtige Tatsache behauptet. Eine unrichtige Tatsachenbehauptung unterfalle nicht dem Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Annahme einer hierdurch bewirkten Persönlichkeitsverletzung des Antragstellers, der polnischer Staatsangehöriger und in Auschwitz inhaftiert gewesen sei, verstoße ebenfalls nicht gegen das Grundgesetz. Auch nach deutschem Recht könne der Betroffene vom Störer die Berichtigung einer unrichtigen Tatsachenbehauptung verlangen. Mit der Angemessenheit der zur Beseitigung der Verletzungsfolgen notwendigen Maßnahmen habe sich das Gericht des Urteilsstaates sehr eingehend und ausgewogen befasst. Es habe nicht die Demütigung oder Bestrafung der Antragsgegnerin beabsichtigt, sondern umgekehrt deren Geschichtsbewusstsein besonders hervorgehoben. Auch dem Berichtigungsanspruch des deutschen Rechts wohne ein entschuldigendes, nämlich die Schuld tilgendes, wiedergutmachendes Element inne. Eine inhaltliche Überprüfung des Urteils des Gerichts des Urteilsstaates sei dem Gericht des Vollstreckungsstaates verwehrt. Auf die Erfüllung des titulierten Anspruchs könne sich die

Antragsgegnerin im Exequaturverfahren ebenfalls nicht berufen.

b) Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

aa) Gemäß Art. 45 Abs. 1 Satz 1, Art. 34 Nr. 1 EuGWO aF wird eine ausländische Entscheidung dann nicht für vollstreckbar erklärt, wenn die Vollstreckung der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Mitgliedstaats, in dem sie geltend gemacht wird, offensichtlich widersprechen würde. Mit dem materiellen *ordre public* ist ein ausländisches Urteil nicht schon dann unvereinbar, wenn das Gericht des Vollstreckungsstaates bei Anwendung des eigenen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Die ausländische Entscheidung darf keinesfalls in der Sache selbst nachgeprüft werden (Art. 45 Abs. 2 EuGWO aF; Verbot der *revision au fond*). Maßgeblich ist vielmehr, ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall zu den Grundgedanken der Regelungen des Vollstreckungsstaates und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es für den Vollstreckungsstaat nicht tragbar ist (BGH, Beschluss vom 22. Juni 2017 - IX ZB 61/16, WM 2017, 1428 Rn. 14 mwN). Es geht um das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts; auf die Begründung kommt es entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht an (vgl. Stadler in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 328 Rn. 24; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 328 Rn. 101). Die Vollstreckung der ausländischen Entscheidung wird nicht zugelassen, wenn sie im Ergebnis gegen einen wesentlichen Rechtsgrundsatz des Vollstreckungsstaates verstieße und deshalb in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zu dessen Rechtsordnung stünde. Bei dem Verstoß muss es sich um eine offensichtliche Verletzung einer in der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates als wesentlich geltenden Rechtsnorm oder eines dort als grundlegend anerkannten Rechts handeln (EuGH, NJW 2009, 1938 Rn. 27; BGH, Beschluss vom 17. September 2015 - IX ZB 47/14, ZVI 2016, 14 Rn. 8).

bb) Die Vollstreckung des Urteils des Gerichts des Urteilsstaates, mit welchem die Antragsgegnerin zur Abgabe der im Tatbestand mitgeteilten Erklärung verurteilt worden ist, griffe in nicht hinnehmbarer Weise in das Grundrecht der Antragsgegnerin aus Art. 5 Abs. 1 GG auf freie Meinungsäußerung ein.

(1) Gegenstand der rechtlichen Prüfung im Rahmen der Vollstreckbarkeitserklärung ist nicht die Äußerung, die Gegenstand des Rechtsstreits vor den Gerichten des Urteilsstaates war. Der Senat hat also nicht selbständig zu beurteilen, wie die im Tatbestand mitgeteilte Programmanzeige zu verstehen war. Nur zur Klarstellung weist der Senat darauf hin, dass eine Aussage des Inhalts, die Lager Majdanek und Auschwitz seien von Polen betrieben worden, eine unrichtige Tatsachenbehauptung darstellt. Die Äußerung, Aufrechterhaltung und Weiterverbreitung herabsetzender Tatsachenbehauptungen, deren fehlender Wahrheitsgehalt bereits im Zeitpunkt der Äußerung, Aufrechterhaltung oder Weiterverbreitung feststeht, wird von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht geschützt (BVerfGE 99, 185, 197; BGH, Urteil vom 16. Juni 1998 - VI ZR 205/97, BGHZ 139, 95, 101; vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 211/12, BGHZ 199, 237 Rn. 23; vom 16. Januar 2018 - VI ZR 498/16, WM 2018, 630 Rn. 38; vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Januar 2016 - VI ZR 302/15, WM 2016, 405 Rn. 15).

(2) Gegenstand der rechtlichen Prüfung im Rahmen der Vollstreckbarkeitserklärung ist vielmehr ausschließlich die Erklärung, zur deren Abgabe das Gericht des Urteilsstaates die Antragsgegnerin verurteilt hat. Die Antragsgegnerin ist dazu verurteilt worden, die Bewertung, die ihre Erklärung durch das polnische Gericht erfahren hat, als eigene Meinung zu übernehmen und zu veröffentlichen. Dies verstößt offenkundig gegen das Grundrecht der Antragsgegnerin aus Art. 5 Abs. 1 GG.

(a) Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Dieses Recht findet gemäß Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Die Freiheit der Meinungsäußerung umfasst auch die negative Meinungsfreiheit, die Freiheit also, eine Meinung nicht zu haben, nicht zu äußern und insoweit zu schweigen und nicht gezwungen zu werden, eine fremde Meinung als eigene verbreiten zu müssen (BVerfGE 65, 1, 40 f; 95, 173, 182; BVerfG, WM 2018, 1167 Rn. 21; Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 2. Aufl., Art. 5 Rn. 74; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl., Art. 5 Rn. 11).

(b) Ob eine Äußerung als Tatsachenbehauptung oder als Werturteil einzustufen ist, ist eine Rechtsfrage, welche der uneingeschränkten Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt (BGH, Urteil vom 1. März 2016 - VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 Rn. 33). Tatsachenbehauptungen sind durch die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert. Demgegenüber werden Werturteile und Meinungsäußerungen durch die subjektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage geprägt. Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist danach, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich ist. Das scheidet bei Werturteilen und Meinungsäußerungen aus, weil sie durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind und sich deshalb nicht als wahr und unwahr erweisen lassen. Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, wird sie als Meinung von dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte den Sinn der Äußerung aufhobe oder verfälschte (BGH, Urteil vom 1. März 2016, aaO mwN).

(c) Die Erklärung, zu deren Abgabe die Antragsgegnerin verurteilt worden ist, stellt eine Meinungsäußerung in diesem Sinne dar. Der Text, der Ausgangspunkt des Vorprozesses war, wird nicht im Wortlaut, sondern in wertender Umschreibung wiedergegeben. Die festgestellten Tatsachen - die Antragsgegnerin hat eine Sendung über die Befreiung bestimmter in Deutschland belegener Konzentrationslager anhand von Originalaufnahmen aus der damaligen Zeit unter Hinweis darauf angekündigt, dass erst hierdurch die ganze Tragweite der nationalsozialistischen Verbrechen bekannt geworden sei, während die Befreiung der in Polen belegenen Lager, jedenfalls missverständlich als "polnische" Lager bezeichnet, kaum Aufsehen erregt habe - finden sich in dieser Umschreibung nicht wieder. Die Antragsgegnerin soll vielmehr losgelöst von dem ursprünglichen Text ihrer Programmankündigung bedauern, eine inkorrekte und die Geschichte des polnischen Volkes verfälschende Formulierung verwandt zu haben, und sich beim Antragsteller für die Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte entschuldigen. Die Umschreibung einer - zudem nicht zusammenhängend wiedergegebenen - Programmankündigung als Geschichtsverfälschung und als Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines ehemaligen KZ-Häftlings ist das Ergebnis einer wertenden Betrachtung, nicht jedoch eine Tatsache, deren Wahrheitsgehalt überprüft werden könnte. Mit dem Ausdruck des Bedauerns und mit der Bitte um Entschuldigung soll sich die Antragsgegnerin dieser Bewertung anschließen und als eigene Meinung veröffentlichen. Die Möglichkeit einer Distanzierung etwa in der Form, dass die zu veröffentlichende Erklärung als fremde, auf dem Urteil eines polnischen Gerichts beruhende Aussage gekennzeichnet wird, ist damit ausgeschlossen.

(3) Die Antragsgegnerin ist, wie schon gesagt, nicht berechtigt zu behaupten, dass die im heutigen Polen belegenen Konzentrationslager Majdanek und Auschwitz von Polen betrieben worden seien. Die Wertung des Gerichts des Urteilsstaates, sie habe durch die Veröffentlichung der eingangs wiedergegebenen

Programmankündigung die polnische Geschichte verfälscht und die Persönlichkeitsrechte des Antragstellers, insbesondere dessen Nationalidentität, verletzt, braucht sie jedoch nicht als eigene zu übernehmen. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs kann niemand von Rechts wegen gezwungen werden, sich fremde Werturteile und Meinungen zu eigen zu machen (BGH, Urteil vom 17. Juni 1953 - VI ZR 51/52, BGHZ 10, 104, 105; vom 22. April 2008 (VI ZR 83/07, BGHZ 176, 175 Rn. 16). Im zuletzt genannten Urteil heißt es, die Berichtigung von Äußerungen, die auf ihren Wahrheitsgehalt im Beweisweg objektiv nicht überprüft werden können, weil sie nur eine subjektive Meinung, also ein wertendes Urteil enthalten, könne nicht verlangt werden. Die Pflicht zur Übernahme einer fremden Meinungsäußerung unterliegt denselben verfassungsmäßigen Grenzen wie diejenige zum Unterlassen einer eigenen Meinungsäußerung. Das Bundesverfassungsgericht geht ebenfalls davon aus, dass ein Überzeugungswandel nicht verlangt werden kann (BVerfGE 28, 1 ff). In einer neueren Entscheidung hat es angenommen, die Presse dürfe nach einer rechtmäßigen Verdachtsberichterstattung, die sich später als unrichtig erwiesen habe, nicht zu einer (eigenen) Neubewertung der veränderten Sachlage verpflichtet werden (BVerfG, WM 2018, 1167 Rn. 21). Entgegen der Ansicht des Antragstellers geht es hier nicht darum, ob die Ausgangserklärung - die eingangs zitierte Programmankündigung- rechtmäßig oder rechtswidrig war. Es geht um die Frage, ob die Antragsgegnerin zur Übernahme einer fremden Meinung verpflichtet werden kann. Wenn schon die Pflicht zur Abgabe einer eigenen Stellungnahme gegen die negative Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG verstößt, gilt dies erst recht für die Pflicht, eine vorgegebene Bewertung als eigene Meinung veröffentlichen zu müssen.

Die Rechtsauffassung des BGHs ist mit der Rechtsprechung des EGMRs zur Zulässigkeit der Entschuldigung als

Folgenbeseitigungsmaßnahme bei erfolgter
Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht vereinbar.

Es gibt nämlich eine Vielzahl von Entscheidungen, in denen die Problematik der Entschuldigung als einer angemessenen und rechtlich zulässigen Maßnahme der Folgenbeseitigung im Kontext des Rechts auf freie Meinungsäußerung erörtert wurde.

Der EGMR hat in diesen Entscheidungen nirgendwo die Entschuldigung generell als eine unzulässige Form der Verpflichtung zur Übernahme einer fremden Meinung angesehen.

Ganz im Gegenteil. In der Entscheidung *Cihan Öztürk v. Turkey*, App. No 17095/03 betonte der EGMR, dass es sogar geboten ist, dass die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Angemessenheitsprüfung andere Maßnahmen als hohe Geldsanktionen wie z.B. Entschuldigung oder Urteilsveröffentlichung in Erwägung ziehen sollen („the national courts might instead have considered other sanctions, such as the issuance of an apology or publication of thier judgment finding the statements to be defamatory“).

In der Entscheidung *Gasior v. Poland* stellte der EGMR im Rahmen der Abwägung des presserechtlichen Meinungsfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht fest, dass die Beklagte lediglich zur Veröffentlichung einer Entschuldigung verpflichtet wurde. („the applicant was only ordered to publish an apology“).

Im Übrigen ist zur der Frage der europarechtlichen Zulässigkeit der Entschuldigung ergänzend auf folgende Entscheidungen des EGMR hinzuweisen: *Aleksey Ovchinnikov v Russia* No. 24061/04, *Blaja News v. Poland*, App. No. 59545/10; *Kubaszewski v. Poland*, App. No 571/04; *Gasior v. Poland*, App. No. 34472/07; *Stankiewicz and Others v. Poland*, App No. 48723/07; *Kania and Kittel v. Poland*, App. No.

35105/04; Kurski v. Poland, App. No. 26115/10, Zybertowicz vs poland, App. No 65937/11)

Dadurch, dass der Bundesgerichtshof bei seiner Entscheidung über die Versagung der Vollstreckung des polnischen Urteils die Rechtsprechung des EGMR zur der Rechtsfigur der Entschuldigung und somit die Menschenrechte des Herrn Karol Tendera aus Art.6 und 8 EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht berücksichtigt hat, verletzte er den Grundrechtsträger in seinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG.

Anstatt nähere Feststellungen zu der Frage zu treffen, ob im vorliegenden Fall eine offensichtliche Widersprüchlichkeit mit der deutschen Rechtsordnung gegeben ist, beschäftigt sich die Entscheidung mit der deutschen einfachgesetzlichen Rechtsdogmatik betreffend die Abgrenzung der Tatsachen von den Werturteilen und der sich damit ergebenden Konsequenzen für den Berichtigungsanspruch nach dem deutschen einfachen Recht, prüft dann noch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach den nationalen Maßstäben und betreibt somit die nach Art. 45 Abs. 2 EuGVVO a.F. unzulässige Nachprüfung der Entscheidung in der Sache selbst.

Die Begründung der begutachteten Entscheidung basiert somit ausschließlich auf der deutschen Rechtsdogmatik und wächst nicht über das deutsche, von einfachgesetzlichen Regelungen geprägte Rechtsverständnis hinaus.

Solche Vorgehensweise trägt sowohl dem internationalen Charakter des entschiedenen Sachverhalts als auch dem Erfordernis einer autonomen und unter Berücksichtigung der hier dargestellten Rechtsprechung des EGMRs gebotenen und erforderlichen europaeinheitlichen Auslegung der EuGVVO nicht hinreichend Rechnung.

Denn die Ziele der EuGVVO können nur dann erreicht und gewährleistet werden, wenn die länderbezogenen systematischen und rechtsdogmatischen Unterschiede und Einzelheiten und die Wirkung einzelner Rechtsinstitute des einfachen Rechts in den Ländern Europas durch die entsprechende europarechtskonformen Anwendung der EuGVVO – Vorschriften und der EMRK aufrechterhalten werden.

Das kann nur dann passieren, wenn eine Entschuldigung als Maßnahme der Beseitigung der Folgen der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts nicht deswegen per se durch den Vollstreckungsstaat abgelehnt wird, weil sie dort als eine fremde Meinung anzusehen ist.

Die Ziele der europäischen Verordnungsgeber können in der (Rechts-)Praxis nur dann erreicht werden, wenn einem titulierten äußerungsrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch des Urteilsstaates überhaupt die Möglichkeit der Anerkennung eingeräumt und offen gehalten wird.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Entscheidung des BGHs offensichtlich zumindest europarechtsfeindlich wenn nicht europarechtswidrig zustande gekommen ist, indem die oben dargestellte Rechtsprechung des EGMR zu Gunsten des Herrn Karol Tendra überhaupt nicht beachtet und berücksichtigt wurde.


Piotr Duber
Rechtsanwalt