

Juris[®] Die Monatszeitschrift

JM 1 | JANUAR
2019

Topthema:

„Pics or it didn't happen“?! –
Die Fotodokumentation
betrieblicher Veranstaltungen
aus datenschutzrechtlicher
Perspektive

RA Tim Faulhaber und Wiss. Mit. Martin
Scheurer

Interview:

Sozialdatenschutz nach
der Datenschutz-Grund-
verordnung

RIBSG Dr. Dirk Bieresborn

In dieser Ausgabe:

Der Kündigungsschutz des
GmbH-Geschäftsführers

RA Dr. Rüdiger Werner

Der Datenschutzbeauftragte –
ein Kernelement der Daten-
schutz-Grundverordnung

Dr. Horst Heberlein

Strafrecht contra Steuer-
recht: Die Norm des § 398a
AO in der Kritik

Ref. iur. Dr. Jan-Philipp Schmidt

JM-Leserbefragung –
Ihre Meinung ist gefragt
Machen Sie mit unter:
www.juris.de/leserbefragung





juris PartnerModule – geschmiedet zu Ihrem Vorteil

Die Online-Angebote der jurisAllianz ermöglichen die verlagsübergreifende und durchgängige Recherche in der wichtigsten juristischen Fachliteratur, ständig aktualisiert und verknüpft mit der juris Datenbank. Einfach, schnell, lückenlos und sicher.

www.juris.de/partnermodule

Über 70 Online-Module –
mehr als 20 Fachgebiete

jurisAllianz

Führende Fachverlage. Top Rechtswissen.

Juris
Das Rechtsportal

ottoschmidt

DE GRUYTER

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

C.F. Müller

rehm
Verlagsgruppe HEBING Juris Partner

STOTAX
Institut für Medizin

Bundesanzeiger
Verlag

dfv Mediengruppe

DeutscherAnwaltVerlag

DeutscherNotarVerlag

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Topthema:

Zivil- und Wirtschaftsrecht

„Pics or it didn't happen“?! – Die Fotodokumentation betrieblicher Veranstaltungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive

RA Tim Faulhaber und Wiss. Mit. Martin Scheurer S. 2

Unzulässige E-Mail-Werbung in Form einer Kundenzufriedenheitsbefragung

BGH, Urt. v. 10.07.2018 - VI ZR 225/17

Prof. Dr. Frank Weiler S. 8

Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Inkassoschreiben

BGH, Urt. v. 22.03.2018 - I ZR 25/17

RA Prof. Dr. Stefan Ernst S. 10

Arbeitsrecht

Der Kündigungsschutz des GmbH-Geschäftsführers

RA Dr. Rüdiger Werner S. 12

Verwaltungsrecht

Der Datenschutzbeauftragte – ein Kernelement der Datenschutz-Grundverordnung

Dr. Horst Heberlein S. 19

Richtervorbehalt bei Fixierungen nach PsychKHG

BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 und 2 BvR 502/16

W. a. RiAG Andreas Brilla und

Ref. iur. Dominik Lust S. 27

Das Haus am Wannsee

BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 - 4 C 7/17

RiBVerwG Dr. Stephan Gatz S. 30

INHALT

AUFSÄTZE UND ANMERKUNGEN

Strafrecht

Strafrecht contra Steuerrecht: Die Norm des § 398a AO in der Kritik

Ref. iur. Dr. Jan-Philipp Schmidt

S. 32

„Entsorgung“ des Tatopfers als Aussetzung

BGH, Urt. v. 12.07.2017 - 5 StR 134/17

RA und FA für Strafrecht Christoph Clanget

S. 38

INTERVIEW

Sozialdatenschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung

Interview mit:

RiBSG Dr. Dirk Bieresborn

S. 41

Mit einem beladenen Einkaufswagen durch ein Kiesbett?



Prof. Dr. Thomas Voelzke
Vizepräsident des Bundessozialgerichts

Durch die Datenschutz-Grundverordnung werde jede Alltäglichkeit – Arzt- und Friseurbesuche, jede Minute im Internet, Schulfeste, Fachkonferenzen, Lobbyabende und Marketingarbeit – mühselig, als müsse man einen beladenen Einkaufswagen durch ein Kiesbett schieben. Diesen verheerenden Vergleich stellte im Wirtschaftsteil der FAZ Hendrik Wieduwilt an. Derartige Werturteile werden gespeist durch zahlreiche Anekdoten, etwa der Geschichte von übermotivierten Betreuern einer Kita in Nordrhein-Westfalen, die in den Abschiedsbüchern für angehende Schulkinder sämtlichen abgebildeten Personen einen dicken schwarzen Balken verpassten. Sicher: Die neuen Regeln für den Datenschutz bewegen weiter auf breiter Front die Gemüter. Andererseits wird bei dem allgemeinen Wehklagen aber übersehen, dass der Datenschutz bereits vor dem Wirksamwerden der Verordnung in Deutschland auf einem hohen Niveau gewährleistet wurde. Misslich ist demgegenüber, dass das neue Recht viele bislang noch nicht endgültig geklärte Streitfragen aufwirft. Ungeklärt ist zum Beispiel in vielen Bereichen das Verhältnis des zur Harmonisierung der Europäischen Standards entwickelten neuen Datenschutzrechts zu den (bisherigen und weiterbestehenden) Spezialnormen des innerstaatlichen Rechts.

Die beschriebene Ausgangslage bietet jedenfalls hinreichenden Grund, in einem Schwerpunkt des Januarhefts einigen praktisch bedeutsamen Problemen des aktuellen Datenschutzrechts nachzugehen. Die praktische Relevanz

unseres Topthemas („Pics or it didn't happen“ – Die Fotodokumentation betrieblicher Veranstaltungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive) drängt sich angesichts der zurückliegenden vielfältigen Weihnachtsfeierlichkeiten geradezu auf! Der Beitrag der Autoren Tim Faulhaber und Martin Scheurer weist nicht nur auf mögliche Fallstricke eines spontanen Handyschnappschusses mit späterer Veröffentlichung hin, sondern gibt zugleich Hinweise für eine rechtskonforme Ausgestaltung des Vorgehens.

Aus zwei Blickwinkeln nähern wir uns einer schillernden Figur des neuen Datenschutzrechts, nämlich dem betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten. Auch der Datenschutzbeauftragte kann in Deutschland auf eine lange Traditionslinie zurückblicken. Horst Heberlein entfaltet in seinem Aufsatz (Der Datenschutzbeauftragte – ein Kernelement der Datenschutz-Grundverordnung) Einzelheiten zur Benennungspflicht, zu seinen vielfältigen Aufgaben und seiner Stellung in Betrieb und Behörde. Nach diesem eher theoretischen Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten empfehle ich Ihnen dringend das Interview dieses Heftes zur Lektüre, das ich mit dem Beauftragten für den Datenschutz und Informationsfreiheit des Bundessozialgerichts geführt habe. Ich erörtere mit Herrn Dirk Bieresborn nicht nur fachliche Fragestellungen des aktuellen Datenschutzrechts, sondern frage auch nach seiner persönlichen Bewertung der durch das neue Recht gestellten Anforderungen. Mögen Sie sodann selbst beurteilen, ob Sie seiner Einschätzung, es sei mit den neuen Regelungen ein bisschen wie mit der Einführung der Gurtpflicht im Straßenverkehr in den 70er Jahren, zustimmen können.

Zu den Zielsetzungen der jM gehört es, Ihnen nach Inhalt und praktischer Bedeutung besonders herausragende Gerichtsentscheidungen aus allen Rechtsgebieten durch kompakte Anmerkungen näher zu bringen. Dieser Anspruch wird zu meiner Überzeugung auch in diesem Heft durch die Anmerkungen etwa zu der Entscheidung des BGH zur unzulässigen E-Mail-Werbung in Form einer Kundenzufriedenheitsbefragung oder der Entscheidung des BVerfG zum Richtervorbehalt bei Fixierungen in überzeugender Weise eingelöst.

Bei unserer Leserumfrage (zu Einzelheiten siehe S. IV) ist schließlich Ihre Meinung gefragt! Bitte nehmen Sie sich ein paar Minuten Zeit und helfen uns mit Ihrer Beantwortung unserer Fragen, die jM zukünftig noch lesenswerter zu gestalten. Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre!

Thomas Voelzke

„Pics or it didn't happen“?! – Die Fotodokumentation betrieblicher Veranstaltungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive*

RA Tim Faulhaber und Wiss. Mit. Martin Scheurer

A. Einleitung

Kaum eine betriebsinterne Veranstaltung, sei es nun das Firmenjubiläum, die Weihnachtsfeier oder aber auch der Betriebsausflug, wird ohne entsprechende Fotodokumentation vorgenommen. Die Gründe hierfür sind zahlreich, wobei sowohl interne Beweggründe, wie bspw. Teambuilding als auch etwa die externe Vermarktung des Unternehmens ausschlaggebend sein können. Sofern im Rahmen einer unternehmensinternen Veranstaltung allerdings Fotografien der Mitarbeiter und/oder Gäste angefertigt und veröffentlicht werden, liegt darin grds. ein Eingriff in das Recht am eigenen Bild der betroffenen Personen gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹ Auch nach europäischer Lesart ergibt sich ein entsprechender Eingriff in die Vorgaben des Art. 8 Abs. 1 bzw. Art. 7 Var. 1 der Charta der Grundrechte der EU.²

Es gilt der Grundsatz, dass es allein dem Betroffenen obliegt, darüber zu entscheiden, wer unter welchen Umständen sein Bildnis anfertigt und veröffentlicht.³ Mit Blick darauf, dass der Begriff der Veröffentlichung als Bekanntgabe gegenüber einer nicht begrenzten Öffentlichkeit zu verstehen ist,⁴ unterfällt dabei bspw. auch die Freigabe der Fotografie innerhalb des Intranets oder aber der Abdruck in einer unternehmensinternen Zeitung dem Zwang zur Rechtfertigung. Der vorliegende Beitrag beleuchtet daher Möglichkeiten der rechtskonformen Fotodokumentation betriebsinterner Veranstaltungen, wobei sowohl gesetzliche (dazu unter B.I.) als auch selbstbestimmte Rechtfertigungsmöglichkeiten (dazu unter B.II.) untersucht werden.

B. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Erlaubnistatbestände zur Veröffentlichung etwaiger Fotografien der Mitarbeiter und Gäste einer betrieblichen Veranstaltung finden sich zunächst innerhalb gesetzlicher Erlaubnistatbestände (dazu unter I.). Mit Blick darauf, dass aber auch die Einwilligung der betroffenen Person ein denkbarer Weg ist, sind die Anforderungen an die Einwilligung im Kontext etwaiger Fotografien innerhalb unternehmensinterner Veranstaltungen gesondert zu untersuchen (dazu unter II.).

I. Gesetzliche Erlaubnistatbestände

Soweit die Veröffentlichung der Fotografien auf Grundlage gesetzlicher Tatbestände angedacht wird, kommen sowohl die Vorgaben des Kunsturhebergesetzes (KUG) (dazu unter 1.) als auch die der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) (dazu unter 2.) in Betracht.

1. Der Ausnahmetatbestand des § 23 KUG

Eine gesetzliche Rechtfertigung der Veröffentlichung etwaiger Bildnisse von Beschäftigten kann sich auf Grundlage des KUG ergeben. Den Vorgaben des KUG zufolge bedarf es regelmäßig dann keiner Zustimmung der betroffenen Personen, wenn ein Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 KUG erfüllt ist und die abgebildete Person keine berechtigten Interessen gegen die Veröffentlichung i.S.d. § 23 Abs. 2 KUG geltend machen kann.⁵ Im Kontext etwaiger Betriebsveranstaltungen könnte dabei insbesondere der Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG einschlägig sein.⁶

a. Anwendbarkeit des KUG nach Geltung der DS-GVO

Problematisch ist zunächst, dass Fotografien, als personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO,⁷ sowohl unter den Anwendungsbereich des KUG als auch unter das Regelungsregime des Datenschutzrechts fallen

* Dieser Aufsatz wurde erstveröffentlicht in AnwZert ITR 23/2018 Anm. 3.

1 Statt vieler Hermann in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 3, Stand 01.08.2018; Maschmann in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 45.

2 So in der Tendenz ebenfalls Benecke/Groß, NZA 2015, 833, 834.

3 Vgl. dazu etwa Fischer, NZA 2018, 8, 10; Engels in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 2, Stand 04.06.2018; Maschmann in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 45.

4 Vgl. etwa Fischer, NZA 2018, 8, 9.

5 Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 580.

6 Allgemein dazu im betrieblichen Kontext: Benecke/Groß, NZA 2015, 833, 834.

7 Zur Einordnung der Fotografie als personenbezogenes Datum: Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578; Schild in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition, Art. 4 DS-GVO Rn. 16, Stand 01.02.2018.

können.⁸ Wenngleich bislang weitestgehend Einigkeit herrschte, dass den Vorgaben des KUG Vorrang vor den Bestimmungen des BDSG a.F. einzuräumen war, ist das Verhältnis zwischen KUG und der DS-GVO derzeit nicht abschließend geklärt.⁹ Zwar hat das OLG Köln jüngst entschieden, dass die Vorgaben des KUG jedenfalls im Rahmen der Bildberichterstattung fortbestehen können,¹⁰ damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob dessen Vorgaben auch abseits journalistischer Tätigkeiten herangezogen werden können.¹¹

Insbesondere innerhalb der juristischen Literatur wird dabei allerdings für die Fortgeltung der KUG-Vorgaben plädiert, wobei die Grundlage für das Aufrechterhalten teils in den Vorgaben des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, teils in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erblickt wird.¹² Ob und in welchem Umfang die Vorgaben des KUG weiterhin Geltung beanspruchen, ob der nationale Gesetzgeber entsprechende Anpassungen vornimmt¹³ oder ob es letztlich ausschließlich bei den Vorgaben der DS-GVO verbleibt, kann jedenfalls zum aktuellen Zeitpunkt nicht beantwortet werden. Aber selbst für den Fall, dass letztlich allein die Vorgaben der DS-GVO entscheiden, sollten die historisch gewachsenen und sorgsam austarierten Vorgaben des KUG jedenfalls innerhalb etwaiger Interessenabwägungen einbezogen werden.¹⁴ Vor diesem Hintergrund soll daher in der gebotenen Kürze auf den Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG eingegangen werden.

b. Die Vorgaben des § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG

§ 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG sieht vor, dass Bilder, auf denen Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeiten erscheinen, auch ohne die nach § 22 KUG erforderliche Einwilligung verarbeitet und zur Schau gestellt werden dürfen. Vorausgesetzt wird dabei, dass die abgebildeten Personen das Bild im Sinne der Norm nicht „prägen“.¹⁵ Ein solcher Fall kann regelmäßig dann angenommen werden, wenn die abgebildete Person hinweggedacht werden kann, ohne dass sich das Gesamtgefüge des Bildes verändert.¹⁶ Liegt bspw. der Fokus der Aufnahme auf dem Betriebsgelände, ist eine einwilligungslose Rechtfertigung der Fotografie auch dann möglich, wenn neben Betriebsgegenständen auch Beschäftigte zu sehen sind.¹⁷

Jedenfalls solange und soweit die zu veröffentlichenden Bilder im Kontext einer betrieblichen Veranstaltung nicht gezielt einzelne Personen herauslösen,¹⁸ sondern vielmehr das Gesamtgeschehen porträtieren, kann an eine Veröffentlichung ohne dezidierte Einwilligung der betroffenen Personen gedacht werden. Begrenzt wird die Befugnis zur Veröffentlichung jedoch durch die Vorgaben des § 23 Abs. 2 KUG: Die Verbreitung und Schaustellung ist zu unterlassen, wenn dadurch ein berechtigtes Interes-

se des Abgebildeten verletzt wird. Mit Blick darauf, dass abwägungsrelevante Tatsachen auf Grundlage der jüngeren EGMR-Rechtsprechung bereits im Rahmen des § 23 Abs. 1 KUG einbezogen werden müssen, ist der verbleibende Anwendungsbereich der Rückausnahme tendenziell gering.¹⁹

2. Die Veröffentlichung auf Grundlage berechtigter Interessen gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO

Da die fortgesetzte Anwendbarkeit des KUG derzeit nicht abschließend beantwortet werden kann, wird die Rechtfertigung der Veröffentlichung insbesondere unter Heranziehung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO diskutiert.²⁰ Die Verarbeitung der Fotografien ist auf Grundlage der Norm regelmäßig dann legitimiert, wenn die Veröffentlichung zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen.

Deutlich wird, dass auch die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO eine mit den Bestimmungen des § 23 KUG vergleichbare, umfassende Interessenabwägung voraussetzen, diesbezüglich aber mangels korrespondierender Rechtsprechung gehörige Rechtsunsicherheit be-

8 Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1058.

9 Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1059.

10 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 - 15 W 27/18 - ZD 2018, 434, 435.

11 So auch Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 397.

12 Vgl. dazu Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 581 ff.; Engels in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 29a, Stand 04.06.2018; Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu § 22 KUG Rn. 2.

13 Dafür plädiert Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 585.

14 So auch Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057, 1061; Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu § 22 KUG Rn. 2.

15 Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 35; Engels in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 12, Stand 04.06.2018.

16 Benecke/Groß, NZA 2015, 833, 834; Engels in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 12, Stand 04.06.2018; Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 35 mit Verweis auf OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.08.1989 - 14 U 105/88 „Unfallfoto“.

17 Vgl. Engels in: Ahlberg/Götting, BeckOK, Urheberrecht, 21. Edition, § 22 KUG Rn. 13, Stand 04.06.2018.

18 Vgl. dazu Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 36.

19 Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 46 ff.; Hermann in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 21. Edition, § 23 KUG Rn. 26, Stand 01.08.2018.

20 So etwa Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 581; Hildebrand, ZUM 2018, 585, 589; Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 397.

steht.²¹ Diese Rechtsunsicherheit kann, jedenfalls solange die Unionsrechtswidrigkeit der KUG-Grundsätze nicht festgestellt wird,²² auf Grundlage der Kasuistik zu den §§ 22, 23 KUG abgefedert werden.²³

Insofern kommt eine Rechtfertigung der Veröffentlichung auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO in Betracht, wenn die abgebildeten Personen nicht im Zentrum der Aufnahme stehen, das Gesamtwerk keinesfalls prägen, sondern vielmehr zufällig im Rahmen der Aufnahme abgebildet werden. In diesen Fällen spricht vieles dafür, dass das wirtschaftliche Interesse der Unternehmen, bspw. an der Dokumentation der betrieblichen Veranstaltung zu Werbezwecken, der internen Stärkung des Betriebsklimas, der Bindung an den Betrieb (Betriebsstreuung) sowie ggf. auch zur Kundenbindung im Rahmen weiterer Marketingmaßnahmen den Interessen der Betroffenen überwiegt.²⁴

3. Zwischenergebnis

Auch nach Geltung der DS-GVO ist die Veröffentlichung etwaiger Bildnisse im Rahmen firmeninterner Veranstaltungen abseits der Einwilligung denkbar. Unabhängig davon, ob man das maßgebliche Rechtsregime in den Vorgaben der §§ 22, 23 KUG oder aber in der Interessennorm des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO erblicken möchte, ist der diesbezügliche Anwendungsbereich allerdings äußerst begrenzt. Jedenfalls für den Fall, dass die Person im Mittelpunkt der Aufnahme steht, sollte der Bogen der Zulässigkeit auf Grundlage gesetzlicher Erlaubnistatbestände überspannt sein.

II. Die Veröffentlichung auf Grundlage einer Einwilligungserklärung

Kommt es dem Verantwortlichen, wie meist, darauf an, gezielt Personen oder Personengruppen im Rahmen der betrieblichen Veranstaltung zu fotografieren, wird dies rechtssicher lediglich auf Grundlage einer Einwilligungserklärung gelingen.²⁵

1. Maßgebliches Regelungsregime

Auch im Kontext der Einwilligungserklärung stellt sich bei der Anfertigung etwaiger Fotografien im Rahmen betriebsinterner Veranstaltungen die Frage, welches Normenwerk bei der Einholung der Erklärung zu beachten ist. Mithin kommen neben den unmittelbaren Vorgaben der DS-GVO in Art. 4 Nr. 11, Art. 7 sowie ggf. Art. 8 DS-GVO auch die Bestimmungen des § 22 Abs. 1 KUG als auch ergänzend die des § 26 Abs. 2 BDSG in Betracht. Hierbei stellt sich insbesondere das Problem, dass sowohl die Form- als auch die Widerrufsvoraussetzungen zwischen

den unterschiedlichen Rechtsregimen erheblich divergieren.²⁶ Während die DS-GVO als auch das BDSG den Widerruf grds. an keinerlei Voraussetzungen knüpfen (Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DS-GVO), wird die freie Widerrufbarkeit im Rahmen des KUG abgelehnt.²⁷ Formerfordernisse finden sich hingegen nach den Vorgaben des KUG als auch auf Grundlage des BDSG.²⁸

Die Problematik verschärft sich im Kontext etwaiger Unternehmensveranstaltungen zudem erheblich. Mit Blick darauf, dass insbesondere bei unternehmensbedingten Aktivitäten sowohl Beschäftigte als auch bspw. externe Teilnehmer im Zentrum etwaiger Fotografien stehen können, wäre hinsichtlich der einschlägigen Vorgaben grds. zu differenzieren. Während sich die Einwilligung externer Teilnehmer nach den Vorgaben der DS-GVO oder aber des KUG richten könnten, sind bei der Zustimmung durch die Beschäftigten die Bestimmungen des § 26 Abs. 2 BDSG zusätzlich in den Fokus zu nehmen. Auch dieser gordische Regelungsknoten wird letztlich lediglich auf Grundlage höchstrichterlicher Rechtsprechung oder aber einer entsprechenden legislativen Reaktion zu lösen sein, sodass – auch unter Einbeziehung des Grundrechtgehalts der selbstbestimmten Datendisposition – ein Gebot zur Vorsicht ausgesprochen werden muss. Hierbei kann darauf abgestellt werden, dass die einschlägigen Bestimmungen des BDSG auf den Einwilligungsmodalitäten der DS-GVO beruhen, diese allerdings in einem restriktiven Sinne modifizieren.²⁹ Mithin ist davon auszugehen, dass jedenfalls unter Einhaltung der BDSG-Anforderungen dem Datenschutzrecht entsprochen wird. Für dieses Ergebnis sprechen zuletzt auch praktische Erwägungen, da es im Kontext einer Betriebsveranstaltung kaum umsetzbar ist, in jedem Fall rechtssicher den Betroffenenkreis der

21 So Ziebarth/Elsaß, ZUM 2018, 578, 581.

22 So deutlich Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu § 22 KUG Rn. 2.

23 Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Specht in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu § 22 KUG Rn. 2.

24 Der Begriff des berechtigten Interesses umfasst nicht nur rechtliche oder tatsächliche, sondern auch wirtschaftliche Interessen des Verantwortlichen, wobei insbesondere auch Werbemaßnahmen ein solches Interesse darstellen können, vgl. Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369, 370; Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DS-GVO Rn. 146 sowie Rn. 175.

25 So auch Bergt in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2018, Teil H, Vorbemerkung zu Ziffer 1.

26 So auch Hansen/Brechtel, GRUR-Prax 2018, 369.

27 Vgl. dazu etwa Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 397; Remmert, MMR 2018, 507, 508.

28 Vgl. zur Schriftform der Einwilligung auf Grundlage des KUG: BAG, Urt. v. 11.12.2014 - 8 AZR 1010/13 - NZA 2015, 604, 606 Rn. 26.

29 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 97 sowie Pötters in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 84.

jeweiligen Fotografie zu ermitteln. Dem Gebot des sichersten Wegs folgend ist daher, jedenfalls derzeit, der Rekurs auf die strengeren Anforderungen des § 26 Abs. 2 BDSG angezeigt.

2. Die formellen Einwilligungsvoraussetzungen

Während die Einwilligung im Sinne der DS-GVO grds. formfrei erteilt werden kann,³⁰ sieht § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG vor, dass die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis grds. der Schriftform bedarf. Eine Abweichung vom Grundsatz der Schriftform ist nur dann angezeigt, wenn aufgrund besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Wenngleich damit festgehalten wird, dass Formerleichterungen denkbar sind, wird nicht deutlich, unter welchen Umständen die Abweichung angezeigt ist. Der zugrunde liegende Regierungsentwurf stellt lediglich ergänzend klar, dass mittels der Schriftform zugleich den Nachweispflichten des Art. 7 Abs. 1 DS-GVO Rechnung getragen werden soll.³¹

Es bleibt also dabei, dass sich der Rechtsanwender zunächst am Wortlaut der Norm orientieren muss, wobei das Schriftformerfordernis des § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG den Ausgangspunkt bildet. Mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut als auch auf die Intention des Gesetzgebers, der auf Grundlage der Schriftform die informationelle Selbstbestimmung der Beschäftigten in den Fokus rücken wollte,³² ist davon auszugehen, dass tatsächlich die Schriftform i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB herangezogen werden muss.³³ Auch systematisch wäre die vorgesehene Rückausnahme der besonderen Umstände weitestgehend ihres Anwendungsbereichs beraubt, wenn das Schriftformerfordernis in einem weiten Sinne zu interpretieren wäre. Mithin ist der Rückgriff auf die Textform oder möglicherweise sogar auf konkludente Einwilligungsformen lediglich auf Grundlage der Vorgaben des § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG möglich, wobei deutlich wird, dass diese eine zweistufige Prüfung indizieren. Allein das Vorliegen eines (allgemeinen) besonderen Umstandes ist nicht ausreichend, um vom Grundsatz der Schriftform abzuweichen. Die Formerleichterung muss in der Folge, wie der Wortlaut hinreichend klarstellt, auch angemessen im Einzelfall sein.

a. Besondere Umstände i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG

Vorab ist zu klären, ob ein besonderer Umstand gegeben ist, der die Abweichung von der Schriftform rechtfertigt. Diese sind regelmäßig in der allgemeinen Ausgestaltung des Arbeitsumfeldes zu suchen, wobei bspw. die reine Homeoffice-Tätigkeit als besonderer Umstand gewertet werden kann.³⁴ Auch die Platzierung etwaiger Fotos inner-

halb des firmeneigenen Netzwerks oder aber im Kontext der unternehmerischen Online-Präsenz wurde bereits als besonderer Umstand genannt,³⁵ sodass die Abweichung von der Schriftform im Kontext unternehmerischer Veranstaltungen nicht abwegig erscheint. Insbesondere da derartige Veranstaltungen oftmals im Zusammenhang mit besonderen (firmeninternen) Ereignissen stehen, zeitlich eng begrenzt stattfinden und die Teilnahme regelmäßig zwar erwartet, oftmals aber nicht verpflichtend ist, spricht vieles dafür, jedenfalls für den begrenzten Zeitraum der Unternehmensveranstaltung vom Grundsatz der Schriftform abzuweichen.

b. Die Angemessenheit im Einzelfall

Auf zweiter Stufe verbleibt die Prüfung, ob die Abweichung im Einzelfall tatsächlich angemessen ist. Auch im Rahmen der damit intendierten Interessenabwägung bietet es sich an, bereits benannte Interessen aufseiten des Arbeitgebers als auch aufseiten des Arbeitnehmers heranzuziehen. Weiterhin gilt es, im Rahmen betriebsinterner Veranstaltungen zu berücksichtigen, dass regelmäßig damit gerechnet werden muss, dass bspw. die Feierlichkeit anlässlich eines Betriebsjubiläums fotodokumentiert wird. Weiterhin ist festzuhalten, dass die Grenze der freien, selbstbestimmten Einwilligung jedenfalls dann erreicht ist, wenn der Betroffene deutlich zum Ausdruck bringt, dass er gerade nicht in den Fokus etwaiger Fotografien geraten möchte. Mit anderen Worten: Es steht den Betroffenen jederzeit frei, nicht im Zentrum der Fotografie zu stehen und entsprechenden Aufnahmen „aus dem Weg zu gehen“. Aufseiten der Verantwortlichen, also regelmäßig der Unternehmensleitung, sind zudem praktische Erwägungen zu berücksichtigen. Mithin ist die Einholung der konsequenterweise zeitlich vorab zu erteilenden, schriftlichen Einwilligungserklärung mit einem nicht zu unterschätzenden Bürokratieaufwand verbunden. Die Problematik verschärft sich zudem im Fall spontaner Veranstaltungen-

30 Vgl. dazu statt vieler Heckmann/Paschke in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 35.

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

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

33 So auch Gola, BB 2017, 1462, 1467; a.A. Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition, § 26 BDSG Rn. 45, Stand 01.08.2018; Pötters in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 89.

34 Vgl. dazu etwa vgl. Düwell/Brink, NZA 2017, 1081, 1085; dem folgend Gola, BB 2017, 1462, 1468; Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition, § 26 BDSG Rn. 45, Stand 01.08.2018.

35 So Gräber/Nolden in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 35.

teilnehmer – Eintritt nur nach Vorlage einer gültigen Einwilligungserklärung?

c. Praktische Ausgestaltung

Es spricht vieles dafür, dass auch gesonderte, firmeninterne Veranstaltungen als besondere Umstände i.S.d. § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG zu werten sind, wobei die Angemessenheit der Schriftformabweichung in der Folge regelmäßig angezeigt sein dürfte. Mit Blick darauf, dass die Vorgaben des § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG gerade keine Minimalformanforderungen statuieren, sondern allgemein (jedwede) Abweichungen vom Grundsatz der Schriftform legalisieren, sofern die Anforderungen gegeben sind, kommt neben der Textform auch die mündliche respektive die konkludente Einwilligungserklärung in Betracht.³⁶ Insofern ist es durchaus denkbar, dass das Posieren vor der Kamera als eindeutig und unmissverständlich bestätigende Handlung interpretiert werden muss, mit der die betroffene Person bekundet, dass sie mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einverstanden ist.³⁷

Freilich wohnt dieser Lösung ein Aspekt der Rechtsunsicherheit inne, auf den gerade aus anwaltlicher Perspektive hinzuweisen ist. Dem Gebot des sichersten Weges wird man letztlich nur auf Grundlage der grds. intendierten Schriftform i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB entsprechen.³⁸

3. Die materiellen Einwilligungsvoraussetzungen

Die materiellen Einwilligungsvoraussetzungen fordern insbesondere, dass die Einwilligung bestimmt, informiert sowie freiwillig abgegeben wird. Wenngleich auch dem Merkmal der Bestimmtheit, also letztlich der Zweckgebundenheit der Erklärung sowie dem Merkmal der Informiertheit zentrale Bedeutung beizumessen ist, gestaltet sich insbesondere die Frage nach der Freiwilligkeit bei der potenziellen Verarbeitung etwaiger Beschäftigtendaten als neuralgischer Punkt.³⁹

a. Freiwillig fotografiert?

Vor dem Hintergrund des „Ungleichgewichts der Macht innerhalb des Beschäftigungskontexts“⁴⁰ finden sich im Rahmen des novellierten BDSG gesonderte Vorgaben zur Beurteilung der Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis. Mithin sieht § 26 Abs. 2 Satz 1 BDSG ergänzend zu den Bestimmungen der DS-GVO vor,⁴¹ dass bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen sind. Entscheidungserheblich sind dabei allem voran der Zeit-

punkt der Einholung (vor oder nach Beginn des Arbeitsverhältnisses), die konkreten personenbezogenen Daten sowie die damit verbundene Eingriffstiefe.⁴² Dabei kann von der Freiwilligkeit der Erklärung ausgegangen werden, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird, oder der Arbeitgeber und die beschäftigte Person gleich gelagerte Interessen verfolgen, vgl. § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG. Im Kontext gleich gelagerter Interessen bezieht sich der Gesetzgeber insbesondere auf die „[...] Nutzung von Fotos für das Intranet [...], bei der Arbeitgeber und Beschäftigter im Sinne eines betrieblichen Miteinanders zusammenwirken“.⁴³ Seine Grenzen findet das Postulat der Freiwilligkeit aber jedenfalls dann, wenn eine echte Wahlmöglichkeit des Beschäftigten ausgeschlossen wird. In diesem Sinne dürfen dem Beschäftigten im Fall der Einwillungsverweigerung keinerlei nachteiligen Konsequenzen drohen.⁴⁴ Für die Anfertigung etwaiger Fotografien im Rahmen betrieblicher Veranstaltungen ist damit insbesondere darauf zu achten, dass den Betroffenen im Allgemeinen sowie den Beschäftigten im Speziellen die folgenlose Möglichkeit verbleibt, nicht in den Fokus der Aufnahmen zu geraten. Ein ähnliches Vorgehen sieht bspw. auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe vor, welche die Anfertigung von Filmaufnahmen im betrieblichen Kontext auf Grundlage einer Einwilligung für zulässig erachtet, solange und soweit den Mitarbeitern die Möglichkeit eröffnet wird, den Aufnahmen fernzubleiben.⁴⁵

b. Informiert fotografiert?

Auch nach den Vorgaben der DS-GVO respektive des BDSG bleibt es dabei, dass die Einwilligung in informierter Weise,

36 So auch Maschmann in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 64; nicht überzeugend Gräber/Nolden in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 37, welche davon ausgehen, dass aufgrund des grundsätzlichen Formerfordernisses die mündliche Erteilung ausgeschlossen sein soll.

37 Vgl. Erwägungsgrund 32 Satz 1 DS-GVO.

38 Vgl. in dieser Tendenz etwa Pötters in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 89; Kamps/Bonanni, ArbRB 2018, 50, 53; Kleinebrink, DB 2018, 1729, 1734.

39 Statt vieler Tinnefeld/Conrad, ZD 2018, 391, 396; Kleinebrink, DB 2018, 1729, 1733; Pötters in: Gola, DS-GVO, Art. 88 Rn. 85 ff.

40 So plastisch die Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev. 01, S. 7.

41 Vgl. dazu umfassend Heckmann/Paschke in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 47 ff.

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

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

44 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev. 01, S. 8.

45 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev. 01, S. 8.

also i.S.d. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO bekundet werden muss. In der Folge obliegt es dem Verantwortlichen, die betroffenen Personen vorab über die Konsequenzen der einwilligungsbasierten Verarbeitung aufzuklären, wobei sich eine Orientierung an den innerhalb der Art. 12 ff. DS-GVO genannten Informationsbestandteilen anbietet.⁴⁶ Mithin sollten zumindest über die folgenden Punkte hinreichende Informationen zur Verfügung gestellt werden:

- Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen,
- Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten,
- Zwecke der Verarbeitung im konkreten Fall,
- mögliche Empfänger,
- Dauer der Datenspeicherung,
- Rechte des Betroffenen nach den Vorgaben der DS-GVO,
- Belehrung über das einwilligungsbezogene Widerrufsrecht sowie
- über das Beschwerderecht bei der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Für den Fall, dass sich der Verantwortliche für die schriftliche Erklärung entscheidet, sollten die erforderlichen Informationsteile im Rahmen der Erklärung, bspw. auf der Rückseite der Einwilligung, abgedruckt werden. Sofern das Unternehmen die Einwilligungserklärung abseits der Schriftform einholen möchte, bieten sich letztlich zwei Möglichkeiten zur Informationsvermittlung an:

Naheliegender, wenn auch allgemein wenig praktikabel, wäre die datenschutzrechtliche Aufklärung durch den jeweils eingesetzten Fotografen. Abseits des Umstandes, dass der Fotografierende in dieser Konstellation weit mehr Zeit zur Erfüllung der Informationspflichten als zur eigentlichen Fotografie verwenden würde, sind die Vorgaben des § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG gesondert zu berücksichtigen. Mithin hat der Arbeitgeber die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO in Textform aufzuklären. Die ausschließlich mündliche Informationserteilung ist also, abseits der Frage der Nachweisbarkeit, bereits aus diesem Grund problematisch.

Vielversprechender ist damit der Ansatz, die erforderlichen Informationen im Rahmen eines Aushangs an der Schwelle zu dem jeweiligen Veranstaltungsort zu platzieren. Dabei muss die „Informationstafel“ deutlich sichtbar platziert sein, gut lesbar formatiert und letztlich inhaltlich verständlich ausgestaltet sein. Um den Anforderungen des § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG in jedem Fall zu entsprechen, sollte der Aushang dabei die Möglichkeit bieten, bspw. anhand eines entsprechenden QR-Codes, weiterführende Informationen online abzurufen und diese auch dauerhaft zu speichern. Zudem sollte auf den Aushang als auch auf die vorgesehenen (freiwilligen) Fotografien vor Betreten des Veranstaltungsgeländes hingewie-

sen werden. Ein weiterer Hinweis durch den jeweiligen Fotografen als auch die nochmalige Platzierung des Aushangs innerhalb des Veranstaltungsgeländes sind dabei zumindest empfehlenswert.

4. Freie Widerrufbarkeit der Einwilligungserklärung?

Weiterhin sehen auch die Vorgaben des BDSG die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung i.S.d. Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO vor.⁴⁷ Dabei ist anerkannt, dass der Widerruf lediglich ex nunc wirkt.⁴⁸ Ob der Widerruf allerdings auch innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses jederzeit, ohne Angaben von Gründen möglich sein soll, wird vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtspraxis kritisch hinterfragt.⁴⁹ Dabei ist festzuhalten, dass der Widerruf auch vor dem Hintergrund unionsrechtlich geprägter Vorgaben seine Grenzen dort finden sollte, wo der Rechtsmissbrauch offensichtlich zutage tritt.⁵⁰

C. Fazit

Unbenommen, es mag betriebsinterne Veranstaltungen geben, welche nicht in den Fokus fotodokumentarischer Aufnahmen geraten sollten. Für den Fall aber, dass entsprechende Fotografien angefertigt werden sollen, bietet auch das novellierte Datenschutzrecht Möglichkeiten zur rechtskonformen Ausgestaltung. Sofern lediglich das Geschehen, die Veranstaltung an sich, Gegenstand der Aufnahme ist und etwaige Personen lediglich als „Beiwerk“ zu sehen sind, bietet es sich jedenfalls nach derzeitigem Stand an, die Legitimation der Aufnahme in den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DS-GVO zu suchen. Wird hingegen gezielt die Aufnahme etwaiger Personen und/oder Personengruppen forciert, verbleibt den Verantwortlichen lediglich der Rückgriff auf die Einwilligung, bspw. im Rahmen der Anmeldung zur Veranstaltung. Mit Blick darauf, dass bei betriebsinternen Veranstaltungen stets auch Beschäftigte Adressat der Verarbeitung sind, sollte dabei auf die restriktiven Vorgaben des § 26 Abs. 2 BDSG zurückgegriffen werden.

46 Heckmann/Paschke in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 40; Buchner/Kühling in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 DS-GVO Rn. 59.

47 Vgl. dazu auch BT-Drs. 18/11325, S. 98.

48 Vgl. dazu Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition, § 26 BDSG Rn. 48, Stand 01.08.2018.

49 Ausführlich hierzu Dzida/Grau, DB 2018, 189, 190; Assmus/Winzer, ZD 2018, 508, 513.

50 Dzida/Grau, DB 2018, 189, 190; dem folgend Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 25. Edition, § 26 BDSG Rn. 49, Stand 01.08.2018. In diesem Sinne auch Assmus/Winzer, ZD 2018, 508, 513.

Unzulässige E-Mail-Werbung in Form einer Kundenzufriedenheitsbefragung BGH, Urt. v. 10.07.2018 - VI ZR 225/17

Prof. Dr. Frank Weiler

A. Problemstellung

Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation – EK-Datenschutz-RL) lässt einen Versand von E-Mails an natürliche Personen (Nutzer, Art. 2 Satz 2 Buchst. a EK-Datenschutz-RL) zum Zweck der Direktwerbung nur zu, wenn eine vorherige Einwilligung des Empfängers vorliegt. Die Regelung ist in § 7 Abs. 2 UWG umgesetzt; Unterlassung kann der Empfänger aber nur verlangen, wenn er Mitbewerber ist (§ 8 Abs. 3 UWG).¹ Als natürliche Person hat er nach bisheriger Rechtsprechung des BGH aber wegen eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 BGB einen Unterlassungsanspruch, wenn die Zusendung gegen seinen eindeutig erklärten Willen erfolgt.² Fehlt es, wie im jetzt entschiedenen Fall, aber an einer solchen Willensäußerung, stellt sich die bislang vom BGH offengelassene Frage,³ ob eine richtlinienkonforme Auslegung dahin gehend erforderlich ist, dass ein Eingriff schon vorliegt, wenn keine vorherige Einwilligung gegeben ist. Im konkreten Fall war zudem zu klären, ob es für eine Direktwerbung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 EK-Datenschutz-RL genügt, dass in einer E-Mail, mit der eine Rechnung übersandt wurde, zur Teilnahme an einer Kundenzufriedenheitsbefragung aufgefordert wurde.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Der Kläger kaufte bei der Beklagten über eine Internetplattform ein Ultraschallgerät. Nach Abwicklung des Kaufs erhielt er ca. zwei Wochen später per E-Mail von der Beklagten die Rechnung. Neben einem Dank für den Kauf enthielt diese E-Mail auch die Bitte, an einer verlinkten Kundenzufriedenheitsbefragung teilzunehmen und eine positive Bewertung abzugeben. Der Kläger sah hierin eine unerlaubte Zusendung von Werbung und verlangte Unterlassung.

II. Der BGH gab der Klage im Gegensatz zu den Vorinstanzen statt. Zwar habe der Kläger keinen Anspruch aus § 7 Abs. 1, 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 UWG, da er nicht zu den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Anspruchsberechtigten gehöre. Er könne aber aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog Unterlassung verlangen, da ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliege und die Wiederholungsgefahr durch das rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert sei.

In Übereinstimmung mit einer früheren Entscheidung⁴ ordnet der BGH die Verwendung elektronischer Post ohne Einwilligung des Empfängers als einen Eingriff in die geschützte Privatsphäre und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein. Allerdings gelte das grds. nur, wenn die Kontaktaufnahme gegen den eindeutig erklärten Willen des Empfängers erfolge, da ansonsten die Freiheit kommunikativen Verhaltens schwer beeinträchtigt werde. Danach wäre ein Eingriff zu verneinen gewesen, da der Kläger vor der Zusendung nicht eindeutig erklärt hatte, keine Werbe-E-Mails erhalten zu wollen.

Etwas anderes ergebe sich aber aus einer richtlinienkonformen Auslegung. Nach Art. 13 Abs. 1 EK-Datenschutz-RL sei die Verwendung elektronischer Post für Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer oder bei Vorliegen der in Art. 13 Abs. 3 EK-Datenschutz-RL genannten Voraussetzungen zulässig. Diese Regelung diene, wie sich aus Art. 1 Abs. 1 EK-Datenschutz-RL und den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 ergebe, dem Schutz der Privatsphäre im Bereich der elektronischen Kommunikation. Da die nationalen Gerichte verpflichtet seien, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräume, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, sei eine richtlinienkonforme Auslegung geboten. Diese gehe dahin, dass bei einem Verstoß gegen Art. 13 Abs. 1 EK-Datenschutz-RL grds. ein Eingriff in die Privatsphäre zu bejahen sei.

Unter dieser Prämisse kommt es darauf an, ob die streitgegenständliche E-Mail zum Zwecke der Direktwerbung erfolgt ist. Die EK-Datenschutz-RL definiert diesen Begriff nicht. Der BGH greift auf Art. 2 Buchst. a RL 2006/114/EG (Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung) zurück. Werbung sei folglich jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes oder Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Diesem Begriff unterfielen auch Kundenzufriedenheitsabfragen.⁵ Sie dienen zumindest auch dazu, den befragten Kunden an sich zu binden und künftige Geschäftsabschlüsse zu fördern.

1 Vgl. BGH, Urt. v. 20.03.2013 - I ZR 209/11 Rn. 10 ff.; einschränkend Köhler, WRP 2017, 1025, 1032.

2 BGH, Urt. v. 15.12.2015 - VI ZR 134/15 Rn. 11.

3 BGH, Urt. v. 15.12.2015 - VI ZR 134/15 Rn. 15; siehe auch BGH, Urt. v. 14.03.2017 - VI ZR 721/15 Rn. 30.

4 BGH, Urt. v. 15.12.2015 - VI ZR 134/15 Rn. 11 ff.

5 Ebenso KG, Beschl. v. 07.02.2017 - 5 W 15/17 - GRUR-RR 2017, 245; OLG Dresden, Urt. v. 26.04.2016 - 14 U 1773/15 - GRUR-RR 2016, 462; OLG Köln, Urt. v. 19.04.2013 - I-6 U 222/12, 6 U 222/12 - GRUR-RR 2014, 80, 82; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 36. Aufl. 2018, § 7 Rn. 132.

Solche Befragungen vermitteln dem Kunden den Eindruck, der Unternehmer bemühe sich auch nach Geschäftsabschluss um ihn. Außerdem bringe er sich bei dem Kunden in Erinnerung, was der Kundenbindung diene und eine Weiterempfehlung ermögliche. Damit werde auch weiteren Geschäftsabschlüssen der Weg geebnet. Dass Rechnungszusendung und Kundenzufriedenheitsabfrage miteinander in einer E-Mail kombiniert worden waren, ändere ebenso wie die Kombination von Eingangsbestätigung und Werbung⁶ nichts an der Einordnung als Werbung.⁷ Zwar sei die Rechnungszusendung selbst keine Werbung, aber die Beklagte nutze die E-Mail zusätzlich auch zur Werbung. Für die Annahme, die nicht zu beanstandende Rechnungszusendung nehme der E-Mail insgesamt den Charakter der Werbung, sei kein Raum.

Die Einordnung als Werbung führt zusammen mit der fehlenden vorherigen Einwilligung des Klägers bei richtlinienkonformer Auslegung zu einem Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht. Ungeachtet des unionsrechtlichen Hintergrunds hält der BGH aber an der überkommenen Dogmatik fest, die eine gesonderte Rechtswidrigkeitsprüfung und damit eine Abwägung der widerstreitenden Interessen verlangt. Bei dieser Abwägung soll aber zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die sich aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ergebende Wertung beachtet werden.⁸ Nach dieser Vorschrift ist jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten stets unzumutbar und damit nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG unzulässig. Dies gelte regelmäßig auch für Kundenzufriedenheitsbefragungen. Der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG greife nicht, weil dazu bei der Erhebung der E-Mail-Adresse des Kunden und bei jeder Verwendung ein klarer und deutlicher Hinweis auf das Recht, der Verwendung jederzeit zu widersprechen, erfolgen muss – einen solchen Hinweis hatte die Beklagte jedoch unterlassen.

Vor diesem normativen Hintergrund geht der BGH von einem überwiegenden Interesse des Klägers aus. Zwar liege nur eine vergleichsweise geringfügige Interessenbeeinträchtigung vor, zumal er die Möglichkeit habe, die Anfrage einfach zu ignorieren. Gleichwohl sei das Hinzufügen von Werbung zu einer im Übrigen zulässigen E-Mail-Nachricht keine solche Bagatelle, dass eine Belästigung des Nutzers in seiner Privatsphäre ausgeschlossen wäre, da er sich mit der Anfrage zumindest gedanklich beschäftigen müsse. Hierbei möge sich der Arbeitsaufwand bei einer einzelnen E-Mail in Grenzen halten. Indessen sei zu bedenken, dass es bei Zulässigkeit dieser Werbung zu einem Nachahmungseffekt bei anderen Mitbewerbern komme, da E-Mails dieser Art schnell, billig und arbeitssparend versendet werden könnten und eine günstige Werbewirkung hätten; es

sei daher mit einem Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen. Das führe zu einem Summeneffekt und damit zu einer erheblichen Belästigung.⁹ Letztlich entscheidend für die Abwägung sei allerdings, dass es dem Versender zumutbar sei, die Anforderungen des § 7 Abs. 3 UWG einzuhalten, indem er dem Empfänger die Möglichkeit einräumt, der Verwendung seiner E-Mail-Adresse zu Werbezwecken zu widersprechen.

C. Kontext der Entscheidung

Das Urteil führt zu einer Verschärfung der bisherigen Rechtslage bei Zusendung von Werbung an natürliche Personen. Kam es bislang darauf an, ob der Empfänger der Zusendung widersprochen hat, genügt nunmehr das bloße Fehlen einer Einwilligung. Damit gleicht der BGH die bürgerlich-rechtliche der lauterkeitsrechtlichen Rechtslage ganz weitgehend an. Zwar ist die unverlangte Zusendung einer Werbe-E-Mail nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stets unzulässig, sofern § 7 Abs. 3 UWG nicht eingreift. Demgegenüber bleibt es trotz richtlinienkonformer Auslegung der § 823 Abs. 1, § 1004 BGB analog bei der Notwendigkeit einer zusätzlichen Interessenabwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung. Indessen lässt der BGH für eine Abwägung zugunsten des Versenders im Ergebnis selbst bei geringfügigen Belästigungen keinen Raum, wenn er auf den Nachahmungseffekt und die Möglichkeit, die Anforderungen des § 7 Abs. 3 UWG einzuhalten, verweist. Zugleich stellt die Entscheidung auch den Gleichlauf zur Rechtslage bei der Zusendung von E-Mail-Werbung an Unternehmen her. Hier nimmt der BGH einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ebenfalls schon dann an, wenn keine vorherige Einwilligung erteilt worden ist.¹⁰

D. Auswirkungen für die Praxis

Die praktische Bedeutung der Entscheidung liegt in der Vergrößerung des Kreises der Unterlassungsanspruchsberechtigten um Empfänger, die natürliche Personen sind, aber nicht zu den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Mitbewerbern gehören. Grds. kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, doch dürfte es regelmäßig an einem messbaren Vermögensschaden fehlen. Geldersatz für einen Nichtvermögensschaden scheidet aus, da keines der in § 253 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter

6 BGH, Urt. v. 15.12.2015 - VI ZR 134/15 Rn. 19.

7 A.A. Straub, ZJS 2016, 510, 514.

8 Zuvor schon BGH, Urt. v. 14.03.2017 - VI ZR 721/15 Rn. 28.

9 Vgl. Ohly in: Ohly/Sosnita, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 2.

10 BGH, Urt. v. 14.03.2017 - VI ZR 721/15 Rn. 14 ff.

verletzt ist und ein Schmerzensgeldanspruch aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen gewährt wird.¹¹

Es ist weiterhin möglich, per E-Mail um die Abgabe einer Kundenbewertung zu bitten. Dazu bedarf es aber entweder der vorherigen Einwilligung des Empfängers oder der Einhaltung des § 7 Abs. 3 UWG. Für die Einwilligung gilt seit dem 25.05.2018 Art. 4 Nr. 11 DS-GVO (Art. 2 Buchst. f. EK-Datenschutz-RL i.V.m. Art. 94 Abs. 2 Satz 1 DS-GVO).¹² Erforderlich ist eine freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Diese Einwilligung kann im Zuge des Bestellprozesses eingeholt werden. Die bloße Angabe der E-Mail-Adresse genügt dafür aber nicht. Soweit der Verwender sie im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung vom Kunden erhalten hat, ist eine Nutzung für Direktwerbung ohne Einwilligung nur unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG möglich. Werden sie eingehalten, geht die Interessenabwägung zugunsten des Werbenden aus. Die Bitte um Abgabe einer Kundenbewertung ist als Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen i.S.d. § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG einzuordnen, da der BGH bei der Interessenabwägung ausdrücklich darauf verweist, dass die Vorgehensweise des § 7 Abs. 3 UWG dem Versender zumutbar ist. Entscheidend ist dann, dass der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Verwender sowohl bei der Erhebung der Adresse wie auch bei der Verwendung klar und deutlich darauf hinweist, dass der Kunde der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen (§ 7 Abs. 3 Nr. 3, 4 UWG).

E. Bewertung

Die richtlinienkonforme Auslegung ist recht formelhaft begründet. Im Ergebnis ist dem BGH aber zuzustimmen. Art. 13 Abs. 6 Satz 1 EK-Datenschutz-RL verlangt, dass natürliche oder juristische Personen, die durch Verstöße gegen die aufgrund des Art. 13 EK-Datenschutz-RL erlassenen Vorschriften beeinträchtigt werden und „somit“ ein berechtigtes Interesse an der Einstellung oder dem Verbot solcher Verstöße haben, gegen solche Verstöße gerichtlich vorgehen können. Verlangt ist damit ein Individualrechtsschutz der Teilnehmer oder Nutzer öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste. Dieser Individualschutz wird wegen

der durch § 8 Abs. 3 UWG beschränkten Anspruchsberechtigung durch das UWG nicht gewährt. Das Umsetzungsdefizit kann durch eine richtlinienkonforme Auslegung der § 823 Abs. 1, § 1004 BGB analog hinreichend beseitigt werden.¹³ Das setzt allerdings voraus, dass im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung das von Art. 13 Abs. 1 EK-Datenschutz-RL verlangte per-se-Verbot von E-Mail-Werbung ohne vorherige Einwilligung oder Einhaltung des Art. 13 Abs. 3 EK-Datenschutz-RL nicht konterkariert wird. Insofern ist die strenge Haltung des BGH, der auf den Summeneffekt und den rechtskonformen Weg des Art. 7 Abs. 3 UWG verweist, zu begrüßen.

¹¹ BGH, Urt. v. 24.05.2016 - VI ZR 496/15 Rn. 9 m.w.N.

¹² Vgl. zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 7 Rn. 188b.

¹³ Ohly in: Ohly/Sosnita, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 9; Heese, JZ 2016, 529, 530 f.; kritisch Köhler, WRP 2017, 1025, 1030 (aber Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB); a.A. Brömmelmeyer, GRUR 2006, 285, 292.

Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Inkassoschreiben

BGH, Urt. v. 22.03.2018 - I ZR 25/17

RA Prof. Dr. Stefan Ernst

A. Problemstellung

Ein Inkassoschreiben kann bei manch einem Verbraucher Panik auslösen. Das wissen auch die entsprechenden Dienstleister und fördern dies durch passend formulierte Drohungen. Ein Verbraucherverein ließ beim BGH einige dieser Formulierungen anhand von § 4a UWG überprüfen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Vorliegend scheidet die klagende Verbraucherzentrale Bayern allerdings auch in dritter Instanz mit ihrer Revision gegen ein Urteil des OLG Zweibrücken. Die Beklagte betreibt ein Inkassounternehmen. Sie verwendet zur Eintreibung von Forderungen gegenüber Verbrauchern Schreiben, in denen sie die Verbraucher unter Androhung gerichtlicher Schritte und von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Zahlung auffordert und ihnen verschiedene Zahlungsvarianten anbietet.

Die Klägerin meinte, hierdurch beeinträchtigte die Beklagte mit diesen Zahlungsaufforderungen in wettbewerbswidriger Weise die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern durch Druck. Konkret begehrte sie Unterlassung der Formulierungen:

„Letztmalig geben wir Ihnen die Möglichkeit, Ihre Forderungsangelegenheit ohne negative Auswirkungen für Sie zu erledigen. Die Gesamtforderung beträgt derzeit € ... und wächst durch Zinsen und Gebühren laufend an. Dieser Betrag erhöht sich nochmals erheblich, sobald wir einen gerichtlichen Mahnbescheid gegen Sie veranlassen. Nutzen Sie diese Chance und ersparen Sie sich gerichtliche Schritte und den Besuch des Gerichtsvollziehers oder Pfändungsmaßnahmen auf Konten und Einkünfte.“

[und]

„Die Einleitung gerichtlicher Schritte steht unmittelbar bevor. Nach Erwirkung eines Vollstreckungstitels besteht 30 Jahre lang die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung gegen Sie zu betreiben: Gerichtsvollzieher, Lohnpfändung, Kontopfändung, Haftbefehl, eidesstattliche Versicherung etc. ... Zusätzlich sind die durch diese Maßnahmen entstehenden Kosten gemäß §§ 284, 286 BGB von Ihnen zu tragen. Die derzeit offene Gesamtforderung von € ... wird sich dadurch weiter erhöhen.“

II. Der I. Senat überprüft vorliegend die Wertungen des Oberlandesgerichts zu § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG in Bezug auf diese Texte. Nach § 4a UWG handelt unlauter, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser anderenfalls nicht getroffen hätte. Eine aggressiv geschäftliche Handlung liegt vor, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers durch unzulässige Beeinflussung erheblich zu beeinträchtigen. Eine solche wiederum setzt voraus, dass der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

Letztlich teilt der I. Senat die Auffassung des Berufungsgerichts, dass in dem Inhalt der Zahlungsaufforderungen keine unzulässige Beeinflussung des angesprochenen Verbrauchers zu sehen sei. Zwar habe ein Inkassounternehmen gegenüber Verbrauchern eine Machtposition inne, die es ihr ermöglicht, auf einen Schuldner Druck auszuüben. Auch sei durch die Schreiben der Beklagten wegen der darin enthaltenen Drohung mit gerichtlichen Schritten und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen tatsächlich auch Druck ausgeübt worden. Dies aber beeinflusse die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nicht in unzulässiger Weise.

Eine unzulässige Beeinflussung liege nur vor, wenn die Machtposition gegenüber Verbrauchern in einer Weise zur Ausübung von Druck ausgenutzt wird, die die Fähigkeit der Verbraucher zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die beanstandete geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Entscheidung der angesprochenen Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten zu lassen.

Zwar erfüllten nicht nur Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen den Tatbestand des § 4a UWG, denn auch die Drohung mit einer rechtlich zulässigen Maßnahme könne die Fähigkeit der Verbraucher zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränken, wenn bei dieser Drohung verschleiert werde, dass der Schuldner die Möglichkeit hat, den Eintritt der angedrohten Maßnahme zu verhindern.

Eine mit bestimmten Zahlungsvorschlägen verbundene Zahlungsaufforderung sowie die Androhung gerichtlicher Schritte und anschließender Vollstreckungsmaßnahmen suggerierten jedoch nicht, dass eine Rechtsverteidigung des Schuldners aussichtslos sei. Es verschleierte auch nicht, dass der Schuldner in einem Gerichtsverfahren geltend machen könne, den beanspruchten Geldbetrag nicht zu schulden. Es sei davon auszugehen, dass auch der juristisch nicht vorgebildete Verbraucher wisse, dass er in einem Zivilprozess nicht zwangsläufig zur Zahlung verurteilt werde.

Eine abweichende Beurteilung sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die Forderung, deren Beitreibung die Beklagte mit dem beanstandeten Schreiben geltend macht, fragwürdig, bestritten oder verjährt wäre, wozu vorliegend keine Feststellungen getroffen wurden (Rn. 20). Auch der Versuch der Beitreibung einer bestrittenen oder möglicherweise verjährten Forderung sei für sich genommen wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden (Rn. 22).

Auch die zweite Formulierung beeinflusse die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nicht in unzulässiger Weise (Rn. 23 ff.), denn weder der Hinweis darauf, dass die Einleitung gerichtlicher Schritte unmittelbar bevorstehe, noch die anschließenden Hinweise auf mögliche Vollstreckungsmaßnahmen und die Wirksamkeit des Vollstreckungstitels seien eine Fehlinformation des Verbrauchers, denn die beanstandeten Passagen in dem Schreiben entsprächen den gesetzlichen Möglichkeiten, die einem Gläubiger für die Beitreibung seiner Forderung zur Verfügung stünden. Dies gelte auch hinsichtlich der ausdrücklichen Erwähnung der Möglichkeit eines Haftbefehls.

C. Kontext der Entscheidung

In der Entscheidung „Schufa-Hinweis“ hatte der BGH einen in der Mahnung eines Mobilfunkunternehmens erfolgten Hinweis auf die bevorstehende Übermittlung der Daten des Schuldners an die SCHUFA als unzulässig angesehen, da er nur dann im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen stehe, wenn nicht verschleiert werde, dass ein Bestreiten der Forderung durch den Schuldner selbst ausreicht, um eine Übermittlung der Schuldnerdaten zu verhindern.¹ Vorliegend zeigt der I. Senat nun umgekehrt auf, dass die Erwähnung anderer „Instrumente“ hingegen auch lauterkeitsrechtlich möglich sei. Selbst die nur en passant erfolgte, aber deshalb wohl umso wirksamere Erwähnung der Möglichkeit eines Haftbefehls sei nicht unzulässig, zumal in dem Schreiben ausdrücklich davon die Rede sei, dass die Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung erst nach Erwirkung eines Vollstreckungstitels besteht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Auch wenn der Begriff „Haftbefehl“ für den gewöhnlichen Adressaten allein strafprozessuale Bedeutung besitzt und seine Erwähnung in einem Mahnschreiben ausgesprochen

irritierende Wirkung auszulösen vermag, ist das Ergebnis wohl richtig. Unhöfliche, gar ruppige Schreiben zeugen vielleicht von schlechter Kinderstube, sind aber nicht per se gleich wettbewerbswidrig. Dass es Grenzen gibt, zeigen die Entscheidung zum Schufa-Hinweis und Sachverhalte mit freihändiger Androhung von Strafanzeigen.² Interessant wäre in diesem Zusammenhang einmal eine gerichtliche Äußerung zu Fällen aus dem gewerblichen Bereich, in denen angebliche Patentverletzungen mit dem Hinweis auf eine Ablösezahlung innerhalb einer kurzen Frist abgegolten werden könnten, dann allerdings nur mit einer höheren Summe nach einer weiteren Frist oder Ähnlichem.

Nun, die Entscheidung wird den Tonfall von Inkassounternehmen nicht verbessern. Offenbar meint man dort, dass diese Art von Druck die Zahlungsmoral verbessern würde. Es wäre bedauerlich, wenn auch die bislang höflicher agierenden Inkassoinstitute hierauf umsteigen würden. Bei echten juristischen Streitigkeiten verdirbt dies nur das Klima. Und bei zahlungsunfähigen Schuldnern nützt es auch nichts.

1 BGH, Urt. v. 19.03.2015 - I ZR 157/13 - „Schufa-Hinweis“.

2 Vgl. Seichter in: jurisPK-UWG, § 4a Rn. 99.

Arbeitsrecht

Der Kündigungsschutz des GmbH-Geschäftsführers

RA Dr. Rüdiger Werner

Das zwischen dem Geschäftsführer und der von ihm geleiteten GmbH bestehende schuldrechtliche Verhältnis ist grds. kein Arbeitsverhältnis. In Ausnahmefällen kann jedoch sehr wohl ein Arbeitsverhältnis bestehen. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG bestimmt allerdings, dass der erste Abschnitt des KSchG für Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person grds. nicht gilt. Die Rechtsprechung hat gleichwohl in der jüngeren Vergangenheit eine ganze Reihe von Ausnahmen von dem Grundsatz der Unanwendbarkeit des KSchG zugunsten eines GmbH-Geschäftsführers zugelassen. Neben dem allgemeinen Kündigungsschutz kann darüber hinaus unter Umständen auch der besondere Kündigungsschutz in Anspruch genommen werden. Der Beitrag will insoweit einen Überblick über die Möglichkeiten geben, in denen ein GmbH-Geschäftsführer Kündigungsschutz beanspruchen kann.

A. Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers

Die gesellschaftsrechtliche Stellung des GmbH-Geschäftsführers ist durch seine Doppelfunktion gekennzeichnet. Er ist einerseits Organ der Gesellschaft und andererseits auch deren Dienstnehmer. Die Organstellung erhält er durch den gesellschaftsrechtlichen Akt der Bestellung. Als Organ ist er gem. § 35 GmbHG umfassend zur Vertretung der Gesellschaft berufen und führt auch deren Geschäfte, wobei er insoweit allerdings den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegt. Neben dem korporationsrechtlichen Organverhältnis kann zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag bestehen. Gesellschaftsrechtlich ist es allerdings nicht zwingend erforderlich, dass der Ge-

schäftsführer seine Tätigkeit für die Gesellschaft auf der Grundlage eines mit dieser geschlossenen Anstellungsvertrags erbringt.

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei dem von einem Geschäftsführer mit der von ihm geführten GmbH geschlossenen schuldrechtlichen Vertrag nicht um einen Arbeitsvertrag handelt, sondern um einen auf die Führung des Geschäftsführeramtes gerichteten Geschäftsführungsbesorgungsvertrag nach den §§ 675, 611 BGB.¹ Dies folge aus dem Umstand, dass der Geschäftsführer eine Organstellung innehatte und hierdurch an der Willensbildung der Gesellschaft teilhabe und das Unternehmen gesetzlich vertrete.² Mit dieser Organstellung sei eine Qualifizierung als Arbeitnehmer unvereinbar. Einem für die Beurteilung als Arbeitnehmer entscheidenden arbeitsrechtlichen Weisungsrecht der Gesellschaft unterläge der GmbH-Geschäftsführer gerade nicht. Vielmehr übe er selbst Arbeitgeberfunktionen aus.³

Demgegenüber geht das BAG davon aus, dass der Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers im Einzelfall sehr wohl als Arbeitsvertrag eingestuft werden könne.⁴ Es soll insoweit darauf ankommen, ob der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft im konkreten Einzelfall unselbstständig und weisungsgebunden tätig werde.⁵ Dies soll der Fall sein, wenn der Geschäftsführer nicht allein einem gesellschaftsrechtlichen bzw. unternehmerischen Weisungsrecht unterliege, sondern daneben die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer auch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen erteilen und auf diese Weise die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen könne. Der Umfang der Vertretungsmacht im Innenverhältnis sei insoweit irrelevant, da ein freies Dienstverhältnis auch dann vorliegen könne, wenn der Betroffene über keinerlei Vertretungsmacht verfüge. Weiterhin sei auch die Organstellung des Geschäftsführers irrelevant, da diese allein das Außenverhältnis der GmbH zu Dritten betreffe.⁶

Auch nach dem BGH sollen im Einzelfall arbeitsrechtliche Bestimmungen auf Organmitglieder anwendbar sein. Der Geschäftsführer muss dafür von der Gesellschaft wirtschaftlich abhängig sein, und die konkret anzuwendende Norm muss dies zulassen.⁷ Dies soll der Fall sein, wenn im konkreten Fall nicht die Funktionen eines gesetzlichen Vertreters und Unternehmensleiters im Vordergrund stehen. Arbeitsrechtliche Bestimmungen sollen in einem solchen Fall anwendbar sein, wenn sie primär der Sicherung der persönlichen und wirtschaftlichen Existenz des Geschäftsführers dienen und im Übrigen eine Funktionsstörung der Organtätigkeit hierdurch nicht zu befürchten ist.⁸ Dies soll bei einem Fremdgeschäftsführer oder minder-

heitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführer, nicht aber bei einem Mehrheitsgesellschafter in Betracht kommen. Auch ein Minderheitsgesellschafter ist kein Arbeitnehmer, wenn er über eine Sperrminorität verfügt und daher das Zustandekommen von Beschlüssen verhindern kann.⁹

B. Allgemeiner Kündigungsschutz

I. Grundsatz: Kein allgemeiner Kündigungsschutz für Geschäftsführer

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG legt für die hier interessierende Materie jedoch ausdrücklich fest, dass die Vorschriften des ersten Abschnitts des KSchG in Betrieben einer juristischen Person nicht für die Mitglieder des Organs gelten, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.¹⁰ Die Anwendung der Vorschriften des ersten Abschnitts des KSchG auf einen Geschäftsführer ist daher unabhängig davon ausgeschlossen, ob das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im konkreten Fall als Arbeitsverhältnis einzustufen ist oder nicht. Liegt kein Arbeitsverhältnis vor, dann entfällt der allgemeine Kündigungsschutz, weil dieser nach § 1 Abs. 1 KSchG nur für Arbeitnehmer gilt. Liegt dagegen im konkreten Fall ein Arbeitsverhältnis vor, dann schließt § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG den allgemeinen Kündigungsschutz aus. Eine soziale Rechtfertigung der Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG ist nicht erforderlich.

1 BGH, Urt. v. 26.03.1984 - II ZR 120/83; BGH, Urt. v. 29.01.1981 - II ZR 92/80; BGH, Urt. v. 09.11.1967 - II ZR 64/67; BGH, Urt. v. 11.07.1953 - II ZR 126/52.

2 BGH, Urt. v. 25.07.2002 - III ZR 207/01; BGH, Urt. v. 29.01.1981 - II ZR 92/80; BGH, Urt. v. 09.02.1978 - II ZR 189/76; BGH, Urt. v. 09.11.1967 - II ZR 64/67; BGH, Urt. v. 11.07.1953 - II ZR 126/52.

3 BGH, Urt. v. 09.02.1978 - II ZR 186/76; BGH, Urt. v. 11.07.1953 - II ZR 126/52.

4 BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14; BAG, Urt. v. 26.05.1999 - 5 AZR 664/98; BAG, Beschl. v. 06.05.1999 - 5 AZB 22/98; BAG, Urt. v. 13.05.1992 - 5 AZR 344/91.

5 BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14; BAG, Urt. v. 26.05.1999 - 5 AZR 664/98.

6 BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14; BAG, Urt. v. 26.05.1999 - 5 AZR 664/98.

7 BGH, Urt. v. 26.03.1984 - II ZR 120/83; BGH, Urt. v. 29.01.1981 - II ZR 92/80.

8 Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 3 m.w.N.

9 BAG, Beschl. v. 17.09.2014 - 10 AZB 43/14; BAG, Urt. v. 06.05.1998 - 5 AZR 612/97.

10 Boemke, RdA 2018, 1, 17.

II. Ausnahmsweise Geltung des KSchG

1. Vereinbarung der Geltung des KSchG im Geschäftsführeranstellungsvertrag

Etwas anderes gilt zunächst, wenn die Anwendung des KSchG im Geschäftsführerdienstvertrag schuldrechtlich ausdrücklich vereinbart wurde.¹¹ Dagegen ist in der Literatur allerdings eingewandt worden, dass die Anwendung des KSchG mit der Natur der Geschäftsführerstellung und insbesondere mit der freien Widerrufbarkeit der Bestellung nach § 38 Abs. 1 GmbHG nicht zu vereinbaren sei.¹² Wegen des Trennungsprinzips wird die Widerrufbarkeit durch die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit jedoch nur mittelbar beeinflusst. Solche mittelbaren Beschränkungen werden jedoch nach § 38 Abs. 1 GmbHG vom Gesetzgeber ausdrücklich hingenommen.¹³ In nach dem MitbestG mitbestimmten GmbHs müssen allerdings nach § 31 Abs. 1 MitbestG i.V.m. § 84 AktG stets auf höchstens fünf Jahre befristete Dienstverträge abgeschlossen werden, sodass die vertraglich vereinbarte Anwendung des KSchG auf in derartigen Gesellschaften tätige Geschäftsführer unzulässig wäre.¹⁴

Bei vertraglich vereinbarter Anwendung des KSchG kann sich weiterhin die Frage stellen, ob die Abberufung einen personenbedingten Kündigungsgrund i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG darstellt.¹⁵ Dagegen spricht jedoch, dass die Vereinbarung der Anwendbarkeit des KSchG bei diesem Verständnis keine praktischen Auswirkungen hätte, da der Geschäftsführer nach § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit und ohne Angabe von Gründen abberufen werden kann.¹⁶ Hingegen sind die §§ 9, 10 KSchG von einem Verweis auf das KSchG im Zweifel umfasst, sodass sich aus einer entsprechenden Regelung kein verlässlicher Bestandsschutz ergeben wird. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 KSchG werden sich i.d.R. nachweisen lassen, sodass ein Auflösungsantrag der Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Regelung keiner Begründung bedarf.¹⁷

2. Niederlegung des Geschäftsführeramtes nach Zugang der Kündigungserklärung

Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich an der Anwendbarkeit etwas ändert, wenn ein gekündigter Geschäftsführer sein Geschäftsführeramt niederlegt, nachdem ihm die Kündigungserklärung zugegangen ist. In diesem Fall ist der Geschäftsführer nämlich nicht mehr Mitglied des Vertretungsorgans der juristischen Person. Nach einhelliger Meinung entfällt in diesem Fall zumindest die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, sodass die Arbeitsgerichte nach allgemeinen Grundsätzen zuständig sind.¹⁸ Fraglich ist allerdings, ob diese Grundsätze auf die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG übertragen

werden können, mit der Folge der Anwendbarkeit des KSchG, wenn das gekündigte Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers mit der GmbH aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls als Arbeits- und nicht als Dienstverhältnis einzustufen ist.

Das BAG hat sich allerdings in einem Urteil aus dem Jahr 2017 definitiv auf den Standpunkt gestellt, dass dies grds. nicht der Fall ist. Zwar sollen Umstände, die objektiv erst nach Zugang der Kündigungserklärung eingetreten sind, für die gerichtliche Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ausnahmsweise dann von Bedeutung sein, wenn sie die Vorgänge, die zu der Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen.¹⁹ Im Hinblick auf die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG sei dies aber bei einer nachträglichen Abberufung oder Amtsniederlegung nicht der Fall. Ein späterer Wegfall der Organstellung soll daher nach dem BAG grds. nichts daran ändern, dass der gesellschaftsrechtliche Status zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bestanden hat, sodass die Niederlegung unbeachtlich ist.²⁰

Auch der Umstand, dass für die Rechtswegzuständigkeit – und damit auch für das Eingreifen der negativen Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG – alle bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eintretenden Umstände zu berücksichtigen sind, die eine zunächst bestehende Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten beseitigen, wenn nicht zuvor ein rechtskräftiger Verweisungsbeschluss ergangen ist,²¹ soll daran nichts ändern. Dies diene vor allem der Prozessökonomie und solle verhindern,

11 Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 47; U.H. Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 459.

12 Bauer/Arnold, ZIP 2010, 709, 711.

13 BGH, Ur. v. 10.05.2010 - II ZR 70/09; Jaeger in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 405; U.H. Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 459.

14 U.H. Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 459; Dzida, Anmerkung zu BGH, Ur. v. 10.05.2010 - II ZR 70/09 - NJW 2010, 2346.

15 Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rn. 245.

16 BGH, Ur. v. 10.05.2010 - II ZR 70/09; Jaeger in: MünchKomm, GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 406; U.H. Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 460.

17 U.H. Schneider/Hohenstatt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 460; Dzida, Anmerkung zu BGH, Ur. v. 10.05.2010 - II ZR 70/09 - NJW 2010, 2346.

18 BAG, Ur. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16; Baumert, NZG 2018, 536.

19 BAG, Ur. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16; BAG, Ur. v. 23.10.2014 - 2 AZR 644/13.

20 BAG, Ur. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16.

21 BAG, Beschl. v. 03.12.2014 - 10 AZB 98/14.

dass ein Rechtsstreit in einen anderen Rechtsweg verwiesen wird, selbst wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet ist.²² Verfahrensökonomische Wertungen seien für die rechtliche Beurteilung, ob nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts für eine zu einem früheren Zeitpunkt erklärte Kündigung ausgeschlossen ist, ohne Belang.²³

Nach dem BAG soll dies entgegen der Literatur auch dann gelten, wenn die Kündigung des schuldrechtlichen Grundverhältnisses dem Betroffenen zugeht, nachdem er seine Organstellung verloren hat.²⁴ Dafür sprechen Sinn und Zweck der Regelung. Dies gilt vor allem dann, wenn das schuldrechtliche Grundverhältnis nicht unabhängig von der Organstellung fortgeführt werden soll, sondern die Kündigung der Abberufung zeitlich nachfolgt.²⁵ Es ist wenig sinnvoll, dass es von dem von Zufälligkeiten abhängenden Zeitpunkt der Kündigung abhängt, ob die Fiktion eingreift oder nicht. Unabhängig von einem etwaigen zeitlichen Zusammenhang ist darüber hinaus von entscheidender Bedeutung, dass diese Fragestellung das der Organstellung zugrunde liegende Schuldverhältnis betrifft. Solange es allein um die Kündigung des Dienstverhältnisses geht, kann es im Übrigen für die Wirkung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG nicht allein darauf ankommen, ob die Kündigung vor der Beendigung der Organstellung erfolgte oder nicht.²⁶

Die Divergenzen zwischen beiden Auffassungen sind allerdings überschaubar.²⁷ Auch die Position des BAG geht davon aus, dass es hier nicht um ein ruhendes Arbeitsverhältnis geht, sondern um das Dienstverhältnis, das schuldrechtliche Grundlage für die Organstellung ist.²⁸ Ein Geschäftsführer hat nach Widerruf seiner Bestellung bei fortbestehendem Dienstverhältnis grds. keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung,²⁹ sodass spiegelbildlich auch eine Weiterbeschäftigungspflicht der Gesellschaft zu verneinen ist, wenn dem ehemaligen Geschäftsführer durch den Verlust der Organstellung eine Geschäftsführertätigkeit unmöglich geworden ist.³⁰ Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn der Geschäftsführertätigkeit nur ein Arbeitsverhältnis zugrunde lag. In diesem Fall fällt der Geschäftsführer nach Verlust seines Geschäftsführeramts auf den Status zurück, den er vor seiner Beförderung innehatte. Das ist aber eine Beschäftigung auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags.³¹

Für die gegen die Kündigung gerichtete Klage des Geschäftsführers sind aufgrund der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG grds. die ordentlichen Gerichte zuständig. Die Wirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG endet mit wirksamer Abberufung oder Niederlegung der Organstellung und deren Bekanntgabe an den Geschäftsführer bzw. die Gesell-

schaft. Für die Frage des Rechtswegs kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. die rechtskräftige Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit an.³² Endet die Organstellung vor der Klageerhebung, dann kommt es allein darauf an, ob das schuldrechtliche Grundverhältnis als Arbeits- oder Dienstverhältnis zu qualifizieren ist. Behauptet der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, dann ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet.³³

3. Ruhende Arbeitsverhältnisse

Obwohl das Dienstverhältnis des GmbH-Geschäftsführers grds. kein Arbeitsverhältnis ist, kann dieses Verhältnis gleichwohl unter bestimmten Umständen als Arbeitsverhältnis einzustufen sein. Dies kann der Fall sein, wenn der spätere Geschäftsführer zunächst als Arbeitnehmer für die GmbH tätig ist und später zum Geschäftsführer bestellt wird.³⁴ In einer solchen Situation fragt sich, wie sich die Bestellung zum Geschäftsführer auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag auswirkt. Insoweit bestehen mehrere Möglichkeiten. Der Arbeitsvertrag kann in modifizierter Form fortbestehen. Alternativ kann der Arbeitsvertrag von den Parteien aufgelöst und durch einen Geschäftsführerdienstvertrag ersetzt werden. Schließlich können die Parteien einen Geschäftsführerdienstvertrag schließen, neben dem das Arbeitsverhältnis in ruhender Form fortbesteht. In diesem Fall lebt das Arbeitsverhältnis in dem Moment wieder auf, sobald der Geschäftsführerdienstvertrag endet.³⁵

Es besteht zunächst die Möglichkeit, dass der ursprüngliche Arbeitsvertrag fortbesteht. Auch wenn der Betroffene

22 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16; BAG, Beschl. v. 03.12.2014 - 10 AZB 98/14.

23 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16.

24 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16 Rn. 17; dagegen Biebel in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 5. Aufl. 2017, § 14 KSchG Rn. 5; Kleindiek in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 47.

25 Reufels/Volmari, *GmbHR* 2018, 937, 939; Arnold, *ArbRAktuell* 2018, 127.

26 Reufels/Volmari, *GmbHR* 2018, 937, 939.

27 Baumert, *NZG* 2018, 536, 539.

28 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16 Rn. 17.

29 BGH, Urt. v. 11.10.2010 - II ZR 266/08.

30 Baumert, *NZG* 2018, 536, 539; Lunk/Rodenbusch, *NZA* 2011, 497.

31 Baumert, *NZG* 2018, 536, 539.

32 BAG, Beschl. v. 22.10.2014 - 10 AZB 46/14; BAG, Beschl. v. 03.12.2014 - 10 AZB 98/14.

33 BAG, Beschl. v. 08.09.2015 - 9 AZB 21/15.

34 BAG, Urt. v. 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06; Kleindiek in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 4.

35 Schreiber, *GmbHR* 2012, 929, 934.

zum Geschäftsführer bestellt wird, so erfordert dies nicht zwangsläufig den Abschluss eines neuen Geschäftsführerdienstvertrags, da der Geschäftsführer sehr wohl ausnahmsweise auch auf der Basis eines Arbeitsvertrags tätig werden kann.³⁶ Der ursprüngliche Arbeitsvertrag wird in diesem Fall durch die Bestellung des betroffenen Arbeitnehmers zum Geschäftsführer insofern modifiziert, als sich die Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ändern.³⁷ Dem Fortbestand des Arbeitsvertrags kann in diesem Fall auch nicht entgegengehalten werden, dass entsprechende Änderungen nach § 623 BGB der Schriftform bedürfen, da § 623 BGB auf Vereinbarungen zur Aufhebung oder Änderung einzelner Arbeitsbedingungen nicht anwendbar ist.³⁸

Wird ein früherer Arbeitnehmer zum Geschäftsführer bestellt und wird mit ihm ein schriftlicher Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen, so ist nach dem BAG im Regelfall davon auszugehen, dass das bisherige Arbeitsverhältnis mit dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrags beendet wird, denn der Geschäftsführerdienstvertrag soll das bisherige Arbeitsverhältnis aufheben.³⁹ Der entsprechende Wille der Vertragsparteien muss allerdings in irgendeiner Form in dem schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag zum Ausdruck gekommen sein.⁴⁰ Auch im Fall des Abschlusses eines schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrags besteht im Ausnahmefall die Möglichkeit, dass das Arbeitsverhältnis daneben in ruhender Form fortbesteht.⁴¹ Dies kann der Fall sein, wenn die Anstellungsbedingungen des Betroffenen trotz seiner Bestellung zum Geschäftsführer im Wesentlichen unverändert bleiben oder die Bestellung nur pro forma erfolgte.⁴²

Wird der Dienstvertrag mündlich geschlossen, kann dadurch nicht gleichzeitig auch das Arbeitsverhältnis beendet werden, da eine Aufhebung nach § 623 BGB schriftlich erfolgen muss. Das Arbeitsverhältnis besteht daher in ruhender Form fort.⁴³ Rechtliche Grundlage für die Tätigkeit des Geschäftsführers für die GmbH ist aber der Geschäftsführerdienstvertrag und nicht das ruhende Arbeitsverhältnis.⁴⁴ Nach dem BAG soll allerdings der schriftliche Geschäftsführerdienstvertrag regelmäßig das Formerfordernis des § 623 BGB für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses erfüllen.⁴⁵ Wird der Geschäftsführerdienstvertrag mündlich abgeschlossen, kann die Berufung des Geschäftsführers auf die Formnichtigkeit der Aufhebung in Einzelfällen gegen § 242 BGB verstoßen.⁴⁶

Wird der Geschäftsführer abberufen, ohne dass gleichzeitig auch das Dienstverhältnis beendet wird, so wird das Dienstverhältnis dadurch nicht automatisch in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt, sondern besteht sowohl nach dem BAG⁴⁷ als auch nach dem BGH⁴⁸ bis zur Kündigung fort. Etwas an-

deres gilt nur, wenn eine entsprechende Änderungsvereinbarung geschlossen wurde.

Die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG erstreckt sich grds. nicht auf die vorstehend angeführten Fälle des ruhenden Arbeitsverhältnisses.⁴⁹ Die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gilt vielmehr nur für dasjenige Anstellungsverhältnis, das der Organstellung im konkreten Fall zugrunde liegt. Das danebenstehende ruhende Arbeitsverhältnis ist hiervon vollständig unabhängig. Die materiellen Anforderungen des KSchG sind in diesem Fall in vollem Umfang anwendbar. Eine Kündigung des Geschäftsführers muss in diesem Fall stets nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein.⁵⁰ In derselben Weise gilt für solche Ansprüche, die in dem ruhenden Arbeitsverhältnis begründet sind oder aus diesem behauptet werden, die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht, weil der Streit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft.⁵¹

4. Drittanstellungsverhältnisse

Es besteht weiterhin die Möglichkeit, dass der Anstellungsvertrag nicht mit der GmbH, sondern einem dritten Unter-

36 LArbG Mainz, Beschl. v. 08.12.2011 - 11 Ta 230/11.

37 Schreiber, GmbHR 2012, 929, 934.

38 LArbG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 05.07.2007 - 6 Ta 1319/07 - ZIP 2008, 334; Oetker in: Staudinger, BGB, 2012, § 623 Rn. 51.

39 BAG, Beschl. v. 03.02.2009 - 5 AZB 100/08; BAG, Ur. v. 05.06.2008 - 2 AZR 745/06; BAG, Ur. v. 19.07.2007 - 6 AZR 774/06; BAG, Ur. v. 14.06.2006 - 5 AZR 592/05.

40 Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 4.

41 BAG, Ur. v. 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rn. 173.

42 BAG, Ur. v. 14.06.2006 - 5 AZR 592/05; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 4.

43 LArbG Bremen, Beschl. v. 02.03.2006 - 3 Ta 9/06; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 4a.

44 Schreiber, GmbHR 2012, 929, 936.

45 BAG, Ur. v. 24.10.2013 - 2 AZR 1078/12; BAG, Ur. v. 03.02.2009 - 5 AZB 100/08.

46 BAG, Ur. v. 16.09.2004 - 2 AZR 659/03.

47 BAG, Ur. v. 06.05.2008 - 2 AZR 754/06; BAG, Beschl. v. 25.06.1997 - 5 AZB 41/96; BAG, Beschl. v. 18.12.1996 - 5 AZG 25/96.

48 BGH, Ur. v. 10.01.2000 - II ZR 251/98.

49 BAG, Ur. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16; Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941; Baumert, NZG 2018, 536, 538.

50 Kiel in: Erfk, 18. Aufl. 2018, § 14 KSchG Rn. 6 f.; Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941; Arnold, DB 2008, 350, 352.

51 BAG, Beschl. v. 04.02.2013 - 10 AZB 78/12; BAG, Beschl. v. 26.10.2012 - 10 AZB 60/12; BAG, Beschl. v. 15.03.2011 - 10 AZB 32710; Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941; Boemke, RdA 2018, 1, 23; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 6 Rn. 76; Arnold, DB 2008, 350.

nehmen geschlossen wird.⁵² Solche Drittanstellungsverhältnisse kommen insbesondere bei der GmbH & Co. KG vor, wenn der Anstellungsvertrag zwischen der KG und dem Geschäftsführer geschlossen wird und nicht mit der Komplementär-GmbH.⁵³ Die Literatur stellt für diesen Fall das Eingreifen von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG infrage.⁵⁴ Das BAG hat die Geltung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG insoweit mit der Begründung verneint, dass die Einbeziehung von nur mittelbaren Organvertretern nicht von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gedeckt werde.⁵⁵ Für Rechtsstreitigkeiten über die Beendigung des Dienstverhältnisses des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH zur GmbH & Co. KG soll der Weg zu den ordentlichen Gerichten allerdings eröffnet sein.⁵⁶

Wird ein Arbeitnehmer der Muttergesellschaft – der für diese aufgrund eines Arbeitsverhältnisses tätig ist – zum Geschäftsführer einer Konzerntochter berufen, so bleibt er grds. Arbeitnehmer, wenn er weiterhin in nicht unwesentlichem Umfang für das Mutterunternehmen tätig ist. Die Übernahme der Geschäftsführerstellung ist in diesem Fall unselbstständiger Bestandteil eines Arbeitsvertrags.⁵⁷ Dasselbe gilt auch dann, wenn der bisher nur für das Mutterunternehmen tätige Arbeitnehmer ausschließlich für die Tochter tätig ist. Das Arbeitsverhältnis ruht in diesem Fall.⁵⁸ Auch wenn er mit der Tochter einen Geschäftsführerdienstvertrag abschließt, besteht das Arbeitsverhältnis mit der Mutter fort.⁵⁹ Wird er als Geschäftsführer abberufen, wird das Arbeitsverhältnis dadurch reaktiviert.⁶⁰ Bestehen sowohl mit der Mutter als auch mit der Tochter Verträge, dann kommt es auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt an.⁶¹

Für derartige Drittanstellungen im Rahmen eines Konzernverhältnisses gilt § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG allerdings grds. nicht, weil diese Regelung den durch das KSchG gewährten allgemeinen Kündigungsschutz lediglich für unmittelbare Organvertreter ausschließt. Das Organverhältnis besteht in solchen Konzernverhältnissen aber gerade nicht im Verhältnis zum dritten Unternehmen in Gestalt der Konzernmutter, sondern nur im Verhältnis zur Konzerntochter.⁶² Weiterhin soll auch § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG in solchen Drittanstellungsverhältnissen nicht eingreifen. Diese Regelung schließt den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nämlich lediglich für Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft aus, als deren Organ der betroffene Geschäftsführer im konkreten Fall tatsächlich agiert.⁶³

5. Ausnahmen aufgrund des Unionsrechts

Weitergehend hat es der EuGH für möglich gehalten, dass Organmitglieder einer juristischen Person im Anwendungsbereich des EU-Rechts als Arbeitnehmer ein-

gestuft werden können. Da ein einheitlicher gesetzlich definierter unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff nicht existiert, muss der Begriff des Arbeitnehmers nach dem EuGH bei jeder unionsrechtlichen Vorschrift autonom ermittelt werden.⁶⁴ Die jeweilige Unionsvorschrift kann den Begriff des Arbeitnehmers zunächst ausdrücklich selbst definieren oder auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten zurückgreifen. Ist dies nicht der Fall, dann ist der im Einzelfall relevante Arbeitnehmerbegriff nach dem EuGH durch eine autonome Auslegung der im konkreten Fall relevanten Norm des Unionsrechts nach Wortlaut, Historie, Systematik und Telos zu ermitteln.⁶⁵

Der EuGH zieht insoweit die in Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV entwickelten Merkmale eines Arbeitnehmers heran.⁶⁶ Arbeitnehmer in diesem Sinne ist eine Person, die während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁶⁷ Die Frage, ob ein weisungsgeprägtes Unterordnungsverhältnis im Sinne der oben angeführten Definition gegeben ist, ist für jeden Einzelfall nach Maßgabe aller Gesichtspunkte und aller Umstände zu beantworten, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen.⁶⁸ Unter Berücksichtigung dessen hat der

52 Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941.

53 Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941; Breitfeld in: Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Aufl. 2015, § 16 Rn. 74.

54 Biebl in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 14 KSchG Rn. 10 m.w.N.

55 BAG, Urt. v. 15.04.1982 - 2 AZR 1101/79.

56 BAG, Beschl. v. 20.08.2003 - 5 AZB 79/02; Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941; Biebl in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 14 KSchG Rn. 10.

57 BAG, Urt. v. 24.10.1995 - 9 AZR 547/94; BAG, Urt. v. 24.08.1972 - 2 AZR 469/71.

58 BAG, Urt. v. 24.10.1995 - 9 AZR 547/94.

59 BAG, Urt. v. 24.10.1995 - 9 AZR 547/94.

60 BAG, Urt. v. 12.03.1987 - 2 AZR 336/86; Sethe in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2000, § 35 Rn. 187.

61 Sethe in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 187.

62 BAG, Beschl. v. 20.10.1995 - 5 AZB 5/95; Biebl in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 14 KSchG Rn. 10.

63 Boemke, RdA 2018, 1, 6; Reufels/Volmari, GmbHR 2018, 937, 941.

64 EuGH, Urt. v. 16.07.2009 - C-208/07; EuGH, Urt. v. 10.09.2014 - C-270/13; EuGH, Urt. v. 11.11.2010 - C-232/09; EuGH, Urt. v. 12.05.1998 - C-85/96.

65 Boemke, RdA 2018, 1, 5.

66 EuGH, Urt. v. 09.07.2015 - C-229/14; EuGH, Urt. v. 11.2010 - C-232/09; EuGH, Urt. v. 12.05.1998 - C-85/96.

67 EuGH, Urt. v. 09.07.2015 - C-229/14; EuGH, Urt. v. 11.2010 - C-232/09; EuGH, Urt. v. 27.06.1996 - C-107/94.

68 EuGH, Urt. v. 10.09.2015 - C-47/14; EuGH, Urt. v. 09.07.2015 - C-229/14; EuGH, Urt. v. 11.11.2010 - C-232/09.

EuGH Organmitglieder in der „Danosa“-Entscheidung⁶⁹ im Anwendungsbereich der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG und in der „Balkaya“-Entscheidung⁷⁰ im Anwendungsbereich oder der Massenentlassungsrichtlinie 98/96/EG als Arbeitnehmer eingestuft.

Im Hinblick auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG hat das BAG dem jedoch zu Recht entgegengehalten, dass die Regelungen des ersten Abschnitts des KSchG nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.⁷¹ Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 30 der Charta der Grundrechte der EU, wonach jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung hat. Die Charta gilt nach Art. 51 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Die Vorschriften des ersten Abschnitts des KSchG dienen jedoch nicht der Durchführung des Unionsrechts.⁷² Es besteht keine unionsrechtliche Regelung, die den Bereich des allgemeinen Schutzes vor der Beendigung von Arbeitsverhältnissen außerhalb der durch Richtlinien geregelten Bereiche wie Massenentlassung, Betriebsübergang, Mutterschutz oder Schutz vor Diskriminierung zum Gegenstand hat.⁷³

C. Besonderer Kündigungsschutz

Die Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes knüpfen regelmäßig an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses an. Teilweise wird die Anwendung der entsprechenden Regelungen auf Geschäftsführer jedoch explizit ausgeschlossen. So bestimmt § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, dass in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, keine Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sind. Kündigungsschutz nach § 102 BetrVG ist daher ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist weiterhin ein Kündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 Satz 5, 6 BDSG, da nach § 4f Abs. 2 Satz 1 BDSG zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden kann, wer die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. Aufgrund seiner Arbeitgeberfunktion befindet sich ein Geschäftsführer jedoch immer in einem Interessenkonflikt.⁷⁴ Auch wenn man davon ausgeht, dass eine gleichwohl erfolgte Bestellung wirksam ist,⁷⁵ kommen Ausnahmen nur beim Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in Betracht.⁷⁶

Besonderer Kündigungsschutz kann sich weiterhin aus dem Unionsrecht ergeben. Beruhen die entsprechenden Regelungen auf unionsrechtlichen Vorgaben, dann ist der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zu berücksichtigen. Fällt der Betroffene unter den unionsrechtlichen Arbeit-

nehmerbegriff, so besteht Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG⁷⁷ und § 17 KSchG.⁷⁸ Dies gilt dagegen nicht für den Kündigungsschutz nach § 18 BEEG,⁷⁹ nach § 5 PflegeZG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 PflegeZG⁸⁰ und § 85 SGB IX,⁸¹ bei deren Anwendung der nationale Arbeitnehmerbegriff gilt. Ist der betroffene Geschäftsführer im konkreten Fall aufgrund der zuvor gemachten Ausführungen als Arbeitnehmer einzustufen und ist das mit der GmbH bestehende Anstellungsverhältnis danach als Arbeitsverhältnis einzustufen, dann kann dem Betroffenen aufgrund der vorstehend angeführten Regelungen Kündigungsschutz zustehen.

D. Fazit

Die Regelungen des ersten Abschnitts des KSchG sind aufgrund von § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG grds. nicht auf das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers mit der von ihm geleiteten GmbH anzuwenden. Dies gilt unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein Arbeits- oder ein freies Dienstverhältnis gegeben ist. Dies gilt in Übereinstimmung mit dem BAG weiterhin auch dann, wenn der Geschäftsführer vor dem Zugang der Kündigungserklärung sein Geschäftsführeramt niederlegt. Eine Anwendbarkeit des KSchG kommt daher in den Fällen des ruhenden Arbeitsverhältnisses in Betracht, wenn der Geschäftsführer vor seiner Bestellung ein Arbeitsverhältnis mit der GmbH unterhielt und dieses im Rahmen der Bestellung zum Geschäftsführer nicht aufgehoben wurde. Dasselbe gilt in Fällen der Drittanstellung im Rahmen einer GmbH & Co. KG und in Konzernverhältnissen. Besonderer Kündigungsschutz kann im Einzelfall im Rahmen von § 4f Abs. 3 Satz 5 und 6 BDSG sowie aufgrund des Unionsrechts nach § 9 MuSchG sowie § 17 KSchG in Betracht kommen.

69 EuGH, Urt. v. 11.11.2010 - C-232/09.

70 EuGH, Urt. v. 09.07.2015 - C-229/14.

71 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16.

72 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16 Rn. 22.

73 BAG, Urt. v. 21.09.2017 - 2 AZR 865/16 Rn. 22.

74 LArbG Chemnitz, Urt. v. 14.02.2014 - 3 Sa 485/13; Franzen in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 4f BDSG Rn. 9.

75 BAG, Urt. v. 23.03.2011 - 10 AZR 562/09; ArbG Kaiserlautern, Urt. v. 20.06.2012 - 1 Ca 188/12.

76 Boemke, RdA 2018, 1, 18.

77 EuGH, Urt. v. 11.11.2010 - C-232/09.

78 EuGH, Urt. v. 09.07.2015 - C-229/14.

79 Boemke, RdA 2018, 1, 19; Gallner in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 15 BEEG Rn. 3.

80 Boemke, RdA 2018, 1, 19; Gallner in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 15 BEEG Rn. 3.

81 BAG, Urt. v. 22.10.2015 - 2 AZR 720/14.

Der Datenschutzbeauftragte – ein Kernelement der Datenschutz-Grundverordnung

Dr. Horst Heberlein*

A. Der Datenschutzbeauftragte in der DS-GVO

I. Die unionsweite Einführung des Datenschutzbeauftragten

Seit 25.05.2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹ nach einer Übergangszeit von zwei Jahren in allen Mitgliedstaaten der EU. Sie hat damit europäisches Datenschutzrecht geschaffen, das die bis dahin geltenden nationalen Datenschutz-Systeme ersetzt. Als EU-Verordnung hat sie nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung in allen Mitgliedstaaten, ohne dass es dazu – anders als bei der von ihr abgelösten Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995² – einer Umsetzung durch nationales Recht bedarf. Eines der neuen Elemente der DS-GVO ist die verpflichtende Einführung des betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten in allen Mitgliedstaaten. Aus dem Erwägungsgrund 97 ergibt sich, dass der Datenschutzbeauftragte eine Person ist, „die über Fachwissen auf dem Gebiet der Datenschutzvorschriften und Datenschutzverfahren verfügt“, die den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter bei der internen Einhaltung der Bestimmungen der DS-GVO unterstützt und ihre Pflichten und Aufgaben „in vollständiger Unabhängigkeit“ ausübt. Der „Verantwortliche“, den der Datenschutzbeauftragte unterstützt, ist nach der Begriffsbestimmung des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet“. „Auftragsverarbeiter“ ist „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“ (Art. 4 Nr. 8 DS-GVO). Der betriebliche und behördliche Datenschutzbeauftragte ist damit der Sphäre des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters zugehörig und von den Datenschutzbeauftragten des Bundes oder der Länder zu unterscheiden, die als Aufsichtsbehörden für die Überwachung der Einhaltung der Datenschutzvorschriften und deren Durchsetzung zuständig sind.

In Deutschland hat der Datenschutzbeauftragte eine lange Tradition. Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) hatte die Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutz-

beauftragten bereits 1977 eingeführt.³ Auf europäischer Ebene hatte die Datenschutz-Richtlinie von 1995 dieses Konzept nur zaghaft aufgegriffen, und zwar als Alternative zur allgemeinen Meldepflicht für automatisierte Datenverarbeitung.⁴ Anstelle einer Meldung an die Aufsichtsbehörde war es den Mitgliedstaaten freigestellt, die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen. Nach § 4f Abs. 1 der bis zum 25.05.2018 in Deutschland geltenden Fassung des BDSG⁵ hatten nicht öffentliche Stellen einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, wenn i.d.R. mehr als neun Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt waren bzw. bei einer nicht automatisierten Datenverarbeitung mindestens 20 Personen. Unabhängig von der Zahl der Beschäftigten bestand bei automatisierten Verarbeitungen eine Verpflichtung nicht öffentlicher Stellen zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, wenn die Datenverarbeitung der Vorabkontrolle unterlag, oder wenn personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung verarbeitet wurden. Öffentliche Stellen des Bundes (und weitgehend auch der Länder) waren ebenfalls zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet. Neben Deutschland hatten allerdings nur einige wenige Mitgliedstaaten von der europarechtlichen Option der Daten-

* Der Verfasser vertritt hier seine persönliche Auffassung, die nicht notwendigerweise der Auffassung der Europäischen Kommission entspricht.

1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 04.05.2016, 1, ber. ABl. L 127 vom 23.05.2018, 2.

2 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31.

3 § 28 Abs. 1 BDSG i.d.F. vom 27.01.1977, BGBl. I 1977, 201.

4 Art. 18 Abs. 2, 2. Spiegelstrich der Richtlinie 95/46/EG.

5 § 4f Abs. 1 des BDSG i.d.F. der Bek. vom 14.01.2003, BGBl. I, 66, zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30.06.2017, BGBl. I, 2097.

schutz-Richtlinie Gebrauch gemacht. Die Institution des Datenschutzbeauftragten gilt deshalb als „deutsche Erfindung“ und Modell für die unionsweite Einführung und Ausgestaltung in der DS-GVO.⁶

Die Verordnung hat in Abschnitt 4 ihres Kapitels IV, das die Pflichten von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern betrifft, das Konzept des Datenschutzbeauftragten etabliert. Die DS-GVO regelt hier in Art. 37 die Benennung eines Datenschutzbeauftragten und insbesondere die Fälle, in denen Unionsrecht zu seiner Benennung verpflichtet, in Art. 38 die Stellung des Datenschutzbeauftragten und in Art. 39 dessen Aufgaben. Noch unter der Geltung der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG hat die bis zum 25.05.2018 bestehende Artikel-29-Datenschutzgruppe Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte veröffentlicht.⁷ Diese Leitlinien hat sich auch der durch die DS-GVO neu geschaffene Europäische Datenschutzausschuss zu eigen gemacht, der ebenfalls aus den Leitern der Datenschutz-Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten und dem Europäischen Datenschutzbeauftragten besteht (Art. 68 Abs. 1 und 3 DS-GVO) und zum Ziel hat, die einheitliche Anwendung der DS-GVO sicherzustellen (Art. 70 Abs. 1 Satz 1).

II. Ausdruck der Eigenverantwortung und des risikobasierten Ansatzes

1. Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen

Der für die Datenverarbeitung „Verantwortliche“ hat die Vereinbarkeit der Datenverarbeitung mit der DS-GVO zu gewährleisten. Aus seiner Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) ergibt sich, dass er für die Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich ist und deren Einhaltung nachweisen können muss. Diese Grundsätze betreffen die Rechtmäßigkeit, die Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung sowie der Integrität und Vertraulichkeit (Art. 5 Abs. 1 DS-GVO). Art. 24 Abs. 1 DS-GVO konkretisiert dies dahin, dass der Verantwortliche „unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ umsetzt, „um sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt“. Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten ist eine solche Maßnahme zur Umsetzung der Rechenschaftspflicht. Durch die präventive Kontrolle in der Sphäre des Unternehmens bzw. der Behörde trägt der Daten-

schutzbeauftragte nicht nur zum Schutz der von der Datenverarbeitung Betroffenen bei, sondern beugt auch Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften vor, die zu Anordnungen der Aufsichtsbehörden, zu Vertrauensverlusten von Kunden und Schadensersatzhaftungen führen können. Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten berührt jedoch nicht die Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen. Die Funktion des Datenschutzbeauftragten dient vielmehr dazu, dass der Verantwortliche seiner durch die DS-GVO gestärkten Eigenverantwortung gerecht wird. Deshalb ist der Verantwortliche – und nicht der Datenschutzbeauftragte – Adressat von Ansprüchen der betroffenen Person und von Anordnungen der Aufsichtsbehörde.⁸

2. Risikobasierter Ansatz

Die Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters unter der DS-GVO sind durch den risikobasierten Ansatz geprägt, der bereits durch die Bezugnahme auf die „unterschiedliche Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“ in Art. 24 Abs. 1 DS-GVO zum Ausdruck kommt. Dieser Ansatz wird insbesondere durch die Anforderungen des Datenschutzes durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25), der Sicherheit der Verarbeitung (Art. 32), der Durchführung einer Datenschutz-Folgeabschätzung (Art. 35) und der vorherigen Konsultation der Aufsichtsbehörde (Art. 36) konkretisiert. Diese Maßnahmen dienen der Identifizierung des mit der Verarbeitung verbundenen Risikos und der darauf abgestellten technischen und organisatorischen Maßnahmen, die der Verwirklichung des Risikos begegnen sollen. Zu diesen Kernelementen des risikobasierten Ansatzes gehört auch die Funktion des Datenschutzbeauftragten. Die DS-GVO verpflichtet den Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter, in den in Art. 37 Abs. 1 festgelegten Fällen einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Der risikobasierte Ansatz wird auch ausdrücklich durch die Pflicht des Datenschutzbeauftragten hervorgehoben, bei der Erfüllung seiner Aufgaben dem mit den Verarbeitungsvorgängen verbundenen Risiko gebührend Rechnung zu tragen (Art. 39 Abs. 2 DS-GVO). Besonderes Augenmerk und eine entsprechende Prioritätensetzung hat der Datenschutzbeauftragte daher auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere des mit der spezifischen Verarbeitung verbundenen Risikos zu richten

6 Ehmman/Selmayr in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung, Rn. 67.

7 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01).

8 Zu den damit verbundenen Rechtsschutzfragen siehe Heberlein in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 47 ff.

als Grundlage für das Risikomanagement des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters.

III. Spezifizierung durch nationales Recht

Aus der Natur der Verordnung als unmittelbar geltendes Unionsrecht ergibt sich ein grundsätzliches Umsetzungs- und Normwiederholungsverbot. Die Mitgliedstaaten dürfen weder die unmittelbare Geltung des Unionsrechts vereiteln noch die Normadressaten über den unionsrechtlichen Geltungsgrund im Unklaren lassen. Nur dort, wo die Verordnung ausdrücklich die Mitgliedstaaten zur Spezifizierung, Präzisierung oder Konkretisierung einzelner ihrer Vorschriften verpflichtet oder ermächtigt, können die Mitgliedstaaten nationales Recht setzen.⁹ Und nur, wo und soweit in der DS-GVO „Präzisierungen oder Einschränkungen ihrer Vorschriften durch das Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen sind, können die Mitgliedstaaten Teile dieser Verordnung in ihr nationales Recht aufnehmen, soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen“.¹⁰

Das am 25.05.2018 zeitgleich mit der Geltung der DS-GVO in Kraft getretene BDSG vom 30.06.2017 (BDSG-neu)¹¹ enthält in §§ 5, 6 und 7 Bestimmungen über Datenschutzbeauftragte öffentlicher Stellen, die weitgehend Vorschriften der Art. 37, 38 und 39 der DS-GVO wiedergeben. Diese Vorschriften sind zwar in den Gemeinsamen Bestimmungen in Teil I des Gesetzes geregelt, die nicht nur für die Spezifizierung der Anwendung von Vorschriften der DS-GVO gelten, sondern auch für die Vorschriften zur Umsetzung der den Datenschutz im Bereich der Polizei und Strafjustiz betreffenden Richtlinie 2016/680¹² und für Vorschriften außerhalb des Unionsrechts. Die Wiederholung dieser Vorschriften im BDSG-neu überdeckt jedoch den unionsrechtlichen Geltungsgrund dieser Vorschriften und auch die Reichweite der Spezifizierungsbefugnis.¹³ Hingegen lässt die DS-GVO ausdrücklich weitere Fälle einer Benennungspflicht durch nationales Recht zu (Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 DS-GVO) sowie die Ausgestaltung der Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitspflichten des Datenschutzbeauftragten (Art. 38 Abs. 5 DS-GVO).

B. Behördliche und betriebliche Datenschutzbeauftragte

I. Datenschutzbeauftragte im öffentlichen Bereich

1. Der behördliche Datenschutzbeauftragte

Art. 37 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO verpflichtet zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten, wenn die Datenver-

arbeitung durch eine Behörde oder öffentliche Stelle durchgeführt wird. Der Begriff der „Behörde“ und der „öffentlichen Stelle“ ist dabei nach der Rechtsordnung des jeweiligen Mitgliedstaats zu bestimmen. Das BDSG-neu definiert als „öffentliche Stellen des Bundes“ in § 2 Abs. 1 „die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, der Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform“. „Öffentliche Stellen der Länder“ sind nach § 2 Abs. 2 BDSG-neu „die Behörden, die Organe der Rechtspflege und andere öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen eines Landes, einer Gemeinde, eines Gemeindeverbandes oder sonstiger der Aufsicht des Landes unterstehender Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Vereinigungen ungeachtet ihrer Rechtsform“. Nicht jede Behörde oder öffentliche Stelle muss jedoch einen eigenen Datenschutzbeauftragten benennen. Art. 37 Abs. 3 DS-GVO sieht die Möglichkeit eines gemeinsamen Datenschutzbeauftragten für mehrere Behörden oder öffentliche Stellen vor, wobei deren Organisationsstruktur und Größe zu berücksichtigen sind. Dabei muss eine effektive Aufgabenwahrnehmung des gemeinsamen Datenschutzbeauftragten für die spezifische Situation jeder einzelnen dieser Behörden und Stellen sichergestellt werden.

2. Ausnahme für justizielles Handeln der Gerichte

Die Benennungspflicht erfasst damit flächendeckend den gesamten öffentlichen Bereich, einzig mit Ausnahme der Gerichte. Diese Ausnahme greift aber auch nur, soweit diese personenbezogenen Daten „im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit“ verarbeiten (Art. 37 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO), also in ihrer eigentlichen richterlichen Funktion handeln. Ebenso wie die Herausnahme der justiziellen Tätigkeit der Gerichte von der Aufsicht der Datenschutz-Aufsichtsbehörde (Art. 55 Abs. 3 DS-GVO) geht es dabei um die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit,

9 Dazu ausführlich Ehmann/Selmayr in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Einführung, Rn. 75 ff.

10 Erwägungsgrund 8 der DS-GVO.

11 BDSG i.d.F. des Art. 1 des Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetzes (DSAnpUG-EU) vom 30.06.2017, BGBl. I 2017, 2097.

12 Richtlinie (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. L 119 vom 04.05.2016, 89.

13 Ebenfalls kritisch Mayer in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, 1. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 106.

also darum, dass „die Unabhängigkeit der Justiz bei der Ausübung ihrer gerichtlichen Aufgaben einschließlich ihrer Beschlussfassung unangetastet bleibt“.¹⁴ Damit erstreckt sich der Aufgabenbereich des gerichtlichen Datenschutzbefragten nicht auf die Datenverarbeitung im richterlichen Kernbereich der Rechtsprechung, erfasst aber die Datenverarbeitung durch die Geschäftsstelle des Gerichts sowie die Tätigkeit eines Gerichts in anderer Funktion, wie z.B. als Grundbuchamt.

II. Der betriebliche Datenschutzbefragte

1. Benennungspflicht nach der DS-GVO

Im Gegensatz zu der flächendeckenden Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbefragten im öffentlichen Bereich verpflichtet Art. 37 Abs. 1 Buchst. b und c DS-GVO im nicht öffentlichen Bereich Verantwortliche und Auftragsverarbeiter zu einer Benennung in zwei Situationen mit einem spezifischen Risiko. Nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO ist ein Datenschutzbefragter zu benennen, wenn die Kerntätigkeit in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung betroffener Personen erforderlich machen. Der Begriff der „Kerntätigkeit“ bezieht sich dabei auf die Haupttätigkeiten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in Abgrenzung zu Nebentätigkeiten wie die Verwaltung der Kunden- und Personaldaten.¹⁵ Die Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe beschreiben eine Überwachung als regelmäßig, wenn sie fortlaufend oder periodisch stattfindet, und als systematisch, wenn sie einem organisierten oder methodischen Ansatz folgt oder Teil einer umfassenden Strategie ist.¹⁶ Für die Bewertung einer Verarbeitung als „umfangreich“ kommt es darauf an, ob davon eine große Zahl von Personen betroffen ist und/oder ob es sich dabei um beträchtliche Datenmengen handelt, die über einen längeren Zeitraum gesammelt werden. Regelmäßig wird sich eine solche Verarbeitung auf automatisierte Verarbeitung und Profiling gründen, wie z.B. bei Bewertungs- und Vergleichsportalen, der Verarbeitung von Kundendaten durch eine Bank, von Kommunikationsdaten oder zu Zwecken einer verhaltensbasierten Werbung.¹⁷

In dem zweiten Fall einer Benennungspflicht im nicht öffentlichen Bereich erfordert Art. 37 Abs. 1 Buchst. c DS-GVO die Benennung eines Datenschutzbefragten, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und

Straftaten besteht. „Besondere Kategorien personenbezogener Daten“ dürfen nur unter den in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO ausdrücklich bezeichneten Ausnahmen verarbeitet werden. Solche besonders schutzwürdigen personenbezogenen Daten sind nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO Daten, „aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder zur sexuellen Orientierung“. Beispiele für eine umfangreiche Verarbeitung solcher sensibler Daten sind die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch ein Krankenhaus, einen Anbieter von DNA-Analysen oder einer Kranken- oder Lebensversicherung.¹⁸

2. Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbefragten nach dem BDSG-neu

Neben den von der DS-GVO vorgeschriebenen Fallgruppen einer obligatorischen Benennung treten in Deutschland weitere Fallgruppen hinzu, in denen die Benennung eines Datenschutzbefragten verpflichtend ist, und zwar ausdrücklich „ergänzend“ zu Art. 37 Abs. 1 Buchst. b und c DS-GVO (§ 38 Abs. 1 BDSG-neu). Der Bundesgesetzgeber hat dabei von der Möglichkeit des Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 DS-GVO Gebrauch gemacht, wonach in anderen als den in Art. 37 Abs. 1 DS-GVO genannten Fällen das Recht der Mitgliedstaaten eine solche Verpflichtung vorschreiben kann. § 38 Abs. 1 BDSG-neu zeigt „deutliche Parallelen in der Ausgestaltung“ mit dem früheren § 4f BDSG.¹⁹ Satz 2 dieser Vorschrift normiert eine Benennungspflicht dann, wenn Verarbeitungen eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO unterliegen oder wenn personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung verarbeitet werden.

Während die Vorschrift insoweit auf spezifische Verarbeitungssituationen abstellt, legt § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu eine Benennungspflicht auch für den Fall fest, dass

14 Vgl. Erwägungsgrund 20 Satz 2 der DS-GVO.

15 Vgl. Erwägungsgrund 97 S. 2 der DS-GVO.

16 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbefragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 10.

17 Vgl. die Beispiele Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbefragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 9 f.

18 Vgl. Jaspers/Reif, RDV 2016, 61, 62; Klug in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 12.

19 Pauly in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 38 BDSG Rn. 4.

i.d.R. mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Das BDSG-neu hält mit der Festlegung dieses bloß numerischen Kriteriums an dem dahin gehenden Ansatz des früheren § 4f Abs. 1 BDSG fest. Zwar enthält Art. 37 Abs. 4 DS-GVO keine dahingehende Festlegung, jedoch unterscheidet sich dieses Kriterium von dem risikobasierten Ansatz der DS-GVO, der unabhängig von der Zahl der Beschäftigten auf das mit spezifischen Datenverarbeitungen verbundene besondere Risiko abstellt. Diesem Ansatz kommt im Hinblick auf den technologischen Fortschritt besondere Bedeutung zu, weil das von einer spezifischen Verarbeitung ausgehende Risiko nicht davon abhängig ist, wie viele Personen mit der Datenverarbeitung befasst sind.²⁰ Deshalb ist auch in den Verhandlungen zur DS-GVO sowohl der auf eine Beschäftigtenzahl basierende Vorschlag der Europäischen Kommission für eine verpflichtende Benennung des Datenschutzbeauftragten abgelehnt worden²¹ als auch der des Europäischen Parlaments, die Benennungspflicht an die Zahl der betroffenen Personen zu knüpfen.²² Da unter den Begriff der „automatisierten Verarbeitung“ jede rechnergestützte Datenverarbeitung fällt,²³ sind von dieser Benennungspflicht zunehmend kleine Unternehmen auch dann betroffen, wenn sie selbst keine spezifisch risikobehaftete Verarbeitung durchführen.

3. Fakultative Benennung eines Datenschutzbeauftragten

Art. 37 Abs. 4 Satz 1 DS-GVO stellt klar, dass dann, wenn weder durch die DS-GVO noch sonst durch Unionsrecht oder das nationale Recht eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten besteht, der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter von sich aus einen Datenschutzbeauftragten benennen kann. Das Gleiche gilt für Verbände oder andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann der Datenschutzbeauftragte für derartige Verbände oder Vereinigungen handeln. Auch dann, wenn auf freiwilliger Basis ein Datenschutzbeauftragter von dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter oder von einem Verband oder einer Vereinigung benannt wird, müssen die Anforderungen der Art. 37, 38 und 39 DS-GVO eingehalten werden.²⁴

4. Gemeinsamer Datenschutzbeauftragter für eine Unternehmensgruppe

Nach Art. 37 Abs. 2 DS-GVO kann eine Unternehmensgruppe einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten benennen, sofern von jeder Niederlassung aus der

Datenschutzbeauftragte leicht erreicht werden kann. Als „Unternehmensgruppe“ definiert Art. 4 Nr. 19 DS-GVO „eine Gruppe, die aus einem herrschenden Unternehmen und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht“. Die DS-GVO erlaubt damit die Etablierung eines Konzern-Datenschutzbeauftragten. Das Erfordernis der leichten Erreichbarkeit setzt voraus, dass der gemeinsame Datenschutzbeauftragte für jedes Unternehmen seine Funktion wahrnehmen kann, sowohl innerhalb des jeweiligen Unternehmens als auch als Ansprechpartner der betroffenen Personen und der Aufsichtsbehörden für jedes der beteiligten Unternehmen. Dazu bedarf es nicht nur entsprechender Kommunikationsmittel, sondern auch einer ausreichenden Ausstattung mit dem erforderlichen Hilfs- und Korrespondenzpersonal und – bei einem multinationalen Konzern – der Überwindung von Sprachbarrieren sowie im Bedarfsfall der persönlichen Präsenz des Datenschutzbeauftragten in dem jeweiligen Unternehmen.²⁵

III. Interner und externer Datenschutzbeauftragter

Unabhängig davon, ob eine Benennungspflicht nach der DS-GVO oder dem BDSG-neu besteht oder ob der Datenschutzbeauftragte aus eigener Initiative des Unternehmens oder Verbandes bestellt wird, kann diese Funktion durch einen „internen“ Datenschutzbeauftragten, nämlich einen Beschäftigten des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters, wahrgenommen werden oder durch einen „externen“ Datenschutzbeauftragten auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags (Art. 37 Abs. 6 DS-GVO). Im Gegensatz zum externen Datenschutzbeauftragten befasst sich der interne Datenschutzbeauftragte mit der Datenverarbeitung in dem Betrieb oder der Behörde, der er angehört, während der externe Dienstleister regelmäßig für mehrere Unternehmen oder öffentliche Stellen tätig ist. Dabei muss der Beschäftigte nicht ausschließlich, in Vollzeit mit den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten betraut sein. Vielmehr kann er auch andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen, sofern dies mit seiner Funktion und dem Umfang seiner Aufgaben

20 Vgl. dazu kritisch bereits für die Rechtslage unter dem früheren BDSG: Simitis in: Simitis, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4f Rn. 16.

21 Art. 35 Abs. 1 Buchst. b des Verordnungsvorschlags der Europäischen Kommission, KOM(2012)11 endgültig.

22 Art. 35 Abs. 1 Buchst. b des Standpunkts des Europäischen Parlaments vom 12.03.2014, P7_TC1-COD(2012)0011.

23 Zerdick in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 2 DS-GVO Rn. 3.

24 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 6.

25 Dazu Ernst in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 10.

vereinbar ist. Solch andere Aufgaben und Pflichten dürfen nicht dazu führen, dass er seine Aufgaben als Datenschutzbeauftragter nicht ordnungsgemäß erfüllen kann oder einem Interessenkonflikt ausgesetzt ist (Art. 37 Abs. 6 DS-GVO).

Die Aufgabe eines sachkundigen Beraters und Ansprechpartners kann sinnvollerweise nur von einer natürlichen Person wahrgenommen werden, der mit Einzelheiten der Datenverarbeitung in dem konkreten Unternehmen oder öffentlichen Stelle vertraut ist und kontinuierlich die Leitung und die mit der Datenverarbeitung befassten Mitarbeiter berät. Der externe Datenschutzbeauftragte ist deshalb von der Leitung des Unternehmens oder der öffentlichen Stelle auch dann persönlich zu benennen, wenn er einem Dienstleistungsunternehmen wie z.B. einer Unternehmensberatung angehört. Das Unternehmen oder eine sonstige juristische Person kann daher selbst nicht Datenschutzbeauftragter sein.²⁶ Als vom Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter selbst benannter Datenschutzbeauftragter ist er auch in einer solchen Situation nur seiner durch die DS-GVO festgelegten Funktion verpflichtet und darf auch im Hinblick auf seine Stellung in dem Dienstleistungsunternehmen keiner Interessenkollision unterliegen.

C. Die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten

I. Beratung und Überwachung

Die DS-GVO bestimmt in Art. 39 Abs. 1 die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten. Dieser Aufgabenkatalog ist – wie sich aus dem Einschub „zumindest“ ergibt – nicht abschließend, muss aber in jedem Fall von einem Datenschutzbeauftragten erfüllt werden. Zu diesen Aufgaben gehört sowohl die Unterrichtung und Beratung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters, also der Unternehmens- oder Behördenleitung, sowie der Beschäftigten, die Datenverarbeitungen durchführen (Art. 39 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO). Diese Unterrichts- und Beratungspflicht bezieht sich auf die Pflichten, die sich aus allen einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorschriften ergeben. Damit beschränkt sich die Unterrichtung und Beratung nicht nur auf die Anforderungen der DS-GVO, sondern umfasst auch andere datenschutzrechtlichen Vorschriften im nationalen Recht und im Unionsrecht, insbesondere in den bereichsspezifischen Gesetzen. Aufgabe des Datenschutzbeauftragten ist es deshalb, bezogen auf die konkreten Datenverarbeitungssituationen, die Leitung und Beschäftigten in der gesamten Datenverarbeitungspraxis des Unternehmens oder der Behörde fachkundig zu begleiten.

Eine weitere Aufgabe ist die Überwachung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Art. 39 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO erstreckt diese Überwachungspflicht auch auf die „Strategien des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters für den Schutz personenbezogener Daten“. Dabei handelt es sich um interne Regeln zur Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen in der konkreten Datenverarbeitung durch das Unternehmen oder die Behörde. Die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten schließen deshalb die Überwachung aller technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Sicherstellung und zum Nachweis der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen ein. Die Vorschrift stellt zudem klar, dass der Datenschutzbeauftragte auch die Zuweisung von Zuständigkeiten sowie die Sensibilisierung und Schulung der an der Verarbeitung beteiligten Mitarbeiter zu überwachen hat. Mit dieser internen Überwachungsfunktion ist aber keine Verlagerung der Verantwortung auf den Datenschutzbeauftragten verbunden, die die Unternehmens- und Behördenleitung ihrer Rechenschaftspflicht für die Umsetzung Datenschutzrechts befreien würde.²⁷

Besonders hervorgehoben wird die Beratungs- und Überwachungsfunktion im Zusammenhang mit der – in Art. 35 DS-GVO geregelten – Datenschutz-Folgenabschätzung. Nach Art. 39 Abs. 1 Buchst. b gehört in diesem Zusammenhang die Beratung „auf Anfrage“ zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten. Dies ist aber nicht dahin zu verstehen, dass es im Ermessen der Unternehmens- oder Behördenleitung steht, den Datenschutzbeauftragten einzuschalten. Vielmehr ist diese verpflichtet, den Rat des Datenschutzbeauftragten einzuholen.²⁸ Aus der Festlegung auf die „Überwachung“ ergibt sich andererseits, dass die Durchführung der Folgenabschätzung selbst keine Aufgabe des Datenschutzbeauftragten ist, sondern der betreffenden Fachabteilung. Abgesehen von der Bindung seiner Ressourcen, müsste der Datenschutzbeauftragte sich sonst selbst kontrollieren.

II. Ansprechpartner für die betroffenen Personen und die Aufsichtsbehörde

Zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten gehört die Funktion als Ansprechpartner für die von der Datenverarbeitung betroffenen Personen. Art. 38 Abs. 4 DS-GVO bestimmt, dass sich betroffene Personen den Datenschutzbeauftragten zu allen mit der Verarbeitung ihrer

²⁶ Dazu Heberlein in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 43 und 44.

²⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 20.

²⁸ Baumgartner in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 35 Rn. 32.

personenbezogenen Daten und mit der Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß der Verordnung im Zusammenhang stehenden Fragen zurate ziehen können. Dies gilt ebenso für Betroffene außerhalb des Unternehmens oder der Behörde. Der Datenschutzbeauftragte ist aber auch Ansprechpartner für Beschäftigte des Unternehmens oder der Behörde selbst, und zwar sowohl in Bezug auf die Datenverarbeitung, die sie selbst durchführen, als auch auf die, von der sie betroffen sind, wie bei der Verarbeitung ihrer Personaldaten. Dementsprechend umfassen die Informationspflichten des Verantwortlichen gegenüber dem Betroffenen auch die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (Art. 13 Abs. 1 Buchst. b, Art. 14 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO). Aus Art. 37 Abs. 7 DS-GVO ergibt sich zudem eine Pflicht zur Veröffentlichung der Kontaktdaten und zu deren Mitteilung an die Aufsichtsbehörde.

Der Datenschutzbeauftragte ist auch Ansprechpartner der Aufsichtsbehörde. Er ist zuständig für die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde und Anlaufstelle für mit der Verarbeitung zusammenhängende Fragen (Art. 39 Abs. 1 Buchst. d und e DS-GVO). Dies schließt ausdrücklich die vorherige Konsultation der Aufsichtsbehörde, wenn aus einer Datenschutz-Folgenabschätzung hervorgeht, dass die geplante Verarbeitung ein hohes Risiko zur Folge hat (Art. 36 Abs. 1 DS-GVO). Durch die auf die Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde bezogenen Aufgaben wird der Datenschutzbeauftragte jedoch nicht zum „Hilfsorgan der Aufsichtsbehörde“,²⁹ sondern handelt auch insoweit in der Sphäre des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters.

D. Anforderungen und Stellung

I. Anforderungen an den Datenschutzbeauftragten

1. Qualifikation und Fähigkeit

Grundlage für die Benennung eines Datenschutzbeauftragten ist seine berufliche Qualifikation und die Fähigkeit zur Erfüllung seiner Aufgaben. Art. 37 Abs. 5 DS-GVO stellt klar, dass sich diese Qualifikation nicht nur auf Kenntnisse des Datenschutzrechts beziehen muss, sondern auch auf die Datenschutzpraxis. Damit erfordert die berufliche Qualifikation betriebspezifische Kenntnisse der Verfahren und Techniken der Datenverarbeitung und der relevanten organisatorischen, technischen und wirtschaftlichen Praktiken und Verfahren, die notwendig sind, um die Datenverarbeitung und die damit verbundenen Risiken in dem konkreten Unternehmen oder der Behörde einzuschätzen.³⁰ Die Fähigkeit zur Erfüllung der Aufgaben nach Art. 39 DS-GVO schließt auch die soziale Kompetenz

und Kommunikationsfähigkeit sowie die Durchsetzungsfähigkeit ein, die erforderlich sind, um die Beratungs- und Kontrollaufgaben sowie die Funktion als Ansprechpartner effektiv wahrzunehmen.

2. Kein Interessenkonflikt

Der Datenschutzbeauftragte kann neben dieser Funktion auch andere Aufgaben und Pflichten ausüben. Er darf dadurch jedoch nicht einem Interessenkonflikt ausgesetzt sein (Art. 38 Abs. 6 DS-GVO). Ein solcher Interessenkonflikt liegt jedenfalls dann vor, wenn er sich selbst überwachen müsste in Bezug auf eine Datenverarbeitung, die er in anderer Funktion wahrnimmt. Deshalb wird regelmäßig eine gleichzeitige Wahrnehmung von Aufgaben als Leiter der IT-Abteilung, der Marketing-Abteilung oder der Personalverwaltung ausscheiden, ebenso eine Funktion in der Geschäftsleitung.³¹

3. Verschwiegenheitspflichten

Der Datenschutzbeauftragte ist bei der Erfüllung seiner Aufgaben an die Wahrung der Vertraulichkeit und Geheimhaltung gebunden. Art. 38 Abs. 5 DS-GVO verweist dazu auf das Recht der Union oder Mitgliedstaaten. Nach § 6 Abs. 5 Satz 2 BDSG-neu ist der Datenschutzbeauftragte zur Verschwiegenheit über die Identität der betroffenen Person verpflichtet, die ihn zurate zieht, sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf die betroffene Person zulassen, soweit ihn die betroffene Person nicht von dieser Verschwiegenheitspflicht befreit. Zudem regelt § 6 Abs. 6 BDSG-neu das Zeugnisverweigerungsrecht des Datenschutzbeauftragten.

II. Die Stellung des Datenschutzbeauftragten

1. Einbindung und Unterstützung des Datenschutzbeauftragten

Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter sind verpflichtet, den Datenschutzbeauftragten ordnungsgemäß und frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen einzubinden (Art. 38 Abs. 1 DS-GVO). Die ordnungsgemäße Einbindung setzt voraus, dass ihn die Leitung oder entsprechende Fachabtei-

²⁹ So jedoch Jaspers/Reif, RDV 2012, 78, 83.

³⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 13 f.

³¹ Dazu Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 19 f.; Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 38 DS-GVO Rn. 39 ff.

lung pro-aktiv befasst, sodass er nicht nur auf seine eigenen Nachforschungen angewiesen ist. Die Befassung muss auch so rechtzeitig erfolgen, dass der Datenschutzbeauftragte ausreichend Zeit hat, sich in den entsprechenden Sachverhalt einzuarbeiten.

Die Unternehmens- bzw. Behördenleitung muss den Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen. Art. 38 Abs. 2 DS-GVO konkretisiert dies dahin, dass dem Datenschutzbeauftragten die für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Ressourcen und den Zugang zu personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen sowie die zur Erhaltung seines Fachwissens erforderlichen Ressourcen zur Verfügung gestellt werden müssen. Zu diesen Ressourcen gehört die erforderliche Sachausstattung einschließlich geeigneter Räume und Büroausstattung sowie die personelle Unterstützung durch notwendiges Hilfspersonal, vor allem aber auch ausreichend Zeit für die Wahrnehmung seiner Tätigkeit und seiner Fortbildung. Dies macht es ggf. erforderlich, den Datenschutzbeauftragten von anderen Aufgaben zu entlasten.

2. Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten

Die in Erwägungsgrund 97 ausgesprochene „vollständige Unabhängigkeit“ des Datenschutzbeauftragten setzt voraus, dass er durch die Einbindung, Unterstützung und Ausstattung überhaupt in die Lage versetzt ist, seine Aufgaben und Pflichten effektiv wahrzunehmen. Die Unabhängigkeit bei deren Wahrnehmung äußert sich vor allem in der Weisungsfreiheit bezüglich der Ausübung seiner Aufgaben (Art. 38 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO). Dazu gehört auch, dass der Datenschutzbeauftragte unmittelbar Zugang zu der „höchsten Managementebene“ haben muss, der er unmittelbar berichtet (Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO). Der Datenschutzbeauftragte darf deshalb in dieser Funktion nicht einer Fachabteilung unterstellt werden, zumal deren Auffassung in Fragen, die die Datenverarbeitung betreffen, unterschiedlich oder gar konträr zu der des Datenschutzbeauftragten sein kann. Der unmittelbare Zugang zur obersten Leitungsebene ermöglicht ihm, dieser direkt pro-aktiv organisatorische und technische Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten und deren Verbesserung vorzuschlagen.

3. Benachteiligungsverbot und Kündigungsschutz

Wesentliche Bedingung für eine unabhängige Aufgabewahrnehmung ist auch das Benachteiligungsverbot des Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO. Danach darf der Datenschutzbeauftragte von dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht abberufen oder benachteiligt werden. Dadurch wird

gewährleistet, dass der Datenschutzbeauftragte seine Aufgaben und Pflichten wahrnehmen kann, ohne deswegen Sanktionen oder den Ausschluss von Vergünstigungen oder Karriereachteile befürchten zu müssen.³²

Das Abberufungsverbot bezieht sich auf die Funktion als Datenschutzbeauftragter. Es erstreckt sich jedoch nicht auf den Kündigungsschutz für das der Beschäftigung in dem Unternehmen oder der Behörde zugrunde liegende Arbeitsverhältnis. Einen solchen Kündigungsschutz regelt § 6 Abs. 4 Satz 2 und 3 BDSG-neu. Danach ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch noch innerhalb eines Jahres nach dem Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Dieser Kündigungsschutz gilt nicht nur für den behördlichen Datenschutzbeauftragten, sondern durch die Verweisung in § 38 Abs. 2 BDSG-neu auch für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten, wenn er aufgrund einer Verpflichtung nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. b und c DS-GVO oder § 38 Abs. 1 BDSG-neu benannt worden ist. Nach vorherrschender Meinung handelt es sich bei diesem Kündigungsschutz um keine Spezifizierung der DS-GVO, sondern um eine Regelung des allgemeinen Arbeitsrechts.³³

E. Fazit

Die Institution eines betrieblichen oder behördlichen Datenschutzbeauftragten ist in Deutschland nicht neu. Als verpflichtende europarechtliche Vorgabe für die Datenverarbeitung in den Mitgliedstaaten ist sie jedoch ein Novum. Die DS-GVO etabliert das Konzept des Datenschutzbeauftragten im Kontext der Eigenverantwortung und Rechenschaftspflicht des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und dem risikobasierten Ansatz der Verordnung. Die Vorschriften der Art. 37, 38 und 39 der DS-GVO schaffen einen einheitlichen europäischen Typus eines europäischen Datenschutzbeauftragten mit einer unabhängigen Stellung und einem einheitlichen und verbindlichen Aufgabenkatalog in allen Mitgliedstaaten. Der in der Praxis vor allem in Deutschland bewährte Datenschutzbeauftragte wird damit unionsweit zur „Schlüsselfigur im neuen Data-Governance-System“³⁴ als einem Kernelement der DS-GVO.

32 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 18.

33 Ebenso Paal in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 38 DS-GVO Rn. 10; Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 6 BDSG Rn. 14; Jaspers/Reif, RDV 2016, 61, 64; a.A. Härting, Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 16.

34 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte i.d.F. vom 05.04.2017 (WP 243 rev.01), S. 5.

Richtervorbehalt bei Fixierungen nach PsychKHG

BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 - 2 BvR 309/15 und 2 BvR 502/16

W. a. RiAG Andreas Brilla und Ref. iur. Dominik Lust

A. Problemstellung

Nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden. Daher bedarf auch die Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung der richterlichen Anordnung. Weitergehende Sicherungsmaßnahmen im Rahmen der Unterbringung konnten bisher nach den landesrechtlichen Unterbringungsgesetzen – wenn überhaupt gesetzlich ausdrücklich geregelt – von einem Arzt angeordnet werden, ohne dass dies unter einem Richtervorbehalt stand.¹ So auch die 5-Punkt und 7-Punkt Fixierung, bei der der Betroffene mit sämtlichen Gliedmaßen und zusätzlich noch am Bauch – bei der 7-Punkt Fixierung auch noch mit Brust und Stirn – ans Bett gefesselt wird. Zur Frage, ob die Gesetzeslage in Bayern und Baden-Württemberg verfassungsgemäß ist, hat das BVerfG nun Stellung genommen und dabei auch an den effektiven Rechtsschutz außerhalb der üblichen Dienstzeiten hohe Anforderungen gestellt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Für die Entscheidung wurden zwei Verfassungsbeschwerden verbunden: Der Verfahrenspfleger des ersten Betroffenen wendete sich mit seiner Beschwerde gegen einen Beschluss des AG Ludwigsburg. Er hatte gem. § 327 FamFG einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit dem Ziel gestellt, dass eine von den Ärzten angeordnete Fixierung des Betroffenen nach § 25 Abs. 2 Nr. 4 PsychKHG BW für rechtswidrig erklärt werde. Der Betroffene war zuvor aufgrund einer schizoaffektiven Störung, infolge derer er sich und andere in erheblichem Maße gefährdete, 2015 auf Anordnung des AG Ludwigsburg für drei Monate in einer psychiatrischen Klinik untergebracht worden. Noch am ersten Tag wurde er auf ärztliche Anordnung 5-Punkt fixiert. Der Antrag des Beschwerdeführers wurde vom Amtsgericht mit der Begründung zurückgewiesen, eine gesonderte richterliche Anordnung sei nicht erforderlich, da die Fixierung eine Schutzmaßnahme im Rahmen der Unterbringung darstelle, für die § 25 PsychKHG BW keine gesonderte richterliche Anordnung vorsehe.²

Der zweite Betroffene wendete sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen Urteile des LG München I und

des OLG München. Er hatte im Wege der Amtshaftung Schmerzensgeldansprüche geltend gemacht, da er im Rahmen einer achtstündigen 7-Punkt Fixierung Verletzungen erlitten hatte. Zuvor war er wegen angenommener Suizidgefahr von der Polizei in ein Klinikum gebracht worden. Die Klage wurde vom Landgericht abgewiesen, da die Fixierungsmaßnahme von § 34 StGB gedeckt gewesen sei.³ Die dagegen eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass auch wenn es in Bayern an einer speziellen Ermächtigungsgrundlage für die Fixierung fehle, diese durch die allgemeine Unterbringungsermächtigung nach Art. 12 BayUnterbrG i.V.m. Art. 19 BayUnterbrG gedeckt gewesen sei, sodass es eines Rückgriffs auf die strafrechtliche Norm des § 34 StGB nicht bedurft hätte.⁴

Die Verfassungsbeschwerden waren – im ersten Fall insbesondere auch durch den Verfahrenspfleger eingelegt und auch noch nach Erledigung der Maßnahme – zulässig und begründet. Der – gem. § 327 Abs. 4 FamFG nicht anfechtbare – Beschluss des AG Ludwigsburg bzw. das Urteil des OLG München verletzen die Betroffenen in ihren Grundrechten auf persönliche Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 und 3 GG.

Eine nicht nur kurzfristige Fixierung sei für den Patienten stets eine Freiheitsentziehung und damit ein Eingriff in sein Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Die Grenze einer kurzfristigen Maßnahme zieht das BVerfG jedenfalls für die 5- und 7-Punktfixierung bei einer Dauer bis zu 30 Minuten.⁵ Auch wenn die Unterbringung des Patienten bereits eine Freiheitsentziehung darstelle, sei die Fixierung ans Bett aufgrund der hohen Intensität als eigenständige Freiheitsentziehung und nicht etwa als bloße Freiheitsbeschränkung zu werten.⁶ Ein (gesonderter) Richtervorbehalt sei deshalb auch für die Fixierung erforderlich.

Fälle, in denen eine Fixierung zulässig sein soll, seien gesetzlich hinreichend klar zu bestimmen. Durch den Rückgriff auf allgemeine Ermächtigungen würde der Gesetzgeber seinem Regelungsauftrag nicht gerecht. Der Grundsatz

1 Vgl. § 25 PsychKHG BW; Art. 12 Abs. 1 UbrgG BY i.V.m. Art. 19 UbrgG BY; § 39 PsychKG BE; § 21 BbgPsychKG; § 31 PsychKG BR; § 18 HmbPsychKG; § 21 PsychKG HE; § 21 PsychKG M-V; § 17 PsychKG RLP; § 11 UBG SL; § 31 SächsPsychKG; § 19 PsychKG LSA; § 16 PsychKG SH; § 18 PsychKG NRW; § 16 ThürPsychKG; § 15a NPsychKG.

2 AG Ludwigsburg, Beschl. v. 04.02.2015 - 5 XIV 29/15 L.

3 LG München I, Urt. v. 27.05.2015 - 15 O 21894/11.

4 OLG München, Urt. v. 04.02.2016 - 1 U 2264/15.

5 Vgl. BGH, Beschl. v. 07.01.2015 - XII ZB 395/14; zu § 1631b Abs. 2: Götz, FamRZ 2017, 1289, 1291.

6 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00; BVerfG, Urt. v. 14.05.1996 - 2 BvR 1516/93.

der Verhältnismäßigkeit gebiete, dass unter strengen materiell-rechtlichen wie verfahrensrechtlichen Anforderungen zulässige Fixierungen nur als letztes Mittel vorzusehen seien. Sie müssten von einem Arzt angeordnet und überwacht werden, zudem sei eine Eins-zu-eins-Betreuung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal sicherzustellen. Würden diese strengen Anforderungen erfüllt, stehe dies auch im Einklang mit den einschlägigen völkerrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der EMRK.

Die teilweise Verfassungswidrigkeit des § 25 PsychKHG BW führe nicht zu dessen Teilnichtigkeit, die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz gebiete es aber, dass insbesondere der Richtervorbehalt sofort gelte und entsprechende verfahrensrechtliche Regelungen bis zum 30.06.2019 geschaffen würden. Bis zu diesem Zeitpunkt seien auch in Bayern Fixierungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Unterbringungen nur unter den aufgestellten strengen Anforderungen zulässig.⁷

C. Kontext der Entscheidung und Bewertung

Die Fixierung von Patienten dürfte in psychiatrischen Einrichtungen in Deutschland eine gängige und häufig angewandte Sicherungsmaßnahme sein.⁸ Eine Vielzahl davon werden auf § 34 StGB oder § 1906 Abs. 4 bzw. § 1631b Abs. 2 BGB gestützt werden, die von der BVerfG-Entscheidung unmittelbar nicht betroffen sind. Nur den Fall, dass der Betroffene zunächst nach dem PsychKHG BW bzw. BayUnterbrG in einer psychiatrischen Einrichtung durch richterliche Anordnung untergebracht ist, beleuchtet das Urteil im Detail.

Einerseits bleibt das BVerfG hinter der ihm vom BGH mitgeteilten Rechtsprechung⁹ zum Verhältnis zwischen § 1906 Abs. 1 und 4 BGB bzw. § 1631b Abs. 1 und 2 BGB zurück, wenn es sich nur auf Fixierungen konzentriert und nicht auch sonstige Maßnahmen – wie den Zimmereinschluss – umfasst sieht, obwohl es selbst hervorhebt, dass die Isolierung nicht immer das mildere Mittel darstellen muss.¹⁰ Dabei kann insbesondere die medikamentöse Ruhigstellung dieselben Auswirkungen wie eine Totalfixierung haben.¹¹ Andererseits wird der Richtervorbehalt im Landesunterbringungsgesetz unmittelbar nach einer Fixierung von über 30 Minuten ausgelöst und nicht erst nach einem länger dauernden Zeitraum i.S.d. § 1906 Abs. 4 bzw. § 1631b Abs. 2 BGB, für den die freiheitsentziehende Wirkung – je nach Intensität der Maßnahme – über mehrere Tage jedenfalls aber über Stunden eingetreten sein soll.¹² Der längere Zeitraum soll erst erreicht sein, wenn eine Maßnahme über Tage erfolgt oder auch darauf ausgerichtet ist.¹³ Kürzere Zeiträume waren bisher nicht genehmigungsbedürftig, sondern ggf. nur durch die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt.¹⁴ Nach der nunmehr ergangenen BVerfG-Entscheidung dürfte deutlich mehr dafür

sprechen, für das Tatbestandsmerkmal „längerer Zeitraum“ die engen zeitlichen Grenzen des Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG anzuwenden.¹⁵ Auch wenn diese Vorschrift auf hoheitliche Eingriffe zugeschnitten ist und im BGB eigentlich zivilrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Betroffenen, Betreuern und Bevollmächtigten sowie Einrichtungen, Ärzten und Pflegenden geregelt werden, geht es im Kern zumindest auch um die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe,¹⁶ bei der Betroffene zumindest durch die Drittwirkung der Grundrechte geschützt sein sollten.¹⁷

Eine Veränderung könnte sich auch bei der Auslegung des § 1906 Abs. 2 bzw. § 1631b Abs. 1 BGB ergeben, wonach der Betreuer, Bevollmächtigte oder die Eltern freiheitsentziehende Maßnahmen vorläufig selbst verantworten können, eine Genehmigung dann aber unverzüglich nachholen müssen.¹⁸

In der Praxis der Akutpsychiatrie werden zahlreiche Fixierungen alleine auf den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB gestützt, da mit dieser Maßnahme meist akute Gefahrensituationen kurzfristig abgewendet werden. Den Regelungen der landesrechtlichen Unterbringungsgesetze liegt – in der nunmehr konkretisierten verfassungsrechtlichen Auslegung erst recht – der Gedanke zugrunde, die Betroffenen vor unverhältnismäßigen staatlichen Eingriffen zu schützen. Wenn die Fixierung hingegen den strafrechtlich geschützten Individualinteressen dient, kann diese Handlung einer richterlichen Anordnung nicht zugänglich sein, da dieses Recht jedermann zusteht. Ein vollständiges Verdrängen des § 34 StGB durch die Normen des PsychKHG BW und des BayUnterbrG nimmt das BVerfG zwar nicht an.¹⁹ Die Entscheidung könnte den Spielraum für eine individuelle Rechtfertigung indes deutlich einschränken.

7 Rn. 129 der Entscheidung.

8 Vgl. 53-Leitlinie „Verhinderung von Zwang: Prävention und Therapie aggressiven Verhaltens bei Erwachsenen“ der DGPPN S. 206.

9 Rn. 39 der Entscheidung; BGH, Beschl. v. 28.07.2015 - XII ZB 44/15; vgl. Brilla in: BeckOGK, § 1906 Rn. 100.1.

10 Rn. 80 der Entscheidung.

11 Vgl. Bauer/Braun in: HK, BUR, § 1906 Rn. 211 ff.; Kirsch/Hirsch, BtPrax 2016, 12.

12 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.12.2006 - 20 W 425/06; Zimmermann in: Soergel, BGB, § 1906 Rn. 24.

13 OLG Bamberg, Urt. v. 05.12.2011 - 4 U 72/11; Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, Teil G, Rn. 54.

14 Bauer/Braun in: HK, BUR, § 1906 Rn. 196.

15 So schon Riedel, BtPrax 2010, 99, 103 f. und Jacobs, BtPrax 2013, 16, 18.

16 Heide, Medizinische Zwangsbehandlung, 2001, S. 127.

17 Grengel/Roth, ZRP 2013, 12; weitergehend Tietze, Ambulante Zwangsbehandlungen im Betreuungsrecht, 2005, S. 72.

18 Vgl. m.w.N. z.B. Jaschinski in: jurisPK-BGB, § 1906 Rn. 94 f. oder Brilla in: BeckOGK, § 1906 Rn. 92 f.

19 Rn. 37 i.V.m. Rn. 75 der Entscheidung.

Damit hängt unmittelbar zusammen, wie schnell eine richterliche Genehmigung oder Anordnung erreicht werden kann. Das BVerfG erkennt im Urteil das Spannungsfeld zwischen der Fixierung, die oftmals nur wenige Stunden andauert, und dem Geschäftsgang der Gerichte und gibt vor, dass eine richterliche Entscheidung nicht (mehr) erforderlich sei, wenn bereits zu Beginn der Maßnahme abzusehen sei, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen werde oder die Maßnahme vor Herbeiführung der Entscheidung tatsächlich beendet und auch keine Wiederholung zu erwarten sei.²⁰ Ist dies nicht der Fall, ist auch bei der aus Dringlichkeitsgründen bereits begonnenen Fixierung, die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen, wobei jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, zu vermeiden ist.²¹ Zwar sind die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, renitentes Verhalten des Festgehaltenen, anerkannte sachliche Gründe;²² die Verhinderung durch fehlende Erreichbarkeit eines Richters oder anderweitige, weniger dringliche Dienstgeschäfte dürften es aber nicht sein.²³ Die Bearbeitung sowie Verhandlung in Verfahren, die keine Freiheitsentziehung betreffen, müsste daher wohl zurückgestellt werden und zudem sichergestellt sein, dass der Antrag den zuständigen Richter auch umgehend erreicht.²⁴

Diese strikte Verpflichtung zur vorrangigen Behandlung im Gericht trifft dieses nicht nur zu den üblichen Geschäftszeiten, sondern auch im Zeitraum davor von 6:00 Uhr an und danach bis 21:00 Uhr. Auch wenn verwundern mag, dass die vom BVerfG aufgestellten strengen Maßstäbe sich an einem von der einfachgesetzlichen ZPO in § 758a Abs. 4 Satz 2 beschriebenen Zeitraum orientieren sollen, ist jedenfalls täglich von 6:00 bis 21:00 Uhr nicht nur die Erreichbarkeit eines Richters sicherzustellen, sondern auch durch die Gerichtsorganisation im Übrigen zu garantieren, dass ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

Kommt es gar nicht zur Anrufung des Gerichts oder wird der Antrag zurückgenommen, weil die Fixierung insbesondere nur eine kurze Zeit erforderlich war, ist der Betroffene darauf hinzuweisen, dass er eine gerichtliche Feststellung der Rechtmäßigkeit beantragen kann. Ob sich ein solcher „Fortsetzungsfeststellungsantrag erster Instanz“ auch bei Fixierungen gem. § 1906 Abs. 4 oder § 1631b Abs. 2 BGB ergibt, ist fraglich.²⁵ De lege lata ist für einen solchen Antrag wohl § 327 FamFG als Grundlage heranzuziehen, der allerdings nur von Unterbringungsverfahren gem. § 312 Nr. 4 FamFG spricht.²⁶

D. Auswirkungen auf die Praxis

Offen bleibt zunächst die Frage, wie in Fällen der fürsorglichen Aufnahme und Zurückhaltung nach § 16 PsychKHG

BW zu verfahren ist. Hiernach kann der Betroffene durch die anerkannte Einrichtung bis zum Ende des übernächsten Tages festgehalten werden, bevor die Unterbringung beantragt und angeordnet wird, wenn dringende Gründe vorliegen, die eine Unterbringung rechtfertigen würden. Soll dann die Zurückhaltung ohne richterliche Entscheidung erlaubt sein, eine dabei – in der Praxis vermutlich häufig – erfolgende Fixierung aber dem Richtervorbehalt unterliegen? Sinnvoll könnte – bis zu einer gesetzlichen Neuregelung – eine Antragspflicht für Unterbringung und Fixierung sein, sobald eine Fixierung über 30 Minuten hinaus notwendig erscheint. Auf die (ältere) Entscheidung des BVerfG, nach der für die Kliniken die Frist des Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG nicht gelte,²⁷ lässt sich wohl entgegen der Gesetzesbegründung²⁸ nicht mehr rekurrieren.

Je nachdem, wie stark sich durch die Entscheidung auch die Auslegung der Vorschriften über freiheitsentziehende Maßnahmen nach § 1906 und § 1631b BGB und sich der Spielraum für § 34 StGB einschränkt, wird ein deutlicher Anstieg von Fallzahlen zu erwarten sein. Zudem liegt eine Übertragung der Grundsätze nicht nur auf den Maßregel-, sondern auch auf den Strafvollzug sowie die Untersuchungshaft bzw. die einstweilige Unterbringung gem. § 126a StPO nahe.

Unabhängig von der quantitativen Belastung werden aber die gestiegenen Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in den Morgen- und Abendstunden – aber genauso auch während der üblichen Dienstzeiten – zu einer weitreichenden Mehrbelastung der Gerichte führen, der nur durch einen erhöhten Personal- und Organisationsaufwand begegnet werden kann, wenn man verhindern will, dass der Richtervorbehalt für Fixierungen nur zur Theorie verkommt. Im Übrigen sind wohl viele ablehnende Entscheidungen nicht zu erwarten, da aufgrund der Kürze der Zeit regelmäßig nur die vom Arzt gegebenen Informationen zur Verfügung stehen.²⁹

20 Rn. 101 der Entscheidung.

21 BVerfG, Beschl. v. 15.05.2002 - 2 BvR 2292/00 Rn. 26.

22 Rn. 99 der Entscheidung m.w.N.

23 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.01.1990 - 2 BvR 1592/88.

24 BVerfG, Ur. v. 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00; vgl. auch BGH, Ur. v. 04.09.2001 - 5 StR 92/01.

25 Dafür Gietl, NZFam 2018, 724, 740.

26 Vgl. Schmidt-Recla in: MünchKomm, FamFG, § 327 Rn. 5; Roth in: Prütting/Helms, FamFG, § 327 Rn. 3.

27 BVerfG, Beschl. v. 28.10.1980 - 2 BvR 1087/79.

28 LT-Drs. 15/5521, S. 60 f.

29 So auch Kirsch, NJW, 33/2018, 3 (Editorial).

Das Haus am Wannsee BVerwG, Urt. v. 09.08.2018 - 4 C 7/17

RiBVerwG Dr. Stephan Gatz

A. Problemstellung

Mit Nachbarn hat man es nicht immer leicht. Beabsichtigen sie ein Bauvorhaben, das den Festsetzungen des maßgeblichen Bebauungsplans widerspricht, oder haben sie es sogar schon in Angriff genommen, rückt die Frage in den Fokus, ob man als Eigentümer eines Grundstücks und Nachbar des Bauherrn den Verstoß gegen die Festsetzungen rügen und so das Bauvorhaben verhindern kann. Die Frage stellte sich auch für den Eigentümer eines Bootshauses am Wannsee. Einschlägig ist die Thematik für Bebauungspläne jeden Alters, also auch für Bebauungspläne, die vor dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzbuchs (jetzt: Baugesetzbuch) vom 23.06.1960 erlassen worden sind. Diese Pläne gelten, sofern sie wirksam sind und verbindliche Regelungen der in § 9 BBauG/BauGB genannten Art enthalten, nach § 173 Abs. 3 Satz 1 BBauG 1960 fort.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger, ein Segelverein, ist Eigentümer eines Grundstücks in Berlin, das direkt am Großen Wannsee gelegen, mit einem Vereinshaus sowie Wassersportanlagen bebaut ist und für Vereinszwecke genutzt wird. Die Beigeladene ist Eigentümerin eines unmittelbar benachbarten Ufergrundstücks. Beide Grundstücke liegen im Geltungsbereich eines übergeleiteten Bebauungsplans aus dem Jahr 1959. Sie sind Teil eines Gebiets, den der Bebauungsplan als Sonderzweckfläche für den Wassersport ausweist. In den Planergänzungsbestimmungen sind für diese Sonderzweckfläche u.a. als Maß der baulichen Nutzung eine größte Baumasse von 1,0 m³ umbauten Raumes je m² Baugrundstück und als zulässige Geschosshöhe zwei Vollgeschosse festgesetzt. Die Beigeladene beabsichtigt, auf ihrem Grundstück ein Wohnhaus mit Gewerbeanteil und Tiefgarage zu errichten. Das zuständige Bezirksamt des beklagten Landes Berlin erteilte ihr dafür einen Bauvorbescheid und kündigte darin die Zustimmung zu Befreiungen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB für diverse Abweichungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans an.

Der Segelverein hat gegen den Vorbescheid Klage erhoben, soweit das Bezirksamt darin Befreiungen für die Überschreitung der zulässigen Baumassenzahl von 1,0 auf 4,30 und der zulässigen Zahl der Vollgeschosse von zwei auf sechs in Aussicht gestellt hat. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Das BVerwG hat das Oberverwaltungsgericht darin bestätigt, dass der Bauvorbescheid im angefoch-

tenen Umfang rechtswidrig sei, den Kläger insoweit in seinen Rechten verletze und die Geltendmachung des Abwehrrechts nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen sei. Im Einzelnen:

I. Die vom Beklagten in Aussicht gestellten Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplans zur Zahl der Vollgeschosse und zur Baumassenzahl seien von § 31 Abs. 2 BauGB nicht gedeckt, weil die Abweichungen die Grundzüge der Planung berührten. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts, die den Senat nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO bänden, stelle die Entscheidung, an exponierter Stelle eine äußerlich anspruchsvolle städtebauliche Dominante zu setzen, eine wesentliche Änderung des dem Bebauungsplan zugrunde liegenden Planungskonzepts und einen grundlegenden Eingriff in die bisherige städtebauliche Ordnung dar. Anliegen des Bebauungsplans seien die Erhaltung und Verbesserung des landschaftlich reizvollen, einheitlich wirkenden Gesamtbildes, das im Uferbereich am Großen Wannsee den Eindruck einer grünen, naturbetonten Landschaft vermittele, in der die Bebauung merklich zurücktrete und die einzelnen Gebäude, sofern sie nicht weitgehend durch Bäume verdeckt würden, höhenmäßig unter der Baugrenze blieben. Das Vorhaben der Beigeladenen breche mit der heterogenen Umgebung und habe eine Schlüsselfunktion für eine neue städtebauliche Konzeption. Seine Zulassung könne nicht zulässiger Inhalt einer Befreiung sein; die Entscheidung obliege nicht der Bauaufsichtsbehörde, sondern dem Plangeber.

II. Die in Aussicht gestellten rechtswidrigen Befreiungen verletzten den Kläger auch in seinen Rechten als Grundstücksnachbar.

Es sei nicht zu beanstanden, dass das Oberverwaltungsgericht den nachbarschützenden Charakter der Festsetzungen zur Vollgeschosse- und Baumassenzahl unmittelbar dem Bebauungsplan entnommen habe. Zwar hätten nach den tatrichterlichen Feststellungen Fragen des nachbarschützenden Charakters bauplanerischer Festsetzungen bei der Aufstellung und Inkraftsetzung des maßgeblichen Bebauungsplans im Bewusstsein des Plangebers keine Rolle gespielt, weil der Gedanke des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht erst ab 1960 entwickelt worden sei. Maßfestsetzungen käme gleichwohl drittschützende Wirkung zu, wenn sie nach dem Planungskonzept Bestandteil eines wechselseitigen nachbarlichen Austauschverhältnisses seien. Das sei hier der Fall. Die hier in Rede stehenden Maßfestsetzungen seien von wesentlicher Bedeutung für den vom Plangeber konzipierten Charakter der Sondergebietsfläche für den Wassersport. Maßgebliche Zielsetzungen seien die Stärkung des Grünflächenanteils, die Gestaltung eines von Bebauung freigehaltenen Uferbereichs und die Beschränkung der baulichen Ausnutzung der Grund-

stücke insgesamt, wobei diese Planungsziele durch eine Kombination der einzelnen Festsetzungen erreicht werden sollten. Auch die Festsetzungen zur Zahl der Vollgeschosse und der Baumassenzahl sollten zu der spezifischen Qualität des Sondergebiets beitragen und nach dem erklärten Willen des Plangebers der Bewahrung dieses Gebietscharakters dienen.

C. Kontext der Entscheidung

Befreit eine Behörde – wie hier – rechtswidrig von einer nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans, hat der Eigentümer eines ebenfalls im Plangebiet gelegenen Grundstücks einen nachbarlichen Abwehranspruch. Bei nachbarschützenden Festsetzungen führt also jeder Fehler bei der Anwendung des § 31 Abs. 2 BauGB zur Aufhebung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids. Dagegen löst eine fehlerhafte Befreiung von einer nicht nachbarschützenden Festsetzung einen Abwehranspruch des Nachbarn nur aus, wenn die Behörde bei ihrer Ermessensentscheidung über die Befreiung nicht die gebotene Rücksicht auf seine nachbarlichen Interessen genommen hat.¹

Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung (§§ 2 bis 14 BauNVO) sind kraft Bundesrechts nachbarschützend. Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zulassung eines mit der Gebietsfestsetzung unvereinbaren Vorhabens abwehren, weil hierdurch das nachbarliche Austauschverhältnis gestört und eine Verfremdung des Gebiets eingeleitet wird.² Der Gedanke des nachbarschaftlichen Austauschverhältnisses besagt: Weil und soweit der einzelne Eigentümer gemeinsam mit anderen – benachbarten – Eigentümern in der Ausnutzung seines Grundstücks öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er grds. deren Beachtung auch im Verhältnis zu anderen Eigentümern verlangen.³

Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung (§§ 16 ff. BauNVO) sind grds. nicht kraft Bundesrechts nachbarschützend.⁴ Die im Vergleich mit den Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung unterschiedliche Behandlung begründet das BVerwG damit, dass Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung in aller Regel den Gebietscharakter unberührt lassen und lediglich Auswirkungen auf das Baugrundstück und die unmittelbar anschließenden Nachbargrundstücke haben. Nur dann, wenn – ausnahmsweise – die Größe einer baulichen Anlage auch die Art der baulichen Nutzung erfasst, also „Quantität in Qualität“ umschlägt,⁵ wird Nachbarschutz durch Bundesrecht vermittelt. Ansonsten hängt es vom Willen der Gemeinde als Planungsträger ab, ob Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung drittschützend sind.⁶

Zwei Fragen waren noch zu beantworten: Können Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung auch dann drittschützende Wirkung entfalten, wenn der Bebauungsplan aus einer Zeit stammt, in der man ganz allgemein und so auch hier an einen nachbarlichen Drittschutz noch nicht gedacht hat? Ist das nachbarschaftliche Austauschverhältnis auf ein Synallagma („do ut des“) beschränkt, wie das Fall ist, wenn Maßfestsetzungen – anders als hier – (auch) dazu dienen sollen, einer gegenseitigen Verschattung der Grundstücke vorzubeugen oder jedem Grundstück eine möglichst ungestörte Sicht auf die Umgebung zu erhalten? Das BVerwG hat die erste Frage bejaht (I.), die zweite verneint (II.).

I. Der Umstand, dass ein Plangeber die Rechtsfolge einer nachbarschützenden Wirkung der Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung zum Zeitpunkt der Planaufstellung nicht in seinen Willen aufgenommen hat, verbietet es nicht, die Festsetzungen nachträglich subjektiv-rechtlich aufzuladen. Es entspricht allgemeiner Rechtsüberzeugung, dass das öffentliche Baurecht nicht in dem Sinne statisch aufzufassen ist, dass es einer drittschutzbezogenen Auslegung unzugänglich wäre. Baurechtlicher Nachbarschutz ist das Ergebnis einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung, welche hierbei von einer Auslegung der dafür offenen Vorschriften ausgeht.⁷ Stehen Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung nach der Konzeption des Plangebers in einem wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis, kommt ihnen nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zugunsten der an dem Austauschverhältnis beteiligten Grundstückseigentümer zu. Daraus folgt unmittelbar, dass der einzelne Eigentümer die Maßfestsetzungen aus einer eigenen Rechtsposition heraus auch klageweise verteidigen kann.⁸

II. Der Begriff des nachbarlichen Austauschverhältnisses wird nicht durch Bundesrecht bestimmt. Als Schlagwort kennzeichnet er eine Beziehung zwischen den Planbetroffenen, die auf Gegenseitigkeit angelegt ist und diese zur Bewahrung des Gebietscharakters verpflichtet, aber auch berechtigt. Die Bewahrung des Gebietscharakters ist typisches Ziel einer Nachbarklage gegen ein Bauvorhaben, das gegen eine Festsetzung über die Art der baulichen Nutzung

1 BVerwG, Beschl. v. 08.07.1998 - 4 B 64/98.

2 BVerwG, Urte. v. 16.09.1993 - 4 C 28/91 und BVerwG, Urte. v. 24.02.2000 - 4 C 23/98.

3 BVerwG, Urte. v. 11.05.1989 - 4 C 1.88.

4 BVerwG, Beschl. v. 23.06.1995 - 4 B 52/95.

5 BVerwG, Urte. v. 16.03.1995 - 4 C 3/94; Fallbeispiele bei Söfker in: Ernst/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 15 BauNVO Rn. 18, Stand August 2016.

6 BVerwG, Beschl. v. 19.10.1995 - 4 B 215/95.

7 BVerwG, Urte. v. 23.08.1996 - 4 C 23/98.

8 Vgl. BVerwG, Urte. v. 23.08.1996 - 4 C 23/98.

verstößt. Zwar berühren Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung den Gebietscharakter üblicherweise nicht. In Ausnahmefällen – und einen solchen hatte das Oberverwaltungsgericht mit bindender Wirkung für das BVerwG angenommen – kann jedoch etwas anderes gelten. Dies hat das BVerwG mit seiner Rechtsprechung akzeptiert, dass die Größe einer baulichen Anlage die Art der baulichen Nutzung beeinflussen kann.⁹

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil hat dem Vernehmen nach nicht nur im Land Berlin, sondern auch schon in anderen Teilen der Republik für Ver-

unsicherung bei Gemeinden und Bauaufsichtsbehörden gesorgt. Wie sich Gerichte zur nachbarschützenden Wirkung von Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung in übergeleiteten Bebauungsplänen künftig positionierten, könne nicht verlässlich eingeschätzt werden. Das ist gewiss richtig. Für Mitgefühl besteht aber kein Anlass. Baugenehmigungsbehörden sind verpflichtet, Baugesuche rechtmäßig zu bescheiden. Tun sie das – und das Urteil ermuntert sie dazu –, stellt sich die Frage nach der nachbarschützenden Wirkung von Festsetzungen eines Bebauungsplans nicht.

9 BVerwG, Urt. v. 16.03.1995 - 4 C 3/94.

Strafrecht

Strafrecht contra Steuerrecht: Die Norm des § 398a AO in der Kritik

Ref. iur. Dr. Jan-Philipp Schmidt

A. Einführung

Das Bekanntwerden von Steuerhinterziehungen prominenter Persönlichkeiten ist ein Dauerbrenner. In Deutschland hatte bspw. die öffentlichkeitswirksame Verurteilung von Ulrich Hoeneß¹ für Aufsehen gesorgt. In jüngerer Zeit musste der argentinische Fußballprofi Lionel Messi mehrfach Nachzahlungen an die spanischen Finanzbehörden leisten.² Auch der portugiesische Fußballprofi und mehrfache Weltfußballer Cristiano Ronaldo hatte im Sommer 2018 vor den spanischen Finanzbehörden eingeräumt, beträchtliche Einnahmen am spanischen Fiskus „vorbeigeschleust“ zu haben.³ Im daraufhin eröffneten Strafverfahren gelang es „CR7“, die drohende (Freiheits-)Strafe durch eine Geldzahlung abzuwenden.⁴

Auch in Deutschland besteht mit dem Institut der Selbstanzeige (§ 371 AO) für Steuersünder die Möglichkeit, eine (Freiheits-)Strafe durch Nachzahlung der hinterzogenen Steuern zu umgehen. Seit 2011 wird die Vorschrift des § 371 AO von dem Absehen von Strafverfolgung aus § 398a AO flankiert. Die Norm eröffnet einem Steuerdelinquenten – in den Fällen des § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 oder Nr. 4 AO – die Möglichkeit zur Beendigung des Strafverfahrens, wenn er fristgerecht die zu seinen Gunsten hinterzogenen Steuern nebst Zinsen entrichtet und

einen zusätzlichen Geldbetrag an die Staatskasse zahlt. Mit dieser Vorschrift sollten nach der gesetzgeberischen Intention die Voraussetzungen zur Erlangung von Straffreiheit im Rahmen der Selbstanzeige verschärft werden. Gleichwohl können sich Steuerunehrliche durch diese Vorschrift von einer strafrechtlichen Verurteilung „freikaufen“, obwohl die eingereichte Selbstanzeige unwirksam war. Die Vorschrift wurde vor diesem Hintergrund als „strafbefreiende Selbstanzeige zweiter Klasse“⁵ bezeichnet. Überdies wurde von einem „Ablasshandel mit den Strafverfolgungsbehörden“⁶ gesprochen. Mit diesem Beitrag soll die Vorschrift des § 398a AO näher analysiert und dabei das Spannungsfeld von Strafrecht und Steuerstrafrecht aufgezeigt werden.

1 Vgl. hierzu LG München II, Urt. v. 13.03.2014 - W5 KLS 68 Js 3284/13.

2 Vgl. www.sueddeutsche.de/sport/lionel-messi-medien-messi-zahlterund-zwoelf-millionen-euro-steuern-nach-1.3824060 (zuletzt abgerufen am 15.10.2018).

3 www.tagesschau.de/ausland/ronaldo-167.html (zuletzt abgerufen am 15.10.2018).

4 www.lto.de/recht/nachrichten/n/christiano-ronaldo-steuerhinterziehung-vergleich-nachzahlung-geldstrafe/ (zuletzt abgerufen am 15.10.2018).

5 Wagner, DStZ 2011, 875, 876.

6 Adick, HRRS 2011, 197, 201.

B. Gesetzliche Konzeption und Hintergrund

Einer Anwendung von § 398a AO (Absehen von Strafverfolgung) geht zwingend die Verwirklichung einer Steuerstraftat – eine Steuerhinterziehung gem. § 370 AO – sowie die Erstattung einer (missglückten) Selbstanzeige nach § 371 AO voraus. Nach den Ausschlussgründen (sog. negative Wirksamkeitsvoraussetzungen) des § 371 Abs. 2 AO entfällt unter bestimmten Rahmenbedingungen die strafbefreiende Wirkung trotz umfassender Berichtigungserklärung und vollständiger Nachzahlung der verkürzten Steuern.⁷

Die Norm des § 398a AO knüpft insoweit konkret an die Ausschlussgründe des § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bzw. 4 AO an. In den Fällen des § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AO regelt das Gesetz, dass Verkürzungen großen Ausmaßes (derzeit ab 25.000 €) die Wirksamkeit einer Selbstanzeige hindern.⁸ Die Vorschrift des § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AO verweist auf die besonders schweren Fälle der Steuerhinterziehung aus § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 5 AO. Zahlt der Steuerdelinquent unter diesen Umständen den zusätzlichen Geldbetrag aus § 398a Abs. 1 Nr. 2 AO, so muss die Strafverfolgungsbehörde von der weiteren Verfolgung der Steuerhinterziehung absehen. Dieser Zuschlag ist dabei gestaffelt und erhöht sich, wenn gewisse „Hinterziehungsbeträge“ überschritten wurden: 10 % Zuschlag von 25.001 bis 100.000 €, 15 % Zuschlag von 100.001 bis 1.000.000 €, 20 % Zuschlag ab 1.000.001 €.

Die Vorschrift wurde durch das am 03.05.2011 in Kraft getretene Schwarzgeldbekämpfungsgesetz in die Abgabenordnung eingefügt.⁹ Das Institut der strafbefreienden Selbstanzeige rückte 2010 in Verbindung mit den Ankäufen von Datenträgern aus dem Ausland – diese enthielten Daten, mit denen Steuerdelikte zum Nachteil des deutschen Staates nachgewiesen werden konnten – in den Fokus der politischen Diskussion. Dahin gehend stand die Befürchtung im Raum, dass die Selbstanzeige im Rahmen von „Steuerhinterziehungsstrategien“ missbraucht werden könnte.¹⁰ Im Rahmen dieser Debatte wurden deshalb schnell Forderungen zur Änderung oder sogar zur Abschaffung des Instituts laut. Ein Ergebnis dieser Kontroversen war die Einführung des § 398a AO. Die Ausschlussgrenze in § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AO lag damals noch bei 50.000 €; der Zuschlag war pauschal mit 5 % normiert.¹¹ Dieser zusätzliche Geldbetrag sollte die Steuerpflichtigen „generalpräventiv zur Abgabe richtiger und vollständiger Steuererklärungen bewegen“; so die Intention des Gesetzgebers.¹² Welcher Rechtscharakter einer solchen Zahlung zukommen sollte, war jedoch unklar und wurde von Beginn an in den Expertenanschlüssen kontrovers diskutiert.¹³ Überdies wurde die

Regelung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kritisiert.¹⁴

Die inhaltliche Verschärfung des Regelungsgehalts erfolgte dann im Zuge des Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung und des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung vom 03.11.2014, welches am 01.01.2015 in Kraft trat.¹⁵ Mehrere Abgeordnete im Bundestag – darunter die Fraktion DIE LINKE – waren in den vorangegangenen Debatten der Auffassung, dass mit dem Absehen von Strafverfolgung aus § 398a AO ein „Hintertürchen“ für die schweren Fälle der Steuerhinterziehung eingerichtet wurde, da auch in diesen Fällen die Möglichkeit bestehe, sich von der Strafe freizukaufen.¹⁶ Ergebnis dieser Kritik war die Herabsetzung des Schwellenwertes in § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AO von 50.000 € auf 25.000 € sowie die gestaffelte Anhebung des Zuschlages in § 398a Abs. 1 Nr. 2 AO.

C. Einordnung der Norm

Bis heute ist die Rechtsnatur des § 398a AO streitig; insbesondere ist die Einordnung des Tatbestandsmerkmals „Geldbetrag“ ungeklärt. Die Vorschläge in der Literatur sind sehr weitreichend.¹⁷ Während manche bei dem Geldbetrag von einer Verwaltungsgebühr¹⁸ bzw. steuerlichen Nebenleistung i.S.d. § 3 Abs. 4 AO ausgehen,¹⁹ sprechen andere von einer (Kriminal-)Strafe.²⁰

I. Bezug zu Instituten des Kernstrafrechts

Zunächst ist festzuhalten, dass das Kernstrafrecht im StGB Strafzumessungsregeln enthält, die zu § 398a AO durchaus

7 Joecks in: Joecks/Randt/Jäger-StStrafR, AO, 8. Aufl. 2015, § 371 Rn. 17.

8 Joecks in: Joecks/Randt/Jäger-StStrafR, AO, 8. Aufl. 2015, § 371 Rn. 204.

9 Vgl. BT-Drs. 17/5067 (neu), S. 9.

10 Ende, SteuK 2011, 157, 157; umfassend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO – Kritische Analyse der Vorschrift unter Berücksichtigung der Motive des Gesetzgebers und verwandten Normen des allgemeinen Strafrechts, Diss. iur., 2018, S. 47 ff. (im Folgenden zitiert: Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO).

11 BT-Drs. 17/5067 (neu), S. 4.

12 BR-Drs. 318/1/10, S. 82.

13 Vertiefend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 49 ff.

14 Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 52 ff.

15 BT-Drs. 18/3018, S. 1.

16 BT-Drs. 18/556, S. 2; vertiefend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 57 f.

17 Umfassend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 5 ff.

18 Füllsack/Bürger, BB 2011, 1239, 1241.

19 Hechtner, DStZ 2011, 265, 272.

20 Bulte, NZWiSt 2014, 321, 324.

Ähnlichkeiten aufweisen. Im Ergebnis scheidet eine Vergleichbarkeit jedoch aus. So trägt zwar § 60 StGB als Strafzumessungsregel den Titel „Absehen von Strafe“. Hintergrund dieser Vorschrift ist, dass das (gesellschaftliche) Strafbedürfnis trotz schuldhaft begangener Tat entfallen kann, wenn die unmittelbaren Folgen der Tat den Täter bereits hinreichend schwer belasten.²¹ Dieser Gedanke beruht auf dem ursprünglichen Rechtsempfinden der sog. *poena naturalis*: Die Folgen der Tat können bereits als Bestrafung wirken.²² Diese Schutzrichtung findet sich bei der Konzeption des § 398a AO jedoch nicht wieder: Der Zuschlag aus § 398a AO – als materielle Folge der Tat – stellt keine Konsequenz dar, die den Täter (zwingend) infolge der Tat trifft.²³

Daneben existiert mit der Schadenswiedergutmachung aus § 46a Nr. 2 StGB – Teilregelung des Täter-Opfer-Ausgleichs – eine Regelung, bei der der Täter Leistungen erbringen soll, die über die „rechnerische Kompensation“ des angerichteten Schadens hinausgehen.²⁴ Insoweit übereinstimmend, erfolgt bei § 398a AO der Ausgleich des Rechtsbruchs aufgrund der Steuerhinterziehung durch die Zahlung des Zuschlags, der anknüpfend an die (unwirksame) Selbstanzeige über die Kompensation der hinterzogenen Steuern hinausgeht. Die Zahlung des Zuschlags müsste jedoch nach § 46a Nr. 2 StGB eine „erhebliche persönliche Leistung“ darstellen. Hieran bestehen angesichts der Staffelung des Zuschlags in § 398a Abs. 1 Nr. 2 AO erhebliche Zweifel, da dieses Merkmal im Einzelfall individuell beurteilt werden muss.²⁵ Im Übrigen ist zu bedenken, dass das „Opfer“ in diesen Fällen allenfalls der Fiskus sein kann. Dessen Opfereigenschaft ist jedoch höchst umstritten und kommt nur unter engen Voraussetzungen in Betracht.²⁶

Ferner wurde – in Anlehnung an die Komplementärvorschrift des § 371 AO – vertreten, dass es sich bei § 398a AO um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund handle.²⁷ Die einhellige Auffassung ordnet die Selbstanzeige aus § 371 AO als persönlichen Strafaufhebungsgrund ein, der durch die Schadenswiedergutmachung – Rückzahlung der hinterzogenen Steuern nebst Zinsen – die Strafbarkeit nachträglich entfallen lässt.²⁸ Diese Charakterisierung macht indes deutlich, dass im Rahmen des § 371 AO bereits eine „Schadenswiedergutmachung“ stattgefunden hat, die wegen der Ausschlussgründe in § 371 Abs. 2 AO nicht (mehr) möglich ist. Wenn nun der Betroffene den Zuschlag entrichtet, so kommt dieser Zahlung kein „wiedergutmachender“ Charakter mehr zu, sondern sie enthält vielmehr bereits Elemente des Schuldausgleichs.²⁹ Die Konzeption des § 398a AO geht somit über die Schadenswiedergutmachung hinaus und

verfehlt damit die Zweckrichtung eines persönlichen Strafaufhebungsgrundes.

II. Verfahrensrechtlicher Charakter

Nach der gesetzgeberischen Intention sollte die Vorschrift des § 398a AO als Verfahrensvorschrift ausgestaltet sein, die an die allgemeine Vorschrift des § 153a StPO – Einstellung des Verfahrens gegen Auflage oder Weisung – angelehnt ist.³⁰ Letztgenannte Norm ermöglicht im Strafprozess eine schnelle Verfahrensbeendigung, wenn der Beschuldigte eine Auflage bzw. Weisung aus dem Katalog des § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 StPO übernimmt und erfüllt.³¹ Die Vorschrift ist auf Vergehen und damit auf den Bereich der kleineren bis mittleren Kriminalität beschränkt.³² In diesen Fällen wird das Strafverfolgungsinteresse durch die Aufлагenerfüllung beseitigt.³³ Die zu erfüllende Auflage bzw. Weisung wird dabei als Sanktion eingestuft, die in ihrer Wirkung nicht mit einer (Kriminal-)Strafe vergleichbar ist.³⁴ Zwar ist insoweit evident, dass sich der Betroffene in einer gewissen (subjektiven) Drucksituation befindet, da er der Auflage womöglich auch gegen seinen Willen zustimmt, um die drohenden schlimmeren Folgen durch das Strafverfahren abzuwenden.³⁵ Gleichwohl kann diese Auflage nicht einseitig durch den Staat zwangsweise gegenüber dem Betroffenen durchgesetzt werden.³⁶ Der Beschuldigte kann in der konkreten Situation nach wie

21 Kett-Straub, JA 2009, 54, 54; Paradebeispiel ist ein durch Fahrlässigkeit der Mutter verursachter Unfall, bei welchem ihr Kind ums Leben kommt.

22 Jung/Kunz, NStZ 1982, 409, 411.

23 Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 82.

24 Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 22.

25 Vertiefend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 76 f.

26 Umfassend hierzu Blesinger, wistra 1996, 90, 91 f.; Kasperik, Zur Auslegung und Anwendung des § 46a StGB (Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung), Diss. iur., 2001, S. 69 ff.; Heerspink, Täter-Opfer-Ausgleich ohne Opfer? Zur Anwendbarkeit des § 46a StGB im Steuerstrafrecht, Diss. iur., 2003, S. 60 ff.

27 Schmitz in: MünchKomm, StGB, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 47; Grötsch, wistra 2016, 341, 344.

28 Kuhlen, Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung, 2012, S. 154; Rolletschke/Roth, Die Selbstanzeige, 2015, Rn. 11 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.10.1984 - 3 StR 315/84.

29 Vertiefend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 89 f.

30 BT-Drs. 17/5067 (neu), S. 19 f.

31 Brüning, ZIS 2015, 586, 587.

32 Hein, JuS 2013, 899, 900.

33 Brüning, ZIS 2015, 586, 588.

34 Umfassend hierzu Schirrmacher, Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten – Zugleich ein Beitrag zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs des § 153a StPO, Diss. iur., 1977, S. 135 ff.

35 Vgl. hierzu Schmidhäuser, JZ 1973, 529, 534.

36 Beulke in: Löwe-Rosenberg, StPO, Band 5, 26. Aufl. 2008, § 153a Rn. 8.

vor „frei“ darüber entscheiden, ob er die Auflage oder Weisung gegen Einstellung des Verfahrens übernehmen will oder ob er sich dem regulären Strafverfahren aussetzen will.³⁷

Die Vorschrift des § 398a AO entspricht ausgehend von seinem Grundaufbau der Vorschrift des § 153a StPO in den wesentlichen Zügen:³⁸ Wenn der vorgesehene Geldbetrag entrichtet wurde, entsteht durch § 398a AO ein zwingendes prozessuales Verfolgungshindernis, und das Verfahren wegen Steuerhinterziehung wird eingestellt.³⁹ In beiden Einstellungsverfahren werden insoweit Bedingungen als staatliche Reaktionen aufgestellt, die sicherstellen sollen, dass sich der Beschuldigte nicht ohne jeglichen „Ausgleich“ dem Strafverfahren entziehen kann.⁴⁰

Auch in der Situation der unwirksamen Selbstanzeige gem. § 371 Abs. 2 AO besteht für den Betroffenen wegen § 398a AO eine Wahlmöglichkeit, ob er die Einstellung des Verfahrens erwirkt oder sich dem regulären Strafverfahren stellt. Insoweit unterliegt der Beschuldigte zwar auch bei § 398a AO einem gewissen Entscheidungsdruck, die Zahlung des Zuschlags kann ihm gegenüber mit Zwang jedoch nicht durchgesetzt werden.

Nicht zuletzt führt weder die Einstellung nach § 153a StPO noch die Einstellung nach § 398a AO zu einer Eintragung im Bundeszentralregister.⁴¹ Damit fehlt es an dem „sozialethischen Tadel“, der von einer regulären Kriminalstrafe ausgeht.⁴² Es verwundert vor diesem Hintergrund nicht, dass auch § 153a StPO bei dessen Einführung unter ähnlichen kriminalpolitischen Gesichtspunkten wie § 398a AO (siehe oben) kritisiert wurde. So wurde von einem „Ablasshandel“ ausgegangen und bemängelt, dass finanziell bessergestellte Täter die Auflagen leichter erfüllen können.⁴³ Die Struktur des § 398a AO ist somit weitestgehend mit derjenigen des § 153a StPO vergleichbar. Der zu zahlende Geldbetrag aus § 398a Abs. 1 Nr. 2 AO kann entsprechend der Auflage aus § 153a StPO als eigenständige Sanktion eingeordnet werden, deren Wirkung unterhalb der Kriminalstrafe anzusiedeln ist.⁴⁴

D. Verfassungsrechtliche Probleme

Als strafverfahrensrechtliche Vorschrift muss sich § 398a AO an strafrechtlichen Grundprinzipien messen lassen. Das Absehen von Strafverfolgung tangiert vor diesem Hintergrund verschiedene Verfassungsgrundsätze.⁴⁵ Der vorliegende Beitrag beschränkt sich insoweit auf die Prinzipien, welche das Strafrecht maßgeblich prägen: das Schuldprinzip und der Richtervorbehalt. Im Ergebnis: Die aktuelle Ausgestaltung der Vorschrift lässt sich mit diesen Prinzipien nicht vereinbaren.

I. Der Schuldgrundsatz und § 398a AO

Die Vorschrift des § 398a AO tangiert den Schuldgrundsatz in verschiedenen Dimensionen.⁴⁶ Eine wichtige Ausprägung dieses Prinzips ist die sachgerechte Abstimmung von Straftatbestand und Rechtsfolge.⁴⁷ Während bei der Einstellung gem. § 153a StPO die Auflage zunächst hinsichtlich der Art bestimmt und dann anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles ausgestaltet wird,⁴⁸ stellt § 398a AO für die Einstellung des Verfahrens lediglich auf eine Geldzahlung ab, die nach festen Staffelungszonen im Gesetz festgelegt ist. Hintergrund davon ist wohl die Steuerrechtsakzessorietät des Steuerstrafrechts: § 398a AO hat die Selbstanzeige in eine materiell-rechtliche (§ 371 AO) und eine verfahrensrechtliche (§ 398a AO) Dimension aufgespalten.⁴⁹ Der Sperrgrund der Selbstanzeige aus § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AO – an welchen die Einstellung nach § 398a AO anknüpft – bezieht sich auf die „Tat im materiellen Sinne“ (Steuerhinterziehung) aus § 370 AO.⁵⁰ Somit wird hier ein Einfallstor für das Steuerrecht eröffnet, da die Steuerhinterziehung als eine sog. Blankettnorm ohne Rückgriff auf das materielle Steuerrecht nicht angewendet werden kann.⁵¹ Im Bereich des materiellen Steuerrechts bedarf es oftmals der Typisierung bzw. Pauschalierung.⁵² Diese trägt in vielen Bereichen durch Schematisierung zur Gleichmäßigkeit der Besteuerung

37 Schirmacher, Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten – Zugleich ein Beitrag zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs des § 153a StPO, Diss. iur., 1977, S. 137.

38 Vertiefend zur Vergleichbarkeit der beiden Vorschriften Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 100 ff.

39 Habetha in: NK, WSS, 1. Aufl. 2017, § 398a AO Rn. 5.

40 Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 114.

41 Rolletschke/Roth, Die Selbstanzeige, 2015, Rn. 638.

42 Ebenso Weigend, KrimJ 1984, 8, 16 für die Vorschrift des § 153a StPO.

43 Vgl. Schmidhäuser, JZ 1973, 529, 529 ff.; Kausch, Der Staatsanwalt: Ein Richter vor dem Richter? – Untersuchungen zu § 153a StPO, Diss. iur., 1978, S. 40.

44 Ausführlich dazu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 113 ff.

45 Für einen Überblick vgl. Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 15 ff.

46 Umfassend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 123 ff.

47 Adam/Schmidt/Schumacher, NSTz 2017, 7, 8.

48 Weßlau in: SK, StPO, Band 3, 5. Aufl. 2016, § 153a Rn. 27.

49 Habetha in: NK, WSS, 1. Aufl. 2017, § 398a AO Rn. 1.

50 Seer in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 24 Rn. 44.

51 Seer in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 1 Rn. 30.

52 Wernsmann, DStR-Beih 2011, 72, 76; Typisierung bedeutet insofern, dass bestimmte, in wesentlichen Teilen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammengefasst werden, wobei Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, generalisierend vernachlässigt werden (BVerfG, Beschl. v. 23.06.2004 - 1 BvL 3/98).

bei.⁵³ Im Hinblick auf den Rechtsanwender erscheint diese Pauschalisierung auch oftmals geboten, da andernfalls der Umgang mit dem Steuerrecht sehr mühsam wäre.⁵⁴ Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber zur Festlegung der konkreten Grenzwerte (100.000 bzw. 1.000.000 €) mutmaßlich an der „3-Stufen-Rechtsprechung“ des BGH⁵⁵ orientiert.⁵⁶

Dem Prinzip der schuldangemessenen Bestrafung kann bei dieser Konzeption nur unzureichend Rechnung getragen werden. Dies zeigt sich zunächst daran, dass sich die Strafzumessungspraxis des BGH trotz der sog. „3-Stufen-Rechtsprechung“ nicht ausschließlich am Hinterziehungsbetrag orientiert. Die Strafzumessung im Rahmen der Steuerhinterziehung aus § 370 AO soll analog zu anderen Straftaten derart vorgenommen werden, dass anhand einer umfassenden Abwägung nach Maßgabe der Kriterien aus § 46 StGB die „persönliche Schuld des Täters“ im konkreten Fall ermittelt wird.⁵⁷ § 398a AO stellt hingegen allein auf den Hinterziehungsbetrag als Zumessungskriterium ab. Überdies sind die Grenzwerte im Rahmen der jeweiligen Staffelung bei § 398a Abs. 1 Nr. 2 AO keine Freibeträge.⁵⁸ Sie wurden vielmehr als Freigrenzen ausgestaltet, wodurch der entsprechend höhere (Zuschlags-)Prozentsatz für den gesamten Hinterziehungsbetrag bereits durch das geringfügige Überschreiten der jeweiligen Staffelnzone ausgelöst wird.⁵⁹ Dies führt im Grenzbereich der jeweiligen Staffelnzonen zu einer erheblich größeren Zahllast, obwohl das – nach Auffassung des Gesetzgebers⁶⁰ – maßgebliche Zumessungskriterium, der Hinterziehungsbetrag, nahezu identisch bleibt oder sich um nur wenige Euro unterscheidet.⁶¹

Vielfach wurde die Geltung des Schuldprinzips bezüglich der Zuschlagsregelung indes grundlegend angezweifelt.⁶² Es ginge dabei eben um „nur“ eine Sanktion, die in ihren Wirkungen unterhalb der Kriminalstrafe anzusiedeln sei. Der Schuldgrundsatz sei dagegen ein Prinzip des Kriminalstrafrechts. Dem ist zu entgegnen, dass diese Zahlung trotzdem als Sanktion im Strafverfahren einzuordnen ist: § 398 AO beruht auf dem Gedanken der „Genugtuung“ und birgt – im Gegensatz zu § 371 AO – gerade nicht mehr den Gedanken der „Wiedergutmachung“ in sich.⁶³ Die Ausgestaltung einer solchen Sanktion darf das Prinzip der kongruenten Bestrafung zumindest nicht gänzlich unberücksichtigt lassen.⁶⁴ Nach Auffassung des BVerfG muss der Gesetzgeber auf allen Gebieten seines Tätigwerdens „die Grundsatznormen, in denen für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung Wertentscheidungen des Verfassungsgebers ausgedrückt sind, berücksichtigen“.⁶⁵ Der Schuldgrundsatz im Strafrecht stellt eine solche Grundsatznorm dar. Daneben spricht im Fall des § 398a AO ein weiterer Faktor dafür, dass die Vorschrift im Wesentli-

chen einer „Schuld-Unrechts-Kongruenz“ genügen muss.⁶⁶ Auch bei der Vorbild-Vorschrift des § 153a StPO sind „alle Umstände relevant, die auch für die Strafzumessung, insbesondere § 46 Abs. 2 StGB, von Bedeutung sind“,⁶⁷ obwohl die Auflagen und Weisungen auch als Sanktionen unterhalb der Kriminalstrafe anzusiedeln sind. Die Norm des § 398a AO ist im Ergebnis an die Bedürfnisse des materiellen Steuerrechts angepasst und missachtet dabei das strafrechtliche Schuldprinzip.

II. § 398a AO und die justizinterne Gewaltenteilung

Für die Einstellung nach § 398a AO ist grds. die Finanzbehörde⁶⁸ (Straf- und Bußgeldsachenstelle als Finanzstaatsanwaltschaft)⁶⁹ sachlich zuständig. Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft wird nur unter den Voraussetzungen des § 386 Abs. 4 AO begründet. Eine gerichtliche Beteiligung ist im Rahmen des § 398a AO nicht vorgesehen – auch nicht in Ausnahmefällen. Diese Konzeption ist insbe-

53 Wernsmann, DStR-Beih 2011, 72, 76.

54 Wernsmann, DStR-Beih 2011, 72, 76.

55 Vgl. BGH, Urt. v. 02.12.2008 - 1 StR 416/08; ausführlich hierzu Esskandari/Bick, AO-StB 2013, 154, 155; im Rahmen dieser Rechtsprechung hatte der BGH gewisse Schwellenwerte bezüglich der Höhe des Hinterziehungsvolumens festgelegt, bei deren Überschreitung im Regelfall – jeweils – Geldstrafe, Bewährungsstrafe oder Freiheitsstrafe verhängt werden soll.

56 So überzeugend Schmeer, Die Neuregelungen der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht seit dem 01.01.2015 – § 371 und § 398a AO unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Diss. iur., 2016, S. 198 f.

57 Esskandari, jM 2018, 170, 172.

58 Hüls/Reichling in: HK, StStrafR, 1. Aufl. 2016, § 398a AO Rn. 19.

59 Hüls/Reichling in: HK, StStrafR, 1. Aufl. 2016, § 398a AO Rn. 19.

60 BT-Drs. 18/3018, S. 14.

61 Zur näheren Begründung siehe Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 128 f.

62 Exemplarisch hierzu Füllsack/Bürger in: Quedenfeld/Füllsack, Verteidigung in Steuerstrafsachen, 5. Aufl. 2016, Rn. 628: „[...] Ein Strafzuschlag ist er sicherlich nicht. Denn als solcher verstieße er aufgrund seiner Pauschalität gegen den Grundsatz des schuldangemessenen Strafens [...]“. Ähnlich auch Rolletschke/Roth, Selbstanzeige, 2015, Rn. 530.

63 Zu diesen Begriffen vertiefend Eschelbach in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 37 f.

64 So auch Schmeer, Die Neuregelungen der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht seit dem 01.01.2015 – § 371 und § 398a AO unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Diss. iur., 2016, S. 202.

65 BVerfG, Beschl. v. 17.01.1957 - 1 BvL 4/54.

66 Exemplarisch Habammer/Pflaum, DStR 2014, 2267, 2271: „[...] Der Zuschlag kann nicht losgelöst von der Schuld des Täters festgelegt werden. [...]“.

67 Beulke in: Löwe/Rosenberg, StPO, Band 5, 26. Aufl. 2008, § 153 Rn. 24.

68 Vgl. Wortlaut des § 398a Abs. 3 AO.

69 So Rolletschke/Roth, Die Selbstanzeige, 2015, Rn. 585; im Folgenden als STRABUST abgekürzt.

sondere deshalb problematisch, da es bei Anwendung des § 398a AO um (besonders) schwere Fälle der Steuerhinterziehung geht (vgl. § 371 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AO) und im Gegensatz dazu bei § 153a StPO – der in erster Linie auf kleinere bis mittlere Kriminalität zugeschnitten ist – die gerichtliche Zustimmung grds. für erforderlich erachtet wird.⁷⁰

Zentrale Ausprägung des Art. 92 GG im Strafrecht ist die durch Richter ausgeübte Rechtsprechung im Strafverfahren.⁷¹ Zur Rechtsprechung in diesem Sinne gehört in erster Linie die alleinige Kompetenz zur „Verhängung von Kriminalstrafen“.⁷² Der Staatsanwalt ist kein Teil der „rechtsprechenden Gewalt“ i.S.v. Art. 92 GG.⁷³ Die STRABUST ist „immer und ‚nur‘ Justizbehörde im funktionalen Sinn“.⁷⁴ Sie ist in ihrer primären Funktion mit der Staatsanwaltschaft im allgemeinen Strafverfahren vergleichbar; ihre Befugnisse stehen jedoch in vielen Bereichen hinter denen der Staatsanwaltschaft zurück.⁷⁵ Insoweit haben nach der justizinternen Gewaltenteilung weder die Staatsanwaltschaft noch die STRABUST eine Sanktionsverhängungskompetenz im Strafverfahren.

Der Gesetzgeber kann zwar die Sanktionskompetenz für „mildere“ Sanktionsmaßnahmen als Kriminalstrafen durchaus auf Organe übertragen, die nicht zur rechtsprechenden Gewalt i.S.v. Art. 92 GG gehören.⁷⁶ Gleichwohl darf dies keine Alleinentscheidungskompetenz dieser Organe zur Konsequenz haben. Dies zeigt die Einstellung nach § 153a StPO, indem dort die Entscheidungskompetenz eines nichtrichterlichen Organs unter einen Zustimmungsvorbehalt der „rechtsprechenden Gewalt“ aus Art. 92 GG gestellt wird. Dadurch ist ein Mindestmaß an richterlicher Beteiligung bei jeder Einstellungsentscheidung gewährleistet.⁷⁷

Der Zuschlag stellt auch eine (Sanktions-)Maßnahme unterhalb der Kriminalstrafe dar. Gleichwohl ist die rechtssprechende Gewalt bei § 398a AO weder in die Einstellungsentscheidung noch in die Verhängung des Zuschlags einbezogen. Denkt man nun an eine Einstellung nach § 398a AO, wenn das Hinterziehungsvolumen über 1.000.000 € liegt, so würde die Rechtsprechung regelmäßig zur Verhängung einer Freiheitsstrafe tendieren.⁷⁸ Dass in solchen Fällen die STRABUST ohne jegliche judikative Kontrolle ermächtigt wird, das Strafverfahren eigenmächtig gegen Entrichtung des Zuschlags einzustellen, ist mit einer justizinternen Gewaltenteilung nicht vereinbar. Der Richtervorbehalt verlangt bei Delikten mit „herausragender Sozialschädlichkeit“ eine Sanktionierung, die auch von den Organen der Judikative mitgetragen wird.⁷⁹ Da dies bei § 398a AO nicht gewährleistet ist, wird der Richtervorbehalt insoweit missachtet.⁸⁰

E. Fazit

Der Gesetzgeber mag zwar mit Einführung des § 398a AO durchaus gute Absichten verfolgt haben, die Umsetzung dieser Ziele ist jedoch „missglückt“.⁸¹ In der Praxis wird deshalb nur wenig Gebrauch von § 398a AO gemacht. Da § 153a StPO einen größeren Entscheidungsspielraum im Einzelfall eröffnet,⁸² wird oftmals die „Flucht in das Strafverfahren“⁸³ erwogen. Der Gesetzgeber sollte eine Streichung von § 398a AO in Erwägung ziehen, da die Vorschrift ohnehin keinen eigenständigen Anwendungsbereich neben § 153a StPO hat.

Die Norm des § 398a AO zeigt einmal mehr, dass sich die Materie des Steuerstrafrechts an der Schnittstelle von zwei Rechtsgebieten bewegt. Sowohl das Strafrecht als auch das Steuerrecht haben ihre individuellen, charakterisierenden Prinzipien. Im Bereich des Steuerstrafrechts bestimmen aufgrund der Besonderheiten des Steuerverfahrens zunächst Zweckmäßigkeitserwägungen das Regelungswerk. Allgemeine strafrechtliche Prinzipien müssen insoweit zurücktreten. Im Ergebnis führt das dazu, dass Normen des (Steuer)Straf- bzw. (Steuer-)Strafverfahrensrechts eine „typische steuerrechtliche Handschrift“ tragen.⁸⁴ Das Steuerstrafrecht ist als Nebenge-

70 Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 130; Ausnahme: § 153a Abs. 1 Satz 7 StPO für absolute Bagatellfälle.

71 Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip: Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, 1984, S. 80; BVerfGE 22, 311, 317.

72 Hillgruber in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL 2018, Art. 92 Rn. 52.

73 BVerfGE 3, 377, 377.

74 Roth in: Rolletschke/Kemper, StStrafR, 110. Aktualisierung 2018, § 393 AO Rn. 23.

75 Vertiefend hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 133 ff.

76 BVerfG, Urt. v. 28.02.1961 - 2 BvG 1/60.

77 Kausch, Der Staatsanwalt: Ein Richter vor dem Richter? – Untersuchungen zu § 153a StPO, Diss. iur., 1978, S. 66, der jedoch der gleichwohl Auffassung ist, dass die bloße richterliche Zustimmung dem justizinternen Gewaltenteilungsgrundsatz nicht genügend Rechnung trage und § 153a StPO deshalb nicht mit Art. 92 GG vereinbar sei (S. 70).

78 Vgl. hierzu Esskandari/Bick, AO-StB 2013, 154, 155.

79 Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip: Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung, 1984, S. 87.

80 Ausfühlich hierzu Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 136 f.

81 Joecks in: Joecks/Jäger/Randt, StStrafR, 8. Aufl. 2015, § 398a AO Rn. 3.

82 Zu den Vorteilen des § 153a StPO im Einzelnen, vgl. Schmidt, Zur Rechtsnatur des § 398a AO, S. 142 ff.

83 Vgl. u.a. Schauf in: Kohlmann, StStrafR, 57. Aktualisierung 2017, § 398a AO Rn. 5; Habammer/Pfau, DStR 2014, 2267, 2271; diese These fasst das Phänomen zusammen, dass viele Steuerverdelinquenten sich bewusst gegen die Erstattung einer Selbstanzeige entscheiden. Dadurch wird nämlich ein Strafverfahren gegen sie eröffnet, in dessen Ermittlungsverfahren dann versucht wird, eine Einstellung (gegen Auflage nach § 153a StPO) herbeizuführen.

84 Hellmann in: Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht, DStUG 38 (2015), S. 55.

biet des Strafrechts jedoch nicht dem Steuerrecht, sondern dem Strafrecht zuzuordnen.⁸⁵

85 Hellmann in: Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht, DStJG 38 (2015), S. 55.

„Entsorgung“ des Tatopfers als Aussetzung BGH, Urt. v. 12.07.2017 - 5 StR 134/17

RA und FA für Strafrecht Christoph Clanget

A. Problemstellung

Kaum eine andere Vorschrift des Besonderen Teils des StGB steht derart im dringenden Verdacht geradezu misslungen zu sein wie die des § 221 StGB. Die Rede ist von einer „gesetzestechisch missglückten Vorschrift“ oder von einem „schlimmen Missgriff“ des Gesetzgebers.¹ Derart harsche Kritik hängt mit der Struktur der Norm² sowie der schwierigen Interpretation einzelner Tatbestandsmerkmale zusammen. Dies dürfte eine der zentralen Ursachen dafür sein, dass die als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltete Aussetzung mit der Kombination von Begehungs- und Unterlassungsdelikten in Konstellationen mit (versuchten) Tötungs- und Verletzungstatbeständen übersehen zu werden pflegt. Kommt eine Strafbarkeit nach § 221 StGB in solchen Fallgestaltungen in Betracht, verlangte der BGH – soweit ersichtlich – bislang kein zeitliches oder räumliches Mindestmaß. Offenblieb deshalb, ob auch bereits ein Verbleiben des Opfers in hilfloser Lage von nur sehr kurzer Dauer tatbestandlich sein kann. Die Entscheidung des 5. Strafsenats bringt hierzu Klarheit; abgesehen davon, dass an anderer Stelle begonnene Interpretationslinien fortgeführt werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Das Landgericht hat vier Jugendliche (zwischen 14 und 16 Jahren) und einen jungen Erwachsenen (21 Jahre) u.a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs einer widerstandsunfähigen Person bzw. Beihilfe hierzu und gefährlicher Körperverletzung bzw. unterlassener Hilfeleistung verurteilt und gegen die Jugendlichen zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafen, gegen den erwachsenen Täter eine Freiheitsstrafe von vier Jahren ver-

hängt. Nach den Feststellungen des Landgerichts nahmen die vier angeklagten, teilweise alkoholisierten jungen Männer im Rahmen der Geburtstagsfeier eines der Angeklagten an einem stark alkoholisierten und deshalb widerstandsunfähigen 14 Jahre alten Mädchen sexuelle Handlungen vor. Ein Angeklagter führte an der Geschädigten den ungeschützten vaginalen Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss durch. Nachdem die Geschädigte auf das Kopfkissen erbrochen hatte, fertigte zunächst einer der Angeklagten mit seinem Mobiltelefon Filmaufnahmen von der weitgehend unbekleideten Geschädigten. Sodann führten die Angeklagten jeweils abwechselnd eine Bierflasche und einer der Angeklagten zudem noch eine Wodkaflasche in die Vagina der Geschädigten ein. Von diesem Geschehen fertigten die Angeklagten Videoaufnahmen mit ihren Mobiltelefonen. Die Geschädigte war während der gesamten Zeit infolge ihres Alkoholkonsums nicht in der Lage, einen Willensentschluss gegen das „sexuelle Ansinnen“ der Angeklagten zu bilden, zu äußern und durchzusetzen. Als die Geschädigte schließlich zu schreien begann, schlug ein Angeklagter vor, sie „rauszuschmeißen“. Anschließend verbrachten drei der Angeklagten das kaum bekleidete und nicht mehr ansprechbare Mädchen in den Hinterhof des Mehrfamilienhauses, wo sie es bei einer Temperatur von etwa null Grad Celsius liegen ließen. Ein Bewohner des Hauses wurde schließlich auf das schreiende Opfer aufmerksam und verständigte die Polizei. Vom Ablegen des Mädchens bis zum Auffinden durch die Polizei vergingen mindestens drei Minuten, höchstens jedoch 23 Minuten. Die Körpertemperatur der Geschädigten war bis auf 35,4 Grad Celsius abgesunken und hatte sich damit bereits der Grenze von 35 Grad Celsius genähert, unterhalb derer eine Hypothermie angenommen wird. Gegen dieses Urteil haben drei Angeklagte erfolglos sowie die Staatsanwaltschaft zulasten aller Angeklagten Revisionen eingelegt, einer der Angeklagten hat seine Revision zurückgenommen. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte überwiegend Erfolg.

II. Entscheidung

Der BGH beanstandet in seiner Entscheidung, dass das Landgericht mehrere naheliegende Straftatbestände nicht geprüft hat, nämlich die Aussetzung (§ 221 StGB), eine weitere gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) und das Herstellen jugendpornografischer Schriften (§ 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB). Dies hat die Aufhebung sämtlicher

1 Hierzu: Neumann in: NK, StGB, § 221 Rn. 1 m.w.N.

2 Wenkel in: HK, GS, § 221 Rn. 1 ff.; Neumann in: NK, StGB, § 221 Rn. 3 ff.

Strafaußprüche zur Folge. Das Geschehen muss auf der Grundlage der aufrechterhaltenen Feststellungen zum Tatgeschehen neu geprüft und die Strafen müssen anschließend erneut zugemessen werden.

Nach der Entscheidung des BGH hätte das Landgericht prüfen müssen, ob das Ablegen der Geschädigten in den Hof bei einer Temperatur von etwa null Grad Celsius durch die Angeklagten den Tatbestand der Aussetzung (§ 221 StGB) erfüllt.

Infrage kommt hier die Tatbestandsalternative des Versetzens in eine hilflose Lage (§ 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB). In einer hilflosen Lage i.S.v. § 221 Abs. 1 StGB befindet sich, wer der – zunächst (zumindest) abstrakten – Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt ist. Kennzeichnend hierfür ist das Fehlen hypothetisch rettungsgerechter sächlicher Faktoren und hilfereicher sowie generell auch hilfsbereiter Personen.³ Die betroffene Person muss sich in einem Zustand befinden, in dem sie schutzlos Lebens- oder Leibesgefahren preisgegeben ist, falls ihr nicht ein rettender Zufall zu Hilfe kommt.⁴ Versetzen in diesen Zustand ist das zurechenbare Hervorrufen oder Steigern einer hilflosen Lage; es ist auch gegeben, wenn der Täter das Opfer in eine Lage bringt, in der es mehr Hilfe nötig hat als in der früheren.⁵ Hierdurch muss die konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung eingetreten sein oder sich gesteigert haben.⁶ Es muss indes nicht zum Eintritt einer schweren Gesundheitsbeschädigung oder des Todes gekommen sein.

Nach diesen Maßstäben hätte der Erörterung bedurft, ob – was nahelag – das Verbringen der alkoholbedingt nicht ansprechbaren und zu koordiniertem Verhalten unfähigen, spärlich bekleideten B. in den Hof als Versetzen in eine hilflose Lage anzusehen ist.⁷ Angesichts der Tatsache, dass sich die abgesunkene Körpertemperatur der Geschädigten bereits der Grenze von 35 Grad Celsius genähert hatte, unterhalb derer eine Hypothermie angenommen wird, ihre Alkoholisierung eine Unterkühlung weiter förderte und wegen ihrer erheblichen Alkoholisierung die Gefahr bestand, dass die Geschädigte einschlafen, erneut erbrechen und Erbrochenes dabei in die Lunge geraten würde, hätte sich das Urteil mit dem Eintreten bzw. Verstärken einer bereits konkreten Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahr näher auseinandersetzen müssen. Einer solchen stand nicht ohne Weiteres entgegen, dass die Geschädigte an einem Werktag gegen sieben Uhr in den Hinterhof eines „belebten“ Wohnhauses gebracht wurde.

Der BGH beanstandet in seiner Entscheidung weiter die fehlende Erörterung einer Aussetzung durch Unterlassen,

soweit eine Verurteilung der Angeklagten, die nicht bei der Ablage der Geschädigten unmittelbar beteiligt waren, durch das Landgericht unterblieben ist. Die Aussetzung nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann auch durch Unterlassen begangen werden, wenn ein Garant das Aussetzen durch einen Dritten nicht verhindert.⁸ Eine Garantstellung der beiden Angeklagten kann sich hier aus ihrer zuvor erfolgten Beteiligung an dem sexuellen Missbrauch der Geschädigten ergeben.⁹ Sie setzt voraus, dass ihr Vorverhalten die nahe Gefahr eines Eintritts gerade des tatbestandsmäßigen Erfolges herbeigeführt hat.¹⁰ Insoweit liegt nicht fern, dass die entwürdigende sexuelle Misshandlung des widerstandsunfähigen Opfers, die ganz wesentlich von diesen beiden Angeklagten initiiert und bestärkt wurde, mitursächlich dafür war, dass die anderen Angeklagten die Geschädigte in den Hof trugen. Denn bei diesen kann – im Rahmen des gruppenspezifischen Geschehens – der Eindruck entstanden sein, man könne mit der Geschädigten nach Belieben wie mit einer Sache verfahren und sie deshalb auch in lebensgefährdender Weise auf dem Hof geradezu „entsorgen“. Zugleich war Anlass für diese Behandlung der Geschädigten, dass sie aufgrund der Misshandlungen, an denen die beiden Angeklagten maßgeblich beteiligt waren, zu schreien anfangen. Auch damit hätte sich das Landgericht auseinandersetzen müssen.

Einen weiteren Rechtsfehler stellt aus Sicht des BGH die Nichterörterung einer Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB der Angeklagten dar, welche die Geschädigte im Hof ablegten. Das Ablegen eines spärlich bekleideten, schweralkoholisierten Menschen im Freien bei einer Außentemperatur von etwa null Grad Celsius begründet für sich genommen typischerweise eine abstrakte Gefahr für dessen Leben i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB als Folge einer Unterkühlung; das Entstehen einer konkreten Lebensgefahr ist zur Verwirklichung des Tatbestandes hingegen nicht erforderlich. Vor diesem Hintergrund fehlen ausreichende Erörterungen dazu, warum die Jugendkam-

3 BGH, Urt. v. 10.01.2008 - 3 StR 463/07; Momsen in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl., § 221 Rn. 3.

4 BGH, Urt. v. 24.02.1966 - 1 StR 587/65 und BGH, Urt. v. 05.12.1974 - 4 StR 529/74, jeweils zu § 221 StGB a.F.

5 Hardtung in: MünchKomm, StGB, 2. Aufl., § 221 Rn. 8 ff.

6 Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 14.

7 Vgl. KG, JR 1973, 72 f.

8 Momsen in: in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl., § 221 Rn. 5.

9 Vgl. BGH, Urt. v. 22.09.1992 - 5 StR 379/92; BGH, Urt. v. 23.10.1985 - 3 StR 300/85; BGH, Urt. v. 12.09.1984 - 3 StR 245/84; BGH, Beschl. v. 22.12.1981 - 1 StR 729/81.

10 BGH, Beschl. v. 08.03.2017 - 1 StR 466/16.

mer diese abstrakte Gefahr vorliegend ausnahmsweise als nicht gegeben erachtet hat.

Und schließlich stelle es einen Rechtsfehler dar, dass die Jugendkammer die Anfertigung der Videoaufnahmen von dem sexuellen Missbrauch der Geschädigten durch die Angeklagten nicht unter dem Gesichtspunkt des Herstellens oder Sichverschaffens jugendpornografischer Schriften (§ 184c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB) bzw. der Beihilfe hierzu gewürdigt hat. Deswegen können die – für sich genommen rechtsfehlerfreien – Schuldsprüche wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB) nicht bestehen bleiben.

C. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass eine Strafbarkeit wegen Aussetzung bei entsprechenden Rahmenbedingungen bereits dann gegeben sein kann, wenn das Verbleiben in einer hilflosen Lage auch nur von kurzer Dauer ist. Zwar lag bis zur Entscheidung des BGH ein Versetzen in eine hilflose Lage schon vor, wenn das Opfer im Freien alkoholisiert bei strenger Kälte seinem Schicksal überlassen wurde. Erstmals hält der BGH die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals jedoch bereits dann für möglich, wenn diese Lage unter diesen Umständen nur wenige Minuten andauert. War schon bisher kein räumliches oder zeitliches Mindestmaß für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals erforderlich, so erfährt die Auslegung des Tatbestandsmerkmals nun insofern eine Präzisierung wie auch eine Verschärfung, als bereits eine sehr kurze Dauer von wenigen Minuten eines Versetzens in eine hilflose Lage genügen kann.

Soweit die Entscheidung eine Strafbarkeit wegen Aussetzung durch Unterlassung der Angeklagten, die an der Verbringung des Opfers ins Freie nicht unmittelbar beteiligt waren, für möglich erachtet, rekuriert der BGH auf Ingerenz. Zwar kann eine bloße Ursächlichkeit eines Verhaltens eine Garantenstellung allein noch nicht begründen.

Soweit das Vorverhalten jedoch zu einer Gefahrerhöhung geführt hat, kann eine Garantenstellung begründet werden. Eine Gefahrerhöhung wird dann angenommen, wenn das Vorverhalten eine Erhöhung der Gefahr des Erfolgseintritts der späteren Rechtsgutsverletzung zur Folge hat. Nach Auffassung des BGH im vorliegenden Fall begründet die Beteiligung an den sexuellen Missbrauchshandlungen eine Verpflichtung gegenüber dem Opfer, die anschließende Aussetzung durch die anderen Beteiligten zu verhindern. Denn die gemeinsam zuvor vorgenommenen Handlungen an dem Opfer haben das Schreien des Opfers bewirkt, weshalb es schließlich hätte „entsorgt“ werden müssen. Insofern habe das vorangegangene Verhalten die Gefahr des anschließenden Wegbringens des Opfers erhöht und dies mitverursacht.

Soweit bei dem vorliegenden Sachverhalt auch eine Verurteilung wegen § 224 Abs. 1 Nr. 5 in Betracht kommt, so wird der objektive Tatbestand erfüllt sein. Es genügt, dass die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls generell geeignet ist, das Leben zu gefährden, eine konkrete Gefährdung muss nicht bestehen. Der Körperverletzungserfolg ist dann gegeben, wenn er bereits mittels der gefährlichen Behandlung selbst eintritt, eine lebensbedrohliche Körperverletzungshandlung muss gerade nicht vorliegen, es genügt irgendeine Behandlung, die generell geeignet ist, das Leben zu gefährden. Im vorliegenden Fall wird man sich vor allem auch mit dem subjektiven Tatbestand auseinandersetzen haben. Denn aufgrund der Umstände und der eigenen Alkoholisierung ist erörterungsbedürftig, ob die Angeklagten durch das Ablegen des Opfers für dieses generell eine Lebensgefahr erkannten und diese zumindest billigend in Kauf nahmen.

Bezüglich der Strafbarkeit nach § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen des Filmens der Penetration des Opfers mit den Flaschen ist der Tatbestand des Herstellens einer jugendpornografischen Schrift zweifelsfrei erfüllt. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Herstellens kommt es auf eine Verbreitungsabsicht gerade nicht an.

Sozialdatenschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung

Die Diskussion über die infolge der ab dem 25.05.2018 geltenden Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) erfolgte Erweiterung der Pflichten von datenverarbeitenden Stellen reißt nicht ab. Ein Kernelement des novellierten Datenschutzrechts bilden die Bestimmungen über die betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten. Den konkreten vielfältigen Auswirkungen des aktuellen (Sozial-) Datenschutzrechts aus der Sicht eines Datenschutzbeauftragten gehen wir in unserem Gespräch mit dem Richter am BSG Dirk Biersborn auf den Grund.

Voelzke: Wegen der DS-GVO wurden bereits Erinnerungsfotos von Kindern in Kitas geschwärzt, und in Wien sollen 200.000 Namensschilder von Wohnungstüren entfernt werden. Drohen ähnliche datenschutzrechtliche Kapriolen auch Sozialbehörden und -gerichten?

Biersborn: Ob die Namensschilder tatsächlich entfernt werden müssen, ist mehr als fraglich, schließlich handelt es sich weder um eine automatisierte Datenverarbeitung noch um Dateisysteme im Sinne der DS-GVO. Außerdem ist als Rechtsgrundlage die „Wahrnehmung berechtigter Interessen Dritter“ denkbar. Und dass Kinderfotos nicht ohne wirksame Einwilligung der Erziehungsberechtigten publiziert werden dürfen, ist im Zeitalter der Internetkriminalität durchaus sinnvoll. Die damit verbundenen Schwierigkeiten lassen sich durch eine entsprechende rechtzeitige Einholung von rechtskonformen Einwilligungserklärungen auch unproblematisch lösen. Dennoch existiert manches Missverständnis, das dann mediale Aufmerksamkeit erregt. Der spezifische Schutz von Sozialdaten erfolgte bereits zuvor auf einem hohen Niveau, da sind Überraschungen nicht ganz so wahrscheinlich.

Aber vereinfacht wurde der Sozialdatenschutz nicht gerade?

Immerhin blieb die Struktur des SGB I und SGB X im Unterschied zum neuen BDSG fast vollständig erhalten. Aufgrund der unmittelbaren Geltung der DS-GVO und des damit verbundenen Verbots der Wiederholung europarechtlicher Normen in einem nationalen Gesetz hat der Rechtsanwender aber nun mit einem Mehrebenen-System von Regelungen zu tun. Das verlangt erhöhte Aufmerksamkeit und entsprechendes Problembewusstsein.

Ist das neue System denn noch so präzise wie zuvor?

Leider sind auch einige Definitionen auf der Strecke geblieben, die der deutsche Gesetzgeber aus Gründen der erforderlichen Einheitlichkeit der Bedeutung von europäischen

Rechtsbegriffen innerhalb Europas nicht vornehmen durfte. Das letzte Wort wird aber bei der Auslegung von in der DS-GVO verwendeten Begriffen der EuGH haben.

Können Sie Beispiele für streitige Auslegungsfragen benennen?

Umstritten ist z.B., ob „Erheben von Daten“ nach wie vor ein zielgerichtetes Verhalten voraussetzt. In der englischen Fassung der DS-GVO wird teilweise der Begriff „to collect“, der mit „sammeln“ übersetzt werden kann, verwandt, teilweise aber auch „to obtain“, der sowohl das passive Erlangen als auch das aktive Beschaffen von Daten beinhaltet. Deshalb ist bereits fraglich, ob die Klageerhebung bei Gericht ein Erheben von Daten durch das Gericht ist und entsprechende Informationspflichten auslösen kann.

Zum Begriff „Übermitteln“ hat der Gesetzgeber immerhin eine indirekte Legaldefinition gewagt, die zwar nicht letztverbindlich ist, aber dem Rechtsanwender zeigt, dass auch hier alles bei alten geblieben ist und eine Übermittlung von Daten nur vorliegt, wenn sie an einen Dritten weitergegeben werden.

Entstehen durch das Mehrebenensystem und Wiederholungsverbot keine Rechtslücken?

Es trifft zu, dass der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO Ausnahmen z.B. im familiären Bereich oder bei der Verarbeitung von Daten kennt, die weder automatisiert erfolgt noch Dateisysteme betrifft. Da wären Lücken z.B. bei einzelnen Eingaben von Bürgern denkbar. Andererseits enthält § 35 Abs. 2 Satz 2 SGB I vorbehaltlich besonderer Vorschriften einen Auffangtatbestand und ordnet für die Verarbeitung von Sozialdaten, die nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallen, deren Geltung an. Daher sind Regelungslücken nicht zu befürchten.

Dr. Dirk Biersborn



Richter am Bundessozialgericht

Seit 2013 Richter am BSG, Mitglied des für die gesetzliche Unfallversicherung zuständigen 2. Senats; Datenschutzbeauftragter des BSG, von September 2016 bis April 2017 an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales abgeordnet, um an der Anpassung des Sozialdatenschutzrechts an die DS-GVO

mitzuwirken. Lehrbeauftragter für Sozialrecht an der Philipps-Universität Marburg, Herausgeber und Autor zahlreicher Publikationen und Kommentare.

Die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Einwilligungserklärungen wurden verschärft. Ist das praktikabel?

Zunächst ist zu sagen, dass man eine Einwilligung als Verarbeitungsgrundlage nur benötigt, wenn keine gesetzliche Rechtsgrundlage besteht. Das Gesetz sieht aber zahlreiche Erhebungs- und Übermittlungsnormen vor. Virulent wird dies vor allem dort, wo keine Erhebungsbefugnisse von ärztlichen Daten bestehen. Da ist eine Schweigepflichtsentscheidung notwendig, die nichts anderes als eine datenschutzrechtliche Einwilligung ist. Im Übrigen trifft es zu, dass die DS-GVO die Wirksamkeit der Einwilligung an verschärfte Anforderungen im Hinblick auf Freiwilligkeit und Informiertheit z.B. über das Widerrufsrecht knüpft. Neu ist auch, dass der Verantwortliche nachweisen können muss, dass diese Voraussetzungen alle vorliegen.

Wie weist der Verantwortliche das nach?

Am besten durch entsprechende schriftliche Einwilligungserklärungen. Da die DS-GVO aber keine bestimmte Form der Einwilligung vorsieht und auch keine diesbezügliche Öffnungsklausel enthält, konnte die Schriftlichkeit nicht mehr zwingend vorgeschrieben werden. Vielmehr wird nun daneben die elektronische Form der Einwilligung im Rahmen einer Soll-Vorschrift zugelassen. In den Gesetzesmaterialien wird indes darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an die Sicherheit der Verarbeitung beachtet werden müssen, womit zugleich der Möglichkeit der Einwilligung mittels E-Mail der Boden entzogen wird.

Was ist so schlimm an E-Mails?

Das sind eigentlich „Postkarten“. Wer Zugriff zum Account hat, kann z.B. auch sehr sensible Daten zur Kenntnis nehmen. Die DS-GVO folgt aber den Prinzipien der Privacy by Design und der Privacy by Default. Datenschutz ist zu einem möglichst frühen Zeitpunkt bei der Einrichtung der Systeme zu berücksichtigen, und der Verantwortliche muss dafür sorgen, dass Standardeinstellungen darauf ausgerichtet sind, nur personenbezogene Daten zu verarbeiten, die für konkreten Zweck erforderlich sind. Daher wäre allenfalls die Nutzung verschlüsselter E-Mails denkbar, und den Nachweis der Echtheit könnte man nur über eine Signatur führen.

Stimmt es, dass Behörden keine wirksamen Einwilligungen einholen können?

Doch, können sie. In den Erwägungsgründen wird zwar beschrieben, dass die Einwilligung keine gültige Rechtsgrundlage bei klarem Ungleichgewicht, „insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt“, liefern sollte. Erwägungsgründen kommt auch die Rolle einer wichtigen Auslegungshilfe zu, weshalb die Formulierung einen Konflikt mit den allgemeinen Mitwirkungspflichten befürchten lässt. Jedoch erlaubt die Einschränkung „... in

Anbetracht aller Umstände“ eine Prüfung des Einzelfalls mit dem Ergebnis der Bejahung von Freiwilligkeit z.B. bei notwendigen Mitwirkungshandlungen. Wenn beispielsweise ein Antragsteller gegenüber dem Jobcenter schriftlich in Kenntnis des Widerrufsrechts erklärt, mit der Einholung eines Befundberichts bei seinem Hausarzt zur Prüfung der Erwerbsfähigkeit einverstanden zu sein und er nach Ablehnung des Alg-II-Antrags die Unfreiwilligkeit dieser Einwilligung aufgrund der ihm angedrohten Versagung samt Schadensersatz geltend macht, wird er damit nicht unbedingt Erfolg haben.

Gilt das auch für Sozialgerichte?

Ja, auch Sozialgerichte benötigen für die Einholung von Befundberichten bei Ärzten Schweigepflichtsentscheidungen. Auch hier gilt, dass der Hinweis auf negative Folgen bei der Beweiswürdigung nicht zwingend dazu führt, dass die anschließend erfolgte Schweigepflichtsentscheidung unwirksam ist.

Es heißt, dass durch die unmittelbaren Verarbeitungsbefugnisse in der DS-GVO der Schutz von Sozialdaten nicht mehr so streng sei wie zuvor. Stimmt das?

Es trifft zu, dass die DS-GVO aufgrund ihrer Forschungsfreundlichkeit z.B. die zweckändernde Verarbeitung von Daten großzügiger zulässt. Andererseits wurde auch insoweit von bestehenden Öffnungsklauseln durch den deutschen Gesetzgeber weitgehend Gebrauch gemacht: Nach wie vor ist die Datenverarbeitung durch in § 35 SGB I genannte Stellen wie Sozialleistungsträger nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung nach dem SGB zulässig. Gesundheits-, biometrische und genetische Daten dürfen nach wie vor nur bei Vorliegen einer Einwilligung oder einer normativen Ermächtigung im SGB übermittelt werden. Zudem gibt es zusätzliche Rechtsschutzinstrumente, für die bei Sozialdaten weitgehend die Sozialgerichtsbarkeit zuständig ist. Trotz unmittelbarer Verarbeitungsbefugnisse der DS-GVO genießen Sozialdaten durch die innerstaatlichen Regelungen daher nach wie vor einen hohen Schutz.

Gilt das auch, wenn private Dritte Sozialdaten erhalten? Können sie diese nicht zu beliebigen Zwecken verarbeiten?

Auch nach der DS-GVO gilt der Zweckbindungsgrundsatz. Der Gefahr, dass der private Empfänger von Sozialdaten eigeninitiativ entscheidet, ob eine Verarbeitung zu einem anderen als dem Erhebungszweck zulässig ist, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer abschließenden Regelung zur zweckändernden Verarbeitung nicht vorliegen, begegnet erschöpfend die Pflicht zur Einholung einer Selbstverpflichtung des Empfängers, weil dieser sich dann nicht mehr auf die Rechtsgrundlage der Wahrung eigener Interessen bei einem abweichenden Verarbeitungszweck berufen kann.

Die umfangreichen Betroffenenrechte der DS-GVO wie Informationspflichten, Auskunft- und Widerspruchsrecht, Recht auf Vergessenwerden drohen doch einen erheblichen bürokratischen Aufwand zu verursachen. Besteht nicht die Gefahr der Lähmung der Verwaltung?

Bei Betroffenenrechten nach der DS-GVO ist stets zu prüfen, ob diese dem Grunde nach überhaupt zustehen, ob sie bereits durch die DS-GVO eingeschränkt werden und schließlich ob eine Ausnahme nach innerstaatlichem Recht besteht. Im Übrigen kann bei offenkundig unbegründeten oder exzessiven Anträgen die Auskunft auf der Grundlage der DS-GVO verweigert werden. Damit ist eine Lähmung der Verwaltung nicht zu befürchten.

Und wie sieht es mit der Justiz aus?

Die Geltung von Betroffenenrechten im Rahmen von Gerichtsverfahren ist umstritten. Auch hier dürften bereits zahlreiche Ausnahmegesetze nach der DS-GVO zu den Informationspflichten eingreifen, wenn die Erlangung der Informationen z.B. durch besondere Vorschriften geregelt ist bzw. wenn die Daten besonderer Verschwiegenheit unterliegen. Die Prozessordnungen sind solche nationalen Regeln, die Bestimmungen zur Informationserlangung wie z.B. das Recht zur Akteneinsicht enthalten, zudem unterliegen Richter und Richterinnen dem Berufsgeheimnis.

Im Übrigen können viele der Informationspflichten unschwer gebündelt über eine Website im Rahmen der Datenschutzerklärung erfüllt werden, sodass selbst im Falle des Bestehens der Informationspflichten diese häufig recht leicht erfüllt werden können.

Stimmt es, dass nunmehr auch Sozialdaten in unsichere Länder wie die USA übermittelt werden dürfen?

Nachdem Privacy Shield als Nachfolgeabkommen zu Safe Harbour in die sog. White List der Kommission aufgenommen wurde, gelten die USA insoweit als sicheres Drittland. Auch Auftragsverarbeitung von Sozialdaten z.B. durch Nutzung von Cloud-Computing-Anwendungen ist unter diesen Voraussetzungen dort zulässig. Es bleibt aber abzuwarten, ob der EuGH dies angesichts eingeschränkter Klagerechte von EU-Bürgern vor US-Gerichten akzeptieren wird.

Wie sieht es mit dem Brexit aus? Wenn er kommt, können dann noch Sozialdaten rechtmäßig zwischen Europa und dem Vereinigten Königreich ausgetauscht werden?

Das innerstaatliche Recht erlaubt die Datenübermittlung zur Aufgabenerfüllung der nationalen Stellen, sodass der Austausch von Sozialdaten mit dem Vereinigten Königreich auch nach Ausscheiden des letzteren aus der EU möglich wäre.

Ist mit Geltungsbeginn der DS-GVO eine Grundrechtsprüfung beispielsweise im Hinblick darauf, ob eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt, obsolet?

Nein, das BVerfG behält sich nach wie vor im Rahmen der Identitätskontrolle zu prüfen, ob Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU die Grenzen von Art. 1 und Art. 20 GG überschreiten, weshalb auch Datenverarbeitungen auf unmittelbarer Grundlage der DS-GVO am Maßstab des aus Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verfassungsrechtlich überprüfbar sind.

Sie sind Datenschutzbeauftragter des BSG, überwachen Sie da nun auch den korrekten Umgang mit Daten der Richter und Richterinnen?

Nein, im Kernbereich der richterlichen Tätigkeit haben weder Aufsichtsbehörden noch der Datenschutzbeauftragte etwas zu sagen. Die Abgrenzung ist aber nicht leicht, z.B. bei Datenübermittlungen an nicht verfahrensbeteiligte Dritte wie Sicherheitsbehörden handelt es sich nach der Rechtsprechung des BVerfG um Vorgänge, die nicht dem Privileg des Spruchrichters unterfallen. Diese sind im Lichte von Art. 19 Abs. 4 GG gerichtlich überprüfbar. Daher muss der Datenschutzbeauftragte beteiligt werden.

War die DS-GVO nun notwendig?

In Deutschland hatten wir bereits ein hohes Datenschutzniveau. Dadurch entstehen auch die Schwierigkeiten bei der Anpassung eines ausdifferenzierten nationalen Datenschutzrechts an eine EU-Verordnung. Europaweit wird die DS-GVO aber dazu beitragen, den Flickenteppich unterschiedlicher Regelungskonzepte weitgehend zu harmonisieren. Und viele der verschärften Anforderungen z.B. an Einwilligungen oder die neuen Betroffenenrechte wie insbesondere das Recht auf Vergessenwerden sind im Zeitalter des Internets und der Nutzung von Big Data sehr sinnvoll, um den Missbrauch insbesondere durch große Konzerne einzudämmen. Durch die sehr allgemeine Fassung der DS-GVO werden aber solche Verantwortliche betroffen, bei denen dieses Risiko gar nicht so groß ist. Dennoch ist es mit den neuen Regelungen so ein bisschen wie mit der Einführung der Gurtpflicht im Straßenverkehr in den 70er Jahren. Damals haben sich viele über die neue Einschränkung – die für jeden und auch für kleine und langsame PKW gilt – ihrer persönlichen Freiheit beschwert, heute ist es selbstverständlich.

Lieber Herr Bieresborn, herzlichen Dank für das aufschlussreiche Gespräch.

Das Interview wurde geführt von VPräsBSG Prof. Dr. Thomas Voelzke.

Tim Faulhaber



Rechtsanwalt

Herr Faulhaber beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Rechtsfragen der IT-Branche sowie IT-rechtlichen Sachverhalten in der Hochtechnologie. Er war mehrjährig in der IT-Branche als Freiberufler tätig und kann auf ein fundiertes technisches Sachverständnis zurückgreifen. RA Faulhaber berät Mandanten und Kunden in Fragestellungen des IT-Sicherheitsrechts und des Datenschutzrechts und ist als externer Datenschutzbeauftragter in der Medizin und der Hochtechnologiebranche bestellt. Er ist zertifizierter Datenschutzbeauftragter (TÜV) und zertifizierter ISO 27001 Implementer und Auditor (CERT).

Dr. Jan-Philipp Schmidt



Rechtsreferendar

Von 2010 bis 2015 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes. Nach Ablegung der ersten juristischen Prüfung Tätigkeit am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (Prof. Dr. Heinz Koriath). Während dieser Zeit Promotion mit der Arbeit „Zur Rechtsnatur des § 398a AO – Kritische Analyse der Vorschrift unter Berücksichtigung der Motive des Gesetzgebers und verwandten Normen des allgemeinen Strafrechts“. Seit November 2018 Rechtsreferendar im Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken.

Martin Scheurer



Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau. Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts München. Seit April 2016 Wissenschaftlicher Mitarbeiter sowie seit Mai 2017 Kollegiat des DFG-Graduiertenkollegs 1681/2 „Privatheit und Digitalisierung“ an der Universität Passau. Sein derzeitiges Dissertationsprojekt widmet sich der Frage, wie datenschutzrechtliche Einwilligungsprozesse im Kontext der Digitalisierung rechtskonform umgesetzt werden können. (Foto: Universität Passau)

Dr. Rüdiger Werner



Rechtsanwalt

Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen; Promotion über ein Thema aus dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts. Herr Dr. Werner ist seit 1997 Rechtsanwalt und war für verschiedene Wirtschaftskanzleien in München und Stuttgart tätig. Seit 2004 ist er Rechtsanwalt in Gerlingen und Verfasser zahlreicher Veröffentlichungen zu gesellschaftsrechtlichen Themen.

Dr. Horst Heberlein

Europäische Kommission

Seit 2001 Beamter der Europäischen Kommission, dort in dem für Datenschutz zuständigen Referat der Generaldirektion Justiz und Verbraucher. Vorher Richter an einem Verwaltungsgericht in Bayern. Veröffentlichungen insbesondere zu verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Themen, u.a. als Mitautor eines Kommentars zur Datenschutz-Grundverordnung.

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 a.D. Prof. Dr. Harald Dörig, Erfurt
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 eingeschickt 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 (Juli/August), 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
6. Jahrgang

STAUDINGER Online powered by juris**NEUBEARBEITUNG §§ 826-829, ProdHaftG
(Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung)**

Die Neubearbeitung trägt der Bedeutung des § 826 BGB im Wirtschaftsrecht besondere Rechnung. Vor allem die vom Bundesgerichtshof neu entwickelten Wege der Vorsatzbeweismöglichkeit, die Fragen der Wissenszurechnung und der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit wurden überarbeitet. Die Kommentierung des Produkthaftungsgesetzes setzt neue Schwerpunkte bei der Haftung für 3D-Druck und für das Internet der Dinge.

Preis 1. Nutzer 169,00 € / Monat (Preis pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo);

Preis 2. – 10. Nutzer jeweils 25,00 € / Monat (Preis pro Monat für den 2. – 10. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo)

www.juris.de/staudinger

Neue Werke für Ihre Recherche freigeschaltet

Damit Sie bei juris immer die besten Rechtsinformationen finden, wird die juris Online-Recherche fortlaufend mit neuer Fachliteratur der jurisAllianz Partnerverlage ergänzt. Eine aktuelle Übersicht finden Sie online abrufbar auf unserer Startseite.

www.juris.de/neuewerke

juris Webinare

Als Teilnehmer eines juris Webinars besuchen Sie eine Online-Schulung – bequem und zeitsparend direkt vom eigenen Schreibtisch aus.

In unserem virtuellen Seminarraum sehen Sie den Bildschirm des Referenten und verfolgen seine Prä-

sentation in Echtzeit direkt in der Datenbank. Über verschiedene Wege, z. B. über Voice-over-IP oder via Chat, stehen Sie im direkten Kontakt mit dem Seminarleiter, können Fragen stellen oder auch mit den anderen Teilnehmern kommunizieren.

Mit Hilfe der juris Webinare erfahren juris Nutzer immer wieder neue Möglichkeiten im Umgang mit unserer Rechercheoberfläche. Neukunden erleichtert der Besuch eines Einführungs-Webinars den Einstieg in die Datenbankrecherche.

Einführung in die juris Recherche

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

Dauer: 45 – 60 Minuten

09.01.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

16.01.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

30.01.2019, 11:00 – 12:00 Uhr

Fortgeschrittenen-Webinar

- Vorstellung der erweiterten und Spezial-Suchmasken
- Textwortsuche über spezielle Felder der erweiterten bzw. Spezial-Suchmasken (Kurztext, Schlagwort, Definition, Entscheidungsname etc.)
- Optimale Nutzung der Recherchefunktionen, insbesondere Ankreuzfelder
- Suche nach Bundes- und Landesnormen mit Feldern Gesetzestitel und Titel
- Nutzung von Querverweisen (insbesondere Zitierungen in Primärcontent)

Dauer: 30 – 45 Minuten

10.01.2019, 14:00 – 15:00 Uhr

31.01.2019, 10:00 – 11:00 Uhr

Zur Anmeldung und weiteren Terminen:

www.juris.de/webinare

Informationsveranstaltungen

juris lädt regelmäßig zu kostenlosen Informationsforen ein, um die verlagsübergreifende juristische Informationsdatenbank live vorzustellen.

23.01.2019 Dresden, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

12.03.2019 Saarbrücken, SZ-Forum

09:30 – 12:00 Uhr

03.04.2019 Potsdam, Hotel Dorint Sanssouci

09:30 – 12:00 Uhr

04.04.2019 Berlin, Hotel Maritim

Stauffenbergstraße

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

09.04.2019 Kiel, Kieler Yacht Club

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

26.06.2019 Köln, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

03.07.2019 München, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

13:30 – 16:00 Uhr

14.08.2019 Hannover, Crowne Plaza

09:30 – 12:00 Uhr

27.11.2019 Düsseldorf, Maritim Hotel

09:30 – 12:00 Uhr

Weitere aktuelle Messetermine finden Sie hier:

www.juris.de/veranstaltungen

IN EIGENER SACHE: jM-Leserbefragung 2019 – Ihre Meinung ist gefragt!

Seit 2014 informiert Sie die jM aktuell, konzentriert und auf hohem Niveau. Wir haben bereits viele Rückmeldungen erhalten, jetzt wollen wir es genauer wissen. Wie intensiv lesen Sie die Zeitschrift, was gefällt Ihnen und was können wir besser machen? Die Teilnahme nimmt nur ca. fünf bis zehn Minuten Ihrer Zeit in Anspruch und hilft uns, noch besser zu werden. Selbstverständlich werden Ihre Angaben anonym ausgewertet.

Machen Sie **bis Ende Februar 2019** mit unter:

www.juris.de/Leserbefragung

Oder scannen Sie den QR-Code ein:



Für Ihre Teilnahme winken attraktive Preise: Wir verlosen unter allen Teilnehmern drei kabellose Ladegeräte für Smartphones sowie zahlreiche weitere juris Überraschungen.

Auf jeden Fall bedanken wir uns schon jetzt für Ihre Teilnahme!

STAUDINGER BGB

STAUDINGER Online
exklusiv bei juris!

Zu Recht auf unserer Seite

Nur bei juris recherchieren Sie im STAUDINGER Online. Durch die umfassende Verlinkung mit der kompletten juris Datenbank und die monatliche Aktualisierung arbeiten Sie stets rechtssicher.

Neben der Gesamtausgabe sind auch folgende Pakete im Teilabonnement erhältlich:

- STAUDINGER Online Bankrecht
- STAUDINGER Online Immobilienrecht
- STAUDINGER Online Kreditsicherheiten
- STAUDINGER Online Miet- und WEG-Recht

Jetzt gratis testen!

www.juris.de/staudinger

**NEU: Einleitung zum
Familienrecht, §§ 1297-1352**

ab **21,00 €**/Monat *

* Preis für STAUDINGER Online Bankrecht pro Monat für den 1. Nutzer zzgl. MwSt., 12-Monats-Abo

juris[®] Das Rechtsportal



Jetzt noch besser recherchieren!

Als Mitglied des Deutschen Anwaltvereins nutzen Sie exklusiv ein neues rechtsgebiets- und verlagsübergreifendes Literaturpaket für Ihre Online-Recherche: das juris DAV Zusatzmodul.

Sie durchsuchen mit wenigen Klicks mehr als 30 Top-Titel führender Fachverlage der jurisAllianz – intelligent verlinkt und laufend aktualisiert – von A wie Anwaltkommentar bis Z wie Zöller. Zahlreiche Formulare mit Checklisten, Vorlagen und Mustertexten unterstützen Sie optimal bei Ihrer Fallbearbeitung. Mit juris.de arbeiten Sie stets rechtssicher und sparen nicht nur Zeit, sondern auch bares Geld.

Speziell für DAV-Mitglieder enthält das Online-Modul u. a.:

- Anwaltkommentar RVG, Schneider/Wolf
- Arbeitsrecht Handbuch, Tschöpe
- Das Prozessformularbuch, Vorwerk
- FamFG, Prütting/Helms
- Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Krasney/Udsching/Groth
- Handbuch Versicherungsrecht, van Bühren
- Kanzleimarketing, Hoeflmayr
- OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht, Beck/Berr/Schäpe
- SGG Sozialgerichtsgesetz, Breitkreuz/Fichte
- Wohnungswirtschaft und Mietrecht, WuM
- Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRZ
- ZPO Zivilprozessordnung, Zöller
- und viele weitere Titel

+ Gesetze, zitierte Rechtsprechung und Literaturnachweise

Jetzt kostenfrei und unverbindlich testen unter:
www.juris.de/davzusatz



ab **51,75 €**/Monat

zzgl. MwSt.

juris

 DeutscherAnwaltVerein