

# Die Öffentliche Verwaltung

Zeitschrift für öffentliches Recht  
und Verwaltungswissenschaft

75. Jahrgang August 2022  
Heft 15 Seiten 605–648

www.doev.de  
Kohlhammer

# 15

**Mario Martini/Jonas Botta**, Reform der Datenschutzaufsicht: Optionen und Grenzen einer Zentralisierung

**Henner Gött**, Extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte

**Julia Merdian**, Absonderungen nach dem IfSG – Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung?

**Ralf Gerhards**, Öffentliche Wahrnehmung der Wirtschaftsprüfung?

**Buchbesprechungen**

**Rechtsprechung in Leitsätzen**

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

<i>Mario Martini/Jonas Botta</i> , Speyer/Berlin, Reform der Datenschutzaufsicht: Optionen und Grenzen einer Zentralisierung .....	605
<i>Henner Gött</i> , Berlin, Extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte – Auf dem Weg zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung .....	616
<i>Julia Merdian</i> , Bielefeld, Absonderungen nach dem IfSG – Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung? .....	627
<i>Ralf Gerhards</i> , Mannheim, Öffentliche Wahrnehmung der Wirtschaftsprüfung? – Zum Streit über die Verstaatlichung der Wirtschaftsprüfung .....	635

---

## Buchbesprechungen

<i>Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder</i> (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht – Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht   <i>Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder</i> (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht – Band 3: Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes ( <i>Heinrich Amadeus Wolff</i> ) .....	640
<i>Stefan Huster/Thorsten Kingreen</i> , Handbuch Infektionsschutzrecht   <i>Jens Gerhardt</i> , Infektionsschutzgesetz – Kommentar ( <i>Matthias Wiemers</i> ) .....	641

---

## Leitsätze

### Gerichte der Europäischen Union

451. <i>EuGH</i> , Urteil vom 2.6.2022 – C-122/21 – Get Fresh Cosmetics – Einschränkung des Vertriebs kosmetischer Mittel wegen Verwechslungsgefahr mit Lebensmitteln; schäumende Badekugeln .....	642
--	-----

### Verfassungsgerichte

452. <i>BVerfG</i> , Beschluss vom 7.4.2022 – 1 BvL 3/18 u. a. – Erziehungsaufwand im Beitragsrecht der Sozialversicherung .....	642
453. <i>BVerfG</i> , Beschluss vom 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21 – Zulässigkeit der einrichtungsbezogenen COVID-19-Impfpflicht .....	643
454. <i>BVerfG</i> , Urteil vom 15.6.2022 – 2 BvE 4/20 u. a. – Äußerungsbefugnisse des Bundeskanzlers; Chancengleichheit der Parteien .....	643
455. <i>BVerfG (Kammer)</i> , Beschluss vom 23.3.2022 – 1 BvR 1295/21 – Gastronomiebeschränkungen durch die „Bundesnotbremse“ .....	643
456. <i>BVerfG (Kammer)</i> , Beschluss vom 4.4.2022 – 1 BvR 1370/21 – Ablehnung von Beratungshilfe für sozialrechtliches Widerspruchsverfahren .....	643
457. <i>VerfGH NRW</i> , Beschluss vom 22.3.2022 – VerfGH 22/22 – Beschwerde gegen die Nichtanerkennung als Partei .....	644

### Verwaltungsgerichtsbarkeit

#### Abgabenrecht

458. <i>BVerwG</i> , Urteil vom 26.1.2022 – 9 C 5.20 – Grundwasserentnahmeentgelt für Grubenwasserhaltung .....	644
459. <i>NdsOVG</i> , Beschluss vom 10.5.2022 – 9 LA 121/21 – Straßenausbaubeitrag .....	644

#### Öffentliches Dienstrecht

460. <i>NdsOVG</i> , Beschluss vom 3.5.2022 – 5 ME 12/22 – Zwingendes Anforderungsprofil in Stellenausschreibung .....	644
461. <i>NdsOVG</i> , Beschluss vom 4.5.2022 – 5 ME 154/21 – Verfahrensmangel im Auswahlverfahren; Verwendung eines mitbestimmungspflichtigen Personalfragebogens .....	644

Die Öffentliche Verwaltung – August 2022 – Heft 15

## Schul-, Hochschul- und sonstiges Kultusrecht; Prüfungsrecht

462. *OVG Rheinl.-Pf.*, Beschluss vom 3.3.2022 – 2 B 10062/22.OVG – Juniorprofessor mit Tenure-Track-Option; Berufungsverfahren ..... 644
463. *NdsOVG*, Urteil vom 24.3.2022 – 2 LB 210/20 – Angleichung der Dienstaufgaben von übernommenen Fachhochschulprofessoren ..... 644
464. *OVG NRW*, Beschluss vom 28.4.2022 – 19 B 1918/21 – Schulbesuchsaufforderung mit Zwangsgeldandrohung..... 645

## Gesundheits- und Lebensmittelrecht

465. *OVG Bremen*, NK-Urteil vom 19.4.2022 – OVG 1 D 104/20 – Infektionsschutzrechtliche Verkaufsflächenbeschränkung im Einzelhandel ..... 645

## Datenschutz-, Informations- und Medienrecht

466. *BVerwG*, Urteil vom 22.3.2022 – 10 C 2.21 – Zugang zu Umweltinformationen über Stuttgart 21; Ausnahme für interne Mitteilungen ..... 645

## Boden- und Landwirtschaftsrecht

467. *VGH BW*, Beschluss vom 22.4.2022 – 13 S 523/21 – Agrarförderung; Direktzahlungen; Cross-Compliance-Verpflichtung ..... 645

## Bau- und Planungsrecht

468. *BVerwG*, Urteil vom 25.1.2022 – 4 C 2.20 – Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Zwischenlagers für radioaktive Abfälle im Gewerbegebiet ..... 646
469. *NdsOVG*, Beschluss vom 3.5.2022 – 1 ME 31/22 – Inanspruchnahme als Zustandsstörer nach Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück ..... 646
470. *NdsOVG*, NK-Urteil vom 12.5.2022 – 1 KN 14/20 – (Angebots)Bebauungsplan; Abwägungserheblichkeit von privatrechtlichen Baubeschränkungen und Grunddienstbarkeiten im Plangebiet ..... 646
471. *NdsOVG*, Beschluss vom 16.5.2022 – 1 LA 102/21 – Beweislast für Bestehen einer Baugenehmigung ..... 646

## Naturschutz- und Umweltrecht

472. *BVerwG*, Urteil vom 17.12.2021 – 7 C 7.20 – Erweiterung einer Abfallentsorgungsanlage und Vogelschutzrichtlinie ..... 646
473. *BVerwG*, Urteil vom 3.2.2022 – 7 C 2.21 – Kein Anspruch eines Bodenschutzvereins auf Anerkennung als Naturschutzvereinigung ..... 647
474. *VGH BW*, Beschluss vom 27.4.2022 – 10 S 1870/21 – Antrag auf einstweilige Betriebseinstellung eines Kernkraftwerks ..... 647

## Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht

475. *BVerwG*, Urteil vom 16.2.2022 – 1 C 6.21 – Ausweisungsbezogenes Einreise- und Aufenthaltsverbot bei allein asylrechtlicher Rückkehrentscheidung ..... 647

## Sozialrecht

476. *BVerwG*, Urteil vom 12.1.2022 – 5 C 6.20 – Arbeitsassistenzeleistungen für Selbstständige; Altersgrenze ..... 647

## Sonstiges Verwaltungsrecht

477. *ThürOVG*, Urteil vom 10.12.2021 – 4 KO 700/17 – Zur Auslegung eines von der Kostenlast der Altlastensanierung im Kalibergbau nach Art. 1 § 4 Abs. 3 URG n.F. freistellenden Vertrages ..... 647

## Verwaltungsverfahren-, -zustellungs- und -vollstreckungsrecht

478. *OVG NRW*, Beschluss vom 11.5.2022 – 1 A 2931/19 – Wiederaufgreifen des Verfahrens; Änderung der Rechtsprechung ..... 648

## Gerichtsverfahrensrecht

479. *BVerwG*, Beschluss vom 21.3.2022 – 9 AV 1.22 – Zur Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses ..... 648
480. *NdsOVG*, Beschluss vom 3.5.2022 – 1 LB 4/22 – Betreibensaufforderung nach abschließender Begründung der Klage ..... 648

## Vorschau

*Wernsmann/Geiß*, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen

*Spitzlei*, Wirksamkeit oder Nichtigkeit fehlerhafter Gemeinderatsbeschlüsse – Allgemeine Überlegungen unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

*Hüther/Lepej*, Das Vorgehen Privater gegen warnende Parlamentsbeschlüsse als Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art

*Frammersberger*, Pflicht zur Wehrpflicht

Eine für Sie ausgewählte **Veranstaltung** wird in diesem Heft auf S. A3 angekündigt.

# Die Öffentliche Verwaltung **DÖV**

## Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Peter Badura, München;  
Univ.-Prof. Dr. Hartmut Bauer, Potsdam;  
Univ.-Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M., Hannover;

Helmut Dedy, Geschäftsführendes Präsidialmitglied und Hauptgeschäftsführer des Deutschen Städtetages, Köln;

Prof. Jochen Dieckmann, Staatsminister a.D., Rechtsanwalt, Bonn;

Univ.-Prof. Dr. Horst Dreier, Würzburg;  
Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig;

Prof. Dr. Dieter Engels, Präsident des Bundesrechnungshofs, Bonn;

Dr. Everhardt Franßen, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Berlin;  
Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jochen Abr. Frowein, Heidelberg;

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle, Bayreuth/St. Gallen;

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin;

Univ.-Prof. Dr. Peter Michael Huber, Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe/München;

Dr. Gerd Landsberg, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin;

Prof. Dr. Peter Michael Mombaur †, Rechtsanwalt, MdEP a.D., Brüssel/Düsseldorf;

Univ.-Prof. Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn;

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig;

Prof. Dr. Horst Risse, Staatssekretär, Direktor beim Deutschen Bundestag, Berlin;

Univ.-Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig, Bundesminister der Justiz a.D., Kiel;

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Schmitt Glaeser, Bayreuth;

Univ.-Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert, Berlin;

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann, Speyer;

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens, Speyer;

Univ.-Prof. Dr. Dres. h.c. Klaus Stern, Köln;

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Rolf Stober, Hamburg;

Prof. Dr. Christian Theobald, Rechtsanwalt, Berlin.

**Schriftleitung:** Univ.-Prof. Dr. Hartmut Bauer, Universität Potsdam, Juristische Fakultät, August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam, E-Mail: hartmut.bauer@doev.de; Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Freiherr-vom-Stein-Str. 2, 67346 Speyer, Telefon (0 62 32) 6 54-3 44, Telefax (0 62 32) 654-4 14, E-Mail: sommermann@uni-speyer.de.

**Bearbeitung des Rechtsprechungsteils:** Vors. Richter am VGH Raphael Epe, VGH Baden-Württemberg, Schubertstr. 11, 68165 Mannheim, Telefon (0621) 292-4390, E-Mail: raphael.epe@doev.de.

**Gesamtredaktion:** Dr. Kiki Beyer, LL.M., Ass. jur., Verlag W. Kohlhammer, 70549 Stuttgart, Telefon (07 11) 78 63-72 22, Telefax (07 11) 78 63-82 22, E-Mail: kiki-denise.beyer@doev.de.

**Manuskripte:** Aufsatzmanuskripte sind an die Schriftleitung in elektronischer Form einzusenden. Aufsätze, die auch anderen Zeitschriften zur Veröffentlichung angeboten werden, wie auch Aufsätze, die bereits im Internet veröffentlicht sind, werden grundsätzlich nicht angenommen.

Der Versand von *Entscheidungen* wird in elektronischer Form an den Bearbeiter des Rechtsprechungsteils erbeten.

Mit der Annahme zur Veröffentlichung erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte, insbesondere das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken sowie das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken. Nähere Informationen zur Manuskripterstellung können im Internet unter [www.doev.de](http://www.doev.de) abgerufen werden.

**Die Urheber- und Verlagsrechte** sind vorbehalten. Sie erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von dem Bearbeiter erarbeitet oder redigiert sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen; diese bedürfen zur Auswertung einer Genehmigung des Verlags. Der Verlag erlaubt allgemein die Fotokopie zu innerbetrieblichen Zwecken, wenn dafür eine Gebühr an die VG Wort, Untere Weidenstraße 5, 81543 München, entrichtet wird, bei der die Zahlungsweise zu erfragen ist.

**Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)** erscheint zweimal im Monat.

**Bezugspreise:** Jahresabonnement € 319,- zuzüglich Versandkosten € 21,50; Einzelpreis € 20,70 zuzüglich Versandkosten.

**Bestellungen:** W. Kohlhammer GmbH, 70549 Stuttgart, Telefon (07 11) 78 63-72 80, Telefax (07 11) 78 63-84 30, Internet: [www.doev.de](http://www.doev.de). Konten: Postbank Stuttgart, IBAN: DE25 6001 0070 0016 3307 05, BIC: PBNK DE FF600; BW-Bank Stuttgart, IBAN: DE91 6005 0101 7871 5082 60, BIC: SOLA DE ST600.

**Verlag und Gesamtherstellung:** W. Kohlhammer GmbH, Postanschrift: 70549 Stuttgart; Lieferanschrift: Heßbrühlstraße 69, 70565 Stuttgart, Telefon (07 11) 78 63-0.

**Anzeigenmarketing:** W. Kohlhammer GmbH, 70549 Stuttgart, Telefon (07 11) 78 63-72 23, Telefax (07 11) 78 63-83 93. Zurzeit ist Anzeigenpreisliste Nr. 51 gültig.

**Internet:** [www.doev.de](http://www.doev.de).

## Reform der Datenschutzaufsicht: Optionen und Grenzen einer Zentralisierung

Von Universitätsprofessor Dr. Mario Martini und Forschungsreferent Dr. Jonas Botta, Speyer/Berlin\*

**Nicht weniger als 18 Aufsichtsbehörden wachen in Deutschland auf Bundes- und Länderebene über den Schutz personenbezogener Daten. Die Vielstimmigkeit ihres Chores lässt in Politik und Wirtschaft Forderungen nach einer grundlegenden Aufsichtsreform ertönen. Diese soll eine einheitlichere Rechtsauslegung und -anwendung sicherstellen. Welche Pläne die neue Bundesregierung verfolgt, welche alternativen Gestaltungsoptionen sich anbieten und wie sie unions- und verfassungsrechtlich zu bewerten sind, analysiert dieser Beitrag.**

### I. Die 18 „Hüter des Rechts auf Privatsphäre“

Die nationalen Datenschutz-Aufsichtsbehörden haben sich als „Hüter des Rechts auf Privatsphäre“ einen Namen gemacht.<sup>1</sup> Sie sind zwar selbst Teil der staatlichen Ordnung, sollen aber „völlig unabhängig“ private wie öffentliche Stellen kontrollieren, die personenbezogene Daten verarbeiten (Art. 52 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung<sup>2</sup> [DSGVO]). Ihnen kommt damit im unionalen Datenschutzgefüge eine herausgehobene Funktion zu. Ihre gesetzlich verankerten Aufgaben und Befugnisse sind vielfältig: Sie sollen die Öffentlichkeit für Datenschutzrisiken sensibilisieren, Regierungen und Parlamente beraten, aber auch datenverarbeitende Stellen überprüfen und Datenschutzverstöße ahnden (vgl. Art. 57 und Art. 58 DSGVO).

Die deutsche Datenschutzaufsicht unterscheidet sich von derjenigen der anderen EU-Mitgliedstaaten in einem

wichtigen Punkt: Sie ist föderal organisiert. Während der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) insbesondere die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen des Bundes sowie von Telekommunikationsunternehmen überwacht (§ 9 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz<sup>3</sup> [BDSG], § 29 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz<sup>4</sup> [TTDSG]), sind die Landesbeauftragten für die öffentlichen Stellen ihres jeweiligen Landes und die dortigen privaten Akteure zuständig (§ 40 Abs. 1 BDSG).<sup>5</sup> Dies bringt es mit sich, dass die Datenschutzbehörden in praxi oftmals nicht mit einer Stimme sprechen.<sup>6</sup> Sie sind zwar zur Zusammenarbeit verpflichtet – das folgt bereits unmittelbar aus ihrer Kernaufgabe, einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten.<sup>7</sup> Diese Kooperationspflicht verhindert aber unterschiedliche Rechtsinterpretationen nicht. Um dennoch einen regelmäßigen interbehördlichen Austausch herzustellen und divergierende Auslegungen der datenschutzrechtlichen Vorgaben einzufangen, haben sie die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des

\* Anmerkung der Schriftleitung: Mario Martini ist Lehrstuhl-inhaber an der DUV Speyer und Leiter des Programmbereichs „Digitalisierung“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV). Jonas Botta ist Forschungsreferent am FÖV und Habilitand an der DUV Speyer.

1 EuGH, Urt. v. 9.3.2010, C-518/07, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 36; Urt. v. 16.10.2012, C-614/10, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2012:631, Rn. 52; Urt. v. 8.4.2014, C-288/12, Kommission/Ungarn, ECLI:EU:C:2014:237, Rn. 53.

2 Verordnung (EU) Nr. 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016, ABl.EU Nr. L 119 v. 4.5.2016, S. 1; zuletzt geändert durch die Berichtigung v. 23.5.2018, ABl.EU Nr. L 127 v. 23.5.2018, S. 2.

3 Art. 1 des Gesetzes v. 30.6.2017, BGBl I S. 2097; zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.6.2021, BGBl I S. 1858.

4 Art. 1 des Gesetzes v. 23.6.2021, BGBl I S. 1982; zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021, BGBl I S. 2099.

5 In Bayern ist die Aufsicht zwischen dem Bayerischen Landesamt für Datenschutzaufsicht (privater Verarbeitungssektor, Art. 18 BayDSG) und dem Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz (öffentlicher Verarbeitungssektor, Art. 15 ff. BayDSG) aufgeteilt. Weiterführend Lucas Ben Blum, Der „bayerische Weg“ in der Datenschutzaufsicht, 2022, S. 20 ff.

6 Politikwissenschaftliche Hypothesen für die Vielfalt in der deutschen Datenschutzaufsicht finden sich etwa bei Lena Ulbricht/Magnus Römer, Vielfalt und Einheitlichkeit in der deutschen Datenschutzaufsicht, Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 2019, 461 (475 ff.).

7 Alexander Dix, Datenschutzaufsicht im Bundesstaat – ein Vorbild für Europa, DuD 2012, 318; ders., Unabhängige Datenschutzkontrolle als vorgezogener Grundrechtsschutz, in: Malte Kröger u. a. (Hrsg.), Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, 2016, S. 127; vgl. Jan Philipp Albrecht, Die EU-Datenschutzgrundverordnung rettet die informationelle Selbstbestimmung!, ZD 2013, 587 (588).

Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz oder DSK) ins Leben gerufen.<sup>8</sup>

## II. Reformbedarf der Datenschutzaufsicht

Die DSK ist in den Augen vieler Beobachter in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung nicht der Weisheit letzter Schluss, um bundesweit ein einheitliches Datenschutzniveau bzw. Vollzugsregime zu gewährleisten.<sup>9</sup>

### 1. Risiken einer föderalen Aufsichtsstruktur

Die private Wirtschaft bemängelt eine fehlende Einigkeit in vielen Bereichen aufsichtsbehördlichen Handelns. Bspw. gingen die Ansichten der Landesbehörden zur Frage, ob ein Betriebsrat als datenschutzrechtlich Verantwortlicher zu klassifizieren ist oder ob alle Verantwortung stets beim Arbeitgeber liegt, lange Zeit deutlich auseinander.<sup>10</sup> Während der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (LfDI) Baden-Württemberg dies bejahte, verneinte das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht eine derartige Verantwortlichenstellung des Betriebsrats.<sup>11</sup> Solche föderale Uneinheitlichkeit widerstrebt dem unternehmerischen Bedürfnis nach Rechtssicherheit und klaren Handlungsleitplanken.

Für überregional agierende Unternehmen sind die praktischen Folgen unterschiedlicher Behördenansichten<sup>12</sup> zwar deutlich abgemildert. Denn um Zuständigkeitskonflikten zwischen den Aufsichtsbehörden entgegenzuwirken, hat der Bundesgesetzgeber das One-Stop-Shop-Prinzip in das deutsche Datenschutzrecht implementiert.<sup>13</sup> Die Zuständigkeit für Unternehmen mit Sitz in mehreren Bundesländern richtet sich nach ihrer Hauptniederlassung (§ 40 Abs. 2 Satz 1 BDSG i.V.m. Art. 4 Nr. 16 DSGVO). Die Vorschrift gewährleistet damit, dass für sämtliche Verarbeitungsvorgänge innerhalb eines

Unternehmens dieselbe Behörde zuständig ist – mehr aber auch nicht. Sie schließt nicht aus, dass für Geschäftspartner oder Wettbewerber andere Behörden zuständig sind.

Anstelle separierter Zuständigkeitsräume erwarten viele Unternehmen einheitliche Regelungen für ihren Geschäftsverkehr, die sicherstellen, dass die Aufsichtsbehörden entsprechend ihrem Mandat nicht nur den Schutz personenbezogener Daten durchsetzen, sondern auch – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – den Datenschutz mit den wirtschaftlichen Interessen, die sich auf den freien Verkehr personenbezogener Daten beziehen, in voraussehbarer, einheitlicher Weise ins Gleichgewicht bringen, insbesondere die unternehmerische Freiheit (Art. 16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>14</sup> [GRCh]) angemessen respektieren.<sup>15</sup>

Immerhin vollziehen die Aufsichtsbehörden grundsätzlich dieselben Regelungen: Ihre Vorgaben richten sich bundesweit in erster Linie nach der DSGVO, den konkretisierenden Regelungen des BDSG und dem TTDSG, sodass die gesetzlichen Bedingungen für den privaten Verarbeitungssektor nicht an den jeweiligen Landesgrenzen Halt machen.<sup>16</sup> Darin unterscheidet er sich fundamental vom öffentlichen Verarbeitungssektor. Ihm liegen mehr als 18 verschiedene Regelungsregime zugrunde (die DSGVO, das BDSG, die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze und zahlreiche ergänzende spezialgesetzliche Normen).

Legen die Aufsichtsstellen die Rechtsgrundlagen des Datenschutzrechts unterschiedlich aus, kann das auch für die betroffenen Personen, die von der aufsichtlichen Kontrolle profitieren sollen, dysfunktionale Wirkungen zeitigen. Abweichende Auslegungsmaßstäbe vermitteln Unternehmen nämlich Anreize, die Aufsichtsbehörden gegeneinander auszuspielen oder zu versuchen, sich dem Zuständigkeitsradius besonders strenger Aufsichtsstellen durch „Behörden-Hopping“ bewusst zu entziehen.<sup>17</sup> Ein solches Vorgehen hielten Daten- und Verbraucherschützer etwa der Schufa Holding AG vor, als diese ihr Projekt „Schufa Check Now“ zur Analyse von Kontoauszügen erst der bayerischen und dann der hessischen Aufsicht zur Prüfung vorlegte.<sup>18</sup>

Wirksamen Betroffenenenschutz kann die föderale Aufsichtsstruktur nicht allein durch divergierende Behördenansichten gefährden, sondern auch durch eine unterschiedliche Ressourcenausstattung. Das verdeutlichte etwa die Debatte über Kameraaufnahmen von Tesla-Fahrzeugen. Während der baden-württembergische LfDI anlasslose Bildaufnahmen als unzulässig anprangerte, sah sich seine brandenburgische Amtskollegin, in deren Zuständigkeitsbereich sich die neue Tesla-Fabrik befin-

8 Vgl. dazu etwa *Barbara Thiel*, DSK – starke Stimme für den Datenschutz, ZD 2020, 93 ff.

9 Ebenso *Blum* (Fn. 5), S. 314 f. Die DSK selbst hat zwischenzeitlich einen Arbeitskreis „DSK 2.0“ gegründet, um die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden zu verbessern (BfDI, 29. Tätigkeitsbericht für den Datenschutz und die Informationsfreiheit 2020, 2021, S. 18). Der Arbeitskreis hat ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, das jüngst durch eine Informationsfreiheitsanfrage öffentlich wurde: *Eike Richter/Indra Spiecker gen. Döhmman*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), 2022.

10 Ob der Gesetzgeber diesen Rechtsstreit durch Erlass des § 79a BetrVG inzwischen tatsächlich beendet hat, ist offen. Kritisch hierzu *Stefan Brink/Daniel Joos*, Datenschutzrechtliche Folgen für den Betriebsrat nach dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA 2021, 1440 ff. und *Frank Maschmann*, Der Arbeitgeber als Verantwortlicher für den Datenschutz im Betriebsratsbüro (§ 79a BetrVG)?, NZA 2021, 834 ff.

11 Näher *Christoph Kurzböck/Kathrin Weinbeck*, Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats, BB 2020, 500 ff.

12 Weitere Beispiele finden sich bei *Frederick Richter*, Zentral oder dezentral, das ist hier die Frage ..., DSB 2020, 262.

13 *Daniel A. Pauly*, in: Boris P. Paal/Daniel A. Pauly, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, § 40 Rn. 6; *Barbara Thiel*, in: Jürgen Taeger/Detlev Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 40 BDSG Rn. 14.

14 ABl.EU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 391.

15 EuGH, Urt. v. 9.3.2010 (Fn. 1), Rn. 24. Zum Begriff der Datenverkehrsfreiheit s. *Jonas Botta*, Die Datenverkehrsfreiheit, DVBl 2021, 290 ff.

16 Eine Ausnahme hiervon markieren bereichsspezifische Datenschutzvorschriften, etwa in den Landeskrankenhausesetzen.

17 Ebenso *Blum* (Fn. 5), S. 307.

18 *Nils Wischmeyer*, Probieren wir's mal in Hessen, Süddeutsche Zeitung Online v. 11.1.2021, <https://t1p.de/c8cf1<29.6.2022>>.

det, schon personell nicht in der Lage, dem Sachverhalt weiter nachzugehen.<sup>19</sup> Solche Konstellationen werden angesichts der mit der DSGVO gestiegenen Anforderungen an die Datenschutzbehörden auch künftig kein Einzelfall bleiben.<sup>20</sup>

## 2. Reformideen aus Wissenschaft und Politik

Die vielfach als unbefriedigend empfundene Vollzugspraxis haben im Jahr 2019 gleich zwei Expertengremien der Bundesregierung – die Datenethikkommission und die Kommission Wettbewerb 4.0 – in ihren Abschlussberichten ins Visier genommen und eine Reform der deutschen Aufsichtsstruktur angeregt.<sup>21</sup> Sie wollen damit sowohl die datenverarbeitende Wirtschaft regulatorisch entlasten als auch die Stimme der deutschen Aufsichtsbehörden auf unionaler Ebene stärken.

Die Politik hat ihre Empfehlungen zwischenzeitlich vielfach aufgegriffen.<sup>22</sup> Erste Gespräche mit den Aufsichtsbehörden, die eine Zentralisierung thematisierten, fanden laut Presseberichten bereits 2020 statt.<sup>23</sup> Im November 2020 nahm die Wirtschaftsministerkonferenz einen Antrag Sachsens an, der betonte, wie elementar wichtig eine einheitliche Vollzugspraxis bei der verbindlichen Auslegung datenschutzrechtlicher Anforderungen sei.<sup>24</sup> Die Datenschutzaufsicht im Privatsektor zu vereinheitlichen, lehnte die Konferenz jedoch ab.<sup>25</sup>

Für das „Wie“ der Reform eröffnen sich prinzipiell zwei Wege: eine stärkere Formalisierung der bereits bestehenden Kooperationsmechanismen der DSK (unten III. 1.) oder eine Kompetenzübertragung auf den BfDI (unten III. 2.). Das Ampel-Bündnis präferiert in seinem Koalitionsvertrag die erste Reformoption. Es möchte nunmehr die DSK im BDSG institutionalisieren und ihr erweiterte Rechte zugestehen.<sup>26</sup>

## III. Reformoptionen

### 1. Institutionalisation der Datenschutzkonferenz

Bislang ist die DSK ein informelles, als nicht eingetragener Verein öffentlichen Rechts organisiertes Gremium,

19 Datenschützer warnen vor Tesla-Autokameras, rbb24.de v. 17.9.2020, <https://t1p.de/tnjp> <29.6.2022>.

20 Weiterführend zu den Aufgaben und Pflichten der Aufsichtsbehörden unter dem Regime der DSGVO Alexander Rofnagel, Zusätzlicher Arbeitsaufwand für die Aufsichtsbehörden der Länder durch die Datenschutz-Grundverordnung, 2017, S. 36 ff.

21 Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, 2019, S. 103; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 84 f.

22 Die Forderung nach einer Zentralisierung der Datenschutzaufsicht ist bspw. Bestandteil der christdemokratischen Digitalstrategie geworden, s. CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Pressemitteilung v. 23.10.2019, <https://t1p.de/qamb1> <29.6.2022>.

23 Karsten Füllhaase, Full House Online, BvD-NEWS Ausgabe 2/2020, S. 74.

24 Beschluss-Sammlung der Wirtschaftsministerkonferenz am 30.11.2020, K 11, Bd. 168, S. 57.

25 Dazu Barbara Thiel, Bedarf es einer Neuorganisation der Datenschutzaufsicht?, ZD 2021, 179 ff.

26 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 17.

das seine Positionen vornehmlich im Konsens fasst (vgl. A. IV. 3. der DSK-Geschäftsordnung).<sup>27</sup> Bei Abstimmungen entscheidet sie mit einfacher Mehrheit, bei Entschlüssen mit Zweidrittelmehrheit. Bindend sind ihre Entscheidungen nicht. An dieser Stellschraube ließe sich regulatorisch ansetzen: Eine reformierte DSK könnte nicht nur die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden intensivieren, sondern auch die Rechtsklarheit und -einheitlichkeit erhöhen – vor allem durch das Mehrheitsprinzip bei Entscheidungen im Streitfall und die Verbindlichkeit der auf diese Weise getroffenen Beschlüsse. Als institutionelle Vorbilder stehen auf nationaler Ebene die gemeinsamen Organe der Landesmedienanstalten (§§ 104 ff. Medienstaatsvertrag) bzw. das ehemalige Glücksspielkollegium der Länder (§ 9a Glücksspielstaatsvertrag a. F.) und auf Unionsebene der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA)<sup>28</sup> Pate.

Als rechtstechnischer Konstruktionsweg kommt für eine derartige Reform neben einer Änderung des BDSG, wie sie die neue Bundesregierung beabsichtigt, ein Staatsvertrag in Betracht. Das Unionsrecht (a) und das nationale Verfassungsrecht (b) setzen einem solchen Reformansatz keine unüberwindlichen Hürden entgegen.

#### a) Unionsrechtliche Zulässigkeit: institutionelle Unabhängigkeit

Das Datenschutzrecht ist zwar bereits in besonderem Maße unionsrechtlich überformt<sup>29</sup> und die Datenschutzaufsichtsbehörden sind sowohl im Primär- (Art. 8 Abs. 3 GRCh und Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union<sup>30</sup> [AEUV])<sup>31</sup> als auch im Sekundärrecht (Art. 51 ff. DSGVO) fest verankert. Wie die Mitgliedstaaten ihre Datenschutzaufsicht strukturieren, überlässt die DSGVO aber der nationalstaatlichen Verantwortung. Der Unionsgesetzgeber hat grundsätzlich keine Vorgaben dazu getroffen, wie der innerstaatliche Aufbau der nationalen Aufsichtsbehörden im Detail zu gestalten ist (vgl. Art. 291 AEUV) – solange eine solche Stelle existiert.<sup>32</sup> Organisiert ein Mitgliedstaat seine Aufsichtsstruktur föderal, muss er lediglich sicherstellen, dass eine Behörde die anderen im EDSA vertritt und dass die Regeln des Kohärenzverfahrens aus Art. 63 DSGVO Beachtung finden (Art. 51 Abs. 3 DSGVO).

Eine wichtige Grenze zieht das Unionsrecht jedoch: Eine nationale Reform darf die primär- und sekundärrechtlich

27 Die Geschäftsordnung ist abrufbar unter: <https://t1p.de/p1nc> <29.6.2022>.

28 Er ist das Nachfolgegremium der Artikel-29-Datenschutzgruppe.

29 Vgl. etwa Stephan Pötters, in: Peter Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 24; Peter Schantz, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink, BeckOK DatenschutzR, 39. Ed., Stand: 1.11.2021, Art. 1 Rn. 8.

30 Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 47; zuletzt geändert durch ABl. EU Nr. L 112 v. 24.4.2012, S. 21.

31 Zur organisationsrechtlichen Dimension der Art. 8 Abs. 3 GRCh und Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 AEUV näher Cornelia Kibler, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, 2021, S. 54 ff.

32 Jens-Peter Schneider, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink, BeckOK DatenschutzR, 39. Ed., Stand: 1.11.2021, Art. 51 Rn. 4 f.

garantierte völlige Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden<sup>33</sup> nicht antasten.<sup>34</sup> Diese erfüllen ihr Mandat frei von Weisungen und direkter bzw. indirekter Beeinflussung von außen (Art. 52 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO).

Versteht man die aufsichtsbehördliche Unabhängigkeit weit, insinuiert dies, dass sie auch im Verhältnis zu den anderen Datenschutzbehörden Platz greift.<sup>35</sup> Dann könnte eine gemeinsame Stelle aber nie die einzelnen Behörden durch ihre Beschlüsse binden.<sup>36</sup> Es bliebe beim unverbindlichen Empfehlungscharakter. Im Streitfall stünden einander folglich weiterhin divergierende Behördenansichten in den Ländern gegenüber.

Die völlige Unabhängigkeit gilt jedoch nicht vorbehaltlos.<sup>37</sup> Bspw. kann der EDSA (ohne selbst Aufsichtsbehörde zu sein) gegenüber den nationalen Behörden verbindliche Beschlüsse erlassen, wenn sich zuvor im Verfahren der Zusammenarbeit nach Art. 60 DSGVO kein Konsens erzielen ließ (Art. 65 DSGVO). Das soll einen unionsweit einheitlichen Vollzug des Datenschutzrechts gewährleisten (vgl. ErwGr. 139 Satz 1 DSGVO). Das Streitbeilegungsverfahren hebt die Unabhängigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden gleichwohl nicht vollständig auf. Es wahrt sie vielmehr insoweit, als das Gremium als Zusammenschluss der nationalen Behördenleitungen selbst unabhängig ist (Art. 69 Abs. 1 DSGVO) und alle Behörden stimmberechtigt sind.<sup>38</sup> Aus unionsrechtlicher Sicht ist mithin entscheidend, dass die *Aufsicht als solche* – d. h. auch eine formalisierte DSK – Unabhängigkeit genießt. Das schließt eine Pflicht der Aufsichtsbehörden, sich abzustimmen, nicht aus. Die Verbürgung des Art. 8 Abs. 3 GRCh steht einer Einschränkung der Unabhängigkeit ebenfalls nicht entgegen. Denn ein effektiver Grundrechtsschutz in der gesamten Europäischen Union bedingt gerade einen Abstimmungsprozess der Datenschutzbehörden, der im Streitfall Rechtsklarheit herstellen kann.

Die Vorgaben des unionalen Streitbeilegungsverfahrens fänden auf die innerstaatlichen Abstimmungsprozesse in einer reformierten DSK zwar keine unmittelbare Anwendung. Auch für die Mitgliedstaaten gilt aber: Sie können im Rahmen ihrer Organisationsautonomie vergleichbare Mechanismen etablieren, ohne gegen Unions-

recht, insbesondere die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden, zu verstoßen.

Um diese ausreichend zu wahren, sollte ein nationales Beschlussverfahren aber nur unter klar definierten Voraussetzungen mit einer bindenden Entscheidung abschließen.<sup>39</sup> Die Rechtsgrundlage für eine reformierte DSK sollte daher einen abschließenden Katalog von Tatbeständen formulieren, in denen ein bindender Beschluss ergehen kann. Zu denken ist dabei insbesondere an einen Zuständigkeitskonflikt<sup>40</sup> zwischen den Behörden und einen Streit über eine Rechtsfrage, die mehrere Landesdatenschutzbeauftragte in ihrer Amtsausübung berührt.<sup>41</sup>

### b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der föderalen Zusammenarbeit

Eine vertiefte Zusammenarbeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden, die in bindende Beschlüsse mündet, ruft nicht nur das Unionsrecht, sondern auch das nationale Verfassungsrecht, insbesondere die Kompetenzordnung, auf den Plan.

#### aa) Aufsichtsreform mittels einer BDSG-Änderung

##### (1) Gesetzgebungskompetenz für den privaten Verarbeitungssektor

Das Grundgesetz weist dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis für das Datenschutzrecht nicht ausdrücklich zu.<sup>42</sup> Zahlreiche Kompetenzbereiche, die es ihm explizit zuspricht, lassen sich aber oftmals nicht sachgerecht regeln, ohne zugleich flankierende Datenschutzvorschriften zu erlassen.<sup>43</sup> Für den privaten Verarbeitungssektor folgt die Kompetenz des Bundes kraft Sachzusammenhangs insbesondere aus seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für das bürgerliche Recht, das Recht der Wirtschaft und der Arbeit (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 11 und Nr. 12 GG).<sup>44</sup> Der Bundesgesetzgeber durfte daher in § 40 BDSG Vorgaben für die Aufsicht der Landesdatenschutzbeauftragten über nichtöffentliche Stellen treffen. Auf der Grundlage dieser Kompetenztitel könnte er auch die Datenschutzaufsicht über Private in einer reformierten DSK neu ordnen.<sup>45</sup> Dem steht die

33 Diese gilt nicht nur für den öffentlichen, sondern auch für den privaten Verarbeitungssektor (EuGH, Urt. v. 9.3.2010 [Fn. 1], Rn. 30).

34 Bereits in seinem Volkszählungsurteil stellte das BVerfG die Bedeutung unabhängiger Aufsichtsstellen heraus; BVerfGE 65, 1 (46). Hierzu *Malte Kröger*, Unabhängigkeitsregime im europäischen Verwaltungsverbund, 2020, S. 101f.

35 Eine Geltung der völligen Unabhängigkeit zwischen den Aufsichtsbehörden lehnen *Patrick Diermann*, Datenschutzaufsicht über die Tätigkeit der Finanzverwaltung, 2022, S. 90 und *Peter Schantz/Heinrich Amadeus Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 999 generell ab.

36 Zu den verfassungsrechtlichen Folgen bindender Beschlusskraft s. u. III. 1 b) bb).

37 Vgl. etwa *Joachim Grittmann*, in: Jürgen Taeger/Detlev Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 52 DSGVO Rn. 12; *Thomas Kienle/Michael Wenzel*, Das Klagerecht der Aufsichtsbehörden, ZD 2019, 107 (111); *Richter/Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 9), S. 18ff.

38 *Indra Spiecker gen. Döhmann*, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, 2019, Art. 65 Rn. 1.

39 Vgl. *Kibler* (Fn. 31), S. 248f.

40 So ließe sich das Verfahren nach § 40 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 18 Abs. 2 BDSG weiterentwickeln.

41 Nach dem Willen der derzeitigen DSK soll eine „DSK 2.0“ indes über keine Einzelfallentscheidungsbefugnisse, vergleichbar Art. 65 DSGVO, verfügen. S. *Richter/Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 9), S. 12.

42 Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Alt. 2 GG hat der Bund indes die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis für die Telekommunikation inne. Auch kraft Sachzusammenhangs lässt sich auf diesen Kompetenztitel jedoch nur die Datenschutzgesetzgebung stützen, die im Kontext von Telekommunikation steht (*Andreas Voßkuhle/Thomas Wischmeyer*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Gesetzgebungskompetenzen, JuS 2020, 315 [317]).

43 BVerfGE 125, 260 (314) m. w. N. = DÖV 2010, 407 (LS 322).

44 *Christoph Gusy/Johannes Eichenhofer*, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink, BeckOK DatenschutzR, 39. Ed., Stand: 1.11.2021, § 1 BDSG Rn. 76; *Sven Polenz*, in: Jürgen Taeger/Jan Pohle, Computerrechts-Handbuch, 36. Aufl. 2021, Teil 13: Datenschutz, Rn. 25; *Spiros Simitis*, in: ders., BDSG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 6.

45 Wohl a. A. *Spiros Simitis*, in: ders., BDSG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 16. Insbesondere ist der Gesetzgeber bei einer Aufsichts-



Subsidiaritätsklausel aus Art. 72 Abs. 2 GG nicht entgegen.<sup>46</sup> Denn mit Blick auf den Querschnittscharakter des Datenschutzrechts und seiner Ausstrahlung auf alle gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bereiche kann eine Uneinheitlichkeit seiner Regelungen die Funktionsfähigkeit der Rechts- und Wirtschaftseinheit gefährden.<sup>47</sup>

## (2) Gesetzgebungskompetenz für den öffentlichen Verarbeitungssektor

Bei seinen Reformplänen, der DSK eine Beschlussbefugnis zuzugestehen, differenziert der Koalitionsvertrag nicht ausdrücklich zwischen der Aufsicht über den privaten und den öffentlichen Verarbeitungssektor. Adressiert er die gesamte Datenschutzaufsicht, ist das jedoch verfassungswidrig.

Denn für den öffentlichen Verarbeitungssektor kommt dem Bund von vornherein nur eine sehr eingeschränkte Regelungskompetenz zu: Die Zulässigkeitsregeln für die Datenverarbeitung der staatlichen Stellen zu dekretieren, ist originärer Teil der Staatlichkeit der Länder.<sup>48</sup> Der Bund kann grundsätzlich ausschließlich für seine eigenen öffentlichen Stellen Vorgaben erlassen – für öffentliche Stellen der Länder hingegen lediglich insoweit, als sie Bundesgesetz (bspw. das Bundesmeldegesetz) ausführen.<sup>49, 50</sup> Strebt der Bundesgesetzgeber im Rahmen einer Aufsichtsreform eine umfassende Institutionalisierung der DSK an, könnte folglich nur ein Bund-Länder-Staatsvertrag<sup>51</sup> die Kompetenzlücke im öffentlichen Verarbeitungssektor schließen.<sup>52</sup>

reform nicht durch die Entscheidungen früherer Gesetzgeber gebunden, die sich für eine andere Strukturierung der Datenschutzaufsicht entschieden haben. S. *Wolfgang Ziebarth*, Gesetzliche Strukturänderungen bei Datenschutz-Aufsichtsbehörden in EU, Bund und Ländern, RDV 2020, 309 (312).

46 Sie setzt sinngemäß voraus, dass aus dem Fehlen einer bundesgesetzlichen Regelung erhebliche Nachteile erwachsen (BVerfGE 106, 62 [144] = DÖV 2003, 119 [121]; *Christian Seiler*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK GG, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 72 Rn. 10).

47 Vgl. BVerfGE 122, 1 (21 f.) = DÖV 2009, 253 (LS 243); *Peter Schaar*, Datenschutz und Föderalismus – Schöpferische Vielfalt oder Chaos?, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, 2012, S. 95 (100).

48 Ebenso *Blum* (Fn. 5), S. 276.

49 Um eine parallele Anwendung von BDSG und LDSG auf öffentliche Stellen der Länder zu vermeiden, hat der Bundesgesetzgeber in § 1 Abs. 1 Satz 1 BDSG einen Vorrang des Landesrechts verankert.

50 *Spiros Simitis*, in: ders., BDSG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 130.

51 Die Vorschrift des Art. 54 Abs. 1 lit. a DSGVO verlangt nicht, dass es eines formellen Gesetzes bedarf, um eine mitgliedstaatliche Aufsichtsbehörde zu errichten; vgl. *Cornelius Böllhoff/Jonas Botta*, Das datenschutzrechtliche Verantwortlichkeitsprinzip als Herausforderung für die Verwaltungsdigitalisierung, NVwZ 2021, 425 (429). Auch die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG steht einer Aufsichtsreform auf Grundlage eines Bund-Länder-Staatsvertrages nicht entgegen, soweit ihn die Landesparlamente und der Deutsche Bundestag ratifiziert haben; vgl. BVerfGE 90, 60 (84 ff.).

52 *Richter/Spiecker gen. Döhmann* (Fn. 9), S. 75 ff. leiten aus Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG eine Regelungskompetenz des Bundes dafür ab, den DSK-Beschlüssen – auch für den öffentlichen Sektor (vgl. ebd., S. 10 ff. und 61 f.) – Verbindlichkeit zu verleihen, soweit sie sich Angelegenheiten widmen, die in den Anwendungsbereich der DSGVO und ihrer Öffnungs-

## bb) Anforderungen an eine gemeinschaftliche Aufgabenwahrnehmung

Darf die DSK verbindliche Mehrheitsbeschlüsse treffen, kann das – unabhängig von der Einkleidung der Reform in eine BDSG-Änderung oder einen Staatsvertrag – Konflikte mit dem Bundesstaats-, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 GG heraufbeschwören.

### (1) Eigenstaatlichkeit der Länder

Die Eigenstaatlichkeit der Länder gebietet nicht generell Einstimmigkeit.<sup>53</sup> Für die Zusammenarbeit der Länder bei der IT-Planung hat der verfassungsgebende Gesetzgeber dies in Art. 91c Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich festgeschrieben. Für die Datenschutzaufsicht fehlt zwar eine vergleichbare Regelung. Selbst ohne diese verfassungsrechtliche Verankerung können bindende Mehrheitsbeschlüsse aber zulässig sein, solange sie keine Fragen betreffen, die dem Parlamentsvorbehalt unterfallen.<sup>54</sup>

Einer reformierten DSK käme nicht die Funktion zu, als „Nebengesetzgeber“ im Datenschutzrecht zu agieren. Sie soll vielmehr als bloßes Koordinierungsgremium für dessen einheitlichen Vollzug fungieren. Ein Mehrheitsprinzip bei Streitentscheidungen der Landesdatenschutzbeauftragten wäre daher bereits *de constitutione lata* möglich.

Der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens verpflichtet die Länder dazu, bei der Aufsicht über die Datenverarbeitung privater Stellen zu kooperieren.<sup>55</sup> Um dieser Pflicht effektiv nachzukommen, sind auch Mehrheitsentscheidungen in einem gemeinsamen Gremium der Lan-

klauseln fallen. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG verschafft dem Bund zwar eine Gesetzgebungskompetenz dafür, Hoheitsrechte auf die EU zu übertragen. Der Bundesgesetzgeber hat sich auf einen Sachzusammenhang zu dieser Kompetenz (i. V. m. der Kompetenz für auswärtige Angelegenheiten nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GG) berufen, als er die Vertretung der deutschen Aufsichtsbehörden im EDSA (§§ 17–19 BDSG) geregelt hat (BT-Drs. 18/11325, S. 71 f.). Eine ungeschriebene Bundeskompetenz unterliegt aber hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen (*Christian Seiler*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK GG, 51. Ed., Stand: 15.5.2022, Art. 70 Rn. 22). Sie besteht nur, „wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird“ (BVerfGE 106, 62 [115]). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, lässt sich bereits bei den §§ 17–19 BDSG kritisch hinterfragen (*Alexander Dix*, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, § 17 BDSG Rn. 3; *Jürgen Kühling/Mario Martini/Johanna Heberlein*, et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 139 ff.). Denn Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG zielt auf die Übertragung von Hoheitsrechten und nicht auf ihre Ausübung ab (*Sven Hermerschmidt*, in: Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski, DSGVO/BDSG, 7. Aufl. 2020, § 17 BDSG Rn. 11). Zudem ist schon eine Hoheitsrechtsübertragung zweifelhaft, da der Unionsgesetzgeber keine Kompetenz für sich reklamiert, den mitgliedstaatlichen Vertreter im EDSA näher zu bestimmen (*Mario Martini*, in: Rolf Schwartmann, et al., DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 68 Rn. 84). Es überdehnte jedenfalls die grundgesetzliche Zuständigkeitsordnung, auch bei der föderalen Behördenkooperation ohne unmittelbaren Bezug zur Mitwirkung am EDSA einen Sachzusammenhang zu Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG anzunehmen.

53 BVerfGE 90, 60 (104).

54 Ebd.

55 Vgl. BVerfGE 73, 118 (196 f.).

desdatenschutzbeauftragten zulässig.<sup>56</sup> Das nimmt nicht zuletzt den Aufsichtsbehörden die zurzeit bestehende Blockademöglichkeit, eine einstimmige Entscheidung der anderen durch ihr Veto vollständig zu verhindern. Alle Akteure erhalten dann einen Anreiz, einen mehrheitsfähigen Kompromiss zu finden, statt nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner zu suchen.<sup>57</sup>

Mehrheitsentscheidungen sind jedoch nur zulässig, wenn mehrere Aufsichtsbehörden betroffen sind. Anderenfalls ist schon keine länderübergreifende Koordination erforderlich.

## (2) Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung

Wenn an einer reformierten DSK auch der BfDI mit vollem Stimmrecht beteiligt ist,<sup>58</sup> zieht sich im schlimmsten Fall eine „dritte Ebene“ der Staatlichkeit zwischen Bundes- und Landesverwaltung in die Verfassungsarchitektur ein.<sup>59</sup> Das Grundgesetz schließt derartige Formen der Mischverwaltung grundsätzlich aus:<sup>60</sup> Bund und Länder haben den Vollzug des Datenschutzrechts mit eigenen Verwaltungseinrichtungen, eigenen personellen und eigenen sächlichen Mitteln zu verantworten (Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung).<sup>61</sup> Erst dies stellt sicher, dass die hoheitliche Aufgabenerfüllung einem bestimmten Rechtsträger zurechenbar ist.<sup>62</sup>

Zulässig ist eine Mischverwaltung aber ausnahmsweise dann, wenn sie auf eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie (a) beschränkt ist und ein sachlicher Grund sie rechtfertigt (b).<sup>63</sup>

### (a) Eng umgrenzte Verwaltungsmaterie

Die Entscheidungen der DSK berühren zwar die Interessen einer Vielzahl juristischer wie natürlicher Personen. Das schließt jedoch nicht automatisch aus, ihr Mandat *de lege ferenda* als eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie hinreichend konkret auszugestalten.<sup>64</sup> Denn auch einem institutionalisierten Gremium kämen keine unmittelbaren Aufsichtsrechte zu. Dessen alleinige Aufgabe be-

stände vielmehr darin, für das gesamte Bundesgebiet relevante Datenschutzrechtsfragen zu klären.

### (b) Sachlicher Grund

Ein sachlicher Grund für die engere Kooperation der Aufsichtsbehörden erwächst aus ihrer Aufgabe, wirksamen Datenschutz zu gewährleisten.<sup>65</sup> Da für die Datenverarbeitung *privater Stellen* bundesweit grundsätzlich dieselben Vorschriften gelten, ist eine Abstimmung zwischen dem BfDI und den Landesdatenschutzbeauftragten erforderlich, um einen einheitlichen Vollzug des Datenschutzrechts zu gewährleisten.

### (3) Grundsatz der Verantwortungsklarheit

Als vom Parlament gewähltes Organ kommt den Datenschutzbeauftragten ein hohes Maß demokratischer Legitimation zu.<sup>66</sup> Sind sie an Entscheidungen der DSK gebunden, die sie nicht selbst befürwortet haben, schwächt dies die demokratische Legitimationskette zum Wahlvolk ihres jeweiligen Bundeslandes.<sup>67</sup>

Der gelockerte Zurechnungszusammenhang lässt sich aber durch die – rechtlich abzusichernde – Unabhängigkeit der DSK rechtfertigen.<sup>68</sup> Das gilt jedenfalls für den Fall, dass alle Länder in der reformierten DSK stimmberichtig sind.<sup>69</sup> Ihre Unabhängigkeit garantiert den Landesdatenschutzbeauftragten einen von der Einflussnahme anderer Staatsorgane freien Entscheidungsprozess, als dessen Teil sie selbst Grundrechtsschutz gewährleisten (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG),<sup>70</sup> statt allein grundrechtsgebunden zu sein (wie bspw. das Glücksspielkollegium, das im grundrechtssensiblen Hoheitsbereich tätig war).<sup>71</sup> Dieses staatsferne Verfahren lässt sich nur durch ein Minus an demokratischer Legitimation sicherstellen.<sup>72</sup> Die Mitwirkung an der kollektiven Willensbildung der DSK kann den Verlust an souveräner Entscheidungsmacht zudem bis zu einem gewissen Grad kompensieren.<sup>73</sup>

Um dem Grundsatz der Verantwortungsklarheit zu entsprechen, sollten die Entscheidungen der DSK gegenüber datenverarbeitenden Stellen und betroffenen Personen aber nicht unmittelbar gelten.<sup>74</sup> Vielmehr sollten die

56 Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.2020, 6 C 6.19, BeckRS 2020, 27310, Rn. 35; Jörg Gundel, Die Entscheidung im Zulassungsstreit um Sat.1: Eine Bestätigung des geltenden Systems der föderalen Rundfunkaufsicht, ZUM 2021, 1 (5).

57 Zwar erzeugt auch ein Einstimmigkeitsprinzip einen Einigungsdruck, resultiert aber oftmals in Minimalkonsensen.

58 Der Koalitionsvertrag des Ampel-Bündnisses schweigt sich hierzu aus. Er scheint von einer gleichberechtigten Teilnahme des BfDI auszugehen. Die derzeitige DSK spricht sich für eine Vollmitgliedschaft des BfDI aus (Richter/Spiecker gen. Döhmman [Fn. 9], S. 12 und S. 90 ff.).

59 Vgl. BVerfGE 119, 331 (369).

60 BVerfGE 108, 169 (182) = DÖV 2003, 902 (903); 119, 331 (365); noch zurückhaltender im Hinblick auf den Begriff der Mischverwaltung: BVerfGE 63, 1 (38).

61 BVerfGE 63, 1 (41); 119, 331 (367).

62 HessVGH, Beschl. v. 16.10.2015, 8 B 1028/15, NVwZ 2016, 171 (172 f.) mit Rn. 36 = DÖV 2016, 137 (LS 45).

63 BVerfGE 63, 1 (41); 119, 331 (367); Siegfried Broß/Karl-Georg Mayer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, GG, 7. Aufl. 2020, Art. 83 Rn. 17; Michael Ronellenfitch, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitch, BeckOK VwVfG, 54. Ed., Stand: 1.10.2020, § 1 Rn. 54 führt die Existenz des EDSA als Argument für die Zulässigkeit einer Mischverwaltung an.

64 Ebenso Richter/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 9), S. 48 ff.

65 Ebenso Richter/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 9), S. 45 ff.

66 Dieter Kugelmann, Kooperation und Betroffenheit im Netzwerk, ZD 2020, 76 (77); vgl. auch Wolfgang Ziebarth, Demokratische Legitimation und Unabhängigkeit der deutschen Datenschutzbehörden, CR 2013, 60 (61).

67 Vgl. Tarik Tabbara, Zur Verfassungsmäßigkeit der Errichtung einer Bundesmedienanstalt, ZUM 1996, 378 (386).

68 Vgl. hinsichtlich der Landesmedienanstalten BVerwG, Urt. v. 15.7.2020, 6 C 6.19, BeckRS 2020, 27310, Rn. 38.

69 Vgl. Gundel (Fn. 56), ZUM 2021, 5.

70 Kugelmann (Fn. 66), ZD 2020, 77; Sarah Thomé, Reform der Datenschutzaufsicht, 2015, S. 122.

71 Vgl. Christoph Degenhart, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen, 2011, S. 26.

72 Vgl. BVerwG, Urt. v. 15.7.2020, 6 C 6.19, BeckRS 2020, 27310, Rn. 38.

73 Vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 25.9.2015, Vf. 9-VII/13, Vf. 4/VII/14, Vf. 10/VII/14, BeckRS 2015, 52905, Rn. 157.

74 Unterstützung könnte die DSK durch ein ständiges Sekretariat erfahren, wie es die Datenschutzbeauftragten bereits fordern (Sebastian Himstedt, Zentral oder föderal: Die Zu-

Landesdatenschutzbeauftragten gemeinsame Entscheidungen jeweils als die ihrige umsetzen. Dadurch bliebe auch die örtliche Zuständigkeit unangetastet. Eine gemeinsame Stelle könnte nämlich nicht im Außenverhältnis gegenüber den Rechtsunterworfenen handeln. Ihr fehlte es an der Zuständigkeit i. S. d. § 3 Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>75, 76</sup>

### c) Zwischenfazit

Die Pläne der Bundesregierung, die DSK mittels einer BDSG-Änderung zu institutionalisieren, stehen im Einklang mit dem Unionsrecht. Um verbindliche Entscheidungen des Gremiums über den Datenschutz bei privaten Stellen zu ermöglichen, bedürfte es auch keiner Grundgesetzänderung.<sup>77</sup> Eine Aufsichtsreform ließe sich sowohl im Wege einer BDSG-Änderung als auch durch einen Staatsvertrag ins Werk setzen.

## 2. Kompetenzübertragung auf den BfDI

Um die bestehenden Defizite der föderal strukturierten Aufsicht über den privaten Verarbeitungssektor zu überwinden, muss der Bundesgesetzgeber es nicht bei einer bloßen Institutionalisierung der DSK bewenden lassen. Ihm steht daneben eine Kompetenzübertragung auf den BfDI als weitere Gestaltungsoption offen.

Die Aufsicht über private Verantwortliche beim BfDI zu bündeln, vollzöge im Vergleich zu einer reformierten DSK einen noch deutlicheren Schritt in Richtung Zentralisierung. Denkbar sind insoweit sowohl eine vollständige als auch eine lediglich sektorielle Kompetenzübertragung.

Für diesen Reformansatz gibt es – obgleich nur für die Aufsicht über den öffentlichen Bereich – bereits eine regulatorische Blaupause: Der BfDI überwacht seit wenigen Jahren alle Landesfinanzbehörden, soweit diese personenbezogene Daten im Anwendungsbereich der Abgabenordnung<sup>78</sup> verarbeiten (§ 32h AO).<sup>79</sup> Seine Zu-

ständigkeit erstreckt sich darüber hinaus auf die Datenverarbeitung, um Realsteuern (namentlich Grund- und Gewerbesteuer, § 3 Abs. 2 AO) zu erheben, soweit ihre Verwaltung den Gemeinden übertragen worden ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AO).

Um dem BfDI den gesamten privaten Verarbeitungssektor oder Teilbereiche daraus zuzuordnen, könnte der Gesetzgeber entweder das BDSG ändern oder ein gesonderetes Gesetz für den Datenschutz bei Privaten aus der Taufe heben. Zusätzlich bestünde die Möglichkeit, einen entsprechenden Bund-Länder-Staatsvertrag zu schließen.

### a) Unionsrechtliche Zulässigkeit: personelle Unabhängigkeit

Unionsrechtlich ist der Weg für eine Zentralisierung der Datenschutzaufsicht grundsätzlich frei. Denn die DSGVO trifft zur Zuständigkeitsverteilung zwischen dem BfDI und den Landesdatenschutzbeauftragten selbst keine Vorgaben. Allenfalls wenn den Landesbeauftragten nach einer Reform mangels verbleibender Zuständigkeiten de facto gar keine Befugnisse mehr verblieben, ließe sich eine Zentralisierung als Angriff auf ihre unionsrechtlich fundierte völlige Unabhängigkeit begreifen. Denn diese knüpft – ausweislich des Wortlauts von Art. 52 Abs. 1 DSGVO – unmittelbar an ihre Aufgabenerfüllung und Befugnisausübung an. Das Gebot völliger Unabhängigkeit verfolgt nämlich keinen Selbstzweck. Es soll den Aufsichtsbehörden vielmehr verbürgen, ihr Amt wirksam auszuüben.<sup>80</sup> Ohne die Möglichkeit, überhaupt Kompetenzen wahrnehmen zu können, bleibt von der Unabhängigkeit nur eine leere Hülle.

Schon die Eigenstaatlichkeit der Länder gebietet jedoch, die Zuständigkeit der Landesdatenschutzbeauftragten für die *öffentlichen Stellen* der Länder in einer Weise auszugestalten, dass bei diesen ein wesentlicher Aufsichtsbereich verbleibt.<sup>81</sup> Eine Besonderheit gilt insoweit für das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht. Wenn der Gesetzgeber die Aufsicht über den gesamten privaten Verarbeitungssektor dem BfDI übertragen sollte, verfügte das Landesamt tatsächlich über keinen eigenen Aufgabenbereich mehr.<sup>82</sup>

Eine Umstrukturierung der Datenschutzaufsicht muss stets auch den Anforderungen der geltenden Rechtsvorschriften an die Unabhängigkeit genügen.<sup>83</sup> So hat es der EuGH in seiner Rechtsprechung wiederholt konturiert. Bspw. sei es nur aufgrund schwerwiegender und objektiv nachprüfbarer Gründe gerechtfertigt, die Amtsperiode eines Datenschutzbeauftragten vorzeitig zu beenden.<sup>84</sup> Vor diesem Hintergrund scheint auf den ersten Blick eine Auflösung des Bayerischen Landesamts erst mit dem

kunft der Datenschutzaufsicht, ZD-Aktuell 2020, 04424; Thiel [Fn. 25], ZD 2021, 182). Da Sekretariaten keine Behörden- oder Organeigenschaft zukommt (Christoph Gröpl, Die Reform der Medienkontrolle durch den Zehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, ZUM 2009, 21 [24]), stünde die Schaffung einer solchen Stelle ebenfalls im Einklang mit dem Grundsatz der Verantwortungsklarheit.

75 In der Fassung der Bekanntmachung v. 23.1.2003, BGBl I S. 102; zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021, BGBl I S. 2154.

76 Zur Bedeutung der örtlichen Zuständigkeit für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns der Datenschutz-Aufsichtsbehörden vgl. Thomas Kranig, Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden, ZD 2013, 550 (552 ff.).

77 Allein wenn sich die Beschlusskompetenz der DSK auch umfassend auf den öffentlichen Verarbeitungssektor erstrecken sollte, wäre dies nach geltendem Recht verfassungswidrig; wohl a.A. Richter/Spiecker gen. Döhmman (Fn. 9), S. 73.

78 In der Fassung der Bekanntmachung v. 1.10.2002, BGBl I S. 3866; zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021, BGBl I S. 4607.

79 Ziebarth (Fn. 45), RDV 2020, 310; weiterführend Reinhart Rüsken, in: Franz Klein, Abgabenordnung, 15. Aufl. (2020), § 32h Rn. 1 ff. Ob die Verwaltungskompetenz des Art. 108 Abs. 4 GG die Zuständigkeitskonzentration beim BfDI trägt, bezweifelt indes Marcel Krumm, in: Klaus Tipke/Heinrich

Wilhelm Kruse, 168. Aufl. 2021, § 32h AO Rn. 5; ausdrücklich verneinend Diermann (Fn. 35), S. 129 ff.

80 Sarah Thomé, Die Unabhängigkeit der Bundesdatenschutzaufsicht, VuR 2015, 130 (132).

81 S. o. III. 1. b).

82 Ziebarth (Fn. 45), RDV 2020, 311.

83 EuGH, Urt. v. 8.4.2014 (Fn. 1), Rn. 54.

84 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.2014 (Fn. 1), Rn. 56.

Ende der Amtszeit des gegenwärtigen Präsidenten möglich.<sup>85</sup>

Der EuGH hatte bei seinem Judikat zur Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht indes nicht die kompetenzielle Umstrukturierung einer föderalen Behördenlandschaft vor Augen, sondern die umfängliche Entmachtung einer zentralen Aufsichtsbehörde. Soweit eine föderale Aufsichtsorganisation eine einheitliche Rechtsanwendung und damit ein gleichmäßiges Schutzniveau für die betroffenen Personen gefährdet, legitimieren schwerwiegende und objektiv nachprüfbar Gründe eine Reform.

### b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zentralisierung

Die Aufsicht über private Stellen auf Bundesebene zu konzentrieren, greift in die Verwaltungskompetenz der Länder ein und bedarf daher einer besonderen verfassungsrechtlichen Legitimation.

#### aa) Verwaltungskompetenz

##### (1) Eine Bundesstelle

Den konstitutionellen Rahmen, um bundeseigene Verwaltungsbehörden zu errichten, ziehen die Art. 86 ff. GG. Die Verfassung versteht den Begriff der „Errichtung“ bzw. „Einrichtung“ hierbei weit.<sup>86</sup>

Wachsen dem BfDI durch Kompetenzübertragung zusätzliche Aufgaben zu, handelt es sich zwar nicht um eine „Errichtung“ i. e. S.<sup>87</sup> Unter das weite Begriffsverständnis der Norm fällt der Vorgang aber sehr wohl. Denn entscheidend ist, dass die Maßnahme die Aufgaben qualitativ und nicht nur quantitativ vermehrt. Erhält der BfDI neue Zuständigkeiten, ist das der Fall.

Ob die Art. 86 und 87 GG überhaupt auf oberste Bundesbehörden wie den BfDI<sup>88</sup> Anwendung finden, ist jedoch keineswegs klar. Zumindest für Bundesministerien lehnt das Schrifttum dies zu Recht mehrheitlich ab.<sup>89</sup> Für deren Organisation sind nämlich die spezifischen Vorgaben der Art. 64 und 65 GG maßgebend. Ministerien markieren den Kernbereich der Gubernative.

Der BfDI ist aufgrund seiner Aufgabenstellung aber nicht der Bundesregierung als Entscheidungsorgan gleichgestellt. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, in

Unabhängigkeit Aufsichtsvollzug sicherzustellen und Institutionen zu beraten; eigene politische Entscheidungen trifft er nicht (vgl. Art. 57 Abs. 1 lit. c DSGVO). Im Ergebnis lässt sich eine Kompetenzübertragung auf den BfDI auf Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG stützen.<sup>90</sup> Der Bund verfügt über die Gesetzgebungsbefugnis, die die Vorschrift fordert. Dass Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG nur von Bundesoberbehörden und nicht von obersten Bundesbehörden spricht, ist vorrangig dem Umstand geschuldet, dass die Organisation der obersten Bundesbehörden typischerweise speziell geregelt ist.<sup>91</sup> Das verengt den Anwendungsbereich der Vorschrift aber nicht auf eine bestimmte Organisationsform.<sup>92</sup> Entscheidend ist (in Abgrenzung zu Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG), dass es sich um eine selbständige Behörde ohne eigenen Mittel- und Unterbau handelt, die ihre Aufgaben zentral erfüllen kann.<sup>93</sup> Das bundesweit weitestgehend einheitliche Datenschutzregime für Private erlaubt eine solche zentrale Aufgabenwahrnehmung.

##### (2) Außenstellen in den Ländern

Bislang verfügt der BfDI neben seinem Dienstsitz in Bonn nur über ein Verbindungsbüro in Berlin. Wächst ihm eine Kompetenz für den gesamten oder weiteren private Verarbeitungsbereich(e) zu, empfehlen sich – ähnlich wie im Falle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge oder der Bundesbank – zusätzliche Außenstellen, um insbesondere ein breites Beratungsangebot in der Fläche zu ermöglichen.<sup>94</sup>

Diese einzurichten, greift nur dann nicht verfassungswidrig in die Verwaltungskompetenz der Länder ein, wenn sie sich tatsächlich auf Außenstellen beschränken, d. h. keine eigenständigen Behörden<sup>95</sup> repräsentieren.<sup>96</sup> Verfügte der BfDI in allen Bundesländern über regional zuständige Organisationseinheiten, die auch noch selbständig Verwaltungsakte erlassen könnten, wäre der verfassungsrechtlich zulässige Bogen überspannt.<sup>97</sup> Derartigen „Außenstellen“ stünde insbesondere das Zentrali-

85 Ziebarth (Fn. 45), RDV 2020, 312.

86 Martin Burgi, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, GG, Band 3, 7. Aufl. 2018, Art. 86 Rn. 75; Michael Sachs, in: Michael Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 86 Rn. 31. Keine Rechtsgrundlage bieten hingegen Art. 84 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 und Satz 5 GG. Sie greifen allenfalls dann, wenn die Aufsicht über nicht-öffentliche Stellen bei den Landesdatenschutzbeauftragten verbleibt, nicht aber wenn die Datenschutzaufsicht beim BfDI konzentriert ist.

87 Vgl. BVerfGE 75, 108 (150 f.); Siegfried Broß/Karl-Georg Mayer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, GG, 7. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 10; Joachim Suerbaum, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK GG, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 84 Rn. 25.

88 Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

89 Burgi (Fn. 86), Art. 86 Rn. 45; Martin Ibler, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, GG, 52. EL, Stand: Mai 2008, Art. 86 Rn. 157; Michael Sachs, in: Michael Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 86 Rn. 34.

90 Mario Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 270 mit Fn. 392; Schaar (Fn. 47), S. 104; Michael Will, Brauchen wir eine Zentralisierung der Datenschutzaufsicht?, DuD 2020, 369 (372); vgl. auch Diermann (Fn. 35), S. 140; Klaus Ferdinand Gärditz, BT-Ausschuss-Drs. 18(4)205 C, S. 3; a. A. Blum (Fn. 5), S. 285, der eine Grundgesetzänderung als erforderlich ansieht; wohl a. A. auch Alexander Roßnagel, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht, ZD 2015, 106 (108).

91 Vgl. Martin Ibler, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, GG, 64. EL, Stand: Jan. 2012, Art. 87 Rn. 33.

92 Georg Hermes, in: Horst Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 76.

93 Vgl. BVerfGE 14, 197 (211) und BVerwGE 35, 141 (145) zum Begriff der selbständigen Bundesoberbehörde.

94 Vgl. Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 21), S. 103.

95 Martin Burgi, Die Überführung der Atomaufsicht in die Bundeseigenverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht, NVwZ 2005, 247 (252).

96 Bereits in der Gesetzesbegründung zum „verfassungsrechtlichen Upgrade“ des BfDI hieß es, dass dieser im Rahmen seiner Organisationshoheit Außenstellen ohne regionale Zuständigkeiten errichten könne, wofür es keiner gesetzlichen Regelung bedürfe (BT-Drs. 18/2848, S. 16). Dazu Gärditz (Fn. 90), S. 3.

97 Kai von Lewinski, Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, ZG 2015, 228 (234).

tätskriterium des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG entgegen.<sup>98</sup> Der Bund könnte sich auch nicht hilfsweise auf Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG berufen. Denn dann müsste er sich auf einen „dringende[n] Bedarf“ an bundeseigenen Mittel- und Unterbehörden in der Datenschutzaufsicht stützen können, was einer verfassungsrechtlichen Absicherung der Kompetenzübertragung nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG zuwiderliefe.

#### bb) Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens

Auch wenn das Grundgesetz dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz zugesteht, muss er stets auf die Gesamtinteressen des Bundesstaats und die Belange der Länder gebührend Rücksicht nehmen, wenn er von ihr Gebrauch macht.<sup>99</sup> Kraft seiner akzessorischen Natur kann dieser Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens aber nur innerhalb eines anderweitig begründeten Rechtsverhältnisses oder einer sonstigen Rechtspflicht von Verfassungsrang Bedeutung erlangen.<sup>100</sup> Er begründet kein eigenes Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern, auf das sich diese per se berufen könnten.

Es bedürfte mithin einer verfassungsrechtlichen Position der Länder, die den Landesdatenschutzbeauftragten die Aufsicht über den privaten Verarbeitungssektor vorbehält. An einer derartigen exklusiven Position fehlt es jedoch. Insbesondere verletzt der Bund den Grundsatz länderfreundlichen Verhaltens nicht schon dann, wenn er im Bereich des Datenschutzes von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht.<sup>101</sup> Besteht ein Bedürfnis nach Neuorganisation der Aufsichtsstruktur, ebnet ihm die Verfassung den Weg dafür.

#### c) Änderungsbedarf im BDSG

Eine Kompetenzübertragung auf den BfDI ist nicht ohne Änderung des normativen Bestands möglich. Sie bedingt eine Änderung des BDSG, namentlich des § 9 Abs. 1 BDSG und des § 40 Abs. 1 BDSG<sup>102</sup>. Eine n. F. des § 9 Abs. 1 BDSG könnte etwa lauten:

„Die oder der Bundesbeauftragte ist zuständig für die Aufsicht über die öffentlichen Stellen des Bundes, auch soweit sie als öffentlich-rechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, sowie im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 679/2016 über nichtöffentliche Stellen, wenn sich die Zuständigkeit nicht bereits aus § 29 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes ergibt.“

98 Vgl. Hendrik Jürgensen/Lennart Laude, Zur Verfassungsmäßigkeit von BAMF-Außenstellen, DÖV 2019, 468 (474f.); Joachim Suerbaum, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK GG, 50. Ed., Stand: 15.2.2022, Art. 87 Rn. 28.1.

99 BVerfGE 110, 33 (52); Siegfried Broß/Karl-Georg Mayer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, GG, 7. Aufl. 2020, Vorbemerkungen zu den Art. 83–87 Rn. 3; Joachim Wieland, in: Matthias Herdegen, et al., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 8 Bundesstaat, Rn. 20.

100 BVerfGE 95, 250 (266); 103, 81 (88); 104, 238 (248) = DÖV 2002, 569 (570).

101 Vgl. BVerfGE 104, 249 (270) = DÖV 2002, 570 (573); 106, 1 (27).

102 § 40 Abs. 1 BDSG müsste der Bund entweder streichen oder aber die verbleibenden Zuständigkeiten der Landesbehörden explizit benennen.

Kein originärer Regelungsbedarf besteht demgegenüber mit Blick auf die Vorgaben für die Mitwirkung der Behörden auf unionaler Ebene im EDSA (§§ 17 ff. BDSG). Denn der BfDI fungiert nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BDSG bereits als gemeinsamer Vertreter und zentrale Anlaufstelle. Das Stimmrecht der Landesdatenschutzbeauftragten ist demgegenüber auf Bereiche ihrer exklusiven Gesetzgebungs- bzw. Verwaltungskompetenz beschränkt.<sup>103</sup>

#### d) Rechtsschutzmöglichkeiten der Landesdatenschutzbeauftragten

Nicht alle Landesdatenschutzbeauftragten werden sich im Zweifel mit einer (auch nur sektoriellen) Kompetenzübertragung auf den BfDI einverstanden zeigen. Daran knüpft sich die dogmatisch interessante Frage, ob ihnen, z. B. im Wege eines Organstreitverfahrens vor dem Landesverfassungsgericht,<sup>104</sup> Rechtsschutzwege offenstehen, um dem eigenen Kompetenzverlust entgegenzuwirken.<sup>105</sup>

Sollte die Zentralisierung durch ein Bundesgesetz erfolgen, hätte ein Organstreitverfahren vor dem Landesverfassungsgericht keinen tauglichen Antragsgegenstand.<sup>106</sup> Vor dem Bundesverfassungsgericht wären die Landesdatenschutzbeauftragten nicht antragsberechtigt. Denn das Grundgesetz weist ihnen keine Rechte zu. Erfolgte die Zentralisierung demgegenüber durch einen Staatsvertrag, könnten die Landesdatenschutzbeauftragten das Zustimmungsgesetz in einem Organstreitverfahren angreifen. Sie lassen sich als eigenständiges Verfassungsorgan<sup>107</sup> oder zumindest Teil des Verfassungsorgans Landtag<sup>108</sup> einstufen. Ihre herausgehobene Stellung im

103 Nur in Angelegenheiten, die eine Aufgabe betreffen, für die die Länder allein das Gesetzgebungsrecht haben, oder die die Einrichtung oder das Verfahren von Landesbehörden betreffen, sieht § 17 Abs. 2 BDSG vor, dass der gemeinsame Vertreter dem Stellvertreter, der aus den Reihen der Landesdatenschutzbeauftragten stammt (derzeit der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz; BR-Drs. 557/21), auf dessen Verlangen die Verhandlungsführung und das Stimmrecht im EDSA überträgt.

104 VG Köln, Beschl. v. 11.3.1999, 20 L 3757/98, MMR 1999, 741 (742); VG Schleswig, Beschl. v. 5.11.2013, 8 B 50/13, BeckRS 2013, 58203.

105 Der LfDI Baden-Württemberg warf im Rahmen der Veranstaltung „Die Zukunft der Datenschutzaufsicht“ am 17.9.2020 die Frage auf, ob ggf. ein Organstreitverfahren der Landesdatenschutzbeauftragten gegen eine BDSG-Änderung möglich wäre. Nachzuhören in der „Aufzeichnung Teil 2“ ab ca. 44. Minute: <https://t1p.de/1zyo> <29.6.2022>.

106 Ein Organstreitverfahren nach Landesverfassungsrecht kann jedenfalls nicht darauf gerichtet sein, das Abstimmungsverhalten der Landesvertreter im Bundesrat (und nur dagegen könnte sich der hypothetische Rechtsbehelf eines Landesdatenschutzbeauftragten richten) einer gerichtlichen Prüfung zu unterziehen. Denn insoweit sind die Landesvertreter Mitglied eines Verfassungsorgans des Bundes; BVerfGE 8, 104 (120); Stefan Koriath, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, GG, Band 2, 7. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 2; Albert von Mutius/Jörg Pöfe, „Offener Verfassungsbruch“ im Bundesrat?, LKV 2002, 345 (347). Eine Weisungsbindung der Bundesratsmitglieder besteht zudem nur gegenüber der jeweiligen Landesregierung.

107 Rolf Grawert, in: ders., Verfassung für das Land NRW, 4. Aufl. 2020, Art. 77a Rn. 1.

108 OVG Sachsen, Beschl. v. 25.9.1998, 3 S 379–98, NJW 1999, 2832 (2832); Heinrich Amadeus Wolff, Die Grenzen des Untersuchungsrechts parlamentarischer Untersuchungsaus-

Staatsgefüge ist mit derjenigen der Staatsorgane Regierung und Parlament zumindest im Ansatz vergleichbar. Nicht zuletzt sind sie bzw. ihre Wahl durch das Landesparlament in den meisten Landesverfassungen ausdrücklich verankert.<sup>109</sup>

Soweit die Kompetenzübertragung ihre verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit nicht gefährdet (vgl. bspw. Art. 33a Abs. 3 Satz 1 Verfassung des Freistaates Bayern<sup>110</sup> oder Art. 77a Abs. 2 Satz 1 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen<sup>111</sup>), fehlt es indes an der möglichen Rechtsverletzung, die der Antrag voraussetzt. Diese Grenze wäre allenfalls dann überschritten, wenn die Landesdatenschutzbeauftragten infolge der Aufsichtsreform so umfassend an Befugnissen verlören, dass ihre unabhängige Amtsausübung ohne Bezugspunkt bliebe.<sup>112</sup>

#### IV. Rechtspolitische Würdigung

Sowohl die Institutionalisierung der DSK als auch die Kompetenzübertragung auf den BfDI lassen sich als Optionen zur Reform der deutschen Datenschutzaufsicht grundsätzlich rechtskonform umsetzen. Bund und Länder müssen sich nun entscheiden, welchen Weg sie gehen wollen.

##### 1. Wahrung lokaler Expertise?

Verbleibt die Kompetenz für den privaten Verarbeitungssektor bei den Landesdatenschutzbeauftragten, lassen sich in einem solchen dezentralen Modell örtliche und regionale Spezifika grundsätzlich besser berücksichtigen als über zentralisierte Einheiten. Lokale Ansprechpartner eröffnen datenverarbeitenden Unternehmen insbesondere die Chance, Unsicherheiten über geltende Vorschriften sowie Risiken für den Datenschutz frühzeitig auszuräumen und damit sanktionsbewehrte Verstöße gegen das geltende Datenschutzregime zu vermeiden. Außerdem birgt eine starke föderale Aufsichtsstruktur das

schüsse über die Tätigkeit der unabhängigen Datenschutzbeauftragten am Beispiel des Freistaates Thüringen, ThürVBl 2015, 205 ff.; Justizdienst des Thüringer Landtages, Gutachten zur Rechtsstellung des Thüringer Landesbeauftragten für den Datenschutz, 25.1.2013, S. 1 ff.; vgl. auch *Markus Möstl*, in: Josef Franz Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff, BayVerfG, 2. Aufl. 2017, Art. 33a Rn. 1; a. A. im Hinblick auf den BfDI: *Dieter Zöllner*, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, S. 27. Ob eine Stellung der Landesdatenschutzbeauftragten als parlamentarische Hilfsorgane mit unionalem Primär- und Sekundärrecht bzw. der dort verankerten „völligen Unabhängigkeit“ vereinbar ist, lässt sich indes infrage stellen.

109 *Peter J. Tettinger*, § 111 Die Beauftragten, in: Josef Isensee u. a. (Hrsg.), HdbStR V, 2007, S. 601 (609). Zu den parlamentarischen Kontrollrechten gegenüber den Landesdatenschutzbeauftragten näher *Paul J. Glauben*, „Politische Immunität“ des Bundesbeauftragten und der Landesbeauftragten für den Datenschutz gegenüber dem Parlament?, DVBl 2017, 485 ff.

110 Verfassung des Freistaates Bayern v. 15.12.1998, GVBl S. 991; zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.11.2013, GVBl S. 641.

111 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen v. 28.6.1950, GV. NRW S. 127; zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.6.2020, GV. NRW S. 644.

112 S. o. III. 2. a).

Potenzial, einen Ideenstreit zu entfachen, der dazu beitragen kann, bei der gemeinsamen Entscheidungsfindung einen möglichst vielfältigen Erfahrungsschatz abrufen zu können.<sup>113</sup>

Über Außenstellen des BfDI ließen sich aber auch in einem zentralisierten System ortsnahe Beratungsangebote in gewissem Umfang aufrechterhalten (obgleich diese bundesweit und nicht nur regional zuständig wären).<sup>114</sup> Die Aufsicht zu zentralisieren, hebt die lokale Erreichbarkeit mithin nicht zwangsläufig in Gänze auf. Zudem sind die Aufsichtsbehörden, zumindest in den Flächenländern, schon jetzt meist keine direkten Nachbarn der beratungsbedürftigen Unternehmen. Ein regionales Sonderwissen bezieht sich – da das Datenschutzrecht für Private weitestgehend bundeseinheitlich gilt – seiner Natur nach auf rein tatsächliche Gegebenheiten (wiewohl diese essenziell sein können), nicht hingegen auf rechtliche Unterschiede. Eine Vereinheitlichung des Vollzugs entzöge einem Anreiz zu innerdeutschem Forum-Shopping jedenfalls die Grundlage.

Eine Kompetenzbündelung beim BfDI birgt darüber hinaus die Chance, an zentraler Stelle themenspezifische Expertise zu bündeln und bspw. Fragen des Datenzugangs und der Datennutzung stärker zu adressieren. Die Abstimmung, um gemeinsame Positionen der Landesdatenschutzbeauftragten – gerade zu hochkomplexen und grundlegenden Fragestellungen – abzustecken, ist auf der einen Seite zwar Teil eines vorgezogenen multipluralen Lösungsfindungsprozesses im Ringen um die beste Antwort. Für die dynamischen Bedürfnisse der datenverarbeitenden Praxis erweist sie sich aber auf der anderen Seite häufig als zu langwierig und schwerfällig.

##### 2. Europäischer Datenschutzausschuss als Vorbild?

Auf der Suche nach möglichen Ideenleihen für eine reformierte DSK präsentiert sich der EDSA bisher nicht gerade als leuchtendes Vorbild effizienter Datenschutzaufsicht. Seine Konstruktion leidet vielmehr darunter, dass grundsätzlich jede nationale Aufsichtsbehörde de facto eine Vetoposition innehat, um Abstimmungsprozesse zu erschweren. Das Kooperationsverfahren, das bei grenzüberschreitenden Sachverhalten vorrangig zu führen ist, zielt auf einen Konsens der beteiligten Behörden ab (Art. 60 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Im Streitfall ist der Weg bis zu einem verbindlichen Beschluss daher äußerst beschwerlich.<sup>115</sup> Die Regulierung internationaler Datenübermittlungen aus der Europäischen Union in Drittstaaten bzw. der Konflikt mit der irischen Datenschutzbehörde<sup>116</sup> illustrieren dies anschaulich. Mit vergleich-

113 *Alexander Dix*, Harmonisierte Instrumente und Standards für Datenschutzkontrollen und Ermittlungsmethoden, in: Ines Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, 2012, S. 109 (116).

114 S. o. III. 2. b) aa) (2).

115 *Johannes Caspar*, Zwischen Symbolik und Gestaltungskraft – Ist die EU-DSGVO eine Mogelpackung?, vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2020, 99 (108 f.).

116 Dazu *Katrin Blasek*, Anordnung des HmbBfDI gegen Facebook – Dringlichkeitsanordnung statt Zusammenarbeit und Kohärenz?, ZD-Aktuell 2021, 05210; *Marc Philipp*

baren Problemen könnte eine institutionalisierte DSK konfrontiert sein, wenn ihre Beschlüsse im Streitfall für alle Behörden verbindlich wären.

### 3. Beschränkung auf sektorielle Zentralisierung?

Ein Mittelweg zwischen Institutionalisierung der DSK und vollständiger Kompetenzübertragung kann darin bestehen, die Zentralisierung lediglich sektoriell vorzunehmen. In diesem Konzept konzentrierte sich die Aufsichtskompetenz des BfDI auf spezifische Bereiche, etwa auf die Digitalwirtschaft i. e. S. oder besonders große Unternehmen (die bspw. in den DAX aufgenommen sind oder eine bestimmte Umsatzschwelle überschreiten).<sup>117</sup>

Aus einer derartigen Aufgabenverteilung können jedoch nachhaltige Zuständigkeitsprobleme erwachsen. Die Befugnisse des BfDI und der Landesbeauftragten ließen sich kaum mehr trennscharf voneinander abgrenzen. Der Abstimmungsbedarf zwischen den Behörden drohte dadurch perspektivisch sogar noch weiter zuzunehmen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund der geplanten neuen Sekundärrechtsakte, wie der ePrivacy-Verordnung,<sup>118</sup> die die Zuständigkeiten noch anwachsen lassen werden.<sup>119</sup> Auch die Datenstrategie<sup>120</sup> der EU-Kommission umzusetzen, d. h. den digitalen Binnenmarkt durch den Data Governance Act<sup>121</sup> oder den Data Act<sup>122</sup> zu gestalten, schafft weitere Aufsichtsregime, deren Verhältnis zu den Datenschutzbehörden noch unklar ist. Die goldene Mitte kann sich daher gleichsam als Irrweg erweisen.

### 4. Lösungsvorschlag

Im Ergebnis hat eine Kompetenzübertragung auf den BfDI gegenüber einer bloßen Institutionalisierung der DSK viele Vorzüge. Arbeiten die Landesdatenschutzbeauftragten intensiver in der DSK zusammen, kann das zwar Effizienzpotenziale innerhalb der bestehenden Strukturen heben. Damit gehen aber nach wie vor erhebliche Abstimmungs- und Koordinierungserfordernisse einher. Eine Zentralisierung gewährleistete die mit einer Aufsichtsreform angestrebte einheitliche Rechtsauslegung und -anwendung im privaten Verarbeitungssektor spürbar zuverlässiger. Kompetenzen bei einer Stelle zu konzentrieren, statt sie auf eine Vielzahl von Behörden aufzuteilen, hilft Bürgern überdies, aufsichtsbehördli-

ches Handeln besser einem Akteur zuordnen zu können und dessen Entscheidungen politischer Rechenschaft unterziehen zu können. Dies ist dem Grundgedanken der Verantwortungsklarheit zuträglich. Nicht zuletzt sind die Aufsichtsbehörden nicht nur Grundrechtshüter, sondern auch Grundrechtsverpflichtete. Ein einheitlicher Vollzug verspricht insgesamt einen effektiveren Grundrechtsschutz.

Eine Kompetenzübertragung auf den BfDI zeitigt auch eine effizienzfördernde Nebenfolge: Die gerichtliche Kontrolle über das aufsichtsbehördliche Handeln wäre künftig stärker - bei den infolge des Bonner Dienstsitzes zuständigen Gerichten (namentlich dem Verwaltungsgericht Köln) - konzentriert. Auf diese Weise ließe sich die datenschutzrechtliche Kompetenz in der Justiz schärfen und die Rechtssicherheit für die Akteure im privaten Verarbeitungssektor steigern.

Der Haushaltsgeber sollte die Ressourcen des BfDI gleichzeitig im Zuge der Zentralisierung deutlich ausbauen. Denn das bestehende Vollzugsdefizit ist nicht allein ein Ergebnis der dezentralen Organisationsstruktur, sondern teilweise der mangelhaften personellen und finanziellen Ausstattung der Aufsichtsbehörden geschuldet.<sup>123</sup>

## V. Fazit

Die Bundesregierung hat die Notwendigkeit, die deutsche Datenschutzaufsicht zu reformieren, klar benannt. Über den besten Weg hin zu mehr Rechtssicherheit und effektiverem Datenschutz lässt sich jedoch trefflich streiten. Gegenüber einer Institutionalisierung der DSK, wie sie die Bundesregierung anstrebt, erweist sich die Kompetenzübertragung für den privaten Verarbeitungssektor auf den BfDI als vorzugswürdig. Ihr stehen weder die unionsrechtlich vorgegebene völlige Unabhängigkeit der Landesdatenschutzbeauftragten aus Art. 8 Abs. 3 GRCh bzw. Art. 52 DSGVO noch die Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts entgegen. Der Bund verfügt insoweit über die notwendige Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz. Die Aufsicht beim BfDI zu bündeln, ließe sich auf Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG stützen. Auch BfDI-Außenstellen wären grundsätzlich verfassungskonform.

Soweit die Regierungsparteien an ihrem Plan festhalten, es bei der Institutionalisierung der DSK bewenden zu lassen, sollten sie eines beachten: Eine formalisierte Kooperation der Datenschutzbehörden lässt sich *de constitutione lata* allein bei der Aufsicht über den privaten Verarbeitungssektor im BDSG verankern. Die Datenschutzaufsicht über öffentliche Stellen ebenfalls zu vereinheitlichen, wäre weder rechtspolitisch sinnvoll noch verfassungsrechtlich zulässig.

Neben der rechtlichen sind auch die personelle und die finanzielle Dimension einer umfassenden Aufsichtsre-

Weber/Henning Dehmer, Das Kooperations- und Kohärenzverfahren vor dem EDSA, ZD 2021, 63 (67f.).

<sup>117</sup> Vgl. den Vorschlag von Paul Némitz, nachzulesen in Christina Denz, Vorschläge für die Zukunft der Datenschutzaufsicht, BvD-NEWS Ausgabe 3/2020, S. 62 f.; kritisch dazu Blum (Fn. 5), S. 300 f.

<sup>118</sup> EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation, 10.1.2017, COM/2017/010 final – 2017/03 (COD).

<sup>119</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Erklärung zur ePrivacy-Verordnung und zur künftigen Rolle der Aufsichtsbehörden und des EDSA, 19.11.2020.

<sup>120</sup> EU-Kommission, Eine europäische Datenstrategie, Mitteilung v. 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

<sup>121</sup> Verordnung (EU) Nr. 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2022, ABl.EU Nr. L 152 v. 3.6.2022, S. 1.

<sup>122</sup> EU-Kommission, Vorschlag für ein Datengesetz, 23.2.2022, COM(2022) 68 final.

<sup>123</sup> Immerhin verfügen die deutschen Aufsichtsbehörden über die europaweit umfangreichsten personellen und finanziellen Mittel (Europäischer Datenschutzausschuss, Overview on resources made available by Member States to the Data Protection Authorities and on enforcement actions by the Data Protection Authorities, 5.8.2021, S. 4f.).

form beträchtlich. Bei einem derart tiefgreifenden Transformationsprozess ist es von besonderer Bedeutung, vorhandenes Fachwissen in den einzelnen Behörden nicht zu verlieren, sondern zu erhalten und weiterzugeben. Gleichzeitig gilt es, abzusichern, dass die deutsche Datenschutzaufsicht nicht über Jahre ausschließlich mit sich selbst bzw. mit ihrem organisatorischen Umbau beschäftigt ist. Umso wichtiger ist es, die Reformpläne

gründlich zu durchdenken und klug zu konzipieren, um nicht auf halbem Wege stehen zu bleiben oder gar wieder umkehren zu müssen. Auf der Strecke blieben dann (erneut) insbesondere die Interessen der von Datenverarbeitung betroffenen Personen – aber auch die Rechtssicherheit für private datenverarbeitende Stellen, die eigentlich die Reformüberlegungen antreibt.

## Extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte

### – Auf dem Weg zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung –

Von Dr. Henner Gött, LL.M. (Cambridge), Berlin\*

**In der seit Jahrzehnten strittigen Frage der extraterritorialen Grundrechtsbindung stellen eine Reihe neuerer Judikate bedeutende Weichen. Die befassten Gerichte verwerfen einschränkende dogmatische Sonderlösungen der Literatur und behandeln Auslandsfälle nach der auch bei Inlandsfällen angewendeten allgemeinen Grundrechtsdogmatik. Dieser Prozess einer grundrechtsdogmatischen Normalisierung, der den extraterritorialen Grundrechtsschutz deutlich auszuweiten vermag, wirft komplexe methodische, dogmatische und praktische Folgefragen auf. Der Beitrag weist die relevanten Normalisierungstendenzen nach, ordnet diese ein und zeigt Wege auf, mit ihnen konstruktiv umzugehen.**

### I. Einführung

Binden die Grundrechte des Grundgesetzes die deutsche Staatsgewalt nur im Inland oder auch im Ausland, und wenn ja, in welchem Umfang? Diese Frage ist – so oder in ähnlicher Form – seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes immer wieder gestellt und diskutiert worden. Während sie über lange Zeit vor allem in der rechtswissenschaftlichen Literatur erörtert wurde, beschäftigt sie in jüngerer Zeit vermehrt auch die Gerichte.<sup>1</sup> Von erheblicher Bedeutung ist das BND-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Mai 2020 zur extraterritorialen Reichweite grundrechtlicher Abwehrrechte.<sup>2</sup> Und auch im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten erreichen die Gerichte zunehmend Fälle mit extraterritorialer Dimension, etwa unlängst betreffend Kampfeinsätze der

Bundeswehr in Afghanistan<sup>3</sup>, US-amerikanische Drohnenangriffe im Jemen<sup>4</sup> und Klimaschäden.<sup>5</sup>

Jenseits der vielen Einzelpunkte, die in Ansehung dieser Entwicklungen nähere Betrachtung verdienen, stellt sich auf einer übergelagerten Ebene die Frage, wie die extraterritoriale Bindung an die Grundrechte des Grundgesetzes grundrechtsdogmatisch anzugehen ist. In prominenten Teilen der Literatur wurden extraterritoriale Konstellationen lange im Rahmen dogmatischer Sonderwege verhandelt, die meist auf apriorische Ausschlüsse oder Beschränkungen der Grundrechtsbindung bei Auslandsverhalten zielen (II.). Im Gegensatz dazu wählt vor allem die jüngere Rechtsprechung einen anderen Weg: Sie behandelt Fälle mit Auslandsbezug grundrechtsdogmatisch mit denselben dogmatischen Figuren, die sie auch bei reinen Inlandssachverhalten anwendet. Diese Tendenz zur Anwendung der allgemeinen Dogmatik soll hier als grundrechtsdogmatische Normalisierung bezeichnet werden. Sie gilt es am Beispiel neuerer Judikate aufzuzeigen (III.) und im Hinblick auf ihre Folgen zu bewerten (IV.). Dabei wird im Folgenden vor allem auf die Konstellation staatlicher Grundrechtsbindungen zugunsten von Ausländern im Ausland eingegangen.<sup>6</sup> Dies zum einen, weil es sich dabei um einen Hauptproblemfeldpunkt handelt, zum anderen aber auch, weil sich hieran die Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung besonders deutlich zeigen lässt.

### II. Grundrechtsdogmatische Sonderwege

Die Frage nach der extraterritorialen Grundrechtsbindung kreist im Wesentlichen um folgende Spannungslage: Einerseits beschränkt das Grundgesetz den Grundrechtsschutz nicht ausdrücklich auf das deutsche Staats-

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz. Der Beitrag gibt allein seine persönliche Auffassung wieder.

1 In der Literatur reicht das Meinungsspektrum von der Annahme einer vollständigen extraterritorialen Grundrechtsbindung bis hin zu deren scharfer Ablehnung. Überblick bei Timo Schwander, Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem, 2019, S. 59 ff. m. w. N. Als Beispiele für – in ihrer Wirkung vereinzelt gebliebene – ältere Judikate s. BVerfGE 6, 290; 31, 58; 57, 9; 100, 313.

2 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, 1 BvR 2835/17.

3 BVerfG, Beschl. v. 18.11.2020, 2 BvR 477/17.

4 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020, 6 C 7.19.

5 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18.

6 Zu den verschiedenen Konstellationen Schwander (Fn. 1), S. 25 ff.; Martin Nettessheim, Verfassungsbindung der auswärtigen Gewalt, in Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 241 Rn. 59 ff.



gebiet.<sup>7</sup> Der offene Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG impliziert vielmehr, dass die deutsche Staatsgewalt auch dann vollumfassend an Grundrechte gebunden ist, wenn sie sich gegenüber Personen im Ausland auswirkt. Andererseits weisen Fälle mit Auslandsbezug eine Reihe von Besonderheiten auf, die bei reinen Inlandssachverhalten so nicht begegnen. Beispielsweise kann es sein, dass der Staat nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Mittel verfügt, um Grundrechtsschutz im Ausland in gleicher Weise sicherzustellen wie im Inland. Außerdem können bei Auslandskonstellationen die Rechte und Interessen anderer Staaten betroffen sein. Und schließlich benötigt die Bundesrepublik womöglich auch gewisse außenpolitische Spielräume, um angesichts internationaler Realitäten handlungs- und kompromissfähig zu sein.<sup>8</sup> Diese faktischen Gegebenheiten haben signifikante Teile der Literatur dazu veranlasst, dogmatische Sonderwege zu entwickeln, d.h. spezielle normative Vorgaben, die den auslandsspezifischen Besonderheiten Rechnung tragen sollen. In der Sache führt dies oft zu einer einschränkenden Auslegung von Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>9</sup>

So verneinen einige Stimmen bereits, dass Art. 1 Abs. 3 GG überhaupt für die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs von Grundrechten maßgeblich ist. Letztere bestimmen sich vielmehr aus den Gewährleistungsgehalten der einzelnen Grundrechte, woraus sich wiederum Beschränkungen bei Auslandsfällen ergäben. Beispielsweise argumentiert *Dietrich Hecker*, dass Art. 1 Abs. 3 GG keine Grundrechtsbindung zugunsten von Ausländern im Ausland begründe, weil die räumliche Reichweite der Grundrechte deren materiellen Gewährleistungsgehalt „logisch nachgelagert“ sei.<sup>10</sup> Dies sei nur dann anders, wenn die Gewährleistungsgehalte im Einzelfall eine Auslandsbindung einschließen.<sup>11</sup> Eine Begrenzung auf das deutsche Staatsgebiet sei zudem zum Zeitpunkt der Entstehung des GG unausgesprochener Konsens gewesen und ergebe sich daher aus der Genese der Grundrechte.<sup>12</sup>

*Josef Isensee* begrenzt die Grundrechtsbindung auf Fälle, in denen – namentlich durch Anwesenheit des Betroffenen auf deutschem Staatsgebiet oder durch die deutsche

Staatsbürgerschaft – ein hinreichendes Anknüpfungsmoment bestehe.<sup>13</sup> Diese auf seiner in Analogie zum Internationalen Privatrecht entwickelten Idee eines „Verfassungskollisionsrechts“<sup>14</sup> beruhende Sichtweise führt im Ergebnis zu einem Ausschluss der Grundrechtsbindung zugunsten von Ausländern im Ausland.

Andere Autoren gehen zwar grundsätzlich von einer extraterritorialen Grundrechtsbindung aus, begrenzen jedoch den Gewährleistungsgehalt. So gelten laut *Markus Löffelmann* die Grundrechte im Ausland nur als objektive Rechtssätze, die kein subjektives Recht vermitteln.<sup>15</sup> *Rainer Hofmann* spricht sich für eine Absenkung des grundrechtlichen Schutzniveaus im Ausland auf dasjenige internationaler Menschenrechtsstandards aus.<sup>16</sup>

Wieder andere Stimmen begrenzen die extraterritoriale Grundrechtsbindung auf bestimmte Arten staatlichen Handelns. Für *Klaus Ferdinand Gärditz* setzt „[d]ie Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt [...] ein Gewaltverhältnis voraus, das auf einem Mindestmaß an territorialer Kontrolle beruht, die den Einfluss deutscher Organe auf den Geschehensverlauf auch als Emanation hoheitlicher Funktionen qualifiziert“, was insbesondere die Möglichkeit der Durchsetzung mit Rechtszwang beinhaltet.<sup>17</sup> Nicht erfasst wäre hiernach z.B. die bloße nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung. In ähnlicher Weise argumentiert *Martin Nettesheim*: Eine extraterritoriale Grundrechtsbindung bestehe nur gegenüber denjenigen Personen, die sich der Herrschaftsgewalt des deutschen Staates unterworfen haben oder die ihr z.B. durch Gefangennahme tatsächlich unterworfen seien.<sup>18</sup> Dies folge daraus, dass die Grundrechte als „Teilelemente eines verfassungsrechtlich begründeten Unterwerfungs- und Schutzverhältnisses“ anzusehen seien.<sup>19</sup>

Unabhängig davon, wie die Beschränkung des Grundrechtsschutzes im Einzelnen begründet wird<sup>20</sup>, hat sie zur Folge, dass die weitere Grundrechtsprüfung sich entweder vollständig erübrigt oder apriorisch auf be-

7 *Tristan Barczak*, Vom rechtsfreien Raum zum raumlosen Recht?, BayVBl 2020, 685 (687).

8 *Martin Nettesheim*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 94. EL Januar 2021, Art. 59 Rn. 214 ff.; *Stefan Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 281 f.

9 Die auf Art. 23 GG a. F. gestützte Ansicht, dass Grundrechte in extraterritorialen Konstellationen niemals anwendbar seien, hat mit der Reform der Vorschrift ihre normative Grundlage verloren. Zusammenfassend *Rainer Hofmann*, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, 1994, S. 12 f. Gleiches dürfte für *Dietleins* auf einen Umkehrschluss zu Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a. F. fußende Ablehnung extraterritorialer Schutzpflichten gelten, *Johannes Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 120.

10 *Dietrich Hecker*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffer (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, III § 2 Rn. 44 f.

11 *Hecker* (Fn. 10), Rn. 44 f., ablehnend z.B. für Art. 10 GG. Ähnlich *Markus Löffelmann*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffer (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

12 *Hecker* (Fn. 10), Rn. 46; *Löffelmann* (Fn. 11), Rn. 15.

13 *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 93 f.

14 *Josef Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49 (60).

15 *Markus Löffelmann*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Klaus Ferdinand Gärditz/Kurt Graulich/Christoph Gusy/Gunter Warg (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 33 (38); a. A. zutreffend *Sven Hölscheidt*, Das neue Recht des Bundesnachrichtendienstes, Jura 2017, 148 (150 f.).

16 *Hofmann* (Fn. 9), S. 68 ff.

17 *Klaus Ferdinand Gärditz*, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (474). Ähnlich *ders.*, Die Reform der Nachrichtendienste des Bundes: Ausland-Ausland Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes und Stärkung des Parlamentarischen Kontrollgremiums, DVBl 2017, 525 (526).

18 *Nettesheim* (Fn. 8), Rn. 230; ähnlich *Markus Heintzen*, Ausländer als Grundrechtsträger, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 50 Rn. 31.

19 *Nettesheim* (Fn. 6), Rn. 62.

20 Überblick zu weiteren Ansätzen bei *Hölscheidt* (Fn. 15), Jura 2017, 150 f. m. w. N.

stimmte Konstellationen oder Kontrolldichten beschränkt wird. „Folgefragen“ wie das Vorliegen eines Eingriffs oder dessen Rechtfertigung stellen sich dann oft nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr.

### III. Ansätze einer grundrechtsdogmatischen Normalisierung

Im Kontrast hierzu wählt insbesondere die jüngere Rechtsprechung einen anderen Weg. Sie weist die zuvor dargestellten dogmatischen Sonderwege zurück und behandelt stattdessen Fälle mit Auslandsbezug ebenso wie reine Inlandsfälle nach Maßgabe der allgemeinen Grundrechtsdogmatik. Diese Tendenz soll hier als grundrechtsdogmatische Normalisierung beschrieben werden (1.). Sie ist sowohl für den Bereich der Abwehrrechte (2.) als auch für den Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten (3.) nachweisbar.

#### 1. Zum Begriff der grundrechtsdogmatischen Normalisierung

Der Begriff der ‚Normalisierung‘ soll in diesem Beitrag die Anwendung der für Inlandssachverhalte geltenden allgemeinen (und in diesem Sinne ‚normalen‘) rechtlichen Maßstäbe auf extraterritoriale Sachverhalte beschreiben. Entsprechende Normalisierungstendenzen sind für das Außenverfassungsrecht anderer Staaten dokumentiert und als solche diskutiert worden.<sup>21</sup> In Anlehnung daran hat der Begriff der Normalisierung auch in der Diskussion über die extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte Erwähnung gefunden.<sup>22</sup> Der hier verwendete Begriff der ‚grundrechtsdogmatischen Normalisierung‘ lenkt den Blick auf den Umstand, dass sich – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – bislang vor allem eine Anwendung der allgemeinen Grundrechtsdogmatik beobachten lässt. Eine Berücksichtigung von Spezifika extraterritorialer Fallkonstellationen findet – im Rahmen dieser allgemeinen Dogmatik – weiterhin statt, wobei viele Aspekte noch nicht endgültig ausdiskutiert sind.

Klarstellend sei vorab angemerkt, dass die hier gewählte Bezeichnung als „allgemeine“ Dogmatik nicht über die bei allen Grundrechtsdimensionen begegnenden dogmatischen Diskussionen und Differenzen in Rechtsprechung und Literatur hinwegtäuschen will. Vielmehr meint „allgemein“, dass erstens ein gesicherter Bestand an in einer zusammenhängenden Grundrechtsdogmatik verbundenen Konzepten und Begrifflichkeiten existiert, der zweitens nicht zwischen inländischen und extraterritorialen Sachverhalten differenziert.

#### 2. Normalisierungstendenzen im Bereich der Abwehrrechte

Im Bereich der Abwehrrechte lässt sich die Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung eindrucklich am Beispiel des BND-Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Mai 2020 aufzeigen.

Der zugrunde liegende Fall betraf Vorschriften des BND-Gesetzes über die sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, also die Überwachung und Auswertung der Telekommunikation von Ausländern im Ausland. Diese Vorschriften hatten die o.g. dogmatischen Sonderwege quasi verinnerlicht: Sie beruhten sämtlich auf der Annahme des Gesetzgebers, dass sich Ausländer im Ausland gegenüber der Fernmeldeaufklärung des BND nicht auf Grundrechte berufen könnten.<sup>23</sup> Daher enthielten sie zwar eine Reihe von Aufgabenzuweisungsnormen, aber praktisch keine hinreichend definierten Eingriffsnormen.<sup>24</sup> Auch formale Schranken-Schranken wie das aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG folgende Zitiergebot wurden nicht gewahrt.<sup>25</sup> Wegen dieser Mängel erklärte das Bundesverfassungsgericht die angegriffenen Normen für verfassungswidrig.

Für hiesige Zwecke ist dabei vor allem interessant, wie das Gericht die seiner Argumentation zugrunde liegende Grundrechtsbindung des BND bei Auslandsüberwachungen begründete. Anders als die genannten Literaturstimmen ging es von einer grundsätzlich umfassenden Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt aus – sowohl im Inland als auch im Ausland.<sup>26</sup> Diese ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG, sondern auch aus der in Art. 1 Abs. 2 GG angelegten engen Verknüpfung zwischen Grundrechten und internationalem Menschenrechtsschutz.<sup>27</sup> Dagegen wies das Bundesverfassungsgericht dogmatische Sonderlösungen für den Grundrechtsschutz bei Auslandssachverhalten ausdrücklich zurück, weil sie keine Grundlage in Art. 1 Abs. 3 GG fänden.<sup>28</sup>

Ungeachtet der grundsätzlichen Annahme einer umfassenden Bindung erkannte das Gericht an, dass Auslands-sachverhalte im Vergleich zu Inlandssachverhalten Besonderheiten aufweisen und dass diese im Hinblick auf den Grundrechtsschutz auch relevant sein können. Allerdings könnten die Besonderheiten von Auslandssachverhalten auch an anderer Stelle berücksichtigt werden, nämlich erstens bei der Bestimmung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs, zweitens bei der Konkretisierung des Schutzbereichs durch den Gesetzgeber und drittens bei der Rechtfertigungsprüfung – und dort vor allem bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit.<sup>29</sup> Mit anderen Worten: Besonderheiten von Auslandssachverhalten kann nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts

21 Siehe etwa *Ganesh Sitaraman/Ingrid Wuerth*, *The Normalization of Foreign Relations Law*, *Harvard Law Review* 128 (2015), 1897 ff.; *Roland Portmann*, *Foreign Affairs Federalism in Switzerland*, in: *Curtis A. Bradley (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, S. 297 (302 ff.).

22 Siehe z. B. *Helmut Philipp Aust*, *US-Drohneinsätze und die grundrechtliche Schutzpflicht für das Recht auf Leben: „German exceptionalism“?*, *JZ* 2020, 303 (310).

23 *Gärditz* (Fn. 17), *Die Verwaltung* 48 (2015), 467; *Hecker* (Fn. 10), § 2 Rn. 43; *Stefanie Schmahl*, *Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland*, *NJW* 2020, 2221.

24 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 301 ff.

25 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 134 f.

26 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 87 ff.

27 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 88 ff. und 93 ff.

28 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 89 ff.

29 BVerfG, *Urt. v. 19.5.2020* (Fn. 2), Rn. 104.

mit den Elementen der allgemeinen Dogmatik der Abwehrrechte ausreichend begeben werden.

Entlang dieser selbstgesetzten Vorgabe schichtete das Gericht die Besonderheiten der Auslandsüberwachung dann insbesondere bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Dabei findet sich an mehreren Stellen in der Urteilsbegründung der ausdrückliche Hinweis, dass die Prüfung mit derjenigen bei reinen Inlandssachverhalten vergleichbar sei.<sup>30</sup> Und auch bei der Bestimmung der konkreten Maßstäbe nimmt das Bundesverfassungsgericht ausführlich auf seine vorherigen Entscheidungen zu reinen Inlandssachverhalten Bezug, insbesondere auf die Entscheidung zum BKA-Gesetz von 2016.<sup>31</sup>

Wie das Gericht konkret vorging, lässt sich erstens am Beispiel der Bestimmung der Eingriffsintensität zeigen. Diese sei bei der reinen Auslandsaufklärung gemildert, weil die Bundesrepublik im Ausland nicht über eigene operative Befugnisse verfüge und sich daher – anders als im Inland – in der Regel keine unmittelbaren operativen Konsequenzen an die Auslandsaufklärung anschließen.<sup>32</sup>

Ein zweites Beispiel für die Abschtung betrifft die Frage der Notwendigkeit gesetzlich definierter Eingriffsschwellen. Eine anlasslose Telekommunikationsüberwachung ohne gesetzlich definierte Eingriffsschwellen könne im Ausland (anders als im Inland) zulässig sein, weil Auslandsaufklärung unter besonderen Umständen stattfinde.<sup>33</sup> So habe die Bundesrepublik im Ausland keine eigenen Ermittlungsbefugnisse. Zudem benötige der BND aufgrund der zu erwartenden aktiven Gegenwehr anderer Staaten seinerseits außergewöhnliche Befugnisse.<sup>34</sup>

Ein letztes Beispiel ist der besondere Vertrauensschutz für Anwälte und Journalisten. Dieser Vertrauensschutz sei zwar auch im Ausland zu gewährleisten. Jedoch dürfe der Gesetzgeber dabei berücksichtigen, dass Anwaltschaft und Presse in anderen Staaten womöglich anders organisiert sind und funktionieren.<sup>35</sup>

Insgesamt zeigt sich im BND-Urteil damit deutlich die Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung im Bereich der Abwehrrechte. Besonderheiten von Auslandssachverhalten werden der allgemeinen Dogmatik nicht entgegengehalten, sondern werden im Gegenteil von dieser erfasst und mitbehandelt.<sup>36</sup>

### 3. Normalisierungstendenzen im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten

Das BND-Urteil verhält sich – seinem Verfahrensgegenstand entsprechend – nur zur extraterritorialen Bindung in der abwehrrechtlichen Dimension.<sup>37</sup> Im Hinblick auf

andere Grundrechtsdimensionen begnügt es sich mit dem knappen Hinweis, „dass sich die aus den Grundrechten konkret folgenden Schutzwirkungen danach unterscheiden können, unter welchen Umständen sie zur Anwendung kommen.“ Unter anderem könne „zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen, etwa der Wirkung der Grundrechte als Abwehrrechte, als Leistungsrechte, als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen oder als Grundlage von Schutzpflichten zu unterscheiden sein.“<sup>38</sup>

Mit der Frage, inwieweit Grundrechte extraterritoriale Schutzpflichten begründen, haben sich allerdings die Verwaltungsgerichte befasst und dabei ihrerseits eine Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung erkennen lassen (a). Und auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss zum Klimaschutzgesetz<sup>39</sup> erste vertiefende Erwägungen angestellt, die die grundsätzliche Übertragung der allgemeinen Schutzpflichtendogmatik auf Auslandsfälle nahelegen (b).

#### a) Neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

Einer der prominentesten verwaltungsgerichtlichen Fälle zu extraterritorialen Schutzpflichten ist das Ende 2020 letztinstanzlich entschiedene Verfahren zu US-Drohnenangriffen im Jemen.<sup>40</sup> In dem Fall verlangten im Jemen lebende jemenitische Staatsangehörige von der Bundesregierung, gegen US-Drohnenangriffe in ihrer Heimatprovinz vorzugehen. Sie beriefen sich darauf, dass die Signale zur Steuerung der Drohnen durch die US-Luftwaffenbasis Ramstein in Rheinland-Pfalz geleitet wurden, die Deutschland den USA zur Nutzung überlassen hat.

Das Bundesverwaltungsgericht bejahte – wie schon die beiden Vorinstanzen – das grundsätzliche Bestehen einer grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG im Hinblick auf das Leben der Kläger. Allerdings sah es wie zuvor schon das in erster Instanz urteilende VG Köln die Schutzpflicht als erfüllt an.<sup>41</sup> Dagegen hatte das OVG NRW noch im März 2019 in einem aufsehenerregenden Urteil der Berufung der Kläger teilweise stattgegeben und die Bundesrepublik dazu verurteilt, sich durch geeignete Maßnahmen zu vergewissern und ggf. darauf hinzuwirken, dass eine Nutzung der Luftwaffenbasis Ramstein für Drohnenangriffe in der Heimatprovinz der Kläger nur im Einklang mit dem Völkerrecht stattfinde.<sup>42</sup>

Die in diesem Fall ergangenen Entscheidungen veranschaulichen, dass auch im Bereich der Schutzpflichten eine Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung besteht. Alle drei Instanzen bejahten eine aus Art. 1 Abs. 3 GG folgende, grundsätzlich umfassende Grundrechtsbindung – auch zugunsten von Ausländern im Ausland.<sup>43</sup> Eine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

30 Z.B. BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 147 und 156, s. auch Rn. 186.

31 BVerfGE 141, 220, worauf das BND-Urteil insgesamt an 32 Stellen verweist, z. B. in Rn. 119, 147, 155, 189 und 205.

32 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 149.

33 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 159.

34 Ebd.

35 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 196.

36 *Schmahl* spricht von einer „geradezu schulmäßigen Exegese“, *Schmahl* (Fn. 23), NJW 2021, 2222.

37 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 88.

38 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 104.

39 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5).

40 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4).

41 VG Köln, Urt. v. 27.5.2015, 3 K 5625/14.

42 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019, 4 A 1361/15, Tenor.

43 VG Köln, Urt. v. 27.5.2015 (Fn. 41), Rn. 32 ff.; OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 107 ff.; BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 43.

komme gegenüber Ausländern z.B. dann in Betracht, wenn ihr Leben von Deutschland aus gefährdet werde.<sup>44</sup>

Dagegen wiesen alle Instanzen dogmatische Sonderlösungen zurück. Diese hätten weder eine Basis im Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG noch seien sie zur Vermeidung negativer Konsequenzen notwendig. Denn auch wenn man eine extraterritoriale Schutzpflicht dem Grunde nach bejahe, könne man Aspekte wie begrenzte Handlungsmöglichkeiten, außenpolitische Rahmenbedingungen und völkerrechtliche Vorgaben bei der Frage der konkreten Schutzintensität berücksichtigen.<sup>45</sup>

Diese grundsätzliche Argumentation weist deutliche Parallelen zu derjenigen des Bundesverfassungsgerichts im BND-Urteil auf. Auch bei der weiteren Prüfung des Falles zeigen sich Parallelen: So behandeln insbesondere VG und OVG auslandsbezogene Besonderheiten des Falles im Rahmen der verschiedenen Stufen der hergebrachten Schutzpflichtenprüfung, also bei der Bestimmung des Schutzguts, der Gefahrenlage und der Schutzpflicht sowie der Prüfung ihrer Verletzung.<sup>46</sup> Ebenso finden sich zahlreiche Bezugnahmen auf die zu Schutzpflichten im Inland ergangene Rechtsprechung. Das OVG recurriert etwa auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>47</sup> Das Bundesverwaltungsgericht rügt u.a. die Handhabung des (im innerstaatlichen umweltrechtlichen Kontext entwickelten) Vorsorgegrundsatzes durch das OVG<sup>48</sup> und nimmt selbst umfangreich Bezug auf Rechtsprechung zu Spielräumen bei der Erfüllung von Schutzpflichten.<sup>49</sup>

Obwohl VG und Bundesverwaltungsgericht einerseits und OVG andererseits zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen, liegt den Begründungen aller drei Entscheidungen jeweils die allgemeine Schutzpflichtendogmatik zugrunde. Dogmatische Sonderlösungen wurden zurückgewiesen, auslandsspezifische Besonderheiten wurden im Rahmen des allgemein üblichen Prüfungsaufbaus integriert.

Allerdings schwenkt das Bundesverwaltungsgericht nicht vollständig auf die allgemeine Schutzpflichtendogmatik ein, sondern hält in manchen Punkten an Sonderlösungen fest bzw. entwickelt diese teilweise sogar neu.

So knüpft das Bundesverwaltungsgericht eine extraterritoriale Schutzpflicht an das „Bestehen eines hinreichend engen Bezugs zum deutschen Staat“, der nur dort gegeben sei, wo der Bundesrepublik politische Entscheidungsverantwortung zukomme.<sup>50</sup> Letztere wiederum bestehe nur dort, wo das Völkerrecht die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt legitimiere (was z.B. bei der

Verletzung des Interventionsverbots oder bei einer Übertragung von Verantwortlichkeiten auf Bündnispartner nicht der Fall sei).<sup>51</sup> Wenn aber, wie das Bundesverwaltungsgericht meint, die Entstehung einer Schutzpflicht (anders als bei Inlandskonstellationen<sup>52</sup>) davon abhängt, ob die Bundesrepublik im Rahmen ihrer (völker)rechtlichen Befugnisse agiert, wird der extraterritoriale Grundrechtsschutz kategorisch ausgeschlossen, wenn die Bundesrepublik *außerhalb* dieser Befugnisse handelt. Dies beträfe erstens den Fall einer verfassungswidrigen Übertragung der Verantwortung und zweitens den Fall einer Überschreitung der völkerrechtlichen Grenzen der für Auslandskonstellationen eingeräumten politischen Entscheidungsverantwortung.

Weiterhin ist das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht, dass nur Handlungen Dritter, „die einen relevanten Entscheidungscharakter aufweisen“<sup>53</sup>, eine grundrechtliche Schutzpflicht auslösen, was bei einem „rein technischen Übermittlungsvorgang ohne Entscheidungselemente“ nicht der Fall sei.<sup>54</sup> Als Beispiel für eine Handlung mit „relevantem Entscheidungscharakter“ benennt es die über die Drohnensteuerung hinausgehende Auswertung von Informationen.<sup>55</sup> Eine solche Differenzierung bei der Pflichtentstehung ist bei reinen Inlandssachverhalten nicht etabliert – die zugrunde liegende Thematik einer potenziell ausufernden Verantwortung würde dort in die Prüfung der Pflichterfüllung eingestellt.<sup>56</sup> Einige Literaturstimmen werfen zudem die Frage auf, wieso es einen Unterschied machen soll, ob ein Angehöriger des US-Militärs eine Drohne von deutschem Staatsgebiet aus steuert oder hierfür in Deutschland belegene technische Einrichtungen nutzt und daher die Gefahr auch von diesen Einrichtungen ausgeht.<sup>57</sup>

Ferner vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Ansicht, eine Schutzpflichten auslösende Gefahrenlage setze „eine über isolierte Einzelfälle hinausgehende Praxis völkerrechtswidriger Handlungen des anderen Staates“ voraus.<sup>58</sup> Dies weicht von der Handhabung innerstaatlicher Fälle ab, bei der es für die Prüfung des Vorliegens einer Gefahrenlage einzig auf die konkrete Gefährdung des einzelnen Grundrechtsträgers ankommt und nicht darauf, ob die Handlungen des Gefährdeters Teil eines wiederkehrenden Handlungsmusters sind.<sup>59</sup> Ehestens könnte man die Notwendigkeit staatlicher Schutzmaßnahmen als Aspekte des Pflichtenumfanges bzw. der Pflichterfüllung in die allgemeine Schutzbereichsprüfung einordnen.<sup>60</sup>

44 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 210 ff.; BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 45 ff.

45 VG Köln, Urt. v. 27.5.2015 (Fn. 41), Rn. 33 ff.; OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 107 ff., 195; BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 42 ff.

46 VG Köln, Urt. v. 27.5.2015 (Fn. 41), Rn. 53 ff.; OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 195 und 533 ff.; eingeschränkt auch BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 45 ff.

47 OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 195 und 539.

48 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 65.

49 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 67.

50 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 46. Dasselbe Kriterium, anders verstanden, findet sich schon in OVG NRW, Urt. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 113.

51 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 46.

52 *Thilo Marauhn/Daniel Mengeler/Vera Strobel*, Deutsche Außen- und Verteidigungspolitik vor dem BVerwG: Extraterritoriale grundrechtliche Schutzpflichten bei US-amerikanischen Drohneneinsätzen, AVR 59 (2021), 328 (334 f.).

53 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 50, 61.

54 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 49.

55 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 61.

56 *Marauhn/Mengeler/Strobel* (Fn. 52), AVR 59 (2021), 338 f.

57 *Mehrdad Payandeh/Heiko Sauer*, Staatliche Gewährleistungsverantwortung für den Schutz der Grundrechte und des Völkerrechts, NJW 2021, 1570 (1571).

58 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 54.

59 *Dietlein* (Fn. 9), S. 106, auch zu teils missverständlichen Formulierungen der Rspr.; *Payandeh/Sauer* (Fn. 57), NJW 2021, 1572.

60 Dazu unten unter IV.2.b).

Schließlich erkennt das Bundesverwaltungsgericht bereits auf der Tatbestandsebene, nämlich bei der Frage nach einem Entstehen der Schutzpflicht, einen Spielraum der Bundesregierung bei der Bewertung der Völkerrechtswidrigkeit des Gefährderhandelns an.<sup>61</sup> Ein solcher, nicht-justiziabler Spielraum der Exekutive in *Rechtsfragen* ist in innerstaatlichen Konstellationen jedenfalls in dieser Pauschalität unbekannt und angesichts des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) auch problematisch.<sup>62</sup> Nur am Rande sei angemerkt, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Ansicht in diesem Punkt auf ein wenig überzeugendes Völkerrechtsverständnis stützt: Der Einwand des Gerichts, ein exekutiver Spielraum sei aus Achtung vor fremden Rechtsauffassungen nötig<sup>63</sup>, kann nicht überzeugen, weil es nicht um die Auslegung ‚fremden‘ ausländischen Rechts, sondern ‚gemeinsamen‘ Völkerrechts geht. Außerdem ist der vom Bundesverwaltungsgericht herangezogene Umstand, dass das allgemeine Völkerrecht keine letztverbindlich entscheidende Auslegungsinstanz vorsieht, kein Argument gerade für *exekutive* Spielräume. Denn die Auslegung des Völkerrechts obliegt in Ermangelung zuständiger Institutionen den Staaten als Völkerrechtssubjekten ohne nähere Differenzierung nach Staatsorganen oder -funktionen.<sup>64</sup> Nicht zufällig spielen hierbei gerade auch nationale Gerichte eine gewichtige Rolle.<sup>65</sup> Das vermeintlich völkerrechtliche Argument betrifft daher in Wirklichkeit die innerstaatliche Gewaltenteilung.<sup>66</sup>

Die Jemen-Urteile des VG Köln, des OVG NRW und des Bundesverwaltungsgerichts veranschaulichen die grundsätzliche Tendenz zur grundrechtsdogmatischen Normalisierung. Zugleich bezeugen sie aber verbleibende Unsicherheiten im Umgang mit extraterritorialen Schutzpflichten sowie Versuche (namentlich des Bundesverwaltungsgerichts), diese mittels (neuer) Sonderlösungen in den Griff zu bekommen. Die beiden Vorinstanzen kamen ohne vergleichbare Sonderwege aus und kommen zu ihren (in der Sache abweichenden) Ergebnissen jeweils mithilfe der allgemeinen Schutzpflichtendogmatik.

### b) Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz

Das Bundesverfassungsgericht hat die Thematik extraterritorialer Schutzpflichten bislang nur in wenigen *obiter dicta* angerissen. In seinem Beschluss zum Klimaschutzgesetz vom 24. März 2021 behandelt es sie erstmals

61 BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 57.

62 Vgl. BVerfGE 60, 253 (297f.); 129, 1 (20). Ein Spielraum in Rechtsfragen ist nur ausnahmsweise möglich und erfordert idR eine gesetzliche Grundlage, BVerfG, Beschl. v. 13.8.2013, 2 BvR 2660/06, Rn. 54ff. Zur Relevanz auf Rechtsfolgenreihe BVerfGE 55, 349 (367f.).

63 Vgl. BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 59.

64 StIGH, Delimitation of the Polish-Czechoslovakian Frontier (Question of Jaworzina) (Advisory Opinion), PCIJ Rep. Ser. B Nr. 8 (37); Oliver Dörr, in: ders./Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 17ff.

65 International Law Association, Study Group on Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law, Final Report, 2017; Payandeh/Sauer (Fn. 57), NJW 2021, 1573f.

66 Dazu näher unten unter IV.3.c).

vertiefter.<sup>67</sup> Gegenständlich war u.a. die Frage, inwieweit die Bundesrepublik eine grundrechtliche Schutzpflicht gegenüber in Bangladesch und Nepal lebenden Personen hat, Maßnahmen gegen den Klimawandel zu treffen.

Im Ausgangspunkt seiner Argumentation geht das Bundesverfassungsgericht in expliziter Bezugnahme auf das BND-Urteil von der umfassenden Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG aus, ohne die dogmatischen Sonderwege der Literatur auch nur zu erwähnen.<sup>68</sup> Zugleich greift es die im BND-Urteil angedeutete Unterscheidung der extraterritorialen „Schutzwirkungen“ anhand der verschiedenen Grundrechtsdimensionen auf.<sup>69</sup> Hieran anknüpfend stellt das Gericht fest, dass sich „der Inhalt grundrechtlicher Schutzgebote gegenüber im Ausland lebenden Menschen von dem Gehalt des Grundrechtsschutzes gegenüber im Inland Lebenden unterscheiden“ könne – er bedürfe „unter Umständen der Modifikation und Differenzierung“.<sup>70</sup> Eine solche Differenzierungsnotwendigkeit erkennt es darin, dass klimawandelbezogene Schutzpflichten bei Inhaltssachverhalten durch eine „politisch zu verantwortende Kombination aus Klimaschutz- und Anpassungsmaßnahmen“ zu erfüllen seien.<sup>71</sup> Dagegen könne die Bundesrepublik zugunsten im Ausland lebender Betroffener aufgrund der völkerrechtlichen Begrenzungen ihrer Hoheitsgewalt zwar bestimmte Klimaschutz-, jedoch keine Anpassungsmaßnahmen treffen – dies sei stattdessen Aufgabe der jeweils betroffenen Staaten.<sup>72</sup> Daher könne das „bei inländischen Sachverhalten [...] anzulegende Kriterium, dass diese nicht erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben dürfen[,] auf eine gegen die Gefahren des Klimawandels gerichtete Schutzpflicht gegenüber den im Ausland lebenden Beschwerdeführenden nicht zur Anwendung kommen.“<sup>73</sup> Bei Anlegung dieses Maßstabes könne ein Schutzpflichtenverstoß im konkreten Fall nicht festgestellt werden, zumal die Bundesrepublik international gegen den Klimaschutz eintrete und entsprechende internationale Vereinbarungen durch konkrete Maßnahmen umsetze.<sup>74</sup>

Was auf den ersten Blick wie eine Sonderbehandlung von Auslandsaufenthalten anmuten mag, entpuppt sich bei näherer Betrachtung als wohlbekanntes Argumentationsmuster der allgemeinen Schutzpflichtendogmatik: Auch bei Inlandssachverhalten zwingt nämlich die Erfüllung von Schutzpflichten nicht zum Rechtsbruch. Rechtliche Grenzen der Pflichterfüllung können sich z. B. aus Grundrechten Dritter oder Zuständigkeitszuweisungen ergeben.<sup>75</sup> Neben diesen gewinnen – thematisch bedingt – bei Auslandssachverhalten außenverfassungsrechtliche und völkerrechtliche Grenzen an Relevanz. Im

67 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 173ff.

68 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 175.

69 Ebd.

70 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 176.

71 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 177.

72 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 178.

73 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 181.

74 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 181 a.E.; Sabine Schlacke, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (913).

75 Claus Dieter Classen, Staatsrecht II – Grundrechte, 2018, S. 102ff.

Inland wie im Ausland begrenzt das Recht den Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten sowie die Anforderungen an ihre Erfüllung. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht den Punkt nicht abschließend entschieden hat, legt die grundsätzliche Bejahung extraterritorialer Schutzpflichten den Schluss durch das Gericht nahe, dass extraterritoriale Schutzpflichten grundsätzlich bestehen und erfüllt werden müssen, soweit dies im Rahmen des rechtlich Zulässigen geschieht. Konkret wäre z.B. ein – derzeit hypothetisches – vollständiges Unterlassen jeglicher Anstrengungen der Bundesrepublik gegen den Klimawandel als extraterritoriale Schutzpflichtverletzung (auch) durch Ausländer im Ausland justiziabel.

Hervorzuheben ist, dass das Bundesverfassungsgericht – anders als die Verwaltungsgerichte im Jemen-Fall – die extraterritoriale Schutzpflicht nicht an das Bestehen eines hinreichenden territorialen Bezugs zum deutschen Staatsgebiet knüpft. Stattdessen knüpft es in abstrakter Form an die Möglichkeit der Schutzpflichtenerfüllung im Ausland an. Im konkreten Kontext des Klimaschutzes mag beides nah beieinander liegen. In anderen Konstellationen kann die unterschiedliche Akzentuierung jedoch deutlicher zum Tragen kommen. So wäre z.B. im Falle der effektiven Kontrolle fremden Staatsgebiets durch die Bundeswehr im Rahmen von internationalen Militäreinsätzen ein hinreichender Bezug zum deutschen Staatsgebiet fraglich, wohingegen (je nach Lage des Falles) die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit einer Schutzpflichtenerfüllung durchaus in Betracht käme. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts würde hier zu einem tendenziell umfassenderen Grundrechtsschutz führen als die Position der Verwaltungsgerichte.

Insgesamt lässt sich festhalten: Wenngleich sich das Bundesverfassungsgericht auch im Klimaschutzgesetzbeschluss nicht endgültig festlegt und mehrfach die Besonderheiten von Auslandssachverhalten betont, scheint es den im BND-Urteil eingeschlagenen Weg der grundrechtsdogmatischen Normalisierung im Bereich der Schutzpflichten fortzuführen.<sup>76</sup> Ob es dies konsequent tun oder aber (wie das Bundesverwaltungsgericht) an einem Restbestand dogmatischer Sonderwege festhalten wird, und inwieweit dann die im Rahmen der allgemeinen Schutzpflichtendogmatik strittigen Fragen relevant werden<sup>77</sup>, könnte sich schon bald entscheiden, namentlich im Rahmen der derzeit anhängigen<sup>78</sup> Verfassungsbeschwerde gegen das oben genannte Jemen-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts.

76 *Schlacke* attestiert dem BVerfG eine „schulmäßige Anwendung der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten“ im Klimaschutzgesetzbeschluss, *Schlacke* (Fn. 74), NVwZ 2021, 914; s. auch *Marc Ruttloff/Eva Freihoff*, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917; *Monika Polzin*, Menschenrechtliche Klimaklagen – Kreative Justiz und überforderte Grundrechte, DÖV 2021, 1089 (1092). Kritischer *Christian Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355 (357).

77 Etwa bei der Frage, inwieweit statt einer Evidenz- eine Vertretbarkeitskontrolle vorzunehmen ist, *Calliess* (Fn. 76), ZUR 2021, 357.

78 Az. 2 BvR 508/21.

## IV. Bewertung

Wie gesehen, findet beim extraterritorialen Grundrechtsschutz sowohl in der abwehrrechtlichen als auch in der Schutzpflichtendimension eine Entwicklung hin zu einer grundrechtsdogmatischen Normalisierung statt. Diese birgt eine Reihe von Potenzialen (1.), deren Realisierung aber maßgeblich davon abhängt, inwieweit die Anwendung der allgemeinen Grundrechtsdogmatik in sich methodisch konsistent (2.) sowie in der Lage ist, die bestehenden Besonderheiten von Auslandssachverhalten angemessen zu berücksichtigen (3.). Darüber hinaus gilt es, die praktischen Folgen der grundrechtsdogmatischen Normalisierung in den Blick zu nehmen (4.).

### 1. Potenziale der Normalisierung

Die grundrechtsdogmatische Normalisierung birgt auf verschiedenen Ebenen Potenziale für eine angemessene(re) Handhabung extraterritorialer Sachverhalte. So überantwortet die Normalisierung im methodischen Zugriff die Frage nach der extraterritorialen Grundrechtsbindung primär der Auslegung des einschlägigen positiven Verfassungsrechts und legt sich damit – anders als einige der oben skizzierten grundrechtsdogmatischen Sonderwege – nicht von vornherein auf bestimmte verfassungstheoretische Vorverständnisse fest. In rechtsdogmatischer Hinsicht vermeidet sie mitunter schwierige kategoriale Abgrenzungen zwischen Inlands- und Auslandssachverhalten. In praktischer Hinsicht ermöglicht sie grundrechtsfreundlichere Ergebnisse und wirkt teils eklatanten Schutzlücken entgegen.

Ob diese Potenziale in angemessener Weise realisiert werden können, soll im Folgenden vor dem Hintergrund sowohl der spezifischen Besonderheiten von Auslandssachverhalten als auch der vorgebrachten Argumente für deren grundrechtsdogmatische Sonderbehandlung reflektiert werden.

### 2. Methodische Konsistenz

In einem ersten Schritt ist nach der methodischen Konsistenz der grundrechtsdogmatischen Normalisierung zu fragen. Wie gesehen, stützt diese sich maßgeblich auf die Auslegung einschlägiger Bestimmungen des GG, insbesondere Art. 1 Abs. 3 GG, anhand juristischer Interpretationsmethoden und unter Heranziehung einschlägiger Rechtsprechung. Hiergegen wird in der Literatur vorgebracht, der räumliche Anwendungsbereich der Grundrechte ergebe sich allein aus den Gewährleistungsgehalten der einzelnen Grundrechte.<sup>79</sup> Dieser Einwand dürfte maßgeblich von älteren *dicta* des Bundesverfassungsgerichts inspiriert worden sein,<sup>80</sup> die mit dem BND-Urteil und dem Beschluss zum Klimaschutzgesetz überholt bzw. geklärt sind. Aber auch abgesehen davon tragen die Gewährleistungsgehalte, die ohnehin nur im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 GG (und weiteren Bestimmungen

79 *Hecker* (Fn. 10), Rn. 44 f.

80 V.a. BVerfGE 100, 313 (361), dazu *Florian Becker*, Grenzüberschreitende Reichweite deutscher Grundrechte, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 240, Rn. 31.

wie etwa Art. 1 Abs. 2 GG) zu lesen sind, wenig Spezifisches für die behauptete räumliche Beschränkung bei. Aus dem zumeist offenen Wortlaut der einzelnen Grundrechte ließe sich auch der gegenteilige Schluss einer grundsätzlich territorial unbegrenzten Bindung ziehen, verstärkt durch einzelne ausdrückliche Anhaltspunkte wie z.B. den einen Umkehrschluss nahelegenden ausdrücklichen Bezug zum Bundesgebiet in Art. 11 GG.

Die in der Rechtsprechung vorherrschende Auslegung von Art. 1 Abs. 3 GG mag nicht alternativlos sein, jedoch ist sie bei Anwendung juristischer Auslegungsmethodik in jedem Falle vertretbar, weswegen sie insofern auch nicht methodisch inkonsistent oder gar rechtsfehlerhaft ist. Verfechter grundrechtsdogmatischer Sonderwege sind damit darauf verwiesen, behauptete Vorzüge alternativer Auslegungen in anderer Weise, also z.B. rechtspolitisch oder verfassungstheoretisch zu begründen. Zwar sind solche Begründungen in ausgearbeiteter Form vorhanden.<sup>81</sup> Allerdings sind deren Prämissen und Folgerungen nicht automatisch identisch mit den Norminhalten des positiven Verfassungsrechts, was Kritiker der grundrechtsdogmatischen Normalisierung vor eine bleibende methodische Herausforderung stellt.

### 3. Leistungsfähigkeit der allgemeinen Grundrechtsdogmatik in extraterritorialen Sachverhalten

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob die allgemeine Grundrechtsdogmatik in der Lage ist, die nach wie vor bestehenden auslandsspezifischen Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Hier lohnt es sich, zwischen der Abwehr- und der Schutzdimension der Grundrechte zu unterscheiden.

#### a) Abwehrrechtliche Dimension

Was die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Dogmatik der Abwehrrechte angeht, so darf man optimistisch sein.

Zwar ist die unmittelbare Konsequenz des BND-Urteils, dass die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND verfassungswidrig ist und erheblich reformiert werden muss, was manche Herausforderung mit sich bringt.<sup>82</sup> Abseits der Bewertung der konkreten Entscheidung<sup>83</sup> spricht jedoch viel dafür, dass die Anwendung der allgemeinen Grundrechtsdogmatik als solche eine angemessene Behandlung auslandsspezifischer Aspekte im Bereich der Abwehrrechte erlaubt.

So dürfte die in Literatur und Praxis angemahnte Notwendigkeit flexiblen und effizienten auswärtigen Handelns<sup>84</sup> durch die Anwendung der allgemeinen Grundrechtsdogmatik nicht per se in Rede stehen, zumal – wie

gesehen – auslandsspezifische Bedürfnisse in der Abwägung berücksichtigt werden können.

Was potenzielle Konflikte mit Zielstaaten angeht,<sup>85</sup> hat das Bundesverfassungsgericht zutreffend angemerkt, dass in erster Linie die Auslandsaufklärung konfliktträchtig ist – und nicht deren grundrechtliche Einhegung.<sup>86</sup> Die abwehrrechtliche Disziplinierung extraterritorial ausgeübter Hoheitsgewalt schützt Staatsangehörige anderer Staaten und kann Eingriffe in fremde Hoheitssphären in ihrer Intensität abmildern. Auch der Einwand, eine grundrechtlich bedingte gesetzliche Regelung könne völkerrechtliche Gegenmaßnahmen provozieren,<sup>87</sup> übersieht, dass dasselbe für eine unregelmäßige Aufklärungspraxis gilt. Zwar müssen unter Geltung des Gesetzesvorbehalts konkrete Maßnahmen gesetzeseexplizit gemacht werden, was von anderen Staaten womöglich kritischer bewertet würde als eine klandestine Praxis.<sup>88</sup> Der Rechtsvergleich mit der Regelungspraxis anderer Staaten zeigt jedoch, dass gesetzlich geregelte Eingriffsbefugnisse zwar kontrovers sein mögen, aber nicht automatisch zu internationalen Zerwürfnissen führen.<sup>89</sup> Konflikte könnten sich dort ergeben, wo die Bundesrepublik verbündeten Staaten eine Weitergabe von Aufklärungsergebnissen zugesagt hat. Darin liegt aber keine grundrechtsdogmatische, sondern eine politische (bzw. bei rechtsverbindlichen Zusagen: völkerrechtliche) Schwierigkeit.

Das BND-Urteil zeigt auf, wie auslandsspezifische Besonderheiten ohne Inanspruchnahme dogmatischer Sonderwege im Rahmen der allgemeinen abwehrrechtlichen Dogmatik behandelt werden können, ohne diese Dogmatik und ihre Elemente überzustrapazieren. Das Urteil kann daher insgesamt als Vorbild dafür gesehen werden, wie auch bei anderen Abwehrrechten eine Anwendung allgemeiner grundrechtsdogmatischer Maßstäbe auf extraterritoriale Konstellationen gelingen kann.

#### b) Schutzpflichtendimension

Komplizierter stellt sich die Lage im Bereich der Schutzpflichten dar.

Erstens treten auslandsspezifische Besonderheiten im Bereich der Schutzpflichten in der Regel deutlicher hervor. So liegt es auf der Hand, dass die Annahme einer umfassenden Schutzpflicht gegenüber Ausländern im Ausland dazu führen kann, dass der Staat an Kapazitätsgrenzen stößt.<sup>90</sup> Auch ist das Risiko von Konflikten mit anderen Staaten erhöht, weil die Bundesrepublik zur Erfüllung extraterritorialer Schutzpflichten in aller Regel aktiv tätig werden muss.<sup>91</sup>

81 Z.B. *Isensee* (Fn. 14), S. 55 ff.; *ders.* (Fn. 13), Rn. 49 ff.; *ders.*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982, S. 3 ff.

82 *Klaus Ferdinand Gärditz*, Grundrechtliche Grenzen strategischer Ausland-Ausland-Telekommunikationsaufklärung, JZ 2020, 825 (830, 833 f.).

83 S. *Gärditz* (Fn. 82), JZ 2020, 835; *Bertold Huber*, Das BVerfG und die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BVerfG, NVwZ-Beilage 2020, 3 (9); *Markus Löffelmann*, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, JR 2020, 494 (516).

84 Siehe *Barczak* (Fn. 7), BayVBl 2020, 686, m. w. N.; Zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr *Nettesheim* (Fn. 8), Rn. 230.

85 *Löffelmann* (Fn. 83), JR 2020, 517.

86 BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 101.

87 *Löffelmann* (Fn. 83), JR 2020, 517.

88 Ebd.

89 Zu britischen Regelungen *Gärditz* (Fn. 17), Die Verwaltung 48 (2015), 470; *Schwander* (Fn. 1), S. 269 f.

90 *Isensee* (Fn. 14), S. 63; *Nettesheim* (Fn. 8), Rn. 231b.

91 *Isensee* (Fn. 14), S. 63 („teutonischer Grundrechtsimperialismus“), der jedoch irrig annimmt, extraterritoriale Schutzpflichten gingen automatisch mit einer Überprüfung ausländischen Rechts am Maßstab des GG einher.

Zweitens sind extraterritoriale Schutzpflichtenkonstellationen insofern komplexer, als dass sie neben Staat und Grundrechtsträger eine dritte Variable in Form der Gefahrenquelle aufweisen, die sich sowohl im In- als auch im Ausland befinden kann. Die Frage nach einer möglichen Überforderung des Staates, aber auch nach einem internationalen übergreifenden „Grundrechtsoktroi“<sup>92</sup> stellt sich in den Fällen besonders deutlich, in denen es um den Schutz von im Ausland lebenden Ausländern vor aus dem Ausland herrührenden Gefahren geht.<sup>93</sup>

Heißt das, dass eine Normalisierung im Bereich der Schutzpflichten die allgemeine Schutzpflichtdogmatik überlastet und dogmatische Sonderwege deshalb angemessener wären? Nicht unbedingt. Denn trotz der genannten Komplexitäten ist zu bedenken, dass die allgemeine Schutzpflichtdogmatik Inhalt und Reichweite von Schutzpflichten bei Inlandssachverhalten insgesamt in einem angemessenen Rahmen hält. Es besteht Grund zu der Annahme, dass dies auch bei Fällen mit Auslandsbezug gelingen kann.<sup>94</sup>

Denn auch bei Auslandssachverhalten bietet die allgemeine Schutzpflichtdogmatik vielfältige Anknüpfungspunkte, um auslandsspezifische Besonderheiten aufzufangen und abzuschichten. Bereits auf der Ebene des sachlichen und persönlichen Schutzbereichs scheiden manche Grundrechte aus: So begründen z. B. Deutschen Grundrechte auch im Ausland keine staatlichen Schutzpflichten gegenüber Ausländern.<sup>95</sup> Zudem dürfte für die Frage, ab welcher Gefahrenschwelle eine Schutzpflichtauslösung angenommen werden kann, auch bei Auslandsfällen die Wertigkeit des jeweiligen grundrechtlichen Schutzguts zu berücksichtigen sein.<sup>96</sup>

Weiterhin begründen Schutzpflichten grundsätzlich keine konkreten Handlungspflichten, sondern überlassen dem Staat die Wahl der Mittel zur Pflichterfüllung. Erfüllungsmaßstab ist das Untermaßverbot, welches lediglich verlangt, dass der Staat überhaupt tätig wird und keine völlig ungeeigneten Maßnahmen trifft.<sup>97</sup> Auch besteht keine allgemeine Pflicht, bei Erfolglosigkeit einer nach pflichtgemäßem Ermessen ausgewählten Maßnahme automatisch eine weitergehende Maßnahme zu treffen.<sup>98</sup> Allgemein gesprochen dürfte es der Bundesrepublik daher möglich sein, den Anforderungen des Untermaßverbotes zu genügen.

Zu beachten ist dabei auch, dass auf internationaler Ebene spezifische Mittel zur Verfügung stehen, um etwaigen Schutzpflichten nachzukommen. Dies sind z. B. bi- oder plurilaterale Kooperationsformate mit den Aufenthaltstaaten der Schutzberechtigten oder mit Dritt-

staaten oder die Beteiligung in internationalen Organisationen oder sonstigen Einrichtungen, die ihrerseits für den Schutz der Berechtigten tätig werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Aspekt im Klimaschutzgesetzbeschluss ausdrücklich hervorgehoben und die Schutzintensität entsprechend konturiert.<sup>99</sup> Die allgemein gehaltenen Aussagen des Gerichts dürften einer fallspezifischen Handhabung nicht im Wege stehen, bei der jeweils zu eruieren ist, welche völkerrechtlich zulässigen Mittel der Bundesrepublik konkret zur Verfügung stehen.

Grundrechtliche Schutzpflichten können zudem nicht nur im Lichte einschlägigen (Außen-)Verfassungsrechts, sondern auch im Lichte völkerrechtlicher Zuständigkeits- und Verantwortlichkeitsverteilungen betrachtet werden.<sup>100</sup> So weist das Bundesverfassungsgericht z. B. darauf hin, dass eine Schutzpflicht jedenfalls insoweit nicht bestehen dürfte, als die Bundesrepublik zu ihrer Erfüllung gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot verstoßen müsste.<sup>101</sup> Andererseits käme eine extraterritoriale Schutzpflicht grundsätzlich dort in Betracht, wo die Bundesrepublik – z. B. bei effektiver Kontrolle ausländischen Territoriums – zum Tätigwerden in einer die Schutzpflicht erfüllenden Weise faktisch in der Lage und völkerrechtlich zuständig bzw. verantwortlich wäre. Eine solche Konturierung mag zwar kein Allheilmittel sein, zumal völkerrechtliche Normen (wie etwa das Interventionsverbot) ihrerseits umstritten oder konkretisierungsbefürftigt sein können.<sup>102</sup> Jedoch weist das moderne, in vielen Bereichen institutionalisierte Völkerrecht eine insgesamt hohe Dichte an geschriebenen und ungeschriebenen Normen, Einzelfallentscheidungen und Vertragspraxis auf.<sup>103</sup> Es dürften also genug Ansatzpunkte bereitstehen, was nicht zuletzt durch die thematische Streubreite unterstrichen wird, in der bereits jetzt die völkerrechtliche Konturierung nationalen Rechts stattfindet.<sup>104</sup>

Für eine völkerrechtliche Konturierung extraterritorialer Schutzpflichten stehen dogmatische Anknüpfungspunkte bereit, die auch bei Inlandssachverhalten Verwendung finden. Augenfälligstes Beispiel ist das Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung der Grundrechte, bei der das gem. Art. 25, 59 Abs. 2 GG innerstaatlich geltende Völkerrecht als Auslegungshilfe herangezogen wird.<sup>105</sup> Zugleich wären in Anwendung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>106</sup> in be-

92 Becker (Fn. 80), Rn. 28 f.

93 Dazu Dietlein (Fn. 9), S. 120 f.

94 A.A. Felix Ekardt/Franziska Heß, Bundesverfassungsgericht, neues EU-Klimaschutzrecht und das Klima-Ziel des Paris-Abkommens, NVwZ 2021, 1421 (1423).

95 Becker (Fn. 80), Rn. 28 f.

96 Dietlein (Fn. 9), S. 72 f.

97 BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (201 f.); 88, 203 (254); BVerfG, NJW 1996, 651; Peter Badura, Der räumliche Geltungsbereich der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2. Aufl. 2006, § 47 Rn. 19 f.

98 BVerfGE 55, 349 (366).

99 Schlacke (Fn. 74), NVwZ 2021, 914.

100 In diese Richtung auch OVG NRW, Urte. v. 19.3.2019 (Fn. 42), Rn. 113, 200 ff. Ähnlich bereits BVerfGE 100, 313 (362 f.). Allgemein Badura (Fn. 97), Rn. 14.

101 BVerfG, Urte. v. 19.5.2020 (Fn. 2), Rn. 101, in der Sache auch BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 (Fn. 5), Rn. 178.

102 Zum Interventionsverbot Andreas von Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, S. 155, m. w. N.

103 Marauhn/Mengeler/Strobel (Fn. 52), AVR 59 (2021), 344.

104 Siehe z. B. BVerfGE 111, 307 (Sorgerecht); 148, 296 (Beamtenrecht); BVerwGE 134, 1 (Hochschulrecht); BGHZ 212, 173 (Staatshaftungsrecht); BGHSt 45, 321 (Strafprozessrecht); OVG Bautzen, LKV 2007, 320 (Kommunal- und Planungsrecht).

105 BVerfGE 111, 307 (317 ff.); 128, 326 (368 f.); 148, 296 (350 ff.). Zur Abstimmung mit dem Völkerrecht im Kontext extraterritorialer Abwehrrechte BVerfGE 100, 313 (363).

106 BVerfGE 111, 307 (318 f.); 141, 1 (15 ff.).



stimmtem Maße Abweichungen von den inkorporierten völkerrechtlichen Zuweisungsregeln denkbar, wenn und soweit diese Abweichungen in den Grundrechten oder anderen Vorschriften des Grundgesetzes begründet sind.<sup>107</sup>

Schließlich kann das Völkerrecht auch als Mittel zur Erfüllung einer extraterritorialen Schutzpflicht gesehen werden: Wie gesehen, lassen Schutzpflichten die Wahl der Mittel ihrer Erfüllung weitgehend frei. Die Mitgestaltung, Konsentierung und Befolgung völkerrechtlicher Regeln durch die Bundesrepublik dürften in nicht wenigen Fällen taugliche Mittel zur Schutzpflichtenerfüllung sein.

Zusammengenommen dürften diese – allesamt in der allgemeinen Dogmatik angelegten – Grenzen dabei helfen, die für manche Beobachter womöglich beängstigende Idee extraterritorialer Schutzpflichten zu substantiieren. Um ein plakatives Beispiel zu nennen: Eine extraterritoriale Schutzpflicht für das Leben würde z.B. nicht bedeuten, dass die Bundesrepublik zwingend schutzsuchende Menschen aus der ganzen Welt im Bundesgebiet aufnehmen und dort beschützen müsste. Zwar wäre dies, weil Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein Jedermannsgrundrecht ist, nicht bereits aufgrund des persönlichen Schutzbereichs ausgeschlossen. Allerdings wäre die Aufnahme eines Schutzsuchenden im Bundesgebiet nur eine von vielen denkbaren und rechtlich zulässigen Handlungsoptionen, besonders wenn man diese – wie oben skizziert – im Lichte völkerrechtlicher Verantwortungsverteilungsregeln konturiert. Die Leistung direkter Vor-Ort-Hilfe zugunsten Schutzsuchender wäre danach in aller Regel vom Einverständnis des Aufenthaltsstaates abhängig. So könnte die Bundesrepublik grundsätzlich auf bestehende Menschenrechtsverträge verweisen, in denen die Zuständigkeit zum Lebensschutz jedenfalls primär dem jeweiligen Aufenthaltsstaat zugewiesen wird.<sup>108</sup> Eine grundrechtliche Schutzpflicht würde sich hier vor allem darauf beziehen, im Rahmen des Untermaßverbotes sicherzustellen, dass diese menschenrechtlichen Zusicherungen auch hinreichend eingehalten werden.<sup>109</sup>

Auch im Jemen-Fall wäre eine solche Abschichtung, die weniger bei der Frage des Bestehens der Schutzpflicht als bei der Frage ihrer Erfüllung ansetzt, durchaus möglich, wie die Entscheidungen des VG Köln und OVG NRW zeigen. Sie böte zudem den Vorzug, nicht mit neuen dogmatischen Weichenstellungen arbeiten zu müssen, die entweder – wie oben gezeigt – auf wenig überzeugenden Völkerrechtsverständnissen beruhen oder Unterscheidungen einführen, die ihrerseits begründungsbedürftig sind.

Ob und inwieweit die allgemeine Schutzpflichtdogmatik alle extraterritorialen Fallkonstellationen hinreichend erfassen kann, wird noch zu klären sein. Jedenfalls aber erscheint es naheliegend, dass eine grundrechtsdogmatische Normalisierung grundsätzlich auch im Bereich extraterritorialer Schutzpflichten zu angemessenen Ergebnissen führen kann.

### c) Weitere Grundrechtsdimensionen?

Bislang noch ungeklärt sind die möglichen Folgen einer grundrechtsdogmatischen Normalisierung im Hinblick auf weitere extraterritoriale Grundrechtsdimensionen. Ins Auge fallen hier z.B. grundrechtliche Leistungspflichten wie jene zur Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums.<sup>110</sup> Die Auseinandersetzungen dürften hier nicht weniger kontrovers verlaufen als bei Abwehrrechten und Schutzpflichten, zumal die konzeptionellen und praktischen Schwierigkeiten kaum geringer ausfallen dürften. Allein die evidente Gefahr der Überdehnung staatlicher Leistungsfähigkeit und die Aussicht eines von potenziell jedem Menschen einklagbaren subjektiven Leistungsrechts dürfte auch bei Gerichten zu großer Zurückhaltung bezüglich einer grundrechtsdogmatischen Normalisierung bei extraterritorialen Leistungspflichten führen. So knüpft das Bundesverfassungsgericht den Leistungsanspruch an einen Aufenthalt im Inland, freilich ohne dies näher auszuführen.<sup>111</sup>

Wollte man *arguendi causa* das extraterritoriale Szenario dennoch betrachten, erschiene eine grundrechtsdogmatische Normalisierung auch bei extraterritorialen Leistungspflichten nicht von vornherein völlig abwegig. Denn auch hier ist nicht auszuschließen, dass – wie schon bei den Schutzpflichten – unangemessene und die Leistungsfähigkeit des Staates überfordernde Ergebnisse mit den Elementen der allgemeinen Dogmatik auf ein vertretbares Maß begrenzt werden könnten. Aus Inlandsverhalten sind etwa der weite gesetzgeberische Gestaltungsspielraum, der nur einer begrenzten Evidenzkontrolle unterliegt, sowie die Ausrichtung des Leistungsanspruchs auf den jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und der bestehenden Lebensbedingungen bekannt.<sup>112</sup> Auch käme – wie bei Inlandsverhalten<sup>113</sup> – eine Konturierung anhand völkerrechtlicher Standards, Zuständigkeits- und Verantwortungsverteilungen in Betracht.<sup>114</sup> Daher müsste z.B. eine extraterritoriale existenzsichernde Leistungspflicht nicht zu einer weltweiten Zahlung von Grundsicherung führen, sondern könnte womöglich bereits durch die vielfach bereits stattfindende<sup>115</sup> Beteiligung der Bundes-

107 So lässt sich u.a. mit Wortlautunterschieden von Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 1 EMRK begründen, dass das BVerfG die Begrenzung der extraterritorialen Bindung an die Menschenrechte der EMRK auf Gebiete unter „effektiver Kontrolle“ für die Grundrechte des Grundgesetzes nicht übernommen hat, *Schwander* (Fn. 1), S. 190 f.; *Gärditz* (Fn. 82), JZ 2020, 828.

108 Siehe z.B. Art. 1 EMRK, Art. 1 Abs. 1 IPbpR. Zum Konzept der Schutzverantwortung anderer Staaten *Markus Krjewski*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2020, S. 227 ff., m.w.N.

109 *Payandeh/Sauer* (Fn. 57), NJW 2021, 1571.

110 Dazu *Christian Hillgruber*, in Christian Hillgruber/Volker Epping (Hrsg.), Beck Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 48. Ed. August 2021, Art. 1 Rn. 51, m.w.N.

111 BVerfGE 132, 134 (159).

112 BVerfGE 125, 175 (222 ff.); 137, 34 (72); 142, 353 (369 ff.); 152, 68 (112 f.).

113 BVerfGE 132, 134 (162 f.); *Constanze Janda*, Sozialstaat for Future – Der Klima-Beschluss des BVerfG und seine Bedeutung für die Sozialgesetzgebung, ZRP 2021, 149 (151).

114 Z.B. Art. 9, 11 IPwskR, Art. 12, 13 und 30 Eur. Sozialcharta.

115 Überblick in EINEWELT – unsere Verantwortung – Globalisierung gerecht gestalten, 16. Entwicklungspolitischer Bericht der Bundesregierung, 2021, <https://www.bmz.de/>

republik an der internationalen Armutsbekämpfung und Entwicklungszusammenarbeit erfüllt werden (die dadurch zusätzlich normativ abgesichert und legitimiert würde). Dennoch bleibt ungewiss, ob dies ausreichend wäre, um angesichts der oben beschriebenen Schwierigkeiten die Anwendung der allgemeinen Leistungspflichtendogmatik auf Auslandssachverhalte zu rechtfertigen.

#### 4. Praktische Folgewirkungen

Schließlich hat die grundrechtsdogmatische Normalisierung eine Reihe praktischer Konsequenzen, die es zu bewerten gilt. Exemplarisch seien hier die Parlamentarisierung (a) und Judikalisierung (b) der Außenpolitik angesprochen.

##### a) Parlamentarisierung und ‚Außengesetzgebung‘

Die grundrechtsdogmatische Normalisierung beeinflusst nicht nur das auswärtige Handeln der Exekutive, sondern ruft auch den Gesetzgeber auf den Plan. Im Bereich der Abwehrrechte tut sie dies schon wegen des Gesetzesvorbehalts: Wird die allgemeine Grundrechtsdogmatik auch in anderen Bereichen als der BND-Auslandsaufklärung zum Maßstab, könnten auch dort genauere gesetzliche Eingriffsnormen notwendig werden. Zu denken wäre etwa an gesetzliche Grundlagen für militärische Auslandseinsätze, vergleichbar dem bereits existierenden österreichischen Auslandseinsatzgesetz<sup>116</sup>, oder für internationale Polizeieinsätze unter deutscher Beteiligung.

Auch im Bereich von Schutzpflichten dürfte legislatives Handeln zur Pflichterfüllung im Raum stehen. So haben z. B. einige Autoren Verbindungen zum Schutz von Menschenrechten in globalen Lieferketten hergestellt<sup>117</sup> – eine Diskussion, die durch den Karlsruher Klimaschutzgesetzbeschluss weiter befeuert werden dürfte. Die grundrechtsdogmatische Normalisierung prägt insofern auch den (rechts-)politischen Diskurs. Es könnte somit eine neue und elaboriertere Form der ‚Außengesetzgebung‘ ins Haus stehen. Die grundrechtsdogmatische Normalisierung könnte somit letztlich bewirken, dass auswärtiges Handeln parlamentarischer, öffentlicher und vielleicht auch ‚demokratischer‘ wird.

##### b) Einfallstor für eine ‚Vergerichtlichung‘ der Außenpolitik?

Mit am kontroversesten dürfte sein, dass ein zunehmender Grundrechtsschutz die Reichweite und Dichte gerichtlicher Kontrolle und Einwirkungsmöglichkeiten bei extraterritorialen Sachverhalten erweitert. Dies wird schon jetzt mit Skepsis betrachtet,<sup>118</sup> und es dürfte die-

ser Skepsis nicht abhelfen, dass die grundrechtsdogmatische Normalisierung maßgeblich von der Rechtsprechung selbst ausgeht.

Die Diskussion ist freilich zu einem guten Teil eine Spielart der altbekannten Auseinandersetzungen über Rollenzuweisungen und Machtbalance zwischen der Judikative und den anderen Staatsgewalten, die namentlich die Verfassungsgerichtsbarkeit seit ihren Anfängen kontinuierlich begleiten. Hier wie dort sehen sich die Kritiker zunehmend von der Realität einer Rechtsprechung eingeholt, die Primat der Politik, (außen)politische Prärogativen und *acts of state* nicht pauschal als Gründe für richterliche Zurückhaltung anerkennt. Weil die Rechtsprechung sich dabei aber im Rahmen juristischer Auslegungsmethodik bewegt, den Besonderheiten extraterritorialer Fallkonstellationen Raum gibt und nennenswerte außenpolitische Disruptionen bislang nicht zu verzeichnen sind, geraten grundrechtsdogmatische Sonderwege zunehmend unter Rechtfertigungsdruck.

In praktischer Hinsicht kann einer übermäßigen ‚Vergerichtlichung‘ zudem dadurch begegnet werden, dass die Exekutive stärker in die Grundrechtsprüfung eingebunden wird. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Jemen-Entscheidung die Klage u. a. auch deshalb für zulässig gehalten, weil es kein gesetzlich geregeltes Verfahren zur vorherigen Beantragung der von den Klägern begehrten Handlungen bei der Bundesregierung gibt.<sup>119</sup> Die Schaffung entsprechender Verfahren würde – wie auch bei reinen Inlandssachverhalten – den Zugriff der Gerichte auf Auslandssachverhalte auf eine Letztkontrolle begrenzen. Die Normalisierung des Grundrechtsschutzes ermöglicht hier zugleich die Orientierung an im Inlandskontext etablierten Sicherungsmechanismen für die Gewaltenteilung.

## V. Schluss

Wie gesehen, lässt sich in der jüngeren Rechtsprechung die Tendenz feststellen, hinsichtlich der Frage der extraterritorialen Bindung der Grundrechte des Grundgesetzes auf eigens für Auslandssachverhalte entwickelte dogmatische Sonderwege zu verzichten und stattdessen die allgemeine Grundrechtsdogmatik zur Anwendung zu bringen. Diese grundrechtsdogmatische Normalisierung, die sowohl im Bereich der Abwehrrechte als auch der Schutzpflichten nachweisbar ist, führt zu einer teils deutlichen Verstärkung des extraterritorialen Grundrechtsschutzes. Zugleich wirft sie weitreichende rechtswissenschaftliche und praktische Folgefragen auf. Wie in diesem Beitrag gezeigt wurde, gibt es jedoch trotz mancher Komplexität gangbare Wege, um diese Fragen konstruktiv anzugehen. Der grundrechtsdogmatischen Normalisierung und ihren Herausforderungen darf daher mit Zuversicht begegnet werden.

<sup>119</sup> BVerwG, Urt. v. 25.11.2020 (Fn. 4), Rn. 36.

de/aktuelles/entwicklungspolitischer-bericht-der-bundesregierung <29.6.2022>.

<sup>116</sup> Bundesgesetz über die Entsendung von Soldaten zur Hilfeleistung in das Ausland, Österr. BGBl I Nr. 55/2001.

<sup>117</sup> *Schmahl* (Fn. 23), NJW 2020, 2224, m. w. N.

<sup>118</sup> Z. B. *Nettesheim* (Fn. 8), Rn. 220.

## Absonderungen nach dem IfSG – Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung?

Von Dr. Julia Merdian, Bielefeld\*

**Im Zuge der COVID-19-Pandemie ist die Frage relevant geworden, ob die Anordnung von Absonderungen nach dem IfSG im Einklang mit der Verfassung steht. Hierfür ist u. a. maßgeblich, ob die Maßnahme als Freiheitsbeschränkung oder als die intensivere Form – als Freiheitsentziehung – einzuordnen ist. Der nachfolgende Beitrag erörtert diese Einordnung und kommt zu dem Ergebnis, dass die Absonderungen im häuslichen Umfeld als Freiheitsbeschränkungen, Absonderungen in speziellen staatlicherseits vorgegebenen Einrichtungen als Freiheitsentziehungen anzusehen sind.**

### I. Einführung

In seinem Beschluss vom 19. November 2021<sup>1</sup> wies das Bundesverfassungsgericht mehrere Verfassungsbeschwerden in Bezug auf die im Frühjahr 2021 getroffenen Regelungen der bundeseinheitlichen „Notbremse“<sup>2</sup> zurück und erachtete allgemeine Ausgangssperren sowie Kontaktbeschränkungen als formell und materiell verfassungsmäßig. Ungeklärt ist bisweilen die Frage, ob die massenhaft ergangenen Anordnungen „häuslicher Quarantäne“ als ebenso grundrechtskonform zu bewerten sind. Solche Absonderungen greifen in das Recht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Art. 104 GG ein.<sup>3</sup> Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Einordnung dieser Maßnahmen als Freiheitsbeschränkung oder Freiheitsentziehung. Trifft Letzteres zu, ergeben sich gravierende Folgeprobleme von unmittelbar rechtsstaatlicher Relevanz: Freiheitsentziehungen unterliegen gem. Art. 104 Abs. 2 GG dem Vorbehalt richterlicher Entscheidung. Ein solches Verfahren ist allerdings weder gesetzlich in den §§ 28 Abs. 1, 30 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG)<sup>4</sup> normiert noch in der Praxis erfolgt. Aus diesem Grund werden die Maß-

nahmen zum Teil für verfassungswidrig gehalten.<sup>5</sup> Der folgende Beitrag setzt dort an. Er gibt Anregungen zur Unterscheidung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung generell, für die Einordnung spezifischer Maßnahmen und zeigt auf, welche Eingriffsform bei Absonderungsmaßnahmen vorliegt.

### II. Ausgangspunkt: Absonderungsmaßnahmen nach § 30 IfSG

Mit dem IfSG und seiner späteren Ausdifferenzierung hat der Gesetzgeber einen „ordnungsrechtlichen Rahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie“ geschaffen.<sup>6</sup> Gemäß § 1 Abs. 1 IfSG bezweckt das IfSG die Vorbeugung übertragbarer Krankheiten beim Menschen, das frühzeitige Erkennen von Infektionen sowie die Verhinderung ihrer Verbreitung. Hierin, so *Stephan Rixen*, seien „drei sich ergänzende Steuerungsansätze mit einer Fülle sich ergänzender Einzelinstrumente“ zu sehen. Das IfSG sei dabei ein „Fachgesetz angewandter Epidemiologie“, welches einer gefahrenvorsorge- und gefahrenabwehrrechtlichen Logik folge.<sup>7</sup> Zur Verfolgung der genannten Ziele erlaubt § 28 Abs. 1 Satz 1, HS. 2 IfSG als Spezialermächtigung, dass Personen verpflichtet werden können, einen bestimmten Ort nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen. Gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG kann die Behörde eine Absonderung anordnen, soweit es sich um die Übertragung einer in Abs. 1 Satz 1 nicht genannten Krankheit – so auch COVID-19 – handelt.<sup>8</sup> Aus medizinischer Sicht wird bei Absonderungen zwischen der Isolierung und der Quarantäne differenziert.<sup>9</sup> Eine Isolierung betrifft Erkrankte, die Quarantäne betrifft Ansteckungsverdächtige.<sup>10</sup>

Absonderungsadressaten sind verpflichtet, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten und diesen nicht verlassen.

\* Anmerkung der Schriftleitung: Dr. Julia Merdian ist Dozentin an der Hochschule für Polizei und Verwaltung (HSPV NRW) und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte (Prof. Dr. Christoph Gusy) an der Universität Bielefeld. Ihm und Ksenia Dick wird für anregende Diskussionen gedankt.

1 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021, 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21 = NJW 2022, 139.

2 Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, s. BGBl I 2021 S. 802.

3 Dieter Lorenz, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Bd. 1, Stand: 2021, Art. 2 Rn. 871; Philip Kunig/Jörn Axel Kämmerer, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar: GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 143; a. A. OVG Münster, Beschl. v. 13.7.2020, 13 B 986/20.NE, Rn. 46 f.

4 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz) v. 20.7.2000 (BGBl I S. 1045) zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 22.11.2021 (BGBl I S. 4906).

5 Thorsten Kingreen, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 1. Aufl. 2021, Kap. 1 Rn. 66; Andrea Kießling, in: Andrea Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz: IfSG Kommentar, 2. Aufl. 2021, § 30 Rn. 29; ähnlich Daniel Stach, Die häusliche Quarantäne nach Ein- oder Rückreise aus dem Ausland, NJW 2021, 10; Sebastian Kluckert, in: Sebastian Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, Teil 1, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 214; vgl. in anderen Fragen auch Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsfragen der Bekämpfung von AIDS, in: DVBl 1988, 165 (170).

6 Andreas Fleischfresser, in: Sebastian Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, Teil 1, 2. Aufl. 2021, § 18 Rn. 85.

7 Stephan Rixen, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, 1097 m. w. N.; s. auch Ralf Poscher, in: Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 1. Aufl. 2021, Kap. 4 Rn. 73 f.

8 Die Rechtsgrundlage ist von der Behörde zu wählen, s. Hans-Joachim Lutz, in: Peter Häberle (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 1.9.2021, § 28 IfSG Rn. 2 m. w. N.

9 Kießling (Fn. 5), § 30 Rn. 4.

10 Vgl. RKI-Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektions-epidemiologie, Stichwort „Quarantäne“.

Dieser Ort ist entweder ein geeignetes Krankenhaus oder die eigene Wohnung („in sonstiger Weise“<sup>11</sup>). Letzteres stellt insbesondere im Rahmen der SARS-CoV-2-Pandemie den Regelfall dar.<sup>12</sup> Die hier thematisierte Maßnahme nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG ist überdies abzugrenzen von allgemeinen Ausgangsbeschränkungen, die nicht für den Einzelfall, sondern für eine Vielzahl von Fällen bzw. für die gesamte Bevölkerung gilt.<sup>13</sup> Ausgangsbeschränkungen im Sinne von § 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG ergehen als Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG.<sup>14</sup>

### III. Einordnung von Absonderungsmaßnahmen als Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung

Erfolgt durch die Absonderung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Art. 104 GG, so ist dieser rechtfertigungsbedürftig. Eingriffe dürfen nur aus wichtigem Grund erfolgen.<sup>15</sup> Je nachdem, ob der Eingriff letztlich als Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist, bestehen unterschiedliche Anforderungen an diese Rechtfertigung. Während das Erfordernis der Einhaltung des Gesetzesvorbehalts, die Einschränkung durch ein förmliches Gesetz<sup>16</sup>, aus Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG für beide Eingriffsarten gilt, ist speziell der Abs. 2 nur für die intensivere beider Eingriffsformen – die Freiheitsentziehung – einschlägig.<sup>17</sup> Die Freiheitsentziehung erweist sich als spezieller Unterfall der Freiheitsbeschränkung: Jede Freiheitsentziehung ist eine Freiheitsbeschränkung, nicht jede Freiheitsbeschränkung ist dagegen eine Freiheitsentziehung.<sup>18</sup> Die Freiheitsentziehung ist die schwerste Eingriffsform einer Freiheitsbeschränkung<sup>19</sup>, sie meint den Entzug oder die Aufhebung der körperlichen Bewegungsfreiheit „in jede Richtung hin“.<sup>20</sup> Zum Teil wird die Freiheitsentziehung als die „vollständige Suspendierung“ der Fortbewegungsfreiheit des jeweiligen Adressaten bezeichnet.<sup>21</sup>

Für die Abgrenzung werden verschiedene – technische, zeitliche und räumliche – Kriterien zur Ergründung der

Intensität in Rechtsprechung<sup>22</sup> und Literatur vorgeschlagen. Im Folgenden sollen diese Kriterien zunächst für die Freiheitsentziehung aus verfassungsrechtlicher Sicht beschrieben und dann auf verschiedene, zum Vergleich herangezogene Maßnahmen angewandt werden. Auf Basis der verfassungsrechtlichen Erörterung werden staatliche Maßnahmen und schließlich auch Absonderungsmaßnahmen hinsichtlich ihrer Eingriffsqualität eingeordnet.

#### 1. Freiheitsentziehung durch fehlende Wahrnehmbarkeit von Freiheitsrechten

##### a) Verfassungsrechtliche Einordnung

Das Grundrecht auf Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Art. 104 GG genießt einen verfassungsrechtlich hohen Rang.<sup>23</sup> Dies wird nicht zuletzt durch die Formulierung „unverletzlich“ in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG deutlich.<sup>24</sup> Das Grundrecht schützt die körperliche (Fort-)Bewegungsfreiheit als Menschenrecht, d. h. es gewährleistet das Aufsuchen jedes an sich (tatsächlich oder rechtlich) zugänglichen Orts, sich dort aufzuhalten oder diesen zu verlassen.<sup>25</sup> Ein Recht, sich unbegrenzt überall aufhalten zu dürfen, geht damit jedoch nicht einher.<sup>26</sup>

Ermöglicht das Grundrecht das prinzipielle Bewegen an nach der Rechtsordnung aufsuchbare Orte, stellt es nicht nur die notwendige, sondern unverzichtbare Bedingung zur Wahrnehmung oder Verwirklichung anderer Freiheitsrechte dar.<sup>27</sup> Die Wahrnehmung von Freiheiten ist ortsbezogen. Wer bestimmte Orte nicht aufsuchen oder verlassen kann, ist daran gehindert, Sozialkontakte zu pflegen, die eigene Freizeit zu gestalten oder sonstige Freiheiten wahrzunehmen.<sup>28</sup> Die Freiheit der Person ist die Grundlage für sonstigen Grundrechtsschutz, insbesondere wäre die Garantie eines geschlossenen Schutzsystems durch Art. 2 Abs. 1 GG vor allem im Hinblick auf die Grundrechtsfunktion als Abwehrrechte nicht gegeben.<sup>29</sup> *Fabian Wittreck* sieht insoweit eine „Fundierungsfunktion der persönlichen Freiheit“<sup>30</sup>, *Martin Kriele*

11 So auch *Lutz* (Fn. 8), § 28 IfSG Rn. 2.

12 BT-Drs. 3/1888, S. 26; *Kießling* (Fn. 5), § 30 Rn. 14.

13 VGH München, Beschl. v. 3.12.2020, 20 NE 20/2749; zustimmend *Stach* (Fn. 5), NJW 2021, 10.

14 *Rixen* (Fn. 7), NJW 2020, 1097 (1098).

15 BVerfGE 10, 302 (322); 29, 312 (316); 105, 239 (247); 149, 293 (318).

16 Hierzu etwa *Kurt Graulich*, in: Hans Lischen/Erhard Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Kap. E Rn. 560.

17 Stellvertretend für viele s. *Christoph Gusy*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 18 f.

18 Vgl. *Gusy* (Fn. 17), Art. 104 Rn. 18 („gestuftes Verhältnis“); vgl. außerdem BVerfGE 14, 174 (186 f.); 245, 252; 15, 303 (308); 16, 211 (213).

19 BVerfGE 10, 302 (323); außerdem BVerfGE 62, 327.

20 BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (248); 149, 239 (319).

21 *Peter Hantel*, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, 1988, S. 64 ff.; außerdem auch *Alfons Schieder*, Die richterliche Bestätigung polizeilich veranlasster Freiheitsentziehung, KritV 2000, 218 (219 ff.).

22 Siehe Ausführungen in BVerfGE 10, 302 (323); außerdem BVerfGE 105, 239 (248).

23 BVerfGE 65, 317 (322); 104, 220 (234); 105, 239 (247); 109, 133 (157); 109, 190 (236, 239); 117, 71 (95); 128, 326 (372 f.).

24 BVerfGE 35, 185 (190); 109, 133 (157); 128, 326 (372); 130, 372 (388); 156, 63 (127).

25 St. Rspr. s. BVerfGE 94, 166 (198); 156, 63 (127).

26 BVerfGE 94, 166 (198); 96, 10 (21); 105, 239 (248); außerdem stellv. für viele *Gertrude Lübke-Wolf*, Das Asylgrundrecht nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Mai 1996, DVBl 1996, 825 (837).

27 So *Fabian Wittreck*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2005, § 151 Rn. 6; *Eberhard Grabitz*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 130 Rn. 1; BVerfGE 109, 133 (157).

28 *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 20; *Grabitz* (Fn. 27), § 130 Rn. 1; *Albrecht Randelzhofer*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Bd. 1, Stand: 2021, Art. 11 Rn. 9; *Lorenz* (Fn. 3), Art. 2 Rn. 14; *Udo Di Fabio*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Stand: 95. EL 2021, Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Rn. 3.

29 Vgl. *Heinrich Lang*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 51. Ed. V. 15.5.2022, Art. 2 Rn. 84.

30 *Wittreck* (Fn. 27), § 151 Rn. 6.

spricht von der „Mutter aller Grundrechte“ bzw. „Wurzel aller Freiheit“<sup>31</sup>. Dies findet seine systematische Stütze darin, dass die Freiheit der Person zusammen mit der allgemeinen Handlungsfreiheit sowie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit die Komposition elementarer Menschenrechte vervollständigt<sup>32</sup> und dabei an prominenter Stelle in der Verfassung steht.<sup>33</sup> Die Vorschrift und der Zusammenhang zwischen den Garantien bestimmen das Menschenbild der Verfassung.<sup>34</sup> Nicht nur die körperliche Unversehrtheit, sondern auch die körperliche Freiheit gehört zu den grundlegenden Freiheiten in einem Rechtsstaat.<sup>35</sup> Der Mensch entfaltet seine Persönlichkeit dadurch, dass er bestimmte Orte aufsuchen oder diese verlassen kann. Er interagiert anhand des Ortsbezugs mit anderen Menschen, unterhält Beziehungen und kommuniziert. Er ist ein Teil eines Gemeinwesens und Mitglied einer Gesellschaft.<sup>36</sup> Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Mensch seine Persönlichkeit vor allem in sozialen Bezügen verwirklicht.<sup>37</sup> Hierzu ist ein „räumliches Substrat“ erforderlich, in dem der Mensch unbeobachtet kommunizieren kann.<sup>38</sup> Darin klingt ebenfalls ein Ortsbezug von menschlicher Freiheit an. Unerheblich ist nämlich, ob ein Mensch seine Persönlichkeit durch freie Kommunikation am Telefon oder durch ein Gespräch inmitten einer menschlichen Begegnung an einem Ort vollzieht, an dem sich die Beteiligten getroffen haben.

Vor dem Hintergrund der Differenzierung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung könnte daher anzudenken sein, die Eingriffsintensität daran zu messen, inwieweit im Einzelfall die sonstigen, nach dem Grundgesetz verbürgten und geschützten menschlichen Verhaltensweisen durch die Maßnahme beeinträchtigt oder sogar in Gänze verhindert erscheinen. Ist die Freiheitsentziehung die intensivste aller Freiheitsbeschränkungen, so ist anzunehmen, dass diese vorliegt, wenn die Ausübung oder Wahrnehmung anderer Freiheiten stark beschränkt oder gar unmöglich ist. Freiheitsentziehungen führen nicht nur aus körperlicher, sondern vor dem Hintergrund der Bedeutung des Grundrechts auch sonst zu einer vollständigen oder jedenfalls sehr starken Beeinträchtigung der eigenen Verfügungsbefugnis über den Körper und der eigenen Lebensgestaltung.

### b) Wahrnehmbarkeit von Freiheitsrechten durch Ortsbezug bei staatlichen Maßnahmen

Im Folgenden soll erörtert werden, inwieweit die Wahrnehmung von Freiheiten während verschiedener freiheitsbeschränkender Maßnahmen erschwert oder unmöglich ist. Berücksichtigung finden der Strafvollzug,

der nach deutschem Recht nicht vorgesehene Hausarrest, außerdem der Polizeigewahrsam nach § 35 PolG NRW. Schließlich soll im Vergleich zu den verfassungsrechtlich eingeordneten Maßnahmen erörtert werden, wie Freiheiten im Rahmen von Absonderungsmaßnahmen wahrgenommen werden können.

#### aa) Der Strafvollzug nach dem StVollzG

Für den Strafvollzug nach dem StVollzG ist charakteristisch, dass der Aufenthalt der betroffenen Person an einem sehr eng umgrenzten Ort erfolgt. Dem Staat ist durch die engmaschige Überwachung grundsätzlich der jederzeitige Zugriff auf die Person des Gefangenen möglich; dieser ist in die Gegebenheiten bzw. Rahmenbedingungen des Strafvollzugsalltags und der hiesigen Anstalt nach Maßgabe des StVollzG integriert. Der Ort, an dem die Haftstrafe verbüßt werden muss, ist dabei einseitig und verbindlich durch den Staat vorgegeben. Auch, aber nicht nur diese zwingende Vorgabe eines Ortes, der sich der Einwirkung des Betroffenen gänzlich entzieht, streitet für das Vorliegen einer Freiheitsentziehung.<sup>39</sup> Vor allem aber ist die Wahrnehmung von Freiheiten durch das Aufhalten an einem eng umgrenzten und stetig überwachten Ort stark beeinträchtigt. *Klaus Laubenthal* geht davon aus, dass Gefangene sich im Rahmen des Strafvollzugs einer „Überreglementierung“ versehen, der einen allgemeinen Autonomieverlust bewirke.<sup>40</sup> Nicht nur die Bewegungsfreiheit, sondern alle anderen Freiheiten seien beeinträchtigt. Die Zeit des Aufstehens, die Einnahme bestimmter Mahlzeiten,<sup>41</sup> das Ausüben frei wählbarer Tätigkeiten in Form von Beruf oder Freizeitgestaltung und auch die Möglichkeit zur Unterhaltung von Sozialkontakten bzw. menschlicher Interaktion mit diesen unterliegen nicht dem Belieben des Gefangenen.<sup>42</sup> Auch *Michael Heghmanns* betont die Integrierung des Strafgefangenen in die engmaschige Reglementierung des Strafvollzugs nach Maßgabe der §§ 82 ff. StVollzG.<sup>43</sup> Der in § 82 StVollzG genannte Regelungskatalog ist nicht abschließend,<sup>44</sup> z.B. ist der Gefangene verpflichtet Anstaltskleidung zu tragen, er ist regelmäßig Adressat persönlichkeitsrechtsrelevanter Maßnahmen wie Durchsuchungen (§ 84 StVollzG), Besitzverbote (§§ 70 Abs. 2, 83 StVollzG) und hat für Schriftverkehr die Anstaltsressourcen zu nutzen (§ 30 Abs. 1, 3 StVollzG).<sup>45</sup> Weiter besteht nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 StVollzG die Verpflichtung zur Arbeit. Verstöße gegen auferlegte Verhaltensregeln können mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden.<sup>46</sup> Daneben sieht *Laubenthal* insbesondere in der Reglementierung von Sexualkontakten bzw. die „sexuelle Deprivation“ insbesondere heterosexueller Kon-

31 *Martin Kriele*, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, FS für Hans Ulrich Scupin, 1973, S. 187 (205).

32 *Di Fabio* (Fn. 28), Art. 2 Rn. 1.

33 *Wittreck* (Fn. 27), § 151 Rn. 6.

34 BVerfGE 6, 21 (36); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988 S. 31 f.

35 *Peter Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, Kap. C, Rn. 93.

36 *Dieter Lorenz/Christoph Krönke*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Bd. 1, Stand: 2021, Art. 2 Rn. 13.

37 BVerfGE 6, 389 (433); 35, 202 (220); 80, 367 (374).

38 BVerfGE 109, 279 (313 f.).

39 Vgl. *Poscher* (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 127.

40 *Klaus Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 201 f.

41 Hierzu auch *Michael Köhne*, Eigene Ernährung im Strafvollzug, NSTZ 2004, 607.

42 *Alexander Böhm*, Strafvollzug, 2003, S. 92.

43 *Michael Heghmanns*, Fahrverbot, Arbeitsstrafe und Hausarrest als taugliche Instrumente zur Vermeidung von unnötigem Strafvollzug?, ZRP 1999, 297 (301).

44 *Frank Arloth/Horst Krä*, Strafvollzugsgesetze von Bund und Ländern: StVollzG, 5. Aufl. 2021, § 82 Rn. 1.

45 *Matthias Brockhaus*, in: Jürgen Graf (Hrsg.), BeckOK zum Strafvollzugsgesetz Bund, Stand: 21. Ed., § 82 Rn. 3.

46 *Brockhaus* (Fn. 45), § 82 Rn. 5.

takte und nicht zuletzt auch die Trennung von Angehörigen als persönlichkeitsrelevanten Faktor, welche die hohe Eingriffsintensität des Strafvollzugs letztlich begründet.<sup>47</sup> Anhand dieser Eingriffe, die im Rahmen des Strafvollzugs durch und neben der eigentlichen Aufhebung einer Fortbewegungsfreiheit erfolgen, wird deutlich, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht hier im Rahmen der Freiheitsentziehung die Wahrnehmung anderer Freiheiten wie die allgemeine Handlungsfreiheit, die kommunikative Privatsphäre nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 bzw. Art. 10 GG, außerdem auch das Recht zum Unterhalten einer Ehe oder eheähnlichen Beziehung nach Art. 6 GG und das Besitzrecht aus Art. 14 GG nicht nur beeinträchtigt, sondern zum Teil auch in Gänze aufgehoben sind. Ein weiteres, gewichtiges Grundrecht, das Strafgefangenen nicht zukommt, ist das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG. Die Häftlingszelle fällt nach herrschender Auffassung jedenfalls nicht unter den verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff,<sup>48</sup> weil diese anders als die privat genutzte Wohnung gerade nicht der räumlichen Abschottung und dem Bilden und Wahren einer eigenen Privatsphäre, oder dem „Recht in Ruhe gelassen zu werden“<sup>49</sup> dient, sondern vielmehr die Kontrolle von Strafgefangenen bezweckt. Der Gefangene erfährt durch die engmaschige Reglementierung des Strafvollzugs vielfältige und intensive sonstige Beschränkungen der im Grundgesetz garantierten Freiheiten.

#### bb) Der Hausarrest

Der Hausarrest greift ebenso in das Recht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG ein. Nach herrschender Auffassung geht hiermit allerdings nur eine Freiheitsbeschränkung einher. Dem Hausarrest als nach deutschem Recht nicht praktizierte Maßnahme<sup>50</sup> ist eigen, dass der Betroffene für die Dauer der Maßnahme seine Wohnung nicht verlassen darf. Dennoch sei in einem Hausarrest, so *Heghmans*, nur eine Freiheitsbeschränkung zu sehen.<sup>51</sup> Wegen dieser Einordnung wird ausländischer Hausarrest, den der Betroffene in der eigenen Wohnung verbüßt, nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch gem. § 450a StPO nicht auf Strafen nach deutschem Recht angerechnet.<sup>52</sup> Der Hausarrest sei gegenüber einer Haftstrafe aus verschiedenen rechtsdogmatischen Gründen als weniger eingriffsintensiv anzusehen. Anders als bei der Haft fänden die Regelungen der §§ 82 ff. StVollzG über „Tagesablauf, Besitzrechte und Kontrollbefugnisse“ für die Person des unter Hausarrest Gesetzten keine Anwendung. Der Betroffene befände sich in einer „räumlichen Sphäre [...], die prinzipiell auch im rechtlichen Einfluss und Gestaltungsspielraum Dritter (Familienangehöriger, Vermieter)“ liege. Daher besäße die Freiheits-

beschränkung in Form des Hausarrests eher den Charakter einer Auflage, da die betroffene Person selbst im Falle von Verstößen nicht mit einer zwangsweisen Durchsetzung, sondern mit dem Widerruf der Maßnahme und einer Anordnung einer Haftstrafe rechnen muss. Die Fortbewegungsfreiheit, so *Heghmans*, werde somit „nicht einmal rudimentär physisch aufgehoben, sondern nur noch normativ reguliert“.<sup>53</sup>

Wird im Rahmen des Hausarrests dem Betroffenen auferlegt, die eigene Wohnung nicht zu verlassen, wird dadurch zweifellos die körperliche Fortbewegung beschränkt. Jedoch ist dennoch möglich, persönlichkeitsrelevante Entscheidungen eigenständig zu treffen. Auch die Interaktion und Kommunikation mit anderen Menschen verläuft ohne staatliche Kontrolle. Eine sexuelle Deprivation wie im Strafvollzug ist damit nicht gegeben; auch vermögen Ehe- und Lebenspartner sowie sonstige Sozialkontakte weiter gepflegt zu werden. Vor dem Hintergrund der Wahrnehmbarkeit gewichtiger und die Persönlichkeit betreffender Freiheiten ist daher die Eingriffsintensität des Hausarrests um ein Vielfaches geringer als jene des Strafvollzugs anzusehen. Es liegt daher nahe, im Einklang mit der Anrechnungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor diesem Hintergrund eine Freiheitsbeschränkung anzunehmen.

#### cc) Der Polizeigewahrsam nach § 35 PolG NRW<sup>54</sup>

Der Polizeigewahrsam hebt die körperliche Bewegungsfreiheit von Menschen auf. Er stellt „eine der einschneidendsten polizeilichen Standardmaßnahmen dar“.<sup>55</sup> Wegen der Wichtigkeit des Grundrechts auf Freiheit der Person und seines oben dargestellten Persönlichkeitsbezugs darf ein präventiver Polizeigewahrsam nur unter strenger Wahrung der Verhältnismäßigkeit, also nur zum Schutze hochwertiger Rechtsgüter erfolgen; der Grundrechtseingriff darf sich nicht als schlechthin unzumutbar erweisen.<sup>56</sup> Regelmäßig stellt der Polizeigewahrsam eine Freiheitsentziehung dar.<sup>57</sup> Was die Ausübung von anderen Freiheiten während des Polizeigewahrsams betrifft, so ist zu konstatieren, dass auch im Rahmen dieser Maßnahmen vielfältige weitere Grundrechtseingriffe mit der Ingewahrsamnahme einhergehen. Nach nordrhein-westfälischer Gesetzeslage sind in Gewahrsam Genommene gem. § 8 Abs. 1 GewvollzVO im Grundsatz einzeln unterzubringen; eine Ausnahme ist gem. § 8 Abs. 3 GewvollzVO in der Unterbringung von Angehörigen wie Ehegatten, Geschwistern oder Eltern zulässig. Bei der Unterbringung von psychisch Kranken oder Konsumenten von Betäubungsmitteln ist regelmäßig auch eine engmaschige Videoüberwachung erforderlich, um letztlich die Sicherheit des Betroffenen zu gewährleisten. Außerdem sind Polizeibeamte gem. § 2 GewvollzVO berechtigt, weitere

47 *Laubenthal* (Fn. 40), Rn. 204 f.

48 BVerfG, NJW 1996, 2643 (2644).

49 BVerfGE 75, 318 (328); 109, 279 (313).

50 Darstellung und Bewertung bei *Martin Kastner*, in: Christoph Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. 2018, unter „Überwacher Hausarrest“, außerdem *Gudrun Hochmayr*, Elektronisch überwachter Hausarrest – Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich, NStZ 2013, 13.

51 *Heghmans* (Fn. 43), ZRP 1999, 297 (301).

52 BGH, NJW 1998, 767; a.A. bei *Wittreck* (Fn. 27), § 151 Rn. 20; *Gusy* (Fn. 17), Art. 104 Rn. 21.

53 *Heghmans* (Fn. 43), ZRP 1999, 297 (301).

54 Exemplarisch wird hier auf die nordrhein-westfälische Rechtslage eingegangen, die weitgehend auf die Parallelvorschriften anderer Bundesländer übertragbar sind.

55 Stellvertretend für viele *Vincent Basteck*, in: Markus Möstl/Dieter Kugelmann (Hrsg.), BeckOK zum Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 20. Ed. 1.12.2021, PolG NRW, Vorb. zu § 35.

56 Vgl. BVerfGE 128, 326 (372).

57 Vgl. BVerfGE 62, 325 (327); BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (248).

Maßnahmen anzustellen: Erlaubt sind die Datenerhebung und Befragung nach Maßgabe des § 9 PolG NRW, außerdem Identitätsfeststellungen nach § 12 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 PolG NRW, Durchsuchungen von Sachen nach § 40 PolG NRW und Sicherstellungen nach § 43 PolG NRW. Ein Zugang zu Druckschriften, Hörfunk oder Fernsehen sind gem. § 12 GewvollzVO nur zulässig, soweit dies mit dem Zweck der Ingewahrsamnahme vereinbar ist. Zugang zu Hörfunk und Fernsehen erhalten ungeachtet dessen nur diejenigen, die länger als zehn Tage im Polizeigewahrsam verbringen.

#### *dd) Absonderungsmaßnahmen nach § 30 IfSG*

Der Regelfall der Absonderung besteht in der umgangssprachlich als häusliche Quarantäne bezeichneten Form, wobei Betroffene sich in der eigenen Wohnung aufhalten.<sup>58</sup> Nur in (reglementierten) Ausnahmefällen erfolgt die Absonderung an anderen, staatlich vorgegeben Orten und außerhalb der eigenen Wohnung, etwa dann, wenn der Betroffene gem. § 30 Abs. 2 IfSG den seine Absonderung betreffenden Anordnungen nicht nachkommt oder anhand seines bisherigen Verhaltens die Prognose zu stellen ist, dass er Absonderungsanordnungen nicht oder nur unzureichend Folge leisten wird. In diesen Fällen werden Erkrankte in abgeschlossenen Krankenhäusern oder Teilen eines solchen untergebracht, Ansteckungsverdächtige und Ausscheider können auch in anderen Einrichtungen untergebracht werden. Insoweit bezieht sich ein behördliches Auswahlermessen hinsichtlich dieser Schutzmaßnahmen nur auf die prognostische Fortbildung des bisherigen Verhaltens oder sonstiger im Einzelfall bestehender Umstände, die es nahelegen, von dem Regelfall der Anordnung einer häuslichen Absonderung abzuweichen.<sup>59</sup>

Für die Absonderung in der eigenen Wohnung ist kennzeichnend, dass die Betroffenen hinsichtlich der allgemeinen Wahrnehmung von Freiheiten bzw. Freiheitsrechten sowie ihrem Privatsphäreschutz ähnlich wie bei dem Hausarrest gestellt sind. Während die Häftlingszelle nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts wegen ihres primären Zwecks der Überwachung von Gefangenen nicht unter den sachlichen Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG fällt,<sup>60</sup> ist die Wohnung eines unter Hausarrest Gestellten von dem verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff umfasst, sodass Betroffenen der entsprechende Schutz zukommt. Da der von einer Maßnahme nach § 30 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 30 Abs. 2 IfSG Betroffene sein häusliches Umfeld zwangsläufig verlassen muss, ist er hinsichtlich dieser Pflicht eher mit einem Fall der Haft in einer Strafvollzugsanstalt oder einer Unterbringung nach PsychKG vergleichbar. Hierauf sind gem. § 30 Abs. 2 Satz 4 IfSG nicht zuletzt auch die Vorschriften des FamFG über freiheitsbeschränkende Maßnahmen anwendbar.

Die Persönlichkeitsentfaltung und das Unterhalten zwischenmenschlicher Kontakte der eigenen häuslich-sozialen und eventuell auch nach Art. 6 Abs. 1 GG geschütz-

ten ehelichen bzw. partnerschaftlichen Umgebung, die Wahrnehmung von Freizeitaktivitäten nach Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere auch durch Verwendung des Wohnungsinventars als Teil des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG und die damit verbundene Handlungsvielfalt sind in der eigenen Wohnung besser umsetzbar und flexibler als in einer Absonderungseinrichtung. Mit anderen Worten: Der sich in der eigenen Wohnung Absondernde verweilt in seinem gewohnten Umfeld und kann grundsätzlich dadurch alles tun, was er sonst auch innerhalb der Wohnung tun kann – er darf diese eben nur nicht verlassen, wodurch sein Aufenthaltsort normativ, aber nicht unmittelbar physisch geregelt wird. Im Einzelfall kann ein räumliches Abschotten von Mitbewohnern erforderlich sein, etwa wenn diese nicht absonderungspflichtig sind. Wie der Aufenthalt ansonsten selbst innerhalb der Wohnung individuell ausgelebt wird, steht im Belieben des Betroffenen. Der in einer Einrichtung Abgesonderte verweilt in einer Einrichtung, die er selbst nicht ausgewählt hat und ist auf die dort befindlichen Gegenstände und Optionen für seine Freizeitgestaltung begrenzt. Er kann die Einrichtung grundsätzlich auch nicht oder nur schwer unbeobachtet verlassen, was eine direkte physische Wirkung offenbart. Möglich ist hierbei auch eine Trennung des Betroffenen von seinen Mitbewohnern und damit von seinen sozialen Kontakten. Dieser Eindruck wird verstärkt durch die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Unterbringung in Absonderungseinrichtungen. Gemäß § 30 Abs. 3 IfSG hat der in Einrichtungen Abgesonderte vielfältige Maßnahmen zu dulden, die die individuelle Alltagsgestaltung und auch den Kontakt nach außen leicht oder sehr stark begrenzen.

Auf Basis der verschiedenen Eingriffsintensitäten der Absonderungsmaßnahmen liegt es nahe, hinsichtlich der Wahrnehmung von sonstigen Freiheiten die Absonderung in der eigenen Wohnung als Freiheitsbeschränkung, die Absonderung in festgelegten Einrichtungen als Freiheitsentziehung anzusehen. Es ist indes nicht von der Hand zu weisen, dass Abgesonderte auch im häuslichen Umfeld bzw. in der eigenen Wohnung bestimmte andere Freiheiten ebenfalls nicht wahrnehmen können. So ist ihnen der Zugang zu öffentlichen Versammlungen nach Art. 8 GG verwehrt, auch das Partizipieren an Gottesdiensten als Ausdruck der Glaubensfreiheit ist jedenfalls nicht in Präsenz möglich. Hierbei ist auch zu beachten, dass angesichts der COVID-19-Pandemie generell eine hohe Zahl zum Teil intensiver Grundrechtseingriffe flächendeckend für alle Menschen auferlegt wurde. Der Gottesdienstbesuch gestaltete sich nicht nur für Abgesonderte unmöglich.<sup>61</sup>

## *2. Freiheitsentziehung durch Überschreitung einer bestimmten Dauer*

Vor dem Hintergrund, dass die Freiheitsentziehung die eingriffsintensivere Form darstellt, gilt: Je länger der Eingriff andauert, umso wahrscheinlicher ist eine Freiheitsentziehung. Erweist sich die Maßnahme als kurz-

58 BT-Drs. 3/1888, S. 26.

59 Vgl. Lutz (Fn. 8), § 28 IfSG Rn. 1.

60 BVerfG, NJW 1996, 2643 (2644).

61 Vgl. Darstellung bei Jens Kersten/Stephan Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 27 ff.

fristig,<sup>62</sup> so ist eher von einer Freiheitsbeschränkung auszugehen.<sup>63</sup>

#### a) Verfassungsrechtliche Einordnung

Die Einordnung anhand der Eingriffsdauer begegnet dem Problem, dass die Maßnahme aus der ex-ante Sicht womöglich nicht als Freiheitsentziehung, sondern als Freiheitsbeschränkung erscheint. Es müsse jedoch schon aus ex-ante-Sicht feststehen, welche Intensität die Maßnahme erreichen wird, ob also eine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung vorliegt, um die verfahrensrechtlichen Gegebenheiten, insbesondere den Richtervorbehalt aus Art. 104 Abs. 2 GG einzuhalten.<sup>64</sup> Der Einordnung anhand des zeitlichen Kriteriums könnte aber womöglich ein materielles Zeitverständnis zugrunde zu legen sein: Entscheidend ist demnach, dass ab demjenigen Zeitpunkt, bei dem aus ex-ante-Sicht des handelnden Beamten eine Freiheitsentziehung anstelle einer anfangs eventuell angenommenen Freiheitsbeschränkung vorlag, die verfahrensrechtlichen Anforderungen zu erfüllen sind. Anders ausgedrückt: Solange aus der ex-ante Sicht eine Freiheitsbeschränkung vorliegen wird, weil der Eingriff etwa erst seit sehr kurzer Zeit andauert und eine alsbaldige Freilassung binnen weniger Minuten vermutet wird, ist noch keine Freiheitsentziehung gegeben. Dauert der Eingriff jedoch faktisch länger an und die Freiheitsbeschränkung erstarkt zu einer Freiheitsentziehung, so muss im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben im Sinne des Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG „unverzüglich“ eine richterliche Entscheidung herbeigeführt werden. Dieses Verständnis basiert auf der Annahme, dass jede Freiheitsentziehung zu einer gewissen Dauer erst einmal eine Freiheitsbeschränkung sein kann und nach fortschreitender Zeit zu einer Freiheitsentziehung werden kann, aber nicht zwingend muss.<sup>65</sup> Dies entspricht dem allgemeinen Stufenverhältnis von Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung, wonach die Freiheitsentziehung einen Unterfall der Freiheitsbeschränkung darstellt. Wegen Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG muss eine richterliche Entscheidung im Vorfeld jedoch erfolgen, wenn von Anfang an feststeht, dass eine Freiheitsentziehung erfolgt.<sup>66</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss zur Fixierung von Patienten<sup>67</sup> nach dem PsychKG eine Zeitgrenze von 30 Minuten festgelegt.<sup>68</sup> Nach Überschreitung dieser Zeit liege eine Freiheitsentziehung vor, bei einer Unterschreitung sei von einer Freiheitsbe-

beschränkung auszugehen. Jedenfalls aber kann die vom Bundesverfassungsgericht festgelegte Grenze von 30 Minuten nicht als starres und hinreichendes Abgrenzungskriterium verstanden werden. Zwar werden einhellig Bereiche genannt, auf welche die zeitliche Faustformel übertragbar<sup>69</sup> sein soll. Jedenfalls aber ist es wohl anwendbar, wenn der Eingriff für die Betroffenen besonders schwerwiegend und insbesondere überraschend erfolgt, sodass die Möglichkeiten der betroffenen Person, Rechtsschutz zu ersuchen, als vermindert oder eingeschränkt anzusehen sind.<sup>70</sup> Hiermit korrespondieren die bei Freiheitsentziehungen unverzüglich herbeizuführende richterliche Entscheidung und ihr Sinn und Zweck. Im Bereich psychiatrischer Unterbringung von Patienten benennt das Bundesverfassungsgericht eine besondere Bedrohungslage der Bewegungsfreiheit. Für Betroffene, so das Bundesverfassungsgericht, bestehe eine „besonders bedrohlich[e]“ Form der Freiheitsbeschränkung, was mit Zwangsbehandlungen von krankheitsbedingt nicht mehr Einsichtsfähigen zu vergleichen sei.<sup>71</sup>

#### b) Maßnahmendauer als (alleiniges) Einordnungskriterium bei Absonderungsmaßnahmen?

Im Falle der häuslichen Absonderungsmaßnahmen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG entfällt die besondere Bedrohungslage oder gar das beim Polizeigewahrsam oftmals auftretende Überraschungsmoment, das mit der Maßnahme einhergeht. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten eingeschränkt seien; vielmehr steht dem Betroffenen die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO offen, da bei Anordnungen nach § 30 Abs. 1, 2 IfSG regelmäßig die sofortige Vollziehung erklärt wird. Eine allein zeitlich enge oder gar ausschließlich zeitliche Einordnung verbietet sich angesichts der fehlenden besonderen Bedrohungslage: Dass die Anordnung nicht überraschend erfolgt, lässt sich mit der allgemeinen Situation in der globalen Pandemie erklären. Auch in der Rechtsprechung des EGMR zur Überprüfung eines allgemeinen Lockdowns wird dargelegt, dass „es [...] in der modernen Gesellschaft häufig Situationen [gäbe], in denen die Öffentlichkeit aufgerufen sein kann, Einschränkungen der Freizügigkeit oder der Freiheit im Interesse des Gemeinwohls hinzunehmen.“<sup>72</sup> Für die Frage, ob dabei eine Freiheitsentziehung nach Art. 5 EMRK vorliegt, seien nicht nur Art, Dauer, Auswirkungen und Durchführung der Maßnahme, sondern auch die Begleitumstände heranzuziehen. *Anna Leisner-Egensperger* erkennt angesichts einer Vielzahl intensiver Grundrechtsbeschränkungen „pandemische Umbrüche“ und einen Wandel des generellen Freiheitsverständnisses

62 So *Graulich* (Fn. 16), Kap. E Rn. 563 mit Verweis auf BVerwGE 62, 325 (327); BGHZ 82, 261 (269).

63 BVerfGE 105, 239 (250); *Adalbert Podlech*, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans Peter Schneider/Eckehart Stein (Hrsg.), *Alternativ-Kommentar*, Bd. III, Art. 104 Rn. 36 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 104 Rn. 23; *Christoph Degenhart*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 5a.

64 *Gusy* (Fn. 17), Art. 104 Rn. 21.

65 So ähnlich BVerfGE 10, 302 (323): „Es braucht hier nicht umfassend untersucht zu werden, ob überall, wo ein materielles Gesetz eine Freiheitsbeschränkung erlaubt, eine richterliche Entscheidung notwendig wird, wenn sich die Freiheitsbeschränkung zur Freiheitsentziehung steigert.“

66 *Graulich* (Fn. 16), Kap. E Rn. 566.

67 BVerfGE 149, 293.

68 BVerfGE 149, 293 (313).

69 Siehe hierzu *Vincent Rodenbusch*, Die Fixierungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Juli 2018 und ihre Folgen für parallele Anordnungsfälle, NSTZ 2019, 10; kritische Anmerkungen zur Praxistauglichkeit finden sich bei *Inga Marquadt/Johannes Fuß*, Das ärztliche Zeugnis bei Fixierungen im Justizvollzug – eine interdisziplinäre Betrachtung, NJOZ 2020, 1345.

70 *Gusy* (Fn. 17), Art. 104 Rn. 39 m. w. N.

71 BVerfG, Beschl. v. 10.6.2015, 2 BvR 1967/12, Rn. 22 mit Verweis auf BVerfGE 128, 282 (301).

72 EGMR, Entscheidung v. 20.5.2021, NR. 49933/20 = NJW 2021, 2101.



in der Gesellschaft dahingehend, dass der Staat einen „normativen Rahmen“ geschaffen hat, „in dem der Mensch die Pflichtseite seiner Subjektstellung leben kann“ und hierdurch nicht zuletzt die „Voraussetzung seiner Freiheit“ sowie die eigene Würde sichert.<sup>73</sup>

Dagegen geht *Andrea Kießling* davon aus, dass die erhebliche Zeitdauer von 14 Tagen bei Absonderungsmaßnahmen als zugrunde gelegte Ansteckungsphase von COVID-19 dafür spricht, dass eine Freiheitsentziehung vorliegt.<sup>74</sup> Aus ihrer Sicht erweist sich jede Anordnung einer Absonderung im Rahmen des § 30 IfSG als rechtswidrig, weil die erforderliche richterliche Entscheidung weder einfachgesetzlich normiert ist noch in der Praxis herbeigeführt wurde. Auch die Anordnung einer Quarantäne in der eigenen Wohnung sei eine Freiheitsentziehung. Diese allein zeitliche Einordnung von Absonderungsmaßnahmen wird jedoch den Besonderheiten dieser Maßnahme nicht gerecht. Das zeitliche Kriterium kann – wie bereits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angedeutet – nur dann hinreichendes Abgrenzungskriterium werden, sofern die zeitliche Dimension verbunden mit anderen Umständen zu einer Situation führt, die aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes einen intensiveren Eingriff nahelegt. Es ist aber nicht ersichtlich, dass dies in Fällen von Absonderungsmaßnahmen § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG zutrifft. Die zeitliche Dimension ist letztlich ein Indiz für die Einordnung, gewinnt aber nach hier vertretener Auffassung an Flexibilität, soweit die übrigen heranzuziehenden Kriterien der Eingriffsintensität vergleichsweise sich als weniger gewichtig erweisen. Im Folgenden wird die Eingriffsintensität daher – im Einklang mit den Ausführungen des EGMR zur Einordnung anhand sämtlicher Begleitumstände – aus anderen Gesichtspunkten erörtert. Als problematisch erweist sich jedoch derjenige Fall, in dem die Dauer der Absonderung angesichts ausbleibender Genesung und weiterer Ansteckungsgefahr über den Zeitraum von 14 Tagen hinaus verlängert wird.

### 3. Freiheitsentziehung anhand rechtlicher Konsequenzen bei Zuwiderhandlungen als psychischem Druck

Als weiteres Abgrenzungskriterium von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung hat sich die Anwendung von Zwang bzw. die staatliche Intention hinsichtlich der Maßnahme etabliert.<sup>75</sup>

#### a) Verfassungsrechtliche Einordnung

Es wurde bereits festgestellt, dass die Freiheitsentziehung die intensivste aller Eingriffsformen im Rahmen des Grundrechts auf Freiheit der Person darstellt. Als in der Literatur umstritten erweist sich die Frage, welche Anforderungen an psychische Zwangswirkungen freiheitsbeschränkender Maßnahmen zu stellen sind, um den jeweiligen Eingriff vor diesem Hintergrund als Freiheits-

entziehung anzusehen. *Christoph Degenhart* geht davon aus, dass „das bloße Gebot, sich in einem bestimmten Raum aufzuhalten bzw. das Verbot, ihn zu verlassen, [...] für sich gesehen noch keine Freiheitsentziehung“ darzustellen vermöge. Eine solche sei erst anzunehmen, sofern der „tatsächliche Erfolg der Aufhebung der Bewegungsfreiheit“ mit anderen Hemmnissen wie Kontrollsystemen oder etwa der Furcht vor Sanktionen verbunden sei.<sup>76</sup> Für Freiheitsentziehungen, so *Hans Jarass*, sei ein Zwangselement charakteristisch. Ein solches bestehe in dem Einsatz unmittelbaren Zwangs und dessen Androhung, außerdem in der Verwendung physischer Sicherungen wie Türschlösser oder das Verabreichen einer Medikation.<sup>77</sup>

In seinem Urteil zur Bundesnotbremse konstatiert das Bundesverfassungsgericht, dass auch die psychische Zwangswirkung einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 iVm Art. 104 GG darstellen kann.<sup>78</sup> Eingriffe, so das Gericht, können „auch bei staatlichen Maßnahmen mit lediglich psychisch vermittelt wirkendem Zwang vorliegen, wenn deren Zwangswirkung im Ausmaß und Wirkungsweise einem unmittelbaren Zwang vergleichbar ist.“ Das Gericht erörterte die psychisch vermittelte Zwangswirkung im Rahmen von nächtlichen Ausgangsbeschränkungen und befand die Intensität als für einen Eingriff hinreichend. Es legte jedoch dar, dass ein drohendes Bußgeld im Falle einer Zuwiderhandlung für sich genommen nicht ausreichte, um diesen Eingriff zu bejahen.<sup>79</sup> Auch die bloße Möglichkeit, darüber hinaus Adressat einer gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahme zu werden, vermöge allein nicht den Eingriff in das Grundrecht zu begründen; stattdessen erwog das Gericht bei Ausgangsbeschränkungen einen spezifischen Bezug zu der menschlichen Fortbewegung, der letztlich die Anforderungen eines Eingriffs erfüllt. Außerdem sei die Maßnahme „selbstvollziehend“, zumal eine Kontrolle der Einhaltung von Ausgangsbeschränkungen „einfach zu bewerkstelligen“ sei.

Insgesamt ist der Auffassung zu folgen, dass der Freiheitsentziehung als intensivste Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit ein Zwangselement immanent ist. Die Zwangswirkung kann in (intensiver) staatlicher Beobachtung, in der physischen Verschlusswirkung oder in dem psychischen Druck durch Pönalisierung des Zuwiderhandelns bestehen.

#### b) Sanktions- und Vollzugsdogmatik bei Zuwiderhandlungen im Rahmen staatlicher Maßnahmen

##### aa) Strafvollzug

Im Hinblick auf die Zwangs- und Beobachtungswirkung von Freiheitsentziehungen ist für den Strafvollzug zunächst festzustellen, dass die Überwachung engmaschig erfolgt. Die dichte Reglementierung des Strafvollzugs

<sup>73</sup> *Anna Leisner-Egensperger*, Die Freiheit und ihr Schutz, NJW 2021, 2415 (2417).

<sup>74</sup> *Kießling* (Fn. 5), § 30 Rn. 29; ähnlich *Stach* (Fn. 5), NJW 2021, 10; *Kluckert* (Fn. 5), § 2 Rn. 214.

<sup>75</sup> *Wittreck* (Fn. 27), § 151 Rn. 22.

<sup>76</sup> *Degenhart* (Fn. 63), Art. 104 Rn. 7.

<sup>77</sup> *Hans Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 17. Aufl. 2022, Art. 104 Rn. 11 m. w. N.; a. A. bei *Gusy* (Fn. 17), Art. 104 Rn. 22.

<sup>78</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 (Fn. 1), Rn. 242 ff.

<sup>79</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 (Fn. 1), Rn. 247.

mitsamt aller Ge- und Verbote trifft auf eine stetige und beinahe lückenlose Beobachtung. Gemäß § 121 StGB ist das Ausbrechen strafbar, soweit Gewalt gegen sachliche Verwahrungs- oder Abschlusseinrichtungen, außerdem gegenüber bewachende Personen eingesetzt wird.<sup>80</sup> Dabei kommt es nicht auf die Erheblichkeit der Kraftentfaltung an. Vielmehr genügt das Maß an Kraft, das zu der Überwindung einer konkreten Abschlussvorrichtung aufgewendet werden muss.<sup>81</sup> Das gewaltfreie Ausbrechen dagegen ist nicht mit einer Strafe, ebenso nicht mit einer Geldbuße bedroht. Die Kombination aus intensiver Beobachtung und zum Teil Sanktionscharakter von jedenfalls einem weit zu verstehenden gewalttätigen Ausbruch sprechen hier für eine starke Zwangswirkung und damit erneut für die Einordnung als Freiheitsentziehung.

#### bb) Ausgestaltung bei Absonderungsmaßnahmen

Die Sanktionssystematik des IfSG bzw. die Regelung entsprechender Folgen möglichen Zuwiderhandelns spricht ebenfalls für die Annahme, dass eine Absonderung in Form der häuslichen Quarantäne als Freiheitsbeschränkung, die Unterbringung in einer Einrichtung dagegen als Freiheitsentziehung anzusehen ist. Gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG ist der Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG als Ordnungswidrigkeit eingeordnet, ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 oder § 30 Abs. 2 IfSG ist gem. § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG als Straftat zu ahnden. Die im IfSG normierte Sanktionssystematik legt damit nahe, dass das Unrecht eines Verstoßes gegen die häusliche Quarantäne hinter jenem einer Zuwiderhandlung gegen die Unterbringung in einer staatlicherseits zu bestimmenden Quarantäneeinrichtung zurückbleibt. Straftaten, so das Bundesverfassungsgericht, gelten als sozial-schädlich und seien „für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich“.<sup>82</sup> In der Folge zieht die Tatbestandsmäßigkeit des § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG lediglich eine Geldbuße gem. § 73 Abs. 2 IfSG nach sich; der Betroffene hat in diesem Sinne also keine „Strafe“ zu befürchten, sondern eine Ahndung durch die zuständige Ordnungsbehörde. Eine Strafe ist im Gegensatz zu einer Ordnungswidrigkeit als ultima ratio zu betrachten, da es die intensivste Form staatlicher Intervention zugunsten des Rechtsgüterschutzes darstelle.<sup>83</sup> Die Frage, ob eine bestimmte Handlung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit sanktionsbewährt ist, obliegt der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers, der den Unrechtsgehalt der Handlung dabei frei festzulegen vermag.<sup>84</sup>

80 Jens Dallmeyer, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK zum StGB, Stand: 53. Ed., § 121 Rn. 6.

81 Nikolaus Bosch, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 121 Rn. 20.

82 BVerfGE 120, 224 Rn. 35.

83 Ebd.

84 BVerfGE 27, 18 (30); 45, 272 (289); 51, 60 (74); 80, 182 (186); 96, 10 (26).

Das Zwangselement fehlt bei Absonderungsmaßnahmen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG, sofern Absonderungssatsen sich in der eigenen Wohnung aufhalten können. Denn die Wohnung ist nicht nur unverschlossen. Sie wird auch nicht ständig staatlich beobachtet und ist aus faktischen Gründen nur rudimentär kontrollierbar. Anders als bei nächtlichen Ausgangssperren, wo sich die Kontrolle wesentlich einfacher gestaltet, können Verstöße gegen die auferlegte Absonderung in der eigenen Wohnung allein aus Gründen fehlender personaler Kapazitäten nicht in Gänze von Ordnungsämtern und Polizei geahndet werden, weil diese letztlich nicht erkannt werden. Darin ist ein strukturelles Vollzugsdefizit zu sehen. Es ist fraglich, ob aus empirischer Sicht die Bedrohung mit einem Bußgeld oder die anschließende Unterbringung in einer Absonderungseinrichtung nach § 30 Abs. 2 IfSG – sofern ein Verstoß überhaupt staatlicherseits zur Kenntnis genommen wird – ausreicht, um das Zwangselement zu begründen, das eine Freiheitsentziehung erfordert.<sup>85</sup> Bei Absonderungsmaßnahmen in überwachten und verschlossenen Einrichtungen nach § 30 Abs. 2 IfSG ist jenes Element allerdings gegeben. Hierfür spricht wie oben dargestellt auch die Ahndung von Zuwiderhandlungen als Straftaten.

#### IV. Fazit

Eine Einordnung der Absonderungsmaßnahmen als Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung fällt nicht leicht. Die bloße Einordnung anhand der zeitlichen Dauer überzeugt angesichts der besonderen Lage, dass sich Absondernde nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG in ihrer Wohnung befinden und keiner verminderten Rechtsschutzmöglichkeit ausgesetzt sind, nicht. Vielmehr sind die verschiedenen Formen der Absonderung im Lichte des allgemeinen Grundrechtsschutzes vor allem wegen der Grundrechte als Abwehrrechte als Abgrenzungskriterium heranzuziehen. Vor diesem Hintergrund scheint es vertretbar, die Absonderung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG als Freiheitsbeschränkung, jene nach § 30 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 IfSG als Freiheitsentziehung anzusehen. Hierfür spricht auch das strukturelle Vollzugsdefizit, das sich insbesondere bei der rudimentären Kontrollmöglichkeit der Einhaltung der Maßnahmen und damit auch bei der Ahndung von Verstößen ergibt. Die Absonderung in der eigenen Wohnung erhält hierdurch einen Auflagencharakter und erscheint anders als andere Formen der Freiheitsentziehung jedenfalls weniger engmaschig geregelt. Die künftige Einordnung der Maßnahme durch das Bundesverfassungsgericht wird jedenfalls weitreichende Folgen von rechtsstaatlicher Relevanz im Hinblick auf Entschädigungsansprüche haben.

85 Dafür Kluckert (Fn. 5), § 2 Rn. 214.

**Viele Informationen finden Sie auch auf [www.doev.de](http://www.doev.de)**

## Öffentliche Wahrnehmung der Wirtschaftsprüfung?

### – Zum Streit über die Verstaatlichung der Wirtschaftsprüfung –

Von Professor Dr. Ralf Gerhards, Mannheim\*

**Immer wieder, zuletzt im Zuge des Wirecard-Bilanzskandals sowie im Zuge der Betrugsvorwürfe gegen die Adler Group, steht die Wirtschaftsprüfung in der Kritik. Dabei sind weder Pauschalverurteilungen der gesamten Wirtschaftsprüfungsbranche noch relativierende Verweise auf Einzelfälle angebracht. Zwischen der Marktlösung einerseits und der staatlichen Übernahme der Wirtschaftsprüfung andererseits mag ein Modell indiziert sein, welches einen Mittelweg aufzeigt. Dieses Modell muss das Kardinalproblem der Wirtschaftsprüfung lösen, nämlich das gesetzliche Erfordernis zur Prüfung von Jahresabschlüssen zu trennen von den berufsständischen Interessen einer Beauftragung zur Abschlussprüfung durch die prüfungspflichtige Gesellschaft. Denn: Die wirtschaftliche Abhängigkeit der Wirtschaftsprüfer von ihren Auftraggebern ist Kern des Problems.**

### I. Reaktionen auf Krisensituationen und Bilanzskandale

#### 1. Regulatorik

Die Voraussetzungen für die Zulassung der für die Abschlussprüfung zuständigen Personen sowie die Mindestanforderungen an die Durchführung dieser Prüfungen sind in der Richtlinie 2006/43/EG<sup>1</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates bzw. der Änderungsrichtlinie 2008/30/EG<sup>2</sup> festgelegt. Ziel ist es, die Transparenz und damit auch das Vertrauen in die Abschlussprüfung zu erhöhen. Das ursprünglich von der Europäischen Kommission formulierte Ziel, ebenfalls den Wettbewerb unter den Abschlussprüfern zu stärken, wurde im Verlauf der Beratungen weitgehend aufgegeben.

Infolge der Finanzkrise der Jahre 2008 fortfolgende wurden die Bestimmungen durch Verordnung Nr. 537/2014<sup>3</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates auf die Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse ausgedehnt. Im Jahr 2016

wurde diese Verordnung zusammen mit der Richtlinie 2014/56/EU<sup>4</sup>, in der es vor allem um die Forderung nach Instrumenten zur Sicherstellung einer durchgängigen, kritischen Grundhaltung des Abschlussprüfers sowie um eine Unterbindung von Interessenkonflikten geht, über das Abschlussprüfungsreformgesetz (AReG<sup>5</sup>) umgesetzt. Im Kern geht es hierbei um Regelungen zur externen Rotation des Abschlussprüfers. Die berufs- und aufsichtsrechtlichen Teile der EU-Abschlussprüferreform wurden dann über das Abschlussprüferaufsichtungsreformgesetz (APAReG<sup>6</sup>) umgesetzt.

Die Häufigkeit, in der Rechtsänderungen im Umfeld der Abschlussprüfung vollzogen wurden, zeigt, dass keine zufriedenstellenden Ergebnisse erzielt wurden. Die jeweiligen vorhergehenden Veränderungen und Novellierungen haben sich offensichtlich als nicht effektiv erwiesen. Daran hat auch der semi-staatliche Eingriff in die Bilanzkontrolle wenig geändert. Denn auch das Bilanzkontrollgesetz<sup>7</sup> aus dem Jahr 2004, das die Bilanzkontrolle von Wirtschaftsprüfung und Aufsichtsrat um die ergänzende Kontrolle (oder Aufsicht) durch die privatrechtlich organisierte Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung<sup>8</sup> und der BaFin ergänzt, hat weitere Bilanzskandale nicht verhindern können. So sieht sich der Gesetzgeber 2021 als Reaktion auf den Wirecard-Bilanzskandal genötigt, mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)<sup>9</sup> weiter staatlich in die Wirtschaftsprüfung einzugreifen. Insbesondere wird durch das FISG die Haftung der Wirtschaftsprüfer deutlich verschärft, sowie im neuen § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG explizit hervorgehoben, dass sich der Prüfungsausschuss auch mit der Qualität der Abschlussprüfung befassen muss. Die Bildung eines Prüfungsausschusses wird mit dem ebenfalls neuen § 107 Abs. 4 Satz 1 AktG für Aufsichtsräte von Gesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse darstellen, nunmehr verbindlich.

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Autor ist Professor für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Rechnungswesen, an der Dualen Hochschule Baden-Württemberg, Mannheim.

1 Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates.

2 Richtlinie 2008/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.3.2008 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen im Hinblick auf die der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse.

3 Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission.

4 Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen.

5 Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse.

6 Gesetz zur Umsetzung der aufsichts- und berufsrechtlichen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse.

7 Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen v. 15.12.2004.

8 Gemäß § 342b HGB.

9 Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz) v. 1.7.2021.

Jedenfalls wird nicht erst durch die Kündigung des Anerkennungsvertrages mit der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR e.V.) durch das Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz zum 31. Dezember 2021, gerade aufgrund des Wirecard-Skandals, klar, dass Handlungsbedarf für eine nachhaltige und grundlegende Reform des Enforcements besteht. Schlussendlich ist eine nachhaltige Verbesserung allein schon durch die immer größer werdende Erwartungslücke und das damit verbundene Schwinden des Vertrauens der Öffentlichkeit in Qualität, Belastbarkeit und Verlässlichkeit von Jahresabschlüssen und Jahresabschlussprüfungen dringend indiziert.

## 2. Einschätzungen und Reaktionen

Die staatlichen Eingriffe in die Wirtschaftsprüfung stellen bereits ein deutliches Signal dar, dass die Übertragung der Prüfungspflicht auf privat rechtlich organisierte Wirtschaftsprüfer nicht zu den erwünschten Ergebnissen geführt hat. Beklagte das Institut der Wirtschaftsprüfer schon mit einer Stellungnahme zum Regierungsentwurf des FISG das massive Eingreifen in die Geschäftsmodelle der Wirtschaftsprüfer mit der Folge, dass die Qualität der Abschlussprüfung sinken werde<sup>10</sup>, so wurde nach dem Beschluss des Gesetzes gemutmaßt, das FISG würde den Finanzplatz Deutschland schwächen, sowie zu einem Anstieg der Konzentration im Prüfungswesen führen. Darüber hinaus würden Fälle wie Wirecard auch künftig nicht verhindert werden können.<sup>11</sup>

Gegenläufig zur berufsständischen Einschätzung werden Rufe laut, aus der Mitverantwortung der Wirtschaftsprüfung an den Bilanzskandalen der Vergangenheit endlich Konsequenzen zu ziehen. Schon 2008 war zu lesen, es sollten den Wirtschaftsprüfern Grenzen gezogen werden. Für Auswahl und Beauftragung der Wirtschaftsprüfer sei eine neutrale (staatliche) Aufsichtsbehörde besser geeignet, sonst sei, wie sich inzwischen bewahrheitete, der nächste Bilanzskandal vorprogrammiert.<sup>12</sup>

Ebenfalls im Zuge der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise, ab etwa 2008, wurde vom damaligen EU-Kommissar *Michel Barnier* auf die „systemischen Risiken“ der Marktkonzentration in der Wirtschaftsprüfung hingewiesen. Er hege erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit der derzeit üblichen Bilanzprüfung und erwog, dass sich Unternehmen ihre Wirtschaftsprüfer nicht mehr selbst aussuchen dürften.<sup>13</sup> Im Zuge der Cum-Ex Ge-

schäfte wurde die hohe Anzahl an Mängeln in der Abschlussprüfung beklagt<sup>14</sup> und im Zuge des Wirecard-Skandals wurden die „zweifelhaften Methoden der Wirtschaftsprüfer“ kritisiert und, vor allem, eine Trennung von Beratung und Wirtschaftsprüfung gefordert.<sup>15</sup> Ebenfalls im Zuge des Wirecard-Skandals wurde das „technologische Hinterherhinken“ der Kontrolleure und Aufsichtsbehörden kritisiert. Die Wirtschaftsprüfung als „Kind des Industriezeitalters“ sei nicht auf die Digitalisierungs- und Datenökonomie ausgerichtet und daher immer einen Schritt zurück und nie auf Augenhöhe. Die durch technologische Innovationen entstehenden neuen „Umgebungsmöglichkeiten“ führten, trotz testierter Bilanzierung, zwangsläufig zu Skandalen.<sup>16</sup>

Der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (AKBR) konstatiert hierzu, dass das geltende System in Fällen, bei denen Anlass für die Vermutung von Unregelmäßigkeiten oder gar Betrug besteht, Schwächen aufzeige. Gleichzeitig wird jedoch betont, dass eine Verstaatlichung der Abschlussprüfung nicht empfohlen werde. Interessanterweise wird in der Begründung für eine Ablehnung einer Verstaatlichung der Abschlussprüfung auf schwierige verfassungs- und berufspolitische Fragen Bezug genommen, sowie auf Probleme in der Praktikabilität staatlich organisierter Abschlussprüfungen. Auf das Problem der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Abschlussprüfer von ihren Auftraggebern wird indes nicht eingegangen. Stattdessen wird ein Drei-Säulen-Modell zur Bilanzkontrolle vorgeschlagen.<sup>17</sup> Mit diesem Modell wird jedoch primär versucht, Unregelmäßigkeiten in der Abschlussprüfung besser erkennen und sanktionieren zu können und weniger, das Aufkommen solcher Unregelmäßigkeiten überhaupt zu reduzieren und damit das Problem an der Wurzel zu packen.

10 Vgl. IDW, Das FISG schadet der Qualität der Wirtschaftsprüfung, <https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/idw--das-fisg-schadet-der-qualitaet-der-wirtschaftspruefung/128458> <28.6.2022>.

11 Vgl. IDW, FISG wird Finanzplatz schwächen, <https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/idw--fisg-wird-finanzplatz-schwaechen/130224> <28.6.2022>.

12 Vgl. *Patrick Straßer/Daniela Devantier-Stern*, Setzt den Wirtschaftsprüfern Grenzen, *Zeit online* v. 20.10.2008, [https://www.zeit.de/online/2008/43/wirtschaftspruefer-finanzkrise?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/online/2008/43/wirtschaftspruefer-finanzkrise?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) <28.6.2022>. Vgl. schon *Martin Richter*, Die Sicherung der aktienrechtlichen Publizität durch ein Aktienamt, 1975.

13 Vgl. *Ruth Berschens* u.a., EU will Marktmacht der Wirtschaftsprüfer zerschlagen, *Handelsblatt* v. 13.10.2010, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/mehr-transparenz-eu-will-marktmacht-der-wirt>

[schaftspruefer-zerschlagen/3561476-all.html?ticket=ST-129-88404-owKdNf2WSmbC2mxFOx4C-ap6](https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/wer-kontrolliert-die-kontrolleure-wirtschaftspruefer-werden-selbst-nur-lasch-geprueft/25401818.html) <28.6.2022>.

14 Vgl. *Nico Beckert*, Wirtschaftsprüfer werden selbst nur lasch geprüft, *Tagesspiegel* v. 9.1.2020, <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/wer-kontrolliert-die-kontrolleure-wirtschaftspruefer-werden-selbst-nur-lasch-geprueft/25401818.html> <28.6.2022>.

15 Vgl. *Thorsten Mumme*, Jetzt geraten die zweifelhaften Methoden der Wirtschaftsprüfer in den Fokus, *Tagesspiegel* v. 24.7.2020, <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/folgendes-wirecard-skandals-jetzt-geraten-die-zweifelhaften-methoden-der-wirtschaftspruefer-in-den-fokus/26028276.html> <28.6.2022>.

16 Vgl. *Thomas Straubhaar*, Das Wirecard-Versagen offenbart die Rückständigkeit der Kontrolleure, *Welt* v. 2.7.2020, <https://www.welt.de/wirtschaft/article210873329/Zeitalter-der-herkoemmlichen-Wirtschaftspruefung-ist-abgelaufen.-html> <28.6.2022>.

17 Vgl. AKBR (Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft), Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei der Rechnungslegung einschließlich Betrug – Stellungnahme des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft: Denkbare weitere Schritte zur Reform von Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle und Corporate Governance, [https://bilanzrecht.uni-koeln.de/sites/ak-bilanzrecht/user\\_upload/200710\\_StN\\_AKBR\\_Reform\\_Bilanzkontrolle\\_fin.pdf](https://bilanzrecht.uni-koeln.de/sites/ak-bilanzrecht/user_upload/200710_StN_AKBR_Reform_Bilanzkontrolle_fin.pdf) <28.6.2022>.

## II. Verstaatlichung der Abschlussprüfung als Option?

### 1. Grundlagen

Ob die Abschlussprüfung eine öffentliche Aufgabe darstellen mag oder nicht,<sup>18</sup> sei dahingestellt. Denn jedenfalls übt der Wirtschaftsprüfer kein staatliches Amt aus. Der Beruf der Wirtschaftsprüfer zählt vielmehr zu den freien Berufen. Der historische Zweck der Wirtschaftsprüfung und die Gründung des Instituts der Wirtschaftsprüfer (bzw. seines Vorgängers, dem Institut für das Revisions- und Treuhandwesen) liegt denn auch in der Unterstützung des Aufsichtsrates begründet, der in den Unternehmenskrisen der 1930er Jahren versagt habe.<sup>19</sup> In der Folge ist neben der Übertragung der Durchführung von Abschlussprüfungen auf die Wirtschaftsprüfer (§ 319 HGB) eine, zumindest teilweise, staatliche Bilanzaufsicht hinzugekommen. Die Beantwortung der Frage, ob die Aufgabe des Wirtschaftsprüfers damit zu einer staatlichen Aufgabe geworden ist, ob der Wirtschaftsprüfer (zumindest teilweise) hoheitliche Befugnisse besitze, oder, wenn denn, besitzen sollte, ist dabei vermutlich nicht entscheidend. Vielmehr kann, mit Blick auf die Bilanzskandale der Vergangenheit und mit Blick auf die Unmöglichkeit, verlässliche Angaben über eine Dunkelziffer nicht entdeckter Bilanzdelikte zu machen,<sup>20</sup> mit einigem Recht auf ein Marktversagen bei der privatrechtlich organisierten Durchführung von Abschlussprüfungen geschlossen werden. Denn der Staat hat mit der Etablierung eines Enforcementprozesses offensichtlich auf Marktdefizite reagiert. Über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht wirkt der Staat direkt in die Bilanzkontrolle ein und über das DPR indirekt, indem der Staat Überwachungs- und Kontrollaufgaben zusätzlich auf ein privatrechtlich organisiertes Gremium übertragen hatte.

Der Abschlussprüfer übt eine staatliche Funktion aus, die auch grundsätzlich durch staatliche Organisationen wahrgenommen werden könnte. Der damit verbundene Eingriff in den Markt mag indiziert sein, wenn der Staat ein Marktversagen feststellt. Es gibt allerdings keine objektiven Maßstäbe, ab wann die Übernahme einer Aufgabe durch den Staat zwangsläufig zu erfolgen habe. Andererseits ist zu beachten, dass auch die öffentliche Wahrnehmung von Aufgaben zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann (Staatsversagen). Es bedarf also einer Abwägung, staatliche Eingriffe in den Markt als „Ultima Ratio“ einerseits nicht grundsätzlich auszu-

schließen, dabei aber andererseits die Wahrung des berufsrechtlichen Besitzstandes im Auge zu behalten.

### 2. Staat oder freie Berufe – oder Synthese?

Ob die Durchführung der Abschlussprüfung verstaatlicht werden sollte, wird immer wieder und kontrovers diskutiert. Neben berufsrechtlichen Belangen geht es bei der Diskussion allerdings, allem voran, um die Frage, welche Form der Abschlussprüfung, die staatliche oder die über den Markt, die besseren Ergebnisse liefert. Im Kern lassen sich die Argumente auf zwei Basisansichten reduzieren. Die Befürworter einer staatlichen Lösung sehen in der Durchbrechung der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Abschlussprüfer vom beauftragenden Unternehmen das zentrale Argument für eine staatliche Abschlussprüfung. Die Befürworter einer privatrechtlichen Abschlussprüfung argumentieren, diese Vorgehensweise sei die effizientere Lösung.

Die Unabhängigkeit der Prüfer vom zu prüfenden Unternehmen ist durch eine staatliche Abschlussprüfung grundsätzlich total. Die fehlende wirtschaftliche Abhängigkeit und, vielleicht auch eine grundsätzlichere Unvoreingenommenheit, können zu einem objektiveren Prüfungsergebnis führen. Nachteilig ist aber, dass die mit dem Unternehmen in keinerlei Weise verbundenen Prüfer nur schwer das gesamte wirtschaftliche Umfeld der zu prüfenden Unternehmen beurteilen können. Gerade dies ist jedoch für ein ausgewogenes Urteil über den Jahresabschluss letztlich unerlässlich. Wirtschaftsprüfer kennen durch bereits erfolgte Abschlussprüfungen und auch durch Beratungstätigkeiten das wirtschaftliche Umfeld dieser Unternehmen.<sup>21</sup> Die über die Beratungstätigkeiten gewonnenen Informationen können zu qualitativ belastbareren Prüfungsurteilen führen, weil durch zusätzliche Informationen mehr Transparenz gewonnen werden kann. Der Informationsstand bleibt jedoch, allen Mitwirkungsverpflichtungen der Unternehmen zum Trotz, asymmetrisch zugunsten der Unternehmen verteilt. Dies kann von den Unternehmen opportunistisch ausgenutzt werden (moral hazard).

Dass die privatwirtschaftliche organisierte Abschlussprüfung effizienter sei als die staatliche Abschlussprüfung wird zunächst damit begründet, dass eine zeitnahe Prüfung der Jahresabschlüsse und damit die Zeiteffizienz durch behördliches Prüfungspersonal schwer zu erreichen sei. Dies lägen die Erfahrungen aus den steuerrechtlichen Betriebsprüfungen nahe. Darüber hinaus stelle sich die Frage, welche Aufgaben die staatlichen Prüfer für den Rest des Jahres (nach der „busy season“) übernehmen könnten. Daraus wird gefolgert, dass eine staatliche Abschlussprüfung gravierende Effizienz Nachteile gegenüber der privatwirtschaftlichen Alternative habe.<sup>22</sup> Für diese Schlussfolgerung gibt es jedoch keine Evidenz und entsprechende Ausführungen müssen daher als unbelegte Unterstellungen qualifiziert werden. Für die Zeit nach der Prüfungsphase gäbe es für die staatlichen Prüfer adäquate Betätigungsmöglichkeiten.

18 Der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ ist nicht definiert. Sie leitet sich vielmehr aus einem festgestellten öffentlich-rechtlichen Interesse ab. Dieses Interesse kann für die Abschlussprüfung (zumindest) von Kapitalgesellschaften gefolgert werden, wenn mit Verweis auf § 325 HGB die Offenlegung des Jahresabschlusses, des Lageberichts, den Bestätigungsvermerk oder den Vermerk über dessen Versagung bzw. den Bericht des Aufsichtsrates einschließlich der Erklärung nach § 161 AktG zu erfolgen hat.

19 Vgl. dazu *Christopher Koch*, Die öffentlich-rechtliche Stellung des Wirtschaftsprüfers im internationalen Kontext (insbesondere EU), *Der Konzern*, 11–12/2005, 723 ff.

20 Vgl. *Volker Peemöller/Stefan Hofmann*, Bilanzskandale: Delikte und Gegenmaßnahmen, Berlin 2005, S. 237. Siehe auch grundsätzlich ebd., 3. Aufl. 2020, S. 433 ff.

21 Vgl. *Michael Strickmann*, Die Verstaatlichung der Jahresabschlussprüfung bringt keinen Vorteil, aber erhebliche Nachteile, *WP Praxis* Nr. 11/23.10.2013, 214 ff.

22 Vgl. *Strickmann* (Fn. 21), *WP Praxis* Nr. 11, 216 ff.

ten. Naheliegender ist, sie beispielsweise für die Vorbereitung und Prüfung öffentlicher Abschlüsse einzubeziehen, bei denen die Flexibilität bei der zeitlichen Organisation der Prüfung größer ist als es bei der Prüfung privatwirtschaftlicher Abschlüsse der Fall ist. Zeitnah geprüfte und publizierte Jahresabschlussinformationen dienen den Interessen der Märkte. Diese Interessen sind bei öffentlichen Abschlüssen zumindest weniger stark indiziert. Jedenfalls würde die öffentliche Finanzkontrolle von entsprechend ausgebildeten, staatlichen Prüfern profitieren. Diese könnten auch als interne Berater fungieren, etwa bei der geplanten Einführung von European Public Sector Accounting Standards (EPSAS).

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich weder die staatliche noch die privatwirtschaftliche Durchführung der Abschlussprüfung als überlegen erweist.

### III. Modell einer Trennung der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Wirtschaftsprüfer von den Unternehmen

Wenn sich weder die privatwirtschaftliche noch die staatliche Wahrnehmung der Abschlussprüfung als überlegen erweist, kann eine Synthese aus beiden Optionen zu Mehrwerten führen. Dazu sei ein dreistufiges Modell vorgeschlagen. Es soll darin einerseits die freiberufliche Durchführung der Abschlussprüfung beibehalten werden, andererseits die Entkopplung der Prüfung von der Erteilung des Bestätigungsvermerks erfolgen. Das vorgeschlagene Modell kann für Public Interest Entities (PIE) vorgesehen werden.

In der *ersten Stufe* können, fakultativ, Beratungen der Unternehmen in Fragen der Jahresabschlusserstellung erfolgen. Ziel dieser Beratungen ist es insbesondere, Unklarheiten, Spezialfragen und den Einsatz der Informationstechnologie bei der Erstellung des legalen Reportings zu diskutieren. In einer *zweiten Stufe* sind, nunmehr obligatorisch, durch die jeweiligen Organe der jahresabschlusspflichtigen Gesellschaft, freiberufliche Abschlussprüfer zu bestellen. Die in dieser Stufe ausgewählten Abschlussprüfer dürfen nicht bereits in der ersten Stufe beratend tätig gewesen sein. Die externe Rotation wird auf fünf Jahre gesetzt. Damit kann die in der Wirtschaftsprüferordnung für die interne Rotation vorgesehene Frist von fünf Jahren übernommen werden.<sup>23</sup> In der zweiten Stufe werden die Jahresabschlüsse geprüft und münden in eine *Empfehlung* zur uneingeschränkten Erteilung des Bestätigungsvermerks, zur eingeschränkten Erteilung des Bestätigungsvermerks bzw. zur Vergabe des Nichterteilungsvermerks. In der *dritten Stufe* erfolgen, auf Basis der Empfehlungen der Abschlussprüfer, Prüfungen durch eine staatliche Einrichtung, etwa durch die BaFin. Diese Einrichtung ist dann für die Erteilung bzw. für die eingeschränkte Erteilung des Bestätigungsvermerks bzw. für die Vergabe des Nichterteilungsvermerks verantwortlich. Kommt die staatliche Einrichtung zu einem anderen Ergebnis als die Abschlussprüfer, so erfolgen Abstimmungen unmittelbar zwischen der staatlichen Einrichtung und den Ab-

schlussprüfern. Die Prüfergebnisse aus der zweiten Stufe sowie alle Daten, auf denen die Empfehlungen der Abschlussprüfer basieren, sind in eine Audit Cloud einzustellen. Dabei handelt es sich um eine von der staatlichen Einrichtung bereitzustellende Plattform im Internet, auf der sämtliche prüfungsrelevante Daten abgelegt werden können und auf die „24/7“ zugegriffen werden kann. Diese Daten können mit zusätzlichen Daten ergänzt oder angereichert werden, wenn diese für die Verbesserung des Prüfungsergebnisses von Nutzen sind. Dabei kann es sich beispielsweise um Daten aus dem Bereich von „Social Media“ handeln oder um Daten von Ratingagenturen. Ebenfalls können makroökonomische Daten, etwa vom Statistischen Bundesamt, in die Auswertungen einbezogen werden. Hieraus könnten sich Hinweise auf Geschäftsrisiken, etwa eines Wirtschaftsbereichs, ergeben.

Diese Form der Datenablage hat den Vorteil, dass die staatliche Einrichtung moderne Technologien (cloud services) anwenden kann, die, etwa in Form von Algorithmen zur Künstlichen Intelligenz, zu einer belastbareren Validierung der vorgelegten Informationen und damit zu einer belastbareren Erteilung oder der Versagung des Bestätigungsvermerks führen kann.

Tab. 1: Dreistufenmodell der Abschlussprüfung

	erste Stufe	zweite Stufe	dritte Stufe
Grad der Verbindlichkeit	fakultativ	obligatorisch	obligatorisch
Ziel	Klärungen von Rechnungslegungsfragen, Einsatz moderner Informationstechnologien (Industrie 4.0)	Prüfung des Jahresabschlusses und Vergabe einer Empfehlung zum Bestätigungsvermerk	Prüfung des Jahresabschlusses und Erteilung bzw. Versagung des Bestätigungsvermerks
Beratung	ja	nein	nein
Prüfung	nein	ja, mit Empfehlung	ja, mit verbindlichem Ergebnis hinsichtlich der Testatsvergabe

Quelle: Eigene Darstellung.

### IV. Einsatz der Informationstechnologie als Kontrollinstrument: Techniken im Umfeld von Industrie 4.0

#### 1. Möglichkeiten

In der Wahrnehmung der Kontrollfunktion sollte sich die staatliche Einrichtung jener Technologien bedienen, welche auch in der Wirtschaftsprüfung diskutiert und bereits angewendet werden. Die Notwendigkeit, diese Industrie 4.0-Technologien einzusetzen, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Geschäftsprozesse der Unternehmen digitalisiert ablaufen können und auch die Prüfergebnisse der Abschlussprüfer mit Techniken der Industrie 4.0 zustande gekommen sein können. Dies lässt sich sinnvollerweise auch nur mit den gleichen Techniken durch die staatliche Einrichtung kontrollieren, um

<sup>23</sup> Vgl. § 43 Abs. 6 Satz 2 WPO.

Medienbrüche, Schnittstellen und technische Disharmonien zu vermeiden.

- Der Einsatz dieser Technologien kann dazu führen,
- dass durch die selektive Nutzung von Massendaten (Big Data) die Prüfung auf den Grundsatz der Unternehmensfortführung (going concern) zu belastbareren Ergebnissen gerade in kritischen Fällen führen kann,
  - dass durch Textmining in Fällen des Prüfens von Verträgen (etwa bei Leasingverträgen, bei Kundenaufträgen oder bei der Zuordnung von Finanzgeschäften zu finanziellen Vermögenswerten, finanziellen Verbindlichkeiten oder Eigenkapitalinstrumenten) Zusammenhänge erkannt werden können,<sup>24</sup>
  - dass Textmining auch bei der Prüfung des Lageberichts auf Worthülsen und damit auf die Belastbarkeit der dort bereitgestellten Informationen sinnvoll eingesetzt werden kann,
  - dass künstliche Intelligenz Anomalien in den Daten zum Jahresabschluss aufdecken kann und
  - dass durch künstliche Intelligenz verlässlichere Plausibilitätsprüfungen von Prognose- und Schätzwerten (etwa bei der Bewertung von Rückstellungen) durchgeführt werden können.

Die digitalen Technologien können Informationsdefizite reduzieren und damit zu besseren Prüfergebnissen führen. Statt sich auf Stichproben zu beziehen, ermöglichen automatisierte Big Data Prüfungen Vollerhebungen.

## 2. Grenzen

Die Ergebnisse aus der Anwendung moderner Informationstechnologien haben eine Entscheidungsunterstützungsfunktion. Nach wie vor ist das kritische Einordnen dieser Ergebnisse durch den Entscheidungsträger, hier also der staatlichen Prüfstelle, unerlässlich. Denn, zum einen, könnten die Ergebnisse aus der Anwendung moderner Technologien etwa Scheinkorrelationen ausweisen. Ob eine errechnete Korrelation auch Kausalität bedeutet, muss letztlich der Entscheidungsträger einschätzen. Der Gefahr einer Pseudoverlässlichkeit digital erzeugter Daten kann durch kritische Distanz<sup>25</sup> bei der Auswertung dieser Daten begegnet werden. Zum anderen sind die Ergebnisse nur insoweit valide, wie es auch die zugrunde gelegten Primärdaten sind. Gerade in Zeiten, in denen immer mehr Daten generiert werden, sind besonders hohe Anforderungen an die Primärdatenqualität zu stellen.

<sup>24</sup> Vgl. dazu etwa *Oliver Thomas/Max Leimkühler/Florian Remark/Karsten Thomas*, Konzeption, Implementierung und Einführung von KI-Systemen in der Wirtschaftsprüfung, WPg, 9/2021, 551 ff.; Vgl. dazu auch *David Rapp/Johannes Pampel*, Zur Akzeptanz künstlicher Intelligenz in der Abschlussprüfung, WPg, 11/2021, 678 ff.

<sup>25</sup> Darunter zählt auch das „Bauchgefühl“.

## V. Fazit, Ausblick und offene Fragen

Unstrittig ist die Situation der Abschlussprüfung seit einiger Zeit als unbefriedigend zu qualifizieren. Die Einführung von Gesetzessurrogaten (Corporate Governance, sonstiges „Soft Law“) hat letztlich genauso wenig zu einer grundlegenden Verbesserung der Verlässlichkeit von Jahresabschlussprüfungen geführt, wie die privatrechtlich organisierte Bilanzkontrolle über die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung. Eine Entkopplung berufsständischer Interessen von einer für die Jahresabschlussadressaten belastbaren Aussagekraft des Prüfungsergebnisses kann dazu führen, dass die Erwartungslücke verkleinert wird und, das bliebe zu hoffen, Bilanzskandale weniger wahrscheinlich werden. Die bei der Übertragung der Erteilung des Bestätigungsvermerks auf eine staatliche Organisation aufkommende Frage nach der Finanzierung bleibt zu klären. Eine Option wäre, die Kosten durch einen Fonds der prüfungspflichtigen Unternehmen aufzufangen. Durch eine verbindliche Prüfung zur Erteilung einer Empfehlung für oder gegen die Erteilung des Bestätigungsvermerks und durch die daraufhin erfolgende Prüfung und Erteilung bzw. Versagen des Testats durch eine staatliche Organisation, können die Prüfungskosten für die betroffenen Unternehmen steigen. Ob die staatlichen Prüfungskosten alternativ über Steuern finanziert werden sollten, ist politisch zu entscheiden. Für die Wahl dieser Option gibt es Gründe. Die gängige Praxis einer nachträglichen Korrektur von Steuerbescheiden bei Insolvenzen, ausgelöst durch geschönte, und dennoch testierte Jahresabschlüsse, und damit mögliche Steuerrückforderungen<sup>26</sup> durch die Insolvenzverwalter, muss den Prüfungskosten entgegen gerechnet werden. Entgegen gerechnet werden müsste ebenfalls das grundsätzliche öffentliche Interesse an einer größtmöglichen Belastbarkeit von publizierten Unternehmensabschlüssen. Durch Bilanzskandale in der Unternehmensentwicklung getäuschte Anleger und der kreditvergebende Bereich würden durch eine unabhängige Prüfung stärker geschützt werden können. Darüber könnten Kollateralschäden für den Finanzplatz Deutschland reduziert werden, wenn mit einer staatlichen Übernahme der Vergabe von Testaten Bilanzskandale vermindert würden.

Die Übernahme der Testierung von Jahresabschlüssen durch eine staatliche Einrichtung bedingt, dass sowohl einschlägig qualifiziertes Humankapital rekrutiert als auch die technologische Infrastruktur aufgebaut werden muss. Für die Prüfungsdurchführung muss daher ein Vorgehensmodell konzipiert werden.

<sup>26</sup> Nach § 41 Abs. 2 der Abgabenordnung sind Scheingeschäfte und Scheinhandlungen für die Besteuerung unerheblich. In Bezug auf vorsätzlich falsche Jahresabschlussdaten erfolgen Steuerrückerstattungsansprüche nicht zwangsläufig.

**Media-Service**  
**07 11 7863-7223**

## Buchbesprechungen

**Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht – Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht; 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2020, XXXVII, 1447 Seiten, geb., 220,- €.**

**Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht – Band 3: Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes; 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2021, 1500 Seiten, geb., 220,- €.**

Mit den hier zu besprechenden Bänden 2 und 3 des umfangreichen Lehrbuches von *Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder*, also dem früheren „Achterberg/Püttner“, wird die 4. Auflage dieses Werkes komplett, von der der 1. Band schon früher erschien und entsprechend früher rezensiert wurde (vgl. DÖV 2020, 986). Wie schon in dieser Rezension vorgetragen, besitzt das 3-bändige Lehrbuch zum besonderen Verwaltungsrecht ein Alleinstellungsmerkmal unter den Lehrbüchern. Man kann jedem, der im öffentlichen Recht arbeitet, nur wünschen, Zugriff auf die aktuelle Auflage zu haben. Das Werk hebt sich vor allem durch zwei Umstände hervor, zum einen, dass das besondere Verwaltungsrecht umfassend dargestellt wird, und zum anderen, dass dies nach ähnlichen Kriterien vorgenommen wird. Die Bedeutung der einzelnen Abschnitte für den Leser ist sehr unterschiedlich, was dem Wert des Gesamtwerkes aber keinen Abbruch tut. Abschnitte, die sich auf Gebiete beziehen, bei denen die Länder die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz innehaben und bei denen es keinen Musterentwurf gibt, haben naturgemäß einen anderen Charakter als Abschnitte, die sich auf die Gebiete beziehen, bei denen der Bund die Gesetzgebungskompetenz besitzt oder gar zusätzlich noch die Verwaltungskompetenz. Weiter ist die Bedeutung eines Beitrages auch davon abhängig, wie viele alternative Darstellungen es gibt. Die Darstellung zum Kommunalrecht und Polizeirecht konkurriert etwa mit einer Vielzahl von guter Ausbildungsliteratur, während in Bereichen des Agrarrechts, Katastrophenschutzrechts, Technikrechts, und Lebensmittelrechts die entsprechenden Beiträge faktisch für sich alleine stehen. Schließlich bleiben die Darstellungen auch an die grundsätzliche Konzeption als Lehr- und Handbuch gebunden. Die Breite, die die jeweiligen Abschnitte abdecken, wird durch die Bedeutung des jeweiligen Gebietes für die Ausbildung mitbestimmt und nicht nur durch deren Bedeutung für Praxis und Wirtschaft. So ist etwa das Telekommunikationsrecht, gemessen an seiner Bedeutung, mit zu geringem Umfang versehen.

Angesichts der Mammutleistung, die hinter der Konzeption eines solchen Buches steht, überrascht es nicht, dass die Konzeption nicht bei jeder Neuauflage neu überdacht wird. Daher ähnelt die 4. Auflage von der Struktur, den Autoren, den Beiträgen und dem Umfang weitgehend der 3. Auflage. Im Vergleich zur 3. Auflage hat sich bei den Bänden 2 und 3, ebenso wie schon bei Band 1, wenig getan. Der Umfang und der Preis sind jeweils um ca. 10 %

angestiegen, neue Abschnitte sind nicht hinzugekommen. Zwei Abschnitte haben neue Autoren gefunden, das europäische Sicherheitsrecht mit *Bettina Schöndorf-Haubold* und das Polizei- und Ordnungsrecht mit *Hermann Pünder*. Einige erscheinen mit neuen Co-Autoren, wie der Abschnitt zum Straßenrecht (nun unter Mitarbeit von *Wolfgang Durner*), das Naturschutzrecht (nun unter Mitarbeit von *Benedikt Huggins*) und das Wehr- und Zivilverteidigungsrecht (nun mit *Ralf Brinktrine*).

In Zukunft wären leichte Verschiebungen allerdings denkbar. So könnte man darüber nachdenken, für die nun immer stärker in den Vordergrund tretenden Teilbereiche selbstständige Abschnitte einzufügen. So befindet sich etwa das Infektionsschutzrecht noch auf dem Stand des Beginns der Pandemie, der Abschnitt zum Klimaschutz hat noch nicht die Verselbstständigung der Verfassungsdogmatik zum Klimaschutz berücksichtigen können und das Polizei- und Ordnungsrecht hat die Akzentverschiebungen, die das Gebiet durch das Sicherheitsrecht erlangt hat, noch nicht nachvollzogen. Auch das Recht der freien Berufe könnte eventuell einen eigenen Abschnitt erhalten. Solche Entwicklungen liegen aber in der Natur der Sache und die Zukunft wird zeigen, ob es notwendig sein wird, diese Gebiete stärker zu berücksichtigen. Bisher bleibt es bei der ursprünglichen Konzeption. Danach gilt:

Der zweite Band enthält mit 600 Seiten Umfang zunächst vor allem das Umweltrecht mit neun Abschnitten, wobei nicht das Stoffrecht als eigenes Gebiet ausgewiesen wird, sondern der Schutz gegen besondere Risiken, mit der Folge, dass das Gentechnikrecht, das Strahlenrecht (Teil des Umweltrechts), das Arzneimittelrecht, Lebensmittelrecht und das Chemikalienrecht (Teil des Gesundheitsrechts) auseinandergerissen werden. Den zweitstärksten Abschnitt bildet das Planungsrecht i. w. S., im Umfang von ca. 350 Seiten mit den Abschnitten des Rechts der Raumordnung und Landesplanung, des Fachplanungsrechts, des Bauplanungsrechts, des Bauordnungsrechts, des Denkmalschutzrechts und schließlich des Straßenrechts. Das Gesundheitsrecht mit 150 Seiten wird vom Sozialrecht abgesetzt und gliedert in Krankenversorgungsrecht, Grundlagen der Medizin, Arzneimittelrecht, Infektionsschutzrecht, Lebensmittelrecht und Chemikalienrecht. Zum Informationsrecht i. w. S. werden, insgesamt eher knapp auf 125 Seiten, neben dem Rundfunkrecht und dem Presserecht das Recht des Internets, das Datenschutzrecht und das Recht auf Informationsfreiheit gezählt.

Der dritte Band enthält wie bisher im Schwerpunkt das Sozialrecht mit zehn selbständigen Abschnitten und einem Gesamtvolumen von 400 Seiten. Den zweitgrößten Abschnitt, mit sieben Beiträgen auf gut 500 Seiten, bildet das Ordnungsrecht. Dazu werden gezählt neben dem Polizei- und Ordnungsrecht und dem Versammlungsrecht ein Abschnitt zum europäischen Sicherheitsrecht, der sich vom Volumen her verdoppelte sowie das Katastrophenschutzrecht, Wehrrecht und, in der Einordnung etwas unglücklich, das Ausländer- und Asylrecht. Nicht selbständig ausgewiesen sind die Sonderordnungsgebiete



wie das Straßenverkehrsrecht, das Luftsicherheitsrecht und das IT-Sicherheitsrecht. Das Kommunalrecht (eher knapp), das Bildungsrecht mit zwei Beiträgen und das öffentliche Dienstrecht mit drei Abschnitten sind alle etwa gleichstark mit ca. 120 Seiten. Deutlich mehr Raum, mit 280 Seiten, nimmt der Bereich des Haushaltsrechts und des Abgabenrechts ein.

Insgesamt bleibt die Ausrichtung wie bisher. Es geht um die systematische Darstellung einzelner Bereiche, die nach wissenschaftlichen Grundsätzen verfasst sind, ein hohes Niveau besitzen und einen Überblick für all diejenigen schaffen, die ein Interesse an dem jeweiligen Gebiet haben, gleich ob Studierende, Promovierende, Habilitierte oder Rechtspraktiker. Das Werk gehört ohne jede Frage in jede öffentlich-rechtliche Bibliothek.

Professor Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Universität Bayreuth

**Stefan Huster/Thorsten Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht. C.H. Beck Verlag, München 2021, XXVIII, 426 Seiten, Ln., 149,- €.**

**Jens Gerhardt, Infektionsschutzgesetz – Kommentar; 5. Auflage. C.H. Beck Verlag, München 2021, XIII, 574 Seiten, geb., 89,- €.**

Nicht nur die moderne Gesellschaft differenziert sich immer weiter aus, sondern auch das Recht. Viele Teilrechtsgebiete sind in der Weimarer Republik entstanden, und in den Jahren nach der Wiedervereinigung lässt sich ebenfalls ein beständiger Prozess der „Erfindung“ neuer Rechtsgebiete festmachen. Nicht wirklich neu ist das Seuchenschutzrecht, das aber freilich seit 2001 – ein wenig politisch korrekter – als „Infektionsschutzrecht“ firmiert. Hier hat nun im Jahr 2020 eine Reihe von Neuerscheinungen bzw. Neuauflagen das Licht der (Fach-)Öffentlichkeit erblickt. Im Jahr 2021 setzt sich diese Entwicklung fort.

Zunächst ist die Neuauflage eines in der Reihe „Kompakt-Kommentare“ erscheinenden Werks zu nennen, das bislang zwar mehrfach aufgelegt, aber nicht so sehr im allgemeinen Bewusstsein verankert war. Der Autor ist ein Mann einer Verwaltungspraxis, die ebenfalls erst seit „Corona“ wieder angemessen gewürdigt wird, er ist nämlich als Leitender Verwaltungsdirektor beim Gesundheitsamt München beschäftigt. Der Band erscheint seit der Erstauflage 2017 jährlich und zeigt damit schon an, dass sich das Infektionsschutzrecht als eigenständiges Rechtsgebiet etabliert hat. Berücksichtigt sind hierin bereits das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz vom 18. November 2020 und die noch kurz vor Weihnachten durchgeführte Ergänzung des § 56 IfSG über das spezielle Entschädigungsrecht für diejenigen, die im Dienste der Allgemeinheit ein Sonderopfer erbringen. Hervorzuheben ist hier sogleich, dass *Jens Gerhardt* die erste Kommentierung überhaupt des neuen § 28a IfSG liefert, die im Übrigen doppelt so umfangreich ausfällt wie die der zugehörigen Generalklausel in § 28. *Gerhardt* scheut sich nicht, die einzelnen neuen Regelungen auch kritisch zu begleiten, schlägt im Kontext des § 28a vor, das gesamte Gesetz nach Ende der Coronapandemie „zukunftsfest“ zu machen (Rn. 8). Trotz der gebotenen Kürze der Kom-

mentierungen gelingt es dem Autor, die jeweilige Entwicklung auch anhand der aktuellen Maßnahmen des Gesetzgebers nachzuvollziehen und damit auch für den Nutzer nachvollziehbar zu machen. Dass der Gesetzgeber allerdings in § 28a praktisch die bislang in Bundesländer-Konferenzen festgelegten Maßnahmen einfach ins Gesetz geschrieben hat, scheint ihm keine kritische Anmerkung wert – auch nicht, dass es sich bei den Corona-Gesetzen insgesamt um Maßnahmegesetze handelt. Dies kann allerdings auch nicht Ziel eines solchen Kommentars für den Praktiker sein. Für die Praktiker an den unterschiedlichen Stellen des Gesundheitswesens einschließlich der Behörden, die für die Entschädigungszahlungen nach den §§ 56 ff. zuständig sind, kann das Werk uneingeschränkt empfohlen werden.

Die Perspektive des Praktikers wird verlassen in dem „Handbuch Infektionsschutzrecht“, das von den bekannten Sozialrechtlern *Stefan Huster* (Bochum) und *Thorsten Kingreen* (Regensburg) herausgegeben wird. Hier ist leider die Gesetzesänderung im Bereich der Entschädigung nicht mehr berücksichtigt, allerdings bestätigt das am 30. November 2020 geschriebene Vorwort den Befund zu Beginn dieser Zeilen. Die Herausgeber schreiben darin: „Ein Virus hat die Welt verändert, auch die kleine Welt der deutschen Rechtswissenschaft. Als das Coronavirus [...] in China erstmals bei Erkrankten identifiziert werden konnte, war das deutsche Infektionsschutzrecht ein weitgehend unentdecktes Randgebiet des besonderen Verwaltungsrechts“. Nach Auskunft der beiden Herausgeber sind die Autoren des Bandes für jeweils ihr Referenzgebiet, das sie in dem Band behandeln, „hervorragend ausgewiesen“.

Und in der Tat kann man sagen, dass die Aufnahme eines Werks in die blaue Handbuchreihe des Beck Verlags die Etablierung eines neuen Rechtsgebiets andeutet. Der Band startet mit einem Kapitel von *Thorsten Kingreen* über die „Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts“, das uns einen verlässlichen systematischen Überblick über das Rechtsgebiet und seine Entwicklung bringt. Auch *Kingreen* bestätigt den hier vorangestellten Befund (Kap. 1, Rn. 41). Lobenswert ist auch, dass uns der Autor zeigt, welche – von ihm sogenannte – „Großdebatten“ die Entwicklung des vergangenen Jahres ausgelöst hat. Dies sind nach seiner Einschätzung zunächst die Tatsache, dass die §§ 28 bis 32 IfSG nicht auf die Bekämpfung einer Pandemie zugeschnitten waren, zweitens die Regelungen in §§ 5, 5a mit der Gestattung von Rechtsverordnungen des Bundesgesundheitsministeriums und drittens der Stellenwert des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit bei der Abwägung von Grundrechtspositionen (Rn. 42 ff.). Und dieser Fragestellungen nimmt sich *Kingreen* dann im Folgenden an. Was etwa die Rechtsverordnungsermächtigungen der § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4–10 und § 5a IfSG angeht, so bezeichnet *Kingreen* diese als „grobe verfassungsrechtliche Grenzüberschreitungen“ und stellt treffend fest, der Bundesgesundheitsminister werde durch diese Regelungen zu einer Art „Verteidigungsminister im Pandemiefall“ (Rn. 111).

Ein sehr relevantes Thema, das bereits frühzeitig im Rahmen der Pandemie diskutiert wurde, ist Gegenstand des zweiten Kapitels über „Binnenmarktrechtliche Grundlagen des Infektions- und Gesundheitsschutz-

rechts“ (Daniel Thym/Jonas Bornemann). Es folgen „Völkerrechtliche Grundlagen des Infektionsschutzrechts“ (Markus Kaltenborn/Laura Kreft), „Das Infektionsschutzrecht als Gefahrenabwehrrecht“ (Ralf Poscher), „Impfschutzrecht“ (Stephan Rixen), „Datenschutzrecht“ (Jürgen Kühling/Roman Schildbach), „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“ (Wolfgang Köck), „Gesundheitsrecht“ (Stefan Huster), „Öffentliches Entschädigungsschutzrecht“ (Ulrich Becker) und „Gewerberecht – Tätigkeiten mit Krankheitserregern“ (Jörg Ennuschat).

Auch wenn man – wie angedeutet – beide Titel als teilweise bereits veraltet wird ansehen müssen, so liefert doch insbesondere das Handbuch von Huster/Kingreen nicht nur eine Handreichung für die Praxis, sondern eine gründliche systematische Auseinandersetzung mit einem Thema, das uns gewiss noch lange – und künftig immer wieder – beschäftigen wird. Es wird deshalb, auch wenn der Verlag mit einer Neuauflage noch warten sollte, eine bleibende Bedeutung behalten.

Rechtsanwalt Dr. Matthias Wiemers, Berlin

## Leitsätze

(Ausgewählte hier im Leitsatz abgedruckte Entscheidungen finden Sie im Volltext unter „[www.doev.de](http://www.doev.de)“)

### GERICHTE DER EUROPÄISCHEN UNION

#### 451. Einschränkung des Vertriebs kosmetischer Mittel wegen Verwechslungsgefahr mit Lebensmitteln; schäumende Badekugeln (RL 87/357/EWG)

Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 87/357/EWG des Rates vom 25. Juni 1987 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Erzeugnisse, deren tatsächliche Beschaffenheit nicht erkennbar ist und die die Gesundheit oder die Sicherheit der Verbraucher gefährden ist dahin auszulegen, dass es nicht erforderlich ist, durch objektive und belegte Daten nachzuweisen, dass es mit Risiken wie der Gefahr des Erstickens, der Vergiftung, der Perforation oder des Verschlusses des Verdauungskanals verbunden sein kann, wenn Erzeugnisse zum Mund geführt, gelutscht oder geschluckt werden, die zwar keine Lebensmittel sind, bei denen jedoch aufgrund ihrer Form, ihres Geruchs, ihrer Farbe, ihres Aussehens, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung, ihres Volumens oder ihrer Größe vorhersehbar ist, dass sie von den Verbrauchern, insbesondere von Kindern, mit Lebensmitteln verwechselt werden und deshalb zum Mund geführt, gelutscht oder geschluckt werden. Die zuständigen nationalen Behörden müssen jedoch im Einzelfall prüfen, ob ein Erzeugnis die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt, und begründen, warum dies der Fall ist.

*EuGH, Urteil vom 2.6.2022 – C-122/21 – Get Fresh Cosmetics*

### VERFASSUNGSGERICHTE

#### 452. Erziehungsaufwand im Beitragsrecht der Sozialversicherung (Art. 3 Abs. 1 GG)

1. Bei der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen erfordert Art. 3 Abs. 1 GG die Beachtung des aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleiteten Gebots der Belastungsgleichheit, das sich auf alle staatlich geforderten Abgaben erstreckt. Wirken sich Beitragsregelungen innerhalb der Gruppe der Familien zu Lasten bestimmter

Familienkonstellationen nachteilig aus, so muss der Staat den besonderen Schutz beachten, den er der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG schuldet.

2. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt das Gebot, wesentlich Gleiches gleich (Differenzierungsverbot) und wesentlich Ungleiches ungleich (Differenzierungsgebot) zu behandeln.

a) Bei formal gleichbehandelnden Vorschriften ist der allgemeine Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Differenzierungsverbot einschlägig, wenn durch sie eine Belastungsgleichheit normativ veranlasst wird; demgegenüber ist Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Differenzierungsgebot in Ansatz zu bringen, wenn die Belastungsgleichheit auf tatsächlichen Ungleichheiten des zu ordnenden Lebenssachverhalts beruht.

b) Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem sind im Ausgangspunkt die für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen geltenden Maßstäbe in Ansatz zu bringen.

c) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist darauf zu beziehen, ob gerade die nicht differenzierende Regelung einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S. ist.

d) Eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist dann nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber durch eine stärker zugunsten der hierdurch Benachteiligten differenzierende Regelung das angestrebte Regelungsziel ohne Belastung Dritter oder der Allgemeinheit gleich wirksam erreichen oder fördern kann.

Im Sozialversicherungsrecht ist der Gesetzgeber aber nicht gehalten, eine eventuell gebotene Besserstellung einzelner Versicherter durch einen Steuerzuschuss zu finanzieren. Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben.

e) Eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ist nur dann verhältnismäßig i. e. S., wenn die Bedeutung der mit der gleichen Behandlung verfolgten Ziele in einem angemessenen Verhältnis zur tatsächlichen Ungleichheit des zu ordnenden Lebenssachverhalts und

zum Ausmaß der sich hieraus bei gleicher Behandlung ergebenden Benachteiligung stehen.

3. In der sozialen Pflegeversicherung führt die von der Kinderzahl unabhängige gleiche Beitragsbelastung von Eltern zu einer verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.

In der gesetzlichen Rentenversicherung und der gesetzlichen Krankenversicherung begründet die gleiche Beitragsbelastung von Eltern und Beitragspflichtigen ohne Kinder dagegen keine Benachteiligung der Eltern, weil durch die rentenrechtliche Anerkennung von Kindererziehungszeiten und die beitragsfreie Familienversicherung im Krankenversicherungsrecht ein hinreichender Nachteilsausgleich erfolgt.

*BVerfG, Beschluss vom 7.4.2022 – 1 BvL 3/18 u. a. –*

#### **453. Zulässigkeit der einrichtungsbezogenen COVID-19-Impfpflicht (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 12 Abs. 1 GG)**

1. Staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem direkten Eingriff in Grundrechte als funktionales Äquivalent gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden. Als Abwehrrecht schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich auch vor staatlichen Maßnahmen, die lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechts führen, wenn ein Gesetz an die Wahrnehmung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine nachteilige Folge knüpft, um dieser Grundrechtswahrnehmung entgegenzuwirken.

2. Die in § 20 a IfSG geregelte Pflicht, eine COVID-19-Schutzimpfung nachzuweisen, kommt nach ihrer Zielsetzung und Wirkung als funktionales Äquivalent einem direkten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gleich. Das Gesetz knüpft an eine Entscheidung gegen die die körperliche Unversehrtheit berührende Impfung nachteilige Folgen; die Konfrontation mit diesen Nachteilen soll auch nach der gesetzgeberischen Zielsetzung zu einer Entscheidung zu Gunsten einer Impfung bewegen. Die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex der gesetzlichen Regelung.

*BVerfG, Beschluss vom 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21 –*

#### **454. Äußerungsbefugnisse des Bundeskanzlers; Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG)**

1. Für den Bundeskanzler gelten die Maßgaben zur Abgrenzung des Handelns in amtlicher Funktion von der nicht amtsbezogenen Teilnahme am politischen Wettbewerb grundsätzlich in gleicher Weise wie für die sonstigen Mitglieder der Bundesregierung.

2. Aus der Kompetenzordnung innerhalb der Bundesregierung folgt zwar – verglichen mit den übrigen Kabinettsmitgliedern – ein gegenständlich weiteres Äußerungsrecht des Bundeskanzlers, nicht jedoch ergeben sich daraus andere Anforderungen mit Blick auf die Beachtung des Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebots.

3. Gründe, die Ungleichbehandlungen rechtfertigen und der Bundesregierung eine Befugnis zum Eingriff in die Chancengleichheit der Parteien verleihen, müssen durch

die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sein, das dem Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien die Waage halten kann.

4. Als der Chancengleichheit der Parteien gleichwertige Verfassungsgüter kommen der Schutz der Stabilität und Handlungsfähigkeit der Bundesregierung sowie das Ansehen und das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft in Betracht.

5. Der Bundeskanzler verfügt bei der Frage, welcher Maßnahmen es zur Erhaltung der Stabilität und Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, ebenso wie im Bereich der auswärtigen Politik über einen weiten Einschätzungsspielraum. Bei Eingriffen in den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien muss plausibel dargelegt werden können oder in sonstiger Weise ersichtlich sein, dass die einen solchen Eingriff rechtfertigenden Verfassungsgüter tatsächlich betroffen sind und einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG erforderlich gemacht haben.

*BVerfG, Urteil vom 15.6.2022 – 2 BvE 4/20 u. a. –*

#### **455. Gastronomiebeschränkungen durch die „Bundesnotbremse“ (Art. 12 Abs. 1 GG)**

Die vorübergehende Beschränkung des Betriebs der Gaststätten auf die Auslieferung und den Außer-Haus-Verkauf von Speisen und Getränken war als Maßnahme zur Pandemiebekämpfung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat den ihm zustehenden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum auch insoweit nicht überschritten.

*BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23.3.2022 – 1 BvR 1295/21 –  
(Leitsatz des Bearbeiters)*

#### **456. Ablehnung von Beratungshilfe für sozialrechtliches Widerspruchsverfahren (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 3 GG)**

Das Grundgesetz verbürgt in Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und 3 GG die Rechtswahrnehmungsgleichheit von Bemittelten und Unbemittelten bei der Durchsetzung ihrer Rechte auch im außergerichtlichen Bereich, somit auch im Hinblick auf die Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten stellt die Versagung von Beratungshilfe keinen Verstoß gegen das Gebot der Rechtswahrnehmungsgleichheit dar, wenn Bemittelte wegen ausreichender Selbsthilfemöglichkeiten die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe vernünftigerweise nicht in Betracht ziehen würden. Dabei kommt es darauf an, ob der dem Beratungsanliegen zugrundeliegende Sachverhalt schwierige Tatsachen- oder Rechtsfragen aufwirft und ob Rechtssuchende selbst über ausreichende Rechtskenntnisse verfügen. Keine zumutbare Selbsthilfemöglichkeit ist jedoch die pauschale Verweisung auf die Beratungspflicht der den Bescheid erlassenden Behörde.

*BVerfG (Kammer), Beschluss vom 4.4.2022 – 1 BvR 1370/21 –  
(Leitsatz des Bearbeiters)*

**457. Beschwerde gegen die Nichtanerkennung als Partei (§§ 17 a Abs. 5, 18 Abs. 1 Satz 2 LWahlG NRW; § 49 a Abs. 2 VerfGHG NRW)**

Die Begründung einer Beschwerde gegen die Nichtanerkennung als Partei genügt nur dann den gesetzlichen Begründungsanforderungen aus § 18 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1, § 17 a Abs. 5 Sätze 1 und 2 LWahlG NRW und § 49 a Abs. 2 VerfGHG NRW, wenn sich die beschwerdeführende Vereinigung mit den ihr bekannten Gründen des Landeswahlausschusses für die Ablehnung der Anerkennung als Partei auseinandersetzt und die erforderlichen Beweismittel vorlegt.

*VerfGH NRW, Beschluss vom 22.3.2022 – VerfGH 22/22 –*

## VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT

### Abgabenrecht

**458. Grundwasserentnahmeentgelt für Grubenwasserhaltung (Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 20 Abs. 3, 104 a ff. GG; §§ 4 Abs. 2 und 8, 52 Abs. 1, 53 Abs. 1, 54 Abs. 1, 55 Abs. 2, 69 Abs. 2 BBergG; § 19 a SaarlWG)**

Die Erlaubnis zur Grundwasserentnahme vermittelt einen durch die Erhebung eines Wasserentnahmeentgelts abschöpfbaren Sondervorteil auch dann, wenn die Hebung von Grubenwasser aufgrund eines zugelassenen Hauptbetriebsplans nach dem Ende der aktiven Steinkohleförderung fortgeführt wird.

*BVerwG, Urteil vom 26.1.2022 – 9 C 5.20 – (SaarlOVG)*

**459. Straßenausbaubeitrag (§ 6 Abs. 1 Satz 1 NdsKAG)**

1. Eine Straßenausbaubeitragspflicht besteht nur für solche Maßnahmen, die in Erfüllung der gemeindlichen Straßenbaulast durchgeführt wurden. Für die Beurteilung, ob eine Einrichtung in der Straßenbaulast der ausbauenden Gemeinde liegt, ist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Durchführung der Ausbaumaßnahme abzustellen, deren letzter Akt durch die Abnahme der Baumaßnahme gekennzeichnet wird (Fortführung der Senatsrechtsprechung, vgl. Senatsbeschluss vom 31.8.1987 – 9 OVG B 42/87 –).

2. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass es auf die Straßenbaulast zum Zeitpunkt der Durchführung der Baumaßnahme ankommt, kommt allenfalls unter engen Voraussetzungen in Betracht. Für die Bejahung einer Ausnahme ist jedenfalls erforderlich, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Durchführung der Baumaßnahme der Übergang der Straßenbaulast auf die Gemeinde bereits rechtlich gesichert ist.

3. Bei einer Kreisstraße obliegt der Gemeinde die Straßenbaulast nur für die ihr gesetzlich zugeordneten Teileinrichtungen.

*NdsOVG, Beschluss vom 10.5.2022 – 9 LA 121/21 –*

## Öffentliches Dienstrecht

**460. Zwingendes Anforderungsprofil in Stellenausschreibung (§ 9 BLV; Art. 33 Abs. 2 GG; § 13 NdsBG)**

Die Entscheidung des Dienstherrn, welche Laufbahnbefähigung für die Wahrnehmung eines Dienstpostens für erforderlich erachtet wird, ist seinem dem Schutzbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten, allein öffentlichen Interessen dienenden Organisationsermessen zuzuordnen, das gerichtlich nur eingeschränkt – nämlich auf sachfremde Erwägungen hin – überprüfbar ist.

*NdsOVG, Beschluss vom 3.5.2022 – 5 ME 12/22 –*

**461. Verfahrensmangel im Auswahlverfahren; Verwendung eines mitbestimmungspflichtigen Personalfragebogens (§ 80 Abs. 1 Nr. 15 BPersVG)**

Bei dem „Fragebogen für das Auswahlverfahren bei der Bundespolizei gem. § 17 BPolLV“ handelt es sich um einen Personalfragebogen im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 15 BPersVG.

*NdsOVG, Beschluss vom 4.5.2022 – 5 ME 154/21 –*

### Schul-, Hochschul- und sonstiges Kultusrecht; Prüfungsrecht

**462. Juniorprofessor mit Tenure-Track-Option; Berufungsverfahren (Art. 5 Abs. 3, 19 Abs. 4, 33 Abs. 2 GG; §§ 50, 54, 55 HochSchG Rheinl.-Pf.)**

1. Der zum Juniorprofessor mit Tenure-Track-Option ernannte Bewerber erwirbt gegenüber der Hochschule einen Anspruch auf Ausschreibungsverzicht für die (spätere) Lebenszeitprofessur. Er wird insoweit „konkurrenzlos“ gestellt, muss allerdings trotzdem für die vorhandene Stelle nachweislich geeignet sein.

2. Die Tenure-Evaluierung stellt ein zwingendes und besonders ausgestaltetes Berufungsverfahren dar. Mehr als den Anspruch auf die Durchführung eines formell und materiell rechtmäßigen Evaluierungsverfahrens, auf dessen Grundlage die Hochschule ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entscheidet, vermittelt Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG auch im Rahmen des Tenure Track-Verfahrens nicht.

3. Die Hochschule kann und muss das Bewerbungsverfahren abbrechen, wenn sich der im Tenure Track-Verfahren einzige Bewerber im Rahmen des Evaluierungsverfahrens als ungeeignet für die angestrebte Planstelle erweist. Hierin liegt ein sachlicher Grund, das eingeleitete spezielle Bewerbungsverfahren abzubrechen.

*OVG Rheinl.-Pf., Beschluss vom 3.3.2022 – 2 B 10062/22.OVG –*

**463. Angleichung der Dienstaufgaben von übernommenen Fachhochschulprofessoren (§ 25 NdsHG; § 5 FusionsG)**

1. Die Angleichung der Dienstaufgaben von übernommenen Fachhochschulprofessoren an diejenigen von Universitätsprofessoren kommt gem. § 5 Abs. Satz 1 Fusionsgesetz nur in Betracht, wenn im Einzelfall die von ihnen erbrachten wissenschaftlichen Leistungen in der

anwendungsbezogenen Forschung dies rechtfertigen. Dafür ist erforderlich, dass die Leistungen habilitationsadäquat bzw. habilitationsäquivalent sind. Hierbei kommt der Hochschule ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

2. Kommt eine Angleichung von Dienstaufgaben nicht in Betracht, weil die vorgelegten Schlüsselpublikationen eine Eigenleistung des Antragstellers nicht erkennen lassen, führen formelle Verfahrensfehler gem. § 46 VwVfG nicht zur Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids.

*NdsOVG, Urteil vom 24.3.2022 – 2 LB 210/20 –*

#### **464. Schulbesuchsaufforderung mit Zwangsgeldandrohung**

**(Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 2, 7 Abs. 1 GG; §§ 34, 41 Abs. 1 und 5, 42 Abs. 4 Satz 2, 53 Abs. 2 SchulG NRW)**

1. Eine an die Eltern eines den Präsenzunterricht verweigernden Schülers gerichtete Schulbesuchsaufforderung ist auch in Anbetracht des Kindesrechts auf gewaltfreie Erziehung grundsätzlich geeignet, wenn die Eltern kraft ihrer Stellung als Erziehungsberechtigte und aufgrund einer bestehenden häuslichen Wohngemeinschaft eine ständige und unmittelbare erzieherische Einwirkungsmöglichkeit mit Maßnahmen besitzen, wie sie als schulische Erziehungsmaßnahmen etwa in § 53 Abs. 2 SchulG NRW beispielhaft aufgezählt sind.

2. § 41 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW ist mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NRW, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Kinder aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf Bildung vereinbar.

3. Für die Auflösung der Konkurrenz zwischen der Schulpflicht als Ausfluss des staatlichen Erziehungsauftrags aus Art. 8 Abs. 2 Satz 1 LV NRW einerseits und dem individuellen Grundrecht des Kindes auf Bildung aus Art. 8 Abs. 1 Satz 1 LV NRW andererseits kommt nur das Prinzip der praktischen Konkordanz in Frage.

4. Die in Art. 8 Abs. 2 Sätze 1 und 2 LV NRW i.V.m. § 34 SchulG NRW normierte Schulpflicht stellt eine zulässige Beschränkung sowohl des in Art. 8 Abs. 1 Satz 2 LV NRW, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten elterlichen Erziehungsrechts als auch des Rechts der Kinder und Jugendlichen auf schulische Bildung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG dar.

*OVG NRW, Beschluss vom 28.4.2022 – 19 B 1918/21 –*

### **Gesundheits- und Lebensmittelrecht**

#### **465. Infektionsschutzrechtliche Verkaufsflächenbeschränkung im Einzelhandel (§§ 28, 32 IfSG)**

1. § 32 Sätze 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG sind verfassungskonform und genügten auch im April 2020 dem Parlamentsvorbehalt.

2. Der Rückgriff auf die infektionsschutzrechtliche Generalklausel, der um der effizienten Gefahrenabwehr Willen in atypischen Situationen gerade auch intensive Grundrechtseingriffe und Grundrechtseingriff gegenüber einer Vielzahl von Personen rechtfertigt, wird erst unzu-

lässig, wenn die Situation von einer atypischen zu einer typischen geworden ist und sich für die Maßnahme Standards entwickelt haben.

3. Die Verkaufsflächenbeschränkung auf 800 m<sup>2</sup> als Teil eines Gesamtkonzepts stellte sich im April 2020 als notwendige Schutzmaßnahme dar.

*OVG Bremen, NK-Urteil vom 19.4.2022*

*– OVG 1 D 104/20 –*

### **Datenschutz-, Informations- und Medienrecht**

#### **466. Zugang zu Umweltinformationen über Stuttgart 21; Ausnahme für interne Mitteilungen**

**(Art. 2 Nr. 1 lit. c, Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, Abs. 2 UAbs. 2 Satz 1 und 2 RL 2003/4/EG; §§ 23 Abs. 3 Nr. 3 lit. a, 24 Abs. 1 Satz 1, 28 Abs. 2 Nr. 2 UVwG BW)**

1. Der Ausnahmetatbestand nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e UIRL erfasst Informationen, die innerhalb einer Behörde im Umlauf sind und die zum Zeitpunkt eines Antrags auf Informationszugang deren Binnenbereich insbesondere nicht dadurch verlassen haben, dass sie einem Dritten bekannt gegeben oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Eine zeitliche Begrenzung enthält der Tatbestand des Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e UIRL nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 20.1.2021 – C-619/19, Land Baden-Württemberg – Rn. 47 und 55 ff.).

2. Bei der gebotenen Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Bekanntgabe der Umweltinformation und dem Interesse an der Verweigerung der Bekanntgabe sind insbesondere die seit der Erstellung einer internen Mitteilung vergangene Zeit und die in der Mitteilung enthaltenen Informationen zu berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 20.1.2021 – C-619/19, Land Baden-Württemberg – Rn. 64).

3. Im Rahmen der inhaltlichen Würdigung interner Mitteilungen ist zwischen der Zusammenstellung von Sachinformationen und bewertenden oder taktisch-strategischen Überlegungen zu unterscheiden, deren Schutz im Rahmen der Abwägung ein besonderes Gewicht beizumessen ist.

4. Eine starre zeitliche Grenze, bei deren Überschreitung das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der Umweltinformation das Interesse an deren Vertraulichkeit ohne einen gegenteiligen Nachweis überwiegt, kann für interne Mitteilungen nicht bestimmt werden. Maßgeblich bleibt die Würdigung des jeweiligen Einzelfalls.

*BVerwG, Urteil vom 22.3.2022 – 10 C 2.21 – (VGH BW)*

### **Boden- und Landwirtschaftsrecht**

#### **467. Agrarförderung; Direktzahlungen;**

#### **Cross-Compliance-Verpflichtung**

**(Art. 6 RL 92/43/EWG; Anh. II VO [EG] Nr. 73/2009; Anh. I VO [EU] Nr. 1306/2013; VO [EU] Nr. 1307/2013; Art. 7 Nr. 4 VO [EU] Nr. 1310/2013; §§ 33, 34 BNatSchG)**

1. Im Regelungsbereich der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) stehen die üblichen Übergangsregelungen der Anwendung des Günstigkeitsprinzips nicht entgegen; dies

gilt jedoch nur, soweit sich aus dem jeweiligen Rechtsakt kein anderer Hinweis ergibt, insbesondere nicht ein solcher, dass mit der Übergangsregelung zugleich die Anwendung des Günstigkeitsprinzips ausgeschlossen werden sollte (vgl. EuGH, Urteil vom 1.7.2004 – C-295/02, Gerken – juris Rn. 53 ff.; BVerwG, Urteil vom 1.10.2014 – 3 C 31.13 – juris Rn. 27 f.).

2. Eine für das Antragsjahr 2014 vorgenommene Kürzung der Betriebsprämie wegen einer Verletzung der sich aus Artikel 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie ergebenden Cross-Compliance-Verpflichtung ist nicht deshalb unzulässig geworden, weil für die ab 2015 beginnenden Antragsjahre nicht mehr der gesamte Artikel 6 FFH-Richtlinie, sondern nur noch Artikel 6 Abs. 1 und 2 FFH-Richtlinie bei den Cross-Compliance-Verpflichtungen aufgeführt wird.

3. Die Ausführung eines Plans oder eines Projekts, ohne dass zuvor die nach Artikel 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie erforderliche Verträglichkeitsprüfung durchgeführt wurde, kann (auch) in den Anwendungsbereich des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbots nach Artikel 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie fallen.

4. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts spielt es für die Einkommensbeihilfen der GAP keine Rolle, dass nach bisherigem nationalen Rechtsverständnis § 34 BNatSchG im Verhältnis zu § 33 BNatSchG lex specialis ist, mithin § 33 BNatSchG nur Anwendung findet auf Maßnahmen, die weder ein Projekt noch einen Plan darstellen.

*VGH BW, Beschluss vom 22.4.2022 – 13 S 523/21 –*

## Bau- und Planungsrecht

### 468. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Zwischenlagers für radioaktive Abfälle im Gewerbegebiet (§§ 30, 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB; §§ 1 Abs. 3 Satz 2, 8 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BauNVO; §§ 5, 7 AtEV; § 12 Abs. 1 Nr. 3 StrlSchG)

Ein Zwischenlager für radioaktive Abfälle aus kerntechnischen Anlagen ist in einem Gewerbegebiet (§ 8 BauNVO) bauplanungsrechtlich unzulässig.

*BVerwG, Urteil vom 25.1.2022 – 4 C 2.20 – (Hess VGH)*

### 469. Inanspruchnahme als Zustandsstörer nach Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück (§§ 56 Satz 4, 79 NdsBauO; § 7 Abs. 3 NdsPOG)

1. Die Bauaufsichtsbehörden in Niedersachsen können gegenüber dem (ehemaligen) Eigentümer eines Grundstücks auch dann Anordnungen treffen, wenn dieser sein Eigentum aufgegeben hat.

2. § 56 Satz 4 NdsBauO ist auch dann anwendbar, wenn die Eigentumsaufgabe vor Inkrafttreten der Norm am 1. Januar 2019 erfolgte.

*NdsOVG, Beschluss vom 3.5.2022 – 1 ME 31/22 –*

### 470. (Angebots)Bebauungsplan; Abwägungserheblichkeit von privatrechtlichen Baubeschränkungen und Grunddienstbarkeiten im Plangebiet (§ 1 Abs. 7 BauGB; Art. 14 Abs. 1 GG)

Überplant eine Gemeinde mittels eines Angebotsbebauungsplans ein Grundstück, das mit privatrechtlichen Baubeschränkungen und Grunddienstbarkeiten belegt ist, muss sie diese auch dann nicht in ihre Abwägung einstellen, wenn der Plan eine über die Beschränkungen hinausgehende Bebauung ermöglicht. Denn die Ausnutzbarkeit des Plans, das baurechtliche Dürfen, steht unter dem Vorbehalt des privatrechtlichen Könnens. Der Bebauungsplan setzt nur den Rahmen, in dem sich der jeweilige Grundstückseigentümer unter vollständiger Beachtung der privatrechtlichen Grenzen seines Eigentums bewegen darf.

*NdsOVG, NK-Urteil vom 12.5.2022 – 1 KN 14/20 –*

### 471. Beweislast für Bestehen einer Baugenehmigung (§ 70 Abs. 1 Satz 1 NdsBauO)

Die Beweislast für das Bestehen einer Baugenehmigung liegt auch bei langjährig bestehenden und genutzten baulichen Anlagen bei demjenigen, der sich auf das Bestehen beruft (Bestätigung der stRspr.).

*NdsOVG, Beschluss vom 16.5.2022 – 1 LA 102/21 –*

## Naturschutz- und Umweltrecht

### 472. Erweiterung einer Abfallentsorgungsanlage und Vogelschutzrichtlinie

(Art. 17 Abs. 1, 51 GRCh; Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 4 RL 2009/147/EG; Art. 6 Abs. 3 RL 92/43/EWG; §§ 15 Abs. 2, 35 Abs. 2, 36 KrWG; §§ 20 Abs. 2, 32 BNatSchG)

1. Der Erfolg einer Versagungsgegenklage gegen die Ablehnung eines Planfeststellungsbeschlusses beurteilt sich nach dem materiellen Recht, das im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz für das Verpflichtungsbegehren gilt. Bei Rechtsänderungen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz eintreten und die das Tatsachengericht zu berücksichtigen hätte, ist der Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz maßgeblich.

2. Nach Abschluss des mitgliedstaatlichen Auswahl- und Meldeverfahrens für europäische Vogelschutzgebiete besteht eine widerlegliche Vermutung, dass im Standarddatenbogen, die für die Gebietsauswahl und -meldung wertbestimmenden Vogelarten vollständig und abschließend aufgezählt sind.

3. Die nachträgliche Einstufung einer Vogelart als wertbestimmend für ein bestimmtes Vogelschutzgebiet erfordert nicht ein erneutes Meldeverfahren nach der Vogelschutzrichtlinie mit einer Ergänzung des Standarddatenbogens.

*BVerwG, Urteil vom 17.12.2021 – 7 C 7.20 – (NdsOVG)*

#### 473. Kein Anspruch eines Bodenschutzvereins auf Anerkennung als Naturschutzvereinigung

(Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 74 Abs. 1 Nrn. 17, 18, 29 GG; §§ 3 Abs. 1 Satz 1 bis 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 lit. b und c, Nr. 2 UmwRG; §§ 1 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 7 Abs. 1 Nr. 2, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG; § 2 Abs. 1 UVPG; §§ 1, 2 Abs. 2 BBodSchG)

1. Eine Vereinigung, die sich nach ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich auf den Schutz nur eines Naturgutes – wie hier des Bodens – im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG konzentriert, kann – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – als Naturschutzvereinigung anerkannt werden.

2. Voraussetzung für eine Anerkennung als Naturschutzvereinigung gem. § 3 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 UmwRG ist, dass nach dem satzungsgemäßen Aufgabenbereich der Vereinigung die Förderung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege andere Ziele überwiegt.

*BVerwG, Urteil vom 3.2.2022 – 7 C 2.21 – (OVG LSA)*

#### 474. Antrag auf einstweilige Betriebseinstellung eines Kernkraftwerks (§ 19 Abs. 3 AtG; § 123 Abs. 1 VwGO)

1. Eine Regelungsanordnung, die zu einer endgültigen und unumkehrbaren Vorwegnahme der Hauptsache führt, kann nur erlassen werden, wenn ein Anordnungsanspruch mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht oder – falls dies zumindest offen ist – dem Antragsteller ohne ihren Erlass schwere und irreversible Nachteile, insbesondere existenzielle Gefahren für Leben und Gesundheit, drohen.

2. Der Funktionsvorbehalt der Exekutive gilt auch bei der Ausübung der aufsichtsrechtlichen Befugnisse gem. § 19 Abs. 3 AtG; dementsprechend beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle der Risikoeinschätzung der Behörde, wenn diese dem Stand von Wissenschaft und Technik entsprechend ausreichende Daten ermittelt und ihren Bewertungen zugrunde gelegt hat, auf eine Willkürkontrolle.

3. Wurden Schädigungsmechanismen an einem Bauteil eines Kernkraftwerks unter Einschaltung sachverständiger Hilfe umfassend aufgeklärt und in Abstimmung mit den maßgeblichen Fachgremien Abhilfe- und Sicherungsmaßnahmen entwickelt, besteht in Bezug auf deren hinreichende Wirksamkeit mit Blick auf die Nichtüberschreitung der Restrisikoschwelle eine behördliche Einschätzungsprärogative. Die Klärung fachwissenschaftlicher Streitfragen in diesem Zusammenhang ist nicht Aufgabe der Gerichte.

*VGH BW, Beschluss vom 27.4.2022 – 10 S 1870/21 –*

Die Öffentliche Verwaltung – August 2022 – Heft 15

#### Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht

475. Ausweisungsbezogenes Einreise- und Aufenthaltsverbot bei allein asylrechtlicher Rückkehrentscheidung (Art. 6 GG; §§ 11, 53, 54, 55 Abs. 1 AufenthG; §§ 6, 36 Abs. 3, 42 AsylG; Art. 7 GRCh; Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 3, 6, 11 RL 2008/115/EG; Art. 46 Abs. 6 und 8 RL 2013/32/EU)

1. In die nach § 53 Abs. 1 AufenthG vorzunehmende Abwägung der widerstreitenden Interessen sind nur solche zielstaatsbezogenen Umstände einzubeziehen, die nicht der Prüfung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in einem Asylverfahren vorbehalten sind. Der Auszuweisende hat weder ein Wahlrecht zwischen einer Prüfung durch die Ausländerbehörde und einer Prüfung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BVerwG, Urteil vom 26.2.2019 – 1 C 30.17 – Buchholz 402.251 § 29 AsylG Nr. 6 Rn. 22) noch einen Anspruch auf Doppelprüfung.

2. Ein an eine Ausweisung anknüpfendes Einreise- und Aufenthaltsverbot der Ausländerbehörde kann auch dann mit einer Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG einhergehen, wenn lediglich eine in einem Asylverfahren ergangene Abschiebungsandrohung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vorliegt.

*BVerwG, Urteil vom 16.2.2022 – 1 C 6.21 – (OVG Bremen)*

#### Sozialrecht

476. Arbeitsassistenzeleistungen für Selbstständige; Altersgrenze (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; § 10 Nr. 3 SGB I; §§ 3, 35 ff., 41 Satz 3, 235 f. SGB VI; § 58 Abs. 1 Satz 3, § 160 Abs. 1, § 185 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 SGB IX; § 4 Abs. 1 SchwbG)

Der Anspruch auf Gewährung einer notwendigen Arbeitsassistentenleistung zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (§ 102 Abs. 4 SGB IX a.F. bzw. § 185 Abs. 5 SGB IX n.F.) wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der schwerbehinderte Mensch die Regelaltersgrenze für Rentenleistungen überschreitet. Denn eine zu gewährende Arbeitsassistentenleistung verliert ihren Charakter als „begleitende Hilfe im Arbeitsleben“ (§ 102 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB IX a.F. bzw. § 185 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB IX n.F.) nicht deshalb, weil der Berechtigte das Rentenregelalter oder eine nach dem Gesichtspunkt der Üblichkeit zu bestimmende Altersgrenze erreicht hat und eine Altersrente bezieht.

*BVerwG, Urteil vom 12.1.2022 – 5 C 6.20 – (HessVGH)*

#### Sonstiges Verwaltungsrecht

477. Zur Auslegung eines von der Kostenlast der Altlastensanierung im Kalibergbau nach Art. 1 § 4 Abs. 3 URG n.F. freistellenden Vertrages (Art. 104 a GG; §§ 40, 43 VwGO; § 256 Abs. 2 ZPO; §§ 133, 157, 329 BGB; §§ 37, 59 VwVfG)

1. Wird ein auf Freistellung nach Art. 1 § 4 Abs. 3 URG n.F. gerichtetes Antragsverfahren mittels eines von der

Kostenlast für eine Altlastensanierung freistellenden öffentlich-rechtlichen Vertrages abgeschlossen, entsteht im Sinne des § 43 VwGO ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage auch zukünftige Kostenerstattungsansprüche für durchgeführte und noch durchzuführende Sanierungsmaßnahmen entstehen können.

2. Erhebt der freistellende Träger öffentlicher Verwaltung in einer auf bestimmte Kostenerstattungsansprüche bezogenen Leistungsklage des durch den Altlastenfreistellungsvertrag Begünstigten Einwendungen, die einer Kostenerstattungspflicht grundsätzlich entgegen stehen, ist eine auf das Nichtbestehen dieser grundsätzlich erhobenen Einwände gerichtete Feststellungsklage nicht nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO subsidiär. Auch ist die klagende Partei nicht auf eine – im Leistungsklageverfahren zu erhebende – Zwischenfeststellungsklage zu verweisen.

3. Ein zwischen einem neuen Bundesland und der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) geschlossener „General(bereinigungs)vertrag“, mit dem durch das Bundesland gegen eine Einmalzahlung die Verpflichtungen des Bundes aus dem „Verwaltungsabkommen über die Regelung der Finanzierung der ökologischen Altlasten (VA-Altlastenfinanzierung) abgelöst, die privatisierungsvertraglichen Verpflichtungen der BvS übernommen werden und sich das Bundesland bezogen auf ein bestimmtes privatisiertes Unternehmen zur Freistellung im Umfang der privatisierungsvertraglichen Verpflichtung verpflichtet, wird insoweit nicht zur Geschäftsgrundlage eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Freistellungsvertrages, wenn es an dem „Generalvertrag“ nicht beteiligt ist und auch keine Kenntnis von diesen Vereinbarungen erhält.

4. Soll ein durch den Kalibergbau (vor dem 3. Oktober 1990) entstandenes Grubengebäude so verwahrt werden, dass Gefahren für die Tagesoberfläche nicht mehr zu erwarten sind, können sich Laugenhaltungsmaßnahmen als bis zur Erreichung dieses Verwahrziels auflösend bedingt erforderliche Maßnahmen darstellen, die einer Altlastenfreistellung zugänglich sind.

5. Gehen die Parteien bei Abschluss eines Freistellungsvertrages davon aus, dass das Ziel der sicheren Verwahrung und damit die Entlassung aus dem Bergrecht erreichbar sein wird, ist dies Geschäftsgrundlage des Freistellungsvertrages. Erst bei gesichertem Erkenntnisstand, der die Prognose rechtfertigt, dass das Verwahrziel nicht erreichbar sein wird, könnte die Geschäftsgrundlage entfallen. Diese Annahme ist jedoch nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn zwar ein Gutachten erste Anhaltspunkte dafür bietet, die Sanierungsbemühungen jedoch durch das Unternehmen, dem die Durchführungsverantwortung obliegt, in Abstimmung mit den zuständigen Landesbehörden fortgesetzt werden.

6. Ein Freistellungsvertrag nach Art. 1 § 4 Abs. 3 URG n.F. ist gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen, wenn sein Wortlaut nicht eindeutig und auch kein gemeinsamer Wille der Vertragspartner feststellbar ist, der eine am Vertragstext orientierte Auslegung entbehrlich machen würde.

7. Bei Art. 1 § 4 Abs. 3 Satz 4 URG n.F. handelt es sich um eine materielle Ausschlussfrist. Eine über die fristge-

recht gestellten Anträge hinausgehende Freistellung nach Art. 1 § 4 Abs. 3 URG ist rechtswidrig.

8. Die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des Art. 1 § 4 Abs. 3 URG n.V. ist nicht entbehrlich, wenn das Freistellungsverfahren ein zu privatisierendes oder schon privatisiertes Treuhandunternehmen betrifft und deshalb der Anwendungsbereich des VA-Altlastenfinanzierung eröffnet ist.

9. In dem Umfang, in dem privatisierungsvertragliche Verpflichtung und mögliche öffentlich-rechtliche Freistellung – bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen – deckungsgleich sind, ist es nicht ausgeschlossen, dies auf der Rechtsfolgenseite des Art. 1 § 4 Abs. 3 URG im Sinne einer Ermessensbindung zu berücksichtigen.

*ThürOVG, Urteil vom 10.12.2021 – 4 KO 700/17 –*

### **Verwaltungsverfahrens-, -zustellungs- und -vollstreckungsrecht**

#### **478. Wiederaufgreifen des Verfahrens; Änderung der Rechtsprechung (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG; § 48 Abs. 2 Hs. 1 SGB X)**

1. Eine Änderung (auch) höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt (grundsätzlich) keine Änderung der Rechtslage i. S. v. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG dar.

2. § 48 Abs. 2 Hs. 1 SGB X enthält keinen allgemeinen Rechtsgedanken. Die Regelung ist als Ausnahmevorschrift zu § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG weder einer Analogie zugänglich noch – außerhalb ihres Anwendungsbereichs – als Auslegungshilfe heranzuziehen.

*OVG NRW, Beschluss vom 11.5.2022 – 1 A 2931/19 –*

### **Gerichtsverfahrensrecht**

#### **479. Zur Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; §§ 40 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 VwGO; § 572 ZPO; § 17 a Abs. 2 und 5 GVG)**

Wird ein isolierter Prozesskostenhilfeantrag im Stadium des Abhilfeverfahrens an ein Gericht eines anderen Rechtszugs verwiesen, liegt darin kein extremer Verfahrensverstoß, der die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses ausnahmsweise entfallen ließe.

*BVerwG, Beschluss vom 21.3.2022 – 9 AV 1.22 – (VG Düsseldorf)*

#### **480. Betreibensaufforderung nach abschließender Begründung der Klage (§ 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO)**

Ist eine Klage abschließend begründet und entscheidungsreif, rechtfertigt es grundsätzlich nicht den Schluss auf den Wegfall des Rechtsschutzinteresses und damit den Erlass einer Betreibensaufforderung gem. § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO, wenn der Kläger auf eine gerichtliche Aufforderung, einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt schriftsätzlich zu vertiefen, (wiederholt) nicht reagiert.

*NdsOVG, Beschluss vom 3.5.2022 – 1 LB 4/22 –*



Der Behörden Spiegel veranstaltet die Public-IT-Security-Konferenz zu dem Thema

### IT-Security reloaded – Am Beginn einer neuen Ära

am 4. und 5. Oktober 2022  
im Hotel Adlon in Berlin

Die Public-IT-Security ist der Fachkongress für IT- und Cyber-Sicherheit der öffentlichen Verwaltung des Behörden Spiegel. Die Veranstaltung bietet die Möglichkeit zur Vernetzung zwischen Wirtschaft und Verwaltung und ermöglicht mit 24 Fachforen und 10 Stunden Hauptprogramm spannende Einblicke für alle IT-Interessierte.

**Ausgewählte Schwerpunktthemen** in diesem Jahr sind:

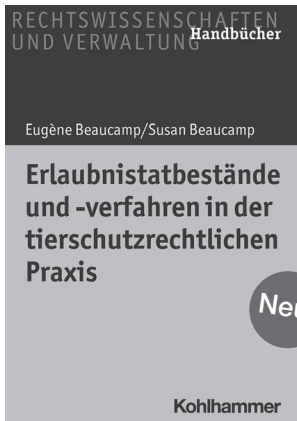
- Cyber-Sicherheit in der EU und Erfahrungsaustausch
- Cyber-Angriffe auf kommunale Einrichtungen als Katastrophenfall
- Datensicherheit als Grundvoraussetzung für Datensouveränität
- Resilienz in der IT-Sicherheit
- Sicherheit im Netzwerk, in der mobilen Kommunikation und der Cloud
- Cyber-Angriffe in kriegerischen Auseinandersetzungen

**Nähere Informationen** finden Sie unter: <https://www.public-it-security.de/>

**Das Programm** finden Sie hier: [https://www.public-it-security.de/wp-content/uploads/2022/05/PITS2022\\_programm.pdf](https://www.public-it-security.de/wp-content/uploads/2022/05/PITS2022_programm.pdf)

# K

## Praxishandbuch zum § 11 TierSchG



Neu!

2021. XIX, 168 Seiten.  
Kart. € 36,-  
ISBN 978-3-17-037100-2  
Handbuch  
Auch als E-Book erhältlich

§ 11 TierSchG regelt eine Vielzahl unterschiedlicher Tätigkeiten mit Tieren und ist daher von hoher praktischer Bedeutung. Dieses Praxishandbuch behandelt alle wesentlichen rechtlichen Aspekte der Erlaubnistatbestände des § 11 TierSchG, des Erlaubnisverfahrens und der Bescheidung von Erlaubnisansträgen, aber auch der Untersagung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit, Kontrollbefugnisse der Erlaubnisbehörden und Ordnungswidrigkeiten in Zusammenhang mit § 11 TierSchG.

Leseproben und  
weitere Informationen:  
[www.kohlhammer.de](http://www.kohlhammer.de)

**Kohlhammer**  
Bücher für Wissenschaft und Praxis

# K

## KAG Bay – aktuell und umfassend kommentiert



*Kommentar. Loseblattausgabe  
Gesamtwerk – 22. Lieferung. Stand: November 2021  
Ca. 1.560 Seiten inkl. Ordner. € 239,-  
ISBN 978-3-17-018023-9*

*Loseblattwerke werden zur Fortsetzung geliefert. Eine Abbestellung ist jederzeit möglich. Auf Wunsch auch als Einmalbezug.*

Der bewährte Kommentar enthält den Gesetzestext und die Kommentierung zum Bayerischen Kommunalabgabengesetz, ferner den Text der Abgabenordnung sowie weitere für das Kommunalabgabenrecht einschlägige Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere der Mustersatzungen und ministeriellen Bekanntmachungen. Erläutert sind u. a. die Grundlagen der Abgabenerhebung, Gemeinde- und Kreissteuern sowie Fremdenverkehrs- und Kurbeiträge. Die aktuelle Rechtsprechung, insbesondere des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, ist umfassend in die Kommentierung eingeflossen. Das umfangreiche Stichwortverzeichnis erleichtert den Zugang zu der komplizierten Rechtsmaterie. Ergänzt wird die Sammlung durch Hinweise für die kommunale Praxis mit Mustersatzungen und Bekanntmachungen.

Die Autoren:

Thorsten Eckstein, Rechtsdirektor beim Rechtsamt der Stadt Nürnberg; Knut Engelbrecht, Berufsm. Stadtrat, Stadtrechtsrat der Stadt Schwabach; Michael Happ, Vorsitzender Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof a.D.; Anton Stadlöder, Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof; Dr. Volker Wirths, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Würzburg.

Leseproben und  
weitere Informationen:  
[shop.kohlhammer.de](http://shop.kohlhammer.de)

**Kohlhammer**  
Bücher für Wissenschaft und Praxis

**K**

Prägnant, fundiert und  
anwendungsorientiert!



2022. 152 Seiten. inkl. Downloadmaterial.  
Kart. € 26,- (Mengenpreise)  
ISBN 978-3-17-040874-6  
Kompass Recht

Der neue Band vermittelt das Völkerrecht mit Schwerpunkt auf wirtschaftlich bedeutsame Rechtsbeziehungen samt dem in der Praxis eng verbundenen Internationalen Privatrecht prägnant, fundiert und anwendungsorientiert. Anhand konkreter Fallbeispiele werden auch komplexe Fragestellungen anschaulich und verständlich dargestellt. In bewährter Weise finden sich darüber hinaus alle wichtigen völkerrechtlichen Dokumente, Verträge und Abkommen sowie zentrale internationale wie nationale Gerichtsentscheidungen zur optionalen Vertiefung.

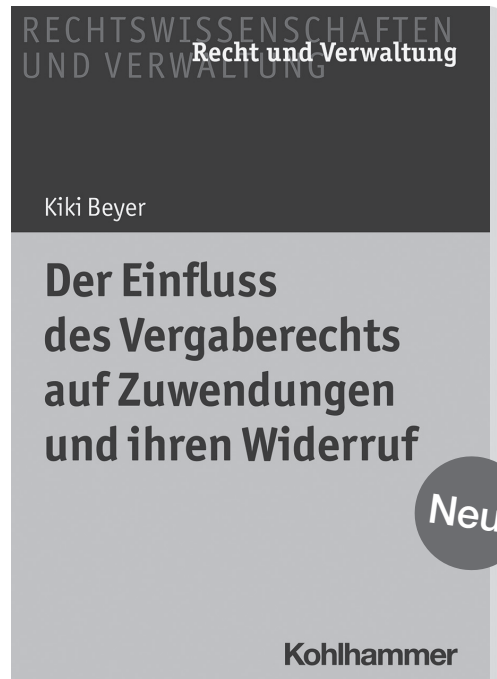
Prof. Dr. jur. Dieter Krimphove ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches Wirtschaftsrecht an der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Paderborn. Ass. Prof. Dr. Gabriel M. Lentner ist international ausgewiesener Völkerrechtsexperte mit Schwerpunkt Internationales Investitionsschutzrecht und lehrt in Krems und Wien.

Leseproben und  
weitere Informationen:  
[shop.kohlhammer.de](http://shop.kohlhammer.de)

**Kohlhammer**  
Bücher für Wissenschaft und Praxis

**K**

Verknüpfung von  
Vergaberecht und  
Zuwendungsrecht



2022. 108 Seiten. Kart. € 42,-  
ISBN 978-3-17-042338-1 | Recht und Verwaltung

Das Buch behandelt die Verknüpfung des Vergaberechts mit dem Zuwendungsrecht. Ein Zuwendungsbescheid enthält in der Regel Allgemeine Nebenbestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften verpflichten. Beleuchtet werden sowohl die Rechtsnatur als auch die Rechtmäßigkeit dieser Allgemeinen Nebenbestimmungen sowie ihr Verhältnis zu den Vorschriften des GWB.

Außerdem geht die Autorin auf die Rechtmäßigkeit eines Widerrufs der Zuwendung wegen Nichterfüllung der Allgemeinen Nebenbestimmungen sowie die einschlägigen Erlasse der Länderministerien ein. Die Arbeit endet mit einem Kapitel über den Rechtsschutz bei Vergaberechtsverstößen durch den Zuwendungsempfänger.

Die Arbeit wurde an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Leseproben und  
weitere Informationen:  
[shop.kohlhammer.de](http://shop.kohlhammer.de)

**Kohlhammer**  
Bücher für Wissenschaft und Praxis