

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

JM 7 | JULI 2018

## Topthema:

### Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht in der DSGVO und dem BDSG neuer Fassung

RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Detlef Grimm und Wiss. Mit. Malte Göbel

## Interview:

### Braucht das BGB in Zeiten der Digitalisierung ein Update?

MJNRW Peter Biesenbach

## In dieser Ausgabe:

### Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz

RA und FA für Familienrecht Dirk Vollmer

### Quo vadis Sozialrecht?

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und RiSG Tammo Lange, z. Zt. Referent beim BMAS

### Die Terrordelikte des StGB im Spiegel der Bedrohung durch den islamistischen Terror

Wiss. Mit. Christian Schmitt



# juris PartnerModul

## Energierrecht

partnered by De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag

**Das Energierrecht gehört zu den dynamischsten Rechts- und Praxisfeldern. Die Anwendung der komplexen Regeln wird selbst für Experten zur Herausforderung. Das Online-Modul wird ständig aktualisiert und verschafft Ihnen so maximale Rechtssicherheit.**

Die enthaltene Literatur behandelt das in vieler Hinsicht umgestaltete neue Energierrecht. Die Übergangsbestimmungen des EEG 2014 werden umfassend kommentiert und den Praxiserfahrungen mit EEG 2009 und 2012 gegenübergestellt.

Sie recherchieren Fachbeiträge zum aktuellen Energiewirtschafts-, Energieeffizienz- und Klimaschutzrecht, ebenso zum nationalen und supranationalen Energiehandel (OTC-Handel und der Handel an der Börse). Auch die Neuerungen im Messstellenbetriebsgesetz sowie das Sonder-Arbeitsrecht der Energiewirtschaft sind Modulbestandteil.

### Inhalt

- Berliner Kommentar zum Energierecht, Säcker (Hrsg.)
  - Das Arbeitsrecht der Energiewirtschaft, Mückl
  - EEG II, Berliner Kommentar, Frenz (Hrsg.)
  - EnergieRecht (ER)
  - Handbuch Energiehandel, Schwintowski (Hrsg.)
  - MsbG, Steinbach/Weise (Hrsg.)
  - und viele weitere Titel
- + **Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise von juris**

Mehr Informationen unter: [www.juris.de/pm-energierrecht](http://www.juris.de/pm-energierrecht)

**JETZT NOCH  
BESSER: DIE NEUE  
JURIS RECHERCHE**



**jurisAllianz**

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Zivil- und Wirtschaftsrecht

**Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz – zugleich eine Besprechung des EuGH-Urteils vom 20.12.2017**

RA und FA für Familienrecht Dirk Vollmer S. 266

**Verbleib in der Liquidationsgesellschaft trotz Kündigung bei Auflösung einer Publikums-GbR vor Eintritt der Kündigungswirkung**

BGH, Urt. v. 06.02.2018 - II ZR 1/16  
PD Prof. Dr. Axel Jäger S. 271

**Vaterschaftsanfechtung bei sozial-familiärer Beziehung zwischen Kind und rechtl. Vater**

BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 389/16  
RiAG Daniel Terp S. 273

**Eltern haften für ihre Kinder – oder doch nicht?**

BGH, Urt. v. 30.03.2017 - I ZR 19/16  
RiLG Jan Spoenle S. 275

**Topthema:**

Arbeitsrecht

**Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht in der DSGVO und dem BDSG neuer Fassung**

RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Detlef Grimm und  
Wiss. Mit. Malte Göbel S. 278

**Verzug durch Rückwirkung?**

LArbG Frankfurt, Urt. v. 18.08.2017 - 10 Sa 211/17  
Wiss. Mit. Gisela Hütter S. 285

Sozialrecht

**Quo vadis Sozialrecht?**

VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und  
RiSG Tammo Lange, z. Zt. Referent beim BMAS S. 287

# INHALT

## AUFsätze UND ANMERKUNGEN

### Verwaltungsrecht

**Ersatz von Aufwendungen für einen selbstbeschafften Platz in einer Kindertageseinrichtung**

BVerwG, Urt. v. 26.10.2017 - 5 C 19/16

RiOVG Dr. Thomas Pastor

S. 292

**Eingriff in die Versammlungsfreiheit beim G8-Gipfel in Heiligendamm**

BVerwG, Urt. v. 25.10.2017 - 6 C 46/16

PräsOVG a.D. Prof. Dr. Hartmut Schwan

S. 294

### Steuerrecht

**Keine Gemeinnützigkeit eines (islamischen) Vereins**

BFH, Urt. v. 14.03.2018 - V R 36/16

RiBFH Dr. Gerhard Michel

S. 296

### Strafrecht

**Die Terrordelikte des StGB im Spiegel der Bedrohung durch den islamistischen Terror**

Wiss. Mit. Christian Schmitt

S. 298

**Rechtsverweigerung und „Rambazamba“: die Folgen (über-)langer Strafverfahren**

OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 -

2 Ws 406-419/17

RA Prof. Dr. Guido Britz

S. 301

### INTERVIEW

**Braucht das BGB in Zeiten der Digitalisierung ein Update?**

Interview mit:

MJNRW Peter Biesenbach

S. 305

## Heilige Kuh Datenschutz?



**Prof. Dr. Thomas Voelzke**  
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Wenn Sie neuerdings bei Ihrem Hausarzt im Wartezimmer nicht mehr mit Ihrem Namen, sondern mit einer schlichten Nummer aufgerufen werden, wird Sie das vielleicht zunächst verwundern. Die auf eine vorsichtige Nachfrage im Brustton der Überzeugung gegebene Antwort der streng blickenden Sprechstundenhilfe verschafft dann aber rasch Klarheit: „Das müssen wir jetzt wegen der Datenschutzgrundverordnung so machen!“

Kaum ein Thema wird in Deutschland nicht nur in Unternehmen und Behörden, sondern auch im Familienkreis oder an den Stammtischen so heftig und kontrovers diskutiert wie die Folgerungen, die aus dem Inkrafttreten der DSGVO abzuleiten sind. Da in der öffentlichen Grundstimmung der Eindruck einer Überregulierung durch Europa vorherrscht, ist der süffisant vorgetragene Vorwurf, die EU-Institutionen schafften die Umsetzung der neuen Regeln selbst nicht, ausgesprochen populär.

Der Verbraucher wurde insbesondere dadurch auf die verschärften datenschutzrechtlichen Anforderungen gestoßen, dass er durch E-Mails und Postsendungen von den unterschiedlichsten Unternehmen um eine Einverständniserklärung zur weiteren Speicherung und Nutzung der einmal überlassenen Daten gebeten wurde. Die Verweigerung einer derartigen Erklärung verschafft jedermann die unverhoffte Möglichkeit, sich die Werbeflut künftig vom Hals zu halten – ein durchaus positiver Aspekt des neuen Rechts.

Die DSGVO und das neue BDSG wirken seit ihrer Geltung bzw. ihrem Inkrafttreten am 25.05.2018 in viele Bereiche des gesellschaftlichen Lebens hinein. Die zu erwartenden Konsequenzen dürften nicht nur wegen der drastischen Sanktionen und Schadensersatzansprüche nicht zu unterschätzen sein. Ob das neue Recht darüber hinaus eine Abmahnwelle auslösen wird, ist bislang noch unklar. Zu einer Versachlichung der Diskussion wird sicherlich die rechtliche Durchdringung der unterschiedlichen Wirkungsfelder des neuen Datenschutzrechts beitragen. Für das Arbeitsrecht leistet unser Topthema mit dem Aufsatz „Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht in der DSGVO und dem BDSG neuer Fassung“ von Detlev Grimm und Malte Göbel einen wertvollen Beitrag. Nach einem Überblick über die einschlägige neue Rechtslage werden die praktischen Auswirkungen in den Bereichen „Datenerhebung im Arbeitsverhältnis, Überwachung von Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis, Veränderungen für die Arbeit des Betriebsrats, Anpassung datenschutzrechtlicher Betriebsvereinbarungen“ sachkundig untersucht.

In der aktuellen jM wird zudem die Reihe „Quo vadis...?“, mit der wir einen Überblick über die im Koalitionsvertrag für die nächste Legislaturperiode getroffenen Verabredungen geben, nach Beiträgen zum Steuerrecht, Migrationsrecht und Arbeitsrecht nun mit einem Beitrag zum Sozialrecht fortgesetzt. Der Beitrag zeigt auf, dass und inwieweit die Koalitionspartner Leistungen – mit einem gewissen Schwerpunkt im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung – und damit zugleich Ausgaben ausweiten wollen, sodass für eine dauerhafte Realisierung der Vorhaben eine weiterhin gute wirtschaftliche Lage notwendige Voraussetzung sein dürfte. Der ebenfalls verabredeten Rentenkommission, die jüngst unter der Leitung von Gabriele Lösekrug-Möller und Karl Schiewerling ihre Arbeit mit dem äußerst anspruchsvollen Ziel aufgenommen hat, die Alterssicherung für alle Generationen langfristig verlässlich und leistungsfähig auszugestalten, wird ein schweres Päckchen auf den ohnehin beschwerlichen Weg mitgegeben. Dieses Heft wird mit einem mit dem Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen Peter Biesenbach geführten Interview abgeschlossen. Gegenstand des Interviews sind die Ergebnisse der von der Justizministerkonferenz eingesetzten Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“. Die Lektüre des Interviews wird Ihnen Aufschluss darüber geben, inwiefern das ehrwürdige BGB und der Begriff „Update“ in Deckung zu bringen sind. Ich hoffe, Ihr Interesse am aktuellen Heft der jM geweckt zu haben – viel Freude beim Lesen!

Thomas Voelzke

## Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz – zugleich eine Besprechung des EuGH-Urteils vom 20.12.2017<sup>1</sup>

RA und FA für Familienrecht Dirk Vollmer

### A. Europäisches Zivilprozessrecht

Innerhalb der EU aber auch im Verhältnis der EU zu den übrigen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums bemüht man sich um Harmonisierung der prozessualen Regeln in Zivil- und Handelssachen. Eine „Internationale Zivilprozessordnung“, die alle Themen des Verfahrensrechts in Zivil- und Handelssachen für alle Staaten gleichermaßen regeln würde,<sup>2</sup> ist noch eine Utopie – wesentliche Schritte in diese Richtung sind jedoch in der europäischen Rechtspraxis längst Realität.

Neben vielzähligen völkerrechtlichen Verträgen zur gerichtlichen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen gibt es zwei Ebenen, auf denen die Harmonisierung in Europa mehr oder weniger parallel fortschreitet: Zum einen zwischen den Mitgliedstaaten der EG/EU untereinander und zum anderen zwischen der EG/EU und der Europäischen Freihandelsorganisation (EFTA).

#### I. Anstrengungen innerhalb der EG/EU

Die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten der EG/EU manifestierte sich zunächst im Brüsseler Übereinkommen von 1968 (EuGVÜ),<sup>3</sup> das 1982 und 1989<sup>4</sup> neu gefasst wurde. Es folgte im Jahr 2000 die EuGVO a.F.,<sup>5</sup> auf der die 2015 in Kraft getretene aktuelle Fassung der EuGVO beruht (nachfolgend EuGVO).<sup>6</sup> Die Neufassung der EuGVO brachte einen wesentlichen Fortschritt: Das Exequaturverfahren, also das der Vollstreckung vorgeschaltete Verfahren zur Anerkennung eines ausländischen Vollstreckungstitels, wurde abgeschafft (Art. 36 Abs. 1 EuGVO). Inzwischen sind weitere Rechtsakte der EU zur EuGVO hinzugetreten. Zu nennen sind insbesondere die Europäische Unterhaltsverordnung (EuUntVO)<sup>7</sup> und die Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO),<sup>8</sup> die jeweils speziellere Regelungen zur Zuständigkeit, zum anwendbaren Recht sowie zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf diesen Rechtsgebieten beinhalten.

#### II. Übereinkommen zwischen EG/EU und EFTA-Staaten

Für die justizielle Zusammenarbeit im Verhältnis zwischen der EG und bestimmten EFTA-Staaten sind auf Initiative der Schweiz Regeln erarbeitet worden, die 1988 im Luganer

Übereinkommen<sup>9</sup> (nachfolgend LugÜ 1988) mündeten. Es war bewusst als Parallelabkommen zum EuGVÜ konzipiert und wies zu diesem nur geringfügige Abweichungen auf.<sup>10</sup> Das LugÜ 1988 erstreckte das EuGVÜ auf den Rechtsverkehr innerhalb der EFTA-Staaten und den Rechtsverkehr zwischen den EFTA- und EG-Staaten. Durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon sowie aufgrund der verschiedenen Beitritte zur EU war eine Revision notwendig

1 EuGH, Urt. v. 20.12.2017 - C-467/16 - ECLI:EU:C:2017:993 - „Schlömp ./. Landratsamt Schwäbisch Hall“ (schweizerische Schlichtungsbehörde als Gericht im Sinne des LugÜ 2007).

2 Zusammenfassend Prütting in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, Einleitung Rn. 77.

3 Brüsseler Übereinkommen vom 27.09.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 299 vom 31.12.1972, S. 32), Erstfassung im BGBl. II 1972, 773, konsolidierte Fassung im ABl. C 27 vom 26.01.1998, S. 1.

4 3. Beitrittsübereinkommen, Beitritt von Portugal und Spanien, ABl. L 285 vom 03.10.1989, S. 1.

5 Brüssel-I-Verordnung oder EuGVO/EuGVVO a.F., Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 16.01.2001, S. 1.

6 Brüssel-IIa-Verordnung oder EuGVO/EuGVVO n.F., Verordnung (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 vom 20.12.2012, S. 1).

7 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. L 7 vom 10.01.2009, S. 1, CELEX-Nummer: 32009R0004.

8 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201 vom 27.07.2012, S. 107, CELEX-Nummer: 32012R0650.

9 Luganer Übereinkommen vom 16.09.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 319 vom 25.11.1988, S. 9), Schweiz: AS 1991 2436; BBl 1990 II 265.

10 Dietze/Schnichels, NJW 1995, 2274; Bajons, ZFRV 1993, 45.



geworden. Arbeiten zur Revision begannen bereits 1997 mit dem Ziel, LugÜ und EuGVÜ vollständig aufeinander abzustimmen.<sup>11</sup> Nachdem der EuGH in seinem Gutachten<sup>12</sup> die Zuständigkeit der Gemeinschaft zum Abschluss des neuen LugÜ bejaht hatte, ist das neue, revidierte Luganer Übereinkommen<sup>13</sup> (nachfolgend LugÜ) am 30.10.2007 unterzeichnet worden. Dänemark, das auf der Ebene der EU an der juristischen Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht teilnimmt, unterzeichnete das LugÜ am 05.12.2007.<sup>14</sup>

## B. Allgemeines zum LugÜ

Unterzeichner des revidierten LugÜ sind die EG/EU, Dänemark, die Schweiz, Norwegen und Island. Liechtenstein ist, obwohl EFTA-Staat, kein Vertragsstaat des LugÜ.<sup>15</sup> Für Staaten, die künftig der EU beitreten, gilt es automatisch (Art. 216 AEUV).<sup>16</sup> Das LugÜ steht sogar Staaten, die weder der EU noch der EFTA angehören, unter bestimmten Voraussetzungen zum Beitritt offen (Art. 70 ff. LugÜ).<sup>17</sup>

Weil eine möglichst einheitliche Auslegung sichergestellt werden soll, ist das LugÜ bewusst ähnlich konzipiert wie die EuGVO mit weitgehender inhaltlicher Übereinstimmung.<sup>18</sup>

Im Folgenden soll vor allem auf die Bedeutung des LugÜ für die deutsche Rechtspraxis im Verhältnis zur Schweiz eingegangen werden. Das LugÜ ist für Deutschland am 01.01.2010 in Kraft getreten. Zuständige nationale Behörde i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Satz 4 des Protokolls Nr. 2 zum LugÜ über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss (nachfolgend Protokoll 2) ist das Bundesministerium der Justiz.<sup>19</sup> Für die Schweiz ist das LugÜ gleichzeitig mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung<sup>20</sup> (nachfolgend CH-ZPO) in Kraft getreten am 01.01.2011. Die zuständige nationale Behörde in der Schweiz ist das Bundesamt für Justiz (BfJ) in Bern. Bei der Anwendung zu beachten sind die von der Schweiz angebrachten Vorbehalte nach den Art. 1 und 3 des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ,<sup>21</sup> die in der konsolidierten Fassung des LugÜ wiedergegeben sind. Für vollstreckbare Entscheidungen, die vor dem Inkrafttreten des LugÜ ergangen sind, ist das LugÜ 1988 weiterhin anwendbar. Das LugÜ 1988 war für die Schweiz in Kraft getreten am 01.01.1992 und für Deutschland (im Verhältnis zur Schweiz) am 01.03.1995.<sup>22</sup> Im Übrigen ist das LugÜ 1988 ersetzt (Art. 69 Abs. 6 LugÜ).<sup>23</sup>

## C. Inhalte des LugÜ im Überblick

### I. Sachlicher Anwendungsbereich

Das LugÜ gilt gem. Art. 1 in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 EuGVO) für die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen unter Ausschluss

von steuer-, zoll- und verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten. Zudem ist das LugÜ nicht anwendbar auf: Rechts- und Handlungsfähigkeit von natürlichen Personen, eheliche Güterstände, Testamente und Erbrecht, Konkurse und Zwangsvergleiche, soziale Sicherheit und Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1 Abs. 2 LugÜ, Art. 1 Abs. 2 EuGVO).

### II. Bestimmung der Zuständigkeit (Grundprinzipien)

Um zu einer Bestimmung des international zuständigen Gerichts zu gelangen (einzelne Normen regeln zugleich die örtliche Zuständigkeit), ist zunächst die Eröffnung des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs zu prüfen, der jeder Zuständigkeitsvorschrift selbst zu entnehmen ist.<sup>24</sup> Die Zuständigkeitsregelungen nach dem LugÜ folgen einem einfachen Stufenverhältnis.<sup>25</sup> Vorrangig sind die Regelungen über ausschließliche Zuständigkeiten nach Art. 22 LugÜ (Art. 24 EuGVO). Eine ausschließliche Zuständigkeit begründet gem. Art. 23 LugÜ (Art. 25 EuGVO) auch eine Gerichtsverstandsvereinbarung der Parteien, sofern nichts anderes vereinbart ist.

11 Vgl. erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 1, ABl. C 319 vom 12.12.2009.

12 Gutachten 1/03 des Gerichtshofes (Plenum) vom 07.02.2006, ECLI:EU:C:2006:81, CELEX-Nummer: 62003CV0001.

13 Lugano-II-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 339 vom 21.12.2007, S. 1, berichtigt in ABl. L 147, S. 44 vom 10.06.2009), auch revLugÜ oder LugÜ II, CELEX-Nummer: 22007A1221(03), Schweiz: SR 0.275.12.

14 Wagner/Janzen, IPRax 2010, 298 Fn. 1.

15 Baur in: Festschrift für Wille, 2014, S. 25 ff.

16 Vertrag über die Arbeitsweise der EU, konsolidierte Fassung ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 ff., CELEX-Nummer: 12012E/TXT – vormals Art. 300 Abs. 7 EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft), bis 30.11.2009 geltende konsolidierte Fassung ABl. C 325 vom 24.12.2002, S. 5 ff., CELEX-Nummer: 12002M/TXT.

17 Vgl. erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 51 Nr. 187 ff., ABl. C 319 vom 12.12.2009.

18 Vgl. im Einzelnen erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), ABl. C 319 vom 12.12.2009; die Vorschriften der beiden Parallelabkommen werden in diesem Beitrag synoptisch angegeben im Klammerzusatz.

19 Verkündet im Durchführungsgesetz vom 10.12.2008, BGBl. I 2008, 2399.

20 Dasser in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 38 Rn. 1 ff.

21 Vgl. auch Art. 3 Ziff. 3 des Bundesbeschlusses vom 11.12.2009 über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), AS 2010 5601; BBl 2009 1777.

22 Bekanntmachung vom 08.02.1995, BGBl. II 1995, 221.

23 Speziell zum Übergangsrecht: Dasser/Frey, Jusletter 11.04.2011.

24 Wagner/Janzen, IPRax 2010, 298, 301; Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 2.

25 Dasser in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 1.

Besteht keine ausschließliche Zuständigkeit, ist weiter zu fragen, ob eine Zuständigkeit des Gerichts infolge einer rügelosen Einlassung des Beklagten nach Art. 24 LugÜ (Art. 25 EuGVO) gegeben ist. Auf der nächsten Stufe sind die Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände nach Art. 5 ff. LugÜ (Art. 7 ff. EuGVO) und der allgemeine Gerichtsstand nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ (Art. 4 Abs. 1 EuGVO) in den Blick zu nehmen. Zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand (Wohnsitz des Beklagten) und den besonderen Gerichtsständen kann der Kläger den für ihn günstigsten Gerichtsstand wählen. Besondere Gerichtsstände bestehen bspw. in Versicherungssachen (Art. 8 ff. LugÜ bzw. Art. 10 ff. EuGVO), Verbrauchersachen (Art. 15 ff. LugÜ bzw. Art. 17 ff. EuGVO) und bei individuellen Arbeitsverträgen (Art. 18 ff. LugÜ bzw. Art. 20 ff. EuGVO). Der allgemeine Gerichtsstand bestimmt sich gem. Art. 2 Abs. 1 LugÜ (Art. 4 Abs. 1 EuGVO) nach dem Wohnsitz<sup>26</sup> des Beklagten.

### III. Anerkennung und Vollstreckung

Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die in einem durch das Übereinkommen gebundenen Staat ergangen ist, ist im dritten Titel des LugÜ geregelt (Art. 32 ff. LugÜ, Art. 36 ff. EuGVO). Es gilt das Verbot der *révision au fond*.<sup>27</sup> Dies bedeutet, dass eine ausländische Entscheidung keinesfalls in der Sache nachgeprüft werden darf, weder im Rahmen der Anerkennung (Art. 36 LugÜ) noch im Verfahren der Vollstreckbarerklärung (Art. 45 Abs. 2 LugÜ, Art. 52 EuGVO).

Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung erfolgt gem. Art. 33 Abs. 1 LugÜ (Art. 36 Abs. 1 EuGVO) ohne Durchführung eines gesonderten Verfahrens (vgl. für Deutschland § 1 Abs. 2 AVAG<sup>28</sup> und für die Schweiz Art. 149 IPRG).<sup>29</sup> Seltene Ausnahmen von diesem Grundsatz sind geregelt in Art. 34, 35 LugÜ, z.B. die Unvereinbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung mit einer anderen zum selben Rechtsverhältnis ergangenen Entscheidung des anerkennenden Staates (Art. 34 Ziff. 3 LugÜ).

Für die Vollstreckung hingegen ist gem. Art. 38 ff. LugÜ ein zusätzliches, durch nationales Recht geregeltes Verfahren durchzuführen, in welchem die ergangene Entscheidung für vollstreckbar erklärt wird. Es handelt sich um eine reine Formprüfung.<sup>30</sup> Die Vollstreckbarkeit darf nur in den im LugÜ geregelten Ausnahmefällen versagt oder aufgehoben werden (Art. 45 Abs. 1 LugÜ) – z.B. bei einem offensichtlichen Verstoß gegen den *ordre public*.<sup>31</sup> Die eigentliche Vollstreckung erfolgt anschließend nach dem jeweiligen nationalen Recht des Staates, in dem die Vollstreckungshandlung zu erfolgen hat.

In Deutschland ist das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung geregelt im Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Abkommen der EU auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil-

und Handelssachen (AVAG), wobei die besonderen Regelungen der §§ 55 bis 57 AVAG zu beachten sind. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist einzureichen beim Vorsitzenden einer Kammer des Landgerichts, wobei für öffentliche Urkunden ausnahmsweise<sup>32</sup> auch ein Notar zuständig ist (LugÜ Anhang II, § 55 Abs. 3 AVAG). Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung (Art. 43 LugÜ) ist die Beschwerde beim Oberlandesgericht und die anschließende Rechtsbeschwerde beim BGH (LugÜ Anhänge III und IV sowie AVAG). Die eigentliche Vollstreckung erfolgt sodann nach den Bestimmungen der ZPO.

In der Schweiz ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung beim kantonalen Vollstreckungsgericht einzureichen (LugÜ Anhang II). Das Verfahren ist geregelt in der CH-ZPO. Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung (Art. 43 LugÜ) ist die Beschwerde beim kantonalen Obergericht und die anschließende Beschwerde beim Bundesgericht (LugÜ Anhänge III und IV; Art. 327a CH-ZPO enthält Sonderregeln für das Rechtsbehelfsverfahren). Die eigentliche Vollstreckung richtet sich nach dem Bundesgesetz für Schuldeneintreibung und Konkurs (SchKG)<sup>33</sup> und ergänzend nach der CH-ZPO. Betrifft der ausländische Titel eine Geldforderung, hat der Gläubiger in der Schweiz die Wahl zwischen zwei Vollstreckungsmethoden: Er kann entweder das oben beschriebene Exequaturverfahren gemäß LugÜ mit anschließender Betreibung nach dem SchKG wählen. Oder er wählt den Weg über die ordentliche Betreibung nach dem SchKG, wobei dann eine Vollstreckbarerklärung im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens gemäß SchKG erfolgt (im Sinne einer Vorfrage oder auf Antrag ausdrücklich festzustellen).<sup>34</sup> Im Fall der ordentlichen Betreibung ist nicht der Rechtsbehelf nach LugÜ gegeben, sondern die völlig anders ausgestalteten Rechtsmittel nach dem Schweizer Recht. Die Unterschiede sollen verdeutlicht werden am Beispiel eines deutschen Unterhaltstitels, der

26 Nicht „gewöhnlicher Aufenthalt“, vgl. erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 7, Nr. 24, ABl. C 319 vom 12.12.2009.

27 Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl. 2007, S. 397.

28 Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Abkommen der EU auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen i.d.F. der Bekanntmachung vom 30.11.2015 (BGBl. I 2015, 2146).

29 Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987, AS 1988 1776.

30 Vgl. erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 36, Nr. 129, ABl. C 319 vom 12.12.2009.

31 Obergericht Uri, Urt. v. 14.05.2014 - OG Z 13 16 (Jahreszins von 60 % für ein Darlehen verstößt gegen den *ordre public* der Schweiz).

32 Vgl. erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 40, Nr. 13, ABl. C 319 vom 12.12.2009.

33 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11.04.1889, AS 11 529 und BS 3 3.

34 Hofmann/Kunz, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 38 LugÜ N 288 f.



in der Schweiz zu vollstrecken ist: Der Unterhaltsberechtigte hat die Wahl, ob er gemäß LugÜ direkt und persönlich gegen den Schuldner vorgeht oder den „indirekten Weg“ über das UN-Übereinkommen von 1956<sup>35</sup> einschlägt. Der „indirekte Weg“ in Unterhaltssachen richtet sich für den Gläubiger mit Wohnsitz in Deutschland nach den ergänzenden Vorschriften des Auslandsunterhaltsgesetzes (AUG).<sup>36</sup> Indirekt deshalb, weil das gem. § 7 AUG zentral zuständige Amtsgericht das Gesuch über das deutsche Bundesamt für Justiz in Bonn weiterleitet an das schweizerische Bundesamt für Justiz und – sollte sich der Schuldner widersetzen – von dort aus im Rechtsöffnungsverfahren die Vollstreckbarkeit nach dem Haager Übereinkommen von 1973<sup>37</sup> prüft.

#### D. Auslegung des LugÜ

Gem. Art. 64 LugÜ besteht ein Anwendungsvorrang des LugÜ gegenüber der EuGVO. Dieser Vorrang besteht auch gegenüber der aktuellen EuGVO und insbesondere auch gegenüber der spezielleren EuUntVO, obwohl diese Rechtsakte zeitlich nachfolgten.<sup>38</sup> Ein Rückgriff auf die konkurrierenden nationalen Verfahrensvorschriften, wie etwa die ZPO, ist grds. ausgeschlossen.

Für die Auslegung des LugÜ gelten im Wesentlichen dieselben Auslegungsgrundsätze wie für die Auslegung des EuGVÜ/EuGVO. Schließlich haben sich die Unterzeichnerstaaten zu einer möglichst einheitlichen Auslegung der Bestimmungen der Parallelabkommen verpflichtet (Protokoll 2) wie bereits im LugÜ 1988.<sup>39</sup> In Bezug auf die Anwendung des LugÜ durch die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten besteht die Auslegungszuständigkeit des EuGH.<sup>40</sup> Die Zuständigkeit des EuGH ergibt sich aus deutscher Sicht bereits aus dem Umstand, dass das LugÜ Teil des Gemeinschaftsrechts ist. Somit gelten die Regeln zum Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV).<sup>41</sup> Die nationalen Gerichte der Schweiz und aller anderen Staaten, die an das LugÜ gebunden sind, aber nicht Mitgliedstaat der EU sind, sollen den Entscheidungen des EuGH „gebührend Rechnung“ tragen (Art. 1 Protokoll 2; Berücksichtigungspflicht gilt auch umgekehrt).<sup>42</sup> Diese Staaten können den EuGH nicht anrufen, haben jedoch das Recht zur Beteiligung an Vorabentscheidungsverfahren (Art. 2 Protokoll 2) und können insbesondere gem. Art. 23 des Protokolls über die Satzung des EuGH Schriftsätze einreichen und schriftliche Erklärungen abgeben.

#### E. Rechtsprechung zum LugÜ

##### I. Entscheidungen europäischer und nationaler Gerichte

Eine Darstellung der vielzähligen zum LugÜ ergangenen Entscheidungen des EuGH und der letztinstanzlichen Ge-

richte, darunter Schweizer Bundesgericht und BGH, würde den hiesigen Rahmen sprengen. Einen Überblick über die Rechtsprechung zum LugÜ wird man sich in Zukunft bequem über die Rechtsprechungsdatenbank verschaffen können, die gem. Art. 3 Protokoll 2 von der EG-Kommission öffentlich zugänglich einzurichten ist.<sup>43</sup> Übergangsweise wird das System des EuGH beibehalten. In der Rechtsprechungsdatenbank werden die zum alten und neuen LugÜ ergangenen Entscheidungen klassifiziert und zusammengefasst. Recherchen können bereits jetzt erfolgen über die Betaversion des Europäischen Justizportals.<sup>44</sup> Entscheidungen und Dokumente werden außerdem mit dem Europäischen Urteilsidentifikator (European Case Law Identifier – ECLI)<sup>45</sup> versehen, um die korrekte und eindeutige Angabe von Fundstellen in Entscheidungen europäischer und nationaler Gerichte zu erleichtern.

#### II. Urteil des EuGH vom 20.12.2017<sup>46</sup>

##### 1. Ausgangslage

Ein Sozialhilfeträger nahm die in der Schweiz wohnende Tochter der Leistungsempfängerin auf Zahlung von Elternunterhalt in Anspruch und reichte in der Schweiz ein in diesem Fall obligatorisches<sup>47</sup> Schlichtungsgesuch ein. Der vom Friedensrichteramt Reiat, der zuständigen Schweizer Schlichtungsbe-

35 UN-Übereinkommen vom 20.06.1956 über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland, BGBl. II 1959, 150 ff.

36 Auslandsunterhaltsgesetz vom 23.05.2011 (AUG), BGBl. I 2011, 898, in Kraft seit 18.06.2011.

37 Haager Übereinkommen vom 02.10.1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, BGBl. II 1986, 825, Schweiz: AS 1977 1620.

38 Andrae in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl. 2015, Band IV, Art. 69 EuUntVO Rn. 16; Domej in: Dasser, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, Art. 64 Rn. 6.

39 BAG, Ur. v. 20.08.2003 - 5 AZR 45/03.

40 Für das LugÜ 1988 hatte der BGH dies noch verneint, BGH, Ur. v. 27.05.2008 - VI ZR 69/07.

41 2. Erwägungsgrund der Präambel zu Protokoll 2 zum LugÜ, ABl. L 339 vom 21.12.2007, S. 27 ff.

42 Dasser in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 1 Protokoll 2 Rn. 7 ff.

43 Allgemein zum System des Informationsaustauschs erläuternder Bericht zum LugÜ 2007 (Pocar), S. 55, Nr. 200 f., ABl. C 319 vom 12.12.2009.

44 <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=de&action=home> (zuletzt abgerufen am 18.05.2018).

45 Zum Hintergrund [https://e-justice.europa.eu/content\\_european\\_case\\_law\\_identifier\\_ecli-175-de.do](https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-de.do) (zuletzt abgerufen am 18.05.2018).

46 EuGH, Ur. v. 20.12.2017 - C-467/16 - ECLI:EU:C:2017:993 - Schlömp ./. Landratsamt Schwäbisch Hall (schweizerische Schlichtungsbehörde als Gericht im Sinne des LugÜ 2007).

47 Art. 197 ff. Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272), AS 2010 1739.

hörde, unternommene Schlichtungsversuch scheiterte. Nach Ausstellung der Klagebewilligung durch die Schlichtungsbehörde,<sup>48</sup> vor Ablauf der dreimonatigen Gültigkeitsdauer der Klagebewilligung und noch vor Einreichung der Klage beim erstinstanzlichen Gericht in der Schweiz durch den Sozialhilfeträger erhob die Tochter wegen desselben Anspruchs in Deutschland negative Feststellungsklage gegen den Sozialhilfeträger. Das deutsche Gericht stand nun vor der Frage, ob das Verfahren gem. Art. 27 LugÜ wegen anderweitiger Rechtshängigkeit auszusetzen ist bzw. die Klage als unzulässig abzuweisen ist. Hätte die zeitlich früher erfolgte Einreichung des Schlichtungsgesuchs bereits Rechtshängigkeit herbeigeführt, wäre das deutsche Gericht international unzuständig gem. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO analog. In der Schweiz bilden das Schlichtungsverfahren und ein ggf. nachfolgendes ordentliches Verfahren eine prozessuale Einheit und die Rechtshängigkeit beginnt mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs (Art. 62 Abs. 1 CH-ZPO). Das deutsche Gericht legte die Sache dem EuGH vor<sup>49</sup> mit folgender Frage: Unterfällt auch eine Schlichtungsbehörde nach Schweizer Recht dem Begriff des „Gerichts“ im Anwendungsbereich der Art. 27 und 30 LugÜ?

## 2. Entscheidung des Gerichtshofs

Die zweite Kammer des EuGH entschied: Eine Schweizer Schlichtungsbehörde ist bei obligatorisch durchzuführendem Schlichtungsverfahren „Gericht“ im Sinne des LugÜ. Das Übereinkommen ist dahin gehend auszulegen, dass bei Rechtshängigkeit ein „Gericht“ zu dem Zeitpunkt als angerufen gelte, zu dem ein obligatorisches Schlichtungsverfahren bei einer Schlichtungsbehörde nach Schweizer Recht eingeleitet worden ist. In gleicher Weise votierte bereits der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen,<sup>50</sup> davor die EU-Kommission<sup>51</sup> und – ausführlich – die Schweiz.<sup>52</sup>

Dass eine Schlichtungsbehörde auch ein „Gericht“ im Sinne des LugÜ ist, war in der Schweizerischen Rechtsprechung und Lehre nahezu unbestritten.<sup>53</sup> Auf welchen Zeitpunkt abgestellt werden muss für den Eintritt der Rechtshängigkeit bzw. der Ausschlusswirkung des LugÜ, war indessen nicht autonom geregelt, sodass wegen des Rückgriffs auf nationales Verfahrensrecht Unsicherheiten bestanden.<sup>54</sup> Das revidierte LugÜ schloss diese Lücke in Art. 30 mit einer einheitlichen autonomen Regelung.<sup>55</sup> Dort war ursprünglich sogar geplant, die Schweizer Schlichtungsbehörde ausdrücklich zu erwähnen.<sup>56</sup> Man beließ es aber bei der allgemeinen Klarstellung in Art. 62 LugÜ, wonach die Bezeichnung „Gericht“ jede nach nationalem Recht zuständige Behörde umfasst.

## F. Fazit und Ausblick

Mit dem alten und neuen LugÜ blicken wir auf drei Jahrzehnte erfolgreiche justizielle Zusammenarbeit zurück. Die

Erwartungen der Vertragsstaaten an das LugÜ sind erfüllt. Der EuGH hat u.a. mit seiner Entscheidung vom 20.12.2017 einen erfreulichen Beitrag geleistet, die einheitliche Anwendung des Übereinkommens herzustellen – was dem ausdrücklich erklärten Willen der Vertragsstaaten des LugÜ entspricht. Zur Einordnung einer Schweizer Schlichtungsbehörde ist nunmehr durch den EuGH die Klarstellung erfolgt, die mit der Revision des LugÜ intendiert war. Der Entscheidung des EuGH kommt damit im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz grundsätzliche Bedeutung zu.

Durch die Neufassung der EuGVO, die seit 2015 in Kraft ist, und durch die spezielleren Rechtsakte der EU ist der mühsam erzielte Gleichlauf mit dem LugÜ allerdings wieder entfallen.<sup>57</sup> Dies könnte insbesondere im Bereich der Vollstreckung und Anerkennung eine weitere Revision des LugÜ zur Folge haben. Die Vertragsparteien haben hierzu jedoch noch keinen Zeitplan für eine erneute Überarbeitung des Übereinkommens veröffentlicht. Vor dem Hintergrund der aktuellen Europa-Skepsis in einigen Mitgliedstaaten der EU scheint eine baldige Umsetzung dieses Vorhabens eher unwahrscheinlich.

Weitere Änderungen werden bald folgen aufgrund des vom Vereinigten Königreich beschlossenen Austritts aus der EU (Art. 50 EUV)<sup>58</sup> zum 30.03.2019. Die EU-Kommission betont,

48 Art. 209 Abs. 1 Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272), AS 2010 1739.

49 AG Stuttgart, Beschl. v. 08.08.2016 - 28 F 618/16 - ECLI:DE:AGSTUTT:2016:0808.28F618.16.0A.

50 Schlussanträge des Generalanwalts vom 18.10.2017 - ECLI:EU:C:2017:768, CELEX-Nummer: 62016CC0467.

51 Schriftliche Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 29.11.2016, Register des Gerichtshofs Nr. 1037041.

52 Schriftliche Stellungnahme der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22.11.2016, Register des Gerichtshofs Nr. 1036344.

53 Bundesgericht, Urte. v. 06.07.2007 - 4A\_143/2007 m.w.N. - EurLex Dokument Nr. 82007CH0706(01); Spühler/Markus, Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Prozessrechts, 2000, S. 35 ff., 47 ff.; abweichende Meinung von Dasser in: Kostkiewicz/Markus/Rodriguez, Internationaler Zivilprozess, 1. Aufl. 2011, S. 109.

54 EuGH, Urte. v. 07.09.1984 - Rs. C-129/83 Rn. 13 ff. - „Zelger /J. Salintri“; anders Schweizer Bundesgericht, Urte. v. 26.09.1997 - BGE III 414; zusammenfassend Dasser in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 27 Rn. 43.

55 Dasser in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl. 2011, Art. 27 Rn. 43 und ausführlich Art. 30 Rn. 1 ff.

56 Spühler/Markus, Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Prozessrechts, 2000, S. 35 ff., 47 ff.

57 Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, Vorbemerkung Europäisches Zivilprozessrecht Rn. 13.

58 Vertrag über die Arbeitsweise der EU, konsolidierte Fassung ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 47 ff., CELEX-Nummer: 12012E/TXT.

dass Justiz- und Durchsetzungsinstrumente und -strukturen, einschließlich der Zuständigkeit des EuGH während des etwa zwei Jahre andauernden Übergangszeitraums weiterhin Anwendung finden müssen. Für die Zukunft enthält auch der von der EU-Kommission vorgestellte Entwurf des Austrittsabkommens<sup>59</sup> in Art. 82 und 83 Regelungen in Bezug auf den EuGH, dessen Zusammensetzung, den Abschluss laufender Verfahren, die Möglichkeit zur Einleitung neuer Vertragsverletzungsverfahren und das Fortbestehen der Bindung an seine Entscheidungen. Für die Zeit nach dem 30.03.2019 ist das LugÜ, wenn auch mit Einschränkungen (vgl. LugÜ Anhang VII), weiterhin anwendbar. Möglich wäre wohl auch ein Beitritt des Vereinigten Königreichs zum LugÜ (Art. 70 Abs. 1 Buchst. c, Art. 72 LugÜ), um drohende Lücken zu vermeiden.

59 Entwurf eines Austrittsabkommens der Europäischen Kommission vom 28.02.2018 für den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland von der EU und der Europäischen Atomgemeinschaft, Dokument TF50 (2018) 33 [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft\\_withdrawal\\_agreement.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_withdrawal_agreement.pdf) (zuletzt abgerufen am 18.05.2018).

## Verbleib in der Liquidationsgesellschaft trotz Kündigung bei Auflösung einer Publikums-GbR vor Eintritt der Kündigungswirkung

BGH, Urt. v. 06.02.2018 - II ZR 1/16

PD Prof. Dr. Axel Jäger

### A. Problemstellung

Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften enthalten üblicherweise detaillierte Regelungen, unter welchen Voraussetzungen, auf welche Art und Weise und mit welchen Konsequenzen ein Wechsel im Gesellschafterbestand oder eine Auflösung der Gesellschaft vollzogen werden kann. Dagegen fehlt regelmäßig eine Bestimmung für den Fall, dass ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft aber noch vor dem Eintritt der Kündigungswirkung gemäß dem im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Verfahren aufgelöst wird. Dies birgt insbesondere dann Streitpotenzial, wenn die Kündigung für den hiervon Gebrauch machenden Gesellschafter eine Abfindung erwarten lässt, die höher ausfällt als seine Beteiligung am Liquidationserlös im Fall der Auflösung der Gesellschaft betragen würde. Das Berufungsgericht wollte auf diese Konstellation § 65 Abs. 4 Satz 1 GenG analog anwenden, nach dem die Mitgliedschaft eines Genossen nicht endet, wenn die Genossen-

schaft vor dem Zeitpunkt aufgelöst wird, zu dem seine Kündigung wirksam geworden wäre.<sup>1</sup>

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der II. Zivilsenat des BGH ist diesem Ansatz nicht gefolgt, kam am Ende aber zum gleichen Ergebnis. Im konkreten Sachverhalt hatten mehrere Gesellschafter einer Publikums-GbR in der ersten Jahreshälfte die ordentliche Kündigung ihrer jeweiligen Gesellschaftsbeteiligung zum Jahresende erklärt. Der Gesellschaftsvertrag sah für einen solchen Fall die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vor, die jedoch binnen drei Monaten mit einer Mehrheit von 2/3 aller abgegebenen Stimmen etwas anderes beschließen konnten. Diese „Klausel 1“ eröffnete den nicht kündigenden Gesellschaftern die Chance, den Kündigungen ihrer Mitgesellschafter Auflösungswirkung beizulegen, um zu vermeiden, die Gesellschaft mit einer entsprechend verminderten Anzahl von Gesellschaftern fortführen zu müssen. Daneben enthielt der Gesellschaftsvertrag aber auch die Möglichkeit für alle Gesellschafter, jederzeit mit 2/3 aller abgegebenen Stimmen die Liquidation der Gesellschaft zu beschließen. Tatsächlich wurde nach dieser „Klausel 2“ im dritten Quartal des betreffenden Jahres mit der erforderlichen Mehrheit ein Liquidationsbeschluss gefasst. Der BGH erkannte das Nebeneinander der beiden Bestimmungen ausdrücklich an und verwies hierzu auf den unterschiedlichen Kreis der jeweils zur Abstimmung berufenen Gesellschafter. Insbesondere erfordere der spezielle Schutzzweck der „Klausel 1“ zugunsten der nicht kündigenden Gesellschafter keine Einengung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Liquidationsmöglichkeit nach „Klausel 2“.

Während die kündigenden Gesellschafter eine Abfindung vor einer möglichen Auseinandersetzung unter den verbliebenen Gesellschaftern verlangten, verweigerte die Publikums-GbR eine solche unter Hinweis auf die fortbestehende Mitgliedschaft der Kündigenden in der Liquidationsgesellschaft. Der BGH folgte der Auffassung der Gesellschaft und kam zu dem Schluss, dass eine zu einem bestimmten Datum erklärte Kündigung eines GbR-Gesellschafters keine Wirkung (mehr) entfalten kann, wenn vor diesem Datum ein wirksamer Gesellschafterbeschluss zur Auflösung der Gesellschaft gefasst wird und der Gesellschaftsvertrag für diesen Konfliktfall keine abweichende Regelung vorsieht. Eine Analogie zu § 65 Abs. 4 Satz 1 GenG lehnte er jedoch ab und statuierte stattdessen den Grundsatz, dass das vom Gesetzgeber für Genossenschaften zur Verfügung gestellte Regelwerk „auf andere, stärker durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägte

1 OLG Dresden, Urt. v. 23.12.2015 - 13 U 845/15.

Gesellschaftsformen grundsätzlich nicht, auch nicht teilweise, übertragen werden kann". Daneben verwies der BGH auf die grundlegenden Unterschiede zwischen § 73 GenG und § 738 Abs. 1 BGB für den Fall der Auseinandersetzung mit einem ausgeschiedenen Gesellschafter bzw. Genossen. Dennoch stellte er fest, dass der Eintritt der mit den Kündigungen angestrebten und mit der Begründung eines Abfindungsanspruchs verbundenen Ausscheidenswirkung durch einen ordnungsgemäß gefassten Auflösungsbeschluss verhindert wird. Die Ausscheidenswirkung einer Kündigung verliert danach im Regelfall ihren Geltungsgrund durch die mit einem Auflösungsbeschluss eintretende Änderung des Gesellschaftszwecks, der nicht mehr auf die Fortführung einer werbenden Gesellschaft, sondern auf die Liquidation und anteilmäßige Befriedigung der Gesellschafter am Liquidationserlös gerichtet ist.

Der BGH hatte bereits mehrfach entschieden, dass eine Kündigung der Beteiligung aus wichtigem Grund in der Liquidation einer Personengesellschaft ausgeschlossen ist, weil es das übergeordnete Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation verbietet, einem Gesellschafter ein gesondertes Ausscheiden noch während des Auseinandersetzungsverfahrens zu gestatten.<sup>2</sup> In einer anderen Entscheidung hatte er geurteilt, ein Austritt im Abwicklungsstadium sei weder gesetzlich vorgesehen noch geeignet, für den ausscheidenden Gesellschafter andere Rechtsfolgen auszulösen als die bei einer Auflösung der Gesellschaft ohnehin eintretenden.<sup>3</sup> Mit der hier besprochenen Entscheidung übertrug er diese Erwägungen auf das Zusammentreffen einer Ausscheidenskündigung mit einem während der Kündigungsfrist gefassten und wirksam gewordenen Auflösungsbeschluss.

Der Liquidationszweck einerseits und die in § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte Anbindung des Abfindungsanspruchs an ein fiktives Liquidationsergebnis andererseits schließen danach – jedenfalls bei einer Publikumsgesellschaft – das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafter und seine gesonderte Abfindung aus, sofern dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes entnommen werden kann. Der Grundsatz, nach dem die Gestaltungswirkung einer Kündigung nach deren Erklärung nicht gegen den Willen des Kündigenden durch einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter geändert werden kann,<sup>4</sup> wird dadurch nicht verletzt, da eine unzulässige Änderung der Kündigungswirkung in diesem Sinne nicht vorliegt, „wenn der auf das Ausscheiden einer werbenden Gesellschaft gerichteten Kündigung durch einen während der Kündigungsfrist gefassten Auflösungsbeschluss ihre rechtliche Grundlage genommen wird“. In der Tat hatte bereits das RG entschieden, dass eine Kündigung ihre auflösende Kraft verliert, wenn während des Laufs der Kündigungsfrist ein sofort wirkender Auflösungsgrund eintritt, nach dem sich sodann auch weitere im Ge-

sellschaftsvertrag vorgesehene Folgen richten.<sup>5</sup> Der BGH stellte ferner klar, dass der Gesellschafter einer Personengesellschaft mit seinem Beitritt zu dieser keine gesicherte Rechtsposition im Sinne einer Anwartschaft auf eine Abfindung anstelle einer Beteiligung an einem etwaigen Auseinandersetzungsguthaben erwirbt. Da sich der erst mit dem Ausscheiden des Gesellschafter entstehende<sup>6</sup> Abfindungsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB richtet, umfasst die gesicherte Rechtsposition des Gesellschafter vielmehr einen Anspruch auf Auszahlung der Abfindung oder des Auseinandersetzungsguthabens.<sup>7</sup>

Daneben erkannte der II. Zivilsenat mit Blick auf die oft restriktive Gestaltung von Abfindungsregelungen zum wiederholten Male<sup>8</sup> deren Zweck an, dem Interesse der Kapitalerhaltung zu dienen. Danach ist es im Ausgangspunkt durchaus zulässig, die gesellschaftsvertragliche Abfindung geringer zu bemessen als das am Maßstab von § 738 BGB im Fall der Liquidation der Gesellschaft zu erwartende Auseinandersetzungsguthaben. Allerdings kann eine solche Schlechterstellung des kündigenden Gesellschafter nicht (mehr) gerechtfertigt werden, wenn die Gesellschaft während der Kündigungsfrist aufgelöst wird, da der kündigende Gesellschafter sodann proportional am Liquidationserlös zu beteiligen ist. Im konkreten Fall hatte der Gesellschaftsvertrag zwar keine im Interesse der Kapitalerhaltung formulierten Abfindungsbeschränkungen vorgesehen, andererseits aber auch keine Vergünstigungen für den Ausscheidenden, die ihrem Sinn und Zweck nach selbst bei einer Auflösung der Gesellschaft hätten erhalten bleiben müssen. Die gesellschaftsvertraglichen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung dienten vielmehr einer vereinfachten, standardisierten und kostengerechten Ermittlung des Abfindungsanspruchs, um die Gesellschaft für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafter nicht mit der Ermittlung eines fiktiven Liquidationswerts zu belasten.

Der BGH ging sogar noch einen Schritt weiter und erkannte es ausdrücklich an, die mit der Verwendung eines ggf. mehrere Jahre alten Wertgutachtens verbundenen Ungenauigkeiten nur deshalb in Kauf zu nehmen, um auf bereits vorliegende Bewertungen zurückgreifen zu können. Auch dieser

2 BGH, Urt. v. 11.12.1978 - II ZR 41/78; BGH, Urt. v. 06.10.1980 - II ZR 60/80; BGH, Urt. v. 28.06.2004 - II ZR 373/00; BGH, Urt. v. 30.01.2018 - II ZR 95/16.

3 BGH, Urt. v. 20.12.1962 - VII ZR 264/60.

4 BGH, Urt. v. 13.07.1967 - II ZR 72/67.

5 RG, Urt. v. 28.05.1918 - II 20/18; RG, Urt. v. 21.02.1919 - II 310/18.

6 So z.B. BGH, Urt. v. 17.05.2011 - II ZR 285/09.

7 BGH, Urt. v. 11.07.1988 - II ZR 281/87; BGH, Urt. v. 09.03.2000 - IX ZR 355/98.

8 Insoweit zuletzt BGH, Urt. v. 21.01.2014 - II ZR 87/13.



Vereinfachungszweck entfalle indes vollständig, wenn die Gesellschaft ohnehin liquidiert werde. Ebenso wie dies für eine restriktive Abfindungsregelung anzunehmen sei, sei jedenfalls unter den streitgegenständlichen Umständen ein Anpassungsbedarf gegeben, wenn die für die Ermittlung eines Abfindungsanspruchs gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Berechnungserleichterungen infolge eines vor Ablauf der Kündigungsfrist gefassten Liquidationsbeschlusses ihren Zweck verlören. Es sei nicht gerechtfertigt, an den mit der vereinfachten Berechnung verbundenen Nachteilen festzuhalten, gleich ob sie sich je nach den konkreten Umständen – mehr oder minder zufällig – zugunsten oder zulasten des kündigenden Gesellschafters auswirkten.

Mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet blieb dagegen die Frage, welche Rechtsfolgen es zeitigt, wenn die nach mehreren Kündigungen verbliebenen Gesellschafter zwar einen Auflösungsbeschluss fassen, danach aber die Liquidation der Gesellschaft entweder nicht ernsthaft betreiben oder sogar die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Allerdings formulierte der II. Zivilsenat ein maßgebliches Abgrenzungskriterium selbst: Danach reicht es für die Annahme eines treuwidrigen Missbrauchs der Mehrheitsmacht nicht aus, wenn es ein maßgebliches Motiv der die Liquidation beschließenden Gesellschafter war, auf diese Weise den Verbleib der kündigenden Gesellschafter in der Liquidationsgesellschaft zu erreichen, solange nur von einer ernsthaften Liquidationsabsicht ausgegangen werden kann.

### C. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des BGH verdeutlicht zum einen die Notwendigkeit einer in sich schlüssigen und in den einzelnen Klauseln aufeinander abgestimmten Vertragsgestaltung, zum anderen aber auch die dadurch und durch die weitgehende Dispositivität des Personengesellschaftsrechts eröffnete Chance zur Begründung strategischer Handlungs- und Entscheidungsoptionen. Dies gilt für auf eine möglichst große Anzahl an Investoren bzw. Gesellschaftern zielende Publikumsgesellschaften in besonderem Maße. Sieht sich etwa die Geschäftsführung einer Publikums-GbR mit mehreren Kündigungen von Gesellschaftern konfrontiert, kann sie danach entscheiden, ob sie den übrigen Gesellschaftern empfehlen will, die kündigenden Gesellschafter abzufinden, oder stattdessen vorschlagen will, die Auflösung der Gesellschaft vor dem Eintritt der Kündigungswirkung zu beschließen. Sofern die vor dem Eintritt der Kündigungswirkung ordnungsgemäß beschlossene Liquidation der Gesellschaft ernsthaft betrieben wird, müssen die zuvor kündigenden Gesellschafter akzeptieren, dass sie in der Liquidationsgesellschaft verbleiben und statt einer Abfindung eine anteilsgemäße Beteiligung am Liquidationserlös erhalten.

## Vaterschaftsanfechtung bei sozial-familiärer Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater

BGH, Beschl. v. 15.11.2017 - XII ZB 389/16

RiAG Daniel Terp

### A. Problemstellung

Vater eines Kindes im Rechtssinne (rechtlicher Vater) ist gem. § 1592 BGB der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB), der die Vaterschaft anerkannt hat (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist (§ 1593 Nr. 3 BGB). Die Abstammung im Sinne des BGB ist daher nicht die biologische Abstammung, sondern ein rechtlicher Status.<sup>1</sup> Die rechtliche und die biologische Vaterschaft können also auseinanderfallen.

Nach der früheren Rechtslage (bis 30.04.2004) war der biologische Vater von der Anfechtung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft eines anderen Mannes völlig ausgeschlossen. Das BVerfG hat mit Entscheidung vom 09.04.2003<sup>2</sup> festgestellt, dass dieser Ausschluss des biologischen Vaters vom Anfechtungsrecht mit seinem durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Interesse, auch die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen, unter näher bestimmten Voraussetzungen unvereinbar ist. Mit dem Änderungsgesetz vom 23.04.2004<sup>3</sup> ist der Gesetzgeber dem Auftrag des BVerfG nachgekommen, auch dem verfassungsrechtlich geschützten Interesse des biologischen Vaters Rechnung zu tragen.

Nunmehr kann auch der biologische Vater unter den in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 sowie Abs. 2 und 4 BGB geregelten besonderen Voraussetzungen eine bestehende Vaterschaft anfechten.

Anders als bei der Anfechtungsberechtigung des Kindes, des (rechtlichen) Vaters oder der Mutter müssen im Fall der Anfechtung der Vaterschaft durch den biologischen Vater besondere Voraussetzungen für die Begründetheit seines Anfechtungsbegehrens erfüllt sein. So darf keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater bestehen (§ 1600 Abs. 2 Halbsatz 1, Abs. 3 BGB) und die Vaterschaft des Anfechtenden muss positiv feststehen (§ 1600 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB).

1 Hammermann in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1592 Rn. 12.

2 BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96.

3 BGBl. I 2004, 598.



## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

### I. Sachverhalt

In dem Abstammungsverfahren focht der biologische Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters zu dem im Januar 2013 geborenen Kind an und begehrte nunmehr seine Feststellung als rechtlicher Vater.

Der rechtliche Vater und die Kindesmutter haben zwei (weitere) gemeinsame (2007 und 2011 geborene Söhne) Kinder. Sie unterhielten eine Beziehung, ohne zusammenzuleben. Der rechtliche Vater kam jedoch nahezu täglich in den Haushalt der Mutter, um sich um diese und die Kinder zu kümmern. Im Herbst 2011 kam es zur Trennung, nachdem die Kindesmutter eine Beziehung zu dem biologischen Vater aufgenommen hatte. Ende 2012 trennten sich die Kindesmutter und der biologische Vater.

Nach der Geburt der Tochter im Januar 2013 kümmerte sich der rechtliche Vater um alle drei Kinder. Er erkannte die Vaterschaft für die Tochter an. Die Kindesmutter ist für die Tochter allein sorgeberechtigt. Anfang 2014 nahm die Kindesmutter die Beziehung zum biologischen Vater wieder auf. Dieser hielt sich von nun an regelmäßig in ihrer Wohnung auf und kümmerte sich ebenfalls um die drei Kinder. Der rechtliche Vater übte in der Folgezeit aufgrund einer gerichtlichen Umgangsvereinbarung Umgangskontakte mit allen drei Kindern aus. Die Kindesmutter und der Antragsteller trennten sich später wiederholt, kamen aber jeweils wieder zusammen. Seit Oktober 2016 sind sie miteinander verheiratet.

Das Amtsgericht hat das zuständige Jugendamt zum Ergänzungspfleger des Kindes bestellt. Dieses hat für das Kind die Vaterschaft angefochten, während der Verfahrensbestand sich gegen die Anfechtung ausgesprochen hat. Das Amtsgericht hat ein molekulargenetisches Gutachten eingeholt, das den Ausschluss der Vaterschaft des rechtlichen Vaters und eine Vaterschaftswahrscheinlichkeit des biologischen Vaters von 99,9999999 % („Vaterschaft praktisch erwiesen“) ergeben hat.

Das Amtsgericht hat den vom Jugendamt als Ergänzungspfleger gestellten Antrag als unzulässig zurückgewiesen, weil die allein sorgeberechtigte Mutter der Anfechtung widersprochen habe.<sup>4</sup>

Den vom Antragsteller gestellten Antrag hat es als unbegründet zurückgewiesen, weil eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater bestehe. Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das Oberlandesgericht<sup>5</sup> antragsgemäß festgestellt, dass nicht der bisher rechtliche Vater, sondern der biologische Vater auch der rechtliche Vater des Kindes ist. Gegen diese Entscheidung richtete sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des rechtlichen Vaters.

### II. Entscheidungsgründe

Der BGH hat den Beschluss des Oberlandesgerichts aufgehoben, die Beschwerde des biologischen Vaters gegen die amtsgerichtliche Entscheidung zurückgewiesen und damit die amtsgerichtliche Entscheidung wiederhergestellt.

Der BGH prüft die Voraussetzungen für die Begründetheit der Vaterschaftsanfechtung dabei streng am Wortlaut des § 1600 Abs. 2 BGB und insoweit insbesondere das negative Tatbestandsmerkmal des Nichtbestehens einer sozial-familiären Beziehung des Kindes zu dem rechtlichen Vater. Anders als das Oberlandesgericht sieht der BGH dabei keine Möglichkeit, die Norm dahin gehend einschränkend auszulegen, dass eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater einer Anfechtung durch den leiblichen Vater dann nicht entgegenstehe, wenn dieser seinerseits eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind habe und mit ihm in einer Familie zusammenlebe.

Dabei hat sich der BGH den Feststellungen des Oberlandesgerichts insoweit angeschlossen, als dieses das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater angenommen hat. Der BGH hält dabei an seiner Rechtsprechung fest, dass das Zusammenleben in einem Haushalt keine Voraussetzung für das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung darstellt. Die Übernahme tatsächlicher Verantwortung kann auch in anderer Form erfolgen, indem der Vater etwa wesentliche Betreuungsleistungen für das Kind erbringt, ohne mit diesem dauerhaft in einem Haushalt zu leben.<sup>6</sup> Eine sozial-familiäre Beziehung kann demzufolge insbesondere auch bei nicht verheirateten rechtlichen Eltern gegeben sein. Dass die Voraussetzungen der Regelannahmen nach § 1600 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht erfüllt sind, schließt dies nicht aus, weil es sich bei den Regelannahmen lediglich um – widerlegbare – Indizien und nicht um eine gesetzliche Begrenzung des Begriffs der sozial-familiären Beziehung handelt.<sup>7</sup>

Dass aber eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater, wie das Oberlandesgericht meint, einer Anfechtung durch den leiblichen Vater dann nicht entgegenstehe, wenn dieser seinerseits eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind habe und mit ihm in einer Familie zusammenlebe, finde im Gesetz keine Grundlage und ergebe sich insbesondere nicht aus einer

4 AG Iserlohn, Urt. v. 27.01.2016 - 130 F 77/14.

5 OLG Hamm, Beschl. v. 20.07.2016 - II-12 UF 51/16.

6 BGH, Beschl. v. 27.04.2016 - XII ZB 485/14.

7 BGH, Urt. v. 06.12.2006 - XII ZR 164/04.

historischen oder teleologischen Auslegung. Die wortlautgetreue Gesetzesanwendung entspreche vielmehr den Vorgaben des BVerfG.<sup>8</sup> Das BVerfG habe den verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung bereits dahin vorgegeben, dass das Anfechtungsrecht gesetzlich zu gewährleisten ist, wenn keine familiäre Beziehung zwischen Kind und rechtl. Vater besteht. Geht das Elternrecht des rechtl. Vaters mit einer bestehenden sozial-familiären Beziehung einher, ist es gegenüber dem grundrechtlich geschützten Interesse des leiblichen Vaters, in die rechtliche Vaterstellung einrücken zu können, vorrangig. Daran habe sich der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien bewusst orientiert.<sup>9</sup>

Schließlich hält der BGH auch daran fest, dass gegen die aktuelle Gesetzeslage verfassungsrechtlich keinen Bedenken bestehen und dass diese auch mit Art. 8 EMRK vereinbar sei.<sup>10</sup>

### C. Bewertung

Der BGH hat eine einschränkende Auslegung des § 1600 Abs. 2 BGB mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt und hält damit an den Vorgaben des BVerfG aus dessen Beschluss vom 09.04.2003 und an dem Gesetzeswortlaut fest.

Dabei hat der BGH zu Recht und mit überzeugender Begründung allein auf die einander begegnenden Elternrechte (Art. 6 Abs. 2 GG) des leiblichen und des biologischen Vaters abgestellt und dabei klargestellt, dass es bei der Prüfung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB schon aus gesetzsystematischen Erwägungen nicht darauf ankommen kann, in welcher familiären Beziehung der biologische Vater zu der Kindesmutter steht.

Dem verfassungsrechtlichen Schutz der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG ist bereits dadurch Rechnung getragen, dass sowohl die Kindesmutter als auch das Kind ein eigenes Anfechtungsrecht haben. Dass die Kindesmutter trotz der bestehenden Ehe und des Zusammenlebens mit dem biologischen Vater von ihrem eigenen Anfechtungsrecht bewusst und ausdrücklich keinen Gebrauch gemacht hat, stellt wohl die Besonderheit des zugrunde liegenden Sachverhalts dar, zeigt aber auch, dass es zum Schutz der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG gerade nicht notwendig ist, dem biologischen Vater ein erweitertes Anfechtungsrecht einzuräumen.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 - 1 BvR 1493/96.

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/2253, S. 11.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 18.10.2017 - XII ZB 525/16.

## Eltern haften für ihre Kinder – oder doch nicht?

BGH, Urt. v. 30.03.2017 - I ZR 19/16

RiLG Jan Spoenle

### A. Problemstellung

Das berühmt-berüchtigte Baustellenschild provoziert ebenso hartnäckig Rechtsirrtümer, wie es Juristen zum Schmunzeln bringt: Natürlich haften Eltern nicht für ihre Kinder – sondern allenfalls für die Verletzung eigener (Aufsichts-)Pflichten, und auch insoweit nur in engen Grenzen. Diese für analoge Sachverhalte lange feststehende Regel hat der BGH für den digitalen Raum nun *prima facie* auf den Kopf gestellt und die Inhaber eines Internetanschlusses eben doch für Rechtsverletzungen ihrer Kinder haften lassen. Was war geschehen?

Das Album „Loud“ von Rihanna, von dem die Entscheidung ihren Namen ableitet, wurde im Herbst 2010 veröffentlicht – und nur wenige Monate später, im Januar 2011, über den Anschluss der Beklagten via Filesharing zum Download angeboten. Die Eltern gaben an, zu wissen, welches ihrer alleamt volljährigen Kinder für die Rechtsverletzung verantwortlich war, wollten diese Information jedoch nicht preisgeben. Das Landgericht wie auch das OLG München haben die Eltern daher als Täter einer Rechtsverletzung zu Schadensersatz verurteilt; der BGH hat die Entscheidung bestätigt und dabei seine an Verästelungen nicht arme Rechtsprechung zur Haftung für Rechtsverletzungen im Internet weiter ausdifferenziert.

Ob Eltern allerdings künftig tatsächlich für ihre Kinder haften, hängt ganz wesentlich von der weiteren Rechtsentwicklung ab, die den BGH sozusagen rechts überholt hat. Daher soll im Folgenden auch betrachtet werden, wie sich die TMG-Novelle 2017 auf den vom BGH entschiedenen Sachverhalt auswirkt.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In seiner Entscheidung hat der I. Zivilsenat zunächst erneut klargestellt, dass es bei der üblichen Beweislast bleibt: Der klagende Rechteinhaber hat im Rahmen des § 97 Abs. 2 UrhG darzulegen und zu beweisen, dass der oder die beklagten Anschlussinhaber für die behauptete Rechtsverletzung als Täter verantwortlich sind. Bei über einen Internetanschluss begangenen Rechtsverletzungen spreche jedoch eine tatsächliche Vermutung für die Täterschaft des Anschlussinhabers – auch dann, wenn der Anschluss regelmäßig von Dritten verwendet wird. Diese tatsächliche Vermutung sei nur ausgeschlossen, wenn der Anschluss entweder zum Tatzeitpunkt nicht ausreichend gesichert war oder aber anderen Personen bewusst zur Nutzung überlassen wurde.

In beiden Fällen hängt der Ausschluss der tatsächlichen Vermutung der Täterschaft des Anschlussinhabers nach der über das letzte Jahrzehnt entwickelten Rechtsprechung des BGH jedoch davon ab, ob der Anschlussinhaber seiner sekundären Darlegungslast genügt. Die sekundäre Darlegungslast, so der Senat, führe dabei weder zu einer Umkehrung der Beweislast noch verpflichte sie den Anschlussinhaber über die allgemeine prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast hinaus (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Anschlussinhaber genüge seiner sekundären Darlegungslast bereits, wenn er vorträgt, ob und welche anderen Personen Zugang zum Anschluss hatten und als Täter in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang ist er allerdings auch zu Nachforschungen verpflichtet; die pauschale Behauptung der theoretischen Möglichkeit, andere Personen hätten Zugriff gehabt und kämen daher in Betracht, genügt gerade nicht.

Vorliegend waren die beklagten Anschlussinhaber – die Eltern – der Behauptung ihrer Täterschaft durch die Klägerin entgegengetreten, indem sie darauf hinwiesen, dass ihre Kinder Zugriff auf den Anschluss hatten. Sie weigerten sich aber zugleich, ihr Wissen darüber preiszugeben, welches der Kinder die Rechtsverletzung begangen hatte. In dieser Konstellation sei das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast nicht erfüllt waren und deshalb die tatsächliche Vermutung der Täterschaft des Anschlussinhabers greift. Der Senat versucht dabei zunächst, die Figur der tatsächlichen Vermutung der Täterschaft von einem Anscheinsbeweis abzugrenzen, der regelmäßig nur bei typischen Geschehensabläufen in Betracht kommt: Für die Annahme, der Inhaber eines Internetanschlusses sei ohne das Hinzutreten weiterer Umstände regelmäßig der Täter einer über diesen Anschluss begangenen Rechtsverletzung, fehle es gerade an der hierfür erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs. Der Zugriff Dritter sei schließlich naheliegend; ein Anscheinsbeweis für die Haftung des Anschlussinhabers bleibe daher außer Betracht. Doch handele es sich bei der Nutzung des Anschlusses um Interna des Inhabers, was zu dessen sekundärer Darlegungslast – und bei ungenügendem Vortrag zur tatsächlichen Vermutung seiner Täterschaft – führe.

Im Anschluss behandelt der Senat die sich aufdrängende Frage nach der Reichweite der sekundären Darlegungslast vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Dimension des Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) einerseits sowie der wirtschaftlichen Interessen des Rechteinhabers (Art. 14 Abs. 1 GG) andererseits. Dabei wird zunächst darauf hingewiesen, dass es auch unter Berücksichtigung des Eigentumsschutzes der Rechteinhaber im Rahmen der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechte auf europäischer wie nationaler Ebene unzumutbar erscheint, den Anschlussinhaber zu einer Dokumentation der Internetnutzung seines Ehegatten zu zwingen

oder gar dessen Rechner zu untersuchen.<sup>1</sup> Dann jedoch stellt der Senat fest, dass bei der Abwägung der im Streitfall betroffenen Grundrechte ein Vorrang des Informationsinteresses der klagenden Rechteinhaberin bestehe:

Während der Klägerin bei Weigerung der Eltern, den Namen des verantwortlichen Kindes preiszugeben, eine Rechtsverfolgung regelmäßig aus praktischen Gründen unmöglich wäre, seien die Eltern zur Auskunft nicht gezwungen und könnten eine Störung des Familienfriedens abwenden, indem sie auf entsprechenden Vortrag verzichten. Der daraus folgenden Haftung der Eltern als Täter komme bei der grundrechtlichen Abwägung kein entscheidendes Gewicht zu, weil es sich hierbei schlichtweg um die Folge aus der Wertung von § 138 Abs. 3 ZPO handelt – wer ungenügend bestreitet, hat die nachteiligen Folgen der Geständniswirkung zu tragen. Anders als Zeugen stehe der Partei eines Zivilprozesses kein Recht zu, Angaben aus familiären Gründen zu verweigern; sie unterliege der Wahrheitspflicht, die allenfalls Einschränkungen erfährt, wo die Partei sich selbst oder Angehörige einer Straftat oder Unehrenhaftigkeit bezichtigen müsste. Wer also auf wahrheitsgemäße Angaben verzichtet, so der Senat, der habe auch die entsprechenden Folgen wie das Risiko einer ungünstigen Tatsachenwürdigung in Kauf zu nehmen.

### C. Kontext der Entscheidung

In seiner Entscheidung fasst der I. Zivilsenat noch einmal seine anhand von Filesharing-Sachverhalten, aber auch anderen Fallgestaltungen wie die dem Missbrauch von Nutzerkonten entwickelte Rechtsprechung zur Haftung für im Internet begangene Rechtsverletzungen zusammen.<sup>2</sup> Dabei drängt sich jedoch das Gefühl auf, dass dieses Haftungsgebäude mit jedem weiteren Anbau weniger Standsicherheit aufweist. Insgesamt vermag die Entscheidung nicht zu überzeugen, da sie Widersprüche aufwirft, ohne sie aufzulösen.

#### I. Die zweifelhafte tatsächliche Vermutung der Täterschaft

So ist bereits augenfällig, dass der BGH im Jahr 2017 immer noch an einer tatsächlichen Vermutung für die Täterschaft des Anschlussinhabers festhält – in einem für die in Deutschland vorherrschende Haltung gegenüber digitaler Technologie exemplarischen Sinne wird der Anschlussinhaber als Hüter der „Gefahrenquelle Internetanschluss“ betrachtet. Anschlussinhaber ist, abgesehen von insoweit unproblematischen Single-

1 Diesen Grundsatz hatte der BGH in der vorangegangenen Entscheidung „Afterlife“ erarbeitet, vgl. BGH, Urt. v. 06.10.2016 - I ZR 154/15 Rn. 26.

2 Vgl. hierzu den Überblick bei Spindler, GRUR 2018, 16 ff.

Haushalten, doch in aller Regel zunächst derjenige, der die wirtschaftliche Verantwortung für einen Haushalt trägt; je nach Konstellation kann das der eine oder der andere Elternteil sein, manchmal – wie in der vorliegenden Entscheidung – sind es auch beide. Und in Wohnungsgemeinschaften oder bei anderen Formen des Zusammenlebens nicht familiär verbundener Menschen hängt die Anschlussinhaberschaft mehr oder weniger vom Zufall ab. Dass aber der Anschlussinhaber auch derjenige sein soll, der den Anschluss „im Zweifel“ zumindest überwiegend nutzt, dürfte mit der Realität in der großen Mehrzahl der deutschen Haushalte nichts mehr zu tun haben.

Entsprechende Zweifel plagen offenbar auch den Senat, der eine Abgrenzung der tatsächlichen Vermutung zum Anscheinsbeweis versucht und darauf verweist, dass es für die Annahme eines Anscheinsbeweises an der Typizität des Geschehensablaufs fehle. Der Senat führt hierzu selbst aus, dass „angesichts der naheliegenden Möglichkeit, dass der Anschlussinhaber Dritten Zugriff auf seinen Anschluss einräumt [...], für die Annahme der Täterschaft des Anschlussinhabers keine hinreichend große Wahrscheinlichkeit“ bestehe. Warum dann aber im Rahmen einer offenbar unterhalb der Wirkungen eines Anscheinsbeweises<sup>3</sup> anzusiedelnden „tatsächlichen Vermutung“ diese soeben verworfene Annahme doch wieder tragen soll, ist erklärungsbedürftig; mangels Erklärung entsteht kein stimmiges Bild.

Vielmehr scheint es so, dass über die Konstruktion aus sekundärer Darlegungslast und bei ungenügendem Vortrag eingreifender tatsächlicher Vermutung der Täterschaft dieselben Wirkungen produziert werden, als würde man gleich von einem Anscheinsbeweis ausgehen: Zwar ist die Reihenfolge umgekehrt, doch muss der Anschlussinhaber faktisch die später greifende tatsächliche Vermutung seiner Täterschaft im Vorfeld ausreichend erschüttern, um sie und ihre Wirkungen nicht entstehen zu lassen. Doch neben diesen Wertungswiderspruch tritt in den vorliegenden Entscheidungen noch ein anderes Problem.

## II. Hard Cases Make Bad Law

Dass die Eltern als Anschlussinhaber als Täter einer Urheberrechtsverletzung auf Schadensersatz haften sollen, obwohl für alle Beteiligten feststeht, dass ein anderer der Täter war, ist ein erstaunlicher Widerspruch.<sup>4</sup> Hier mag man zwar einwenden: „Hard cases make bad law“<sup>5</sup> – wenn sich die Eltern auf den Standpunkt stellen, den Täter kennen zu dürfen, aber nicht nennen zu müssen, so wäre ein Erfolg dieser Strategie für das Rechtsempfinden der allermeisten Beobachter schwer erträglich gewesen. Insofern ließe sich die Entscheidung vom Ergebnis aus betrachtet vielleicht begrüßen; die Argumentation des Senats zur Begründung dieses Ergebnisses, den Eltern bliebe ja eine Wahl – nämlich den Täter ans Messer zu liefern oder aber

den Prozess zu verlieren –, wohingegen die Rechteinhaber keine solche Wahl hätten und eine Rechtsverfolgung anderenfalls a priori chancenlos wäre, muss man dagegen kritisieren.

Denn bei Lichte betrachtet, führt die Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast ohnehin dazu, dass die Rechteinhaber entsprechende Prozesse um Ansprüche auf Schadensersatz – die eben anders als die Haftung des Störers auf Abmahnkosten verschuldensabhängig sind – in den meisten Fällen verlieren werden: Weder kann vom Anschlussinhaber verlangt werden, Familienangehörige oder andere erwachsene Mitbewohner zu „verhören“, noch gibt es Dokumentations- oder Untersuchungspflichten des Anschlussinhabers. Dementsprechend wird sich der Anschlussinhaber auch unter Berücksichtigung der vorliegenden Entscheidung stets entlasten können, wenn er nicht positiv weiß, wer für die Rechtsverletzung verantwortlich ist.<sup>6</sup> Und wenn er das ausnahmsweise doch weiß, so dürfte ihm im Angesicht der vorliegenden Entscheidung jegliche Motivation abhandenkommen, seiner Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO entsprechend vorzutragen.

## III. Die Novelle des TMG

Allerdings erging die Entscheidung des Senats noch zur alten Rechtslage – jedenfalls in Bezug auf die Haftung für die Vermittlung des Zugangs zum Internet als sog. Diensteanbieter im Sinne des TMG. Denn wenige Monate nach der Entscheidung ist das TMG wieder einmal novelliert worden, wobei Änderungen insbesondere der §§ 7 und 8 TMG am 13.10.2017 in Kraft getreten sind: Aufgrund § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG n.F. haften Diensteanbieter nun weder auf Schadensersatz noch auf Beseitigung oder Unterlassung, wenn die Nutzer ihrer Dienste Rechtsverletzungen begehen. Diese Änderungen dürften sich auf die Filesharing-Fälle in ganz erheblichem Maße auswirken.

Denn erklärtes Ziel der Neuregelung war es u.a., auch die private Zugangsvermittlung zum Internet zu erfassen,<sup>7</sup> was sich nicht zuletzt in der Neuregelung des § 8 Abs. 3 TMG zeigt, der die Anwendung der Abs. 1 und 2 explizit auf den Betrieb von WLAN-Netzen erstreckt und als Ausgleich hierzu Sperrver-

3 Dafür, dass die feine, aber explizit angeführte Differenzierung auch beim Fachpublikum nicht unbedingt verfangt, spricht auch die Stellungnahme von Holznel, jurisPR-WettbR 1/2018 Anm. 1, der die tatsächliche Vermutung der Täterschaft ganz offen als Anscheinsbeweis einordnet.

4 Vgl. Geisler, jurisPR-BGHZivilR 23/2017 Anm. 3; Spindler, GRUR 2018, 16, 17.

5 Siehe [https://en.m.wikipedia.org/wiki/Hard\\_cases\\_make\\_bad\\_law](https://en.m.wikipedia.org/wiki/Hard_cases_make_bad_law) (zuletzt abgerufen am 15.05.2018).

6 Vgl. Holznel, jurisPR-WettbR 1/2018 Anm. 1; Spindler, GRUR 2018, 16, 18.

7 Vgl. Schaub, NJW 2018, 17, 19; Spindler, GRUR 2018, 16, 19 f.



pflichtungen in § 7 Abs. 4 TMG n.F. vorsieht. Übertragen auf die Realität der Filesharing-Fälle bedeutet das im Ergebnis, dass der Anschlussinhaber nicht mehr für Rechtsverletzungen Dritter in Anspruch genommen werden kann, denen er den Zugang zum Internet vermittelt hat – nicht auf Unterlassung als Störer, nicht auf Abmahnkosten und erst recht nicht auf Schadensersatz. Hat er den Zugang lediglich drahtgebunden vermittelt – hängt der rechtsverletzende Dritte also mit seinem Rechner per LAN-Kabel im lokalen Netz des Anschlussinhabers –, kommen sogar nicht einmal Sperrverpflichtungen nach § 7 Abs. 4 TMG in Betracht.<sup>8</sup>

Doch was bedeutet dies für die tatsächliche Vermutung der Täterschaft des Anschlussinhabers? Die Haftungsprivilegierung des TMG gilt schließlich nur für Rechtsverletzungen Dritter, sodass der Anschlussinhaber nach der Rechtsprechung des BGH auch weiterhin zunächst einmal seiner sekundären Darlegungslast genügen müsste. Allerdings dürfte die vom BGH entwickelte tatsächliche Vermutung der Täterschaft des Anschlussinhabers schwer mit der gesetzgeberischen Wertung zu vereinbaren sein, dass sog. WLAN-Hotspots ausdrücklich erwünscht sind und deshalb von einer Haftungsfreistellung profitieren. Sprich: Wer seinen Internetanschluss mit anderen – auch ihm persönlich völlig unbekanntenen – Personen teilt, tut etwas gesellschaftlich Wünschenswertes und soll dafür wenn schon nicht belohnt, so doch wenigstens geschützt werden.

Damit dürfte der Vortrag, ein ungesichertes und für jedermann zugängliches WLAN betrieben zu haben, in künftigen Filesharing-Fällen zu einer faktischen Enthftung des Anschlussinhabers

führen – Eltern haften also doch nicht für ihre Kinder, wie gehabt. Inwieweit dieses Ergebnis aber mit europarechtlichen Vorgaben insbesondere zum effektiven Schutz der Rechte am geistigen Eigentum vereinbar sein kann, erscheint fraglich<sup>9</sup> – die weitere Entwicklung bleibt damit spannend.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Angesichts des Siegeszuges von Streaming-Angeboten, wie Spotify, Deezer oder Apple Music, ist wohl damit zu rechnen, dass Filesharing-Fälle bald nur noch von rechtsgeschichtlichem Interesse sein werden. Denn die monatliche Gebühr für einen Familien-Account bei den genannten Anbietern zu entrichten, dürfte selbst über viele Jahre hinweg deutlich günstiger kommen, als sich nur ein einziges Mal mit der Abwehr von Schadensersatzansprüchen der Musikindustrie auseinandersetzen zu müssen. Und wenn künftig doch noch Tauschbörsen bemüht werden, so ist derjenige Anschlussinhaber, der ein ungesichertes drahtloses Netzwerk unterhält, dank der TMG-Novelle fein raus. Für Altfälle, die sich vor dem Inkrafttreten des geänderten TMG abgespielt haben, dürfte es nach der Loud-Entscheidung darauf ankommen, was der Anschlussinhaber weiß; weiß er (noch) nichts, dürfte es geboten sein, ihn auf die Gefahr weiterer Nachforschungen hinzuweisen.

8 Vgl. Spindler, GRUR 2018, 16, 20.

9 Vgl. Spindler, GRUR 2018, 16, 19.

## Arbeitsrecht

### Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht in der DSGVO und dem BDSG neuer Fassung

RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Detlef Grimm und Wiss. Mit. Malte Göbel

Seit dem 25.05.2018 gelten die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) neuer Fassung. Damit ist eine neue Zeitrechnung im Datenschutzrecht angebrochen. Eingriffstatbestände wurden neu gefasst und mit Verfahrensanforderungen versehen, durch die der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine neue Qualität erhält. Das kann man bereits an der Höhe der geänderten Bußgelder erkennen. Bisher musste ein Unternehmen, das gegen Datenschutzvorschriften verstoßen hatte, mit Geldbußen von bis zu 300.000 € rechnen. Seit dem 25.05.2018 ist dieser Betrag mehr als versechzigfach worden auf bis zu

20 Mio. € oder auf 4 % des Jahresumsatzes eines Unternehmens, wenn dieser Betrag 20 Mio. € überschreitet. Die Datenschutzbehörden sind nach Art. 84 Abs. 1 DSGVO aufgefordert, abschreckende Sanktionen zu verhängen. Daneben erhalten von einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung Betroffene Schadensersatzansprüche für erlittene materielle und immaterielle Schäden. Im Kündigungsschutzprozess werden rechtswidrig gewonnene Informationen wohl noch mehr als bisher Beweisverwertungsverboden unterliegen. Diese schweren Sanktionen liefern starke Argumente dafür, die neuen Vorgaben des Datenschutzrechts einzuhalten.



Der Beitrag gibt einen Überblick über die Änderungen, die sich im Arbeitnehmerdatenschutzrecht aufgrund der Geltung der DSGVO und der Novellierung des BDSG n.F. ergeben. Spiegelbildlich dazu werden die Maßnahmen dargestellt, die getroffen werden sollten, um den neuen Anforderungen des Datenschutzrechts zu genügen.

## A. Gesetzliche Änderungen im Arbeitnehmerdatenschutzrecht

Für das Arbeitnehmerdatenschutzrecht sind zwei legislative Änderungen besonders relevant, die Geltung der DSGVO und die Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzrechts in § 26 BDSG n.F.

### I. Die Auswirkungen der DSGVO im Überblick

Die DSGVO begründet neue Anforderungen an rechtmäßige Datenerhebungen und etabliert diese als einheitlichen unionsweiten Standard. Das grundsätzliche Regelungssystem ist dabei bereits aus dem BDSG a.F. bekannt:<sup>1</sup> Die Verarbeitung von Daten ist unzulässig (Art. 6 DSGVO), wenn sie nicht in einer Befugnisnorm erlaubt wird. Befugnisnormen finden sich in Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) – f) DSGVO und für besonders sensible Daten, etwa über Religion, Sexualität oder politische Meinung, in Art. 9 Abs. 2 DSGVO.

#### 1. Grundsätze der Datenverarbeitung

In dieses Regelungssystem integriert die DSGVO verschiedene Regeln, Prinzipien und Vorgaben, auf die die meisten Veränderungen im Arbeitnehmerdatenschutzrecht zurückgeführt werden können und bei deren Berücksichtigung die Vorgaben der DSGVO problemlos umgesetzt werden können. Die Grundsätze der Datenverarbeitung sind in Art. 5 Abs. 1 DSGVO zusammengefasst. Es handelt sich um die Grundsätze von „Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Richtigkeit, Datenminimierung“, der „Transparenz“, der „Speicherbegrenzung“, der „Zweckbindung“, der „Integrität und Vertraulichkeit“ und der „Rechenschaftspflichten“ (der letztgenannte Grundsatz ist in Art. 5 Abs. 2 DSGVO geregelt).

Betrachtet man diese Grundsätze genauer, ergeben sich daraus im Wesentlichen die Veränderungen, die für eine Anpassung der Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis an die Vorgaben der DSGVO notwendig sind.

##### a. Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Richtigkeit, Datenminimierung

Das gilt nur eingeschränkt für die Grundsätze von Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Richtigkeit und für den Grundsatz der Datenminimierung, da ihnen kaum eine

neue Bedeutung zukommt. Die Grundsätze von Rechtmäßigkeit und von Treu und Glauben stehen general-klauselartig über allen Grundsätzen des Datenschutzes, begründen für sich genommen aber keine Verhaltenspflichten. Der Grundsatz der Datenminimierung besagt, dass Daten nur so weit verarbeitet werden dürfen, wie für den Zweck der Datenverarbeitung angemessen und notwendig. Damit wird eine grobe Verhältnismäßigkeitsvorgabe für Datenverarbeitungen in dem Sinne aufgestellt, dass Daten nicht sinnlos erhoben werden dürfen. Diese Voraussetzung führt zu keiner Veränderung des bestehenden Datenschutzniveaus. Ebenso passt sich der Grundsatz der Richtigkeit ein, der besagt, dass Daten sachlich richtig verarbeitet werden müssen. Für die Verarbeitung unrichtiger Daten bestand auch bisher keine Rechtsgrundlage.

##### b. Transparenz

Wesentliche Änderungen begründet dagegen der Grundsatz der Transparenz in seiner Ausformung durch die DSGVO. Dieser Grundsatz wird in Art. 12 ff. DSGVO konkretisiert. Danach gilt: Wer personenbezogene Daten verarbeitet, muss den Betroffenen schriftlich oder elektronisch präzise, transparent und verständlich, in einfacher und klarer Sprache davon in Kenntnis setzen (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Dabei muss neben den Zwecken und den Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung über das Recht zur Beschwerde und über Beschwerdestellen ebenso Auskunft gegeben werden wie über Auskunftsansprüche des Betroffenen und seinen Anspruch auf Richtigstellung (Art. 12 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Nach Art. 15 DSGVO kann darüber hinaus jeder Betroffene eine Auflistung der von ihm gespeicherten personenbezogenen Daten verlangen.

Diese Pflichten zur Information des Betroffenen führen zu einem erheblichen bürokratischen Aufwand im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber muss jedem Arbeitnehmer eine Art „datenschutzrechtlichen Beipackzettel“<sup>2</sup> aushändigen, in dem die oben genannten Informationen aufgeführt sind. Sinnvollerweise zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses und immer dann, wenn sich Änderungen ergeben, da über jeden Datenverarbeitungsvorgang informiert werden muss. Bei Bewerbungen müssen die Informationen postwendend an den Bewerber gesandt werden.<sup>3</sup>

1 Ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“, siehe Grimm in: Tschöpe, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2017, Teil 6 F, Rn. 27.

2 Kamps/Bonanni, ArbRB 2017, 119 ff.; mit Formulierungsbeispiel Grimm/Kühne, ArbRB 2018, Heft 6.

3 Vgl. Bäcker in: Kühling/Buchner, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 56 ff.; siehe Kamps/Bonanni, ArbRB 2017, 119, 122.

### c. Speicherbegrenzung

Auch der Grundsatz der Speicherbegrenzung erhält in den Normen der DSGVO einen Ausdruck, der weitreichende Veränderungen im Recht des Arbeitnehmerdatenschutzes bewirkt. Art. 17 DSGVO kodifiziert Löschpflichten für den Verantwortlichen einer Datenverarbeitung, wenn und soweit Daten nicht mehr benötigt werden. Bisher hatte das BAG zwar bei einer Betriebsvereinbarung zur Videoüberwachung im Betrieb Löschpflichten konstatiert,<sup>4</sup> bei weniger sensiblen Daten wurde aber über ihre Löschung wenig nachgedacht. Nach Art. 17 DSGVO besteht nun eine Löschpflicht des Verantwortlichen, sobald Daten für die Zwecke der Datenverarbeitung nicht mehr erforderlich sind, der Betroffene seine Einwilligung für eine Datenverarbeitung widerruft oder er berechtigt Widerspruch gegen eine Datenverarbeitung einlegt. Korrespondierend zur Löschpflicht des Verantwortlichen besteht ein Anspruch des Betroffenen auf Löschung nicht mehr benötigter Daten, Art. 17 Abs. 1 DSGVO.

Die Einhaltung dieser Vorgaben erfordert im Arbeitsverhältnis die Entwicklung ausdifferenzierter Löschkonzepte. Die zulässige Dauer der Speicherung einzelner Daten hängt davon ab, wie lange die Daten benötigt werden können. Bei Daten abgelehnter Bewerber etwa kann zwei Monate lang wegen einer Verletzung von § 7 AGG geklagt werden, § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG. Die Zustellung von Klagen kann sich allerdings in Einzelfällen stark verzögern, sodass eine großzügige Sicherheitsfrist bei der Speicherdauer einberechnet werden sollte. Vorgeschlagen wird bei Bewerberdaten eine Aufbewahrungsfrist von sechs Monaten.<sup>5</sup> Andere Daten, etwa Handels- und Geschäftsbriefe von Mitarbeitern, müssen zehn Jahre gespeichert werden, § 147 Abs. 3 Satz 1 AO. Erst nach Ablauf dieser Frist und ggf. einem Sicherheitsaufschlag dürfen und müssen solche Daten gelöscht werden.<sup>6</sup> Entsprechend muss für jedes Datum eine Prognose erstellt werden, wie lange es benötigt wird. Anschließend muss es gelöscht werden.<sup>7</sup>

### d. Zweckbindung

Bisher nicht vollständig absehbar ist, wie sich der Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO im Arbeitsrecht auswirken wird. Danach dürfen Daten nur zu dem bei der Erhebung vorgesehenen Zweck verarbeitet werden. Zweckänderungen sind nur zulässig, wenn der ursprüngliche und der geänderte Zweck miteinander vereinbar sind. Diese Voraussetzung der „Zweckvereinbarkeit“ war im BDSG a.F. so nicht vorgesehen. Es gab Normen, die die Zweckänderung erlaubt haben, aber die „Zweckvereinbarkeit“ hat dabei keine Rolle gespielt. Welche Änderungen sich daraus ergeben, bleibt abzuwarten.<sup>8</sup>

### e. Integrität und Vertraulichkeit

Der Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit verlangt von dem für eine Datenverarbeitung Verantwortlichen, dass er

durch organisatorische und technische Maßnahmen die Sicherheit der von ihm verarbeiteten Daten gewährleistet („Privacy by design/Privacy by default“, angesprochen in Art. 25 DSGVO). Für die Umsetzung dieser Vorgaben besteht erheblicher Spielraum. Art. 32 Abs. 1 DSGVO zählt verschiedene Maßnahmen auf, die angezeigt sein können, etwa die Verschlüsselung von Daten oder die Sicherstellung der Systemfähigkeit. Ebenso kann es notwendig sein, Maßnahmen in regelmäßigen Abständen zu überprüfen und zu evaluieren. Insbesondere in Kollektivvereinbarungen zum Datenschutzrecht werden entsprechende Regelungen künftig erforderlich sein.<sup>9</sup>

### f. Rechenschaftspflichten

Bemerkenswert ist zuletzt der Grundsatz der Rechenschaftspflichten. Art. 24 DSGVO legt dazu fest, dass der für eine Datenverarbeitung Verantwortliche die Schritte zur Einhaltung der Vorgaben der DSGVO dokumentieren und im Streitfall beweisen muss. Ist er dazu nicht in der Lage, drohen Bußgelder und Prozessniederlagen. Die gesamte Beweislast für die Einhaltung der Grundsätze der DSGVO liegt beim Verantwortlichen.

## 2. Datenschutz-Folgenabschätzungen

Neben den genannten Grundsätzen bedingt ein neues Institut erhebliche Veränderungen im Arbeitnehmerdatenschutzrecht: Für Datenverarbeitungen, die besondere Risiken für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen mit sich bringen, muss nach Art. 35 DSGVO eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorgenommen werden. Der Verantwortliche muss dabei beschreiben, welche Datenverarbeitungen vorgenommen werden und welche Risiken daraus für die Rechte der Betroffenen folgen. Anschließend muss er bewerten, ob die Datenverarbeitung in Anbetracht der Risiken erforderlich ist. Gelangt der Verantwortliche bei der Datenschutz-Folgenabschätzung zu dem Ergebnis, dass ein hohes Risiko für die Rechte der Betroffenen besteht, muss er vor Beginn der Maßnahme die Aufsichtsbehörde konsultieren, die anschließend Anpassungen verlangen oder sogar ein Verbot verhängen kann.

## 3. Anwendungsvorrang

Die umfassendsten Änderungen für das Datenschutzrecht im Rechtssystem der Bundesrepublik begründen aber nicht diese Regelungen und Grundsätze der DSGVO, sondern der

4 BAG, Beschl. v. 26.08.2008 - 1 ABR 16/07.

5 Jacobi/Jantz, ArbRB 2017, 22, 24.

6 Genauer zu Löschkonzepten: Jacobi/Jantz, ArbRB 2017, 22 ff.; demnächst Grimm/Kühne, ArbRB 2018, 144 ff.

7 Ein Programm, das diese Vorgaben technisch umsetzt, wird auch von SAP angeboten, das sog. „ILM“ (Information Lifecycle Management).

8 Herbst in: Kühling/Buchner, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 25 ff.

9 Vgl. Grimm, ArbRB 2018, 78, 81.

Umstand, dass sie in einer EU-Verordnung geregelt sind. Als solche genießt die DSGVO nach Art. 288 AEUV Anwendungsvorrang vor jedem nationalen Gesetz.

Das ist das fundamentale Gegenteil zur bisherigen Regelung aus § 1 Abs. 3 BDSG a.F., nach der das BDSG nur subsidiär Anwendung fand, soweit andere Gesetze keine Regelungen über den Datenschutz enthielten. Dass nunmehr jede nationale Regelung – also auch das BetrVG – von der DSGVO überlagert wird, soweit darin abweichende Normen enthalten sind, begründet im Arbeitsrecht insbesondere für den Betriebsrat massive Veränderungen. Seine bisherige datenschutzrechtliche Sonderstellung wird hinterfragt werden müssen. Ebenso werden Betriebsvereinbarungen an den Regeln der DSGVO zu messen sein, was bisher im Verhältnis zum BDSG nicht der Fall war.

## II. Der neue § 26 BDSG

Bevor auf diese Veränderungen im Detail eingegangen wird, ist noch ein Blick auf die zweite große Veränderung im Arbeitnehmerdatenschutzrecht erforderlich. Die DSGVO erhält in Art. 88 eine Öffnungsklausel zur Regelung des Datenschutzes im Beschäftigungskontext. Danach können die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften oder mithilfe von Kollektivvereinbarungen „spezifischere Vorschriften“ zum Schutz personenbezogener Daten im Beschäftigungsverhältnis erlassen. Von dieser Befugnis hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des BDSG zum 25.05.2018 Gebrauch gemacht und den § 26 BDSG n.F. geschaffen. Die Norm entspricht in ihrem Abs. 1 im Wesentlichen dem alten § 32 BDSG, enthält aber auch einige Klarstellungen und Erweiterungen.

### 1. Befugnis zur Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis

§ 26 Abs. 1 BDSG n.F., der fast wortgleich § 32 Abs. 1 BDSG a.F. entspricht, regelt zunächst grundlegend, dass für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses Daten verarbeitet werden dürfen, soweit das erforderlich ist. Im zweiten Satz erlaubt die Norm die Datenverarbeitung zur Ermittlung beim Verdacht von Straftaten.<sup>10</sup>

### 2. Regelung der Einwilligung

In § 26 Abs. 2 BDSG n.F. hat der Gesetzgeber eine Klarstellung vorgenommen, indem er die Einwilligung im Arbeitsverhältnis ausdrücklich kodifiziert hat. In der Rechtswissenschaft war umstritten, ob ein Arbeitnehmer aufgrund des Machtungleichgewichts im Arbeitsverhältnis „freiwillig“ in eine Datenverarbeitung einwilligen kann.<sup>11</sup> Das BAG hatte diese Frage auch unter dem BDSG a.F. zu Recht bejaht.<sup>12</sup>

Der Gesetzgeber findet für diesen Streit im neuen § 26 Abs. 2 BDSG eine Kompromisslösung. Eine Einwilligung ist zwar zu-

lässig, bei der Beurteilung der Freiwilligkeit ist aber die Abhängigkeit im Beschäftigungsverhältnis zu berücksichtigen. Eine freiwillige Einwilligung kann insbesondere vorliegen, wenn die Datenverarbeitung auch für die beschäftigte Person einen Vorteil bringt oder wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichgelagerte Interessen verfolgen. Der Gesetzgeber nennt als Beispiel für eine Datenverarbeitung, bei der der Arbeitnehmer einen Vorteil erlangt, die Eintragung der Arbeitnehmerdaten in eine Geburtsliste.<sup>13</sup> In der Frage, inwieweit Einwilligungen auch jenseits solcher harmloser Fälle möglich sind, ist noch vieles ungeklärt. Sofern die Datenverarbeitung ausschließlich nachteilig für den Arbeitnehmer ist, dürfte Freiwilligkeit ausscheiden. Darüber hinaus wird in Art. 7 Abs. 4 DSGVO und in Erwägungsgrund 43 verboten, den Abschluss eines Vertrags davon abhängig zu machen, dass jemand in eine Datenverarbeitung einwilligt, die für die Vertragsdurchführung nicht erforderlich ist (Koppelungsverbot). Daher ist nur schwer denkbar, dass ein Beschäftigter in einer Bewerbungssituation eine wirksame Einwilligung erteilt, die über die Verarbeitung der Daten für das (konkrete) Bewerbungsverfahren hinausgeht.<sup>14</sup>

### 3. Besondere Kategorien personenbezogener Daten

In § 26 Abs. 3 BDSG n.F. hat der Gesetzgeber eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten geschaffen, soweit dies zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Arbeitsrechts erforderlich ist. Unter besondere Kategorien personenbezogener Daten fallen Daten, die Aufschluss über die Religion, die Gesundheit, die sexuelle Orientierung oder sonst ein Kriterium aus § 1 AGG geben (Art. 9 Abs. 1 DSGVO). Mit der Erlaubnis des Gesetzgebers, diese Daten zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsrecht zu erheben, macht er von der Befugnisnorm des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) DSGVO Gebrauch. Anderenfalls wäre die Erhebung besonderer Kategorien von Daten für die Erfüllung arbeits- und sozialrechtlicher Pflichten unzulässig.

### B. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Die gegenüber dem bisherigen Datenschutzniveau teilweise erheblich strengeren Vorgaben der DSGVO verändern das Arbeitnehmerdatenschutzrecht auf individual- und kollektiv-

10 Ermittlungen zu Regelverstößen, die keine Straftaten darstellen, unterfallen § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F., vgl. BAG, Ur. v. 29.06.2017 - 2 AZR 597/16.

11 So etwa Trittin/Fischer, NZA 2009, 343, 344; a.A. Wybitul/Böhm, BB 2015, 2101.

12 Siehe BAG, Ur. v. 11.12.2014 - 8 AZR 1010/13; dazu Grimm, jM 2015, 374 ff.

13 BT-Drs. 18/11325, S. 97.

14 Siehe Gräber/Nolden in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 30.

rechtlicher Ebene. Der folgende Abschnitt gibt einen Überblick über die Neuerungen im Arbeitnehmerdatenschutzrecht.

## I. Grenzen der Datenerhebung im Arbeitsverhältnis

Dazu werden zunächst zwei Problemkreise der Datenerhebung im Arbeitsverhältnis herausgegriffen, die technische Analyse der Persönlichkeit eines Arbeitnehmers und die Überwachung von Arbeitnehmern beim Verdacht auf Regelverstöße.

### 1. Technische Persönlichkeitsanalyse am Beispiel von „Precire“

Die Gewinnung von Informationen über Arbeitnehmer mithilfe von Analysesoftware ist datenschutzrechtlich ein kritisches Gebiet. Technisch lassen sich mithilfe psychologischer Tests oder neuerdings auch mit Computerprogrammen, sog. Psycho-ware, umfassende Profile von der Persönlichkeit eines Menschen erstellen. „Berühmt“ geworden ist in diesem Bereich vor Kurzem die Software „Precire“. Sie soll hier exemplarisch im Hinblick auf die Auswirkungen der DSGVO untersucht werden.

Precire ist ein Sprachanalysetool, das eine Vorauswahl bei Bewerbungen treffen kann. Erforderlich ist, dass der Bewerber ca. 15 Minuten lang mit der Software telefoniert. Der Inhalt des Gesprächs ist dabei egal, weil Precire die Spracheigenschaften, aber nicht den Sinn des Gesagten analysiert. Die gemessenen Eigenschaften gleicht die Software dann mit über 5.000 gespeicherten Datensätzen ab und gibt innerhalb von Minuten Aufschluss über Charakterzüge des Bewerbers, wie Belastbarkeit einschließlich weiterer psychischer Faktoren, Durchsetzungsvermögen, Fleiß, Ehrgeiz und darüber, wie sympathisch er wahrgenommen wird.<sup>15</sup>

#### a. Unzulässigkeit nach §§ 1, 7 AGG

Der Einsatz der Software ist nach dem, was man über sie liest, unzulässig. Bei der Entwicklung wurden u.a. die Spracheigenschaften depressiver Menschen analysiert und gespeichert.<sup>16</sup> Der Abgleich von Arbeitnehmer- oder Bewerberdaten mit solchen Daten – unabhängig davon, welche Eigenschaften dabei genau analysiert werden – stellt eine Diskriminierung wegen einer Behinderung dar, da Depressionen in vielen Fällen dem weiten Behinderungsbegriff des EuGH<sup>17</sup> unterfallen. Aus diesem Grund greift das Verbot der §§ 1, 7 AGG.

#### b. Vorgaben für den Einsatz aus der DSGVO

Beurteilt man die Zulässigkeit des Einsatzes von Precire nach der DSGVO, existiert bereits keine Rechtsgrundlage, die den Einsatz legitimiert. Die Analyse ist nicht erforderlich für die Begründung oder Durchführung des Arbeitsverhältnisses, sodass eine Rechtfertigung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F.

ausscheidet. Das BAG hat zu dem vergleichbaren Problem der Analyse eines Bewerbers mithilfe eines grafologischen Gutachters in den 80er Jahren entschieden, dass jeder Mensch selbst entscheiden können müsse, inwieweit seine Persönlichkeit ausgeleuchtet wird. Eine Einwilligung sei daher stets erforderlich.<sup>18</sup> Auch der Abschluss einer wirksamen Einwilligung ist aber für den Einsatz von Precire problematisch. Im Bewerbungsprozess ist das Koppelungsverbot zu beachten, das verbietet, eine Einwilligung zur Voraussetzung für einen Vertragsschluss zu machen, wenn sie nicht erforderlich für die Vertragsdurchführung ist.<sup>19</sup> Zumindest bei Bewerbern scheidet der Einsatz von Precire damit aus. Besteht dagegen bereits ein Arbeitsverhältnis, kommt eine Rechtfertigung durch eine Einwilligung (§ 26 Abs. 2 BDSG n.F.) in Betracht. Auch hier sind hohe Anforderungen an die Freiwilligkeit zu stellen.

Vor dem Einsatz von Precire muss nach Art. 35 DSGVO eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden. Eine Datenschutz-Folgenabschätzung ist gem. Art. 35 Abs. 3 Buchst. a) DSGVO erforderlich, wenn eine systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen mithilfe automatisierter Datenverarbeitung erfolgt. Precire erstellt umfassende Persönlichkeitsprofile und kann damit als Musterbeispiel für den Anwendungsfall dieser Norm herhalten. In der Datenschutz-Folgenabschätzung muss der gesamte Datenverarbeitungsvorgang einschließlich seiner Zwecke beschrieben und bewertet werden. Weiter müssen die Risiken für die Rechte der Betroffenen eingeschätzt und ggf. Abhilfemaßnahmen getroffen werden. Es muss nachgewiesen werden, dass bei der Verarbeitung die Vorgaben der DSGVO eingehalten werden (Art. 35 Abs. 7 DSGVO). Steht als Ergebnis der Analyse, dass der Einsatz von Precire ein hohes Risiko für die Rechte der Betroffenen mit sich bringt, muss das der Datenschutzbehörde gemeldet werden, die weitere Maßnahmen bis hin zu einem Verbot verhängen kann (Art. 36 Abs. 1 DSGVO).

Kommt Precire zum Einsatz, muss der Betroffene informiert werden, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden. Auch das Ergebnis der Persönlichkeitsanalyse und die beabsichtigte Verwendung der Daten müssen dem Arbeitnehmer übermittelt werden (Art. 12, 13 DSGVO). Werden die Daten nicht mehr benötigt, müssen sie gelöscht werden

<sup>15</sup> Siehe Hummel, „Deine Sprache verrät dich“, FAZ vom 20.05.2015.

<sup>16</sup> So Lorenz, „Precire weiß, was Du letzten Sommer getan hast“, LTO – abrufbar unter: [www.lto.de/recht/job-karriere/j/kuenstliche-intelligenz-legal-tech-precire-persoenelichkeitstest/](http://www.lto.de/recht/job-karriere/j/kuenstliche-intelligenz-legal-tech-precire-persoenelichkeitstest/).

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 11.04.2014 - C-335/11 - „HK Danmark/Dansk almenytigt Boligselskab“.

<sup>18</sup> BAG, Urt. v. 16.09.1982 - 2 AZR 228/80.

<sup>19</sup> Siehe Gräber/Nolden in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 30.



(Art. 16 DSGVO). Eine generelle Schranke bildet zudem das Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO, demzufolge Entscheidungen über eine Person nicht ausschließlich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruhen dürfen (Verbot des sog. Profiling). Die Ergebnisse einer Precire-Analyse dürfen also nicht das einzige Kriterium einer Entscheidung sein. Bei Personalentscheidungen wäre das aber ohnehin eher unüblich.

Ein letztes Problem, das beim Einsatz von Precire entstehen kann, ist die Einhaltung des Richtigkeitsgebots (Art. 5 Abs. 1 Buchst. d) DSGVO). Precire erlangt eine hohe Richtigkeitsquote von 95 %, was allerdings im Umkehrschluss bedeutet, dass 5 % der gewonnenen Ergebnisse fehlerhaft sind. Wenn fehlerhafte Daten gespeichert werden, besteht nach Art. 16 DSGVO ein Anspruch auf Berichtigung, wobei allerdings im Fall von Precire schwierig sein dürfte, objektiv richtige Werte für Faktoren wie Sympathie oder Fleiß zu erhalten. Zu einem gewissen Grad besteht ein Einschätzungsspielraum, aber es können auch Ergebnisse herauskommen, die vernünftigerweise nur als falsch eingeordnet werden, etwa wenn ein besonders fleißiger Mensch einen sehr niedrigen Fleißwert erhält. In diesem Fall müsste dann ein Berichtigungsanspruch bestehen. Die Darlegungslast für die Richtigkeit der Daten liegt nach Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO grds. beim Verantwortlichen, also dem Precire einsetzenden Arbeitgeber.

### c. Beurteilung

Der Einsatz von moderner Technik zur Analyse der Persönlichkeit eines Bewerbers oder Mitarbeiters ist ein kritisches Feld. Voraussetzung ist in fast allen denkbaren Fällen eine Einwilligung des Arbeitnehmers. Selbst wenn diese vorliegt, ist der Einsatz mit erheblichen Verfahrensanforderungen belastet und daher sehr aufwendig.

## 2. Die Überwachung von Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis

Zu den intensivsten Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern kommt es bei Ermittlungen des Arbeitgebers<sup>20</sup> zur Aufklärung oder Vorbeugung von Straftaten und sonstigen Pflichtverletzungen im Arbeitsverhältnis.

### a. Offene Überwachung

Die offene Ermittlung beim Verdacht auf Straftaten oder zur Überprüfung der Leistung eines Arbeitnehmers umfasst i.d.R. Maßnahmen wie Befragungen, stichprobenartige Kontrollen und die Konfrontation eines Arbeitnehmers mit Fehlern. Ein solches Vorgehen ist nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F. zulässig. Der Arbeitgeber hat ein legitimes Interesse daran, die Arbeitsergebnisse eines Arbeitnehmers zu überprüfen und diesen offen zu befragen.<sup>21</sup>

Unzulässig sind Maßnahmen, die umfassende Verhaltenskontrollen ermöglichen. Ohne konkreten Verdacht darf ein Arbeitgeber weder das Verhalten noch die Arbeitsergebnisse eines Arbeitnehmers lückenlos überwachen lassen. Nicht zu rechtfertigen ist etwa die Speicherung aller Eingaben an einem PC mithilfe eines sog. Keylogger-Programms.<sup>22</sup> Auch die permanente Aufnahme der Leistungen eines Arbeitnehmers in eine „Belastungsstatistik“ ist unzulässig.<sup>23</sup> Eine offene Videoüberwachung von Arbeitnehmern ist nur unter besonderen Umständen, etwa wenn sie im Kassenbereich einer Bank erfolgt, zulässig.

### b. Verdeckte Überwachung

Problematisch ist ab dem 25.05.2018 generell die verdeckte Überwachung von Arbeitnehmern. Dabei können Maßnahmen wie die verdeckte Kontrolle von E-Mail-Postfächern, unangekündigtes Mithören von Telefonaten oder – besonders intensiv – die verdeckte Videoüberwachung zum Einsatz kommen.

Bisher wurden diese Maßnahmen auf § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG a.F. gestützt, der Datenerhebungen zur Ermittlung bei konkretem Verdacht auf Straftaten erlaubt. Danach hat das BAG etwa eine verdeckte Videoüberwachung in einem Postverteilungszentrum für zulässig erklärt, in dem in größerem Umfang Briefe verschwunden waren.<sup>24</sup>

Ob ein derartiges Vorgehen auch künftig noch möglich wäre, ist umstritten.<sup>25</sup> Die heimliche Überwachung von Arbeitnehmern verletzt die Transparenzvorschriften aus den Art. 12 – 14 DSGVO. Eine Einschränkung dieser Pflichten ist zwar nach Art. 23 Abs. 1 DSGVO insbesondere zur Verhütung von Straftaten möglich, aber nur durch Rechtsvorschriften der Union oder eines Mitgliedstaats. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung genügt dafür ebenso wenig wie eine Betriebsvereinbarung zur Videoüberwachung.<sup>26</sup> Ob § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG n.F. den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO genügt, ist zweifelhaft. Art. 23 Abs. 2 DSGVO verlangt, dass Maßnahmen, die das Transparenzgebot einschränken, ggf. spezifische Vorschriften etwa über die Kategorien der erhobenen Daten, Garantien gegen Missbrauch, Speicherfristen und die Risiken für die Rechte der Betroffenen enthalten. Der pauschal gehaltene § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG n.F. gibt in dieser Hinsicht überhaupt keine Auskünfte. Der Gesetzgeber geht offenbar trotzdem davon aus, dass alles beim Alten

20 Zur Überwachung von Arbeitnehmern u.a. Grimm, jM 2016, 17 ff.

21 Vgl. Däubler, NZA 2017, 1481, 1483.

22 BAG, Urt. v. 27.07.2017 - 2 AZR 681/16; dazu Oberthür, jM 2018, 106 ff.

23 BAG, Beschl. v. 25.04.2017 - 1 ABR 46/15.

24 BAG, Beschl. v. 26.08.2008 - 1 ABR 16/07.

25 So wohl Däubler, NZA 2017, 1481, 1484 f.; a.A. Maschmann in: Kühling/Buchner, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 47.

26 Maschmann in: Kühling/Buchner, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 47.



bleibt<sup>27</sup> und behält sich im Übrigen vor, den Ausschluss heimlicher Kontrollen im Beschäftigungsverhältnis in einem besonderen Gesetz für Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes zu regeln.<sup>28</sup> Ob tatsächlich „alles beim Alten“ bleibt, hängt vor allem davon ab, wie EuGH und BAG Art. 23 DSGVO auslegen.

Die anlasslose heimliche Überwachung eines E-Mail-Postfaches ist nach neuerer Judikatur des EGMR<sup>29</sup> nicht mit Art. 8 Abs. 1 EMRK vereinbar.

Unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer verdeckten Überwachung, sollte seit dem 25.05.2018 nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO bei intensiveren Maßnahmen, insbesondere bei der verdeckten Videoüberwachung, eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden. Ein Abweichen von Art. 35 DSGVO ist nach Art. 23 DSGVO nicht zulässig, sodass die Datenschutz-Folgenabschätzung immer erforderlich sein wird.

## II. Veränderungen für die Arbeit des Betriebsrats

Die vielleicht gravierendsten datenschutzrechtlichen Veränderungen treffen den Betriebsrat und resultieren aus der Qualität der DSGVO als europäische Verordnung, die allen nationalen Gesetzen vorgeht. Betriebsräte genossen nach der alten Rechtslage in gewisser Hinsicht eine datenschutzrechtliche Sonderstellung, da das BDSG a.F. durch das BetrVG überlagert wurde. Mit dieser Sonderstellung ist es nach der DSGVO vorbei. Nationale Gesetze, die die Wirkung der DSGVO einschränken, sind nicht anwendbar. Das führt insbesondere zu zwei Veränderungen.

Einmal war der Betriebsrat nach bisheriger Rechtslage befugt, sehr weitgehend Informationen vom Arbeitgeber über die Mitarbeiter einzuholen. Das BAG hat Datenübertragungen an den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG für zulässig erachtet, wenn ein Bezug zu den Aufgaben des Betriebsrats vorhanden war. Auf dieser Basis hat das BAG etwa der Übermittlung von krankheitsbedingten Fehlzeiten zur Überprüfung von BEM-Verfahren zugestimmt, obwohl die Arbeitnehmer dafür keine Einwilligung erteilt hatten.<sup>30</sup> Das LArbG München hat im September 2017 einen Anspruch des Betriebsrats auf namentliche Nennung von Schwangeren aus § 80 Abs. 1, 2 BetrVG auch gegen den Willen der Schwangeren anerkannt.<sup>31</sup>

Nach der DSGVO ist nicht mehr eine bloße Aufgabeneröffnung des Betriebsrats für einen Informationsanspruch Voraussetzung, sondern die Datenverarbeitung muss nach einem der Erlaubnistatbestände aus Art. 6 Abs. 1 oder Art. 9 Abs. 2 DSGVO gerechtfertigt sein. Dabei ist anhand datenschutzrechtlicher, nicht anhand betriebsverfassungsrechtlicher Maßstäbe festzustellen, ob eine Datenverarbeitung erforderlich ist. Das könnte die bisher anerkannten, teilweise sehr weitgehenden Datenverarbeitungsbefugnisse des Betriebsrats begrenzen.<sup>32</sup>

Die zweite große Änderung, die sich aus dem künftigen Vorrang des Datenschutzrechts vor dem BetrVG ergibt, betrifft die Kontrolle des Betriebsrats durch den Datenschutzbeauftragten. Das BAG ging bisher davon aus, dass der Betriebsrat sich selbst kontrolliere, da eine Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten Möglichkeiten zur Einflussnahme des Arbeitgebers auf die Betriebsratsarbeit ermögliche.<sup>33</sup> Diese Unabhängigkeit des Betriebsrats ist mit den uneingeschränkt vorrangigen Regelungen der DSGVO unvereinbar. Der Betriebsrat wird daher künftig der Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten unterliegen.<sup>34</sup>

## III. Die Anpassung datenschutzrechtlicher Betriebsvereinbarungen

Der Bereich, in dem sich die mit der Geltung der DSGVO einhergehenden Änderungen am deutlichsten auswirken, sind Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung. In § 26 Abs. 4 BDSG n.F. wird in Übereinstimmung mit Art. 88 Abs. 1 DSGVO die Eignung von Betriebsvereinbarungen als Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen festgeschrieben. Betriebsrat und Arbeitgeber können dabei die Befugnisse für Datenverarbeitungsvorgänge „spezifisch“ regeln, allerdings ohne das Schutzniveau der DSGVO zu unterschreiten.<sup>35</sup> Die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sind an den Vorgaben der DSGVO zu messen. Das hat zur Folge, dass jede Betriebsvereinbarung die oben aufgezeigten Prinzipien der DSGVO einhalten muss.

### 1. Anforderungen an datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarungen

Eine Betriebsvereinbarung muss daher neben Regelungen über die Transparenz der Datenverarbeitung und über die Betroffenenrechte nach Art. 12 ff. DSGVO auch Vorgaben zum Grundsatz der Datenrichtigkeit enthalten und ein Verfahren vorsehen, wenn Daten falsch erhoben wurden. Dazu müssen bereits in einer Betriebsvereinbarung zum Datenschutz technische und organisatorische Maßnahmen zur Datenverarbeitung vorgesehen sein. Der Erlass einer wirksamen Betriebsvereinbarung setzt zudem die Entwicklung eines Lösch-

27 BT-Drs. 18/11325, S. 97.

28 BT-Drs. 18/11325, S. 97.

29 EGMR, Ur. v. 05.09.2017 - 61496/08 - „Barbulescu“; dazu Grimm/Göbel, jM 2018, 155 ff.

30 BAG, Beschl. v. 07.02.2012 - 1 ABR 46/10.

31 LArbG München, Beschl. v. 27.09.2017 - 11 TaBV 36/17; anders aber das VG Münster, Beschl. v. 11.03.2016 - 22 K 660/15.PVL.

32 Siehe Grimm in: Tschöpe, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2017, Teil 6 F, Rn. 183a; so auch Kort, ZD 2017, 3, 5 mit weiteren Beispielen.

33 Zu Recht: BAG, Beschl. v. 11.11.1997 - 1 ABR 21/97.

34 Kort, ZD 2017, 3, 5.

35 Siehe Grimm, ArbRB 2018, 78, 79.

konzepts voraus, das vorgibt, wann Daten nicht mehr benötigt werden und daher gelöscht werden können.<sup>36</sup>

## 2. Folgen für bestehende datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarungen

Die Notwendigkeit, diese Vorgaben einzuhalten, führt dazu, dass mit dem 25.05.2018 praktisch jede Betriebsvereinbarung zu Datenverarbeitungsvorgängen unwirksam sein wird. Eine Übergangsfrist besteht nicht. Dass die vielfältigen Vorgaben der DSGVO in älteren Betriebsvereinbarungen bereits eingehalten wurden, ist unwahrscheinlich. Unternehmen ist daher zu raten, alle älteren Betriebsvereinbarungen zum Datenschutz zu überprüfen und zu überarbeiten.

## 3. Übergangslösung: Rahmenbetriebsvereinbarung DSGVO

Um die Vorgaben der DSGVO einzuhalten, bietet sich Übergangsweise der Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung-DSGVO an.<sup>37</sup> In dieser Betriebsvereinbarung kann die Erfüllung der Pflichten aus der DSGVO für den Betrieb bindend festgeschrieben und konkretisiert werden. Betriebsrat und Arbeitgeber können etwa festlegen, in welcher Form die Informationen nach Art. 12 ff. DSGVO an die Arbeitnehmer ausgehändigt werden und welche Löschfristen für welche Daten gelten. Das schützt insbesondere vor Verstößen gegen die DSGVO in Fällen, bei denen der Pflichtenkanon bisher nicht eindeutig feststeht. Wird zusätzlich der Vorrang der Rahmenbetriebsvereinbarung – DSGVO vor widersprechenden Betriebsvereinbarungen geregelt, so sind die Vorgaben der DSGVO zumindest für die geltenden Betriebsvereinbarungen zum Datenschutzrecht im Unternehmen eingehalten.

## IV. Datenübertragung im Konzern

Für das Arbeitsrecht von Bedeutung ist zuletzt das Fehlen einer Regelung für die Datenverarbeitung im Konzern. So wie bisher das BDSG a.F. enthält weder die DSGVO noch das BDSG n.F. ein Konzernprivileg. Im 48. Erwägungsgrund zur DSGVO wird lediglich erwähnt, dass ein berechtigtes Interesse für eine Datenübertragung im Konzern bestehen kann. Darüber hinaus ist nach Art. 37 Abs. 2 DSGVO die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten für einen Konzern möglich.

Mangels Konzernprivilegs bedarf jede Übermittlung personenbezogener Daten an ein Konzernunternehmen einer Rechtfertigung. Für die Übermittlung von Daten mit Bezug zur Arbeit, etwa der dienstlichen E-Mail-Adresse eines Arbeitnehmers, kommt eine Rechtfertigung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F. infrage. Auf dieser Grundlage kann daher eine konzernübergreifende E-Mail-Liste erstellt werden.

Bei der Übermittlung sensiblerer Daten ist dagegen eine andere Rechtsgrundlage erforderlich. In Betracht kommt eine

Einwilligung, die allerdings jederzeit widerrufen werden kann. Sinnvoll ist daher die Legitimierung der Datenübertragung im Konzern mithilfe von Konzernbetriebsvereinbarungen,<sup>38</sup> soweit das möglich ist. Bei Auslandssachverhalten scheidet dieser Weg aufgrund des Territorialitätsprinzips des BetrVG aus.<sup>39</sup>

Nach Art. 26 DSGVO ist auch die Begründung einer gemeinsamen Verantwortung zweier Konzernunternehmen für die Verarbeitung von Daten möglich, was häufig in modernen Personalverwaltungsstrukturen sinnvoll ist. Denkbar ist auch eine – ebenfalls detailliert zu regelnde – Auftragsverarbeitung nach Art. 28 ff. DSGVO.

## C. Fazit

Das Arbeitnehmerdatenschutzrecht hat seit dem 25.05.2018 einen erheblich erhöhten Stellenwert. Die Umsetzung der Vorgaben von DSGVO und BDSG n.F. erfordert erheblichen Organisationsaufwand für Unternehmen und Betriebsräte. In allen Bereichen des kollektiven und des Individualarbeitsrechts müssen Anpassungen vorgenommen werden.

<sup>36</sup> Dazu Grimm, ArbRB 2018, 78 ff.

<sup>37</sup> Dazu Grimm, ArbRB 2018, 122 ff. mit einem konkreten Formulierungsvorschlag.

<sup>38</sup> Solche Vereinbarungen sind bereits gängige Praxis, siehe Grimm in: Tschöpe, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2017, Teil 6 F, Rn. 66; Kort, ZD 2016, 555, 558.

<sup>39</sup> Grimm in: Tschöpe, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2017, Teil 6 F, Rn. 66a.

## Verzug durch Rückwirkung?

LArbG Frankfurt, Urt. v. 18.08.2017 - 10 Sa 211/17

Wiss. Mit. Gisela Hütter

### A. Problemstellung

Das BAG hat mit seinen Beschlüssen vom 21.09.2016 und 25.01.2017 die Unwirksamkeit mehrerer Allgemeinverbindlicherklärungen des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) festgestellt.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber schuf aus diesem Grund im vergangenen Jahr mit dem Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (SokaSiG) eine neue gesetzliche Grundlage für die Gel-

<sup>1</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 21.09.2016 - 10 ABR 33/15 sowie BAG, Beschl. v. 21.09.2016 - 10 ABR 48/15; BAG, Beschl. v. 25.01.2017 - 10 ABR 34/15.

tung der Regelungen der betroffenen VTV auch für Außenseiter-Arbeitgeber<sup>2</sup> – und zwar auch für in der Vergangenheit liegende Abrechnungsperioden. Der Schwerpunkt in der Auseinandersetzung mit dem SokaSiG in Rechtsprechung und Schrifttum lag bisher auf seiner Vereinbarkeit mit dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Rückwirkungsverbot.<sup>3</sup> Der Sachverhalt, der der vorliegenden Entscheidung des LArbG Hessen zugrunde liegt, zeigt nun, dass sich – die Verfassungskonformität der Regelungen vorausgesetzt<sup>4</sup> – auch allgemeine schuldrechtliche Folgefragen anschließen.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im konkreten Fall steht im Raum, ob die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) von einer Außenseiter-Arbeitgeberin, die im Bereich der Horizontalbohrungen tätig ist und folglich dem fachlichen Anwendungsbereich des VTV unterfällt, Verzugszinsen i.H.v. 626,24 € für nicht erbrachte Beitragszahlungen während des Rückwirkungszeitraums des SokaSiG verlangen kann. Das LArbG Frankfurt stützt einen dahin gehenden Anspruch auf § 7 Abs. 3 SokaSiG i.V.m. § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 20 Abs. 1 VTV/2013. Sein argumentatives Hauptaugenmerk legt es darauf, zu begründen, dass es dem Schuldner nicht gelingen könne, die Verschuldensvermutung des § 286 Abs. 4 BGB zu widerlegen. Es beruft sich auf die Rechtsprechung des BGH, der hohe Anforderungen für eine Exkulpation des Schuldners aufstellt, der nicht leistet, weil er einem Rechtsirrtum unterliegt. Dass die beklagte Außenseiter-Arbeitgeberin diese Anforderungen erfüllt, hält das LArbG Frankfurt mit der Begründung für ausgeschlossen, dass im vorgesehenen Leistungszeitpunkt niemand ernstlich von der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ausging. Bemüht werden folglich dieselben Argumente, die aus seiner Sicht bereits gegen einen Vertrauensschutz des Schuldners sprechen und deshalb eine echte Rückwirkung rechtfertigen.

## C. Auswirkungen für die Praxis

Ob die Entscheidung auch vor dem BAG Bestand hätte, ist zweifelhaft. Die zunächst eingelegte Revision wurde inzwischen zurückgenommen. Da die Entscheidung des LArbG Frankfurt also weiterhin im Raume steht, ist davon auszugehen, dass Außenseiter-Arbeitgeber weiterhin damit rechnen müssen, von den Sozialkassen auf Zahlung von Verzugszinsen auch für Abrechnungszeiträume in Anspruch genommen zu werden, in denen eine wirksame Allgemeinverbindlicherklärung nicht existierte.

## D. Bewertung der Entscheidung

Die Gründe der Entscheidung des LArbG Frankfurt überzeugen nicht. Eine systematische Prüfung sämtlicher Verzugsvo-

oraussetzungen zeigt, dass sich nicht erst das Verschuldensersfordernis als problematisch erweist. Zwei im Vorfeld zu überwindende Hürden liegen vielmehr bereits in den in § 286 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Erfordernissen der Fälligkeit und Mahnung. Das LArbG Frankfurt überfliegt diese Prüfschritte eilig, indem es lediglich feststellt, „es besteh[e] dem Grunde nach eine Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge für Januar bis November 2014“ und eine Mahnung sei nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, weil der Fälligkeitszeitpunkt nach § 18 Abs. 1 VTV/2013 kalendermäßig bestimmt sei. Dabei hätten einen Ansatzpunkt für eine vertiefte Auseinandersetzung Literatur und Rechtsprechung zu § 184 BGB geboten. Nach wohl einhelliger Ansicht setzt die in § 184 BGB gesetzlich angeordnete Rückwirkung der Genehmigung einen Schuldnerverzug vor Abgabe der Genehmigungserklärung nicht in Gang. Auch wenn die Genehmigung ex tunc wirkt, kann ein Schuldnerverzug alleine mit ex nunc-Wirkung eintreten.<sup>5</sup> Denn auch die gesetzliche Rückwirkung vermag – wie Flume zutreffend feststellt – nicht darüber hinwegzuhelfen, „daß in der Zwischenzeit bis zur Genehmigung das Rechtsgeschäft nicht wirksam gewesen ist, d.h. nicht gegolten hat“ und folglich „[b]ei einem Schuldvertrag [...] die vereinbarten Verpflichtungen in der Zwischenzeit nicht bestanden [haben]“.<sup>6</sup> Dies gilt auch dann, wenn in dem bis zum Zeitpunkt der Genehmigung schwebend unwirksamen Vertrag eine kalendermäßige Bestimmung für die Leistung vereinbart ist und die Genehmigung erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt.<sup>7</sup> Da die kalendermäßige Bestimmung in diesem Fall nicht mehr als Mahnungersatz dienen kann, tritt Verzug mit dem OLG Karlsruhe auch noch nicht mit der Genehmigung des Rechtsgeschäfts ein. Vielmehr bedarf es einer Mahnung nach Erteilung der Genehmigung.<sup>8</sup>

2 Arbeitgeber, die zwar in den Geltungsbereich des abzuschließenden Tarifvertrags fallen, aber nicht oder in einem anderen als dem tarifschließenden Arbeitgeberverband organisiert sind (Lembke, Die Arbeitskampfbeteiligung von Außenseitern, S. 10 f.).

3 LArbG Frankfurt, Urt. v. 02.06.2017 - 10 Sa 907/16; LArbG Frankfurt, Urt. v. 18.08.2017 - 10 Sa 210/17; LArbG Frankfurt, Urt. v. 12.09.2017 - 12 Sa 1106/16; LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.06.2017 - 3 Sa 1831/16; Engels, NZA 2017, 680 ff.; Giesen in: BeckOK, ArbeitsR, § 5 TVG Rn. 36, Stand: 01.12.2017; Thüsing, NZA-Beilage 2017, 3 ff.; Ulber, NZA 2017, 1104 ff.

4 Kritisch Thüsing, NZA-Beilage 2017, 3 ff.; Giesen in: BeckOK, ArbeitsR, § 5 TVG Rn. 36, Stand: 01.12.2017.

5 OLG Rostock, Urt. v. 11.05.1995 - 1 U 350/94 - NJW 1995, 3127; Bub in: BeckOK, BGB, § 184 Rn. 9, Stand: 01.11.2017; Bayreuther in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 184 Rn. 13; Ellenberger in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 184 Rn. 2; Gursky in: Staudinger, BGB, 2014, § 184 Rn. 38; Westermann in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 184 Rn. 15.

6 Flume, BGB AT II, § 56.

7 OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.05.1985 - 13 U 193/83 - NJW-RR 1986, 57.

8 OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.05.1985 - 13 U 193/83 - NJW-RR 1986, 57.

Für die durch das SokaSiG angeordnete Rückwirkung muss dies gleichermaßen gelten. Zwar enthält der hier maßgebliche VTV aus dem Jahr 2013, dessen Regelungen durch das SokaSiG rückwirkend auch auf Außenseiter-Arbeitgeber erstreckt werden, mit § 18 in der Tat eine Bestimmung der Leistungszeit (Zahlung spätestens bis zum 20. des Monats, der dem jeweiligen Abrechnungszeitraum folgt). Diese Regelung ändert jedoch nichts daran, dass in diesem Zeitpunkt tatsächlich keine fällige Leistungspflicht bestand, die Bezugspunkt eines Vertretmüssens hätte sein können. Frühestens hätte Verzug demnach mit einer Mahnung nach Inkrafttreten des SokaSiG eintreten können. Denn der im VTV vorgesehene Leistungszeitpunkt ist durch die zeitliche Überholung obsolet geworden und konnte eine Mahnung deshalb nicht mehr i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ersetzen. Zuzugeben ist dem LArbG Frankfurt zwar, dass die Allgemeinverbindlicherklärung im Leistungszeitpunkt, der nach dem VTV bestimmt ist, vom Anschein der Wirksamkeit umgeben war. Die Schlussfolgerung, dass der Schuldner sein Verhalten an diesem scheinbar wirksamen Rechtsakt ausrichten musste, ist aber fehlerhaft. Sie würde nur tragen, wenn das Verhalten bereits, wie das Landesarbeitsgericht ausdrücklich meint,<sup>9</sup> im Lichte der rückwirkenden Heilung des Wirksamkeitsmangels gesehen werden müsste. Grundlage der normativen Bewertung der Handlung des Schuldners kann aber allein seine (auch durch eine gesetzliche Rückwirkung) nachträglich nicht veränderbare Handlungsrealität sein. In dieser Handlungsrealität entfaltete die Allgemeinverbindlicherklärung keinerlei Normappell. Ebenso wenig existierte eine Grundlage für eine Vertrauenshaftung extra legem. Insbesondere ein dem „faktischen Arbeitsvertrag“ nachgebildetes Institut der „faktischen Allgemeinverbindlicherklärung“ für die

in der Vergangenheit liegenden Abrechnungszeiträume zu konstruieren, erscheint fragwürdig. Denn eine komplexe bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, in der die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag ihre Rechtfertigung findet, stand mit der Unwirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen des VTV nicht zu befürchten. Es kann dem Schuldner vor diesem Hintergrund nicht vorwerfbar sein, eine vermeintliche, tatsächlich nicht existente Pflicht nicht erfüllt zu haben. Dies gilt nicht nur – wie Art. 103 Abs. 2 GG ganz eindeutig bestimmt – im strafrechtlichen Kontext,<sup>10</sup> sondern, soweit die Vorwerfbarkeit einer Handlung Haftungsvoraussetzung ist, auch im Zivilrecht. Es kommt folglich entgegen dem LArbG Frankfurt nicht darauf an, ob die Voraussetzungen eines entschuldigenden Rechtsirrtums vorliegen. Denn der Außenseiter-Arbeitgeber, der nicht geleistet hat, hat im Leistungszeitpunkt keinem Rechtsirrtum unterlegen, für den er sich entschuldigen müsste.

- 9 So heißt es wortwörtlich in den Entscheidungsgründen: „Allerdings kann bei der Betrachtung der weiteren Entwicklung nicht allein auf die Entscheidung des BAG im Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG abgestellt werden, sondern es muss auch das am 25. Mai 2017 in Kraft getretene SokaSiG Berücksichtigung finden. Es wäre unzulässig, bei der Klärung der Rechtslage, was im Jahr 2014 galt, nur auf die Entscheidung vom 21. September 2016 abzustellen, auf das SokaSiG aber nicht. Eine konsequente Anwendung der Rückwirkung bedeutet, dass auch im Jahr 2014 (von Anfang an) eine Verpflichtung zur Beitragszahlung bestanden hat.“, LArbG Hessen, Urt. v. 18.08.2017 - 10 Sa 211/17 Rn. 55.
- 10 Aus diesem Grund hat der BGH entschieden verneint, dass eine rückwirkende Begründung der Pflicht zur Meldung und Beitragsabführung durch das SokaSiG strafbarkeitsbegründend sein könne: BGH, Beschl. v. 08.06.2017 - 1 StR 614/16.

## Sozialrecht

### Quo vadis Sozialrecht?

VPPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke und RiSG Tammo Lange, z. Zt. Referent beim BMAS

Der nach insgesamt langen politischen Sondierungen und Verhandlungen Anfang März 2018 zustande gekommene Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD sieht eine Vielzahl von Regelungsvorhaben im Bereich des Sozialrechts vor. Dies kann kaum überraschen, denn Wahlversprechen, die eine Ausweitung der sozialen Rechte der Leistungsberechtigten zum Gegenstand hatten, nahmen bereits im Bundestagswahlkampf einen breiten Raum ein. Zudem betrifft das Sozialrecht etliche Lebensbereiche und zerfällt in ebenso viele Teilrechtsgebiete. Diese Teilrechtsgebiete weisen dabei zahlreiche Berührungspunkte untereinander

wie auch mit Nachbarrechtsgebieten auf, etwa dem Arbeits- oder Steuerrecht. Die Querverbindungen werden ins-

#### jM-Reihe „Quo vadis...?“

Auf Grundlage des Koalitionsvertrags für die 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD erscheinen seit jM 5/18 regelmäßig Übersichtsbeiträge über ausgewählte Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung.



besondere dann sichtbar, wenn der Gesetzgeber „Regelungspakete“ zur umfassenden (Neu-)Regelung eines bestimmten Lebensbereichs schnürt. Auch im aktuellen Koalitionsvertrag finden sich zahlreiche Änderungsvorhaben, die sich unter einen gemeinsamen politischen Nenner fassen lassen, etwa die Bekämpfung der Kinder- und Altersarmut. Der folgende Beitrag beschränkt sich nun darauf, die zentralen sozialrechtlichen Regelungsvorhaben zu referieren und knapp einzuordnen. Anspruch auf Vollständigkeit kann der Beitrag schon aufgrund der schier unendlichen Anzahl teils auch kleiner, eher technisch anmutender Regelungsvorhaben nicht erheben. Weil es sich um eine Aufbereitung aus juristischer Sicht handeln soll, folgt der Beitrag in seinem Aufbau auch nicht der Gliederung des Koalitionsvertrages, die sich vielfach an politischen Sachzusammenhängen orientiert. Stattdessen wird versucht, die einzelnen Regelungsvorhaben systematisch in die Teilrechtsgebiete Sozialversicherungsrecht (A.), Fürsorgerecht (B.) und soziales Entschädigungsrecht (C.) einzuordnen.<sup>1</sup>

## **A. Sozialversicherungsrecht und Recht der Arbeitsförderung**

Die beabsichtigten Änderungen im Bereich der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung lassen mehrere Regelungsziele erkennen. Zu nennen ist zunächst das Bestreben, die Beitragslast zu verringern. Darüber hinaus wollen die Koalitionsparteien im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung ansetzen, um Altersarmut zu bekämpfen. Dieses Ziel sollen namentlich mit einer neuerlichen Ausweitung von Kinderberücksichtigungszeiten („Mütterrente II“), der Einführung einer Altersvorsorgepflicht und der Einführung einer Grundrente umgesetzt werden.

### **I. Leistungsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung**

#### **1. „Mütterrente II“**

In der gesetzlichen Rentenversicherung sollen künftig auch für die Erziehung vor dem Jahr 1992 geborener Kinder drei statt wie bisher zwei (§ 249 Abs. 1 SGB VI i.d.F. des RV-Leistungsverbesserungsgesetzes vom 23.06.2014 – BGBl. I, 787) Jahre Kindererziehungszeiten angerechnet werden; dies allerdings nur bei Eltern, die drei oder mehr Kinder erzogen haben. Insoweit knüpfen die Vorhaben der Koalition an die schon in der vergangenen Legislaturperiode verabschiedete Ausweitung berücksichtigungsfähigerer Kindererziehungszeiten an („Mütterrente II“).

#### **2. Rentenniveau und -eintritt**

Das Rentenniveau soll auf dem heutigen Niveau von 48 % bis zum Jahr 2025 – bei Bedarf durch Einsatz von Steuermitteln –

gehalten werden; hierzu soll noch in 2018 die Rentenformel geändert werden. Für die Folgezeit ab 2025 soll eine Rentenkommission „Verlässlicher Generationenvertrag“ eingerichtet werden, die sich mit den Herausforderungen der nachhaltigen Sicherung und Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung und der beiden weiteren Säulen der Altersversorgung ab dem Jahr 2025 befassen soll. Die zu errichtende Kommission steht nicht nur angesichts der aktuell getroffenen Weichenstellungen vor herausfordernden Aufgaben, denn die Gesetzmäßigkeiten der demografischen Entwicklung wirken unabhängig von der politischen Beschlusslage.

Weiter soll die Möglichkeit, freiwillig länger als bis zur Regelaltersgrenze zu arbeiten („Flexirente“), nachhaltig gestaltet werden. Einzelheiten nennt der Koalitionsvertrag hierzu indes nicht. Es darf gemutmaßt werden, dass der Gesetzgeber auch hier an Neuregelungen aus der vergangenen Legislaturperiode anzuknüpfen gedenkt.<sup>2</sup>

## **3. Grundrente**

Ein Kernstück des Konzepts zur Bekämpfung der Altersarmut ist die Grundrente. Mit dieser soll die Lebensleistung Versicherter honoriert werden, indem ihnen ein Alterseinkommen i.H.v. 10 % oberhalb des Grundsicherungsbedarfs zugesichert wird. Anspruch auf die Grundrente soll haben, wer mindestens 35 Jahre an Beitrags- bzw. Kindererziehungs- oder Pflegezeiten zurückgelegt hat, hinzu soll aber eine „Bedürftigkeitsprüfung entsprechend der Grundsicherung“ treten. Damit weist die Grundrente freilich Elemente sowohl des Sozialversicherungs- wie auch des Grundsicherungsrechts auf – und macht sich eben dadurch in beiden Rechtssystemen gleichsam zu einem Fremdkörper. Diesem Bild entspricht es, dass die Abwicklung der Grundrente durch die Träger der Rentenversicherung erfolgen soll, die bei der Bedürftigkeitsprüfung allerdings mit den Trägern der Grundsicherung zusammenarbeiten sollen. Dazu, wie diese Zusammenarbeit verfahrensmäßig ausgestaltet werden soll, enthält der Koalitionsvertrag aber keine näheren Vorgaben. Auch ist nicht klar, wie der „Grundsicherungsbedarf“ definiert werden soll. Dieser müsste, wenn die Grundrente bedarfsdeckend sein soll, insbesondere auch die Bedarfe für Unterkunft und Heizung umfassen, die unterdessen vom Einzelfall abhängig sind (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 SGB XII, § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Auch im Übrigen werden insbesondere im Sozialhilferecht die Bedarfe teils einzelfallabhängig bestimmt, etwa bei einer abweichenden Regelbedarfsfest-

<sup>1</sup> Zur Kategorisierung des Sozialrechts vgl. auch Waltermann, Sozialrecht, 12. Aufl. 2016, Rn. 76 ff.

<sup>2</sup> Namentlich an das Flexirentengesetz vom 08.12.2016 – BGBl. I, 2838; vgl. dazu etwa Rolfs, NZS 2017, 164; Ruland, SGB 2017, 121.



setzung (§ 27a Abs. 4 SGB XII). Wollten die Koalitionspartner zudem gewährleisten, dass ein Grundrentenbezieher immer besser steht als ein Grundsicherungsbezieher, und zwar auch dann, wenn Letzterer zusätzlich über (teilweise) anrechnungsfreies Einkommen oder Vermögen verfügt, müssten auch die Regelungen für die Einkommens- und Vermögensanrechnung für die Bestimmung des Grundsicherungsniveaus entsprechend abgestimmt werden.<sup>3</sup>

## II. Gesundheit und Pflege

Einen breiten Raum nehmen im Koalitionsvertrag die Maßnahmen im Bereich Gesundheit und Pflege ein. Es handelt sich um eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen, mit denen die Koalitionspartner insgesamt sicherstellen wollen, „dass alle auch zukünftig eine gute, flächendeckende medizinische und pflegerische Versorgung von Beginn bis zum Ende ihres Lebens erhalten, unabhängig von ihrem Einkommen und ihrem Wohnort“.

Im Bereich der Pflege wird ein Sofortprogramm angekündigt, mit dem u.a. 8.000 neue Fachkraftstellen im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlungspflege in Pflegeeinrichtungen geschaffen werden sollen, die aus Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung vollfinanziert werden sollen. Über das Sofortprogramm Pflege hinaus will die Große Koalition eine „Konzertierte Aktion Pflege“ zur bedarfsgerechten Weiterentwicklung der Situation in der Pflege auf den Weg bringen.

Eine Vielzahl von Vorhaben betrifft den Bereich Gesundheit. Hiervon zeugen schon allein die Einzelüberschriften „Sektorübergreifende Versorgung, Ambulante Versorgung, Krankenhäuser, Gesundheitsberufe, Prävention, E-Health und Gesundheitswirtschaft, Globale Gesundheit sowie Finanzierung“ im Koalitionsvertrag. Insoweit sei beispielhaft auf die angekündigte Verbesserung des Zugangs zur Versorgung für gesetzliche Versicherte durch ein Sofortprogramm hingewiesen, der bereits im Wahlkampf eine große Rolle gespielt hatte. In diesem Zusammenhang wird an die Schaffung von Terminservicestellen der Kassenärztlichen Vereinigungen sowie einer Erhöhung des Mindestsprechstellenangebots der Vertragsärzte für die Versorgung von gesetzlich versicherten Patienten von 20 auf 25 Stunden gedacht.

## III. Beitrags- und Mitgliedschaftsrecht

### 1. Ausweitung der Gleitzone

Eine Entlastung Geringverdienender bei den Sozialversicherungsbeiträgen versprechen sich die Koalitionsparteien von einer Ausweitung der Gleitzone (§ 20 Abs. 2 SGB IV). Die Gleitzone umfasst nach der derzeitigen Rechtslage ein Arbeitsentgelt zwischen 450,01 € und 850 €. Arbeitsentgelte

innerhalb der Gleitzone führen zwar zur Versicherungspflicht, jedoch gelten Besonderheiten bei der Berechnung des Arbeitnehmerbeitrags.<sup>4</sup> Bei der Neuregelung soll sichergestellt werden, dass die in der Gleitzone geringeren Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nicht zu geringeren Rentenansprüchen im Alter führen. Dazu, wie dies bewerkstelligt werden soll, verhält sich der Koalitionsvertrag zwar nicht, schon heute kann der Arbeitnehmer aber auf die abweichende Berechnung seiner beitragspflichtigen Einnahmen verzichten (§ 163 Abs. 10 Satz 6 SGB VI) und damit eine Verringerung seiner Entgeltpunkte vermeiden.

### 2. Beitragssätze und Beitragstragung

Ebenfalls zur Verminderung der Beitragslast soll der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung um 0,3 Prozentpunkte gesenkt werden. In der gesetzlichen Krankenversicherung sollen Beschäftigte durch die Wiedereinführung der paritätischen Beitragstragung entlastet werden. Namentlich soll auch der – bislang von den Versicherten allein zu tragende Zusatzbeitrag (§ 249 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 242 SGB V) – von Arbeitgebern und Beschäftigten zu gleichen Teilen getragen werden.

Zur Entlastung selbständiger Versicherter sollen deren Mindestbeiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr ein Neunzigstel der monatlichen Bezugsgröße betragen (§ 240 Abs. 4 Satz 1 SGB V), sondern die Bemessungsgrundlage auf 1.150 € gesenkt werden. Zudem sollen die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- wie auch zur gesetzlichen Rentenversicherung „gründerfreundlich“ ausgestaltet werden.

Für die Bezieher von Arbeitslosengeld II sollen schrittweise kostendeckende Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung eingeführt werden.

In der gesetzlichen Rentenversicherung soll der Beitragssatz stabilisiert werden; er soll danach 20 % nicht übersteigen und dies bei Bedarf durch Steuermittel sichergestellt werden. Hierdurch soll – neben der Sicherung eines Rentenniveaus – das Vertrauen in die langfristige Stabilität der gesetzlichen Rentenversicherung gewahrt werden. Offenbar soll auch diese Festschreibung des Beitragssatzes aber nur bis zum Jahr 2025 Gültigkeit haben.

### 3. Altersvorsorgepflicht

Ein sozialpolitisch überfälliges Reformvorhaben verbindet sich mit der im Koalitionsvertrag vereinbarten Erweiterung der Altersvorsorgepflicht. Eine flächendeckende Altersabsi-

<sup>3</sup> Zu Folgeänderungen im SGB II und XII siehe unten bei B.III.

<sup>4</sup> Zu Einzelheiten Schlegel in: Küttner, Personalbuch, 25. Aufl. 2018, Minijob Rn. 15 ff.

cherung, die den Staat zugleich vor der Ausschüttung von existenzsichernden Leistungen aus Altersgründen entlastet, besteht in Deutschland aus historischen Gründen nur für die abhängig Beschäftigten. Um die Altersversorgung von selbständig Tätigen insgesamt zu verbessern, soll eine Altersvorsorgepflicht eingeführt werden. Grds. sollen künftig – über die bislang in § 2 SGB VI genannten Berufsgruppen hinaus<sup>5</sup> – alle Selbständigen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegen. Eine Ausnahme soll lediglich für Selbständige gelten, die bereits anderweitig – etwa in berufsständischen Versorgungswerken – obligatorisch abgesichert sind.

Auch die künftig grds. rentenversicherungspflichtigen Selbständigen sollen aber statt der gesetzlichen Rentenversicherung eine andere geeignete Altersvorsorge wählen können (sog. Opt-out). Diese alternative Altersversorgung muss indes insolvenz- und pfändungssicher sein und i.d.R. zu einer Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist im Koalitionsvertrag allerdings nicht näher ausgeführt. In jedem Fall wird damit ein weiterer Schritt zu einer Erwerbstätigenversicherung zumindest im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung vollzogen. Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung kennt mit der immer wieder diskutierten „Bürgerversicherung“ einen vergleichbaren Reformansatz, der aber im Koalitionsvertrag letztlich keinen Niederschlag gefunden hat.

## B. Soziale Fürsorge

### I. Bekämpfung der Kinderarmut

#### 1. Kinderzuschlag

Beim Kinderzuschlag handelt es sich um eine zum Arbeitslosengeld II und Sozialgeld alternative Sozialleistung für den Niedriglohnmarkt.<sup>6</sup> Mit der Einführung des Kinderzuschlags sollte verhindert werden, dass Familien allein wegen der Unterhaltsbelastung für ihre Kinder auf Arbeitslosengeld II angewiesen sind. Zugleich sollte durch eine gezielte Förderung einkommensschwacher Familien ein Arbeitsanreiz geschaffen werden.<sup>7</sup>

Der Kinderzuschlag soll erhöht werden; dieser soll zukünftig gemeinsam mit dem Kindergeld<sup>8</sup> das sächliche Existenzminimum (von derzeit 399 €) decken. Daneben soll die in der Vergangenheit schon häufiger kritisierte Höchsteinkommensgrenze fallen, bei deren Überschreitung kein Kinderzuschlag mehr gewährt wird (§ 6a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Satz 1 BKGG; sog. harte Abbruchkante). Ein Anspruch auf Kinderzuschlag wäre damit auch bei vergleichsweise hohem Elterneinkommen nicht ausgeschlossen, sondern würde schrittweise gemindert (§ 6a Abs. 4 Satz 3 – 8 BKGG).

Uneingeschränkt zu begrüßen ist, dass die Beantragung des Kinderzuschlags entbürokratisiert werden soll. Dazu, wie dies geschehen soll, schweigt der Koalitionsvertrag allerdings. Insbesondere lässt sich ihm nicht entnehmen, dass der Kinderzuschlag in seiner Struktur grundlegend verändert und etwa das strikte Erfordernis gelockert werden sollte, dass durch den Bezug von Kinderzuschlag Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II vermieden wird (§ 6a Abs. 1 Nr. 4 BKGG). Ebenfalls im Zusammenhang mit dem Kinderzuschlag nennt der Koalitionsvertrag die Schaffung von Freibeträgen für Einkommen und Vermögen des Kindes aus Erwerbstätigkeit oder Ausbildungsvergütung. Freilich gelten für Einkommen und Vermögen des Kindes in Bezug auf den Kinderzuschlag schon heute die Regelungen der §§ 11 ff. SGB II (§ 6a Abs. 3 Satz 1 BKGG). Dazu, ob die avisierten Freibeträge nur für den Kinderzuschlag oder auch für die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gelten sollen, gibt der Koalitionsvertrag keine Auskunft. Der Erwerbstätigenfreibetrag nach § 11a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, Abs. 3 SGB II gilt jedenfalls – sofern es sich bei dem Kind um einen erwerbsfähigen Leistungsberechtigten i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II handelt – auch für das Einkommen von Kindern aus Erwerbstätigkeit, wozu wiederum auch Einnahmen aus Ausbildungsvergütungen zählen.<sup>9</sup> Darüber hinaus kennt das untergesetzliche Recht Sonderregelungen für Einkommen aus Taschengeld- und Ferienjobs (§ 1 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 4 Alg II-V). Auch dazu, wie die neuen Freibeträge in dieses Regelungsgefüge eingepasst werden sollen, verhält sich der Koalitionsvertrag nicht.

Keine Einigung konnten die Koalitionsparteien über die Einführung eines gesonderten Mehrbedarfs für die Wahrnehmung des Umgangsrechts mit Kindern erzielen. Verabredet wurde lediglich ein Prüfauftrag, sodass es bis auf Weiteres bei der in der Praxis ebenso aufwendigen wie unsicherheitsbehafteten Einzelfallprüfung nach § 21 Abs. 6 SGB II bleibt.

#### 2. Leistungen für Bildung und Teilhabe

Daneben sollen die Leistungen für Bildung und Teilhabe (§§ 28 – 30 SGB II) entbürokratisiert werden. Diese für Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene konzipierten Leistungen wurden vom Gesetzgeber in der Folge des Urteils

5 Vgl. zu den von der Rentenversicherungspflicht erfassten selbständig Tätigen Pietrek in: Schlegel/Voelzke, jurisPK, SGB VI, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 95 ff.

6 Zur systematischen Einordnung dieser Leistung Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB II, § 6a BKGG Rn. 37 ff., Stand: XI/2016; Kühl in: Schlegel/Voelzke, jurisPK, SGB II, 4. Aufl. 2015, § 6a BKGG Rn. 33 ff.

7 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 15/1516, S. 1 f.

8 Dessen Erhöhung zum 01.07.2019 um 10 € und zum 01.01.2021 um weitere 15 € ebenfalls beabsichtigt ist.

9 Vgl. dazu nur LSG Hessen, Urt. v. 06.03.2016 - L 6 AS 379/15 Rn. 44.

des BVerfG vom 09.02.2010<sup>10</sup> in das SGB II eingefügt. Die unterschiedlichen Leistungen des Bildungs- und Teilhabepakets sollen dazu dienen, besondere Bedarfslagen bei Kindern und Jugendlichen im Einzelfall und unabhängig von der übrigen Bedarfsgemeinschaft gezielt zu decken.<sup>11</sup>

Eine Entbürokratisierung dieses Leistungsbereichs soll erfolgen, indem etwa die Möglichkeit eröffnet wird, gewisse Leistungen gesammelt durch die Schulen beantragen zu lassen. Auch sollen die Pauschalen nach § 28 Abs. 3 SGB II („Schulstarterpaket“) erhöht werden und die Eigenanteile zur gemeinsamen Mittagsverpflegung in Kindertagesstätten und Schulen sowie die zu den Schülerbeförderungskosten entfallen (§ 28 Abs. 4, 6 SGB II).

## II. Sozialer Arbeitsmarkt

Angesichts der bereits kurz nach dem Abschluss des Koalitionsvertrages aufgeflammten Debatte über die Einführung eines solidarischen Grundeinkommens soll an dieser Stelle das Vorhaben der Koalitionsparteien erwähnt werden, Langzeitarbeitslosen über die Schaffung eines sozialen Arbeitsmarktes die Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen. Im Koalitionsvertrag wird unter der Überschrift „Gute Arbeit“ eine Beteiligung von bis zu 150.000 Menschen in den Raum gestellt. Dabei sind zur Umsetzung dieses gewaltigen Vorhabens Lohnkostenzuschüsse zu Beschäftigungen in der freien Wirtschaft, aber auch bei gemeinnützigen Einrichtungen und Kommunen vorgesehen. Bei sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen soll sich der Zuschuss am Mindestlohn orientieren. Zur Umsetzung soll eine entsprechende Eingliederungsleistung im SGB II verankert werden. Es handelt sich bei diesem Komplex allerdings um ein Projekt, bei dem hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung offenbar noch erheblicher Klärungsbedarf zu erwarten ist.

## III. Bekämpfung der Altersarmut

Der Bekämpfung der Altersarmut dient vor allem die im Rentenversicherungsrecht verankerte Grundrente.<sup>12</sup> Der Anwendungsbereich der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII dürfte sich damit künftig auf diejenigen beschränken, die keinen Anspruch auf die neue Grundrente haben. Zu erwarten sein dürfte aber, dass die Grundrente bei der Einkommensberücksichtigung nach dem SGB XII bzw. SGB II privilegiert wird, um insbesondere zu verhindern, dass der den Bedarf des Grundrentenbeziehers übersteigende Teil bei dessen Ehegatten, Lebenspartner oder Kindern angerechnet wird (§ 27 Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB XII; § 9 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB II).

Ausdrücklich sieht der Koalitionsvertrag dagegen vor, selbst genutztes Wohneigentum gänzlich von der Vermögensanrech-

nung auszunehmen. Damit soll verhindert werden, dass der Bezug von Sozialleistungen und eben auch der Grundrente dazu führt, dass solches selbst genutztes Wohneigentum aufgegeben werden muss. Dazu, wie eine solche Besserstellung von Wohneigentümern gegenüber solchen Leistungsbeziehern, die in solche Vermögenswerte investiert haben, die nicht von der Vermögensberücksichtigung freigestellt sind, gleichheitsgerecht ausgestaltet werden kann, verrät der Koalitionsvertrag allerdings nicht.

Darüber hinaus werden strukturelle Änderungen bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII – der Nachfolgeleistungen der zu Anfang 2003 ebenfalls zur Bekämpfung der Altersarmut eingeführten bedarfsorientierten Grundsicherung nach dem GSIG – lediglich angedeutet. Der Koalitionsvertrag sieht insoweit vor, die unterschiedliche Gewährung existenzsichernder Leistungen bei Menschen mit befristeter und dauerhafter Erwerbsminderung zu prüfen. Dies bezieht sich vermutlich auf das Nebeneinander der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel sowie der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB XII. Letztere ist derzeit – neben älteren (§ 43 Abs. 1 SGB XII i.V.m. Abs. 2 SGB XII) – dauerhaft voll erwerbsgeminderter Personen vorbehalten (§ 43 Abs. 1 SGB XII i.V.m. Abs. 3 SGB XII).

## C. Soziale Entschädigung

Schließlich soll das soziale Entschädigungsrecht reformiert werden. Hierbei soll sich die Neuregelung an den Bedarfen der Opfer von Gewalttaten orientieren. Hierbei könnte an die bereits in der vergangenen 18. Wahlperiode seitens der Bundesregierung vorgelegten Entwürfe eines neuen SGB XIII angeknüpft werden. Zu begrüßen ist insoweit, dass die Beendigung der sozialpolitisch unbefriedigenden Ausklammerung psychischer Gewalt<sup>13</sup> aus dem Gewaltbegriff beabsichtigt ist. Schließlich soll, ohne dass dies näher erläutert wird, die Situation der Opfer sexueller Gewalt verbessert werden.

## D. Fazit

Bereits der kursorische Überblick über die Regelungsvorhaben der Großen Koalition im Bereich des Sozialrechts zeigt einen bunten Flickenteppich von Einzelmaßnahmen mit ganz unterschiedlichen Zielrichtungen. Viele Absichtserklärungen sind zudem vage und bedürfen einer möglicherweise kon-

10 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09; hierzu Luik, jurisPR-SozR 2010, Anm. 1.

11 BSG, Urt. v. 10.09.2013 - B 4 AS 12/13 R.

12 Dazu siehe oben A.I.

13 Vgl. etwa zur Nichtberücksichtigung des Stalking als Gegenstand der Opferentschädigung: BSG, Urt. v. 07.04.2011 - B 9 VG 2/10 R.

fliktträchtigen weiteren Konkretisierung durch den Gesetzgeber. Ein gemeinsamer Nenner lässt sich allenfalls insofern ausmachen, als die Vorhaben in der Summe zu einer nicht unerheblichen Belastung der Steuer- und letztlich möglicherweise auch der Beitragszahler führen wird. Die Große Koalition hat also bei ihren sozialpolitischen Vorhaben das Andauern der guten konjunkturellen Lage „mitgedacht“.

## Verwaltungsrecht

### Ersatz von Aufwendungen für einen selbstbeschafften Platz in einer Kindertageseinrichtung

BVerwG, Urt. v. 26.10.2017 - 5 C 19/16

RiOVG Dr. Thomas Pastor

#### A. Problemstellung

Der Bundesgesetzgeber hat in § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII mit Wirkung zum 01.08.2013<sup>1</sup> einen Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege für Kinder von der Vollendung des ersten bis zur Vollendung des dritten Lebensjahrs geschaffen. Dieser Anspruch bezieht sich auf öffentlich-rechtlich geförderte Betreuungsverhältnisse und ist gegen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe<sup>2</sup> gerichtet (§ 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII), i.d.R. die Landkreise und Kreisfreien Städte. Der Umfang der täglichen Förderung richtet sich nach dem individuellen Bedarf (§ 24 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII i.V.m. Abs. 1 Satz 3 SGB VIII).

Diesem gesetzlichen Anspruch eines grds. jeden Kindes steht oftmals eine nicht ausreichende Anzahl von Betreuungsplätzen gegenüber, sodass der Anspruch mangels vorhandener Kapazitäten nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wird. Probleme entstehen auch dann, wenn das Jugendamt zwar einen Betreuungsplatz anbietet, dieser aber nicht den Vorstellungen der Eltern entspricht. Letzteres kann sich darauf beziehen, dass eine bestimmte Betreuungsform, i.d.R. in einer Tageseinrichtung, gewünscht wird. Gestritten wird ferner über die Zumutbarkeit eines Betreuungsangebots, d.h. dessen Entfernung von der Wohnung und/oder Arbeitsstätte der Eltern. Wird für das anspruchsberechtigte Kind entweder gar kein oder ein aus Sicht der Eltern nicht zumutbares Betreuungsangebot gemacht, führt dies oft dazu, dass ein Betreuungsplatz selbst beschafft wird. Ist für einen solchen selbstbeschafften Betreuungsplatz ein höherer Teilnahmebeitrag zu entrichten als für einen Betreuungsplatz in einer öffentlich-rechtlich betriebenen, i.d.R. kommunalen Einrichtung, schließt sich die Frage an, ob und ggf. in wel-

cher Höhe vom Jugendamt der Ersatz entstandener zusätzlicher Aufwendungen verlangt werden kann.

Umstritten und bisher nicht geklärt war, wann der Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII erfüllt ist, insbesondere ob Erfüllung auch durch einen selbstbeschafften Platz eintritt. In der Rechtsprechung der Obergerichte war ferner umstritten, ob der Anspruch auf frühkindliche Förderung sich als „echter Alternativanspruch“ auch auf die Förderungsart richtet, insbesondere ob ein Anspruch auf Betreuung in einer Tageseinrichtung besteht, oder ob ein Anspruchsberechtigter auch auf einen Platz in der Kindertagespflege verwiesen werden kann, wenn Betreuungsplätze in Tageseinrichtungen nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen. Ungeklärt war zuletzt auch die Frage nach dem Ersatz von Aufwendungen für einen selbstbeschafften Betreuungsplatz.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger des vom BVerwG entschiedenen Verfahrens hatte gegenüber der Beklagten seinen Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII geltend gemacht und die Betreuung in der kommunalen Tageseinrichtung begehrt. Die von der Beklagten angebotenen Betreuungsplätze in Kindertagespflege lehnte die Mutter des Klägers ab, und schloss einen Betreuungsvertrag mit einem öffentlich geförderten freien Träger ab. Der „Teilnahmebeitrag“ betrug monatlich 1.380 € und lag deutlich über dem Beitrag, der in der gewünschten kommunalen Tageseinrichtung angefallen wäre (monatlich höchstens 370 €). Der Kläger beehrte die Erstattung der Differenz der Aufwendungen zu denjenigen, die ihm bei Bereitstellung eines kommunalen Betreuungsplatzes entstanden wären. Er beschränkte sich auf den Differenzbetrag, weil es in Bayern keine kostenfreie Kinderbetreuung gibt, und er sich auf die gezahlten 1.380 € im Wege des Vorteilsausgleichs die ersparten (fiktiven) Beiträge der Wunschrichtung hätte anrechnen lassen müssen. Das BVerwG hat zunächst seine Rechtsprechung bestätigt, wonach § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII auf die Selbstbeschaffung von Betreuungsplätzen analog anwendbar ist.<sup>3</sup> Wird einem Anspruchsberechtigten kein seinen individuellen Betreuungsbedarf deckendes Angebot gemacht, obwohl die Voraussetzungen für den Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII vorliegen und das Jugendamt rechtzeitig<sup>4</sup> über den Betreuungsbedarf in Kenntnis gesetzt worden ist, besteht im

1 Art. 10 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes zur Förderung von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege vom 10.12.2008 (BGBl. I, 2403, 2409).

2 Nachfolgend: Jugendamt.

3 BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 5 C 35/12 Rn. 17 ff.

4 Gem. § 24 Abs. 5 Satz 2 SGB VIII kann das Landesrecht bestimmen, dass die erziehungsberechtigten Personen den zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe innerhalb einer bestimmten Frist vor der beabsichtigten Inanspruchnahme der Leistung in Kenntnis setzen müssen.



Fall einer Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes grds. die Verpflichtung des Jugendamtes, die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu übernehmen. Ein Aufschub für die Deckung des Bedarfs kommt nicht in Betracht, weil der Zeitablauf zu einem Verlust des Anspruchs führt.

Obwohl die Voraussetzungen des § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII vorlagen, hat das BVerwG – anders als im Urteil aus dem Jahr 2013<sup>5</sup> – einen Anspruch des Klägers auf Aufwendungsersatz verneint. Der Grund hierfür liegt in den unterschiedlichen Regelungen des Landesrechts hinsichtlich der Betreuungskosten.<sup>6</sup> Während der 2013 entschiedene Fall Rheinland-Pfalz betraf, das im Landesrecht eine generell kostenfreie Betreuung vorsieht,<sup>7</sup> war im vorliegenden Fall bayerisches Landesrecht heranzuziehen, das eine solche Kostenfreiheit nicht kennt. Das BVerwG räumt zwar ein, dass die Höhe des für einen Betreuungsplatz zu entrichtenden „Teilnahmebeitrags“ für den mit § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII verfolgten Zweck von Bedeutung sein kann, wenn der nachgewiesene Betreuungsplatz mit unzumutbar hohen Aufwendungen verbunden ist. Für die Erfüllung des Anspruchs aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sei die Höhe des „Teilnahmebeitrags“ aber nicht in Rechnung zu stellen, weil die Prüfung der konkret-individuellen Zumutbarkeit für den Teilnahmebeitragspflichtigen in einem eigenständigen Verfahren nach § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII zu erfolgen habe.

Das BVerwG hat den Inhalt des Anspruchs aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII geklärt. Es hat diesen ausdrücklich als subjektives Recht qualifiziert, das auf den Nachweis eines bedarfsgerechten Platzes in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege gerichtet ist. Erfasst von diesem Anspruch sind neben öffentlich-rechtlichen Einrichtungen auch private, sofern diese öffentlich gefördert sind. Der Gesetzgeber habe mit der Begründung eines subjektiven Rechts zwar die Stellung der Leistungsberechtigten stärken wollen. Zugleich seien aber die Stärkung des Entscheidungsprimats und der Steuerungskompetenz des Jugendamtes sowie die Eindämmung der Selbstbeschaffung von Leistungen bezweckt. Insbesondere das letztgenannte Ziel lasse sich effektiv dadurch erreichen, dass der Anspruch auf den Nachweis eines Platzes gerichtet sei.

Im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG<sup>8</sup> hat das BVerwG ausgeführt, dass dieser Anspruch nicht dem Einwand der Kapazitätserschöpfung unterliegt. Das Jugendamt sei verpflichtet, ein dem Bedarf gerecht werdendes Angebot an Fördermöglichkeiten vorzuhalten. Ggf. seien die vorhandenen Kapazitäten so zu erweitern, dass sämtlichen anspruchsberechtigten Kindern ein ihrem Bedarf entsprechender Betreuungsplatz nachgewiesen werden könne.

Im Hinblick auf die in der Rechtsprechung der Obergerichte streitige Frage, ob der Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sich jeweils gesondert auf die Betreuungsarten Tageseinrichtung und Kindertagespflege bezieht, hat das

BVerwG klargestellt, dass dies nicht der Fall ist. Ebenso wie das Recht, zwischen verschiedenen Anbietern von Betreuungsplätzen zu wählen, unterliege auch das Recht der Wahl der Betreuungsform einem Kapazitätsvorbehalt. Das Jugendamt kann daher, wenn ein Betreuungsplatz in der gewünschten Betreuungsform nicht verfügbar ist, den Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII auch durch den Nachweis eines Betreuungsplatzes der anderen Betreuungsform erfüllen.

Das BVerwG hat sich auch zu der Frage der Zumutbarkeit eines nachgewiesenen Betreuungsplatzes geäußert. Der maßgebliche individuelle Bedarf sei durch die Verhältnisse des anspruchsberechtigten Kindes und seiner Erziehungsberechtigten gekennzeichnet. Im Regelfall seien auch die Verhältnisse der Eltern zu berücksichtigen, da die Regelungen in § 24 SGB VIII auch die Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsleben bezweckten. Ob der nachgewiesene Betreuungsplatz hinsichtlich seiner örtlichen Lage dem individuellen Bedarf entspreche, richte sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei seien u.a. die Entfernung zur Arbeitsstätte bzw. zur Wohnung und der mit dem Bringen und Abholen des Kindes einhergehende zeitliche Aufwand für die Eltern oder den primär betreuenden Elternteil zu berücksichtigen.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BVerwG knüpft an das Urteil vom 12.09.2013<sup>9</sup> an. Mit ihr wird klargestellt, dass für die Erfüllung des Anspruchs auf Nachweis eines Betreuungsplatzes die Höhe eines Elternbeitrages grds. ohne Bedeutung ist. Sieht das Landesrecht keine Kostenfreiheit für öffentlich-rechtliche Betreuungsplätze vor, besteht kein Ersatzanspruch nach § 36a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII für Aufwendungen, die für die Selbstbeschaffung eines öffentlich-rechtlich geförderten Betreuungsplatzes gemacht werden. Da der BGH<sup>10</sup> für Eltern, die infolge eines nicht nachgewiesenen Betreuungsplatzes ihr Kind selbst betreut und dadurch einen Verdienstausschlag erlitten haben, einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung dem Grunde nach bejaht hat, dürften hiervon auch die Aufwendungen für die Beschaffung eines privaten, nicht öffentlich-rechtlich geförderten Betreuungsplatzes umfasst sein. Eine Selbstbeschaffung i.S.v. § 36a Abs. 3 SGB VIII liegt im letztgenannten Fall nicht vor.

5 BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 5 C 35/12.

6 § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII sieht vor, dass für die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege Kostenbeiträge erhoben werden können, Satz 2 der Vorschrift enthält eine Öffnungsklausel für diesbezügliche Regelungen durch die Landesgesetzgeber.

7 Vgl. § 13 Abs. 3 Satz 5 KitaG RP: Beitragsfreier Besuch des Kindergartens ab vollendetem zweiten Lebensjahr.

8 BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 - 1 BvF 2/13.

9 BVerwG, Urt. v. 12.09.2013 - 5 C 35/12.

10 BGH, Urt. v. 20.10.2016 - III ZR 278/15, vgl. hierzu auch Kuntz, jM, 2017, 364.



#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung stärkt zunächst die Jugendämter, weil diese bei einer Selbstbeschaffung eines öffentlich-rechtlich geförder-ten Betreuungsplatzes nicht verpflichtet sind, Elternbeiträge in beliebiger Höhe zu tragen. Eltern, die einen Betreuungsvertrag abschließen, der sehr hohe Beiträge enthält („Luxus-Kita“), müssen damit rechnen, diese hohen Beiträge dauerhaft tragen zu müssen. Dies folgt insbesondere aus der Annahme des BVerwG, dass der Anspruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII durch den Nachweis eines Platzes erfüllt wird, ohne dass es auf die Höhe der Elternbeiträge ankäme. Das Jugendamt könnte daher den Eltern den von ihnen selbstbeschafften Be-treuungsplatz „nachweisen“ und auf diese Weise den An-spruch aus § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII erfüllen. Es mag vor die-sem Hintergrund formalistisch anmuten, für die Erfüllung nicht das tatsächliche Innehaben eines öffentlich-rechtlich geförder-ten Betreuungsplatzes ausreichen zu lassen, sondern dies von der Erklärung des Jugendamtes („Nachweis“) abhängig zu machen. Die vom BVerwG betonten Ziele des Gesetzgebers, die Selbstbeschaffung einzudämmen und die Steuerungskom-petenz des Jugendamtes zu stärken, sprechen jedoch eindeu-tig für diese Lösung. Dem Jugendamt verbleibt so die Entsch-eidung, ob es den bereits tatsächlich belegten oder einen anderen Betreuungsplatz nachweist. Vorausgesetzt wird von dieser Rechtsprechung freilich, dass das Jugendamt über eine ausreichende Anzahl an nachweisbaren Betreuungsplätzen verfügt und seiner Steuerungsfunktion tatsächlich nach-kommt. Das ist jedoch nicht überall der Fall.

### Eingriff in die Versammlungsfreiheit beim G8-Gipfel in Heiligendamm

BVerwG, Urt. v. 25.10.2017 - 6 C 46/16

PräsOVG a.D. Prof. Dr. Hartmut Schwan

#### A. Problemstellung

In Rechtsgebieten, in denen die Streitigkeiten i.d.R. im Ver-fahren des einstweiligen Rechtsschutzes endgültig entschieden werden, wie im Versammlungsrecht, kommt es nur bei (Fortsetzungs-)Feststellungsklagen, also in wenigen Fällen, zur Befassung des BVerwG. Mit der Feststellungsklage einer Demonstrantin gegen den G8-Gipfel in Heiligendamm 2007 hat das BVerwG nun Gelegenheit erhalten, sich zur Auswir-kung des Versammlungsrechts auf staatliche Maßnahmen zu äußern, die zeitlich vor und räumlich getrennt von der eigent-lichen Versammlung ergangen sind („Vorfeldmaßnahmen“). Die Entscheidung betrifft erstmals nicht Maßnahmen bei der Anreise der potenziellen Versammlungsteilnehmer, sondern bei dem Aufenthalt in einem „Camp“ vor der Versammlung.

Die Problematik, ob das Campieren selbst als Versammlung einzustufen ist, die der jüngsten Entscheidung des BVerfG zum G20-Gipfel in Hamburg 2017<sup>1</sup> zugrunde liegt, ist nicht Gegenstand des Urteils. Zu einer Vereinheitlichung der Recht-sprechung bei der Beurteilung von Vorfeldmaßnahmen be-steht allerdings kein Anlass. Divergierende Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte hierzu ist nicht ersichtlich. Das BVerwG kommt bei Anwendung gleicher Maßstäbe faktisch zu einer von den Vorinstanzen abweichenden Bewertung von Tatsachen im Einzelfall.

#### B. Inhalt und Gegenstand

Vom 06. bis 08.06.2007 fand in Heiligendamm das Gipfel-treffen der acht großen Industriestaaten (G8) statt. In der Nähe, in der Gemeinde Reddelich, errichteten Gegner des Gipfeltreffens ein Camp für die Unterkunft von bis zu 5.000 Personen, die an Protestaktionen teilnehmen wollten. Im Vorfeld des Treffens ersuchte das Innenministerium des Lan-des Mecklenburg-Vorpommern das Bundesministerium der Verteidigung um Amtshilfe. Die Bundeswehr sollte Überflüge der Region um den Austragungsort durchführen und dabei Luftbildaufnahmen anfertigen. Hierdurch sollten mögliche Erddepots erkannt sowie Manipulationen an wichtigen Stra-ßenzügen erfasst werden. Am 05.06.2007 überflog ein Kampfflugzeug der Bundeswehr vom Typ Tornado gegen 10:30 Uhr das Camp witterungsbedingt in einer Höhe von ca. 114 m. Auf einem Teil der hierbei gefertigten und von der Bundeswehr zur Auswertung an die Polizeidirektion Rostock übermittelten Luftbilder sind das Camp sowie Personengrup-pen abgebildet, die sich dort befanden. Die Feststellungskla-ge der Klägerin, die sich vom 01. bis 06.06. im Camp aufgehalten und an Veranstaltungen im Zusammenhang mit dem G8-Gipfel teilgenommen hatte, blieb in zwei Instanzen ohne Erfolg. Das BVerwG hat das Urteil des Oberverwaltungsge-richts aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhand-lung zurückverwiesen. Das BVerwG erkennt in dem Überflug, anders als das Oberverwaltungsgericht, bereits einen – fakti-schen – Eingriff in das Grundrecht der Klägerin auf Versamm-lungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG).

In der Zulässigkeitsprüfung legt das Gericht dar, dass zwischen der Klägerin und dem beklagten Land ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Den Überflug und die Fertigung, Wei-tergabe sowie Verwendung der Bildaufnahmen ordnet es als einheitliche landespolizeiliche Maßnahme der Gefahrenerfor-schung ein, die die Bundeswehr in Amtshilfe durchführt. Als einschlägige Eingriffsgrundlage nennt das Gericht § 13 SOG M-V, nach dem es einen Rückgriff auf § 19a VersammlG i.V.m. § 12a Abs. 1 VersammlG unter Hinweis auf die fehlende Ziel-gerichtetheit der Erhebung der personenbezogenen Daten ab-

1 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2017 - 1 BvR 1387/17.

gelehnt hat. Es führt aus, dass in Fällen, in denen – wie hier – die Amtshandlung nicht zielgerichtet in Grundrechte eingreift, die gerichtliche Überprüfung im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die Hauptmaßnahme der ersuchenden Behörde geschieht. Das erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin folgt daraus, dass sie jedenfalls durch die Auswirkungen des Überflugs und die Befürchtung, die Fotos könnten der staatlichen Überwachung dienen, möglicherweise in ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit betroffen ist und gegen den Überflug keinen Rechtsschutz erlangen kann.

In der Begründetheitsprüfung führt das BVerwG zunächst aus, dass das Camp Reddelich als solches nicht von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt ist, weil es Unterkunftszwecken und nicht der kollektiven Aussage mit dem Ziel der Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung dient, es aber dem Vorfeldschutz des Grundrechts unterfällt. Es hält den Aufenthalt in einem der Unterkunft für potenzielle Demonstrationsteilnehmer dienenden Camp für einen durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Vorgang, weil die Versammlungsfreiheit den gesamten Vorgang des Sichversammelns schützt, wozu auch der Zugang und die Anreise zu einer bevorstehenden Versammlung gehören. Dabei geht es – wie die Vorinstanz – von herkömmlichen, anerkannten Grundsätzen aus: Neben zielgerichteten sind faktische Eingriffe in die Versammlungsfreiheit denkbar. Dies ist dann der Fall, wenn das staatliche Handeln einschüchternd oder abschreckend wirkt bzw. geeignet ist, die freie Willensbildung und die Entschließungsfreiheit derjenigen Personen zu beeinflussen, die an Versammlungen teilnehmen wollen. Ob die Maßnahme einschüchternde oder abschreckende Wirkung entfaltet, ist aufgrund einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Dabei kommt es auf die Sichtweise eines sog. verständigen Dritten an. Die Maßstäbe sind auch bei Vorfeldmaßnahmen anwendbar.<sup>2</sup> Staatliche Maßnahmen sind umso weniger geeignet, die freie Willensentschließung und die Entschließungsfreiheit der potenziellen Versammlungsteilnehmer zu beeinträchtigen, je größer die räumliche oder zeitliche Entfernung zur Maßnahme ist.

Bei Anwendung derselben Maßstäbe wertet das BVerwG – anders als das Berufungsgericht – den Überflug des Camps durch ein Tornado-Kampfflugzeug der Bundeswehr in einer Höhe von 114 m zur Aufnahme von Luftbildern als faktischen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG. Es pflichtet zwar dem Berufungsgericht bei, dass sich aus der Anfertigung der Lichtbilder kein Gefühl des Überwachtwerdens und damit kein Eingriff herleiten lässt, weil der Einsatz von Beobachtungstechnik nicht erkennbar gewesen ist. Es ist jedoch der Auffassung, dass wegen der extremen Lärm-entfaltung, des bedrohlichen Anblicks des tief fliegenden Kampfflugzeugs, der Überraschungswirkung des Überflugs sowie des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs ein Eingriff erfolgt ist. Im Einzelnen stellt es hierzu fest: Die besonders belastende Wirkung des Tiefflugs beruht neben dem

Lärm auch auf den damit einhergehenden optischen Wirkungen und der Plötzlichkeit des Auftretens. Kurzzeitige Maßnahmen können wegen überraschend wahrgenommener visueller und akustischer Reize in besonderem Maß geeignet sein, als potenziell bedrohlich wahrgenommen zu werden und zu lang anhaltenden Nachwirkungen führen. Ein durchschnittlich Betroffener, der sich im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der bevorstehenden Demonstration plötzlich dem Tiefflug eines Kampfflugzeugs der Bundeswehr ausgesetzt sieht, kann das Geschehen berechtigterweise als staatliche Aufforderung deuten, der Demonstration fernzubleiben. Die Zurschaustellung schwersten militärischen Geräts in einer bekanntermaßen angespannten Sicherheitslage kann typischerweise Ängste und Abwehrreflexe auslösen, die geeignet sind, hiervon Betroffene zum Verzicht auf die Teilnahme an den geplanten Veranstaltungen oder zumindest bestimmter Arten der Meinungskundgabe zu bewegen. Der Überflug war für die Campbewohner nicht vorhersehbar. Tief fliegende Kampfflugzeuge gehören nicht zu den polizeilichen Einsatzmitteln, mit denen Versammlungsteilnehmer in der Bundesrepublik Deutschland üblicherweise rechnen müssen.

Die Entscheidung, die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen, begründet das BVerwG damit, dass die beanstandeten Maßnahmen nicht wegen eines verbotenen Einsatzes der Streitkräfte im Innern rechtswidrig sind und das Oberverwaltungsgericht auf Grundlage des Landespolizeirechts festzustellen hat, ob der Eingriff gerechtfertigt ist. Das Gericht führt am Ende des Urteils aus, dass es sich bei dem Überflug um Amtshilfe der Bundeswehr und nicht um einen „Einsatz“ i.S.d. Art. 87a Abs. 2 GG gehandelt hat. Die Nutzung spezifisch militärischer Luftfahrzeuge zur Aufklärung der Sachlage – also vor Feststellung einer konkreten Gefahr – entfaltet für sich genommen kein Droh- und Einschüchterungspotenzial.

### C. Kontext der Entscheidung

Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit seinen Schutz bereits im Vorfeld von Versammlungen entfaltet. Anerkannt ist auch, dass behördliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr im Vorfeld von Versammlungen zulässig sind. Streitig sind lediglich die dogmatische Begründung und die Beachtung des Zitiergebots beim Handeln nach polizeirechtlichen Befugnisnormen. Schließlich herrscht Einigkeit darüber, dass die behördlichen Vorfeldmaßnahmen nicht geeignet sein dürfen, einschüchternde Wirkung zu entfalten und potenzielle Teilnehmer von einer Mitwirkung an der Versammlung abzuhalten. Dass es dabei auf die Umstände des Einzelfalls ankommen muss, liegt auf der Hand. Von diesen Grundsätzen ist sowohl das OVG Greifs-

<sup>2</sup> Der Mindermeinung, wonach nur zielgerichtete Maßnahmen im Vorfeld Eingriffe darstellen können, erteilt das BVerwG eine Absage.

wald als auch das BVerwG ausgegangen. Unterschiedlich bewertet haben die Gerichte die Einschüchterungs- und Abschreckungswirkung des einminütigen Tiefflugs eines Kampflugzeugs der Bundeswehr über dem Demonstrantencamp Reddelich vor dem G8-Gipfel 2007 in Heiligendamm.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Unmittelbare – prozessuale – Folge der Zurückverweisung ist, dass das Oberverwaltungsgericht unter Zugrundelegung eines Eingriffs in die Versammlungsfreiheit dessen Rechtfertigung bei der erneuten Entscheidung über die Feststellungsklage zu prüfen hat. Im Übrigen festigt das Urteil die h.M. zur Rechtmäßigkeit von Vorfeldmaßnahmen und stellt die Anwendung der bereits zuvor entwickelten Grundsätze auf den Aufenthalt in Protestcamps klar. Schließlich präzisiert es die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Amtshilfehandlungen der Bundeswehr. Eines der zentralen Argumente für die angenommene belastende Wirkung des Tiefflugs, der plötzliche Einsatz, könnte für die Behörden Anlass sein, in Zukunft die Maßnahme anzukündigen.

#### E. Bewertung

Die Argumentation des BVerwG ist, soweit es eine einschüchternde Wirkung des Tiefflugs annimmt, gut nachvollziehbar. Schwerer fällt es, seiner Ansicht zu folgen, ein unbefangener Beobachter könne das Geschehen als staatliche Aufforderung verstehen, der Versammlung fernzubleiben. Angesichts der eingehend begründeten, gut vertretbaren, anderen Würdigung der Tatsachen durch das Oberverwaltungsgericht bleiben Zweifel, ob das BVerwG die ihm durch § 137 Abs. 2 VwGO gezogenen Grenzen hinlänglich beachtet hat.

### Steuerrecht

## Keine Gemeinnützigkeit eines (islamischen) Vereins

BFH, Urt. v. 14.03.2018 - V R 36/16

RiBFH Dr. Gerhard Michel

#### A. Problemstellung

I. Mit dem Jahressteuergesetz 2009 verfolgte die Bundesregierung u.a. den Ausschluss extremistischer Vereine von der Gemeinnützigkeit.<sup>1</sup> Hierzu wurde § 51 AO um einen Abs. 3 ergänzt, der in Satz 1 die Anerkennung der Gemeinnützigkeit für alle steuerbegünstigten Zwecke (gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche) davon abhängig macht, dass die Körperschaft nach ihrer Satzung und bei ihrer tatsächlichen Geschäftsfüh-

rung keine Bestrebungen i.S.d. § 4 des BVerfSchG fördert und dem Gedanken der Völkerverständigung nicht zuwiderhandelt. Gemeinnützigkeitsschädlich ist demnach die Förderung der in § 4 BVerfSchG definierten Bestrebungen „gegen den Bestand des Bundes oder eines Landes“ (Buchst. a), „gegen die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ (Buchst. b) und „gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ (Buchst. c). Dieser Teil der Neuregelung hat nur deklaratorische Bedeutung. Denn schon vorher war durch Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Förderung der Allgemeinheit“ in § 52 Abs. 1 AO allgemein anerkannt,<sup>2</sup> dass eine verfassungsfeindliche Ziele verfolgende Körperschaft nicht gemeinnützig sein kann.

II. Brisanz erlangte die Neuregelung wegen der Beweisregel in § 51 Abs. 3 Satz 2 AO. Danach ist bei Körperschaften, die im Verfassungsschutzbericht des Bundes oder eines Landes als extremistische Organisation aufgeführt sind, „widerlegbar davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 nicht erfüllt sind“, es wird also vermutet, dass sie verfassungsfeindliche Bestrebungen fördern und dem Gedanken der Völkerverständigung zuwiderhandeln. Wann eine Organisation im jeweiligen Verfassungsschutzbericht „als extremistische Organisation aufgeführt“ ist, war bislang weitgehend ungeklärt. Der BFH hatte lediglich entschieden, dass eine „ausdrückliche“ Bezeichnung als extremistische Organisation vorliegen müsse.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

##### I. Sachverhalt

Geklagt hatte ein bereits 1997 gegründeter eingetragener Verein. In der Präambel der Satzung bekennen sich die Mitglieder zur freiheitlich demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland. § 3 der Satzung nennt folgende Ziele:

„1. Die Förderung der Vermittlung und Wahrnehmung von richtigen und sachbezogenen Informationen über die Islamische Religion.

2. Die Förderung der deutschen Sprache und Kultur bei ausländischen Mitbürgern, um eine Integration und Akkulturation in die deutsche Gesellschaft zu fördern.

3. Die Schaffung von Möglichkeiten, einen Islamischen Religionsunterricht an deutschen Schulen einzuführen.

4. Die Bildung von friedlichen Beziehungen zu Mitbürgern zu fördern.“

In § 4 der Satzung verpflichtet sich der Kläger, ausschließlich und unmittelbar religiöse und gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der AO und keine politischen Ziele zu verfolgen.

1 Vgl. BT-Drs. 16/10189, S. 1.

2 Vgl. Nr. 16 zu § 52 und Nr. 3 zu § 63 des Anwendungserlasses zur AO.

Seine Aktivitäten übt der Kläger auf einem Anwesen aus, auf dem sich u.a. die von ihm unterhaltene Moschee befindet. Das Grundstück hat der Kläger für einen Pachtzins in symbolischer Höhe von 1 €/Jahr gepachtet; jedoch hat er sämtliche Grundabgaben und Renovierungs- sowie Unterhaltskosten für das Grundstück zu tragen. Diese beliefen sich, da das auf dem Grundstück befindliche Gebäude noch aus der Jahrhundertwende stammt, in der Vergangenheit in einer Größenordnung von mehreren Hunderttausend Euro. Nachdem das Finanzamt den Kläger zunächst als gemeinnützig anerkannt hatte, wurde ihm bekannt, dass er in den Verfassungsschutzberichten des Bundes für 2009 und 2010 namentlich erwähnt und seine Stellung innerhalb des Islamismus erläutert wird. Hierauf widerrief es die Anerkennung der Gemeinnützigkeit und führte eine Körperschaftsteuer- und eine Gewerbesteueranlagung für 2009 und 2010 durch. Dem Antrag auf Anerkennung der Gemeinnützigkeit folgte es nicht.

Gegen die Steuerbescheide legte der Kläger erfolglos Einspruch ein. Die dagegen erhobene Klage wies das Finanzgericht als unbegründet ab. Die Anerkennung der Gemeinnützigkeit scheiterte daran, dass es sich beim Kläger um eine extremistische Organisation handele. Der Kläger sei im Anhang der Verfassungsschutzberichte des Bundes (2009 und 2010) namentlich unter den Gruppierungen aufgeführt, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass diese verfassungsfeindliche Ziele verfolgten, sodass es sich auch beim Kläger um eine extremistische Gruppierung handele. Die wiederholte Benennung in Verfassungsschutzberichten habe der Kläger hingenommen, obwohl ihm hiergegen der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen gestanden hätte. Dem Kläger sei es nicht gelungen, die gesetzliche Vermutung des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO zu widerlegen. Er habe insbesondere nicht den Nachweis führen können, dass er sich in den Streitjahren hinreichend vom Gedankengut der verfassungsfeindlichen Organisation Y distanziert habe. Ein überragendes soziales Engagement des Klägers (Integration, soziale Jugendarbeit, kulturelle und überkonfessioneller Austausch) könne nicht dazu führen, dass im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung die Gemeinnützigkeit zuerkannt werden müsse.

## II. Entscheidungsgründe

Der BFH wies die Revision des Klägers als unbegründet zurück. Er fördere nach seiner Satzung und tatsächlichen Geschäftsführung zwar einen gemeinnützigen Zweck (unter 1.), im Streitfall greife jedoch die Vermutung des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO (unter 2.), die das Finanzgericht ohne Rechtsfehler als nicht widerlegt erachtet habe (unter 3.). Leistungen für das Gemeinwohl seien nicht im Wege einer Gesamtschau gegen Anhaltspunkte für eine in Teilen verfassungsfeindliche tatsächliche Geschäftsführung abzuwägen (unter 4.). Dieses Ergebnis verstoße nicht gegen die verfassungsmäßigen Rechte des Klägers (unter 5.).

1. Eine Körperschaft verfolgt gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AO). Unter diesen Voraussetzungen ist – wie im Streitfall – als Förderung der Allgemeinheit u.a. die Förderung der Religion anzuerkennen (§ 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO).
2. Der V. Senat des BFH bejaht die Voraussetzungen für das Eingreifen der widerlegbaren Vermutung des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO und schließt sich dabei der Rechtsprechung des I. Senats an, wonach eine Körperschaft nur dann im Verfassungsschutzbericht „aufgeführt“ wird, wenn die Organisation dort „ausdrücklich“ und unmissverständlich als extremistisch bezeichnet ist. Dies war in den Verfassungsschutzberichten des Bundes und eines Bundeslandes für 2009 und 2010 der Fall:
  - a. Im Streitjahr 2009 war der Kläger im Anhang des Verfassungsschutzberichts des Bundes konkret bezeichnet worden, wobei dieser Anhang mit der Passage eingeleitet wurde, dass dort nur die Gruppierungen aufgeführt sind, bei denen die vorliegenden tatsächlichen Anhaltspunkte in ihrer Gesamtschau zu der Bewertung geführt haben, dass es sich jeweils um eine extremistische Gruppe handelt.
  - b. Im Streitjahr 2010 war über den Kläger sowohl im Text des Verfassungsschutzberichts als auch in einer Fußnote namentlich berichtet worden, ohne dass insoweit von einem Verdachtsfall die Rede war. Aus dem Einleitungsteil des Verfassungsschutzberichts ergab sich, dass die Berichterstattung nur ausnahmsweise auch Verdachtsfälle betrifft, die dann im Text ausdrücklich als Verdachtsfall kenntlich gemacht werden. An einer solchen Kenntlichmachung fehlte es im Streitjahr 2010.
3. Gegen seine ausdrückliche Aufführung in den Verfassungsschutzberichten hatte der Kläger nicht (mit Erfolg) vor dem Verwaltungsgericht geklagt, es bestand daher die widerlegbare Vermutung, dass er extremistische Bestrebungen fördert und dem Gedanken der Völkerverständigung zuwiderhandelt. Ihm oblag es nunmehr, den vollen Beweis des Gegenteils zu erbringen; eine bloße Erschütterung der Vermutung ist somit nicht ausreichend. Das Finanzgericht hatte sich mit allen Einwendungen des Klägers sorgfältig auseinandergesetzt und diese für nicht durchgreifend erachtet. Es kam daher in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zum Ergebnis, der Kläger habe nicht entkräften können, dass er historische und personelle Beziehungen zu der verfassungsfeindlichen Organisation Y unterhalte sowie durch Äußerungen seiner Prediger und Imame (wie die Forderung nach Todesstrafe wegen Abkehr vom Islam und bei Ehebruch, körperliche Misshandlung Minderjähriger zur Durchsetzung der Gebetspflicht, Sieg der Muslime über



ihre Feinde) ein extremistisches, grundgesetzfeindliches Gedankengut verbreite.

4. Bei der Feststellung der Gemeinnützigkeit sind nach Auffassung des BFH die unstrittigen Leistungen des Klägers für das Gemeinwohl (Integration, soziale Jugendarbeit, kulturelle und überkonfessioneller Austausch) nicht im Wege einer Gesamtschau gegen Anhaltspunkte für eine verfassungsfeindliche Geschäftsführung abzuwägen.
  - a. Zum einen verweist der Senat darauf, dass das Verfolgen eines prinzipiell gemeinnützigen Zwecks für die Anerkennung nicht ausreicht. Hinzukommen muss nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 2 AO („zudem“), dass die Körperschaft keine verfassungsfeindlichen Bestrebungen fördert und dem Gedanken der Völkerverständigung nicht zuwiderhandelt. Eine Abwägung erfolgt im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Förderung der Allgemeinheit“ nur bei einem Konflikt zwischen förderndem und förderungsschädlichem Verhalten, nicht aber beim Sonderfall einer (extremistischen) Organisation.
  - b. Verfolgt eine Organisation verfassungsfeindliche Bestrebungen, liegt keine Förderung der Allgemeinheit vor, sodass im Rahmen einer gebundenen Entscheidung die Gemeinnützigkeit zu versagen ist. Die für eine Ermessensentscheidung typische Abwägung kann daher nicht erfolgen.
5. Die abschließende Prüfung am Maßstab des Verfassungsrechts führt zum Ergebnis, dass der Entzug der Gemeinnützigkeit weder gegen die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Klägers noch gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstößt.

### C. Auswirkungen auf die Praxis

Das Besprechungsurteil klärt beispielhaft, in welchen Fällen eine Organisation in einem Verfassungsschutzbericht „als extremistische Organisation aufgeführt“ ist und damit die Vermutungsregelung des § 51 Abs. 3 Satz 2 AO eingreift. Die Entscheidung könnte dazu führen, dass die Finanzbehörden die Gemeinnützigkeit solcher Vereine überprüfen und ggf. entziehen, die in den Verfassungsschutzberichten des Bundes oder eines Bundeslandes ausdrücklich als extremistisch bezeichnet werden.

Gegen ihre Erwähnung in einem Verfassungsschutzbericht kann die betroffene Organisation vor den Verwaltungsgerichten auf Unterlassung klagen. Klagegegner dieses Verfahrens ist nicht das – die Gemeinnützigkeit versagende oder entziehende – Finanzamt, sondern der Bund bzw. das Bundesland, dessen Innenministerium den jeweiligen Verfassungsschutzbericht herausgegeben hat. Eine derartige Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Bewertung des Verfassungsschutzes auf unzutreffenden Tatsachen beruht; dabei liegt die Beweislast für die Richtigkeit der maßgebenden Tatsachen bei der Verfassungsschutzbehörde.<sup>3</sup> Wegen der Vorgreiflichkeit dieses Verfahrens ist das Einspruchsverfahren bzw. Klageverfahren wegen Gemeinnützigkeit gem. § 363 AO bzw. § 74 FGO auszusetzen.

<sup>3</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.05.2008 - 6 C 13/07 - Leitsatz.

## Strafrecht

# Die Terrordelikte des StGB im Spiegel der Bedrohung durch den islamistischen Terror

Wiss. Mit. Christian Schmitt

## A. Einleitung

„Die deutschen Terrordelikte und das Sicherheitsrecht eilen seit Jahren der Entwicklung des internationalen Terrorismus hinterher, ohne mit diesem Schritt halten zu können“.<sup>1</sup> So lautet die provokante These von Kubiciel. Auch wenn Deutschland bislang ein größerer Anschlag, wie etwa in Belgien oder Frankreich, erspart geblieben ist, mussten sich in der letzten Zeit die deutschen Gerichte vermehrt mit der Bedrohung durch Islamisten auseinandersetzen. Es lohnt daher ein Blick auf die Rechtsprechung in Hinblick auf die

Frage, ob die geltenden Gesetze wirklich nicht mit der Entwicklung des Terrors Schritt zu halten vermögen.

## B. Die Entwicklung der deutschen Terrordelikte

Die sog. Terrordelikte stellen einen düsteren Spiegel der deutschen Nachkriegsgeschichte dar. Fast jede terroristi-

<sup>1</sup> Kubiciel, ZRP 2017, 57.



sche Gefährdung der Bundesrepublik hat ihre „Verewigung“ im StGB gefunden. Mit der Einführung des § 129a StGB etwa reagierte der Gesetzgeber auf die Bedrohung durch die RAF.<sup>2</sup> Die Angst vor der islamistischen Bedrohung, die durch den Terroranschlag am 11.09.2001 aufgenommen ist, bewegte den Gesetzgeber zu einer Neukodifizierung des § 89a StGB.<sup>3</sup> Als der Terror des IS vom Fernen Osten nach Europa zu schwappen drohte, erfolgte die Einführung der § 89a Abs. 2a und § 89b StGB.<sup>4</sup>

Kubiciel geht dies nicht weit genug. Als Lehre aus dem Fall „Anis Amri“ fordert er weitere polizeiliche Eingriffsrechte und eine Verschärfung des Strafrechts.<sup>5</sup> Er konstatiert zutreffend, dass „eine verstärkte zivilgesellschaftliche Präventionsarbeit unerlässlich ist“, fordert aber gleichsam eine „deutliche Abkehr von der grundrechtsschonenden Sicherheitspolitik der Bundesrepublik“.<sup>6</sup> Der stete Schrei nach dem Strafrecht ist allerdings verfehlt. Es darf nicht vergessen werden, dass das Schwert des StGB nur als ultima ratio geschwungen werden darf. Auch ist der Gedanke, dass Straftaten durch eine Verschärfung des Strafrechts verhindert werden können, unzutreffend und töricht. Die bestehenden Straftatbestände und Eingriffsnormen haben durchaus Schlagkraft. Problematisch sind zwar vielfach die finanzielle und personelle Ausstattung der Polizei und Staatsanwaltschaft, nicht jedoch die Strafnormen an sich. Bedenklich ist hingegen blinder Aktionismus vermeintlicher Sicherheit wegen, anstatt auf Justitia und den Rechtsstaat zu vertrauen. Gefährlich ist auch die Forderung, die grundrechtsschonende Sicherheitspolitik aufzugeben. Zustimmung äußert sich etwa Roggan, welcher feststellt, dass „der nationale Gesetzgeber auf den weltweiten Terrorismus als Geißel der Menschheit nur mit verfassungsgemäßen Mitteln reagieren“<sup>7</sup> kann. Die Grenze der Verfassungsmäßigkeit sieht er indes bereits vielfach überschritten.<sup>8</sup>

### C. Rechtliche Grundlagen

Die Legislative hat, wie vorstehend angeklungen ist, verschiedene Strafnormen geschaffen, die zur Terrorismusbekämpfung dienen sollen. Die kardinalen Normen sind § 89a StGB, der die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat pönalisiert, ferner § 89b StGB, welcher bereits die Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat inkriminiert, außerdem ist in § 89c StGB die Terrorismusfinanzierung unter Strafe gestellt sowie die Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat in § 91 StGB. Zu nennen sind zudem §§ 129a, 129b StGB, welche die Bildung terroristischer Vereinigungen im Ausland mit Strafe bedrohen. Es zeigt sich also, dass ein feines Netz verschiedenster Strafnormen existiert, welchen gemein ist, dass diese bereits weit im Vorbereitungsstadium der Tat eingreifen.<sup>9</sup> Dies soll eine

möglichst frühzeitige und effektive Terrorbekämpfung gewährleisten, ohne dass langes Zuwarten nötig wird. Puschke spricht insoweit von einem Präventions- oder Gefährdungsstrafrecht, das als „ein funktionales Mittel gegen ein zunehmendes Gefühl von Bedrohung und für die Befriedigung eines hiermit einhergehenden Sicherheitsbedürfnisses eingesetzt wird“.<sup>10</sup> Hierbei kommt der Verdacht auf, dass nicht täterschaftliches Unrecht, sondern ausschließlich gemutmaßte Gefährlichkeit zum Anknüpfungspunkt der Regelungen wird.<sup>11</sup> Es ergeben sich daher verfassungsrechtliche Bedenken,<sup>12</sup> mit denen sich die Rechtsprechung bisher nur vereinzelt auseinandergesetzt hat.<sup>13</sup>

### D. Analyse der Rechtsprechung

Das Jahr 2017 hat sich als ein (fast) unerschöpflicher Quell an Urteilen mit Terrorismusbezug gezeigt. Die beschriebene Terrorismusgefährdung hat also ihren Niederschlag in der Jurisprudenz gefunden. Die aufgeführten Entscheidungen bilden hierbei nur eine Auswahl. Es zeigt sich aber, dass die Normen ihre Wirkung nicht verfehlt haben, denn sie halfen auch der Verhinderung geplanter Terrorakte.

#### I. Bildung einer terroristischen Vereinigung

Praktisch bedeutsam sind die §§ 129b und 129a StGB. Die Norm des § 129b StGB erweitert den Anwendungsbereich von § 129a StGB auf Vereinigungen im Ausland. Dass dies an die Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts führt, dürfte augenscheinlich sein. Mit dieser Problematik hat sich jüngst der BGH auseinandergesetzt. Er hat insoweit entschieden, dass es für die Anwendbarkeit genügt, dass sich der Beschuldigte im Inland befindet. Eine mitgliedschaftliche Beteiligung im Inland ist hingegen nicht erforderlich.<sup>14</sup> Ferner hat der BGH befunden, dass ein Jugendlicher, der sich als Minderjähriger – mithin schuldunfähig – einer terroristischen Vereinigung angeschlossen hat, nach seinem 14. Geburtstag aber weiterhin Mitglied war, gem. § 129a Abs. 1 Nr. 1, § 129b

2 Schäfer in: MünchKomm, StGB, § 129a Rn. 7 ff.

3 Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, § 89a Rn. 1a.

4 Kubiciel, ZRP 2017, 57, 57 f.; vgl. auch Biehl, JR 2015, 561.

5 Kubiciel, ZRP 2017, 57 ff.

6 Kubiciel, ZRP 2017, 57, 59.

7 Roggan, ZRP 2017, 208.

8 Roggan, ZRP 2017, 208, 212.

9 Vgl. hierzu Palazzo in: Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 15, 21, zu „allesfressenden“ Recht auf Sicherheit.

10 Puschke, StV 2015, 457, 458.

11 Gierhake, ZIS 2008, 397, 399.

12 So etwa Puschke, StV 2015, 457 ff.; Roggan, ZRP 2017, 208, 212.

13 Auch die Bedenken bei § 89c StGB wurde bisher noch gar nicht eingegangen.

14 BGH, Beschl. v. 13.07.2017 - AK 32/17.

Abs. 1 Satz 1, 2 StGB schuldig ist.<sup>15</sup> Das Gericht hat insoweit entschieden, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung dem Täter die Schuldfähigkeit nicht abzusprechen ist.

Der Begriff der „Unterstützung“ in § 129a Abs. 4 Satz 1 StGB birgt eine gewisse Ungenauigkeit. Der BGH war daher um Klarstellung bemüht. Das Gericht sah das Merkmal durch die Veröffentlichung bestimmter Texte und Übermittlungen per Messengerdienst an den Kontaktmann des IS erfüllt;<sup>16</sup> ferner in dem Übersetzen und Korrekturlesen von Texten, die der Werbung bestimmt sind, da diese für den IS einen objektiv nützlichen Effekt haben.<sup>17</sup> Demgegenüber erfüllt das bloße Herstellen von Bildcollagen und anderen Bildbearbeitungen durch ein Nichtmitglied für die Erstellung von Dateien in Internetforen, um hiermit um Sympathie für den IS zu werben, den Tatbestand nicht. Erforderlich sei vielmehr, dass mit den der Propaganda dienenden Vorbereitungshandlungen Mitglieder der Vereinigung individuell in ihrer medialen Tätigkeit für den IS gefördert werden, indem etwa Bilddateien in Absprache mit diesen veröffentlicht oder Mitgliedern der auf die Propagandatätigkeit ausgerichteten Abteilung des IS zu Veröffentlichungen zur Verfügung gestellt werden.<sup>18</sup> Der BGH hat in beiden Urteilen eine Möglichkeit der einheitlichen und verbindlichen Klarstellung des Begriffs der Unterstützung allerdings vertan. Insoweit besteht zumindest die Gefahr einer sehr kasuistischen Rechtsprechung.

## II. Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat

In der Gesamthematik ist ebenfalls relevant die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB. Das Merkmal der schweren staatsgefährdenden Straftat ist in § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB legaldefiniert. Schwieriger zu beantworten ist, was unter Vorbereiten zu verstehen ist. Durch die Weite des Begriffs läuft der Tatbestand Gefahr, zu extensiv ausgelegt zu werden. Daher ist er in Abs. 2 bzw. Abs. 2a „eingegrenzt“. Dass das Merkmal dennoch extensiv ausgelegt wird, zeigt die Rechtsprechung.<sup>19</sup> So hat der BGH entschieden, dass ein Vorbereiten bereits dann vorliegt, wenn der Täter einen Sprengsatz herstellt und diesen zu Testzwecken zündet.<sup>20</sup> Denn das sog. Testzünden dient der Förderung der geplanten staatsgefährdenden Gewalttat. In einem weiteren Urteil, in welchem es um die islamistische Vereinigung „Jahab al-Nusra“ ging, sah der BGH den Tatbestand von § 89a Abs. 1, 2 StGB verwirklicht.<sup>21</sup> Der verurteilte Täter hatte sich im Rahmen seiner mitgliedschaftlichen Beteiligung im Schusswaffengebrauch und weiterer dienlicher Fähigkeiten unterweisen lassen. Dies genügt, um dem Tatbestand zu erfüllen.

In einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 2009 hatte der BGH sich bereits mit § 89a StGB auseinandergesetzt und

hierbei entschieden, dass die Vorschrift bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz in Einklang stehe.<sup>22</sup> Kürzlich hatte der BGH darüber zu befinden, ob der neu eingefügte § 89a Abs. 2a StGB ebenfalls verfassungsmäßig ist. Hierzu entschied das Gericht, dass die Änderung keine abweichende Beurteilung dieser Frage rechtfertigen könne.<sup>23</sup> Insbesondere liege durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Gefährdung der Rechtsgüter durch die Vorbereitung von Straftaten weder ein Verstoß gegen das Übermaßverbot noch eine Missachtung des Schuldgrundsatzes durch Normierung eines Gesinnungs- bzw. Gedankenstrafrechts vor. Diese Entscheidung ist auf Kritik gestoßen. So spricht Puschke von einer „Pönalisierung eines neutralen Verhaltens“.<sup>24</sup> Bei der Norm fehle es an einer nach außen gerichteten typischen Vorbereitungshandlung und somit an einem objektiven Unrechtselement.<sup>25</sup> Tatsächlich ist das einzige objektive Merkmal, das Unternehmen auszureisen.

## III. Terrorfinanzierung § 89c StGB

Mit der Strafnorm des § 89c StGB hatte sich die Rechtsprechung bisher weniger zu befassen. Über einen kuriosen Fall hatte freilich der BGH zu befinden. Der Angeklagte nahm per Textmessenger Kontakt zum IS auf und gab vor, Geld für einen Terroranschlag zu benötigen, der 1.000 Kufar den Tod bringen sollte.<sup>26</sup> Während der Ermittlungen behauptete er, das Geld für seinen Lebensunterhalt gebraucht zu haben. Insofern sah die Vorinstanz keine Möglichkeit, nach § 89c StGB zu bestrafen, und verurteilte daher wegen versuchten Betruges. In diesem Kontext hat sich das Gericht u.a. mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Vermögen einer Terrororganisation i.S.d. § 263 StGB geschädigt werden kann oder ob der Rechtsgüterschutz insoweit eingeschränkt ist. Durchaus zutreffend hat das Gericht konstatiert, dass die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte ein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schutzunwürdiges Vermögen nicht kennt. Es ist daher auch derjenige geschädigt, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwid-

15 Vgl. BGH, Beschl. v. 11.01.2017 - StB 40/16.

16 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - AK 1/17.

17 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - AK 1/17.

18 BGH, Beschl. v. 01.02.2017 - AK 1/17.

19 So auch Kings, ZRP 2015, 167, 168.

20 BGH, Beschl. v. 10.08.2017 - AK 33/17.

21 BGH, Beschl. v. 08.11.2017 - AK 54/17.

22 BGH, Urt. v. 08.05.2014 - 3 StR 243/13.

23 BGH, Beschl. v. 06.04.2017 - 3 StR 326/16.

24 Puschke, NJW 2017, 2928, 2932.

25 Puschke, NJW 2017, 2928, 2932.

26 BGH, Urt. v. 11.04.2018 - 5 StR 595/17; Vorinstanz LG Saarbrücken, Urt. v. 11.08.2017 - 1 KS 29 Js 1/17 (11/17).

rigen Geschäfts erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Ferner wies das Gericht daraufhin, dass der BGH den Anfragebeschluss des 2. Strafsenats vom 01.06.2016,<sup>27</sup> welcher für eine normative Einschränkung des Vermögensschutzes eintrat, bisher nur vom 3. Strafsenat beantwortet wurde, welcher sich ausdrücklich für die Beibehaltung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs ausspricht.<sup>28</sup>

Das Gericht hat sich indessen der Frage nach der Person des Geschädigten nicht hinreichend gewidmet. Es ist nämlich zweifelhaft, ob der IS eine juristische Person ist und daher überhaupt geschädigt werden kann. Geschädigt kann wohl nur die Kontaktperson gewesen sein und dies ist fraglich. Denn mit diesem Problemkomplex hat sich das Gericht nicht weiter auseinandergesetzt, sodass zweifelhaft ist, wer letztlich Geschädigter ist und ob sich dieser feststellen lässt.

Bedenklich war ferner die Strafzumessung. Trotz einer Strafraumverschiebung nach §§ 22, 23, 49 StGB und der Berücksichtigung der geständigen Einlassung sowie der Dauer der Untersuchungshaft, verurteilte das Gericht zu zwei Jahren Freiheitsstrafe, ohne die Strafe zur Bewährung auszusetzen. Die tragenden Säulen der Begründung hierfür vermögen nicht zu überzeugen. Das Gericht gab an, dass die Tat das Risiko heraufbeschworen habe, dass der IS sich künftig mehr auf Deutschland konzentriert.<sup>29</sup> Ferner habe der Täter durch seine Tat in weit überdurchschnittlichem Umfang die Kräfte der Ermittlungsbehörden gebunden und von der Erledigung wichtiger Aufgaben abgehalten. Insgesamt kommt bei der gesamten Begründung des Gerichts der Verdacht auf, dass sich dieses von apokryphischen Beweggründen hat leiten lassen. Hierbei sei die Frage nicht verwehrt, ob der (versuchte) Betrug als Auffangnorm dienen soll für Fälle, bei denen der Tatbestand von § 89a StGB nicht nachgewiesen werden kann. Dieser Bedenken zum Trotz hat der BGH die Revision des Angeklagten jedoch verworfen.<sup>30</sup> Es bleibt abzuwarten, ob dies ein Einzelfall in der Rechtsprechung bleibt.

## E. Fazit

Es kann festgehalten werden, dass die deutschen Terrordelikte durchaus effektiv sind. Die Vorschriften greifen bereits sehr tief in das Vorbereitungsstadium von mutmaßlichen Straftaten ein. Daher gibt es Stimmen, die deren Verfassungskonformität anzweifeln. Letztlich ist dies Ausdruck des Spannungsverhältnisses, in welchem die Normen stehen. Zum einen müssen sie das Sicherheitsbedürfnis der Bürger wahren und somit in Grenzbereiche von zweifelhaften neutralen Handlungen vordringen. Zum anderen müssen sie aber die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Beschuldigten wahren.<sup>31</sup> Dies bedarf großen Fingerspitzengefühls. Die Rechtsprechung sieht, anders als Teile des

Schrifttums, die Schwelle zur Verfassungswidrigkeit bislang noch nicht überschritten. Hierbei ist jedoch bedenklich, dass eine Tendenz zur extensiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale zu erkennen ist. Es wäre daher wünschenswert gewesen, wenn der BGH die Möglichkeit genutzt hätte, das BVerfG anzurufen. Diese Möglichkeit wurde indes vertan.<sup>32</sup> Umgekehrt kann aber von einem Hinterher-eilen der Strafrechtsordnung hinter dem internationalen Terrorismus keine Rede sein.

27 BGH, Beschl. v. 01.06.2016 - 2 StR 335/15.

28 BGH, Beschl. v. 15.11.2016 - 3 ARs 16/16.

29 LG Saarbrücken, Urte. v. 11.08.2017 - 1 KS 29 Js 1/17 (11/17) - II (2) 2, S. 32.

30 BGH, Urte. v. 11.04.2018 - 5 StR 595/17.

31 So auch Kings, ZRP 2015, 167, 168, der sich die Frage nach der richtigen Balance zwischen den verfassungsrechtlich garantierten Gütern der Sicherheit auf der einen Seite und der Freiheit auf der anderen stellt.

32 So auch Beukelmann, NJW-Spezial 2017, 568.

## Rechtsverweigerung und „Rambazamba“: die Folgen (über-)langer Strafverfahren OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17

RA Prof. Dr. Guido Britz

### A. Problemstellung

Die Entscheidung des OLG Koblenz hat Aufmerksamkeit verdient<sup>1</sup> und kann im Übrigen die Debatte um die Voraussetzungen sowie Konsequenzen (über-)langer Strafverfahren sicherlich bereichern. Die Diskussion der Behandlung von Verfahren mit intolerabler Überschreitung des „Höchstverfallsdatums“ – und es geht bei der Thematik beileibe nicht alleine um Strafverfahren<sup>2</sup> – wird nämlich seit Langem geführt.<sup>3</sup> Im Strafverfahren resultiert die besondere Brisanz aus dem Beschleunigungsgrundsatz und der Konzentrationsmaxime.<sup>4</sup> Die an die Justiz adressierte Pflicht, ein Strafverfahren in angemessener

1 Vgl. StraFo 2018, 23 ff.; mitgeteilt von Fromm.

2 Zu korrespondierenden Problematik bei Zivilverfahren und finanzgerichtlichen Verfahren: Althammer, JZ 2011, 446 ff.; Althammer, NJW 2012, 1 ff.; Böcker, DStR 2011, 2173 ff.

3 Duttke/Waschkewitz in: HK-GS, StPO, Vor §§ 1 ff. Rn. 80; Radtke/Hohmann/Ambos, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 19, 26.

4 Zwischen beiden ist zu differenzieren. Während die Konzentrationsmaxime als Teilaspekt des Beschleunigungsgebots spezifisch für die Hauptverhandlung gilt, ist der Beschleunigungsgrundsatz insofern allgemeiner auf das Strafverfahren als solches bezogen; Dölling in: HK-GS, StPO, Vor §§ 1 ff. Rn. 15.

Frist zu erledigen,<sup>5</sup> hat ihre europa(straf)rechtlichen Wurzeln auch in Art. 6 EMRK<sup>6</sup> und somit in der Magna Charta des Strafverfahrensrechts:<sup>7</sup> „within a reasonable time“. Sie ist zudem verfahrens- und verfassungsrechtlich<sup>9</sup> fundiert. Übergreifend lassen sich zwei Fragenkreise differenzieren: Wann ist ein Verfahren zu lange und wann liegt in diesem Zusammenhang eine rechtsstaatswidrige Verzögerung vor? Welche Konsequenzen resultieren sodann aus der Verletzung des Beschleunigungsgebots bzw. der Konzentrationsmaxime? Die Materie ist durchaus komplex, Details sind umstritten oder nicht hinreichend geklärt.<sup>10</sup> Das OLG Koblenz setzt sich in einem akribischen Beschluss mit den aufgeworfenen Fragen auseinander. Gewürzt ist dies mit fallspezifischen Einzelheiten, welchen freilich übergeordnete Relevanz zukommt.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der dem Richterspruch zugrunde liegende Sachverhalt dürfte auch erfahrene Strafrechtler aufhorchen lassen. Auf der Basis einer voluminösen Anklage gegen 26 Beschuldigte als vermeintliche Gründer oder Mitglieder einer mutmaßlichen kriminellen Vereinigung<sup>11</sup> (sog. Aktionsbüro Mittelrhein) verhandelte das als Staatsschutzkammer zuständige LG Koblenz nahezu fünf Jahre. Die mehrjährige Hauptverhandlung mit insgesamt 337 Verhandlungstagen begann am 20.08.2012 und erstreckte sich bis zum 02.05.2017. Im Laufe der Verhandlung wurde gegen vier geständige Beschuldigte das Verfahren abgetrennt und durch Urteil abgeschlossen; gegen weitere fünf Angeklagte wurde das Verfahren eingestellt. Ferner wurden die Haftbefehle gegen inhaftierte Beschuldigte während der Hauptverhandlung aufgehoben. Seitens der konfrontativen, mitunter vielleicht sogar Konflikt verliebten Verteidigung wurden mehr als 240 Beweisanträge, mehr als 500 Befangenheitsanträge, mehr als 400 Anträge zum Verfahrensablauf und mehr als 50 Gegenvorstellungen in die Verhandlung eingeführt. Abgesehen davon, dass zwei Ergänzungsschöffen nachrückten, erreichte ein Berufsrichter im Jahr 2014 die Altersgrenze, schied von Gesetzes wegen aus und wurde durch den Ergänzungsrichter ersetzt. Der Vorsitzende steuerte im Jahr 2017 ebenfalls auf die Altersgrenze zu. Die Strafkammer stellte durch Beschluss vom 29.05.2017 das Verfahren nach § 206a StPO ein, da es nicht mehr für möglich erachtet wurde, das Verfahren bis zum nahen Ausscheiden des Vorsitzenden durch Urteil abschließen zu können. Das LG Koblenz war zudem der Ansicht, dass – auch unter Berücksichtigung der zu prognostizierenden weiteren Dauer des Verfahrens – wegen überlanger Verfahrensdauer ein Verfahrenshindernis nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben sei.<sup>12</sup> Die Staatsanwaltschaft focht die Entscheidung des LG Koblenz mit der sofortigen Beschwerde an mit dem Ziel, die Hauptverhandlung vor dem Landgericht in neuer Besetzung zu wiederholen.<sup>13</sup> Das Oberlandesgericht erachtete das

Rechtsmittel für zulässig und vor allem begründet, da – so die Kernaussagen – weder eine überlange Verfahrensdauer noch eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu konstatieren seien.<sup>14</sup> Mithin lag nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls kein Verfahrenshindernis vor, sodass das Verfahren vor der Staatsschutzkammer fortzusetzen ist.<sup>15</sup>

Die Entscheidung des 2. Senats lässt sich in der Analyse in drei Teile zerlegen. Am Anfang steht die Befassung mit dem Anwendungsbereich der Vorschrift des § 206a Abs. 1 StPO, welche gewissermaßen die verfahrensrechtliche Einkleidung darstellt. Anschließend werden abstrakt die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung beschrieben. Vor diesem Hintergrund geht es sodann im letzten Teil um die Anwendung der rekapitulierten Maßstäbe auf den Einzelfall mit seinen Spezifika.

Die Verfahrensnorm des § 206a Abs. 1 StPO, nach der ein eröffnetes Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluss eingestellt werden kann, dient dem OLG Koblenz zufolge der Verfahrensökonomie und dem Schutz des Angeklagten vor den Belastungen einer Hauptverhandlung.<sup>16</sup> In Abgrenzung zur Vorschrift des § 205 StPO geht es bei § 206a StPO um dauerhafte Verfahrenshindernisse; mithin um solche, die es ausschließen, dass über den Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf. Erfasst sind also schwerwiegende Umstände, von denen die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig ist.<sup>17</sup> In solchen Konstellationen ist das ansonsten vom Wortlaut der Norm vorgegebene Ermessen auf Null reduziert.<sup>18</sup> Hauptanwendungsbereich sind nach Auffassung des Senats die Fälle einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.<sup>19</sup>

5 Ausführlich: Laue, GA 2005, 648 ff.

6 Zu nennen sind: Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 EMRK, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Vgl. aber auch Art. 14 Abs. 3 c IPbPR.

7 Schädler/Jakobs in: KK, Art. 6 EMRK Rn. 1.

8 Zu nennen sind: §§ 115, 121, 122, 128 f., § 163 Abs. 2 StPO. Neuerdings aber auch: §§ 198, 199 GVG.

9 Relevant sind das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf ein faires Verfahren sowie Art. 2 GG; vgl. BVerfG, Urt. v. 24.11.1983 - 2 BvR 121/83; BVerfG, Beschl. v. 08.10.1974 - 2 BvR 747/73; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 14.03.2012 - 2 BvR 2405/11.

10 Krehl/Eidam, NStZ 2006, 1, 2 ff.; Radtke/Hohmann/Ambos, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 23 f., 26.

11 Angeklagt waren aber auch weitere Delikte; vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 3.

12 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 13.

13 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 14 ff.

14 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 19, 27.

15 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 45.

16 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 20.

17 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 21.

18 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 20.

19 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 23.



Fein abschichtend zwischen einem Strafverfahren mit einer (bloß) überlangen Dauer einerseits<sup>20</sup> und einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung andererseits,<sup>21</sup> welche – neben der eigentlichen Verfahrensdauer – gerade vermeidbare Verfahrensverzögerungen durch Justizorgane bedingt, gelangt der Senat im letztgenannten Fall grds. zu einer Verletzung des Fair-Trial-Grundsatzes sowie rechtsstaatlicher Gewährleistungen. Argumentiert wird zum einen mit sanktionsähnlichen Auswirkungen durch Belastungen infolge von Verfahrensverzögerungen.<sup>22</sup> Zum anderen wird das verfassungsrechtliche Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege durch unnötige Verfahrensverzögerungen für relativiert erachtet, da das Erreichen der Strafzwecke sowie die Wahrheitsermittlung hierdurch gefährdet würden.<sup>23</sup> Ob hingegen rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen vorliegen, beurteilt sich dem OLG Koblenz zufolge – in Übereinstimmung mit der h.M.<sup>24</sup> – nach den besonderen Umständen des Einzelfalls, die in einer umfassenden Gesamtwürdigung gegeneinander abzuwägen sind.<sup>25</sup> Freilich genügt eine überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer für sich genommen nicht. Erforderlich sind stets Verfahrensverzögerungen im Verantwortungsbereich der Justiz. Denn alleine die Dauer eines Strafverfahrens würde durch die Vorschriften über die Verjährung limitiert, sodass – insofern vom 2. Senat unausgesprochen – zwischen dem Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung und dem der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu differenzieren ist.

Ist aufgrund der vorzunehmenden Gesamtabwägung eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu konstatieren, kommt nach dem OLG Koblenz eine Einstellung des Verfahrens nur in Ausnahmefällen in Betracht.<sup>26</sup> Eine solche zum Prozesshindernis führende Verletzung des Beschleunigungsgebots liegt vor, wenn das Recht des Beschuldigten auf alsbaldige und schnelle Verhandlung in unerträglicher Weise verletzt ist und die eingetretene Verzögerung einer Rechtsverweigerung gleichkommt.<sup>27</sup> Ansonsten bleibt nur eine Kompensation über die Strafzumessung.

Projiziert auf die durch das nicht fertiggestellte Hauptverhandlungsprotokoll im Freibeweisverfahren rekonstruierten Verfahrenshistorie vermochte das OLG Koblenz eine „Rechtsverweigerung“ nicht zu erkennen.<sup>28</sup> Denn das Verfahren sei prozessordnungsgemäß durchgeführt und angemessen beschleunigt worden.<sup>29</sup> Der – trotz der erheblichen Dauer – fehlende Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens beruhe nicht auf Verzögerungen aufseiten der Justizbehörden. Wegen des Vorliegens sachlicher Gründe sei ein Verfahren mit 26 Beschuldigten nämlich nicht zu beanstanden.<sup>30</sup> Da eine nahezu fünfjährige Verfahrensdauer nicht absehbar gewesen sei, ist das Fehlen eines zweiten Ergänzungsrichters ebenfalls nicht zu beanstanden.<sup>31</sup> Gleiches gilt im Übrigen für die durch die Verteidigung ausgelöste Antragsflut.<sup>32</sup> Denn entsprechende Anträge sind prinzipiell Ausfluss des Grundsatzes

der Waffengleichheit sowie des Rechts auf ein faires Verfahren. Verteidiger sind daher nicht gehindert, diese strafprozessualen Rechte besonders häufig oder in großem Umfang in Anspruch nehmen; zumal die anwaltliche Berufsausübung der freien und unreglementierten Selbstbestimmung unterliegt. Hinzu kommt, dass die Zurückweisung von Anträgen wegen Prozessverschleppung nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Im Ergebnis bestand daher nach Einschätzung des OLG Koblenz für die Strafkammer nicht die Möglichkeit, die Stellung einer Vielzahl von Anträgen zu beschränken.

Nicht in den Verantwortungsbereich des Gerichts fällt dem 2. Senat zufolge ferner ungehöriges Verteidigerverhalten, wie bspw. das Besteigen eines Tisches, um sich verbal zu äußern.<sup>33</sup> Denn das Zugeständnis nahezu unbeschränkter Verteidigungsrechte beinhaltet stets das Risiko eines Scheiterns des Strafprozesses.<sup>34</sup> Relativierend ist freilich zu berücksichtigen, dass die Verfahrensdauer konkret maßgeblich durch das Verhalten der Verteidiger verursacht wurde. Über den Anwesenheitsgrundsatz nach §§ 230 ff. StPO und der sich hieraus ergebenden Terminbelastungen für die Angeklagten ergibt sich daher gleichwohl kein Verfahrenshindernis.<sup>35</sup>

### C. Bewertung

Der Beschluss des OLG Koblenz ist bemerkenswert, wenn gleich er auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Ge-

20 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 25.

21 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 24, 26.

22 Es geht um den aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Demzufolge muss die Strafe in einem gerechten Verhältnis zum Verschulden des Täters stehen, was bei Verfahrensverzögerungen zu einem Widerspruch führt; vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 23.

23 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 23.

24 Radtke/Hohmann/Ambos, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 21; Dölling in: HK-GS, Vor §§ 1 ff. Rn. 13.

25 Folgende Faktoren werden aufgeführt: Die durch vermeidbare Verzögerungen seitens der Justizorgane verursachte Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, Umfang und Schwierigkeit der Sache, Ausmaß der besonderen Belastungen; vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 24; ähnlich: BVerfG, Beschl. v. 25.07.2003 - 2 BvR 153/03. Freilich ist umstritten, ob und inwiefern – und sodann welche – objektive sowie subjektive Faktoren zu berücksichtigen sind; vgl. hierzu: Radtke/Hohmann/Ambos, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 24.

26 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 26.

27 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 26.

28 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 27.

29 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 28.

30 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 32.

31 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 41.

32 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 34 ff.

33 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 38 f.

34 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 39.

35 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 42.

richts liegt<sup>36</sup> und verfassungsgerichtlich abgesichert erscheint.<sup>37</sup> Die zur bedenklich langen Dauer des Strafverfahrens führenden Widrigkeiten, mit denen die Strafkammer zu kämpfen hatte, sind freilich ebenso offensichtlich wie nachvollziehbar. Es lag eine Anklage von nahezu 1.000 Seiten vor; angeklagt waren zudem 26 Personen. Mit dem Tatvorwurf der Gründung bzw. Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung sowie einer Vielzahl weiterer Straftaten kann auch der Verfahrensgegenstand als schwierig bezeichnet werden. Angesichts der eingetretenen Verfahrensdauer bewertete das LG Koblenz in seinem Beschluss nach § 206a StPO diese Gesichtspunkte als Mitverursachungsanteil seitens der Staatsanwaltschaft.<sup>38</sup> Vielen Angeklagten und Verteidigern wurde des Weiteren kontraproduktives Verteidigerverhalten bzw. bewusste Sabotage attestiert.<sup>39</sup> Der Verursachungsanteil des Gerichts wurde hingegen im Unterlassen der Beziehung eines weiteren Ergänzungsrichters ausgemacht.<sup>40</sup> Schließlich wurde eine Verantwortlichkeit des Gesetzgebers festgestellt, da einem extensiven und rechtsmissbräuchlichen Gebrauch des Antragsrechts der Verteidigung nichts entgegengesetzt werden könne und auch keine Möglichkeit besteht, ein begonnenes Hauptverfahren bei Eintritt eines Berufsrichters in den gesetzlichen Ruhestand zu beenden.<sup>41</sup> Kurz zusammengefasst: In einer unglücklichen Verkettung negativer Faktoren haben fallspezifisch Exekutive, Judikative sowie Legislative versagt und die Implosion eines Strafverfahrens verursacht.

Unter den Prämissen, dass eine lange Verfahrensdauer als solche nicht die Annahme einer Verletzung des Beschleunigungsgebots rechtfertigt, es vielmehr einer „Rechtsverweigerung“ – eine insofern wohl durch dieses Gericht gebrauchte Terminologie<sup>42</sup> – bedarf, hat das OLG Koblenz in seiner Entscheidung die Argumente sortiert und bewertet. Einen Schwerpunkt bildet hierbei die praktizierte sog. Konfliktverteidigung. Mit Blick auf die vermeintlich unbeschränkten Verteidigerrechte wird im Kern die Ohnmacht der Strafjustiz monekelt und nach dem Gesetzgeber gerufen.<sup>43</sup> Umgekehrt wird verfahrensrechtlich indessen klargestellt, dass der extensive Gebrauch von Antrags- und Erklärungsrechten seitens der Verteidigung, welche zu einer längeren Verfahrensdauer führen, grds. kein Verfahrenshindernis generiert; Gleiches soll für ungebührliches Verteidigerverhalten gelten. Über die prozessuale Anwesenheitspflicht wird allerdings der Beschuldigte gewissermaßen folgenlos an seinen Verteidiger gekettet. Ob diese Bewertungen bspw. unter Berücksichtigung des Nemo-tenetur-Grundsatzes<sup>44</sup> zutreffen, kann und muss hinterfragt werden. Denn bspw. wird ein „Verschulden“ des Verteidigers einem Beschuldigten in verschiedenen Konstellationen gerade nicht zugerechnet.<sup>45</sup> Ferner wird zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung zu differenzieren sein. Einzubeziehen ist zudem die Frage nach der Fundierung der Position des Verteidigers; in Frageform: Wie weit reicht die

Verantwortlichkeit des Verteidigers im Rahmen der Verfahrensförderung, wenn er als Organ der Rechtspflege qualifiziert wird?

Mithin wird die Entscheidung des OLG Koblenz in diesem Punkt, aber auch mit Blick auf die skizzierten grundsätzlichen Prämissen weiter zu diskutieren sein.<sup>46</sup> Aufzugreifen ist gleichfalls die Debatte um die Bewältigung sog. Umfangsverfahren.<sup>47</sup> Wenn nämlich Hauptverfahren mit einer Mehrzahl von Beschuldigten auf der Basis einer umfangreichen Anklage mit einem rechtlich oder tatsächlich komplexen Verfahrensgegenstand zu führen sind, ergeben sich spezifische verfahrensrechtliche Anforderungen. Die Probleme und Schwierigkeiten sind neben präventiven organisatorischen Maßnahmen zunächst mit dem Instrumentarium der §§ 213 ff., 226 ff. StPO zu lösen;<sup>48</sup> unabhängig von etwaigen Initiativen des Gesetzgebers. Unter dem spezifischen Gesichtspunkt des Beschleunigungsgebots einschließlich der Konzentrationsmaxime erfolgt indessen de lege lata eine besondere Art der Gegenkontrolle mit Blick auf etwaige Planungs- und Durchführungsfehler. Die primären Verantwortlichkeiten liegen zurzeit freilich bei Gericht und Staatsanwaltschaft. Für die Verteidigung gilt – dem OLG Koblenz zufolge – hingegen trotzdem: Rambazamba lohnt nicht!

36 OLG Koblenz, Urt. v. 13.10.1971 - 1 Ws 34/71 - NJW 1972, 404 f.; OLG Koblenz, Beschl. v. 09.12.1992 - 1 Ws 502/92 - NJW 1994, 1887 f.; kritisch: Vogelgesang, NJW 1994, 967 f.

37 BVerfG, Urt. v. 24.11.1983 - 2 BvR 121/83: Verfahrenshindernis unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip bei extrem gelagerten Ausnahmefällen.

38 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 13.

39 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 13.

40 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 13.

41 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 13.

42 Die Terminologie erscheint deutlich überdimensioniert. Denn unterstellt wird eine Nähe zu einer bewussten justiziellen Willkür.

43 OLG Koblenz, Beschl. v. 04.12.2017 - 2 Ws 406-419/17 Rn. 39.

44 Zum Verhältnis des Beschleunigungsgebots zum Nemo-tenetur-Grundsatz: Duttge/Waschkewitz in: HK-GS, StPO, Rn. 81. Spezifisch zum Fall der sog. Konfliktverteidigung: LG Wiesbaden, Urt. v. 23.09.1994 - 6 Js 8862.2/92 - StV 1995, 239 m. Anm. Asbrock.

45 Zur Wiedereinsetzung: Bosbach in: HK-GS, StPO, § 44 Rn. 17.

46 Bspw. ist die Frage, ob und inwiefern mit Strafzwecken, Strafe und Schuld argumentiert werden kann, wenn es um nicht hinnehmbare Belastungen durch die schlichte Dauer von Strafverfahren und deren Bewertung geht.

47 Zu diesem Themenbereich: ter Veen, Strukturanalyse strafrechtlicher Großverfahren am Landgericht Hamburg, 1. Aufl. 1998; Kohlmann in: Festschrift für Pfeiffer, 1988, S. 203 ff.

48 Bspw. zur Problematik der Terminbestimmung nach § 213 StPO: Radtke/Hohmann/Britz, StPO, § 213 Rn. 2, 10; Kasten, Die „Terminshoheit“ des Gerichts und das Recht auf Verteidigung, 2017, S. 255 ff., 296.

## Braucht das BGB in Zeiten der Digitalisierung ein Update?

Angesichts der rasanten Digitalisierung unseres Alltags stellt sich die Frage, ob das geltende Recht den neuen Anforderungen genügt. Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder hat sich daher bereits im Juni 2015 mit den Folgen der Digitalisierung für das Zivilrecht befasst und beschlossen, die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ (<https://www.digitaler-neustart.de>) einzurichten, die unter nordrhein-westfälischer Federführung der Frage nachgeht, ob in diesem Bereich gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Die Arbeitsgruppe, an der neben einer Vielzahl von Bundesländern auch das BMJV mitwirkt, hat zur Justizministerkonferenz im Juni 2017 ihren mehr als 400-seitigen Bericht vorgelegt und arbeitet auch aktuell weiter an wichtigen Fragestellungen. Die JM sprach hierüber mit dem Minister der Justiz des Landes NRW Peter Biesenbach.

### Viefhues: Was waren konkret die Aufgaben der von Ihrem Haus geleiteten Arbeitsgruppe?

Biesenbach: Den Vorgaben der Justizministerkonferenz folgend hat sich der Arbeitsgruppenbericht mit vier Themenbereichen befasst: „Dateneigentum“, „Digitales Vertragsrecht“, „Digitales Persönlichkeitsrecht“ und „Digitaler Nachlass“.

Im Fokus der Arbeitsgruppe stand die Frage, ob die voranschreitende Digitalisierung Anlass für gesetzgeberische Maßnahmen im Zivilrecht gibt. Grundsätzlicher Ausgangspunkt war, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, soweit und solange das geltende Recht tragfähige Normen bereithält und es den Gerichten überantwortet werden kann, durch Subsumtion unter vorhandene Normen sachgerechte Lösungen zu finden. Darüber hinaus sollte etwaigem gesetzgeberischem Handlungsbedarf primär dadurch Rechnung getragen werden, dass die bereits vorhandenen Regelungen ggf. durch gezielte Sondervorschriften ergänzt werden. Erklärte Zielsetzung war es, eine weitere Fragmentierung des Zivilrechts möglichst zu vermeiden.

### Könnten Sie in ein paar Stichworten erläutern, zu welchen Ergebnissen die bisherigen Arbeiten geführt haben?

Es mag auf den ersten Blick erstaunlich klingen, ist aber auch durchaus erfreulich: obgleich das deutsche Zivilrecht in seinen Grundzügen schon über hundert Jahre alt ist, ist es im Großen und Ganzen gut für die Herausforderungen der digitalen Welt gerüstet. Gleichwohl besteht in einigen Bereichen gesetzgeberischer Handlungsbedarf. So müssen wir uns nicht nur Gedanken über beispielsweise die Präzisierung von Vorschriften im Mietrecht mit Blick auf Cloud-Computing-Verträge und ähnliche Rechtsverhältnisse oder

eine schuldrechtliche Regelung zum sog. Bezahlen mit Daten machen. Darüber hinaus gilt es, Fragen der Haftung beim Einsatz autonomer Systeme, wie z.B. dem autonomen Fahrzeug, in den Blick zu nehmen.

Zudem müssen wir natürlich die aktuellen Entwicklungen weiter eng begleiten. Die Digitalisierung schreitet in allen Lebensbereichen unaufhaltsam und überaus zügig voran, sodass sich nahezu täglich neue Fragen und Probleme ergeben.

### Geben Sie unseren Leser einen etwas konkreteren Einblick in die bisherigen Ergebnisse der Arbeitsgruppe: Brauchen wir ein Eigentumsrecht an Daten?

Unter dem Schlagwort „Dateneigentum“ ist die Arbeitsgruppe der Frage nachgegangen, ob die Rechtsqualität von digitalen Daten gesetzlich zu bestimmen ist, etwa durch die Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts. Im Mittelpunkt der Betrachtung stand dabei zunächst die sog. Zeichenebene, d.h. die jeweiligen Zahlenreihen aus „Nullen und Einsen“ als Daten oder als Datenstrom (also die binären Codes). Als Ergebnis hat die Arbeitsgruppe dargestellt, dass das geltende Recht in Art eines „Flickenteppichs“ ausreichend Schutz gewährt und keine Schutzlücke aufweist, die gegenwärtig zu einer erheblichen Einschränkung der wirtschaftlichen Nutz- und Handelbarkeit von Daten führt. Handlungsbedarf in Form der Schaffung eines „Dateneigentums“ dürfte damit nicht bestehen.

Allerdings wird derzeit immer wieder die Frage aufgeworfen „Wem gehören maschinengenerierte Daten und welchen Beteiligten an der Wertschöpfungskette stehen welche Rechte zur Nutzung zu?“ Ein zu diskutierender Vorschlag ist in diesem Zusammenhang die Zuordnung der Daten auf der Grundlage eines neuen Leistungsschutzrechts und zwar an denjenigen, der ihre Erhebung, Speicherung und Einteilung veranlasst hat. Die Arbeitsgruppe beschäftigt sich aktuell unter anderem mit dieser Thematik.

### Peter Biesenbach



Minister der Justiz des Landes NRW

Herr Biesenbach war von 2010 bis 2017 stellvertretender Vorsitzender der CDU-Landtagsfraktion in NRW und ist seit Juni 2017 Minister der Justiz des Landes NRW.

### **Und mit welchen Fragen hat sich die Arbeitsgruppe im Kapitel „Digitales Vertragsrecht“ beschäftigt?**

Die Arbeitsgruppe hat sich mit zahlreichen Fragen im Zusammenhang mit digitalen Phänomenen befasst, die entweder durch die Autonomie von Maschinen oder Produkten oder durch einen „digitalen“ Vertragsgegenstand gekennzeichnet sind. Von Interesse ist dabei insbesondere, ob es eines eigenständigen Rechtsregimes für „digitale Verträge“ bedarf, oder ob es ausreicht, das geltende, in der „analogen“ Welt bewährte Schuldrecht in einzelnen Aspekten zu ergänzen. Die Prüfung hat ergeben, dass im Bereich des Schuldrechts nur ein punktueller gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. So zum Beispiel hinsichtlich der eben schon erwähnten Präzisierung mietrechtlicher Vorschriften, um Cloud-Computing-Verträge und ähnliche Rechtsverhältnisse besser handhaben zu können.

### **Und wo besteht noch Handlungsbedarf?**

Weitere Maßnahmen sind im Hinblick auf das Themenfeld „Bezahlen mit Daten“ notwendig. So eignen sich beispielsweise soziale Netzwerke in besonderem Maße für das Generieren von Erträgen über personalisierte Werbung. Diese personalisierte Werbung ist möglich, weil die Betreiber solcher Netzwerke die Daten des Nutzers erheben und auswerten. Die – in der Regel kostenlosen – sozialen Netzwerke sind daher darauf ausgelegt, dass „mit Daten bezahlt“ wird. Eine zentrale Erkenntnis ist daher, dass wir auch für das „Bezahlen mit Daten“ eine sog. Button-Lösung brauchen, wie wir sie schon bei der zahlungspflichtigen Bestellung im Internet kennen. Denn es ist überaus bedenklich, dass die Hingabe von Daten des Nutzers nur formularmäßig über „Nutzungsbedingungen“ bzw. „Datenrichtlinien“ vereinbart wird. Damit wird dem Nutzer gerade nicht hinreichend deutlich vor Augen geführt, womit er eigentlich „bezahlt“.

Aber nicht nur bei der Nutzung sozialer Netzwerke, sondern auch bei vielen anderen Internetdiensten spielt die Datenerhebung und -verarbeitung eine gewichtige Rolle und tangiert ein Thema, das uns alle betrifft: das Persönlichkeitsrecht.

### **Damit sind wir beim dritten Kapitel des Berichts, dem „Digitalen Persönlichkeitsrecht“. Was können Sie uns dazu sagen?**

Zunächst einmal Folgendes: Im Mittelpunkt der Überlegungen der Arbeitsgruppe stand die Frage, ob die Rechtsordnung eine digitale Persönlichkeit anerkennen und schützen muss, was verneint wurde. Denn Diskussionen über eine „digitale Persönlichkeit“, die eines besonderen Schutzes bedürfe, scheinen wenig hilfreich zu sein. Entäußerungen

der Persönlichkeit im Netz lassen sich stets als Attribute des analogen Persönlichkeitsrechts erfassen und nehmen daher an dessen Schutz hinreichend teil.

Was wir aber für den effektiven Schutz des Persönlichkeitsrechts im Internet brauchen, ist ein einheitliches und verbraucherfreundliches Lösungsverfahren bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sowie eine effektive Rechtsdurchsetzung in diesem Bereich. Die Möglichkeiten eines Betroffenen, persönlichkeitsrechtsverletzende Inhalte im Internet löschen zu lassen, sind bisher uneinheitlich ausgestaltet und erschweren die Rechtsverfolgung unzumutbar. Eine Vereinheitlichung der Antragsbearbeitung der verschiedenen Diensteanbieter wäre daher wünschenswert. Das könnte auch hier in Form einer „Button-Lösung“ geschehen, also durch einen einfach erreichbaren Button in der Nähe des beanstandeten Beitrags, mit dem Betroffene Persönlichkeitsrechtsverletzungen melden könnten.

Lassen Sie mich – abgesehen von den Ergebnissen des Berichts der Arbeitsgruppe – einige bedenkliche Datennutzungen ansprechen, die mir mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte ein Dorn im Auge sind:

Über Smartphone-Apps stellen viele Nutzer den Anbietern Fotos, Chat-Nachrichten, Adressbücher, Bewegungsprofile und sogar Gesundheitsdaten zur Verfügung. Viele wissen das gar nicht und noch weniger wissen, was anschließend mit diesen Daten geschieht. Sehr viele Apps sammeln dabei sogar Daten, die für ihre eigentliche Bestimmung gar nicht notwendig sind. So greift beispielsweise eine bei Joggern beliebte App nicht nur auf gelaufene Strecken und Informationen wie Pulsfrequenz und Trainingsintervalle zu, sondern erfasst je nach Konfiguration auch Fotos und Freundschaften. Aber selbst die Erhebung von zunächst sinnvoll und notwendig erscheinenden Daten, also z.B. die gelaufenen Strecken, kann zum Problem werden. Wie kürzlich festgestellt wurde, haben Soldaten beim Jogging innerhalb ihrer Militärbasen Fitness-Tracker getragen. Durch Auswertung der Daten dieser Geräte hat eine Firma eine Art Weltkarte mit den Jogging-Aktivitäten ihrer Nutzer erstellt. In Kriegsgebieten wie etwa Afghanistan, wo kein anderer Mensch derartige Geräte einsetzt, legten die Soldaten damit beispielsweise ihre regelmäßigen Jogging-Strecken offen. Auf der Karte sind diese zu erkennen, so dass die Lage teilweise geheimer Militärbasen offen gelegt wurde. Das ist überaus bedenklich, wie sicher nicht nur ich finde.

### **Haben Sie noch ein weiteres Beispiel?**

Viele Menschen wissen nicht, dass sie allein durch den Umstand, dass sie ihr – eingeschaltetes – Smartphone mit sich herumtragen, quasi verfolgt, also getrackt, werden können.



Denn Smartphones suchen bei entsprechender Einstellung ständig nach WLAN- oder Bluetooth-Signalen und versenden dabei eindeutig wiedererkennbare Signale. Diese können dann von Unternehmen, z.B. dem Einzelhandel, verwendet werden, um die Verbraucherinnen und Verbraucher zu tracken; d.h. sie können sie wiedererkennen, wenn sie zum wiederholten Mal ein Geschäft betreten oder sie können ihre Bewegungen innerhalb des Geschäfts nachverfolgen. Je nach eingesetzter Technik ist dieses sog. Offline-Tracking über eine Entfernung von mehreren hundert Metern möglich.

Und dass unser gesamtes Surfverhalten im Internet durch die Verwendung von Cookies verfolgt und ausgewertet wird, ist schon nichts Neues mehr. Kaum jemand wundert sich noch, dass ständig personalisierte Werbeangebote auf dem Bildschirm erscheinen.

Ich aber möchte nicht ohne meine freiwillige und auf informierter Basis zustande gekommene Einwilligung ständig derart überwacht und verfolgt werden können. Abgesehen von einer notwendigen, verständlichen und transparenten Information der Verbraucher über diese Umstände muss meines Erachtens das Ziel verfolgt werden, den Nutzern unter dem Blickwinkel der Persönlichkeitsrechte und der informationellen Selbstbestimmung ihre digitale Souveränität zurückzugeben.

### **Nun gibt es ja die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die am 25.05.2018 in Kraft getreten ist. Löst die nicht schon all diese Probleme?**

Sicherlich wird die DSGVO dazu beitragen, die Rechte der Verbraucherinnen und Verbraucher zu stärken. Der Pflichtenkreis der Diensteanbieter wird mit Blick auf die Datenerhebung und -verarbeitung und die entsprechende Information der Verbraucher darüber erweitert. Ferner werden die Datenschutzgrundsätze Datenvermeidung und Datensparsamkeit durch Vorgaben betreffend die Produktentwicklung und -implementierung hervorgehoben. Zentrales Kriterium für die Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen ist die Einwilligung der Betroffenen. Es bleibt allerdings angesichts der zum Teil offen und auslegungsbedürftig formulierten Vorschriften und der Notwendigkeit der Bewertung von Sachverhalten im Einzelfall abzuwarten, ob und inwieweit die Regelungen der DSGVO noch Lücken und damit Nachbesserungsbedarf aufweisen werden.

### **Auch auf den sog. Digitalen Nachlass richtet sich in letzter Zeit aufgrund einzelner Gerichtsentscheidun-**

### **gen der Fokus der Öffentlichkeit. Was können Sie uns dazu vermitteln?**

Die Arbeitsgruppe hat sich mit sehr vielen Fragen betreffend den „Digitalen Nachlass“ beschäftigt. Unabhängig von sicherlich bestehenden praktischen Problemen ist festzustellen, dass die derzeitigen erbrechtlichen Vorschriften insgesamt eine angemessene Handhabung des digitalen Nachlasses ermöglichen.

Allerdings hat es im vergangenen Jahr – kurz nach Veröffentlichung des Berichts der Arbeitsgruppe – ein Urteil gegeben, in dem sich das zuständige Gericht mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob ein Facebook-Account vererbbar ist und ob eine Mutter Zugang zu dem entsprechenden Account ihrer verstorbenen Tochter erhalten darf.<sup>1</sup> Dieser Fall wird demnächst vom BGH verhandelt werden. Wir sind sehr gespannt auf die Entscheidung. Denn neben Fragen des Erbrechts steht im Raum, dass der Gesetzgeber ggf. im Telekommunikationsrecht Änderungen vornehmen muss, damit das Fernmeldegeheimnis von Kommunikationspartnern des Verstorbenen nicht mit den Rechten der Erben in Konflikt gerät.

### **Wie geht es jetzt weiter? Ist die Tätigkeit der Arbeitsgruppe beendet?**

Nein, die Arbeitsgruppe beschäftigt sich derzeit auf Basis entsprechender Beschlüsse der Justizministerkonferenz weiter mit vielen aktuellen Themen rund um die Digitalisierung und deren Auswirkungen auf unser Zivilrecht. Derzeit werden unter anderem die Themenbereiche Big Data und Algorithmentransparenz, sowie Fragen zur Kommerzialisierung von Gesundheitsdaten behandelt. Ferner beschäftigt sich die Arbeitsgruppe mit Haftungsfragen beim Einsatz autonomer Systeme und wirft zudem einen Blick auf die Blockchain-Technologie und ihre möglichen Anwendungsfelder.

Sie sehen also, dass wir uns intensiv mit den Folgen der Digitalisierung für unser Recht beschäftigen. Wir wollen Antworten auf die Fragen finden, die sich uns allen stellen.

### **Herr Biesenbach, ich danke Ihnen für das erhellende Gespräch.**

Das Interview wurde geführt von  
W.a. RiAG a.D. Dr. Wolfram Viefhues.

<sup>1</sup> Siehe hierzu Ludyga, jM 2017, 414.

## Dirk Vollmer



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Referendariat am LG Karlsruhe mit Stationen u.a. in Straßburg bei der Région Alsace und beim Europarat. 2002 expert consultant im Auftrag der Umweltkommission beim Europarat.

Seit 2003 Rechtsanwalt in Karlsruhe und seit 2007 Fachanwalt für Familienrecht. Seit 2011 Partner bei Dr. Schneider & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft mbB in Karlsruhe.

## Dr. Detlef Grimm



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Partner bei Loschelder Rechtsanwälte in Köln mit den Tätigkeitsschwerpunkten Betriebsverfas-sungs- und Tarifvertragsrecht, Umstrukturierungen, Beschäftigtendatenschutz und arbeitsrecht-liche Compliance. Herr Grimm ist Dozent der

DeutschenAnwaltAkademie und ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „Der Arbeitsrechtsberater“.

## Malte Göbel



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Mitarbeiter bei Loschelder Rechtsanwälte. Wissen-schaftliche Hilfskraft und Promotionsstudent am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Uni-versität zu Köln (Prof. Dr. Martin Hensler). Promo-tionsvorhaben zum Thema „Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskämpfrecht“.

## Prof. Dr. Thomas Voelzke



Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Herr Voelzke leitet den für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen 4. und den für den Bereich der Arbeitsförderung zuständigen 11. Senat des BSG. Als Honorarprofessor an der Humboldt Universität hält er regelmäßig Vorlesungen zum Sozialrecht. Herr Voelzke ist Her-

ausgeber der jM sowie mehrerer Kommentare zum Sozialrecht einschließlich der juris PraxisKommentare SGB und SGG.

## Tammo Lange



Richter am Sozialgericht, z. Zt. Referent beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Herr Lange ist seit 2011 als Richter in der Sozial-gerichtsbarkeit tätig. Seit 2016 ist er abgeordnet – zunächst als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundessozialgericht und seit 2018 als Referent an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

## DIE AUTOREN

## Christian Schmitt



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaften in Saarbrücken mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht. Seit 2017 Tätigkeit in der Kanzlei GH-legal für die Gebiete Produkthaftung, -sicherheit und Compliance. Zugleich Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht einschl. Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht

sowie Promotion bei Prof. Dr. Mansdörfer.

## IMPRESSUM

**Herausgeber:** Vizepräsident des BSG Prof. Dr. Thomas Voelzke, Kassel  
Vors. Richter/in 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, St. Ingbert  
Vizepräsident des LAG a.D. Prof. 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 Viefhues, 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 zu 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  
5. Jahrgang

**juris PartnerModul Verwaltungsrecht**  
partnered by Bundesanzeiger Verlag | CFM |  
De Gruyter | dfv | Erich Schmidt | Gieseking |  
HJR | Kohlhammer | Dr. Otto Schmidt



Diese Online-Bibliothek bündelt die wichtigste Literatur der jurisAllianz Partner zum allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht. In wenigen Sekunden durchsuchen Sie die bekanntesten Kommentar-Klassiker. Mit wenigen Mausklicks erschließen Sie sich Antworten auf sämtlichen Ebenen des Verwaltungsprozesses.

Allen voran finden Sie Erläuterungen zu den Vorschriften der VwGO, des VwVfG, VwVG/VwZG oder BVerfGG. Sie erhalten Hilfestellung nicht nur im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes (einschließlich Nebengebieten wie Besoldungs-, Versorgungs-, Disziplinarrecht), sondern insbesondere auch in der schwierigen Materie des Personalvertretungsrechts – inklusive der besonderen Verwaltungszweige (Bundespolizei, Bundeswehr und Sozialversicherungsträger). Auch für die Bereiche Bau-, Energie- und Umweltrecht steht umfassend Literatur bereit: Sie arbeiten mit aktuellen Kommentierungen zum BauGB, zur BauNVO und zu den Bauordnungen ausgewählter Länder, zur ImmoWertV, zum BImSchG, UIG oder UmwRG. Selbstverständlich werden die relevanten EG-Vorschriften ebenfalls berücksichtigt. Das komplexe Thema der kommunalen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit kommunal Bediensteter wird anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und durch zahlreiche Beispiele veranschaulicht.

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

**NEU: juris PartnerModul Verwaltungsrecht PREMIUM**  
partnered by Bundesanzeiger Verlag | CFM | De Gruyter | dfv |  
Erich Schmidt | Gieseking | HJR | Kohlhammer |  
Stollfuß | Dr. Otto Schmidt



Das Premium-Modul garantiert Ihnen noch mehr Rechtssicherheit durch die Integration zusätzlicher, ständig aktualisierter Zeitschriften zu den relevantesten Themengebieten des Verwaltungsrechts.

Weitere führende Kommentarliteratur, vor allem zum Arbeits- und zum Baurecht im öffentlichen Sektor, komplettiert ein Recherchewerkzeug, auf das Sie sich hundertprozentig verlassen können. Ergänzend zur aktuellen Diskussion des Organisations- und Prozessrechts des BVerfG wird die im Modul enthaltene Literatur auch der wachsenden Bedeutung der europa- und völkerrechtlichen Bezüge gerecht. Neben der Kommentierung des Bundesbesoldungsgesetzes sind auch alle landesrechtlichen Regelungen zur Besoldung enthalten. Sie können außerdem auf die Besoldungstabellen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften des Bundes zugreifen. Praxisfragen rund um die BauNVO inklusive allen Querverbinden zum Bauordnungsrecht klären Sie schnell und umfassend mit wenigen Mausklicks. Konflikte, die sich im Bereich des Umwelt- und Immissionsschutzrechts, etwa im Spannungsfeld zwischen Antragsteller, informationspflichtiger Stelle und Drittbetroffenen ergeben, lösen Sie ebenso zügig wie Fragen zu öffentlichem Haushalts- und Steuerrecht, zum Beitrags- und Gebührenrecht, zur Kostenrechnung oder Finanzierung.

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

### NEU: juris PartnerModul Energierecht partnered by De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag



Das Energierecht gehört zu den dynamischsten Rechts- und Praxisfeldern. Das EEG beispielsweise ist wie kaum ein anderes Gesetz ständigen Änderungen unterworfen. Damit wird die Anwendung der komplexen Regeln selbst für Experten zur Herausforderung. Das juris PartnerModul Energierecht wird ständig aktualisiert und verschafft Ihnen so maximale Rechtssicherheit.

Die im Modul enthaltene Literatur behandelt das durch die Gesetzgebung des Jahres 2016 und den europäischen Energierechtsrahmen in vieler Hinsicht umgestaltete neue Energierecht. Experten erläutern praxisorientiert die weitverzweigten Regeln. Die Übergangsbestimmungen des EEG 2014 werden umfassend kommentiert und auch den Praxiserfahrungen mit EEG 2009 und 2012 gegenübergestellt. Sie recherchieren Fachbeiträge und Experteneinschätzungen zum aktuellen Energiewirtschafts-, Energieeffizienz- und Klimaschutzrecht. Die Geschäftsfelder des nationalen und supranationalen Energiehandels (OTC-Handel und der Handel an der Börse) sind abgedeckt, ergänzt um Ausführungen zum Risikomanagement und den aufsichtsrechtlichen Implikationen. Auch die Neuerungen im Messstellenbetriebsgesetz sind Thema. Sie finden außerdem Antworten auf Fragen zum Arbeitsrecht der Energiewirtschaft, das durch die starke Bindung vieler Unternehmen an die öffentliche Hand und die Erschließung neuer Energiequellen außerhalb des deutschen Staatsgebiets vielfältige Probleme aufwirft und dadurch eine Sonderstellung einnimmt.

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

### Zeit, endlich zur neuen juris Recherche zu wechseln!

Vor gut einem dreiviertel Jahr wurde die neue Rechercheoberfläche auf [juris.de](http://juris.de) live geschaltet und die große Mehrheit der juris Kunden arbeitet bereits mit der modernisierten Fassung des Rechercheklassikers. Daher ist es Zeit, der bisherigen Oberfläche Adieu zu sagen:

### Wir werden die bisherige Recherche am 07.08.2018 abschalten.

Ab diesem Zeitpunkt steht Ihnen nur noch die neue Recherche zur Verfügung. Daher jetzt anfangen, sich mit der neuen Suche vertraut zu machen – falls Sie bisher noch nicht neugierig waren.

Hinter dem zeitgemäßen und übersichtlichen Design auf der Oberfläche steckt eine Suchtechnologie auf höchstem Niveau: Such- und Filterfunktionen wurden verbessert, Treffer werden noch besser nach Relevanz sortiert, und die Werke Ihres Produktes haben Sie immer praktisch im Schnellzugriff. Dafür erhalten wir viel Zuspruch von unseren Nutzern, doch darauf ruhen wir uns nicht aus. Die Technologie von juris wird laufend weiterentwickelt, dazu erhalten wir auch immer wieder neue Anregungen aus dem Kreis unserer Nutzer. Wir hören zu und optimieren weiter. Mehr unter: [www.juris.de/neuerecherche](http://www.juris.de/neuerecherche)

### Sie empfehlen juris?

Sie nutzen juris – Das Rechtsportal tagtäglich und kennen die Vorzüge, die Ihnen unser umfassendes Angebot bietet. Ab sofort erhalten Sie von uns **100 € Prämie** für jede erfolgreiche Empfehlung an Kollegen und Freunde!

Weitere Informationen dazu, wie Sie sich Ihre Prämie sichern können, finden Sie hier:

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



# juris PartnerModul

## Verwaltungsrecht

Jetzt zum Einführungspreis bestellen!

partnered by Bundesanzeiger Verlag | C.F. Müller | De Gruyter | dfv Mediengruppe | Erich Schmidt Verlag | Gieseking | Hüthig Jehle Rehm | Kohlhammer | Stollfuß Medien | Verlag Dr. Otto Schmidt

Die Online-Bibliotheken bündeln die wichtigste Literatur der jurisAllianz Partner zum allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht. Mit wenigen Mausklicks erschließen Sie sich Antworten auf sämtlichen Ebenen des Verwaltungsprozesses. Allen voran finden Sie Erläuterungen zu den Vorschriften der VwGO, des VwVfG, VwVG/VwZG oder BVerfGG. Sie erhalten Hilfestellung im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes und im Personalvertretungsrecht. Auch für die Bereiche Bau-, Energie- und Umweltrecht steht umfassend Literatur bereit.

### juris PartnerModul **Verwaltungsrecht** enthält u. a.:

- BPersVG Bundespersonalvertretungsgesetz, Lorenzen/Etzel/Gerhold/u. a.
- Bundesimmissionsschutzrecht, Feldhaus
- Öffentliches Dienstrecht, Wichmann/Langer
- Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO, Rixner/Biedermann/Charlier
- Verkehrssicherungspflichten, Rotermond/Krafft
- Verwaltungsgerichtsordnung, Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll

### juris PartnerModul **Verwaltungsrecht premium** enthält u. a. zusätzlich:

- BauNVO, Boeddinghaus/Grigoleit
- Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Schwegmann/Summer
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Heidelberger Kommentar, Burkiczak/Dollinger/Schorkopf
- Gewerbesteuerergesetz, Lenski/Steinberg
- UIG, Götze/Engel
- Zeitschrift für Kommunalfinanzen, ZKF

- ⊕ **Rechtsprechung, Gesetze und Literaturnachweise von juris**



Mehr Informationen unter: [www.juris.de/pm-verwaltungsrechtpremium](http://www.juris.de/pm-verwaltungsrechtpremium)

**JETZT NOCH  
BESSER: DIE NEUE  
JURIS RECHERCHE**

**jurisAllianz**  
Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.



Intelligenter  
suchen



Besser  
überblicken



Intuitiver  
bedienen

# GEHEN SIE JETZT DEN SCHRITT ZUR NEUEN RECHERCHE

Intelligenter suchen, besser überblicken und intuitiver bedienen – das sind die Vorteile der neuen juris Recherche. Lassen Sie sich die neue Einfachheit für eine schnellere Suche nicht entgehen und wechseln Sie jetzt. Zum **7. August 2018** findet die übergreifende Umstellung für alle Nutzer zur neuen Recherche statt. Überzeugen Sie sich selbst!

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

**juris** Das Rechtsportal

**jurisAllianz**

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

