

# Juris<sup>®</sup> Die Monatszeitschrift

JM 12 | DEZEMBER  
2017

## Topthema:

### Die Ehe für alle

W.a. RiAG Christian Breuers

## In dieser Ausgabe:

### Telefonwerbung – eine Bestandsaufnahme im Licht der neueren Rechtsprechung

Wiss. Mit. Anca David, DEUG en droit

### Aktuelle Fragen des Denkmalschutzrechts

RiVG Dr. Dirk Tolkmitt und RiBVerwG  
Prof. Dr. Christoph Külpmann

## Interview:

### Verfolgung und Bekämpfung von Straftaten im Internet

OSTa Markus Hartmann

### Tarifeinheitgesetz und Tarifvertragsfreiheit – zum Urteil des BVerfG vom 11.07.2017

MRBMF Dr. Michael Kemper

### Europäisches Strafrecht in der jüngeren Rechtsprechung des BGH

RA PD Dr. Peter Rackow



# JETZT NOCH SCHNELLER FINDEN MIT JURIS.DE



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

Ohne Umwege immer direkt zum Ergebnis – das ist einer der Vorteile der neuen juris Recherche. Starten Sie direkt, ohne komplizierte Einstellungen oder Filter – die intelligente Schnellsuche erkennt automatisch Urteil, Norm oder Fundstelle. Und mit dem neuen übersichtlichen Design behalten Sie stets den Überblick über alle Ihre Treffer. Überzeugen Sie sich selbst!

[www.juris.de](http://www.juris.de)

**juris** Das Rechtsportal

**jurisAllianz**

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

**INHALT**

**AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN**

**Topthema:**

**Zivil- und Wirtschaftsrecht**

**Die Ehe für alle**

W.a. RiAG Christian Breuers S. 442

**Telefonwerbung – eine Bestandsaufnahme  
im Licht der neueren Rechtsprechung**

Wiss. Mit. Anca David, DEUG en droit S. 443

**Beweisnot beim Notrufvertrag**

BGH, Urt. v. 11.05.2017 - III ZR 92/16  
RiAG Dr. Frank O. Fischer S. 449

**Adoption eines Kindes durch den Lebens-  
gefährten eines Elternteils**

BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 586/15  
RiAG Andreas Herzog, LL.M. (Tilburg) S. 451

**Arbeitsrecht**

**Tarifeinheitsgesetz und Tarifvertrags-  
freiheit – zum Urteil des BVerfG vom  
11.07.2017**

MRBMF Dr. Michael Kemper S. 454

**Sozialrecht**

**Schuldnerberatung auf Kosten der  
SGB II-Träger?**

BSG, Urt. v. 10.08.2016 - B 14 AS 23/15 R  
RiSG Dr. Steffen Schmidt, z. Zt. Wiss.  
Mit. beim BSG S. 461

**Verwaltungsrecht**

**Aktuelle Fragen des Denkmalschutzrechts**

RiVG Dr. Dirk Tolkmitt und RiBVerwG  
Prof. Dr. Christoph Külpmann S. 463

**Gleichwertigkeit der Ausbildung einer  
russischen Zahnärztin**

BVerwG, Beschl. v. 06.06.2017 - 3 B 42/16  
RiBVerwG Stefan Liebler S. 469

# INHALT

## AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

### Strafrecht

#### **Europäisches Strafrecht in der jüngeren Rechtsprechung des BGH**

RA PD Dr. Peter Rackow

S. 472

#### **Wenn zwei sich streiten – (un)begrenzter Erfindergeist**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.04.2017 - 1 Ws 42/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

S. 479

### INTERVIEW

#### **Verfolgung und Bekämpfung von Straftaten im Internet**

Interview mit

OStA Markus Hartmann

S. 481



## Ehe und Familie – neu definiert



Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel,  
Vorsitzende Richterin am Bundesfinanzhof

Topthema dieses Heftes 12 der jM ist „Die Ehe für alle“ (Breuers, S. 442). Sie soll Ehe mit allen Konsequenzen sein und birgt sogar eine besondere Chance für Personen, die, da gleichgeschlechtlich, in ihrem Heimatstaat nicht heiraten könnten. Ungeklärt scheint nur noch, welcher Partner einer gleichgeschlechtlichen Ehe nun in der Sprache vieler noch nicht angepasster Regelungen Ehemann bzw. Ehefrau sein soll. Formal ein einfacher Strich des Gesetzgebers, vielfach als positives Signal eines handlungsfähigen Parlamentarismus gelobt, wurden gewandelte Wertvorstellungen in der Gesellschaft durch parlamentarische Mehrheit des einfachen Gesetzgebers nachvollzogen (393 Ja-Stimmen bei 623 abgegebenen Stimmen und 4 Enthaltungen). Was ist aber mit der im Grundgesetz manifestierten Werteordnung (Art. 6 Abs. 1 GG)?

Die Väter des Grundgesetzes sahen in der Geschlechterverschiedenheit der Ehegatten ein zwingendes Merkmal für die Eingehung der Ehe i.S.v. Art. 6 Abs. 1 GG. Die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau war in Art. 119 Abs. 1 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung noch ausdrücklich genannt und wurde vom Parlamentarischen Rat als selbstverständlich vorausgesetzt – entsprechend die Sicht von Bundesverfassungs- und Bundesverwal-

tungsgericht. Hintergrund dessen ist die potenzielle Offenheit in Richtung der Familie mit eigenen Kindern, d.h. für eine Generationenfolge – Spezifikum der Verbindung von Mann und Frau. Freilich kann der einfache Gesetzgeber sub specie Art. 6 Abs. 1 GG mehr geben, als die Verfassung verlangt, solange nicht kollidierende Rechte Dritter in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt werden. Die Rechtfertigung der neuen gleichgeschlechtlichen Ehe ist dabei in Art. 3 Abs. 1 GG zu suchen, es geht um Gleichbehandlung der sexuellen Orientierungen. Mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht allerdings etwa eine Bevorzugung der Ehe gegenüber nicht-ehelichen Partnerschaften bei der sozialrechtlichen Finanzierung einer künstlichen Befruchtung als gerechtfertigt angesehen (BVerfG, Urt. v. 28.02.2007 - 1 BvL 5/03 Rn. 33 ff.). Was ist aber, wenn der gleichgeschlechtlichen Ehe nunmehr auch eine nur durch Scheidung aufzuhebende Stabilität zukommt? Gibt es nicht doch eine höhere natürliche Affinität der Ehe von Mann und Frau, „Lebensbasis für ein Kind“ (BVerfG - 1 BvL 5/03 Rn. 38) bzw. „Grundlage für ein ‚behütetes‘ Aufwachsen von Kindern“ (BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 - 2 BvR 909/06 Rn. 83) zu sein? Hier rückt die eigentliche Problematik der neuen Ehe für alle in den Fokus – die Gleichbehandlung von „natürlichen“ Eltern mit nunmehr adoptionsberechtigten gleichgeschlechtlichen Verheirateten. Die Adoption eines Kindes durch den Lebensgefährten eines Elternteils ist schon bislang möglich, freilich mit dem Wermutstropfen, dass die Stellung der Anzunehmenden als gemeinsame Kinder der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft de lege lata nicht zu erlangen ist (vgl. dazu Herzog, S. 451). Hierfür bedarf es einer Ehe – auch einer gleichgeschlechtlichen. Zu fragen bleibt, ob der Schutzpflicht des Staates für zur Adoption freigegebene Kinder im Hinblick auf die zumindest noch ungewohnte Konstellation eines Aufwachsens mit zwei Vätern oder Müttern eine besondere Bedeutung zukommt.

Nach gewohnter Manier widmet sich das vorliegende Heft der jM jenseits der angesprochenen familienrechtlichen Thematik vielfältigen aktuellen Fragestellungen aus allen Rechtsgebieten, etwa der Telefonwerbung (David, S. 443), dem Tarifeinheitsgesetz (Kemper, S. 454), dem Denkmalschutz (Tolkmitt/Külpmann, S. 463) oder dem europäischen Strafrecht (Rackow, S. 472). Es schließt mit einem spannenden Interview zu Straftaten im Internet (S. 481).

Viel Freude beim Lesen!

Monika Jachmann-Michel

## Die Ehe für alle

W.a. RiAG Christian Breuers

Ein Interview der alten und neuen Kanzlerin in der „Brigitte“, ein fertiger Gesetzentwurf in der Schreibtischschublade der Opposition und eine parlamentarische Mehrheit haben genügt. Und schon war sie da – die „Ehe für alle“.

Am 30.06.2017 – zufällig während des 22. Deutschen Familiengerichtstages – hat der Bundestag unerwartet schnell das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts<sup>1</sup> beschlossen. Das Gesetz ist am 01.10.2017 in Kraft getreten (Art. 3 Abs. 1).

Wer angesichts der fundamentalen Entscheidung des Gesetzgebers, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, umfangreiche Gesetzesänderungen erwartet hat, darf sich verwundert die Augen reiben. Gerade einmal sieben Wörter haben dem Gesetzgeber genügt, um die sog. Ehe für alle einzuführen. § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. („Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.“) wird durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes ergänzt und hat künftig folgenden Wortlaut: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen“. Die – wohl verfassungskonforme<sup>2</sup> – Änderung der Vorschrift bewirkt, dass (1.) gleichgeschlechtliche Paare künftig eine Ehe schließen können und (2.) diese Ehe – im Gegensatz zur eingetragenen Lebenspartnerschaft – dieselben Wirkungen hat und denselben Regeln unterliegt wie die Ehe zwischen Mann und Frau, und zwar ohne jede Einschränkung. Das hat insbesondere zur Folge, dass gleichgeschlechtliche Paare – anders als bisher – gemeinsam ein Kind adoptieren können.

Durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes erhält § 1309 BGB einen neuen Absatz 3. Wer als Ausländer in Deutschland heiraten möchte, soll nach § 1309 BGB ein Ehefähigkeitszeugnis vorlegen, das belegt, dass der Eheschließung nach dem Recht seines Heimatlandes kein Eehindernis entgegensteht. Davon nimmt § 1309 Abs. 3 BGB n.F. Personen, die eine gleichgeschlechtliche Ehe eingehen wollen, aus, wenn deren Heimatstaat keine gleichgeschlechtliche Ehe kennt.

Homosexuelle Paare, die – statt zu heiraten – noch eine Lebenspartnerschaft eingehen wollen, müssen sich beeilen. Denn nach Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes können nach dem Inkrafttreten keine Lebenspartnerschaften mehr begründet werden.

Schon eingetragene Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner werden nicht automatisch zu Eheleuten; sie müssen ihre Lebenspartnerschaft auch nicht auflösen, um heiraten zu kön-

nen. Vielmehr kann die bestehende Lebenspartnerschaft auf Wunsch der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner in eine Ehe umgewandelt werden. Hierzu schafft Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes den neuen § 20a LPartG.<sup>3</sup> Danach wird eine Lebenspartnerschaft in eine Ehe umgewandelt, wenn die Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gegenseitig persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe auf Lebenszeit führen zu wollen. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden. Sie sind nur wirksam, wenn sie vor dem Standesbeamten abgegeben werden. Für Rechte und Pflichten der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner bleibt nach Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe der Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft maßgebend. Die durch Umwandlung begründete Ehe beginnt also rückwirkend mit dem Zeitpunkt der Begründung der vorherigen Lebenspartnerschaft.<sup>4</sup>

Geben die Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner keine Umwandlungserklärungen ab, bleibt es bei der Lebenspartnerschaft. Das LPartG wird deshalb auch in Zukunft noch benötigt.

Das Tempo und die schlichte Technik, mit der die „Ehe für alle“ Gesetz geworden ist, bleiben allerdings nicht folgenlos. Neben Redaktionsversehen in den §§ 1362, 1363, 1416 BGB, in denen unverändert von „Mann“ und „Frau“ die Rede ist, obwohl die Vorschriften künftig auch für Eheleute gleichen Geschlechts gelten, besteht weiterer Korrekturbedarf: Eine Suche in der Rubrik „Gesetze/Verordnungen“ der juris-Datenbank (Stand: 25.09.2017) ergibt für den Begriff „Ehemann“ 230 und für den Begriff „Ehefrau“ immerhin 610 Treffer in aktuell geltenden Vorschriften. Im Rahmen der notwendigen terminologischen Rechtsbereinigung sollte man auch darüber nachdenken, den zwar geschlechtsneutral verwendeten, aber ohnehin veralteten Begriff „Ehegatten“ durch den moderneren und noch geschlechtsneutraleren Begriff „Ehepartner“ zu ersetzen.

Aus Sicht des Familienrichters sind keine größeren Probleme im Umgang mit der „Ehe für alle“ zu befürchten. Für ihn gilt, allen verheirateten Paaren – gleich ob hetero- oder homosexuell – eine glückliche Ehe zu wünschen. Denn glückliche Ehen verringern den Arbeitsanfall.

1 BGBl. I, 2787; siehe auch BT-Drs. 18/6665 und 18/12989.

2 Eingehend dazu Meyer, FamRZ 2017, 1281.

3 Zu den gesetzgeberischen Mängeln im Zusammenhang mit der Umwandlung: Schwab, FamRZ 2017, 1284.

4 Zu den sich daraus ergebenden Unklarheiten: Schwab, FamRZ 2017, 1284.

## Telefonwerbung – eine Bestandsaufnahme im Licht der neueren Rechtsprechung

Wiss. Mit. Anca David, DEUG en droit

### A. Einleitung

Der BGH entschied erstmals im Jahr 1970 auf der Basis des § 1 UWG, dass Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne deren vorher erklärte Einwilligung unzulässig ist.<sup>1</sup> Für die Zulässigkeit der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden verlangt der BGH seit der Pionierentscheidung aus dem Jahr 1991 deren zumindest mutmaßliche Einwilligung.<sup>2</sup> Der BGH hat seine Rechtsprechung sowohl im b2c- als auch im b2b-Verhältnis durch zahlreiche Urteile fortgeführt und entwickelt. Zwei Entscheidungen der letzten Jahre zeigen exemplarisch den noch vorhandenen Entwicklungsbedarf im Umgang mit der rechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung. In der Entscheidung vom 10.02.2011<sup>3</sup> nimmt der BGH zu Unrecht an, dass soweit die Mitgliedstaaten das Opt-in-Modell des Art. 13 Abs. 1 Alt. 1 DSRL 2002/58/EG implementiert haben, Nr. 26 UGP-Richtlinie in dem Opt-in-Modell als im Verhältnis dazu mildere Regelung inbegriffen sei und daher nicht mehr gesondert umgesetzt werden müsse.<sup>4</sup> In der Entscheidung vom 21.04.2016<sup>5</sup> im Rahmen der Prüfung, ob ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gem. § 823 Abs. 1 BGB vorliegt, zieht der BGH unmittelbar die Maßstäbe des § 7 UWG „zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen“ heran.<sup>6</sup> Dadurch missachtet der BGH den existierenden Unterschied zwischen dem kollektiven lauterkeitsrechtlichen Schutz nach dem UWG einerseits und dem individuellen Schutz nach dem BGB andererseits. Der vorliegende Aufsatz plädiert für die Notwendigkeit der Umsetzung der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie und zeichnet vorhandene Defizite betreffend die individuelle Rechtsdurchsetzung auf.

### B. Notwendigkeit der Umsetzung der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verbietet Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung. Die Vorschrift implementiert seit der UWG-Novelle 2004 die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit der Telefonwerbung und zugleich Art. 13 Abs. 3 Alt. 1, Art. 13 Abs. 5 DSRL 2002/58/EG.<sup>7</sup> Neben der DSRL 2002/58/EG enthält die UGP-Richtlinie 2005/29/EG nach überwiegender Auffassung<sup>8</sup> Vorgaben zur Zulässigkeit der Telefonwerbung im Verhältnis zu Verbrauchern. Telefonwerbung gehört zu der Gruppe der aggressiven Geschäftspraktiken i.S.d. Art. 8 UGP-

Richtlinie.<sup>9</sup> Die Umsetzungspflicht des per se-Verbots der Nr. 26 UGP-Richtlinie folgt aus den unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereichen und den unterschiedlichen Zweckrichtungen beider Richtlinien.<sup>10</sup>

### I. Sachliche Anwendungsbereiche und Zweckrichtungen

Zum einen ergibt sich die Umsetzungspflicht der Nr. 26 UGP-Richtlinie daraus, dass Art. 13 Abs. 3 und Nr. 26 UGP-Richtlinie unterschiedliche sachliche Anwendungsbereiche ausweisen. Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG bezieht sich auf Werbung. Ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen ergibt hingegen, dass Nr. 26 nicht nur (Direkt-)Werbung, sondern auch Geschäftshandlungen bei und nach dem Geschäftsabschluss,<sup>11</sup> mithin jede „Aufforderung“ eines Verbrauchers mittels Telefonanrufen usw., nämlich eine bestimmte geschäftliche Entscheidung zu treffen“, umfasst.<sup>12</sup> Zweitens ergibt sich die Umsetzungspflicht der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie aus den unterschiedlichen Zweckrichtungen beider Richtlinien. Während die UGP-Richtlinie der Gewährleistung des freien Wettbewerbs und dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers dient, schützt die DSRL 2002/58/EG die Privatsphäre natürlicher Personen als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 DSRL 2002/58/EG).<sup>13</sup>

### II. Drei-Stufen-Prüfung

Die UGP-Richtlinie verlangt, dass die Zulässigkeit der Telefonwerbung einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle nach

- 1 BGH, Urt. v. 19.06.1970 - I ZR 115/68 - „Telefonwerbung I“.
- 2 BGH, Urt. v. 24.01.1991 - I ZR 133/89 - „Telefonwerbung IV“.
- 3 BGH, Urt. v. 10.02.2011 - I ZR 164/09 Rn. 27 - „Double-opt-in-Verfahren“.
- 4 Schaffert in: Festschrift für Köhler, S. 585, 589.
- 5 BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14.
- 6 BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16.
- 7 BT-Drs. 15/1487, S. 21.
- 8 BGH, Urt. v. 10.02.2011 - I ZR 164/09 - „Double-opt-in-Verfahren“; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017.
- 9 Mankowski in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. 2016, § 7 Rn. 24.
- 10 Köhler, WRP 2012, 1329, 1331 f.; entgegen der hier vertretenen Meinung begründet Köhler die Umsetzungspflicht auch mit den unterschiedlichen persönlichen Anwendungsbereichen und Durchsetzungsmechanismen.
- 11 Köhler, WRP 2012, 1329, 1332.
- 12 Köhler, WRP 2012, 1329, 1332; Mankowski in: Fezer, UWG, 3. Aufl. 2015, § 7 Rn. 98.
- 13 Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 10.

dem dreistufigen Verbotskonzept – Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie, Art. 8, 9, 5 UGP-Richtlinie – unterliegt.<sup>14</sup> Erwägungsgrund 7 UGP-Richtlinie stellt auch keine Ausnahme von dem Grundsatz der Vollharmonisierung dar und klammert insofern die Prüfung der Unlauterkeit der Telefonwerbung nach dem Drei-Stufen-System nicht aus.<sup>15</sup>

Weil Nr. 26 UGP-Richtlinie in der „schwarzen Liste“ nicht aufgenommen wurde, ergibt sich folgende lauterkeitsrechtliche Prüfung nach dem UWG:

1. Werbeanrufe ohne Einwilligung des Verbrauchers sind nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG verboten.
2. Werbeanrufe, für die eine Einwilligung eingeholt wurde, können dennoch unlauter sein:
  - a. Erfolgen Anrufe, für die eine Einwilligung vorliegt, wiederholt und/oder zur Unzeit (abends nach 21 Uhr oder am Wochenende), ist der Tatbestand der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie erfüllt. Bei einer krassen Wiederholung, z.B. drei Mal täglich, können Anrufe mit Einwilligung trotzdem unerwünscht sein, auch wenn diese nicht zur Unzeit erfolgen. Anrufe, die den Tatbestand der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie erfüllen, sind im Wege richtlinienkonformer Auslegung im Lichte der Nr. 26 UGP-Richtlinie nach § 4a UWG (früher nach § 4 Nr. 1 UWG)<sup>16</sup> zu prüfen und per se zu verbieten.<sup>17</sup>
  - b. Einmalige Anrufe mit Einwilligung des betroffenen Verbrauchers, die aber in Anlehnung an die Wertungen der Art. 8, 9 UGP-Richtlinie einen solchen Belästigungsgrad aufweisen, dass die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich beeinträchtigt und er zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er ansonsten nicht getroffen hätte, können nach § 4a UWG, früher nach § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 1<sup>18</sup> UWG verboten werden. So namentlich, wenn der Anrufer besonders intensiv auf den Verbraucher eingewirkt hat, um ihn zu einem Geschäftsabschluss zu bewegen.<sup>19</sup> Auch ein Anruf, der zur Unzeit erfolgt, ist unerwünscht und kann auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblichen Einfluss nehmen, etwa, weil der Verbraucher sich zum Vertragsschluss nur deshalb bestimmen lässt, um an Feiertagen, Wochenenden oder zu den Schlafenzeiten seine Ruhe zu haben.<sup>20</sup>
3. Subsidiär ist auf die Generalklausel des § 3 Abs.2 UWG im b2c-Verhältnis abzustellen.<sup>21</sup>

### III. Durchsetzungsmechanismen

Köhler<sup>22</sup> nimmt an, soweit Telefonwerbung die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nicht wesentlich beeinflusst (reiner Belästigungsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, Art. 3 UGP-Richtlinie), verböten die unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsbestimmungen der UGP-Richtlinie einerseits (Kollektivschutz) und der DSRL

2002/58/EG andererseits (Individualschutz) ein Vorgehen von Mitbewerbern und Verbänden nach § 8 Abs. 3 UWG. Zu Recht gehen BGH<sup>23</sup> und die zustimmende Literatur<sup>24</sup> davon aus, dass der Schutz der Privatsphäre ebenfalls kollektiv ausgestattet werden kann. Letztlich ist der Streit entbehrlich, denn § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG setzt – soweit der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nicht eröffnet ist – nicht Datenschutzrecht, sondern nationales Lauterkeitsrecht durch.

Die deutsche Rechtsprechung sanktionierte bereits vor der Aufnahme des § 7 Abs. 2 Nr. 2 in das UWG auf der Basis des § 1 UWG a.F. die Geschäftspraktik Telefonwerbung als unlauteres Marktverhalten. Das Verbot wirkt generalpräventiv, also gegenüber jedermann.<sup>25</sup> Dies unterscheidet sich von der Verfolgung der Verletzung der Privatsphäre, die einen individuell konkreten Schutz aufweist. Die BGH-Rechtsprechung basiert – anders<sup>26</sup> als das Lauterkeitsrecht der UGP-Richtlinie, die das Funktionieren des Binnenmarkts sowie unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und nur mittelbar die Interessen der Unternehmen<sup>27</sup> schützt – auf dem integrierten Lauterkeitsmodell, wonach Verbraucher, Mitbewerber und die Allgemeinheit gleichermaßen geschützt werden (§ 1 UWG).<sup>28</sup>

Der BGH entscheidet den Konflikt zwischen dem Interesse der Verbraucher auf Wahrung der Privatsphäre und den durch Art. 5 Abs. 1<sup>29</sup> und Art. 12 Abs. 1 GG<sup>30</sup> geschützten Wirtschaftsinteressen der Werbenden ohne Einzelfallbetrachtung zugunsten der Verbraucher. Der Schutz der Individualsphäre geht dem wirtschaftlichen Gewinnstreben

14 Bernreuther, MMR 2012, 284, 286 ff.

15 Köhler, WRP 2012, 1329, 1330 f.; a.A. Schaffert in: Festschrift für Köhler, S. 585, 589.

16 Köhler, WRP 2013, 567, 570 Rn. 28.

17 Denkbar erscheint äußerst störende Anrufe über § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG zu unterbinden: Die Einwilligungserklärung kann dahin gehend ausgelegt werden, dass diese solche Werbeanrufe nicht umfasst, mit der Folge, dass eine für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage abgegebene Willenserklärung fehlt.

18 Vgl. Köhler, WRP 2013, 567, 570 Rn. 28.

19 Köhler, WRP 2012, 1329, 1334.

20 Vgl. Köhler, WRP 2012, 1329, 1334.

21 Bernreuther, MMR 2012, 284, 286.

22 Köhler, WRP 2015, 798, 802 f.

23 BGH, Beschl. v. 06.11.2013 - I ZR 3/13 Rn. 17 betreffend Telefonwerbung für DSL-Produkte.

24 Menebröcker, GRUR-Prax 2013, 451; Ohly in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 9.

25 Vgl. Köhler, WRP 2015, 798, 802 f. Rn. 37.

26 Henning-Bodewig, GRUR 2013, 238, 240.

27 Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311, 1324.

28 Vgl. Begründung RegE BT-Drs. 15/1487, S. 16.

29 Paschke, WRP 2002, 1219, 1221.

30 Dendorfer, Aktives Telefonmarketing, 2003, S. 86 ff.



vor.<sup>31</sup> Der Schutz der Privatsphäre ist dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zeitlich vorgeschaltet.<sup>32</sup> Die Unzulässigkeit der Telefonwerbung ohne die erkennbare Zustimmung des Verbrauchers beruht zudem auf der Bindung von Ressourcen des Empfängers (Zeitaufwand, Vorhaltekosten von Empfangseinrichtungen).<sup>33</sup> Zudem verbietet der BGH Telefonwerbung im Hinblick auf die Nachahmungsfahr.<sup>34</sup> Aufgrund der Effizienz dieser Methode, vor allem weil es sich um eine zeitlich und finanziell nicht besonders aufwendige Methode handelt, fürchtet der BGH ein unkontrollierbares Expandieren, das zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führen könnte.<sup>35</sup>

Im Ergebnis regelt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ein Marktverhalten zugunsten der Verbraucher, der Allgemeinheit und der Mitbewerber. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift kann nicht nur bei Werbung im b2b-Verhältnis, sondern auch im b2c-Verhältnis kollektiv verfolgt werden.

### C. Individualschutz nach den BGB-Vorschriften

Vor dem Hintergrund, dass die DSRL 2002/58/EG die Mitgliedstaaten zur Einräumung von Individualschutz infolge von Verstößen gegen die Regelung des Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG verpflichtet, erscheint zweifelhaft, ob das nationale Recht ausreichenden Individualschutz gewährt.

#### I. Individualklage bei Verstößen gegen die Privatsphäre

##### 1. Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Umstritten ist im Rahmen der Schadensersatzprüfung nach § 823 Abs. 2 BGB, ob § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ein Schutzgesetz darstellt.

In jüngster Zeit bejahte das LG Bonn<sup>36</sup> die Schutzgesetzeigenschaft des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.<sup>37</sup> Das Gericht erkannte die Vorschriften des UWG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, da das UWG nicht nur dem Schutz der Mitbewerber im Horizontalverhältnis, sondern auch dem Schutz der Verbraucher und der Allgemeinheit im Vertikalverhältnis diene.<sup>38</sup>

Demgegenüber geht die überwiegende Auffassung<sup>39</sup> davon aus, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellt. Das UWG regelt vorrangig die Aktivlegitimation für Schadensersatzansprüche, sodass § 823 Abs. 2 BGB unanwendbar ist.<sup>40</sup> Nach der Begründung zum Regierungsentwurf sollen die auch dem Verbraucherschutz dienenden Normen § 3, § 4 Nr. 1, 2, 6, 9 a), § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anerkannt werden.<sup>41</sup> Die Systematik sowie der Sinn und

Zweck des UWG sprächen gegen die Anerkennung der §§ 3, 7 UWG als Schutzgesetze i.S.d. § 823 BGB.<sup>42</sup> Insbesondere würde eine solche Anerkennung zu Widersprüchen zum Bürgerlichen Recht, etwa zu den in §§ 119, 123, 355 BGB festgesetzten Fristen und Wertungen, und zu einer Aufweichung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* führen.<sup>43</sup> Individualrechte im Fall einer wettbewerbswidrigen Werbung ergeben sich bereits aus den allgemeinen Normen des Bürgerlichen Rechts (Ansprüche aus culpa in contrahendo: § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB; aus Vertragsverletzung: §§ 280 ff. BGB; aus Sachmängelrechten: §§ 433 ff. BGB und aus Deliktsrecht: §§ 823 ff. BGB). Hinzu kommen die allgemeinen Vertragsauflösungsrechte (§§ 119, 123 BGB, Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen: §§ 355 ff. BGB),<sup>44</sup> die dem Schutz des Verbrauchers in ausreichendem Maße Rechnung tragen.<sup>45</sup> Die Nichtigkeit des Vertrages entspricht nicht zwingend dem Interesse des Vertragspartners, der ein Interesse an der Einhaltung oder Anpassung des infolge eines unlauteren Verhaltens abgeschlossenen Vertrags haben kann.<sup>46</sup>

Die überwiegende Meinung überzeugt grds., gilt jedoch nicht für § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Soweit unerbetene Telefonwerbung die Privatsphäre der Verbraucher tangiert, ist § 7

31 BGH, Ur. v. 19.06.1970 - I ZR 115/68 - „Telefonwerbung I“.

32 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, 2006, S. 42.

33 BGH, Ur. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16.

34 Vgl. Hasselblatt in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2010, S. 1458 f., § 61 Rn. 3, S. 1464, § 61 Rn. 13, S. 1503 f., § 61 Rn. 119.

35 BGH, Ur. v. 19.06.1970 - I ZR 115/68 - „Telefonwerbung I“.

36 LG Bonn, Ur. v. 05.08.2014 - 8 S 46/14.

37 Ebenso Loeck, Die unzumutbare Belästigung, 2011, S. 158 ff., 169 f.

38 LG Bonn, Ur. v. 05.08.2014 - 8 S 46/14; zustimmend: Wimmer-Leonhard, GRUR 2004, 12, 20; Sack, BB 2003, 1073, 1080; Sack, GRUR 2004, 625; Säcker, WRP 2004, 1199, 1219; AG Essen, Ur. v. 20.11.2006 - 23 C 146/06; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 9. Aufl. 2012, S. 230 f., § 14 Rn. 74; Fezer in: Fezer, UWG, 2. Aufl. 2010, Einl. E Rn. 388.

39 LG Hamburg, Ur. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14; LG Frankfurt, Ur. v. 11.10.1963 - 2/12 S 164/63; LG Kassel, Beschl. v. 13.06.2014 - 1 S 118/14; BGH, Ur. v. 14.05.1974 - VI ZR 48/73 - „Prüfzeichen“; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, Einl. Rn. 7.5, § 9 Rn. 10; Köhler, GRUR 2003, 265 ff.; Goldmann in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 10; bezüglich § 3 UWG Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, Einl. D Rn. 62; Begründung RegE UWG BT-Drs. 15/1487, S. 22.

40 BGH, Ur. v. 14.05.1974 - VI ZR 48/73 - „Prüfzeichen“.

41 Begründung RegE BT-Drs. 15/1487, S. 22; ebenso LG Hamburg, Ur. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

42 LG Hamburg, Ur. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

43 Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, Einf. D Rn. 68; LG Hamburg, Ur. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

44 Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, 1327.

45 Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 14 Rn. 1090.

46 Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2011, § 14 Rn. 1089.

Abs. 2 Nr. 2 UWG zwingendes Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist keine reine lauterkeitsrechtliche Vorschrift, sondern weist auch einen datenschutzrechtlichen Charakter auf und enthält mithin Individualschutzelemente. Diese Eigenschaft kommt dadurch zum Tragen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht nur die BGH-Grundsätze zum Lauterkeitsrecht implementiert, sondern darüber hinaus nach dem Willen des Gesetzgebers auch Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG umsetzt.<sup>47</sup> Datenschutz als Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigung seiner Privatsphäre und seines Selbstbestimmungsrechts ist individualrechtlich angelegt. Art. 13 Abs. 6, Art. 15 Abs. 2 DSRL 2002/58/EG schreiben zwingenden Individualrechtsschutz vor.<sup>48</sup>

Nicht zwingend ist hingegen, dass der Individualschutz allen natürlichen Personen zusteht,<sup>49</sup> obwohl Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG von natürlichen Personen spricht. Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus der Unterscheidung der geschützten Personenkreise keine Unvereinbarkeit des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG. Die Richtlinie trennt zwar zwischen natürlichen und juristischen Personen, während in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG das Opt-in-Modell nur im Verhältnis gegenüber Verbrauchern umgesetzt wurde, jedoch nicht jede natürliche Person gleichzeitig auch ein Verbraucher ist. Art. 13 Abs. 3 und Abs. 5 DSRL 2002/58/EG verbietet den Mitgliedstaaten nicht, das Opt-in-Modell nur für bestimmte natürliche Personen, bspw. nur für Verbraucher umzusetzen. Art. 13 Abs. 3 DSRL 2002/58/EG enthält eine Wahl- und Umsetzungspflicht, gestattet aber den Mitgliedstaaten, das ausgesuchte Modell abzustufen, solange die Oberschutzgrenze der Alt. 1 (Opt-in) und die Mindestschutzgrenze der Alt. 2 (Opt-out) ausreichende Berücksichtigung finden.<sup>50</sup> Der Mindestschutz ist in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 UWG enthalten, da die Vorschrift auf sonstige Marktteilnehmer abstellt und mithin natürliche Personen, die keine Verbraucher sind, erfasst. Allerdings ist eine strengere Regelung hinsichtlich natürlicher Personen, die keine Verbraucher sind, vorzugswürdig. Die Organisationsstruktur natürlicher Personen weist im Vergleich zu derjenigen juristischer Personen weniger Sach- und Personalmittel auf, sodass eine erhebliche Behinderung des Geschäftsbetriebs droht.<sup>51</sup> Mithin dürfte die durch unerbetene Telefonwerbung eingetretene Störung des Betriebsablaufs durch Inanspruchnahme unternehmerischer Ressourcen deutlich höher sein.

## **2. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB**

Überwiegend<sup>52</sup> wird angenommen, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstellt. Das UWG dient in erster Linie dem Schutz des fairen Wettbe-

werbs, insbesondere den Interessen der gesetzeskonform agierenden Mitbewerber. Ein Verstoß gegen §§ 3 ff. UWG kann nicht die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages zur Folge haben, da die Vorschriften des UWG lediglich auf die Art und Weise des Zustandekommens des Vertragsschlusses, nicht aber auf das hieraus folgende inhaltliche Geschäft abstellen.<sup>53</sup>

## **3. Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB analog und Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB**

Der Individualverbraucherschutz ist nicht etwa subsidiär im Vergleich zu dem Kollektivverbraucherschutz nach § 8 Abs. 3 UWG, sondern steht gleichrangig neben dem lauterkeitsrechtlichen Schutz.<sup>54</sup> Den Grund für den zivilrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts bilden in Deutschland der verfassungsrechtliche Auftrag der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG und der menschenrechtliche Auftrag des Art. 8 EMRK.<sup>55</sup> Unerbetene Telefonwerbung tangiert das allgemeine Persönlichkeitsrecht der umworbenen Person,<sup>56</sup> weil dem Einzelnen die Selbstbestimmung über die Art der Kommunikation entzogen wird und dieser sich nun dem Zwang zu der Annahme des Anrufs und der Auseinandersetzung mit dem Anrufer ausgesetzt sieht.<sup>57</sup> Daher gewährleistet das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen angemessenen Schutz auch vor neuen Verletzungsarten, die insbesondere als Folge technischer Entwicklung entstehen.<sup>58</sup> Anspruchsgrundlage für einen Unterlassungsan-

47 BT-Drs. 15/1487, S. 21.

48 Mit derselben Argumentation stellt auch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar.

49 So aber Köhler, WRP 2015, 1311, 1316 f.

50 So auch Lettl, WRP 2009, 1315, 1318.

51 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, 2006, S. 44, Fn. 206; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1026 Rn. 26.

52 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14 für das b2b-Verhältnis; AG Lahr, Urt. v. 23.07.2014 - 5 C 246/13 für das b2c-Verhältnis; Armbrüster in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 67; LG Bonn, Urt. v. 05.08.2014 - 8 S 46/14.

53 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14; AG Lahr, Urt. v. 23.07.2014 - 5 C 246/13.

54 Ohly in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, Einl. D Rn. 62; a.A. Altermann, Die Zulässigkeit unverlangter E-Mail-Werbung nach der UWG-Novelle, 2006, S. 127.

55 BVerfG, Beschl. v. 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, 73, 261.

56 Beater in: Soergel, BGB, § 823 Anh. IV Rn. 48; Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 161 ff., 211 ff., 244 - 247.

57 Beater in: Soergel, BGB, § 823 Anh. IV Rn. 82; Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 244 m.w.N.

58 Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 172.

spruch bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts bilden § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB analog.<sup>59</sup> Schadensersatz kann die betroffene Person nach § 823 Abs. 1 BGB verlangen.<sup>60</sup>

Vor dem Hintergrund, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Rahmenrecht<sup>61</sup> darstellt, bedarf die konkrete Prüfung einer doppelten Interessenabwägung. Der Schutzbereich und vor allem auch die Frage der Rechtswidrigkeit ergeben sich erst aus einer umfassenden, das Persönlichkeitsrecht auf der einen und die Kommunikationsfreiheiten auf der anderen Seite, die Grundrechte des Grundgesetzes und die leitenden Grundsätze der EMRK berücksichtigenden Güter- und Interessenabwägung.<sup>62</sup> Zuerst erfolgt eine abstrakte Interessenabwägung zwecks Bestimmung des Schutzbereiches des Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Hier kann auf die im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG durch den BGH vorgenommene abstrakt-generelle Interessenabwägung zurückgegriffen werden.<sup>63</sup> Im zweiten Schritt ist im Rahmen der Rechtswidrigkeit eine umfassende konkrete Güter- und Interessenabwägung des individuell Betroffenen einerseits und des Werbenden andererseits vorzunehmen.<sup>64</sup> Die Rechtswidrigkeit wird nicht indiziert.<sup>65</sup> Hier ist ein Rückgriff auf wettbewerbsrechtliche Beurteilungskriterien – wie in der Praxis<sup>66</sup> gebräuchlich – mit Vorsicht vorzunehmen.<sup>67</sup> Aus einem Wettbewerbsverstoß darf nicht auf die Verletzung eines individuellen Rechtsguts geschlossen werden. Eine mögliche unterschiedliche Beurteilung nach dem UWG einerseits und nach dem BGB andererseits ist nicht widersprüchlich,<sup>68</sup> sondern sogar geboten. Denn primäres Rechtsgut des § 823 Abs. 1 UWG ist der Schutz von individuellen Rechten und Rechtsgütern, während das UWG primär wettbewerbs- und wirtschaftsbezogenes Fehlverhalten sanktioniert. Eine nach dem UWG unlautere Handlung bedeutet nicht zwangsläufig eine Rechtsverletzung i.S.d. § 823 BGB.<sup>69</sup> Überdies begründet der Anruf als solcher nach dem UWG keine wettbewerbswidrige Handlung. Zu der Unlauterkeit des Anrufs gelangt der BGH – wie oben erläutert – erst unter Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr. Die pauschale Annahme einer Rechtsgutverletzung bei Telefonwerbung ohne Einwilligung würde ein Verhalten nach dem BGB sanktionieren, welches das UWG aber nicht sanktioniert, und gerade dies würde zu Widersprüchen führen. Die Untersuchung, ob eine konkret-individuelle Rechtsgutverletzung<sup>70</sup> vorliegt, bedarf einer Einzelfallabwägung.<sup>71</sup> Die Typisierung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gilt nicht bei § 823 Abs. 1 BGB. Nur im Rahmen der abstrakten Beurteilung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG wird auf den Durchschnittsverbraucher abgestellt. Im Rahmen der Interessenabwägung kann die BGH-Argumentation zur Unlauterkeit unerbetener Telefonwerbung herangezogen werden. Darüber hinaus sind zwingend die konkreten Umstände des

Einzelfalles, wie der Ablauf des Werbegesprächs, persönliche Merkmale des Angerufenen sowie der Zeitpunkt des Anrufs zu berücksichtigen.<sup>72</sup> Die Störung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB muss eine „ins Gewicht fallende Störung“<sup>73</sup> sein. Das Interesse des individuell Betroffenen auf Unterlassung bzw. Schadensersatz beruht schließlich nicht auf der Störung des Wettbewerbs durch das unlautere Verhalten.<sup>74</sup> Dieses Kollektivinteresse verfolgt das UWG.

Grds. wird ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bei unerbetener Telefonwerbung auch dann anzunehmen sein, wenn der Betroffene seine Ablehnung nicht ausdrücklich mitgeteilt hat, da anders als bei der Briefkastenwerbung,<sup>75</sup> die für den Adressaten erkennbar eine Werbebotschaft verkörpert, für den Angerufenen ein psychologischer Zwang zur Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Werbung entsteht.<sup>76</sup> Durch die Telefonwerbung erfolgt nicht nur ein Eindringen in den persönlichen Bereich des Angerufenen, sondern darüber hinaus bietet das Medium Telefon der Werbewirtschaft die Möglichkeit, die Stimme des Beworbenen auszuforschen und zu wirtschaftlichen Zwecken fruchtbar zu machen.<sup>77</sup> Hierdurch wird dem Individuum die Selbstbestimmung über ein persönliches Merkmal entzogen. Da aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus der erfolgten Kommunikation und Interaktion mit gegenteiligen Interessen entspringt, ist anders als im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG eine bestehende geschäftliche Beziehung zu berück-

59 OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.10.2010 - 6 W 1 34/10.

60 Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 295 ff.

61 BGH, Urt. v. 30.10.2012 - VI ZR 4/12 - „Gazprom-Manager“.

62 BGH, Urt. v. 19.03.2013 - VI ZR 93/12 - „Kachelmann“ m.w.N.

63 Als Beispiel LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

64 Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14; Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, 2011, S. 217 ff.

65 Rixecker in: MünchKomm, BGB, § 12 Anh. Rn. 8.

66 BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16; BGH, Beschl. v. 20.05.2009 - I ZR 218/07 Rn. 14 - „E-Mail-Werbung II“.

67 So auch Dendorfer, Aktives Telefonmarketing, 2003, S. 56; Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 28.

68 So aber BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16.

69 Vgl. Dendorfer, Aktives Telefonmarketing, 2003, S. 56.

70 Vgl. Weiler, WRP 2003, 423, 428.

71 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2007 - 3 U 294/06 betreffend die E-Mail-Werbung in b2b-Verhältnis.

72 Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, 1983, S. 178 ff.; Dendorfer, Aktives Telefonmarketing, 2003, S. 57.

73 LG Dortmund, Urt. v. 10.06.1968 - 13 O 63/68.

74 Vgl. Weiler, WRP 2003, 423, 428.

75 BGH, Urt. v. 20.12.1988 - VI ZR 182/88 - „Handzettel-Wurfsendung“.

76 Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 28 m.w.N.

77 Vgl. Rixecker in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 12 Anh. Rn. 3.

sichtigen, auch wenn der Anruf nicht der Durchführung dieses Geschäfts dient. Denn durch die Aufnahme von Kontakt nach außen verlässt der Angerufene den inneren Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>78</sup> Beim Bestehen einer privaten oder geschäftlichen Beziehung kann je nach Ausgestaltung dieser Beziehung ein Werbeanruf als solcher für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz als nicht ausreichend angesehen werden.<sup>79</sup> Erforderlich ist eine hinzukommende Belästigungsintensität, etwa durch Häufigkeit, Zeitpunkt oder Dauer des Gesprächs. Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann zivilrechtlich auch dann verneint werden, wenn die Bedeutung der gelieferten Werbeinformation die Nachteile für die Persönlichkeit des Beworbenen überwiegt.<sup>80</sup> Willigt der Betroffene hingegen ein, so ist der Eingriff nicht rechtswidrig.<sup>81</sup>

## II. Individualklage bei Eingriffen in die berufliche Sphäre

Bei unerbetener Telefonwerbung im Verhältnis zu Unternehmen kommen ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB und ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB analog unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht.<sup>82</sup> Der Anspruch kann zudem bei natürlichen Personen auf die Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts gestützt werden.<sup>83</sup> Im Fall eines Mitbewerberverhältnisses genießen Ansprüche aus §§ 8, 9 UWG i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Vorrang gegenüber den Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB, da letztere grds. lediglich eine lückenfüllende Funktion haben.<sup>84</sup> Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG haben Vorrang vor dem Auffangtatbestand des § 823 Abs. 1. BGB.<sup>85</sup>

Die oben zum Persönlichkeitsrecht ausgeführten Grundsätze gelten auch für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Insbesondere darf von der Unlauterkeit der ohne Einwilligung erfolgten Telefonwerbung nicht auf die Verletzung des Individualrechtsguts geschlossen werden.<sup>86</sup> Inhalt und Grenzen des Schutzes und die Rechtswidrigkeit ergeben sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit den im Einzelfall konkret kollidierenden Interessen anderer.<sup>87</sup> Die Rechtswidrigkeit wird nicht indiziert.<sup>88</sup> Ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegt allerdings dann vor, wenn der Eingriff die Grundlage des Betriebs bedroht, den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufhebt oder seine Tauglichkeit als solche infrage stellt.<sup>89</sup> In der Rechtsprechung finden sich Entscheidungen, die einen Eingriff in das Unternehmensrecht aufgrund unerbetener Telefonwerbung bejaht haben.<sup>90</sup> Eine Begründung, warum Telefonwerbung nicht mehr als sozialadäquat zu qualifizie-

ren ist, fehlt aber bisher.<sup>91</sup> Bei Telefonwerbung ist es nicht ersichtlich, wer und in welcher Angelegenheit anruft. Zudem kann sich der Beworbene im Vergleich zu E-Mail-Werbung den Zeitpunkt der Auseinandersetzung mit dem Anruf nicht frei aussuchen.<sup>92</sup> Selbst bei E-Mail-Werbung geht BGH pauschal von einer Rechtsgutverletzung aus.<sup>93</sup> Das OLG Frankfurt verneinte dagegen einen Eingriff mangels ausreichender Störungsintensität.<sup>94</sup> Bloße Belästigungen und sozial übliche Behinderungen reichen für die Annahme eines betriebsbezogenen Eingriffs nicht aus.<sup>95</sup>

## D. Zusammenfassung

Für die Erforderlichkeit einer eigenständigen Umsetzung der Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie, neben der bereits erfolgten Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 Alt. 1 DSRL 2002/58/EG in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG, sprechen vor allem zwei Gründe: Zum einen weisen die beiden Richtlinien unterschiedliche Zweckrichtungen auf. Zum anderen divergieren die Vorschriften in ihren sachlichen Anwendungsbereichen. Nr. 26 Anhang I UGP-Richtlinie umfasst nicht nur Werbeanrufe, sondern jeden Telefonkontakt vor, während und nach einem Vertragsschluss. Ferner kann eine Belästigung im Sinne der Richtlinie trotz erfolgter Einwilligung vorliegen. De lege lata bedarf es einer im Rahmen der zwingend einzuhaltenden 3-Stufen-Lauterkeitsprüfung europakonformen Auslegung von § 4a UWG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG. Die Tatsache, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG das Opt-in-Modell nur für Verbraucher implementiert, steht dem

78 Ähnlich Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 29.

79 Vgl. Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 29.

80 Vgl. Rixecker in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 12 Anh. Rn. 110.

81 Ähnlich Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 29.

82 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

83 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14.

84 BGH, Urt. v. 24.06.2004 - I ZR 26/02 - „Werbeblocker“.

85 Sack, WRP 2009, 1330, 1334.

86 So aber BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16.

87 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2007 - 3 U 294/06.

88 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.05.2006 - 15 U 45/06.

89 Vgl. Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, 2006, S. 44.

90 LG Hamburg, Urt. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14; BGH, Urt. v. 21.04.2016 - I ZR 276/14 Rn. 16, der Schadensersatzanspruch scheidete allerdings, weil der konkrete Schade nicht festgestellt werden konnte.

91 Vgl. Schmid, Freier Dienstleistungsverkehr und Recht des unlauteren Wettbewerbs, 2000, S. 39.

92 BGH, Urt. v. 11.03.2004 - I ZR 81/01 - „E-Mail-Werbung I“.

93 BGH, Beschl. v. 20.05.2009 - I ZR 218/07 - „E-Mail-Werbung II“.

94 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.10.2007 - 3 U 294/06.

95 BGH, Urt. v. 29.01.1985 - VI ZR 130/83.



Gemeinschaftsrecht nicht entgegen.<sup>96</sup> Die Vorschrift enthält ein Wahlrecht und eine -pflicht, räumt aber den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum ein, solange die Oberschutzgrenze der Alt. 1 (Opt-in) und die Mindestschutzgrenze der Alt. 2 (Opt-out) ausreichende Berücksichtigung finden. Der Mindestschutzgrenze trägt § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 UWG ausreichend Rechnung. In Hinblick auf die Intensität der Störung von Betriebsabläufen durch unlautere Telefonwerbung bei natürlichen Personen<sup>97</sup> ist die Einführung eines Opt-in-Modells nach den Vorgaben des Art. 13 Abs. 3 Alt. 1 DSRL 2002/58/EG erstrebenswert. Auch die unterschiedlichen Durchsetzungsmechanismen begründen keinen Widerspruch zu den Vorgaben der DSRL 2002/58/EG.<sup>98</sup> Unlautere Telefonwerbung, die vom Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nicht erfasst wird, ist traditionell lauterkeitsrechtlicher Natur und kann unabhängig von etwaigen Unionsregelungen mit kollektiven Durchsetzungsmechanismen geahndet werden. Unbefriedigend ist nach aktueller Rechtsprechung die Gewährung von individuellem Rechtsschutz bei Verstößen gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG. Aufgrund der Doppelnatur des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 UWG – datenschutzrechtlich und lauterkeitsrechtlich – ist es dogmatisch möglich und europarechtlich zwingend, die Vorschrift als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen, soweit Verbraucher betroffen sind. Ferner folgt aus der Verletzung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht zwangsläufig eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die UWG-Vorschriften regeln das Marktgeschehen abstrakt. Sie beinhalten eine abstrakte Interessenabwägung der Marktakteure unter Berücksichtigen der Nachahmungsgefahr. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche nach dem BGB bedürfen hingegen einer konkreten Einzelfallprüfung.

96 A.A. Köhler, WRP 2012, 1329, 1333.

97 Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, 2006, S. 44, Fn. 206; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1026 Rn. 26.

98 So aber Köhler, WRP 2015, 798, 802 f.; Köhler, WRP 2013, 567 ff.; Zech, WRP 2013, 1343.

## Beweisnot beim Notrufvertrag

BGH, Urt. v. 11.05.2017 - III ZR 92/16

RiAG Dr. Frank O. Fischer

### A. Problemstellung

Die Entscheidung beschäftigt sich mit den Voraussetzungen einer Beweislastumkehr bei Verträgen, in deren Rahmen es um den Schutz von Leben und Gesundheit geht. Dabei geht es um die Frage, wer nachweisen muss, ob ein eingetretener Schaden auch ohne die vorzuwerfende Pflichtverletzung

eingetreten wäre. Meistens steht und fällt der Ausgang derartiger Prozesse mit der Beweislast, weil die Einzelheiten nicht mehr aufgeklärt werden können. Der Beweislast kommt dann also – wie so oft – die prozessentscheidende Bedeutung zu, weswegen ihr besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

Die Klägerinnen sind Erbinnen des im Laufe des Verfahrens verstorbenen Klägers (im Folgenden der Einfachheit halber nur: Kläger). Der Kläger (Jahrgang 1934) verlangt von dem Beklagten Schadensersatz und Schmerzensgeld wegen Pflichtverletzung aus einem Hausnotrufvertrag. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag enthielt u.a. folgende Regelungen: „Das Hausnotrufgerät wird an eine ständig besetzte Zentrale angeschlossen. Von dieser Zentrale wird im Fall eines Notrufs unverzüglich eine angemessene Hilfeleistung vermittelt (z.B. durch vereinbarte Schlüsseladressen, Rettungsdienst, Hausarzt, Schlüsseldienst).“ Vereinbart war ein „Basispaket ohne Schlüssel- und Einsatzdienst für monatlich 17,90 Euro“. Der Beklagte verwahrte Haus- und Wohnungsschlüssel und sagte bei medizinischen oder pflegerischen Notfällen den Einsatz speziell geschulten Personals zu. Aus dem Erhebungsbogen, der Teil der Vertragsunterlagen war, ergaben sich multiple Erkrankungen des Klägers (Arthrose, Atemnot, chronische Bronchitis, Herzrhythmusstörungen, Diabetes, Bluthochdruck, Arterienverkalkung, erhöhtes Schlaganfallrisiko). Der stark übergewichtige Kläger benötigte die Zufuhr von Sauerstoff und nahm zahlreiche Medikamente.

Die Streithelferin des Klägers, ein Sicherheitsdienst, hatte die Sicherstellung des Interventionsdienstes im Rahmen des Hausnotrufs übernommen. Die Mitarbeiter der Streithelferin mussten eine Ausbildung in Erster Hilfe absolviert haben, sollten in spätestens 45 Minuten am Einsatzort eintreffen und, wenn die Erste Hilfe sich als unzureichend erweisen würde, eine Entscheidung des Beklagten über die weiteren Maßnahmen herbeiführen.

Am 09.04.2012 betätigte der Kläger den Notruf. Verständlich zu sprechen, war ihm nicht möglich, lediglich ein Stöhnen war zu vernehmen. Der Kläger konnte telefonisch nicht erreicht werden. Ein Mitarbeiter der Streithelferin begab sich vor Ort und fand den Kläger auf dem Boden liegend vor. Er konnte ihn alleine nicht aufrichten und forderte einen zusätzlichen Mitarbeiter an. Die beiden setzten den Kläger dann auf eine Couch und entfernten sich wieder. Streitig geblieben ist, ob der Kläger eine Frage nach Schmerzen und weiterer Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe mit „nein“ beantwortete und ob er alleine gehen konnte.

Erst am 11.04.2012 wurde der Kläger dann in seiner Wohnung liegend aufgefunden, bedauerlicherweise jedoch mit einer Halbseitenlähmung sowie einer Sprachstörung. Nachdem er in die Klinik verbracht worden war, wurde dort festgestellt, dass der Kläger wahrscheinlich einen ein bis drei Tage zurückliegenden Schlaganfall erlitten hatte. Zwischen dem 11. und 16.04.2012 erlitt der Kläger einen weiteren Schlaganfall. Bis zu seinem Tode lebte er dann in einem Pflegeheim, litt bis zuletzt unter der Sprachstörung und war auf einen Rollstuhl angewiesen.

Der Kläger macht geltend, er habe am Mittag des 09.04.2012 einen Schlaganfall erlitten. Dessen gravierende Folgen wären vermieden worden, wenn an diesem Tag der Beklagte einen Rettungswagen mit qualifizierten Rettungskräften geschickt hätte. Diese hätten rechtzeitig eine Therapie durch Lyse/Heparinisierung (Standardtherapie bei einem Schlaganfall) eingeleitet.

## II. Entscheidung

Die Tatsacheninstanzen hatten die Klage abgewiesen, hauptsächlich mit der Begründung, ein Verschulden des Mitarbeiters des Beklagten in der Notdienstzentrale sowie der Mitarbeiter des Streithelfers vor Ort sei nicht nachgewiesen. Der BGH sieht dies anders.

Als Anspruchsgrundlage sind die § 280 Abs. 1, § 278, § 823 Abs. 1, § 253 Abs. 2, § 1922 Abs. 1 BGB heranzuziehen.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen liegt eine eigene Pflichtverletzung des Mitarbeiters, der den Notruf entgegengenommen hat, vor. In Anbetracht der obigen Sachverhaltsschilderungen musste es sich diesem Mitarbeiter aufdrängen, dass hier ein akuter medizinischer Notfall vorlag, der umgehende ärztliche Hilfe erforderlich machte. In Anbetracht der Symptome und der Krankenvorgeschichte des Klägers lag es sogar mehr als nahe, dass er einen Schlaganfall erlitten hatte.

Darüber hinaus hat der Mitarbeiter in der Notrufzentrale sogar seine Sorgfaltspflichten in besonders schwerem Maße verletzt und schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und nicht beachtet, was in diesem Fall eigentlich jedem hätte einleuchten müssen: Die Hinzuziehung eines Arztes war unbedingt geboten. Der BGH brauchte daher nicht zu entscheiden, ob sich der Beklagte ein weiteres Verschulden der Mitarbeiter der Streithelferin hätte zurechnen lassen müssen.

Entscheidend ist aber nun, ob die Pflichtverletzung des Mitarbeiters der Notrufzentrale auch ursächlich für den bei dem Kläger eingetretenen Gesundheitsschaden war. Der BGH sieht hier eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers, soweit es um die Frage geht, ob die schwerwiegenden Folgen des ersten Schlaganfalls auch bei rechtzei-

tiger Hinzuziehung eines Rettungsdienstes eingetreten wären. Im Arzthaftungsrecht führt nach ständiger, schon jahrzehntelanger Rechtsprechung bekanntlich ein grober Behandlungsfehler, der grds. dazu geeignet ist, einen Schaden wie den eingetretenen herbeizuführen, zur Umkehr der Beweislast für die Ursächlichkeit zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden. Diese Beweislastumkehr hat ihre Rechtfertigung in erster Linie darin, dass durch die Pflichtverletzung die nachträgliche Aufklärbarkeit des Geschehens in erheblicher Weise erschwert wird.

Diese Beweislastumkehr gilt darüber hinaus auch bei der Verletzung sonstiger Berufs- oder Organisationspflichten, wenn diese dem Schutz von Leben und Gesundheit anderer dienen, ähnlich wie bei einem Arzt. Bereits im Jahr 1962 hatte der BGH entschieden, dass ein Schwimmmeister, der unter grober Verletzung seiner Berufspflicht einen Schwimmschüler ohne Aufsicht üben lässt, beweisen muss, dass der Schwimmschüler, der dann ertrank, auch bei sorgfältiger Überwachung nicht hätte gerettet werden können.<sup>1</sup> Und schon einige Jahre später wurde entschieden, dass zulasten eines Krankenhauses eine Beweislastumkehr greift, wenn dort grobe Verletzungen der Hygienestandards vorliegen.<sup>2</sup> In der letzten Entscheidung zu diesem Problemkomplex hatte der BGH diese Grundsätze auch schon auf grobe Pflichtverletzungen von Tierärzten angewandt.<sup>3</sup>

Vor diesem Hintergrund sieht der BGH „keine Bedenken“, die geschilderten Grundsätze auch im hier zu beurteilenden Fall heranzuziehen. Der Hausnotrufvertrag dient dem Schutz von Leben und Gesundheit und soll gerade auch älteren Menschen die Möglichkeit geben, noch zu Hause zu leben und gleichwohl mit schneller Hilfe im Notfall rechnen zu können. Genau damit wirbt der Beklagte auch für seine Dienstleistungen. Gleichfalls wird hier durch die Pflichtverletzung des Mitarbeiters des Beklagten in der Notdienstzentrale die Aufklärung des Geschehensablaufes maßgeblich erschwert.

Der BGH hat daher den Rechtsstreit an einen anderen Senat des KG zurückgewiesen, um noch die weiteren erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen.

Interessant ist noch Folgendes: Der Beklagte hatte in der Revisionsinstanz eingewandt, dass für den Klageantrag auf Feststellung für alle weiteren materiellen Schäden

1 BGH, Urt. v. 13.03.1962 - VI ZR 142/16.

2 Vgl. im Einzelnen BGH, Urt. v. 10.11.1970 - VI ZR 83/69.

3 BGH, Urt. v. 10.05.2015 - VI ZR 247/15 mit Anmerkung Fischer, jM 2016, 454 ff.

nach dem Tod des Klägers kein Raum mehr sei und daher das Feststellungsinteresse fehle; außerdem sei die Klage damit unbegründet. Da in einer solchen Konstellation die Klage ausnahmsweise als unbegründet abgewiesen werden darf,<sup>4</sup> weist der BGH die Klage daher ab.

### C. Kontext der Entscheidung

Diese Entscheidung reiht sich in eine längere Reihe von Entscheidungen ein, die eine Beweislastumkehr bei einer groben Pflichtverletzung postulieren, wenn es um Leben und Gesundheit (auch von Tieren) geht. Sie wird sicherlich nicht die letzte dieser Art sein.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn man als Unternehmer von einem Kunden nur monatliche Kleinbeträge erhält, kann ein Haftungsrisiko entstehen, dass existenzbedrohend sein kann. Unternehmen, die ein solches Risiko beinhalten, sollten nur als juristische Personen gegründet werden. Da aber oftmals daneben auch eine persönliche Haftung der dort tätigen natürlichen Personen in Betracht kommt, muss unbedingt für ausreichenden Versicherungsschutz gesorgt werden. Im Zweifel muss bei Hausnotrufverträgen der Mitarbeiter vor Ort vorsorglich einen Arzt einschalten. Da in der Gesellschaft die Anzahl der älteren Menschen immer mehr wächst, werden Fälle dieser Art sich sicherlich zunehmend häufiger ereignen.

### E. Bewertung

Im Hinblick auf die erwähnten vorausgegangenen Entscheidungen war diese Entscheidung zu erwarten. Etwas überraschend ist, dass der BGH – im Gegensatz zum KG – nicht nur eine Pflichtverletzung bejaht hat, sondern diese sogar als grob einschätzt. Allerdings wird man dieser Bewertung wohl folgen müssen: Einen derart kranken Menschen wie den Kläger, der darüber hinaus nicht mehr in der Lage war, sachgerecht zu kommunizieren, einfach sich selbst zu überlassen, ohne wenigstens eine ärztliche Überprüfung zu veranlassen, ist wirklich grob fahrlässig. Der Entscheidung kann damit letztlich zugestimmt werden, wenngleich doch eigentlich die Frage hätte gestellt werden müssen, ob § 630h Abs. 5 Satz 1 BGB (diese Vorschrift wird in der gesamten Entscheidung nicht erwähnt!), der die Beweislast im Rahmen der Arzthaftung regelt, analogiefähig ist!

## Adoption eines Kindes durch den Lebensgefährten eines Elternteils

BGH, Beschl. v. 08.02.2017 - XII ZB 586/15

RiAG Andreas Herzog, LL.M. (Tilburg)

### A. Problemstellung

Ein nicht verheirateter Annehmender kann grundsätzlich gem. § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB ein Kind nur alleine, ein Ehepaar gem. § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB ein Kind nur gemeinschaftlich annehmen. Nimmt ein Lebensgefährte eines Elternteils einen Minderjährigen an, so erlischt nach § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu den bisherigen Verwandten und damit auch zu diesem Elternteil, was jedoch von den Beteiligten üblicherweise nicht gewollt ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die beiden anzunehmenden Minderjährigen stammen aus der Ehe der Kindesmutter mit ihrem im Jahr 2006 verstorbenen Ehemann. Der Annehmende lebte in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit der Kindesmutter seit dem Jahr 2007 zusammen. Annehmender und Kindesmutter stellten beim AG Ahaus einen Antrag auf Adoption und beehrten, dass die Anzunehmenden die Stellung gemeinsamer Kinder erlangen sollten. Das AG Ahaus wies den Antrag mangels gesetzlicher Grundlage zurück.<sup>1</sup>

Auch die Beschwerde vor dem OLG Hamm war erfolglos.<sup>2</sup> Eine Adoption mit der beabsichtigten Rechtsfolge sei nach aktueller Gesetzeslage nicht möglich. Der Gesetzgeber habe sich 1976 von der Vorstellung leiten lassen, das Kindeswohl sei am besten bei einer Adoption durch ein Ehepaar gewährleistet. Eine solche Adoption biete die besten Voraussetzungen für die Entwicklung des Kindes. Andere Lebensgemeinschaften seien dagegen rechtlich nicht abgesichert, somit sei eine gemeinschaftliche Annahme des Kindes nicht gerechtfertigt. Es fehle an den Voraussetzungen, um das Kind rechtlich in diese Gemeinschaft einzuordnen. Trotz der im Schrifttum geäußerten Zweifel an dem absoluten Verbot der gemeinschaftlichen Adoption durch unverheiratete Paare, welchem eine Einzelfallabwägung vorzuziehen sei, könne die begehrte Rechtsfolge mangels Gesetzesgrundlage nicht angeordnet werden.

Der BGH schließt sich der Auffassung des OLG Hamm an und weist darauf hin, dass der eindeutige Wortlaut des

4 Ständige Rechtsprechung: z.B. BGH, Urt. v. 25.01.2012 - XII ZR 139/09.

1 AG Ahaus, Beschl. v. 09.12.2013 - 12 F 235/13.

2 OLG Hamm, Beschl. v. 13.11.2015 - II-3 UF 9/14.

§ 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB keine Auslegung zugunsten der Antragsteller zulasse. Nach der gesetzgeberischen Vorstellung solle das anzunehmende Kind in die „harmonische und lebensstüchtige Familie“ aufgenommen werden, welche sich üblicherweise um ein Ehepaar gruppiere.<sup>3</sup>

Für unverheiratete Personen bestehe dagegen keine der Stiefkindadoption vergleichbare gesetzliche Regelung. Eine Adoption könne nach der Gesetzeslage durch eine nicht verheiratete Person deshalb nur allein geschehen, mit der Folge, dass gem. § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB das Verwandtschaftsverhältnis zu seinen bisherigen Verwandten und damit auch zu dem jeweiligen Lebensgefährten erlösche. Die grammatikalische, teleologische, systematische und historische Auslegung ständen einer teleologischen Reduktion der Norm entgegen.

Der Senat verneint mangels Verfassungswidrigkeit der Norm die Erforderlichkeit einer Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG. Eine Verletzung des Rechts auf Pflege und Erziehung der Kinder gem. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sieht der BGH nicht, da der Annehmende nicht in den Schutzbereich der Norm falle. Die soziale Elternschaft könne zwar nach der Rechtsprechung des BVerfG eine notwendige Bedingung für die einfachgesetzliche Zuweisung der Elternrolle sein, sei aber allein nicht ausreichend für die Zuweisung verfassungsrechtlicher Elternschaft. Sie begründe weder eine Elternposition i.S.v. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG noch ein Recht auf eine Adoption.<sup>4</sup> In das Elternrecht der Kindesmutter werde durch die Versagung der Adoption nicht eingegriffen.

Der BGH verneint ebenso eine Verletzung des durch Art. 6 Abs. 1 GG garantierten Schutzes von Ehe und Familie. Zwar umfasse dieser Schutz auch „soziale Familien“ ohne eine rechtliche Elternschaft. Der BGH nimmt wieder Bezug auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Versagung einer Adoption nicht in das Familiengrundrecht eingreift und das tatsächliche familiäre Zusammenleben nicht unmittelbar betrifft, sondern nur dadurch berührt, dass die Lebensgefährten die Erziehungsaufgaben nicht gleichberechtigt wahrnehmen könnten.<sup>5</sup> Der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers sei nicht überschritten, da Art. 6 Abs. 1 GG bereits keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine Adoptionsmöglichkeit für einen Ehegatten eines Elternteils und erst recht nicht für einen unverheirateten Lebensgefährten begründe.

Der BGH vermag auch keine gem. Art. 3 Abs. 1 GG unzulässige Ungleichbehandlung der Antragsteller zu erkennen. Nach seiner Auffassung sei nicht von einem bloßen Willkürverbot bei der Adoption auszugehen, sondern ein deutlich strengerer Prüfungsmaßstab anzulegen. Denn die Adoptionsablehnung betreffe für die Persönlichkeitsentfaltung relevante Grundrechte des Kindes, insbesondere die Ge-

währleistung elterlicher Pflege und die Übernahme der elterlichen Sorge durch ein weiteres rechtliches Elternteil. Der BGH wertet die mit der Adoption eingehende Stabilisierungsfunktion der Familie zwar durch die Versagung der Adoption als beeinträchtigt, da für das Kind der Eindruck entstehen könne, sein Verhältnis sei gegenüber dem Familienverhältnis anderer Stiefkindfamilien mit verheirateten Eltern minderwertig. Der Senat sieht diese Ungleichbehandlung jedoch als durch den Zweck der Gewährleistung einer stabilen Elternbeziehung gerechtfertigt an.

Es liegt nach dem BGH auch keine Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Rechts des anzunehmenden Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung vor. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG kommt dem Gesetzgeber bei grundrechtlichen Schutzpflichten ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.<sup>6</sup> Diesen Spielraum sieht der Senat mit dem Argument als nicht überschritten an, dass die Anzunehmenden bereits über ein rechtliches Elternteil verfügten und die Kindesmutter mit dem Annehmenden die Ehe schließen könne.

Der Senat verneint des Weiteren eine Verletzung des durch Art. 8 EMRK garantierten Rechts auf Achtung des Familienlebens. Der Rechtsprechung des EGMR<sup>7</sup> folgend schließt der BGH auch faktische Familienbände in den Begriff der Familie ein. Der vorliegende Eingriff sei aber gem. Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt. Nachdem Art. 6 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Adoption von Kindern vom 24.04.1967<sup>8</sup> zunächst auch die gemeinschaftliche Adoption verboten habe, öffne zwar Art. 7 Abs. 2 Satz 2 des Europäischen Adoptionsübereinkommens vom 27.11.2008<sup>9</sup> die gemeinschaftliche Adoption für Paare in einer stabilen Beziehung. Dies stelle allerdings nur eine Öffnungsklausel dar und sei nicht für den nationalen Gesetzgeber verbindlich.

Eine Konventionswidrigkeit von § 1741 Abs. 2 und § 1775 Abs. 1 BGB verneint der BGH unter Berufung auf die grundsätzliche Anerkennung des Erlöschens der Verwandtschaftsbeziehungen aufgrund der Adoption durch den EGMR.<sup>10</sup>

3 BT-Drs. 7/3061, S. 28.

4 BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 Rn. 59.

5 BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 Rn. 67.

6 BVerfG, Beschl. v. 13.12.1966 - 1 BvR 512/65 Rn. 15; BVerfG, Urt. v. 06.06.1978 - 1 BvR 102/76 Rn. 62; BVerfG, Beschl. v. 12.05.1987 - 2 BvR 1226/83 Rn. 104; BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 - 2 BvF 2/90 Rn. 188; BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 - 1 BvR 409/90 Rn. 30; BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 Rn. 45.

7 EGMR, Urt. v. 13.12.2007 - 39051/03 - „Emonet u.a. / Schweiz“.

8 BGBl. II 1980, 1094, 1096.

9 BGBl. II 2015, 2, 6.

10 EGMR, Urt. v. 13.12.2007 - 39051/03 - „Emonet u.a. / Schweiz“.



Der BGH verweist den Annehmenden und die Kindesmutter abschließend noch einmal auf die Möglichkeit, die Ehe zu schließen, um eine gemeinschaftliche Elternschaft zu begründen.

### C. Kontext der Entscheidung

Im Jahr 2007 hat der EGMR entschieden, es verstoße gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EGMR, wenn eine nach schweizerischem Recht erfolgende Adoption eines volljährigen, behinderten Kindes durch den Lebensgefährten der Mutter die verwandtschaftliche Beziehung zwischen Kind und Mutter erlöschen lasse.<sup>11</sup>

In der Literatur wurde unter Verweis auf diese Entscheidung des EGMR angenommen, § 1741 Abs. 1 BGB sei konventionswidrig.<sup>12</sup> Dieser Auffassung ist der BGH nun entgegengetreten. Der BGH überträgt gerade nicht die vom EGMR für den Fall der Adoption eines volljährigen, behinderten Kindes getroffene Entscheidung auf die vorliegende Minderjährigenadoption.

Die Entscheidung des BGH greift in weiten Teilen die vom BVerfG in seiner Entscheidung zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner<sup>13</sup> niedergelegten Grundsätze auf. Danach muss der Gesetzgeber nicht bei Vorliegen jeder faktischen Eltern-Kind-Beziehung dem sozialen Elternteil unbedingt das volle Elternrecht zuerkennen.<sup>14</sup>

Der BGH hat im Jahr 2015 keinen Verstoß gegen den *ordre public* durch eine ausländische Adoptionsentscheidung aus der Republik Südafrika erkennen können, durch welche ein verschiedengeschlechtliches Paar ohne familienrechtliche Bindung ein Kind annehmen konnte.<sup>15</sup> Entscheidend war für den BGH damals, dass die Dauerhaftigkeit und Stabilität der Lebensgemeinschaft der Annehmenden gesetzlich vorausgesetzt und auch staatlich geprüft worden war.<sup>16</sup>

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die vorliegende Entscheidung bestätigt erst einmal den gesetzlichen Status quo. Annehmende müssen damit vor einer Adoption weiterhin den leiblichen Elternteil ehelichen, bevor sie die in die Partnerschaft mitgebrachten Kinder als eigene annehmen können. Damit bleiben die Auswirkungen für die Rechtspraxis jedenfalls zunächst überschaubar.

Die Entscheidung gibt aber wiederum Anlass, darüber nachzudenken, ob das geltende Recht noch dem Bedürfnis von Patchwork-Familien gerecht wird, mag auch das Gesetz bereits diverse Alternativen zur Stiefkindadoption bieten.<sup>17</sup> Die Mithilfe bei der Ausübung der elterlichen Sorge durch den neuen Lebensgefährten durch Vollmachten ist oft umständlich und wird im Alltag nicht von allen Institu-

tionen ohne Weiteres anerkannt. Auch die Vorsorge für den Fall des Versterbens des leiblichen Elternteils durch Benennung des Partners als Vormund gem. § 1776 BGB unterliegt den Einschränkungen des § 1778 BGB. Der soziale Elternteil kann zudem zwar finanziell durch die Errichtung eines Testaments für die in die Partnerschaft eingebrachten fremden Kinder vorsorgen, diese genießen jedoch z.B. nicht den hohen Freibetrag gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG wie leibliche, Adoptiv- oder Stiefkinder.

Ob man die Lösung dieser Probleme allerdings allein im Bereich des Adoptionsrechts durch dessen Änderung finden kann, ist fraglich. Im Rahmen der Wahrnehmung elterlicher Sorge könnte man bspw. auch über die Schaffung einer § 1630 Abs. 3 BGB vergleichbaren Regelung zugunsten sozialer Elternteile nachdenken, um praktischen Problemen einer Vollmacht zu begegnen.

Die Entscheidung steht jedenfalls einer durch den Gesetzgeber erfolgenden Öffnung der Adoption für nicht rechtlich verbundene Paare nicht entgegen.

Sollte der Gesetzgeber jedoch tatsächlich den bereits infolge der Entscheidung geäußerten Rufen nach einer Gesetzesänderung im Adoptionsrecht<sup>18</sup> folgen, so dürfte sich in der Praxis der Prüfungsaufwand für Jugendämter und Familiengerichte hinsichtlich der geforderten Dauerhaftigkeit und Stabilität der Lebensgemeinschaft der Annehmenden deutlich erhöhen. Während in der Praxis durch die formale Eheschließung die zeitliche und rechtliche Dauerhaftigkeit der Paarbeziehung leicht zu prüfen ist, müssten Prüfungskriterien für das Vorliegen einer „stabilen Beziehung“ erst entwickelt werden.

### E. Bewertung

Die Entscheidung überzeugt in der Argumentation und im Ergebnis, indem sie die Entscheidung über die Zulassung der Adoption durch nicht verheiratete Paare im Ermessensspielraum und damit auch im Verantwortungsbereich des Gesetzgebers belässt.

Der abschließende, wiederholte Hinweis des BGH zur Möglichkeit der Eheschließung, den auch das Amtsgericht bereits geäußert hatte,<sup>19</sup> irritiert aber vor der Entscheidung

11 EGMR, Ur. v. 13.12.2007 - 39051/03 - „Emonet u.a. / Schweiz“.

12 Enders in: BeckOK, BGB; Bamberger/Roth, BGB, 42. Edition, § 1741 Rn. 30.1, Stand: 01.02.2017; Henrich, FamRZ 2008, 379.

13 BVerfG, Ur. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11.

14 BVerfG, Ur. v. 19.02.2013 - 1 BvL 1/11 Rn. 70.

15 BGH, Beschl. v. 17.06.2015 - XII ZB 730/12.

16 BGH, Beschl. v. 17.06.2015 - XII ZB 730/12 Rn. 12.

17 Überblick bei Saar in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 1741 Rn. 16.

18 Hilbig-Lugani, LMK 2017, 390401.

19 AG Ahaus, Beschl. v. 09.12.2013 - 12 F 235/13 Rn. 15.

des EGMR. Dieser war dem gleichlautenden Argument der Schweizer Regierung mit der Auffassung entgegengetreten, es stehe den nationalen Behörden nicht zu, den Beteiligten Ratschläge zu erteilen, wie sie ihr Zusammenleben gestalten sollten.<sup>20</sup>

Bei der Leichtigkeit, mit der der Senat in diesem Hinweis der Kindesmutter anscheinend den Wegfall ihrer Witwenrente im Fall der Wiederheirat zumutet, fällt auf, dass er keinerlei Bezug auf § 1755 Abs. 1 Satz 2 BGB nimmt. Danach werden Ansprüche des Kindes, die bis zur Annahme entstanden sind, insbesondere auf Renten, Waisengeld und andere entsprechende wiederkehrende Leistungen, durch die Annahme nicht berührt.

Der historische Gesetzgeber hat sich bewusst entschieden, mit § 1755 Abs. 1 Satz 2 BGB den Grundsatz der Volladoption zu durchbrechen, damit nicht aus wirtschaftlichen Er-

wägungen Dauerpflegeverhältnisse einer Adoption vorgezogen werden, auch behinderte Kinder an Adoptionswillige vermittelt werden können und keine sozialrechtlichen Unterschiede zwischen der Minderjährigen- und der Volljährigenadoption entstehen würden.<sup>21</sup> Damit hatte er zwar eigentlich die Adoption vollständig elternloser Kinder im Blick, aber eine Differenzierung zur Stiefkindadoption wurde auch nicht eingeführt. Dessen ungeachtet mutet der Senat der Kindesmutter hinsichtlich der erworbenen Witwenrente einen Verlust zu, den der Gesetzgeber dem Kind zur Förderung der Adoptionswilligkeit gerade nicht aufgebürdet hat.

20 EGMR, Urte. v. 13.12.2007 - 39051/03 - „Emonet u.a. ./ Schweiz“ Rn. 82.

21 BT-Drs. 7/5087, S. 16 f.

## Arbeitsrecht

# Tarifeinheitgesetz und Tarifvertragsfreiheit – zum Urteil des BVerfG vom 11.07.2017

MRBMF Dr. Michael Kemper<sup>1</sup>

Das BVerfG hat sich schon oft mit Fragen der Tarifvertragsfreiheit befasst. Diese Rechtsprechung unterliegt, wie allgemein die Rechtsprechung zu Schranken des Art. 9 Abs. 3 GG, einer Entwicklung mit erheblichen, auch Grundfragen betreffenden Veränderungen. Bis heute hat dies nur eingeschränkt zu dogmatischer Stringenz geführt. Das Urteil des BVerfG vom 11.07.2017<sup>2</sup> zum Tarifeinheitgesetz vom 03.07.2015<sup>3</sup> reiht sich in diese Praxis ein und markiert den aktuellen Stand.

## A. Ausgangslage

Ein- und dasselbe Arbeitsverhältnis darf nicht den Regelungen unterschiedlicher Tarifverträge unterworfen sein (wie es im Fall einer „Tarifkonkurrenz“ der Fall wäre). Aber unterschiedliche Arbeitsverhältnisse im selben Betrieb können durch unterschiedliche Tarifverträge geregelt sein; dann besteht „Tarifpluralität“.<sup>4</sup> Bis zum Jahr 2010 war durch die Rechtsprechung des BAG aus vermeintlichen Praktikabilitätsgründen „Tarifeinheit“ erzwungen worden, indem – nicht nur bei der Tarifkonkurrenz, sondern auch zur Vermeidung der Tarifpluralität – immer nur ein einziger, nämlich der (räumlich, betrieblich, fachlich, persönlich)

„speziellere“ Tarifvertrag im Betrieb als wirksam anerkannt wurde.<sup>5</sup> Diese Rechtsprechung wurde vielfach als Verletzung der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifvertragsfreiheit abgelehnt.<sup>6</sup>

Mit Urteil vom 07.07.2010 hat das BAG seine Rechtsprechung geändert und auch tarifplurale Regelungsverhältnisse im Betrieb als wirksam anerkannt.<sup>7</sup> Diese Tarifpluralität wurde dann aber vom Gesetzgeber mit dem durch das Ta-

1 Die nachfolgenden Ausführungen stehen mit den dienstlichen Aufgaben des Bearbeiters nicht in Zusammenhang und geben ausschließlich seine persönlichen Ansichten wieder.

2 Urteil des Ersten Senats v. 11.07.2017 - 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16. Im Folgenden zitiert als „BVerfG, Urte. v. 11.07.2017, Rn. ...“.

3 BGBl. I, 1130.

4 Zur Terminologie BAG, Urte. v. 20.03.1991 - 4 AZR 455/90.

5 BAG, Urte. v. 04.12.2002 - 10 AZR 113/02 m.w.N. auf die Rechtsprechung des BAG.

6 LArbG Chemnitz, Urte. v. 02.11.2007 - 7 SaGa 19/07; LArbG Mainz, Urte. v. 14.06.2007 - 11 Sa 208/07; Löwisch/Riebl in: MünchHbArbR, Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 276 Rn. 17.

7 BAG, Urte. v. 07.07.2010 - 4 AZR 549/08 Rn. 56 ff.

rifeinheitsgesetz vom 03.07.2015 neu eingeführten § 4a TVG wieder beschränkt: Soweit sich die Geltungsbereiche „nicht inhaltsgleicher“ Tarifverträge (zeitlich, räumlich, fachlich und persönlich) „überschneiden“, bleiben nur die Rechtsnormen des Vertrags derjenigen Gewerkschaft „anwendbar“, die zur Zeit des Abschlusses des letzten der kollidierenden Verträge in dem Betrieb die meisten Mitglieder hat, § 4a Abs. 2 TVG. Nach § 4a Abs. 4 TVG hat die so verdrängte Gewerkschaft einen Anspruch auf „Nachzeichnung“ des verdrängenden Tarifvertrags, womit sie dann auch insoweit vollwirksam Tarifvertragspartei wird. Im Vorfeld hat die Arbeitgeberseite die Aufnahme von Tarifverhandlungen mit einer Gewerkschaft bekannt zu geben; die anderen Gewerkschaften haben das Recht, ihre Vorstellungen und Forderungen vorzutragen, § 4a Abs. 5 TVG. Die Feststellung der Mehrheitsverhältnisse ist durch das Tarifeinheitsgesetz in den geänderten § 2a Abs. 1 Nr. 6, § 99 ArbGG als antragsgebundenes arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren geregelt; der Nachweis über die Zahl der Arbeitnehmer in einem Betrieb, die Mitglieder der Gewerkschaft sind, kann durch öffentliche Urkunden (etwa eines Notars) geführt werden, § 58 Abs. 3 ArbGG. Gegen dieses Tarifeinheitsgesetz richteten sich Verfassungsbeschwerden, die vom BVerfG weitgehend zurückgewiesen wurden.

## B. Das Tarifvertragssystem als Ergebnis von Gesetzgebungspflichten und -rechten

Die Tarifvertragsfreiheit gehört zu den durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Betätigungen der Koalitionen und ihrer Mitglieder.<sup>8</sup> Nach den allgemeinen Kategorien des Grundrechtsschutzes sind zu unterscheiden der Schutzbereich, dessen Schranken und schließlich die Schranken-Schranken: Jedes Grundrecht bestimmt einen Schutzbereich, der staatlichen Beschränkungen grds. entzogen ist, in den nur eingegriffen werden darf, soweit Grundrechtsschranken dies erlauben,<sup>9</sup> deren Inanspruchnahme dann wiederum durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke begrenzt ist. Keinesfalls taugt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als eigenständige Grundlage für staatliche Reglementierung in einem grundrechtlich geschützten Bereich.<sup>10</sup>

Der Schutz der Tarifvertragsfreiheit weist aber eine Besonderheit auf: Teil dieses den Grundrechtsträgern als subjektiv-öffentliches Recht gewährleisteten Schutzes ist die „Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen“.<sup>11</sup> Gesetzliche Systeme beruhen auf der Tätigkeit des Gesetzgebers. Der Schutz aus Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sich deshalb nicht auf die Abwehr staatlicher Eingriffe in die natürliche Handlungsfreiheit der Grundrechtsträger. Gewährleistet

wird auch, dass der Gesetzgeber einen Bestand von Normen schafft oder erhält oder, wenn sich neue Regelungsbedarfe ergeben, neu oder wieder herstellt, aus denen dieses Tarifvertragssystem besteht, nämlich den „Kernbereich eines Tarifvertragssystems, weil sonst die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, nicht sinnvoll erfüllen können“.<sup>12</sup> Das BVerfG betont die Pflicht zur „Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können“.<sup>13</sup> Das Grundrecht umfasst hier eine Regelungspflicht des Gesetzgebers.<sup>14</sup>

Das ist die Grundlage, auf der die Tarifvertragsfreiheit (insoweit vergleichbar den Garantien des Eigentums aus Art. 14 GG und der Ehe, Art. 6 Abs. 1 GG) als Institutsgarantie klassifiziert werden kann:<sup>15</sup> Diese Garantie umfasst sowohl das Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe als auch die Garantie eines Bestands von Normen, die zumindest den „Kernbereich des Tarifvertragssystems“<sup>16</sup> schaffen müssen. Dieser Normenbestand bildet das garantierte „Institut“. In der Literatur ist zum Teil von einer „Bewirkungsdimension“ des Art. 9 Abs. 3 GG die Rede.<sup>17</sup> Zu dem jedenfalls garantierten Kernbereich der funktionsnotwendigen Normen gehört (formell) die Kompetenz der Tarifvertragsparteien, miteinander „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zu vereinbaren, die normativ zugunsten und zulasten der beiderseits Tarifgebundenen (nicht nur

8 Ständige Rechtsprechung seit BVerfG, Urt. v. 06.05.1964 - 1 BvR 79/62; zuletzt BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 131.

9 Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 262 ff., 264.

10 Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 1 Rn. 277.

11 BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77; ebenso BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 - 1 BvR 404/78.

12 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1966 - 1 BvL 24/65.

13 BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77; BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 144.

14 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 144; so u.a. schon BVerfG, Urt. v. 18.11.1954 - 1 BvR 629/52; BVerfG, Urt. v. 06.05.1964 - 1 BvR 79/62 Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1966 - 1 BvL 24/65; BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77; aus der Literatur Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 80, 96; Cornils in: BeckOK, GG, Art. 9 Rn. 62.

15 Ausführlich Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 141 ff.; Kloepfer in: HGR, Bd. II, § 43 Einrichtungsgarantien, S. 934; Rupp, JZ 1998, 919, 924 (Tarifautonomie als „verfassungsgewohnheitsrechtlich geltendes Institut“, vergleichbar mit den Verfassungsinstituten des Eigentums, Art. 14, oder der Ehe, Art. 6). Hänslé, Streik und Daseinsvorsorge, 2015, S. 528; a.A. Löwer in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 73, und auch Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 300.

16 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1966 - 1 BvL 24/65.

17 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 5 f. mit Fn. 16, Rn. 79 ff.

der Vertragsparteien) wirken,<sup>18</sup> ein rechtliches Können, das durch das Tarifvertragsrecht begründet wird. Außer dieser Kompetenz zur Schaffung von Rechtsnormen durch Tarifvertrag muss zugunsten der Tarifvertragsparteien auch (materiell) ein inhaltlicher Freiraum bestehen, solche Regelungen zu treffen und nicht etwa durch zwingende rechtliche Ge- oder Verbote (zu Fragen des Lohns, der Arbeitszeit oder sonstiger tarifvertraglicher Regelungsgegenstände) an der Ausübung eigener Regelungsmacht gehindert zu sein.<sup>19</sup> Dass den Tarifvertragsparteien „materiell“ ein hinreichender Regelungsspielraum gewährleistet sein und sie „formell“ die Kompetenz haben müssen, in einem freien Auseinandersetzungsverfahren Tarifverträge mit normativer Kraft zu schließen, lässt viel Raum für den Gesetzgeber. Insbesondere materiell gibt es insoweit keine a priori feststehende „Tabuzone“, die bestimmte Bedingungen in jedem Fall gegen staatliche Normsetzung sperrt.<sup>20</sup> Erst in der Gesamtschau der gesetzlichen Vorgaben an die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einerseits, der den Koalitionen verbleibenden tarifvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten andererseits kann eine Verletzung des Schutzbereichs der Tarifvertragsfreiheit begründet werden. Auch das jeweils bestehende Tarifvertragssystem genießt als solches keinen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz.<sup>21</sup>

In der Rechtsprechung des BVerfG wird die Tarifvertragsfreiheit nicht als „Institutsgarantie“ klassifiziert.<sup>22</sup> Zur Rechtfertigung des umfangreichen Normenbestandes im Bereich der tarifvertraglich regelbaren Materien und des Tarifvertragsrechts selbst kombiniert das Gericht stattdessen die (im Ergebnis allgemein anerkannte) Regelungspflicht mit einem Ausgestaltungsrecht: In seiner früheren Rechtsprechung räumte es dem Gesetzgeber gegenüber dem Grundrechtsschutz aus Art. 9 Abs. 3 GG ein nicht näher begründetes, aber umfassendes Recht zu einer „Ausgestaltung“ der Freiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ein,<sup>23</sup> die an keine weiteren Funktionsnotwendigkeiten oder Schranken gebunden sein sollte. Die pauschale Behauptung solcher Ausgestaltungsrechte war nicht aufrechtzuerhalten. Sie war unvereinbar mit den oben genannten allgemeinen Kategorien des Grundrechtsschutzes, nach denen Grundrechte „negative Kompetenznormen“ darstellen und gerade keiner „Ausgestaltung“ offenstehen.<sup>24</sup>

Soweit aktuell noch von einer erlaubten gesetzgeberischen „Ausgestaltung“ die Rede ist, sollen davon nur diejenigen gesetzlichen Regelungen erfasst sein, derer die Grundrechtsträger bedürfen, um die ihnen garantierte Freiheit ausüben zu können (also z.B. ein TVG, das den Koalitionen die Möglichkeit gibt, in einem Tarifvertrag mit normativer Kraft Arbeitsbedingungen zu regeln); sonstige staatliche Ge- oder Verbote an die Tarifparteien seien dagegen als

„Eingriff“ in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit zu klassifizieren, sie seien deshalb grds. untersagt, sofern sie nicht gerechtfertigt würden durch Grundrechtsschranken.<sup>25</sup> Auch in der Rechtsprechung des BVerfG wird ein Recht des Gesetzgebers zur „Ausgestaltung“ nur noch angenommen, „soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freiheitsrechts“ schaffen.<sup>26</sup> Diese Rechtsfigur der „Ausgestaltung“ wird ohne nähere Erörterung gestellt neben die Pflicht des Gesetzgebers, „die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen“, derer es für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem bedarf.<sup>27</sup> Es liegt wohl nahe, hier anzunehmen, dass aus Sicht des Gerichts das Ausgestaltungsrecht ohne Weiteres aus der Regelungspflicht folgt; dann sind beide auf dieselben gesetzlichen Regelungen gerichtet. Die (modifizierte) Kategorie der (erlaubten, weil erforderlichen) „Ausgestaltung“ erfasst also nur die Gesetze, ohne die ein Tarifvertragssystem mit normativ wirkenden Tarifabschlüssen unmöglich wäre, sonst nichts. Nicht unter diese Rechtfertigung fallen z.B. Gesetze zum Mindestlohn,<sup>28</sup> zur Arbeitszeit,<sup>29</sup> zum Urlaub,<sup>30</sup> nützlich, aber nicht zwingend gerade so, wie sie

18 BVerfG, Urt. v. 18.11.1954 - 1 BvR 629/52; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 - 2 BvL 11/74; BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 - 1 BvR 24/74; Löwer in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 74; Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 94, 96; vgl. Cornils in: BeckOK, GG, Art. 9 Rn. 62; a.A. Scholz in: HStR, Bd. VIII, § 175 Rn. 42.

19 Ausführlich Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 151; vgl. Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 247.

20 Löwisch/Rieble in: MünchHbArbR, Bd. 2, § 157 Rn. 36.

21 BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77; Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 88; Dietlein in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 112, S. 2055.

22 Die Verwendung der Terminologie „Rechtsinstitute und Normenkomplexe“ in der Rechtsprechung (siehe Fn. 14) stellt einen solchen Bezug nur sehr am Rande her.

23 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.1965 - 2 BvR 54/62; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1966 - 1 BvL 24/65 zur Ausgestaltung der Tarifautonomie; BVerfG, Beschl. v. 26.05.1970 - 2 BvR 664/65; BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77.

24 Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, Rn. 91: „negative Kompetenznorm“; Forsthoff, VVDStRL 8 (1954), 18 mit Leitsatz 7, S. 35: „Ausgrenzungen“ aus der staatlichen Regelungsmacht; zustimmend Dürig in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 (1958) Rn. 94.

25 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 35 ff.; Rixen in: Stern/Becker, GG, Art. 9 Rn. 4; Hänse, Streik und Daseinsvorsorge, 2015, S. 522.

26 Ausführlich BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77; BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 - 1 BvR 404/78.

27 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 144; weitere Nachweise Fn. 13.

28 Mindestlohngesetz vom 11.08.2014, BGBl. I, 1348.

29 Arbeitszeitgesetz vom 06.06.1994, BGBl. I, 1170, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.07.2009, BGBl. I, 1939.

30 Bundesurlaubsgesetz vom 08.01.1963, BGBl. I, 2, zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.05.2002, BGBl. I, 1529.



erlassen wurden, erforderlich sind auch Regelungen direkt im Tarifvertragssystem selbst, etwa die Vorgaben des § 4 TVG, welche Regelungen eines Tarifvertrages genau welche Wirkungen etwa auch in Bezug auf etwaige gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien haben, oder die des § 5 TVG, welche Regelungen auf welche Weise Allgemeinverbindlichkeit erlangen können. Alle nicht funktionsnotwendigen nicht tarifdispositiven Gesetze zum Tarifvertragsrecht oder zu Materien aus dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die auch Gegenstand von Tarifverträgen sein können, bedürften also weiterhin einer Rechtfertigung.

In der Rechtsprechung des BVerfG wird deshalb die Regelungspflicht und das ihr entsprechende (Ausgestaltungs-) Recht ergänzt durch ein dem Gesetzgeber zuerkanntes Recht, in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit allgemein und insbesondere auch den der Tarifvertragsfreiheit einzugreifen „zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange“.<sup>31</sup> Grenze dieser Eingriffsbefugnis sei die Verhältnismäßigkeit.<sup>32</sup> In der Literatur hat auch diese Rechtsprechung weitgehend Zustimmung gefunden.<sup>33</sup>

Der Konflikt eines solchen Eingriffsrechts kraft vermeintlicher Verfassungsrechtsgüter mit der Bindung der Exekutive an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) „liegt auf der Hand“.<sup>34</sup> Dass sich die Verfassung mit den Belangen der Demokratie, des Sozialstaats, des Bund-Länder-Verhältnisses (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG), der Gesetzgebung, der Rechtsprechung, aber etwa auch des Finanzwesens, auch diverser Institutionen und ihrer Aufgaben befasst, verhilft diesen Materien eben nicht zu einem „Verfassungsrang“, kraft dessen einschlägige einfachgesetzliche Regelungen über dem Grundrechtskatalog der Verfassung stünden und diese auch ohne Schrankenvorbehalt beschränken dürften. Die Grundrechte gelten selbstverständlich uneingeschränkt auch da, wo der Staat seine im Grundgesetz aufgeführten Aufgaben verfolgt.<sup>35</sup> Insbesondere unterliegen Grundrechte keinem Gemeinwohlvorbehalt, auch nicht Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>36</sup> Auch Grundrechte Dritter taugen nicht als pauschale Eingriffsvorbehalte: Grundrechte garantieren Freiheit gegenüber dem Staat (Art. 1 Abs. 3 GG), nicht gegenüber anderen Grundrechtsträgern. Der Interessenausgleich zwischen Privaten erfolgt durch das einfache Recht (insbesondere das Zivilrecht), bei dessen Gestaltung der Gesetzgeber gegenüber jedem einzelnen Grundrechtsträger die Grundrechte zu beachten hat. Die jeweils geregelten Schrankenvorbehalte machen das möglich, dürfen aber auch nicht überschritten werden. Auch dort, wo der Staat Interessen Privater ausgleichen will, ist seine Gestaltungsmacht durch Freiheitsrechte begrenzt,<sup>37</sup> und zwar gegenüber allen Betroffenen.

### C. „Legitimität der verfolgten Ziele“ statt Schranken

Genau besehen, prüft das BVerfG in seinen Entscheidungen weder, ob eine gesetzgeberische Regelung notwendig für das Funktionieren des Tarifvertragssystems und deshalb eine (erlaubte) „Ausgestaltung“ wäre, noch, ob eine (vermeintliche) Kollision zwischen einem Recht oder Belang mit „Verfassungsrang“ oder einem Grundrecht eines Dritten einerseits und der Tarifvertragsfreiheit andererseits droht, ob also ein solches Recht „mit Verfassungsrang“ verletzt wäre, wenn nicht die Tarifvertragsfreiheit eingeschränkt würde. Die Urteile listen zwar die angeblichen Regelungs- und Eingriffsbefugnisse abstrakt auf, erörtern aber nur, ob das Ziel, das der Gesetzgeber mit seiner Regelung verfolgt, „legitim“ sei, und prüfen dann nur noch die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit.<sup>38</sup> Diese spezifische „Legitimität“ wird hergeleitet aus der Zuordnung der vom Staat mit dem Eingriff verfolgten Ziele zu in der Verfassung benannten Themen oder Aufgaben: Genannt werden die Förderung und Pflege von Wissenschaft und Forschung mit Bezug auf Art. 5 Abs. 3 GG,<sup>39</sup> und – im Hinblick auf die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen naheliegend – das Sozialstaatsprinzip bei der Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit<sup>40</sup> oder bei dem Bemühen um einen hohen Beschäftigungsgrad und damit stabile So-

31 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 143, „stRspr“.

32 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 141, 151 ff.; BVerfG, Beschl. v. 24.04.1996 - 1 BvR 712/86; BVerfG, Beschl. v. 03.04.2001 - 1 BvL 32/97.

33 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 140 ff.; Löwer in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 111; Bauer in: Dreier, GG, Bd. I, Rn. 94, 97 ff.; Rixen in: Stern/Becker, GG, Art. 9 Rn. 88 ff.; Cornils in: BeckOK, GG, Art. 9 Rn. 86 ff. Ablehnend Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 117 ff.

34 Bamberger, Der Staat 39 (2000), 355, 355 (Zitat), 364, insbesondere 368 ff.; ausführlich Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 118.

35 Siehe Fn. 34.

36 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 150; Dietlein in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 112, S. 2003.

37 Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 119; zustimmend Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 63.

38 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 143 f. (Aufzählung), Rn. 152 (legitimes Ziel), Rn. 151 ff. (Verhältnismäßigkeit). BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 - 1 BvR 779/85; BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 - 1 BvF 2/86; BVerfG, Beschl. v. 24.04.1996 - 1 BvR 712/86; BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 - 1 BvR 2203/93; BVerfG, Beschl. v. 03.04.2001 - 1 BvL 32/97; Ausnahme: BVerfG, Beschl. v. 24.02.1999 - 1 BvR 123/93, wo beim Streit um einen Gewerkschaftsausschluss zwischen individueller und (vermeintlich) vorrangiger kollektiver Koalitionsfreiheit abgewogen wird.

39 BVerfG, Beschl. v. 24.04.1996 - 1 BvR 712/86.

40 BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 - 1 BvR 2203/93.

zialversicherungssysteme.<sup>41</sup> Zum Teil erfolgt auch eine Zuordnung zu Belangen des Tarifvertragssystems selbst, etwa der Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts zwischen Tarifparteien.<sup>42</sup> Bei der Prüfung des Tarifeinheitsgesetzes wird als Ziel akzeptiert das Setzen von Anreizen „für ein koordiniertes und kooperatives Vorgehen der Arbeitnehmerseite“, um damit „strukturelle Voraussetzungen dafür herzustellen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich ermöglichen“. <sup>43</sup> Der damit festgestellte Zusammenhang zu in der Verfassung enthaltenen Regelungsbereichen reicht aber nicht aus, um die Voraussetzungen des behaupteten Schrankenvorbehalts zu erfüllen: Es fehlt die Erörterung, ob anderweitige Verfassungsnormen nicht nur thematisch berührt, sondern wirklich verletzt wären, wenn die vom Gesetzgeber gewünschte Regelung unterbliebe. Konkret für die Entscheidung über das Tarifeinheitsgesetz hätte ein aus den Systembedingungen der Tarifvertragsfreiheit hergeleiteter Schrankenvorbehalt der Feststellung bedurft, dass die Verfassung verletzt wäre, wenn das Tarifeinheitsgesetz nicht erlassen worden wäre. Diese Prüfung ist nicht erfolgt.

Die in der Rechtsprechung damit in Anspruch genommene Grundrechtsschranke wären im Ergebnis nicht anderweitige Verfassungsregelungen, sondern eine spezifische „Legitimität des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles“. Das ist keine in der Grundrechtslehre anerkannte Grundrechtsschranke.

#### D. Insbesondere: Zur Prüfung der „Verhältnismäßigkeit“

##### I. „Geeignetes“, „Erforderliches“ und „Zumutbares“

Nachdem das BVerfG das Regelungsziel des Gesetzgebers als „legitim“ anerkannt und damit wohl das Eingreifen einer (vermeintlichen) Grundrechtsschranke angenommen hat, prüft es (folgerichtig) die Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit, also (1) die Einschränkung der Tarifvertragsfreiheit Erforderlichkeit und (2) Geeignetheit der Einschränkung der Tarifvertragsfreiheit zur Verfolgung des gesetzgeberischen Zwecks und (3) die Proportionalität zwischen dem erforderlichen und geeigneten Mittel einerseits und dem verfolgten Zweck andererseits (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).<sup>44</sup>

Dem Gesetzgeber wird zugestanden, insbesondere zum Verhältnis der Koalitionen zueinander Regelungen zu treffen, um die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu gewährleisten.<sup>45</sup> Mit dem neu eingeführten § 4a TVG hat der Gesetzgeber sicherstellen wollen, „dass auch bei einem Wettbewerb der Gewerkschaften untereinander faire Bedingungen für das Aushandeln von Tarifverträgen be-

stehen“, was er insbesondere dadurch gefährdet sah, dass „Beschäftigte in Schlüsselpositionen im Betrieb ihre Forderungen ... losgelöst von den Interessen anderer Beschäftigter“ durch speziell auf ihre Wünsche zugeschnittene eigene Tarifverträge durchsetzen könnten.<sup>46</sup> Bei der Prüfung, ob die von § 4a TVG verfügte Verdrängung von Minderheits-Tarifverträgen geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen, gesteht das Gericht dem Gesetzgeber – wie auch in ähnlichen Entscheidungen der Vergangenheit – „eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum“ zu.<sup>47</sup> Im Ergebnis sei es „nicht ausgeschlossen, dass die Regelungen den bezweckten Koordinierungsanreiz tatsächlich entfalten“.<sup>48</sup>

Auch für die Einschätzung der Erforderlichkeit stehe dem Gesetzgeber der genannte Spielraum zu.<sup>49</sup> Der sei nicht verletzt, weil das Gericht nicht zu prüfen habe, „ob es bessere Lösungen für die hinter einem Gesetz stehenden Probleme“ gebe, sondern nur, ob es ein „zweifelsfrei gleich wirksames, die Grundrechtsberechtigten aber weniger belastendes Mittel“ gäbe.<sup>50</sup> Insbesondere für das in der Vergangenheit vom BAG angewandte Spezialitätsprinzip oder Modelle, bei denen die Minderheitsgewerkschaft in Verhandlungen mit der Mehrheitskoalition einzubeziehen wäre, könne eine solche gleiche Wirksamkeit nicht festgestellt werden.<sup>51</sup> Das Gericht betont die „politische Verantwortung“ des Gesetzgebers „für eine zutreffende Erfassung und Bewertung der maßgeblichen Faktoren“<sup>52</sup> und gibt ihm insoweit freie Hand. Die Abweichende Meinung des Richters Paulus und der Richterin Baer betont dem entgegen, die Erfahrungen mit der Tarifpluralität seit der Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 2010 gäben keinen Anlass, ohne Weiteres chaotische oder von egoistischen Gruppeninteressen geprägte Tarifverhältnisse zu be-

41 BVerfG, Beschl. v. 03.04.2001 - 1 BvL 32/97.

42 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 145 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 - 1 BvR 779/85; BVerfG, Ur t. v. 04.07.1995 - 1 BvF 2/86.

43 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 153, 155.

44 So grds. zur „Verhältnismäßigkeit“ Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 278; Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, Rn. 289 ff.

45 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 142, 148, 155; siehe schon BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 - 1 BvR 779/85.

46 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 160.

47 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 149; siehe schon BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 - 1 BvL 4/00; BVerfG, Beschl. v. 03.04.2001 - 1 BvL 32/97; BVerfG, Beschl. v. 27.04.1999 - 1 BvR 2203/93.

48 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 160.

49 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 162.

50 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 162.

51 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 163.

52 BVerfG, Ur t. v. 11.07.2017, Rn. 165.

fürchten; schon die Geeignetheit, aber insbesondere auch die Erforderlichkeit der so weitgehenden Verdrängungswirkung wird deshalb vom Minderheitsvotum infrage gestellt.<sup>53</sup>

Das Gericht betont (zu Recht) gleich mehrfach die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Gerade deshalb wirkt sich aber aus, dass bei der von ihm erörterten Zweck-Mittel-Relation die Bezugsgröße des Zwecks allein die Zielsetzung des Gesetzgebers selber wäre und nicht ein Zweck, der aus einem von der Verfassung vorgegebenen Schrankenvorbehalt abgeleitet wurde. Der Gesetzgeber, der Freiheit beschränkt, bestimmt so mit seiner Zielstellung selbst die Bezugsgröße, der gegenüber Geeignetheit und Erforderlichkeit beurteilt werden. Bei einem solchen Schrankenvorbehalt läuft die Prüfung zwangsläufig weitgehend ins Leere.

Das wird mit weitgehend zutreffendem Ergebnis, aber dogmatisch unbefriedigend kompensiert durch die (ausführlichen) Erörterungen des Urteils zur Proportionalität, „Zumutbarkeit“<sup>54</sup> in der Terminologie des Gerichts: Das Gericht listet zunächst die Belastungen auf, die das Tarifeinheitsgesetz den Betroffenen auferlegt.<sup>55</sup> Belastet werden die verdrängten Gewerkschaften vornehmlich durch die Verdrängung der Rechtsnormen eines von ihnen vollständig verhandelten, womöglich erstreikten, abgeschlossenen Tarifvertrages. Das Streikrecht besteht zwar auch für Minderheitsgewerkschaften ungeschmälert fort, weil die Verdrängungswirkung des § 4a erkennbar den Abschluss eines Tarifvertrages voraussetzt, und der eben notfalls auch erkämpft werden muss.<sup>56</sup> Aber dennoch droht als „Vorwirkung“ der Verdrängung, dass eine Minderheitsgewerkschaft mit ihrer Forderung nach Verhandlungen nur noch bedingt ernst genommen werden könnte. Erschwert wird die Situation für die Gewerkschaften außerdem durch eventuelle Unsicherheiten über die tatsächlichen Mehrheitsverhältnisse, und, damit zusammenhängend, durch mit dem Beschlussverfahren womöglich verbundene Risiken, die Zahl der organisierten Mitglied im Betrieb offenlegen zu müssen.

Im Ergebnis werden diese Belastungen weitestgehend für zumutbar befunden. Das Gericht stellt dabei im Wesentlichen auf folgende, die Belastungen vermindernde Gesichtspunkte ab: Die Verdrängungswirkung kann durch Vereinbarung zwischen den Tarifparteien abgedungen werden; § 4a ist tarifdispositiv.<sup>57</sup> Die Verdrängung erfasst nicht schuldrechtliche Regelungen des Tarifvertrages, die Regelungen etwa zur Friedenspflicht gelten fort; auch gelten nach Ansicht des BVerfG Minderheits- und Mehrheitstarifverträge nebeneinander, wenn der Mehrheitstarif sowieso nicht für dieselben Personen wie der Minderheitstarif gelten soll.<sup>58</sup> Die ver-

drängten Koalitionen werden auch im Übrigen nicht zwangsläufig tariflos, denn sie haben aus § 4a Abs. 4 TVG einen Anspruch auf Nachzeichnung des verdrängenden Vertrages; damit werden sie vollwertige Tarifvertragsparteien.<sup>59</sup> Die Verdrängungswirkung ist ferner beschränkt auf die Laufzeit der Verträge.<sup>60</sup> § 4a Abs. 5 TVG verpflichtet Arbeitgeber, die Tarifverhandlungen aufnehmen, dies bekannt zu machen, und berechtigt die anderen Gewerkschaften, der Arbeitgeberseite ihre Vorstellungen und Forderungen vorzutragen. In verfassungskonformer Auslegung des BVerfG können die Minderheitsgewerkschaften diese Rechte einklagen; bei Verletzung der Ansprüche entfällt die Verdrängungswirkung.<sup>61</sup> Im Wege verfassungskonformer Auslegung verfügt das Gericht ferner einen Ausschluss der Verdrängungswirkung, sofern diese zum „Verlust langfristig angelegter, die Lebensplanung der Beschäftigten berührender Ansprüche aus dem Minderheitstarifvertrag“ ohne Kompensation durch einen „nachzeichnungsfähigen Mehrheitstarifvertrag“ führen würde.<sup>62</sup> Das Risiko, Mitgliedschaften und die gewerkschaftliche Organisationsstärke offenlegen zu müssen, sieht das Gericht im zumutbaren Rahmen begrenzt durch die an die Fachgerichte adressierte Forderung, im Beschlussverfahren möglichst die Vertraulichkeit, insbesondere der Mitgliedernamen, zu wahren, ggf. durch Nutzung notarieller Urkunden.<sup>63</sup>

Bei Kategorisierung der Tarifvertragsfreiheit als Institutsgarantie und unter Ablehnung der vom Gericht behaupteten Schrankenvorbehalte wäre richtiger Maßstab für die Prüfung, ob die Tarifvertragsfreiheit verletzt wurde, nicht eine „Zumutbarkeit“ (auf der Ebene der Schranken-Schranken), sondern die vom grundrechtlichen Schutzbereich umfasste

53 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017; abweichende Meinung des Richters Paulus und der Richterin Baer, Rn. 14 und 15 f.

54 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 180.

55 Zu dieser nachfolgend dargestellten Auflistung BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 168, 169, 170.

56 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 138 ff. die Bezugnahme auf die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Streiks in der Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/4062, S. 12, zurückweisend.

57 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 177; zu damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten Rieble, NZA 2017, 1157, 1158.

58 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 180 ff.

59 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 190 ff.

60 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 189.

61 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 195 f.

62 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 187; dazu Rieble, NZA 2017, 1157, 1159.

63 BVerfG, Urt. v. 11.07.2017, Rn. 198; zustimmend Ulrici, NZA 2017, 1161, 1164.

Forderung nach dem Bestand und der Freiheit zur Nutzung eines von Art. 9 Abs. 3 GG geforderten Tarifvertragssystems. Bei der Klärung dieses Schutzbereichs ist wesentlich, aus welchen Normen das garantierte Tarifvertragssystem zu bestehen hätte, was also zum formellen und materiellen Kernbereich dieses Systems gehört. Dabei ist im konkreten Fall darauf abzustellen, dass § 4a TVG keiner Gewerkschaft die formelle Möglichkeit nimmt, normativ wirkende Tarifverträge zu schließen, dass die Einschränkungen für den Inhalt der eigenen und ggf. der nachgezeichneten Tarifverträge insgesamt (noch) nicht zu einer Fremdbestimmung der Tarifinhalte führen und den Tarifparteien in hinreichendem Umfang Regelungsmaterien und -konditionen offenstehen, um das Tarifvertragssystem insgesamt auch als im materiell gebotenen Umfang gewährleistet anzusehen.<sup>64</sup> Im Ergebnis sind die erörterten Regelungen des TVG auch auf dieser Grundlage verfassungsgemäß.

## II. „Unzumutbares“

Soweit das Urteil vom 11.07.2017 dem Gesetzgeber – auch insofern im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – als Voraussetzung für die Verdrängungswirkung<sup>65</sup> eine Nachbesserung des Tarifvertragsrechts aufgegeben hat, verkennt es den Schutzbereich der Tarifvertragsfreiheit. Die Tarifvertragsfreiheit finde „ihren Grund in der historischen Erfahrung, dass auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung“.<sup>66</sup> Daher komme den Tarifverträgen eine „Richtigkeitsvermutung“ zu. „Es darf grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das von den Tarifvertragsparteien erzielte Verhandlungsergebnis richtig ist und die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausdruck bringt; ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, existiert nicht.“<sup>67</sup> Im Weiteren schlägt diese „Vermutung“ dann um in eine Forderung: Damit die Richtigkeitsvermutung eingreife, müsse gewährleistet sein, dass auf Arbeitnehmerseite „grundsätzlich alle Berufsgruppen die Chance haben, ihre Interessen wirksam zu vertreten“. Deshalb sei der Gesetzgeber verpflichtet, „Vorkehrungen“ zu schaffen, „die strukturell darauf hinwirken, dass die Interessen der von der Verdrängung betroffenen Berufsgruppe im Tarifvertrag der Mehrheitsgesellschaft wirksam berücksichtigt werden“.<sup>68</sup> Ohne diese Nachbesserung sei die Verdrängungswirkung unzumutbar, also verfassungswidrig. Näheres, worin die geforderten „Vorkehrungen“ bestehen sollten, ergibt sich aus dem Urteil nicht. In der vom Gericht eingeräumten Übergangszeit bis 31.12.2018 tritt die Verdrängungswirkung ein, wenn „plausibel dargelegt“ wird, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der verdrängten Berufsgruppe „ernsthaft und wirksam“ berücksichtigt hat.<sup>69</sup>

Diese Argumentation scheidet an dem Versuch, die Forderung nach Freiheit mit der Forderung nach „Richtigkeit“ zu verbinden. Die Tarifvertragsfreiheit garantiert Freiheit, nicht – wie auch immer zu beurteilende – „Richtigkeit“.<sup>70</sup> Der Schutzbereich der Tarifvertragsfreiheit umfasst jedenfalls nicht nur volkswirtschaftlich „richtige“ Tarifregelungen; auch gibt es (auf Schrankenebene) keine Gemeinwohlbindung der Grundrechtsausübung, auch nicht im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>71</sup> Solche Erwägungen zu einer „Richtigkeit“ rechtfertigen deshalb auch keine Vorgaben an das Tarifvertragssystem und den Gesetzgeber. Unklar erscheint, wie es möglich sein wird, ohne Eingriff in den (formellen) Kernbereich der Tarifvertragsfreiheit, die Verdrängung eines Minderheits-Tarifvertrages abhängig zu machen vom Verlauf und Ergebnis der Verhandlungen einer Mehrheitsgewerkschaft mit der Arbeitgeberseite. Zum (formellen) Kernbereich der Tarifvertragsfreiheit gehört auch die Freiheit der eigentlichen Verhandlungsführung und Auseinandersetzung (und auch die daraus folgende Neutralitätspflicht des Staates im Arbeitskampf).<sup>72</sup> Ohne Berücksichtigung auch der Arbeitgeberseite wird eine „wirksame“ Berücksichtigung der Interessen anderweitig organisierter Arbeitnehmer kaum möglich sein.

## E. Fazit

Das Tarifeinheitsgesetz hat die Garantie der Tarifvertragsfreiheit nicht verletzt. Dem entgegen wird im Urteil des BVerfG vom 11.07.2017 die Verdrängungswirkung (und damit zugleich das „legitime Ziel“ der Tarifeinheit) für unzumutbar befunden, wenn nicht legislative Vorkehrungen sicherstellen, dass der Mehrheitstarifvertrag auch die

64 Dazu demnächst Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 7. Aufl., Art. 9 Rn. 156.

65 BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, Rn. 200 ff.; nicht als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Mehrheitsvertrages, siehe Rieble, NZA 2017, 1157, 1159.

66 BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, Rn. 146, unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 02.03.1993 - 1 BvR 1213/85.

67 BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, Rn. 146.

68 BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, Rn. 203.

69 BVerfG, Ur. v. 11.07.2017, Tenor zu 3., zur Übergangsfrist siehe Rn. 218.

70 Isensee in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, S. 159 ff., 179. Ausführlich dazu Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 162.

71 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 150; Dietlein in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 112, S. 2003; Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, Rn. 820.

72 Kemper in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 9 Rn. 148; zur Neutralitätspflicht im Arbeitskampf LArbG Mainz, Ur. v. 14.06.2007; v. Münch in: BK, Art. 9 (Zweitbearbeitung 1966) Rn. 150.



Interessen der mit ihrem Tarifvertrag verdrängten Berufsgruppen hinreichend berücksichtigt. Das Urteil begründet dies mit der Forderung nach einer Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge. Diese Forderung ist aber nicht Teil des von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifvertragssystems.

## Sozialrecht

### Schuldnerberatung auf Kosten der SGB II-Träger?

BSG, Urt. v. 10.08.2016 - B 14 AS 23/15 R

RiSG Dr. Steffen Schmidt, z. Zt. Wiss. Mit. beim BSG

#### A. Problemstellung

Die SGB II-Träger haben die Eingliederung von Langzeitarbeitslosen in Arbeit umfassend zu fördern, wozu eine entsprechende Beratung gehört (§ 14 Abs. 1 und 2 SGB II). Es ist leicht nachvollziehbar, dass schwerwiegende private Probleme der Leistungsberechtigten – wie z.B. erhebliche Schulden – die Aufnahme und Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erschweren. Die Arbeitslosigkeit wiederum ist ihrerseits der Hauptgrund für die Überschuldung privater Haushalte. Dementsprechend sollte zu einer „ganzheitlichen und umfassenden“ Betreuung und Unterstützung bei der Eingliederung in Arbeit u.a. die Schuldnerberatung gehören. Das Gesetz stellt die Schuldnerberatung aber in das Ermessen der Träger (§ 16a Nr. 2 SGB II). Grds. obliegt es den SGB II-Trägern selbst, die Eingliederungsleistungen zu erbringen und ggf. eine Schuldnerberatung vorzunehmen. Sie sollen dazu aber gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II keine eigenen Einrichtungen schaffen, soweit geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind. Sofern also geeignete externe Angebote für die Schuldnerberatung bestehen, sollen die SGB II-Träger hierauf verweisen. Geschieht dies und erbringen Dritte die Schuldnerberatung zur Erleichterung der Eingliederung in Arbeit, erfolgt eine Vergütung durch einen SGB II-Träger nach den Maßgaben des § 17 Abs. 2 Satz 1 SGB II aber nur, wenn beide eine Vereinbarung schließen. Sie muss insbesondere Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen (Nr. 1) und die Vergütung (Nr. 2) regeln; zudem muss die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Leistungen geprüft sein (Nr. 3). Eine Regelung, welche die SGB II-Träger zum Abschluss solcher Vergütungsvereinbarungen anhält bzw. den Leistungserbringern ein durchsetzbares „Recht auf Abschluss einer Vergütungsvereinbarung“ einräumt, existiert im SGB II allerdings nicht. Weiter schweigt sich das Gesetz dazu aus, ob und wie die SGB II-Träger eine Auswahl unter den Dritten zu treffen haben, mit denen eine

Vergütungsvereinbarung nach § 17 Abs. 2 SGB II geschlossen wird. Streitigkeiten über die Modalitäten des Zugangs zu einer Vergütungsvereinbarung bzw. wegen abschlägiger Auswahlentscheidungen sind damit vorprogrammiert. Wegen des eingeräumten Ermessens können die Gerichte i.d.R. nur zu einer neuen Entscheidung verurteilen (§ 54 Abs. 2 Satz 2, § 131 Abs. 2 Satz 2 SGG i.V.m. Abs. 3 SGG).

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BSG hatte die Frage zu entscheiden, ob ein SGB II-Träger das Angebot einer Schuldnerberatung für Leistungsberichtigte nach dem SGB II wegen der Nichterfüllung eines von ihm formulierten Anforderungsprofils zu Recht ablehnen konnte. Ein Rechtsanwalt, der nach seinen Angaben bereits mit der Hilfestellung in Verbraucherinsolvenz- und Schuldenbereinigerungsverfahren befasst ist, verlangte, auf die Liste der vom beklagten SGB II-Träger anerkannten Schuldnerberatungsstellen gesetzt zu werden. Weil er damit die Beratung von SGB II-Leistungsberechtigten auf Kosten des SGB II-Trägers vornehmen wollte, beanspruchte er sinngemäß den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung gem. § 17 Abs. 2 SGB II. In die Form eines Verwaltungsakts gekleidet lehnte der kommunale SGB II-Träger das Angebot des Klägers ab: Er schließe Vergütungsvereinbarungen nur mit Insolvenzberatungsstellen nach dem Ausführungsgesetz zur InsO, was eine gemeinnützige Organisation voraussetze. Er wolle dadurch sicherstellen, dass u.a. eine psychosoziale Schuldnerberatung erfolge.

Das Sozialgericht hob den ablehnenden Verwaltungsakt auf und verurteilte den Beklagten zur Aufnahme des Klägers in die Liste der anerkannten Beratungsstellen. Hingegen erkannte das Landessozialgericht dem Kläger „nur“ einen Anspruch auf erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung zu, weil es die Ermessensausübung des Beklagten als fehlerhaft ansah. Nicht nur anerkannte Schuldnerberatungsstellen seien überhaupt oder als am besten geeignet anzusehen. Der Beklagte stelle zu hohe Anforderungen an Juristinnen und Juristen, wenn er sie nur dann als zur Schuldnerberatung geeignet ansehe, wenn sie auf diesem Gebiet mindestens 100 Unterrichtsstunden und mehrjährige Erfahrung oder die Zusatzqualifikation „Schuldnerberatung“ vorweisen könnten.

Das BSG bestätigt die Aufhebung des Verwaltungsakts des Beklagten, weist die Klage in der Sache aber ab. Der Beklagte sei nicht befugt gewesen, den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung in der Form eines Verwaltungsakts abzulehnen. Denn § 17 Abs. 2 SGB II sei auf eine vertragliche Einigung angelegt, womit es unvereinbar sei, über die Eignung vorab durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Das gelte auch für die Ausgestaltung der qualitativen Anforderungen an die zu er-

bringenden Leistungen. Eine Übertragung der im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geübten Praxis zur gesonderten „Statusentscheidung“ neben einem Versorgungsvertrag mit Krankenhäusern (§ 108 Nr. 3, § 109 SGB V) lehnt das BSG ab. Dennoch sei der SGB II-Träger nach seinem pflichtgemäßem Ermessen befugt, vorab Anforderungen an die Leistungserbringer zu formulieren. Den SGB II-Trägern sei erstens ein Ermessen bei der Entscheidung eingeräumt, ob sie die Eingliederungsleistungen selbst erbringen sollten oder ob sie, den gesetzlichen Anforderungen des § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II genügend, durch Dritte erbracht werden können. Entschieden sich die SGB II-Träger für die Erbringung durch Dritte, müssten die qualitativen Anforderungen vertraglich geregelt werden. Bei der Formulierung der Anforderungen an die Leistungserbringung, aus denen Anforderungsprofile abgeleitet werden könnten, sei den SGB II-Trägern wiederum ein Ermessen eingeräumt. Im Rahmen dieser Befugnisse sei die Formulierung ermessenslenkender Weisungen zulässig. Sofern darin inhaltlich ermessensfehlerfreie Hürden formuliert seien, könnten sie den Zugang sperren, wenn die Fallumstände keine Ausnahme geböten. Im konkreten Fall sei es ermessensfehlerfrei, für den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung zur Schuldnerberatung durch Juristinnen und Juristen zusätzlich eine langjährige Tätigkeit und zusätzliche Qualifikation im Bereich der Schuldnerberatung zu fordern. Denn die anwaltliche Schuldnerberatung erfolge zur Schuldenregulierung. Als Eingliederungsleistung umfasse die Schuldnerberatung aber auch die Selbstorganisation, also insbesondere die Bewältigung von Motivationsproblemen und die Klärung der Ursachen der Überschuldung. Dies sei nicht Gegenstand der allgemeinen juristischen Ausbildung. Weil der Kläger die Vorgaben nicht erfülle, sei die Klage abzuweisen. Dementsprechend lasse es die Frage unentschieden, ob der Kreis der geeigneten Personen darüber hinaus auf gemeinnützig Tätige eingeschränkt werden darf.

### C. Kontext der Entscheidung

Der Gesetzgeber versucht sich im Bereich der Arbeitsverwaltung und Grundsicherung für Arbeitsuchende seit Längerem an Instrumenten, mit denen die den Trägern obliegenden Aufgaben mithilfe Dritter erfüllt werden können. Dabei wählt er unterschiedliche Modelle für die Vergütungsansprüche der Dritten. U.a. kann für die Kernaufgabe der genannten Träger, die Vermittlung in Arbeit, ein Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein ausgestellt werden (§ 45 Abs. 4 SGB III, eingeschlossen über § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II). Die gesetzliche Ausgestaltung der dadurch entstehenden Dreiecksbeziehungen bleibt leider rudimentär. So war es etwa der Rechtsprechung überlassen, den nach dem Gesetz direkten Vergütungsanspruch des Arbeitsvermittlers gegen den Sozialleistungsträger auf eine dogmatische Grundlage zu stellen.<sup>1</sup> Voraussetzung

für die Geltendmachung des direkten Vergütungsanspruchs einer privaten Arbeitsvermittlung ist u.a. eine Zulassung durch eine fachkundige Stelle (§ 176 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Das im Bereich der Eingliederungsleistungen des SGB II anstatt eines Direktanspruchs für zertifizierte Leistungserbringer gewählte Vertragsmodell beinhaltet notwendigerweise eine vollumfängliche, d.h. die Qualifikationsprüfung einschließende Einzelfallentscheidung durch die SGB II-Träger.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung schafft hauptsächlich für die SGB II-Träger Sicherheit, dass sie Anforderungsprofile für Dritte formulieren können, soweit sie den Zielen der Eingliederung in Arbeit dienen. Solche Anforderungsprofile lassen sich bei der Vorprüfung nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II nutzen und können später Grundlage für die Aufnahme von Vertragsverhandlungen i.S.d. § 17 Abs. 2 SGB II sein. Folgt man dem BSG außerdem darin, dass eine Ablehnung wegen Ungeeignetheit nicht in Form eines Verwaltungsakts zu ergehen hat, können abgelehnte Bewerber ohne Durchführung eines Widerspruchsverfahrens auf Abschluss einer bestimmten Vergütungsvereinbarung klagen.

### E. Bewertung

In der Entscheidung des BSG wird zu Recht der weitreichende Spielraum der SGB II-Träger für die Formulierung von Anforderungsprofilen und der nach § 17 Abs. 2 SGB II festzulegenden Standards betont. Sie ist insofern hilfreich, weil das Gesetz die Zulässigkeit von allgemeinen Anforderungsprofilen für Anbieter nicht erwähnt. Es leuchtet ein, dass das BSG deren Zulässigkeit auch aus der gesetzlich notwendigen Formulierung von Anforderungen an die konkreten Leistungen ableitet. Allerdings obliegt dem Träger – wie in der Entscheidung hervorgehoben – schon nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II eine Prüfung auf geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter. Angesichts dieser Vorprüfungsobliegenheit fokussiert das BSG die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit der Ablehnungsentscheidung sehr schnell auf die von § 17 Abs. 2 SGB II bei positiv verlaufener Prüfung vorgesehene Handlungsform des Vertragsschlusses. Daraus, dass bei einem erfolgreichen Vertragsschluss keine vorgehende formelle Statusentscheidung notwendig ist,<sup>2</sup> folgt nicht zwingend deren generelle Unzulässigkeit. Unklar bleibt zudem das Verhältnis zwischen § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 SGB II. Auch die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II anzustellende Vorprüfung muss mit Gedanken an Art und Umfang der Leistungen bzw. einem

1 BSG, Urt. v. 06.04.2006 - B 7a AL 56/05 R.

2 Jaritz/Eicher in: jurisPK, SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 75 Rn. 90.

dies sichernden Anforderungsprofil einhergehen, das mit den tatsächlichen Fähigkeiten der potenziellen Vertragspartner abgeglichen werden muss. Es ist bspw. denkbar, dass Vertragsabschlüsse mit Dritten nach der Vorprüfung gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB II von vornherein nicht in Betracht kommen, etwa weil keine geeigneten Dritten gefunden wurden und der SGB II-Träger deshalb (oder aus anderen Gründen) eigene Dienste und Einrichtungen vorsieht. Dann sind noch nicht einmal vertragsvorbereitende Prüfungen sinnvoll. Schließlich hat auch das BSG in der vorliegenden Entscheidung keinen Anspruch auf den Abschluss eines Vergütungsvertrages angenommen, sondern nur einen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hierüber. Dementsprechend kann es

auch keinen Anspruch auf Aufnahme von Vertragsgesprächen geben. Insofern lag es nach der zweigeteilten Prüfung und damit der Systematik des Gesetzes<sup>3</sup> nah, zumindest die Ablehnung wegen Nichterfüllung eines allgemeinen Anforderungsprofils mit Blick auf die Praxis zu den Versorgungsverträgen zwischen Krankenhäusern und gesetzlichen Krankenkassen als Verwaltungsakt anzusehen.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Vgl. dazu BSG, Beschl. v. 31.08.2011 - GS 2/10.

<sup>4</sup> Vgl. bspw. BSG, Urt. v. 05.07.2000 - B 3 KR 20/99 R; dagegen für eine gleichartige Regelung im SGB XII Flint in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 75 Rn. 36; Münder in: Bieritz-Harder/Conradis/Thie, LPK, SGB XII, 10. Aufl. 2015, § 75 Rn. 45.

## Verwaltungsrecht

# Aktuelle Fragen des Denkmalschutzrechts

RiVG Dr. Dirk Tolkmitt und RiBVerwG Prof. Dr. Christoph Külpmann

Der Schutz von Kulturdenkmälern ist eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang.<sup>1</sup> Denkmalschutz und Denkmalpflege zielen darauf, historische Zusammenhänge in Gestalt einer baulichen Anlage oder auch eine Mehrheit baulicher Anlagen oder Grünanlagen (Ensembles, Gesamtanlagen) sowie Straßen-, Platz- und Ortsbilder in der Gegenwart zu veranschaulichen, also zu vergegenwärtigen.<sup>2</sup> Dieses Ziel kann nicht ohne Konflikte erreicht werden. Der Beitrag informiert über einige Fragen, welche die Gerichte in jüngerer Zeit beschäftigt haben. Diese betreffen den Begriff des Denkmals (A.), den Einfluss der bundesrechtlichen Eigentums garantie auf das landesrechtliche Denkmalschutzrecht (B.) und Konflikte des Denkmalschutzes mit anderen öffentlichen Interessen (C.).

## A. Denkmalbegriff

Zwar gehört es zur Gesetzgebungskompetenz der Länder, den Begriff des Kulturdenkmals zu definieren. Allerdings zeigen sich bei einem Vergleich insoweit kaum Unterschiede zwischen den Regelungen der einzelnen Bundesländer. So sollen etwa nach § 2 Abs. 1 SächsDSchG alle von Menschen geschaffenen Sachen erfasst werden, deren Erhaltung wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen, wissenschaftlichen, städtebaulichen oder landschaftsgestaltenden Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt. Nach allgemeiner Auffassung sind damit die beiden Merkmale der Denkmalfähigkeit und der Denkmalwürdigkeit angesprochen.<sup>3</sup> Lediglich bei der Frage, wie eine Sache die Denkmalseigenschaft erlangt, existieren verschiedene Konzepte.<sup>4</sup> Nach dem Eintragungsprinzip genießen Sachen erst dann den Schutz des Ge-

setzes, wenn sie durch eine Eintragung, die den Rechtscharakter eines Verwaltungsakts hat, in das Denkmalsbuch aufgenommen worden sind (so etwa in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Niedersachsen). Andere Bundesländer arbeiten hingegen mit einer Generalklausel, nach der alle Sachen, die die entsprechenden Merkmale erfüllen, kraft Gesetzes unter Schutz stehen (etwa in Thüringen, Brandenburg und Sachsen). Die Benachrichtigung von der Eintragung in eine Denkmalliste besitzt dann regelmäßig nicht die Qualität eines Verwaltungsakts. Einzelne Landesgesetze sehen aber einen Anspruch der Eigentümer auf eine verbindliche behördliche Entscheidung über die Denkmalseigenschaft vor.<sup>5</sup>

Bei den Merkmalen der Denkmalfähigkeit und Denkmalwürdigkeit handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die den Behörden keinen Beurteilungsspielraum eröffnen. Eine gewisse Unschärfe,<sup>6</sup> die vor dem Grundsatz der Bestimmtheit des Gesetzes Bedenken begegnen muss, folgt aus der

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 - 1 BvL 7/91 Rn. 81.

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 18.05.2001 - 4 CN 4/00 Rn. 11.

<sup>3</sup> Vgl. zuletzt OVG Hamburg, Urt. v. 23.06.2016 - 3 Bf 100/14; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.04.2016 - OVG 2 B 24.12.

<sup>4</sup> Zum Überblick: Davydov in: Martin/Krautzberger, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl. 2017, C, Rn. 75 ff.

<sup>5</sup> Vgl. etwa § 10 Abs. 3 Satz 2 SächsDSchG.

<sup>6</sup> Diese resultiert nicht allein aus der Notwendigkeit einer Auslegung anhand juristischer Methoden, sondern vielmehr auch aus fachwissenschaftlichen Meinungsverschiedenheiten – vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 17.11.2011 - 1 LB 13/11.

Eigenart des geregelten Sachverhalts. Nach allgemeiner Auffassung sind die Begriffe aber einer Auslegung zugänglich und haben damit vor der Verfassung Bestand.<sup>7</sup> Freilich verbleiben in Randbereichen gewisse Unsicherheiten, die gelegentlich Auslöser gerichtlicher Auseinandersetzungen sind. Das betrifft etwa den Umgang mit Freiflächen um Baudenkmale oder das Entfallen der Denkmalseigenschaft.

### **I. Freiflächen um Baudenkmale – Einheit von Gebäude und Garten**

Die Wohnbebauung früherer Zeiten, etwa jene der Gründerzeit oder der Gartenstadtbewegung, zeichnet sich nicht selten durch einen großzügigen Grundstückszuschnitt und eine auf die Bebauung abgestimmte Gestaltung der Freiflächen aus. In Zeiten steigender Immobilienpreise und einer erheblichen Nachverdichtung der Innenstädte weckt dies häufig Begehrlichkeiten. Ganz ähnlich verhält es sich mit der Reaktivierung ehemaliger Industrie- und Gewerbeflächen. Hier sind nicht nur die Städteplaner bei der Schaffung von Bebauungsplänen gefragt.<sup>8</sup> Es stellt sich auch bei der Erteilung von Baugenehmigungen im Einzelfall die Frage, ob der Denkmalschutz eine Schonung vorhandener Freiflächen gebietet. Als Rechtfertigung kommen dabei zwei voneinander zu unterscheidende Aspekte in Betracht: Zum einen kann die Freifläche aufgrund bestimmter Merkmale selbst die Denkmalseigenschaft besitzen oder zusammen mit Bauwerken oder mit anderen Grundstücken eine Einheit von Denkmalwert bzw. ein Denkmalensemble bilden. Zum anderen bleibt zu fragen, ob die Freifläche etwa aus Gründen des Umgebungsschutzes zu erhalten ist.

Kaum Schwierigkeiten bereiten Freiflächen, die mit geschützten Baulichkeiten eine konzeptionelle Einheit bilden, also historisch als Teil einer Gesamtheit gestaltet wurden und diese Gestaltung – zumindest in Grundzügen – noch immer erkennen lassen. In diesem Fall handelt es sich bei ihnen um einen Teil des Kulturdenkmals, dem selbst die Denkmalseigenschaft zukommt.<sup>9</sup> Es stellt sich dann allenfalls noch die Frage, welche Auswirkungen eine etwaige Vernachlässigung der Flächen auf den Fortbestand der Denkmalseigenschaft hat (dazu unter II.2.).

Daneben bleibt zu prüfen, ob der dem Kulturdenkmal immanente Umgebungsschutz eine Erhaltung angrenzender Freiflächen desselben oder eines dritten Grundstücks erfordert. Teilweise ist dieser Umgebungsschutz ausdrücklich gesetzlich geregelt, etwa wenn § 12 Abs. 2 SächsDSchG bestimmt, dass bauliche oder garten- und landschaftsgestalterische Anlagen in der Umgebung eines Kulturdenkmals, soweit sie für dessen Erscheinungsbild von erheblicher Bedeutung sind, nur mit Genehmigung der Denkmalschutzbehörde errichtet, verändert oder beseitigt werden dürfen. Das Erscheinungsbild wird dabei in erster Linie durch die

von außen sichtbaren Teile des Kulturdenkmals geprägt, an denen der sachkundige Betrachter den Denkmalwert abzulesen vermag.<sup>10</sup> Voraussetzung für die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung ist nach der Rechtsprechung, dass die Umgebung für das Erscheinungsbild des Kulturdenkmals von erheblicher Bedeutung ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich in der Umgebung weitere Kulturdenkmäler befinden und das überlieferte Erscheinungsbild als Ensemble denkmalpflegerisch besonders schützenswert erscheint, die Denkmäler etwa in einer architektonisch gewollten und gewachsenen Blickbeziehung einander zugeordnet sind. Im Einzelfall kann die unbebaute Umgebung das Erscheinungsbild eines Kulturdenkmals aber auch dann prägen, wenn gerade die fehlende bauliche Nutzung zu dessen Wesensmerkmalen gehört. Angenommen wurde dies etwa im Fall eines Kulturdenkmals, das bewusst in eine bestimmte Landschaft „hineinkomponiert“ wurde, die sich ihrerseits auf das Denkmal bezog.<sup>11</sup>

Allerdings dürfte der Umgebungsschutz deutlich über so beschriebene Einzelfälle hinausgehen. Denn gerade im Wohnungsbau gab es verschiedene (Entwicklungs-)Perioden, in denen Freiflächen wesentlicher Bestandteil der vorherrschenden Konzeptionen waren. Dabei ging es nicht unbedingt um ästhetische Aspekte oder bestimmte Formen ihrer Gestaltung. Vielmehr sollte der Aufenthalt des Menschen an der frischen Luft im Vordergrund stehen. Eine überlieferte gestalterische Qualität ist damit nicht unbedingt zu erwarten, weshalb solche Freiflächen auch für sich nicht die Denkmalseigenschaft in Anspruch nehmen können. Gleichwohl zeichnet sich die entsprechende Wohnbebauung gerade dadurch aus, dass den Nutzern bestimmte Flächen für Tätigkeiten im Freien zur Verfügung stehen sollen. Soweit dies elementarer Bestandteil des zugrunde liegenden Konzeptes ist, wird durch solche Flächen der Denkmalwert der (geschützten) Bebauung mit geprägt, muss mithin der Umgebungsschutz eine bauliche Nutzung ausschließen. Auf die aktuelle Nutzung und die konkrete Gestaltung dieser Freiflächen kommt es dann nicht an. Die Rechtsprechung zeigt sich dennoch beim Umgebungsschutz bislang eher restriktiv und hat das Augenmerk vor allem auf die Frage einer Beeinträchtigung der op-

7 Zuletzt: OVG Hamburg, Urte. v. 23.06.2016 - 3 Bf 100/14 m.w.N.

8 BayVerfGH, Entscheidung v. 28.10.2014 - Vf. 7-VII-14; OVG Lüneburg, Urte. v. 04.12.2014 - 1 KN 106/12; VGH Kassel, Urte. v. 25.09.2014 - 4 C 1328/12.N.

9 Vgl. VG Dresden, Urte. v. 11.06.2013 - 7 K 1823/11.

10 OVG Bautzen, Beschl. v. 22.09.2016 - 1 B 194/16 m.w.N.; OVG Magdeburg, Beschl. v. 05.03.2014 - 2 M 164/13.

11 VGH München, Urte. v. 25.06.2013 - 22 B 11.701; OVG Magdeburg, Beschl. v. 21.04.2015 - 2 M 12/15; OVG Greifswald, Urte. v. 15.07.2015 - 3 L 62/10; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.09.2016 - 1 B 194/16.



tischen Wahrnehmbarkeit geschützter Gebäude gerichtet.<sup>12</sup> Das mag seine Ursache jedoch in den zur gerichtlichen Überprüfung gestellten Konstellationen, regelmäßig einer Nachbarklage, haben. Während es dort um die Reichweite drittschützender Elemente des Denkmalschutzes geht, haben wir es hier mit der Frage zu tun, ob das Grundstück, auf dem sich das Kulturdenkmal befindet, nur eingeschränkt baulich ausgenutzt werden kann. Inhalt und Reichweite des Denkmalschutzes können in dieser Konstellation durchaus anders zu beurteilen sein.

## II. Entfallen der Denkmalseigenschaft

### 1. Beseitigung von baulichen Anlagen

Nach allgemeiner Auffassung kommt es für das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines Denkmals grds. nicht darauf an, ob sich dieses in einem guten Zustand befindet. Auch ein schlecht erhaltenes Denkmal ist danach grds. erhaltenswert. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn aufgrund des Zustandes eine zukünftige Erhaltung als ausgeschlossen erscheint. Auch nachträgliche Änderungen lassen das Erhaltungsinteresse grds. nicht entfallen, solange sich der Schutzgrund am vorhandenen Bestand noch ablesen lässt.<sup>13</sup> Abgestellt wird dabei zumeist auf die Frage, in welchem Ausmaß noch historische Substanz vorhanden ist. Das meint weniger eine quantitative Betrachtung als vielmehr eine Würdigung des historischen Bestandes anhand der Schutzgründe.<sup>14</sup> Entfallen soll die Denkmalseigenschaft jedenfalls dann, wenn sich die zu schützende Sache lediglich als Rekonstruktion eines früheren Zustandes darstellt.<sup>15</sup> Diese Rechtsprechung ist augenscheinlich auf Bauwerke zugeschnitten und führt hier in der Praxis regelmäßig zu zutreffenden Ergebnissen.

Die ungenehmigte Beseitigung eines Denkmals untersagen die Denkmalschutzgesetze der Länder; das Verbot ist regelmäßig bußgeldbewehrt. Daneben ließe sich daran denken, die Beseitigung planungsrechtlich zu sanktionieren, indem etwa der Belang des Denkmalschutzes nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB auch noch nach (unumkehrbarer) Beseitigung eines Denkmals einem Ersatzbau entgegengehalten werden kann: Denn so wird effektiv verhindert, dass derjenige profitiert, der ein Baudenkmal zunächst im Rahmen einer Bautätigkeit ohne Genehmigung „abräumt“ und sodann eine Baugenehmigung beantragt mit Hinweis, das Denkmal sei ja ohnehin zerstört. Ein solcher Sanktionsgedanke ist dem Baurecht indes fremd: Denn auch mit der Versagung der Genehmigung ist dem jeweils konkreten Baudenkmal nicht mehr geholfen.<sup>16</sup> Die Gegenauffassung<sup>17</sup> kann im Übrigen nicht angeben, zu welchem Zeitpunkt der durch die Beseitigung des Denkmals entstandene „Makel“ des Baugrundstücks wieder entfallen soll.

### 2. Gartenanlagen und sonstige Freiflächen

Bei der Einordnung von Gartenanlagen und sonstigen Freiflächen stellen sich weitere Fragen: Zwar werden Garten- und Parkanlagen nicht selten auch durch bauliche Anlagen geprägt, die die Zeiten zu überdauern vermögen, etwa Pavillons und Skulpturen. Zudem kann es spezifische Geländemodellierungen geben, insbesondere Aussichtshügel und künstliche Gewässer, die als Landmarken dauerhaft nachweisbar sind. Das wesentliche Element solcher Anlagen bilden aber doch immer gärtnerische Gestaltungen. Diese haben naturgemäß, sieht man einmal von Waldbäumen ab, eine begrenzte Lebensdauer. Nicht nur biologische Gründe sind hierfür verantwortlich. Gestaltungen von Freiflächen sind zumeist von vornherein für kürzere Zyklen geplant und unterliegen in hohem Maße Änderungen aufgrund des Zeitgeschmacks. Das ist nicht erst heute so. Vielmehr zeigen gartenhistorische Untersuchungen, dass es schon in früheren Jahrhunderten vielfältige Änderungen heute als historisch eingeordneter Anlagen gab. Zudem wechseln Garten- und Parkanlagen besonders schnell ihr Antlitz, soweit es an einer sachgerechten Pflege und Unterhaltung fehlt. Dabei ist mit dem Schlagwort der Verwilderung nur eine mögliche Seite negativer Entwicklungen beschrieben. In gleichem Maße schädlich können auch unsachgemäße gestalterische Veränderungen wirken. Mit Blick auf diese Besonderheiten muss eine Orientierung am Bestand der historischen Substanz Probleme aufwerfen. Der Begriff der Rekonstruktion vermag hier jedenfalls nicht zu einer Klärung beizutragen, da Pflanzenbestände ohnehin in mehr oder weniger langen Intervallen komplett erneuert, also im klassischen Verständnis rekonstruiert werden müssen. Originalsubstanz im Sinne der ursprünglichen Bepflanzung wird man deshalb kaum einmal finden.

Die Rechtsprechung zeigt bislang keine einheitliche Lösung. Besonders restriktiv erscheint die Auffassung, dass spätere gestalterische Veränderungen die Denkmalseigenschaft grds. entfallen ließen, auch wenn eine Rekonstruktion möglich wäre.<sup>18</sup> Zu eng dürfte es auch sein, aus dem Untergang der

12 Vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 25.09.2010 - 2 Bs 164/14; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24.06.2014 - OVG 10 S 29/13.

13 OVG Magdeburg, Urt. v. 18.02.2015 - 2 L 175/13; Davydov in: Martin/Krautzberger, Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl. 2017, C, Rn. 56 f.

14 Vgl. OVG Saarlouis, Urt. v. 20.11.2008 - 2 A 269/08; OVG Magdeburg, Urt. v. 18.02.2015 - 2 L 175/13.

15 Statt vieler: OVG Münster, Urt. v. 04.05.2009 - 10 A 699/07 m.w.N.; OVG Weimar, Urt. v. 01.09.2010 - 1 KO 832/06.

16 BVerwG, Urt. v. 12.12.2013 - 4 C 5/12.

17 Sehr kritisch etwa Jäde, NVwZ 2014, 455.

18 Vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 24.02.2009 - 1 LB 15/08, für den von einem bekannten Architekten konzipierten Garten, der aus Sicht der Denkmalschutzbehörde wegen dessen künstlerischer Bedeutung geschützt werden sollte.

historischen baulichen Anlagen auf den Wegfall der Denkmalfähigkeit zu schließen, weil sich die spezifische ursprüngliche Funktion der Gesamtanlage nicht mehr ablesen lasse.<sup>19</sup> Diese Auffassung mag zwar im Einzelfall zutreffen, wenn der Aussagewert eines Denkmals gerade aus den baulichen Anlagen resultierte. Indes wird dies nur selten anzunehmen sein, da der mit einer Beseitigung baulicher Anlagen verbundene Wegfall bzw. die Minderung der künstlerischen, wissenschaftlichen oder städtebaulichen Bedeutung durch die dann anwachsende geschichtliche Bedeutung der verbleibenden Anlage zumindest in Teilen kompensiert werden dürfte. Der zurückbleibende Torso legt in solchen Fällen – über das bisherige Maß hinaus – Zeugnis über die frühere Nutzung ab und wird damit regelmäßig seine Denkmalfähigkeit behalten. So wurde es etwa als ausreichend erachtet, dass eine historische Gartenanlage nach wie vor wesentliche Elemente eines Gartens besitze und zumindest frühere Gestaltungsprinzipien noch erkennen lasse. Unschädlich soll es dabei sein, dass frühere Gestaltungselemente wie Beete, Wege und Einfassungen untergegangen seien.<sup>20</sup>

Überbauungen sind anhand der konkreten Umstände differenziert zu bewerten. Eine teilweise Bebauung dürfte den Schutzstatus regelmäßig unberührt lassen, jedenfalls wenn es sich um eine untergeordnete, ohne Weiteres wieder zu beseitigende bauliche Nutzung handelt.<sup>21</sup> Anders dürfte es sich mit baulichen Anlagen verhalten, die aufgrund ihrer Größe oder Gestaltung zu einer Fragmentierung der offenen Bereiche führen, welche im Extremfall nicht mehr als Einheit wahrzunehmen sind. Dies gilt umso mehr, soweit solche Vorhaben formell legal errichtet worden und sich damit auf einem baurechtlichen Bestandsschutz berufen können. Denn eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ist dann in absehbaren Zeiträumen nicht zu erwarten.

Bei alledem bleibt in besonderer Weise die Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu berücksichtigen. Nach allgemeiner Auffassung soll es dem Eigentümer nicht zum Vorteil gereichen, wenn er die gebotenen Unterhaltungsmaßnahmen unterlässt und damit zu einem schlechten Erhaltungszustand des Denkmals beiträgt.<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte bei Garten- und Parkanlagen ein eher großzügiger Maßstab anzulegen sein. Konzeptionelle Veränderungen sind in gleichem Maße wie eine Verwilderung regelmäßig umkehrbar, sodass mit Blick auf die Eigenheiten von Garten- und Parkanlagen kein sachlicher Grund erkennbar ist, Rekonstruktionen die Denkmalfähigkeit abzusprechen.

## **B. Landesrechtlicher Denkmalschutz und bundesrechtliche Eigentumsgarantie**

Für Gesetzgebung und Verwaltungsvollzug im Denkmalschutzrecht sind die Länder zuständig. Dem Zugriff des Bun-

des und auch des BVerfG sind daher enge Grenzen gesetzt, weil Auslegung und Anwendung des Landesrechts der revisionsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegen (§ 137 Abs. 1 VwGO). Einfluss gewinnt das Bundesrecht über die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG: Beschränken Gesetzgeber oder Verwaltung eigentumsrechtliche Befugnisse, indem sie Erhaltungspflichten oder Abrissverbote anordnen, so sind diese Maßnahmen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen an Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen,<sup>23</sup> wenn sie in den sachlichen und personalen Schutzbereich der Eigentumsgarantie eingreifen.

### **I. Personaler Schutzbereich: Eigentum öffentlicher Unternehmen**

Während der sachliche Schutzbereich bei Beschränkungen des Denkmaleigentums regelmäßig eröffnet sein wird, kann es an der Betroffenheit des personalen Schutzbereichs fehlen, wenn Eigentum der öffentlichen Hand (im weitesten Sinn) im Raum steht: Denn Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater.<sup>24</sup> Nach einer als Konfusionsargument<sup>25</sup> bezeichneten Überlegung kann sich auf eigene Grundrechte regelmäßig nicht berufen, wer seinerseits durch die Grundrechte verpflichtet wird; denn im Grundsatz kann niemand gleichzeitig Träger und Adressat von Grundrechten sein.<sup>26</sup> Die Ausweitung der Grundrechtsbindung über den Bereich des originären Verwaltungshandelns in den Formen des öffentlichen Rechts drängt also den Grundrechtsschutz öffentlicher Unternehmen zurück: So sind nach der Rechtsprechung des BVerfG in privatrechtlichen Organisationsformen geführte Unternehmen, die vollständig im Eigentum des Staates stehen (öffentliche Unternehmen), unmittelbar an die Grundrechte gebunden, unabhängig davon, ob die für den Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt handelnden Einheiten „spezifische“ Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, ob sie erwerbswirtschaftlich oder zur reinen Bedarfsdeckung tätig werden („fiskalisches“ Handeln) und welchen sonstigen Zweck sie verfolgen.<sup>27</sup> Ein solches öffentliches Unternehmen kann sich damit auf Berechtigungen aus Grundrechten nicht berufen und insbesondere nicht geltend machen, die Auslegung und Anwendung des

19 OVG Weimar, Urt. v. 01.09.2010 - 1 KO 832/06.

20 OVG Lüneburg, Urt. v. 15.07.2014 - 1 LB 133/13.

21 Wohl a.A. OVG Weimar, Urt. v. 01.09.2010 - 1 KO 832/06.

22 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 15.05.2013 - 10 A 255/12.

23 BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 - 1 BvL 7/91 Rn. 76.

24 BVerfG, Beschl. v. 08.07.1982 - 2 BvR 1187/80 Rn. 72.

25 Bezeichnung etwa bei Mehde in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Rn. 16; kritisch Goldhammer, JuS 2014, 891, 894 f.

26 BVerfG, Beschl. v. 16.01.1963 - 1 BvR 316/60 Rn. 22; BVerfG, Beschl. v. 02.05.1967 - 1 BvR 578/63 Rn. 23.

27 BVerfG, Beschl. v. 19.07.2016 - 2 BvR 470/08 Rn. 30.

jeweiligen landesrechtlichen Denkmalschutzrechts stehe in Widerspruch zu Art. 14 GG.<sup>28</sup>

## II. Zumutbarkeit einer Veräußerung

Deutlicher konturiert hat das BVerwG jüngst die Grenzen der Pflichtigkeit eines Eigentümers, der sein Denkmal beseitigen will, weil ihm der Erhalt unzumutbar sei. Nach der Rechtsprechung des BVerfG wird die Privatnützigkeit des Eigentums nahezu vollständig beseitigt, wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und es „praktisch auch nicht veräußern kann“. In diesem Fall werde aus dem Recht eine Last, die der Eigentümer allein im öffentlichen Interesse zu tragen habe, ohne dafür die Vorteile einer privaten Nutzung ziehen zu können.<sup>29</sup> Für das Vorliegen einer unzumutbaren Belastung trägt der Eigentümer die Darlegungs- und Beweislast.<sup>30</sup>

Dem Eigentümer obliegt es also auch, sich um einen Verkauf zu bemühen, wenn er sein Denkmal nicht selbst erhalten kann oder will. Ist das eine „Selbstenteignung“, weil der Eigentümer sein Denkmal nicht mehr im Bestand erhalten kann, sondern nur noch den Verkaufserlös als Wert erhält? Nein: Denn auch die Befugnis, über einen Gegenstand zu verfügen, ist Teil der Eigentumsgarantie.<sup>31</sup> Die Veräußerungsbefugnis ist elementarer Bestandteil der Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung.<sup>32</sup> Erst wenn sich auch dieser Teil der Eigentumsgewährleistung praktisch nicht oder nur gegen einen allein symbolischen Preis verwirklichen lässt, wird die Grenze der Unzumutbarkeit erreicht.<sup>33</sup> Eine Selbstenteignung liegt darin schon deshalb nicht, weil der Eigentümer zu einer Veräußerung nicht verpflichtet ist, er das jeweilige Denkmal also behalten kann.

Es gibt sicher hoffnungslose Fälle, bei denen die Kosten der Erhaltung so hoch sind, dass auch mit einem Verkauf des Denkmals nicht gerechnet werden kann. Von vornherein aussichtslose Bemühungen mag man einem Eigentümer nicht abverlangen. So kann etwa das Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsberechnung so eindeutig sein, dass Verkaufsversuche und ein Erhalt des Denkmals von vornherein aussichtslos erscheinen.<sup>34</sup> Dies wird allerdings eher die Ausnahme als die Regel sein: So mag ein Optimist größere Hoffnungen in die Wirtschaftlichkeit eines Erhalts stecken als ein Pessimist, ein Liebhaber von Architektur auch wirtschaftliche Einbußen hinnehmen, um ein Denkmal zu erhalten. Besondere Bedeutung hat diese Sichtweise, wenn das jeweilige Landesrecht für die Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit einer Erhaltung den konkreten Denkmaleigentümer in den Blick nimmt.<sup>35</sup> Denn die Ziele der Denkmalpflege könnten in erheblichem Maße verfehlt werden, wenn die verfassungsrechtliche Zumutbarkeit einer Er-

haltungspflicht von den konkreten und wandelbaren Verhältnissen des jeweiligen Eigentümers, etwa seines Alters, seines Gesundheitszustandes, seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder seiner Vermögensverhältnisse, abhinge, ohne dass die Möglichkeit einer Veräußerung und der Erhalt des Denkmals durch einen neuen Eigentümer in den Blick genommen würden.<sup>36</sup>

## III. Drittschutz des Denkmalschutzes

Grundgesetzliche Grenzen ergeben sich für den Landesgesetzgeber, wenn er die Schutzrichtungen des Denkmalschutzrechtes bestimmt, namentlich regelt, ob ein Denkmaleigentümer sich gegen ein Bauvorhaben wenden kann, das in der Umgebung seines Denkmals entsteht und das Denkmal und seine Wirkung im Raum erheblich beeinträchtigen kann. Beispiele aus der Rechtsprechung sind der Bau eines landwirtschaftlichen Fahrsilos neben einer Schlossanlage,<sup>37</sup> die Errichtung eines Mehrfamilienhauses in einem Klosterhof,<sup>38</sup> die Planung eines Hotelneubaus neben einer Barockvilla<sup>39</sup> oder eines Wohnhauses neben einer Kirche.<sup>40</sup>

Zwar gebietet Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG keinen umfassenden nachbarlichen Drittschutz. Soweit der denkmalrechtliche Umgebungsschutz objektiv geboten ist, muss er jedoch auch dem Eigentümer des Kulturdenkmals Schutz und daher die notwendige Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO vermitteln.<sup>41</sup> Dahinter steht der Schutz vor frustrierenden Aufwendungen: Der Eigentümer muss nicht tatenlos zusehen, wie die ihm im öffentlichen Interesse auferlegten Erhaltungspflichten entwertet werden, weil Dritte – i.d.R. mit behördlicher Genehmigung – in der Umgebung seines Denkmals Baulichkeiten errichten. Damit sind auch die Grenzen des bundesrechtlich gebotenen Drittschutzes mar-

28 BVerwG, Beschl. v. 10.11.2016 - 4 B 27/16.

29 BVerfG, Beschl. v. 02.03.1999 - 1 BvL 7/91 Rn. 85.

30 BVerwG, Beschl. v. 17.11.2009 - 7 B 25/09 Rn. 12.

31 BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 Rn. 78.

32 BVerfG, Beschl. v. 19.06.1969 - 1 BvR 353/67 Rn. 21.

33 OVG Koblenz, Urt. v. 17.06.2015 - 8 A 11062/14 Rn. 42; OVG Magdeburg, Urt. v. 18.02.2015 - 2 L 175/13 Rn. 92; OVG Münster, Urt. v. 13.09.2013 - 10 A 1069/12 Rn. 45.

34 OVG Saarlouis, Urt. v. 20.11.2008 - 2 A 269/08 Rn. 42; Guckelberger, NVwZ 2016, 17, 23 f.; vgl. auch Hartleb/Wurster in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, D, Rn. 269: „Indizwirkung“.

35 So für das sächsische Landesrecht OVG Bautzen, Urt. v. 19.01.2016 - 1 A 275/14 Rn. 30.

36 BVerwG, Beschl. v. 28.07.2016 - 4 B 12/16 Rn. 11.

37 BVerwG, Urt. v. 21.04.2009 - 4 C 3/08.

38 OVG Münster, Urt. v. 04.12.2015 - 7 A 823/14.

39 VG Frankfurt/M., Beschl. v. 22.01.2015 - 8 L 4844/14.F.

40 OVG Münster, Urt. v. 08.03.2012 - 10 A 2037/11.

41 BVerwG, Urt. v. 21.04.2009 - 4 C 3/08 Rn. 17.

kiert: So hat das BVerwG für die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren ausgesprochen, dass ein Denkmaleigentümer die Verletzung des Rechts auf Abwägung der eigenen Belange erst dann i.S.d. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO geltend machen kann, wenn die Planung den mit der Unterschutzstellung des Denkmals angestrebten Zweck erheblich beeinträchtigen und die vom Denkmaleigentümer in Erfüllung der ihm auferlegten Erhaltungspflicht getätigten Investitionen in die Denkmalsubstanz nachträglich entwerten kann.<sup>42</sup> Damit ist das Mindestmaß des bundesrechtlich gebotenen Drittschutzes skizziert. Der Landesgesetzgeber darf darüber hinausgehen, muss dies aber nicht tun.<sup>43</sup>

Fragen des Umgebungsschutzes stellen sich häufig im Außenbereich, etwa bei der Zulassung von Windenergieanlagen. Belange des Denkmalschutzes können solchen Vorhaben nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB entgegengehalten werden. Noch nicht entschieden ist, ob § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB auch der Beseitigung eines Denkmals selbst entgegengehalten werden kann. Daran kann man jedenfalls zweifeln, weil der von § 35 BauGB gewollte bauplanungsrechtliche Schutz des Außenbereichs in besonderer Weise verwirklicht wird, wenn Gebäude beseitigt werden; dies gilt auch für Denkmäler.<sup>44</sup>

### C. Konflikte mit anderen öffentlichen Nutzungsansprüchen

Die Zielstellung des Denkmalschutzrechts, bestimmte Sachen dauerhaft zu erhalten, muss zwangsläufig vielfältige Konflikte hervorrufen. Diese bestehen nicht nur im Verhältnis zwischen den Interessen des Eigentümers und jenen der Allgemeinheit, sie können auch aus den Raumansprüchen anderer (öffentlicher) Nutzungen resultieren. Da das Denkmalschutzrecht selbst kaum Instrumentarien zur Lösung dieser Konflikte bereithält, bedarf es einer eingehenden Betrachtung der konkreten Konstellationen.

Kulturdenkmäler sind Barrieren: Sie können sich Infrastrukturvorhaben in den Weg stellen, aber auch im Widerspruch zu den Anforderungen des Hochwasser- oder Klimaschutzes stehen. So mag es im Rahmen des Hochwasserschutzes ein vitales Interesse an der Beseitigung geschützter Baulichkeiten, etwa historischer Wassermühlen oder Brücken, geben. Der Klimaschutz stellt Anforderungen an die Energieeffizienz von Gebäuden und die Nutzung erneuerbarer Energien, die sich mit den denkmalpflegerischen Interessen nicht ohne Weiteres vereinbaren lassen.

Bei größeren Infrastrukturvorhaben, insbesondere auch bei Maßnahmen des Hochwasserschutzes, ergeht regelmäßig keine separate denkmalschutzrechtliche Genehmigung, vielmehr bleiben die Belange des Denkmalschutzes aufgrund der Konzentrationswirkung im Rahmen der notwendigen

Planfeststellungsbeschlüsse abzuwägen. Hier scheinen sie auf den ersten Blick wenig durchsetzungsstark, geht es doch bei entsprechenden Vorhaben regelmäßig – zumindest auch – um die Schutzgüter Leib und Leben. Dieser Eindruck wird noch verstärkt, wenn einfach-gesetzliche Regelungen einen Vorrang des Hochwasserschutzes begründen.<sup>45</sup> Andererseits wurde bereits das besondere verfassungsrechtliche Gewicht des Denkmalschutzes herausgestellt. Hieraus resultierende Konfliktslagen spielen in der Rechtsprechung bislang erstaunlicherweise eine eher untergeordnete Rolle,<sup>46</sup> was seine Ursache im regelmäßig fehlenden subjektiv-rechtlichen Charakter denkmalschutzrechtlicher Maßgaben gegenüber den potenziellen Klägern haben dürfte. Unabhängig von der fehlenden Einklagbarkeit stellt sich aber für die Planfeststellungsbehörde insbesondere die Frage nach Alternativen, für deren Beantwortung die allgemeinen Anforderungen gelten. Danach hat die Behörde bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials einerseits alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativlösungen zu berücksichtigen und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange einzustellen. Eine Planfeststellungsbehörde handelt andererseits nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn eine von ihr verworfene Variante ebenfalls mit guten Gründen vertretbar gewesen wäre. Vielmehr sind die Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit erst dann überschritten, wenn sich eine andere als die gewählte Trassenführung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil die betroffenen Belange insgesamt schonendere, hätte aufdrängen müssen.<sup>47</sup> Vor diesem Hintergrund wird der Denkmalschutz kaum einmal das Gewicht haben, Maßnahmen des Hochwasserschutzes oder Straßenbaues gänzlich zu verhindern, die Anforderungen der Prüfung der Alternativen stehen aber einem allzu leichtfertigen Umgang mit Kulturdenkmalen entgegen.

Nachhaltiges Bauen sollte eigentlich ganz im Sinne des Denkmalschutzes sein – gleichwohl stoßen Maßnahmen der Wärmedämmung oder Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien bei den zuständigen Behörden auf wenig Gegenliebe. Eine gewisse Bewegung ist hier allerdings unverkennbar. So finden sich in ersten Landesgesetzen explizite Regelungen über die Zulassung baulicher Eingriffe zum

42 BVerwG, Beschl. v. 12.01.2016 - 4 BN 11/15 Rn. 10.

43 BVerwG, Beschl. v. 10.06.2013 - 4 B 6/13 Rn. 11 f.

44 Vgl. Gatz, jurisPR-BVerwG 5/2014 Anm. 6 unter D.

45 Vgl. etwa § 12 Abs. 2a SächsDSchG.

46 Vgl. zuletzt OVG Lüneburg, Urt. v. 22.04.2016 - 7 KS 35/12; VGH Mannheim, Urt. v. 23.09.2013 - 3 S 284/11.

47 Zuletzt BVerwG, Urt. v. 22.11.2016 - 9 A 25/15; BVerwG, Urt. v. 10.02.2016 - 9 A 1/15.



Zwecke des Klimaschutzes.<sup>48</sup> Das notwendige Gewicht verschafft den Belangen des Umweltschutzes dabei Art. 20a GG. In der Rechtsprechung ist denn auch geklärt, dass bauliche Eingriffe nicht allein mit dem Umstand abgelehnt werden können, diese führten zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Denkmals.<sup>49</sup> Vielmehr bleiben die in Rede stehenden Interessen im Rahmen einer Abwägung zu betrachten, ist insbesondere zu untersuchen, ob Belange des Umweltschutzes und das Interesse des Eigentümers an einer – zumeist für ihn betriebswirtschaftlich günstigeren – Nutzung erneuerbarer Energien oder einer Wärmedämmung im Einzelfall mehr Gewicht besitzen. Gleichwohl zeigt die Rechtsprechung in diesem Bereich bislang wenig Neigung, auf eine solche Betrachtung durch die Denkmalschutzbehörden hinzuwirken.<sup>50</sup> Zum Teil wird dem Belang des Klimaschutzes bei Baudenkmalern generell ein eher unbedeutendes Gewicht zugesprochen.<sup>51</sup> Mit Blick auf die mittlerweile recht hohe Akzeptanz von Solaranlagen und die Vielfalt an gestalterischen Lösungen scheint dies aber kaum noch sachgerecht. Gerade wenn die Denkmalseigenschaft nicht auf Schutzgründen mit einem ästhetischen Bezug beruht und die betreffenden Gebäude zudem auch keine außergewöhnliche Bedeutung besitzen, dürfte vieles für die Zulassung von klimaschutzrelevanten Baumaßnahmen streiten. Freilich bleibt dies immer im Rahmen einer Einzelfallwürdigung zu entscheiden.

48 Vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 NDSchG.

49 VG München, Urt. v. 14.03.2016 - M 8 K 14/4097.

50 Vgl. die eingehenden Betrachtungen bei OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 01.03.2017 - OVG 2 N 68.14 und VGH München, Beschl. v. 17.11.2015 - 9 ZB 14/2028 gegenüber den Ausführungen bei OVG Bautzen, Beschl. v. 04.01.2016 - 1 A 95/15.

51 VGH München, Beschl. v. 16.04.2015 - 2 ZB 14/180; OVG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2011 - 8 A 10590/11.

## Gleichwertigkeit der Ausbildung einer russischen Zahnärztin

BVerwG, Beschl. v. 06.06.2017 - 3 B 42/16

RiBVerwG Stefan Liebler

### A. Problemstellung

Die Klägerin hatte in Russland eine Zahnarztausbildung abgeschlossen und war dort als Zahnärztin tätig gewesen. Sie beantragte nach ihrer Übersiedlung nach Deutschland, wo sie auf der Grundlage einer vorläufigen Erlaubnis ebenfalls als Zahnärztin gearbeitet hatte, die Erteilung der Approba-

tion. Das setzt die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes voraus. Im Streit stand, ob das bei der Klägerin der Fall war und auf welche Erkenntnisquellen bei der Bewertung zurückgegriffen werden darf. Fragen nach der Gleichwertigkeit ausländischer Ausbildungsabschlüsse stellen sich in Zeiten wachsender Zuwanderung in verstärktem Maße. Sie sind von großer Bedeutung für die Integration der Betroffenen.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die 1962 in Russland geborene Klägerin absolvierte von 1982 bis 1987 ein Studium der Stomatologie (Zahnmedizin) am staatlichen Institut für Medizin Smolensk/Russland, das sie mit dem Diplom als Ärztin für Stomatologie abschloss. Nach einer einjährigen Internatur an einer Zahnärztlichen Poliklinik erhielt sie die Qualifikation „Zahnarzt-Therapeut“. Ab August 1988 arbeitete die Klägerin als angestellte Zahnärztin in der russischen Stadt B. Von April 1994 bis Juni 1997 war sie dort als selbstständige Zahnärztin mit eigener Praxis tätig. Nach ihrer Einbürgerung in Deutschland arbeitete die Klägerin von Mai 2008 bis April 2009 auf der Grundlage einer Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung der Zahnheilkunde nach § 13 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde (im Folgenden: ZHG) als Zahnärztin. Im Juli 2009 beantragte sie die Erteilung der zahnärztlichen Approbation. Die Bezirksregierung Köln stellte mit Bescheid vom 03.09.2013 fest, dass ihr Ausbildungsstand in verschiedenen Fächern wesentliche Unterschiede gegenüber der zahnärztlichen Ausbildung in Deutschland aufweise und daher nicht gleichwertig sei. Zum Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten müsse sie eine Prüfung ablegen.

Das VG Köln<sup>1</sup> hat diesen Bescheid hinsichtlich der Feststellung von Defiziten weitgehend aufgehoben, die Klage hinsichtlich des Fachs zahnärztliche Prothetik aber abgewiesen. Das OVG Münster<sup>2</sup> hat die erstinstanzliche Entscheidung geändert und den Beklagten unter vollständiger Aufhebung des Bescheids verpflichtet, ihr die Approbation zu erteilen. Ihr Ausbildungsstand sei gleichwertig i.S.v. § 2 Abs. 3 Satz 1 ZHG. Ein etwaiges ausbildungsrelevantes Defizit in zahnärztlicher Prothetik habe sie gem. § 2 Abs. 2 Satz 5 ZHG durch Berufspraxis und sog. lebenslanges Lernen ausgeglichen. Sie habe glaubhaft erklärt, von November 1992 bis Juni 1997 nicht unerheblich auf dem Gebiet des Zahnersatzes tätig geworden zu sein. Darüber hinaus habe sie auch im Bundesgebiet entsprechende Berufserfahrung erworben. Zudem habe sie hier zahlreiche Fortbildungsveranstaltungen im Fach Zahnersatz absolviert. Die dadurch erworbenen Kenntnisse

1 VG Köln, Urt. v. 24.02.2015 - 7 K 290/12.

2 OVG Münster, Urt. v. 11.07.2016 - 13 A 897/15.

und Fähigkeiten könnten bei der Gleichwertigkeitsprüfung als „lebenslanges Lernen“ berücksichtigt werden.

Gegen die Nichtzulassung der Revision hatte der Beklagte Beschwerde eingelegt; der Rechtssache komme grundsätzliche Bedeutung zu. Diese Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben, hat dem BVerwG aber Gelegenheit gegeben, zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen.

I. Die Frage, ob die vom Antragsteller einzureichenden Bescheinigungen über die erworbene Berufserfahrung hinreichend substantiiert erkennen lassen müssen, dass die festgestellten wesentlichen Unterschiede ganz oder teilweise durch Kenntnisse als inhaltlich ausgeglichen gelten können, oder ob die inhaltliche Gleichwertigkeit auch durch Erklärungen des Antragstellers ausreichend substantiiert werden kann, ließ sich auch ohne ein Revisionsverfahren dahin beantworten, dass zum Nachweis der berücksichtigungsfähigen zahnärztlichen Berufspraxis im Einzelfall auch auf Erklärungen und Bekundungen des Antragstellers abgestellt werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass er die Bescheinigung über die erworbene Berufserfahrung aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, nicht oder nur schwer beschaffen kann.

1. Gem. § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 ZHG hat ein Antragsteller, der die Approbation aufgrund einer außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes abgeschlossenen Ausbildung für die Ausübung des zahnärztlichen Berufs beantragt, eine amtlich beglaubigte Kopie der Befähigungsnachweise oder des Ausbildungsnachweises, der zur Aufnahme des entsprechenden Berufs berechtigt, sowie ggf. eine Bescheinigung über die erworbene Berufserfahrung vorzulegen. Danach kann eine zahnärztliche Berufspraxis bei der Prüfung des Ausgleichs von wesentlichen Unterschieden nach § 2 Abs. 3 Satz 2 ZHG i.V.m. Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 1 Alt. 1 ZHG regelmäßig nur berücksichtigt werden, wenn und soweit sie vom Antragsteller durch eine hinreichend aussagekräftige Bescheinigung nachgewiesen ist.<sup>3</sup> Das schließt nicht aus, dass der Antragsteller die bescheinigte Berufserfahrung durch erläuternde Erklärungen und Bekundungen weiter substantiiieren kann. Gegenteiliges lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

2. Aus § 2 Abs. 3 Satz 4 ZHG folgt, dass der Antragsteller den Nachweis vorhandener Berufspraxis mithilfe anderer Beweismittel führen darf, wenn er die Bescheinigung aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, nicht oder nur unter unzumutbarem Aufwand beibringen kann.

Weist die Ausbildung des Antragstellers wesentliche Unterschiede gegenüber der Ausbildung nach diesem Gesetz und der Approbationsordnung für Zahnärzte auf, muss er nachweisen, dass er über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die zur Ausübung des Berufs des Zahnarztes erforder-

lich sind (§ 2 Abs. 3 Satz 2 ZHG i.V.m. Abs. 2 Satz 6 ZHG). Dieser Nachweis wird durch das Ablegen einer Prüfung erbracht, die sich auf den Inhalt der staatlichen Abschlussprüfung bezieht. Gem. § 2 Abs. 3 Satz 4 ZHG ist diese Prüfung auch abzulegen, wenn die Prüfung des Antrags auf Erteilung der Approbation nur mit unangemessenem zeitlichen oder sachlichen Aufwand möglich ist, weil die erforderlichen Unterlagen und Nachweise aus Gründen, die nicht in der Person des Antragstellers liegen, von diesem nicht vorgelegt werden können. Danach ist eine Kenntnisprüfung nicht schon dann erforderlich, wenn der Antragsteller eine einzelne der in § 2 Abs. 6 ZHG aufgeführten Unterlagen und Bescheinigungen aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht vorlegen kann. Hinzukommen muss ein unangemessener Prüfungsaufwand. Verursacht das Fehlen einzelner Unterlagen dagegen keinen unzumutbaren Prüfungsmehraufwand, besteht kein Grund, es dem Antragsteller zu verwehren, die Berufserfahrung auf andere Weise als durch Vorlage einer Bescheinigung nachzuweisen. Diese Auslegung gebieten auch Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG und das im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Verhältnismäßigkeitsgebot. Ob ausgehend davon die Beibringung der Bescheinigung entbehrlich und der Nachweis über die Berufspraxis anderweitig erbracht ist, unterliegt der Würdigung der Umstände des Einzelfalls und entzieht sich der verallgemeinerungsfähigen Klärung in einem Revisionsverfahren.

Hier hatte das Oberverwaltungsgericht festgestellt, die Klägerin habe nachweislich seit November 1992 bis Juni 1997 ihren Beruf als Zahnärztin ausgeübt. Anders als bei Antragstellern, die als angestellte Zahnärzte tätig seien und für deren Tätigkeiten grds. qualifizierte Tätigkeitszeugnisse erstellt werden könnten, seien im Fall selbstständiger beruflicher Tätigkeit entsprechende Unterlagen und Bescheinigungen häufig nicht verfügbar. In einem Erörterungstermin hatte es die Klägerin zu ihren beruflichen Tätigkeiten befragt und im Berufungsurteil ausgeführt, sie habe glaubhaft erklärt, dass der Anteil prothetischer Arbeiten einen nicht unerheblichen Umfang ihrer Tätigkeit ausgemacht habe. Diese Tatsachenfeststellungen waren bindend.

II. Auch die zweite vom Beklagten aufgeworfene Frage rechtfertigte eine Revisionszulassung nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nicht. Klärungsbedürftig sei, ob lebenslanges Lernen i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 5 ZHG wegen des Fehlens einer zuständigen Stelle in Deutschland nicht anerkannt werden könne, oder ob es anerkannt werden könne, wenn es durch Nachweise der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 HeilBerG NW (Heilberufsgesetz NRW) für Fortbildungen zuständigen Zahnärztekammer belegt werde.

3 OVG Lüneburg, Urt. v. 13.03.2014 - 8 LB 73/13.

Auch diese Frage gab der Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung. Sie war dahin zu beantworten, dass Bescheinigungen über die Teilnahme an beruflichen Fortbildungen, die von den Zahnärztekammern nach dem HeilBerG NW ausgestellt werden, ein geeigneter formeller Gültigkeitsnachweis i.S.v. § 2 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 1 Alt. 2 ZHG sind. Dementsprechend handelt es sich bei den Kenntnissen und Fähigkeiten, die durch den Besuch solcher Fortbildungen erworben werden, um lebenslanges Lernen im Sinne der maßgeblichen Vorschriften, das für den Ausgleich wesentlicher Unterschiede berücksichtigt werden kann.

1. § 2 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 1 Alt. 2 ZHG sieht vor, dass wesentliche Unterschiede ganz oder teilweise durch Kenntnisse und Fähigkeiten ausgeglichen werden können, die der Antragsteller durch lebenslanges Lernen erworben hat, sofern sie von einer dafür in dem jeweiligen Staat zuständigen Stelle formell als gültig anerkannt wurden. Zu den Aufgaben der Zahnärztekammer gehört nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HeilBerG NW i.V.m. § 1 Satz 1 Nr. 5 HeilBerG NW u.a., die berufliche Fortbildung der Kammerangehörigen zu fördern und zu betreiben, um dazu beizutragen, dass deren für die Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Fähigkeiten dem aktuellen Stand der Wissenschaft und Praxis entsprechen. Danach ist nicht zweifelhaft, dass die Fortbildungsveranstaltungen der Zahnärztekammer Nordrhein Aktivitäten des lebenslangen Lernens im Sinne der maßgeblichen Regelungen sind.

2. Der Beklagte hatte eingewandt, es gebe in Deutschland keine „zuständige Stelle“ i.S.d. § 2 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 1 Alt. 2 ZHG und auf das gemeinsame „Protokoll der Länder NI, RP, TH und HH zu der Anhörung zum Referentenentwurf des Bundes zur Umsetzung der Richtlinie 2013/55/EU beim BMG am 16.07.2015 in Bonn“ verwiesen. Dort heißt es, das Bundesministerium für Gesundheit vertrete die Auffassung, in Deutschland existiere keine einschlägige Stelle nach der Richtlinie, sodass Kenntnisse aus dem lebenslangen Lernen nicht als formell gültig anerkannt werden könnten. Eine aus der Richtlinie resultierende Pflicht zur Schaffung einer derartigen Stelle sehe das Ministerium nicht.

Das überzeugte das BVerwG nicht. Art. 14 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie 2005/36/EG sei dahin auszulegen, dass er die Einrichtung einer „einschlägigen Stelle“ in jedem Mitgliedstaat voraussetzt. Deren Vorhandensein ist wesentliche Voraussetzung für die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 14 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2005/36/EG) gebotene Prüfung, ob die durch lebenslanges Lernen erworbenen Kenntnisse, Fähigkeiten und Kompetenzen wesentliche Unterschiede in Bezug auf die Ausbildungsfächer ausgleichen und damit einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung entbehrlich machen. Antragstellern, die ihre Kenntnisse, Fähigkeiten und Kom-

petenzen in einem Mitgliedstaat erworben haben, der nicht über eine entsprechende Anerkennungsstelle verfügt, wäre die Beibringung des Nachweises über die formelle Anerkennung der durch lebenslanges Lernen erworbenen Fort- und Weiterbildung verschlossen. Die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten wären bei der Prüfung der Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes durch den Aufnahmemitgliedstaat nicht berücksichtigungsfähig. Ein solches Ergebnis lässt sich nicht mit dem Zweck der Richtlinie 2005/36/EG vereinbaren, einheitliche Formalitäten und Verfahrensregeln für das System der gegenseitigen Anerkennung von beruflichen Qualifikationen zu gewährleisten. Es widerspricht zudem der hervorgehobenen Bedeutung, die die Richtlinie dem lebenslangen Lernen und insbesondere der beruflichen Fort- und Weiterbildung beimisst. Außerdem sei die Annahme des Beklagten, durch lebenslanges Lernen in Deutschland erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten seien wegen des Fehlens einer zuständigen Anerkennungsstelle nicht berücksichtigungsfähig, auch nicht mit § 2 Abs. 2 Satz 5 ZHG und im Fall der Klägerin ebenso nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen.

3. Vom Erfordernis der formellen Anerkennung zu trennen ist die Prüfung, ob die durch lebenslanges Lernen erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten geeignet sind, wesentliche Ausbildungsunterschiede ganz oder teilweise auszugleichen (BT-Drs. 18/6616, S. 112). Das hatte das Oberverwaltungsgericht im Fall der Klägerin bejaht.

### C. Kontext der Entscheidung

Für die Anerkennung einer im Ausland absolvierten Ausbildung in Deutschland stellt sich auch bei Heilberufen regelmäßig die Frage nach der Gleichwertigkeit dieser Ausbildung. Das zeigt auch § 2 Abs. 3 Satz 1 ZHG. Danach ist Antragstellern, die über einen Ausbildungsnachweis für die Ausübung des zahnärztlichen Berufs verfügen, der in einem Drittland ausgestellt ist, die Approbation zu erteilen, wenn die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes gegeben ist. Mit der Gleichwertigkeit einer Arztausbildung in Russland und den für die Beurteilung heranzuziehenden Kriterien hatte sich das BVerwG im Urteil vom 11.12.2008 - 3 C 33/07 befasst.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Aus dem Beschluss ergibt sich, dass die nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HeilBerG NW für die berufliche Fortbildung zuständige Zahnärztekammer eine Stelle i.S.v. § 2 Abs. 2 Satz 5 ZHG zur formellen Anerkennung der in ihrem Zuständigkeitsbereich durch lebenslanges Lernen erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten ist.

Der Auffassung, dass es in Deutschland keine „zuständige Stelle“ i.S.v. § 2 Abs. 2 Satz 5 Halbsatz 1 Alt. 2 ZHG gebe und auch keine Pflicht zur Schaffung einer solchen Stelle bestehe, ist das BVerwG nicht gefolgt.

Außerdem hat das BVerwG klargestellt, dass zum Nachweis der nach § 2 Abs. 3 Satz 2 ZHG i.V.m. Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1

Alt. 1 ZHG berücksichtigungsfähigen zahnärztlichen Berufspraxis auch auf Erklärungen des Antragstellers abgestellt werden kann. Voraussetzung ist, dass er die erforderliche Bescheinigung über seine Berufserfahrung aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, nicht oder nur schwer beschaffen kann.

## Strafrecht

# Europäisches Strafrecht in der jüngeren Rechtsprechung des BGH

RA PD Dr. Peter Rackow

Das Europäische Strafrecht, diejenigen „Normen und Praktiken“ also, die auf die EU (Europarecht im engeren Sinne) bzw. den Europarat (Europarecht im weiteren Sinne) zurückgehen,<sup>1</sup> ist seit Längerem in der Praxis der deutschen Obergerichte angekommen. Im Folgenden sollen Entscheidungen der Senate des BGH seit dem Jahr 2015 in den Blick genommen werden, die wesentlich durch das Europäische Strafrecht mitbestimmt sind. Normative Schwerpunkte ergeben sich dabei – wenig überraschend – einmal mehr bei Art. 6 EMRK (insbesondere Tatprovokation!) und bei den Vorschriften zum europäischen „ne bis in idem“ (Art. 54 SDÜ<sup>2</sup>, Art. 50 GrCh<sup>3</sup>). Des Weiteren wirft die „Nürburgring“-Entscheidung des 3. Senats die Frage auf, inwieweit Verstöße gegen die Beihilferegeln des Primärrechts zur Untreuehaftung nach § 266 StGB führen können. Und schließlich zeigt sich in der Entscheidung des 5. Senats zum WpHG bzw. zur Marktmissbrauchsverordnung, welche Schwierigkeiten bzw. Detailfragen sich ergeben können, wenn die Normgeber sich an der Schnittstelle zwischen unmittelbar anwendbarem Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Strafrecht der Verweisungstechnik bedienen.

## A. BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15

Die Entscheidung des 1. Senats aus dem Mai 2015 versucht, die hergebrachte Linie zu halten, wonach eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation (auch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR)<sup>4</sup> nur im Ausnahmefall zu einem Verfahrenshindernis führen könne.<sup>5</sup> Unter Verweis auf das BVerfG<sup>6</sup> führt der Senat aus, dass das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) nur in extremen Ausnahmefällen die Annahme eines Verfahrenshindernisses gebieten würde.<sup>7</sup> Sehen muss man dabei aber, dass der Senat sich zu den Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation nicht abschließend äußern musste, weil es aus seiner Sicht

bereits an einem den Voraussetzungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechenden Vortrag gefehlt hatte. Bedeutsam sind daher nicht zuletzt auch die Ausführungen zu den Anforderungen an die Begründung der Revision in einschlägigen Fällen. Auch wenn der EGMR in seiner Deutschland betreffenden Entscheidung des Jahres 2014 den Standpunkt eingenommen hat, dass unter Umständen die Staatsanwaltschaft das Fehlen einer unzulässigen Provokation nachzuweisen hat,<sup>8</sup> würden – so der 1. Senat – die Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO uneingeschränkt auch dort gelten, wo die Revision eine unzulässige Tatprovokation vorträgt. Eine konventionsfreundliche Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sei insbesondere mit Blick auf den „eindeutigen Wortlaut [...]“ und den Zweck der „Vermeidung einer Überlastung der Revisionsgerichte vorzubeugen“ ausgeschlossen.<sup>9</sup> Die Passage wirkt apodiktisch.

1 Zum Begriff des Europäischen Strafrechts vgl. nur Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 4 m.w.N.

2 Schengener Durchführungsübereinkommen.

3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

4 Vgl. insbesondere EGMR, Urt. v. 23.10.2014 - 54648/09 - „Furcht ./. Deutschland“: „Damit ein Verfahren iSv Art. 6 I EMRK fair ist, müssen alle durch polizeiliche Anstiftung gewonnenen Beweismittel ausgeschlossen oder auf andere Weise vergleichbare Ergebnisse herbeigeführt werden ...“.

5 BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15.

6 Vgl. insbesondere BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 - 2 BvR 209/14.

7 BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15.

8 EGMR, Urt. v. 23.10.2014 - Nr. 54648/09 - „Furcht ./. Deutschland“: „Bei der Anwendung der genannten Kriterien haben die Behörden die Beweislast. Die Strafverfolgungsbehörden müssen beweisen, dass es keine Anstiftung gegeben hat, vorausgesetzt, dass die Behauptungen des Angekl. nicht völlig unwahrscheinlich sind“.

9 BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15.



Dass bereits der Wortlaut<sup>10</sup> einer konventionsgemäßen Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO dahin gehend entgegenstehen soll, dass der Angeklagte hinreichend vorge-tragen hat, wenn er erstens eine unzulässige Tatprovoka-tion bestimmt behauptet und zweitens im Sinne des EGMR diejenigen Tatsachen angibt, die seine Behauptung nicht als völlig unplausibel erscheinen lassen,<sup>11</sup> drängt sich umso weniger auf als die konkreten Anforderungen an die Ver-fahrensrüge in wesentlichen Punkten durch die Rechtspre-chung (fort-)entwickelt worden sind.<sup>12</sup> Dass dann – weitere Gesichtspunkte werden nicht ausdrücklich benannt – der Zweck des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, die Gerichte zu entlas-ten,<sup>13</sup> gegenüber dem Anliegen überwiegen soll, im Wege konventionskonformer Auslegung eine Praxis des § 344 StPO zu vermeiden, die gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK zu versto-ßen droht, leuchtet noch weniger ein. Eine Immunisierung des Status quo anhand des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO hat zu-dem mit dem Problem zu kämpfen, dass jedenfalls von Amts wegen zu prüfen ist, ob ausnahmsweise doch einmal ein Verfahrenshindernis vorliegt.<sup>14</sup>

### B. BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14

Dem 2. Strafsenat lag dann wenig später im Juni 2015 ein Fall vor, in dem es nach den Maßstäben des EGMR wie auch nach den Akzentuierungen des BGH im Ermittlungsver-fahren zu einer rechtswidrigen Tatprovokation gekommen war.<sup>15</sup> In krassem Gegensatz zu der soeben erwähnten Ent-scheidung des 1. Senats stellte sich der 2. Senat auf den Standpunkt, dass im Lichte der nach Art. 20 Abs. 3 GG zu berücksichtigenden, Deutschland betreffenden „Furcht-Entscheidung“ des EGMR,<sup>16</sup> „jedenfalls in den Fällen der vorliegenden Art ein Verfahrenshindernis zur Kompensation der Konventionsverletzung erforderlich ist“.<sup>17</sup> Die Ent-scheidung stellt ersichtlich eine deutliche Abkehr von der alten Linie der Strafzumessungslösung dar. Indes fällt auf, dass der Senat seine Aussagen auf „Fälle [...] der vorliegenden Art“ bezieht bzw. beschränkt. Nach dem Gang der Ausführungen in der Urteilsbegründung scheint mit „Fällen der vorliegenden Art“ gemeint zu sein, dass die Voraussetzungen des EGMR für die Annahme einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation (keine Beschränkung auf lediglich „weitge-hend ‚passive Strafermittlung‘“)<sup>18</sup> und diejenigen des BGH (Verbot lediglich „unvertretbarer übergewichtiger“ Einwir-kungen bei verdächtigen oder tatgeneigten Personen)<sup>19</sup> eindeutig eingreifen. In dem deutlich gelagerten Fall des 2. Senats war dies vergleichsweise unproblematisch ge-geben und der Senat meinte es, daher offenlassen zu können, ob Fälle, in denen die Formel des EGMR eine unzulässige Tatprovokation nahelegt, von einem Verbot lediglich „un-vertretbar übergewichtiger“ Einwirkungen ggf. nicht unter allen Umständen erfasst würden.<sup>20</sup> Eine diesbezügliche

Klärung wäre indes wünschenswert gewesen. Denn ohne eine solche lässt sich die Entscheidung des 2. Senats in ihrem Gesamtbild und nach dem Kontext, in den sie sich einfügt, dahin gehend lesen, dass es zwar erforderlich sei, über einen nach hiesigen Maßstäben anerkannten Kernbe-reich der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation hinaus auch die durch den EGMR mit der Wendung von der nicht weit-gehend passiven Strafermittlung umrissenen Fälle einzube-ziehen, die Regelfolge eines Verfahrenshindernisses<sup>21</sup> dann aber auf Erstere zu beschränken.<sup>22</sup>

### C. BGH, Urt. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15

Das Revisionsurteil aus dem Frühjahr 2016 befasst sich mit der Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen den Fairness-grundsatz in Form der Mitwirkung einer gerichtlich bestell-ten Verteidigerin, die sich einem Interessenkonflikt ausge-setzt gesehen habe, zumal sie „gerichtsbekannt“ in Bürogemeinschaft mit dem Nebenklägervertreter zusam-menarbeitete (und zudem „auch privat mit diesem liiert“ war). Hinzu trat noch, dass der Vorsitzende es unterlassen hatte, den Angeklagten und die betroffene Anwältin zu eventuellen Bedenken gegenüber ihrer Bestellung anzuhö-ren,<sup>23</sup> die sich ihm nach Lage der Dinge aufdrängen muss-

10 „Ersterenfalls müssen die den Mangel enthaltenden Tatsachen ange-gaben werden“.

11 Vgl. Fn. 8.

12 Monografisch Ritter, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, 2007, S. 56 ff., 103 ff.

13 BGH, Beschl. v. 19.05.2015 - 1 StR 128/15.

14 Rackow in: GS, StGB, 4. Aufl. 2017, § 344 Rn. 10 m.w.N.

15 BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14; vgl. hier auch Eidam, StV 2016, 129, 130.

16 BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14.

17 BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14.

18 Vgl. EGMR, Urt. v. 23.10.2014 - Nr. 54648/09 - „Furcht /J. Deutsch-land“: „Anstiftung liegt vor, wenn sich die Polizisten nicht darauf be-schränken, strafbares Verhalten zu ermitteln, sondern den Betroffenen derart beeinflussen, dass sie ihn anstiften, eine Straftat zu begehen, die er sonst nicht begangen hätte, um die Tat nachweisen zu können, das heißt um Beweise zu beschaffen und die Tat strafrechtlich zu ver-folgen ...“.

19 Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2013 - 5 StR 240/13; BGH, Urt. v. 23.05.1984 - 1 StR 148/84; BGH, Urt. v. 21.09.1983 - 2 StR 370/83.

20 BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14.

21 BGH, Urt. v. 10.06.2015 - 2 StR 97/14 (amtlicher Leitsatz).

22 Vgl. auch Lochmann, StraFo 2015, 492, 499 und insbesondere Clanget, jM 2015, 393, 394, mit dem Hinweis darauf, dass der Senat eben of-fengelassen hat, ob jede rechtsstaatswidrige Verfahrensprovokation ein Verfahrenshindernis nach sich ziehen muss.

23 BGH, Urt. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15.

ten.<sup>24</sup> Menschenrechtliche Basis der Entscheidung ist, dass Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) EMRK sich nicht damit begnügt, dass in einem formalen Sinne ein Recht auf Strafverteidigung besteht; stattdessen muss gewährleistet sein, dass Verteidigung tatsächlich wirksam erfolgt.<sup>25</sup> Der Senat setzt nun erstens daran an, dass Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) EMRK dem Staat dort eine weitgreifende Verpflichtung auferlegt, eine wirkungsvolle Verteidigung zu gewährleisten, wo es um die Frage der Bestellung eines Verteidigers geht. Vergleichsweise größere Bedenken gegenüber einem Verteidiger seien dagegen erforderlich, um eine Entpflichtung zu veranlassen.<sup>26</sup> Wenig überzeugend ist dann vor diesem Hintergrund die Behandlung der Umstände der Bestellung der Verteidigerin. Der Senat konzentriert sich auf die unterbliebene Anhörung und meint, dass dieser Mangel „nicht entscheidend ins Gewicht“ falle, weil der Angeklagte die fragliche Rechtsanwältin selbst gewählt und dann im weiteren Verlauf keine Einwände geltend gemacht hatte.<sup>27</sup> Dabei gerät aus dem Blick, dass – unabhängig von der unterbliebenen Anhörung – viel dafür spricht, dass (unter den gegebenen Umständen) bereits die Bestellung als solche einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) EMRK darstellt.<sup>28</sup> Zweitens stellt der Senat für seine Bewertung der Revision als unbegründet darauf ab, dass ein nicht geäußertes „abstraktes“ Misstrauen des Angeklagten gegen seine Verteidigerin jedenfalls angesichts des Umstands, dass dieser durch einen weiteren Verteidiger vertreten war, nicht hinreichen könne für die Annahme eines Fairnessverstoßes. Aus demselben Grund sei die (Fortdauer der) Bestellung der Verteidigerin auch nicht etwa aufgrund eines eventuell konkreten Interessenkonflikts verfahrensfehlerhaft gewesen.<sup>29</sup> Das Abstellen auf die Mitwirkung eines weiteren (Wahl-)Verteidigers erscheint indes problematisch, da dieser nicht an allen Verhandlungstagen anwesend war, und der Verweis darauf, dass der Angeklagte kein Misstrauen geäußert hatte, berücksichtigt nicht hinreichend, dass Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) EMRK eine „Fremdkontrolle“ durch das Gericht verlangt.<sup>30</sup> Dass ein bestellter Verteidiger in eigener Verantwortung auf die Entpflichtung hinzuwirken hat, wenn ein Interessenkonflikt besteht,<sup>31</sup> führt zu keiner weniger kritischen Bewertung der Entscheidung, denn die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) EMRK wird – wie der konkrete Fall zeigt – gerade dann relevant, wenn Verteidiger sich trotz eines Interessenskonflikts bestellen lassen bzw. ihre Tätigkeit fortsetzen.

#### **D. BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15**

Der Beschluss des 1. Senats aus dem Mai des vergangenen Jahres betrifft ein Urteil des LG Mannheim wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung vom 24.07.2015. Der Senat sah zwar kein Verfahrenshindernis, jedoch Fehler beim

Schuldspruch. Anlass, ein Verfahrenshindernis auszuschließen, bestand insoweit, als der Angeklagte bereits im Mai 2014 durch das Landgericht wegen Steuerhinterziehung verurteilt worden war und sich beide Verfahren auf die Hinterziehung von (deutschen und französischen) Verbrauchsteuern i.S.d. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates vom 16.12.2008<sup>32</sup> bezogen.<sup>33</sup> Das Vorliegen eines Falls des Art. 103 Abs. 3 GG musste insoweit zwar ausscheiden, da die beiden Verfahren nach Maßgabe des § 264 StPO unterschiedliche prozessuale Taten zum Gegenstand hatten.<sup>34</sup> Indes stellte sich die Frage, ob es sich bei den beiden Verfahren des LG Mannheim um die „Durchführung des Rechts der Union“ i.S.d. Art. 51 Abs. 1 GrCh handelte mit der Folge, dass möglicherweise ein Verstoß gegen das Doppelverfolungsverbot des Art. 50 GrCh gegeben sein könnte.<sup>35</sup> Ob Art. 51 Abs. 1 GrCh auch in Fällen innerstaatlicher Doppelverfolgung den Weg zu Art. 50 GrCh eröffnen kann, lässt der Beschluss dann indes offen, da der 1. Senat nach Lage der Dinge meint, ausschließen zu können, dass dem zweiten Strafverfahren Art. 50 GrCh entgegenstehen würde, wäre er denn anwendbar.<sup>36</sup> Beide Verfahren hätten nämlich nicht dieselbe Tat im Sinne der GrCh zum Gegenstand. Überzeugend legt der Senat dabei zugrunde, dass der Tatbegriff des Art. 50 GrCh sich nicht von demjenigen des Art. 54 SDÜ unterscheidet. Maßgeblich sei daher entsprechend der Rechtsprechung des EuGH

24 Vgl. Barton, StV 2016, 475, 476.

25 Vgl. nur Esser in: LR, StPO, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 723, 733 ff. und insbesondere 739 m.w.N.

26 BGH, Ur. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15.

27 BGH, Ur. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15.

28 Barton, StV 2016, 475, 476.

29 BGH, Ur. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15.

30 Barton, StV 2016, 475, 477.

31 BGH, Ur. v. 24.02.2016 - 2 StR 319/15.

32 ABl. EU L 9/12 vom 14.01.2009.

33 Die Verurteilung aus dem Mai 2014 betrifft die Hinterziehung deutscher Branntweinsteuer unter Nutzung eines inländischen Steuerlagers; diejenige aus dem Juli 2015 die Beihilfe zur Hinterziehung französischer Verbrauchsteuern durch französische Haupttäter, welche wiederum unter Nutzung des inländischen Steuerlagers einer Brauerei erfolgte (vgl. BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15).

34 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15.

35 Zum Anwendungsbereich des Art. 50 GrCh (und seinem Verhältnis zu Art. 54 SDÜ) instruktiv Radtke in: Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR Bd. 9), 1. Aufl. 2013, § 12 Rn. 33 ff.

36 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15. Ohne nähere Erörterung für die Anwendbarkeit des Art. 50 GrCh auf innerstaatliche Fälle EuGH, Ur. v. 26.02.2013 - C-617/10 Rn. 34; vgl. des Weiteren etwa Blanke in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 50 GrCh Rn. 1; Radtke in: Böse, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR Bd. 9), 1. Aufl. 2013, § 12 Rn. 34 f.

zu Art. 54 SDÜ, ob die Gegenstände der beiden Verfahren sich als Teile „eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“ darstellten, und zwar „unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“. Dies nun sei nicht der Fall gewesen, da unterschiedliche (verbrauchsteuerpflichtige) Waren betroffen waren und sich die den Verfahren zugrunde liegenden Abläufe räumlich-zeitlich unterschieden.<sup>37</sup> Ein weiterer europastrafrechtlicher Akzent kam dann im Rahmen der revisionsrechtlichen Überprüfung des Rechtsfolgenausspruchs des Landgerichts zum Tragen: Der Angeklagte war im Januar 2014 aufgrund eines Europäischen Haftbefehls in Calais festgenommen worden. Gegenstand des Haftbefehls waren Steuerdelikte in Deutschland und auch in Frankreich.<sup>38</sup> Das zuständige Gericht in Douai bewilligte lediglich eine befristete Überstellung, da auch in Frankreich ein Strafverfahren gegen den Angeklagten beabsichtigt war. Angesichts dessen wurde im weiteren Verlauf der Vorwurf der Hinterziehung deutscher Brantweinsteuer abgetrennt und es erfolgte diesbezüglich im Mai 2014 die Aburteilung des Angeklagten durch das LG Mannheim. Das zuständige französische Gericht ordnete dann im September 2014 die Freilassung an und hob den zwecks Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ergangenen französischen Haftbefehl auf. Im Weiteren ersuchte die Generalstaatsanwaltschaft in Douai die Staatsanwaltschaft Mannheim um Übernahme des Verfahrens wegen der Hinterziehung französischer Verbrauchsteuern. Dies geschah und der Angeklagte wurde schlussendlich im Juli 2015 wegen Beihilfe verurteilt. Indes hatte das Appellationsgericht in Douai den diesbezüglichen Antrag der Generalstaatsanwaltschaft abgelehnt, die Überstellung (einem neuen Europäischen Haftbefehl der Staatsanwaltschaft Mannheim entsprechend) auf die dem neuen Verfahren gegenständlichen Vorwürfe auszuweiten.<sup>39</sup> Vor dem Hintergrund der skizzierten, einigermaßen komplizierten Verfahrenslage nimmt der Senat ein aus § 81h Abs. 1 IRG<sup>40</sup> folgendes Vollstreckungshindernis bezüglich der im Juli 2015 durch das LG Mannheim ausgeurteilten Strafe an. Der Senat gelangt überzeugend zum Eingreifen des § 81h Abs. 1 IRG, indem er sich die Rechtslage ausgehend von den einschlägigen Vorgaben des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl<sup>41</sup> erschließt. Er stellt insoweit fest, dass das französische Recht von der nach Art. 24 RbEuHb<sup>42</sup> gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die vorübergehende und bedingte Auslieferung vorzusehen. Die befristete Überstellung zwecks Durchführung eines eigenen Verfahrens wegen des Frankreich betreffenden Komplexes bewirke (nach Ablauf der Frist), dass die Strafverfolgung wegen einer „anderen Handlung“ als derjenigen, um deren Verfolgung willen die Überstellung erfolgt war, entsprechend Art. 27 Abs. 2 RbEuHb unzulässig ist.<sup>43</sup> Mit

Recht unterstreicht der Senat dabei, dass trotz der Umstellung des Auslieferungsverkehrs in der EU auf den anerkennungsprinzipsbasierten Europäischen Haftbefehl der dem Schutz der Souveränität des ersuchten Staates dienende Spezialitätsgrundsatz nicht etwa hinfällig geworden ist.<sup>44</sup> An einer Überprüfung der französischen Entscheidungen, die im Ergebnis ironischerweise dazu führen, dass die durch das LG Mannheim verhängte Strafe wegen der Beihilfe zur Hinterziehung französischer Verbrauchsteuern nicht vollstreckt werden kann, sieht sich der Senat dann freilich gehindert durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 AEUV<sup>45</sup>).<sup>46</sup>

#### E. BGH, Urt. v. 28.07.2016 - 3 StR 25/16

Die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 28.07.2016 fügt dem Problemkreis der rechtskräftigen Aburteilung i.S.d. Art. 54 SDÜ eine neue Facette hinzu. Im Kern geht es um die Frage, ob eine Verfahrensbeendigung wegen Überlänge (unter dem Aspekt des Art. 54 SDÜ) nicht anders als ein Freispruch wegen Verjährung<sup>47</sup> zu behandeln ist. Zugrunde lag eine Verfahrensbeendigung des Bezirksgerichts Vilnius, der keine starre Verjährungsvorschrift zugrunde lag, sondern eine Norm, die aufgrund einer Verfahrensüberlänge ab der ersten Vernehmung des Beschuldigten Anwendung fand.<sup>48</sup> Der 3. Senat differenziert zunächst im Ansatz plausibel zwischen starren Verjährungsvorschriften und Normen, die mitgliedstaatlichen Gerichten die Möglichkeit an die Hand geben, in Fällen überlanger Verfahren i.S.d. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK den Konventionsverstoß durch Verfahrensbeendigung zu kompensieren.<sup>49</sup> Ersterenfalls tritt mit Ablauf der gesetzlich definierten Frist um des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit willen Verjährung ein, unabhängig davon, worauf der Zeit-

37 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15.

38 Vgl. oben Fn. 33.

39 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15.

40 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.

41 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.06.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten (ABl. EG vom 18.07.2002, L 190/9).

42 EU-Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl.

43 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15.

44 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15.

45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

46 BGH, Beschl. v. 11.05.2016 - 1 StR 627/15: Eine derartige Prüfung komme allenfalls dann in Betracht, „bei offensichtlicher Abweichung der Behörden des Vollstreckungsstaates von den Vorgaben des Rahmenbeschlusses“.

47 Hierzu EuGH, Urt. v. 28.09.2006 - C-467/04.

48 BGH, Urt. v. 28.07.2016 - 3 StR 25/16.

49 BGH, Urt. v. 28.07.2016 - 3 StR 25/16.

verzug zurückgeht. Im Fall der verfahrensgegenständlichen Normen der Art. 442 Teil I Ziff. 2, 212 Ziff. 10 litau. StPO geht es dagegen darum, konventionswidrige Verfahrensverzögerungen durch Einstellung zu kompensieren. Anders als im Fall von mitgliedstaatlichen Verjährungsvorschriften ist das Vorliegen einer kompensationsbedürftigen Verfahrensverzögerung von einer komplexen normativen Betrachtung des Verfahrens abhängig. Zudem zwingt Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK in der Tat nicht zur Kompensation im Wege der Einstellung. Fraglich ist aber gleichwohl, ob beide Konstellationen gerade im Hinblick auf Art. 54 SDÜ richtigerweise unterschiedlich zu bewerten sind. Der 3. Senat akzentuiert insoweit den Umstand, dass der „konventionswidrige [...] Verfahrensgang“, der den Anlass zur Anwendung der Art. 442 Teil I Ziff. 2, 212 Ziff. 10 litau. StPO gegeben hat, dem anderen Mitgliedsstaat „nicht zuzurechnen“ ist.<sup>50</sup> Dass ein konventionswidriges Verfahren eines Mitgliedsstaats einem anderen nicht zuzurechnen ist, führt indes nicht dazu, dass er die dieses kompensierende Verfahrensbeendigung nicht anerkennen muss.<sup>51</sup> Folgt man dem EuGH<sup>52</sup> darin, dass ein Freispruch wegen Verjährung eine Entscheidung in der Sache und damit eine rechtskräftige Aburteilung i.S.d. Art. 54 SDÜ darstellt, so spricht der Umstand, dass einer Entscheidung nach Art. 442 Teil I Ziff. 2, 212 Ziff. 10 litau. StPO eine komplexere Prüfung vorangeht als der Anwendung einer starren Verjährungsregel, dafür, auch hier einen Fall einer rechtskräftigen Aburteilung nach Art. 54 SDÜ zu sehen. Und auch der weitere Gesichtspunkt, dass die litauische Einstellungsentscheidung der Gewährleistung des Art. 6 EMRK als gemeinsamen menschenrechtlichen Nenners der Mitgliedsstaaten dient, während die nationalen Verjährungsvorschriften keiner europarechtlichen Harmonisierung unterliegen,<sup>53</sup> spricht bei Lichte betrachtet nicht für die Sicht des 3. Senats, sondern legt beinahe schon einen Erst-recht-Schluss dahin gehend nahe, dass Art. 54 SDÜ richtigerweise hätte Anwendung finden müssen.<sup>54</sup>

#### **F. BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16**

Der Revisionsentscheidung des 1. Senats vom 07.09.2016 liegt der folgende Sachverhalt zugrunde:<sup>55</sup> Während der wegen Wohnungseinbruchsdiebstählen geführten Hauptverhandlung vor dem Landgericht war ein TV-Bericht gesendet worden, in dem ein zuständiger Kriminalbeamter mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft im Rahmen eines Interviews auftrat. Der Beamte sprach in dem Interview u.a. von „Tätern“ und „Bandenmitgliedern“, ohne deutlich zu machen, dass noch keine rechtskräftige Verurteilung erfolgt war. Zudem waren in dem Bericht verpixelte Fotos der später verurteilten Beschuldigten zu sehen, die daraufhin in

der Untersuchungshaft von Mitgefangenen erkannt und auf den Bericht angesprochen wurden. Nach Auffassung des 1. BGH-Strafsenats lag kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vor (Art. 6 Abs. 2 EMRK), da die „Identifizierung ... aufgrund der Äußerungen des Beamten selbst nicht möglich“ war, weil sehr starke Verdachtsgründe bestanden, sodass die Rede von „Tätern“ und „Bandenmitgliedern“ lediglich „geringes Gewicht“ habe und weil die (letztlich nicht zureichende) Unkenntlichmachung nicht durch die Behörden, sondern durch den Sender zu vertreten sei.<sup>56</sup> Dies ist zweifelhaft: Erstens liegt bei einem hinsichtlich der einschlägigen Begrifflichkeiten orientierten Kriminalbeamten ein mehr als nur „unglücklicher Sprachgebrauch“<sup>57</sup> vor, wenn dieser sich im Vorfeld einer gerichtlichen Aburteilung auf die Täterschaft zumindest bestimmbarer Personen festlegt. Zweitens lassen entsprechende Äußerungen – ganz unabhängig von den für den Senat maßgeblichen Gesichtspunkten – einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung in der Weise besorgen, dass bereits im Ermittlungsverfahren eine einseitige Festlegung auf die späteren Angeklagten stattgefunden hat.<sup>58</sup> Der Fall wirft weiterhin die Frage auf, ob ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK – wenn man mit dem LG Stuttgart entgegen der Bewertung des 1. Senats von einem solchen ausgeht – durch die Erklärung eines Teils der ausgeurteilten Haftzeit als bereits vollstreckt zu kompensieren ist.<sup>59</sup> Der Senat verweist insoweit darauf, dass der EGMR den Mitgliedsstaaten keine konkreten Vorgaben hinsichtlich der

50 BGH, Urt. v. 28.07.2016 - 3 StR 25/16.

51 Wegner, StV 2017, 227, 228; mit Recht El-Ghani, jurisPR-StrafR 20/2016 Anm. 2 unter C: „Andere Mitgliedsstaaten müssen einen deutschen Freispruch einer ‚Ersatzhehlerei‘ auch nicht deshalb als strafklageverbrauchend berücksichtigen, weil ihnen die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die Ersatzhehlerei nicht unter Strafe zu stellen, zuzurechnen wäre. Sie müssen diese Entscheidung nur anerkennen“.

52 EuGH, Urt. v. 28.09.2006 - C-467/04.

53 BGH, Urt. v. 28.07.2016 - 3 StR 25/16.

54 Vgl. insoweit erneut die Gasparini-Entscheidung des EuGH, Urt. v. 28.09.2006 - C-467/04, in der argumentiert wird, dass die Anwendbarkeit des Art. 54 SDÜ nicht etwa davon abhängt, dass hinsichtlich der für die Verfahrensbeendigung maßgeblichen Vorschriften Harmonisierungs- bzw. Angleichungsbestrebungen stattgefunden haben.

55 BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16.

56 BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16.

57 BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16 mit Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR.

58 Meyer-Mews, NJW 2016, 3672, 3672 f.

59 Das LG Stuttgart hatte einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung angenommen und wollte diesen dadurch kompensieren, dass bezüglich der betroffenen Angeklagten jeweils zwei Monate der verhängten Freiheitsstrafen als vollstreckt behandelt werden.



Kompensation von Verstößen gegen die Unschuldsvermutung macht.<sup>60</sup> Eine Kompensation im Wege des Vollstreckungsmodells sei nicht erforderlich bzw. nicht geboten, da die Befangenheitsvorschriften der Unschuldsvermutung ausreichend Rechnung trügen.<sup>61</sup> Ob dies trägt, lässt sich bezweifeln. Denn insbesondere soweit sich gegenüber Ermittlungspersonen, deren Handeln im Ermittlungsverfahren fallweise vorweichenstellende Bedeutung erlangen kann, (nachträglich) Gründe einstellen (vgl. § 21 VwVfG), die Anlass dazu geben, an ihrer Unparteilichkeit zu zweifeln, erscheinen die Befangenheitsregelungen als rechtstat-sächlich zu wenig wirksam.<sup>62</sup>

### G. BGH, Urt. v. 06.09.2016 - 1 StR 104/15

Durch Revisionsurteil hat der 1. Senat am 06.09.2016 den landgerichtlichen Freispruch eines Zentralvorstands der Siemens AG vom Vorwurf der Untreue durch Einrichten bzw. Unterhalten einer schwarzen Kasse aufgehoben. Unter europastrafrechtlicher Perspektive ist die Entscheidung von Interesse, weil der Senat Anlass hatte, das Vorliegen eines durch eine gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstoßende Verfahrensüberlänge ausgelösten Verfahrenshindernisses auszuschließen. Der Senat grenzt sich insoweit von der Entscheidung des 2. Senats vom 10.06.2015 zur rechtsstaatswidrigen Verfahrensprovokation<sup>63</sup> ab und erklärt, dass die Einschätzung des 2. Senats, eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation sei im Regelfall<sup>64</sup> durch die Annahme eines Verfahrenshindernisses zu kompensieren, nicht auf „andere Verfahrensfehler“ übertragen werden könne. Für die Fälle einer infolge rechtsstaatswidriger Verzögerungen bewirkten Konventionsverletzung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) sei an der BGH-Rechtsprechung festzuhalten. Ein Verfahrenshindernis komme daher nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung infrage. Jedenfalls das Zusammentreffen mit einer „fehlerhaften Aktenführung seitens der Staatsanwaltschaft“ soll insoweit nicht hinreichen.<sup>65</sup> Die Entscheidung folgt dem Vollstreckungsmodell des Großen Senats,<sup>66</sup> das ausdrückliche Anerkennung durch den EGMR erfahren hat.<sup>67</sup>

### H. BGH, Beschl. v. 26.11.2016 - 3 StR 17/15

Durch Beschluss vom 26.11.2016 hat der 3. Strafsenat das Urteil im aufsehenerregenden Nürburgringprozess teilweise aufgehoben, da das Landgericht den Eintritt eines Vermögensschadens in einigen Fällen nicht hinreichend begründet hatte.<sup>68</sup> Unter europastrafrechtlichem Blickwinkel ist der Beschluss von Interesse, weil er sich dazu äußert, inwieweit ein Verstoß gegen die Art. 107 ff. AEUV eine vermögensbetreuungspflichtwidrige Handlung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB konstituieren kann.<sup>69</sup> Da die Art. 107 ff.

AEUV nicht dem Vermögensschutz dienen, sondern ihrem Regelungsanliegen nach Wettbewerbsverzerrungen infolge der Gewährung von Beihilfen grds. vermeiden und nur für bestimmte Fälle zulassen sollen,<sup>70</sup> liegt es im ersten Zugriff nahe, den Standpunkt einzunehmen, dass eine Untreuehaftung unter allen Umständen mehr erfordern muss als einen Verstoß gegen die Art. 107 ff. AEUV. Diese Linie war indes gerade im Hinblick auf die Konstellation des Nürburgringverfahrens angezweifelt worden mit der Begründung, dass die Art. 107 ff. AEUV zumindest mittelbar vermögensschützend seien, zumal eine (primärrechtlich unzulässige) Beihilfe, die i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb zu verzerren droht, zwangsläufig unwirtschaftlich sei und damit haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsätze verletzen müsse.<sup>71</sup> Diesen Überlegungen hat der 3. Senat eine Absage erteilt:<sup>72</sup> Der Senat verweist dabei an der entscheidenden Stelle darauf, dass eine Beihilfe im Sinne des „market-economy-investor“-Tests per definitionem unwirtschaftlich ist, ohne dass damit aber zwangsläufig ein (eine Untreue begründender) Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vorliegen muss. Dies trifft ersichtlich zu, denn dort, wo die Voraussetzungen einer mit dem Binnenmarkt zu vereinbarenden Beihilfe gegeben sind (Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV), weist der „market-economy-investor“-Test die Maßnahme natürlich immer noch als unwirtschaftlich aus. Nicht ausdrücklich ausgeschöpft wird durch den Senat aber die Frage, inwieweit eine mit dem Binnenmarkt nicht zu vereinbarende

60 BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16: Insoweit verhalte es sich gerade anders als bei der polizeilichen Tatprovokation (vgl. insoweit oben Haupttext zu Fn. 4).

61 BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 154/16.

62 Zu zurückhaltend insoweit Meyer-Mews, NJW 2016, 3672, 3673; vgl. auch Britz, jM 2017, 257, 259.

63 Vgl. oben Haupttext zu Fn. 15 ff.

64 Vgl. insoweit oben Haupttext zu Fn. 4 ff.

65 BGH, Beschl. v. 06.09.2016 - 1 StR 104/15.

66 BGH, Beschl. v. 17.01.2008 - GSSSt 1/07.

67 Vgl. EGMR, Urt. v. 22.01.2009 - 45749/06 und 51115/06 - „K. u. T. / Deutschland“. Ggf. wäre aber ein Eingehen auf die Entscheidung EGMR, Urt. v. 15.01.2015 - 62198/11 - „Bernd Kuppinger / Deutschland“ geboten gewesen, in der der EGMR – freilich mit Bezug auf ein umgangsrechtliches Verfahren – anzweifelt, ob die Möglichkeit einer Entschädigung „eine hinreichend beschleunigende Wirkung auf laufende Verfahren“ ausübt. Vgl. hier auch Liebhart, NSTZ 2017, 254, 260 f.

68 Vgl. BGH, Beschl. v. 26.11.2015 - 3 StR 17/15.

69 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 - 3 StR 17/15.

70 Vgl. nur Cremer in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 1 m.w.N.

71 Koenig/Meyer, NJW 2014, 3547, 3550 f.

72 BGH, Beschl. v. 26.11.2016 - 3 StR 17/15.

Beihilfe im Ergebnis nicht doch mit Zwangsläufigkeit pflichtwidrig i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB ist. Zwar kommt Art. 107 AEUV als dem Strafrecht vorgelagerte Norm mangels vermögensschützender Ausrichtung nicht als Gegenstand des untreuenspezifischen Pflichtwidrigkeitsvorwurfs in Betracht. Jedoch dürfte sich, worauf in der Literatur hingewiesen worden war, eine gegen die Art. 107, 108 AEUV verstoßende Beihilfenausschüttung gem. § 134 BGB als rechtsgrundlose Zahlung darstellen.<sup>73</sup> Insoweit nun hatte der 2. Senat in einer Entscheidung vom 10.10.2012 zur Untreue in Form gem. § 206 StGB i.V.m. § 134 BGB rechtsgrundloser Zahlungen ausdrücklich den Standpunkt eingenommen, dass der Umstand, dass § 206 StGB keine vermögensschützende Norm darstellt, der Annahme einer untreuenspezifischen Pflichtwidrigkeit in Gestalt der rechtsgrundlosen Zahlung nicht entgegensteht, da dem vorgelagerten Vertragsschluss lediglich das Wesen eines unmaßgeblichen „Primärverstoßes“ zukomme.<sup>74</sup> Zu dieser Rechtsprechung wäre ein klarstellendes Wort des 3. Senats geboten gewesen.

#### I. BGH, Beschl. v. 10.01.2017 - 5 StR 532/16

Der Beschluss des 5. Strafsenats betrifft eine Problematik der Verweisung deutschen (Neben-)Strafrechts auf EU-Sekundärrecht. Insbesondere die Straftatbestände des § 38 Abs. 3 WpHG sowie diverse Bußgeldvorschriften des § 39 WpHG verweisen seit dem vergangenen Jahr auf das EU-Sekundärrecht, welches die bisherigen mitgliedstaatlichen Vorschriften u.a. im Bereich des Insider- und Marktmissbrauchsrechts ersetzt hat. Die durch das 1. FiMaNoG<sup>75</sup> zum 02.07.2016 in das WpHG eingepflegten Verweisungen auf die Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – MAR)<sup>76</sup> sind dabei an die Stelle der vorherigen Binnenverweisungen innerhalb des WpHG getreten. Rasch geriet bei alledem im Juli 2016 der Umstand in die Diskussion, dass die MAR erst zum 03.07.2016 unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedsstaaten erlangt hatte. Stellt man auf den Zeitpunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit nach Maßgabe des Europarechts ab, so ergibt sich die Situation, dass die alten Verweisungen mit Inkrafttreten des 1. FiMaNoG zum 02.07.2016 aufgehoben worden waren und die neuen Verweisungen dann für einen Tag mangels unmittelbar anwendbarer Verweisungsbezugsgegenstände ins Leere gingen. Für vor dem 03.07.2016 beendete Taten stellte sich infolgedessen die Frage, ob das mildeste anzuwendende Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB (bzw. des § 4 Abs. 3 OWiG) infolge ins Leere gehender Verweisung am 02.07.2016 straflosigkeits vorsehen könnte.<sup>77</sup> Die Unsicherheit war groß genug, um den Gesetzgeber auf den Plan zu rufen, der mit dem 2. FiMaNoG einen § 51 WpHG

in das WpHG einzupflegen plante,<sup>78</sup> der für Altstaten ausdrücklich das Tatzeitrecht für anwendbar erklärt.<sup>79</sup> Dem ist nun der 5. Senat zuvorgekommen: Tatsächlich habe es gar keinen Zeitraum gegeben, in dem die einschlägigen Verweise auf die MAR ins Leere gingen. Denn durch das Inkrafttreten des 1. FiMaNoG sei die MAR „bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 02.07.2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit-)anwendbar erklärt worden“.<sup>80</sup> Der deutsche Gesetzgeber habe eine „lückenlose Ahndung von Marktmanipulationen und Insiderhandel“ angestrebt. Vor diesem Hintergrund sei die Geltung der Verweisungsnormen der §§ 38, 39 WpHG nicht davon abhängig, dass die unionsrechtlichen Vorschriften, die per Blankett in Bezug genommen werden, (bereits) unmittelbar anwendbar sind. Sobald der Deutsche Gesetzgeber die fraglichen Normen der MAR „für (mit-)anwendbar“ erklärt, könne man durchaus gegen die Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitentatbestände verstoßen, sodass die Strafbarkeit (bzw. die Haftung wegen einer Ordnungswidrigkeit) auch nicht etwa am Wortlaut<sup>81</sup> scheitere.<sup>82</sup> Dass der Wortlaut dem Ver-

73 Koenig/Meyer, NJW 2014, 3547, 3550 f.

74 BGH, Urt. v. 10.10.2012 - 2 StR 591/11.

75 Finanzmarktnovellierungsgesetz.

76 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. EU L 173 vom 12.06.2014, S. 1 ff.

77 Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2690 ff. und insbesondere 2693: „umfangreiche Generalamnestie“; vgl. etwa auch Lienert, HRRS 2017, 265, 265 f.

78 BT-Drs. 18/10936, S. 11.

79 § 51 Übergangsvorschrift für Verstöße gegen die §§ 38, 39:

(1) Straftaten nach § 38 in der bis zum Ablauf des 01.07.2016 geltenden Fassung werden abweichend von § 2 Abs. 3 des Strafgesetzbuches nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet.

(2) Ordnungswidrigkeiten nach § 39 in der bis zum Ablauf des 01.07.2016 geltenden Fassung können abweichend von § 4 Abs. 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten nach den zum Zeitpunkt der Tat geltenden Bestimmungen geahndet werden.

80 BGH, Beschl. v. 10.01.2017 - 5 StR 532/16.

81 Vgl. etwa § 38 Abs. 3 WpHG: „Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (Abl. L 173 vom 12.6.2014, S. 1) verstößt, indem er 1. entgegen Artikel 14 Buchstabe a ein Insidergeschäft tätigt [...]“.

82 BGH, Beschl. v. 10.01.2017 - 5 StR 532/16.

ständnis des Senats nicht entgegensteht, versteht sich indes nicht von selbst. Eine Verletzung bspw. des § 38 Abs. 1 Nr. 3 WpHG erfordert, dass jemand „gegen“ die MAR verstößt, indem er ein Insidergeschäft „entgegen“ deren Art. 14 unternimmt. Dass ein Handeln (ent)gegen der MAR nicht erfordert, dass deren Vorschriften europarechtlich unmittelbar anwendbar sind, drängt sich aber bereits nach dem Wortsinn nicht auf.<sup>83</sup> Dass es sich bei den §§ 38, 39 WpHG um statische Verweisungen handelt, ändert hieran nichts.<sup>84</sup> Denn angesichts der Fassung der verweisenden Sanktionsnormen muss der Normanwender anhand der gesamten MAR prüfen,<sup>85</sup> ob gegen eine der in Bezug genommenen Bestimmungen verstoßen worden ist.<sup>86</sup> Die Zweifel an der Tragfähigkeit des Lösungsversuchs des 5. Senats verstärken sich nur noch mehr, wenn man bedenkt, dass der mitgliedsstaatliche Gesetzgeber lediglich berufen war, Sanktionsnormen zu schaffen, die die Geltung der unionsrechtlichen Verhaltensnormen der MAR gewährleisten. Woraus sich eine Befugnis eines mitgliedsstaatlichen Gesetzgebers ergeben sollte, die Geltung gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbaren Unionsrechts für sein Staatsgebiet quasi vorzuziehen, ist nicht ersichtlich.<sup>87</sup>

83 Gaede, wistra 2017, 163, 163.

84 Rothenfußer, AG 2017, 149, 152.

85 Vgl. erneut das Beispiel oben Fn. 81.

86 Stelle man sich nun auch auf den Standpunkt, dass ein Handeln „entgegen“ Art. 14 MAR unabhängig von deren unmittelbarer Anwendbarkeit möglich ist, so ist aber jedenfalls ein Handeln „gegen“ die MAR vor demjenigen Zeitpunkt schwer vorstellbar, zu dem sie unmittelbare Anwendbarkeit erlangt hat.

87 Überzeugend Rothenfußer, AG 2017, 149, 151, mit dem Hinweis, dass es allenfalls möglich gewesen wäre, übergangsweise den (unionsrechtlichen) Verhaltens- und den Sanktionsnormen des WpHG entsprechende nationale Vorschriften zu schaffen. Dies ist aber (auch nach dem Verständnis des 5. Senats) ersichtlich nicht geschehen.

## Wenn zwei sich streiten – (un)begrenzter Erfindergeist

OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.04.2017 - 1 Ws 42/17

Wiss. Mit. Carlo Kunz

### A. Problemstellung

Nach der – in der Literatur nicht unumstrittenen –<sup>1</sup> Ansicht des 2. Strafsenats des OLG Stuttgart stellt die falsche Selbstbezeichnung in einem Bußgeldverfahren einen Fall

der (Beihilfe zur) falschen Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft dar.<sup>2</sup> Nun hat der 1. Strafsenat desselben Gerichts vorliegend in einem vergleichbar gelagerten Fall entgegen der Ansicht des 2. Senats entschieden. Er stellt sich damit nicht nur gegen die Rechtsprechung des Schwester senats, sondern auch gegen eine verfassungsrechtlich bedenkliche Entgrenzung der Figur der mittelbaren Täterschaft.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidungen

Das ursprüngliche Urteil des 2. Senats hatte – stark verkürzt – folgenden Sachverhalt zum Gegenstand: Der Angeeschuldigte (A) hatte eine Verkehrsordnungswidrigkeit begangen und einen unbeteiligten Dritten (D) gebeten, gegenüber der Bußgeldbehörde sich selbst als Fahrer auszugeben. Hierdurch sollte die Bußgeldstelle in die Irre geführt werden. Sodann legte D absprachegemäß Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein, um auf diese Art das Verfahren zu verlängern. Sobald Verfolgungsverjährung hinsichtlich einer Verfolgung des tatsächlichen Fahrers A eingetreten war, eröffnete D dem mittlerweile befassten Amtsgericht, dass er sich nunmehr aufgrund der eingesehenen Lichtbilder doch nicht mehr für den Fahrer des entsprechenden Kfz hielt. Daraufhin wurde das Bußgeldverfahren insgesamt eingestellt.

Im Fortgang wurde A in einem Strafverfahren letztinstanzlich vom 2. Senat des OLG Stuttgart wegen falscher Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft verurteilt. Nach Ansicht des Senats hätte beim „Vordermann“ (also D), welcher die falschen Angaben gemacht hat, ein Defizit vorgelegen, da er kein „anderer“ i.S.v. § 164 StGB sei.<sup>3</sup> Die Grundsätze der straflosen Selbstschädigung seien indes nicht anwendbar, da Schutzgut des § 164 StGB auch die inländische staatliche Rechtspflege sei, die ein für D indisponibles Rechtsgut darstellten.<sup>4</sup> Ferner sei bei A ein Moment der Tatherrschaft auszumachen, da „er sich zu jedem Zeitpunkt an die Bußgeldbehörde wenden und den wahren Sachverhalt offenbaren konnte“.<sup>5</sup> Der 2. Senat sah ferner Parallelen zu den Fällen von mittelbarer Täterschaft bei Sonderdelikten wie der Untreue, wenn der Hintermann ein qualifikationsloses doloses Werkzeug einsetzt.

1 Vgl. nur Hecker, JuS 2016, 82.

2 OLG Stuttgart, Ur. v. 23.07.2015 - 2 Ss 94/15.

3 Vgl. zum Begriff des „anderen“: Zopfs in: MünchKomm, StGB, § 164 Rn. 16.

4 Vgl. hierzu Zopf in: MünchKomm, StGB, § 164 Rn. 2 ff.

5 OLG Stuttgart, Ur. v. 23.07.2015 - 2 Ss 94/15 Rn. 8.

Dieser Rechtsauffassung tritt nunmehr der 1. Senat des OLG Stuttgart – dem LG Heilbronn<sup>6</sup> folgend – entgegen.

Der Beschluss des 1. Senats hatte folgenden Anlass: Der Angeschuldigte, Fachanwalt für Strafrecht, riet zwei Mandanten, die je eine Verkehrsordnungswidrigkeit begangen hatten, zu einem Vorgehen entsprechend dem soeben dargestellten Vorgehen des A. Gegen einen der beiden Mandanten erging im Nachgang deswegen ein Schuldspruch wegen falscher Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft. Gegen den Rechtsanwalt wurde hingegen die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Anstiftung zur falschen Verdächtigung, diese begangen in mittelbarer Täterschaft, durch den Beschluss des LG Heilbronn aus rechtlichen Gründen abgelehnt. Nach der Auffassung des Landgerichts fehlte es an einer Haupttat hinsichtlich der Anstiftung.

Das LG Heilbronn stellte sich somit gegen die Auffassung des 2. Senats des OLG Stuttgart. Die Staatsanwaltschaft Heilbronn legte hiergegen sofortige Beschwerde ein. Der 1. Senat des OLG Stuttgart hat mit seinem Beschluss der sofortigen Beschwerde jedoch nicht abgeholfen, er hielt die Ablehnung der Eröffnung der Hauptverhandlung für zutreffend.

Der 1. Senat schloss sich der Rechtsauffassung des LG Heilbronn an und verneinte die Existenz einer Haupttat hinsichtlich der Anstiftung des Rechtsanwalts. Eine Haupttat liege zum einen nicht in der fälschlichen Selbstbeziehung desjenigen, der sich ursprünglich als Fahrer ausgegeben hatte. Dies ergebe sich daraus, dass zum einen keine Behauptung über einen „anderen“ i.S.v. § 164 Abs. 2 StGB vorliege, zum andern nicht die Begehung einer Straftat (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) i.S.v. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB vorgetäuscht worden sei. Auch liege keine Haupttat in dem Verhalten des tatsächlichen Fahrers begründet, insbesondere nicht wegen falscher Verdächtigung in mittelbarer Täterschaft. Der 1. Senat stellte zunächst klar, dass eine Vergleichbarkeit mit den Fällen des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs, wie bspw. bei Sonderdelikten wie der Untreue, nicht gegeben sei. Der „Hintermann“ – der Mandant – habe im vorliegenden Fall nämlich keine Garantstellung bezüglich des geschützten Rechtsgutes, da § 164 StGB gerade kein Sonderdelikt sei, sondern von jedermann begangen werden könne. Auch ein Moment der normativen Tatherrschaft, wie es die Figur des absichtslosen dolosen Werkzeugs voraussetze, könne beim „Hintermann“ nicht festgestellt werden; alleine dessen Interesse an der Tatbegehung könne keine Tatherrschaft begründen. Auch die jederzeitige Möglichkeit, den wahren Sachverhalt gegenüber der Bußgeldstelle offenbaren zu können, begründe keine Tatherrschaft. Dies liege auch bei Anstif-

tungssituationen vor. Der Senat ist letztlich der Auffassung, dass der „Vordermann“ die Sachlage selbst voll überblickt und eigenverantwortlich gehandelt habe. Somit komme ein Defekt desselben nicht in Betracht. Im Handeln des „Vordermannes“ erblickte der 1. Senat eine straflose Selbstschädigung, unabhängig davon, dass der Geschädigte nicht alleiniger Rechtsgutsinhaber sei. Abschließend sei den kritischen Stimmen der Literatur,<sup>7</sup> welche anlässlich der ursprünglichen Entscheidung des 2. Senats aufkamen, zuzugeben, „dass der Gesetzgeber in § 145d II Nr. 1 StGB die Wertentscheidung getroffen habe, den Angriff auf die Rechtspflege mittels falscher Selbstbeziehung nur beim Vortäuschen der Beteiligung an einer Straftat mit Strafe zu bedrohen“.<sup>8</sup>

Die Entscheidung wurde einhellig begrüßt.<sup>9</sup> Insbesondere wurde betont, dass das „vom Gesetzgeber austarierte System strafbaren Bezichtigungs- und Vereitelungsverhaltens“ die strafbare Selbstbeziehung abschließend regelt.<sup>10</sup> Ein Kunstgriff durch Ausdehnung der Figur der mittelbaren Täterschaft stelle einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG dar.

### C. Bewertung und Ausblick

Die Tatsache, dass der 2. Senat dem „Trick“ der fälschlichen Selbstbeziehung seinerseits mit einem Griff in die „Trickkiste“ der mittelbaren Täterschaft beantwortete, rief in der Fachwelt großen Widerspruch hervor. Deswegen kann der Beschluss des 1. Senats nur als erfreulich bewertet werden. Freilich wird jede Entscheidung eines Senats eines anderen Oberlandesgerichts – unabhängig von ihrem Inhalt – zu einer Vorlagepflicht nach § 121 Abs. 2 GVG führen. Denn die vorliegende Innendivergenz zwischen dem 1. und 2. Senat des OLG Stuttgart bewirkt, dass jede Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts zu einer vorlagepflichtigen Außendivergenz bezüglich einer der beiden Entscheidungen des OLG Stuttgart führt.<sup>11</sup>

6 LG Heilbronn, Beschl. v. 09.03.2017 - 8 KLs 24 Js 28058/15.

7 Niehaus, DAR 2015, 720 ff. m.w.N.

8 OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.04.2017 - 1 Ws 42/17 Rn. 17.

9 Vgl. nur Hecker, NJW 2017, 1973; Kudlich, JA 2017, 632; ferner Hecker, JuS 2017, 795.

10 Hecker, NJW 2017, 1973, 1974.

11 Vgl. hierzu: BGH, Beschl. v. 19.02.1969 - 4 StR 357/68.



## Verfolgung und Bekämpfung von Straftaten im Internet

Die Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen (ZAC NRW) ist seit April 2016 bei der Staatsanwaltschaft Köln eingerichtet. Sie führt landesweit Cybercrime-Ermittlungsverfahren von herausgehobener Bedeutung und ist darüber hinaus zentrale Ansprechstelle für grundsätzliche, verfahrensunabhängige Fragestellungen aus dem Bereich der Cyberkriminalität für Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden NRWs und anderer Länder sowie des Bundes. Ferner steht sie als Kontaktstelle für die Zusammenarbeit mit Wissenschaft und Wirtschaft zur Verfügung, soweit dies mit ihrer Aufgabe als Strafverfolgungsbehörde vereinbar ist.

### **Kesper: Herr Hartmann, Sie sind Leiter der ZAC NRW. Welche Aufgaben hat Ihre Abteilung?**

Hartmann: Die ZAC NRW ruht auf drei Säulen. Unser Kerngeschäft ist das operative Ermitteln in Cybercrimesachverhalten. Wir sind zuständig für alle herausgehobenen Cybercrimeverfahren in NRW, also solche Fälle, in denen das Tatgeschehen oder die Ermittlungsansätze von besonderer technischer Komplexität sind oder in denen kritische Infrastrukturen, Behörden- und Unternehmensnetze im Fokus der Täter stehen. Aber auch die Tatbegehung durch Täter aus dem Kreis der organisierten Kriminalität und aus organisierten Hackerkollektiven kann ein Verfahren im Einzelfall als herausgehoben qualifizieren.

Um solche Verfahren sachgerecht führen zu können, sind der Zentralstelle komplementäre Aufgabenbereiche zugewiesen: Einerseits ist dies die Aus- und Fortbildung im Bereich der sogenannten Informations- und Kommunikationskriminalität (luK). Gemeinsam mit der für Ausbildungsangelegenheiten zentral zuständigen Justizakademie NRWs in Recklinghausen haben wir hierzu ein mehrstufiges Ausbildungsprogramm entwickelt. Bereits in den Kursen für Berufseinsteiger findet eine verpflichtende Schulung zu Phänomenen und Ermittlungsmöglichkeiten bei Cyberkriminalität statt. Aus- und Fortbildung wird darüber hinaus in örtlichen Veranstaltungen wie Workshops bei den nordrhein-westfälischen Staatsanwaltschaften oder Vorträgen bei Verbänden und Institutionen wahrgenommen. Andererseits hat die ZAC NRW die Aufgabe, für die Beantwortung von Grundsatzfragen bereitzustehen. Dazu gehören sowohl technische Fragestellungen, etwa welche Ermittlungsmaßnahmen im Internet sachgerecht sind, als auch rechtliche Aspekte. Beides zusammen fließt auch in projektbezogenes Arbeiten ein. Mit Partnern aus Wirtschaft, Wissenschaft und Polizei prüfen wir derzeit die Anwendung von künstlichen Intelligenzen (KI) im Bereich der automatisierten Massendatenauswertung mit dem Ziel, die rechtliche Zulässigkeit und die technische

Machbarkeit in ein praxisgerechtes Handlungskonzept zu gießen.

### **Wie ist die Zentralstelle personell und technisch ausgestattet?**

Die Zentralstelle ist derzeit mit einem Abteilungsleiter, 5,5 Dezentenstellen und einer halben Stelle eines Wirtschaftsreferenten besetzt. In technischer Hinsicht verwalten wir unsere IT außerhalb des Justizverwaltungsnetzes selbst. Jeder Dezent hat die freie Auswahl seiner technischen Hilfsmittel, kann sich also selbst entscheiden, ob er auf seinem Dienstlaptop Windows, Linux oder sonst ein Betriebssystem einsetzen möchte. Zur Arbeitsplatzausstattung gehört neben der mobilen Ausstattung auch eine separate Internetanbindung über Linux-basierte Auswerterechner. Unterstützt wird unsere Arbeit durch eine bei der Generalstaatsanwaltschaft in Köln angesiedelte Koordinatorin, die insbesondere im Bereich der Gremienarbeit und der Vertretung der ZAC NRW nach außen mitwirkt.

### **Ist Ihre Stelle zuständig für die Verfolgung aller Straftaten, die im Zusammenhang mit dem Internet begangen werden?**

Die Einrichtungs-AV führt die Tatbestände aus dem Bereich der luK-Kriminalität im engeren Sinne an, d.h. insbesondere §§ 202a ff., 263a, 303a ff. StGB und Bestimmungen aus dem relevanten Nebenstrafrecht. Entscheidend für die Einstufung eines Verfahrens als ZAC-Verfahren ist jedoch vor allem der herausgehobene Charakter, der anhand der eingangs geschilderten Kategorien im Einzelfall zu bestimmen ist. Auf Grundlage dieser Kriterien können alle Staatsanwaltschaften NRWs Verfahren der Zentralstelle antragen.

Konzeptionell ist die ZAC NRW bei neu beginnenden Verfahren als „schnelle Eingreiftruppe“ angelegt. Sie soll in der für eine Beweissicherung besonders relevanten Frühphase des Verfahrens Beweiserhebungen und die Durchführung der dafür erforderlichen strafprozessualen Maß-

### Markus Hartmann



Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Köln

Herr Hartmann ist Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Köln und leitet die Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen.

nahmen sehr kurzfristig sicherstellen. Dazu sind wir an 365 Tagen im Jahr rund um die Uhr über eine Hotline-Rufnummer erreichbar. Ist die Beweislage konsolidiert, kann in Abstimmung mit der örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft über die Fortführung des Verfahrens bei der ZAC NRW oder eine Abgabe des Verfahrens entschieden werden.

### **Wie füllen Sie die Aufgaben im Zusammenhang mit der von Ihnen beschriebenen zweiten und dritten „Säule“ aus?**

Die Aus- und Fortbildung wird besonders durch die Zusammenarbeit mit der Justizakademie NRW geprägt, die den organisatorischen Rahmen für die regelmäßig stattfindenden Cybercrimeschulungen bietet. Entsprechend ihrer inhaltlichen Zuständigkeit bemüht sich meine Abteilung jedoch auch um den Einsatz moderner elektronischer Schulungsmedien. So ist derzeit die sog. ZACopedia in Entwicklung, ein Wissensportal, das über das Justizintranet allen Staatsanwälten als Hilfestellung zur Verfügung gestellt werden wird. Wir hoffen, dass sich die in allen Staatsanwaltschaften NRW zuständige LuK-Sonderdezernenten in die Erstellung der Inhalte nach dem Wikipedia-Grundsatz einbringen.

In der dritten Säule steht neben der Befassung mit Grundsatzzfragen vor allem die Zusammenarbeit mit Wissenschaft und Wirtschaft im Vordergrund. Der Kampf gegen Cyberkriminalität kann erfahrungsgemäß nur in einem vernetzten Zusammenwirken gelingen. Dazu gehört es, bestehende Kommunikationshemmnisse im Verhältnis zu Unternehmen und Betreibern von kritischen Infrastrukturen zu überwinden. Vielfach besorgen Unternehmen Reputationsverluste oder sonstige Nachteile im Falle der Erstattung einer Strafanzeige. Hier bieten wir verschiedene Kommunikationsformate an, die für eine tragfähige Vertrauensgrundlage bei kommenden Ermittlungsverfahren sorgen sollen. So werden etwa in individuellen Gesprächen Handlungsoptionen im Cyberkrisenfall erläutert. Erstmals im Februar 2017 haben wir die großen global aufgestellten Unternehmen des Landes zum Erfahrungsaustausch beim „ZAC-Talk Nr. 1“ eingeladen. Der Erfolg der Veranstaltung hat uns darin bestärkt, den Erfahrungsaustausch fortzusetzen.

### **Mit welchen Behörden und Institutionen arbeiten Sie bei der Verfolgung der Internetkriminalität zusammen?**

Geborene Ansprechpartner für uns sind Dienststellen mit einer besonderen Technikkompetenz. Das sind vor allem das Cybercrimekompetenzzentrum des LKA NRW und die Cybercrime-Dienststellen des BKA. Auch die Bundespolizei, die Zollfahndungsämter und die großen Polizeibehörden haben mittlerweile spezialisierte Dienststellen eingerichtet, mit denen wir eng zusammenarbeiten.

Außerhalb des strafrechtlichen Bereiches sind Institutionen wie das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) und verschiedene Universitäten unsere Referenzpunkte.

### **Gibt es ähnliche Zentralstellen in anderen Bundesländern und findet eine länderübergreifende Zusammenarbeit statt?**

Die Notwendigkeit, hochkompetente spezialisierte Cybercrime-Dienststellen der Justiz einzurichten, ist mittlerweile bundesweit anerkannt. Die Organisationsformen unterscheiden sich zwar in Details, die Zielrichtung ist jedoch weitgehend identisch. Zwischen den Zentralstellen der Bundesländer ist eine enge und vertrauensvolle Kooperation etabliert. Neben regelmäßigen Arbeitstagen ist besonders die intensive persönliche Vernetzung ein wesentlicher Erfolgsfaktor. Es ist nicht unüblich, Ermittlungsverfahren mit bundesweiter Bedeutung im Zusammenwirken mehrerer Zentralstellen zu führen.

### **Gibt es eine internationale Zusammenarbeit?**

Grds. ist die internationale Zusammenarbeit in den letzten Jahren deutlich enger, effektiver und vor allem schneller geworden. Dies gilt besonders für die Zusammenarbeit mit europäischen und us-amerikanischen Strafverfolgern. Auf europäischer Ebene wird derzeit diskutiert, wie die Zusammenarbeit weiter optimiert werden kann. Hier stehen Fragen des transnationalen Datenzugriffs und des Informationsaustausches im Vordergrund.

### **Wir kennen alle die örtlichen Zuständigkeiten nach der StPO. Wo enden die Zuständigkeiten der Zentralstelle NRW?**

Der ZAC NRW wurde die Zuständigkeit für die herausgehobenen Cybercrime-Verfahren für ganz NRW zugewiesen. In Verfahren, die wir über die Eilsituation hinaus bearbeiten, erheben wir ggf. Anklage an jedem tatortzuständigen Gericht in NRW. Im Regelfall nehmen wir dann auch den Sitzungsdienst wahr.

### **Wie erfahren Sie grds. von Straftaten im Internet?**

Die sog. amtliche Wahrnehmung erfolgt üblicherweise durch die Polizei, deren spezialisierte Dienststellen selbstständig nach Straftaten im Netz fahnden. Für uns ist die Strafanzeige der Geschädigten die wesentliche Erkenntnisquelle. Deswegen legen wir auch großen Wert auf den frühzeitigen Kontakt zu potenziellen Geschädigten, damit im Krisenfall Erreichbarkeiten und Meldewege schon geklärt sind. Natürlich beobachten wir auch die aktuelle Nachrichtenlage in einschlägigen Internetportalen.

### **Wie muss man sich die Arbeit der Zentralstelle praktisch vorstellen?**

Zu allererst sind wir Staatsanwälte. Unsere Arbeit unterscheidet sich nicht grds. von der unserer Kollegen in ande-

ren Abteilungen. Ermitteln, bewerten, ggf. anklagen sind auch in Cybercrime-Fällen die wesentlichen Konstanten unserer Tätigkeit. Allerdings sollte man im Arbeitsbereich der ZAC NRW ein hohes Maß an technischer Affinität mitbringen. Die StPO ist nur in wenigen Fällen an die besonderen Spezifika der Ermittlungen im Cyberspace angepasst. Eingriffsgrundlagen sind in ihren Grenzen und Möglichkeiten mit dem beabsichtigten technischen Ermittlungsgeschehen in Einklang zu bringen. Das kann so weit gehen, dass der Quellcode polizeilicher Ermittlungsinstrumente auf seine StPO-Vereinbarkeit geprüft wird.

### **Man liest oft, Polizei und Justiz liefern den Tätern hinterher? Wie effektiv ist die Arbeit der Zentralstelle und der mit ihr zusammenarbeitenden Strafverfolgungsbehörden?**

Natürlich läuft die Justiz zunächst einmal hinterher, allerdings hat sich unsere Laufgeschwindigkeit in den letzten Jahren deutlich erhöht. Mit der Einrichtung von Zentralstellen haben Justiz und Polizei eine der wesentlichen Voraussetzungen für Ermittlungserfolge geschaffen. Seitdem mit weitreichenden Kompetenzen und den erforderlichen technischen Ressourcen ausgestattete Dienststellen in Umfangskomplexen ermitteln, steigt die Zahl der Ermittlungserfolge deutlich an. Wir sind allerdings noch lange nicht dort angekommen, wohin wir durch weitere Optimierung, vor allem einen erhöhten technischen und personellen Ressourceneinsatz, kommen könnten.

### **Sehen Sie Chancen und Möglichkeiten, die Aufklärungsquote zu erhöhen?**

Die Anknüpfung an die Aufklärungsquote im Sinne der polizeilichen Kriminalstatistik ist für die Zentralstellen kaum ein geeignetes Instrument, um die Effektivität zu messen. In die polizeiliche Kriminalstatistik fließt eine große Bandbreite von Kriminalitätsphänomenen ein, die sich deutlich vom Kerngeschäft der Zentralstellen unterscheidet. Richtig ist aber, dass in allen Bereichen der IT- und netzbezogenen Kriminalität durch weitere Spezialisierung und Stärkung der Ermittlungsdienststellen die Aufklärungsquote angehoben werden kann.

Was die technische Ausstattung der Justiz angeht, ist in der jüngeren Vergangenheit viel passiert. Allerdings ist gerade der Bereich der Technik einer stetigen Anpassungsnotwendigkeit unterworfen. Was heute Stand der Technik ist, bedarf morgen schon wieder der umfassenden Erneuerung. Wir müssen mit den technischen Entwicklungen der Täter und den Fortentwicklungen des Rechts Schritt halten können, was ein Umdenken von traditionellen Haushalts- und Beschaffungskategorien erfordert.

### **Bieten die Strafgesetze und die StPO eine ausreichende Grundlage, um Straftaten im Internet aufzuklären und die Täter einer Bestrafung zuzuführen?**

Der Gesetzgeber selbst hat die Notwendigkeit erkannt, die StPO den Gegebenheiten der digitalen Wirklichkeit anzupassen. Die Einführung der neuen Bestimmung zur Quellentelekomunikationsüberwachung und zur Onlinedurchsuchung ist ein erster und wichtiger Schritt. Weitere Herausforderungen sind bereits jetzt in der Praxis absehbar. Fragen des Umgangs mit Verschlüsselungs- und Anonymisierungstechnik prägen die staatsanwaltschaftliche Praxis. Hier gilt es vor allem, einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Ermittlungserfordernissen und den grundrechtlichen Schutzbereichen zu finden. Um es deutlich zu sagen: Die ZAC NRW ist weit davon entfernt, ein Übermaß an Ermittlungsbefugnissen zu fordern. Auch wir sind Netzbürger und schon von daher an einer ebenso praktikablen wie grundrechtskonformen Ausgestaltung der Ermittlungsarbeit interessiert. Deshalb steht für uns das maßvolle, aber effektive Anpassen der derzeitigen prozessualen Rechtslage im Vordergrund. In materiell-rechtlicher Hinsicht sehe ich derzeit nur wenige untergeordnete Lücken. Zumeist bietet die Monetarisierung des Tatgeschehens einen strafrechtlichen Anknüpfungspunkt, etwa über die Tatbestände der Erpressung oder des Computerbetrugs.

### **Was müsste sich ggf. ändern?**

Von besonderer Bedeutung ist der anlassbezogene Zugriff auf Tat- und Täter-IT. Wer Verschlüsselung nicht grds. verbietet oder sie durch die Einführung von Hintertüren und absichtlich geschwächten Verschlüsselungsalgorithmen nicht aushöhlen will, muss um eine wirksame Strafverfolgung zu gewährleisten, den begründeten Zugriff im Einzelfall zulassen. Ob die neuen Tatbestände der Quellentelekomunikationsüberwachung und der Onlinedurchsuchung alle praxisrelevanten Fallgestaltungen abdecken, müssen die Erfahrungen mit der neuen Rechtslage zeigen.

### **Gibt es bei Gericht – namentlich den Ermittlungsrichtern beim AG Köln und den Gerichten, zu denen Sie Anklage erheben würden – eine ähnliche Zentralisierung mit Spezialisten auf dem Gebiet der Internetkriminalität?**

Da die Zuständigkeit der Ermittlungsrichter regelmäßig der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft folgt, hat die Zentralisierung bei der Staatsanwaltschaft Köln auch zu einer besonderen Kompetenzbildung bei den Ermittlungsrichtern am AG Köln geführt. Das LG Köln hat darüber hinaus eine spezialisierte Strafkammer für Cyberkriminalität eingerichtet, was für das Verständnis der technisch komplexen Sachverhalte in der Hauptverhandlung sehr sachgerecht ist.

### **Herr Hartmann, vielen Dank für das aufschlussreiche Interview.**

Das Interview wurde geführt von OStA Kesper, Mitglied des Vorstands des Deutschen EDV-Gerichtstags e.V.

## DIE AUTOREN

### Christian Breuers



Weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht

Christian Breuers ist seit 1996 Richter in Nordrhein-Westfalen. Er bearbeitete beim LG Düsseldorf und ab 1997 beim AG Langenfeld allgemeine Zivil- und Familiensachen. Von 2007 bis 2010 war Herr Breuers an das OLG Düsseldorf abgeordnet. Seitdem ist er als weiterer Aufsicht führender Richter zunächst beim AG Neuss und seit 2014 beim AG Langenfeld wiederum mit Familiensachen befasst (gewesen). Herr Breuers kommentiert seit 2009 die Vorschriften des Versorgungsausgleichsgesetzes für den jurisPK-BGB.

### Anca David



Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Studium der Rechtswissenschaft und Droit an der Universität des Saarlandes. Referendariat bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht. Doktorandin bei Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek zum Thema Telefonwerbung. Während des Verfassens der Doktorarbeit tätig als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl des Doktorvaters an der Universität des Saarlandes sowie am Lehrstuhl Prof. Dr. Peter Mankowski an der Universität Hamburg.

### Dr. Michael Kemper



Ministerialrat im Bundesministerium der Finanzen

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften promovierte Herr Kemper 1988 in Köln mit einer Arbeit zur Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) und praktizierte dort anschließend als Anwalt. 1994 wechselte er ins Bundesministerium der Finanzen, damals noch Bonn, seit 1999 Berlin. Dienstlich mit verfassungsrechtlichen Fragen nicht befasst, kommentiert Herr Kemper seit 1999 Art. 9 GG im Kommentar zum Grundgesetz v. Mangoldt/Klein/Starck.

### Dr. Dirk Tolkmitt



Richter am Verwaltungsgericht

Seit 1998 Richter am Verwaltungsgericht in Leipzig, zwischenzeitliche Abordnungen zum Bundesverwaltungsgericht, zum Sächsischen Verfassungsgerichtshof und zum Sächsischen Obergericht, seit 2013 in einer u.a. für Baurecht und Denkmalschutzrecht zuständigen Kammer. Lehrbeauftragter an der Universität Leipzig.

### Prof. Dr. Christoph Külpmann



Richter am Bundesverwaltungsgericht

Seit 2013 Richter am Bundesverwaltungsgericht in dem für Baurecht und Denkmalschutzrecht zuständigen 4.Revisionsssenat. Zudem Honorarprofessor an der Universität Bremen.

### Dr. Peter Rackow



Rechtsanwalt und Privatdozent

Nach Studium und Staatsexamina promovierte Herr Rackow im Jahre 2001 an der Georg-August Universität in Göttingen zur DNA-Analyse im Strafverfahren. 2007 folgte die Verleihung der Lehrbefugnis für „Strafrecht, Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsvergleichung“.

Von 2010 bis 2013 war Dr. Rackow ordentlicher Professor und Leiter des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster-Hiltrup und ist seitdem als Rechtsanwalt in Hannover zugelassen.

## IMPRESSUM

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richter am BFH Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, München  
Vizepräsident des LG Holger Radke, Karlsruhe  
Prof. Dr. Stephan Weth, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg

**Expertengremium:** Vors. Richter am BGH a.D. Wolfgang Ball, Lemberg  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Guido Britz, Homburg  
Vizepräsident des LAG a.D. Dr. Heinz-Jürgen Kalb, Köln  
Richter am BVerwG Prof. Dr. Harald Dörig, Leipzig  
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
Weiterer aufsichtsführender Richter am AG a. D. Dr. Wolfram Viehues, Oberhausen

**Redaktion:** Ass. iur. Daniel Schumacher

**Medieninhaber und Verlag:** juris GmbH, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland, Gutenbergstraße 23, 66117 Saarbrücken, Tel.: 0681 5866-0, Fax: 0681 5866-239, E-Mail: jm@juris.de  
Geschäftsführer: Samuel van Oostrom, Johannes Weichert, Aufsichtsratsvorsitzender: Ministerialdirigent Dr. Matthias Korte

**Manuskripte:** Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesendet werden. Mit Annahme der Veröffentlichung erwirbt der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht, insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen sowie das Recht zur deren Vervielfältigung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die Leitsätze der Gerichtsentscheidungen, soweit sie vom Autor bearbeitet wurden. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Eine Reproduktion oder Übertragung in maschinenlesbare Sprache ist – außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes – nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags gestattet.

**Erscheinungsweise:** 11 Ausgaben jährlich, davon ein Doppelheft (August/September), sowie als Beilage zum Anwaltsblatt

**Bezugspreis:** Im Jahresabonnement 180,- € zuzüglich Versandkosten incl. Online-Zugang unter juris.de  
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

**Bestellungen:** Über jede Buchhandlung und beim Verlag

**Satz:** Datagroup Int., Timisoara

**Druck:** L.N. Schaffrath GmbH & Co.KG Druck Medien, Marktweg 42-50, 47608 Geldern

**ISSN:** 2197-5345



**juris PraxisKommentar SGB X****Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 2. Auflage 2017 online**

Herausgeber:

Bernd Mutschler, Richter am Bundessozialgericht, Kassel, Prof. Dr. Ingo Palsherm, Hochschulprofessor, Technische Hochschule Nürnberg - Georg Simon Ohm, Fakultät Sozialwissenschaften, Nürnberg

Das Sozialverwaltungsverfahren betrifft alle Bücher des SGB. Die Regelungen sind von hoher praktischer Relevanz, da sie die für die allgemeine Verwaltung geltenden Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) – trotz vielfältiger Parallelitäten – zum Teil deutlich modifizieren.

Die Autorinnen und Autoren verfügen über große praktische Erfahrung in den unterschiedlichsten Bereichen des Sozialrechts, sei es in der Justiz, als führende Mitarbeiter in der Sozialverwaltung, als Anwalt oder in der praxisorientierten Wissenschaft.

Schwerpunkte stellen die Erläuterungen zu folgenden Themen dar:

- Verfahrensgrundsätze
- Verwaltungsakte und deren Bestandskraft

- Sozialdatenschutz (mit Bezügen zur ab dem 25.05.2018 geltenden EU-DSGVO)
- Bezüge zum materiellen Sozialrecht

Der bewährte Aufbau der Erläuterungen, die klare Darstellung und die umfassende Auswertung von der seit der 1. Auflage 2012 veröffentlichten Rechtsprechung und Literatur unterstützen die praktische Tätigkeit aller professionell im Sozialrecht tätigen Personen und Institutionen.

**Kommentierter Gesetzesstand: 01.12.2017**

Die Neuauflage berücksichtigt eine Vielzahl seit Erscheinen der 1. Auflage 2012 verkündeter Gesetze und bringt die Kommentierungen auf den aktuellen Gesetzesstand: u.a. durch das

- Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes v. 29.03.2017 - BGBl I 2017, 626
- Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 - BGBl I 2017, 1822

Zukünftige Änderungen der datenschutzrechtlichen Vorschriften (§§ 67-85a SGB X) durch das

- Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 17.07.2017 - BGBl I 2017, 2541 - mit Auswirkungen ab dem 25.05.2018 (EU-DSGVO)

werden bereits in die Kommentierungen mit einbezogen.

Durch die bewährte Aktualisierung der Online-Version behalten Sie die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur auch künftig immer im Blick. Mehr unter: [www.juris.de/sgbx](http://www.juris.de/sgbx)

### IN EIGENER SACHE

#### Eine friedliche Weihnachtszeit!

Liebe Leserinnen und Leser der jM,  
für Ihre Treue und Ihr Vertrauen, die Sie uns im Jahr 2017 entgegengebracht haben, bedanken wir uns sehr herzlich. Wir freuen uns auf eine erfolgreiche Fortsetzung im nächsten Jahr!

Ihren Angehörigen und Ihnen wünschen wir im Namen der Geschäftsführung und Mitarbeiter von juris fröhliche Weihnachten und einen guten Start in ein glückliches und gesundes Jahr 2018!

Wir möchten Sie an dieser Stelle erneut auf die Weihnachtsspendenaktion der Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte aufmerksam machen.

Ihre juris GmbH

#### Die „Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte“ ruft zu Spenden zugunsten von bedürftigen Rechtsanwältinnen, Rechtsanwälten und deren Angehörigen auf.

Die Hilfskasse erhielt im Juni 2017 den Emil-von-Sauer-Preis vom Hamburgischen Anwaltverein. Dieser Preis wird alle zwei Jahre für besondere Verdienste innerhalb der Rechtsanwaltschaft verliehen. Damit würdigte der Anwaltverein 132 Jahre solidarisches Handeln innerhalb unseres Berufsstandes.

Im Jahr 2016 ging bei der Hilfskasse aufgrund der großen bundesweiten Hilfsbereitschaft ein Spendenbetrag in Höhe von insgesamt rund 198.000 Euro ein. Hierdurch konnten 202 bedürftige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie deren Familien mit einer Spende zu Weihnachten bedacht werden. Im Namen der Unterstützten dankt die Hilfskasse allen Kolleginnen und Kollegen herzlich für ihre Solidarität.

So erhielt beispielsweise ein an Multipler Sklerose erkrankter Rechtsanwalt einen Betrag aus dem Weihnachtsspendenaufkommen in Höhe von 600 Euro. Die Spende half ihm, seinen Eigenanteil für notwendige Medikamente zu finanzieren.

Sollte Ihnen im Kollegenkreis ein Notfall bekannt sein, verweisen Sie bitte an die Hilfskasse Deutscher Rechtsanwälte. Der karitative Verein unterstützt nicht nur in den Mitgliedskammerbezirken beim BGH, Braunschweig, Hamburg und Schleswig-Holstein sondern auch in den weiteren 24 Kammerbezirken.

Infos zur Spendenaktion erfahren Sie unter: [www.hilfsskasse.de](http://www.hilfsskasse.de)

### juris Webinare

Um an unseren unverbindlichen und kostenlosen juris Webinaren teilzunehmen, benötigen Sie einen Internetanschluss, einen installierten Flash-Player und einen Computer mit Lautsprechern, Kopfhörern oder Headset. Infos zum Ablauf und zur Anmeldung unter: [www.juris.de/webinare](http://www.juris.de/webinare)

### Einführung in die neue juris Recherche

- Erläuterungen der Datenbankinhalte
- Systematische Suche
- Kategorien
- Filter
- Suchfelder
- Textsuche
- Logische Operatoren

#### Nutzung persönlicher Funktionalitäten

- Kostenlose Informationsdienste
- Lesezeichen, Suchprofile und Favoriten
- Eigene Akten
- Persönliche Notizen

06.12.2017, 14:00-15:00 Uhr

14.12.2017, 11:00-12:00 Uhr

20.12.2017, 11:00-12:00 Uhr

### Informationsforen und Veranstaltungen

Weitere aktuelle Termine 2018 finden Sie hier: [www.juris.de/veranstaltungen](http://www.juris.de/veranstaltungen)



## Zu Recht einfach aktueller!

**Jetzt NEU: juris Lex vereint Bundes-, Landes- und Europarecht in einer Sammlung.**

Inklusive kostenlosem Aktualitäts-Check! Ob E-Book oder Print-on-Demand-Ausgabe, Sie arbeiten immer auf dem neuesten Rechtsstand und haben jeden benötigten Gesetzestext in Sekundenschnelle griffbereit. Sparen auch Sie Zeit und Geld und stellen Sie sich jetzt Ihre persönliche Bibliothek zusammen.

[www.juris.de/Lex](http://www.juris.de/Lex)



Jetzt direkt bestellen bei  
**amazon.de**

# juris Lex

Bundes- und Landesgesetze einfach immer aktuell

Freymann | Wellner

juris PraxisKommentar

# Straßenverkehrsrecht

StVG | StVO | Zivilrecht |

Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht |

StVZO | FeV | FZV

NEU: Einstieg über  
Mandatssituation

Die Autorinnen und Autoren des juris PraxisKommentars prägen die verkehrsrechtliche Rechtsprechung maßgeblich mit. Umfassend und praxisnah kommentieren sie das StVG, die StVO, die zivilrechtlichen Grundlagen und das relevante Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Durch die **ständige Online-Aktualisierung** und die **umfassende Verlinkung mit der juris Datenbank** arbeiten Sie rechtssicher und sparen wertvolle Zeit.

[www.juris.de/stvr](http://www.juris.de/stvr)

Ständige Online-Aktualisierung!

**juris**<sup>®</sup> Das Rechtsportal