

HANOVER LAW REVIEW

ISSN: 2568-6550

Aufsätze

Dr. Björn Steinrötter &
Jannik Sendzikowski &
David Faber &
Laura Wenzel

**Legal Tech: Eine Bestandsaufnahme zur
Digitalisierung der Rechtsbranche**

Lernbeiträge

Dr. Patrick Christian Otto

**Die allgemeine Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV
im Recht der Europäischen Union**

Entscheidungen

Rocky Glaser
Patrick Glatz
Paula Kirsten
Finja Maasjost
Fabienne Wundram

**Rote Karte - BVerfG 2 BvE 1/16
Kopftuch am Arbeitsplatz - EuGH C 157/17
Fiktive Schadensberechnung - BGH VII ZR 46/17
Räuberische Erpressung - BGH 2 StR 154/17
Werbeblocker - BGH I ZR 154/16**

Studienpraxis & Fallbearbeitung

Btissam Boulakhrif
Simon Graupe &
Sarah Jensen
Felix Lücke

**Klausur in BGB III, 15 Punkte
How To: Die LL.B. - Klausur
Klausur im Staatsorganisationsrecht, 16 Punkte**

Varia

Prof. Dr. Christian Heinze
Robin Dudda &
Patricia Meinking
Maximilian Nussbaum &
Martin Suchow
Anna Ordina

**Interview
Tutorium II
JurMent - Mentoringprogramm an der
Juristischen Fakultät
Refugee Law Clinic**

Seiten 232 bis 237

Kurz & Knapp
Mit aktueller Rechtsprechungsübersicht zu allen drei Rechtsgebieten!



Talents for Future

Die 10-Stations-Tour unseres Karriereprogramms für Referendare

Ihr Start in unserer Wirtschaftskanzlei

Entwickeln Sie Ihr fachliches und persönliches Potenzial mit unserem individuellen Karriereprogramm für Nachwuchsjuristen. Von Beginn an begleitet Sie ein erfahrener Mentor auf Ihrem Weg. Als Teil unseres Teams wirken Sie bei der Bearbeitung von aktuellen Mandaten mit und haben die Möglichkeit, an verschiedenen Weiterbildungs- und Austauschformaten teilzunehmen. Gestalten Sie mit uns eine Karriere, die zu Ihrer Persönlichkeit sowie Ihrer individuellen Zukunftsplanung passt.

Die 10-Stations im Überblick:

- ▶ Station 01 – Kick-off Dialogue
- ▶ Station 02 – Training on the Job
- ▶ Station 03 – Legal Presentation
- ▶ Station 04 – Legal & Soft Skills Training
- ▶ Station 05 – Social Events & Networking
- ▶ Station 06 – Legal Cases
- ▶ Station 07 – Practice Area Crossing
- ▶ Station 08 – Career Advice
- ▶ Station 09 – Individual Feedback
- ▶ Station 10 – Talent Alumni Network

Weitere Einblicke und Informationen zum „Talents for Future“-Programm erhalten Sie unter [taylorwessing.com](https://www.taylorwessing.com).

Fragen zu Ihren Perspektiven in unserer Kanzlei beantwortet Ihnen unser Karriere-Team unter karriere@taylorwessing.com.

Wir freuen uns darauf, Sie kennenzulernen!

▶ Berlin ▶ Düsseldorf ▶ Frankfurt ▶ Hamburg ▶ München

TaylorWessing

Verlag

Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Registernummer
VR 202863
Amtsgericht Hannover

www.hanoverlawreview.de

Info

Erscheinungsweise: Quartalsweise zum Quartalsende
Erscheinungsort: Hannover

Die Inhalte dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Eine Veröffentlichung oder Verwertung, insbesondere durch Wiedergabe im Vortrag, Datenverarbeitung, Kopie oder andere Reproduktion bedarf in den Grenzen des UrhG der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers.

Druck

Esf-Print
Rigistraße 9
12277 Berlin

Zitiervorschlag

amerikanisch:
Autor, 3 Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

europäisch:
Autor, Han LR 2018, Anfangsseite (Fundstellenseite)

Redaktion

Schriftleitung
Tim Brockmann
Hanover Law Review e.V.
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Postfach 32

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Redaktion:
Alina Amin, Btissam Boulakhrif,
Robin Dudda, Patrick Glatz, Malte Gauger,
Rocky Glaser, Antonia Hagedorn,
Adam Hetka, Frederike Hirt, Paula
Kirsten, Simon Künnen, Felix Lücke,
Finja Maasjost, Patricia Meinking,
Daniel Müller, Anna Ordina, Moritz Stamme,
Jonas Vonjahr, Floriane Willeke, Jasmin Wulf,
Fabienne Wundram und Jendrik Wüstenberg.

Kontakt

redaktion@hanoverlawreview.de

Hanover Law Review

Die Hanover Law Review versteht sich selbst als studentische, überparteiliche und unabhängige Ausbildungszeitschrift.

Entsprechend dem Leitsatz: **Lernen, lehren & veröffentlichen** setzt sie den eigenen Veröffentlichungsschwerpunkt im Gebiet der Lehre.

Die Hanover Law Review ermutigt engagierte Studierende zur Einsendung von Entscheidungsanmerkungen und Beiträgen zur Studienpraxis, sowie zur Mitarbeit im Verein und in der Redaktion.

Hierbei soll nicht nur die eigene Erkenntnis mit Kommilitoninnen und Kommilitonen geteilt werden, es wird auch die Möglichkeit gegeben, erste Erfahrungen in der Veröffentlichungspraxis zu sammeln.

Einsendungen, Beiträge und Interessensbekundungen sind ausdrücklich erbeten.

- Die Redaktion

BeA

beA – Besonderes elektronisches Anwaltspostfach.

Digital. Einfach. Sicher. So lautet die Trias, die sich als vertrauenerweckender Dreiklang zum beA überlegt worden ist. Drei einfache Worte, die keine Zweifel an der Integrität und Nutzbarkeit des besonderen elektronischen Anwaltspostfaches lassen.

Die mediale Berichterstattung zum Thema lässt das Gegenteil vermuten. Überall kann man von *Pannenserien*, *SuperGAU*, *beAGate* und *peinlichen Misserfolgen* lesen, wenn es um den durchgängigen, sicheren Betrieb des besonderen elektronischen Anwaltspostfaches geht.

Was ist schiefgelaufen und warum verzögert sich die Einführung des beA? Während die Diskussion um die passive Nutzungspflicht des Postfaches und die vorhandenen Sicherheitslücken in weiten Teilen über informatorischen Aspekte hinweggeht, geht es, so scheint es, in erster Linie darum Schuldige zu finden und eine Opposition einzunehmen. Veränderungen sind nicht immer angenehm, die Beharrungskräfte in einem der traditionsreichsten Berufe überhaupt groß. Modernisierung geht selten unproblematisch von statten – wenn mal also Kritik üben möchte, dann in der Sache. Nur wer aber versteht, worum es bei einer Sache geht, darf überhaupt kritisieren – alles andere ist Polemik. Der Beitrag versucht ein Schlaglicht auf den Zweck und die technische Zweckerreichung, sowie die aufgetauchten Probleme bei der Einführung des beA zu werfen.

1. Was ist das beA?

Die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten ist in Deutschland bisher in den zehn Jahren seit der Einführung weit hinter den Erwartungen zurückgeblieben. Im Gegensatz zum außerprozessualen Geschäftsverkehr, der in vielen Bereichen inzwischen auf elektronischem Wege erfolgt, basiert die Kommunikation mit der Justiz noch fast ausschließlich auf Papier. Als Grund hierfür wird regelmäßig das noch immer – auch bei professionellen

Einreichern – fehlende Nutzervertrauen in die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der elektronischen Kommunikation mit den Gerichten genannt. Zum einen beruht dies auf der mangelnden Akzeptanz der – für die formgerechte Einreichung notwendigen – qualifizierten elektronischen Signatur. Obwohl bereits seit einigen Jahren mit dem Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) ein für alle Rechtsanwälte allgemein zugänglicher, sicherer Kommunikationsweg zur Justiz besteht, ist die Einreichung elektronischer Dokumente noch immer längst nicht bei jedem deutschen Gericht möglich.¹

Das besondere elektronische Anwaltspostfach soll den in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälten eine sichere elektronische Kommunikation mit der Justiz, mit Behörden und untereinander ermöglichen und das EGVP ablösen. Über das beA sollen Zivilgerichte, Arbeitsgerichte, Finanzgerichte, Sozialgerichte und Verwaltungsgerichte erreichbar sein. Für die Strafgerichtsbarkeit existiert ein Entwurf zum Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen, er sieht vor, dass das beA auch für die Kommunikation mit den Strafgerichten und Staatsanwaltschaften genutzt werden kann.

Dass die Einführung der digitalen Kommunikation zwischen Anwaltschaft und Gerichten seine Zeit dauerte, mag dem hohen Maß an Sicherheitsanforderungen geschuldet sein. Schließlich handelt es sich potentiell (und tatsächlich!) um sehr sensible Daten, die es vor dem natürlich gesteigerten Sicherheitsrisiko der elektronischen Kommunikation zu schützen gilt, denn – so zeigt schon die Webseite des BRAK – Verschwiegenheit ist als Kernwert der anwaltlichen Tätigkeit fundamental für unseren Beruf.

§ 31a Abs. 3 BRAO zeigt, dass sich auch der Gesetzgeber dieser Gefahr und dem mit ihr einhergehenden notwendigen Sicherheitsniveau bewusst war. Der Zugang darf demnach „[...] nur

¹ So treffend: BT-Drucks. 17/12634, S. 1.

durch ein sicheres Verfahren mit zwei voneinander unabhängigen Sicherungsmitteln [...]” möglich sein. Auch die Beschreibung des beA suggeriert in vielerlei Hinsicht Sicherheit, so ist diese „oberste Prämisse” und die „neusten Authentifizierungs- und Verschlüsselungstechniken” werden verwendet. Sorge trägt dafür nicht zuletzt die von der BRAK aufgezeigte sichere „durchgängige Verschlüsselung”, die sogar die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung, wie man sie heute häufig für die Verschlüsselung von E-Mail-Verkehr verwendet, übertrifft.

2. Was ist passiert?

Eine erste Realisierung und die damit verbundene Auslieferung der erforderlichen Software erfolgten ab dem 28. November 2016. Sie scheiterte jedoch an bekannt gewordenen, grundlegenden Sicherheitsmängeln. Das Postfach wurde daraufhin am 22. Dezember 2017 wieder außer Betrieb genommen, die Präsidentinnen und Präsidenten der 28 Rechtsanwaltskammern haben mehrheitlich auf einer außerordentlichen Präsidentenkonferenz der BRAK am 27. Juni 2018 eine zweistufige Wiederinbetriebnahme des beA beschlossen. Ab dem 4. Juli 2018 soll die Client Security zum Download und zur Installation bereitgestellt werden. Ab dem 3. September 2018 soll das beA-System vollständig freigeschaltet und der Versand und Empfang von Nachrichten über das beA möglich werden.

Es stellt sich die Frage, wie es zur Aussetzung der Inbetriebnahme kommen konnte. Nachdem ein Mitglied des Chaos Computer Club Darmstadt eine Analyse des beA Konzeptes und seiner Software vorgenommen hatte, präsentierte dieser der Öffentlichkeit eklatante Sicherheitsmängel die im Folgenden rudimentär aufgezeigt werden sollen. Ebenfalls aufschlussreich ist der Abschlussbericht der, mit der Begutachtung der aufgezeigten Mängel beauftragten, secunet Security Networks AG. Exemplarisch soll nachfolgend über zwei Sicherheitsmängel berichtet werden und das dahinterstehende Problem für Nichtinformatiker begreifbar gemacht werden.

Der Abschlussbericht zeigt weit mehr Mängel auf, als hier beschrieben werden – die knappe Darstellung auf insgesamt 92 Berichtseiten ist eine empfehlenswerte, interessante Lektüre.²

a) Eine durchgängige Ende-zu-Ende Verschlüsselung bis zur Mitte?

Von besonderer Bedeutung – und nicht zuletzt vielfach untermauert durch die BRAK – ist die sichere Kommunikation zwischen der Anwaltschaft und den Gerichten. Nur Absender und autorisierte Empfänger sollen eine Nachricht lesen können. Um dies zu gewährleisten spricht die BRAK von einer sogenannten durchgehenden Verschlüsselung als Steigerung des gängigen Prinzips der Ende-zu-Ende Verschlüsselung. Daher soll zunächst einmal ein Grundverständnis dieses Prinzips erläutert werden. Bei einer Ende-zu-Ende Verschlüsselung besitzt jeder Sender und auch Empfänger ein sogenanntes Schlüsselpaar. Einer der Schlüssel ist der öffentliche Schlüssel, welcher jedem Nutzer im System bekannt ist. Er wird ausschließlich benutzt um eine Nachricht zu verschlüsseln. Weiterhin besitzt jeder auch einen privaten Schlüssel, nur mit ihm kann die mit dem öffentlichen Schlüssel verschlüsselte Nachricht wieder entschlüsselt werden. Dieser Schlüssel darf ausschließlich der Person selbst bekannt sein. Will nun ein Absender einer Nachricht mit einem Empfänger kommunizieren, so nimmt er den öffentlichen Schlüssel des Empfängers und verschlüsselt damit die Nachricht die er verschicken will. Jetzt kann nur noch der Empfänger die Nachricht lesen, in dem dieser seinen privaten Schlüssel benutzt um die Nachricht wieder zu entschlüsseln. Das ganze System steht und fällt somit mit der Vorgabe, dass nur der Besitzer des eigenen privaten Schlüssels Zugriff auf den Inhalt einer Nachricht hat.

² Abrufbar unter der Pressemitteilung Nr. 18 vom 20.06.2018 auf der Webseite der BRAK: <https://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2018/presseerklaerung-18-2018/> (Abruf v. 09.09.2019)

Der aktuellen Beschreibung auf der Webseite des beA lässt sich entnehmen, dass eben jenes Prinzip für die Kommunikation eingesetzt wird und sogar - durch die sich in der gesteigerten Sicherheit auszeichnende - durchgängige Verschlüsselung eingesetzt wird. Ein tieferer Blick in die Architektur lässt jedoch Raum für Zweifel. Geschuldet ist dies der Vorgabe, dass nicht nur eine Person eine Nachricht lesen können soll, sondern auch weitere berechnete Angestellte in einer Kanzlei oder beispielsweise die Urlaubsvertretung eines Anwalts. In der E-Mail-Kommunikation würde man wohl von einer automatischen Weiterleitung sprechen. Im Rahmen des beA-Konzepts verschlüsselt daher der Versender die Nachricht in einem ersten Schritt mit einem zufällig generierten Schlüssel.

Verschlüsselte Nachricht und der Schlüssel zum Entschlüsseln werden nun in einen, nennen wir es imaginären Umschlag gepackt. Der Umschlag wird seinerseits mit dem öffentlichen Postfachschlüssel des Empfängers verschlüsselt. Der verschlüsselte Umschlag wird nun auf den Weg geleitet. In der Mitte der Kommunikation befindet sich ein Server der beA, welcher sich durch ein sogenanntes sicheres Hardwaremodul (Hardware Secure Modul, HSM) auszeichnet. In diesem Modul wird nun der Umschlag entschlüsselt und die in ihr verschlüsselte Nachricht und der dazugehörige Schlüssel, in einen eigenen Umschlag für jeden Berechtigten, wie bspw. den Inhaber des Postfachs oder seine Urlaubsvertretung, gelegt und dieser neu und persönlich für den Empfänger verschlüsselt. Anschließend wird die Nachricht an die Empfänger weitergeleitet.

Aber was bedeutet das? Alle privaten Schlüssel sind, da ja in der Mitte jeder Umschlag entschlüsselt wird, im sicheren Hardware Modul vorhanden und stehen nicht alleine dem Empfänger zur Verfügung. Rufen wir uns das oben erläuterte Prinzip der Ende-zu-Ende Verschlüsselung erneut ins Gedächtnis, so lässt sich das Entschlüsseln der Umschläge in der Mitte der Kommunikation nur schwerlich in Einklang mit dem Prinzip der Ende-zu-Ende Verschlüsselung bringen. Zwar ist die Nachricht im Umschlag im-

mer noch verschlüsselt, doch in wie weit dies hilfreich ist mag angezweifelt werden, schließlich liegt der Schlüssel zum Entschlüsseln direkt neben ihr im selben Umschlag. Das bedeutet somit auch, dass der Nutzer sich auf die Sicherheit des sicheren Hardware Moduls verlassen können muss. Zwar wird dieses wohl durch hohe physische als auch softwaretechnische Sicherheitsmaßnahmen geschützt sein, aber die Vergangenheit zeigt, dass kein System zu 100% sicher ist. Sollte das Modul kompromittiert (durch Externe oder gar Interne) werden, so hätte ein Angreifer wohlmöglich die Chance die sensiblen Daten und Korrespondenzen der Nutzer zu lesen und zu verfolgen.

An dieser Stelle soll nicht verschwiegen werden, dass das in Auftrag gegebene Gutachten der Firma secunet Security Networks AG dem beA Konzept zunächst eine grundsätzliche Geeignetheit zuschreibt, gleichwohl wird dargelegt, dass „das erkennbare Ziel, die Sicherheit der Nachrichten ausschließlich durch Kryptographie zu schützen, [...] nicht in vollem Umfang erreicht worden [ist].“ und das es allen erkannten Schwachstellen gemeinsam ist, dass „[...] das HSM keinen oder keinen ausreichenden Schutz vor diesen Angriffen bietet, d.h. Nachrichten bei erfolgreichem Angriff auch außerhalb des HSM entschlüsselt oder dem HSM Leseberechtigungen vorgetäuscht werden können“.

b) Veraltete Softwarebibliotheken

Eine echte Ende-zu-Ende Verschlüsselung, bei der nicht in der Mitte der Kommunikation eine Entschlüsselung stattfindet, wäre daher nicht nur ratsam, sondern wird zugleich auch von vielen - teils gerichtlich - Stellen gefordert. Als eine Art Nachrichtendienst steht die sichere Kommunikation zwischen den beteiligten Parteien im Vordergrund, gleichwohl dürfen bei einer Betrachtung der Sicherheit die eigentliche Software auf den Geräten der Anwender nicht außer Acht gelassen werden. Auch an dieser Stelle erhoben die Mitglieder des Chaos Clubs Darmstadt Vorwürfe, welche durch das Gutachten der Firma secunet Security Networks AG gestützt wurden. Konkret wurde die

Verwendung von veralteten Softwarebibliotheken moniert. Solche Softwarebibliotheken sind wiederkehrende Programmteile die von Dritten entwickelt wurden und die ein Entwickler in sein Programm während der Entwicklung einbindet. Ebenso wie das Programm des Entwicklers selber, werden auch diese Bibliotheken ständig weiterentwickelt um später entdeckte Sicherheitslücken in ihnen zu schließen. Zumeist sind die Sicherheitslücken von häufig benutzten Softwarebibliotheken öffentlich bekannt, wodurch sich die Notwendigkeit von schnellen und regelmäßigen Updates, um gezielte Ausnutzungen der Lücken zu verhindern, ergibt.

Bei der Entwicklung des beA wurde jedoch eine Vielzahl von Bibliotheken verwendet, die nicht nur teilweise weit veraltet sind, sondern teils ausgelaufen sind und nicht mehr weiterentwickelt werden. Bestehende Sicherheitslücken werden so schwieriger aufgetan und langsamer (oder gar nicht mehr) entwicklerseitig geschlossen. Werden keine Updates mehr ausgeliefert, lässt man jede Software einen langsamen Tod sterben – derartige Bibliotheken schon bei der Markteinführung als Teil einer Lösung aufzunehmen macht stutzig, ob nicht noch häufiger „auf Sand gebaut“ wurde.

Wichtig ist auch die Frage, zu was dieses Versäumnis führen kann: Beispielsweise könnte ein Angreifer eine Webseite erstellen, die die Sicherheitslücken der Bibliotheken gezielt ausnutzt und so den Computer des beA Nutzers kompromittieren. Ist dies der Fall so könnte – selbst bei einer gegebenenfalls sicheren Kommunikation zwischen den Anwendern – die Nachrichten im Vorfeld abgegriffen werden. Die Relevanz dieses Problems wird nicht zuletzt durch die Klassifizierung als „betriebsverhindernd“ im Gutachten untermauert.

3. Große Eile und keine rechtlichen Bedenken

Fernab jeder Bewertung von Öffentlichkeitsarbeit um das beA und dessen (Nicht-)Inbetriebnahme, muss die Frage erlaubt sein, wie konstruktiv mit den Sicherheitsmängeln bisher umgegangen worden ist. Mit Presseerklärung Nr. 22 vom 8. August 2018 teil-

te die BRAK mit, dass ihr beA-Fahrplan Bestand hat. Es heißt: „Die Präsidentinnen und Präsidenten haben durch Beschlussfassung in Textform den Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 27.06.2018 (vgl. Presseerklärung Nr. 19 v. 27.06.2018) dahin abgeändert, dass die von secunet unter Ziffer 4.5.3 ihres Abschlussberichtes benannte Schwachstelle in Abstimmung mit der Justiz **im laufenden Betrieb beseitigt wird**. Alle anderen Regelungen des Beschlusses bleiben unverändert (Hervorhebung durch Verfasser). Was verbirgt sich hinter dem Sicherheitsmangel der Ziffer 4.5.3? Im Gutachten heißt es hierzu:

Im Quelltext wurden Stellen gefunden, an denen im Zusammenhang mit Verschlüsselungsoperationen unsichere Padding - Algorithmen (gemäß BSI-Vorgaben) verwendet werden. Das gefährdet die Vertraulichkeit der so verschlüsselten Daten, die dann ggf. ohne Kenntnis geheimer Schlüssel entschlüsselt werden können. Die Ausnutzbarkeit ist niedrig, die Bedrohung der Vertraulichkeit allerdings hoch.

Um Padding Algorithmen zu verstehen, lohnt sich ein Blick auf die bereits erklärte Ende-zu-Ende Verschlüsselung. Wie bereits aufgegriffen, spielt der öffentliche Schlüssel in diesem Konstrukt eine maßgebliche Rolle. Ihm ist es zu eigen, dass er ausschließlich Nachrichten verschlüsseln kann. Das bedeutet also auch, dass selbige Nachricht nicht mit dem Schlüssel wieder entschlüsselt werden kann. Doch wie ist das möglich? Die Kryptographie bedient sich dabei der Mathematik und nutzt sogenannte Einwegfunktionen. Einwegfunktionen sind solche Funktionen, die einfach zu berechnen aber sehr schwer umzukehren sind. Runtergebrochen ist also die Verschlüsselung „einfach“ und Entschlüsselung besonders „schwer“, wenn jedoch wohl nicht unmöglich. Bei den oben genannten Verfahren werden zu meist modulare Exponentiation ($b^x \text{ mod } m$) genutzt. Ohne an dieser Stelle die mathematischen Fähigkeiten des Lesers zu sehr strapazieren zu wollen – denn: *juris non calculat* – so hat diese Funktion ein Problem:

Ist der Input b , also die Nachricht die verschlüsselt werden soll, zu kurz, so könnte b^x kürzer sein als m , was zu einer einfachen Umkehrbarkeit der Funktion führt. Vereinfacht: ist die Nachricht zu kurz, könnte eventuell mit dem öffentlichen und jedem zugänglichen Schlüssel die Nachricht entschlüsselt werden. Gleichzeitig besteht ein weiteres Problem. Solche Funktionen sind deterministisch, das heißt es kann versucht werden, die Nachrichten zu erraten. Zum einen ist dies bei besonders kurzen Nachrichten einfacher und zum anderen fangen viele Nachrichten oftmals gleich an (Ein Brief bspw. mit „Sehr geehrte Damen und Herren, ...“). Unter der Prämisse von ausreichend vielen Versuchen bestände somit die Möglichkeit aus verschlüsselter Nachricht und erratenen Teilstücken den Schlüssel zu „erraten“. Padding Algorithmen versuchen genau diese Probleme zu verhindern. Sie füllen zu kurze Nachrichten auf, damit sie dem Mindestmaß für die Funktion entsprechen und fügen zusätzlich bestimmte Zufallsstücke in die Nachricht ein. Wie können „unsichere“ Padding Algorithmen eine „betriebsbehindernde“ Sicherheitslücke sein? Zunächst sind Padding Algorithmen per sé nicht unsicher, sie können aber unsicher implementiert werden. Gibt die „Entschlüsselungsmaschine“ beispielsweise zu genau zurück, welcher Fehler bei der Entschlüsselung passiert ist (Vereinfacht: Padding an Stelle x ist falsch) so kann mit einer ausreichend hohen Anzahl an Versuchen das Padding und die Nachricht „erraten“ werden. Ist die Wahrscheinlichkeit der Ausnutzung gering, so ist das Ergebnis dennoch fatal. Die Ersteller des Sicherheitsgutachten taten wohl gut daran, die genaue unsichere Implementierungsweise und Ort der Verwendung des Algorithmus zu verschweigen.

4. Fazit

Man muss schon im Thema sein, um überhaupt mitreden zu können. Etwas Kenntnis von den technischen Begebenheiten, dem Anforderungsbereich der sich der BRAK stellt und Computeraffinität, die über das bloße an- und abschalten eines Rechners hinausgeht sind ebenso erforderlich, um sich in Sachen beA eine belastbare Meinung zu bilden, wie auch die Bereitschaft, selbst Verbesserungsvorschläge zu

machen und lösungsorientiert zu denken. „Die haben das aber ordentlich vermässelt, typisch!“ hat noch nie jemanden geholfen – das ist in Sachen BRAK und beA nicht anders. Stattdessen könnte man beim nächsten Stammtisch darüber diskutieren, ob:

- a) Es richtig wäre, die Software einer Open-Source-Lizenz zu unterstellen und für die Allgemeinheit zugänglich zu machen, wie es die Organisationen der Zivilgesellschaft und Juristen fordert.³
- b) Welche alternativen Lösungsmodelle existieren und ob diese das Anwaltsgeheimnis besser schützen würden, als der derzeitige Ansatz, die monetäre Belastung der Anwaltschaft im Rahmen hielten⁴ und garantiert problemlos verlaufen wären.
- c) Warum das beA nicht zunächst getestet werden konnte und warum das BMJV der Auffassung ist, einer Testphase bedürfe es nicht.
- d) Die Kammerpräsidenten, welche die Interessen ihrer Kammermitglieder vertreten sollen, hätten mehr tun können - und wenn ja, was. Insbesondere, ob diese Diskussion zum Zeitpunkt der Formulierung des § 31a Abs. 6 BRAO hätte geführt werden müssen.
- e) Ob ich als Anwalt im Interesse meines Mandanten verpflichtet bin, an ein beA zuzustellen, von dem ich weiß, dass der Kollege oder die Kollegin es noch nicht in Betrieb genommen hat (Fristlauf!) - diese Information lässt sich nämlich dem derzeitigen System entnehmen.

Eventuell sollten sich die Diskutanten anfänglich über die Funktionsweise von Padding-Algorithmen und HSMs austauschen und dazu noch einen Blick in die Bundestagsdrucksache 17/12634 werfen. Nur um auf einem gleichen, diskussionsfähigen Level zu sein...

³ Vgl. <https://fsfe.org/campaigns/publiccode/bea.de.html> (Abruf v. 09.09.2018)

⁴ Jedenfalls von einer mittel- und langfristigen, deutlichen Kostenersparnis für Anwaltschaft und Justiz geht der Gesetzesentwurf aus, vgl. BT-Drucks. 17/12634, S. 2f.; 38.

Dank

Unser Dank gilt allen Unterstützerinnen und Unterstützern, die das Erscheinen der Zeitschrift möglich gemacht haben. Insbesondere sind wir

**PD Dr. Stephan Ast,
Professor Dr. Christian Becker,
Ass. iur. Simon Graupe,
Professor Dr. Christian Heinze,
Professor Dr. Stefan Huber,
Dipl. - Jur. Sarah Jensen,
Dr. Björn Steinrötter und
der Juristischen Fakultät Hannover**

zu herzlichem Dank verpflichtet. Die Zeitschrift lebt von der freiwilligen Mitarbeit und der selbstlosen Unterstützung aller Beteiligten. Ohne die - besonders wichtige - ideelle Unterstützung in Form von Beiträgen, Veröffentlichungszusagen und Beratungstätigkeit hätte die Hanover Law Review schwerlich eine Zukunft. Wir freuen uns sehr über die Bereitschaft unserer Unterstützerinnen und Unterstützer, einen Teil zum Gelingen der studentischen Initiative "Hanover Law Review e.V." beizutragen. Auch in Zukunft vertrauen wir auf die überobligatorische Hilfe und Mitarbeit unserer Leserinnen und Leser und hoffen auf spannende und lehrreiche Beiträge.

Aufsätze

Dr. Björn Steinrötter & Jannik Sendzikowski & David Faber & Laura Wenzel -	Legal Tech: Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche	Seiten 175 bis 179
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------	---------------------------

Lernbeiträge

Dr. Patrick Christian Otto -	Die allgemeine Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV im Recht der Europäischen Union	Seiten 180 bis 187
-------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------	---------------------------

Entscheidungen

stud. iur. Rocky Glaser -	Rote Karte - BVerfG 2 BvE 1/16	Seiten 188 bis 196
stud. iur. Patrick Glatz -	Kopftuch am Arbeitsplatz - EuGH C 157/17	Seiten 197 bis 205
stud. iur. Paula Kirsten -	Fiktive Schadensberechnung - BGH VII ZR 46/17	Seiten 206 bis 212
stud. iur. Finja Maasjost -	Räuberische Erpressung - BGH 2 StR 154/17	Seiten 213 bis 225
stud. iur. Fabienne Wundram -	Werbeblocker - BGH I ZR 154/16	Seiten 226 bis 231

Kurz & Knapp

RR Tim Brockmann -	Entscheidungsübersicht Zivilrecht 3/2018	Seiten 232 bis 233
Dipl. - Jur. Tyll Philipp Krömer -	Entscheidungsübersicht Öffentliches Recht 3/2018	Seiten 234 bis 235
StA'in Isabell Plich -	Entscheidungsübersicht Strafrecht 3/2018	Seiten 236 bis 237

Studienpraxis & Fallbearbeitung

stud. iur. Btissam Boulakhrif -	Klausur in BGB III, 15 Punkte	Seiten 240 bis 243
Ass. iur. Simon Graupe, LL.M. & Dipl. - Jur. Sarah Jensen -	How To: LL.B. - Klausur	Seiten 244 bis 256
stud. iur. Felix Lücke -	Klausur im Staatsorganisationsrecht, 16 Punkte	Seiten 257 bis 261

Varia

Prof. Dr. Christian Heinze -	Interview	Seiten 262 bis 267
stud. iur. Robin Dudda & stud. iur. Patricia Meinking -	Tutorium II	Seiten 268 bis 270
stud. iur. Maximilian Nussbaum & stud. iur. Martin Suchow -	JurMENT - JurMent - Mentoringprogramm an der Juristischen Fakultät Hannover	Seiten 271 bis 272
stud. iur. Anna Ordina -	Refugee Law Clinic	Seiten 273 bis 274

Legal Tech: Eine Bestandsaufnahme zur Digitalisierung der Rechtsbranche

Während rechtswissenschaftliche Fakultäten bisweilen noch mit sich ringen, ob sie das Phänomen des „Legal Tech“ in ihren Lehr- und Forschungskanon integrieren oder lieber von vorneherein (gänzlich) ignorieren sollten, befinden sich algorithmenbasierte Technologien in der juristischen Praxis längst im Einsatz. Derzeit gängige Schlagworte wie etwa „Big Data“, „künstliche Intelligenz“, „Smart Contracts“, „Blockchain“ oder eben „Legal Tech“ rufen allerdings nicht selten die Assoziation mit dem Vorliegen eines „Hypes“ oder eines bloßen „Modethemas“, mithin Skepsis, hervor. Das mag die universitäre Reserve ein Stück weit erklären, zumal man sich in der Tat fragen darf, wieviel Substanz hinter der gegenwärtigen Legal Tech-Euphorie wirklich steckt. Aber genau diese kritische Betrachtung einer im Kern nicht mehr wegzudiskutierenden Erscheinung steht juristischen Fakultäten durchaus gut zu Gesicht. Der von Professor Christian Wolf für die Leibniz Universität Hannover ins Leben gerufene Legal Tech-Inkubator¹ erscheint vor diesem Hintergrund als zweifellos begrüßenswerte Initiative. Und auch das hiesige Institut für Rechtsinformatik nimmt sich des Themas verschiedentlich (derzeit beispielsweise im Rahmen der IN SITU Summer School 2018) an. Der folgende Beitrag soll interessierten Studierenden als Einstieg in die Thematik dienen und dabei erste Entmystifizierungsarbeit leisten.

A. Begriffsbestimmung? Schwierig..

Zunächst bedarf es hierzu der Konturierung des Schlagwortes Legal Tech, das offenkundig auf einer Kombination der englischen Wörter Legal und Technology beruht. Wie die Übersetzung dieses Begriffspaares erweist, geht es um die Nutzung von Technologie im Bereich des Rechts,² also um die Frage, wie moderne, computergestützte und digitale Techno-

logien im juristischen Bereich zum Einsatz gelangen können.³ Eine exakte oder gar anerkannte Definition sucht man indes vergebens.

In einer ersten, weiterhin groben Annäherung kann der Terminus denkbar extensiv als Beschreibung der Art und Weise, in welcher die Digitalisierung die Rechtsberatung umgestaltet wird, verstanden werden.⁴ Er dient darüber hinaus als begriffliches Sammelbecken für jegliche im juristischen Bereich einsetzbare Software.⁵ Die Wortschöpfung bleibt einstweilen schillernd, abstrakte Definitionsversuche geraten aufgrund des Gebrauchs in unterschiedlichsten Einsatzgebieten allenfalls bedingt hilfreich. Einen besseren Eindruck erhält, wer sich mit eben diesen (potentiellen) Einsatzgebieten der smarten Programme befasst.

B. Einsatzmöglichkeiten? Mannigfaltig, wenngleich nicht das Innerste der Juristerei betreffend..

Auf den ersten Blick erscheint die – derart weit zu verstehende – „Jura-Software“ bei einem Markt von über 100 Legal Tech-Unternehmen⁶ in Deutschland als bereits in der Praxis angekommen zu sein.⁷ Allerdings: besagter Markt gestaltet sich überaus heterogen. So bleiben einzelne durchaus ausgereifte Produkte, die alltäglich zum Einsatz kommen, oftmals auf sehr isolierte Anwendungsbereiche beschränkt.⁸ Darüber hinaus kommen mitunter Prototypen zum Einsatz, die sich noch in der Erprobungsphase befinden.⁹ Auch die Anwendungsfälle sind, wie im Folgenden ersichtlich wird, äußerst divers.

³ Fries, *PayPal Law und Legal Tech*, NJW 2016, 2860 (2862); Hartung in: Hartung/Bues/Halbleib, *Legal Tech: Die Digitalisierung des Rechtsmarkts*, 1. Auflage, 2018, Rn. 17; Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (651); Wagner, *Legal Tech und Legal Robots in Unternehmen und den diese beratenden Kanzleien*, BB 2017, 898 (898).

⁴ Wettlaufer, *Vertragsgestaltung, Legal Techs und das Anwaltsmonopol*, MMR 2018, 55 (55).

⁵ Grupp, *Legal Tech – Impulse für Streitbeilegung und Rechtsdienstleistung*, AnwBl 2014, 660; Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (898).

⁶ Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (651).

⁷ Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (898).

⁸ Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (898, 904).

⁹ Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (903).

¹ <https://www.jura.uni-hannover.de/2860.html> (Abruf v. 09.09.2018).

² Prior, *Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung*, ZAP 2017, 651 (651).

I. Für den Rechtsschutzsuchenden

Viele Legal Tech-Produkte richten sich unmittelbar an den Rechtsschutzsuchenden und beziehen sich auf eher simple Fallgestaltungen.¹⁰ Derlei Softwares bieten Rechtsdienstleister in der Regel online an.¹¹

Hierzu zählen beispielsweise Programme zur Vermittlung von Rechtsanwälten¹², zur Prüfung von Hartz-IV-Bescheiden oder für Mietnebenkostenabrechnungen¹³ und zur Unterstützung bei Vertrags- oder Abokündigungen¹⁴. Dienste zur Geltendmachung von Entschädigungen für Flug-¹⁵ und Bahnausfälle¹⁶ oder -verspätungen sowie zum Angehen gegen Bescheide bei Geschwindigkeitsüberschreitungen im Straßenverkehr¹⁷ gelten ebenso als standardisierbare Leistungen¹⁸ wie elektronische Gebühren- oder Fristenrechner¹⁹, Bußgeld- oder Schmerzensgeldtabellen²⁰ sowie Programme zur außergerichtlichen Streitbeilegung (Online-Streitbeilegungs-Plattformen) und zur Visualisierung komplexer Sachverhalte^{21, 22}.

Weiter gehen demgegenüber Softwares, die eine eigenständige Analyse durchführen und auf deren Basis Dokumente für den Rechtsverkehr aufbereitet werden bzw. die bei der Formulierung von Verträgen bzw. Willenserklärungen helfen.²³ Solche „Formulargeneratoren“ vereinfachen potentiell beispielsweise die Erstellung von AGB, Patientenverfügungen, Testamenten, Arbeitszeugnissen oder auch Kündigungen.²⁴

Apologeten des Legal Tech sehen in alledem wegen

der (vermeintlich) einfachen Bedienbarkeit und Verfügbarkeit sowie den Vorzügen der Anonymität des Internet (so die Programme denn online verfügbar sind) bereits eine echte Alternative zur traditionellen Rechtsberatung²⁵ – was die Frage nach der Anwendbarkeit etwa des RDG aufwirft.²⁶ Ferner sollen sich Vorteile für den Rechtsschutzsuchenden beispielsweise dadurch ergeben, dass er einen breitflächigeren Zugang zum Recht bei gleichzeitiger Einsparung von Zeit und Kosten erhalte.²⁷

II. Für Juristen

Es finden sich ferner Produkte, die auf professionelle Rechtsanwender, insbesondere Anwälte, teilweise auch Richter abzielen. So schafft es smarte Informationstechnik bekanntlich bereits heute, in juristischen Kern-Arbeitsbereichen hilfreich zu assistieren. Dies gilt einmal mit Blick auf die Prozesse der Informationsbeschaffung und -strukturierung, etwa bezüglich Informationen zum Sachverhalt sowie zu relevanten Normen, ihrer Literaturkommentierungen und zu relevanten Urteilen.²⁸ Diese Rechercheebene erscheint inzwischen trivial, stellen doch gerade die einschlägigen digitalen Datenbanken beinahe unverzichtbare Hilfsmittel für den Rechtsanwender dar. Man darf sich heute gar fragen, ob die bislang erfolgte Digitalisierung in diesem Bereich nicht ihrerseits Einfluss auf die juristische Methodenlehre und damit i.E. auf das Recht hat.²⁹

Auch einzelne Hilfsmittel innerhalb der etablierten Prozesse, wie smarte Add Ins bei Textverarbeitungsprogrammen, helfen im Kanzleialltag.

¹⁰ Buchholtz, Legal Tech – Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, 955 (956); Frese, Recht im zweiten Maschinenzeitalter, NJW 2015, 2090 (2092).

¹¹ Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (651).

¹² Exemplarisch sei verwiesen auf Legalbase, Advocado, Jurato.

¹³ Exemplarisch sei verwiesen auf Rightmart, MINEKO.

¹⁴ Exemplarisch sei verwiesen auf KUENDIGUNG.ORG.

¹⁵ Exemplarisch sei verwiesen auf Flightright, FairPlane, AirHelp.

¹⁶ Exemplarisch sei verwiesen auf ZUG-ERSTATTUNG.DE.

¹⁷ Exemplarisch sei verwiesen auf Geblizt.de.

¹⁸ Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (652).

¹⁹ Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (900f.).

²⁰ Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (652).

²¹ Vergleiche hierzu die Ausführungen zu „Legal Videos“ in Boehme-Neßler, Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts, NJW 2017, 3031 (3024).

²² Überblick auch bei Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (956); Grupp (Fn. 5), AnwBl 2014, 660 (660f.).

²³ Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2862).

²⁴ Degen/Krahmer, Legal Tech: Erbringt ein Generator für Vertragstexte eine Rechtsdienstleistung?, GRUR-Prax 2016, 363 (363).

²⁵ Degen/Krahmer (Fn. 24), GRUR-Prax 2016, 363 (363).

²⁶ Dazu Degen/Krahmer (Fn. 24), GRUR-Prax 2016, 363 (363); Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2863); Wettlaufer (Fn. 4), MMR 2018, 55 (58); siehe jüngst LG Berlin, Urt. v. 13.08.2018 – 66 S 18/18, 24 C 153/17, vgl. auch Weberstaedt, Online-Rechts-Generatoren als erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung?, AnwBl 2016, 535 (536f.).

²⁷ Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (956); Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2863); Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), 1 (17).

²⁸ Bund, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, S. 11f.

²⁹ Knauer, Juristische Methodenlehre 2.0? Der Wandel der juristischen Publikationsformate und sein Einfluss auf die juristische Methodenlehre, Rechtstheorie 40 (2009), 379 (397ff.); ähnlich Stürner, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik, AcP 214 (2014), 7 (23f.); vgl. zudem bereits Großfeld, Zeichen und Zahlen im Recht, 2. Aufl. 1995, S. 20.

Des Weiteren machen wissensbasierte Expertensysteme auf sich aufmerksam, die imstande sein sollen, Verträge, Verwaltungsakte, Gerichtsentscheidungen und andere Sachverhalte nach bestimmten Kriterien zu durchsuchen und die rechtlich relevanten Aspekte zu erkennen.³⁰ Durch solche Auswertungsmöglichkeiten, etwa im Rahmen einer Legal Due Diligence, zeigt sich die Software³¹ bis zu einem bestimmten Grade in der Lage, Standardisierung zu schaffen und so juristische Prozesse potentiell zu vereinfachen.³² Dies mag beispielsweise Anwälten helfen, komplexe Sachverhalte schneller zu bearbeiten³³ und durch eine Prognose des Prozessausgangs die Erfolgchancen besser bewerten zu können.³⁴ Als erfolgreiches Prognose-Pilotprojekt hat sich unlängst ein Programm hervorgerufen, das eigenständig Gerichtsentscheidungen des US Supreme Courts³⁵ oder des EGMR³⁶ auf der Basis des jeweiligen Sachverhalts vergleichsweise zielgenau vorherzusagen vermochte.³⁷ Durch den sinkenden anwaltlichen Rechercheaufwand wird der Rechtsrat – idealiter – günstiger und so auch für breitere Bevölkerungsschichten erschwinglicher.³⁸ Insbesondere die Prüfung immer wiederkehrender Fragestellungen mittels einer Software erlaubt es sodann auch solche Mandanten an sich zu binden, die sonst alternative und kostengüns-

tigere Berater suchen würden.³⁹ Gleichzeitig befreien Legal Tech-Anwendungen Juristen im Idealfall von derlei teilweise durchaus zeitaufwendigen Standardproblemen, so dass diese sich auf ihr Hauptgeschäft, also prüfungsintensivere und kostenhöhere Fälle, konzentrieren können.⁴⁰

Das Etikett Legal Tech erfasst schließlich gar Bereiche, welche der Rechtsberatung vorgelagert sind und vor allem als ein in ein „digitales Gewand gekleidetes Akquisitionsinstrument“ erscheinen.⁴¹ Es geht hier lediglich darum, Aufmerksamkeit über Internetplattformen und bezüglich eher geringwertiger⁴² Ansprüche zu erregen, letztendlich also um bloßes Marketing, während eine (komplexe) Rechtsprüfung gerade (noch) nicht erfolgt.⁴³

III. (Weiteres) Potential in der Praxis? Ja, bis zur Wertungsebene...

Beide vorgestellten Anwendungsfälle – Laien sowie Juristen als Adressaten – demonstrieren zugleich den (zumindest aktuellen) Schwerpunkt von potentiellen Einsatzgebieten: Es geht derzeit zuvörderst um die computergestützte Assistenz für die Anwaltschaft,⁴⁴ aus der heraus sich die Diskussion bislang auch weitgehend genährt hat.⁴⁵

1. Weitere Substanz für den Anwaltsmarkt?

Für den Rechtsberatungsmarkt ist die aktuelle Entwicklung mitsamt seiner Debatten sicherlich lohnend. Denn Optimierungen im Tagesgeschäft, seien sie auf den ersten Blick auch noch so geringfügig, schaffen potentiell Zeit für den Mandanten. Zeit, welche der

³⁰ Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (995f.); Frese (Fn. 10), NJW 2015, 2090 (2091); Stiernerling, „Künstliche Intelligenz“, CR 2015, 762 (765).

³¹ Exemplarisch sei verwiesen auf Leverton, *lexalgo*, normfall.

³² Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (652).

³³ Prior (Fn. 2), ZAP 2017, 651 (656).

³⁴ Bar-Gill, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, JLEO V22 N2 (2006), 490 (490).

³⁵ Katz/Bommarito/Blackman, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States*, PLOS ONE 12. April 2017, e0174698, <http://www.journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698> (Abruf v. 09.09.2018); Ruger/Kim/Martin/Quinn, *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, Columbia Law Review 2004, 1150 (1150).

³⁶ Aletras/Tsarapatsanis/Preotiuc-Pietro/Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, PeerJ Computer Science 2 (2016), e93, <http://www.peerj.com/articles/cs-93>, (Abruf v. 09.09.2018).

³⁷ Skeptisch: Zander, *Vorhersagen, wie Richter ticken: Legal Prediction*, AnwBl 2017, 181 (183).

³⁸ Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2863).

³⁹ M. Kilian, *Die Zukunft der Juristen, Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer – und entbehrlicher?*, NJW 2017, 3043 (3049).

⁴⁰ M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3049).

⁴¹ M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3048).

⁴² Über die positiven Skaleneffekte der Digitalisierung sind gleichwohl Gewinne realisierbar; Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2863).

⁴³ M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3048f.).

⁴⁴ Engel, *Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe*, JZ 2014, 1096 (1199); Frese (Fn. 10), NJW 2015, 2090 (2092); Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (905): effizienz- und qualitätssteigernde Ergänzungsfunktion von Legal Tech.

⁴⁵ Engel (Fn. 44), JZ 2014, 1096 (1199); Frese (Fn. 10), NJW 2015, 2090 (2092).

durchschnittliche Mandant auch keineswegs mit einem „Robo-Anwalt“ verbringen möchte. Es ist nicht zuletzt die teilweise erhebliche Wissensasymmetrie, die in dem Bedürfnis mündet, dass der Rechtssuchende sein Anliegen persönlich und empathisch angegangen wissen will.⁴⁶ Dieses Bedürfnis mag sich in Kenntnis des Umstands, dass die eigentliche Rechtsprüfung (partiell) durch eine „Maschine“ vorgenommen wird, womöglich gar verstärken. Selbst wenn zumindest bestimmte Bevölkerungsgruppen wohl sukzessive empfänglicher für technologische Lösungen werden, kann eine sich streng rational verhaltene Software dem der menschlichen Natur geschuldeten Bedürfnis nach einer solchen „gefühlten“ Sicherheit oder – wohl eher – Geborgenheit schlichtweg nicht gerecht werden.⁴⁷

Die Polarität technische Rechtsfindung(sassistentz) – mit menschlicher Überprüfung – einerseits und die persönliche Beratung andererseits mag sich langfristig als gangbarer Mittelweg für beratende Juristen erweisen. Im Zuge dieser Entwicklung sind es beispielsweise Fragen der Anpassung des anwaltlichen Berufsrechts, deren (Mit-)Beantwortung eben nicht zuletzt Universitäten leisten können (und sollten). So darf man mehr oder weniger vorsichtig an Regulierung denken, wenn ein „rechtsberatender Chatbot“ den Eindruck vermittelt, er sei ein Jurist. Auch Reflektionen über „Qualitätsmerkmale eines guten und rechtsstaatlichen Algorithmus“⁴⁸ erscheinen insoweit angezeigt.

2. „Rechtsinformatik 2.0?“

Die – auch rechtstheoretisch deutlich problematische – Frage nach „Robo-Richtern“, also gerichtlichen (oder behördlichen) Entscheidungen qua Algorithmus, steht innerhalb der Legal Tech-Community hingegen (noch?) nicht derart stark im Fokus.⁴⁹ Gleichwohl werden als diesbezügliche Vorteile

prospektiv bereits die Beschleunigung gerichtlicher Verfahren⁵⁰ und die damit einhergehende Effektivierung des Rechtsschutzes gepriesen.⁵¹ Code funktioniert schließlich ähnlich einem Gesetz.⁵² Beides lasse sich in einer bestimmten Sprache fassen und basiere auf „wenn, dann“ Beziehungen.

Die traditionelle Rechtsanwendung zunehmend Algorithmen bzw. Code überantworten zu wollen ist hierbei kein neuer Ansatz. Nach Vorarbeiten in den 1950/60er Jahren⁵³ hat sich in den 1970er Jahren die „Rechtsinformatik“⁵⁴, welche die Anwendbarkeit und Anwendung von Methoden der Informatik im Recht zum Gegenstand hat,⁵⁵ als eigenständige wissenschaftliche Disziplin Bahn gebrochen.⁵⁶ Auch mangels technischer und technologischer Umsetzungsmöglichkeiten geriet die Diskussion dann aber zunächst ins Stocken.⁵⁷ Die Legal Tech-Euphorie vermag ihr nun möglicherweise wieder neuen Stimulus zu verschaffen. Dezentrale Speichermedien wie die Cloud, Methoden wie Big und Smart Data, künstlich intelligente und selbstlernende Systeme sind derart disruptiv und ermöglichen derart schnelle Verarbeitungen

⁵⁰ Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (959).

⁵¹ Stiemerling (Fn. 30), CR 2015, 762 (762).

⁵² Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (955); Dankert, Normative Technologie in sozialen Netzwerkdiensten – Neue Machtstrukturen als Anreiz für einen Paradigmenwechsel der Kommunikationsregulierung?, KritV 2015, 49 (52); vgl. auch Lessing, Code: Version 2.0, 2006, S. 1.

⁵³ Siehe etwa: Fiedler, Rechenautomaten in Recht und Verwaltung, JZ 1966, 698; Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966; Zeidler, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959; in der Folge dann u.a. Jandach, Juristische Expertensysteme. Methodische Grundlagen ihrer Entwicklung, 1993; W. Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung. Methodenorientierte Vorstudie, 1974; Wahlgren, Automation of Legal Reasoning, 1992; vgl. auch die Beiträge in Suhr, Computer als juristischer Gesprächspartner, 1970.

⁵⁴ Den Begriff „Rechtsinformatik“ hat wohl Steinmüller erstmals Anfang der 1970er Jahre geprägt (Steinmüller [u.a.], EDV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik, 1970).

⁵⁵ Bund (Fn. 28), S. 11; Haft, Einführung in die Rechtsinformatik, 2. Aufl. 1977, S. 7ff., 58; W. Kilian, CR 2001, 132.

⁵⁶ Zur Geschichte der Rechtsinformatik jüngst W. Kilian, Idee und Wirklichkeit der Rechtsinformatik in Deutschland, CR 2017, 202.

⁵⁷ Im Fokus standen in der Folge hingegen die Auswirkungen des Einsatzes von EDV-Technik; die hiervon erfasste Querschnittsmaterie wird auch als Rechtsinformatik im weiteren Sinne, Informationsrecht, Internetrecht, Multimediarecht, Recht der neuen Medien, Recht der Informationstechnologie (IT-Recht), Computerrecht o.ä. bezeichnet.

⁴⁶ Vgl. M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3050).

⁴⁷ M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3050).

⁴⁸ Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (960).

⁴⁹ Zurückhaltend dazu Steinrötter, Smarte Roboter in Richterrobe? Eine – auch rechtstheoretische – Grundsatzfrage, Ri 2018, 1f.

von massenhaften Daten, dass der technisch-technologische Boden für Rechtsanwendungs-Computer (in Bälde) bereitet zu sein scheint. Die grundlegenden, sich hier stellenden Fragen bleiben bestehen.

So wäre zuvörderst zu klären, ob eine Software die komplexen juristischen Zusammenhänge erfassen und einer fachgerechten Lösung zuführen kann.⁵⁸ Hierzu müsste ein IT-System überhaupt in der Lage sein, neue Sachverhalte (mit all' ihren Widersprüchen im Vortrag) unter eine rechtliche Norm bzw. Normenkette zu subsumieren und hierzu eine rechtliche Bewertung abzugeben.⁵⁹ Hier darf man kritisch sein.⁶⁰ Dies gilt bereits hinsichtlich der Frage, ob juristische als „natürliche“ Sprache derart formalisierbar ist, dass sie für eine Software „verfügbar“ geraten kann.⁶¹ Insbesondere dort, wo Wertungen gefragt sind, stoßen Algorithmen an Grenzen, da sie einen derartigen Abwägungsprozess allenfalls „nachstellen“, niemals aber selbst vornehmen können: „Werte [lassen] sich nun einmal nicht berechnen.“⁶²

Über die menschliche Rechtsanwendung werden schließlich geradezu fortlaufend bestehende Vorstellungen hinterfragt, in der Folge Kritik aufgegriffen und so Veränderungsbedarf festgestellt.⁶³ Damit leistet sie einen Beitrag zur Rationalisierung, Verbesserung und Legitimierung des Rechts.⁶⁴ Legal Tech-Lösungen fehlt es hingegen wegen der deterministischen Funktionsweise durch die Vorprogrammierung aller Entscheidungskriterien gerade an dieser dem Rechtsanwendungsprozess stets inhärenten, rechtsstaatlich wünschenswerten Kontrolle.⁶⁵ Denn beim komplexen Prozess der Programmierung fließen letztendlich nur einmal, zu Beginn, menschliche

Rechtsanwendungsqualitäten – und zwar wohl einstweilen „unkontrolliert“ – ein, während sie in der Folge unberücksichtigt bleiben.⁶⁶ Problematisch erscheint auch, dass dem Erstprogrammierer ein massiver tatsächlicher Gestaltungseinfluss auf die Resultate der Rechtsanwendung zugesprochen würde,⁶⁷ der aus rechtsstaatlichem Blickwinkel zu hinterfragen wäre.

C. Fazit

Legal Tech ist kein reines Luftschloss. Wie zuvor aufgezeigt, verhelfen dessen Anwendungen dem juristischen Laien in bestimmten Bereichen direkt zur Rechtserkenntnis und bisweilen gar zur faktischen Rechtsdurchsetzung. Zudem unterstützen die Programme den professionellen Rechtsanwender zunehmend in seinem Arbeitsablauf im Kleinen sowie in bestimmten Standardfällen im Größeren.

Es handelt sich um ein Thema, das für den Rechtsberatungsmarkt wirtschaftliche Bedeutung besitzt, aber auch rechtliche Fragen aufwirft (z.B. im Berufsrecht), zu deren Beantwortung (auch) die Rechtswissenschaft berufen ist.

Gerichtliche (und behördliche) Entscheidungen müssen hingegen einstweilen im Kern allein Menschen überantwortet bleiben.⁶⁸ Denn anspruchsvollere juristische Tätigkeiten wie die Handhabung des juristischen Syllogismus, die Bewältigung von Wertungen, das Verstehen einer besonderen Normenlogik und der Umgang mit Begriffsbildungstheorien bleiben bislang exklusiv menschlicher Kompetenz überantwortet.⁶⁹ Das gilt umso mehr, als Gesetzestexte oftmals (bewusst) vage formuliert daherkommen und auch in tatsächlicher Hinsicht diffizile soziale Konflikte bewältigt werden wollen. Indes: Der Legal Tech-Mainstream hat diese Fragen bislang ohnehin eher noch nicht fokussiert.

⁵⁸ Engel (Fn. 44), JZ 2014, 1096 (1097).

⁵⁹ Wagner (Fn. 3), BB 2017, 898 (902).

⁶⁰ M. Kilian (Fn. 39), NJW 2017, 3043 (3049); Steinrötter (Fn. 49), Ri 2018, 1f.

⁶¹ Instrukтив: Kotsoglou, Subsumtionsautomat 2.0, Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, 451 (453f.).

⁶² Pointiert: Großfeld (Fn. 29), S. 21.

⁶³ Zum Diskussionsstand: Engel (Fn. 44), JZ 2014, 1096 (1097); Kotsoglou (Fn. 61), JZ 2014, 451 (453f.); Kotsoglou, Schlusswort, „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded? – Zur Unmöglichkeit der Rechtsprüfung durch Laien, JZ 2014, 1100 (1101).

⁶⁴ Bumke, Rechtsdogmatik, 2017, S. 2.

⁶⁵ Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (959).

⁶⁶ Vgl. Buchholtz (Fn. 10), JuS 2017, 955 (959); Schmidt, Softwareerstellung in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1ff.

⁶⁷ Fries (Fn. 3), NJW 2016, 2860 (2863).

⁶⁸ In diesem Sinne bereits Sliwiok-Born/Steinrötter in: dies. (Hrsg.), Intra- und interdisziplinäre Einflüsse auf die Rechtsanwendung, 2017, 1 (14ff.); Steinrötter (Fn. 49), Ri 2018, 1f.

⁶⁹ Bund, (Fn. 28), S. 12.

Die allgemeine Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV im Recht der Europäischen Union

A. Einleitung

Leben wo und wie man möchte – dieser Traum vieler Menschen ist im Recht der Europäischen Union bereits (partiell) Wirklichkeit geworden. Garant hierfür ist vor allem die 1992 durch den Vertrag von Maastricht mit Geltung seit dem 01.01.1993 implementierte allgemeine Freizügigkeit, welche im Primärrecht nunmehr in Art. 21 AEUV (ex. Art. 8a EGV-Maastricht)¹ kodifiziert und Teil der Unionsbürgerschaft² ist.³ Nicht von ungefähr sieht die Europäische Kommission deshalb in ihr „wohl das wichtigste Recht, das der Einzelne aus dem EU-Recht ableiten kann“.⁴ Andere sehen die Freizügigkeit zumindest als zum „Kernbestand der Unionsbürgerrechte“ zugehörig

¹ Mit dem Begriff des Primärrechts sind die europäischen Verträge EUV, AEUV sowie die GRCh gemeint. Im Gegensatz dazu ist Sekundärrecht vom Primärrecht abgeleitetes Recht, welches sich nach Art. 288 AEUV etwa in Gestalt von Richtlinien und Verordnungen zeigt.

² So sieht der für die Unionsbürgerschaft zentrale Art. 20 AEUV in Abs. 2 S. 2 Nr. 1 vor, dass derjenige, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und damit Unionsbürger ist, das Recht hat, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Der EuGH spricht insoweit davon, dass die Unionsbürgerschaft ein „grundlegender Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“ sei, vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-184/99, Rs. – Grzelczyk, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 82. Zur Unionsbürgerschaft und ihrem Verhältnis zur Freizügigkeit siehe auch Huber, Unionsbürgerschaft, EuR 2013, 637 (637ff.) sowie Schmahl/Jung, Die Unionsbürgerschaft – ein komplexes Rechtsinstitut mit weitreichenden Folgen, Jura 2016, 1272 (1272ff.).

³ Von der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV abzugrenzen sind die besonderen marktbezogenen Freizügigkeiten, die sich in Gestalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV, der Niederlassungsbezogenen Freizügigkeit nach Art. 49 AEUV sowie der dienstleistungsbezogenen Freizügigkeit nach Art. 56 AEUV zeigen und jeweils im Verhältnis zu Art. 21 AEUV in ihrem Anwendungsbereich *leges specialis* sind, vgl. hierzu auch EuGH, Urt. v. 11.09.2007, C-76/05, Rs. – Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rn. 34; Scheuing, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744 (763f.); Rossi in: BeckOK Ausländerrecht, Art. 21 AEUV Rn. 21, jeweils mwN. Damit stellt die allgemeine Freizügigkeit die Generalklausel dar, die die besonderen Freizügigkeiten nicht ersetzt, sondern ergänzt.

⁴ Vertretung d. Europäischen Kommission in Deutschland, http://europaeische-vision.de/typo/fileadmin/files_ebd/Pressekit/pdf-dossiers/Faktencheck_Freizuegigkeit.pdf. (Abruf v. 09.09.2018). In dieselbe Richtung: Rossi in: BeckOK Ausländerrecht, Art. 21 AEUV Rn. 4: „immense Bedeutung“.

an.⁵ Damit einher geht auch eine rasante Entwicklung ebendieser Freizügigkeit in den letzten 25 Jahren, die dazu geführt hat, dass sie heute in zahlreichen Lebensbereichen Rechtswirkungen entfaltet und zum Aufbrechen alter Strukturen beigetragen hat, die es nachfolgend näher zu beleuchten gilt. Neben dem AEUV hat die Freizügigkeit mittlerweile auch Eingang in die Grundrechtecharta (GRCh) gefunden. Art. 45 GRCh erhebt diese in den Grundrechtsstatus, wobei Auslegung und Anwendung von Art. 21 AEUV und Art. 45 GRCh wegen Art. 52 Abs. 2 GRCh parallel verlaufen, mithin alle Darstellungen und Erkenntnisse dieses auf Art. 21 AEUV zugeschnittenen Beitrags auch für das Grundrecht auf Freizügigkeit in Art. 45 GRCh fruchtbar gemacht werden können.⁶

Doch wie lassen sich der persönliche und sachliche Schutzbereich der Freizügigkeit präzise umschreiben? Wo liegen die Fallstricke in der freizügigkeitsrechtlichen Klausur? Welche aktuellen Entwicklungen zeichnen sich ab, die ebenso dem Studierenden wie dem Referendar⁷ bekannt sein sollten? Diesen und anderen Fragen möchte der vorliegende Beitrag nachgehen und damit sowohl dem Studierenden, der sich auf die Abschlussklausur im Europarecht vorbereitet, als auch demjenigen, der kurz vor dem Assessorexamen steht, eine Hilfestellung an die Hand geben.

B. Schutzbereich und Gewährleistungsgehalt

Nach Art. 21 Abs. 1 AEUV, der nach mittlerweile breit konsentrierter Auffassung unmittelbare An-

⁵ Raschka, Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht, ZAR 2012, 231 (234).

⁶ Kluth in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV und AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 21 AEUV Rn. 1.

⁷ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die maskuline Form verwendet. Angesprochen sind natürlich stets alle Geschlechter.

wendbarkeit genießt⁸, ist jeder Unionsbürger⁹ als In- und Ausländer auch dann, wenn er zugleich die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzt, vom persönlichen Schutzbereich umfasst¹⁰ und hat als solcher „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. Auch wenn der Wortlaut es zunächst nicht nahelegt, so ist es doch eine Selbstverständlichkeit, dass neben dem physischen Aufenthalt und der Fortbewegung innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats auch die Einreise und Ausreise durch die allgemeine Freizügigkeit geschützt sind.¹¹ Denn anderenfalls hätte der jeweilige Unionsbürger keine Möglichkeit, überhaupt erst in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu gelangen bzw. dieses wieder zu verlassen, mithin wäre er der Substanz der Freizügigkeit beraubt. Geschützt ist hierbei auch die innerstaatliche Mobilität¹², das „Recht auf Heimat“¹³ sowie die Möglichkeit, von der Freizügigkeit gegenüber sei-

nem eigenen Mitgliedstaat Gebrauch zu machen.¹⁴ Letztere Konstellation liegt etwa dann vor, wenn ein Staatsangehöriger vor die Wahl gestellt wird, entweder seinen Herkunftsmitgliedstaat nicht zu verlassen oder ihn zu verlassen und nur deswegen von der Gewährung staatlicher Leistungen (z.B. Arbeitslosengeld, Jugendhilfe) im Herkunftsmitgliedstaat ausgeschlossen zu werden.¹⁵

Neben der Ermöglichung von Einreise, Ausreise und physischem Aufenthalt verpflichtet die allgemeine Freizügigkeit den jeweiligen Aufnahmemitgliedstaat weiter dazu, zu einer (vollständigen) Integration des fremden Unionsbürgers beizutragen.¹⁶ Dies umfasst insbesondere die Teilhabe an den sozialen Sicherungssystemen.¹⁷ Fernerhin schützt die allgemeine Freizügigkeit – insoweit analog zur entwickelten Dogmatik bei den Grundfreiheiten – nicht nur vor formalen und faktischen Diskriminierungen, also solchen Eingriffen, die unmittelbar oder typischerweise an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern auch vor reinen Beschränkungen, die unterschiedslos für alle Unionsbürger gleichermaßen gelten.¹⁸ Es genügt insofern für eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs bereits, dass eine Maßnahme die Ausübung der Freizügigkeit weniger attraktiv macht, wenngleich die Beeinträchtigung spürbar sein muss, mithin nicht jede Maßnahme, die die Freizügigkeit abstrakt tangieren könnte, auch vom Gewährleistungsgehalt erfasst ist.¹⁹

⁸ Die unmittelbare Anwendbarkeit ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung von Art. 21 AEUV an vorderer Stelle im AEUV und dem Grundsatz des *effet utile*, der verlangt, dass das Unionsrecht so wirksam und effektiv wie möglich angewendet wird. Siehe für eine unmittelbare Anwendbarkeit auch EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 81; Rossi in: BeckOK Ausländerrecht, Art. 21 AEUV, in der Vorrede, jeweils mwN. Den Streit ebenfalls aufbereitend: Bode, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung und Reichweite von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2003, 552 (553f.).

⁹ Der Begriff des Unionsbürgers ist hierbei altersunabhängig zu verstehen und auch dann erfüllt, wenn jemand zugleich Unionsbürger und Drittstaatsangehöriger ist, vgl. EuGH, Urt. v. 11.09.2007, C-76/05, Rs. – Schwarz und Gootjes-Schwarz, Rn. 90.

¹⁰ Zum (abgeleiteten) Freizügigkeitsrecht von Drittstaatsangehörigen, insbesondere von Familienangehörigen eines Unionsbürgers (etwa die Eltern von Kindern, die Unionsbürger sind), siehe Hailbronner, Die Freizügigkeit von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung, JZ 2010, 398 (398f.); Nettessheim in: Grabitz/Hilf/Ders., Das Recht der Europäischen Union, 63. EL 2017, Stand: Dezember 2017, Art. 21 AEUV Rn. 16.

¹¹ EuGH, Urt. v. 17.11.2011, C-430/10, Rs. – Gaydarov, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 04.10.2012, C-249/11, Rs. – Byankov, Rn. 31.

¹² Nettessheim in: Grabitz et al. (Fn. 10), Art. 21 AEUV Rn. 19; Auf reine Inlandsverhältnisse ist die allgemeine Freizügigkeit – wie es auch sonst den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts entspricht – gleichwohl nicht anwendbar, vgl. Huber, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger – zu den unterschiedlichen Perspektiven von unio-nalem und nationalem Recht –, ZaöRV 2008, 307 (316).

¹³ Kluth in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 21 AEUV Rn. 4.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 23.10.2007, C-11/06 und C-12/06, Rs. – Morgan und Bucher, Rn. 22; Rossi in: BeckOK Ausländerrecht, Art. 21 AEUV Rn. 12.

¹⁵ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 18.07.2013, C-523/11 und C-585/11, Rs. – Prinz und Seeberger, Rn. 22ff. Besondere Relevanz entfaltet diese Konstellation vor allem im Bereich der Bildung, vgl. EuGH, Urt. v. 23.10.2007, C-11/06 und C-12/06, Rs. – Morgan und Bucher, Rn. 27 m.w.N.

¹⁶ Der EuGH spricht insofern auch von den „bestmöglichen Bedingungen für die Integration“, vgl. EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 50.

¹⁷ Zu den gleichwohl vorhandenen Einschränkungsmöglichkeiten seitens der EU selbst sowie der Mitgliedstaaten siehe unten C.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 18.07.2013, C-523/11 und C-585/11, Rs. – Prinz und Seeberger, Rn. 31.

¹⁹ Siehe hierzu vor allem Nettessheim in: Grabitz et al. (Fn. 10), Art. 21 AEUV Rn. 21ff., der mehrere Fallgruppen umschreibt, in denen bereits der Gewährleistungsgehalt nicht betroffen ist.

C. Einschränkungsmöglichkeiten und Rechtfertigung

Wie jede Grundfreiheit kann auch die allgemeine Freizügigkeit nicht uneingeschränkt bestehen, sondern ist Einschränkungen und damit einhergehend einer Rechtfertigung ebendieser zugänglich²⁰, was sich auf die Möglichkeit der Wahrung der berechtigten Interessen der Union wie der Mitgliedstaaten zurückführen lässt.²¹ So sieht der bereits zitierte Wortlaut des Art. 21 AEUV vor, dass die Freizügigkeit nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen“ besteht, mithin einem „allgemeinen Schrankenvorbehalt“²² unterliegt. Insofern können sowohl der Europäische Gesetzgeber (regelmäßig der Rat und das Europäische Parlament als Co-Gesetzgeber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren) auf Ebene des Primär- als auch des Sekundärrechts, wobei sich beide Ebenen mit Blick auf die allgemeine Freizügigkeit in ihrer Ausgestaltung teilweise überschneiden²³, wie auch die Mitgliedstaaten unter Berufung auf ebendieses Primär- oder Sekundärrecht durch eigenes nationales Recht Stellschrauben zur Einschränkung der Freizügigkeit setzen.²⁴ Dabei gilt aber, dass die Ermächtigung zu Einschränkungen aufgrund der eingangs beschriebenen wesentlichen Bedeutung der allgemeinen Freizügigkeit eng auszuliegen und anzuwenden ist.²⁵ Sie darf keinesfalls den Wesensgehalt der Freizügigkeit verletzen.²⁶ Weiter ist stets eine sorgfältige Prüfung des Grundsatzes

der Verhältnismäßigkeit vonnöten, insbesondere mit Blick darauf, ob die betreffende Maßnahme geeignet und zur Erreichung des Ziels erforderlich ist, mithin nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels notwendig ist.²⁷ Gerade die Entscheidung in der Rs. Prinz und Seeberger fasst die Anforderungen für die europarechtliche Prüfungssituation diesbezüglich beinahe schulmäßig zusammen, sodass die Lektüre dieser Entscheidung, insbesondere Rn. 33ff., ausdrücklich empfohlen wird.

I. Einschränkungen auf Primärrechtsebene („der Verträge“)

Auf Ebene des Primärrechts finden sich keine direkten Beschränkungen im AEUV-Teil zur Freizügigkeit. Lediglich der sog. *ordre-public*-Vorbehalt lässt Beschränkungen gerade durch mitgliedstaatliches Recht zu. So sieht Art. 45 Abs. 3 AEUV vor, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur „vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen“ gewährleistet wird. Obgleich dieser Passus systematisch im dritten Teil des AEUV (die allgemeine Freizügigkeit steht im zweiten Teil) und im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit steht, erstreckt er sich auch auf die allgemeine Freizügigkeit.²⁸ Gleichwohl versieht ihn der EuGH mit der Einschränkung, dass nicht jede unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit²⁹ etwa in Gestalt eines einfachen Gesetzesverstosses eine Beschränkung zulässt, sondern diese nur dann möglich ist, wenn zugleich eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ und nicht

²⁰ EuGH, Urt. v. 04.10.2012, C-249/11, Rs. – Byankov, Rn. 34.

²¹ EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 90.

²² So auch Kluth in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 21 AEUV Rn. 18.

²³ Dies betrifft vor allem die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die sich im Primärrecht wie im Sekundärrecht in gleicher Weise finden.

²⁴ Ausgehend von den nachfolgend zu skizzierenden primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten hat die Bundesrepublik Deutschland das EU-Freizügigkeitsgesetz v. 30.07.2004, in Kraft getreten am 01.01.2005 und zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 20.07.2017, BGBl. I S. 2780, erlassen, welches in diesem Beitrag aber nur beiläufig Erwähnung findet und nicht vertieft behandelt wird.

²⁵ EuGH, Urt. v. 09.11.2000, C-357/98, Rs. – Yiadom, Rn. 24; EuGH, Urt. v. 10.07.2008, C-33/07, Rs. – Jipa, Rn. 23; Scheuing (Fn. 3), EuR 2003, 744 (767).

²⁶ Magiera in: Streinz, Kommentar zum EUV und AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 21 AEUV Rn. 22 mwN.

²⁷ EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 91; EuGH, Urt. v. 17.11.2011, C-430/10, Rs. – Gaydarov, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-673/18, Rs. – Coman und Hamilton, Rn. 34.

²⁸ Wie hier auch Scheuing (Fn. 3), EuR 2003, 744 (768f.).

²⁹ Wie sich die öffentliche Sicherheit und die öffentliche Ordnung zueinander verhalten und voneinander abgegrenzt werden können, wird indes in der EuGH-Judikatur nicht immer deutlich. Vielmehr sind die Übergänge als fließend anzusehen und der EuGH legt jedenfalls für Einschränkungen und deren Rechtfertigung für beide dieselben Maßstäbe an, sodass sich eine Differenzierung insoweit erübrigt.

bloß wirtschaftlichen Zwecken dienlich ist.³⁰

Eine solche zu bestimmen bedarf wegen der engen Auslegung der Rechtfertigungsgründe einer sorgfältigen Einzelfallprüfung.³¹ So stellt nach der Judikatur des EuGH selbst eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe noch keine hinreichende Gefahr dar, die eine Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen kann. Es müssen vielmehr weitere gefährdende Umstände hinzutreten und die Persönlichkeit des Täters, insbesondere mit Blick darauf, ob er ein ähnliches Verhalten wiederholen wird, sorgfältig betrachtet werden.³² Das Unionsrecht gibt hierbei aber keine Werteskala vor, sondern überlässt die konkrete Ausfüllung dieser Anforderungen den Mitgliedstaaten.³³ Der EuGH gibt den Mitgliedstaaten insoweit lediglich vor, dass in die Einzelfallprüfung – wie sich insoweit auch aus Art. 28 Abs. 1 der Freizüigkeitsrichtlinie ergibt – insbesondere die Gesichtspunkte der Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates, Alter, Gesundheitszustand, familiäre und wirtschaftliche Lage des Betroffenen, seine soziale und kulturelle Integration im Mitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat einzubeziehen sind.

Ähnlich strenge Anforderungen gelten auch für den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Gesundheit. So kann der Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nur bei solchen Krankheiten verweigert werden, die erheblich sind. Dementsprechend sieht § 6 Abs. 1 S. 2 des deutschen EU-Freizüigkeitsgesetzes vor, dass es sich um „Krankheiten mit epidemischem Potenzial“ handeln muss.

Daneben kann die Freizügigkeit, soweit es sich um sog. unterschiedslos anwendbare Regelungen han-

delt, d.h. solche, die nicht aufgrund der ausschließlichen Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit formal diskriminierend wirken, auch durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls (ungeschriebene Rechtfertigungsgründe) beschränkt werden. Genau wie bei dem geschriebenen *ordre-public*-Vorbehalt sind jedoch auch diese restriktiv auszulegen.³⁴

II. Einschränkungen auf Sekundärrechtsebene („der Durchführungsvorschriften“)

Sekundärrechtlich wurde die allgemeine Freizügigkeit über viele Jahre vor allem durch die drei 1990 erlassenen Aufenthaltsrichtlinien³⁵ näher konturiert, welche primär Regelungen zum (allzeit umstrittenen) Aufenthaltsstatus enthielten.³⁶ Bereits 2004 wurden die drei vorbenannten Richtlinien in der Freizüigkeitsrichtlinie (auch Unionsbürgerrichtlinie genannt)³⁷ gebündelt, wobei sich die prüfungsrelevante Streitfrage um den Aufenthaltsstatus dadurch nicht erledigt hat, sondern lediglich auf die neue Freizüigkeitsrichtlinie verlagert wurde.³⁸ Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b) der Freizüigkeitsrichtlinie ist ein Aufenthalt von über drei Monaten in einem anderen Mitgliedstaat nur unter dem Vorbehalt sozialer Absicherung durch eine Krankenversicherung sowie ausreichende Existenzmittel möglich. Hintergrund dieser Regelung sind die unterschiedlichen Standards in den

³⁴ Hierzu EuGH, Urt. v. 11.07.2002, C-224/98, Rs. – D’Hoop, Rn. 36.

³⁵ Richtlinien 90/364/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht (ABl. 1990 L 180, S. 26), 90/365/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen (ABl. 1990 L 180, S. 28) und 93/96/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten (ABl. 1990 L 180, S. 28).

³⁶ Siehe zur Entstehungsgeschichte, insbesondere auch zu den Vorläufern der soeben dargestellten Richtlinien auch Kluth in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 21 AEUV Rn. 1.

³⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, S. 77). Hierzu eingehend Hailbronner, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 (259ff.). In der Bundesrepublik Deutschland wurde die Freizüigkeitsrichtlinie durch das bereits erwähnte EU-Freizüigkeitsgesetz umgesetzt.

³⁸ Zu betonen ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Freizüigkeitsrichtlinie nicht bloß Beschränkungen im Blick hat, sondern den Unionsbürgern die Freizügigkeit auch erleichtern soll und insofern „bezweckt, dieses Recht (die Freizügigkeit) zu stärken“, vgl. EuGH, Urt. v. 15.11.2011, C-256/11, Rs. – Dereci, Rn. 50; EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-673/18, Rs. Coman und Hamilton, Rn. 18, jeweils mwN.

³⁰ EuGH, EuZW 1999, 345 (346); EuGH, Urt. v. 10.07.2008, C-33/07, Rs. – Jipa, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 17.11.2011, C-430/10, Rs. – Gaydarov, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 04.10.2012, C-249/11, Rs. – Byankov, Rn. 39.

³¹ Wie hier auch EuGH, EuZW 1999, 345 (346).

³² EuGH, Urt. v. 23.11.2010, C-145/09, Rs. – Tsakouridis, Rn. 50; EuGH, Urt. v. 17.11.2011, C-430/10, Rs. – Gaydarov, Rn. 33. In diesem Sinne auch Art. 27 Abs. 2 S. 2 der Freizüigkeitsrichtlinie, an die sich die EuGH-Rechtsprechung für das Primärrecht anlehnt. Demnach hat der EuGH in der Rs. Gaydarov eine nationale Regelung, die vorsah, dass jemand bei einer rechtskräftigen Verurteilung lebenslang auszuweisen ist, für unionsrechtswidrig erklärt.

³³ EuGH, Urt. v. 22.05.2012, C-348/09, Rs. – Infusino, Rn. 21.

mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen. So sollte dadurch nach der ursprünglichen Idee verhindert werden, dass Sozialleistungen durch Wanderbewegungen in sozialleistungsfreundliche Mitgliedstaaten erschlichen werden können. Dieser Grundidee folgend sahen die ursprünglichen drei Richtlinien vor, dass beide Erfordernisse nicht nur anfänglich, sondern fortwährend vorhanden sein müssen.³⁹ Der EuGH stellte sich indessen schon zu dieser Altregelung schützend vor den Unionsbürger und hat in den Leitentscheidungen „Grzelczyk“ und „Baumbast und R“ die Anwendungskriterien in Bezug auf den Aufenthaltsstatus festgelegt.

Der Entscheidung „Grzelczyk“ lag der Fall eines französischen Staatsangehörigen zugrunde, der in Belgien studierte und für sein letztes Studienjahr erstmals Sozialleistungen in Belgien in Anspruch nehmen musste. Hierzu judizierten die Luxemburger Richter, dass das Aufenthaltsrecht nicht alleine durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen erlösche, sondern der jeweilige Mitgliedstaat lediglich berechtigt sei, aufenthaltsbeendende Maßnahmen (in Gestalt einer Ausreiseverfügung) zu erlassen.⁴⁰ Solange eine solche nicht erlassen sei, bliebe der Aufenthalt rechtmäßig.⁴¹ Weiter erkennt der EuGH an, dass sich gerade bei Studenten deren finanzielle Lebensverhältnisse auch unerwartet schnell wandeln können. Geraten demnach Studenten, die sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, von ihrem

Willen unabhängig in eine finanzielle Notlage und ist diese nur vorübergehend, so darf keine Ausreiseverfügung ergehen.⁴²

Der Entscheidung „Baumbast und R“ lag wiederum der Fall eines deutschen Staatsangehörigen zugrunde, der jahrelang mit seiner Familie im Großbritannien lebte, dort allerdings nicht über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügte. So wurde die Notversorgung von seiner Krankenkasse im Vereinigten Königreich nicht übernommen, so dass er sich für Behandlungen stets nach Deutschland begab. Mit der Begründung eines nicht lückenlosen Krankenversicherungsschutzes lehnte Großbritannien deshalb eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis ab. Der EuGH entschied hierzu, dass es unverhältnismäßig sei, einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats mit ausreichenden Einkünften, einer Familie und einem lückenlosen Krankenversicherungsschutz in seinem Herkunftsmitgliedstaat allein deswegen abzulehnen, weil er nicht über eine umfassende Krankenversicherung im Aufnahmemitgliedstaat verfügt.⁴³

Ausgehend von dieser unionsbürgerfreundlichen Judikatur sind die Kriterien des Krankenversicherungsschutzes und der finanziellen Absicherung mittlerweile in Bezug auf das Aufenthaltsrecht primär als Klauseln zur Verhinderung von Missbrauch anzusehen. Regelmäßig können die Mitgliedstaaten deshalb nur dann, wenn solche missbräuchlichen Konstellationen vorliegen, aufenthaltsverweigernde bzw. aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergreifen, die im Falle ihrer Rechtmäßigkeit zugleich dazu führen, dass auch der Anspruch auf Sozialleistungen erlischt.⁴⁴ Nicht jedoch dann, wenn die Voraussetzungen lediglich teilweise nicht vorliegen und damit eine im Ergebnis nur unwesentliche Abweichung vorliegt.

Dieser Forderung aus der Judikatur des EuGH ist

³⁹ Kritisch hierzu bereits: *Scheuing* (Fn. 3), EuR 2003, 744 (770f.), der frühzeitig den Alternativvorschlag unterbreitete, die Freizügigkeit ausschließlich dann zu versagen, wenn Art. 21 AEUV nur als Mittel zum Zweck genutzt wird, in einem anderen Mitgliedstaat Sozialleistungen zu erhalten.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-184/99, Rs. – Grzelczyk, Rn. 42f. Anstelle der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV könnte hier auch prima facie die Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV erwogen werden, die dann *lex specialis* wäre. Dem steht jedoch entgegen, dass Herr Grzelczyk zum Zeitpunkt der Entscheidung noch Student war und Studenten keine Arbeitnehmer sind, mithin nicht vom Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst sind, vgl. *Hailbronner* (Fn. 37), ZAR 2004, 259 (260). Anders hingegen, wenn ein Student einen (auch nicht die allgemeinen Lebenserhaltungskosten deckenden) Studentenjob ausübt. Wird dieser beschränkt, so ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit insoweit anwendbar, vgl. *Kluth* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 6), Art. 21 AEUV Rn. 17.

⁴¹ Dem zustimmend *Bode* (Fn. 8), EuZW 2003, 552 (554).

⁴² EuGH, Urt. v. 20.09.2001, C-184/99, Rs. – Grzelczyk, Rn. 43. Was dabei noch als „vorübergehend“ gilt, kann hingegen nicht pauschal bestimmt werden, sondern verlangt eine lückenlose Würdigung der Gesamtumstände, vgl. *Bode* (Fn. 8), EuZW 2003, 552 (555).

⁴³ EuGH, Urt. v. 17.09.2002, C-413/99, Rs. – Baumbach und R, Rn. 93.

⁴⁴ *Bode* (Fn. 8), EuZW 2003, 552 (556).

der europäische Gesetzgeber auch insofern nachgekommen, als Art. 14 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie vorsieht, dass das Aufenthaltsrecht solange erhalten bleibt wie die Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats „nicht unangemessen“ in Anspruch genommen werden und nach Art. 14 Abs. 3 der Freizügigkeitsrichtlinie die Inanspruchnahme vom Sozialleistungen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf.⁴⁵ Werden wiederum die Systeme der sozialen Sicherung im Aufnahmemitgliedstaat durch eine Inanspruchnahme nachhaltig gefährdet, so ist das Aufenthaltsrecht des jeweiligen Unionsbürgers automatisch beendet.⁴⁶

III. Zwischenergebnis

Einschränkungen der Freizügigkeit sind weiterhin möglich und können gerechtfertigt werden. Bereits in den ersten Entscheidungen zur Freizügigkeit zeigten sich jedoch deutliche Tendenzen, die Einschränkungsmöglichkeiten vielfach auf eine reine Missbrauchskontrolle zu reduzieren, mithin grundsätzlich Freizügigkeit in vollem Maße zu gewähren und diese nur ausnahmsweise in besonderen Fällen vollständig oder teilweise zu versagen.⁴⁷ Diese restriktive Rechtsprechung wurde auch in den letzten Jahren fortgeführt, sodass die Freizügigkeit nach nunmehr gefestigter Judikatur nur unter sehr engen Voraus-

setzungen rechtmäßig beschränkt werden darf, mithin bereits ein Prä für eine fehlende Rechtfertigung von Einschränkungen spricht.

D. Die allgemeine Freizügigkeit in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH

Nachdem die Grundzüge der allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV, insbesondere mit Blick auf den „Dauerbrenner Aufenthaltsrecht“, dargestellt wurden, ist nunmehr ein Blick auf die jüngere Rechtsprechung des EuGH zu werfen,⁴⁸ denn gerade diese ist besonders prüfungsrelevant.

I. Recht auf ein Familienleben mit einem gleichgeschlechtlichen Ehepartner aus einem Drittstaat (Rs. Coman und Hamilton⁴⁹)

1. Sachverhalt

Herr Coman ist rumänischer und amerikanischer Staatsbürger. Er lernte Herrn Hamilton, der amerikanischer Staatsbürger ist, in New York kennen und lieben. Einige Jahre später heirateten sie in Brüssel und wollten dort fortan leben. Der Mitgliedstaat Belgien verweigerte jedoch Herrn Hamilton ein Aufenthaltsrecht von länger als drei Monaten.

2. Entscheidung

Nach Auffassung des EuGH resultiere unmittelbar aus Art. 21 AEUV⁵⁰ das Recht auf ein „normales Familienleben“, welches inkludiere, sich mit einem Familienangehörigen im selben Mitgliedstaat aufhalten zu dürfen. Zur Frage, ob der Begriff des Familienangehörigen auch einen Drittstaatsangehörigen desselben Geschlechts umfasst, ließ sich der EuGH unter Verweis auf Art. 2 Nr. 2 lit. a) der Freizügigkeits-

⁴⁵ Dem liegt insofern der Gedanke zugrunde, dass die aufenthaltsrechtliche und die sozialrechtliche Stellung getrennt voneinander zu betrachten sind, vgl. auch *Hailbronner* (Fn. 10), JZ 2010, 398 (403).

⁴⁶ *Kluth* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 6), Art. 21 AEUV Rn. 12b; *Thym*, Unionsbürgerfreiheit und Aufenthaltsrecht, ZAR 2014, 220 (227).

⁴⁷ Dies gilt jedenfalls soweit es um den reinen Aufenthalt geht. Der Zugang zu Sozialhilfen und Stipendien kann hingegen aus Sicht des Unionsrechts von einer Mindestaufenthaltsdauer von fünf Jahren, ab dem freizügigkeitsrechtlich ein sog. Recht auf Daueraufenthalt besteht, abhängig gemacht werden, vgl. *EuGH*, Urt. v. 18.11.2008, C-158/07, Rs. - Förster, Rn. 60. Siehe zur diesbezüglichen Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland auch <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-12/sozialhilfe-arbeitslosengeld-eu-auslaender-bundestag> (Abruf v. 09.09.2018). Ferner zur deutschen Rechtspraxis *Thym* (Fn. 46), ZAR 2014, 220 (225). Die Fünf-Jahres-Regelung lässt sich freilich darauf zurückführen, dass der Aufnahmemitgliedstaat durch aktive Zahlungen eine wesentliche größere Leistung erbringt als durch die Gewährung reinen Aufenthalts und insofern auch strengere Maßstäbe anlegen darf. Zudem dient eine solche Beschränkung auf einen fünfjährigen Aufenthalt dazu, die hinreichende Integration des Sozialleistungsempfängers sicherzustellen, was auch legitim ist, vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 23.10.2007, C-11/06 und C-12/06, Rs. - Morgan und Bucher, Rn. 43.

⁴⁸ Arrondierend hierzu sei auch die Lektüre der Beiträge von *Raschka* (Fn. 5), ZAR 2012, 231, der wie hier die Rechtsprechung des EuGH beleuchtet und *Hailbronner* (Fn. 10), JZ 2010, 398, der auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Oberverwaltungsgerichte zur Freizügigkeit in den Blick nimmt, empfohlen.

⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 05.06.2018, C-673/18, Rs. - Coman und Hamilton.

⁵⁰ Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich hingegen für Drittstaatsangehörige nicht aus der Freizügigkeitsrichtlinie selbst, da diese insoweit keine diesbezügliche Anspruchsgrundlage enthält, vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.05.2017, C-133/15, Rs. - Chavez-Vilchez u.a., Rn. 53.

richtlinie, in welchem ausdrücklich der „Ehegatte“ als Familienangehöriger genannt ist, dahingehend ein, dass der Ehegattenbegriff geschlechtsneutral sei und damit auch gleichgeschlechtliche Ehen umfasse. So setze eine Ehe lediglich voraus, dass beide Partner der Bund der Ehre vereine.⁵¹ Insofern stehe Herrn Hamilton als Familienangehöriger ein von Herrn Coman als Unionsbürger abgeleitetes und über drei Monate hinausgehendes Aufenthaltsrecht in Belgien zu.

II. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen im Mutter-Kind-Verhältnis (Rs. Chavez-Vilchez u.a.⁵²)

1. Sachverhalt

Frau Chavez-Vilchez reiste als venezolanische Staatsangehörige mit einem Touristenvisum in die Niederlande ein. Aus einer früheren Beziehung mit einem niederländischen Staatsangehörigen hatte sie zudem ein Kind, welches wie der Vater die niederländische Staatsangehörigkeit besaß. Frau Chavez-Vilchez übernahm die elterliche Sorge des Kindes alleine und erhielt vom Vater keinen Kindesunterhalt. Deshalb beantragte sie in den Niederlanden Sozialhilfe und Kindergeld, welches ihr mit der Begründung versagt wurde, dass sie keine Aufenthaltsberechtigung besäße, woraufhin sie vergeblich versuchte, eine solche zu erhalten.

2. Entscheidung

Zur Frage des Aufenthaltsrechts von Frau Chavez-Vilchez entschied der EuGH, dass diese als Drittstaatsangehörige zwar kein eigenes Aufenthaltsrecht habe, jedoch ein abgeleitetes von ihrem Kind. So sei das Kind des „Kernbestands der Freizügigkeit“ beraubt, wenn Frau Chavez-Vilchez mangels Aufenthaltsrechts ausreisen müsse, denn dann sei es wegen des finanziellen, rechtlichen und affektiven Sorgerechts der Mutter faktisch dazu gezwun-

gen, mit ihr mitzugehen.⁵³ Zur Verhinderung eines solchen freizügigkeitshindernden Zustands habe die Mutter daher ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht und könne somit auch nach nationalem Recht Sozialhilfe und Kindergeld beantragen.

III. Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten (Rs. Pisciotti⁵⁴)

1. Sachverhalt

Herr Pisciotti ist italienischer Staatsangehöriger. Bereits seit mehreren Jahren lief gegen ihn in den USA ein Ermittlungsverfahren, weshalb die US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden seine Auslieferung beantragten. Als Herr Pisciotti auf einer Reise von Nigeria nach Italien in Frankfurt am Main zwischenlandete, nahmen ihn Beamte der Bundespolizei fest. Wenig später bewilligte die Bundesrepublik Deutschland seine Auslieferung. Rechtsgrundlage hierfür war Art. 7 Abs. 1 des Auslieferungsvertrags Deutschland-USA, der zwar die Auslieferung von Inländern verhinderte, jedoch die Auslieferung von Ausländern (auch Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten) zuließ.

2. Entscheidung

Der EuGH entschied, dass Art. 21 AEUV zwar beeinträchtigt sei, jedoch dahingehend auszulegen wäre, dass er einer Regelung wie der in Art. 7 Abs. 1 des Auslieferungsvertrags Deutschland-USA nicht entgegenstünde. Voraussetzung für eine rechtmäßige, insbesondere verhältnismäßige, Anwendung sei jedoch, dass vor der Auslieferung die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt, informiert würden und

⁵¹ Vgl. zur exakten Definition der Ehe EuGH, Urt. v. 05.06.2018, C-673/18, Rs. – Coman und Hamilton, Rn. 34.

⁵² EuGH, Urt. v. 10.05.2017, C-133/15, Rs. – Chavez-Vilchez u.a.

⁵³ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.05.2017, C-133/15, Rs. – Chavez-Vilchez u.a., Rn. 65. Anders wäre dies natürlich, wenn die Mutter selbst gar nicht das Sorgerecht ausüben würde bzw. in dem Moment, in dem das Sorgerecht erlischt, denn dann ist das Kind nicht mehr von der Mutter abhängig. Deshalb kann ein einmal bestehendes abgeleitetes Sorgerecht der Mutter auch durch Veränderung des Sorgerechts nachträglich ex nunc entfallen. Zu den hierzu im Einzelfall anzuwendenden Kriterien siehe auch Rn. 72 des Urteils in der Rs. Chavez-Vilchez.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 10.04.2018, C-191/16, Rs. – Pisciotti.

diesen damit die Möglichkeit eröffnet werde, einen Europäischen Haftbefehl zu erlassen, der seinerseits weniger stark in das Recht auf Freizügigkeit eingreife.⁵⁵ Werde diese Möglichkeit eröffnet und mache der Herkunftsmitgliedstaat hiervon keinen Gebrauch, könne die Auslieferung wiederum europarechtskonform angeordnet werden.⁵⁶

E. Schluss

Wie der Beitrag gezeigt hat, ist die Eingangsformel des Lebens, wo und wie man möchte, etwas zu pauschal gegriffen. Natürlich dürfen sowohl die Unionsorgane als auch die Mitgliedstaaten Beschränkungen vorsehen und haben davon auch an mehreren Stellen Gebrauch gemacht. Der EuGH nimmt auf die wechselseitigen Interessen Rücksicht und zeigt gerade in seiner jüngeren Rechtsprechung, dass die Bedeutung der Freizügigkeit einerseits – auch mit Blick auf abgeleitete Rechte Drittstaatsangehöriger – weiterhin hochgehalten, andererseits aber auch Praktikabilitätsabwägungen aus Sicht der Mitgliedstaaten angestellt werden.⁵⁷ Wer sich dieses Umstands bewusst ist und den Spagat zwischen den widerstreitenden Interessen souverän darstellt, kann jede Prüfung – mag sie auch eine eher entlegene Ausprägung der Freizügigkeit zum Gegenstand haben – sicher bestehen und an den entscheidenden Schwerpunkten überzeugen.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 10.04.2018, C-191/16, Rs. – Piscioti, Rn. 51, 54.

⁵⁶ In diesem Sinne auch schon EuGH, Urt. v. 06.09.2016, C-182/15, Rs. – Petruhhin, Rn. 50, wobei die Entscheidung einen sehr ähnlich gelagerten Fall betrifft.

⁵⁷ So ebenfalls *Nettesheim* in: Grabitz et al. (Fn. 10), Art. 21 AEUV Rn. 4.

Rote Karte

Art. 20, 21, 65 GG

BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 – 2 BvE 1/16

stud. iur. Rocky Glaser, LL.B.

Die Partei A, welche regelmäßig an Bundes- und Landtagswahlen teilnimmt, war Veranstalterin einer für den 07.11.2015 angemeldeten Versammlung unter dem Motto „Rote Karte für die Bundeskanzlerin! – Asyl braucht Grenzen!“. Zu dieser Veranstaltung veröffentlichte W, die Bundesministerin für Bildung und Forschung, am 04.11.2015 auf der Homepage des zu diesem Zeitpunkt von ihr geführten Ministeriums eine mit Bundeswappen und der Aufschrift „Bundesministerium für Bildung und Forschung“ versehene Pressemitteilung folgenden Inhalts:

„Rote Karte für die A – W zur geplanten Demonstration der A in Berlin am 07.11.2015: Die Rote Karte sollte der A und nicht der Bundeskanzlerin gezeigt werden. Die Sprecher der Partei leisten der Radikalisierung in der Gesellschaft Vorschub. Rechtsextreme, die offen Volksverhetzung betreiben, erhalten damit unerträgliche Unterstützung.“

Nach Durchführung der Veranstaltung begehrt die A durch form- und fristgerechten Antrag beim BVerfG festzustellen, dass ihre Rechte auf gleichberechtigte Teilnahme am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG und auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG durch W verletzt wurden. Der Antrag sei begründet, da die Äußerungen der W den Eindruck vermitteln, die A fördere schwerwiegende Straftaten, die von Rechtsextremen begangen würden. Dadurch würden die A und ihre Mitglieder in der Öffentlichkeit kriminalisiert. In der Folge sähen sich die Bürger daran gehindert, an einer von Rechtsradikalen und Kriminellen veranstalteten Versammlung teilzunehmen, schon weil sie befürchten müssten, dabei fotografiert oder gefilmt zu werden. Außerdem sei zu besorgen, dass W die Ressourcen ihres Ministeriums auch zukünftig für einen derart rechtswidrigen Boykottaufruf nutze.

W betrachtet den Antrag als unbegründet. Die Äußerung sei außerhalb des Wahlkampfes und der Vorwahlzeit getätigt worden und daher ungeeignet, die Rechte der A zu beeinträchtigen. Weiterhin erfolgte die Äußerung nur unter ihrem bürgerlichen Namen. Die Bundesregierung habe die Kompetenz zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit. Auch das einzelne Regierungsmitglied sei berechtigt, die Tätigkeit der gesamten Bundesregierung zu erläutern und gegen Angriffe zu verteidigen. Reaktive Äußerungen auf verbale Angriffe seien als „Recht auf Gegenschlag“ zulässig, soweit und solange sie sich nach Form und Inhalt in dem Rahmen hielten, der durch die kritische Äußerung vorgegeben worden sei. Die gesellschaftliche Entwicklung habe nun einmal dazu geführt, dass nur das „lautstark“ Gesagte Gehör finde. Sie sei auch nicht auf die Nutzung privater Ressourcen zu verweisen, da sie kein Mitglied des Bundestages ist und die Regierungspolitik dementsprechend nicht mit den einer Abgeordneten zur Verfügung stehenden Mitteln verteidigen könne. Durch den Zusammentritt des 19. Deutschen Bundestages am 24.10.2017 endigte das Ministeramt der W gemäß Art. 69 Abs. 2 GG; sie führt die Geschäfte gemäß Art. 69 Abs. 3 GG weiter.

Hat das Begehren der A Aussicht auf Erfolg?

Einordnung

Im Jahr 1977 fiel die maßgebliche Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung vor dem Hintergrund der Chancengleichheit der Parteien.¹ Entsprechende regierungsamtliche Äußerungen waren erst ab dem Jahr 2014 vermehrt Gegenstand verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung.² Hervorzuheben sind zum einen die Entscheidungen einiger Verfassungsgerichte der Länder.³ Zum anderen ist den Entscheidungen des BVerfG zu den Äußerungsbefugnissen des Bundespräsidenten sowie der Bundesregierung und ihrer Mitglieder Beachtung zu schenken.⁴

Der Zweite Senat urteilte zuletzt, dass der Maßstab des Neutralitätsgebots für jedes Staatsorgan divergiert und die Privilegierung des Bundespräsidenten nicht auf die Bundesregierung sowie deren Mitglieder durchgreift.⁵ Eine Teilnahme von Amtsträgern am politischen Meinungskampf als Privatperson außerhalb der amtlichen Funktion sei nicht ausgeschlossen.⁶ Hierfür wurde gleichsam ein Indizienkatalog für die Einordnung als amtliche Äußerung entwickelt.⁷ Diese Auffassung des BVerfG ist seit jeher nicht unumstritten.⁸ Zuletzt nahmen die kritischen Stimmen im Schrifttum zu.⁹ Nunmehr greift der Zweite Senat die Gegenargumente bei dem Versuch der Verteidigung seiner Rechtsprechung erneut auf. Darüber hi-

naus beschäftigt sich das Gericht mit der Geltung des Neutralitätsgebots auch außerhalb des Wahlkampfs sowie in diesem Zusammenhang mit den konkreten Anforderungen des Sachlichkeitsgebots an die Bundesregierung und ihre Mitglieder.

Leitsätze

Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten erfordert der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Beachtung des Gebots staatlicher Neutralität.

Die negative Bewertung einer politischen Veranstaltung durch staatliche Organe, die geeignet ist, abschreckende Wirkung zu entfalten und dadurch das Verhalten potentieller Veranstaltungsteilnehmer zu beeinflussen, greift in das Recht der betroffenen Partei auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG ein.

Die Befugnis der Bundesregierung zur Erläuterung von ihr getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben schließt das Recht ein, sich mit darauf bezogenen kritischen Einwänden sachlich auseinanderzusetzen. Ein „Recht auf Gegenschlag“ dergestalt, dass staatliche Organe auf unsachliche oder diffamierende Angriffe in gleicher Weise reagieren dürfen, besteht nicht.

¹ BVerfGE 44, 125.

² Mandelartz, Informations- und Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung – Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Sache „Schwesig“ –, DÖV 2015, 326 (326).

³ RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665; SaarlVerfGH, Urt. v. 08.07.2014 – Lv 5/14 – verfassungsgerichtshof-saarland.de; ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – 25/15 – thverfgh.thueringen.de.

⁴ BVerfGE 136, 323; 138, 102.

⁵ BVerfGE 138, 102 (111ff.).

⁶ ebd. (117).

⁷ ebd. (117ff.); Milker, Äußerungen von Hoheitsträgern im Wahlkampf und darüber hinaus, JA 2017, 647 (651).

⁸ BVerfGE 44, 125 (181ff.): Abweichende Meinung Rottmann.

⁹ Tanneberger/Nemeczek, NVwZ 2015, 209, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14; Putzer, Verfassungsrechtliche Grenzen der Äußerungsbefugnisse staatlicher Organe und Amtsträger, DÖV 2015, 417; Payandeh, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf, Der Staat 2016, 519.

Gutachterliche Lösung

Anmerkung: Soweit eine Verletzung der Chancengleichheit der Parteien durch den Gesetzgeber oder die Bundesregierung erfolgt, ist nach BVerfG das Organstreitverfahren statthaft (vgl. BVerfGE 4, 27 (30f.)). Gegenüber anderen Akteuren können sich die Parteien über Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen und Verfassungsbeschwerde erheben (vgl. BVerfGE 7, 99 (103f.); 121, 30 (56ff.)).

A wendet sich mit einem Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG an das BVerfG.

Ein entsprechender Antrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Parteifähigkeit
- III. Verfahrensgegenstand
- IV. Antragsbefugnis
- V. Rechtsschutzbedürfnis
- VI. Form und Frist
- VII. Zwischenergebnis

B. Begründetheit

- I. Schutzbereich
- II. Eingriff
- III. Rechtfertigung

C. Ergebnis

A. Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG müssten vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG für Organstreitverfahren zuständig.

II. Parteifähigkeit

Aufgrund der kontradiktorischen Ausgestaltung¹⁰ müssen Antragsteller und -gegner parteifähig sein. Die Parteifähigkeit ist in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG normiert.

1. Antragsteller

Die A müsste parteifähig sein. Politische Parteien sind gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als „andere Beteiligte“ parteifähig, wenn eine regelmäßige Teilnahme an Bundestags- und Landtagswahlen erfolgt und soweit sie sich auf ihren in Art. 21 GG umschriebenen verfassungsrechtlichen Status berufen.¹¹ In § 63 BVerfGG sind sie nicht aufgeführt. Fraglich ist, ob die Aufzählung in § 63 BVerfGG abschließend und Parteien dementsprechend nicht parteifähig sind.

a) Eine Auffassung

Nach einer Auffassung ist § 63 BVerfGG verfassungskonform auszulegen und unter Rückgriff auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu lesen.¹² Die A nimmt regelmäßig an Bundes- und Landtagswahlen teil und beruft sich auf eine Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte aus Art. 21 GG. Sie wäre parteifähig.

b) Andere Auffassung

Nach anderer Auffassung ist aufgrund des Wortlauts eine verfassungskonforme Auslegung des § 63 BVerfGG ausgeschlossen und das einschränkende Wort „nur“ daher verfassungswidrig und nichtig.¹³ Die A wäre gleichfalls parteifähig.

c) Stellungnahme

Die A ist nach beiden Ansichten parteifähig, eine Stellungnahme ist entbehrlich.

¹⁰ BVerfGE 1, 14 (30f.); 20, 18 (23f.).

¹¹ BVerfGE 1, 208 (223f.); 4, 27 (30f.).

¹² Erichsen, Das Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG, Jura 1990, 670 (671); wohl auch: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 995; Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, Vor §§ 63ff. Rn. 6.

¹³ Maurer, Die politischen Parteien im Prozeß, JuS 1992, 296 (296f.); Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, § 4 Rn. 317; Voßkuhle in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Band 3, 7. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 101.

2. Antragsgegner

W müsste parteifähig sein. Der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung ist grundsätzlich der Status, zu dem der Verfassungsstreit anhängig gemacht worden ist.¹⁴ Bundesminister sind Teile der Bundesregierung als oberstes Staatsorgan.¹⁵ Die Mitglieder der Bundesregierung sind zumindest in Art. 65 S. 2 und 65a GG mit eigenen Rechten ausgestattet.¹⁶ W ist als Bundesministerin Organteil der Bundesregierung und in Art. 65 S. 2 GG mit eigenen Rechten ausgestattet. Der spätere Verlust des Amtes gemäß Art. 69 Abs. 2 GG ist hierfür nicht relevant. W ist parteifähig.

Anmerkung: Das BVerfG leitet die Parteifähigkeit unmittelbar aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG her und geht auf § 63 BVerfGG nicht ein (vgl. BVerfGE 1, 208 (222); 2, 143, (159ff.)).

III. Verfahrensgegenstand

Weiterhin müsste ein tauglicher Verfahrensgegenstand vorliegen. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 64 Abs. 1, 67 S. 1 BVerfGG kommen alle konkreten Maßnahmen des Antragsgegners in Betracht, die rechtserheblich sind.¹⁷ Sie sind rechtserheblich, soweit sie zur Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Antragstellers aus einem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis geeignet sind.¹⁸ Stellungnahmen sind lediglich bei einer Verdichtung zu rechtserheblichem Verhalten beachtlich.¹⁹

Die Pressemitteilung der W ist zumindest abstrakt zur Entfaltung abschreckender Wirkung gegenüber potenziellen Teilnehmern der Versammlung geeignet. Insofern handelt es sich um einen nicht nur rechtlich unerheblichen gegen die Versammlung der A geziel-

ten Aufruf. Der Streit richtet sich auf die Auslegung der durch das Grundgesetz übertragenen Rechte und Pflichten. Ein tauglicher Verfahrensgegenstand liegt vor.

IV. Antragsbefugnis

Die A müsste antragsbefugt sein. Gemäß § 64 Abs. 1 BVerfGG muss der Antragsteller eine Verletzung oder unmittelbare Gefährdung eigener verfassungsmäßiger Rechte durch die beanstandete Maßnahme geltend machen. Die entsprechende Bestimmung des Grundgesetzes ist zu bezeichnen, § 64 Abs. 2 BVerfGG. Das Vorbringen des Antragstellers muss zumindest möglich, also nicht als von vornherein ausgeschlossen erscheinen.²⁰ Der Streit muss gerade aus einem Verfassungsrechtsverhältnis entspringen.²¹ Insofern können Grundrechtsverletzungen nicht gerügt werden.²²

Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass W durch die Presseerklärung die verfassungsrechtlichen Grenzen der Äußerungsbefugnisse von Regierungsmitgliedern überschritten und dadurch die A in ihrem Recht auf gleichberechtigte Teilnahme am politischen Wettbewerb aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt hat. Eine Beeinträchtigung von Art. 8 Abs. 1 GG kann nicht unmittelbar gerügt werden. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG umfasst aber den Schutz der parteitypischen Betätigung im kommunikativen Bereich.²³ Die Parteien bestimmen innerhalb der rechtlich vorgegebenen Grenzen, welcher Medien sie sich bei der Erfüllung ihres Verfassungsauftrags zur Mitwirkung an der politischen Willensbildung bedienen wollen.²⁴ Geschützt ist auch, im Wege einer Versammlung auf politische Ziele hinzuweisen, für diese zu werben und ihnen im öffentlichen Diskurs Beachtung zu verschaffen.²⁵ Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass

¹⁴ BVerfGE 4, 144 (152); 136, 277 (299f.).

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 27.02.2018 – 2 BvE 1/16, Rn. 28; Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz HK, 2. Aufl. 2015, § 63 Rn. 10, 26; a.A.: Minister als selbstständige oberste Bundesorgane vgl. Walter in: BeckOK BVerfGG, 5. Edition, Stand 01.06.2018, § 63 Rn. 12; Voßkuhle in: Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 93 Rn. 102.

¹⁶ BVerfGE 67, 100 (126f.); 90, 286 (338); Das BVerfG zieht entgegen § 63 BVerfGG auch die §§ 9 bis 12, 14a GOBReg heran.

¹⁷ BVerfGE 2, 143 (168); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 20.

¹⁸ BVerfGE 118, 277 (317).

¹⁹ BVerfGE 2, 143 (168); Pestalozza (Fn. 17), § 7 Rn. 21.

²⁰ BVerfGE 90, 286 (337), 94, 351 (363); Detterbeck in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 48.

²¹ BVerfGE 131, 152, (191); Walter in: BeckOK BVerfGG (Fn. 15), § 64 Rn. 2.

²² BVerfGE 84, 290 (299); Lenz/Hansel (Fn. 15), § 64 Rn. 17.

²³ BVerfG NJW 2018, 928 (928); Morlok in: Dreier, Grundgesetz Kommentar Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 84.

²⁴ BVerfGE 121, 30 (57).

²⁵ BVerfG NJW 2018, 928 (928).

eine Beeinträchtigung dieser Ausformung von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG erfolgt ist. Die A ist antragsbefugt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis müsste gegeben sein. Es entfällt nicht dadurch, dass die beanstandete Rechtsverletzung in der Vergangenheit liegt und bereits abgeschlossen ist.²⁶ Streitig ist das Erfordernis eines besonderen Fortsetzungsfeststellungsinteresses.

1. Auffassung des BVerfG

Nach Auffassung des BVerfG wird das Rechtsschutzbedürfnis durch die Antragsbefugnis bereits grundsätzlich indiziert.²⁷ Das Rechtsschutzbedürfnis wäre zu bejahen.

2. Andere Auffassung

Teilweise wird ein besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse in Form einer Wiederholungsgefahr oder eines objektiven Klarstellungsinteresses gefordert.²⁸ Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Regierungsmitglieder bei weiteren Aktivitäten der A erneut in vergleichbarer Weise äußern. Ein Rechtsschutzbedürfnis läge vor.

3. Stellungnahme

Die Ansichten gelangen zu demselben Ergebnis, eine Stellungnahme ist entbehrlich.

VI. Form und Frist

Das Organstreitverfahren wurde form-, §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2 BVerfGG und fristgerecht, § 64 Abs. 3 BVerfGG, beantragt.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit die beanstandete Maßnahme tatsächlich gegen das Grundgesetz verstößt und die A dadurch in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzt ist.

Anmerkung: Hier bietet sich eine grundrechtsähnliche Prüfung an. Bei Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG handelt es sich aber weder um ein Grundrecht noch um ein grundrechtgleiches Recht (vgl. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 11 Rn. 25f.).

I. Schutzbereich des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG

Zunächst müsste Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG inhaltlich betroffen sein. Gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2 GG geht alle Staatsgewalt vom Volk aus. Demokratische Legitimation ist nur durch freie Wahlen und Abstimmungen zu erreichen, welche wiederum erfordern, dass die Wahlberechtigten ihr Urteil in einem freien und offenen Prozess der Meinungsbildung gewinnen und fällen können.²⁹ Art. 21 GG verleiht dem dadurch Ausdruck, dass Parteien als verfassungsrechtlich notwendige Einrichtungen für die politische Willensbildung des Volkes anerkannt und in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben worden sind.³⁰ Um die verfassungsrechtlich gebotene Offenheit des Prozesses der politischen Willensbildung zu gewährleisten, müssen die Parteien soweit möglich gleichberechtigt am politischen Wettbewerb teilnehmen.³¹ Dieser Verfassungsgrundsatz ist streng und formal zu praktizieren.³² Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG garantiert den politischen Parteien nicht nur die Freiheit ihrer Gründung und die Möglichkeit der Mitwirkung an der politischen Willensbildung, sondern auch Mitwirkung auf der Basis gleicher Rechte und gleicher Chancen.³³ Der Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien erfordert auch *außerhalb von Wahlkampfzeiten* die Beachtung des Gebots staatlicher Neutralität.³⁴ Staatsorgane ha-

²⁹ BVerfGE 20, 56 (97); 44, 125 (139).

³⁰ BVerfGE 1, 208 (225).

³¹ BVerfGE 111, 382 (404).

³² BVerfGE 14, 121 (132ff.); 44, 125 (146); Morlok in: Dreier (Fn. 23), Art. 21 Rn. 82.

³³ BVerfGE 44, 125 (139).

³⁴ BVerfGE 140, 225 (227).

²⁶ BVerfGE 1, 372 (379); 10, 4 (11).

²⁷ BVerfGE 62, 1 (33); 68, 1 (77); Benda/Klein (Fn. 12), § 28 Rn. 1042.

²⁸ Umbach in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgesetz Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl. 2005, §§ 63, 64, Rn. 172; Zurückhaltend: BVerfGE 131, 152 (193f.); 140, 160 (185).

ben weder zugunsten noch zulasten einer politische Partei oder eines Wahlbewerbers in den Wahlkampf einzuwirken.³⁵ Die Willensbildung des Volkes und die Willensbildung in den Staatsorganen vollziehen sich in vielfältiger und vor allem tagtäglicher Wechselwirkung.³⁶ Der politische Wettbewerb herrscht auch außerhalb von Wahlkämpfen und wirkt auf die Wahlentscheidung zurück.³⁷

Die am 07.11.2015 durch die A veranstaltete Versammlung ist als eine Form der Partizipation am politischen Wettbewerb zu verstehen. Die Staatsorgane haben insoweit Neutralität zu wahren. Die Veranstaltung unterliegt der Garantie des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG.

II. Eingriff

W könnte durch die Pressemitteilung in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG eingegriffen haben, indem sie gegen das Neutralitätsgebot verstoßen hat.

1. Bindung an das Neutralitätsgebot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG

W müsste gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das Neutralitätsgebot gebunden gewesen sein. Streitig ist die Geltung bei amtlichen Äußerungen im ministeriellen Tätigkeitsbereich.

a) Auffassung des BVerfG

Nach Auffassung des BVerfG findet das Neutralitätsgebot Anwendung.³⁸ Eine Bindung sei lediglich bei Teilnahme eines Regierungsmitglieds am politischen Meinungskampf außerhalb seiner amtlichen Funktion zu verneinen.³⁹ Zur Abgrenzung sind die Einzelfallumstände heranzuziehen.⁴⁰ Eine amtliche Äußerung sei gegeben, wenn die Äußerung entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder

Gewichtung zu verleihen.⁴¹ Die Amtsautorität wird insbesondere in Anspruch genommen, wenn sich der Amtsinhaber durch amtliche Verlautbarungen in Form offizieller Publikationen, Pressemitteilungen oder auf der offiziellen Internetseite seines Geschäftsbereichs erklärt oder wenn Staatssymbole und Hoheitszeichen eingesetzt werden.⁴²

W hat die Pressemitteilung unter Verwendung des Dienstwappens auf der Homepage des von ihr geführten Ministeriums veröffentlicht. Einem Handeln in amtlicher Funktion steht nicht entgegen, dass W sich nur unter ihrem bürgerlichen Namen geäußert hat. Die Homepage eines Bundesministeriums dient der Verlautbarung von Mitteilungen zu Angelegenheiten in seinem Zuständigkeitsbereich. Daher stellt sich die Pressemitteilung nach ihrem objektiven Erscheinungsbild als Verlautbarung der W in ihrer Eigenschaft als Bundesministerin dar. Sie hat in spezifischer Weise auf die Autorität des Amtes und ihr aufgrund des Ministeramts zustehende Ressourcen zurückgegriffen. Sie wäre gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das Neutralitätsgebot gebunden.

b) Andere Auffassung

Nach anderer Auffassung findet das Neutralitätsgebot mit Ausnahme besonderer Rücksichten im Wahlkampf keine Anwendung.⁴³ W hat sich außerhalb der Wahlkampfzeiten geäußert. Insoweit wäre sie nicht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das Neutralitätsgebot gebunden.

c) Stellungnahme

Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass Stellung zu beziehen ist. Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass aufgrund der Verschränkung von staatlichem Amt und parteipolitischer Zugehörigkeit nur begrenzte Neutralitätserwartungen bestehen.⁴⁴ Die Abgrenzung zwischen ministeriellen Äußerungen und solchen als Privat-

³⁵ BVerfGE 44, 125 (141, 146).

³⁶ BVerfGE 138, 102 (111).

³⁷ BVerfG NJW 2018, 928 (929).

³⁸ BVerfGE 138, 102 (116ff.).

³⁹ BVerfGE 44, 125 (141).

⁴⁰ BVerfGE 138, 102 (118); RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665 (667).

⁴¹ BVerfGE 138, 102 (118ff.).

⁴² ebd. (118f.); RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665 (667).

⁴³ BVerfGE 44, 181, (185ff.): Abweichende Meinung: Rottmann.

⁴⁴ Payandeh (Fn. 9), 519 (532); Putzer (Fn. 9), 417 (422f.).

person wirke konstruiert und praxisfern.⁴⁵ Sie könne nicht mit einem hinreichenden Maß an Rechtssicherheit erfolgen.⁴⁶ In der Verfassungswirklichkeit sei angesichts des Dualismus zwischen Opposition auf der einen und Bundesregierung sowie Regierungsparteien auf der anderen Seite kein Platz für Neutralität.⁴⁷ Die im Gegensatz dazu in parteipolitischen Zusammenhängen unbegrenzte Äußerungsfreiheit bis an die Grenze der Schmähkritik führe zu einem Wertungswiderspruch und das Neutralitätsgebot erschwere die Wahrnehmung parlamentarischer Verantwortlichkeit und führe zu einer „Entpolitisierung“ des Regierungshandelns.⁴⁸

Für die Auffassung des BVerfG spricht, dass die Unmöglichkeit der strikten Trennung der „Äußerungssphären“ nicht zwingend zur Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots führen muss.⁴⁹ Die Bindung der Mitglieder der Bundesregierung an das Neutralitätsgebot in ihrem dienstlichen Tätigkeitsbereich entspricht einem im Amtseid gemäß Art. 64 Abs. 2, 56 GG zum Ausdruck kommenden Amtsverständnis, wonach das Ministeramt unparteiisch gegenüber jedermann und zum Wohle des deutschen Volkes wahrzunehmen ist.⁵⁰ Zwar mag die Ausübung der Staatsleitung gemäß Art. 65 GG gewisse Auswirkungen auf den politischen Wettbewerb haben, dies rechtfertigt jedoch keine darüber hinausgehende Beeinflussung durch staatliches Handeln.⁵¹ Die Wahrnehmung parlamentarischer Verantwortlichkeit und das Führen der politischen Sachdebatte ist bei Geltung des Neutralitätsgebots nicht infrage gestellt, die Mitglieder der Bundesregierung dürfen lediglich nicht einseitig Partei ergreifen oder bei der Teilnahme am allgemeinen politischen Wettbewerb auf die spezifischen Möglichkeiten und Mittel des Ministeramts zurückgreifen.⁵² Die der Bundesregierung zukommende Autorität und die Verfügung

über staatliche Ressourcen ermöglichen eine nachhaltige Einwirkung auf die politische Willensbildung des Volkes, die das Risiko erheblicher Verzerrungen des politischen Wettbewerbs der Parteien beinhaltet.⁵³ Daher ist dem BVerfGG zu folgen. W war gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das Neutralitätsgebot gebunden.

2. Verstoß gegen das Neutralitätsgebot

W könnte gegen das Neutralitätsgebot verstoßen haben. Ein Verstoß liegt vor, soweit das Handeln staatlicher Organe darauf gerichtet ist, die Durchführung politischer Demonstrationen oder das Verhalten potentieller Teilnehmer zu beeinflussen.⁵⁴ Eine Beeinflussung potentieller Veranstaltungsteilnehmer liegt insbesondere vor, soweit politische Veranstaltungen bewertet werden oder aus diesem Anlass Werturteile über die veranstaltende Partei erfolgen, die zur Entfaltung abschreckender Wirkung geeignet sind.⁵⁵

W fordert durch die Verwendung der Metapher der „Roten Karte“ erkennbar dazu auf, sich zu distanzieren. Weiterhin enthält die Presseerklärung, für welche die geplante Demonstration ausdrücklich als Anlass ausgewiesen wurde, die Wertung, dass mit der Teilnahme an dieser Versammlung eine Partei gestärkt würde, deren Sprecher der Radikalisierung in der Gesellschaft Vorschub leisteten und Rechts-extreme unterstützten. Die Forderung, einer solchen Partei die „Rote Karte“ zu zeigen, stellt sich zumindest als mittelbare Aufforderung dar, der geplanten Demonstration fernzubleiben. Ein Verstoß liegt vor.

III. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte durch die Wahrnehmung der Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit gerechtfertigt sein.

1. Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit

W müsste eine solche Befugnis grundsätzlich zukommen. Der Bundesregierung obliegt gemeinsam mit den anderen dazu berufenen Verfassungsorganen

⁴⁵ Putzer (Fn. 9), 417 (423); Mandelartz (Fn. 2), 326 (329).

⁴⁶ Krüper, JZ 2015, 414 (417), Anm. zu BVerfG, Urt. v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14; Tanneberger/Nemeczek (Fn. 9), 215 (216).

⁴⁷ BVerfGE 44, 181, 186: Abweichende Meinung Rottmann.

⁴⁸ Tanneberger/Nemeczek (Fn. 9), 215 (215f.).

⁴⁹ BVerfGE 138, 102 (117f.).

⁵⁰ BVerfG NJW 2018, 928 (932).

⁵¹ BVerfGE 73, 40 (89); 78, 350 (358).

⁵² BVerfG NJW 2018, 928 (932).

⁵³ BVerfGE 138, 102 (115).

⁵⁴ BVerfG NJW 2018, 928 (929f.); BVerfGE 138, 102 (113ff.).

⁵⁵ BVerfG NJW 2018, 928 (930).

die Aufgabe der Staatsleitung, Art. 65 GG.⁵⁶ Integraler Bestandteil dessen ist die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit.⁵⁷ Diese umfasst die Darlegung und Erläuterung der Regierungspolitik hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben sowie die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über die Bevölkerung unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit.⁵⁸ Die Regierung muss unzutreffende Tatsachenbehauptungen oder Angriffe in unsachlicher und diffamierender Weise nicht hinnehmen und darf erhobene Vorwürfe aufgreifen, fehlerhafte Tatsachenbehauptungen richtigstellen und unsachliche Angriffe zurückweisen.⁵⁹ Eine gesonderte gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich.⁶⁰ Für das einzelne Regierungsmitglied kann nichts anderes gelten.⁶¹ W ist grundsätzlich zur Öffentlichkeitsarbeit befugt.

2. Schranken der Befugnis

Die Befugnis könnte Einschränkungen unterliegen, infolge derer eine Rechtfertigung mangels verfassungsmäßiger Konkretisierung ausscheidet.

a) Grenze der Kompetenzordnung

Die Äußerung müsste in den Zuständigkeitsbereich der W als Bundesministerin fallen. Grundsätzlich setzt die Befugnis staatlicher Organe zur Öffentlichkeitsarbeit die Beachtung der bestehenden Kompetenzordnung voraus.⁶² Für die Bundesregierung ergibt sich die Verteilung der Zuständigkeiten aus Art. 65 GG.⁶³ Der streitgegenständlichen Pressemitteilung fehlt jeglicher Bezug zu dem W übertragenen Geschäftsbereich der Bildungs- und Forschungspolitik, so dass sich W nicht auf Art. 65 S. 2 GG berufen kann. Dem

Wortlaut von Art. 65 GG kann nicht ohne weiteres entnommen werden, dass W darüber hinaus als Mitglied des Kollegialorgans Bundesregierung eine eigenständige Befugnis zukommt, Angriffe auf die Regierungspolitik und insbesondere auf das Handeln der Bundeskanzlerin zurückzuweisen. Ein Verstoß gegen die Kompetenzordnung liegt vor.

Im Originalfall hat das BVerfG diese Frage offengelassen und seine Entscheidung maßgeblich auf den folgenden Punkt gestützt.

b) Grenze des Sachlichkeitsgebots

Die Äußerung könnte den inhaltlich zulässigen Rahmen überschritten haben. Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG schützt die politischen Parteien nicht vor einer sachlichen Auseinandersetzung der Bundesregierung mit den gegen ihr Handeln erhobenen Vorwürfen.⁶⁴ Die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung unterliegt wie jedes staatliche Handeln dem Sachlichkeitsgebot.⁶⁵ Das schließt die klare und unmissverständliche Zurückweisung fehlerhafter Sachdarstellungen oder diskriminierender Werturteile nicht aus.⁶⁶ Darüber hinausgehende, mit der Kritik am Regierungshandeln in keinem inhaltlichen Zusammenhang stehende, verfälschende oder herabsetzende Äußerungen über Parteien stellen eine unzulässige Parteinahme im politischen Wettbewerb dar.⁶⁷ Parteiergreifende Stellungnahmen wie Werbung zugunsten oder zulasten der Parteien sowie die Bekämpfung der Oppositionsparteien sind zu unterlassen.⁶⁸ Es besteht kein „Recht auf Gegenschlag“ dergestalt, dass staatliche Organe auf unsachliche oder diffamierende Angriffe in gleicher Weise reagieren dürfen, da andernfalls die Bundesregierung bei einem auf unwahre Behauptungen gestützten Angriff auf ihre Politik ihrerseits die Berechtigung zur Verbreitung unwahrer Tatsachen

⁵⁶ BVerfGE 11, 77 (85); 105, 252 (270); 105, 279 (301).

⁵⁷ BVerfGE 138, 102 (114).

⁵⁸ BVerfGE 20, 56 (100); 44, 125 (147).

⁵⁹ BVerfG NJW 2018, 928 (931).

⁶⁰ BVerfGE 105, 252 (270); 105, 279 (304f.); a.A. statt aller Schoch, Amtliche Publikumsinformation zwischen staatlichem Schutzauftrag und Staatshaftung, NJW 2012, 2844 (2846).

⁶¹ BVerfG NJW 2018, 928 (931); zur juristischen Methodik: Krüper (Fn. 46), 414 (416).

⁶² BVerfGE 44, 125 (149); Barczak, Die parteipolitische Äußerungsbefugnis von Amtsträgern, NVwZ 2015, 1014 (1017).

⁶³ BVerfG NJW 2018, 928 (933).

⁶⁴ BVerfGE 105, 279 (294); ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – 25/15 – juris Rn. 101.

⁶⁵ BVerfGE 57, 1 (8).

⁶⁶ BVerfGE 44, 125 (149f.).

⁶⁷ SaarVerfGH, Urt. v. 08.07.2014 – Lv 5/14 – juris Rn. 36; ThürVerfGH, Urt. v. 08.06.2016 – 25/15 – juris Rn. 101.

⁶⁸ BVerfG NJW 2018, 928 (931).

hätte.⁶⁹ Dem steht die Verpflichtung staatlicher Organe entgegen, in Bezug genommene Tatsachen korrekt wiederzugeben.⁷⁰

Die streitige Presseerklärung nimmt zwar auf die gegen die Flüchtlingspolitik gerichtete Demonstration Bezug. Zugleich sind ihr keinerlei erläuternde Informationen über das Handeln der Bundesregierung in der Flüchtlingspolitik oder in einem sonstigen Politikbereich zu entnehmen. Die Äußerung beschränkt sich auf den Vorwurf, die Sprecher der A leisteten der Radikalisierung in der Gesellschaft Vorschub und gewährten Rechtsextremen unerträgliche Unterstützung. Hinzu kommt die Aufforderung, der A die „Rote Karte“ zu zeigen, und damit mittelbar der Aufruf, der Demonstration fernzubleiben. Es handelt sich um einen unsachlichen parteiergreifenden Angriff im politischen Wettbewerb aus Anlass der Ankündigung einer politischen Kundgebung. W kann sich nicht darauf berufen, die Veröffentlichung der Pressemitteilung sei die einzige Möglichkeit der Teilnahme am politischen Meinungskampf gewesen. Ein Rückgriff auf staatliche Ressourcen würde einer mit Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbaren Verfälschung der vorgefundenen Wettbewerbslage „Tür und Tor“ öffnen. W kann sich der den Parteien zur Verfügung stehenden Möglichkeiten im politischen Meinungskampf bedienen. Auch der Einwurf, dass aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung nur das „lautstark Gesagte Gehör finde“⁷¹ geht fehl. Abwertende Beurteilungen einzelner politischer Parteien durch staatliche Organe sind grundsätzlich zu unterlassen. Die Bundesregierung ist darauf beschränkt, im Rahmen ihrer Öffentlichkeitsarbeit über das Regierungshandeln aufzuklären, hiergegen erhobene Vorwürfe in der Sache aufzuarbeiten und diffamierende Angriffe zurückzuweisen. Die Presseerklärung der W verstößt gegen das Sachlichkeitsgebot. Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt.

C. Ergebnis

Der Antrag der A ist zulässig und begründet.

⁶⁹ BVerfG NJW 2018, 928 (931).

⁷⁰ BVerfGE 57, 1 (8).

⁷¹ SaarlVerfGH, Urt. v. 08.07.2014 – Lv 5/14 – juris Rn. 42, 45.

Fazit

Die Entscheidung fand in der Ausbildungsliteratur umfangreich Niederschlag.⁷² Zwar erscheint die Trennung in Äußerungssphären im ersten Moment gekünstelt, bis auf wenige Grenzfälle kann aufgrund der Abgrenzungskriterien eine Zuordnung jedoch sicher vorgenommen werden. Die klare Linie des BVerfG sorgt für Rechtssicherheit, kann doch der Amtswalter bei öffentlichen Äußerungen klarstellend darauf hinweisen, dass es sich um Beiträge im politischen Meinungskampf jenseits der ministeriellen Tätigkeit handelt.⁷³ Gemäß Art. 20 Abs. 1 und 2 GG geht die Staatsgewalt vom Volk aus. Hiermit wäre es nicht vereinbar, wenn sich die Regierungsparteien im politischen Wettbewerb einen unlauteren Vorteil unter Inanspruchnahme entsprechender Ressourcen verschaffen. Das „Recht auf Gegenschlag“ wurde zu Recht abgelehnt. Für ein „Auge um Auge“ staatlicher Hoheitsträger bietet das Verfassungsrecht keinen Raum.

Ausdrücklich offen bleibt die Frage, ob im Wahlkampf verschärfte Anforderungen gelten.⁷⁴ Der VerfGH Rheinland-Pfalz hat eine graduell ansteigende Zurückhaltungspflicht im Verhältnis zum Wahltermin in Anlehnung an ältere Rechtsprechung des BVerfG erneut bejaht.⁷⁵ Die damit einhergehende Fokussierung der Bundesregierung auf die Sacharbeit und eine zunehmende Verschiebung der politischen Debatte in die Parlamente sowie auf die Parteiebene erscheinen nicht zwingend nachteilhaft. Vielmehr würde die dem Parlament immanente Bedeutung für die Demokratie erheblich gestärkt.

⁷² Vgl. Sommer, RÜ 5/2018, 315; Friehe, NJW 2018, 928; Muckel, JA 2018, 394; Michl, NVwZ 2018, 485; Sachs, JuS 2018, 404; Kuch, JZ 2018, 403; jeweils Anm. zu BVerfG, Urt. v. 27.2.2018 – 2 BvE 1/16.

⁷³ BVerfG NJW 2018, 928 (932).

⁷⁴ BVerfG NJW 2018, 928 (929).

⁷⁵ RhPfVerfGH NVwZ-RR 2014, 665 (666).

Kopftuch am Arbeitsplatz

Art. 267 AEUV; Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78/EG

EuGH: Tragen eines Kopftuchs unter Verstoß gegen unternehmensinterne Arbeitsplatzregelung – EuGH, Urt. v. 24.3.2017, Rs. C-157/15 – Achbita = NJW 2017, 1087

stud. iur. Patrick Glatz

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000 L 303, 16). Es geht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau Samira Achbita sowie dem „Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding“ (Zentrum für Chancengleichheit und Bekämpfung des Rassismus, im Folgenden: Centrum) auf der einen Seite und der G4S Secure Solutions NV (im Folgenden: G4S), einem Unternehmen mit Sitz in Belgien, auf der anderen Seite, wegen des von G4S ihren Arbeitnehmern erteilten Verbots, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen oder jeglichen sich daraus ergebenden Ritus zum Ausdruck zu bringen. G4S ist ein privates Unternehmen, das für Kunden aus dem öffentlichen und privaten Sektor unter anderem Rezeptions- und Empfangsdienste erbringt. Am 12.02.2003 trat Frau Achbita, die muslimischen Glaubens ist, mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag als Receptionistin in den Dienst von G4S. Bei G4S galt zu dieser Zeit eine ungeschriebene Regel, wonach Arbeitnehmer am Arbeitsplatz keine sichtbaren Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen tragen durften. Im April 2006 kündigte Frau Achbita ihren Vorgesetzten an, dass sie beabsichtige, künftig während der Arbeitszeiten das islamische Kopftuch zu tragen. Die Geschäftsleitung von G4S antwortete Frau Achbita auf diese Ankündigung, dass das Tragen eines Kopftuchs nicht geduldet werde, da das sichtbare Tragen politischer, philosophischer oder religiöser Zeichen der von G4S angestrebten Neutralität widerspreche. Nach einer krankheitsbedingten Abwesenheit teilte Frau Achbita ihrem Arbeitgeber am 12.05.2006 mit, dass sie am 15.05. ihre Arbeit wieder aufnehmen und das islamische Kopftuch tragen werde. Der Betriebsrat von G4S billigte am 29.05.2006 eine Anpassung der Arbeitsordnung, die am 13.06.2006 in Kraft trat und wie folgt lautete: „Es ist den Arbeitnehmern verboten, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen.“ Am 12.06.2006 wurde Frau Achbita aufgrund ihrer festen Absicht, als Muslima am Arbeitsplatz das islamische Kopftuch zu tragen, entlassen. Sie erhielt eine Entlassungsabfindung in Höhe von drei Monatsgehältern und ihr wurden die auf der Grundlage des Arbeitsvertrags erworbenen Vergünstigungen

ausbezahlt. Nachdem Sie mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht Antwerpen gescheitert war, legte sie Rechtsmittel beim Arbeitsgerichtshof Antwerpen ein. Dieses wurde ebenfalls abgewiesen, woraufhin Frau Achbita Rechtsmittel beim Kassationshof in Belgien einlegte. Dieser entschied sich, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„Ist Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78 so auszulegen, dass das Verbot, als Muslima am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, keine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn die beim Arbeitgeber bestehende Regel es allen Arbeitnehmern verbietet, am Arbeitsplatz äußere Zeichen politischer, philosophischer und religiöser Überzeugung zu tragen?“

Fallfrage: Wie wird der EuGH bzgl. der Vorlagefrage entscheiden?

Artikel 2 RL 2000/78/EG

Der Begriff „Diskriminierung“

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz“, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

[...]

Einordnung

Das Tragen religiöser oder weltanschaulicher Symbole am Arbeitsplatz ist seit Jahren ein breit und kontrovers diskutiertes Thema. Die Gerichte werden damit nicht nur für Berufe im öffentlichen Dienst befasst, in den vergangenen Jahren ergingen auch verschiedenste Entscheidungen zum Tragen des islamischen Kopftuches im privaten Arbeitsverhältnis.¹ Dabei entschieden die Gerichte, insbesondere das BAG² und das BVerfG³, regelmäßig auf Grundlage der kollidieren-

den Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers. Die Eingriffe der Arbeitgeber in die Rechte der Arbeitnehmer aus Art. 4 Abs. 2 GG wurden dabei regelmäßig als unzulässig qualifiziert, gerade auch weil Art. 4 Abs. 2 GG selbst nur durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden kann. Eine Einschränkung in den vor den Gerichten gelandeten Fällen scheiterte in Folge in der Regel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen des Arbeitgebers. Begleitet wird diese Rechtsprechung durch Urteile zum Tragen eines islamischen Kopftuches im öffentlichen Dienst unter Achtung des Neutralitätsgebotes des Staates.⁴

¹ BVerfG NJW 2017, 381; BVerfGE 138, 296; BAG NZA-RR 2010, 383; BAG NZA 2003, 483; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 09.02.2017 – 14 Sa 1038/16; ArbG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 55 Ca 2426/12.

² BAG NZA 2003, 483 (gegen das Urteil wurde seitens der Beklagten im Anschluss eine Verfassungsbeschwerde angestrengt, die vom BVerfG aber nicht zur Entscheidung angenommen wurde).

³ BVerfG NJW 2017, 381.

⁴ Aufsehererregend dabei die Verfassungsbeschwerde einer Rechtsreferendarin in Hessen, der nicht gestattet wurde, bei einer Sitzungsververtretung ihr religiöses Kopftuch zu tragen, BVerfG NJW 2017, 2333.

In all diese Entscheidungen reiht sich das Urteil des EuGH, das hier betrachtet werden soll, ein. Neben der Frage, ob und welche Auswirkungen die Rechtsprechung des EuGH unter der Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG auf die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hat, ist das vorliegende Urteil auch von Bedeutung für die juristische Ausbildung. Mit denen im alltäglichen Rechtsverkehr immer stärker werdenden europäischen Bezügen wird auch für Prüfungen die Kenntnis europäischer Rechtsprechung und Richtlinien immer wichtiger werden. Der vorliegende Fall eignet sich sehr für eine öffentlich-rechtliche Klausur, sowohl um ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV abzuprüfen, als auch um privatrechtliche Handlungen an Primär- oder Sekundärrecht zu messen.

Leitsätze

Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung im Sinne dieser Richtlinie darstellt.

Eine solche interne Regel eines privaten Unternehmens kann hingegen eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG darstellen, wenn sich erweist, dass die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung, die sie enthält, tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden, es sei denn, sie ist durch ein rechtmäßiges Ziel wie die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

Gutachterliche Lösung

- A. Annahmefähigkeit der Vorlagefrage
 - I. Zuständigkeit
 - II. Vorlagegegenstand
 - III. Vorlageberechtigung
 - IV. Entscheidungserheblichkeit der Vorlage
 - V. Zwischenergebnis
- B. Beantwortung der Vorlagefrage durch Urteil des EuGH
 - I. Auslegung des Art. 2 Abs. 2 lit. a
 - 1. **Zweckrichtung der RL 2000/78/EG (!)**
 - 2. Religionsbegriff der RL 2000/78/EG
 - II. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 lit. a
 - 1. Benachteiligung einer Person, die von Art. 1 geschützt wird
 - 2. Gegenüber einer anderen Person in vergleichbarer Lage
 - III. Mittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b
 - 1. Zulässigkeit eines weiteren Auslegungs hinweises
 - 2. Auslegung des Art. 2 Abs. 2 lit. b
 - a) Widerlegung der Vermutung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b, lit. i
 - aa) Legitimes Ziel
 - bb) Geeignetheit
 - cc) Erforderlichkeit
 - b) Zwischenergebnis
- C. Ergebnis

A. Annahmefähigkeit der Vorlagefrage

Der EuGH wird die Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts beantworten, soweit diese annahmefähig ist.

I. Zuständigkeit

Der EuGH müsste zuständig sein. Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV ist der EuGH für Auslegungs- oder Gültigkeitsfragen bezüglich des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union zuständig. Eine Zuständigkeit des EuGH nach Art. 256 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV ist vorliegend nicht ersichtlich, folglich ist der EuGH zuständig.

II. Vorlagegegenstand

Weiterhin müsste das vorlegende Gericht einen statthafter Vorlagegegenstand gewählt haben. Statthafte Vorlagegegenstände sind gem. Art. 267 Abs. 1 AEUV Fragen bezüglich der Auslegung von Unionsrechtsakten, der Verträge oder Fragen nach der Gültigkeit und Auslegung von Handlungen der Organe der Union.⁵ Gegenstand einer Auslegungsfrage können sämtliche Rechtssätze des Unionsrechts sein.⁶ Nach Art. 267 Abs. 1 lit. b können auch Handlungen der Organe der Union Vorlagegegenstand sein. Dies umfasst das gesamte sekundäre Unionsrecht, einschließlich verbindlicher Rechtsakte wie Richtlinien.⁷ Vorliegend betrifft die Vorlagefrage die Auslegung der RL 2000/78/EG und somit die Auslegung eines sekundären Unionsrechtsaktes. Folglich liegt ein zulässiger Vorlagegegenstand i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV vor.

III. Vorlageberechtigung

Das vorlegende Gericht müsste auch zur Vorlage berechtigt gewesen sein. Zur Vorlage berechtigt sind Gerichte eines Mitgliedsstaates bzw. einzelstaatliche Gerichte.⁸ Der Gerichtsbegriff des Art. 267 ist dabei ein autonomer unionsrechtlicher Rechtsbegriff.⁹ Nach den Kriterien des EuGH lässt sich eine solche Einrichtung als Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV qualifizieren, wenn es sich um eine unabhängige Stelle auf gesetzlicher Grundlage handelt, die eine ständige und obligatorische Gerichtsbarkeit ausübt und deren potentiell verbindliche Entscheidungen unter Anwendung von Rechtsnormen zustande kommen und auf rechtsstaatlichen Grundsätzen beruhen.¹⁰ Der Gerichtshof prüft die Kriterien jedoch nicht schematisch, sondern gewichtet sie je nach Einzelfall individuell.¹¹ Bei dem Kassationshof Belgien handelt es sich um eine unab-

hängige Stelle auf gesetzlicher Grundlage, die eine ständige und obligatorische Gerichtsbarkeit ausübt und verbindliche Entscheidungen unter Anwendung von Rechtsnormen trifft und auf rechtsstaatlichen Grundsätzen beruht. Somit ist der Kassationshof Belgien zur Vorlage berechtigt.

Darüber hinaus könnte der Kassationshof Belgien auch zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sein. Gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV muss eine Auslegungsfrage von einem einzelstaatlichen Gericht vorgelegt werden, wenn dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann. Der Kassationshof Belgien ist das letztinstanzliche Gericht Belgiens. Folglich besteht eine Vorlagepflicht des Kassationshofes nach Art. 267 Abs. 3 AEUV. Dieser ist der Kassationshof nachgekommen.

IV. Entscheidungserheblichkeit der Vorlage

Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV muss die Vorlage auch entscheidungserheblich für das Ausgangsverfahren sein. Dabei ist für die Frage der Erforderlichkeit allein die Einschätzung des vorlegenden Gerichtes maßgeblich, der Gerichtshof prüft diese Voraussetzung nicht.¹² Das vorlegende Gericht hat insoweit einen Beurteilungsspielraum, der eine Vermutung bezüglich der Erforderlichkeit begründet.¹³ Entscheidungserheblich ist eine Vorlagefrage dann, wenn das Ergebnis des Rechtsstreits vor dem nationalen Gericht von der Beantwortung der Frage durch den EuGH abhängig ist oder dies zum Zeitpunkt der Vorlage zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁴ Der Kassationshof meinte den Rechtsstreit zwischen der G4S und A ohne die Auslegung des Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78 durch den EuGH nicht entscheiden zu können. Vorliegend ist die Vorlagefrage für das Ergebnis des Urteils des nationalen Gerichts entscheidend und daher entscheidungserheblich.

V. Zwischenergebnis

⁵ Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 267 Rn. 13.

⁶ Ehricke in: Streinz (Fn. 5), Art. 267 Rn. 17.

⁷ Ehricke in: Streinz (Fn. 5), Art. 267 Rn. 19.

⁸ Ehricke in: Streinz (Fn. 5), Art. 267 Rn. 28.

⁹ EuGH, Rs. C-24/92 - Corbiau, Slg. 1993, I-1277, Rn. 15; Rs. C-96/04 - Standesamt Stadt Niebüll, Slg. 2006, I-3561, Rn. 12; Frenz, Europarecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 1397.

¹⁰ Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 694.

¹¹ Ehricke in: Streinz EUV/AEUV (Fn. 5), Art. 267 Rn. 29; Haltern, Europarecht Dogmatik im Kontext Bd. 2, 3. Aufl. 2017, Rn. 186.

¹² Ehricke in: Streinz EUV/AEUV (Fn. 5), Art. 267 Rn. 35; Höpfner in: EUArbR, 2. Aufl. 2018, Art. 267 Rn. 24.

¹³ EuGH, Urt. v. 12.02.2009, C-466/07 - Dietmar Klarnberg/Ferrortron Technologies GmbH.

¹⁴ Höpfner in: EUArbR (Fn. 13), Rn. 21.

Die Voraussetzungen liegen vor. Die Vorlage ist daher annahmefähig.

B. Beantwortung der Vorlagefrage durch Urteil des EuGH

Die Beantwortung der Frage durch den Gerichtshof ist davon abhängig, ob das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuches, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die allgemein das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, eine durch die RL 2000/78/EG verbotene unmittelbare Diskriminierung darstellt.

I. Auslegung der Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78/EG

Da die Frage die Auslegung des Art. 2 Abs. 2 lit. a betrifft, ist es zunächst erforderlich, für die Anwendbarkeit der RL die Zweckrichtung der RL 2000/78/EG zu betrachten und im Anschluss daran den Religionsbegriff der RL auszulegen.

1. Zweckrichtung der RL 2000/78/EG

Artikel 1 der RL legt fest, dass es Zweck der Regelung ist, einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Mitgliedsstaaten zu schaffen. Dieser „Gleichbehandlungsgrundsatz“ soll nach Art. 2 Abs. 1 dazu führen, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund der in Art. 1 genannten Merkmale gibt. In Art. 2 Abs. 2 lit. a heißt es, dass eine unmittelbare Diskriminierung dann vorliegt, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

2. Religionsbegriff der RL 2000/78/EG

Als Anknüpfungsmerkmal des Art. 1 kommt vorliegend das Merkmal der „Religion“ in Betracht, da es sich bei dem islamischen Kopftuch um ein religiöses Symbol bzw. eine religiöse Praktik handeln könnte. Insofern ist fraglich, ob das islamische Kopftuch unter den Religionsbegriff und damit unter den Anwendungsbereich des Art. 1 der RL 2000/78/EG fällt. Der Begriff der „Religion“ wird jedoch von der RL 2000/78/EG nicht definiert. Der Unionsgesetzgeber hat im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG auf die EMRK Bezug genommen, die in Art. 9 vorsieht, dass jede Person das Recht auf Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit hat, wobei dieses Recht u.a. die Freiheit umfasst, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat zu praktizieren.¹⁵ Darüber hinaus hat der Unionsgesetzgeber im ersten Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts Bezug genommen.¹⁶ Zu den Rechten, die sich aus den Verfassungsüberlieferungen ergeben und die in der Grundrechte-Charta (GRC) durch die Union bekräftigt wurden, gehört auch der Art. 10 Abs. 1 derselben.¹⁷ In diesem ist das Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit verbrieft und umfasst nach dieser Bestimmung die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch rituelle Übungen zu bekennen.¹⁸ Wie sich darüber hinaus aus den Erläuterungen der Charta ergibt, entspricht das in Art. 10 Abs. 1 GRC garantierte Recht dem des Art. 9 EMRK und es hat nach Art. 52 Abs. 3 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite.¹⁹ Da die EMRK und die Charta einen weiten Religionsbegriff zugrunde legen und auch die Freiheit der Person darunter fassen, sich zur eigenen Religion zu bekennen, ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber bei dem Erlass

¹⁵ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. 157/15 - Achbita, Rn. 26.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. 157/15 - Achbita, Rn. 27; Erwägungsgrund (1) der RL 2000/78/EG v. 27.11.2000.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. 157/15 - Achbita, Rn. 27.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ Ebenda.

der RL 2000/78/EG den gleichen Ansatz verfolgen wollte.²⁰ Folglich ist der Begriff der Religion in Art. 1 RL 2000/78/EG dahin auszulegen, dass er sowohl das forum internum, d.h. den Umstand, Überzeugungen zu haben, als auch das forum externum, d.h. die Bekundung des religiösen Glaubens in der Öffentlichkeit, umfasst. Dabei ist das Tragen eines religiösen Kopftuches Letzterem zuzuordnen, da die Trägerin des religiösen Kopftuches ihren Glauben in der Öffentlichkeit bekundet.²¹ Folglich fällt das Tragen eines religiösen Kopftuches in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

II. Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 lit. a (vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 5 und Art. 4 Abs. 1 der RL)

Die Maßnahme der G4S könnte gegen Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78/EG verstoßen, wenn sie eine unmittelbare Diskriminierung der Religion der Klägerin darstellt. Eine unmittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. a liegt dann vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 RL 2000/78/EG genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

1. Benachteiligung einer Person, die von Art. 1 geschützt wird

Zunächst müsste eine Person benachteiligt werden, die von Art. 1 RL 2000/78/EG geschützt wird. Eine Benachteiligung ist dann gegeben, wenn verschiedene Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird.²² Ist das Tragen religiöser Symbole verboten, so ist dies gleichbedeutend mit der Diskriminierung wegen der Religion.²³ Die A ist vorliegend eine unbefristet angestellte Arbeitneh-

merin bei einem belgischen Unternehmen und fällt daher zunächst in den persönlichen Schutzbereich der RL unter Art. 3. Die streitige Regelung der G4S im Ausgangsverfahren lautet: „Es ist den Arbeitnehmern verboten, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen.“ Das vorstehende Verbot erfasst gerade das Tragen religiöser Symbole und berührt damit das forum externum der A. Folglich ist auch der sachliche Schutzbereich des Art. 1 eröffnet. Es handelt sich zunächst um eine Benachteiligung der A.

2. Gegenüber einer anderen Person in vergleichbarer Lage

Weiter müsste sich G4S als Arbeitgeber auch eine Ungleichbehandlung der A ggü. denjenigen Arbeitnehmern vorwerfen lassen, die sich bei G4S in einer vergleichbaren Lage befinden. So ist zunächst für die Beurteilung, ob eine vergleichbare Situation oder Lage vorliegt, auf die gegenwärtige Situation abzustellen.²⁴ Ist dies nicht möglich, kann auf eine vergangene Situation abgestellt werden.²⁵ Jedoch ist nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts keinerlei Anhaltspunkt dafür gegeben, dass die anderen Arbeitnehmer der G4S nicht im gleichen Maße der Arbeitsregelung unterworfen sind und auch ist nicht feststellbar, dass auf die A diese Regel anders angewandt wurde als auf die anderen Arbeitnehmer. Folglich liegt keine Ungleichbehandlung seitens G4S vor.

III. Mittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b

Jedoch könnte die Arbeitsregelung der G4S eine unmittelbare Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b der RL 2000/78/EG darstellen.

²⁰ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. 157/15 – Achbita; so auch schon Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 31.05.2016, C-157/15 – Achbita, Rn. 35.

²¹ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. 157/15 – Achbita, Rn. 28; so auch schon Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 31.05.2016, C-157/15 – Achbita, Rn. 35; BAG NZA 2003, 483 (486).

²² EuGH, Urt. v. 13.02.1996, C-342/93 – Joan Gillespie, Rn. 16.

²³ Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, 2016, Rn. 156.

²⁴ Mohr in: EUArbR (Fn. 12), Art. 2 RL 2000/78/EG Rn. 22.

²⁵ Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, Kapitel B Rn. 63.

Anmerkung: Der EuGH scheidet an dieser Stelle bereits bei der Frage nach der unmittelbaren Diskriminierung durch die Regelung der G4S aus. Streng genommen endet damit die Prüfung für den EuGH, dieser lässt sich jedoch nicht die Möglichkeit nehmen, über die Vorlagefrage hinaus Auslegungshinweise an das vorliegende Gericht zu erteilen.

1. Zulässigkeit eines weiteren Auslegungshinweises

Jedoch ist zunächst fraglich, ob der Gerichtshof auch Auslegungshinweise geben darf, die über die eigentliche Vorlagefrage hinausgehen. Über die ursprüngliche Vorlagefrage hinausgehende Auslegungshinweise sind nach Rechtsprechung des EuGH zulässig, solange die Hinweise dem vorlegenden Gericht bei seiner Entscheidungsfindung nützlich sein können.²⁶ Vorliegend ist nicht auszuschließen, dass das vorliegende Gericht nach der Prüfung einer unmittelbaren Diskriminierung zu der Prüfung einer mittelbaren Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG gelangt. Folglich können die Auslegungshinweise seitens des Gerichtshofes ergehen.

2. Auslegung des Art. 2 Abs. 2 lit. b

Die Maßnahme der G4S könnte jedoch nach Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/78/EG eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine Maßnahme dem Anschein nach neutral ist, sie tatsächlich jedoch überwiegend Personen mit einem geschützten Diskriminierungsmerkmal benachteiligen.²⁷ Das Vorliegen einer solchen Diskriminierung stellt eine gesetzliche Vermutung auf, die nach den Kriterien des Art. 2 Abs. 2 lit. b, lit. i RL 2000/78/EG widerlegt werden kann.²⁸ Die Vermutung beruht auf der erheblichen unterschiedlichen Betroffenheit der betroffenen Personen-

gruppe mit geschütztem Diskriminierungsmerkmal.²⁹ Die Regelung der G4S verbietet jegliches äußerlich erkennbares Tragen weltanschaulicher, philosophischer oder religiöser Symbole oder solcher Riten, die Ausdruck davon sind. Betrachtet man zunächst die bei den monotheistischen Religionen gängigen Ausdrucksformen religiöser Bekenntnis, so ist das islamische Kopftuch die im Gegensatz zum Christen- oder Judentum alltäglich gebräuchlichste Form der Bekenntniskundgabe von Frauen. Zum Christentum wird sich durch das in der Regel verdeckte Tragen des christlichen Kreuzes bekannt. Im Judentum ist typisches Bekenntnismittel die Kippa, die allerdings von orthodoxen Juden vermehrt im alltäglichen Verkehr getragen wird als von anderen Mitgliedern des Judentums. Das Juden- und Christentum kennen somit zwar auch religiöse Kleidervorschriften, allerdings ist keine davon im gesellschaftlichen Alltag in der Glaubensbekundung so gängig wie das islamische Kopftuch. Zumindest schon im Vergleich zu den anderen monotheistischen Religionen ist die Glaubensbekundung durch das Tragen eines islamischen Kopftuches praktisch in einem höheren Grad betroffen. Folglich ist die Regelung der G4S zwar dem Anschein nach neutral, benachteiligt jedoch die Trägerinnen des islamischen Kopftuches praktisch überwiegend.

a) Widerlegung der Vermutung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b, lit. i

Die Vermutung der mittelbaren Diskriminierung könnte jedoch widerlegt sein. Eine Regelung stellt dann keine mittelbare Diskriminierung dar, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich wären, Art. 2 Abs. 2 lit. b, lit. i RL 2000/78/EG.

aa) Legitimes Ziel

Zunächst müsste die G4S ein legitimes Ziel mit der Regelung verfolgen. Ein rechtmäßiges Ziel können alle von der Rechtsordnung anerkannten Gründe sein,

²⁶ Ständige Rechtsprechung des EuGH: EuGH, Urt. v. 14.03.2017, C-157/15 - Achbita, Rn. 33; Urt. v. 12.02.2015, C-349/13 - Oil Trading Poland, Rn. 45; Urt. v. 09.04.2014, C-225/13 - Ville d'Otignies-Louvain-la-Neuve et al., Rn. 30; Urt. v. 26.09.2013, C-418/11 - Texdata Software GmbH, Rn. 35.

²⁷ Mohr in: EUArbR (Fn. 12), Art. 2 RL 2000/78/EG Rn. 44.

²⁸ Mohr in: EUArbR (Fn. 12), Art. 2 RL 2000/78/EG Rn. 51.

²⁹ Ebenda.

die nicht selbst diskriminierend sind.³⁰ Arbeitgeber können dabei mittelbare Diskriminierung durch wirtschaftliche Erwägungen widerlegen.³¹ Der Wunsch von religiöser Neutralität gehört zur unternehmerischen Freiheit, die nach Art. 16 GRC anerkannt ist, und ist grundsätzlich rechtmäßig, insbesondere dann, wenn der Unternehmer nur die Arbeitnehmer einbezieht, die mit seinen Kunden in Kontakt treten sollen.³² Diese Auslegung wird auch durch die Rechtsprechung des EGMR bestätigt.³³ Hier hat die G4S den Willen, im Verhältnis zu den öffentlichen und privaten Kunden eine Politik der politischen, philosophischen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen. Mithin ist das Ziel der G4S ein legitimes Ziel.

bb) Geeignetheit

Die Regelung der G4S müsste sodann auch geeignet sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie die Zielerreichung fördert. Sofern das Ziel religiöse Neutralität ist, gilt dies jedoch nur, solange die Politik tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise verfolgt wird.³⁴ Die vorliegende Maßnahme der G4S ist dazu geeignet, das Ziel einer Politik der Neutralität zu erreichen. In Bezug auf eine kohärente Durchsetzung der Maßnahmen gibt der Sachverhalt keine Angaben her, sodass es dem vorlegenden Gericht obliegt, diese Feststellungen zu prüfen.

cc) Erforderlichkeit

Zuletzt müsste die Regelung der G4S auch erforderlich sein. Erforderlich ist eine Regelung, wenn es keine weniger diskriminierende Alternative gibt.³⁵ Vorliegend ist aus der Vorlage nicht ersichtlich, ob die Regelung der G4S nur für die Arbeitnehmer gilt, die in unmittelbarem Kundenkontakt treten. Dies hat das

vorlegende Gericht zu prüfen. Ist dies jedoch der Fall, ist die Regelung erforderlich, da keine weniger diskriminierende Alternative ersichtlich ist. Auch geht aus der Vorlage nicht hervor, ob die G4S nicht die Möglichkeit hat, unter Berücksichtigung unternehmensinterner Zwänge und ohne eine zusätzliche Belastung zu tragen, die A in Anbetracht ihrer Verweigerung nicht in einer Abteilung ohne Kundenkontakt hätte unterbringen können. Dies zu prüfen obliegt ebenso dem vorlegenden Gericht.

b) Zwischenergebnis

Die Regelung der G4S stellt zumindest eine tatbestandliche mittelbare Diskriminierung dar, die aber widerlegt ist, soweit die Regelung verhältnismäßig ist.

B. Ergebnis

Nach dem Vorstehenden wird der EuGH die Vorlagefrage wie folgt beantworten:

Art. 2 Abs. 2 lit. a der RL 2000/78/EG ist dahingehend auszulegen, dass das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, das sich aus einer internen Regel eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes politischen, philosophischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung im Sinne dieser Richtlinie darstellt.

Eine solche interne Regel eines privaten Unternehmens kann hingegen eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. b der RL 2000/78/EG darstellen, wenn sich erweist, dass die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung, die sie enthält, tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden. Dies gilt nicht, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel wie der Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind; die Prüfung dessen obliegt dem vorlegenden Gericht.

³⁰ EuGH, Urt. v. 05.03.2009, C-388/07 – Age Concern England; BAG NZA 2014, 1400 (1402).

³¹ EuGH, Urt. v. 14.05.1981, C-98/80 – Guiseppe Romano.

³² EuGH, Urt. v. 24.03.2017, C-157/15 – Achbita, Rn. 37f.

³³ EGMR, Urt. v. 15.01.2015, Rs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10 – Eweida./UK, Rn. 94; EuGH, Urt. v. 24.03.2017, C-157/15 – Achbita, Rn. 39.

³⁴ EuGH, Urt. v. 24.3.2017, Rs. C-157/15 – Achbita, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen, Rn. 53; EuGH, Urt. v. 10.03.2009, Rs. C-169/07 – Hartlauer, Rn. 55.

³⁵ Mohr in: EUArbR (Fn. 12), RL 2000/78/EG Art. 2, Rn. 54.

Fazit

Der EuGH hat mit der voran besprochenen Entscheidung und der im selben Zuge ergangenen Entscheidung Bougnaoui³⁶ erstmals Stellung zu der Frage der Rechtmäßigkeit eines Kopftuchverbots am Arbeitsplatz vor dem Hintergrund der Diskriminierungsrichtlinie genommen. Darüber hinaus hat der EuGH in seiner Entscheidung erstmals den Religionsbegriff der Diskriminierungsrichtlinie ausgelegt und kommt dabei zu einem weiten Verständnis derselben. Wenn gleich die Entscheidung aufgrund des arbeitsrechtlichen Einschlages eher spezieller Natur ist, eignet sie sich zur Darstellung eines Vorlageentscheidungsverfahrens und zeigt auf wie der EuGH eine Auslegung von Sekundärrechtsakten vornimmt, und dabei gleichsam vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Einschlages der Vorlagefrage die Wirkung der Unionsgrundrechte im privatrechtlichen Verhältnis beurteilt. Die Entscheidung des EuGH könnte sodann im Lichte der einfachgesetzlichen Ausgestaltung in Deutschland (dem AGG) eine Auswirkung auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte haben und so neue Examensrelevanz erlangen.

Zuletzt ist anzumerken, dass der EuGH sich durch seine Entscheidung einiger Kritik in der Literatur ausgesetzt sieht. Kritisiert wird die Eindimensionalität der Prüfung des EuGH³⁷, die Einordnung als mittelbare Diskriminierung³⁸ und die Einordnung der „Politik der weltanschaulich, philosophischen und religiösen Neutralität“ als legitimes Ziel für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer mittelbaren Diskriminierung³⁹.

³⁶ EuGH, Urt. v. 14.03.2017, Rs. C-188/15 – Bougnaoui, NZA 2017, 375.

³⁷ Schubert, Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz, NJW 2017, 2582 (2585).

³⁸ Stein, Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – Hat der EuGH das letzte Wort gesprochen?, NZA 2017, 828 (830); Sagan, Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz, EuZW 2017, 457 (459f.).

³⁹ Sagan (Fn. 39), EuZW 2017, 457 (460).

Fiktive Schadensberechnung

§ 634 Nr. 2, 3 und 4 BGB, §§ 280, 281, 637, 638, 249 Abs. 1 BGB

Das Gewährleistungsrecht und fiktive Schadensberechnung unter neuer Rechtsprechung – alles beim Alten?

BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 = NJW 2018, 1463

stud. iur. Paula Kirsten

Klägerin K ließ ein viergeschossiges Einfamilienhaus in der Stadt H errichten. Zwecks Gestaltung eines dem Haus angemessenen Gartens mit Terrasse, beauftragte sie mit Vertrag vom 24. Juli 2002 die Architektin A mit der Planung und Überwachung der Außenanlage. Gleichsam wurde Bauunternehmer U für die Ausführung von Naturstein- und Abdichtungsarbeiten im Innen- und Außenbereich des Einfamilienhauses verpflichtet.

Dieser bestellte Kalksteinplatten bei Subunternehmer S, die er anschließend großflächig auf den Treppenläufen zum Außenbereich verlegte. Nach Fertigstellung nahm K die Arbeiten des U ab und bezahlte die erstellte Schlussrechnung im Jahr 2005.

Im Jahr 2007 zeigten sich erste Mängel an den von U durchgeführten Natursteinarbeiten. Es kam unter anderem zu Farb- und Putzabplatzungen sowie zu starken Durchfeuchtungen des Putzes aufgrund von unsorgfältiger Verlegung durch U sowie Planungsfehlern seitens der Architektin A. Die Kosten für eine Mängelbeseitigung an den Natursteinplatten wurden mit EUR 122.390,11 beziffert. K zeigte die Mängel unverzüglich bei U an und forderte diesen zur Nachbesserung auf. U ließ die zur Behebung der Mängel seitens K gesetzte Frist verstreichen ohne dem Begehren der Bestellerin nachzukommen.

Von der Nichtvornahme der Ausbesserung durch U empört, sieht K sich gezwungen sich mit den Rissen in den Natursteinplatten abzufinden. Sie begehrt stattdessen Schadensersatz von U und A wegen der Mängel i. H. d. bezifferten EUR 122.390,11. Mit Erfolg?

Bearbeitervermerk: Es sind ausschließlich vertragliche Ansprüche zu prüfen.

Einordnung

Gegenstand der Entscheidung ist ein – bis dato! – alltäglicher Fall: Der Besteller eines Werkes will ein mangelhaftes Werk behalten, er beabsichtigt nicht, den Mangel zu beseitigen und verlangt (fiktiven) Schadensersatz. Die durch diese Entscheidung erfolgte Änderung der Rechtsprechung betrifft die Frage, wie in derartigen Fällen der Schaden zu bemessen ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH war der Besteller berechtigt Schadensersatz nach §§ 634 Nr. 4 BGB, §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, auch wenn diese den Minderwert überstiegen. Dies galt unabhängig davon, ob der zur Abgeltung des Schadens gezahlte Betrag tatsächlich zur Mängelbeseitigung verwendet wurde.¹

Mit der Entscheidung vom 22. Februar 2018 nimmt der BGH von der bisherigen Rechtsprechung zur Berechnung von fiktiven Schadensersatzansprüchen im Werkvertragsrecht Abstand.

Orientierungssätze

Der Besteller, der zwecks Mängelbeseitigung keine Aufwendungen tätigt, erleidet auch keinen Vermögensschaden. Fiktive Mängelbeseitigungskosten sind daher nicht geeignet, den Umfang und die Höhe des Leistungsdefizits bzw. die Äquivalenzstörung zu bemessen (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).

Der tatsächliche Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4 BGB, §§ 280, 281 BGB ist an jenen Dispositionen zu messen, die der Besteller tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft.

¹ BGH, 24.05.1973 – VII ZR 92/71 bestätigt durch BGH, 29.04.2003 – VI ZR 393/02 und BGH, 23.05.2017 VI ZR 9/17; zur Liquidation fiktiver Mängel im Kaufrecht siehe BGH, 15.06.2012 – V ZR 198/11; BGH, 29.04.2015 – VIII ZR 104/14.

Sieht der Besteller von einer Mängelbeseitigung ab, kann der Schaden entsprechend der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der mangelfreien Sache und dem tatsächlichen Wert ermittelt werden. Alternativ wird in Anlehnung an §§ 634 Nr. 3, 638 BGB der Minderwert auf Basis der mit dem Bauunternehmer ursprünglich vereinbarten Vergütung ersetzt.

Der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB verlangt, hat grundsätzlich das Recht, Vorschuss gemäß § 634 Nr. 2, 637 BGB zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will.

Der im Vorfeld tätig gewordene Architekt hat den, auf dem Mangel des Bauwerks basierenden Vermögensschaden ebenso verursacht und dementsprechend zu ersetzen.

Gutachterliche Lösung

A. Anspruch der K gegen U

I. Anspruch entstanden

1. Werkvertrag

2. Mangelhaftigkeit des Werkes

a) Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB

b) Bei Gefahrübergang

3. Kein Ausschluss

4. Pflichtverletzung

5. Fristablauf

6. Vertretenmüssen

7. Rechtsfolge: Schaden (!)

8. Mitverschulden

II. Ergebnis

A. Anspruch der K gegen U

K könnte gegen U einen Anspruch auf Schadensersatz

statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) für die gerissenen Natursteinplatten i. H. v. EUR 122.390,11 aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281, 634 Nr. 4 BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB

Zunächst müsste ein wirksamer Werkvertrag gemäß § 631 BGB zwischen K und U geschlossen worden sein. Ein Werkvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme – zustande, durch die der Unternehmer verpflichtet wird ein Werk herzustellen.² K und U haben sich geeinigt, dass U die Treppenfliesen auf dem Grundstück der K mit Natursteinplatten fliest. Somit schuldete U nicht ein bloßes Tätigwerden, sondern einen Arbeitserfolg in Form der Fertigstellung einer gefliesten Außenanlage.

Eine Anwendbarkeit des Kaufrechts könnte sich allenfalls aus § 651 S. 1 BGB ergeben. Dann müsste die Verpflichtung des U in der Lieferung einer herzustellenden Sache bestanden haben. U beschaffte die Natursteinplatten von seinem Subunternehmer S zwar selbst; dies tritt als Nebenpflicht jedoch hinter dem Verlegen der Natursteinplatten zwecks Errichtung einer gefliesten Treppe zurück. Mithin haben U und K einen Werkvertrag i.S.v. § 631 BGB geschlossen.

2. Mangelhaftigkeit des Werkes

Weiterhin müssten die Natursteinplatten bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein.

a) Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB

Die verlegten Natursteinplatten müssten gemäß § 633 Abs. 2 BGB mit einem Mangel behaftet sein. Ein Mangel ist jede negative Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit des Werkes.³ Die Fliesen der K weisen Farb- sowie Putzabplatzungen auf. Des Weiteren löst sich der Putz zwischen den Natursteinplatten. Jene Beschaffenheit der Natursteinplatten müsste vom Sollzustand abweichen.

Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB liegt eine solche Negativabweichung vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Zur vereinbarten Beschaffenheit gehören alle Eigenschaften des Werkes, die nach der Vereinbarung der Parteien den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen.⁴ Letzteres ergibt sich im Wege der Vertragsauslegung.⁵ Eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung zwischen K und U i.S.d. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist nicht ersichtlich.

Mangels Beschaffenheitsvereinbarung ist gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB auf die Funktionstüchtigkeit der Natursteinplatten für deren vertraglich vorausgesetzte Verwendung abzustellen. Ein Verwendungszweck der Natursteinplatten wurde durch K auch nicht vorausgesetzt, sodass es letztlich auf die gewöhnliche Verwendung und Beschaffenheit gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB ankommt. Für gewöhnlich werden Steinoberflächen unter anderem aus optischen Gesichtspunkten von Kunden ausgewählt. Dabei kommt es Letzteren gerade darauf an, dass eine einheitliche und ansehnliche Oberfläche geschaffen wird. Zwar machen Unebenheiten und Farbunterschiede gerade den Reiz von Natursteinen aus, dennoch sollen weder Farbabplatzungen noch Risse zwischen den Steinen entstehen. Für einen sicheren und vor allem begehbaren Untergrund, sind ineinander passende und intakte Natursteinplatten unerlässlich. Eine Verlegung in der Art und Weise, dass Putzdurchfeuchtungen und Unebenheiten entstehen können entspricht nicht diesem Verwendungszweck. Somit weicht der Ist-Zustand der Natursteinplattenverlegung von der Sollbeschaffenheit ab. Die im Außenbereich von K verlegten Natursteinplatten sind im vorliegenden Fall deswegen mit einem Mangel i.S.d. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB behaftet.

b) Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel müsste auch bei Gefahrübergang gemäß § 644 Abs. 1 BGB vorgelegen haben. Der Gefahrübergang bemisst sich nach der Abnahme des

² Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 16. Auflage 2018, § 631 Rn. 1.

³ BGH NJW 2002, 3543.

⁴ BGHZ 201, 148 (149f.)

⁵ BGH NJW-RR 2002, 1533 (1534).

Werkes gemäß § 640 Abs. 1 S. 1 BGB. Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werkes im Wege der Besitzübernahme verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkenne.⁶ Eine Billigungserklärung ist ausreichend, wenn eine körperliche Entgegennahme faktisch ausgeschlossen ist.⁷ K hat den mit Natursteinen gefliesten Außenbereich nach Fertigstellung durch U begutachtet und anschließend die erste Schlussrechnung bezahlt. Spätestens mit Zahlung der Vergütung hat K die Natursteinarbeiten konkludent als vertragsgemäß angenommen und das Werk mithin abgenommen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Steinplatten so verlegt, dass Putzdurchfeuchtungen entstehen konnten. Ein Sachmangel lag damit bei Gefahrübergang vor.

3. Kein Ausschluss

Vertragliche und gesetzliche Gewährleistungsausschlüsse sind nicht ersichtlich. Damit kann K die eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen. In Anbetracht des begehrten Schadensersatzes müssten dann die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB vorliegen.

5. Pflichtverletzung

U müsste zudem gemäß § 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB eine fällige und durchsetzbare Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Indem der Unternehmer die Natursteinplatten unsorgfältig verlegt hat, hat U seine Pflicht zur sachmangelfreien Leistung aus § 633 Abs. 1 BGB verletzt.⁸ Die Leistung war auch fällig und durchsetzbar.

6. Fristablauf

K hat dem U auch eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, die U hat verstreichen lassen.

7. Vetretenmüssen

Weiter müsste U die Pflichtverletzung auch zu ver-

treten haben. Der Schuldner hat gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten; einen etwaigen Entlastungsbeweis hat der Schuldner zu seinen Gunsten zu führen.⁹ Ob auf die Schlechtleistung bei Fälligkeit oder aber auf die Nichtleistung bei Fristablauf¹⁰ von U abzustellen ist, kann vorliegend dahinstehen. Einen Entlastungsbeweis führt der Unternehmer hinsichtlich beider Bezugspunkte nicht. Folglich hat U sowohl die Pflichtverletzung in Form der mangelhaften Verlegung der Natursteinplatten als auch hinsichtlich seines Nichttätigwerdens nach Fristsetzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB zu vertreten.

8. Rechtsfolge: Schaden

Somit kann K von U Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249ff. BGB verlangen. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB ist der Geschädigte so zu stellen wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.¹¹

Nach der bisherigen Rechtsprechung¹² ist ein Schaden vorliegend auf Basis der für die fiktive Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten zu bemessen. Abweichend von § 249 Abs. 1 BGB und dem zugrunde gelegten Grundsatz der Naturalrestitution kann K einen Schaden gegenüber U i.H.v. EUR 122.390,11 geltend machen.

Indes findet die Ermittlung eines Schadenswertes auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten keine Stütze in der Rechtsprechung.¹³ Entscheidet sich der Besteller das mangelhafte Werk zu behalten, kann er lediglich Ersatz in Geld verlangen, soweit er durch den Mangel bereits einen Vermögensschaden erlitten hat.¹⁴ Dies liegt i.d.R. erst dann vor, wenn der Besteller den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht.¹⁵ Grundlage jener Schadensbemessung ist, dass ein Mangel zunächst lediglich ein Leistungsdefizit darstellt; das Werk bleibt in seiner

⁹ *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2), § 280 Rn. 3.

¹⁰ *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2), § 281 Rn. 13.

¹¹ *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2), § 281 Rn. 2.

¹² BGHZ 61, 28; BGHZ 173, 83.

¹³ BGHZ 186, 330.

¹⁴ BGH NJW 2018, 1463 (1465).

¹⁵ Ebenda.

⁶ *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2), § 631 Rn. 1.

⁷ Ebenda.

⁸ Vgl. A, I, 2, a.

Qualität hinter der geschuldeten Leistung zurück.¹⁶ Der zu ersetzende Schaden muss sich dementsprechend vielmehr nach den Dispositionen richten, die der Besteller zu Mängelbeseitigung trifft.¹⁷

Behält er das mangelhafte Werk, ist es interessengerecht entweder die Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften und – hypothetisch – mangelfreien Sache zu bemessen oder entsprechend der vereinbarten Vergütung den Minderwert des Werkes schätzen zu lassen.¹⁸ Schadensersatz und Minderung begegnen hier einander¹⁹; die Wertungen der Minderung seien dementsprechend auch in der Schadensberechnung beim „kleinen“ Schadensersatz zu berücksichtigen.²⁰ Das Begehren der K, Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu erlangen, scheidet dementsprechend aus. Vielmehr ist der ihr von U zu ersetzende Schaden nach der vereinbarten Vergütung in Relation zum Minderwert zu setzen.

9. Mitverschulden

Die Höhe des Schadens könnte wegen eines Mitverschuldensanteils gemäß § 254 Abs. 2 BGB zu kürzen sein. Hiernach hat der Geschädigte unter anderem für das Mitverschulden seiner Erfüllungsgehilfen i.S.d. § 278 Abs. 2 BGB einzustehen.²¹ Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis als Hilfsperson tätig wird.²² K hat A als Architektin mit Planungs- und Überwachungsarbeiten beauftragt, die für die mangelhafte Verlegung der Natursteinplatten durch U laut Sachverhalt mitursächlich waren. Somit ist A mit Willen der K tätig geworden, mithin Erfüllungsgehilfin, deren Pflichtverletzung die K sich zurechnen lassen muss. Der Schadensbetrag ist demzufolge entsprechend § 254 Abs. 2 BGB herabzusetzen.

II. Ergebnis

K hat gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 634 Nr. 4 BGB

dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen U, nicht jedoch i.H.v. EUR 122.390,11.

B. Anspruch der K gegen A

I. Anspruch entstanden

1. Architektenvertrag
2. Mangelhaftigkeit der Planungsarbeit, § 650p Abs. 1 i.V.m. § 633 BGB
 - a) Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB
 - b) Bei Gefahrübergang
3. Kein Ausschluss
4. Pflichtverletzung
5. Vertretenmüssen
6. Rechtsfolge: Schaden

II. Ergebnis

Allerdings könnte K gegen A einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB i.H.v. EUR 122.390,11 geltend machen.

I. Anspruch entstanden

1. Architektenvertrag, § 650p Abs. 1 BGB

Zwischen K und A müsste ein Schuldverhältnis bestehen. Dieses könnte in Form eines Architektenvertrages gemäß § 650p Abs. 1 BGB vorliegen. K und A müssten für die Errichtung der Außenanlage wesentliche Planungs- und Überwachungsziele festgelegt haben. Ein Architektenvertrag liegt vor, wenn der Architekt koordinierend und überwachend in die Bauaufgabe eingebunden wird.²³ Die vertragliche Hauptverpflichtung besteht im Gegensatz zu der des Bauunternehmers nicht in der materiellen Erstellung des Bauwerks, sondern darin, mittels der Bauplanung dafür zu sorgen, dass das Bauwerk oder die Außenanlage plangerecht und frei von Mängeln entsteht.²⁴ Unter einer Außenanlage versteht man wiederum Grundstücksflächen, die mit einem Bauwerk im Zu-

¹⁶ BGH NJW 2018, 1463 (1465).

¹⁷ Ebenda.

¹⁸ BGH NJW 2018, 1463 (1464).

¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 226; *Jacoby/von Hinden* (Fn. 2), § 281 Rn. 5.

²⁰ BGH NJW 2018, 1463 (1466).

²¹ *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2), § 254 Rn. 4f.

²² *Jacoby/von Hinden*, BGB (Fn. 2) § 278 Rn. 6.

²³ *Busche* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2018, Bd. 5/I, § 650p Rn. 7, 14.

²⁴ BGHZ 48, 257 (262).

sammenhang stehen und seinem Zweck dienen²⁵; es handelt sich i.d.R. um Garten- und Parkanlagen.²⁶ A und K vereinbarten, dass Ersterer zwecks Errichtung einer Gartenanlage Planungs- sowie anschließende Überwachungsarbeiten übernahm. A war verpflichtet für eine plangerechte Außenanlage zu sorgen, die die Planung der zu pflasternden Treppenfliesen einschloss. Folglich liegt auch ein Architektenvertrag zwischen A und K gemäß § 650p Abs. 1 BGB vor. Hierauf sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts gemäß § 650q Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar.

2. Mangelhaftigkeit der Planung, § 650q Abs. 1 BGB i.V.m. § 633 BGB

Die Planungs- und Überwachungsarbeit der A müsste weiterhin auch mangelhaft gewesen sein.

a) Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB

Zunächst müsste ein Sachmangel i.S.d. § 633 Abs. 2 BGB vorliegen. Ein Sachmangel liegt beim Architektenvertrag vor, wenn sich die geistige Leistung des Architekten im mangelhaften Werk verkörpert hat, sodass sich das Architektenwerk selbst als mangelhaft erweist.²⁷ Mängel des Bauwerks sind daher zugleich solche des Architekten, wenn ihre Ursache unter anderem im Pflichtenkreis des Architekten liegt.²⁸ Das Verlegen der Natursteinplatten stellte sich als unzureichend dar.²⁹ Die Risse in den Natursteinplatten waren unter anderem auch auf die Planungsarbeit der A zurückzuführen, sodass diese Planung auch mangelhaft war.

b) Bei Gefahrübergang

Der Sachmangel in Form der mangelhaften Planungsleistung der A lag auch bei Gefahrübergang vor.³⁰

3. Kein Ausschluss

Die Mängelgewährleistungsrechte aus § 634 BGB sind auch weder vertraglich noch gesetzlich von K und A ausgeschlossen worden.

5. Pflichtverletzung

A hat ihre Pflicht, eine sachmangelfreie Planungsarbeit i.R.d. geschlossenen Architektenvertrages zu erbringen, verletzt.

6. Vertretenmüssen

Einen Entlastungsbeweis führt A nicht, sodass sie die Pflichtverletzung in Form der mangelhaften Planungs- und Überwachungsarbeit auch zu vertreten hat.

7. Rechtsfolge: Schaden

K müsste schließlich ein Schaden entstanden sein. K hat infolge der mangelhaften Planungsarbeit der A ein mangelhaftes Bauwerk in Form der unzureichenden Verlegung der Natursteine durch U erhalten. Hätte A die Planung mangelfrei erbracht, wäre es zumindest möglich gewesen, dass U das Verlegen der Natursteinplatten hätte sachmangelfrei erbringen können. Folglich hat A den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn sie ordnungsgemäß erfüllt hätte, vgl. § 249 Abs. 1 BGB.

Hinsichtlich der Höhe des zu ersetzenden Schadens sind wird auf obige Ausführungen verwiesen; der Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten scheidet ebenfalls aus, sodass ein Schadensersatzanspruch in Höhe der von K angestrebten EUR 122.390,11 nicht entsteht.

²⁵ BT-Drucks. 18/8486, S. 24, 67; Busche in: MüKoBGB (Fn. 23), § 650p Rn. 7.

²⁶ Busche in: MüKoBGB (Fn. 23), § 650p Rn. 7.

²⁷ Busche in: MüKoBGB (Fn. 23), § 650p Rn. 37.

²⁸ Ebenda.

²⁹ Vgl. A, I, 2, a.

³⁰ Vgl. A, I, 2, b.

II. Ergebnis

K hat dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4 BGB, jedoch nicht in Höhe der verlangten EUR 122.390,11.

Anmerkung: Zwischen dem Bauunternehmer U und der Architektin A entsteht ein Gesamtschuldverhältnis i.S.d. § 421 Abs. 1 BGB. Dementsprechend wäre bei ausführlicherer Fragestellung im Bearbeitervermerk an einen Ausgleichsanspruch zwischen A und U zu denken, wenn die Klägerin K von einem der beiden den zu ersetzenden Schaden verlangt. Der Darstellung der Rechtsprechungsänderung hinsichtlich des Schadensumfangs halber wurde aber auf diese Prüfung verzichtet.³¹

Fazit

In Fortführung dieser Rechtsprechung sind Höhe und Umfang des Schadensersatzanspruches künftig nach den tatsächlichen Dispositionen des Anspruchstellers zu bemessen. Mit Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung³² zur Schadensberechnung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten begegnet der BGH dadurch auch einer zunehmenden Überkompensation im Werkvertragsrecht. Es ist davon auszugehen, dass sich damit auch das Risiko einer schadensrechtlichen Bereicherung zukünftig verringern wird.

³¹ Vertiefend: BGHZ 43, 227 (230); OLG Naumburg NJW-RR 2014, 1299 (1309); Busche in: MüKoBGB, Fn. 23, § 634 Rn. 132ff., 145.

³² BGH NJW 2018, 1463.

Abgenötigte Geldüberlassung

§§ 263a Abs. 1; 249 Abs. 1; 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB
BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 2 StR 154/17 = NJW 2018, 245

stud. iur. Finja Maasjost

Sachverhalt (gekürzt):

T begab sich in eine Bankfiliale, in der O gerade im Begriff war, Geld abzuheben. T verwickelte O, während dieser seine Bankkarte in den Automaten einführte und seine Geheimnummer eingab, in ein Gespräch. Als O seine Geheimnummer eingetippt hatte, stieß T den O beiseite, wählte einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 und entnahm das ausgegebene Bargeld dem Automaten.

Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Einordnung

Es ist ein auf den ersten Blick simpel erscheinender Sachverhalt, doch bietet dieser bei genauerer Betrachtung mehrere vermögensrechtliche Probleme und verlangt vom Bearbeiter nicht nur eine saubere Differenzierung zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten, sondern auch ein gutes Systemverständnis. Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung bereitet häufig Schwierigkeiten und stellt einen Klassiker des Strafrechts dar. Insbesondere in einer solch komplexen Konstellation kommt der Abgrenzung eine besondere Klausur- und Examensrelevanz zu. So lief der Fall jüngst in abgewandelter Form als Teil der ersten Klausur der Großen Übung Strafrecht im Sommersemester 2018 an der Leibniz Universität Hannover.

Orientierungssatz

Wenn der Täter den Geschädigten, nachdem dieser seine Bankkarte in einen Geldautomaten eingeschoben und seine Geheimnummer eingegeben hat, von dem Automaten wegstößt, einen Auszahlungsbetrag wählt und das vom Geldautomaten ausgegebene Bargeld entnimmt, um sich zu Unrecht zu bereichern, hat er keinen Raub i. S. d. § 249 Abs. 1 StGB, aber eine räuberische Erpressung nach §§ 253 Abs. 1, Abs. 2, 255 StGB begangen.

Gutachterliche Lösung

A. Strafbarkeit des T gem. § 263a Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er O zur Seite stieß, einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 wählte und das ausgegebene Geld dem Bankautomaten entnahm.

Computerbetrug, § 263a Abs. 1, StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlungen

aa) Unrichtige Gestaltung des Programms

bb) Unrichtige oder unvollständige
Verwendung von Daten

cc) Unbefugte Verwendung von Daten (!)

dd) Sonstige unbefugte Einwirkung

b) Beeinflussung des Ergebnisses einer
Datenverarbeitungsanlage

aa) Ingangsetzung eines Datenver-
arbeitungsprozesses

bb) Unmittelbar vermögensmindernde
Computerverfügung

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

b) Bereicherungsabsicht

aa) Bereicherung

bb) Stoffgleichheit der Bereicherung

3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

I. Tatbestand

Hierzu müsste T den Tatbestand des § 263a Abs. 1 StGB erfüllt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Daten

Daten sind alle codierten oder codierbaren Informationen unabhängig von ihrem Verarbeitungsgrad.¹ Der gewählte Geldbetrag stellt eine codierte Information und damit Daten i. S. d. § 263a Abs. 1 StGB dar.

b) Tathandlung

T müsste eine der in § 263a Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen vorgenommen haben.

aa) Unbefugte Verwendung von Daten

In Betracht kommt vorliegend eine unbefugte Verwendung von Daten i. S. d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

Für ein Verwenden fordert die herrschende Meinung eine unmittelbare Eingabe in den Datenverarbeitungsvorgang.² T bediente den Automaten ordnungsgemäß und wählte einen Geldbetrag. Die Auswahl des Geldbetrages durch Betätigen der dafür vorgesehenen Tasten erfüllt dieses Merkmal nicht.³ Sieht man in der Eingabe des Geldbetrages eine Verwendung von Daten⁴, müsste diese auch unbefugt erfolgt sein. Wann dies der Fall ist, ist strittig.

(1) Weite subjektivierende Ansicht

Nach der weiten subjektivierenden Ansicht ist die Verwendung von Daten unbefugt, wenn sie dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten widerspricht.⁵ T gab den Auszahlungsbetrag sowohl entgegen dem Willen der Bank, als auch entgegen dem Willen von O ein. Folgte man dieser Ansicht, verwendete T unbefugt Daten.

(2) Computerspezifische Auslegung

Nach der computerspezifischen Auslegung ist maßgeblich, ob der in der Programmgestaltung niedergeschlagene, einer Datenverwendung entgegenstehende Wille des Berechtigten, ordnungswidrig umgangen wird.⁶ O gab den PIN zur Identifizierung ein und T den Geldbetrag. Damit wurde der Automat ordnungsgemäß durch die Authentifizierung des O bedient. Folgte man dieser Ansicht, läge keine unbefugte Verwendung von Daten vor.

² Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rn. 675; Perron in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 263a Rn. 8; Rengier, BT I (Fn. 1), § 14 Rn. 14.

³ Bechtel, Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse bei Entnahme von Bargeld aus Bankautomaten durch Nicht-Kontoinhaber, JSE 2018, 59 (60); Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 675; Perron in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 263a Rn. 8.

⁴ BayObLG NJW 1991, 438 (440); BayObLG JR 1994, 289 (291), Hilgendorf, Grundfälle zum Computerstrafrecht, JuS 1997, 130 (131).

⁵ BGH NJW 1995, 669 (679); BayObLG JR 1994, 289 (291); Hilgendorf in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 263a Rn. 10.

⁶ OLG Celle NSTz 1989, 367 (367); LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2636f.).

¹ Rengier, Strafrecht – Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 14 Rn. 4.

(3) Betrugsspezifische Interpretation

Nach der betrugsspezifischen Interpretation ist maßgeblich, ob ein vergleichbarer Täuschungswert zu § 263 StGB vorliegt. Demnach müsse bei einer fiktiven Vergleichsperson mit Kenntnis des jeweiligen Automaten eine Täuschung vorliegen.⁷ T stieß O beiseite und gab den Geldbetrag ein. Damit dominierte nicht ein täuschungsäquivalentes Verhalten das unmittelbar schadensverursachende Geschehen. Ein solches Verhalten in Form einer Mischform aus Täuschungs- und Gewaltelementen kann indes nicht als Täuschung über die Berechtigung des Täters aufgefasst werden.⁸ Folgt man dieser Ansicht, läge keine unbefugte Verwendung von Daten vor.

(4) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme notwendig ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass das geschützte Rechtsgut des § 263a StGB wie beim Betrugstatbestand das Individualvermögen darstellt.⁹ Damit kommt dem Willen des Automatenaufstellers eine maßgebliche Bedeutung bei der Auslegung des § 263a StGB zu.¹⁰ Eine Auslegung rein nach dem Willen des Berechtigten würde jedoch zu einer Ausuferung des Tatbestandes und einer nicht hinreichend klaren Grenzziehung führen.¹¹ So wäre jedes dem Willen des Berechtigten entgegenstehende Handeln unter Verwendung von Daten oder sonstiger Einwirkung auf den Automaten von § 263a StGB erfasst.¹² Dadurch würde der Tatbestand in eine reines Vertragsunrecht einbeziehende allgemeine Computeruntreue umgewandelt werden.¹³ Die systematische Stellung als Paralleltatbestand zu

§ 263 StGB, die Entstehungsgeschichte sowie der Sinn und Zweck des § 263a StGB, Strafbarkeitslücken zu schließen, die aufgrund der Nutzung moderner Technologien entstanden sind, sprechen vielmehr dafür, die betrugsähnliche Struktur bei der Auslegung zu beachten.¹⁴

Mithin wird der erstgenannten Ansicht nicht gefolgt. Die computerspezifische Auslegung und die betrugspezifische Interpretation kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass eine Stellungnahme zwischen diesen Ansichten entbehrlich ist. Folglich verwendete T nicht unbefugter Weise Daten i. S. d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

bb) Sonstige unbefugte Einwirkung

Schließlich könnte eine sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf i. S. d. § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB vorliegen.

Der § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB stellt einen Auffangtatbestand dar und erfasst damit die Fälle, die nicht von den anderen Tatvarianten erfasst sind.¹⁵ T bediente den Automaten ordnungsgemäß und wählte einen Geldbetrag. Wie dargelegt handelte T nicht unbefugt, sodass keine sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf vorliegt.

2. Zwischenergebnis

Mangels Tathandlung ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

II. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 263a Abs. 1 StGB wegen Computerbetruges strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des T gem. § 249 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er O zur Seite stieß, einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 wählte und das ausgegebene Geld dem Bankautomaten entnahm.

⁷ BGH JuS 2002, 506 (507); BGH NJW 2008, 1394 (1394); BGH NJW 2013, 1017 (1018); Eisele, BT II (Fn. 2) Rn. 677; Fischer, Kommentar zum StGB, 65. Aufl. 2018, § 263a Rn. 11; Rengier, BT I (Fn. 1), § 14 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 613.

⁸ Brand, Anm. NJW 2018, 246.

⁹ BGH NJW 1995, 669 (670); Mitsch, Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht nach dem 2. WiKG, JZ 1994, 877 (883); Ranft, Zur „betrugsnahen“ Auslegung des § 263a StGB, NJW 1994, 2574 (2574).

¹⁰ BGH NJW 1995, 669 (670); Mitsch, JZ 1994 (Fn. 9), 877 (883).

¹¹ Rengier, BT I (Fn. 1), § 14 Rn. 16.

¹² OLG Celle NStZ 1989, 367 (367); Rengier, BT I (Fn. 1), § 14 Rn. 16.

¹³ Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 613.

¹⁴ BGH NJW 2013, 1017 (1018); LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2636f.); Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 677; Rengier, BT I (Fn. 1), § 14 Rn. 19; Schlüter, Zweckentfremdung von Geldspielgeräten durch Computermanipulation, NStZ 1988, 53 (59).

¹⁵ Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 617

Raub, § 249 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache (!)

b) Wegnahme i. S. d. § 242 Abs. 1 StGB

aa) Gewahrsam (!)

bb) Bruch fremden Gewahrsams (!)

cc) Begründung neuen Gewahrsams

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

aa) Gewalt gegen eine Person

bb) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

d) Finale Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme

2. subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

b) Zueignungsabsicht

aa) Aneignungsabsicht

bb) Enteignungsvorsatz

cc) Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

I. Tatbestand

Hierzu müsste T den Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Fremde bewegliche Sache

Bei den Geldscheinen müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln. Eine Sache ist jeder körperliche Gegenstand i. S. d. § 90 BGB.¹⁶ Eine solche ist beweglich, soweit sie fortbewegt werden kann.¹⁷ Die Geldscheine sind körperliche Gegenstände, die hinweggeschafft werden können. Folglich handelte es sich um eine bewegliche Sache.

Fraglich erscheint, ob die Geldscheine im Zeitpunkt

der Entnahme für T fremd waren. Dies ist der Fall, soweit sie nicht im Alleineigentum des Täters steht oder herrenlos ist.¹⁸ Zunächst lagen die Geldscheine im Eigentum der Bank. Diese könnte das Eigentum jedoch durch die Ausgabe der Scheine konkludent gem. § 929 S. 1 BGB durch Übereignung und Übergabe an O übertragen haben. Dieser wurde jedoch vor Entgegennahme der Scheine von T zur Seite gestoßen, sodass keine Annahme des Angebots durch O möglich war. Indes könnte T dieses konkludent durch Entgegennahme der Scheine angenommen haben. Problematisch erscheint, ob die Bank das Geld auch an eine unbefugte Person übereignen wollte.

aa) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht habe die Bank keinen Willen zur Übereignung an eine unberechtigte Person, selbst wenn der Geldautomat ordnungsgemäß bedient wurde.¹⁹ Es fehle an einem pauschalen Übereignungsangebot an alle Personen, die das Geld potentiell dem Automaten entnehmen könnten.²⁰ Vorliegend nahm wie dargelegt nicht O als Berechtigter sondern T das Übereignungsangebot an. Folgte man dieser Ansicht, wären die Geldscheine im Eigentum der Bank verblieben.

bb) Andere Ansicht

Nach einer anderen Ansicht ist bei ordnungsgemäßer Bedienung des Geldautomaten ein pauschales Übereignungsangebot anzunehmen, welches sich an jeden richtet, der den Automaten durch Karte und PIN ausgewiesen bedient.²¹ Folgte man dieser Ansicht, hätte die Bank das Eigentum wirksam an T übertragen.

¹⁸ Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 79.

¹⁹ BGH NJW 2018, 245 (245); BGHSt 35, 152, Rn. 26; Bayer in: Erman Kommentar zum BGB, Bd. 2, 15. Aufl. 2017, § 929 Rn. 37; Eisele/Fad, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme, Jura 2002, 305 (306); Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 5, 23; Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 29.

²⁰ BGH NJW 2018, 245 (245).

²¹ Brand, Anm. NJW 2018, 246; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 184; Hoyer in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. IV, Stand 6. Aufl. 1999, § 249, Rn. 39.

¹⁶ Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 16.

¹⁷ Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 78.

cc) Stellungnahme

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass der Adressat des Übereignungsangebots hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen sowie der Interessenlage des Kontoinhabers und der kartenausgegebenen Bank nicht eine unberechtigte Person sein kann.²² Die Bank hat aufgrund der sonst drohenden Diskreditierung ein allgemeines Interesse daran, den Missbrauch von Codekarten weitestgehend zu verhindern.²³ Dies werde insbesondere durch Übersendung der Bankkarte sowie des PIN an den berechtigten Kontoinhaber deutlich.²⁴ Hiergegen wird angeführt, dass Missbräuche gerade durch Übersendung der Identifikationsdaten vermieden werden sollen, sodass bei ordnungsgemäßer Nutzung dieser ein Einverständnis der Bank vorliegt.²⁵ Zudem werde durch den Automaten nicht die Befugnis zur Verwendung der Karte geprüft, wodurch sie kein Bestandteil der Einverständnisbedingung sei.²⁶ Andererseits ergibt ein Rückschluss auf § 263a StGB, dass die Verfügungsbefugnis bei einem an die Stelle des Automaten gedachten hypothetischen Bankangestellten durchaus ausschlaggebend ist.²⁷ Weiterhin wird für die zweite Ansicht angeführt, dass nach den Bedingungen zur Nutzung von ec-Geldautomaten das Missbrauchsrisiko auf den Kontoinhaber übertragen wird. Daher sei es für die Bank unerheblich, ob die abhebende Person berechtigt oder unberechtigt ist.²⁸ Hiergegen wird eingewendet, dass der Bank in Missbrauchsfällen stets ein von ihr zu tragendes Restrisiko verbleibe, sodass nicht auf ein generelles Desinteresse an der bedienenden Person geschlossen werden könne.²⁹

Im Ergebnis vermag die zweite Ansicht nicht zu überzeugen. Das dingliche Angebot seitens der Bank stellt keinesfalls ein Angebot an jedermann (sog. *offerta*

ad incertas personas) dar, sondern ist personell begrenzt. Damit entscheidet die Bank, an wen sie übereignen möchte.³⁰ Legt man die Erklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte aus Sicht des Erklärungsempfängers aus, ergibt sich, dass sich das Angebot nicht an eine unberechtigte Person richtet.³¹ Mithin wird der erstgenannten Ansicht gefolgt, sodass die Geldscheine für T eine fremde bewegliche Sache darstellen.

b) Wegnahme

Weiterhin müsste T die Geldscheine weggenommen haben. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.³²

aa) Fremder Gewahrsam

Dazu müsste zunächst fremder Gewahrsam an den Geldscheinen bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache, deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.³³ Für einen Raub zu Lasten des O müsste dieser Gewahrsam an den Scheinen begründet haben. Die Geldscheine befanden sich vor dem Stoß durch T noch im Geldautomaten, sodass O nie über diese verfügen konnte. Damit hatte er keine tatsächliche Sachherrschaft über die Geldscheine und mithin keinen Gewahrsam. Hingegen verblieben die Geldscheine vor dem Ergreifen durch T in der tatsächlichen Sachherrschaft der Bank in Form des Geldautomaten. Diese hatte auch einen Sachherrschaftswillen bezüglich der Scheine. Folglich hatte die Bank Gewahrsam an den Geldscheinen.

bb) Bruch fremden Gewahrsams

Diesen Gewahrsam müsste T durch die Entgegennahme der Geldscheine gebrochen haben. Dies ist der Fall, wenn der Gewahrsam des bisherigen

²² BGH NJW 2018, 245 (245); Mitsch, BT 2 (Fn. 19), S. 29.

²³ Leckner/Winkelbauer, Moderner Zahlungsverkehr, wistra 1984, 83 (85f.).

²⁴ Eisele/Fad, (Fn. 19) Jura 2002, 305 (306).

²⁵ Leckner/Winkelbauer (Fn. 23), wistra 1984, 83 (85).

²⁶ Mitsch, BT 2 (Fn. 18), S. 29.

²⁷ Hilgendorf in: SSW, StGB (Fn. 5), § 263a Rn. 16.

²⁸ Leckner/Winkelbauer (Fn. 8), wistra 1984, 83 (85f.).

²⁹ BGH NJW 1988, 979 (981); BayObLG NJW 1987, 663 (664); Leckner/Winkelbauer (Fn. 23), wistra 1984, 83 (86).

³⁰ El-Ghazi, NJW 2018, 245, jurisPR-StrafR 6/2018.

³¹ Ebenda.

³² Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 22.

³³ Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 26; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 82; Fischer, StGB (Fn. 7), § 242 Rn. 11.

Gewahrsamsinhabers gegen oder ohne den Willen des Berechtigten aufgehoben wird.³⁴ Demnach schließt ein Einverständnis des Berechtigten die Annahme eines Raubes aus. Fraglich erscheint, ob ein solches Einverständnis seitens der Bank vorliegt.

(1) Eine Ansicht

Nach einer Ansicht solle die Gewahrsamspreisgabe nach der Intention der Bank nur gegenüber dem Berechtigten erfolgen, sodass eine Entnahme des Geldes durch einen Nichtberechtigten einen Gewahrsamsbruch darstelle.³⁵ Vorliegend entnahm T und nicht der Berechtigte O das Geld. Folgte man dieser Ansicht, läge eine Entnahme durch einen Nichtberechtigten und damit ein Gewahrsamsbruch vor.

(2) Andere Ansicht

Nach einer anderen Ansicht erfolgt die Ausgabe des Geldes mit Einwilligung der Bank, soweit der Geldautomat ordnungsgemäß bedient wurde, sodass ein entgegenstehender Wille der Bank unbeachtlich sei.³⁶ Der Automat wurde zunächst von O und anschließend von T in der vorgesehenen Weise bedient. Folgte man dieser Ansicht, läge ein tatbestandausschließendes Einverständnis seitens der Bank aufgrund des ordnungsgemäßen Gebrauchs vor.

(3) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass es inkonsequent und widersprüchlich erscheint, eine Eigentumsübertragung an einen Nichtberechtigten zu verneinen und im gleichen Zuge eine Gewahrsamsübertragung zu bejahen.³⁷

Zudem habe der Täter ein natürliches Bewusstsein hinsichtlich seiner Stellung als Unberechtigter und damit auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Entwendung, sodass der Wegfall des Tatbestandes unbillig erscheint.³⁸ Aufgrund des deliktischen Vorgehens ist der Täter auch nicht schutzwürdig.³⁹ Gegen die erstgenannte Ansicht spricht jedoch, dass der Wille der Bank hinsichtlich der Eigentumsübertragung einerseits und der Gewahrsamspreisgabe andererseits uneinheitlich sei.⁴⁰ Somit könne nicht aufgrund des fehlenden Willens zur Eigentumsübertragung auf einen fehlenden Gewahrsamsübertragungswillen geschlossen werden.⁴¹ Für die zweitgenannte Ansicht spricht weiterhin, dass die Bank das in dem Automaten befindliche Geld jedem, der sich durch die Karte und den dazugehörigen PIN ausweisen kann, das Geld gleichsam durch einen vorprogrammierten Freigabeakt überlässt.⁴² Bei solchen automatisierten Übertragungsakten kann ein auf den konkreten Einzelfall bezogenen Übereignungswillen nicht in Betracht kommen.⁴³ Es erfolgt gerade nicht der typische Wegnahmeakt, sondern eine Herausgabe in das zugängliche offene Fach aus dem gegen Diebstahl gesicherten Schutzbereich durch die technisch korrekte Bedienung des Automaten.⁴⁴

Im Ergebnis vermag die Argumentation der ersten Ansicht nicht zu überzeugen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum die Bedienung eines Geldautomaten eine andere rechtliche Würdigung erfahren soll als andere Automaten, für welche die Bedingung der ordnungsgemäßen Bedienung maßgeblich ist.⁴⁵ Zudem erscheint die differenzierte Behandlung von

³⁸ BayObLG NJW 1987, 663 (664).

³⁹ Kleb-Braun, Kartenmissbrauch und Spargbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht, JA 1986, 249 (260); Ranft, Der Bankautomatenmissbrauch, wistra 1987, 79 (82).

⁴⁰ BGH NJW 2018, 245 (245).

⁴¹ BGH NJW 2018, 245 (245); El-Ghazi, (Fn. 30), jurisPR-StrafR 6/2018.

⁴² BGH NJW 1988, 979 (980).

⁴³ Neumann, Unfairen Spielen an Geldspielautomaten, Anm. zu OLG Celle, NSTz 1989, 367, JuS 1990, 535 (538); Wiechers, Forum: Strafrecht und Technisierung im Zahlungsverkehr, JuS 1979, 847.

⁴⁴ BGH NJW 1988, 979 (980).

⁴⁵ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 242 Rn. 36; Fischer, StGB (Fn. 7), § 242 Rn. 25; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 19) § 242 Rn. 14.

³⁴ Fischer, StGB (Fn. 7), § 242 Rn. 16.

³⁵ BayObLG NJW 1987, 663 (664); Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 242 Rn. 36a; Leckner/Winkelbauer (Fn. 23), wistra 1984, 83 (85).

³⁶ BGH NJW 2018, 245 (245); BGH NJW 1988, 979 (980); Eisele/Fad, Jura 2002 (Fn. 19), 305 (306); Fischer, StGB (Fn. 7), § 242 Rn. 25; Huff, NJW 1988, 981, Anm. zu Beschl. vom 16.12.1987 - 3 StR 209/17; Wittig in: Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 242 Rn. 22.4.

³⁷ Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 184; Huff, (Fn. 36), NJW 1988, 981.

Eigentums- und Gewahrsamsübertragung mitnichten als inkonsequent. So stellt die Gewahrsamsübertragung einen tatsächlichen Vorgang dar, während die Eigentumsübertragung ein dingliches Rechtsgeschäft darstellt, sodass an diese höhere Anforderungen zu setzen sind.⁴⁶ Mithin wird der zweitgenannten Ansicht gefolgt. Folglich liegt kein Gewahrsamsbruch vor.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist mangels des Bruchs fremden Gewahrsams nicht erfüllt.

II. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Räuberische Erpressung, §§ 253 Abs. 1, 255 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Qualifiziertes Nötigungsmittel
 - aa) Gewalt gegen eine Person
 - bb) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

b) Nötigungserfolg (!)

- c) Vermögensschaden

2. subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Bereicherungsabsicht
 - aa) Bereicherung
 - bb) Stoffgleichheit der Bereicherung

3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

C. Strafbarkeit des T gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB

T könnte sich wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB gegenüber und zu Lasten des O strafbar gemacht haben, indem er O zur Seite stieß, einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 wählte und das ausgegebene Geld dem Bankautomaten entnahm.

I. Tatbestand

Hierzu müsste T den Tatbestand des §§ 253 Abs. 1, 255 StGB erfüllt haben

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T müsste zunächst Gewalt gegen eine Person angewandt oder mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben. In Betracht kommt hier eine Gewaltanwendung gegen eine Person. Gewalt ist jeder körperlich wirkende Zwang durch, wenn auch geringfügige, Kraftentfaltung gegen eine Person zur Beseitigung eines erwarteten oder geleisteten Widerstandes.⁴⁷ T stieß O zur Seite. Somit entstand bei O ein körperlich wirkender Zwang, der von der körperlichen Kraftentfaltung des T ausging. Mithin liegt Gewalt gegen eine Person und damit ein qualifiziertes Nötigungsmittel vor.

b) Nötigungserfolg

Weiterhin müsste ein Nötigungserfolg eingetreten sein. Ein solcher ist grundsätzlich jedes Tun, Dulden oder Unterlassen. Fraglich erscheint, ob im Rahmen der räuberischen Erpressung ein darüber hinausgehender Nötigungserfolg in Form einer Vermögensverfügung notwendig ist.

aa) Ansicht des BGH

Nach der Ansicht des BGH und eines Teils der Literatur bedarf es bei §§ 253 Abs. 1, 255 StGB keiner über den üblichen Nötigungserfolg hinausgehenden Vermögensverfügung, sodass jedwede Duldung,

⁴⁶ BGH NJW 2018, 245 (245); El-Ghazi, (Fn. 30), jurisPR-StrafR 6/2018; Neumann (Fn. 43), JuS 1990, 535 (538).

⁴⁷ Rengier, BT I (Fn. 1), § 7 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 347.

Unterlassung und Handlung ausreichend ist.⁴⁸ Vorliegend musste O durch den Stoß die Entwendung der EUR 500 von seinem Konto dulden. Folgte man dieser Ansicht, läge ein hinreichender Nötigungserfolg vor.

bb) Herrschende Lehre

Nach der herrschenden Lehre ist für die Erfüllung des Tatbestandes der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB eine Vermögensverfügung des Genötigten notwendig. Demnach muss im abgenötigten Verhalten eine unmittelbare und vom Willen des Genötigten getragene Einwirkung auf das geschützte Vermögen vorliegen.⁴⁹ Der „Beitrag“ des O erschöpft sich vorliegend in der Duldung der Entnahme der Geldscheine durch T. Damit fehlt es an der willentlichen Einwirkung des Genötigten auf sein Vermögen. Folgte man dieser Ansicht, wäre der Tatbestand des §§ 253 Abs. 1, 255 StGB nicht erfüllt.

c) Stellungnahme

Beide Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist.

Für die zweitgenannte Ansicht spricht, dass § 253 StGB sowohl einen Vermögensnachteil als auch Bereicherungsabsicht fordert und damit als Selbstschädigungsdelikt ein betrugsähnliches Vermögensdelikt darstelle.⁵⁰ Beim Betrug sei das Erfordernis einer Vermögensverfügung trotz entgegenstehenden Wortlauts generell anerkannt.⁵¹ Aufgrund dessen steht der Wortlaut des § 253 StGB der zweiten Ansicht nicht entgegen.⁵² Ferner ermöglicht die Annahme eines Selbstschädigungsdelikts eine klare Abgrenzung von

Eigentums- und Vermögensdelikten.⁵³

Hiergegen wird angeführt, dass die Annahme einer parallelen Struktur aufgrund der Andersartigkeit von Täuschung und Nötigungsmittel nicht überzeuge.⁵⁴

Die erstgenannte Ansicht verkennt überdies, dass ohne das Erfordernis einer Vermögensverfügung der § 249 StGB bei fehlender Zueignungsabsicht durch §§ 253, 255 StGB und damit die Privilegierung der ohne Zueignungsabsicht handelnden Personen unterlaufen wird.⁵⁵

Ferner widerspricht eine Einordnung des § 249 StGB als *lex specialis* zu §§ 253, 255 StGB der Gesetzes-systematik des 20. Abschnitts.⁵⁶ Zudem erscheint fragwürdig, warum das Grunddelikt auf die Qualifikation verweist, aber nach der Selbigen im Gesetz angeordnet ist.⁵⁷ Durch eine solche Anordnung läge stets sowohl ein Raub als auch eine räuberische Erpressung vor, sodass der Raubtatbestand überflüssig werden würde.⁵⁸ Dagegen wird angeführt, dass der Raub ein spezifisches Unrecht bestrafe und damit ein besonders vertypertes Delikt darstelle.⁵⁹

Weiterhin führt die zweite Ansicht an, dass eine offensichtlich im Gesetz nicht angelegte Qualifikationsstufe in Form eines „kleinen Raubes“ geschaffen und die Wertungen der Strafzumessung umgangen werden würden.⁶⁰

Gegen die zweitgenannte Ansicht spricht jedoch, dass sich im Vergleich zu § 240 StGB, welcher hinsichtlich der Nötigungshandlung mit § 253 StGB

⁴⁸ Rengier, BT I (Fn. 2), § 11 Rn. 29; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁴⁹ Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), Vor §§ 249ff. Rn. 8; Maier in: Matt/Renzikowski, StGB (Fn. 48), § 253 Rn. 14.

⁵⁰ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 253 Rn. 8a; Maier in: Matt/Renzikowski, StGB (Fn. 48), § 253 Rn. 14; Rengier, BT I (Fn. 1), § 11 Rn. 26; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁵¹ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 253 Rn. 8a; Rengier, BT I (Fn. 1), § 11 Rn. 25; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁵² Rengier, BT I (Fn. 1), § 11 Rn. 25; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁵³ Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 253 Rn. 8a; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁵⁴ Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), Vor §§ 249ff. Rn. 8.

⁵⁵ Lackner/Kühl, StGB (Fn. 14) § 253 Rn. 3; Rengier, BT I, (Fn. 2), § 11 Rn. 28; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 712.

übereinstimmt, Wertungswidersprüche ergeben.⁶¹ So erfasst § 240 StGB sowohl *vis absoluta* als auch *vis compulsiva*⁶², während bei § 253 StGB *vis absoluta* beim Erfordernis einer Vermögensverfügung mangels Willensbildungsmöglichkeit unbilligerweise ausgeschlossen wäre.⁶³ Dadurch würde der besonders gewalttätig agierende Täter privilegiert gegenüber demjenigen, der lediglich willensbeugende Gewalt einsetzt.⁶⁴ Gegen die Wichtigkeit dieses Arguments wird eingewandt, dass *vis compulsiva* im Einzelfall weitaus einschneidender sein könne als *vis absoluta*.⁶⁵ Im Ergebnis vermag die zweitgenannte Ansicht nicht zu überzeugen. Insbesondere spricht ein Vergleich zu § 240 StGB sowie die Schaffung unbilliger Strafbarkeitslücken gegen das Erfordernis einer Vermögensverfügung. Mithin wird der erstgenannten Ansicht gefolgt.

Anmerkung: Folgt man der Ansicht der herrschenden Lehre, so ist im Folgenden die Strafbarkeit gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB zu verneinen und eine Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1 StGB zu prüfen. Andernfalls tritt § 246 StGB aufgrund der Subsidiaritätsklausel hinter §§ 253, 255 StGB zurück.

c) Vermögensschaden

Letztlich müsste bei O auch ein Vermögensschaden eingetreten sein. Ein solcher liegt vor, wenn eine Saldierung der Vermögenslage vor und nach der tatgegenständlichen Handlung ein wesensgleiches, nicht kompensiertes Minus ergibt.⁶⁶ Fraglich erscheint, ob O ein solcher entstanden ist.

Der BGH geht dabei davon aus, dass der Schaden einerseits in der Kontobelastung in Höhe des Auszahlungsbetrages und andererseits in dem Nichterhalt

der von der Bank angebotenen Geldscheine liege.⁶⁷ Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen.

aa) Kontobelastung

Zunächst könnte es sich bei der Kontobelastung i. H. v. EUR 500 um einen Vermögensschaden handeln. Bei einer Geldabhebung entsteht zunächst der kartenausgebenden Bank der Vermögensschaden, welcher durch die Belastung des jeweiligen Kontos grundsätzlich kompensiert wird.⁶⁸ Es muss jedoch bedacht werden, dass bei einer missbräuchlichen Verwendung von Zahlungsinstrumenten dem Zahlungsdienstleister gem. § 675u Abs. 1 S. 1 BGB kein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zusteht. Demnach hätte das Kontoguthaben nicht belastet werden dürfen. Erfolgt dies dennoch, so steht dem Kontoinhaber u. a. gem. § 675u Abs. 1 S. 2 BGB ein Restitutionsanspruch gegen die Bank zu. Daher wäre das Konto auf den Stand vor der Belastung durch den nichtautorisierten Zahlungsvorgang zurückzusetzen. Mithin erfolgt eine unmittelbare Kompensation des vermeintlichen Vermögensschadens, sodass bei einer Gesamtsaldierung dem O kein wesensgleiches Minus entsteht. Stattdessen tritt der Vermögensschaden bei der kartenausgebenden Bank ein.⁶⁹ Folglich stellt die Kontobelastung keinen Vermögensschaden für O dar.

bb) Nichterhalt der Geldscheine

Weiterhin könnte der Nichterhalt der von dem Bankautomaten ausgegebenen Scheine einen Vermögensschaden zu Lasten des O darstellen. Zu beachten ist jedoch, dass durch die Vermögensdelikte grundsätzlich nur das vorhandene Vermögen geschützt wird.⁷⁰ Unzureichend ist die bloße Vereitelung einer voraussichtlichen Vermögensmehrung, soweit sich diese Gewinnerwartung noch nicht hinreichend verdichtet

⁶¹ Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), Vor §§ 249ff. Rn. 8.

⁶² Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, 41. Aufl. 2017, Rn. 446.

⁶³ Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14.

⁶⁴ Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14; Maier in: Matt/Renzikowski, StGB (Fn. 48), § 253 Rn. 14.

⁶⁵ Rengier, BT I (Fn. 1), § 11 Rn. 23; Sander in: MüKoStGB, (Fn. 49), § 253 Rn. 14; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 713.

⁶⁶ Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 538; Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 574.

⁶⁷ BGH NJW 2018, 245 (245).

⁶⁸ BGH NStZ 2008, 396 (397); Böse, ZJS 2016, 663 (664), Anm. zu BGH Beschl. v. 16.07.2015 – 2 StR 16/15.

⁶⁹ BGH NStZ 2008, 396 (397); BGH NJW 2001, 1508 (1508); Böse, (Fn. 68), ZJS 2016, 663 (664).

⁷⁰ Böse, (Fn. 68), ZJS 2016, 663 (664).

hat.⁷¹ Vorliegend stellt die Abhebung von Geld für den Kontoinhaber aufgrund der dargelegten nachfolgenden Belastung des Kontos keine Vermögensmehrung dar. Vielmehr handelte es sich für den Kontoinhaber um ein vermögensneutrales Geschäft.⁷² Folglich entging O keine hinreichend verdichtete Vermögensmehrung. Im Ergebnis entstand O demnach kein Vermögensschaden.

2. Zwischenergebnis

T hat sich nicht wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB gegenüber und zu Lasten des O strafbar gemacht.

Anmerkung: Folgt man der Ansicht des BGH, wäre ein Vermögensschaden und im Folgenden die Erfüllung der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB gegenüber und zu Lasten des O zu bejahen. Eine anschließende Prüfung der Strafbarkeit zu Lasten der Bank würde entfallen.

D. Strafbarkeit des T gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB

T könnte sich wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB gegenüber O und zu Lasten der Bank strafbar gemacht haben, indem er O zur Seite stieß, einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 wählte und das ausgegebene Geld dem Bankautomaten entnahm.

I. Tatbestand

Hierzu müsste T den Tatbestand des §§ 253 Abs. 1, 255 StGB erfüllt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Wie dargelegt, übte T gegenüber O Gewalt aus, sodass ein qualifiziertes Nötigungsmittel vorliegt.

⁷¹ BGH NJW 2004, 2603 (2604); Böse, (Fn. 69), ZJS 2016, 663 (664); El-Ghazi, (Fn. 30), jurisPR-StrafR 6/2018; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 535.

⁷² El-Ghazi, (Fn. 30), jurisPR-StrafR 6/2018.

b) Nötigungserfolg

Folgt man der Ansicht der Rechtsprechung, läge hier ein Nötigungserfolg seitens des O in Form des Duldens der Entwendung des Geldes vor. In der Regel tritt der Schaden jedoch nicht beim Kontoinhaber, sondern der kartenausgebenden Bank ein. Somit könnte es sich hier um einen Fall der Dreieckerpressung handeln, wofür erforderlich wäre, dass die Duldung des O der Bank zugerechnet werden kann. Hierfür bedarf es eines Näheverhältnisses zwischen dem Genötigten und dem Geschädigten.⁷³ Dabei sei maßgebend, ob der Genötigte „spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung auf der Seite des Vermögensinhabers stehe“.⁷⁴ Ein solches Näheverhältnis entfalle nur, wenn der Genötigte den Vermögensinteressen des Geschädigten gleichgültig gegenüber stehe.⁷⁵ Dies kann vorliegend nicht angenommen werden. In der Regel wird ein Bankkunde aufgrund der dauerhaften Vertragsbeziehung zu seiner Bank und der möglichen Geltendmachung von Regressansprüchen gem. § 675v Abs. 2, Abs. 3 BGB seitens der Bank ein Interesse an der Bewahrung der Vermögensinteressen der Bank haben.⁷⁶ Damit stand O im Zeitpunkt des Stoßes auf der Seite des Vermögensinhabers. Folglich ist die Duldung der Entwendung durch O der Bank zuzurechnen.

Anmerkung: Folgt man der Ansicht der herrschenden Lehre, so wäre aufgrund des betrugsähnlichen Charakters der räuberischen Erpressung ein Näheverhältnis in Anlehnung an den Dreiecksbetrug zu fordern. Dessen genaue Ausprägung ist im Einzelnen umstritten.

⁷³ BGH NJW 1995, 2799 (2799f.); BGH NStZ-RR 2014, 246; Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), § 253 Rn. 21; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 715.

⁷⁴ BGH NJW 1995, 2799 (2800); Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), § 253 Rn. 21; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 715.

⁷⁵ BGH NJW 1995, 2799 (2800).

⁷⁶ El-Ghazi, (Fn. 30), jurisPR-StrafR 6/2018.

c) Vermögensschaden

Der Bank könnte ein Vermögensschaden entstanden sein. Wie dargelegt, hat O bei einem nichtautorisierten Zahlungsvorgang einen Restitutionsanspruch gegen die Bank, sodass diese grundsätzlich die Folgen einer missbräuchlichen Abhebung zu tragen hat. Dieser Beurteilung könnte ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Bank aufgrund grobfahrlässigen Verhaltens des Kontoinhabers entgegenstehen.⁷⁷ Ein solcher kommt hier einerseits mangels vorwerfbares Verhalten des O nicht in Betracht. Andererseits stellt ein sekundärrechtlicher Schadensersatzanspruch keine unmittelbare Kompensation im Sinne der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB dar. Mithin würde ein solcher den Vermögensverlust i. H. v. EUR 500 nicht kompensieren. Damit entsteht der Bank bei einer Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Abbuchung ein wesensgleiches Minus. Folglich erleidet die Bank einen Vermögensschaden.

2. Subjektiver Tatbestand

Zudem müsste auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Vorsatz

Dafür müsste T vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.⁷⁸ T wollte O zur Seite stoßen, um Geld von dessen Konto abheben zu können. Damit handelte er mit Wissen und Willen hinsichtlich aller objektiven Tatumstände. Mithin handelte T vorsätzlich.

b) Bereicherungsabsicht

Ferner müsste T mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben. Diese liegt vor, wenn es dem Täter auf eine günstigere Gestaltung seiner Vermögenslage ankommt und die Bereicherung stoffgleich zum Vermögensschaden ist. Stoffgleichheit liegt vor, wenn Vermögenszuwachs des Täters und der

Vermögensschaden des Geschädigten sich in der Weise entsprechen, dass sie auf ein und derselben Vermögensverfügung beruhen.⁷⁹ T wollte seine Vermögenslage um die abgehobenen EUR 500 vermehren, in Kenntnis der Schädigung des Vermögens der Bank. Diese EUR 500 entsprechen dem Vermögensschaden der Bank. Damit entsprechen sich Vermögensschaden und -zuwachs, sodass eine Stoffgleichheit gegeben ist. Folglich handelte T mit Bereicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

Die von T erstrebte Bereicherung müsste auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Täter kein fälliger einredefreier Anspruch auf den Vermögenswert zusteht.⁸⁰ Ein solcher ist nicht ersichtlich, sodass die von T erstrebte Bereicherung rechtswidrig ist.

II. Rechtswidrigkeit

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte T rechtswidrig.

III. Schuld

Mangels ersichtlicher Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe handelte T schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB wegen räuberischer Erpressung gegenüber O und zu Lasten der Bank strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit des T gem. § 246 Abs. 1 StGB

Der mitverwirklichte § 246 Abs. 1 StGB tritt aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 HS. 2 StGB subsidiär hinter §§ 253 Abs. 1, 255 StGB zurück.

⁷⁷ BGH NStZ 2008, 396 (397); BGH NJW 2001, 1508 (1509).

⁷⁸ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 304.

⁷⁹ Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 638; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 588.

⁸⁰ BGH NJW 1952, 1345 (1345); Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 643; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 585f.

Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde bewegliche Sache
- b) Sich oder einem Dritten zueignen
 - aa) Subjektives Element: Zueignungswille
 - (1) Enteignungsvorsatz
 - (2) Aneignungsvorsatz
 - bb) Objektives Element: Manifestation des Zueignungswillens
- c) Objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

Anmerkung: Aufgrund der Vertretbarkeit beider Ansichten wird im Folgenden der weitere Lösungsweg nach der Auffassung der herrschenden Lehre, welche eine Vermögensverfügung für §§ 253 Abs. 1, 255 StGB fordert, hilfsgutachterlich besprochen.

Hilfsgutachten

T könnte sich gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem er O zur Seite stieß, einen Auszahlungsbetrag von EUR 500 wählte und das ausgegebene Geld dem Bankautomaten entnahm.

I. Tatbestand

Hierzu müsste T den Tatbestand des §§ 253 Abs. 1, 255 StGB erfüllt haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Fremde bewegliche Sache

Wie dargelegt, handelt es sich bei den Geldscheinen um eine für T fremde bewegliche Sache.

b) Sich oder einem Dritten zueignen

T müsste sich oder einem Dritten die Geldscheine zueignet haben.

aa) Subjektives Element: Zueignungswille

Hierzu müsste T mit Zueignungswillen gehandelt haben. Dieser besteht aus dem Enteignungs- und dem Aneignungsvorsatz.

(1) Enteignungsvorsatz

Enteignungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter die dauerhafte Verdrängung des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers erstrebt, wobei *dolus eventualis* ausreichend ist.⁸¹ T wollte die Geldscheine behalten und damit die Bank als ursprünglichen Gewahrsamsinhaber dauerhaft aus ihrer Position verdrängen. Mithin handelte T mit Enteignungsvorsatz.

(2) Aneignungsvorsatz

Aneignungsvorsatz liegt vor, wenn der Täter sich unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung die Sache zumindest vorübergehend in seinem Vermögen einverleiben will.⁸² Strittig ist, ob auch *dolus eventualis* ausreichend ist.⁸³ T wollte die Geldscheine seinem Vermögen einverleiben und handelte damit mit *dolus directus* 1. Grades. Aufgrund des Vorliegens von Absicht bedarf es keines Streitentscheides hinsichtlich des Grades des Vorsatzes. Folglich handelte T mit Aneignungsabsicht.

bb) Objektives Element: Manifestation des Zueignungswillens

Dieser Zueignungswille müsste sich auch objektiv manifestiert haben. Fraglich ist, welche Anforderungen an diese Manifestation zu stellen sind.

(1) Enge Manifestationstheorie

Nach der engen Manifestationstheorie ist maßgeblich, ob aus der Sicht eines objektiven Beobachters ohne Kenntnis des Zueignungswillens die Handlung zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Sache behalten

⁸¹ Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), § 242 Rn. 14; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 90; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 156.

⁸² Kudlich in: SSW, StGB (Fn. 5), § 242 Rn. 14; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 91.

⁸³ Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 18.

wolle.⁸⁴ T wählte den Geldbetrag und entnahm die Geldscheine aus dem Automaten. Für einen objektiven Dritten würde dies den Anschein erwecken, dass T die Scheine in seinem Besitz behalten will. Folgte man dieser Ansicht, läge eine objektive Manifestation des Zueignungswillens vor.

(2) Weite Manifestationslehre

Nach der weiten Manifestationslehre genügt jede beliebige Handlung, die als Bestätigung des Zueignungswillens verstanden werden kann.⁸⁵ T nahm die Geldscheine an sich. Damit liegt eine Bestätigung des Zueignungswillens in Form des Entnehmens der Scheine vor. Folgte man dieser Ansicht, läge eine objektive Manifestation des Zueignungswillens vor.

(3) Stellungnahme

Beide Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass eine Stellungnahme entbehrlich ist. Folglich liegt eine objektive Manifestation des Zueignungswillens vor.

c) Objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung

T steht kein fälliger und einredefreier Anspruch auf die Geldscheine zu. Folglich ist die erstrebte Zueignung dieser rechtswidrig.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte willentlich und in Kenntnis aller objektiven Tatumstände. Folglich handelte er vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

Mangels ersichtlicher Rechtfertigungsgründe handelte T rechtswidrig.

III. Schuld

Mangels entgegenstehender Entschuldigungs- oder

Schuldausschließungsgründe handelte T schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht.

Fazit

Das Urteil zeigt, wie komplex die Abgrenzung zwischen den einzelnen Vermögens- und Eigentumsdelikten ausfallen kann. Insbesondere hat der BGH deutlich gemacht, dass es teilweise für eine saubere Abgrenzung des Rückgriffs auf Vorschriften des Zivilrechts und seinen Wertungen bedarf.

Wie dargelegt, ist der vom BGH eingeschlagene Lösungsweg nicht unumstritten. In der Fallbearbeitung sind daher beide Ansichten mit einer entsprechenden Begründung gut vertretbar.

Der vorliegende Fall erfordert ein großes Maß an Systemkenntnis und eine sorgfältige Prüfung der einzelnen Straftatbestände. Zudem muss sich bewusst gemacht werden, welche Konsequenzen die vorgenommenen Abgrenzungen für die Strafbarkeit nach anderen Strafnormen und für den Verlauf der Prüfung haben. In der Bearbeitung sind deswegen sorgsame Planung und Konzeption, beispielsweise anhand einer sorgfältig erstellten Lösungsskizze, wichtig.

⁸⁴ Eisele, BT II (Fn. 2), Rn. 256; Eser/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 2), § 246 Rn. 11; Lackner/Kühl, StGB (Fn. 14) § 246 Rn. 4; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp, BT 2 (Fn. 7), Rn. 311.

⁸⁵ BGH NJW 1960, 684 (685); BGH NJW 1987, 2242 (2243); BayObLG NJW 1992, 1777 (1778); Vogel in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 23.

Adblocker

§ 4 Nr. 4 UWG, die gezielte Behinderung durch unlautere Handlung

Unlauterer Wettbewerb - Adblock Plus

BGH Urteil vom 19.04.2018 - I ZR 154/16: OLG Köln Urteil vom 21.12.2017 - 6 W 28/17

stud. iur. Fabienne Wundram

Sachverhalt, verkürzt:

K, ein Verlag, stellt ihre redaktionellen Inhalte auch auf ihren Internetseiten zur Verfügung. Dieses Angebot finanziert sie durch ein Entgelt, welches sie von anderen Unternehmen für die Veröffentlichung von Werbung auf diesen Internetseiten erhält.

B vertreibt das Computerprogramm Adblock Plus, mit dem Werbung auf Internetseiten unterdrückt werden kann. Dabei beinhaltet das Programm einen Filter: Werbung, die von Filterregeln erfasst wird und die in einer sogenannten Blacklist enthalten ist, wird automatisch blockiert. B bietet Unternehmen die Möglichkeit, ihre Werbung von dieser Blockade durch die Aufnahme in eine sogenannte Whitelist ausnehmen zu lassen. Die Voraussetzung hierfür ist, dass diese Werbung die von der B gestellten Anforderungen an eine „akzeptable Werbung“ erfüllt. Ferner sollen die Unternehmen die B am Umsatz beteiligen, wobei B nach eigenen Angaben kleinen und mittleren Unternehmen diese Umsatzbeteiligung erlässt.

K hält den Vertrieb des Werbeblockers durch B für wettbewerbswidrig. Sie hat beantragt B zu verurteilen, das Anbieten des Computerprogramms Adblock Plus zu unterlassen. Hilfsweise beantragt sie ein Verbot das Computerprogramm anzubieten, wenn und soweit Werbung nur nach den vorgegebenen Kriterien der B und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin gezeigt wird.

Frage 1: Hat K einen Anspruch gegen B, das Vertreiben des Computerprogramms zu unterlassen?

Frage 2: Hat K hilfsweise einen Anspruch darauf, dass dem B das Vertreiben des Computerprogramms unter den eigens gesetzten Voraussetzungen (inklusive des Entgelts) verboten werden muss?

Das Urteil ist derzeit noch nicht im Volltext verfügbar. Mit Verweis auf das OLG Köln Urteil vom 21.12.2017 - 6 W 28/17 und die Pressemitteilung des BGH soll eine entsprechende Besprechung dennoch vorgenommen werden, um einen (kurzen) Einblick in die Relevanz von UWG-Vorschriften zu gewähren.

Einordnung

In dieser Entscheidung hatte sich der BGH mit einer vermeintlich unlauteren Wettbewerbshandlung durch das Anbieten und Betrieben einer AdBlock-Software auseinanderzusetzen. Einzuordnen ist der Fall unter die Tatbestände der §§ 3ff. UWG, insbesondere § 4 UWG, der die Regelbeispiele zur unlauteren Handlung enthält. Problematisch ist, wie eine gezielte Behinderung des Wettbewerbs zu definieren ist und inwieweit die Interessen der Marktteilnehmer gegeneinander abzuwägen sind.

Das UWG ist ein zivilrechtliches Spezialgesetz, das den Wettbewerb zwischen Unternehmen regelt. In Examensklausuren werden oftmals Gesetze und Rechtsgebiete behandelt, mit denen man sich nicht perfekt auskennt. Dabei sollen Prüflinge zeigen und beweisen, dass sie mit Systemverständnis und den allgemeinen bekannten Grundsätzen auch in fremden Rechtsgebieten eine vernünftige Lösung finden können. Eine Auseinandersetzung mit dem UWG an dieser Stelle soll als Beispiel dienen und den Umgang mit fremden Rechtsgebieten näher bringen, wobei die bekannten Auslegungsmethoden sowie schlicht allgemeine zivilrechtliche Grundsätze herangezogen werden.

Orientierungssätze

Das Angebot des Werbeblockers stellt mangels Verdrängungsabsicht keine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG dar.

Ein Adblockprogramm wie das der Beklagten wirkt mit dem Angebot des Programms nicht unmittelbar auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen ein, der Einsatz des Programms liegt in der autonomen Entscheidung der Internetnutzer.

Das Programm unterläuft auch keine gegen Werbeblocker gerichteten Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Klägerin.

Auch eine Abwägung der Interessen der Betroffenen führt nicht zu dem Ergebnis, dass eine unlautere Behinderung vorliegt. Es ist auch mit Blick auf das Grundrecht der Pressefreiheit zumutbar, den vom Einsatz des Programms ausgehenden Beeinträchtigungen zu begegnen. Dazu gehört etwa das Aussperren von Nutzern, die nicht bereit sind, auf den Einsatz des Werbeblockers zu verzichten.

Das Angebot stellt auch keine aggressive geschäftliche Handlung gem. § 4a UWG gegenüber Unternehmen dar, die an der Schaltung von Werbung auf den Internetseiten der K interessiert sind; es fehlt an einer unzulässigen Beeinflussung dieser Marktteilnehmer.

Gutachterliche Lösung

Frage 1

I. Anspruch entstanden

1. Unzulässige geschäftliche Handlung durch unlauteren Wettbewerb aus § 4 UWG

a) geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs.1 Nr. 1 UWG gegenüber Unternehmen

b) Vorliegen eines Regelbeispiels aus § 4 UWG Nr. 4 gezielte Behinderung des Wettbewerbs (!)

c) Geschäftliche Relevanz nach § 3 Abs. 1 UWG

d) unzumutbare Belästigung i.S.v. § 7 UWG als selbstständiger Verbotstatbestand

e) Vorliegen eines sonstigen Falls der Unlauterkeit

2. Zwischenergebnis

II. Ergebnis

III. Sonstige mögliche Anspruchsgrundlagen

§ 4a UWG - Aggressive geschäftliche Handlungen
 (1) Unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch

1. Belästigung,
2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder
3. unzulässige Beeinflussung.

3Eine unzulässige Beeinflussung liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

(2) Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 ist, ist abzustellen auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung;
2. die Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen;
3. die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen;
4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln; [...]

K könnte einen Anspruch auf Unterlassen des Vertreibens des Werbungsblockers gem. § 8 Abs. 1 S. 1 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG gegen B haben.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

1. Unzulässige geschäftliche Handlung

Dazu müsste B eine unzulässige geschäftliche Handlung begangen haben. Dies ist regelmäßig eine unlautere geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG. Eine unlautere Handlung des B könnte durch unlauteren Wettbewerb gegenüber Mitbewerbern aus § 4 Nr. 4 UWG vorliegen.

a) Geschäftliche Handlung

Bei dem Vertreiben des Computerprogramms müsste es sich zunächst um eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handeln.

Eine geschäftliche Handlung im Sinne der Vorschrift ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Absatz ist dabei die Menge an verkauften Gütern innerhalb einer Zeiteinheit.¹

Der Vertrieb des Programms fördert den Absatz des Unternehmens der B dahingehend, dass andere Unternehmen gegen Entgelt ihr Werbungsangebot auf die Whitelist setzen lassen können. Der Absatz wird dabei regelmäßig mit einem Geschäftsabschluss zwischen der B und den Werbeunternehmen gefördert. Ferner hängt das Vertreiben des Werbeblockers objektiv mit der Durchführung eines jeden Vertrages zusammen, dessen Inhalt sich auf die Dienstleistung erstreckt, das Unternehmen auf die Whitelist zu setzen.

¹ <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/absatz-29637/version-253238> (zuletzt abgerufen am 09.09.2018).

Eine geschäftliche Handlung der B liegt somit vor. Weiterhin kann die geschäftliche Handlung sich gegen Verbraucher oder Unternehmer richten. Zwar tritt die B mit dem Vertreiben des Werbeblockers gegenüber Verbrauchern in Erscheinung, die geschäftliche Handlung bezieht sich hierbei jedoch auf den Unternehmerkreis.

b) Vorliegen eines Regelbeispiels aus § 4 UWG

Die geschäftliche Handlung der B könnte eines der Regelbeispiele des § 4 UWG erfüllen. In Betracht kommt die gezielte Behinderung aus § 4 Nr. 4 UWG. Dabei gibt es keine einheitliche Definition einer gezielten Behinderung. Zunächst ist jedes Anbieten von Waren oder Dienstleistungen in der eigenen Branche eine gezielte Behinderung, wenn damit anderen Anbietern Konkurrenz gemacht wird.² Diese Art der Behinderung ist in der freien Marktwirtschaft durchaus üblich und reicht nicht für das Tatbestandsmerkmal aus.³ Folglich muss die Behinderung von einer gezielten Behinderung abgegrenzt werden. Teile der Literatur verlangten dafür eine subjektive Ausgestaltung der Behinderung, es muss gerade die Absicht vorliegen, den anderen Mitbewerber gezielt zu beeinträchtigen.⁴ Der BGH entwickelte sodann jedoch den Grundsatz, dass eine wettbewerbswidrige Behinderung stets eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers voraussetzt und verzichtet auf ein subjektives Element.⁵ Zudem ist die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls geboten, bei der die sich gegenüberstehenden Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher sowie sonstiger Marktteilnehmer und der Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen sind.⁶

² Jänich in: Heerman/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2. Auflage 2014, § 4 Rn. 11; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 36. Auflage 2018, § 4 Rn. 4.7.

³ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 19; Jänich in: MüKoUWG (Fn. 2), § 4 Rn. 12.

⁴ Jänich in: MüKoUWG (Fn. 2), § 4 Rn. 12; Nordemann in: Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht Kommentar zum UWG, Bd. 2, 3. Auflage 2016, § 4 Rn. 14.

⁵ BGH NJW 2004, 3032; BGH NJW 2002, 26/42; a.A. Jänich in: MüKoUWG (Fn. 2), § 4 Rn. 12b, 13.

⁶ BGH NJW 2004, 3032; BGH NJW 2014, 1534; BGH NJW-RR 2015, 931; Ohly in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage 2016, § 4 Rn. 4 bis 9.

Vorliegend verfolgt B in erster Linie die Beförderung ihres eigenen Wettbewerbs. Sie erzielt Einnahmen, indem sie gegen Entgelt die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch die Aufnahme in die Whitelist eröffnet. Das Geschäftsmodell der B setzt demnach die Funktionsfähigkeit der Internetseite der K voraus.

Dabei wirkt B mit dem Angebot des Programms nicht unmittelbar auf die von der K angebotenen Dienstleistungen ein, sondern erstreckt sich auf deren durch Werbung erwirtschafteten Gewinn. Ferner liegt der Einsatz des Programms in der autonomen Entscheidung der Internetnutzer. Damit liegt lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung des Angebots der K vor.

Die hier abzuwägenden Interessen sind einerseits die Pressefreiheit und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der K sowie andererseits das Recht am Eigentum und am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der B.

Zugunsten der B ist zu beachten, dass das Programm keine gegen Werbeblocker gerichteten Schutzvorkehrungen des Internetangebots K unterläuft. Das Installieren solcher Schutzvorkehrungen wäre der K durchaus zuzumuten. Auch im Hinblick auf das Grundrecht der Pressefreiheit ist es K zumutbar, den vom Einsatz des Programms ausgehenden Beeinträchtigungen zu begegnen, indem sie die ihr möglichen Abwehrmaßnahmen ergreift. Dazu gehört etwa das Aussperren von Nutzern, die nicht bereit sind, auf den Einsatz des Werbeblockers zu verzichten. Ebenso finanziert sich K nicht ausschließlich von den Einnahmen der geschalteten Werbung. Eine Existenzbedrohung durch die Handlung der B ist somit nicht gegeben. Demgegenüber wäre B bei einem Verbot zum Vertreiben des Computerprogramms in ihrer grundlegenden Geschäftsidee angegriffen und existenzbedroht. Die Abwägung der Interessen der Betroffenen führt nicht zu dem Ergebnis, dass eine unlautere Behinderung der K vorliegt. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls hat B keine gezielte Behinderung der K im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG vorgenommen.

c) Geschäftliche Relevanz nach § 3 Abs. 1 UWG

Eine unlautere Handlung wäre zudem nur unzulässig, wenn sie geschäftliche Relevanz im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG aufweisen würde. Dazu müsste sie geeignet sein, die Interessen der Mitwettbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen. Eine spürbare Beeinträchtigung liegt vor, wenn den Verbrauchern bzw. den Besuchern der Internetseite der K die Entscheidungsmöglichkeit genommen wird.⁷ Die Besucher der Internetseite können frei entscheiden, ob sie das Computerprogramm der B anwenden. Damit fehlt es an einer unmittelbaren wettbewerbswidrigen Einwirkung auf die von K angebotenen Leistungen.

d) unzumutbare Belästigung i.S.v § 7 UWG

Auch eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 UWG ist nicht ersichtlich.

e) Vorliegen eines sonstigen Falls der Unlauterkeit

Ein sonstiger Fall der Unlauterkeit ist ebenso nicht ersichtlich, insbesondere eine Unlauterkeit aus § 3 Abs. 3 UWG in Verbindung mit dem Katalog aus dem Anhang des UWG kommt nicht in Betracht.

2. Zwischenergebnis

Es liegt keine unzulässige geschäftliche Handlung des B vor.

II. Ergebnis

K hat keinen Anspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG auf Unterlassen des Vertreibens des Computerprogramms gegen B.

Sonstige mögliche Anspruchsgrundlagen:**I. § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG**

In Betracht kommt ferner ein Anspruch aus § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG. Dieser liegt vor, wenn ein durch das Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt wird. Eine unlautere Handlung würde eine Verletzung in diesem Sinne darstellen, mangels einer solchen Ver-

letzungshandlung der B liegt jedoch kein Anspruch aus § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG vor.

II. § 823 Abs.1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB

Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB kommt in Betracht. Der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB wird dabei gegen jede Beeinträchtigung am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewährt. Eine solche liegt vor, wenn die Störung einen unmittelbaren Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis darstellt, also sich gerade gegen den Betrieb und seine Organisation oder gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richten und über die bloße Belästigung oder eine sozial übliche Behinderung hinausgehen.⁸ K kann sich gegen die Beeinträchtigung der B wehren, indem sie diejenigen Besucher ihrer Internetseite, die einen Werbeblocker installiert haben, von der Nutzung ausschließt. Es handelt sich folglich um keinen über eine bloße Behinderung hinausgehenden Eingriff der B. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 BGB liegt folglich nicht vor.

Frage 2**I. Anspruch entstanden****1. Unzulässige geschäftliche Handlung**

a) Geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs.1 Nr. 1 UWG gegenüber Unternehmer

b) Aggressive geschäftliche Handlung i.S.d. § 4a Abs. 1 UWIG

c) Eignung zur Beeinflussung der Marktteilnehmer

2. Zwischenergebnis**II. Ergebnis**

⁷ Sosnitza in: Ohly/Sosnitza (Fn. 6), § 3 Rn. 78.

⁸ BGH NJW 2013, 2760; BGH NJW-RR 2014, 1508.

K könnte einen Anspruch auf Unterlassen gegen B aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG i.V.m. §§ 4a Abs. 1, 3 UWG haben, andere Unternehmen nur unter den von B gesetzten Ansprüchen an „angemessene Werbung“ und gegen Entgelt auf die Whitelist zu setzen.

I. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

1. Unzulässige geschäftliche Handlung

Hierzu müsste eine unzulässige geschäftliche Handlung vorliegen.

a) Geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs.1 Nr. 1 UWG

Eine geschäftliche Handlung gegenüber Unternehmen liegt vor.

b) Aggressive geschäftliche Handlung mit Eignung zur Beeinflussung der Marktteilnehmer

Sie müsste eine aggressive geschäftliche Handlung im Sinne von § 4a Abs. 1 UWG darstellen. Gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG gilt eine geschäftliche Handlung als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Die B nutzt hier eine ihr etwaig zukommende Machtposition schon nicht in der Weise aus, dass sie die Marktteilnehmer die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt. Damit fehlt es an einer unzulässigen Beeinflussung dieser Marktteilnehmer. Das Anbieten des Aufnehmens in eine Whitelist zu den von B festgesetzten Konditionen stellt mithin keine aggressive geschäftliche Handlung gegenüber Unternehmen dar, die an der Schaltung von Werbung auf den Internetseiten der K interessiert sind.

2. Zwischenergebnis

Es mangelt an einer unzulässigen geschäftlichen Handlung.

II. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen B aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG i.V.m. §§ 4a Abs. 1, 3 UWG.

Fazit

Die Entscheidung, ob eine unlautere Handlung vorliegt, bleibt stets dem Einzelfall vorbehalten. Es gibt keine abschließenden Definitionen für die einzelnen Tatbestandsmerkmale und keine ständige Rechtsprechung in dieser Hinsicht. Fest steht zunächst, dass aufgrund der Möglichkeit für Unternehmen, auf ihren Internetseiten eine eigene Adblock-Sperre zu installieren, die Adblocker Programme keinen unlauteren Wettbewerb verursachen. Die Internetseitenanbieter können so gewährleisten, dass nur Besucher Zutritt haben, die sich die geschaltete Werbung ansehen. In einem anderen Verfahren wurde diese Linie des BGH bestätigt: Hier wurde von dem Werbeblocker Unternehmen für Nutzer eine Anleitung bereitgestellt, die wiederum die Adblock-Sperre umgeht. Dieses Vorgehen stellt nunmehr eine unlautere Handlung dar. Zur Vertiefung eignet sich auch die Lektüre von LG Hamburg Urteil vom 03.12.2015 - 308 O 375/15.

In einer Klausur müssen die Bearbeiter durch Argumentation gezielt herausarbeiten, warum im konkreten Fall Unlauterkeit gegeben sein soll oder nicht. Es geht vielfach um die Abwägung von den betroffenen Interessen der Beteiligten.

Es wird deutlich, dass mit der Systematik des Gesetzes und den vertrauten Schemata, Auslegungsmethoden und allgemeinen Grundsätzen auch Probleme aus unbekanntem Rechtsgebieten gelöst werden können.

Rechtsprechung: Zivilrecht

In der Rechtsprechungsübersicht haben wir je zehn Entscheidungen für jedes Rechtsgebiet aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind. Die Hinweise auf diese Entscheidungen, das Verständnis ihres Inhalts und ihrer Probleme helfen bei der nächsten Klausur, Hausarbeit oder mündlichen Prüfung. Sie sind Anregung zum Selbststudium und - zusammen mit der digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ - vermitteln sie eine solide Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung. Merke: *Keine* Rechtsprechungsübersicht ist vollständig, sondern ist immer nur ein - vom Autor festgelegter - Ausschnitt.

BGH, Urteil vom 23.11.2017 – I ZR 51/16

Ein Anspruchsteller, der vom Frachtführer Schadensersatz aufgrund nicht ausreichender Kühlung der Ware während des Transports beansprucht, muss beweisen, dass er die Ware in ordnungsgemäß gekühltem Zustand übergeben hat. Unterzeichnet der Frachtführer vorbehaltlos den Lieferschein, auf dem eine ausreichende Vorkühlung dokumentiert ist, trägt er die Beweislast dafür, dass er bei der Beladung an der Kontrolle der Ware gehindert worden ist.

BGH, Urteil vom 30.01.2018 – X ZR 119/15

Verfügt ein Erblasser in einem Testament umfassend über sein Vermögen, so kann dies jedenfalls dann als konkludenter Widerruf einer früheren, entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen sein, wenn der Erblasser sich von dieser Erklärung auch schon zu Lebzeiten jederzeit hätte einseitig lösen können. Das Bewusstsein, in einem Testament die Verteilung des Vermögens umfassend zu regeln, schließt das Bewusstsein, dass damit etwaige entgegenstehende frühere Verfügungen widerrufen werden, mit ein. Ein gesondertes Erklärungsbewusstsein, das gezielt auf den Widerruf einer bestimmten Willenserklärung gerichtet ist, ist darüber hinaus nicht erforderlich. Eine Willenserklärung in einem in amtliche Verwahrung genommenen Testament ist gegenüber jedem als abgegeben anzusehen, den es angeht, auch wenn er in dem Testament nicht bedacht ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 31.01.2018 – 13 U 6/17

Für eine Verkehrssitte, die die Erklärung der Annahme entbehrlich werden lässt, und für die dennoch erforderliche Betätigung des Annahmewillens gelten desto geringere Anforderungen, je eher der so angenommene Vertrag dem Annehmenden überwiegend Vorteile verschafft. Das Schmiergeldversprechen des Geschäftsgegners an den Vertreter der an einem Vertrag Beteiligten ist sittenwidrig, wenn die Zahlung heimlich erfolgen soll. Für die Sittenwidrigkeit kommt es nicht auf die Schädigung der vom Schmiergeldempfänger Vertretenen an. Der Verstoß gegen die guten Sitten hängt davon ab, dass der Bevollmächtigte den anderen Vertragsteil gegen die Interessen des Vollmachtgebers gegenüber anderen Interessenten bevorzugen kann oder dass er die Verhandlungen führt und dabei nicht oder nicht allein die Interessen seines Vollmachtgebers wahrnimmt, sondern im eigenen Provisionsinteresse handelt.

BGH, Urteil vom 20.03.2018 – X ZR 25/17

Der Vertrag über die Personenbeförderung mit einem Massenverkehrsmittel weist vom allgemeinen Werkvertragsrecht abweichende Besonderheiten auf, die sich in einem dem Werkvertragsrecht eingeschränkt folgenden Leitbild niederschlagen. Das freie Kündigungsrecht nach § 649 BGB a.F. gehört nicht zu den wesentlichen Grundgedanken eines solchen Vertrags. Beförderungsbedingungen eines Luftverkehrsunternehmens, die das freie Kündigungsrecht ausschließen (Stornierungsbedingungen), unterliegen nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle. Eine Klausel in den Beförderungsbedingungen eines Luftverkehrsunternehmens, die für den in einem bestimmten Tarif gebuchten Personenbeförderungsvertrag das freie Kündigungsrecht ausschließt, benachteiligt den Fluggast nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher wirksam.

BGH, Urteil vom 17.04.2018 – VI ZR 237/17

Die psychische Gesundheitsverletzung eines Polizeibeamten, die infolge der unmittelbaren Beteiligung an einem durch einen Amoklauf ausgelösten Geschehen eingetreten ist, ist dem Amokläufer zuzurechnen. Der Zurechnung steht in einem solchen Fall nicht entgegen, dass sich in der Gesundheitsverletzung ein berufsspezifisches Risiko des Polizeibeamten verwirklicht hat.

BGH, Urteil vom 29.05.2018 – X ZR 94/17

Wer bei einem Reiseveranstalter eine Kreuzfahrt gebucht hat, diese aber, weil es auf dem Schiff keine Buchung (mehr) für ihn gibt, nicht antreten kann, hat nicht nur Anspruch auf Erstattung des Reisepreises, sondern auch auf eine angemessene Entschädigung in Geld.

BGH, Urteil vom 27.06.2018 – XII ZR 79/17

Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, hat dieser - auch nach Beendigung des Mietverhältnisses - nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Schadensersatz neben der Leistung nach Wahl des Vermieters durch Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder durch Geldzahlung (§ 249 Abs. 2 BGB) zu ersetzen, ohne dass es einer vorherigen Fristsetzung des Vermieters bedarf.

BGH, Urteil vom 12.07.2018 – III ZR 183/17

Nutzungsverträge mit Facebook oder anderen social-media-Plattformen sind (vorerst) vererblich, den Erben kann im Einzelfall ein Zugangsanspruch in Bezug auf die Kommunikationsinhalte des verstorbenen Nutzers gegen den Plattformbetreiber zustehen.

BGH, Urteil vom 19.07.2018 – VII ZR 251/17

Bei einem Vertrag über die Reinigung eines Fahrzeugs besteht die Schutzpflicht des Betreibers der Waschstraße, das Fahrzeug des Kunden vor Beschädigungen beim Waschvorgang zu bewahren. Die Zumutbarkeit von Sicherungsvorkehrungen bestimmt sich dabei unter Abwägung der Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung und der Gewichtigkeit.

Rechtsprechung: Öffentliches Recht

In unserer digitalen Reihe „**Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite**“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren. In dieser Rechtsprechungsübersicht haben wir überblicksweise neun Entscheidungen aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind.

OLG Celle, Beschluss vom 04.10.17 – 3 Ss (OWI) 163/17

Die Aufzeichnung mutmaßlich verkehrsordnungswidriger Verhaltensweisen Dritter im öffentlichen Straßenverkehr mittels einer sogenannten Dash-Cam (Onboard-Kamera) und die anschließende Übermittlung der dergestalt erhobenen Daten an die zuständige Bußgeldbehörde zwecks Ahndung evtl. begangener Verkehrsordnungswidrigkeiten verstößt gegen § 1 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und stellt somit eine unzulässige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Verkehrsteilnehmer dar. Derartige Handlungen werden vom personalen und sachlichen Anwendungsbereich der entsprechenden Schutzvorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes, u.a. von § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG erfasst und durch § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.

BVerwG, Urteil vom 27.02.2018 – 7 C 26.16

Erweist sich ein auf bestimmte Straßen oder Straßenabschnitte beschränktes Verkehrsverbot für (bestimmte) Dieselfahrzeuge als die einzig geeignete Maßnahme zur schnellstmöglichen Einhaltung der Stickstoffdioxid-Grenzwerte, verlangt Art. 23 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG, diese Maßnahme zu ergreifen. Die Anordnung eines Verkehrsverbotes muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Ein streckenbezogenes Verbot für (bestimmte) Dieselfahrzeuge geht seiner Eingriffsintensität nach nicht über straßenverkehrsrechtlich begründete Durchfahr- und Halteverbote hinaus, mit denen Autofahrer und Anwohner stets rechnen und die sie grundsätzlich hinnehmen müssen.

BVerfG, Beschluss vom 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09

Art. 3 Abs. 1 GG lässt sich auch nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung kein objektives Verfassungsprinzip entnehmen, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären. Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG etwa dann, wenn einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen ausgeschlossen werden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Ein Stadionverbot kann auch ohne Nachweis einer Straftat auf eine auf Tatsachen gründende Besorgnis gestützt werden, dass die Betroffenen künftig Störungen verursachen werden. Die Betroffenen sind grundsätzlich vorher anzuhören und ihnen ist auf Verlangen vorprozessual eine Begründung mitzuteilen.

OVG Lüneburg, Urteil vom 26.04.2018 - 11 LC 288/16

Der Erlass eines Aufenthaltsverbots nach § 17 Abs. 4 Satz 1 Nds. SOG setzt voraus, dass zum Zeitpunkt des Erlasses des Aufenthaltsverbots Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Person im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Verbots eine Straftat begehen wird. Steht fest, dass eine Person (einfaches) Mitglied einer sog. Ultra-Gruppierung ist oder in einem polizeilichen Informationssystem geführt wird, ist dies in der Regel für sich gesehen nicht ausreichend, um die erforderliche Gefahrenprognose zu begründen. Hinzutreten müssen grundsätzlich weitere (Indiz-)Tatsachen, um den Erlass eines Aufenthaltsverbots zu rechtfertigen. In zeitlicher Hinsicht besteht keine starre zeitliche Grenze, welche in der Vergangenheit liegende Ereignisse wie lange berücksichtigt werden können. Insbesondere wenn (Indiz-)Tatsachen aus jüngerer Zeit vorliegen, sind auch weiter zurückliegende Vorfälle im Rahmen der anzustellenden Gesamtprognose berücksichtigungsfähig.

BVerwG, Urteil vom 26.04.2018 - 3 C 24.16

Die Dereliktion eines Tieres, die gegen das tierschutzrechtliche Aussetzungsverbot (§ 3 Satz 1 Nr. 3 TierSchG) verstößt, ist nichtig (§ 134 BGB). Von einer Fundsache ist auszugehen, wenn Eigentum an einer besitzlosen Sache nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Das gilt entsprechend für Fundtiere (§ 90a BGB).

BVerwG, Beschluss vom 14.05.2018 - 1 WNB 1.18

Auch bei Anerkennung eines Grundrechtsschutzes aus Art. 12 Abs. 1 GG für Nebentätigkeiten von Soldaten stellen die in § 20 Abs. 2 SG normierten Gründe für die Versagung einer Nebentätigkeitsgenehmigung Berufsausübungsregelungen dar, mit denen der Gesetzgeber das verfassungsrechtliche Gebot aus Art. 87a Abs. 1 GG, eine funktionstüchtige Bundeswehr zu unterhalten, für den Bereich der Nebentätigkeiten von Soldaten rechtmäßig ausgestaltet und konkretisiert hat.

VG Hannover, Urteil vom 18.05.2018 - 1 A 7030/17

Der Beginn eines Hausverbotes kann nicht auf einen unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft festgesetzt werden. Auf diese Weise geht der Zweck des Hausverbotes, den störungsfreien Behördenbetrieb zu gewährleisten, verloren. Die Behörde ist darauf zu verweisen, im Falle einer Klagerhebung gegen das Hausverbot zu prüfen, ob die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes anzuordnen ist.

BVerfG, Urteil vom 12.06.2018 - 2 BvR 1738/12

Der persönliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst auch Beamte. Das Streikverbot für Beamte stellt einen eigenständigen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG dar. Es erfüllt die für eine Qualifikation als hergebrachter Grundsatz notwendigen Voraussetzungen der Traditionalität und Substantialität. Das Streikverbot für Beamte ist als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums vom Gesetzgeber zu beachten. Es weist eine enge Verbindung auf mit dem beamtenrechtlichen Alimentationsprinzip, der Treuepflicht, dem Lebenszeitprinzip sowie dem Grundsatz der Regelung des beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses einschließlich der Besoldung durch den Gesetzgeber.

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18.07.2018 - 1 BvR 1675/16

Der mit der Erhebung des Rundfunkbeitrags ausgeglichene Vorteil liegt in der Möglichkeit, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nutzen zu können. Auch eine unbestimmte Vielzahl oder gar alle Bürgerinnen und Bürger können zu Beiträgen herangezogen werden, sofern ihnen jeweils ein Vorteil individuell-konkret zugerechnet werden kann und soweit dessen Nutzung realistischerweise möglich erscheint.

Rechtsprechung: Strafrecht

In unserer digitalen Reihe „Eine Woche - Eine Entscheidung - Eine Seite“ versuchen wir, auf besonders aktuelle Rechtsprechung hinzuweisen und diese durch einen Inhaltsabriss und eine Vertiefungsaufgabe zu kontextuieren. In dieser Rechtsprechungsübersicht haben wir überblicksweise acht Entscheidungen aufgenommen, die nach unserer Auffassung von besonderer Ausbildungs- und Prüfungsrelevanz sind.

BGH, Beschluss vom 28.11.2017 - 3 StR 266/17

Der Umstand, dass ein Beteiligter durch sein Zutun die von anderen unmittelbar begangenen Taten fördert, reicht zur Begründung von Mittäterschaft nicht aus und entspricht eher einer Beihilfehandlung. Erforderlich sind konkrete Handlungen, mit denen bestimmend darauf eingewirkt wird, ob, wann, wo und wie Taten begangen werden. Beendigung tritt beim Betrug mit dem Abschluss der Tat im Ganzen ein, wozu gehört, dass der erstrebte Vermögensvorteil tatsächlich erlangt ist. Dies ist beim Überweisungsbetrug der Fall, wenn der Betrag auf dem Zielkonto des Täters gutgeschrieben ist und der Geschädigte keine Möglichkeit mehr hat, den Täter daran zu hindern, hierüber zu verfügen.

BGH, Beschluss vom 09.01.2018 - 5 StR 541/17

Einwilligungsfähig ist, wer nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande ist, Bedeutung und Tragweite des konsentierten Rechtsgutsangriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen, wobei umso strengere Anforderungen zu stellen sind, je gewichtiger der Angriff ist und je schwerer seine Folgen abzusehen sind. Einem zehn bzw. zwölf Jahre alten Kind fehlt es am erforderlichen Urteilsvermögen in Bezug auf vom Täter nicht vollständig kontrollierbare und damit zumindest abstrakt lebensgefährliche Würgehandlungen.

BGH, Urteil vom 10.01.2018 - 2 StR 200/17

Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Das Verwenden liegt daher auch dann bereits vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder zur Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen.

BGH, Beschluss vom 20.02.2018 - 1 StR 467/17

Es ist, auch bei besonderen Tatbegehungen, konkurrenzrechtlich ausgeschlossen, dass die Vorschrift des § 259 StGB den § 263 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt, so dass Letztgenannter nicht anwendbar wäre. Denn es liegt weder ein Fall der Spezialität, der Subsidiarität noch ein solcher der Konsumtion vor.

BGH, Urteil vom 01.03.2018 - 4 StR 311/17

In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. [...] So kann bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraute.

BGH, Urteil vom 06.03.2018 - 1 StR 277/17

Die Verletzung der Aussagefreiheit kann auch außerhalb von Vernehmungen nach §§ 136, 136a StPO zu einem Beweisverwertungsverbot führen, hier bzgl. einer, von einer Kriminalbeamtin mitgehörten Äußerung gegenüber einem behandelnden Krankenhausarzt, nachdem zuvor erklärt worden ist, dass sich ausschließlich über einen Verteidiger geäußert werden wird.

BGH, Urteil vom 11.04.2018 - 5 StR 595/17

Ein Bereiterklären gemäß § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB muss auf eine Selbstbindung gegenüber dem Adressaten gerichtet und daher ernsthaft sein. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen – Entscheidung lesen!

BGH, Urteil vom 24.04.2018 - 1 StR 481/17

Die Verlesung des Anklagesatzes ist ein so wesentliches Verfahrenserfordernis, dass die Unterlassung im Allgemeinen die Revision begründet. Allenfalls in einfach gelagerten Fällen, in denen der Zweck der Verlesung des Anklagesatzes durch die Unterlassung nicht beeinträchtigt worden ist, kann ein Beruhen des Urteils auf der Nichtverlesung des Anklagesatzes unter Umständen ausgeschlossen werden.

BGH, Beschluss vom 08.05.2018 - 5 StR 108/18

Der Versuch einer strafbaren Handlung liegt gemäß § 22 StGB vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung nicht erst der Fall, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, sondern schon dann, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden. Das Versuchsstadium erstreckt sich dementsprechend auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehenentgegen, hier nicht schon beim Klingeln an der Wohnungstür.

BGH, Urteil vom 04.07.2018 - 2 StR 245/17

Nach Auffassung des BGH umfassen Wortlaut und Zweck des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB auch (schon) das Sich-Bereit-Erklären zur Straftatbegehung gegenüber dem potentiellen Opfer, falls die Motivation des potentiellen Täters den Schadenseintritt der geschützten Rechtsgüter des Opfers ausreichend wahrscheinlich sein lässt und umfasst. Diesem Verständnis der Norm stünden weder die Systematik des Gesetzes noch die Gesetzgebungsgeschichte entgegen.

Vorbemerkungen

Die im folgenden Abschnitt dargestellten Sachverhalte und Lösungen sind, bis auf kleine redaktionelle Änderungen in Rechtschreibung und Überschriftenfettung, Originale.

Vielen Studierenden fällt es schwer, die juristische Benotungskultur nachzuvollziehen, der Vergleich eigener Leistungen und Noten mit den hier veröffentlichten Beispielen aus unserer Rubrik **Studienpraxis** kann helfen und eine Orientierungshilfe sein. Mehr aber auch nicht.

Die veröffentlichten Lösungen sollen, zusammen mit der zugehörigen Note und knappen Anmerkungen eine bessere Orientierung bei der Hausarbeiten- und Klausurvorbereitung ermöglichen. Während zahlreiche Ausbildungszeitschriften Musterklausuren mit Musterlösungen veröffentlichen, bietet die hiesige Rubrik bewusst Studierendenklausuren.

Die Lösungen sind von Kommilitoninnen und Kommilitonen unter Zeitdruck, unter dem bekannten Lernstress der Klausurenphase und wahrscheinlich auch mit 400 Mitstreiterinnen und Mitstreitern im gleichen Raum im Hochsommer erstellt worden - echte Bedingungen eben.

Diese Authentizität der Beiträge ist Chance und Gefahr zugleich.

Es besteht die Chance, sich mit der Leistung zu identifizieren. Musterlösungen und entsprechende Veröffentlichungen von Mustertexten in Ausbildungszeitschriften sind sinnvoll, aber als Vorlage für die Studienpraxis wenig realistisch. Möglicherweise wird aber bei der Lektüre dieses Abschnitts deutlich, dass nicht jedes Gutachten einer Musterlösung gleichen muss, um eine ordentliche Benotung zu erreichen.

Die abgedruckten Lösungen enthalten möglicherweise kleine Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen und sind trotzdem überdurchschnittlich gut bewertet worden.

Damit besteht die erste Chance zur Erkenntnis: Gute Leistungen sind nicht unerreichbar.

Folglich besteht die Chance, in einer der nächsten Ausgaben die eigene Leistung zu veröffentlichen. Bei gewissenhafter Vorbereitung, gutem Judiz und ordentlichem Time-Management steht einer guten Note nichts im Wege.

Es besteht die Gefahr, dass die Fehler, Unvollständigkeiten und Formulierungsschwächen, die mit jeder Authentizität einhergehen, falsche Vorbilder sind.

Wer unreflektiert andere Leistungen übernimmt, produziert keine eigene Erkenntnis, sondern reproduziert nur fremdes Wissen. Deswegen ist jedes hier abgedruckte Gutachten auch eine Aufgabe an die Leserinnen und Leser. Bei jeder Zeile müssen sich selbst die folgenden Fragen gestellt werden:

- Ist dieser Teil der Bearbeitung repräsentativ für die Gesamtnote?
- Welche Teile der Bearbeitung sind meiner Meinung nach besonders gut gelungen?
- Konnte ich die Schwerpunkte des Gutachtens nach der Lektüre des Sachverhaltes ermitteln? Deckt sich meine Einschätzung mit der gewählten Argumentationstiefe in der Bearbeitung?
- Ist der Sachverhalt über- oder unterdurchschnittlich anspruchsvoll? Können bei der Benotung, insbesondere inhaltlich einfacher Fragenkomplexe, Form und Stil besonders in die Bewertung einfließen?
- Was könnte ich (ehrlicherweise) besser als der Lösungsvorschlag, an welchen Punkte hätte ich selbst weniger geschickt geprüft und formuliert?
- Wäre ich in der Lage, ein derartiges Gutachten auch in der Stresssituation einer Abschlussklausur zu produzieren?

Es besteht außerdem die Gefahr, eine Art mathematische Vergleichbarkeit in der Benotung juristischer Leistungen zu suchen, die es nicht gibt.

Die Idee: *“Wenn das 13 Punkte sind, ist das meine letzte Klausur aber auch!”*

trägt nicht, sie ist Ausdruck der Suche einer einfachen Antwort auf eine komplizierte (Benotungs-)Frage.

Die Rechtswissenschaft wird in der universitären Ausbildung nicht umsonst den Geisteswissenschaften und nicht den Naturwissenschaften zugeordnet.

Die Bewertung einer Begutachtung ist nicht prognosefähig, eine stoische (aber transparente) Unterscheidung in ‘falsch’ und ‘richtig’, ‘vertretbar’ oder ‘unvertretbar’ gibt es nicht, von einigen Extremfällen abgesehen.

Die Bewertung der Herleitung einer Argumentation, die Schwerpunktsetzung, Formulierungsvermögen und Überzeugungskraft sind ‘weiche’ Bewertungskriterien, die sich einer absoluten Vergleichbarkeit (und Überprüfbarkeit) entziehen.

Auch, wenn die hier abgedruckte Leistung 13, 14, 15 oder 16 Punkte erreicht hat, heißt das nicht, dass dieses beim nächsten Mal wieder der Fall sein muss.

Rechtsprechungslinien können sich ändern, Literaturmeinungen werden ausdifferenziert, verworfen oder gewinnen an Einfluss, für die eigene Bearbeitung kann mehr oder weniger Zeit zur Verfügung stehen oder der Prüfer hat einen außergewöhnlich guten (oder schlechten) Tag.

Die Redaktion bittet deswegen alle Leserinnen und Leser bei der Lektüre dieses Abschnitts gewissenhaft vorzugehen.

Die Veröffentlichung von Studienleistungen ist Mittel zum Zweck - nicht Selbstzweck.

Trotzdem, gerade deswegen, wollen wir weiterhin qualitativ hochwertige Beiträge in unserer Rubrik Studienpraxis veröffentlichen.

Hierzu brauchen wir Hilfe: Wenn Du überdurchschnittliche (Benotung mit gut oder besser) Studienleistungen hast, die Du gern veröffentlichen möchtest, sprich uns bitte unter

redaktion@hanoverlawreview.de

an.

- Die Redaktion

Fischer Fritz

Die Klausur ist in der Veranstaltung BGB III im Sommersemester 2017 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt worden. Herzlicher Dank gebührt Professor. Dr. Huber, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhalts einverstanden erklärt hat.

Verfasserin der Klausurlösung ist stud. iur. Btissam Boulakhrif, die Klausur ist mit 15 Punkten bewertet worden.

Fritz Fischer (F) betreibt in Hannover einen Großhandel für Meeresfrüchte. Hierzu unterhält er zwei Standorte: ein großes Kühlager in Hannover-Herrenhausen und ein kleines Ladenlokal in der Innenstadt. Bei ihm erwirbt Restaurantbetreiber Christian Koch (K) am 03.07.2017 für sein Restaurant 100 kg Tiefkühl-Rotbarschfilet, Handelsklasse I, zum Preis von EUR 2.220,00. F und K vereinbaren bei Vertragsschluss, dass der Kaufpreis mit Abschluss des Kaufvertrags fällig sein, die Abholung der Ware durch K jedoch erst am 05.07.2017 zwischen 8:00 und 18:00 Uhr im Ladenlokal des F in der Innenstadt erfolgen soll. Bei Vertragsschluss weist F den K zudem darauf hin, dass die Abholung nur innerhalb des vereinbarten Zeitraumes erfolgen kann, da im Ladenlokal des F in der Innenstadt nur begrenzte Kühlkapazitäten zur Verfügung stehen und der von K erworbene Fisch dort aus logistischen Gründen nur bis zum 5.7.2017, 18:00 Uhr gelagert werden kann.

Am 05.07.2017 um 6:00 Uhr holt F aus seinem Kühlager 100 kg Tiefkühl-Rotbarschfilet, Handelsklasse I, für die Belieferung des K und bringt es in sein Ladenlokal in die Innenstadt, wo er es für die Abholung durch K gekühlt bereitstellt. Sodann teilt der F dem K telefonisch mit, dass der Fisch im Ladenlokal zur Abholung bereitstehe. Der K macht sich sogleich auf den Weg zu F in die Innenstadt. Dort kommt K jedoch nie an, da er unverschuldet in einem schweren Verkehrsunfall verwickelt wurde und für längere Zeit im Krankenhaus behandelt werden muss. Da F den K am Abend des 05.07.2017 nicht erreichen kann, lässt er die Lieferung um 19:00 Uhr desselben Tages von dem Transportunternehmer Leonid Last (L) wieder in das Kühlager nach Hannover-Herrenhausen bringen. Am Lager angekommen, meldet L sich bei M, einem Mitarbeiter von F. M lädt daraufhin verschiedene Pakete, darunter auch die für K bestimmte Ware, ab. Diese Ware rutscht dem M dabei infolge leichter Fahrlässigkeit vom Gabelstapler. Der Tiefkühlfisch landet infolgedessen auf einer vielbefahrenen Straße, wird vom Verkehr überrollt und so vollkommen zerstört. Die Kosten des Rücktransportes der Ware vom Ladenlokal des F in der Innenstadt zum Kühlager des F in Hannover-Herrenhausen durch L belaufen sich auf EUR 30,00.

Aufgabe: F verlangt von K

- 1) Zahlung des Kaufpreises in Höhe von EUR 2.220,00;**
- 2) Ersatz der Transportkosten für den Rücktransport der Ware durch L in Höhe von EUR 30,00.**

Gutachterliche Lösung

A. Kaufpreiszahlung F gegen K

F könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises i.H.v. EUR 2.220,00 aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

I. Anspruch entstanden, § 433 BGB

Es müsste zwischen F und K ein wirksamer Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen sein. Ein Vertrag kommt durch Einigung der Vertragsparteien über die wesentlichen Vertragsbestandteile zustande. Gegenstand des Kaufvertrags ist gem. § 433 BGB die Übergabe und Übereignung der Kaufsache durch den Verkäufer und im Gegenzug die Zahlung eines entsprechenden Kaufpreises durch den Käufer. F und K haben sich darauf geeinigt, dass K 100 kg Tiefkühl-Rotbarschfilet von F erhalten solle und diesem im Gegenzug EUR 2.220,00 zahlen solle. Folglich ist ein Kaufvertrag zustande gekommen und der Anspruch ist entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB untergegangen sein. Dafür muss die Leistungspflicht des Schuldners gem. § 275 BGB ausgeschlossen sein.

1. Ausschluss der Leistungspflicht, § 275 BGB

Die Leistungspflicht des F könnte gem. § 275 BGB ausgeschlossen sein. Vorliegend kommt eine tatsächliche objektive Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht. Eine solche liegt vor, wenn die Erbringung der Leistung für jedermann physisch unmöglich ist. Das Tiefkühl-Rotbarschfilet wurde vollkommen zerstört. Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei nicht um eine Gattungsschuld handelt, sodass den Schuldner weiterhin eine Beschaffungspflicht trifft.

a) Vorliegen einer Gattungsschuld, § 243 BGB

Es könnte eine Gattungsschuld vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Leistungsgegenstand nur nach Merkmalen bestimmt ist, die eine Gattung charakterisieren. F und K haben nicht näher spezifiziert, welche Tiefkühl-Rotbarschfiletstücke zu leisten sind, sondern nur, dass 100 kg einer Gattung zu leisten ist. Somit liegt eine Gattungsschuld vor.

b) Konkretisierung, § 243 Abs. 2 BGB

Die Gattungsschuld könnte jedoch zu einer Stückschuld konkretisiert worden sein. Konkretisierung tritt ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat. Was zur Leistung seinerseits erforderlich war, richtet sich nach der Art der Schuld. Vorliegend kommt das Vorliegen einer Holschuld in Betracht, also wenn Abholung des Leistungsgegenstands beim Schuldner durch den Gläubiger geschuldet ist. Der Schuldner muss für die Konkretisierung nur den Leistungsgegenstand aussondern und den Gläubiger zur Abholung benachrichtigen. F und K haben vereinbart, dass K die Ware im Ladenlokal des F abholt. Es liegt also eine Holschuld vor. F holte 100 kg Tiefkühl-Rotbarschfilet aus seinem Lager, brachte es in sein Lokal und teilte dem K telefonisch mit, dass er die Ware abholen könne. Folglich hat er das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan. Eine Konkretisierung hat stattgefunden.

c) Zwischenergebnis

Es handelt sich um eine Stückschuld. F trifft keine Beschaffungspflicht.

2. Bestehenbleiben der Leistungspflicht, § 326 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB

Es könnte jedoch eine Ausnahme vom Grundsatz der Befreiung von der Gegenleistungspflicht beim Ausschluss der Leistungspflicht gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB gegeben sein. Dafür muss sich der Gläubiger bei Eintritt des Leistungshindernisses im Annahmeverzug befunden haben. Annahmeverzug

liegt bei Nichtannahme der Leistung trotz Fälligkeit, Erfüllbarkeit und tatsächlichem Angebot vor. Fälligkeit ist der Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung fordern und der Schuldner sie erbringen muss. Die Leistungszeit bestimmt sich nach § 271 BGB. Zu diesem Zeitpunkt muss dem Schuldner die Erbringung der Leistung auch möglich gewesen sein. F und K vereinbarten eine Abholung im Ladenlokal des F am 05.07.2017 zwischen 8:00 und 18:00 Uhr. In dieser Zeit war der Fisch auch noch intakt. K erschien jedoch nicht zur Abholung. Ob auch ein tatsächliches Angebot vorliegt, könnte vorliegend unerheblich sein. Dafür muss das Angebot gem. § 296 BGB entbehrlich sein.

Dies ist der Fall, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Leistungszeit bestimmt sein. Dies ist wie oben bereits ausgeführt der Fall. Das Angebot ist somit gem. § 296 BGB entbehrlich. K befindet sich im Annahmeverzug.

a) Vertretenmüssen des Leistungshindernisses, § 276 BGB

F dürfte das Leistungshindernis nicht zu vertreten haben. Der Schuldner hat gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Befindet sich der Gläubiger jedoch in Annahmeverzug, so hat der Schuldner während des Verzugs gem. § 300 BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorliegend hat M, der Mitarbeiter des F, leicht fahrlässig gehandelt. F könnte sich dieses Verhalten gem. § 278 BGB zurechnen lassen, sofern M in seiner Funktion als Erfüllungsgehilfe tätig wurde, also nicht weisungsgebunden im Pflichten- und Interessenkreis des Schuldners tätig ist. M ist der Mitarbeiter des F und hat in seiner Funktion als Mitarbeiter den Fisch fallen lassen. F muss sich dieses leicht fahrlässige Verhalten des M gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Somit hat F den Umstand, auf dem das Leistungshindernis beruht, nicht zu vertreten.

b) Zwischenergebnis

Die Gegenleistungspflicht des K bleibt bestehen.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch ist nicht untergegangen.

III. Ergebnis

F hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB.

B. Transportkostenersatz F gegen K

F könnte gegen K einen Anspruch auf Ersatz der Transportkosten i.H.v. EUR 30,00 aus § 304 BGB haben.

I. Schuldverhältnis

Es müsste ein Schuldverhältnis vorliegen. Wie oben bereits geprüft, haben F und K einen Kaufvertrag geschlossen. Somit liegt ein Schuldverhältnis vor.

II. Vorliegen eines Annahmeverzugs, § 293 BGB

K müsste sich im Annahmeverzug befunden haben. Wie oben bereits geprüft, ist auch dies der Fall. Ein Annahmeverzug ist damit auch gegeben.

III. Aufwendungen

F müsste für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes Aufwendungen getätigt haben. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer. F hat das Transportunternehmen mit dem Rücktransport des nicht abgeholtten Fisch beauftragt. Aus logistischen Gründen konnte die Ware nicht im Ladenlokal verbleiben und musste in das Lager zurücktransportiert werden, um die Ware zu erhalten. Folglich hat F Aufwendungen zur Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes getätigt.

IV. Ergebnis

F hat einen Anspruch gegen K auf Ersatz der Transportkosten i.H.v. EUR 30,00 aus § 304 BGB.

15 Punkte

Anmerkungen

Der als gut bewerteten Klausur wurde attestiert, nahezu mustergültig zu sein. Kritikpunkte waren das fehlende Anprüfen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB sowie Unschärfen in der Subsumtion, da der Prüfungsmaßstab bei der Prüfung der Aufwendungen unklar ist. Es hätte zudem noch erwähnt werden können, wann und wie eine Gattungsschuld untergeht. Auch sind selten Definitionen als unvollständig angemerkt worden.

LL.B. - Klausur

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um eine Originalklausur, die im WS 2017/2018 im Rahmen des LL.B.-Studiengangs im IT-Recht und Recht des geistigen Eigentums an der Leibniz Universität Hannover gestellt wurde. Die Klausur lässt sich mit Grundkenntnissen im Datenschutzrecht und bei aufmerksamer Gesetzeslektüre ohne größere Schwierigkeiten lösen. Sachverhalt und Lösungsskizze sind im Wesentlichen angelehnt an das Urteil des OVG Lüneburg vom 7.9.2017 – 11 LC 59/16.

Das Verkehrsunternehmen Ü-AG erbringt als juristische Person des Privatrechts Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr in Hannover. In ihren Stadtbahnen betreibt sie feststehende Videokameras, mit denen durchgehend Bewegtbilder vom Fahrzeuginnenraum aufgezeichnet werden. Der Speicher befindet sich fest in den Fahrzeugen verbauten Aufzeichnungsgeräten und wird als Ringspeicher nach 24 Stunden neu beschrieben. Eine Übertragung, Beobachtung oder Auswertung der Bilder in Echtzeit findet nicht statt. Lediglich im konkreten Bedarfsfall werden die Datenträger vor der automatischen Löschung entnommen und ausgewertet (sog. Blackbox-Verfahren).

In allen Stadtbahnen finden sich Schilder, auf denen ausdrücklich auf die Videoüberwachung hingewiesen wird. Diese sind bereits beim Betreten der Stadtbahnen gut sichtbar.

Die Ü-AG setzt die Videokameras zeit- und linienunabhängig sowie unabhängig davon ein, ob es zuvor in den aufgezeichneten Bereichen zu Straftaten gekommen ist. Zweck des Einsatzes der Videokameras ist es, die Verfolgung von Straftaten gegen ihr Eigentum sowie gegen Fahrgäste zu erleichtern. Zudem ist die Ü-AG davon überzeugt, dass die Verwendung der Videokameras abschreckend wirkt und so neben der Aufklärung auch der Prävention von Straftaten dient. Im Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO hat die Ü-AG für die Verarbeitungstätigkeit „Video Stadtbahn“ als Zweck der Videoüberwachung „Vandalismusschäden und/oder Straftaten in den Fahrzeugen unter Beibringung von Beweismitteln zur Anzeige bringen zu können“ festgelegt.

Als die zuständige datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde vom Einsatz der Videokameras in den Stadtbahnen erfährt und den Sachverhalt prüft, kommt sie zu dem Ergebnis, dass durch die Erhebung und anschließende Speicherung der Bewegtbilder die Grundrechte der betroffenen Personen verletzt werden. Zur Begründung dieses Ergebnisses führt sie an, dass die Ü-AG unabhängig von Strecken, Tageszeiten und Fahrzeugbereichen permanent und lückenlos den Fahrgastraum ihrer Fahrzeuge überwache und dadurch erheblich in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Fahrgäste eingreife. Die Ü-AG hätte prüfen müssen, ob die Rechte der Betroffenen durch Einrichtung überwachungsfreier Zonen gewahrt werden könnten. Eine nach Zeit und Linien undifferenzierte, durchgehende Überwachung sei jedenfalls unzulässig. Dies gelte umso mehr als gemessen an der Zahl der täglich beförderten Fahrgäste die Anzahl der Straftaten sehr gering sei.

Des Weiteren moniert sie, dass die Überwachung durch eine Aufzeichnung im Black-Box-Verfahren nicht abschreckend wirke; dies könne nur durch eine direkte Bildübertragung (Kamera-Monitor-Prinzip) erreicht werden, bei dem die übermittelten Bilder sofort von Überwachungspersonal ausgewertet werden.

Ein von der Aufsichtsbehörde eingeleitetes formloses Prüfungsverfahren führt trotz mehrerer Gespräche und umfangreichem Schriftwechsel mit der Ü-AG nicht zu einem veränderten Gebrauch der Videokameras.

Aus diesem Grund verhängt die Aufsichtsbehörde gegenüber der Ü-AG gem. Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO ein vorübergehendes Verbot der Datenverarbeitung. Die Aufsichtsbehörde ordnet an, dass der Einsatz der Videokameras einzustellen sei und erst dann wieder aufgenommen werden dürfe, wenn die Ü-AG ein Konzept erarbeitet habe, das den differenzierten Einsatz von Videokameras unter Berücksichtigung der konkreten Gefahrenlage zeitlich und nach Linien gewährleistet oder alternativ nachweist, dass eine zeitlich und örtlich unbeschränkte Videoüberwachung erforderlich sei.

Die Ü-AG hält den Bescheid der Aufsichtsbehörde für nicht rechtmäßig. Eine Bildübertragung ohne Aufzeichnung würde sehr wohl potentielle Straftäter von der Begehung von Straftaten abhalten und diese dadurch verhindern. Die Bildaufzeichnung erhöhe sogar die Abschreckung, weil potentielle Täter damit rechnen müssten, dass die Aufzeichnung für ihre Identifizierung und als Beweismittel in einem Strafverfahren verwendet würde.

Hinzu komme, dass das Black-Box-Verfahren im Vergleich zum Kamera-Monitor-Prinzip eingriffsschonender sei.

Die Eingrenzung der Videoüberwachung auf bestimmte Linien oder Zeiten sei nicht möglich, weil sich die Straftaten weder auf bestimmte Linien noch auf Zeiträume eingrenzen ließen. Videoüberwachungssysteme mit individuell regelbaren Einstellungen seien weder am Markt verfügbar (was zutrifft) noch wären sie mit den Abläufen im öffentlichen Nahverkehr kompatibel. So würden viele Fahrzeuge nicht durchgehend auf derselben Strecke eingesetzt, sondern müssten auch kurzfristig, beispielsweise, wenn ein Fahrzeug ausfalle und ersetzt werden müsse, für den Betrieb auf anderen Strecken verfügbar sein (was ebenfalls zutrifft). Einer individuellen Steuerung und Schaltung von Videokameras würden hierdurch Grenzen gesetzt.

Darüber hinaus dürfe nicht vernachlässigt werden, dass der Einsatz der Videokameras nicht nur geschehe, um Vandalismusschäden aufzuklären und zu verhindern, sondern gleiches auch in Bezug auf tätliche Angriffe gegen Fahrgäste und Mitarbeitende gelte. In den Stadtbahnen würden schwere Straftaten wie Tötungsdelikte, Raub und Körperverletzung begangen. Der Schutz bedeutender Rechtsgüter dürfe bei der Interessenabwägung nicht vernachlässigt werden.

Die Eingriffsintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei zudem ohnehin nur gering, da die Bilder lediglich für 24 Stunden gespeichert, anschließend überschrieben würden und eine Auswertung der aufgezeichneten Bewegtbilder nur im konkreten Fall erfolge. Dafür spreche auch, dass die Beförderungsdauer im öffentlichen Nahverkehr relativ gering sei. Außerdem bestünden hinsichtlich der Auswertung gewisse Zugriffsbeschränkungen. Für diesen Zweck seien die Daten in einem gesonderten Raum, der nur von einem vorher schriftlich festgelegten Personenkreis betreten werden darf, auf einem nicht vernetzten Computer abgelegt. Des Weiteren müssten sich die Zugriffsberechtigten vor Aufruf der Daten am Computer mittels einer Eingabe von Benutzerkennung und Passwort legitimieren.

Aufgabe:

Gehen Sie davon aus, dass alle Behauptungen der Ü-AG stimmen.

Die Ü-AG bittet Sie um Klärung, ob die Anordnung der Einstellung der Videoüberwachung durch die Aufsichtsbehörde materiell rechtmäßig ist.

Normen des KUG sind bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen.

Gutachterliche Lösung

Lösungsvorschlag:¹

Die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung müsste gegeben sein. Dafür müssten zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO vorliegen.

Nach Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO verfügt jede Aufsichtsbehörde i.S.d. Art. 51 DSGVO über die Befugnis, eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, zu verhängen.

1. Verarbeitung personenbezogener Daten

Bei der Videoüberwachung in den Bahnen der der Ü-AG müsste es sich um eine Verarbeitung personenbezogener Daten handeln.

a) Personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO

Die Videoaufzeichnungen der Ü-AG müssten personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO darstellen. Personenbezogene Daten sind gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Na-

¹ Die Angaben in den Fußnoten zur zitierten Rechtsprechung beziehen sich zum Teil auf die Rechtslage vor der unmittelbaren Geltung der DSGVO zum 25.05.2018.

men, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, vgl. Art. 4 Nr. 1 Hs. 2 DSGVO.

Auf den Videoaufzeichnungen werden die Fahrgäste nicht unkenntlich gemacht; Gesichtszüge und andere körperliche Charakterzüge der Fahrgäste sind auf den Aufzeichnungen erkennbar. Nach Ansicht der Ü-AG sind diese Merkmale gerade erforderlich, um Straftaten im Nachhinein verfolgen zu können oder präventiv zu verhindern. Eine Identifizierung einzelner Personen ist daher Intention der Videoaufzeichnungen. Dem steht nicht entgegen, dass bei der Überwachung von öffentlich zugänglichen Räumen nur ein sehr geringer Teil der Aufnahmen tatsächlich zur Identifizierung genutzt wird. Vielmehr ist entscheidend, dass die Aufnahmen zur Identifizierung genutzt werden könnten, wenn die verantwortliche Stelle dies wollte.² Die Identifizierbarkeit der Person ist insoweit grds. ausreichend.

Die Videoaufzeichnungen stellen folglich personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO dar.

b) Verarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO

Weiterhin müssten diese personenbezogenen Daten durch die Ü-AG verarbeitet werden. Verarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO ist jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang

² OVG Lüneburg CR 2015, 39 (Rn. 33). Vgl. für das europäische Recht EuGH Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, CR 2015, 100 (Rn. 20ff.).

mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung. Durch die Videoaufzeichnungen werden personenbezogene Daten wie Gesichtszüge oder andere körperlichen Charaktereigenschaften einzelner individualisierbarer Personen aufgezeichnet, vgl. oben 1. a). Dies stellt ein Erheben personenbezogener Daten dar.

Die Aufnahmen sollen zur Verhinderung oder Aufklärung von Straftaten genutzt werden. Folglich liegt auch ein Verwenden personenbezogener Daten vor. Mit der Videoüberwachung ihrer Fahrzeuge, der vorübergehenden Aufzeichnung der Bewegtbilder aus dem Fahrgastinnenraum und der anlassbezogenen Auswertung der Aufzeichnungen erhebt, speichert und verwendet die Ü-AG personenbezogene Daten ihrer Fahrgäste i.S.v. Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO.

3. Verhängung eines vorübergehenden Verbots der Datenverarbeitung

Die Aufsichtsbehörde hat gem. Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO ein vorübergehendes Verbot der Datenverarbeitung verhängt (siehe Sachverhalt).

4. Verstöße bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Ü-AG

Aus den zugewiesenen Aufgaben in Art. 57 DSGVO ergibt sich, dass die Aufsichtsbehörden die Anwendung und Durchsetzung der DSGVO überwachen und durchsetzen müssen. Daher können die aufsichtsrechtlichen Befugnisse gegenüber einer verantwortlichen Stelle nur bei einem Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben geltend gemacht werden. Insofern war die Verhängung eines vorübergehenden Verbots der Datenverarbeitung gem. Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO nur dann rechtmäßig, sofern die Videoüberwachung einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben darstellt.

Die Ü-AG müsste also bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Videoaufzeichnung gegen die Vorschriften der DSGVO verstoßen haben. Nach dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist die Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten, es sei denn, die betroffene Person hat eingewilligt hat oder eine Rechtsvorschrift erlaubt die Verarbeitung, vgl. Art. 6 DSGVO.

Eine wirksame Einwilligung der durch die von der Videoüberwachung und -speicherung betroffenen Personen, die den Anforderungen der Art. 6 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Art. 7 DSGVO genügt, liegt nicht vor.

Die Videoüberwachung müsste daher durch eine Rechtsvorschrift erlaubt sein. Als Erlaubnisnorm kommen Art. 6 Abs. 1 lit. c) und e) DSGVO i.V.m. § 14 NDSG, Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO sowie § 4 BDSG in Betracht.

a) Ü-AG als öffentliche oder nicht-öffentliche Stelle

Welche Erlaubnisnorm einschlägig ist, hängt davon ab, ob die Ü-AG als öffentliche oder nicht öffentliche Stelle einzuordnen ist. Diese Einordnung ist umstritten.

aa) 1. Auffassung: Ü-AG als öffentliche Stelle

Die Ü-AG ist als Aktiengesellschaft eine juristische Person des Privatrechts und somit eine nicht-öffentliche Stelle. Nach Auffassung des VG Hannover³ stellt die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eine staatliche Aufgabe der Daseinsvorsorge dar. Die Ü-AG würde nach dieser Ansicht Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NDSG wahrnehmen. § 1 Abs. 1 S. 2 NDSG bestimmt, dass solche Personen öffentliche Stellen im Sinne des NDSG sind. Die Ü-AG würde nach Auffassung des VG Hannover damit in den sachlichen Anwendungsbereich des NDSG fallen.

³ VG Hannover, Urt. v. 10.02.2016 – 10 A 4379/15, BeckRS 2016, 43262 mit Bezug auf die Fassung des NDSG vom 29.01.2002 (Nds. GVBl. S. 22), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Dezember 2012 (Nds. GVBl. S. 589)

bb) 2. Auffassung: Ü-AG als nicht-öffentliche Stelle

Nach Ansicht des OVG Lüneburg⁴ ist die Sicherstellung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. § 1 Abs. 1 S. 2 NDSG beschreibt Fälle, in denen Private mit obrigkeitlichen Verwaltungskompetenzen oder schlicht-hoheitlichen Verwaltungsbefugnissen beliehen werden. Eine Beleihung der Ü-AG liegt nicht vor, weshalb die Ü-AG nach dieser Auffassung keine öffentliche Stelle i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. S. 2 NDSG ist.

cc) Stellungnahme

Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr ist zwar als Aufgabe der Daseinsvorsorge einzuordnen; diese obliegt allerdings in dem hier maßgeblichen Gebiet der Region Hannover. Sie ist gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) NNVG Trägerin des öffentlichen Personennahverkehrs für den gesamten öffentlichen Personennahverkehr in ihrem Gebiet (vgl. auch § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG). „Die Region Hannover erfüllt damit eine hoheitliche Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Von dieser Aufgabe, die sich auf den Sicherstellungsauftrag gemäß § 2 Abs. 2 NNVG beschränkt, zu trennen ist die tatsächliche Erbringung von Verkehrsleistungen durch eigenwirtschaftliche Unternehmen, wie sie § 8 Abs. 4 PBefG grundsätzlich vorschreibt, oder durch ein anderes Verkehrsunternehmen. Wird – wie hier – ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen mit der Durchführung der Verkehrsleistungen beauftragt, führt es lediglich die entsprechenden Leistungen im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs aus, ohne selbst hoheitliche Aufgaben wahrzunehmen. Die Verantwortung für die Gewährleistung des öffentlichen Nahverkehrs verbleibt bei der Aufgabenträgerin, hier der Region Hannover.“⁵ Die Betrauung der Ü-AG mit der Erbringung von Verkehrsleistungen vermittelt

dieser zudem keine Wahrnehmungszuständigkeit.

Der letztgenannten Auffassung ist somit zu folgen. Der Betrieb des Stadtbahnverkehrs ist nicht als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung einzustufen; die Ü-AG ist somit nicht als öffentliche Stelle einzuordnen.

b) Zwischenergebnis

Als Erlaubnisnorm für die Videoaufzeichnung scheiden Art. 6 Abs. 1 lit. c) und e) DSGVO i.V.m. § 14 NDSG aus. In Betracht kommen Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO und § 4 BDSG.⁶

c) Zulässigkeit nach § 4 BDSG

Für die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mittels optisch-elektronischer Einrichtungen (Videoüberwachung) enthält § 4 BDSG eine eigenständige Rechtsgrundlage.

Die Datenerhebung könnte nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 BDSG und die Aufzeichnung könnte nach § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG zulässig sein, was einen Verstoß ausschließen würde.

aa) Öffentlich zugängliche Räume

Entscheidend ist zunächst, ob die Räume entweder dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind⁷ oder nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten von einem offenen Personenkreis genutzt oder betreten werden

⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 4 BDSG eine spezielle Rechtsvorschrift geschaffen, die die Zulässigkeit von Videoüberwachungsanlagen regelt. Allerdings genießt die DSGVO gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht, da die DSGVO an dieser Stelle keine Konkretisierungsklausel für die nationalen Gesetzgeber vorsieht. Daher ist rechtlich umstritten, ob der deutsche Gesetzgeber überhaupt eine entsprechende Regelung zur Videoüberwachung erlassen durfte. Die Kenntnis dieser Problematik wurde bei der Klausurlösung nicht vorausgesetzt. Es war ausreichend, wenn die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO oder § 4 BDSG geprüft wurden. Da der deutsche Gesetzgeber eine spezielle Regelung für die Zulässigkeit von Videoüberwachungsanlagen getroffen hat, wurde für die weitere Klausurlösung auf § 4 BDSG abgestellt. Ein alternativer Lösungsvorschlag bei Prüfung des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO findet sich am Ende der Klausurlösung.

⁷ Vgl. *Hilpert*, Rechtsfragen des Videoeinsatzes unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, VDV-Mitteilungen 9044, 2009, S. 31.

⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 07.09.2017 – 11 LC 59/16, BeckRS 2017, 123619 mit Bezug auf das BDSG a.F.

⁵ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 24.

können⁸. Stadtbahnen sind dem öffentlichen Verkehr gewidmet. Die Beobachtung vollzieht sich in öffentlich zugänglichen Räumen.

bb) Beobachtung

Zudem müsste eine Beobachtung i.S.v. § 4 BDSG vorliegen. Erforderlich ist eine Sichtbarmachung von gewisser Dauer. Ob eine Aufnahme, Speicherung oder Übermittlung der Bilder erfolgt oder gewollt ist, ist nicht relevant.⁹ Hier werden die Stadtbahnen permanent gefilmt. Eine gewisse Dauer ist damit gegeben. Die Videoüberwachung erfüllt folglich das Merkmal des „Beobachtens“ im Sinne des § 4 BDSG.¹⁰

cc) Zweckbestimmung

Weiterhin müsste eine taugliche Zweckbestimmung vorliegen.

(1) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG: zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen

Die Aufzeichnungen könnten zunächst zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen erfolgen.

Der Rechtfertigungsgrund der „Aufgabenerfüllung“ stellt auf die durch Rechtsvorschrift erfolgte Aufgabenzuweisung an die öffentliche Verwaltung ab.¹¹ Die Ü-AG ist jedoch keine öffentliche Stelle und übernimmt keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, vgl. bereits oben.

Eine Zweckbestimmung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG kommt daher nicht in Betracht.

(2) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG: zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke

Die Aufzeichnungen könnten allerdings zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erfolgen. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG gilt nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers¹² nur für nicht-öffentliche Stellen. Wie oben bereits dargestellt, ist die Ü-AG eine nicht-öffentliche Stelle.

Zudem müsste ein berechtigtes Interesse vorliegen. Die Schwelle für ein berechtigtes Interesse im BDSG ist generell nicht sehr hoch, zumeist genügt bereits ein tatsächliches oder wirtschaftliches Interesse oder gar ein solches ideeller Art.¹³ Als Zweck, der ein berechtigtes Interesse begründet, sind die Verfolgung von Straftaten, die im Zusammenhang mit der Fahrgastbeförderung stehen, und die Sicherung von Beweismaterial zur Aufklärung der begangenen Straftaten anzuerkennen.¹⁴ Die Ü-AG hat in ihrem Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO für die Verarbeitungstätigkeiten „Video Stadtbahn“ als Zweck der Videoüberwachung festgelegt, „Vandalismusschäden und/oder Straftaten in den Fahrzeugen unter Beibringung von Beweismitteln zur Anzeige bringen zu können“. Mit erfasst davon ist der Zweck, zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen Straftäter, insbesondere im Fall der Verursachung von Vandalismusschäden, zu sichern. Die Bezeichnung der Zwecke erfolgte damit in einer Weise, die dem Konkretisierungsgebot genügt.

Es besteht ein berechtigtes Interesse der Ü-AG, die Störungen durch die Videoüberwachung aufzuklären und Beweise zu sichern

⁸ Königshofen, Neue datenschutzrechtliche Regelungen zur Videoüberwachung, RDV 2001, 220; Brenneisen/Staack, Die Videoüberwachung nach allgemeinem Polizeirecht, DuD 1999, 448.

⁹ Wedde in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, BDSG, § 4 Rn. 17.

¹⁰ OVG Lüneburg, Urt. v. 29.09.2014 - 11 LC 114/13, juris Rn. 41.

¹¹ Brink/Wilhelm in: Wolff/Brink, BDSG, 24. Aufl. 2018, § 4 Rn. 24.

¹² Zur Problematik der Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers vgl. bereits oben Fußnote 6 und Brink/Wilhelm in: Wolff/Brink, BDSG, § 4 Rn. 1.

¹³ Brink/Wilhelm in: Wolff/Brink, (Fn. 11) BDSG, § 4 Rn. 1 mit Verweis auf Schulz in: Gola/Schomerus, DS-GVO, Art. 6 Rn. 51.

¹⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 29.09.2014 - 11 LC 114/13, juris Rn. 52.

dd) Erforderlichkeit

Die Videoüberwachung müsste zudem auch erforderlich sein. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit darf kein gleich geeignetes, milderer Mittel vorhanden sein, um den Zweck zu erreichen.¹⁵

Zunächst muss der Zweck der Gefahrenabwehr berücksichtigt werden. Von der Gefahrenabwehr wird auch die Verhütung von Straftaten erfasst.¹⁶ Die Videoüberwachung dient dem Ziel, Störer und unerwünschte Personen wegen einer drohenden Überführung durch die Bildaufzeichnung vom Betreten der Fahrzeuge bzw. von der Begehung von Straftaten, dem Eingriff in Betriebsabläufe und der Belästigung von Fahrgästen abzuhalten.¹⁷

Als Argument gegen die Erforderlichkeit ließe sich anbringen, dass nicht nur eine zeitweise, sondern eine durchgängige Überwachung erfolgt, unabhängig von Strecken, Tageszeiten und Fahrzeugbereichen permanent und lückenlos im Fahrgastraum, obwohl nicht ständig Straftaten begangen werden. Zudem ließe sich argumentieren, dass dem Ziel einer erfolgreicherer Verhinderung und Verfolgung von Straftaten durch Einsatz von Sicherheitspersonal oder Beobachtung des Geschehens in Echtzeit über eine Monitorlösung und interventionsbereites Personal besser Rechnung getragen werden. Folgt man dieser Argumentation, so bedarf es gerade keiner Aufzeichnungsfunktion, wenn ausschließlich präventive Zwecke mit der Überwachung verfolgt werden.

Für die Erforderlichkeit spricht hingegen die Vielzahl von Störfällen, die sich verteilt auf viele Stadtbahnlinien an unterschiedlichen Wochentagen und zu allen Tages- und Nachtzeiten ereignen.¹⁸ Da Störungen während des Betriebs der Fahrzeuge der Ü-AG zu allen Tages- und Nachtzeiten und auch überall im Streckengebiet auftreten, scheidet eine Begrenzung der Überwachung auf bestimmte Zeiten am Tag und/oder auf bestimmte Strecken als milderer Mittel aus. Eine solche Beschränkung wäre zudem nach dem Vortrag

der Ü-AG technisch und organisatorisch nicht oder nur mit einem unzumutbaren wirtschaftlichen Aufwand umzusetzen.

Videoüberwachungssysteme mit individuell regelbaren Kameraeinstellungen sind nach dem Vortrag der Ü-AG am Markt nicht verfügbar.¹⁹ Außerdem werden viele Fahrzeuge nicht durchgehend auf derselben Strecke eingesetzt, sondern müssen auch kurzfristig, beispielsweise, wenn ein Fahrzeug ausfällt und ersetzt werden muss, für den Betrieb auf anderen Strecken verfügbar sein.²⁰ Einer individuellen Steuerung und Schaltung von Videokameras sind also Grenzen gesetzt.²¹

Angesichts der zum Teil gravierenden Verletzungen des Schutzgutes Eigentum der Ü-AG und der von den festgelegten Zwecken mitumfassten Schutzgüter Leib und Leben der Fahrgäste und der Beschäftigten der Ü-AG scheidet eine Betrachtung, bei der ausschließlich auf die Zahl der Vorfälle pro Tag oder auf die Häufigkeit der Vorfälle im Verhältnis zur Zahl der beförderten Fahrgäste abgestellt wird, aus.²²

Die Bildaufzeichnung erhöht die Effektivität der Abschreckung, weil der potentielle Täter damit rechnen muss, dass seine Tat aufgezeichnet wird und die Aufzeichnung nicht nur für seine Identifizierung, sondern auch als Beweismittel in einem Strafverfahren zur Verfügung stehen wird.²³

Im Ergebnis sprechen damit die besseren Argumente für die Erforderlichkeit der Videoaufzeichnungen.

Hinweis: Je nach Argumentation ist die Ablehnung der Erforderlichkeit u.U. vertretbar, die besseren Argumente sprechen jedoch für die Erforderlichkeit. Aus klausurtaktischen Gründen sollten Bearbeiter die Erforderlichkeit ohnehin möglichst bejahen oder, falls sie dies nicht für möglich halten, mit Blick auf die folgende Interessenabwägung i.E. offen lassen.

¹⁵ Frenzel in: Paal/Pauly, BDSG, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 18.

¹⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 35.

¹⁷ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 6.

¹⁸ Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 30.

¹⁹ Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 34.

²⁰ Ebenda.

²¹ Ebenda.

²² OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 33.

²³ BVerwGE 141, 329; OVG Lüneburg Urt. v. 29.09.2014, juris Rn. 48; darauf Bezug nehmend OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 36.

ee) Interessenabwägung

Weiterhin dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Die Interessenprüfung gemäß § 4 Abs. 1 und Abs. 3 BDSG „erfordert eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte umfassende Abwägung zwischen den durch die Zwecke der Videoüberwachung bestimmten grundrechtlich geschützten Positionen der Anwender von Videotechnik und den Interessen derjenigen, die Objekt der Videoüberwachung und Speicherung der Bilddaten sind. Bei der Abwägung sind auf Seiten der verantwortlichen Stelle insbesondere die Zwecksetzung der Videoüberwachung zu beachten, während auf Seiten der von der Überwachung betroffenen Personen in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung, des Rechtes am eigenen Bild sowie des Schutzes der Privatsphäre von Bedeutung ist. Der Frage der Eingriffsintensität kommt eine entscheidende Bedeutung zu. Das Gewicht des Eingriffs wird maßgeblich durch Art und Umfang der erfassten Informationen, durch Anlass und Umstände der Erhebung, den betroffenen Personenkreis und die Art und den Umfang der Verwertung der erhobenen Daten bestimmt.“²⁴

Bei der Rechtsgüterabwägung muss die gesetzliche Wertung des § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Abs. 3 S. 2 BDSG beachtet werden. Nach der normativen Gewichtungsvorgabe zugunsten der Zulässigkeit einer Videoüberwachung gilt der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von dort aufhältigen Personen als ein besonders wichtiges Interesse, wenn die Überwachung in Fahrzeugen und öffentlich zugänglichen großflächigen Einrichtungen des öffentlichen Schienen-, Schiffs- und Busverkehrs stattfindet. Für das Interesse der Ü-AG ist zudem noch von Gewicht, dass die Videoüberwachung präventiv dazu beitragen kann, die Sicherheit der Bevölkerung zu erhöhen, indem potentielle Täter etwa bei der Erkundung von Örtlichkeiten im Vorfeld oder unmittelbar vor einer

Tatbegehung erkannt werden und dadurch die Tatbegehung vereitelt werden kann.²⁵ Darüber hinaus soll eine verstärkte Videoüberwachung die repressive Ermittlungstätigkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft unterstützen.²⁶ Setzt der Betreiber eine Videoüberwachung in den Stadtbahnen ein und werden hierdurch die Schutzgüter Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen betroffen, wird die Abwägungsentscheidung nach der Gesetzesbegründung zugunsten der Zulässigkeit des Einsatzes einer Videoüberwachungsmaßnahme geprägt.²⁷

Die Videoüberwachung in den Schienenfahrzeugen der Ü-AG soll auch dem Schutz von Leben, Gesundheit und Freiheit ihrer Fahrgäste dienen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass in der Bevölkerung bei der Benutzung der Stadtbahnen ein Sicherheitsbedürfnis besteht, dem durch den Einsatz der hier maßgeblichen Sicherheitstechnologie Rechnung getragen werden kann.²⁸ Es liegt somit ein besonders wichtiges Interesse vor, das die Ü-AG als verantwortliche Stelle für die Überwachungsmaßnahmen wahrnehmen darf. Daneben kann sich die Ü-AG auch darauf berufen, durch die Videoüberwachung ihr Eigentum und das Dritter vor Straftaten zu schützen und Beweise zu sichern sowie ein (subjektives) Sicherheitsbedürfnis ihrer Fahrgäste befriedigen zu wollen.²⁹ Die Videoüberwachung der Ü-AG bezweckt die Gefahrenabwehr und den Schutz von Leben, Körper und Gesundheit von Fahrgästen und Mitarbeitenden.

Auf der anderen Seite sind die Interessen der durch die Videoüberwachung betroffenen Personen zu berücksichtigen. Hier kommt insbesondere der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in Gestalt eines latenten Überwachungsdrucks in Betracht. Die aufgenommenen Personen könnten sich beeinträchtigt und derart eingeschränkt fühlen, dass sie bei Kenntnis der Überwachung ihr Verhalten anpassen, um auf den Aufzeichnungen nicht unan-

²⁵ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 40.

²⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 40.

²⁷ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 40.

²⁸ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 41.

²⁹ Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 41.

²⁴ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 39.

genehm aufzufallen. Zudem geht mit jedweder Überwachung durch Bewegtbildaufzeichnungen eine nicht zu unterschätzende Informationsdichte einher. Denn auch durch die vorliegende Form der Videoüberwachung wird dokumentiert und für einen gewissen Zeitraum festgehalten, wann eine Person zu welcher Zeit an dem besagten Ort war und in wessen Begleitung sie sich dabei befunden hat. Ferner können aufgrund von Körperhaltung, Gang, Gesichtsausdruck und sonstiger Anhaltspunkte Rückschlüsse auf den emotionalen oder physischen Zustand der betroffenen Person gezogen werden. Auch die Kleidung oder mitgeführte Gegenstände lassen weitere Rückschlüsse etwa auf Vermögensverhältnisse oder Tätigkeiten der Personen zu. Die Intensität der Beeinträchtigung darf nicht unterbewertet werden. Die Überwachung betrifft auch „Unbeteiligte“, die nicht Täter oder Opfer von Straftaten sind. Weiterhin ist der betroffene Personenkreis recht groß und es sind nicht bloß Einzelpersonen von der Überwachung betroffen.

Für eine geringe Eingriffsintensität spricht wiederum, dass das Bildmaterial ungesehen lediglich für 24 Stunden gespeichert wird und für den Einzelfall einer Auswertung der Datenträger Zugriffsbeschränkungen bestehen.³⁰ Die Daten werden auf in den Fahrzeugen fest verbauten Geräten abgelegt.³¹ Diese sind nur einem vorher schriftlich festgelegten Personenkreis zugänglich und das Gerät ist nicht an ein Netzwerk angebunden. „Die Zugriffsberechtigten müssen sich bei Aufruf der Daten am Aufzeichnungsgerät mittels einer Eingabe von Benutzerkennung und Passwort legitimieren. Gegenüber einem Monitoring-Verfahren, bei dem die übermittelten Bilder von Überwachungspersonen sofort ausgewertet werden können, ist das Black-Box-Verfahren zudem eingriffsschonender. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Beförderungsdauer im öffentlichen Nahverkehr relativ kurz ist, so dass die Überwachung regelmäßig nicht über einen längeren Zeitraum stattfindet.“³² Die Belange der Betroffenen werden durch die Überwachungsmaßnahmen

möglichst gering belastet. Daran gemessen fällt hier die Abwägung zugunsten der Zulässigkeit der Überwachungsmaßnahmen aus.

ff) Pflicht zur Kenntlichmachung

Zudem müsste die Ü-AG die Pflicht zur Kenntlichmachung der Überwachungsmaßnahme nach § 4 Abs. 2 BDSG eingehalten haben.

Hinweis: Es ist zu berücksichtigen, dass § 4 Abs. 2 BDSG bisher nicht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Videoüberwachung aufgefasst wurde, sondern als Ordnungsvorschrift. Inwiefern sich dies unter der DSGVO ändert, bleibt abzuwarten.³³

Nach § 4 Abs. 2 BDSG sind der Umstand der Beobachtung und der Name sowie die Kontaktdaten des Verantwortlichen durch geeignete Maßnahmen zum frühestmöglichen Zeitpunkt erkennbar zu machen. Ein Hinweis hat bereits zu erfolgen, bevor man der Überwachung ausgesetzt ist.³⁴

In allen Stadtbahnen finden sich Schilder, auf denen ausdrücklich auf die Videoüberwachung hingewiesen wird. Diese sind bereits beim Betreten der Stadtbahnen gut sichtbar.

Die Ü-AG ist folglich den Anforderungen des § 4 Abs. 2 BDSG nach Kenntlichmachung der Beobachtung und der verantwortlichen Stelle nachgekommen.

gg) Unverzügliche Löschung

Die Ü-AG müsste die Daten zudem unverzüglich nach Zweckerreichung löschen. Nach § 4 Abs. 5 BDSG sind die Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Der Speicher befindet sich in fest in den Fahrzeugen verbauten Aufzeichnungsgeräten und wird als Ringspeicher

³⁰ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 42.

³¹ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 42.

³² OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 42.

³³ Onstein in: Auernhammer, BDSG, 6. Aufl. 2018, § 4 Rn. 59.

³⁴ Frenzel in: Paal/Pauly, (Fn. 15) BDSG, § 4 Rn. 27.

nach 24 Stunden neu beschrieben. Eine Übertragung, Beobachtung oder Auswertung der Bilder in Echtzeit findet nicht statt. Lediglich im konkreten Bedarfsfall werden die Datenträger vor der automatischen Löschung entnommen und ausgewertet (sog. Black-box-Verfahren). Sofern kein Straftatbestand festgestellt wurde, wird der Ringspeicher nach 24 Stunden neu überschrieben. Eine unverzügliche Löschung nach § 4 Abs. 5 BDSG liegt damit vor.

c) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 4 BDSG liegen folglich insgesamt vor. Die Ü-AG nimmt daher die Videoüberwachung ihrer Stadtbahnen in Einklang mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben vor. Die Videoüberwachung in den Stadtbahnen der Ü-AG ist somit datenschutzrechtlich zulässig.

5. Ergebnis

Mangels festgestellter Verstöße bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Ü-AG fehlt es an den tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm von Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO.

Auf Fragen der richtigen Ermessensausübung seitens der Aufsichtsbehörde kommt es daher nicht entscheidungserheblich an.

Die Aufsichtsbehörde hätte die Maßnahme nicht gem. Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO anordnen dürfen. Die Anordnung der Einstellung der Videoüberwachung durch die Aufsichtsbehörde ist somit materiell nicht rechtmäßig.

- Alternative zur Prüfung des § 4 BDSG -

Hinweis: Eine Prüfung der Zulässigkeit der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO ist ebenfalls möglich, vgl. bereits Anmerkung oben unter 4b. Es ist davon auszugehen, dass nur gute Bearbeiterinnen und Bearbeiter die Problematik der (möglicherweise fehlenden) Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers erkennen.

c) Anwendungsvorrang des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO

Im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 lit. c) und e) DSGVO enthält Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO keine Öffnungsklausel zugunsten des Rechts der Mitgliedstaaten. Die Verordnung genießt gem. Art. 4 Abs. 3 EUV Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht.³⁵ Mangels Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers³⁶ ist somit nicht § 4 BDSG, sondern Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO für die Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Videoüberwachung durch die Ü-AG heranzuziehen.

d) Zulässigkeit der Videoüberwachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO

Eine Datenverarbeitung ist gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO rechtmäßig, wenn die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

aa) Wahrung berechtigter Interessen

Die Aufzeichnungen könnten zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erfolgen. Dies ist rein normativ zu entscheiden.³⁷ Die Schwelle für ein berechtigtes Interesse ist generell nicht sehr hoch, es genügen rechtliche, wirtschaftliche und ideelle Interessen.³⁸ Die Ü-AG hat in ihrem Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO für die Verarbeitungstätigkeiten „Video Stadtbahn“ als Zweck der Videoüberwachung festgelegt, „Vandalismusschäden und/oder Straftaten in den Fahrzeugen unter Beibringung von Beweismitteln zur Anzeige bringen zu können“. Mit erfasst davon ist der Zweck, zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen Straftäter, insbesondere im Fall der Verursachung von Vandalismusschäden, zu sichern. Sowohl die Ver-

³⁵ Brink/Wilhelm in: Wolff/Brink, (Fn. 11) BDSG, § 4 Rn. 1.

³⁶ Frenzel in: Paal/Pauly, (Fn. 15) BDSG, § 4 Rn. 5, 6.

³⁷ Albers/Veit in: Wolff/Brink, (Fn. 11) DSGVO, Art. 6 Rn. 49.

³⁸ Albers/Veit in: Wolff/Brink, (Fn. 11) DSGVO, Art. 6 Rn. 49.

folgung von Straftaten, die im Zusammenhang mit der Fahrgastbeförderung stehen als auch die Sicherung von Beweismaterial zur Aufklärung der begangenen Straftaten sind als Zweck, der ein berechtigtes Interesse begründet, anzuerkennen.³⁹

Es besteht ein berechtigtes Interesse der Ü-AG.

bb) Erforderlichkeit

Die Videoüberwachung müsste zudem auch erforderlich sein. Dieses Kriterium ist nicht als Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu interpretieren⁴⁰, sondern dient lediglich als Ausdruck dafür, dass der Zweck nicht ausdrücklich festgelegt werden muss, sondern aus dem Kontext der bestimmten Aufgabe hergeleitet werden kann.⁴¹

Die Videoüberwachung dient der Gefahrenabwehr, die auch die Verhütung von Straftaten umfasst. Störer und unerwünschte Personen sollen wegen einer drohenden Überführung durch die Bildaufzeichnung vom Betreten der Fahrzeuge bzw. von der Begehung von Straftaten, dem Eingriff in Betriebsabläufe und der Belästigung von Fahrgästen abgehalten werden.⁴² Die Bildaufzeichnung erhöht die Effektivität der Abschreckung, weil der potentielle Täter damit rechnen muss, dass seine Tat aufgezeichnet wird und die Aufzeichnung nicht nur für seine Identifizierung, sondern auch als Beweismittel in einem Strafverfahren zur Verfügung stehen wird.⁴³

cc) Interessenabwägung

Weiterhin dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

Der vom Datenverarbeiter verfolgte Zweck muss der Art, dem Inhalt sowie der Aussagekraft der Daten

gegenübergestellt werden.⁴⁴ Als Abwägungskriterien sind etwa vernünftige Erwartungshaltungen der betroffenen Person, Gewichtung der Interessen des Verarbeiters und die Intensität der Einschränkung von Interessen und Grundrechten des Betroffenen zu nennen.⁴⁵

Im Folgenden sind die Zwecke der Videoüberwachung und die grundrechtlich geschützten Positionen der Anwender von Videotechnik mit den Interessen derjenigen, die Objekt der Videoüberwachung und Speicherung der Bilddaten sind, umfassend abzuwägen. Hierbei ist „auf Seiten des Verantwortlichen insbesondere die Zwecksetzung der Videoüberwachung zu beachten, während auf Seiten der von der Überwachung betroffenen Personen in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht der informationellen Selbstbestimmung, des Rechtes am eigenen Bild sowie des Schutzes der Privatsphäre von Bedeutung ist.“⁴⁶

„Das Gewicht des Eingriffs wird maßgeblich durch Art und Umfang der erfassten Informationen, durch Anlass und Umstände der Erhebung, den betroffenen Personenkreis und die Art und den Umfang der Verwertung der erhobenen Daten bestimmt.“⁴⁷

Für das Interesse der Ü-AG ist zudem noch von Gewicht, dass die Videoüberwachung präventiv dazu beitragen kann, die Sicherheit der Bevölkerung zu erhöhen, indem potentielle Täter etwa bei der Erkundung von Örtlichkeiten im Vorfeld oder unmittelbar vor einer Tatbegehung erkannt werden und dadurch die Tatbegehung vereitelt werden kann.⁴⁸ Des Weiteren dient die verstärkte Videoüberwachung der Unterstützung der repressiven Ermittlungstätigkeit von Polizei und Staatsanwaltschaft.⁴⁹ Darüber hin-

³⁹ OVG Lüneburg Urt. v. 29.09.2014, juris Rn. 52; darauf Bezug nehmend OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 29.

⁴⁰ Albers/Veit in: Wolff/Brink, (Fn. 11) DSGVO, Art. 6 Rn. 50; kritisch: Frenzel in: Paal/Pauly, (Fn. 15) DSGVO, Art. 6 Rn. 29.

⁴¹ Frenzel in: Paal/Pauly, (Fn. 15) DSGVO, Art. 6 Rn. 41.

⁴² OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 35.

⁴³ BVerwGE 141, 329; OVG Lüneburg Urt. v. 29.09.2014, juris Rn. 48; darauf Bezug nehmend OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 36.

⁴⁴ Albers/Veit in: Wolff/Brink, (Fn. 11) DSGVO, Art. 6 Rn. 53.

⁴⁵ Albers/Veit in: Wolff/Brink, (Fn. 11) DSGVO, Art. 6 Rn. 53.

⁴⁶ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 39.

⁴⁷ OVG Lüneburg, Urt. v. 29.09.2014, juris Rn. 63; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.4.2017, juris Rn. 32; darauf Bezug nehmend OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 39.

⁴⁸ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 40.

⁴⁹ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 40.

aus schützt sie Leben, Gesundheit und Freiheit ihrer Fahrgäste. In der Bevölkerung besteht bei der Benutzung von Stadtbahnen ein Sicherheitsbedürfnis, dem durch den Einsatz der hier maßgeblichen Sicherheitstechnologie Rechnung getragen werden kann.⁵⁰ Es liegt somit ein besonders wichtiges Interesse vor, das die Ü-AG als verantwortliche Stelle für die Überwachungsmaßnahmen wahrnehmen darf.

Zudem kann sich die Ü-AG auch darauf berufen, durch die Videoüberwachung ihr Eigentum und das Dritter vor Straftaten zu schützen und Beweise zu sichern sowie ein (subjektives) Sicherheitsbedürfnis ihrer Fahrgäste befriedigen zu wollen.⁵¹

Auf der anderen Seite sind die Interessen der durch die Videoüberwachung betroffenen Personen zu berücksichtigen. Hier kommt insbesondere der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in Gestalt eines latenten Überwachungsdrucks in Betracht. Die aufgenommenen Personen könnten sich beeinträchtigt und derart eingeschränkt fühlen, dass sie bei Kenntnis der Überwachung ihr Verhalten anpassen, um auf den Aufzeichnungen nicht unangenehm aufzufallen. Zudem geht mit jedweder Überwachung durch Bewegtbildaufzeichnungen eine nicht zu unterschätzende Informationsdichte einher. Denn auch durch die vorliegende Form der Videoüberwachung wird dokumentiert und für einen gewissen Zeitraum festgehalten, wann eine Person zu welcher Zeit an dem besagten Ort war und in wessen Begleitung sie sich dabei befunden hat. Ferner können aufgrund von Körperhaltung, Gang, Gesichtsausdruck und sonstiger Anhaltspunkte Rückschlüsse auf den emotionalen oder auch physischen Zustand der betroffenen Person gezogen werden. Die Kleidung oder mitgeführte Gegenstände lassen weitere Rückschlüsse etwa auf Vermögensverhältnisse oder Tätigkeiten der Personen zu. Die Intensität der Beeinträchtigung darf nicht unterbewertet werden. Die Überwachung betrifft auch „Unbeteiligte“, die nicht Täter oder Opfer von Straftaten sind. Weiterhin ist der betroffene

Personenkreis recht groß und es sind nicht bloß Einzelpersonen von der Überwachung betroffen.

Für eine geringe Eingriffsintensität spricht wiederum, dass das Bildmaterial ungesehen lediglich für 24 Stunden gespeichert wird und für den Einzelfall einer Auswertung der Datenträger Zugriffsbeschränkungen bestehen.⁵² Die Daten werden auf in den Fahrzeugen fest verbauten Geräten abgelegt.⁵³ Diese sind nur einem vorher schriftlich festgelegten Personenkreis zugänglich und das Gerät ist nicht an ein Netzwerk angebunden. Die Zugriffsberechtigten müssen sich bei Aufruf der Daten am Aufzeichnungsgerät mittels einer Eingabe von Benutzerkennung und Passwort legitimieren.⁵⁴ Gegenüber einem Monitoring-Verfahren, bei dem die übermittelten Bilder von Überwachungspersonen sofort ausgewertet werden können, ist das Black-Box-Verfahren des Weiteren eingriffsschonender.⁵⁵ Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Beförderungsdauer im öffentlichen Nahverkehr relativ gering ist; die Überwachung findet regelmäßig nicht über einen längeren Zeitraum statt.⁵⁶ Die Belange der Betroffenen werden durch die Überwachungsmaßnahmen möglichst gering belastet. Die Eingriffsintensität der Videoüberwachung ist vorliegend vergleichsweise gering. Daran gemessen fällt hier die Abwägung zugunsten der Zulässigkeit der Überwachungsmaßnahmen aus.

e) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO) liegen folglich insgesamt vor. Die Ü-AG nimmt daher die Videoüberwachung ihrer Stadtbahnen in Einklang mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben vor. Die Videoüberwachung in den Stadtbahnen der Ü-AG ist somit datenschutzrechtlich zulässig.

⁵⁰ OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 41.

⁵¹ Vgl. OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 41.

⁵² OVG Lüneburg, BeckRS 2017, 123619, Rn. 42.

⁵³ Ebenda.

⁵⁴ Ebenda.

⁵⁵ Ebenda.

⁵⁶ Ebenda.

5. Ergebnis

Mangels festgestellter Verstöße bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Ü-AG fehlt es an den tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm von Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO.

Auf Fragen der richtigen Ermessensausübung seitens der Aufsichtsbehörde kommt es daher nicht entscheidungserheblich an.

Die Aufsichtsbehörde hätte die Maßnahme nicht gem. Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO anordnen dürfen. Die Anordnung der Einstellung der Videoüberwachung durch die Aufsichtsbehörde ist somit materiell nicht rechtmäßig.

Verfassungsrecht I

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um eine Originalklausur, die im WS 2015/2016 im Rahmen der Veranstaltung Verfassungsrechts I (Staatsorganisationsrecht) geschrieben worden ist. Herzlicher Dank gebührt Professor Dr. Hermann Butzer, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat. Bearbeiter der Klausur ist stud. iur. Felix Lücke, die Arbeit ist mit insgesamt 16 Punkten bewertet worden.

1. Aufgabe

Nach den Ereignissen in Köln während der Silvesternacht 2015/2016 hat der Bundestag auf eine Gesetzesinitiative der Bundesregierung hin mit Mehrheit eine Verschärfung des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) beschlossen. In Vorbereitung der Bundesratssitzung beschließt das thüringische Landeskabinett in einer Kampfabstimmung, das Änderungsgesetz, bei dem es sich um ein Einspruchsgesetz handelt, im Bundesrat nicht zu behindern. Es weist seine vier Bundesratsvertreter an, sich entsprechend zu verhalten. In der Bundesratssitzung selbst beantragen die Vertreter des Landes Niedersachsen die Anrufung des Vermittlungsausschusses. Das sehen die Vertreter Thüringens, die allesamt die geschilderte Verschärfung des Aufenthaltsgesetzes ablehnen, aber in der Abstimmung ihres Landeskabinetts unterlegen waren, als günstige Gelegenheit: Sie stimmen in Abwesenheit von Ministerpräsident R einheitlich für den Antrag Niedersachsens; daraufhin wird dieser Antrag mit 36:33 Stimmen angenommen.

Der Vermittlungsausschuss stellt allerdings fest, er sei, weil die vier Vertreter Thüringens weisungswidrig gehandelt hätten, wegen fehlender Beschlussmehrheit nicht wirksam angerufen worden und befasst sich nicht mit der Gesetzesänderung. Nachdem die Frist des Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG abgelaufen ist, leitet der Bundeskanzler daraufhin den Gesetzentwurf nach Gegenzeichnung dem Bundespräsidenten zu. Den Bundesratsmitgliedern – so die Ansicht der Bundesregierung – könne man schon nicht Weisungen erteilen, erst recht aber seien weisungswidrig abgegebene Stimmen nicht ungültig. Der Bundespräsident weigert sich jedoch, das Gesetz auszufertigen und zu verkünden: Die Voraussetzungen von Art. 78 GG lägen nicht vor, weil sich der seines Erachtens wirksam angerufene Vermittlungsausschuss mit der Gesetzesänderung inhaltlich hätte beschäftigen müssen.

1. War der Bundespräsident berechtigt, die Ausfertigung zu verweigern?
2. Die Bundesregierung hält die Ausfertigungsverweigerung des Bundespräsidenten für verfassungswidrig. Wäre ein von ihr betriebenes bundesverfassungsgerichtliches Verfahren gegen den Bundespräsidenten in dieser Sache zulässig?

Bitte beziehen Sie bei 1. in Ihre Prüfung alle Rechtsfragen ein, die der Sachverhalt aufwirft.
Empfohlene Bearbeitungszeit: ca. 80 Minuten

2. Aufgabe

Bitte bearbeiten Sie ferner zwei der folgenden drei Aufgaben:

a) Beschreiben Sie das Mehrheits- und das Verhältniswahlssystem unter besonderer Betonung der Unterschiede. Nennen Sie Vor- und Nachteile des jeweiligen Systems!

b) Was versteht man unter „unechter Vertrauensfrage“? Wie ist die Position des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung von Vertrauensfragen?

c) Nennen Sie bitte Unterfälle der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen und grenzen Sie diese – einschlägige Normen heranziehend – voneinander ab!

Empfohlene Bearbeitungszeit: ca. 40 Minuten

Gutachterliche Lösung

1. Aufgabe

Frage 1: Fraglich ist, ob der Bundespräsident berechtigt war, die Ausfertigung des Aufenthaltsgesetzes zu verweigern.

I. Formelles Ausfertigungsverweigerungsrecht

Der Bundespräsident könnte zunächst durch ein sog. formelles Ausfertigungsverweigerungsrecht bzw. Prüfungsrecht die Möglichkeit haben, die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu überprüfen und ggf. die Ausfertigung zu verweigern. Fraglich ist, ob ihm ein solches Recht überhaupt zusteht.

Ein formelles Ausfertigungsverweigerungsrecht ergibt sich unstreitig aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG, wonach der Bundespräsident nur die nach den Vorschriften des Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze auszufertigen hat. Ein weiteres Argument für dieses Recht des Bundespräsidenten bietet auch der Amtseid des Bundespräsidenten gem. Art. 56 S. 1 GG, nach dem der Bundespräsident das Grundgesetz zu wahren und zu verteidigen hat. Folglich steht dem Bundespräsidenten ein formelles Ausfertigungsverweigerungsrecht zu.

II. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Damit der Bundespräsident die Ausfertigung des Aufenthaltsgesetzes auch entsprechend seines Rechts verweigern durfte, müsste selbiges Gesetz auch formell verfassungswidrig sein.

1. Zuständigkeit

Der Bund müsste für das Aufenthaltsgesetz zuständig gewesen sein.

Grundsätzlich sind für die Gesetzgebung gem. Art. 70 Abs. 1 GG die Länder zuständig, soweit nicht das Grundgesetz etwas anderes festlegt. Gem. Art. 71, 73 Abs. 1 GG könnte der Bund jedoch vom Grundgesetz die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz erhalten haben. Im Katalog des Art. 73 Abs. 1 GG findet sich jedoch keine entsprechende Kompetenz des Bundes. Der Bund könnte jedoch auch im Zuge der konkurrierenden Gesetzgebung aus Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 GG die entsprechende Kompetenz innehaben. Hier hätten die Länder solange und soweit die Gesetzgebungskompetenz, wie der Bund nicht von seiner Zuständigkeit Gebrauch macht. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG besitzt der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer. Aufgrund von Art. 72 Abs. 2 GG muss der Bund jedoch u.a. auf diesem Gebiet die besondere Bedürf-

tigkeit, sog. Bedarfskompetenz, einer bundeseinheitlichen Regelung darlegen. Aufgrund fehlender anderslautender Hinweise ist jedoch davon auszugehen, dass dieser Nachweis erbracht worden ist. Somit besaß der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Aufenthaltsgesetz.

2. Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetz müsste in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen sein.

a) Einleitungsverfahren, Art. 76 GG

Der Gesetzesentwurf zum Änderungsgesetz müsste entsprechend des Art. 76 GG eingebracht worden sein. Nach Art. 76 Abs. 1 GG können Gesetzesvorlagen beim Bundestage durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden. Vorliegend hat die Bundesregierung ihr Initiativrecht ergriffen. Die Gesetzesvorlage wurde auch gem. Art. 76 Abs. 2 S. 1 GG dem Bundesrat zugeleitet. Ein ordnungsgemäßes Einleitungsverfahren liegt vor.

b) Hauptverfahren

Das Gesetz müsste gem. Art. 77 GG ordnungsgemäß beschlossen worden sein. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Bundestag das Gesetz mit Mehrheit gem. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG beschlossen hat, Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG. Da es sich um ein Einspruchsgesetz handelt, hat der Bundesrat die Möglichkeit, bei Missfallen des Bundestagsbeschlusses den Vermittlungsausschuss gem. Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG einzuberufen. Dafür ist ein entsprechender Bundesratsbeschluss erforderlich. Fraglich ist insoweit, ob die Abstimmung des Landes Thüringen ordnungsgemäß stattgefunden hat. Die vier Entsandten hatten weisungswidrig für die Anrufung des Vermittlungsausschusses gestimmt. Problematisch ist an dieser Stelle die Frage, ob die Bundesratsmitglieder an Weisungen gebunden sind oder völlig unabhängig abstimmen dürfen. Darüber herrscht Uneinigkeit.

aa) Eine Ansicht

Einer Ansicht zufolge sind Bundesratsmitglieder voll-

ständig an Weisungen gebunden. Dies ergebe sich insbesondere aus einem *argumentum e contrario* zu Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG, wonach gerade die vom Bundesrat entsandten Mitglieder für den Vermittlungsausschuss nicht an Weisungen gebunden sind. Hiernach wäre die Abstimmung des Landes Thüringen ungültig, weil weisungswidrig.

bb) Eine andere Ansicht

Der Gegenansicht zufolge sind Bundesratsmitglieder zwar an Weisungen gebunden, *argumentum e contrario* zu Art. 77 Abs. 2 S. 3 GG. Eine weisungswidrige Abstimmung führe aber gleichwohl nicht zu einer Ungültigkeit der Stimmabgabe, insbesondere weil die Entsandten nur politisch gebunden seien und gem. Art. 51 Abs. 1 GG auch jederzeit abberufen werden könnten. Hiernach wäre die Abstimmung im Bundesrat gültig.

cc) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Deshalb ist Stellung zu beziehen. In der Summe spricht für die Ansicht, dass die Abstimmung trotz Weisungswidrigkeit gültig sei, dass die Entsandten gem. Art. 51 Abs. 1 GG jederzeit abberufen werden können. Ihrer politischen Bindung an die Weisung kann Rechnung getragen werden, indem die Entsandten wegen politischen Fehlverhaltens sofort von ihren Aufgaben entbunden werden könnten. Der zweitgenannten Ansicht ist somit zu folgen.

Das Hauptverfahren im Bundesrat ist ordnungsgemäß verlaufen, der Vermittlungsausschuss müsste nun inhaltlich tätig werden.

c) Abschlussverfahren

Die Bundesregierung hat den Gesetzesbeschluss gegengezeichnet, obwohl das Hauptverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Die Beschäftigung des Vermittlungsausschusses mit dem Gesetz steht aus.

3. Zwischenergebnis

Das Gesetzgebungsverfahren ist nicht ordnungsgemäß verlaufen, Art. 76ff. GG, das Gesetz ist formell verfassungswidrig.

III. Ergebnis

Der Bundespräsident kann wegen der formellen Verfassungswidrigkeit des Gesetzes von seinem formellen Ausfertigungsverweigerungsrecht Gebrauch machen. Der Streit um eine mögliche materielle Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten kann dahinstehen, weil keine Anzeichen für eine materielle Verfassungswidrigkeit des Aufenthaltsgesetzes vorliegen.

Frage 2: Fraglich ist, ob ein entsprechendes Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG zur Klärung der Frage, ob der Bundespräsident verfassungswidrig gehandelt hat, vor dem Bundesverfassungsgericht zulässig wäre.

I. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG für das Organstreitverfahren zuständig.

II. Parteifähigkeit, § 63 BVerfGG

Sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner müssen für das Organstreitverfahren parteifähig sein.

1. Antragsteller

In § 63 BVerfGG sind als parteifähig ausdrücklich genannt: Der Bundespräsident, der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung. Die Bundesregierung als Antragsteller ist somit parteifähig.

2. Antragsgegner

Der Bundespräsident ist in § 63 BVerfGG ebenfalls ausdrücklich als parteifähig benannt.

III. Verfahrensgegenstand

Es müsste zudem ein tauglicher Verfahrensgegenstand vorliegen. Dies kann jede konkrete, rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners sein. Vorliegend hat der Bundespräsident es unterlassen, das Ausfertigungsgesetz auszufertigen. Diese Unterlassung ist rechtserheblich, weil der Bun-

despräsident gem. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG grundsätzlich dazu verpflichtet ist, Gesetze auszufertigen. Ein tauglicher Verfahrensgegenstand liegt mithin vor.

IV. Antragsbefugnis

Die Bundesregierung müsste zum Antrag befugt sein. Ein Antragsteller ist antragsbefugt, wenn er geltend macht, dass er durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Der Bundespräsident hat vorliegend die Ausfertigung eines Gesetzes verweigert. Fraglich ist, ob die Bundesregierung dadurch in einem Recht verletzt sein könnte und ob die Bundesregierung dies auch geltend macht. Laut Sachverhalt hält die Bundesregierung die Weigerung des Bundespräsidenten lediglich für verfassungswidrig, von einer Verletzung bzw. Gefährdung von Rechten oder Pflichten ist mithin nicht die Rede; solch eine Verletzung ist auch nicht ersichtlich, es kommt eher eine Verletzung von Gesetzgebungsrechten des Bundestags aus Art. 76ff. GG in Betracht. Folglich mangelt es an der Antragsbefugnis der Bundesregierung.

V. Ergebnis

Das Organstreitverfahren gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63ff. BVerfGG ist vor dem Bundesverfassungsgericht nicht zulässig.

2. Aufgabe

a) Im Folgenden soll zwischen den beiden Wahlsystemen der Mehrheits- bzw. der Verhältniswahl unterschieden werden.

Das Mehrheitswahlsystem zeichnet sich dadurch aus, dass das Gebiet in so viele Wahlkreise eingeteilt wird, wie Sitze im Parlament vorhanden sind. In der Folge ziehen diejenigen Kandidaten in das Parlament ein, die ihren jeweiligen Wahlkreis gewonnen haben. Durch dieses System sind im Parlament zumeist nur zwei große Parteien vertreten.

Das Verhältniswahlssystem als Gegenmodell ist hingegen dadurch bestimmt, dass die antretenden Parteien zunächst sog. Landeslisten erstellen. Der Wähler wählt nun eine Partei und keinen Kandidaten. In der Auswertung werden die prozentualen Wahlergebnisse auf die Sitze im Parlament übertragen, sodass sie das Wahlergebnis exakt widerspiegeln.

Die beiden Systeme unterscheiden sich somit insbesondere dadurch, dass bei der Mehrheitswahl die Kandidaten direkt ins Parlament gewählt werden und somit meist nur wenige große Parteien im Parlament vertreten sind, während der Wähler bei der Verhältniswahl seine Stimme für eine Partei abgibt und die prozentualen Wahlergebnisse auf die Sitze im Parlament übertragen werden, wobei die Sitze durch die vorher aufgestellten Landeslisten vergeben werden.

Vorteile der Mehrheitswahl sind, dass stabile Regierungen gebildet werden können, da oftmals nur wenige Parteien im Parlament vertreten sind, und, dass die Wähler durch die Direktwahl der Kandidaten besonders eng an diese gebunden sind. Negativ fällt dagegen auf, dass kleine Parteien häufig keine Möglichkeiten haben, Sitze im Parlament zu erhalten, weil die großen Parteien die Wahlkreise aufgrund von größerer Tradition und Akzeptanz gewinnen können.

Für die Verhältniswahl spricht, dass hier durch die prozentuale Übertragung der Wählerstimmen auf die Sitze im Parlament das exakte Wählerinteresse widerspiegelt werden kann. Ferner erhalten auch kleinere Parteien die Chance, ins Parlament einzuziehen. Ein Nachteil ist, dass so allerdings auch sehr viele Parteien ins Parlament einziehen können, was zu einer Parteienzersplitterung und somit auch zu einer erschwerten Regierungsbildung führen kann.

b) Unter einer unechten Vertrauensfrage versteht man den Fall, dass ein Bundeskanzler die Vertrauensfrage an das Parlament in der Absicht stellt, dass sie in der Folge negativ ausfällt, um so Neuwahlen und dann eine mögliche stabilere Regierungsmehrheit zu erzielen. Insoweit stellt sich die Frage, inwiefern eine materielle Lage vorliegen muss, die eine Vertrau-

ensfrage rechtfertigen würde, nämlich u.a., dass der Bundeskanzler sich einer stabilen Regierungsmehrheit nicht mehr bedienen könnte. Entgegen früherer Rechtsprechung, in der das Bundesverfassungsgericht eine solche materielle Lage forderte und auf diese die Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung einer Vertrauensfrage abstellte, hat sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile dahingehend verändert, dass es nun auf die Handlungsfähigkeit der Regierung abstellt. Dies würde zunächst einmal nichts an der Ausgangslage der Verfassungsmäßigkeit von Vertrauensfragen ändern, doch verweist das Bundesverfassungsgericht ferner auch noch auf höchstpersönliche Ansichten und Eindrücke der Bundesregierung bzw. des Bundeskanzlers in Bezug auf eben diese Handlungsfähigkeit. Da diese höchstpersönliche Wertung des Bundeskanzlers objektiv nicht betrachtet werden kann und auch keinerlei diesbezügliche Kriterien vorliegen, entfällt mithin das Erfordernis einer materiellen Handlungsfähigkeit der Regierung, sodass die Verfassungsmäßigkeitsüberprüfung einer sog. unechten Vertrauensfrage faktisch ins Leere läuft.

16 Punkte

Anmerkungen

Die vorliegende Bearbeitung argumentiert problembewusst und sieht alle Schwerpunkte des Falls. Aufbau und Struktur der Bearbeitung sind nachvollziehbar. Insgesamt eine Leistung, die die Erwartungen überdurchschnittlich erfüllt hat.

Interview: Prof. Dr. Heinze

Professorinnen und Professoren an unserer Fakultät sind keine unnahbaren, unpersönlichen Rechtslehrer. Jede und jeder hat einen Werdegang, Vorlieben und Erlebnisse, die vielleicht ihren Vorlesungsstil beeinflussen, ihr Lieblingsseminar begründen oder Ausdruck in den letzten Veröffentlichungen finden. Die Juristische Fakultät Hannover ist keine farblose, uniforme Juristenschule, sondern Teil einer weltoffenen Universität mit verschiedensten Personen und Persönlichkeiten. In unseren Interviews wollen wir diese Persönlichkeiten erlebbarer machen.

Professor Dr. Heinze ist seit 2014 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover. Wir danken Professor Dr. Heinze herzlich für die Bereitschaft, den Anfang einer losen Serie mitbegründet zu haben. Das Interview führte stud. iur. Patricia Meinking.

Wo und wann haben Sie studiert? Welchen Schwerpunkt haben Sie gemacht?

Ich habe von 1996 - 2002 in Münster, Lausanne und Cambridge (LL.M.) studiert, von 2002 bis 2005 in Hamburg das Referendariat absolviert und in Hamburg von 2005 bis 2007 promoviert.

Zu meiner Studienzeit gab es keinen Schwerpunkt, sondern nur ein Wahlfach, in dem man entweder eine Übung oder einen Seminarschein machen musste, der für das Examen nicht zählte. Im mündlichen Examen wurde das Wahlfach geprüft und ging zu 10% in die Note ein. Deshalb konnte man damals verschiedene Wahlfächer studieren. Ich habe Seminarscheine im Internationalen Privatrecht, im Völkerrecht und im Steuerrecht gemacht; Internationales Privatrecht habe ich auch als Wahlfach im Examen belegt. Geistiges Eigentum/ Gewerblicher Rechtsschutz wurde in Münster nur als Zusatzausbildung angeboten, die ich ebenfalls absolviert habe. Außerdem habe ich noch eine Zusatzausbildung im Versicherungsrecht und eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung in

Englisch abgeschlossen.

Sind Sie selbst mal durch eine Übung/Klausur gefallen?

Nur in der Vorbereitung auf das zweite Examen durch eine Klausur im Klausurenkurs. Das Thema habe ich daraufhin nachbearbeitet, was mir wahrscheinlich mehr gebracht hat, als die mit Prädikat bestandenen Klausuren.

Worüber haben Sie promoviert?

Promoviert habe ich über einstweiligen Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht. Die Arbeit stellt die (damals, 2007) vorherrschende These in Frage, dass es auf dem Gebiet des Eilrechtsschutzes kaum europäische Vorgaben gibt, und zeigt die europäischen Regeln für den Eilrechtsschutz zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten auf. Sie enthält auch einen Grundlagenteil zu den rechtstatsächlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen des Eilrechtsschutzes; im Rückblick möglicherweise der wissenschaftlichste Teil der Arbeit.

Und worüber haben Sie habilitiert?

Habilitiert habe ich über den Schadensersatz im Unionsprivatrecht. Ich gehe anhand zehn ausgewählter Aspekte der übergeordneten Frage nach, welche Folgen sich für die Existenz, die Voraussetzungen und den Umfang eines Schadensersatzanspruchs ergeben, wenn das verletzte Recht europäischen und nicht nationalen Ursprungs ist. Diese Frage untersuchte ich anhand von fünf Beispielmaterien (Kartellrecht, Verbraucherrecht, Produkthaftung, Reiserecht und Luftbeförderung von Personen). Die Arbeit enthält zudem einen Grundlagenteil zu den Begriffen und den allgemeinen Vorgaben für die Durchsetzung des Unionsprivatrechts durch nationale Sanktionsnormen, vor allem den Vorgaben des europäischen Effektivitätsgrundsatzes.

Wo haben Sie Ihren Master gemacht?

An der Universität Cambridge, Pembroke College, von 2001 bis 2002. Es gab von der Stiftung, die mich während des Studiums gefördert hat, das Angebot, das

Stipendium und einen Auslandszuschlag sowie einen Beitrag zu den Studiengebühren unmittelbar im Anschluss an das Examen weiterzuzahlen. Das war ein großer Anreiz, sich nach dem Examen direkt um einen Studienplatz im Master zu bemühen, auch wenn ich letztlich ein anderes Stipendium erhalten habe.

Damals war es noch möglich, eine Studienplatzzusage unter der Bedingung einer bestimmten Examensnote und sogar ein Stipendium zu erhalten, heute ist das möglicherweise schwieriger geworden, weil mehr Studierende ins Ausland wollen.

Sind Sie während des Studiums ins Ausland gegangen?

Neben dem Masterstudium habe ich ein Semester in Lausanne in der französischen Schweiz studiert, außerdem Sommerkurse in London und Caen besucht. Rückblickend hätte ich mehr Mut haben sollen, direkt nach Frankreich zu gehen. Ich bin später als Post-Doc noch ein Semester in die USA und für kürzere Aufenthalte nach Japan gegangen.

Haben Sie an einem kommerziellen Repetitorium teilgenommen?

Ich habe sowohl das universitäre Repetitorium in Münster wie ein kommerzielles Repetitorium besucht, habe aber bei beiden Anbietern nicht an allen Kursen teilgenommen, sondern nur an denjenigen, in denen mich die Dozenten überzeugt haben.

Das universitäre Repetitorium fand immer von 8 bis 11 Uhr morgens statt. Das heißt, es war letztlich zur Hälfte gewonnene Zeit, weil ich sonst kaum vor 9.30 Uhr mit dem Lernen angefangen hätte. Den Klausurenkurs habe ich nur an der Universität gemacht.

Hat sich diese Kombination aus universitärem und kommerziellem Repetitorium als nützlich erwiesen?

Die Kombination war letztlich ideal für mich, wobei ich relativ viel Zeit in Kursen verbracht habe, die interaktiv und deshalb (meistens) interessant waren.

Wie hat sich Ihre Examensvorbereitung abgesehen vom Repetitorium gestaltet?

Nachgearbeitet habe ich ab dem späten Vormittag und am Nachmittag (wobei ich in der Regel um 18.00 oder 19.00 Uhr Schluss gemacht habe), und am Samstag nach dem Klausurenkurs. Da ich bereits im Studium in den Kernfächern mitgearbeitet hatte, konnte ich mich in diesen Fächern in der Examensvorbereitung auf die Wiederholung und Vertiefung konzentrieren und musste nur die Nebenfächer – Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Familien- und Erbrecht, StPO, ZPO – sowie Teile des Besonderen Verwaltungsrecht und einige Delikte im Besonderen Teil des StGB neu erlernen.

Wenn Sie kein Jura studiert hätten und heute kein Professor wären, was wären Sie dann?

Wenn ich zwar Jura studiert hätte, aber nicht Professor geworden wäre, wäre ich Notar geworden; ein (fast) genauso schöner Beruf. Ich habe heute den Eindruck, dass die Mehrheit der Studierenden in die Justiz oder Verwaltung will. Dagegen ist überhaupt nichts zu sagen, im Gegenteil ist es gut, wenn hochqualifizierte Juristen für den Staat tätig sind. Ich würde nur jedem raten, in den Praktika und im Referendariat auch ein paar andere Dinge auszuprobieren. Wenn ich nicht Jura studiert hätte, hätte ich Chemie studiert, wobei ich keine genauen Vorstellungen hatte, was ich damit machen wollte. Vage habe ich vor Augen gehabt, dass ich in die Werkstoffentwicklung gehen wollte.

Würden Sie Studierenden einen Auslandsaufenthalt empfehlen?

Ein Auslandsaufenthalt ist immer ein Gewinn, fachlich, vor allem aber persönlich, und zwar unabhängig von Ort und Zeit. Heutzutage sind die Studierenden bei Studienbeginn wegen der kürzeren Schulzeit und (bei den Männern) wegen der Abschaffung der Wehrpflicht im Regelfall ohnehin zwei Jahre jünger als in früheren Zeiten. Diese Zeit sollten Sie für ihre Bildung (im weitesten Sinne) nutzen, und sie werden besonders viel durch einen längeren Auslandsaufenthalt mitnehmen.

Deshalb kann ich nur zum Auslandsstudium raten, das niemals Zeitverschwendung ist und übrigens auch nicht auf den Freischuss angerechnet wird. Ich habe mich auch manchmal, wenn die Wohnungssuche im Ausland schwierig war oder irgendetwas nicht geklappt hat, gefragt, weshalb ich das gemacht habe. Wenn Sie dann aber in der Vorlesung vor Ort sehen, dass die deutsche Dogmatik alles andere als alternativlos ist, oder die vorlesungsfreie Zeit zum Ausflug nutzen, dann wissen Sie, dass es richtig war. In den von mir betreuten Studiengängen (LL.B. und LL.M. zum IP/IT) haben wir – auch aus Gründen der Persönlichkeitsentwicklung – Auslandsaufenthalte verpflichtend gemacht.

Wo sollte man hingehen? Warum dorthin?

Wohin Sie gehen, ist sehr von persönlichen Vorlieben abhängig. Ich glaube, dass man sagen kann, dass die Lehre auch an den prestigeträchtigsten Einrichtungen nicht grundlegend anders ist als andernorts, deshalb ist es letztlich egal. Größere Wirtschaftskanzleien und Unternehmen legen heutzutage großen Wert auf verhandlungssicheres Englisch, was für eine (muttersprachlich) englische Zieluniversität sprechen kann. Allerdings dürfte es für das interkulturelle Verständnis mehr bringen, in einen weniger bekannten Kulturkreis zu gehen, etwa nach Japan, China oder Indien, oder eine weniger weit verbreitete Sprache zu lernen. Es ist durchaus auch möglich, mehr als einmal ins Ausland zu gehen.

Ich würde im Ausland auch immer dazu raten, nicht nur Spezialveranstaltungen zu besuchen, sondern auch einen grundlegenden Kurs, zum Beispiel im Privatrecht Vertrags- oder Deliktsrecht, weil dort der rechtsvergleichende Gewinn wegen der Vorkenntnisse des deutschen Rechts am größten ist. Und reisen Sie vor Ort und lernen Sie das Land kennen!

Was hat sich seit Ihrer Studienzeit im Jurastudium geändert?

Ich habe manchmal den Eindruck, dass sich die Studierenden heutzutage mehr Sorgen um Ihre Examennoten und ihr Fortkommen machen, was para-

dox ist, weil der Arbeitsmarkt, auf den Sie treffen werden, absehbar günstiger sein wird als der für meine Generation.

Zugenommen hat auch die Stofffülle, weil wir zwar fast die gleichen Pflichtfächer haben, in vielen dieser Fächer aber vor allem der europäische Einfluss zugenommen hat. Sie können heute wichtige Teile des BGB, vor allem des Schuldrechts, nicht mehr ohne Blick auf EU-Richtlinien und den EuGH verstehen. Dasselbe dürfte für das Verfassungsrecht und viele andere Fächer gelten.

Hinzu kommt der rasante technologische Wandel und die bessere Verfügbarkeit von Wissen, so dass die Studierenden neben den „Klassikern“ auch wissen müssen, wie im Internet Verträge geschlossen werden und wer für Account-Missbrauch haftet. Leider fehlt bisher der Mut für eine grundlegende Beschränkung des Studienstoffes. Ohne konkrete Fächer nennen zu wollen, ist es doch auffällig, dass im Ausland viele bei uns (vermeintlich) unverzichtbare Pflichtfächer entweder nur im Wahlfach oder überhaupt nicht an der Universität vertreten sind. Wir sollten uns nicht sklavisch an ausländischen Lehrplänen orientieren, aber doch den Stoff auf die Kernbereiche der drei Fächer Bürgerliches Recht, Öffentliches Recht und Strafrecht einschließlich der zugehörigen Prozessgesetze und internationalen Bezüge beschränken und den Rest in den Wahlschwerpunkt schieben.

Was machen Studierende heute anders als früher? Was machen sie besser?

Ich habe den Eindruck, dass die Studierenden heute in gesellschaftspolitischen Dingen freier und liberaler denken; das begrüße ich. Auch die Fähigkeiten im mündlichen Auftritt, in den Präsentationen und im Umgang mit IT und Technik sind im Durchschnitt besser als zu meiner Studienzeit. Ferner sind die Fremdsprachenkenntnisse ausgeprägter, vor allem in der Breite der Studentenschaft. Schließlich sind die Studierenden, auch und gerade in Hannover, deutlich unterschiedlicher in ihrer Herkunft, was eine gute Entwicklung ist, um die gesellschaftliche Diversität unter den Juristen abzubilden.

Was machen Sie schlechter?

Nach meinem Eindruck hat die Richtigkeit der Zeichensetzung, zum Teil auch der Rechtschreibung und insgesamt die formal korrekte Beherrschung der deutschen Sprache abgenommen. Außerdem ist aus meiner Sicht teilweise die Bereitschaft gesunken, sich mit längeren, komplexen Texten oder Fragen auseinander zu setzen, die außerhalb des eigenen Interessengebiets und der eigenen Lebenswelt liegen. Schließlich sind manche Studierende aus meiner Sicht zu unselbständig: Die Mitarbeiter an der Universität sind weder Ihre Eltern noch Ihre Kindermädchen. Wir können erwarten, dass Sie die im Internet verfügbaren Informationen über den Studienverlauf und die vielen Angebote zur Kenntnis nehmen und sich selbständig organisieren. Wer als Jurist fremde Interessen wahrnehmen will, muss auch in der Lage sein, sich selbst zu organisieren.

Was würden Sie am Jurastudium in Hannover verändern?

Ich würde noch mehr verpflichtende Abschlussklausuren im Grundstudium vorsehen. Im Rahmen der Reform des Grundstudiums habe ich vorgeschlagen, jede Abschlussklausur für die Zwischenprüfung verpflichtend zu machen und im Gegenzug einige Joker zu geben für einzelne Fächer, in denen man nicht bestanden hat. Dieser Vorschlag ist von der damaligen Fachschaft wegen Überlastung der Studierenden zurückgewiesen worden, und er dürfte auch bei meinen Kollegen keine Mehrheit erreichen. Ich halte es aber nach wie vor für richtig, vielen Studierenden die Chance zum Studium zu eröffnen, gleichzeitig aber früh durch verpflichtende Klausuren klar zu signalisieren, wo man steht. Das ist in der Medizin und den Natur- und Ingenieurwissenschaften nicht anders und letztlich auch im Interesse der Studierenden.

Welche Lehrveranstaltung „fehlt“ in Hannover?

In den dogmatischen Fächern im Privatrecht fehlt aus meiner Sicht eine Vorlesung zum AGB- und Verbraucherrecht, die im zweiten oder dritten Semester angesiedelt sein sollte. Sobald wir die aktuell vakan-

ten Lehrstühle nachbesetzt haben, werden wir über eine solche Veranstaltung nachdenken. Allgemein sollten wir uns mehr um die Wissenschaftlichkeit im Studium bemühen, die viele Studierende übrigens nicht so sehr interessiert (das merkt man am Lärmpegel und Rascheln, wenn man ausnahmsweise vom dogmatischen Stoff in der Vorlesung abweicht). Ziel könnte es etwa sein, zu grundlegenden Themen (im BGB zum Beispiel Vertragsfreiheit, zwingendes Recht, Funktionen deliktischer Haftung, Umgang mit Generalklauseln) in den einzelnen Vorlesungen oder in Vertiefungsveranstaltungen konkrete Fragen aus der Dogmatik mit Erkenntnissen aus den Grundlagenfächern (Rechtsvergleichung, Rechtsökonomik, Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie) zu verbinden.

Was würden Sie hinsichtlich des Jurastudiums in Hannover beibehalten, was ist gut?

Aus meiner Sicht haben wir zahlreiche Angebote, die den Studieneinstieg erleichtern und deutlich über das Angebot anderer Fakultäten hinausgehen, zum Beispiel Arbeitsgemeinschaften bis zu den großen Übungen, Klausurenklinik, Tutorium, Dean's List. Manchmal würde ich mir wünschen, die Studierenden wüssten mehr über die Studienorganisation an anderen Fakultäten und wie das Jurastudium früher gestaltet war, dann wäre manche Kritik milder.

Was würden Sie tun, wenn Sie einen Tag lang Uni-präsident mit unendlich vielen Mitteln wären?

Der Präsident der Universität macht einen guten Job, und viele Probleme der Hochschulen liegen außerhalb seiner Verantwortung. Ich persönlich empfinde das Conti-Hochhaus, bei allen Vorzügen, nicht als ideales Gebäude für eine Universität. Es wäre schön, wenn wir mehr klassisch gestaltete Vorlesungsräume, größere und breitere Flure, höhere Decken und am besten einen Altbau aus dem 19. Jahrhundert als Fakultätsgebäude hätten.

Was würden Sie gern den Erstsemestern in Hannover mit auf den Weg geben?

Beginnen Sie und setzen Sie das Studium nur fort, wenn Sie sich wirklich zumindest für einen Teil der Materie begeistern oder wenigstens interessieren können. Bleiben Sie von Anfang an dabei und bringen Sie sich ein. Nur wenn Sie den Stoff engagiert lernen und so viele Leistungsnachweise wie möglich mitschreiben, können Sie erkennen, ob Ihnen das Fach liegt. Es gibt aus meiner Sicht einen starken Zusammenhang zwischen den Leistungen im Studium und im Examen dahingehend, dass die Studierenden mit guten Studienleistungen auch im Examen überdurchschnittlich abschneiden.

Leider gehen heute viele Studierende das Studium falsch an. Das Grundstudium wird unterschätzt, die Examensvorbereitung überschätzt, der Schwerpunkt falsch gewählt. Aus dem Blick geraten die Grundtugenden – Lektüre und Kenntnis des Gesetzes, saubere Auslegung und Subsumtion, korrekte und präzise Sprache, klarer Aufbau der Argumentation, Beherrschung der Recherchertools. Stattdessen wird in der Zwischenprüfung, in den Proseminaren und den Übungen häufig der leichteste Weg zum Bestehen gesucht, der Schwerpunkt nach Note gewählt und in der Examensvorbereitung „Bulimie-Lernen“ mit sklavischer Wiedergabe von „Meinungsstreits“ praktiziert.

Welchen Ratschlag haben Sie für die Examenskandidaten?

Nicht Quantität, sondern Qualität der Lernzeit zählt. Prüfen Sie immer, welche Lernmethoden bei Ihnen funktionieren. Versuchen Sie soweit wie möglich, auf Verständnis zu lernen. Gehen Sie vom Gesetz aus, lesen Sie es aufmerksam, und fragen Sie sich immer nach dem Zweck und dem Zusammenhang einer Regelung. Und das Wichtigste: Versuchen Sie, sich zumindest für einen Teil der Materie zu interessieren, damit Sie wissen, wofür Sie kämpfen.

Was ist für ein erfolgreiches Jurastudium wichtig?

Ausdauer, Sprach- und Textverständnis, grundlegen-

de logische Fähigkeiten, Interesse an der Materie (zumindest einem Teil), ein gutes Judiz sowie eine ordentliche Rechtschreibung, Zeichensetzung und Sprachbeherrschung.

Was gefällt Ihnen an der Stadt Hannover besonders gut?

Die Hannoveraner sind entspannt, freundlich, offen und umgänglich, und die Stadt hat – gerade außerhalb der Innenstadt – einige wunderbare Altbauquartiere. Ich mag auch die norddeutsche Art und das Klima. Ich finde auch gut, dass die Innenstadt – gerade jetzt im Sommer – abends nicht ausgestorben ist.

Was gefällt Ihnen gar nicht?

Städtebaulich hat man in der Innenstadt einiges an Potential verschenkt, wobei die Sünden schon länger zurückliegen. Außerdem habe ich manchmal den Eindruck, dass die Universität in Hannover von manchen als nicht so wichtig angesehen wird, wie in anderen Städten und Bundesländern. Geringer ausgeprägt scheint mir etwa die Bereitschaft, Forschung und Lehre als solche zu unterstützen, sondern finanzielle Förderung wird zuweilen mit anderen Zielen verknüpft, die wichtig sind, aber nicht Aufgabe einer Universität.

Welches Restaurant besuchen Sie gern in Hannover?

Seit ich 2014 nach Hannover gekommen bin, hat sich um die Universität vieles in Sachen Gastronomie verbessert. Auch um meine Privatsphäre zu wahren, möchte ich hier ungern einzelne Restaurants oder Orte hervorheben. Im Regelfall gehe ich am Engelbosteler Damm, an der Langen Laube oder in der Calenberger Neustadt essen, und ich schätze die Vielfalt der Küche, die dort geboten wird.

Welches Land muss man bereist haben?

So viele wie möglich!

Wenn Sie statt 90 Minuten Vorlesung einen Film zeigen müssten - welcher wäre das?

Das hängt von der Vorlesung ab. Wenn ich BGB IV – Außervertragliche Schuldverhältnisse oder ZPO unterrichten würde, würde ich „A civil action“ (Zivilprozess) zeigen, gern auf Englisch. Viele englischsprachige Gerichtsfilm arbeiten sich am Strafprozess ab, „A civil action“ ist eine Ausnahme und – soweit dies ein Hollywoodfilm sein kann – durchaus nah an der Realität. Im geistigen Eigentum bieten sich eher Auszüge aus Filmen an, etwa aus „The Social Network“ zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Ideen und der Urheberschaft. Ohne Bezug zu einer Lehrveranstaltung, aber beeindruckend fand ich „Das Leben der Anderen“.

Studenten lesen gern, brauchen also Buchempfehlungen. Bitte empfehlen Sie unseren Leserinnen und Lesern

a) ein ausbildungsrelevantes Buch,

Studienkommentar BGB von Kropholler, bearbeitet von Jacoby/von Hinden. Das Buch ist sehr gut geeignet, um es neben dem Studium des BGB zu lesen. Man kann es in die Vorlesungen mitnehmen und anstelle des Gesetzestextes nutzen.

b) ein (oder zwei) Werke der Belletristik.

Ich bin ein Freund historischer Sachbücher und Romane und – vor allem angloamerikanischer – Dystopien. Meine letzte Lektüre war „American War – A Novel“ von Omar El Akkad, ein ausgezeichnetes Buch. Als Klassiker die Lektüre wert sind die „Sternstunden der Menschheit“ von Stefan Zweig und die – wenig bekannten, aber ausgesprochen unterhaltsamen – „Memoiren eines mittelmäßigen Schülers“ von Alexander Spoerl.

Wenn ich Sie auf die Palme bringen wollte, dann wende ich mich an Sie und sage: „...“?

„Ist das prüfungsrelevant?“

Tutorium II

Alle kennen es: Man sitzt vor seinen Lernunterlagen und die Inhalte wollen einfach nicht in den Kopf gehen. Man zweifelt, ob die Klausur überhaupt etwas werden kann. Im schlimmsten Fall überdenkt man seine Studienwahl.

Aber wie kann das sein? Zumal TV-Charaktere wie Sherlock Holmes mit ihrem Gedächtnispalast begeistern und noch wichtiger, die Aufnahme und das Behalten von Informationen so einfach erscheinen lassen.

Am Anfang des Studiums werden noch viele Tipps mit auf den Weg gegeben: Bearbeitet Fälle, lest Lehrbücher und Aufsätze, setzt euch mit Entscheidungen auseinander, und am wichtigsten – fangt früh genug an! Am Ende sitzt man trotzdem am Schreibtisch und fragt sich: „Wie lerne ich denn nun am besten?“ – Verunsicherter denn je. Denn wie Statistiken zeigen, sind hohe Durchfallquoten keine Seltenheit, und seien wir ehrlich: Die wenigsten nehmen sich wirklich jeden einzelnen dieser Tipps zu Herzen.

Was sollte man also tun? Ausprobieren!

Ein Gedächtnispalast à la Sherlock ist eine erweiterte und recht anspruchsvolle Anwendung der sog. Loci-Methode.

Die Loci-Methode ist leicht zu erlernen und wird aufgrund ihrer Effektivität von einer Vielzahl von Gedächtnissportlern genutzt. Diese Methode nutzt die Assoziationsfähigkeit unseres Gehirns, welches sich Lerninhalte besonders gut merken kann, wenn man sich diese in einer dreidimensionalen Umgebung mit bestimmten Punkten verknüpft.¹ Daher auch der Name der Technik, der sich von dem lateinischen Wort *locus* für Ort ableitet. Durch das Ablaufen der einzelnen Routenpunkte in unserer Vorstellung, kann man sich später an alle wichtigen Informationen erinnern und diese sogar in der richtigen Reihen-

folge abrufen. Man benötigt eine vertraute Route, die man im Geist abgehen kann.² Die Möglichkeiten sind unbegrenzt, in Betracht kommt zum Beispiel der Weg durch das eigene Zimmer, der Weg zur Universität aber auch der eigene Körper. Mit den Objekten, denen man unterwegs auf der Route begegnet, wird das zu Lernende verknüpft.

Das typische Beispiel für die Loci-Methode ist die Einkaufsliste,³ welche sich anhand des eigenen Körpers gemerkt wird. Die Einkaufsliste besteht aus einem Kürbis, welcher den Kopf darstellt, Tomaten, die sich anhand der Augen gemerkt werden, einer Tafel Schokolade, welche den Körper darstellt, Spaghetti für die Arme und Milch für die Beine. Dank dieser Verknüpfungen und Visualisierung kann man sich die Einkaufsliste doch problemlos merken, oder?

Das Ganze kann auch auf eine juristische Ebene übertragen werden und wird im Folgenden anhand des zivilrechtlichen Verfügungsbegriffs gezeigt. Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch die bestehende Rechte mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden.⁴ Die einzelnen Begriffe werden in einer dreidimensionalen Umgebung, hierzu dient die Hochzeitsnacht, mit bestimmten Punkten verknüpft: Nach der Hochzeitsnacht hebt der Bräutigam die Braut auf, trägt sie über die Schwelle, worauf sie im Bett von ihm belastet und inhaltlich verändert wird: Aufhebung – Übertragung – Belastung – Inhaltsänderung. Spätestens jetzt sollte allen die Definition einer zivilrechtlichen Verfügung dank der Loci-Methode bekannt sein und bleiben.

Parallel zum Lernen für sich alleine können auch Lerngruppen von Vorteil sein. Von vielen Studierenden wird diese Möglichkeit leider kaum genutzt.

² Karsten, Erfolgsgedächtnis (Fn. 1), S. 128.

³ Karsten, Erfolgsgedächtnis (Fn. 1), S. 143.

⁴ Bayreuther in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 185 Rn. 3.

¹ Karsten, Erfolgsgedächtnis, 12. Auflage 2012, S. 126.

Dabei wird vergessen, wie motivierend das Lernen in der Gruppe ist. Insbesondere in der Examensvorbereitung kann eine Lerngruppe von großem Nutzen sein. Es kann gesondert auf unklare Themen eingegangen und das Wissen ausgebaut werden. Der Lernstand wird verglichen und man fühlt sich bestätigt und besser vorbereitet. Das Diskutieren über verschiedene Problemstellungen hilft beim Einprägen und nicht zuletzt wird im Hinblick auf die panikbereitende mündliche Prüfung das Sprechen vor einer Gruppe trainiert.

Ein gutes Beispiel für eine angeleitete Lerngruppe: Das von JurService organisierte Tutorium II. Bis zu sechs Studierende des zweiten Semesters nehmen dabei an einer Lerngruppe teil und treffen sich wöchentlich in einem von der Fakultät bereitgestellten Gruppenraum. Hier erarbeitet man nicht nur Fälle, sondern verschiedenste Thematiken wie den Gutachtenstil, Zeitmanagement der Klausur oder die Optimierung des Studienalltags. Der Vorteil: Es kann individuell auf einzelne Probleme eingegangen werden und die Studierenden unterstützen sich gegenseitig. Teilnehmen können alle, die Lust haben sich an einer Lerngruppe zu probieren. Bei zu hoher Anmeldezahl wird eine „Nachrückerliste“ eingerichtet. Um die Qualität des Tutoriums zu gewährleisten, wird die Gruppe von dafür gesondert geschulten Tutorinnen und Tutoren des vierten Semesters angeleitet, die bis dahin durch besonders gute Leistungen im Studium überzeugten. So haben die Teilnehmenden zusätzlich einen Ansprechpartner aus höheren Semestern.

Als Tutorin oder Tutor beobachtet man dabei, wie das Erläutern der Lerninhalte durch die Studierenden selbst beim Einprägen des Wissens hilft. Durch kontinuierliche Treffen mit einem gemeinsamen Ziel wird die Lerndisziplin gesteigert und die Gruppenteilnehmenden bemerken schnell, wie sicher der Lernstoff beherrscht wird und wo noch Wissenslücken auftauchen.⁵

Lerngruppen bieten im Hinblick auf die Klausurvorbereitung und die Verfestigung des Gelernten viele Vorteile – wenn man sie denn ernst nimmt. Das Wichtigste daher: Kontinuität und ein Lernplan! Menschen sind Gewohnheitstiere – regelmäßige Treffen zu gleichen Terminen sind essentiell für die Produktivität einer Lerngruppe.⁶

Aber nicht nur die Klausurenphasen bereiten angehenden Juristinnen und Juristen Kopfschmerzen – auch Hausarbeiten lassen in tiefe Frustrationen verfallen. Stundenlang sitzt man in der Bibliothek, blättert in unzähligen Kommentaren, Lehrbüchern und Fachzeitschriften und versucht, wichtige Informationen zu sammeln. Man liest eine Textpassage nach der anderen, muss einiges doppelt lesen, weil die Konzentration mit jedem Stündchen sinkt, und am Ende kommt oft trotzdem wenig dabei herem.

Hier hilft die SQ3R-Methode. Die Anwendung dieser Methode dauert zwar deutlich länger als andere Lesetechniken, dafür werden die Inhalte um einiges besser verinnerlicht.⁷

Der Name der Technik steht für folgende fünf Arbeitsschritte:

- Survey – Überblick verschaffen
- Question – Fragen formulieren
- Read – lesen und markieren
- Recite – Kernaussagen aufsagen
- Review – Rückschau halten⁸

Ziel der Methode ist es, die Struktur eines Textes zu erfassen und logische Verknüpfungen von Lerninhalten zu erstellen, um diese langfristig im Gedächtnis zu behalten.⁹

Im Tutorium II wurde diese Technik anhand eines Aufsatzes angewandt. Thema war das Problem des Versuchsbeginns bei Mittäterschaft und mittelbarer

⁶ Reinhaus, Lerntechniken (Fn. 5), S. 116.

⁷ Reinhaus, Lerntechniken (Fn. 5), S. 81f.

⁸ Reinhaus, Lerntechniken (Fn. 5), S. 82.

⁹ Ebenda.

⁵ Reinhaus, Lerntechniken, 2014, S. 116f.

Täterschaft. Der Text wurde Schritt für Schritt laut gelesen und die wichtigsten Aspekte wurden in der Gruppe herausgearbeitet. Das Ergebnis zeigte sich eine Woche später bei der Wiederholung: Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer wussten noch, welche Meinungen es zu den Problemen gibt und konnten das Herausgearbeitete auf einen Fall anwenden.

Mithilfe dieser Technik gelingt es nicht nur, die (Lern-) Zeit sinnvoll zu nutzen und wichtige Aspekte eines Textes gezielt für eine Hausarbeit herauszuarbeiten, sondern auch, die Lerninhalte langfristig im Gedächtnis zu behalten.

Wie man sieht, gibt es einige Methoden mit den täglichen Lernproblematiken im Studium umzugehen, von denen in diesem Beitrag noch längst nicht alle dargestellt wurden.

Es kommt darauf an, die beste Lernmethode für sich selbst zu finden. Dafür muss man, wie eingangs erwähnt, ausprobieren und offen für neue Anreize sein. Gerade das Jurastudium erscheint endlos lang, wenn man allerdings früh seine passende Lerntechnik entdeckt und somit produktiv lernt, erspart man sich in der Examensvorbereitung viel Stress.

Vor allem Lerngruppen bieten die Möglichkeit, einen anderen Blickwinkel auf die Lerninhalte und das eigene Lernen zu erhalten. Sie sind somit zumindest einen Versuch wert!

Sofern man sich noch ganz am Anfang des Studiums befindet, eignet sich dafür speziell das Tutorium II. Selbst wenn man nach kurzer Zeit merkt, dass das Lernen in einer Gruppe nichts für einen ist, lohnt sich eine solche Erfahrung trotzdem. Man muss in solchen Fällen vor allem ehrlich zu sich selbst sein und akzeptieren, dass nicht jede Lerntechnik für alle gleich geeignet ist.

SQ3R-Methode

Schritt 1 – Survey

Im ersten Schritt sollte sich lediglich ein Überblick über Inhalt und Struktur des Textes verschafft werden. Dabei kann man wie folgt vorgehen:

- Inhaltsverzeichnis ansehen
- Stichwortverzeichnis überfliegen
- Einleitung lesen
- Überschriften lesen
- Abbildungen ansehen
- Hervorgehobenes (z.B. fett, kursiv o.ä.) lesen
- Zusammenfassungen lesen

Es empfiehlt sich, wichtige Passagen zu markieren, um sie später schneller wiederzufinden.

Schritt 2 – Question

Hier sollten die drei folgenden Fragen beantwortet werden:

- Auf welches Vorwissen kann ich zurückgreifen?
- Welche offenen Fragen habe ich in Bezug auf Lerninhalte?
- Gibt es Informationen, die mich ganz besonders interessieren?

Vorwissen soll aktiviert werden, an das angeknüpft werden kann, und die Neugierde wird geweckt, wodurch der Text gründlicher gelesen wird.

Schritt 3 – Read

Der Text wird gelesen und wichtige Passagen werden markiert.

Schritt 4 – Recite

Nachdem ein Textabschnitt gelesen wurde, werden die Kernaussagen innerlich aufgesagt.

Schritt 5 – Review

Nun werden die zentralen Informationen zusammengefasst und aufgeschrieben. Dabei ist es sinnvoll, Lerninhalte miteinander zu verknüpfen (bspw. in einer Mindmap).

JurMent - oder: Wir gründen, was uns fehlt.

Genug.

Rausgerissene Seiten aus Aufsatzbänden, versteckte Dissertationen, die dunkelsten Beispiele einer Ellbogenmentalität. Es wurde genug über diese aussterbende Art Jurastudierender gesprochen. Wir wollen über die anderen sprechen. Die, die sich in der Fachschaft für uns einsetzen, die unsere Uni in Moot Courts vertreten, die in einer der Law Clinics beraten. Diejenigen, die ein Tutorium leiten, sich bei ELSA, Amnesty oder JurVOICE engagieren. Wir wollen über die Weitblickerinnen und Zeitschriftenherausgeber unter uns reden. Sie sind es – das kann man hier einfach mal sagen –, die alles im Studium mitnehmen und unter anderem den Uni-Alltag für ihre Mitmenschen positiv gestalten.

Ja, ja, klingt immer ganz großartig. Als hätte man nicht noch private Verpflichtungen, Engagement im Sport oder nicht zuletzt genug mit dem Studium selbst zu tun. Als gäbe es in den ersten Semestern nicht ausreichend Stoff, um sich gut zu beschäftigen. Als wären die ersten Hausarbeiten nicht Neuland genug für uns und als würden wir uns nicht unsicher fragen, ob es während der großen Übungen nicht noch mehr würde.

Für uns ist die Antwort auf diese Fragen: Wer weiß wie die Große Übung abläuft? Alle, die sie schon gemacht haben. Wer weiß, was der Unterschied zwischen den Moot Courts ist? Alle, die an einem teilgenommen haben. Aber vor allem: Wer weiß, welcher von ihnen zu mir und meinem Zeitplan passt? Derjenige, der dich und deinen Zeitplan kennt. Diejenige, die dir bei all deinen Fragen zum Studium zur Seite steht.

Das war also unsere Idee: Ein Mentor, der ein, maximal zwei Mentees ganz individuell berät. Der selbst engagiert ist. Aber wie machen wir aus dieser Idee ein Projekt?

Schritt 1.

Hatten nur wir das Gefühl, dass so ein Programm fehlt, oder würden wir tatsächlich Mentoren finden, die sich auch noch zusätzlich bei JurMent engagieren? Wir haben 10 Mitstudierende gefragt, was sie von der Idee halten. Die Antwort war fast unisono, dass sie sich selbst über einen Mentor gefreut hätten, dass sie gerne ihre Erfahrungen aus Studium und Ehrenamt weitergeben würden.

Schritt 2 bis 17.

Erste Treffen bei Fritz Kola und Salzstangen 2015. Besprechungen mit JurService. Entscheidung JurMent als GbR zu gründen, später vielleicht ein eingetragener Verein. Schreiben einer Satzung, damit wir eine studentische Vereinigung werden können. Planen und Gestalten einer Website. Daher Datenschutzerklärung, Nutzungsbedingungen und Impressum. Werbung für den ersten Durchgang. - Flyer, Poster, Facebook? Natürlich Werbung in den AGen.

Schritt 18.

Gebanntes Warten auf die Anmeldungen der Mentees, nachdem die Planung des ersten Durchgangs Dank unserer Mentoren fertig ist. Unser Postfach sagt: „18 Anmeldungen bei 12 Mentoren.“ Wir waren erleichtert und begeistert.

Schritt 19.

Das Projekt entwickelt sich von Durchgang zu Durchgang (es sind jetzt sechs). Mittlerweile wissen wir, dass ein guter Zeitpunkt für den Start am Ende der Semesterferien liegt. Wir wissen übrigens auch, dass Facebook am besten funktioniert.

Auch unsere Anfangsidee ist komplexer geworden. JurMent besteht heute aus drei „Säulen“. Das Grundelement ist natürlich weiterhin das individuelle Mentoring. Wir haben uns sehr gefreut, dass immer mehr Mentees uns zurückgemeldet haben, dass die Gespräche mit den Mentoren ihnen Sicherheit und

Orientierung bieten. Manche sagen, dass sie sich wahrscheinlich nicht in der Fachschaft engagieren würden, sich bei einem Lehrstuhl beworben hätten oder nicht auf die Law Clinics aufmerksam geworden wären, wenn ihr Mentor sie nicht darauf gebracht hätte.

Schnell haben Mentoren und Mentees die Initiative ergriffen und eigene Veranstaltungen für einander geplant. Verschiedenste Formate sind entstanden. Zum einen trifft sich jeder JurMent-Durchgang zum Kennenlernen bei Chips und Cola. Am längsten dauert die Vorstellungsrunde, bei der jeder erzählen kann, was er macht oder wofür er sich interessiert. Zum zweiten gibt es Veranstaltungen, die für alle Durchgänge interessant sein könnten: Einen Abend an dem man sich über Klausurstrategien austauscht, einen Abend an dem man über Bewerbungen spricht. Es gibt auch gemeinsame Gerichtsbesuche, Weinabende, Sommerfeste, Vortragsformate von Mitgliedern für Mitglieder und Ausflüge zu Kanzleien. Jede Veranstaltung wird von unterschiedlichen Mentees oder Mentoren organisiert. Einfach weil sie Lust haben ihre Ideen mit anderen zu teilen.

Eine dieser Ideen haben wir in den letzten 12 Monaten gemeinsam vorangebracht. Den Wissensspeicher. Wir haben einen Praktikumpool aufgebaut, in dem man über die Praktika von anderen lesen und sich so einen Überblick verschaffen kann. Wir haben eine Übersicht erstellt, die es einem auf fünf Seiten ermöglicht zum einen seinen Musterstudienplan zusammenzustellen und sich zum anderen einen Überblick über alle Engagement-Möglichkeiten an der Uni zu verschaffen.

Schritt 20.

JurMent ist jetzt 2,5 Jahre alt und es gibt 131 Menschen, die aktiv sind. Wir freuen uns über jeden, der uns gerne als Mentorin oder Mentor unterstützen möchte und über jeden Mentee der sagt, dass er gerne als Mentor das weitergeben würde, was er selbst durch seinen Mentor oder seine Mentorin erfahren hat. Und

nicht nur wir sind begeistert, von dem was die Mentoren und Mentees auf die Beine stellen. Dieses Jahr hat JurMent den Studentenwerkspreis für soziales Engagement gewonnen.

Schritt 21.

Unsere Lektion: Wenn dir etwas einfällt, wie das Studium besser werden kann, schau doch mal, ob du fünf Leute findest, die Lust haben mit dir das Projekt anzugehen.

Wenn ihr JurMent noch nicht kennt, schaut es euch gerne im Detail auf www.jurment.de an. Fragen beantworten wir gerne unter info@jurment.de!

Refugee Law Clinic e.V.

Am Anfang steht eine E-Mail. In dieser schildert ein Mandant¹ das rechtliche Problem und eine Kontaktmöglichkeit, mit der Bitte um einen schnellstmöglichen Termin. Wir entscheiden uns, ob wir das Mandat übernehmen und bestimmen einen möglichen Termin für eine Beratung. Dabei fragen wir, ob ein Übersetzer benötigt wird. Dann heißt es warten, bis das erste Treffen zustande kommt.

Die Beratung beginnt. Der Mandant fängt an zu erzählen, von seiner Flucht, seiner Heimat und seiner Familie, die er schon seit Jahren nicht mehr gesehen hat – ein menschliches Schicksal im Schnelldurchlauf. Wir hören aufmerksam zu, stellen Nachfragen und machen uns Notizen.

So - oder so ähnlich - beginnt eine Beratung bei der Refugee Law Clinic Hannover (RLCH).

Geprägt von dem Prinzip der angloamerikanischen Legal Clinics bietet die RLCH die Möglichkeit, in die Rolle eines Anwalts zu schlüpfen und erste praktische Erfahrungen mit Mandanten zu sammeln. Obwohl ein Großteil der Juraabsolventen später im Anwaltsberuf tätig sein wird und Mandantengespräche an der Tagesordnung stehen werden, bietet das theoretisch geprägte Studium kaum praktische Möglichkeiten, „echten“ Mandanten gegenüber zu treten und sich im Gespräch mit diesen zu üben. Bei der RLCH ist das anders. Es geht nicht um fiktive Fälle, sondern um Mandanten mit dringenden Anliegen und echten Sachverhalten. Dabei steht zu Beginn das Erfassen des Sachverhalts im Vordergrund. Was sich zunächst wie eine Banalität anhört, macht letztendlich eine gründliche und zuverlässige Rechtsberatung aus. Denn gerade bei den häufigen Gesetzesänderungen im Asylrecht ist es unabdingbar, das Begehren und das Rechtsproblem des Mandanten zu erfassen und von dort aus rechtsfolgenorientiert zu recherchieren.

¹Die im Folgenden genutzte Geschlechtsbezeichnung umfasst alle Geschlechtstypen.

Das Erfassen der Fakten und des Sachverhaltes bildet sodann eine wichtige Grundlage, um sich zusammen mit seinem Teampartner eine Beratungsstrategie zu überlegen. Doch dabei ist man nicht allein. Die RLCH ist sehr gut organisiert und hat zu den gängigsten Problemen bereits Leitlinien und Beratungshinweise in einem internen Online-Aktenverwaltungsprogramm zur Verfügung gestellt. Zudem durchläuft man als Berater vor Beginn der Beratertätigkeit ein umfangreiches Ausbildungsprogramm zu allen Grundlagenthemen des Asyl- und Ausländerrechts. Der Einstieg in das neue Rechtsgebiet wird durch fallorientierte Strukturierung erleichtert. Als Berater bei der RLCH steigt man mithin in ein neues Rechtsgebiet ein und übt gleichzeitig, das praktische juristische Handwerkszeug auf neue, unbekannte Rechtsgebiete anzuwenden. Dies ist eine unabdingbare Kompetenz in der späteren beruflichen Praxis. Dabei werden keine Vorkenntnisse vorausgesetzt und man arbeitet sich mit anderen Kommilitonen in die meist für alle neue Thematik ein.

Während der Ausbildungsseminare kann aufgrund der kleinen Gruppengröße auf Fragen individuell eingegangen werden. Die Seminare enden mit einer betreuten Rechtsberatung, in der man die Möglichkeit hat, sein neu erlerntes Wissen anzuwenden. Ferner gibt es die Möglichkeit, sich mit anderen Vereinsmitgliedern auszutauschen und auf den Erfahrungsschatz anderer Kollegen zurückzugreifen.

Doch die Ausbildung endet damit nicht. Die ständigen Veränderungen im Asylrecht erfordern es, sich in regelmäßigen Abständen fort- und weiterzubilden. Bei den zahlreichen Fortbildungs- und Supervisionsveranstaltungen, die die RLCH organisiert, beantworten erfahrene Anwälte Fragen, die sich auch im Laufe der Beratungen stellen – von der Erlangung einer Arbeitserlaubnis über die Frage, was für oder gegen die Einstufung eines Landes als „sicheres Herkunftsland“ spricht, bis hin zu einem Rundumschlag zum Famili-

ennachzug. Zudem findet im Semester zweiwöchentlich eine Ringvorlesung statt. Dies ist eine öffentliche Veranstaltung, bei der Referenten verschiedener Fächer spannende Vorträge rund um die Themen Asyl und Migration halten.

Es ist aber noch viel mehr, was die RLCH ausmacht. Gemeinsam mit den Ehrenamtlichen steht sie für eine tolerantere und offenere Gesellschaft ein, die es sich zum Ziel gesetzt hat, Integration zu fördern und zu unterstützen. Integration hat viele Facetten und ist auf ehrenamtliches, gesellschaftliches Engagement angewiesen, weswegen Empathie, Menschlichkeit und gemeinsames Handeln gefragt sind. Die RLCH bietet hierfür einen Rahmen und die Möglichkeit, dieses Anliegen mit dem juristischen Studium zu verbinden.

Dabei enden die Möglichkeiten des Engagements nicht bei den Beratungen. Da die gesamte Vereinsorganisation von Studenten getragen wird, ist auch hier tatkräftige Mithilfe gefragt und es gibt spannende Aufgaben, wie die Organisation von fachlichen Veranstaltungen oder Feiern, Öffentlichkeitsarbeit oder die Suche nach neuen Sponsoren.

Dabei bietet die offene Vereinsstruktur die Möglichkeit, die eigenen Ideen einzubringen und zu verwirklichen. Gleich beim ersten Treffen trifft man auf einen Kreis von offenen Studierenden, die sich ehrenamtlich engagieren und den Rahmen dafür bieten, sich mit seinen Fähigkeiten und Interessen einzubringen. Den zeitlichen und inhaltlichen Rahmen seines Engagements kann jeder Mitarbeitende dabei selbst gestalten.

Bei allen Diskussionen über das Asylrecht, oft Zankapfel der Politik, führt einem die Arbeit in der RLCH vor Augen, wer am anderen Ende aller Überlegungen steht: Ein Mensch, mit Ängsten, Zweifeln und Hoffnungen. Jede Beratung eröffnet einen neuen Blickwinkel. Die Probleme, die sich stellen, werden

in der Beratung mit Mandanten greifbarer. Die Entwicklungen, die man so hautnah mitverfolgen kann, illustrieren, wie unsere Rechtsordnung mit neuen Problemstellungen umgeht.

Die Rechtsfragen sind vielfältig und spiegeln auch die politische Entwicklung wider. Dabei reicht das Spektrum von Fragen zum Asylverfahren, über Anhörungsvorbereitungen bis hin zu Anträgen auf Familiennachzug. Der Bedarf zeigt sich an den nunmehr 540 betreuten Mandaten in den vergangenen drei Jahren.

Zurück zu einem möglichen Beratungsverlauf: Gemeinsam im Team werden wir zu allen aufgeworfenen Fragen recherchieren und dem Mandanten entweder in einer weiteren Beratung oder per E-Mail unsere Lösungsvorschläge darlegen. Die Möglichkeit praktisch zu arbeiten, weckt eine immense Motivation für das juristische Studium, denn jenseits von Büchern gibt es die Möglichkeit, durch sein erworbenes Wissen und die Recherche „echte“ Fälle zu lösen, Mandanten zu helfen und direkt etwas zu bewirken. Dies ist ein Beitrag, den wir als angehende Juristen leisten können.



Abenteuer Referendariat - Tipps und Tricks direkt von Insidern

MLP veranstaltet seit mehreren Jahren in Kooperation mit der Juristischen Fakultät sowie verschiedenen Kanzleien kostenfreie Workshops für Studenten der Leibniz Universität Hannover.

www.hannover-absolventen.de

Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit:



The European Law Students' Association



HEIERMANN · LOSCH · RECHTSANWÄLTE





HANOVER LAW REVIEW