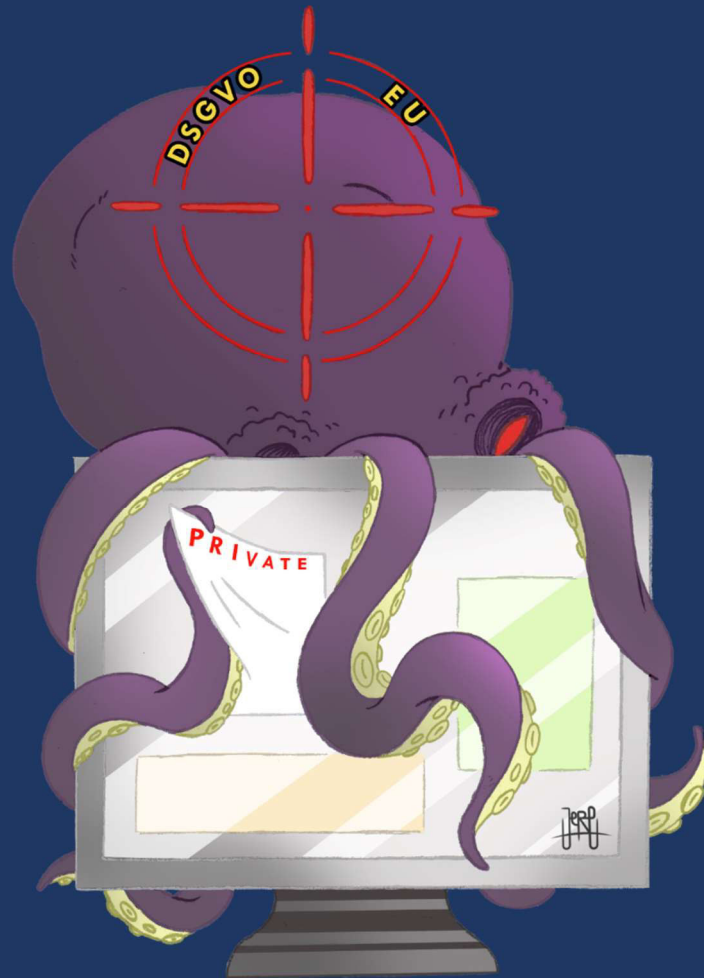




FREILAW

Freiburg Law Students Journal



S.O.D. – Safe Our Data

1

Privacy as an
Obstacle – Data
Privacy Laws under
the GATS
von Johannes Thierer

2

DSGVO – eine neue
Zeitrechnung im
Bereich des
Datenschutzes
von Tim Philipp Schäfers

3

Das AdBlocker - Urteil
des BGH –
ein Überblick
von Timmy Lukas Ebert

IMPRESSUM

Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)

Freilaw e.V.

Chefredaktion

Sarah Baukelmann und Joël Stumpp

Kontakt

Freilaw e.V.
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Platz der Alten Synagoge
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Raum 2105, z.Hd. Freilaw e.V.
D – 79085 Freiburg

E-Mail: redaktion@freilaw.de

Cover

Jeremías García

ISSN: 1865-0015



Urheberrechtliche Hinweise:

- Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.
- Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

Freilaw 1/2018

Zivilrecht

Sebastian Hoebel

Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Vertragsrecht	1
----------------------------------------------------------------	---

Datenschutz - Thema

Johannes Thierer

Privacy as an Obstacle.....	8
-----------------------------	---

Tim Philipp Schäfers

DSGVO – eine neue Zeitrechnung im Bereich des Datenschutzes.....	16
------------------------------------------------------------------	----

Timmy Lukas Ebert

Das AdBlocker Urteil des BGH – ein Überblick	24
----------------------------------------------------	----

Öffentliches Recht

René M. Kieselmann

Vergaberecht – praxisnah und studienfern?	29
-------------------------------------------------	----

Eva Hören

Neue Regelung zur Berufszulassung für Immobilienmakler	34
--------------------------------------------------------------	----

Studium und Beruf

Sarah Baukelmann

Berufsprofil Richter.....	44
---------------------------	----

Moritz Neumann

Einzigkeit-Vielfalt-Herausforderungen.....	47
--------------------------------------------	----

Rezension

Helena Frädrich

„Grundlagenfälle zum BGB für Fortgeschrittene“, 3. Auflage 2017	50
-----------------------------------------------------------------------	----

Vorwort der Chefredaktion

Liebe Leserinnen und Leser,

Bevor Sie sich dem Inhalt der neusten Ausgabe des Freiburg Law Students Journals widmen, wollen wir uns Ihnen als neu gewählte Chefredaktion kurz vorstellen und ein paar Worte vorausschicken.

Wir freuen uns zunächst sehr und möchten uns dafür bedanken, dass wir im Dezember 2017 zur neuen Chefredaktion gewählt wurden und uns damit die redaktionelle Verantwortung von *Frei/aw* übertragen wurde.

Gerne übernehmen wir die uns übertragenen Aufgaben und freuen uns auf die neuen Herausforderungen, die vor uns liegen.

Wir, das sind Joël, 24 Jahre, 8. Fachsemester und Sarah, 21 Jahre, 6. Fachsemester.

Joël hat sein Studium an der Universität Konstanz begonnen und dann im Rahmen des Erasmus+ Stipendiums für zwei Auslandssemester an der Jagiellonen-Universität in Krakau (Polen) studiert, bevor er im Wintersemester 2016/17 nach Freiburg gewechselt hat.

Sarah hat ihr Studium im Wintersemester 2014/15 an der Albert-Ludwigs-Universität begonnen und war dann ebenfalls im Rahmen des Erasmus+ Stipendiums für zwei Auslandssemester im Ausland an der Etövos-Loránd-Universität in Budapest.

Bedingt durch unsere Zeit im Ausland haben wir europarechtliche Züge nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis kennen und zu schätzen gelernt. Aufgrund unseres Interesses für Politisches und Kulturelles sowie dessen zahlreicher juristischer Schnittstellen auf Unionsebene haben wir beide den Schwerpunkt „Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht“ gewählt, da dieser die Betrachtung politischer Angelegenheiten auf Unionsebene seitens der Mitgliedstaaten und der EU, Unionsbezüge des deutschen Rechts und damit verbundene Problematiken und teilweise auch die Zukunft Europas widerspiegelt.

Frei/aw kann nunmehr auf eine fast zwölfjährige Tradition mit vielen erfolgreichen Ausgaben zurückblicken. Diese Tradition auch weiterhin fortzuführen, ist unser Anliegen. Wir sind glücklich darüber, dies mit einem engagierten Team tun zu können und gemeinsam *Frei/aw* weiterhin zu positiver Resonanz und einer wachsenden Leserschaft zu verhelfen.

Wir wünschen Ihnen nun viel Spaß mit der neuen *Frei/aw* - Ausgabe, die ihren Schwerpunkt im Datenschutzrecht hat.

Neben Artikeln von *Tim Phillip Schäfers* über die neue DSGVO, Johannes Thierer über GATS und Timmy Ebert zum neuen AdBlocker - Urteil des BGH, finden Sie unter anderem Artikel von *Sebastian Hoebel* zum Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Kaufrecht, *René M. Kesselmann* zum Vergaberecht, sowie *Eva Hören* zur neuen Regelung der Berufszulassung für Immobilienmakler. Abgerundet wird diese Ausgabe durch einen Erfahrungsbericht von *Moritz Neumann* über seine Auslandssemester in Peking, einer Rezension von *Helena Frädrich* und einem Interview mit einem Richter am Landgericht.

Viel Spaß beim Lesen wünscht

Ihre Chefredaktion von Freilaw



(Sarah Baukelmann)



(Joël Stumpp)

Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Vertragsrecht

Sebastian Hoebel*

A. Einleitung

Die Volksrepublik China ist ein Transformationsland, das sich seit Jahren in gesellschaftlichem Wandel und wirtschaftlichem Wachstum befindet. Seit 2009 ist China die exportstärkste Nation der Welt, die die Überschüsse aus ihrer Handelsbilanz zu einem großen Teil in den Binnenmarkt reinvestiert¹. Dadurch stiegen auch die Löhne in China, weshalb die Regierung nun auch im Binnenmarkt die Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen stärken möchte². Folge der Gewinnmaximierung ist aber, dass in China ein erwähnenswerter Anteil der Waren aus Herstellung und Absatz als minderwertig anzusehen ist³. Daher muss das chinesische Rechtssystem geeignet sein, das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Binnenmarkt stärken zu können. Insofern stellt sich die Frage, ob das Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Vertragsrecht die Interessen und Rechte des Rechtsverkehrs angemessen schützen kann und wie dessen Entwicklung zu bewerten ist.

B. Historische Entwicklung des Gewährleistungsrechts

I. Der Zeitraum bis 1994

Als die Kolonialmächte durch Abkommen und Verträge China zwangen, sich wirtschaftlich für andere Länder zu öffnen, wurde internationales Recht von China als ein Instrument angesehen, das Fremde zu kontrollieren⁴. Unter diesem Gesichtspunkt wurde von 1929 bis 1931 von der Guomindang Regierung das Zivilgesetzbuch (ZGB) erlassen, das teilweise die Systematik und Begriffe des deutschen BGB rezipierte⁵. Dadurch wurde erstmalig eine Gewährleistung für Mängel im Vertragsrecht kodifiziert. Allerdings fand die Kodifizierung aus Mangel an Rechtsgelehrten nur sehr oberflächlich statt und so konnte die vertragliche Mängelgewährleistung nicht in die juristische Praxis in China übertragen werden⁶.

II. Der Zeitraum seit 1949

Im September 1949 wurden alle bestehenden Gesetze und Verordnungen vom Zentralkomitee der Kommunistischen Partei aufgehoben⁷. Dong Biwu begründete diesen Schritt damit, man müsse Klassenkampf führen und das Rechtssystem dürfe nicht weiterhin die herrschende Minderheit fördern,

sondern müsse zugunsten der beherrschten Mehrheit revolutioniert werden⁸.

Im sich anschließenden Neuaufbau der Rechtsordnung konkurrierten zwei Modelle. Für das *formelle Modell* sah man ein ausformuliertes Gesetzssystem vor⁹. Mit dem *informellen Modell* sollte das Rechtssystem durch flexible von der Zentralregierung erlassene Verordnungen geprägt werden und eine Streitbeilegung durch Schlichtung ermöglicht werden¹⁰.

1. Die Zeit unter Mao

In den folgenden Jahren wurde zunächst dem *formellen Modell* folgend ein ZGB nach sowjetischem Vorbild entworfen, das für eine vertragliche Mängelgewährleistung keine Regelungen vorsah¹¹.

Bereits im Jahr 1957 kam die Formalisierung des Rechts unter Mao Zedong jedoch zum Erliegen und die Rechtswissenschaft erhielt eine marxistisch-leninistische, antikapitalistische Prägung¹². Bis in das Jahr 1978 wurde kein einziges Gesetz verabschiedet¹³. Das individuelle Interesse einer benachteiligten Vertragspartei musste hinter staatlichen Zielen zurücktreten¹⁴.

2. Die 1978 eingeleitete Wirtschaftsreform

Erst ab dem Jahr 1978 kehrte die Regierung unter dem Leitmotiv *Reform und Öffnung* unter Führung von Deng Xiaoping zum *formellen Modell* zurück¹⁵. Der faktische Übergang in eine neue Zivilrechtsordnung wurde eingeleitet, als 1986 die *Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts* (AGZ) verabschiedet wurden¹⁶. Die AGZ dienten als „Rahmengerüst“ eines sozialistischen Zivilrechts, das erst mit wachsender marktpolitischer und rechtstheoretischer Erkenntnis im Laufe der Zeit konkretisiert werden sollte¹⁷. Die AGZ wurden auf Grundlage eines chinesischen Entwurfs des ZGB aus dem Jahre 1982 geschaffen, der seinerseits zu großen Teilen auf dem ZGB der UdSSR von 1961 beruhte¹⁸. Schließlich wurde auf Grundlage der AGZ sowie in Anlehnung an das UN-Kaufrecht und die UNIDRO-

¹ Binding/Jiang ZChinR 2013, 191.

² Binding/Jiang ZChinR 2013, 191.

³ Bu ZfRV 2014, 273.

⁴ Ahl Hong Kong L.J. 2009, 735.

⁵ Eberl-Borges/Su ZVglRWiss 2012, 125.

⁶ Ahl Hong Kong L.J. 2009, 736.

⁷ Rüffert, Das Recht der Sachmängelgewährleistung beim Kauf in der VR China, S. 8.

⁸ Heuser ZChinR 2009, 248.

⁹ Heuser ZChinR 2009, 250.

¹⁰ Heuser ZChinR 2009, 250.

¹¹ Rüffert, Das Recht der Sachmängelgewährleistung beim Kauf in der VR China, S. 8.

¹² Heuser ZChinR 2009, 253.

¹³ Bu, Einführung in das Recht Chinas 2017, S. 2.

¹⁴ Rüffert, Das Recht der Sachmängelgewährleistung beim Kauf in der VR China, S. 47.

¹⁵ Overby J. Int'l L. & Com 2006, 349.

¹⁶ Overby J. Int'l L. & Com 2006, 349.

¹⁷ Heuser ZChinR 2009, 256.

¹⁸ Heuser ZChinR 2009, 254.

IT-Grundregeln im Jahr 1999 das chinesische *Vertragsgesetz* (VG) erlassen¹⁹.

Im VG wurde kein spezifisches Gewährleistungsrecht kodifiziert, vielmehr wird auf die allgemeinen Bestimmungen zum Vertragsbruch gem. §§ 111, 107 VG abgestellt^{20, 21}.

3. Ideologischer, rechtstheoretischer Ausgangspunkt

Rechtstheoretisch versteht man das so geschaffene Rechtssystem als Ausdruck eines *Sinomarxismus*²². Die Privatwirtschaft gilt also weiterhin als Mechanismus zur Entwicklung eines sozialistischen Landes²³. Die kommunistische Ideologie wird dennoch vor allem zur Durchsetzung von politischen Interessen benutzt²⁴.

C. Mängelgewährleistung im chinesischen Vertragsrecht

Der juristisch relevanteste Fall betrifft die Mängelgewährleistung aus Kaufvertrag und wird daher im Folgenden untersucht. Damit die benachteiligte Partei Rechte aus Mängelgewährleistung geltend machen kann, muss ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein, dessen Erfüllung einen Mangel aufweist, für den kein Haftungsausschluss vorliegt.

I. Sachmangel

Ein Sachmangel iSd § 155 VG liegt vor, wenn der Vertragsgegenstand nicht die Qualität oder Menge aufweist, die die Vertragsparteien vereinbart haben²⁵. Wenn die Vertragsparteien keine bestimmte Qualität vereinbart haben oder Unklarheiten bestehen, ist auf die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 61, 62 VG abzustellen. Grundlage der ergänzenden Vertragsauslegung ist nach § 125 VG die Berücksichtigung der Verkehrssitte und das Prinzip von Treu und Glauben²⁶. Entscheidend ist hinsichtlich einer Vereinbarung zur Qualität, welches Ziel die Vertragsparteien im Einzelnen durch den Vertragsschluss verfolgten²⁷. Lässt sich dennoch keine Qualität bestimmen, ist mittels § 62 Nr. 1 VG auf staatlich festgelegte oder branchentypische Qualitätsnormen zurückzugreifen.

II. Rechtsmangel

Ein Rechtsmangel liegt vor, wenn der Vertragsgegenstand iSv § 150 VG mit Rechten Dritter belastet ist. Das gilt sowohl für allgemeine Rechte Dritter als auch für immaterialgüterrechtliche Ansprüche²⁸. Die gesetzliche Grundlage für die Rechtsmängelhaftung liegt in § 135 VG, denn hiernach muss der Verkäufer dem Käufer das Eigentum am Vertragsgegenstand übertragen. Der Verkäufer muss mithin volles Eigentum übertragen. Die Eigentumsübertragung erfolgt gem. § 133 VG

durch Übergabe, wenn keine davon abweichende Parteivereinbarung vorliegt.

III. Maßgeblicher Zeitpunkt

Der Sach- bzw. Rechtsmangel muss bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs vorliegen. Das ist gem. § 142 VG grundsätzlich die Übergabe der Kaufsache, davon abweichende Vereinbarungen bleiben den Parteien aber weiterhin vorbehalten.²⁹

IV. Haftungsgrundlage

Unter chinesischen Rechtsgelehrten ist umstritten, was konkret als Haftungsgrundlage für eine Mängelgewährleistung dienen soll.

1. Eigenständige Regelung in § 111 VG

Nach einer Ansicht treffe das Gesetz in § 111 VG eine eigenständige Regelung zur Mängelgewährleistung³⁰. Der Verkäufer hafte für Rechts- oder Sachmängel der Kaufsache aus Gesetz, und damit unabhängig von den normalen Haftungsregeln bei einem Vertragsbruch. Ein Vertragsbruch könne schließlich nur vorliegen, wenn gegen ausdrückliche Vertragsvereinbarungen verstoßen werde. Wenn keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer über die Rechts- und Sachmängelfreiheit der Kaufsache getroffen werde, entstehe mithin auch keine Haftung aus Vertragsbruch.

Weiterhin wird befürwortet, insbesondere die Gewährleistung für einen Rechtsmangel durch eine außervertragliche Haftung zu bestimmen. Über die Vorschrift der Nichtigkeit eines Vertrags nach § 52 VG könne individuell in Betracht gezogen werden, welche Vertragspartei zu welchen Teilen den Rechtsmangel zu vertreten habe, etwa durch Verschulden bei Vertragsschluss³¹.

2. Mängelgewährleistung aus Vertragsbruch

Nach anderer Auffassung sei eine separate Regel für Mängelgewährleistung aus dem Gesetz nicht notwendig. Stattdessen sei die Mängelgewährleistung Teil der Vorschriften für eine Haftung aus Vertragsbruch gem. §§ 107 ff. VG³². Dafür wird angeführt, dass bei Vertragsschluss eine Freiheit von Rechts- und Sachmängeln konkludent vereinbart werde. Eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien muss also entsprechend weit ausgelegt werden. Demnach wären die Parteien gem. § 8 VG schuldrechtlich an die Vereinbarungen eines nach geltendem Recht geschlossenen Vertrags gebunden. Zudem wende das Gesetz den Begriff Vertragsbruch einheitlich an und umfasse damit alle Fälle der Leistungsstörung. Entspreche die Leistung einer Partei dann nicht den getroffenen Vereinbarungen, so hafte sie der benachteiligten Partei bei einem Sachmangel gem. §§ 107, 155, 111 VG und bei einem Rechtsmangel gem. §§ 107, 150 VG aus Vertragsbruch. Damit sei die

¹⁹ Bu ZfRV 2014, 262.

²⁰ deutsche Übersetzung unter: <http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm>.

²¹ Baer 1999, 41 (who refers to this as situation jurisprudence).

²² Heuser ZChinR 2009, 260.

²³ Heilmann, Das politische System der VR China 2016, S. 42.

²⁴ Bu, Einführung in das Recht Chinas 2017, S. 6.

²⁵ Lichtenstein IHR 2013, 99.

²⁶ Binding/Pißler/Xu, Fachmedien Recht und Wirtschaft 2015, S. 109.

²⁷ Binding/Pißler/Xu, Fachmedien Recht und Wirtschaft 2015, S. 109.

²⁸ Su ZVglRWiss 2003, 111.

²⁹ Stenvaag, Fahrlässige Vergewaltigung, Streit 2006, 99 ff.

³⁰ mwN Jianyuan, Science of law 2012, 93.

³¹ Su ZVglRWiss 2003, 111.

³² mwN Liming Journal of comparative Law 2001, 21.

Freiheit von Rechts- und Sachmängeln eine Hauptleistungspflicht aus dem geschlossenen Vertrag, ebenso wie die Lieferung einer Kaufsache selbst³³.

3. Abwägung der beiden Haftungsmodelle

Welche der beiden Ansichten vorzugswürdig ist, lässt sich auf die Frage reduzieren, wie der Vertragsbruch im Vertragsgesetz geregelt ist und ob er auch Rechts- und Sachmängel umfasst. Im Vertragsgesetz findet sich keine Definition, was ein Vertragsbruch genau darstellt. Die Haftungsgrundnorm des § 107 VG regelt aber, dass eine Erfüllung, die negativ von der zwischen den Vertragsparteien vereinbarten abweicht, eine Schlechterfüllung ist und damit bereits einen Vertragsbruch darstellt³⁴. Die zweite Ansicht hat zutreffend dargestellt, dass sich die Parteien konkludent über die Mängelfreiheit eines Vertragsgegenstands einigen. Liegt ein Rechts- oder Sachmangel vor, weicht die Erfüllung des Vertrags negativ von der Vereinbarung der Parteien ab, und begründet damit grundsätzlich einen Vertragsbruch nach § 107 VG. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 111 S. 1 VG, der eine „Vertragsverletzung“ beschreibt. Damit scheint die zweite Auffassung, die eine Mängelgewährleistung in das allgemeine Haftungssystem aus Vertragsbruch einordnet, vorzugswürdig. Außerdem hat die Vorschrift über die Nichtigkeit eines Vertrags gem. § 52 VG einen anderen Anwendungsbereich als die Vorschriften der Mängelgewährleistung aus den §§ 150 ff VG. Bei § 52 VG ist nämlich auf einen Umstand abzustellen, der bereits bei Vertragsschluss gegeben ist, während die Rechtsmängelhaftung bei der Abwicklung des Vertrags eine Rolle spielt, da typischerweise erst dann Mängel entdeckt werden³⁵.

Richtigerweise ist also von der Wirksamkeit des Vertrags auszugehen, auf dessen Grundlage die mangelbelastete Ware übergeben wird. Allerdings bleiben rechtssystematische Zweifel bestehen. So könnte man anführen, dass eine Mängelgewährleistung und eine Haftung aus Vertragsverletzung nicht vergleichbar sind und mithin nicht identisch angewandt werden sollten³⁶.

Grundsätzlich besteht bei einer Haftung aus Vertragsbruch nämlich kein Haftungsausschluss im Rahmen einer Untersuchungs- und Rügepflicht, wie es die §§ 157, 158 VG für einen Sachmangel bei einer Verkaufsache festlegen. Auf diese Weise existiert das System der Mängelgewährleistung unter Umständen für eine von der gesetzlichen Verjährungsfrist abweichende Dauer. Die vorgebrachten Zweifel sind aber unbegründet. Die Systematik eines Haftungsausschlusses bei Verstreichenlassen einer Untersuchungs- und Rügefrist gibt es auch an anderer Stelle im Vertragsgesetz, nämlich in § 310 VG, der den Beförderungsvertrag besonders regelt. Insofern ist die Regelung in §§ 157, 158 VG als besondere Regelung des Kaufvertrags aufzufassen, die dem Rechtssystem nicht widersprechen.³⁷

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis überzeugen die Gründe für eine Haftung nach dem Modell aus Vertragsbruch entsprechend der zweiten Ansicht³⁸. Auf diese Weise entsteht ein einheitliches und schlüssiges Haftungssystem, welches sich in der Praxis bereits bewährt hat³⁹. Dadurch wird die Rechtssicherheit gefördert und die Interessen der vertragstreuen Partei können besser gewahrt werden⁴⁰. Der Verkäufer haftet bei einem Rechts- oder Sachmangel also aus Vertragsverletzung gem. § 107 VG verschuldensunabhängig iVm den Vorschriften der §§ 150 ff. VG.

V. Haftungsausschluss nach dem Vertragsgesetz bis 2012

Für Sachmängel legt das Vertragsgesetz fest, dass der Käufer den Vertragsgegenstand entweder innerhalb einer mit dem Verkäufer *vereinbarten Frist* iSv §§ 157 S.1, 158 Abs. 1 VG oder innerhalb einer *gesetzlichen Frist* iSv §§ 157 S.2, 158 Abs. 2 VG auf Mängel überprüfen muss. Stellt der Käufer dann innerhalb der entsprechenden Untersuchungs- und Rügefrist einen Mangel an dem Vertragsgegenstand fest, muss er diesen dem Verkäufer anzeigen, ansonsten gilt die Kaufsache gem. § 158 VG als mangelfrei und der Vertrag als erfüllt⁴¹.

1. Vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist

Haben die Vertragsparteien eine Untersuchungs- und Rügefrist iSd §§ 157, 158 VG vereinbart, so muss der Käufer, um seine Ansprüche aus Mängelgewährleistung geltend machen zu können, innerhalb dieser Frist einen Mangel entdecken und dem Verkäufer anzeigen.

2. Gesetzliche Untersuchungs- und Rügefrist

Haben die Vertragsparteien hingegen keine Untersuchungs- und Rügefrist vereinbart, so muss der Käufer nach der gesetzlichen Regelung in § 157 S.2 VG den Vertragsgegenstand *rechtzeitig* untersuchen. Nach § 158 Abs. 2 VG muss der Käufer dann, wenn er einen Sachmangel feststellt oder feststellen müsste, innerhalb einer *vernünftigen Frist* oder innerhalb von zwei Jahren ab Übergabe der Kaufsache dem Verkäufer Anzeige erstatten, ansonsten gilt auch hier die Kaufsache als vertragsgemäß. Allerdings ließ der Gesetzgeber offen, was unter einer vernünftigen Frist zu verstehen ist oder wie diese ermittelt werden kann⁴².

Zudem muss das Verhältnis der Frist aus §§ 157 S.2, 158 Abs. 2 VG zu der gesetzlichen Verjährung aus §§ 135, 137 AGZ genau betrachtet werden. Entdeckt der Käufer erst nach dem Ablauf der Frist aus §§ 157 S.2, 158 Abs. 2 VG einen Sachmangel, kann er sich nicht auf die zweijährige gesetzliche Verjährungsfrist aus §§ 135, 137 AGZ berufen⁴³. Wenn der Käufer einen Sachmangel innerhalb einer vernünftigen Frist entdeckt, dem Verkäufer anzeigt und zugleich Erfüllung von

³³ Su ZVglRWiss 2003, 109; Bu, Chinese Civil Law 2010, S. 89.

³⁴ Widmer/Ye RIW 2001, 844.

³⁵ Su ZVglRWiss 2003, 111.

³⁶ Bu, Chinese Civil Law 2010, S. 73.

³⁷ Bu, Chinese Civil Law 2010, S. 73.

³⁸ Bu, Chinese Civil Law 2010, S. 73.

³⁹ Widmer/Ye RIW 2001, 849.

⁴⁰ mwN Shiyuan China legal science 2007, 170.

⁴¹ Lichtenstein RIW 2009, 826.

⁴² Cammerer RIW 2013, 229.

⁴³ Lichtenstein RIW 2009, 825.

Ansprüchen aus Mängelgewährleistung gegen den Verkäufer geltend macht, beginnt die gesetzliche Verjährung nach §§ 135, 137 AGZ neu zu laufen und es ergibt sich kein gesondertes Problem⁴⁴.

Anders allerdings folgende Konstellation: Der Käufer zeigt einen Sachmangel an und erfüllt damit seine Pflicht aus §§ 157, 158 VG. Die gesetzliche Verjährungsfrist beginnt hierdurch allerdings nicht gem. §§ 135, 137 AGZ neu zu laufen. In diesem Fall stellt sich also die Frage, ob der Käufer seine Ansprüche aus Sachmängelhaftung gegen den Verkäufer innerhalb der zweijährigen gesetzlichen Verjährungsfrist ab Kenntnis des Sachmangels aus § 135 AGZ geltend machen muss⁴⁵. Nach einer Ansicht werden die gesetzlichen Verjährungsvorschriften der AGZ durch die Regelung der Gewährleistungsfrist im VG vollständig verdrängt. Das würde bedeuten, dass Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf Mängelgewährleistung nach einer Mängelanzeige niemals verjähren würden. Der Käufer wäre also nicht an die gesetzliche zweijährige Verjährungsfrist gebunden. Nach der Gegenansicht bleibt die gesetzliche Verjährungshaftung des § 135 AGZ bestehen, sodass der Käufer seine Ansprüche innerhalb von zwei Jahren ab der Mängelanzeige geltend machen muss⁴⁶. Hierfür spricht, dass die Regelung in den §§ 157, 158 VG keine Verjährungsfristen festlegen, sondern *Ausschlussfristen* für die Anzeige eines Sachmangels sind⁴⁷. Nach dem Wortlaut und der Systematik der §§ 157, 158 VG betrifft der Regelungstatbestand lediglich den Zeitpunkt der Mängelanzeige⁴⁸. Die Geltendmachung der Ansprüche aus Sachmängelhaftung ist damit dem System der gesetzlichen Verjährungsfrist aus § 135 AGZ zugeordnet. Der Käufer muss damit seine Ansprüche auf Sachmängelgewährleistung ab dem Zeitpunkt der Kenntnis oder der fahrlässigen Unkenntnis innerhalb von zwei Jahren gem. § 135 AGZ geltend machen.

3. Analyse

In der gesetzlichen Regelung der §§ 157, 158 VG ist unter Umständen eine Benachteiligung des Käufers zu sehen. Problematisch ist zunächst, dass nicht zwischen einer Untersuchungsfrist und einer Rügefrist unterschieden wird⁴⁹. Dadurch können Gewährleistungsrechte des Käufers unter Umständen verkürzt werden⁵⁰. Geht man davon aus, dass der Käufer den Sachmangel in den letzten Tagen der vereinbarten Untersuchungsfrist entdeckt, kann der Käufer nach dem normalen Lauf der Dinge diesen dem Verkäufer dann nicht mehr innerhalb der vereinbarten Frist anzeigen. So würde er seine Ansprüche auf Mängelgewährleistung verlieren.

Eine weitere Benachteiligung des Käufers in der gesetzlichen Regelung der §§ 157, 158 VG ist darin zu sehen, dass nicht zwischen leicht erkennbaren sog. *offenen Sachmängeln* und schwer erkennbaren sog. *verdeckten Sachmängeln* im Hinblick

auf eine entsprechende Untersuchungs- und Rügefrist unterschieden wird⁵¹. Nach dem Wortlaut der §§ 157, 158 VG kann sich der Käufer nur dann auf den Fristbeginn berufen, der mit der Kenntnis oder dem Kennenmüssen eines Sachmangels beginnt und für den Käufer damit günstiger ist, wenn die Vertragsparteien von vornherein keine Untersuchungs- und Rügefrist vereinbart haben. Das würde dazu führen, dass sowohl offene Sachmängel als auch verdeckte Sachmängel nach dem Ablauf einer Untersuchungs- und Rügefrist von dem Käufer nicht mehr geltend gemacht werden können⁵². In der Regel vereinbaren die Vertragsparteien eine kurze Untersuchungs- und Rügefrist, konsequenterweise wäre der Anwendungsbereich der Regelung der §§ 157, 158 VG zu Lasten des Käufers also sehr klein⁵³. Diese Rechtsfolge ergibt sich zwar aus dem Wortlaut der Regelung aus §§ 157, 158 VG, allerdings ist fragwürdig, ob das vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sein kann⁵⁴. Die Geltungsdauer der gesetzlichen Regelungen in §§ 157, 158 VG wäre von dem Zufallsfaktor abhängig, ob eine Vereinbarung hinsichtlich der Untersuchungs- und Rügefrist getroffen wurde oder nicht⁵⁵.

Zugleich sieht der § 158 VG aber auch eine zweijährige Gewährleistungsfrist vor und legt damit einen wesentlich größeren Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelung der §§ 157, 158 VG fest. In Bezug auf offene und verdeckte Sachmängel ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung der §§ 157, 158 VG nach Maßstäben der Gerechtigkeit und Nachvollziehbarkeit nicht zutreffend, welche Art von Mangel der Käufer innerhalb einer vernünftigen Untersuchungsfrist ab dem Erhalt des Verkaufsgegenstands anzeigen muss, und welche Art von Mangel der Käufer innerhalb einer Frist anzeigen muss, die iSd § 158 VG erst mit der Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen eines Sachmangels beginnt⁵⁶.

4. Zwischenergebnis

Damit ist eine gesetzliche Regelung, die offene Sachmängel und verdeckte Sachmängel im Hinblick auf eine entsprechend angepasste Untersuchungs- und Rügefrist voneinander unterscheidet, angebracht. Ebenso sollte im Gesetz ausdrücklich zwischen einer Untersuchungsfrist und einer Rügefrist unterschieden werden. Andernfalls würde der Käufer eine unangemessene Benachteiligung seiner Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer erfahren⁵⁷.

VI. Haftungsausschluss nach der justiziellen Interpretation des OVG ab 2012

Die dargestellte Kritik wurde aufgegriffen, als am 1.7.2012 die Auslegungsbestimmungen zur Rechtsanwendung in Streitigkeiten über Kaufverträge (ARSK) in Kraft traten⁵⁸. Durch Auslegung konkretisiert das Oberste Volksgericht (OVG)

⁴⁴ Pißler ZChinR 2009, 12.

⁴⁵ Lichtenstein RIW 2009, 826.

⁴⁶ Lichtenstein RIW 2009, 826.

⁴⁷ Lichtenstein RIW 2009, 826.

⁴⁸ Lichtenstein RIW 2009, 826.

⁴⁹ Bu ZfRV 2014, 269.

⁵⁰ Bu ZfRV 2014, 269.

⁵¹ Bu ZfRV 2014, 269.

⁵² Lichtenstein IHR 2013, 99.

⁵³ Bu ZfRV 2014, 269.

⁵⁴ Lichtenstein IHR 2013, 99.

⁵⁵ Lichtenstein IHR 2013, 99.

⁵⁶ Lichtenstein IHR 2013, 99.

⁵⁷ Lichtenstein IHR 2013, 99; Bu ZfRV 2014, 269.

⁵⁸ deutsche Übersetzung von Cammerer, RIW 2013, 233 – 237.

Gesetze und schließt Gesetzeslücken. Diese justiziellen Interpretationen erfüllen letztlich die gleiche Funktion wie Gesetze⁵⁹ und gelten gem. § 46 ARSK für alle zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens in erster oder zweiter Instanz anhängigen Zivilverfahren.

1. Neuerung durch Zusammenwirkung des VG und der ARSK

Durch die §§ 15, 18 ARSK wird erstmals ausdrücklich zwischen offenen Sachmängeln und verdeckten Sachmängeln unterschieden und damit die gesetzliche Unzulänglichkeit aufgegriffen. Für Quantitätsabweichungen der Verkaufssache bringen die ARSK keine Änderung, es wird aber davon ausgegangen, dass diese gewöhnlicherweise leicht erkennbar sind und damit den offenen Sachmängeln zugeordnet werden⁶⁰.

a) Vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist

Für eine vertraglich vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist gilt nach § 158 VG, § 18 Abs.1 ARSK, dass offene Sachmängel und Quantitätsabweichungen innerhalb der vereinbarten Untersuchungs- und Rügefrist angezeigt werden müssen. Wenn die vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist ausreichend lang war, und somit auch verdeckte Sachmängel zu erkennen waren, muss der Käufer dem Verkäufer gem. § 157 VG, § 18 ARSK auch verdeckte Sachmängel innerhalb dieser Frist anzeigen⁶¹. Ist die vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist ab Empfang des Verkaufsgegenstands wegen der Art des Verkaufsgegenstands und dessen entsprechenden Gebrauchs allerdings zu kurz, kann der Käufer verdeckte Sachmängel gem. § 158 VG, §§ 18, 17 ARSK innerhalb von einer vernünftigen Frist ab Kenntnis oder Kennenmüssen des verdeckten Sachmangels dem Verkäufer anzeigen.

Wie das Gericht im Einzelfall eine „vernünftige“ Frist iSd § 158 VG festlegen kann, konkretisiert § 17 Abs. 1 ARSK. So soll das Gericht bei Bestimmung einer vernünftigen Frist das Prinzip von Treu und Glauben zu Grunde legen und den Charakter, den Zweck und die Form des Handels berücksichtigen, sowie auch angemessen die Sorgfaltspflichten des Käufers im Hinblick auf die Methode und den Schwierigkeitsgrad der Inspektion beachten.

Weiterhin schreibt § 18 Abs. 2 ARSK vor, dass eine Untersuchungs- und Rügefrist die für bestimmte Produkte in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften festgelegt wurde, unabdingbar und damit zwingend anzuwenden ist. Das spielt dann eine Rolle, wenn die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Untersuchungs- und Rügefrist kürzer währt. In diesem Fall bezweckt § 18 Abs. 2 ARSK, dass die in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften festgelegten Untersuchungs- und Rügefristen nicht ausgehebelt werden können, selbst wenn der Käufer einen verdeckten Sachmangel nicht innerhalb einer vernünftigen Frist iSd § 158 VG, §§ 18, 17 ARSK anzeigt⁶². Kritisch ist, dass die Parteien trotz Vertragsfreiheit keine von

Gesetzen und Verwaltungsvorschriften abweichende Untersuchungs- und Rügefrist vereinbaren können⁶³. Zudem unterscheidet auch die Regelung des § 18 Abs. 2 ARSK nicht zwischen einer Untersuchungsfrist und einer Rügefrist innerhalb derer der Käufer einen Sachmangel anzeigen muss⁶⁴.

b) Gesetzliche Untersuchungs- und Rügefrist

Haben die Vertragsparteien dagegen keine Untersuchungs- und Rügefrist vereinbart, so müssen offene Sachmängel und Quantitätsabweichungen nach § 157 VG rechtzeitig angezeigt werden. Der Begriff „rechtzeitig“ wurde weder im Vertragsgesetz legal definiert noch in den ARSK festgelegt. Jedoch sind die Voraussetzungen

des § 17 ARSK, die dieser für die in § 158 VG geforderte „vernünftige“ Frist aufstellt, vorliegend auch auf den Begriff „rechtzeitig“ des § 157 VG entsprechend anzuwenden⁶⁵. Verdeckte Sachmängel sollen dem Verkäufer innerhalb einer vernünftigen Frist ab Kenntnis oder Kennenmüssen gem. § 158 VG, § 17 ARSK angezeigt werden.

c) Analyse

Die ARSK schaffen in Bezug auf den Ausschluss der Mängelgewährleistung mehr Klarheit und entlasten den Käufer, da sie ihm eine angepasste Untersuchungs- und Rügefrist einräumen⁶⁶.

2. Ergebnis

Indem nun zwischen offenen und verdeckten Sachmängeln unterschieden wird und zugleich Standards für die Ermittlung einer vernünftigen Rügefrist gestellt werden, wird auch die Rechtssicherheit nachvollziehbar erhöht⁶⁷. Dennoch unterscheiden auch die ARSK nicht zwischen einer Untersuchungs- und Rügefrist, was nach wie vor ein bedeutendes Problem darstellen kann.

VII. Rechte der vertragstreuen Partei

1. Sachmangel

Die Lieferung einer fehlerhaften Sache ist gem. § 155 VG i.V.m. §§ 107, 111 VG eine Vertragsverletzung. Liegt ein Sachmangel vor, haftet der Verkäufer gem. § 111 VG zunächst so, wie es die Vertragsparteien vereinbart haben. Liegt im Einzelfall keine Vereinbarung vor und lässt sich eine solche auch nicht durch ergänzende Vertragsauslegung nach § 61 VG ermitteln, so haftet der Schuldner für „Erfüllung“, „Abhilfemaßnahmen“ oder „Schadensersatz“.

Unter den Voraussetzungen des § 111 VG kann der Käufer eine vernünftige Wahl zwischen Maßnahmen wie Reparatur, Austausch, Neuankaffung, Kaufpreisminderung und Rücktritt ergreifen, welche im Ergebnis als „Abhilfemaßnahmen“ des in § 107 VG normierten Rechtsbehelfs zu werten sind.

⁵⁹ *Ahl ZChinR* 2007, 251.

⁶⁰ *Lichtenstein IHR* 2013, 99.

⁶¹ *Lichtenstein IHR* 2013, 99.

⁶² *Lichtenstein IHR* 2013, 100.

⁶³ *Bu ZfRV* 2014, 270.

⁶⁴ *Bu ZfRV* 2014, 270.

⁶⁵ *Lichtenstein IHR* 2013, 99.

⁶⁶ *Lichtenstein IHR* 2013, 99.

⁶⁷ *Bu ZfRV* 2014, 270.

a) Reparatur, Austausch und Neuanfertigung

Durch Reparatur der mangelhaften Kaufsache kann zunächst der Verkäufer den Kaufvertrag nacherfüllen. Kommt der Verkäufer dieser Pflicht nicht nach, so kann der Käufer gem. § 23 ARSK die Kosten in vernünftiger Höhe von dem Verkäufer ersetzt verlangen, die ihm dadurch entstanden sind, dass er oder ein Dritter den Vertragsgegenstand repariert hat.

b) Kaufpreisminderung

Zudem kann der Käufer vom Verkäufer verlangen, den Kaufpreis gem. § 111 VG zu mindern. Nach § 23 ARSK wird der Kaufpreis grundsätzlich in der Höhe gemindert, die sich aus einer Differenz zwischen dem Marktwert einer vergleichbaren mangelfreien Kaufsache und dem Marktwert der tatsächlich übergebenen mangelhaften Kaufsache zum Zeitpunkt der Übergabe ergibt. Kritisch ist, dass ein Verkäufer, der den Verkaufsgegenstand zu einem über dem Marktwert liegenden Preis verkauft, relativ gesehen, nur eine entsprechend kleine Preis-minderung hinnehmen muss. Im umgekehrten Fall, wenn der Verkäufer den Verkaufsgegenstand zu einem unter dem Marktwert liegenden Preis verkauft hat, wäre die Kaufpreisminderung für den Verkäufer entsprechend höher⁶⁸. Gerechter wäre es, auf den tatsächlich bezahlten Betrag abzustellen⁶⁹.

c) Rücktritt

Das Vertragsgesetz legt in § 107 VG fest, dass der Käufer einer mangelhaften Sache „Abwehrmaßnahmen“ ergreifen kann, die den Käufer gem. § 94 Nr. 5 VG grundsätzlich auch dazu berechtigen, den geschlossenen Kaufvertrag aufzulösen⁷⁰. Auch wird in § 148 VG normiert, dass ein mangelhafter Vertragsgegenstand einen Interessenwegfall iSd § 94 Nr. 4 VG begründen kann und dann ebenfalls zum Rücktritt berechtigt. Terminologisch wird im Vertragsgesetz nicht zwischen Rücktritt und Vertragsaufhebung unterschieden, beides wird unter dem Begriff der Vertragsauflösung in den §§ 93 ff. VG geregelt⁷¹. Erklärt der Käufer einer mangelhaften Sache wirksam den Rücktritt, kann er gem. § 97 VG „Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands“, „andere Abhilfemaßnahmen“ und „Schadenersatz“ verlangen. Fraglich ist, welche Rechtswirkung die Regelung in §§ 94, 97 VG im Einzelnen entfalten soll.

Nach der *Theorie der unmittelbaren Wirkung* soll der Vertrag rückwirkend *ex tunc* erlöschen⁷². Die Vertragsparteien sollen auf diese Weise den ursprünglichen Zustand vor dem Vertragsschluss wiederherstellen. Wenn die erbrachte Leistung noch unterscheidbar vorhanden ist, dann würde ein dinglicher Vindikationsanspruch auf Rückgewähr entstehen. Ist die erbrachte Leistung nicht mehr unterscheidbar, wie etwa bei Kaufpreiszahlung mit einzelnen Geldscheinen, so bestehe ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Herausgabe iSd § 97 VG⁷³.

⁶⁸ Cammerer RIW 2013, 230.

⁶⁹ Lichtenstein IHR 2013, 103.

⁷⁰ Binding/Pißler/Xu, Fachmedien Recht und Wirtschaft 2015, S. 126.

⁷¹ Widmer/Ye RIW 2001, 347.

⁷² mwN Jianyuan, Chinese Journal of Law 2012, 52.

⁷³ Widmer/YE RIW 2001, 848.

Nach der *vermittelnden Theorie* werde der Vertrag *ex nunc* aufgelöst⁷⁴. Dadurch erhalte die rücktretende Partei einen vertraglichen Anspruch auf Rückgewähr der erbrachten Leistung, um auf diese Weise den ursprünglichen Zustand iSd § 97 VG wiederherzustellen.

Die erste Ansicht stellt auf den gesetzlichen Wortlaut ab, der eine rückwirkende Auflösung des Vertrags impliziert. Dennoch erscheint es sinnvoller, der zweiten Ansicht zuzustimmen, da so eine internationale Angleichung des Vertragsrechts erreicht würde. Darüber hinaus können Schadenersatz- und Rückgewähransprüche gem. § 97 VG nebeneinander bestehen.

2. Rechtsmangel

Im Hinblick auf Rechtsmängel eröffnet die Vorschrift des § 152 VG dem Käufer weiter die Möglichkeit, den Kaufpreis zurückzubehalten, wenn er nachweisen kann, dass die Möglichkeit besteht, dass ein Dritter Rechte an dem Vertragsgegenstand geltend machen wird. Theoretisch verfolgt die Vorschrift damit einen Käuferschutz. Problematisch ist, dass in der Rechtspraxis der Kaufpreis häufig schon erbracht sein wird, bevor der Käufer einen Rechtsmangel feststellen kann.

VIII. Parallele Regelung im Produktqualitätsgesetz

Parallel zu der Haftung für einen Sachmangel gem. §§ 107, 111, 155 VG besteht die Vorschrift des § 40 Produktqualitätsgesetzes (PQG). Die Norm nennt zwar nicht ausdrücklich den Begriff Mangel, sie beschreibt aber Fälle, in denen die vereinbarte Qualität der Kaufsache und die tatsächliche Qualität divergieren. Die Norm räumt dem Käufer im Einklang mit §§ 155, 111, 107 VG Rechtsbehelfe wie Reparatur, Austausch und Rücknahme ein. Die Vorschrift kann im Kaufvertrag nicht abbedungen werden. Ein Verschulden des Verkäufers bedarf es §§ 155, 111, 107 VG entsprechend nicht.

IX. Abweichende Mängelgewährleistung im Verbraucherrecht

Im chinesischen Rechtssystem werden Verbraucher beim Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels über das Verbraucherschutzgesetz (VSG) weitergehend geschützt.

Verfahrensrechtlich findet bei langlebigen Waren wie KFZ, elektronischen Haushaltsgeräten oder Dienstleistungen gem. § 23 Abs. 3 VSG für die ersten sechs Monate ab Erhalt des Vertragsgegenstands bzw. Annahme der Leistung eine Beweislastumkehr statt. Der Unternehmer müsste also beweisen, dass er den Vertragsgegenstand mangelfrei übergeben hat.

Materiellrechtlichen Schutz erfährt der Verbraucher durch die Regelung in §§ 24, 52 VSG. Wenn die Qualität des Vertragsgegenstandes nachteilig von der Gewährleistung abweicht, kann der Verbraucher den Vertragsgegenstand zurückgeben oder den Verkäufer auffordern, diesen auszutauschen oder zu reparieren. Für derzeit 22 Warengruppen wird dem Verbraucher im Falle eines Qualitätsmangels des Vertragsgegenstands das Recht eingeräumt, innerhalb von sieben Tagen frei aus

⁷⁴ Bu ZfRV 2014, S. 268.

Rückgabe, Austausch oder Reparatur zu wählen⁷⁵. Lässt der Verbraucher die Frist verstreichen, so muss er, wenn er den Vertragsgegenstand zurückgeben will, den Weg über den Rücktritt gem. der gesetzlichen Regelung in § 94 VG gehen. Letztlich sieht das VSG in § 55 VSG einen Strafschadenersatz vor, der einen Unternehmer vor betrügerischer Täuschung über die Qualität des entsprechenden Vertragsgegenstands abschrecken soll. Nach § 55 VSG kann der getäuschte Verbraucher einen Strafschadenersatz geltend machen, der im Einzelfall um ein mehrfaches höher als der tatsächlich erlittene Schaden sein kann.

Allerdings ist umstritten, ob die Regelungen des VG neben den Regelungen des VSG anwendbar sind⁷⁶. Insofern ist auf § 48 VSG abzustellen, der die jeweils speziellere Regelung für anwendbar erklärt. Eine Abgrenzung bleibt in der Praxis unter Umständen also schwierig.

D. Fazit

Die Haftung für eine Mängelgewährleistung ergibt sich gem. §§ 107, 111 VG aus Vertragsbruch, mithin einem bekannten Haftungssystem. Im Hinblick auf Kaufverträge wird die Untersuchungs- und Rügefrist durch das Zusammenwirken von VG und ARSK auf nachvollziehbare Weise angemessen verlängert. Schließlich wird nun zwischen offenen und verdeckten Sachmängeln unterschieden, sodass in diesem Punkt kein unbilliger Haftungsausschluss mehr zu erwarten ist. Dennoch steht eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Untersuchungsfrist und Rügefrist zur Entlastung der Käufer noch aus. Durch die ARSK findet eine begrüßenswerte Anpassung der Haftung der vertragsverletzenden Partei statt. Darüber hinaus erhalten Verbraucher verfahrens- und materiellrechtliche Erleichterungen, ihre Ansprüche bei mangelhaften Sachen geltend machen zu können. Die Weiterentwicklung der Mängelgewährleistung trägt zu einem Vertrauen des Rechtsverkehrs in eine einheitliche chinesische Rechtsordnung bei und kann zudem als Anreiz gesehen werden, höherwertige Produkte herzustellen bzw. abzusetzen. Im Ergebnis kann die Mängelgewährleistung aus Vertrag also als ein interessantes Element gesehen werden, das dazu dienen kann, die Nachfrage im Binnenmarkt anzukurbeln und damit Wirtschaftswachstum zu generieren.

** Der Autor studiert im zehnten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Handel und Wirtschaft“. Der Artikel beruht auf einer im Wintersemester 2016/17 erstellten Seminararbeit zum Thema „Mängelgewährleistungsrecht im chinesischen Vertragsrecht“ im Rahmen des von Prof. Dr. Yuanshi Bu LL.M. (Harvard) geleiteten Seminars „Ausgewählte Themen zum chinesischen Privatrecht“.*

⁷⁵ Binding/Jiang ZChinR 2013, 194.

⁷⁶ Binding/Jiang ZChinR 2013, 193.

Privacy as an Obstacle

-

Data Privacy Laws under the GATS

Johannes Thierer*

The World Trade Organisation (WTO) is the guardian of free trade and aims to remove most of the obstacles for this. In the future the WTO will have to face a new hurdle, namely data privacy laws. This law can be considered a barrier to trade regarding the growing branch of gathering and processing of data. The article focuses on the question of how the WTO and especially the regime of the General Agreement on Trade in Services (GATS) can deal with this confrontation.

A. Introduction

Personal data has been labelled as the "currency" of the digital economy. More and more companies and their concepts base themselves on the harvesting and trading of personal data. On the other side the awareness raised that – especially regarding the risks in the online world – the protection of an individual's personal sphere should be guaranteed. As a consequence, more than 110 countries now have a data privacy law¹ and new rights like the "right to be forgotten" on the Internet were partly established.²

The WTO has to face this development. Data privacy law with high requirements can be an obstacle for free trade. The article tries to give an answer to the pressing question of whether there is room in the WTO for personal data privacy and protection. Although up until now there has been no decision of the dispute settlement system on data privacy, the article wants to present an outlook on how the GATS regime could deal with future disputes. To sum it up the crucial question is how (strict) data privacy laws infringe obligations under the GATS and whether and how these breaches can be justified.

B. The Idea of Data Protection

I. Definition

To set a scope for this Article, first of all it must try to define the terms "data privacy" and "data protection". Although the terms "privacy" and "protection" may not be synonymous, they are closely related, and, therefore, will be used as representing one notion hereinafter.

So far, there is no generally-accepted definition of privacy. The different, cultural shaped roots of privacy make this difficult. The continental European idea of privacy stems from the thought of human dignity; whereas the Americans mainly grounds on the protection of individual autonomy from state interference.³ The English definition is based on the proprietary right and the linked breach of confidence resulting from a lack of privacy.⁴ Consequently, the notion of privacy was developed from different starting points.

In order to embrace all these different approaches a broad understanding of privacy shall be used from now on. Following Weber, across the board privacy means the "protection of an individual's personal sphere"⁵. Of course, this definition leads to the question, what is the personal sphere and what is personal data? There are different attempts to define this, from a very broad approach, which includes all the data⁶, to a narrower one saying that data is only personal if there is the risk of being re-identified by them^{7,8}. However, these questions have not necessarily been answered for the objective of this article and, therefore, can remain unanswered.

II. Approaches to Regulate Data Flows

Especially regarding the international context of data protection, it is important to illustrate the different approaches of states to regulate transnational data flows.

¹ *United Nations Conference on Trade and Development*, Global Cyberlaw Tracker, 2016, status on June 2016.

² See e.g. Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/679 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC [2016] OJ L119/1, Art. 17.

³ James Q Whitman, 'The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty' (2004) 113 Yale LJ 1152.

⁴ Anne SY Cheung, 'Rethinking Public Privacy in the Internet Era: A Study of Virtual Persecution by the Internet Crowd' (2009) 1 J Media L 191, 192.

⁵ Rolf H Weber, 'Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS' (2012) 7 Asian J WTO & Int'l Health L & Pol'y 25, 30.

⁶ Paul Ohm, 'Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization' (2010) 57 UCLA L Rev 1701.

⁷ Betsy Masiello and Alma Whitten, 'Engineering Privacy in an Age of Information Abundance' (2010) AAAI Spring Symp. Series 119, 122 <<http://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1188/1497>> accessed 07 January 2018.

⁸ See Omer Tene and Jules Polonetsky, 'Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions' (2012) 64 Stan L Rev Online 63, 66.

1. Geographically-based Approach

One approach is the geographically-based approach. The majority of the countries which have a data privacy law follow this approach, for example the European Union, Russia or Argentina.⁹ The idea of this concept is that data privacy is applicable where the data is gained. To export data, this approach requires that the country to which the data is transferred grants a level of protection which is comparable to the state where the data was obtained.¹⁰ Therefore, this approach is closely related to the concept of an “adequate level of data protection”.¹¹ This means that national data privacy law determines minimum standards of protection which countries have to meet if data is exported in their legislature. The disadvantage of this approach is that the examination of whether a country satisfies the requirements or not can become a political issue.

2. Organizationally-based Approach

Another approach is the organizationally-based approach. This approach holds the organization receiving the information accountable for its protection. The consequence is that the original collector of the data is still responsible by virtue of the privacy law where data was collected.¹² The new legislature under which the data is now is irrelevant. Some international agreements on data protection like the APEC Privacy Framework and countries such as Canada are using this concept.¹³ On a practical level the concerned organization must, for example, implement certain privacy policies. It is criticized that it is difficult to control the measures taken for protecting the data.

These two approaches overlap and thus are not mutually exclusive. As a consequence, many states try to combine both concepts to seek the best level of data protection.

C. The GATS Framework

I. An Overview on the GATS

Probable future disputes can fall under the regime of the GATS. To analyse this, first the article delivers a short overview on GATS. The starting point of the GATS is the four different modes of supply, in which every service has to fall.¹⁴

Furthermore, the GATS contains, like the GATT, some general obligations, in particular the Most Favoured-Nation

(MFN) obligation (Article II of the GATS) and the transparency obligation (Article III of the GATS). For this article the MFN obligation is especially important, because it requires that a WTO Member has to extend a preferential trade treatment granted to a specific WTO Member to all other WTO Members.¹⁵

Additionally, the GATS has also some so-called “specific commitments”. The market access (Article XVI of the GATS) is particularly mentionable. In contrast to the regime of the GATT, where the Members have to exclude certain areas from the application (“negative list”), the Members must take positive action to accept the commitment by a notification (“positive list”).¹⁶ New services are not automatically covered by the GATS.

There are two other provisions in the GATS which are worth alluding to. Firstly, the domestic regulation (Article VI of the GATS) which contains obligations concerning measures of domestic regulations. Secondly, the general exception (Article XIV of the GATS) which can be invoked by the Members in order to justify breaches of obligations. It should be mentioned that this Article finds its parallel in Article XX of the GATT.

II. Data – GATT or GATS?

Before the topic can be evaluated on how the GATS could treat cases on data privacy laws, the question arises whether such disputes, general data and the normally connected E-commerce fall in the scope of the GATT or the GATS. This topic is still the subject of heated, broad discussions. That is why this article only provides a small insight into this issue.¹⁷

The core problem is that neither the GATT nor the GATS contain clear guidelines. Both Agreements state that measures affecting trade in goods or services¹⁸ fall in their scope and as an outcome there are overlapping cases or cases where no regime seems to be applicable. An example could be a sale of digital delivery or data without physical attributes, because only carrier media is embraced by the GATT and it is not a service under the GATS.¹⁹ Regarding the described differences between the GATT and the GATS in the section above, this problem can lead to varying legal results.

⁹ Christopher Kuner, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law* (Oxford University Press 2013) 64.

¹⁰ *ibid.*

¹¹ Rolf H Weber, ‘Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS’ (n 5) 31.

¹² Malcolm Crompton, Christine Cowper, and Christopher Jefferis, ‘The Australian *Dodo* Case: An Insight for Data Protection Regulation’ (2009) Bloomberg BNA Priv & Sec L R 180, 181.

¹³ Christopher Kuner (n 9) 71.

¹⁴ Article 1:2(a): cross border supply, Article 1:2(b): consumption abroad, Article 1:2(c): commercial presence, Article 1:2(d): presence of natural persons; see Diana Zacharias, ‘Article I GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (eds), *6 Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services* (Martinus Nijhoff Publishers 2008) 31, 48-53.

¹⁵ See Peter Van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (3rd edn, Cambridge University Press 2013) 335-45.

¹⁶ Rolf H Weber, ‘Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS’ (n 5) 28.

¹⁷ See generally to theories about the separation between the GATT and the GATS: John P Gaffney, ‘The GATT and the GATS: Should They Be Mutually Exclusive Agreements?’, (1999) 12 LJIL 135, 151; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law* (Cambridge University Press 2003) 405.

¹⁸ Article 1:3(b)(A) of the GATS.

¹⁹ cf Rolf H Weber, ‘Digital Trade in WTO-Law – Taking Stock and Looking Ahead’ (2010) 5 Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y 1, 3.

It is difficult to draw a distinction between the GATT and the GATS from decisions of the Panels or the Appellate Body. In the *Canada – Periodicals*²⁰ case from 1997 the Appellate Body held that any measure that indirectly affects goods falls in the scope of the GATT. In this case the Appellate Body has not even examined the possibility that the measure could also be in the regime of the GATS or that the provisions of the GATS overrule the ones of the GATT.

In a following case the topic was raised again. In the *EC – Bananas III* case the Panel and the Appellate Body held that the GATT and the GATS are not mutually exclusive in their scopes of application.²¹ The Appellate Body reasoned this with the fact that otherwise it could be easy to circumvent both agreements “by the adoption of measures under one agreement with indirect effects on trade covered by the other without the possibility of any legal recourse”²².

In *Canada – Automotive Industry*²³ the Appellate Body departed from this view and stated a more restrictive two-tier test. The decision dictates that:

*Two key legal issues must be examined to determine whether a measure is one 'affecting trade in services': first, whether there is 'trade in services' in the sense of art 1:2; and, second, whether the measure in issue 'affects' such trade in services within the meaning of art 1:1.*²⁴

Hence, there has to be an actual trade or service and not only a potential trade or service according to Article 1:2.²⁵ To identify an activity as a good or a service the WTO member refers to the GATS Service Sectoral Classification List (W/120) and the UN Provisional Central Product Classification (CPC). Regarding W/120, data processing activities are categorised as being in the computer-related services²⁶, especially in “(iii) data processing services”. Sometimes a differentiation from telecommunication services and business process outsourcing services is very difficult,²⁷ but for the result this separation is often irrelevant. Additionally, the service in question has to fall in one of the four modes of supply according to Article 1:2. In *Mexico – Telecoms* the panel held that cross-border services can involve services which begin on one nation's telecommunication network and terminate on another's.²⁸ Taking this decision into consideration data processing is certainly embraced by the cross-border supply mode of services. E-commerce can additionally fall into the

consumption mode of supply.²⁹ Therefore, you can conclude that data and the processing of data fall under the GATS.

D. Infringement of Obligations under the GATS by Privacy Rules

By enacting a data privacy law, the state may violate two GATS obligations: the MFN principle in Article II and the market access obligations of Article XVI.

The following chapters are mainly dealing with the principle of “adequate level of data protection”, explained in chapter B.II. The obvious reason for this is that this principle has the biggest impact of data privacy laws on free data flow and so on free trade, because it requires from other legislature the satisfaction of certain inquiries. The principle is connected to the geographically-based approach. It is difficult to foresee what the outcome of the organizationally-based approach is, in particular how the policies, which must be implemented by the entity, are designed. However, the result of both approaches is similar, because both are addressing certain requirements for exporting data.

I. Article II: The Most-Favoured Nation Obligation

The MFN obligation was created to prevent WTO members from granting special treatment to third countries. It should be recognized that the margin of application of the MFN obligation in Article II of the GATS is wider than the parallel Article I:1 of the GATT.³⁰

In *Canada – Automotive Industry* the Appellate Body held that one must compare the treatment afforded by one member to services of another member with the treatment of like services of any other country in order to determine whether the provision in question is a breach of the GATS.³¹ This can be the case if the first service supplier receives less favourable treatment than the other one.³²

²⁰ AB Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals* WT/DS31/AB/R (30 Jul. 1997).

²¹ Panel Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND (22 May 1997), modified by AB Report, WT/DS27/AB/R (9 September 1997).

²² AB Report, *EC – Bananas III* (n 21) 220-221.

²³ AB Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry* WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (19 Jun 2000) 151ff.

²⁴ *ibid* 155.

²⁵ Vranes criticizes this decision, because it seems to ignore the implication of “affecting” in Article I:1 of the GATS and the chronological order of Article I:1 and I:2 of the GATS (Erich Vranes, ‘The overlap between GATT and GATS: A methodological mate’ (2009) 36 *L. Issues of Econ Int* 215, 225).

²⁶ This section is a subsection of “Business Services”. It is further divided into five sub-sub-sections, namely (i) consultancy services related to the installation of computer hardware (841), (ii) software implementation

services (842, with further five subcategories), (iii) data processing services (843, with further four subcategories), (iv) database services (844), and (v) other services (845 and 849).

²⁷ See Rolf H Weber, ‘Digital Trade in WTO-Law’ (n 19) 11.

²⁸ Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services* WT/DS24/R (2 April 2004) 7.45

²⁹ See Henry Gao, ‘Can WTO Law Keep up with Internet?’ (2014) 108 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 350, 352.

³⁰ GATT Art 1:1 applies only to “customs duties, methods of levying such duties, rules and formalities in connection with importation and exportation, and matters referred to in Art III:2 and III:4 GATT 1994”, while GATS Art 11 applies to “any measure covered by the agreement”.

³¹ AB Report, *Canada – Automotive Industry* (n 23) 171; cf Rüdiger Wolfrum, ‘Article II GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 71, 82-84.

³² *ibid*.

To clarify this test, the panel in *EC – Bananas III* delivered the decision that “at least to the extent that entities provide these like services, they are like service suppliers”³³. Additionally, in the same case the Appellate Body held that Article II of the GATS contains both the de jure and de facto discrimination.³⁴

Related to privacy law a challenge could be based on the reason that data services and service suppliers from one state have suffered from less favourable treatment than like data services and service suppliers from another state fulfilling the adequacy.

Furthermore in practice, states, which believe that they have the same level of protection, often conclude agreements to facilitate the data flow between each other. An example for this is the EU-US Privacy Shield agreement³⁵. Such agreements may also be a ground for challenges.

In both cases, the state, bringing the dispute to the panel, has to prove the likeness of domestic services and services suppliers with the ones receiving better treatment. This has to be examined in a case by case-analyse. Across the board you can say that in the online world the services are similar and comparable, for example search engines or internet service providers.³⁶

After affirmation of the likeness it has to be analysed whether there is a de jure or de facto discrimination. Like written above, this is given if a “member receives more burdensome treatment than other countries in the same service sector”³⁷. Regarding the adequacy or agreements like EU-US Privacy Shield, a discrimination seems to be possible.

II. Article XVI: Market Access

The market access under Article XVI is a specific commitment and therefore, as shown above in chapter C.I., the members have to access it for every sector separately in their schedule. In the field of data processing services this provision is an important one, because both the US and the EU, which have comparatively high levels of data protection, must grant market access in the data processing sector by virtue of their schedules.³⁸

Article XVI:2 embraces an exhaustive list of six types of market access restrictions which are prohibited if a member accesses to this specific commitment. In *US – Gambling* the question was whether the restriction of a market access to effectively zero infringes Article XIV:2(a) and XVI:2(c). In this case, Antigua challenged that the US prohibited cross-border supply of gambling and betting services with the reasoning that

this violates the US’ commitment. The Appellate Body finally agreed with Antigua and delivered the following rule:

A measure prohibiting the supply of certain services where specific commitments have been undertaken is a limitation (...) within the meaning of Article XVI:2(c) (...). [S]uch a ban results in a ‘zero quota’ on one or more or all means of delivery included in mode.³⁹

The question related to data privacy is whether high privacy standards establish a quantitative limitation and, thus, are inconsistent with Article XVI:2 (a) and (c) of the GATS or whether such quotas constitute only a qualitative restriction. Reading the decision of *US – Gambling* the conclusion stands to reason that very high privacy standards could also lead to a “zero quota” of data processing services, because for some countries it could be almost impossible to fulfil the criteria e.g. due to a lack of technological possibilities and infrastructure.

In the recent case *China – Audiovisual* the Appellate Body had to deal with the question of technological neutrality.⁴⁰ Weber deduces from this decision the conclusion that “privacy standards should also be designed in a technologically neutral way”⁴¹. This means that technical requirements of privacy law shall not cause an insuperable obstacle for other states that would also lead to quantitative limitation.

To sum it up it can be assumed that a country with high privacy standards would jeopardize market access commitments.

E. Article VI: Domestic Regulation

The first provision, which could justify the mentioned violations of the GATS, is the domestic regulation of Article VI:4/5. After the *US – Gambling* decision, the role of Article VI with regard to Article XVI was highly discussed. On ground of the complexity and the width of this issue, this Article only presents an overview.

I. The Dividing Line between Article VI and XVI

It is still an on-going discussion when Article VI, XVI or both are applicable. This question is of importance, because, for example, the application of Article VI could exclude the invoking of Article XVI and could justify a breach of the MFN under certain conditions, since a domestic regulation does not constitute unnecessary barriers to trade in services according Article VI:4.

³³ Panel Report, *EC – Bananas III* (n 21) 7.346.

³⁴ AB Report, *EC – Bananas III* (n 21) 231; cf Rüdiger Wolfrum, ‘Article II GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 71, 88.

³⁵ The successor of the Safe Harbour agreement.

³⁶ Carla L Reyes, ‘WTO-Compliant Protection of Fundamental Rights: Lessons from the EU Privacy Directive’ (2011) 12 Melb J Int’l L 141, 155.

³⁷ *ibid* 156.

³⁸ *US Schedule*, WTO Doc S/DCS/W/USA, 41-42; *EU Schedule*, WTO Doc GATS/SC/31, 32;

³⁹ AB Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R (7 Apr 2005) 252.

This decision is not uncontroversial, see Rolf H Weber, ‘Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS’ (n 5) 34.

⁴⁰ Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS/363 (12 Aug 2009); AB Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products* WT/DS363/AB/R (21 Dec 2009).

⁴¹ Rolf H Weber, ‘Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS’ (n 5) 33.

The reason for this risk of overlapping is that both provisions are broadly defined and can, in particular, cover non-discriminatory measures. In literature, the opinion is widely spread that the dividing line is the following: Article XVI generally deals with quantitative limitation, while Article VI covers domestic regulatory measures having a qualitative nature.⁴² This division can be clarified by using the criterion that the former covers maximum limitations, whereas the latter is a minimum requirement. This means that, for example, licensing, qualification or technical standards constitutes a minimum level to ensure the quality of the supplied service. In contrast, a total prohibition represents a maximum or quantitative restriction.

However, in *US – Gambling* the panel decided – without being reassessed by the Appellate Body – that “Articles VI:4 and VI:5 on the one hand and XVI on the other hand, are mutually exclusive”⁴³. The Panel found that where a full market access commitment has been made “a prohibition on one, several or all means of delivery (...) would be a limitation on market access”⁴⁴. Therefore US law on gambling falls in the scope of Article XVI.

The Appellate Body agreed with the Panel on the result. However, the Appellate Body did not confirm the finding according the mutual exclusiveness and held that “[i]t is neither necessary nor appropriate for us to draw, in the abstract, the line between quantitative and qualitative measures, and we do not do so here”⁴⁵. The Appellate Body confirmed, to some extent, the opinions in the literature and noted that “the focus of Article XVI:2(a) is on limitations relating to numbers or, put differently, to quantitative limitations”⁴⁶. However, it regarded Article XVI as isolated from Article VI.

This decision caused a lot of criticism, especially the mutual exclusiveness. The arguments are that there is no textual support for such mutual exclusiveness⁴⁷ and the two Articles should be regarded as complementary and not mutually exclusive^{48, 49}. Moreover, the decision, that the US provision is covered by Article XVI, is controversial in the literature.⁵⁰

II. In the Context of Data Privacy

The question is how this case can be taken into consideration in the context of data privacy laws and whether data privacy law could be justified by alluding to the domestic regulation in Article VI:4/5.

First of all, the issue has to be examined whether data privacy laws theoretically falls in the scope of Article VI. The requirement for that is that the privacy provisions are measures of general application according to Article VI:1. Normally, privacy laws, following the principle of “adequate level of data protection”, is not limited to certain field of data in their scope of application. Although such laws are often related to personal data, this term is usually used very broadly provided that the concerned privacy law is an effective one.⁵¹

Additionally, bearing in mind that Article VI is a specific commitment, the state in question must have accessed to this commitment in the data processing services sector, especially in Mode 1 and Mode 2.

However, the question is whether Article VI is actually applicable. Taking the findings of the Panel in *US – Gambling* it can be concluded that Article VI is not applicable due to the mutual exclusiveness, because Article XVI is applicable, as shown in section III.B.

Even if you exercise the approach of the Appellate Body or the division in the literature, you will reach the same conclusion, since strict privacy law must be considered as zero quota and therefore as a quantitative limitation.

As an outcome, the relationship between Article VI and XVI is not completely clarified, but it does not seem imaginable that a strict data privacy law could be justified by referring to the domestic regulation.

F. Article XIV: Exception Clause

Consequently, it has shed light on the question of whether the violations mentioned above can be justified by referring to the exception clause in Article XIV of the GATS.

For this it is important to recall that in general there is a big similarity between Article XIV of the GATS and Article XX of

⁴² Markus Krajewski, ‘Article VI GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 165, 195ff; Panagiotis Delimatsis, ‘Don't Gamble with GATS: The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the *US – Gambling Case*’ (2006) 40 J World Trade 1059, 1069; Joost Pauwelyn, ‘Rienne Va Plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS’ (2005) 4 World Trade Rev 131, 152 ff. Additionally, both parties in the *US – Gambling* case agreed with this distinction and accept that qualitative restrictions are not covered by Article XVI (Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R (10 Nov 2004) 6.327).

⁴³ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.305.

⁴⁴ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 7.2.

⁴⁵ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 250.

⁴⁶ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 255.

⁴⁷ Joost Pauwelyn, ‘Rienne Va Plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS’ (n 42) 156.

⁴⁸ Panagiotis Delimatsis, ‘Don't Gamble with GATS’ (n 42) 1070.

⁴⁹ For different result, applying mutual exclusiveness or not, see Joost Pauwelyn, ‘Rienne Va Plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS’ (n 42) 157.

⁵⁰ Agreeing: Panagiotis Delimatsis, ‘Don't Gamble with GATS’ (n 42); Disagreeing: Joost Pauwelyn, ‘Rienne Va Plus? Distinguishing domestic regulation from market access in GATT and GATS’ (n 42); Federico Ortino F, ‘Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US – Gambling*: A Critique’ (2006) 9 JIEL 117.

⁵¹ See Carla L Reyes (n 36) 158.

the GATT. Therefore you can draw some conclusions regarding Article XIV of the GATS by deducing from analogies.⁵²

The dispute settlement bodies follow a two-tiered test to examine whether a measure is covered by the exception clause.⁵³ The first one requires that the measure in question falls in the scope of one of the purposes described in Article XIV and it must be necessary to fulfil this. Two exceptions in Article XIV are possible, namely the public morals and public order exception in Article XIV(a) and the protection of the privacy of individuals in Article XIV(c)(ii). In the second tier the measure must satisfy the requirements of the chapeau.

I. Article XIV(c)(ii): Protection of the Privacy of Individuals

Article XIV(c)(ii) would probably be the starting point of an examination in order to invoke the exception clause. Regarding the wording, this Article embraces the “protection of the privacy of individuals” provided that these personal data are related to “processing and dissemination” and “the protection of confidentiality of individual records and accounts”. The term “processing and dissemination” sets some limits for the application of Article XIV(c)(ii), because not every data pool is used for processing. An example could be the registration requirement of data collections.⁵⁴ Additionally, as discussed in section B.I., the extent of the private sphere of individuals is open for interpretation. For instance, when the data is disaggregated and it is impossible to trace it back to an individual.⁵⁵ However, only further decisions can establish clear guidelines to set the scope of Article XIV(c)(ii).

II. Article XIV(a): Public Morals and Public Order

If the case in question did not meet the wording of Article XIV(c)(ii) it could fall in the scope of Article XIV(a). This Article contains two terms which overlap to some extent⁵⁶ and on which exceptions can be based. The first term is “public morals”. In *US – Gambling* the Appellate Body defined public morals as “standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation”⁵⁷. Although beside *US –*

Gambling there are two other cases in recent time dealing with public morals, namely *China – Audiovisual*⁵⁸ and *EC – Seal Products*⁵⁹, it is still a very unclear field.⁶⁰ It is impossible to forecast dispute settlement proceedings in which a party invoke public morals to protect data privacy.

However, the clause Article XIV(a) is different to the parallel one in Article XX of the GATT, because it also mentions, beside the public morals, the public order. The Panel decided in *US – Gambling* that public order “refers to the preservation of fundamental interest of a society, as reflected in public policy and law”, mirrored in particular in “standards of law, security and morality”.⁶¹ It held that the states have a leeway in order to define “public morals” and “public order”.⁶² Therefore WTO Members could try to invoke the public order and present data protection as a fundamental interest. However, footnote five of the GATS clarifies that the public order exception can only be appealed “where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society”.⁶³ Regarding this high requirement, it seems very doubtful that states are able to invoke the public order to justify their data privacy law.

III. Necessity Test

The necessity test is a “weighing and balancing”⁶⁴ analysis stemming from the proportionality principle. In *US – Gambling* the Appellate Body held that, regarding the “textual and conceptual similarities between the two provisions”⁶⁵ of the GATT and GATS, the necessity test developed according the GATT can also be used for the GATS. The Appellate Body took in this decision that the necessity test elaborated in *Korea – Beef*⁶⁶ according to Article XX(d) of the GATT to interpret Article XIV(a) of the GATS, although Article XX(a) of the GATT is the parallel provision to Article XIV(a) of the GATS.⁶⁷ Thus, this decision supports the assumption that in a possible dispute the bodies would also apply the guidelines of *US – Gambling* and *Korea – Beef* for Article XIV(c)(ii).

⁵² See Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.448; AB Report, *US – Gambling* (n 39) 291; M V Perez Asinar, ‘Is there any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules?’ (2002) 9 Elec Comm’n L Rev 249, 257.

⁵³ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 292; Thomas Cottier, Panagiotis Delimatsis & Nicolas F. Diebold, ‘Article XIV GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 287, 294-96.

⁵⁴ Rolf H Weber, ‘Regulatory Autonomy and Privacy Standards under the GATS’ (n 5) 40.

⁵⁵ Diane A MacDonald and Christine M Streatfeild, ‘Personal Data Privacy and the WTO’ (2014) 36 Hous J Int’l L 625, 644.

⁵⁶ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.468; see for a closer look Nicolas F Diebold ‘The Morals and Order Exceptions in the WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and Undermining Mole’ (2008) 11 JIEL 43, 71-74.

⁵⁷ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.465.

⁵⁸ Panel Report, *China – Audiovisual* (n 40); AB Report, *China – Audiovisual* (n 40).

⁵⁹ Panel Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/R, WT/DS401/R (25 Nov 2013); AB Report, *European Communities – Measures*

Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (22 May 2014).

⁶⁰ See generally public morals and the online world: Panagiotis Delimatsis ‘Protecting Public Morals in a Digital Age: Revisiting the WTO Ruling on *US – Gambling* and *China – Publications and Audiovisual Products*’ (2011) 14 JIEL 257.

⁶¹ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.467.

⁶² Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.461.

⁶³ See Thomas Cottier, Panagiotis Delimatsis & Nicolas F. Diebold, ‘Article XIV GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 287, 301ff.

⁶⁴ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 305.

⁶⁵ Panel Report, *US – Gambling* (42) 6.448; AB Report, *US – Gambling* (n 39) 291.

⁶⁶ *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (11 December 2000).

⁶⁷ It is notable that Article XX(a) of the GATT has never been invoked.

1. Relative Importance of the Policy Objective

The first prong of this test is the relative importance of the policy objective.⁶⁸ The Panel has to evaluate whether data protection is deep-seated in the concerned national legislature. For example, the EU considers data privacy as one of the fundamental rights.⁶⁹ Moreover, every Member state could support its claim for the exceptional clause by alluding to international agreements protecting data privacy e.g. the Universal Declaration of Human Rights and Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights,⁷⁰ APEC-Framework⁷¹, the OECD Privacy Guideline⁷² or the Council of Europe Convention 108⁷³. Consequently, it is highly probable that data protection is seen as an objective with relative interest. Especially if you take into consideration that the necessity test is a flexible concept which tends to protect regulatory diversity.⁷⁴

2. Contribution to the Objective and Effect on Trade

After this examination the Appellate Body imposed two other requirements: “the contribution of the measure to the realisation of the ends pursued by it” and “the restrictive impact of the measure on international commerce”.⁷⁵ Given the first prong, the notion of “adequate level of data protection” aspires to prohibit the uncontrolled data flow and the abuse of data. Therefore data privacy laws can contribute to achieve the political objective of protecting data. It is not necessary that the laws of this issue achieve the ends with absolute certainty.⁷⁶ To the second inquiry, such adequacy requirements, independent on how they are formed in detail, obviously have a negative impact on international trade.

3. Alternative Measures

In *US – Gambling* the Appellate Body then analysed whether there are alternative measures which are less infringing on the GATS.⁷⁷ This examination must be done in a case by case-manner dealing with the data privacy law at issue in detail. Restriction can be an alternative to full prohibition, the standards for “adequacy” could be lower while achieving the objective of protection and, eventually, the states should be able to find

agreements on an international level or at least a binational level.^{78 79}

IV. The Chapeau

The application of Article XIV of the GATS requires another inquiry, namely the Chapeau. The Panel in *US – Gambling* noted that interpretations of Article XX of the GATT can be applied for Article XIV of the GATS, but in this case there was no need to interpret this.⁸⁰ In *EC – Seal* the Appellate Body confirmed this view and ruled that measures are not allowed to be exercised “in a manner that constituted a means of arbitrary or unjustifiable discrimination”.⁸¹ Hence, one can take into account the settled test of the Chapeau:

*First, arbitrary discrimination between countries where the same conditions prevail; second, unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail; and third, a disguised restriction on international trade.*⁸²

It is again highly difficult to predict an outcome on a future dispute. With regard to the Chapeau a dispute will depend on how the process, in order to be acknowledged as a country with adequate level, is executed. This could be the case when a member negotiates with some members on an agreement on data flow without engaging in negotiations with others.⁸³

G. Conclusion

Taking up the imposed question in the introduction whether the WTO provides room for data privacy the Article showed that WTO is well equipped to face future disputes between data privacy and trade. Notwithstanding reasonable, international calls for transnational data flow regulation,⁸⁴ in the field of trade and services the provisions of the WTO seems to be sufficient.

The article tried to forecast how the GATS could deal with a future case on privacy law. To sum this up: It seemed very likely that such a law considers a breach of Article II and Article XVI of the GATS. Against the background that strict data protection

⁶⁸ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 206.

⁶⁹ Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of the 26. October 2012, C 326/39.

⁷⁰ Both guarantee the freedom to transfer data “regardless of frontiers” as an expression of freedom of speech (Christopher Kuner (n 9) 32).

⁷¹ APEC Privacy Framework (2005).

⁷² OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980).

⁷³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Data Processing of Personal Data, 28 January 1981.

⁷⁴ Thomas Cottier, Panagiotis Delimatsis & Nicolas F. Diebold, ‘Article XIV GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 287, 316.

⁷⁵ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 307.

⁷⁶ AB Report, *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, WT/DS308/AB/R (6 March 2006) 74.

⁷⁷ AB Report, *US – Gambling* (n 39) 308. See also AB Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001) 174; Panel Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/R (18 September 2000) 8.207-8.216.

⁷⁸ The AB in *US – Gambling* (n 39, 317) did not consider consultations as an appropriate alternative. Different view for the GATT: AB Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* WT/DS58/AB/R (12 October 1998) 150, 172.

⁷⁹ Carla L. Reyes (n 36) 172-73.

⁸⁰ Panel Report, *US – Gambling* (n 42) 6.566.

⁸¹ AB Report, *EC – Seal Products* (n 73) 5.338.

⁸² AB Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* WT/DS2/AB/R (29 April 1996) 22; see also AB Report, *US – Shrimps* (n 78) 150.

⁸³ cf AB Report, *US – Shrimps* (n 78) 172; Thomas Cottier, Panagiotis Delimatsis & Nicolas F. Diebold, ‘Article XIV GATS’ in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle (n 14) 287, 323ff.

⁸⁴ See eg the Madrid Resolution, ‘International Standards on the Protection of Personal Data and Privacy’ (2009) <https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/EN/InternationalDS/2009MadridResolution.pdf?__blob=publicationFile&v=3> accessed 07 January 2018.

law should be regarded as zero quota Article VI is not applicable.

The infringement could be justified through Article XIV(c)(ii) of the GATS. Nevertheless future decisions have to clarify the term “privacy of individuals” and set the ambit of this exception. It seems to be preferable to grant a wide scope of the Article itself and not exclude some cases because of the wording. The reason for this is that on the one side it could be difficult to draw a line between personal and non-personal data, for example IP-addresses⁸⁵. On the other side the following necessity test and the Chapeau are more appropriate to give a leeway for discretion and argumentation. Additionally the necessity test and the Chapeau can be very well based on settled decisions.

In order to avoid that Article XIV(a) be established as a catch-all clause it should not be possible to invoke this Article. Another reason being because the *lex specialis* principle requires that Article XIV(c)(ii) have primacy as an explicit exception for data privacy.

In the light of the tremendously increasing E-commerce and transnational data flow it is only a matter of time until the first case dealing with data privacy is brought to the Bodies. This could be even earlier than imagined, because the Trump administration is apparently thinking about accusing the EU data privacy regime before the WTO.⁸⁶ Therefore the dispute settlement bodies of the WTO must find answers to the questions imposed in this article.

**Der Autor studiert im 6. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Artikel beruht auf einem Essay, der während eines Auslandsaufenthaltes an der Handelshögskolan Göteborg im Rahmen des Kurses „International Trade Regulation“ bei Dr. Trisha Rajput entstanden ist.*

⁸⁵ cf Joseph Cutler and Carla L Reyes, 'Was That Your Computer Talking to Me? The EU and IP Addresses as "Personal Data"' (2008) 13 Cyberspace Lawyer.
Boris Segalis, Mia Havel and Sonia Lee, 'Will the Trump Administration Take US-EU Data Protection Disputes to the WTO?' (2017) NY L J

<<http://www.newyorklawjournal.com/id=1202778820564/Will-the-Trump-Administration-Take-USEU-Data-Protection-Disputes-to-the-WTO?slreturn=20170202093906>> accessed 09. March 2017.

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)

– eine neue Zeitrechnung im Bereich des Datenschutzes?

–

*Tim Philipp Schäfers**

Seit dem 24. Mai 2016 ist die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Kraft. Nach einer Übergangsfrist ist die DSGVO ab dem 25. Mai 2018 verbindlich von den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union anzuwenden. Sie löst die EU-Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) aus dem Jahr 1995 ab. Mit dem Wechsel von einer Richtlinie zu einer Verordnung werden die neuen Regeln zum Datenschutz damit unmittelbar in allen Staaten der Europäischen Union gültig gem. Art 288 Abs. 2 S. 2. Wie ist die DSGVO in den Kontext der bisherigen Geschichte rund um den Datenschutz einzuordnen? Was bedeutet die DSGVO für die Rechte der Betroffenen in Deutschland? Welche Folgen wird die DSGVO für den Umgang mit Daten für Unternehmen haben? Welche Aspekte aus dem BDSG bleiben bestehen, welche werden durch die DSGVO ergänzt? Diese und weitere Fragen sollen in der vorliegenden Einordnung geklärt werden.

A. Einführung

I. Ursprünge und frühe Entwicklung des Datenschutzes in Deutschland

Datenschutz im rechtlichen Sinne wurde in Deutschland Ende der 1960er Jahre begründet. Das Land Hessen hat 1970 mit dem Hessisches Datenschutzgesetz (HDSG 1970) formal das älteste Datenschutzgesetz der Welt geschaffen¹. Besonders hervorzuheben ist zudem ein Aufsatz von Ulrich Seidel mit dem Titel „Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten“² aus dem Jahr 1970, in dem erstmals ein Definitionsversuch des Begriffs „Datenschutz“ unternommen wurde. 1977 wurden unter dem Titel „Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung“ das erste Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG 1977) erlassen, damit wurden bundesweite Regeln für den Umgang und die Verarbeitung von personenbezogenen Daten geschaffen. Eine Nutzung von Daten war demnach nur nach gesetzlichen Grundlagen oder Einwilligung des Betroffenen zulässig, andernfalls unzulässig³. In den folgenden Jahrzehnten wurde das BDSG immer wieder novelliert und erweitert. Insbesondere in der Folge des sogenannten „Volkszäh-

lungsurteils“⁴ von 1983 wurde die zentrale Bedeutung der „informationellen Selbstbestimmung“ im Kontext des Datenschutzes hervorgehoben. Dem Urteil nach können auch gesetzlich legitimierte Datenverarbeitungen unzulässig sein, sofern sie zu sehr in die Grundrechte (etwa die allgemeinen Persönlichkeitsrechte nach Art. 1 Abs. 1 GG & Art. 2 Abs. 1 GG) der Betroffenen eingreifen⁵. In der Novellierung des BDSG von 1990 wurde deshalb mit aufgenommen, dass keine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte stattfinden darf⁶.

II. Datenschutz auf europäischer Ebene

Durch die zunehmende Integration von Staaten in die EU wurde am 24. Oktober 1995 die Richtlinie 95/46/EG „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“ erlassen. Durch diese Richtlinie wurden Mindeststandards im Bereich des Datenschutzes geschaffen. Die Auslegung und Umsetzung oblag dabei jedoch den einzelnen Staaten. In der Folge gab es Unterschiede bei der Aufsicht und Kontrolle, zudem mussten sich Unternehmen, welche in verschiedenen Ländern der EU einen Standort hatten an verschiedene Datenschutzrechte halten. Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Andrea Voßhoff, spricht in dem Vorwort eines Magazins zur neuen DSGVO sogar davon, dass es damals „nur bedingt zu einem einheitlichen Datenschutzniveau in der Europäischen Union“⁷ gekommen sei und „ein Flickenteppich von datenschutzrechtlichen Regelungen und eine heterogene Aufsichtspraxis der Datenschutzbehörden“ vorlag, welcher nun mit der neuen DSGVO entgegnet werden soll⁸.

III. DSGVO und Neuerung BDSG

Im Frühjahr 2016 wurde die DSGVO durch den Europäischen Rat und das Europäische Parlament verabschiedet und wird dadurch unmittelbar geltendes Recht⁹. Die neue Grundverordnung soll vor allem die Harmonisierung des Datenschutzrechts innerhalb der Europäischen Union ermöglichen und den Herausforderungen der Digitalisierung und Globalisierung gerecht werden. Darüber hinaus enthält die DSGVO zahlreiche Öff-

¹ „Hessischer Landtag verabschiedet das weltweit erste Datenschutzgesetz“, 7. Oktober 1970, in: v. Zeitgeschichte in Hessen <<https://www.lagis-hessen.de/de/subjects/idrec/sn/edb/id/204>> (Stand: 22.2.2018).

² Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1970, S. 1581 und 1583 f.

³ § 3 BDSG (1977).

⁴ BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

⁵ idem

⁶ Art. § 1 BDSG (1990).

⁷ „Datenschutz-Grundverordnung – BfDI-Info 6“, September 2017 (5. Auflage)“ S. 6.

⁸ idem

⁹ ABl. EU 4. Mai 2016 L 119 S. 1f.

nungsklauseln, welche durch die Mitgliedsstaaten im Rahmen des nationalen Rechts ausgestaltet werden können. Neben bekannten Prinzipien, welche bereits im Rahmen des bisherigen deutschen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) Umsetzung gefunden hatten, etwa das des „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“, der „Datensparsamkeit“ und der „Zweckbindung“, gibt es auch eine Reihe von Neuerungen innerhalb der DSGVO, wie beispielsweise dem „Marktortprinzip“, dem „One-Stop-Shop-Mechanismus“ oder dem „Recht auf Datenübertragung“.

B. Kernprinzipien des Datenschutzes innerhalb des bisherigen BDSG und der DSGVO

Die DSGVO weist zentrale Prinzipien auf, welche gewissermaßen als Kernprinzipien verstanden werden können. Diese waren teilweise schon nach Rechtslage des alten BDSG enthalten, einige Elemente sind allerdings neu oder finden in den meisten Staaten der EU erstmals Anwendung, da diese durch die Verordnung nun zwangsläufig eingeführt werden müssen und nicht länger als zu interpretierende Mindestanforderungen vorliegen. Folgend sollen weiterhin bestehende und neue Prinzipien aus der DSGVO vorgestellt werden¹⁰.

I. Weiterhin bestehende Prinzipien

1. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Als ein Kernprinzip des Datenschutzes gilt das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalten“ (Art. 6 DSGVO). Demnach ist eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten grundsätzlich unzulässig, es sei denn sie wird durch den Betroffenen erlaubt oder ist zwingend erforderlich. Im alten BDSG wurde dies durch § 4 Abs. 1 BDSG gewährleistet. In der DSGVO richtet sich die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach den folgenden Bedingungen:

Auszug aus Art. 6 DSGVO: Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

- a.) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
- b.) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
- c.) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;
- d.) die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;
- e.) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt

oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

- f.) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

2. Zweckbindung

Mittels Zweckbindung soll sichergestellt werden, dass Daten ausschließlich für den Zweck verarbeitet werden, für den sie erhoben wurden. Was das konkret bedeutet, lässt sich anhand des folgenden Fallbeispiels zeigen: Ein Unternehmen darf, sofern es zu einem Rechtsgeschäft (bspw. einem Kaufvertrag) gekommen ist, für das Übersenden einer Rechnung die Adressdaten des Kunden verwenden, es wäre allerdings unzulässig diese Daten auch für den Versand von Werbematerialien zu verwenden (es sei denn der Kunde willigt dem explizit ein). Im BDSG war insbesondere eine Zweckbindung für Berufs- oder Amtsgeheimnisse vorgesehen¹¹, des Weiteren wurde eine Zweckänderung weitgehend ausgeschlossen¹². Auch in der DSGVO findet sich dieser Grundsatz des Datenschutzes in Artikel 5 wieder. In Art. 5 b DSGVO heißt es, dass für die Erhebung von personenbezogenen Daten ein festgelegter, eindeutiger und legitimer Zweck vorliegen muss. In der DSGVO ist es gemäß Artikel 6 zulässig den Verarbeitungszweck zu ändern, allerdings nur sofern dies mit dem ursprünglichen Erhebungszweck vereinbar ist nach Artikel 16 Abs. 4 DSGVO. Entsprechende Kriterien¹³ machen dabei auch deutlich, dass bei Änderung des Verarbeitungszwecks insbesondere die Verbindung zwischen den Zwecken, das Verhältnis zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen und mögliche Folgen für den Betroffenen betrachtet werden müssen. Des Weiteren sollen entsprechende Garantien wie Verschlüsselung oder Pseudonymisierung vorliegen, wodurch beispielsweise die Verarbeitung mittels Big Data möglich wird. Interessant in dem Zusammenhang ist auch, dass sowohl das BDSG¹⁴ als auch die DSGVO, in Artikel 89 Abs. 1 DSGVO, vorsehen, dass diese Zweckbindung für Archivzwecke, sowie wissenschaftliche und historische Forschungszwecke (unter Wahrung der Rechte und Freiheiten des Betroffenen) eingeschränkt werden kann. In der Praxis finden zur Wahrung der Rechte und Freiheiten eine Pseudonymisierung statt. Gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO darf anschließend kein Rückschluss auf betroffene Personen möglich sein.

3. Datenminimierung

Im BDSG wurde bislang unter den Prinzipien der „Datenvermeidung und Datensparsamkeit“¹⁵ sichergestellt, dass personenbezogene Daten nur dann erhoben werden, wenn dies er-

¹¹ § 39 BDSG (alt).

¹² § 14 Abs. 4 & § 39 BDSG (alt).

¹³ idem

¹⁴ § 27 BDSG (alt).

¹⁵ § 3a BDSG (alt).

¹⁰ Da die DSGVO sehr umfassend ist, wird in dieser Einordnung auf die grundlegenden Prinzipien eingegangen.

forderlich ist – im Gesetz hieß es sogar, dass durch Datenverarbeitungssysteme „so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben“ seien. Dieses Prinzip findet sich auch in Artikel 5 Abs. 1 lit. (c) DSGVO wieder, dort ist von „Datenminimierung“ die Rede, welche „dem Zweck angemessen“ und auf das „notwendige Maß“ zu beschränken ist. In der Praxis zeigt sich, dass viele Dienste eine Datenverarbeitung als notwendig proklamieren und diese durch die Zustimmung der Datenschutzbestimmungen des Nutzers zulässig wird. Nutzern wird nahegelegt einen Dienst nicht zu nutzen, sofern diese den Datenschutzbestimmungen nicht zustimmen möchten. Einen anderen Weg hat der österreichische Jurist Max Schrems gewählt: Er klagt seine Rechte vor Gericht ein. Seiner Aussage nach „[...] ist man ohne Facebook-Account ja fast schon sozial isoliert. Abmelden ist also keine Lösung.“¹⁶. Im Rahmen seiner Kampagne „Europe vs. Facebook“¹⁷ und der NGO „noyb“¹⁸ hat er in der Vergangenheit mehrfach erfolgreich seine Rechte gegen Internetkonzerne eingeklagt. „noyb“ möchte ab Mai 2018 durch „strategische Gerichtsverfahren“ eine konsequente Durchsetzung des Datenschutzes ermöglichen¹⁹.

4. Aufsichtsbehörden

Bereits im alten BDSG sind Aufsichtsbehörden vorgesehen, welche die Ausführung des BDSG und anderer Vorschriften über den Datenschutz kontrollieren konnten²⁰. Gem. Artikel 54 DSGVO sind Aufsichtsbehörden auch in der neuen Datenschutzgrundverordnung integraler Bestandteil zur effektiven Kontrolle des Datenschutzes. In der DSGVO ist nicht festgelegt, wie viele Aufsichtsbehörden ein Mitgliedsstaat schaffen muss, so obliegt es dem Land ob eine oder mehrere Aufsichtsbehörden geschaffen werden. In Deutschland bestehen diese Behörden auf Bundes- als auch Landesebene. Zur Erfüllung der Aufsicht durch die Behörden wird vor allem die Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden in Artikel 52 DSGVO hervorgehoben, die sogar so weit reichen soll, dass laut DSGVO eine Amtsenthebung nur zulässig ist, sofern „eine schwere Verfehlung“ nach Artikel 53 DSGVO begangen wurde. Der Zugriff auf Ressourcen soll die Unabhängigkeit sichern, in Art. 47 Abs. 4 DSGVO heißt es dazu:

Auszug aus Art. 52 DSGVO: Unabhängigkeit

4. Jeder Mitgliedstaat stellt sicher, dass jede Aufsichtsbehörde mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausgestattet wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse auch im Rahmen der Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung im Ausschuss effektiv wahrnehmen zu können.

5. Sanktionen

Kontrolle und Aufsicht sind nur dann wirksam, wenn auch klare Folgen bei Verstößen folgen, dieses Prinzip liegt bereits dem BDSG zu Grunde, weshalb es Verstöße in § 43 BDSG definiert. Neu ist die Höhe der Strafen: Nach dem BDSG waren diese bisher auf höchstens 300.000 € gedeckelt²¹ bzw. sollte zumindest den wirtschaftlichen Vorteil der aus dem Verstoß gezogen werden konnte übersteigen²². Auch in der DSGVO sind Strafen vorgesehen (Artikel 83 Abs. 5 DSGVO) und diese sind deutlich höher, denn sie können bis zu 20.000.000 € oder 4% des weltweit erzielten Umsatzes eines Unternehmens betragen, je nachdem, welcher Betrag höher ist. Für öffentliche Stellen können die Mitgliedsstaaten gemäß Artikel 83 Abs. 7 DSGVO in einer Öffnungsklausel selbst Bußgelder festlegen, müssen dies aber nicht.

6. Betroffenenrechte

Die Rechte von Betroffenen bleiben nach der DSGVO im Großen und Ganzen²³ die gleichen, wie die des BDSG. So müssen Personen, deren personenbezogene Daten erhoben oder verarbeitet werden, gemäß DSGVO über die Erhebung und Verarbeitung der Daten und ihre Rechte informiert werden gem. Artikel 13, 14 DSGVO. Des Weiteren haben Betroffene ein *Auskunftsrecht*, macht ein Betroffener davon Gebrauch und liegen dessen Daten vor, so muss die entsprechende Stelle gem. Artikel 15 Abs. 1 DSGVO Auskunft über den Verarbeitungszweck, die möglichen Empfänger und die geplante Dauer der Speicherung geben. Betroffene haben zudem ein *Recht auf Berichtigung* falscher Daten gem. Artikel 16 DSGVO. Auch ein *Recht auf Löschung* gem. Artikel 17 DSGVO existiert, das kann vor allem dann genutzt werden, wenn der ursprüngliche Erfassungsgrund nicht mehr vorliegt oder einer Einwilligung widerrufen wird²⁴. Auch das *Widerspruchrecht* ist in der DSGVO vorgesehen in Artikel 21 Abs. 1 DSGVO, es soll Betroffenen die Möglichkeit geben die Verarbeitung von sie betreffenden personenbezogenen Daten zu unterbinden und kommt damit dem Entzug der Erlaubnis gleich. Alle Betroffenenrechte können nach Art. 23 Abs. 1 DSGVO, sofern erforderlich, durch nationales Recht der Mitgliedsstaaten eingeschränkt werden.

II. Neue Prinzipien

1. Marktortprinzip

Zukünftig soll es ausländischen Unternehmen nicht mehr möglich sein Zugang zum europäischen Binnenmarkt zu erhalten, sofern diese sich nicht auch an den geltenden Datenschutz halten. Bislang war dies durch einige Tricks teilweise möglich, entweder indem man aus dem Ausland operierte, oder einen Mitgliedsstaat der EU wählte, der einen geringen Standard im Bereich Datenschutz hatte. So wurde beispielsweise wiederholt davon berichtet, dass große Internetkonzerne wie Facebook,

¹⁶ „Facebook weiß, wer wie lange welchen Porno anschaut“, 24. Januar 2018, in: Sueddeutsche / sz.de <<http://www.sueddeutsche.de/digital/max-schrems-facebook-weiss-wer-wie-lange-welchen-porno-anschaut-1.3836444>>.

¹⁷ Mehr Informationen zu der Kampagne und entsprechenden Klagen finden sich unter: <<http://europe-v-facebook.org/DE/de.html>>.

¹⁸ Mehr zu „noyb“ lässt sich hier erfahren: <<https://noyb.eu/faqs?lang=de>>.

¹⁹ idem

²⁰ § 38 Abs. 1 BDSG (alt).

²¹ § 43 Abs. 3 BDSG (alt).

²² § 17 Abs. 4 OWiG.

²³ Es gibt zwei Ausnahmen, welche im Abschnitt „Neue Prinzipien“ betrachtet werden.

²⁴ „Datenschutz-Grundverordnung – BfDI-Info 6“, September 2017 (5. Auflage)“ S. 13.

Microsoft, Twitter oder LinkedIn allesamt ihren europäischen Hauptsitz nach Irland verlegt haben²⁵. Nach eigenen Angaben geschah dies, da die Unternehmensbesteuerung dort niedrig sei, es gute Infrastruktur gäbe und qualifizierte Fachkräfte²⁶ – tatsächlich hat(te) Irland allerdings auch ein eher niedriges Niveau in Puncto Datenschutz²⁷. In der Vergangenheit waren daher dreißig Mitarbeiter einer irischen Aufsichtsstelle für die Daten von über 500 Millionen Europäern zuständig waren – eine nicht zu erfüllende Aufgabe. Durch die Vereinheitlichung des europäischen Datenschutzrechts soll solchen Tricks zukünftig ein Riegel vorgeschoben werden. Die DSGVO sieht vor, dass das Datenschutzrecht nicht ausschließlich für Unternehmen gilt, die sich in der Europäischen Union niedergelassen haben, sondern auch für solche, die auf dem europäischen Markt operieren. Die Tätigkeit liegt gemäß Art. § 3 Abs. 2 DSGVO bereits dann vor, wenn ein Angebot von Waren oder Dienstleistungen (auch ohne Zahlung) an betroffenen Personen innerhalb der europäischen Union erfolgt oder wenn ein Verhalten betroffener Personen beobachtet wird, welches innerhalb der europäischen Union stattfindet. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das sogenannte Markttortprinzip sicherstellen soll,

- dass Daten, welche in der europäischen Union erhoben werden, auch nach europäischen Datenschutzrecht verarbeitet werden müssen.
- dass Unternehmen, welche ihr Angebot an einen nationalen Markt richten die geltenden Datenschutzrechte einhalten müssen (unabhängig von ihrem Sitz).
- dass keine Umgehung nationaler Datenschutzrechte innerhalb der europäischen Union mehr möglich ist.

2. One-Stop-Shop-Mechanismus / Kohärenzverfahren

Unternehmen, die in mehreren Staaten der europäischen Union operieren, mussten sich bislang immer an die entsprechenden Aufsichtsbehörden des Mitgliedslandes wenden, sofern sie datenrechtliche Anliegen zu klären hatten. So konnte es dazu kommen, dass beispielsweise zahlreiche Beschwerden in verschiedenen Ländern anfielen, die von den unterschiedlichen Behörden weitgehend unabhängig bearbeitet wurden. Das sorgte sowohl bei den Behörden, als auch bei den Unternehmen für hohen Arbeitsaufwand²⁸. Nach Umsetzung der DSGVO gilt der „One-Stop-Shop-Mechanismus“ durch den sichergestellt werden soll, dass Unternehmen sich immer an die Aufsichtsbehörde wenden können, bei der sie ihren Hauptsitz angemeldet haben. Zukünftig werden alle Angelegenheiten mit Hilfe dieser Behörde, als zentralen Ansprechpartner, koordiniert. Betroffene Personen haben dennoch die Möglichkeit sich an ihre lokale Aufsichtsbehörde zu wenden. Die lokale Behörde

des Betroffenen teilt den Fall dann der Aufsichtsbehörde mit, in dessen Zuständigkeit sich das Unternehmen befindet. Durch dieses Vorgehen können Synergien genutzt und ähnliche Anfragen gebündelt werden. In einem nächsten Schritt wird versucht gemeinsam eine Lösung herbeizuführen, welche für beide Aufsichtsbehörden passabel erscheint. Kommt es zu einer Lösung, etwa zur Auferlegung einer Geldstrafe, so ergeht ein entsprechender Beschluss am Hauptsitz des Unternehmens. In diesem Fall wird die Beschwerde und dessen festgelegte Folgen von der Aufsichtsbehörde vor Ort federführend koordiniert. Diese hat auch zu kontrollieren, dass in allen EU-Niederlassungen oder die EU betreffenden Niederlassungen des Unternehmens Maßnahmen getroffen werden, die Verstöße gegen die DSGVO abwenden. Die Informationen bezüglich des Falls werden über die Behörde bei der die Beschwerde eingereicht wurde dem Betroffenen mitgeteilt. Können sich die Aufsichtsbehörden teilweise, übereinstimmend der Beschwerde anschließen, so ergehen zwei Beschlüsse: ein Beschluss an das Unternehmen (durch die Aufsichtsbehörde im gleichen Land) und ein Beschluss an den Betroffenen (durch Behörde an der Beschwerde erhoben wurde). Wird die Beschwerde durch beide Aufsichtsbehörden gleichermaßen abgelehnt, so wird die einreichende Person darüber von der Behörde bei der die Beschwerde eingereicht wurde informiert. Können sich die beteiligten Aufsichtsbehörden nicht übereinstimmend auf ein Vorgehen einigen, so wird ein sogenanntes *Kohärenzverfahren* (Artikel 63 DSGVO) eröffnet, welches gemäß Art. 65 Abs. 1 DSGVO zum Ziel hat unter Einbeziehung des Europäischen Datenschutzausschusses die einheitliche Anwendung der DSGVO sicherzustellen. Konkret sieht das Vorgehen dazu vor, dass Einzelfälle gem. Artikel 64 DSGVO mittels Stellungnahme durch den Ausschuss kommentiert werden und so langfristige Positionen zum Datenschutz entstehen, welche für zukünftige Fälle herangezogen werden können.

Bislang wurden ausschließlich Fälle beschrieben bei denen das Unternehmen einen Sitz in der EU hat. Hat das Unternehmen keinen Sitz innerhalb der EU, fällt aber dennoch unter die DSGVO (etwa da gemäß Art. § 3 Abs. 2 DSGVO ein Angebot von Waren vorliegt), so muss die Beschwerde von der jeweiligen Aufsichtsbehörde an die sich der Betroffene gewandt hat eine Untersuchung erfolgen.

²⁵ „Irische Datenschutzbehörde - Vertrauen ist besser“, 14. August 2013, in: ZEIT ONLINE
<<http://www.zeit.de/2013/34/datenschutzbehoerde-irland-facebook-nsa/komplettansicht>>.

²⁶ idem

²⁷ „Europas zahnloser Datenschutz“, 27. März 2013, in Deutschlandfunk Kultur
<http://www.deutschlandfunkkultur.de/google-facebook-co-europas-zahnloser-datenschutz.1162.de.html?dram:article_id=281318>.

²⁸ Neben rechtlichen Hürden kamen dazu oftmals auch sprachliche Hürden.

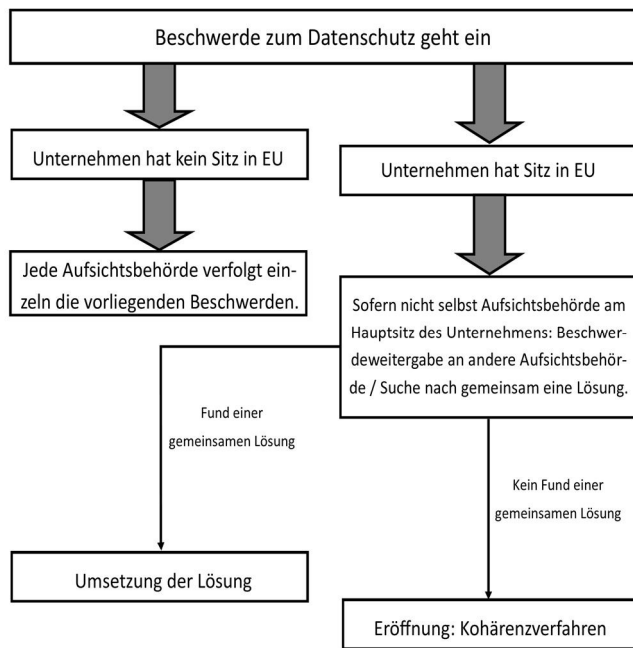


Abbildung 1: Vorgehensschema zum One-Stop-Shop Mechanismus

3. Recht auf Datenübertragbarkeit

Wie bei den bestehenden Prinzipien erläutert gibt es zahlreiche Betroffenenrechte, etwa das Recht auf Auskunft gem. Artikel 15 DSGVO, Berichtigung gem. Artikel 16 DSGVO oder *Pflicht zur Löschung von Daten* gem. Artikel 17 DSGVO. Ein weiteres Betroffenenrecht, welches auf Grund der DSGVO zum Tragen kommt, ist das *Recht auf Datenübertragbarkeit* nach Artikel 20 DSGVO. Das Recht soll sicherstellen, dass es Nutzern möglich ist von einem Dienst simpel die eigenen Daten zu exportieren und im besten Fall in einem neuen Dienst zu importieren. Diese Möglichkeit soll dabei verschiedene Zwecke erfüllen: So ist es dem Benutzer dadurch beispielsweise möglich schnell einzusehen, welche personenbezogenen Daten ein Dienst über ihn gespeichert hat²⁹, des Weiteren wird der Umzug von einem Service zu einem anderen erheblich erleichtert, was auf die Senkung des sogenannten Lock-in-Effekts zurückzuführen ist. Die Bereitstellung der Daten hat unentgeltlich zu erfolgen, es sei denn ein Nutzer macht davon „exzessiven“ Gebrauch, Artikel 12 Abs. 5 DSGVO. In der Praxis wird sich zeigen, welche Formate entsprechende Informationen haben, gesetzlich festgelegt wurden diese nicht – in Art. 20 Abs. 1 DSGVO heißt es dazu nur, dass die Datensätze „in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten“ sind. Gemäß Art. 20 Abs. 2 DSGVO kann von einer betroffenen Person auch verlangt werden, dass die Daten direkt an den neuen Dienst übermittelt werden, sofern dies technisch, unter Betrachtung des Aufwandes, möglich ist.

²⁹ Dabei handelt es sich um einen positiven Nebeneffekt, denn wir erinnern uns daran, dass gemäß Art. 15 DSGVO bereits ein Auskunftsrecht vorgesehen ist. Oft ist ein Export allerdings schneller, als eine formale Anfrage zur Ausgabe der Daten.

4. Recht auf Vergessenwerden

Bereits im Vorfeld der DSGVO gab es einige Debatten zum „*Recht auf Vergessenwerden*“³⁰. Dieses Betroffenenrecht reicht deutlich weiter als die bloße Pflicht zum Löschen nach Artikel 17 Abs. 1 DSGVO von personenbezogenen Informationen, denn es verpflichtet die verarbeitende Stelle dazu, dass bei Veröffentlichung von personenbezogenen Daten entsprechende Dritte darüber in Kenntnis zu setzen sind, dass eine Löschung von Daten erfolgt ist und entsprechende Kopien und Replikationen ebenfalls gem. Artikel 17 Abs. 2 DSGVO zu löschen sind. Gemäß der Löschpflicht aus Art. 17 DSGVO hat eine Löschung ohne unangemessene Verzögerung zu erfolgen. Erfolgt keine Information oder kommt es zu Fehlern bei der Löschung von personenbezogenen Daten, so sind Bußgelder in Höhe von bis zu 4 Prozent des weltweiten Umsatzes gem. Artikel 83 Abs. 5 lit. (b) DSGVO möglich.

5. Privacy by Design & Privacy by Default

In der DSGVO finden sich in Artikel 25 DSGVO „Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“ die beiden Begriffe des „Privacy by Design“ (Artikel 25 Abs. 1 DSGVO) und „Privacy by Default“ (Artikel 25 Abs. 2 DSGVO). Der Ansatz „Privacy by Design“³¹ beschreibt dabei die Notwendigkeit, dass bereits im Rahmen der Entwicklung eines Systems oder einer Grundkonzeption die zentralen Grundsätze des Datenschutzes (Zweckbindung, Datenminimierung, etc. nach Artikel 5 DSGVO) berücksichtigt werden müssen. „Privacy by Default“ liegt dann vor, wenn ein System in den Standardeinstellungen die Prinzipien des europäischen Datenschutzes einhält.

Gewissermaßen findet damit ein Paradigmenwechsel statt, denn oftmals sind insbesondere Systeme, die aus den USA stammen in der Grundkonfiguration so eingestellt, dass sie viele Daten erfassen. Sie müssen daher für den europäischen Markt angepasst werden. Die Anforderungen werden in der Verordnung zwar durch den Stand der Technik sowie die Implementierungskosten (Artikel 25 Abs. 1 DSGVO) eingeschränkt, dennoch könnte es sein, dass sich durch die Möglichkeit zur Zertifizierung nach Artikel 25 Abs. 3 DSGVO zusammen mit Artikel 42 DSGVO eine Marktdynamik entwickelt, welche dazu führt, dass entsprechende Anforderungen zu Standards werden, was wiederum zu einer Erhöhung des Datenschutzes führen könnte. Zudem können Verstöße gegen diesen Artikel mit Bußgeldern in Höhe von bis zu zwei Prozent des weltweiten Umsatzes gem. Artikel 83 Abs. 4 lit. (a) DSGVO bestraft werden.

5. Datensicherheit

Datensicherheit spielte im Zusammenhang mit dem Datenschutz bisher eine nachgelagerte Rolle, so wurden Verstöße

³⁰ u.a. „Probst, Das Recht auf Vergessen(werden)“ Frederic Probst, in: Freilaw 1/2015.

³¹ „Privacy by design“, Peter Schaar, 6. Juli 2010 in: Fachzeitschrift „Identity in the Information Society“ (Informatorische Übersetzung) <<https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/%22PrivacyByDesign%22.pdf>>.

gegen Vorgaben aus dem Bereich der Datensicherheit oder zu technischen und organisatorischen Maßnahmen (nach § 9 BDSG) nicht mit einem Bußgeld geahndet. Im Rahmen der DSGVO ändern sich dies. Gemäß Art. 32 DSGVO haben Unternehmen „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ einzuleiten, „um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten“. Ein Nachweis zur Einhaltung der Datensicherheit kann beispielsweise durch geeignete Zertifizierungen gem. Artikel 32 Abs. 3 DSGVO nachgewiesen werden. Es ist betroffenen Personen zudem demnächst einfacher möglich zivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen nach Artikel 24 Abs. 1 DSGVO, sofern ein Unternehmen grob gegen die grundsätzlichen IT-Sicherheitsrichtlinien (Stand der Technik) verstoßen hat. Unternehmen sollten zur Sicherstellung der Daten- und Informationssicherheit Risikoanalysen und Risikobewertungen durchführen, um daraus Maßnahmen abzuleiten. Im Rahmen von Art. 32 DSGVO sind die technischen Maßnahmen zur Einhaltung der Datensicherheit nicht konkret festgehalten, es kann allerdings Orientierung an Branchenstandards und ISO-Normen genommen werden.

C. Umsetzung in der Unternehmenspraxis

Viele Unternehmen stehen vor der Herausforderung, die ab dem 25.5.2018 einzuhaltende DSGVO voll umzusetzen. Folgend werden zentrale Punkte aus der Unternehmenspraxis präsentiert, welche zur Einhaltung der DSGVO unumgänglich sind³².

I. Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten

Insbesondere Art. 6 Abs. 1 S.1 lit. f DSGVO (welche das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt behandelt) wird aktuell in der Literatur kontrovers diskutiert³³, da es sich bei dem Begriff „berechtigtes Interesse“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Ab wann ist ein berechtigtes Interesse zur Erfassung von Daten vorhanden? Um das genauer zu verstehen lohnt sich ein Blick auf das bisherige BDSG: Dort wird zwischen Datenverarbeitungen, welche dem Rechtsgeschäft dienen³⁴ und sonstiger zweckmäßiger Datenverarbeitung³⁵ unterschieden. Erstes ist zulässig, da bei einem Rechtsgeschäft eine Erlaubnis des Betroffenen vorliegt. Bei Letzterem geht es darum die „schutzwürdigen Interessen“ der Betroffenen und die „berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle“ gegeneinander aufzuwiegen. In der DSGVO, Artikel 6 Abs. 1 S.1 lit. (f) DSGVO, ist nur noch von „berechtigtem Interesse“ die Rede. Somit wurden beide Fälle in einem erfasst, was in jedem Fall eine Prüfung des Interesses und eine entsprechende Dokumentation dieser Untersuchung erforderlich macht. Die Prüfung sollte dabei nach geltender Rechtsauffassung vor allem die Identifikation der Ziele einer Verarbeitung samt einer Abwä-

gung der Interessen des Betroffenen beinhalten³⁶. Unternehmen und staatliche Stellen müssen demnach mindestens den Umgang mit personenbezogenen Daten erfassen und dokumentieren. Für letzteres ist die Erstellung eines sogenannten „Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten“ oder einer „Datenschutz-Folgeabschätzung“ erforderlich³⁷. Wird bei der Erfassung unter Betrachtung der Verhältnismäßigkeit deutlich, dass die Verarbeitung massiv in die Grundrechte und Grundfreiheiten betroffener Personen eingreift, so ist diese zu unterlassen. Aufsichtsbehörden können Einsicht in die Verfahrensverzeichnisse nehmen³⁸ und auch entsprechende Sanktionen oder Strafen aussprechen. Das BDSG hat bislang auch die Führung eines „öffentlichen Verfahrensverzeichnisses“ vorgesehen³⁹, welches durch einen Datenschutzbeauftragten jedem auf Antrag zugänglich gemacht werden musste. Diese Regelung entfällt im Rahmen der DSGVO. Nach Art. 30 Abs. 1 DSGVO ist eine umfassendere Erfassung von Informationen im Rahmen des Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten notwendig, diese sind folgend dargestellt.

Auszug aus Art. 30 DSGVO: Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten

- a.) den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen und gegebenenfalls des gemeinsam mit ihm Verantwortlichen, des Vertreters des Verantwortlichen sowie eines etwaigen Datenschutzbeauftragten;
- b.) die Zwecke der Verarbeitung;
- c.) eine Beschreibung der Kategorien betroffener Personen und der Kategorien personenbezogener Daten;
- d.) die Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder noch offengelegt werden, einschließlich Empfänger in Drittländern oder internationalen Organisationen;
- e.) gegebenenfalls Übermittlungen von personenbezogenen Daten an ein Drittland [...]
- f.) wenn möglich, die vorgesehenen Fristen für die Löschung der verschiedenen Datenkategorien;
- g.) wenn möglich, eine allgemeine Beschreibung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß Artikel 32 Absatz 1.

II. Datenschutz-Folgeabschätzungen

Gemäß Art. 35 DSGVO müssen sogenannte Datenschutz-Folgeabschätzungen erfolgen, sofern erhöhte Risiken für die Rechte und Freiheiten eines Betroffenen festzustellen ist. Ein erhöhtes Risiko kann etwa dann vorliegen, wenn besondere personenbezogene Daten (Art. 9 DSGVO - Krankheiten, Reli-

³² Da die DSGVO ein extrem komplexes Thema ist wird an dieser Stelle nur auf die grundlegenden Maßnahmen eingegangen.

³³ „Berechtigte Interessen nach der DSGVO“, 21. August 2017, in: Privacy in Germany (Datenschutz und Compliance) <<https://www.pingdigital.de/blog/2017/08/21/berechtigte-interessen-nach-der-dsgvo/1186>> (Stand: 22.2.2018).

³⁴ § 28 Abs. 1, BDSG.

³⁵ § 28 Abs. 2, BDSG.

³⁶ „Datenschutz-Grundverordnung: Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis“, S. 430 f., RA Prof. Nico Härtling.

³⁷ Die Anfertigung von „Verfahrensverzeichnissen“ war bereits nach § 4d & § 4e des BDSG für deutsche Unternehmen und öffentliche Stellen erforderlich, sie hat in ähnlicher Form nun auch gemäß Art. 30 der DSGVO zu erfolgen.

³⁸ Diese Einsicht der Aufsichtsbehörden war bereits nach § 38 Abs. 4, BDSG möglich.

³⁹ § 4e Satz 1 Nr. 1 bis 8 BDSG.

gionszugehörigkeit, etc.) erhoben und verarbeitet werden. Weitere Gründe für die Durchführung von Datenschutz-Folgeabschätzungen lassen sich aus Art. 35 Abs. 3 lit. (c) entnehmen, diese können etwa das Erstellen von Profilen („Profiling“) oder die öffentliche Überwachung (mittels Videokamera) sein. Eine Datenschutz-Folgeabschätzung hat zum Ziel Risiken einer Datenverarbeitung zu beleuchten, indem der Zweck, die Art und der Umfang durch den Verarbeiter erhoben werden. Nach Artikel 35 Abs. 7 lit. (c) und (d) DSGVO soll darüber hinaus festgestellt werden, ob ein erhebliches Risiko vorliegt und wie sich dieses minimieren lässt. Ist die Eindämmung eines Risikos nicht möglich, so muss die zuständige Aufsichtsbehörde informiert und um Rat gefragt werden gem. Artikel 36 DSGVO. Werden keine Datenschutz-Folgeabschätzungen vorgenommen (obwohl dies gemäß den angeführten Kriterien als notwendig zu betrachten ist) oder wird die Datenschutz-Folgeabschätzung falsch durchgeführt, so können Bußgelder in Höhe von bis zu zwei Prozent des Umsatzes des Unternehmens gem. Artikel 83 Abs. 4 lit. (a) DSGVO erhoben werden.

D. Zur Kritik an der DSGVO

Die DSGVO wird von Interessensgruppen durchaus verschiedenen aufgenommen. Befürworter der DSGVO betonen insbesondere, dass durch das Gesetz die Grundrechte eines jeden EU-Bürgers erstmals auch im digitalen Zeitalter durchgesetzt werden können⁴⁰. Besonderes Lob erhält dabei, dass trotz starker Beeinflussung durch Unternehmensverbände⁴¹ ein hoher europäischer Standard für den Datenschutz geschaffen werden konnte, welcher effektive Sanktions- und Aufsichtsmöglichkeiten bietet⁴². Kritiker der DSGVO halten diese für zu schnell umgesetzt und unscharf definiert. So gibt der Präsident des Branchenverbandes Bitkom etwa in einem Interview zu bedenken, dass viele Artikel für Rechtsunsicherheit sorgen würden und zudem nicht klar sei wie Datenschutzbehörden die neuen Regelungen auslegen⁴³. Ähnlich ordnet es auch der Präsident des Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., Matthias Wahl, in einer Informationsbroschüre ein, laut ihm erwartet der Verband „von der Europäischen Kommission und den zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden gleichermaßen deutliches Engagement bei der Konkretisierung der Verordnung mit dem Ziel, die heute etablierten Geschäftsmodelle und Möglichkeiten der Digitalen Wirtschaft zu erhal-

ten und im globalen Wettbewerb zu fördern“⁴⁴. Wahl sieht zudem, das Problem, dass durch die DSGVO eine Hürde geschaffen werden könnte, welche dazu führt, dass die Innovationsfähigkeit vermindert wird und auch Investitionsentscheidungen anders und zu Lasten von Arbeitsplätzen in der EU ausfallen⁴⁵. Tatsächlich enthält die DSGVO siebzig Öffnungsklauseln, diese müssen in nationales Recht umgesetzt werden. In Deutschland wurde dazu 2017 das Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz (DSAnpUG) geschaffen⁴⁶. Kritiker merkten zu dem Gesetz an, dass dadurch eher Rechtsunsicherheiten geschaffen wurden, so sei etwa der in der DSGVO in das Gespräch gebrachte Begriff des „Privacy-by-Design“ nicht national aufgegriffen und konkretisiert worden, ähnlich sehe es bei konkreten Fragestellungen, wie etwa dem Beschäftigtendatenschutz (Videoaufnahmen am Arbeitsplatz / Ortung von Mitarbeitern), aus⁴⁷. Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass einigen Interessengruppen der Datenschutz nicht weit genug geht, anderen ist er zu unklar definiert, was ihrer Ansicht zu Rechtsunsicherheiten führt.

E. Wertung

Aus Sicht von Privatpersonen ist die DSGVO durchaus positiv zu betrachten, da sie im erheblichem Maße die Betroffenenrechte stärkt und damit die Einhaltung von Grundrechten gewährleistet. Darüber hinaus sorgt sie sowohl bei Unternehmen, als auch Privatpersonen für mehr Rechtssicherheit, da klar geregelt ist in wessen Zuständigkeit ein Datenschutzvorfall fällt und wie dieser zu behandeln ist. Allerdings obliegt die Ausgestaltung der Verordnung sehr stark den einzelnen Nationalstaaten, insoweit wird sich erst im Rahmen der nationalen Ausgestaltung und der darauffolgenden Kontrollmechanismen, welche durch die Aufsichtsbehörden implementiert werden, zeigen, ob und wie erfolgreich die DSGVO sein wird.

F. Zusammenfassung

Mit der DSGVO wird ein einheitlicher, hoher Standard zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch öffentliche und nicht-öffentliche Stellen geschaffen, welcher EU-weit Geltung hat. Da es sich um eine Verordnung handelt ist absehbar, dass bisherige Ungleichheiten zwischen den Datenschutzrechten der Mitgliedsstaaten der europäischen Union in großen Teilen aufgehoben werden. Zentrale Kritikpunkte an der Verordnung sind, dass Rechtsunsicherheiten entstehen können. Zudem kann ein erheblicher Mehraufwand für Unternehmen anfallen – dem gegenüber steht allerdings auch eine Vereinfachung des Rechts, durch eine Vereinheitlichung mit hohem Standard. Die

⁴⁰ „Neue Datenschutzregeln: „Es wird kein Pardon geben““, 02 Februar 2018, Marcel Rosenbach: SPIEGEL ONLINE <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/datenschutz-verordnung-deutsche-unternehmen-sind-schlecht-vorbereitet-a-1191075.html>>.

⁴¹ „Silicon Valley Companies Lobbying Against Europe's Privacy Proposals“, 25. Januar 2013, in: NY Times <<http://www.nytimes.com/2013/01/26/technology/eu-privacy-proposal-lays-bare-differences-with-us.html>>.

⁴² vgl. „Unternehmen müssen mit hohen Bußgeldern rechnen“, 29. Januar 2016, Christian Schlesiger: <https://www.wiwo.de/politik/europa/andrea-vosshoff-datenschutz-als-wettbewerbsvorteil/12897388-2.html>.

⁴³ „Deutsche Firmen im Wettlauf gegen die Zeit“, 27. Dezember 2017, Dietmar Neuerer: Handelsblatt <<http://www.handelsblatt.com/my/politik/deutschland/eu-datenschutzgrundverordnung-deutsche-firmen-im-wettlauf-gegen-die-zeit/20792956.html>>.

⁴⁴ „EU-Datenschutz-Grundverordnung 2018 - BVDW-Praxisleitfaden“ Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., S. 7 ff. <http://www.bvdw-datenschutz.de/wp-content/uploads/2017/10/rz_lp_es_grundverord_final_20171122.pdf>.

⁴⁵ idem

⁴⁶ Das Bundesgesetzblatt 47 (2017) enthält das Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz: <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl117s2097.pdf>.

⁴⁷ „Chance verpasst“: Interview zur Zukunft des Datenschutzes“, 2. Juli 2017, in: netzpolitik.org <<https://netzpolitik.org/2017/chance-verpasst-interview-zum-neuen-datenschutzgesetz/>>.

Sanktionsmöglichkeiten könnten sicherstellen, dass Unternehmen sich fortan (noch) stärker mit dem Thema Datenschutz beschäftigen und diesen als Wettbewerbsvorteil betrachten. Ein Großteil der Prinzipien gleicht denen aus dem BDSG, allerdings geht die DSGVO in einigen Teilen weit darüber hinaus, macht beispielsweise die Informationssicherheit gewissermaßen zu einem integralen Teil des Datenschutzes und stärkt die Betroffenenrechte.

** Der Autor ist Mitgründer des Projektes „Internetwatche.org“, welches sich insbesondere für IT-Sicherheit und Privatsphäre in einer digitalisierten Gesellschaft einsetzt. Darüber hinaus ist er Junior-Fellow der Gesellschaft für Informatik, Autor mehrere Fachbücher im Bereich der Datensicherheit und ist Bachelor of Science der Wirtschaftsinformatik.*

Das AdBlocker Urteil des BGH – ein Überblick

Timmy Lukas Ebert*

Werbeblocker ermöglichen es Internetnutzern, etwaige Werbung, die ihnen beim Besuch von Internetseiten angezeigt wird, zu verbergen. In seiner Entscheidung vom 19.04.2018 hat der BGH öffentliches Aufsehen erregt, als er diese Praxis für zulässig erklärte. Zwar war dies angesichts der bisherigen Judikatur zu erwarten; gleichwohl und insbesondere auch weil das Bundesverfassungsgericht wohl in nächster Zeit damit befasst werden wird, lohnt sich ein Blick auf die Thematik. In der folgenden Zusammenfassung soll die Entscheidung in den wirtschaftlichen Kontext gestellt und anhand der einschlägigen Rechtsprechung besprochen werden; die Veröffentlichung der Begründung des jüngsten BGH-Urteils steht noch aus.

A. Einordnung in die wirtschaftliche Gesamtsituation

Wer nicht wirbt, stirbt!¹ - Dieses Henry Ford zugeschriebene Zitat scheint auch in der heutigen Zeit, immerhin über siebzig Jahre nach dessen Ableben, immer noch ein *Credo* der Wirtschaft zu sein. Mit 45,21 Mrd. Euro macht die kommerzielle Werbewirtschaft in der Bundesrepublik immerhin 1,44% des deutschen Bruttoinlandsprodukts aus.² Insbesondere die sog. neuen Medien bieten diesbezüglich einen weiten Raum mit ganz neuen Möglichkeiten – man denke nur an die personenbezogene Werbung.

Längst finanzieren sich ganze, vermeintlich unentgeltliche Dienstleister weitgehend durch Werbung, seien es YouTube, Facebook oder Verlage. Die zunehmende Bedeutung der Online-Werbung stellt sich auch in Daten des Zentralverbandes der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) dar, wonach der Anteil der Online-Werbung am Gesamtnettoumsatz dieses Wirtschaftszweigs in Deutschland auf immerhin 10% im Jahre 2016 heranwachsen konnte.³ 1,517 Mrd. Euro flossen dafür allein in Deutschland.⁴ Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass sich die betreffenden Dienstleister gegen Maßnahmen wehren, welche die Effizienz und Rentabilität der Werbung gefährden.

Werbeblocker in ihren verschiedenen technischen Ausführungen beschäftigen nunmehr seit mehreren Jahren schon die Gerichte verschiedener Instanzen, denn indem es dem Nutzer bzw. Verbraucher ermöglicht wird, die Anzeige von Werbung zu unterbinden, wird freilich die Finanzierungsstruktur werbefinanzierter Medien im Fernsehen und Internet erheblich beeinträchtigt.⁵ Im jüngsten Fall des BGH scheiterte der Springer-

Verlag mit dem Versuch, das Angebot einer unentgeltlichen Werbeblocker-Software verbieten zu lassen.⁶

B. Das Geschäftsmodell

Das Schalten von Werbung stellt schon seit jeher einen wichtigen Aspekt der Verlagstätigkeit dar; durch Annoncen in Printmedien können die Kosten für das Druckerzeugnis gering und die Gewinnmargen hoch gehalten werden. Es war eine logische Konsequenz der digitalisierten Gesellschaft, dass dieses Modell seitens der Verlage auch auf ihre Präsenzen im *world wide web* erstreckt wurden. Ein entscheidender Unterschied besteht jedoch darin, dass die Darstellung der Inhalte (*content*) samt Werbung (*ad*) nicht mehr in den Händen der Verlage liegt. Während es früher bei gedruckten Zeitungen für den Leser kaum möglich war, die Werbung zu umgehen, hält er nunmehr das darstellende Medium in Form eines Smartphones, Tablets oder PCs in eigenen Händen und kann sich durch entsprechende Programme (Ad- bzw. Werbeblocker) der Werbung entziehen. Einerseits sinkt dadurch der Wert der Online-Werbung im Ganzen; auf der anderen Seite trifft dies die Verlage natürlich dann besonders, wenn sie „click“- oder nutzerbasiert bezahlt werden. Kurzum, die Verlage fürchten um ihre Einnahmen.

Doch auch vermeintlich unentgeltliche Werbeblocker erfüllen ihre Aufgabe in der Regel nicht aus reiner Herzensgüte; auch sie müssen wirtschaftlich arbeiten, sind Produkte des Marktes und mithin Marktteilnehmer.⁷ Ironischerweise verdienen die Entwickler von kostenlosen Online-Adblockern ihr Geld gerade mit Werbung. So gewährt die Beklagte in den unten besprochenen Fällen (s. ab D.) bestimmten größeren Werbern durch Listung in einer sog. *Whitelist* eine Möglichkeit, den Adblocker zu umgehen. Dies geschieht gegen Entgelt und nur wenn die Werbung ihrem Erscheinungsbild nach den Vorgaben des Adblocker-Anbieters entsprach. Dies setzt wiederum die Gewinnmarge der Anbieter von Online-Werbeflächen unter Druck.

C. BGH 2004

In einem solchen Vorgehen sehen Verlage und Dienstleister seit jeher ein wettbewerbswidriges Verhalten. Schon 2004 hatte sich der BGH mit einer ähnlichen Konstellation befassen müssen, als es um einen Videorekorder ging, der dem Fernsehgerät vorgeschaltet wurde und welcher sog. Werbeinseln aus dem Programm ausblenden konnte („Fernseh-Fee“).⁸ Ein solches

¹ <http://www.henry-ford.net/deutsch/zitate.html> (eingesehen am 29.04.18).

² <http://www.zaw.de/zaw/wert-der-werbung/ueberblick-infografik/> (eingesehen am 30.04.18).

³ http://www.zaw.de/zaw/branchendaten/nettoumsatzentwicklung-der-werbetaeager/3_Anteile-der-Werbetaeager-am-Gesamtnettoumsatz-2012-bis-2016.png (eingesehen am 30.04.18).

⁴ <http://www.zaw.de/zaw/wert-der-werbung/ueberblick-infografik/> (eingesehen am 30.04.18).

⁵ BGH, Urteil vom 24.6.2004 – I ZR 26/05; Urteil v. 19.4.2018 – I ZR 154/16; OLG München, Urteil v. 17.8.2017; LG Hamburg, Urteil v. 25.11.2016, 315 O 293/15.

⁶ BGH, Urteil v. 19.4.2018 – I ZR 154/16; <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/bgh-internet-werbeblocker-103.html> (eingesehen am 30.05.18).

⁷ Vgl. OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 118.

⁸ BGH, Urteil v. 24.6.2004 – I ZR 26/02.

Verhalten hielt der BGH nach damaliger Rechtslage (§ 1 GWB a.F.) für zulässig und verwies dabei im Besonderen auf den Umstand, dass das Gerät dem Verbraucher lediglich eine technische Hilfe verschaffte, die Werbung zu umgehen – dasselbe Ergebnis könnte der Verbraucher auch durch ein Stumm- oder Umschalten erreichen.⁹ Es fehle mithin schon an der unmittelbaren Einwirkung auf die angebotene Dienstleistung sowie an einer hinreichenden mittelbaren Beeinträchtigung, denn der Rekorder-Anbieter bediene sich zulässig wettbewerbseigener Mittel.¹⁰ Ferner sah das Gericht angesichts des „nicht geringen Anschaffungspreises“ des Videorekorders (400 DM) und da auch künftig kaum 20% der Fernsehhaushalte betroffen sein würden, keine hinreichende Gefährdungslage für die mittelbar drittwirkende Rundfunkfreiheit des Programmanbieters. Sie müsse hinter die Grundrechte des Rekorder-Anbieters aus Art. 14 und Art. 2 GG zurücktreten, dessen Geschäftsmodell und Existenzgrundlage durch ein Verbot bedroht würden.¹¹

D. OLG München 2017

Im Jahr 2017 war das OLG München mit einer vergleichbaren Frage in aktualisierter Form befasst: Die Klägerin, ein digitales Entertainmentunternehmen, begehrte einen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 I 1, III Nr.1, 3, 4 Nr.4 UWG gegen den Anbieter eines Werbeblockers. Diesen Anspruch machte sie an zwei Umständen fest:

I. Listing

Die Software ermöglichte es dem Nutzer in sog. *Black-* und *Whitelists* festzulegen, welche Werbung verborgen oder angezeigt werden sollte, wobei der Softwareanbieter die Listen aber ständig und nach eigenen Auswahlkriterien aktualisieren konnte. Dabei verdiente der Softwareanbieter Geld, indem er den größeren bzw. erfolgreicher Websitebetreibern gegen Entgelt und bei Erfüllung bestimmter darstellerischer Kriterien eine Listung als zulässige Werbung anbot. Kleinere Werber konnten unentgeltlich auf die *Whitelist* gelangen, sofern sie die gestalterischen Vorgaben erfüllten. Dem Softwarenutzer stand es zwar stets offen, die Listen zu bearbeiten; tat er dies jedoch nicht, wurde ihm die vom Entwickler standardmäßig zugelassene Werbung gleichwohl angezeigt.¹² Im Unterschied zur Fernseh-Fee (s.o.) lädt der Nutzer eines Online-Werbeblockers die vorgefertigte Standard-*Whitelist* bereits mit dem Programm herunter und muss die Werbeblockade – anders als bei der Fernseh-Fee – nicht zuerst selbst konfigurieren, kann dies aber.

II. Wirkebenen des Werbeblockers

Die Klägerin hielt ferner die Wirkungsweise des Werbeblockers für unzulässig. In der fraglichen Konstellation wirkt der Werbeblocker nämlich auf zwei Ebenen: Zum einen macht er sich die technische Gegebenheit zunutze, dass *Content* und *Ad* zwar augenscheinlich ein Gesamtbild ergeben, tatsächlich aber von ver-

schiedenen Servern stammen, den sog. *Ad-* und *Content-Servern*. Die Software identifiziert die Werbeeinhalte anhand des bereitstellenden Servers und unterbindet daraufhin das Laden der Anzeige.

Auf zweiter Ebene – sofern eine Serveridentifikation fehlgeschlagen ist – kann das Programm anhand weiterer Parameter in der Werbedarstellung Ads erkennen, die daraufhin verborgen („*element hiding*“) wurden.¹³ Insbesondere hierin sah die Klägerin eine unzulässige unmittelbare Einwirkung auf Ablauf und Erscheinungsbild der angebotenen Website. Der Werbeblocker verändere nämlich nachträglich das Erscheinungsbild der Webseite als Ganzes, welche eben *Content* und *Ad* umfasse.¹⁴

III. Rechtliche Würdigung im Urteil des OLG München

Das OLG München folgte den Ausführungen der Klägerin nicht und wies die Klage ab. Es hielt die Tätigkeit des Softwareanbieters für rechtlich unbedenklich.

1. Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs.1 S.1 UrhG

Die Klägerin stütze ihren Unterlassungsanspruch zum einen auf § 97 I 1 UrhG und hielt die Wirkung des Adblockers für eine zustimmungsbedürftige Handlung iSd. § 69c Nrn. 1 und 2 UrhG an.

Ungeachtet der Frage, ob es sich der Website überhaupt um ein Programm iSd § 69a I UrhG handelt, verneinte das OLG sowohl die Urheberrechtsverletzung an sich als auch eine etwaige Täterschaft der Beklagten. Im Angebot einer Software zur Unterdrückung von Werbung liege weder ein unmittelbarer Eingriff in den Programmcode, noch eine unzulässige Vervielfältigung.¹⁵

Zum anderen scheide eine **mittelbare Täterschaft** aus, wo ein unmittelbarer Täter gegeben sei. Dafür komme der Internetnutzer in Betracht, auf dessen Verhalten aber die Beklagte jedenfalls keinen hinreichenden Einfluss habe.¹⁶

Letztlich scheitere aber auch eine **Teilnahme** mangels rechtswidriger Haupttat. Zwar habe die Klägerin in ihren AGB – denen der Nutzer an keiner Stelle ausdrücklich hat zustimmen müssen – die Verwendung eines Adblockers untersagt, tatsächlich aber keine Maßnahmen ergriffen, um den Zugang zu den bereitgestellten Inhalten auf AGB-konforme Nutzer zu beschränken. In der einschlägigen Geschäftsbedingung sah das Gericht maximal eine „unverbindliche Bitte“ oder gar eine „schlichte Einwilligung“,¹⁷ womit es am rechtswidrigen Charakter der Handlung, sprich der Haupttat fehlte.

An der Einwilligung der Klägerin scheiterte letztlich auch eine Verletzung des Rechts aus § 87b I 2 UrhG. Ferner wurde die wiederholte Vervielfältigung der frei zugänglichen Webseiteninhalte durch Herunterladen auf den Arbeitsspeicher der Nutzer für qualitativ und quantitativ unwesentlich und auch sonst unbeachtlich erachtet. § 87b I UrhG bezwecke insbesondere

⁹ BGH, Urteil v. 24.6.2004 – I ZR 26/02, Rn.11, 24.

¹⁰ Ebd. Rn.24ff.

¹¹ Ebd. Rn.12.

¹² OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 160.

¹³ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 6.

¹⁴ Ebd. Rn. 24.

¹⁵ Ebd. Rn. 87.

¹⁶ Ebd. Rn. 88.

¹⁷ Ebd. Rn. 91ff.

nicht den Schutz jedweder Form der Amortisation, wenn der Seitenanbieter keine entsprechenden Zugangsschranken vorsieht.¹⁸

3. Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB iVm §§ 18, 19 GWB oder § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB

Erwogen wurde auch ein Unterlassungsanspruch aus § 33 I GWB iVm §§ 18, 19 GWB. Dazu müsste die Anbieterin des Adblockers aber eine **marktbeherrschende Stellung** iSd § 19 GWB ausnutzen. Zwar steht dem nicht entgegen, dass die angebotene Leistung – der Adblocker – für den Nutzer unentgeltlich ist, soweit der Anbieter wie vorliegend wirtschaftlich motiviert handelt.¹⁹ Gleichwohl konnte im Verfahren keine marktbeherrschende Stellung verifiziert werden, insbesondere war keine Grundlage für eine entsprechende Vermutung nach § 18 IV GWB gegeben.²⁰

Im Übrigen konnte das OLG München im entgeltlichen *Whitelisting* auch keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung iSd § 1 GWB erkennen. Bei dieser Leistung handele es sich lediglich um eine **Vertikalvereinbarung** (§ 2 II GWB iVm. Art. 2 I Sätze 1 und 2 der EU-Verordnung Nr. 330/2010); die Anbieterin eines Werbeblockers schalte sich als weitere Instanz, also auf anderer Stufe zwischen den Werbenden und den Werbeadressaten.²¹ Erwogen wurde ferner das Vorliegen sog. **Sternverträge**, bei denen der Abschluss mehrerer gleichförmiger Verträge mit einem zentralen Unternehmen faktisch, d.h. in der Gesamtschau einer unzulässigen horizontalen Absprache gleichkommt. Dies wurde vom Gericht jedoch abgelehnt, da die Werbenden keinen Einfluss auf die einseitig gestellten Bedingungen für das *Whitelisting* hatten und die horizontale Wirkung daher ein bloßer zulässiger Reflex des Geschäftsmodells von Adblockern sei.²²

Zu bedenken war freilich auch, ob das gleichförmige Verhalten lediglich die Folge unzulässigen Zwangs iSd § 21 III Nr.3 GWB darstellte. Die Webseitenanbieter könnten faktisch wirtschaftlich dazu gezwungen sein, *Whitelisting*-Verträge abzuschließen. Dem erteilte das Gericht jedoch zutreffend eine Absage; es ist dem Webseitenanbieter technisch durch entsprechende Software durchaus möglich, die Verwendung von Adblockern zu unterbinden.

4. Gezielte Mitbewerberbehinderung (§ 4 Nr. 4 UWG)

Letztlich stand hilfsweise, auf einfachrechtlicher Ebene, noch eine gezielte Mitbewerberbehinderung iSd § 4 Nr. 4 UWG im Raum. Dieses Tatbestandsmerkmal ist aber nicht schon bei jeder Behinderung von Mitbewerbern als Folge wirtschaftlicher Betätigung gegeben, sondern setzt ausdrücklich, als Verwerflichkeitsmerkmal „gezieltes“ Handeln in Verdrängungsabsicht voraus.²³ Auch diese Voraussetzung sah das OLG München als nicht gegeben an. Dem *Blacklisting* (für sich genommen) wohne

schon deshalb keine Verdrängungsabsicht inne, weil das Geschäftsmodell die Dienstleistung der Klägerin bzw. der Dienstanbieter im Internet voraussetze.²⁴

Jedenfalls im Ergebnis erscheint diese Sicht zutreffend. Es ist letztlich Sache des Nutzers, in welchem Umfang er sich bestimmten Werbeinhalten aussetzen möchte. Eine unmittelbare Einwirkung auf die von der Klägerin angebotenen Inhalte findet dadurch nämlich nicht statt. Auch wirkt der Adblocker nicht individuell behindernd, sondern identifiziert Werbung im Ganzen und unterdrückt sie gegebenenfalls.²⁵ Die Weigerung, bestimmte Daten (*Ads*) nicht herunterzuladen oder nachträglich auszublenden („*element hiding*“), wirkt sich allein im Machtbereich des Nutzers aus. Die bereitgestellten Serverdaten an sich bleiben unberührt.²⁶

Dieses **autonome Entscheidungsrecht** des Nutzers sah das Gericht auch nicht dadurch gefährdet, dass die Beklagte standardmäßig eine bestimmte *Whitelist* in den Adblocker integrierte. Deren Funktion war für den Nutzer optional und individuell einstellbar, worauf dieser auch hinreichend deutlich hingewiesen worden war.²⁷

Auch eine **mittelbare Einwirkung** auf die Dienstleistung eines Mitbewerbers durch unberechtigte Bereitstellung von Inhalten hielt das Gericht für nicht gegeben, da die Klägerin den *Content* zwar stets gespickt mit Werbung aber dennoch kostenlos zur Verfügung stellte.²⁸ Dazu bedarf es nicht erst des Adblockers.

Schließlich konnte das OLG München in der Vorgehensweise des Adblocker-Anbieters auch keinen **Boycott** erkennen, insbesondere fehlte es an einem hinreichend konkretisierten Adressatenkreis des Boykotts; die abstrakte Gruppe der „Werbenden“ wurde als nicht ausreichend hierfür erachtet.²⁹

E. BGH 2018

Am 19.04.2018 hat nunmehr der BGH einen Fall entschieden, dessen Sachverhalt sich weitestgehend mit dem oben besprochenen Fall vor dem OLG München deckt. Laut der Pressemitteilung des BGH – die Entscheidungsgründe sind noch nicht veröffentlicht – ging es diesmal vor allem um die Normen des § 4 Nr.4 UWG und § 4a II Nr.3 UWG.³⁰

Wie das OLG München macht sich offenbar auch der BGH den Standpunkt zu eigen, dass das Geschäftsmodell des Adblockings keine gezielte Behinderung iSd § 4 Nr.4 UWG darstellen könne, da es die Funktionsfähigkeit der betroffenen Internetseiten voraussetzt.³¹ Diese Argumentation – so prägnant und logisch sie auch erscheinen mag – ist jedoch nicht zwingend und überdies zirkelschlüssig. Das Gericht scheint geradezu axioma

¹⁸ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 105ff.

¹⁹ § 18 Abs. 2a GWB; vgl. auch oben unter B.

²⁰ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 121ff.

²¹ Ebd. Rn. 128.

²² Ebd. Rn. 129ff.

²³ *Ekey*, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl., C.F. Müller 2016, Rn. 186.

²⁴ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 155.

²⁵ Vgl. *Fritzsche*, WRP 2016, S.1036.

²⁶ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 158. 163.

²⁷ Ebd. Rn. 160.

²⁸ Ebd. Rn. 161.

²⁹ Ebd. Rn. 174ff.

³⁰ BGH Pressemitteilung Nr.78/2018 zum Urteil v. 19.4.2018 - I ZR 154/16.

³¹ Ebd.

tisch davon auszugehen, dass eine Geschäftsidee stets darauf gerichtet ist, nachhaltig und auch in die Zukunft hinein gewinnbringend zu sein, ähnlich der Rentabilitätsvermutung. Dabei wird aber vernachlässigt, dass eine Geschäftsidee durchaus auch nur in der wirtschaftlichen Ausnutzung eines mehr oder minder kurzlebigen Trends oder Bedarfes liegen kann. Auch wenn eine Handlung die Existenz eines Wettbewerbers voraussetzt, kann es wirtschaftlich hinreichend lukrativ sein, diesen praktisch ausbluten zu lassen. Dies gilt im Besonderen für den Markt digitaler Anwendungen, der sich bekanntermaßen durch seine Schnelllebigkeit und Adaptionsfähigkeit auszeichnet³² und womöglich gerade deshalb besonders anfällig für kurzlebige Geschäftspraktiken ist.

Ferner bleibt bei einer derart verkürzten Argumentation die faktische Wirkung außer Betracht. Auch wenn der im Wachstum begriffenen Werbebranche wohl kaum der Untergang droht,³³ sind für die Verlage doch erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten mit Werblockern verbunden. Sie werden in ein kostspieliges, technisches Wettrüsten gedrängt oder müssen sich von Dritten vorschreiben lassen, mit welchen Werbepartnern sie zusammenarbeiten. Zumindest letzteres sah auch die Vorinstanz – das OLG Köln – so.³⁴ Dieser Sichtweise kann man aber mit den Zwecken des UWG, wie sie in § 1 UWG formuliert sind, entgegenreten. Demnach sollen die Normen den Schutz der Mitbewerber sowie der Verbraucher und letztlich der Allgemeinheit gewährleisten. Diese grundsätzliche Schutzzweckbestimmung legt nahe, dass es stets einer Gesamtbetrachtung bedarf, wenn es um unlautere Praktiken am Markt geht. Es wäre schlicht kein Wettbewerb und letztlich kein Fortschritt mehr möglich, wenn Produkte am Markt nur deshalb nicht angeboten werden dürften, weil sie das Angebot anderer Produkte irgend erschweren. Hinzutreten muss ein Verwerflichkeitselement, wie dies insbesondere § 4a UWG („aggressive geschäftliche Handlung“) zum Ausdruck bringt. Hierzu stellte die Vorinstanz noch fest, dass durch das Zusammenspiel von *Black-* und *Whitelist* letztlich nicht nur der Webseitenanbieter, sondern auch werbewillige Dritte in die Abhängigkeit des Editors der *Whitelist* gedrängt würden. Mithin sei der Adblocker durchaus als hinreichendes **Hindernis nichtvertraglicher Art** iSd § 4a II Nr.4 UWG zu betrachten.³⁵ Dies ändert jedoch nichts daran, dass den Webseitenanbietern durchaus technische Verhinderungs- und Umgehungsmöglichkeiten insbesondere durch entsprechende Zugangsschranken zur Verfügung stehen. Es wäre mithin verfehlt, den Verwerflichkeitscharakter aus einer irgendwie gearteten Unausweichlichkeit zu folgern.

Außerdem meinte die Vorinstanz, die Entscheidungsfreiheit der werbewilligen Unternehmen würde erheblich beeinträchtigt, wenn sie gezwungen werden, ein Entgelt für die Anzeige der Werbung zu leisten.³⁶ Es kann jedoch nicht Sinn und Zweck des § 4 Nr.4 oder des § 4a UWG sein, die tatsächlichen Veränderungen

gen der Marktgegebenheiten derart zu unterbinden, dass sie Unternehmen letztlich von der rein ökonomischen Entscheidung zugunsten der Entgeltleistung befreit. Nur dort, wo „gezielt“, das heißt tatsächlich und in deutlich verwerflicher Weise das Marktgefüge verändert wird, ist ein Eingreifen der Gerichte gerechtfertigt.

Vor diesem Hintergrund und unter Hinzuziehung der Entscheidung des OLG München erscheint der Entscheidungstenor des BGH also zutreffend.

5. Verfassungsrechtliche Aspekte

Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin ein Verlags-haus ist, sich wirtschaftlich betätigt und unter anderem auch Printmedien verlegt, drängt sich die Frage nach einer Grundrechtsbeeinträchtigung auf. Vor allem die Generalklausel des § 4 Nr.4 UWG bietet sich als Einfallstor für grundrechtliche Wertungen an.³⁷

Das OLG München sprach in seinem Urteil explizit die **Presse- und Berufsfreiheit** (Art. 5 I 2, Art. 12 I GG) an, stellte aber fest, dass die Pressefreiheit keinen Anspruch auf störungsfreie wirtschaftliche Betätigung begründe. Auch Medienunternehmen müssten sich den Herausforderungen des Marktes stellen.³⁸ Im Übrigen gewährte das Gericht im Rahmen seiner Abwägung der Berufsfreiheit des Werblocker-Anbieters sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) und negativen Informationsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) den Vorrang vor den Grundrechtspositionen des klagenden Verlages.

Problematisch könnte diese Sicht aber dann werden, wenn man die Berufsfreiheit schon nach ihrem Schutzbereich auf rechtlich zulässige Tätigkeiten beschränkt. Könnte man dem Grundgesetz – freilich nicht dem einfachen Recht – ein entsprechendes wettbewerbsrechtliches Verbot für Werblocker als **gemein- oder sozialschädliche Handlung** entnehmen³⁹, so stellte sich die Abwägungsfrage zwischen Verlagen und Softwareanbietern nicht mehr. Es wäre aber zumindest überraschend, wenn das Bundesverfassungsgericht – sollte es tatsächlich mit der Frage befasst werden – dem Grundgesetz eine derart konkrete Wertung entnehmen kann.

Möglicherweise ist aber gar nicht die Pressefreiheit, sondern die **Rundfunkfreiheit** (Art. 5 I 2 GG) der Verlage einschlägig. Darauf wurde im Urteil des OLG München nicht näher eingegangen. Freilich kann man den Rekurs auf die Pressefreiheit mit einem entwicklungsoffenen Pressebegriffsverständnis begründen, wonach die körperliche Verfestigung von Informationen keine zwingende Voraussetzung (mehr) ist.⁴⁰ Andererseits knüpft aber gerade die Werblocker-Problematik an der verschiedenen Beschaffenheit von Druck- und Online- bzw. TV-Angeboten und mithin das traditionelle Unterscheidungskri-

³² Vgl. Jaekel, Die Macht der digitalen Plattformen, Springer Vieweg 2017, S. 18, 29ff.

³³ S.o. unter A.

³⁴ OLG Köln, Urteil v. 24.6.2016 - 6 U 149/15, Rn. 77.

³⁵ Ebd. Rn. 74.

³⁶ Ebd. Rn. 78.

³⁷ Vgl. Ekey, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 5. Aufl., C.F. Müller 2016, Rn.186.

³⁸ OLG München, Urteil v. 17.8.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 165.

³⁹ Vgl. Epping, Grundrechte, 7. Aufl., Springer 2017, Rn.379.

⁴⁰ Vgl. ebd. Rn.229 m.w.N..

terium zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit an (s.o. unter B.).⁴¹ Dies eröffnet dem Bundesverfassungsgericht zumindest die Möglichkeit, die Abgrenzung zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit weiter auszudifferenzieren und der zunehmenden Digitalisierung in den Medien Rechnung zu tragen.

Im Ergebnis ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum die Einschätzungen des OLG München und des BGH im jüngsten Urteil an einer fehlerhaften Grundrechtsabwägung kranken sollten.

Fazit

Der Markt verändert sich mit seinen Möglichkeiten insbesondere im technischen bzw. digitalen Bereich. Die Verlage sind dazu angehalten, mit dieser Entwicklung Schritt zu halten. Es erscheint dabei wenig zielführend, sie durch eine rechtliche Sonderbehandlung vor dem Hintergrund der Presse- oder Rundfunkfreiheit den gängigen Marktmechanismen zu entziehen. Ein Verlag, der sich über Werbung finanziert, ist Teilnehmer des Marktes und muss mithin auch dessen Regeln unterworfen werden; im Zweifel ist er damit eben auch gezwungen, Geschäftsmodelle zu überdenken.⁴² Wer deshalb nunmehr um die Zukunft unabhängiger Berichterstattung fürchtet, der muss sich ohnehin die Frage stellen lassen, inwiefern die Medienlandschaft nicht schon durch die Abhängigkeit von Werbeeinnahmen kompromittiert ist; es wäre ein Kampf auf verlorenem Posten.

** Der Autor studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Internationales und europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht“ und hat die schriftliche Staatsprüfung im Frühjahr 2018 abgelegt. Er ist studentische Hilfskraft am Institut für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht mit Schwerpunkt Ostasien bei Prof. Dr. Yuanshi Bu LL.M. (Harvard). Ferner ist der Autor ständiges Mitglied der Freilaw Redaktion und seit Anfang 2017 Finanzvorstand des Vereins.*

⁴¹ Vgl. ebd. Rn.233 m.w.N.

⁴² Vgl. Jaekel, Die Macht der digitalen Plattformen, Springer Vieweg 2017, S. 30.

Vergaberecht

praxisnah und studienfern?

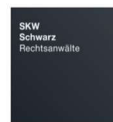
René M. Kieselmann*

Der Artikel bietet eine kurze Übersicht über das spannende Vergaberecht und seine Relevanz für die spätere Berufspraxis samt einem Update zu aktuellen Entwicklungen.

A. Vergaberecht – das unbekannte Wesen

Vergaberecht ist im Studium und Referendariat eher unbekannt¹. Es gibt zwar Schwerpunktfächer wie „Öffentliches Wirtschaftsrecht“, aber auch dort befasst man sich eher selten mit der vermeintlich exotischen Materie. Vergaberecht ist dann anwendbar, wenn die öffentliche Hand (ein sogenannter „Auftraggeber“) „einkauft“. Es gibt unterschiedliche Auftraggeber: Den herkömmlichen „öffentlichen Auftraggeber“ (§ 99 GWB, beispielsweise eine Kommune, die eine Turnhalle bauen lässt), die Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB, z.B. die Deutsche Bahn) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB, z.B. ein Zweckverband, der eine Rettungsdienstkonzession vergibt). Diese müssen bei ihrem Einkauf – im Gegensatz zu rein privatwirtschaftlichen Unternehmen – bestimmte Regeln beachten. Diese Regeln finden sich im EU-Kartellvergaberecht (u.a. GWB Teil 4 – Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen; VgV [Vergabeverordnung], KonzVgV [Konzessionsvergabeverordnung] und den zugrundeliegenden EU-Richtlinien²). Manchmal sind die Regelungen etwas formalistisch: Bereits kleinste Abweichungen von den Vergabeunterlagen können beispielsweise zum Ausschluss eines Angebotes führen. Aus der Beratungspraxis: Wer lange genug prüft und sucht, der findet meist einen gewünschten Ausschlussgrund.

Die Herausforderung im Vergaberecht besteht oft darin, die richtigen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb zu finden. Es bietet sich an, Beschaffungsvorhaben in die sogenannten „Drei Schubladen“³ zu gliedern:



www.skw-schwarz.de
Berlin Düsseldorf Frankfurt/Main Hamburg München

„Die drei Schubladen“

1: Vertrag/Leistungsverzeichnis/Auftragsgegenstand	2: Eignungsprofil; Eignungskriterien („Unternehmen“)	3: Zuschlagskriterien („Angebot“)
<p>Beschreibung der Aufgabe (konkret oder funktional) Ablauf-, Krisenplanung (Mängelansprüche; Sicherheiten u.a.) Anpassungsklauseln</p> <ul style="list-style-type: none"> Anforderungskatalog Servicelevel, Ausfallzeiten, Reaktionszeiten uvm. 	<p>Leitmotiv: „Ich backe mir einen Bieter“.</p> <p>Beispiele:</p> <p>Auftragsbezogene Referenzen (kein „Learning by earning“); Umsätze Zertifizierung; laufende Vertragskunden.</p>	<p>Leitmotiv: Der Preis muss nicht alles sein! Div. Wertungsformeln</p> <p>Beispiele:</p> <ul style="list-style-type: none"> Konzeptwertungen (Umsetzungs-Betriebskonzepte etc) Personalqualifikation (Formulierungsfrage!)

Schublade 1 [Auftragsgegenstand]: Der archimedische Punkt der „Drei Schubladen“ ist der „Beschaffungsbedarf“ – also das, was die öffentliche Hand einkaufen will. Dies kann ein Gebäude sein, Planungsleistungen, Lieferung von LKW für den Bevölkerungsschutz oder die Beschaffung von komplexen IT-Systemen⁴. Dieser „Auftragsgegenstand“ muss entsprechend begründet werden⁵, wobei die Freiheiten des öffentlichen Auftraggebers recht weit sind: Allenfalls Beschaffungen, die gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, sind unzulässig. Rein vergaberechtlich könnte man beispielsweise vier Maseratis und 200 goldene Wasserhähne beschaffen – allenfalls der Rechnungshof oder andere Prüfungsinstanzen würden dies monieren. Die Kunst aus Beratersicht besteht, den Auftrag so zu beschreiben, dass der Markt sachgerechte Lösungen anbietet. Problematisch ist oft, dass bei der Auftragsbeschreibung wichtige Einzelpunkte nicht beschrieben werden, ohne dass dies der Vergabestelle bewusst ist, oder falsche Anreize gesetzt werden. Große Unternehmen haben bisweilen zwei

¹ Auch auf der Webseite von www.freilaw.de ergibt die Suche mit dem Begriff „Vergaberecht“ nur die Meldung „NOT FOUND, ERROR 404 – The page you are looking for no longer exists.“

² S. die EU-Richtlinien aus 2014 zur Novellierung des Vergaberechts: Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber (Richtlinie 2014/24/EU), Vergaberichtlinie für Sektorenauftraggeber (Richtlinie 2014/25/EU) sowie die neu geschaffene Konzessionsvergaberichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU) – vor der Vergaberechtsnovelle war die Konzessionsvergabe nicht im EU-Vergaberecht geregelt.

³ Dies ist kein juristischer Fachbegriff, sondern eher eine didaktische Gliederungshilfe, entwickelt von *Ermbrecht Rindtorff* und dem *Autor*; vgl. „Rettungsdienst und EU-Vergaben – Ein Leitfaden für die Praxis“ von

Ermbrecht Rindtorff unter Mitwirkung von *René M. Kieselmann*; 2010, Mendel-Verlag.

⁴ Beim Einkauf von IT werden häufig die sog. *EVb-IT* verwendet (*Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen*), die aktuelle Zusammenstellung findet man unter https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html (letzter Abruf 2018-04-21), zu diesem Thema s.a. „Die neuen EVB-IT Dienstleistung: Ein erster Überblick“, *Thomas H. Fischer* M.B.L.-HSG, *Vergabeblog.de* vom 22/03/2018, Nr. 36476.

⁵ Die Begründung hierfür und alle anderen zentralen Entscheidungen im Beschaffungsprozess muss im *Vergabevermerk* dokumentiert werden.

Kalkulationen: Die eine (billige) für die Ausschreibung und die andere (teure und realistische) mit Nachträgen: Diese Nachträge können eingefordert werden, wenn die Ausschreibung lückenhaft oder falsch ist und entsprechende Mehrleistungen anfallen (Beispiel: falsche Mengenangaben in Leistungsverzeichnissen oder zu geringe Baustandards, die dann in der Umsetzung in höhere Standards abgeändert werden).

Schublade 2 [Eignung]: Dort wird die Eignung definiert⁶. Wichtig ist, Eignungsaspekte von Fragen der Wirtschaftlichkeit zu trennen (s. hierzu nachfolgend die „Schublade 3“). Gefordert werden darf ausschließlich Folgendes:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Je nach Vergabeverfahren wird die Eignung nur als Mindeststandard definiert (v.a. in einphasigen Verfahren⁷, wo man nur ein Angebot abgibt). Differenzierter kann man beurteilen, wenn man ein „besser oder schlechter“ zulässt, also geeignetere Unternehmen mehr Punkte erhalten als weniger geeignete. Mit dieser Methode kann man sich (wenn die Parameter richtig gesetzt werden) die „Besten aus den Geeigneten“ herausuchen. Dies findet in der Regel in einem zweiphasigen Verfahren⁸ mit einem vorgeschalteten „Teilnahmewettbewerb“ statt. Es ist aber eine Kunst, die Auswahlparameter für die Eignung richtig zu bestimmen: Wenn man für ein Verhandlungsverfahren definiert, dass maximal acht Bewerber sich qualifizieren und es im eng umgrenzten Markt nur sechs Unternehmen gibt, welche die Leistungen erbringen können, findet gerade kein Eignungswettbewerb statt⁹. Wenn man andererseits die Eignungsschwelle so hoch ansetzt, dass nur wenige Unternehmen sich beteiligen können, reduziert man den Wettbewerb und handelt sich ggf. Rügen benachteiligter Marktteilnehmer ein.¹⁰

Schublade 3 [Wirtschaftlichkeit]: Nach der Eignungsprüfung ist meist die Prüfung der Wirtschaftlichkeit¹¹ maßgebend für den

Erfolg eines Angebotes¹². Diese wird mittels der sogenannten „Zuschlagskriterien“ ermittelt. Diese müssen vorher transparent bekanntgegeben werden, damit Unternehmen ihr Angebot entsprechend danach ausrichten und erstellen können. Der Preis ist das wohl bekannteste Zuschlagskriterium und wird in vielen Bereichen – oft bei Bauausschreibungen – als alleiniges Kriterium verwendet. Es gilt allerdings: „Sparen kann teuer sein.“ bzw. „Wer billig kauft, kauft zwei Mal.“ – wenn nur der Preis ausschlaggebend ist, können wenige Cent Preisunterschied auch bei Millionenaufträgen über den Zuschlag entscheiden¹³. Dieses Extrembeispiel zeigt, dass es auch sinnvoll sein kann, andere Zuschlagskriterien zu verwenden, insbesondere qualitative Kriterien. § 58 VgV gibt in Abs. 2 weitere Hinweise hierzu:

„Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

1. *die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,*
2. *die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder*
3. *die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.“*

Der Preis allein hat den Vorteil, dass die Angebotsprüfung recht einfach ist. Der billigste Bieter bekommt den Zuschlag (falls kein Unterkostenangebot¹⁴ vorliegt, was bei einem größeren Preisabstand geprüft wird¹⁵).

Vorteilhaft bei weiteren Zuschlagskriterien ist, dass man als Auftraggeber einen etwas größeren Spielraum bei der Bewertung hat. Damit handelt man sich allerdings den Nachteil ein, dass der Aufwand für die Wertung höher ist. Ebenfalls müssen die Wertungen gut begründet werden. Man sich dadurch ggf. angreifbar. Damit wird klar, dass bisweilen Bequemlichkeit

⁶ Die zentrale gesetzliche Festlegung findet sich in §§ 122 GWBff.

⁷ Sog. „Offenes Verfahren“ (oberschwellig, § 15 VgV) oder „Öffentliche Ausschreibung“ (unterschwellig); zu den Verfahrensarten allgemein s. §§ 14ff VgV.

⁸ Z.B. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder „nicht offenes Verfahren“ (oberschwellig, § 16 VgV) bzw. „beschränkte Ausschreibung“ (unterschwellig).

⁹ Solch ein Vorgehen eignet sich aber hervorragend, in ein Verhandlungsverfahren zu kommen, wenn dessen rechtliche Begründung etwas „wackelig“ ist: Wenn alle Interessenten mitmachen dürfen, beschwert sich meist niemand...

¹⁰ Eine sehr gut begründete hohe Eignungsschwelle kann auch dazu dienen, sich nur den „Wunschbieter“ herauszusuchen. Wenn dieses Vorgehen nicht erfolgreich gerügt wird, kann der Auftrag an den Wunschbieter gehen – man hat dann allerdings als Auftraggeber eventuell eine schlechte Verhandlungsposition und der Bieter unterliegt geringem Wirtschaftlichkeitsdruck (und kann ggf. auch Preise diktieren). In der Praxis gibt es häufig den Wunsch, mit dem bewährten „Haus- und Hoflieferanten“ zusammenzuarbeiten. Wenn dann entgegen der ersten Überlegung doch ein qualitativ guter Wettbewerb initiiert werden kann, ist

der „Aha-Effekt“ oft groß und andere Lösungen führen zu noch größerer Zufriedenheit beim Auftraggeber.

¹¹ § 127 GWB ist hierzu die maßgebliche Norm. Abs. 1 sagt aus: „Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

¹² Interessantes zu den verschiedenen Facetten der Angebotsprüfung und -wertung in einem Fall (VK Bund, Beschl. v. 07.06.2016 – VK 2-37/16) schreibt Dr. Michael Sitsen, Vergabeblog.de vom 04/08/2016, Nr. 26884.

¹³ Es wird kolportiert, dass bei einer Rettungsdienstauschreibung in einer größeren rheinischen Stadt wegen einer Preisdifferenz von wenigen hundert Euro der Dienstleister ausgetauscht wurde...

¹⁴ Neues zum Umgang mit Dumping-Angeboten (BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16) vermittelt Sonja Stenzel, Vergabeblog.de vom 30/03/2017, Nr. 30394.

¹⁵ S. hierzu § 60 VgV, „Ungewöhnlich niedrige Angebote“.

und die Tendenz sich abzusichern dazu führen, dass die Vergabestelle es sich eher einfach macht. Das wiederum reduziert mitunter die Qualität von Angeboten und Leistungen. Hoher Preisdruck erhöht den Anreiz bei Bietern, in bestimmten Bereichen einzusparen, erzeugt teilweise massive wirtschaftliche Risiken (z.B. Steigerung von Personalkosten über die Vertragslaufzeit), die schlussendlich nicht im Interesse der öffentlichen Hand sind¹⁶.

B. Wo kann ich mit Bezug zum Vergaberecht arbeiten?

Das Vergaberecht bietet nach der Ausbildung diverse Möglichkeiten für den Broterwerb. Der Bezug zur öffentlichen Hand legt zunächst eine Tätigkeit in der Verwaltung nahe: Diverse Behörden, Zweckverbände und Ministerien haben eigene Einkaufs-/Vergabeabteilungen. Diese sind für Ausschreibungen zuständig. Sie bilden meist die Schnittstelle zwischen den Fachabteilungen (die den „Beschaffungsbedarf“ haben) und den Bietern (die einen Auftrag von der öffentlichen Hand erhalten wollen). Die Herausforderung für die Personen in den Vergabestellen besteht oft darin, mit beschränkten eigenen Ressourcen das einzukaufen, was die Fachabteilungen haben wollen. Wenn die Vergabestelle von der „technischen Seite“ der Fachabteilung wenig Ahnung hat und die Fachabteilung wenig Ahnung vom Vergaberecht, führt das manchmal dazu, dass beide Bereiche aneinander vorbeireden. Das wirkt sich auf die Qualität von Ausschreibungen aus. Umso erfreulicher ist es, wenn qualifizierte Menschen sich qualitativ guten Ausschreibungen widmen.

Auch in Aufsichtsbehörden (u.a. Rechnungshöfe oder im Rahmen der Beihilfenkontrolle) werden Vorgänge aus dem Vergaberecht geprüft. Ebenso gibt es auf Landes- und Bundesebene sowie bei der Europäischen Kommission Stellen, die sich mit Vergabe- und Beihilfenrecht befassen. In den meisten Bundesländern gibt es zudem so genannte „Auftragsberatungsstellen“¹⁷. Diese kümmern sich in unterschiedlichem Umfang darum, die öffentliche Hand zu beraten und andererseits auch Ansprechpartner für Bieter zu sein.

Das Vergaberecht verfügt über einen eigenen Rechtsweg (§ 155ff. GWB), um Entscheidungen überprüfen zu können. In der ersten Instanz streiten die Parteien sich vor der

Vergabekammer. Dies ist kein Gericht, sondern eine Behörde mit gerichtsähnlicher Funktion¹⁸. Mindestens¹⁹ zwei Personen sind hauptamtlich beschäftigt (Vorsitzender und Beisitzer), ergänzt durch einen ehrenamtlich tätigen Beisitzer – dieser soll auch technische Kompetenz und Praxiswissen einfließen lassen. Die mündliche Verhandlung dort über einen Nachprüfungsantrag (§ 160ff. GWB) ist nur „parteioffentlich“ – im Gegensatz zur Verhandlung in der zweiten Instanz, dem *Vergabesenat* beim Oberlandesgericht. Die Oberlandesgerichte haben sehr unterschiedliche Fallzahlen von Nachprüfungsanträgen. Das OLG Düsseldorf genießt eine gewisse Sonderstellung, weil dort wegen hoher Fallzahlen²⁰ eine besondere vergaberechtliche Erfahrung zumindest erwartet wird²¹. Das OLG Düsseldorf ist auch für die Vergabekammern des Bundes zuständig. Diese Verfahren genießen teilweise eine gewisse Öffentlichkeitswirkung wie bei der Beschaffung von Wehrtechnik²².

Beim OLG ist in der Regel das Verfahren beendet. Falls Oberlandesgerichte in ihrer Rechtsmeinung voneinander abweichen, kommt es zur sogenannten „Divergenzvorlage“²³ und die Angelegenheit wird durch den BGH entschieden. Falls die Auslegung von europarechtlichen Vorgaben unklar ist, kann das OLG die entsprechenden Fragen auch dem EuGH vorlegen²⁴.

Neben Verwaltung und Gerichtsbarkeit beschäftigt das Vergaberecht auch Anwälte. Seit März 2015 gibt es hierfür auch einen weiteren Fachanwaltstitel (22. Fachanwaltschaft). Für den Fachanwalt Vergaberecht muss man einen entsprechenden Fachanwaltslehrgang mit mindestens 120 Stunden absolviert und drei Klausuren bestanden haben. Die praktische Expertise weist man durch 40 bearbeitete Fälle nach, davon mindestens fünf gerichtliche Verfahren oder Nachprüfungsverfahren. Beratungsbedarf besteht sowohl bei der öffentlichen Hand als auch bei Bietern: Die Verwaltung lässt sich v.a. bei komplexeren Verfahren beraten. Größere Verwaltungseinheiten, z.B. Vergabestellen in Ministerien, sind oft recht eigenständig und greifen weniger auf externe Berater zurück. Vom Bundesministerium über Zweckverbände, öffentliche Banken bis hin zu kleineren Wohnungsbaugesellschaften gibt es sehr unterschiedliche und interessante Konstellationen.

¹⁶ Bei Rettungsdienstauschreibungen gab es diverse Vergaben, die mit teilweise hohem Preisdruck und unzureichenden bzw. nicht existenten Preisanpassungsklauseln zu massiven wirtschaftlichen Schiefen bei den Auftragnehmern bis hin zur Insolvenz führten. Wenn Hilfsorganisationen beteiligt sind, die neben dem überwiegend hauptamtlichen Rettungsdienst weitere ehrenamtliche Aufwachskapazitäten bieten, kann dies zu einer massiven Verschlechterung des Bevölkerungsschutzes führen. <http://auftragsberatungsstellen.de> (letzter Abruf 2018-04-21).

¹⁷ Deshalb spricht man oft auch nicht von der „Rechtsprechung“, sondern von der „Entscheidungspraxis“ von Vergabekammern (und Gerichten), wobei auch Vergabekammern ihre Entscheidungen selbst als „Rechtsprechung“ bezeichnen. Die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt. Sie entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen (§ 157 Abs. 4 GWB).

¹⁹ Bei „verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen“ können auch beide Beisitzer hauptamtlich sein.

²⁰ Das OLG Düsseldorf ist zweite Instanz sowohl für die (aktuell drei) Vergabekammern des Bundes als auch für die VK Köln und VK Westfalen.

²¹ Prägend für die Rechtsprechung des dortigen Vergabesenates war VorsRiOLG *Heinz-Peter Dicks*, der vor kurzem in den Ruhestand ging. Ein Interview mit ihm findet man unter Vergabeblog.de vom 08/01/2017, Nr. 28425, s.a. Vergabeblog.de vom 05/04/2018, Nr. 36609 (letzter Abruf 2018-04-21).

²² Bekannt sind Verfahren zur Beschaffung von Drohnen, von elektronischer Kommunikation, Waffen usw.

²³ § 179 Abs. 2 GWB – wobei die Vorlagepflicht der Vergabesenate oft ungerne erfüllt wird und mit Scheinbegründungen übergangen wird.

²⁴ Aktuell findet ein interessantes Verfahren zum Thema „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) vor dem EuGH statt (Rs. C-465/17). Dort wird ein Konflikt zwischen privaten Rettungsdienstleistern mit Gewinnerzielungsabsicht und den freigemeinnützigen Hilfsorganisationen (DRK, ASB, JUH, MHD etc.) in Deutschland ausgetragen. Der Autor vertritt dort eine Hilfsorganisation.

Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten wollen, nennt man „Bieter“ oder (bei Ausschreibungsverfahren mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb) „Bewerber“. Es handelt sich in der Regel um mittlere oder größere Unternehmen, vom Baukonzern über Funktechnikfirmen bis hin zu Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Da erst ab gewissen Wertgrenzen europaweit ausgeschrieben werden muss, handelt es sich in der Regel um größere Auftragswerte mindestens im sechsstelligen Bereich. Die Beratungsleistungen werden in der Regel auf Basis eines Stundensatzes vergütet. Dieser liegt zwischen EUR 250 und teilweise weit über EUR 300 netto. Mit dem RVG hat man somit meistens nur dann ausführlicher zu arbeiten, wenn es um die Kostenerstattung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geht.

Auch Nichtjuristen beraten im Rahmen von Vergabeverfahren: Vor allem auf der fachlich-technischen Seite sind Ingenieure, Architekten, Statiker und sonstige Berater tätig. Sie helfen dabei, Leistungsverzeichnisse zu erstellen, den Bedarf zu analysieren, einen Überblick über spezielle Märkte zu geben, Markterkundungen durchzuführen, Angebote auszuwerten usw.

C. Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht und Informationsplattformen

Das Vergaberecht ist ein Rechtsgebiet, welches sich relativ schnell entwickelt. Insofern ist es wichtig, regelmäßig die Entscheidungspraxis zu verfolgen, um optimal beraten zu können²⁵.

Im Jahr 2014 gab es eine große Vergaberechtsreform auf europäischer Ebene. Die geänderten europäischen Richtlinien sind mit Wirkung zum 18.04.2016 auch in Deutschland in Kraft getreten²⁶. Mit der Vergaberechtsnovelle wurde das GWB in seinem Vierten Teil komplett neu gefasst, was zu diversen Verschiebungen von Paragraphen geführt hat. Ebenso wurden die Vergabeverordnung und die Konzessionsvergabeverordnung eingeführt. Teilweise wurde versucht, die Kasuistik in der Rechtsprechung in Gesetzesform zu gießen. Ein Beispiel hierfür ist § 132 GWB, der sich zu Änderungen bei laufenden Aufträgen verhält. Problematisch bei dieser Vorschrift ist (Motto „iudex non calculat“), dass teilweise absolute Wertgrenzen mit Prozentangaben vermischt werden. In § 132 Abs. 3 GWB beispielsweise kann man zusätzliche Leistungen ohne weitere Begründung vergeben, wenn die Mehrleistungen

höchstens 10% des Gesamtauftragsvolumens (bei Bauleistungen 15%) betragen und zugleich für sich genommen unterhalb des Schwellenwerts liegen. Wenn man eine Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen hat (z.B. eine komplette Neuausstattung eines Bundeslandes mit BOS-Funk-Infrastruktur), die einen hohen Auftragswert hat (z.B. Anfangsinvestitionen und Wartung/Lizenzen/Service über eine ggf. lange Vertragslaufzeit), wird die Problematik deutlich: Beträgt der Gesamtauftragswert 800 Millionen EUR, wären 10% hiervon 80 Mio. EUR.“

Der Verweis auf den Schwellenwert begrenzt aber formal Erweiterungen auf nur gut 200.000 EUR. Nach dem Gesetzestext darf in diesem Falle eine Erweiterung nur im Promillebereich durchgeführt werden. Das ist irrwitzig und völlig an der Praxis vorbei.

Wie bei vielen Gesetzgebungsverfahren sollte alles einfacher werden. Allein der deutlich gestiegene Umfang der Normtexte lässt schon zweifeln, ob dieses Ziel erreicht wurde. Der Zugang zu öffentlichen Aufträgen sollte für kleine und mittelgroße Unternehmen erleichtert werden.

Die große Vergaberechtsreform Anfang 2016 hat nur den Oberschwellenbereich neu geregelt, also das Vergaberecht ab den Schwellenwerten²⁷ (auch genannt EU-Kartellvergaberecht).²⁸

Kennzeichnend für diesen Bereich ist ein recht ausgeprägter Rechtsschutz für den Bieter²⁹. Dieser kann sich bei vermuteten Vergaberechtsverstößen vor der Vergabekammer wehren. Der Vorteil bei diesem Verfahren für den Bieter ist, dass Vergabekammer und Oberlandesgericht von Amts wegen³⁰ den Sachverhalt ermitteln. Sie haben dafür gegebenenfalls auch Zwangsbefugnisse. Elementar für Rechtsstreitigkeiten in diesem Segment ist, dass nach einem Nachprüfungsantrag der öffentliche Auftraggeber unverzüglich den so genannten „Vergabevermerk“ bzw. die „Vergabeakten“ (die Dokumentation des gesamten Verfahrens³¹) an die Vergabekammer übergeben muss. Diese Vergabedokumentation wird – mit Ausnahme der Geschäftsgeheimnisse³² – dem Antragsteller übermittelt. Dies ist der Moment wo diverse Nachprüfungsanträge, die bis dahin „auf tönernen Füßen“ stehen, erfolgreich werden. Nicht selten missachten öffentliche Auftraggeber zentrale Regeln bei der Erstellung des Vergabevermerkes. Häufig werden Entscheidungen unzureichend begründet, intransparente

²⁵ Online-Plattformen hierfür sind z.B.: <https://www.vergabeblog.de/>, <https://www.dvnw.de>, <https://www.vpr-online.de>, <https://www.ibr-online.de>.

²⁶ Siehe die Serie zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts: *Monika Prell*, „Aktuelle Synopse zum Entwurf 4. Teil GWB“, *Vergabeblog.de* vom 23/05/2015, Nr. 22502; Dr. *Daniel Soudry*, LL.M., „Der Referentenentwurf zum neuen GWB 2015 – Die wichtigsten Neuerungen“, *Vergabeblog.de* vom 26/05/2015, Nr. 22546; *Aline Fritz*, „Systematik der Ausschlussgründe nach dem neuen GWB“, *Vergabeblog.de* vom 28/05/2015, Nr. 22534; *Johanna Walliczek*, „Bedingungen zur Auftragsausführung nach dem neuen GWB“, *Vergabeblog.de* vom 07/06/2015, Nr. 22541.

²⁷ Die neuen EU-Schwellenwerte zum 01.01.2018 sind dargestellt auf *Vergabeblog.de* vom 21/11/2017, Nr. 34348.

²⁸ Zu den Neuerungen im Ober- und Unterschwellenbereich siehe „Auswirkungen der Vergaberechtsreform auf das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte?“, Dr. *Michael Sitsen*, *Vergabeblog.de* vom 10/08/2016, Nr. 26658.

²⁹ §§ 160ff GWB.

³⁰ § 163 Abs. 1 GWB.

³¹ § 163 Abs. 2 GWB, § 8 VgV.

³² S. hierzu § 165 Abs. 2 GWB.

Entscheidungen getroffen oder Beurteilungen ermessensfehlerhaft vorgenommen.

Für den so genannten Unterschwellenbereich³³ gelten andere Regeln. Dort können Bieter ihre Rechte normalerweise auf dem

Zivilrechtsweg versuchen durchzusetzen³⁴, bei öffentlich-rechtlichen Verträgen³⁵ ist man manchmal auch vor dem Verwaltungsgericht. Das Vergaberecht im Unterschwellenbereich war Gegenstand der neuesten Novellierung im Vergaberecht³⁶. Mit dieser wurde die UVgO³⁷ (Unterschwellenvergabeordnung) geschaffen. Die UVgO regelt die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Sie ist eine Verwaltungsvorschrift und muss erst durch einen weiteren Rechtsakt, beispielsweise auf Ebene der Bundesländer in Kraft gesetzt werden. Die neue UVgO schafft weitergehende Parallelen zum Bereich der Oberschwellenvergabe. Allgemeine Grundsätze der Vergabe und der VgV werden übernommen.

D. Fazit

Vergaberecht wird oft als trocken und formalistisch bezeichnet. Die verschiedenen Auftragsgegenstände gestalten die Beschaffung allerdings spannend. Wer technisches und betriebswirtschaftliches Verständnis mit solider rechtlicher Arbeit verknüpfen kann, wird in vielen Bereichen Spaß an der Tätigkeit in diesem Gebiet haben. Der Bezug zu Europarecht, Verwaltungsrecht, Zivilrecht und Grundrechten sowie weiteren Rechtsgebieten macht die Materie vielseitig und anspruchsvoll.

**René M. Kieselmann hat in Freiburg i. Br. studiert und sein Referendariat absolviert, war an Lehrstühlen in Freiburg und dem MPI (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) tätig, ist seit 2004 Rechtsanwalt, seit 2009 in Berlin (kommt aber gerne in den Schwarzwald zurück), seit 2017 Fachanwalt für Vergaberecht und Equity Partner in der überörtlichen Sozietät www.skwschwarz.de mit Standort in Berlin. Bei Fragen steht er unter r.kieselmann@skwschwarz.de zur Verfügung.*

³³ Im Unterschwellenbereich finden ca. 90 bis 95% aller öffentlichen Auftragsvergaben statt.

³⁴ Meist Verfahren bei Bauvergaben in der ersten Instanz beim jeweiligen Landgericht. Zu anderen Beschaffungsgegenständen gibt es wenig Entscheidungen im Unterschwellenbereich.

³⁵ Dies war/ist häufig im Rettungsdienst der Fall: Aufträge und Konzessionen werden oft mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag oder auch Verwaltungsakt vergeben. Konzessionen sind zwar im neuen

Vergaberecht geregelt, vor die Vergabekammer kommt man aber erst ab dem dort einschlägigen Schwellenwert von etwas über 5 Mio EUR.

³⁶ Die UVgO wurde Anfang 2017 bekanntgemacht, s. hierzu <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html> (letzter Abruf 2018-04-21).

³⁷ Hierzu auch die Einführung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes auf <https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Vergaberecht/Aktuelles/Neue%20Unterschwellenvergabeordnung/> (letzter Abruf 2018-04-21).

Neue Regelung zur Berufszulassung für Immobilienmakler

Ein alter Streit am Rande des Protektionismus

-
*Eva Hören**

Neue Regelung zur Berufszulassung für Immobilienmakler – ein alter Streit am Rande des Protektionismus.

Einleitung/Ökonomischer Hintergrund

„Der Makler alter Zunft hat ausgedient.“¹

Makler gibt es in Deutschland viele – derzeit mehr als 18.000.² Ihr klassischer Tätigkeitsbereich ist seit dem 19. Jahrhundert die Vermittlung von Immobilien, bei der sie aufgrund ihrer erhöhten Sach- und Ortskenntnis und eines eher begrenzten Portfolios an Immobilienobjekten in der Lage sind, dem vor Ort suchenden Interessenten den Erwerb/die Anmietung zu vermitteln. Ihnen stehen typischerweise Verbraucher als Kunden gegenüber, die selbstgenutzte Eigentumswohnungen oder Einfamilienhäuser einmalig im Leben kaufen oder verkaufen wollen.³ Im dadurch entstehenden hohen Kompetenzvorsprung zwischen Maklern und Verbrauchern liegt somit ein strukturelles Wissensgefälle, das zu einer besonderen Schutzbedürftigkeit der Verbraucher führt. Diese Schutzbedürftigkeit besteht auch bei Bauträgern und Baubetreuern i.S.d. § 34c GewO⁴. Denn diese verwalten hohe Fremdvermögen der Verbraucher, womit sich gerade in Zeiten eines befürchteten Immobilienbooms⁵ die Finanzanlage „Immobilie“ zu einem risikoreichen Ort par excellence avanciert. Doch der klassische Makler und auch seine Kunden befinden sich im Wandel:

Immobilien werden immer mehr durch internationale Maklerunternehmen vermittelt. Deutsche Interessenten suchen vermehrt Immobilien im Ausland, etwa auf Mallorca oder in anderen beliebten Urlaubsregionen. Sie richten ihren Blick nicht nur auf deutsche Immobilien,⁶ sondern erweitern ihr Interesse auf den europäischen Markt. Ein Blick auf einschlägige Immobilienportale zeigt weiter,

dass dieses Interesse nicht an den EU-Außengrenzen endet. Angeboten werden dort auch Immobilien aus den USA oder Südamerika.⁷

Ein Blick auf den aktuellen Maklermarkt mag diese Entwicklung hin zum globalen „Real Estate Business“ verdeutlichen. Das größte Maklerbüro ist derzeit Engel & Völkers mit einem Nettoumsatz nach Verkauf 2009 in Höhe von ca. 100 Mio. Euro.⁸ Es beschäftigte 2015 7.000 Mitarbeiter in 36 Ländern.⁹ Danach folgt Jones Lang LaSalle (USA) mit einem Jahresumsatz von ca. 60 Mio. Euro. Seit 2008 entwickelt sich Jones Lang LaSalle in Deutschland durch Zukäufe zum führenden Einzelhandelsberatungsunternehmen und illustriert die Globalisierung der Branche.¹⁰

Gleichzeitig vollzieht sich eine Verlagerung des Maklergeschäfts ins Internet. Die grenzüberschreitende Kooperation zwischen Maklern über Intranets (sog. Multi-Listing-Services) weiten sich über die USA auch nach Deutschland aus.¹¹ Dieser Wandel innerhalb des Maklergeschäfts verändert auch die Strukturen und Wirtschaftszahlen der vor Ort tätigen Bauträger und Baubetreuer, die in Deutschland im Jahr 2014 einen auf die letzten Jahre bezogenen Spitzenumsatz von 116 Millionen Euro aufwiesen.¹² Im Ergebnis entwickelt sich das Maklergeschäft von einem klassisch „stehenden Gewerbe“, wie es die GewO titulierte, zu einem virtuell, im Internet „reisenden“ Real Estate Business.

Die nachfolgende Untersuchung ist eine Auseinandersetzung mit dem Gewerberecht der Makler, Bauträger und Baubetreuer, insbesondere des § 34c GewO unter Berücksichtigung der Veränderung der Branche. Dabei soll sich zunächst der Vorschrift durch einen Blick auf die Historie und Systematik der Gewerbeordnung¹³ genähert werden, ehe auf die zahlreichen Probleme – insbesondere im internationalen und europarechtlichen Kontext – eingegangen

¹ So der Ex-Präsident des Rings Deutscher Makler Henningsen, in: *Ummen*, Welt v. 5.5.2003, <https://www.welt.de/print-welt/article692118/Immobilienmakler-wollen-gegen-schwarze-schafe-vorgehen.html> (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

² *Stat. Bundesamt*, Struktur des Maklergewerbes, HfWU, S.4. In Bayreuth sind es laut Sachbearbeiter *Kurz* vom Ordnungsamt Bayreuth im März 2017 207 Makler (Email v. 20.3.2017).

³ Überlegung aus *CRES*, Gutachten zum Sachkundenachweis, S. 12.

⁴ Die folgenden nicht betitelten §§ sind solche der Gewerbeordnung (GewO).

⁵ *Drieschner*, in: *Zeit* v. 21.5.2015, Heft 21/15, S. 3 (Hamburger Teil).

⁶ Vgl. <http://www.grenzland-immocenter.de/> (zuletzt abgerufen am 9.11.17).

⁷ So C. Völkers in: *Müller-Dofel*, Euro am Sonntag v. 11.6.2016, S. 8.

⁸ *Immobilien Manager Verlag*, immobilien manager 09/2009, Makler Ranking 2009, S.12.

⁹ *Müller-Dofel*, Euro am Sonntag v. 11.6.2016, S. 8, 10.

¹⁰ *N.N.*, Fonds online v. 26.6.2008.

¹¹ *Beser*, Multi-Listing-Services.

¹² *Stat. Bundesamt*, Umsatz im Baugewerbe 2014, Destatis, S.8 ff; In Bayreuth gibt es laut Sachbearbeiter *Kurz* vom Ordnungsamt Bayreuth im März 2017 78 Bauträger (Email v. 20.3.2017).

¹³ Im Weiteren GewO genannt.

wird. Eine Zusammenführung samt Resümee bildet den Abschluss der Betrachtung.

Historische Einbettung

Bis 1972 war die Vermittlung von Immobilien lediglich überwachungsbedürftig, im Übrigen aber zulassungsfrei. Der heutige § 34c wurde durch das Gesetz vom 16.08.1972 in die GewO integriert.¹⁴ Damit bedurften Immobilienmakler, Darlehensvermittler und Baubetreuer erstmals einer Gewerbeerlaubnis. Alle Parteien, auch Maklerverbände¹⁵, hatten zuvor die enormen Missstände vor allem zu Lasten ärmerer Bevölkerungsschichten bei der Vermittlung von Wohnungen und Häusern beklagt.¹⁶ Es gehe darum, „unzuverlässige und nicht fachkundige Personen sowie Personen, die sich in ungeordneten Vermögensverhältnissen befinden, von der Ausübung dieses Gewerbes“ auszuschließen.¹⁷

Zahlenmaterial fehlte in den Entwürfen. Laut Schätzungen war mindestens die Hälfte der 15.000 eingetragenen Makler „schwarze Schafe, die ihre Kunden betrugen oder aufgrund fehlenden Fachwissens falsch berieten“.¹⁸ Schon damals wurde der unbeholfene und veraltete Umgang des Rechts mit dem Maklerberuf bemängelt, insbesondere im Hinblick auf die Tätigkeit italienischer Makler auf dem deutschen Immobilienmarkt. Damals galt Deutschland im Ländervergleich als ein Land mit sehr niedrigem Regulierungsniveau.¹⁹

Heute ist Deutschland im europäischen Mittelfeld der maklerrechtlichen Gewerbebeschränkungen zu sehen.²⁰ Wie anschließend erörtert wird, gibt es zwar einen Zulassungszwang mit einigen Ausübungspflichten, es fehlt aber an einem zwingenden Sachkundenachweis (etwa durch eine Prüfung) oder an dem Abschluss einer verpflichtenden Berufshaftpflichtversicherung. Solche Regelungen gibt es zum Beispiel in Großbritannien und Frankreich. Andere Länder haben wiederum den Bereich der Maklerzulassung liberalisiert und den Makler aus dem Bereich der reglementierten Berufe herausgenommen.²¹

Es sei im Weiteren zunächst der Versuch gewagt, im Wege klassischer Auslegungsmethoden typische Probleme des § 34c herauszukristallisieren, um dann fundamentale völker-, europa- und grundrechtliche Problematiken der Vorschrift zu diskutieren.

§ 34c – eine textkritische Analyse

Zunächst gilt es zusammenfassend einige Tatbestandsmerkmale des § 34c GewO zu skizzieren.

I. Die Tatbestandselemente von § 34c

Als stehendes Gewerbe i.S.d. § 14 sind Makler- und Bauträgertätigkeiten bloß anzeigepflichtig.²² Dies wird durch die Erlaubnispflicht des § 34c ergänzt.

1. Erlaubnisbedürftige Gewerbe

a) Gewerbsmäßigkeit

Gemäß § 34c Abs. 1 S. 1 bedarf es für eine Erlaubnisbedürftigkeit einer gewerbsmäßigen Tätigkeit. Diese ist mit dem Gewerbebegriff im übrigen Teil der GewO identisch und wird definiert als jede, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte, selbstständige Tätigkeit.²³ Im Bereich der Makler und Bauträger des § 34c liegen diese Merkmale typischerweise vor.

b) Immobilienmakler

Das erste gem. § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 erlaubnispflichtige Gewerbe ist das klassische Immobilienmaklergeschäft für Vermittlungs- oder Nachweistätigkeiten von Verträgen über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Wohnräume und gewerbliche Räume. Dabei ist eine Vermittlung jede Tätigkeit, die auf den Abschluss eines Vertrages mit einem Dritten gerichtet ist, auch wenn sie nur der Vorbereitung dient oder letztlich erfolglos bleibt.²⁴ Somit fällt das klassische, nationale Maklergewerbe unter § 34c. Für den heutigen internationalen und internetbasierten Makler ergeben sich jedoch Abgrenzungsprobleme.

aa) Globalisierung und ausländische Makler

Dem § 34c liegt das Bild eines deutschen Maklers aus dem Jahr 1972 zugrunde, der ausschließlich deutsche Immobilien an deutsche Kunden vermittelt. In der heutigen Zeit ist jedoch das Geschäft der Makler international geworden. Der Wortlaut des § 34c bezieht die Erlaubnispflicht auch auf in Deutschland niedergelassene Makler, die ausländische Immobilien für ausländische Kunden vermitteln. Dies ist aber mit dem Zweck des Gesetzes kaum vereinbar. Die deutsche Allgemeinheit durch § 34c vor einem im Ausland tätigen Makler zu schützen, scheint nicht notwendig zu sein.

Eine teleologische Reduzierung der Vorschrift ist daher nötig: Eine Einschränkung könnte durch Anknüpfungspunkte aus dem zivilrechtlichen Kollisionsrecht des internationalen Privatrechts zu finden sein. Zu denken wäre an das Herkunftslandprinzip (Sitz des Maklers), der Sitz der belegenen Sache (Lage der Immobilie)²⁵ und/oder dem Bestimmungslandprinzip (Sitz des intendierten Kunden des Maklers).²⁶ Unter Beachtung des Schutzzwecks der

¹⁴ BGBl 1972 I, S. 1465.

¹⁵ Zaunitzer-Haase, Zeit v. 3.11.1967, S. 3.

¹⁶ So die CDU/CSU, BT-Drs. VI/2327; FDP und SPD, BT-Drs. VI/2588.

¹⁷ BT-Drs. VI/2327, S. 1.

¹⁸ Zaunitzer-Haase, Zeit v. 3.11.1967, S. 1.

¹⁹ Zaunitzer-Haase, Zeit v. 3.11.1967, S. 3.

²⁰ Zu entnehmen aus Mitteilung der Europäischen Kommission vom 10.1.2017, Kapitel: II.6. Siehe auch CRES, Gutachten zum Sachkundenachweis, S. 27.

²¹ CRES, Gutachten zum Sachkundenachweis, S. 27 f.

²² Badura, Wirtschaftsverfassung, 4. Auflage 2011, Rn. 318.

²³ BVerwG, GewA 1976, 293, 294; BVerwG, BVerwGE 78, 6; So auch: Pielow, GewO, 2. Auflage 2016, § 1 Rn. 135; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, 8. Auflage 2011, § 1 Rn. 2.

²⁴ VGH Kassel, ZIP 2003, 1880.

²⁵ Dem entspricht die lex rei sitae in Art. 43 EGBGB.

²⁶ Dazu ausführlich Brandt-Vogel, Die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, 2015, S. 13 ff.

Norm kann eine Abgrenzung nach der Lage der Immobilie nicht zum Schutz der an ausländischen Immobilien interessierten, deutschen Allgemeinheit führen. Bei Bezug auf die Lage des Objektes würde der gesamte Bereich der Vermittlung grenznaher Auslandsimmobilien aus dem Anwendungsbereich von § 34c herausfallen.²⁷ Zu beachten ist stattdessen die Zielrichtung des § 34c, der vor allem zum Schutz deutscher Kunden die Zuverlässigkeit von Maklern regelt. Insofern sollte ein Kernanliegen der Schutz deutscher Kunden vor unseriösen Maklern sein, unabhängig von der Lage der Immobilie oder dem Niederlassungsland des Maklers. Abzustellen wäre daher auf den intendierten Adressatenkreis eines Immobilienangebots.

bb) Gewerberecht und Verbraucherschutz

Bezüglich des 1972 entstandenen Schutzzweck des § 34c sind mit der heutigen Zuordnung von Gewerberecht und Verbraucherschutz Probleme entstanden. Damals wurde die Notwendigkeit der Zulassungspflicht mit dem Schutz „breiter Bevölkerungskreise“ vor betrügerischen Maklern begründet. So sind bei § 34c die schützenswerten Bevölkerungskreise diejenigen, bei denen sich der hierarchische Wissensvorsprung der Makler am stärksten auswirkt – die Verbraucher. Im „Business-to-Business Bereich“ (im weiteren „B2B“ genannt) ist dieser Vorsprung meist jedoch nicht so stark ausgeprägt. Gewerbetreibenden kann unterstellt werden, dass sie zumindest mehr Sachkenntnis und Erfahrung zum Abschluss eines Immobilienvertrags besitzen. Die Formulierung der GewO unterscheidet jedoch nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmern. Die Vorschrift ist – wie zum Beispiel auch in der Rechtsprechung zur Anwendung von § 34c im Rahmen des UWG anerkannt – in diesem Zusammenhang ist § 34c eine Marktverhaltensregelung „zum Schutz der Verbraucher vor einer Gefährdung ihrer Rechtsgüter durch unzuverlässige Personen“.²⁸

Neben den Verbrauchern besteht allenfalls noch eine Schutzbedürftigkeit für Kleingewerbetreibende. Es bleibt offen, ob man § 34c GewO auch auf Start-Up-Kunden oder ähnliche Kleinunternehmer beziehen sollte. Die Frage ist aus der Diskussion rund um die Anwendung der AGB-rechtlichen Kontrolle im Bereich B2B nach §§ 307 Abs. 1, 310 Abs. 1 BGB bekannt. Im Anschluss an die dortige Diskussion sei daran erinnert, dass das Verbraucherschutzrecht auf der zentralen Differenzierung von Verbrauchern und Unternehmern (§§ 13, 14 BGB) beruht.²⁹

und gerade kein „gesetzliches Leitbild des geringeren Unternehmenschutzes“ aufgestellt hat³⁰. Der Rechtsordnung, auch der GewO, liegt daher „prima facie“ die Vermutung zugrunde, dass die im unternehmerischen Verkehr verwendeten Geschäftsmodelle grundsätzlich als angemessen anzusehen sind. Im Übrigen ist der Begriff der Kleingewerbetreibenden zu unstrukturiert, um daran abstrakte gewerberechtliche Zulässigkeitsvorschriften anzuknüpfen. Je nach Jahresumsatz und Mitarbeitern können unter Kleingewerbetreibenden auch Mittelständler fallen, die eher dem Leitbild des stark aufgeklärten Kaufmanns entsprechen.

Insofern ist auch in der GewO kein Schutz für Kleingewerbetreibende vorgesehen, wie auch der Wortlaut der Vorschrift zeigt. Auch die Entstehungsgeschichte des § 34c zeigt, dass der Gesetzgeber mit dem Schutz des § 34c vor allem an den Schutz „breiter Bevölkerungsschichten“ dachte und damit eine Zielrichtung auf die heute sog. Verbraucher im Blick hatte. Daher ist zu beachten, dass § 34c GewO nur den Bereich „Business to Consumer“ (im weiteren „B2C“ genannt) umfasst.

cc) Makler im Internet

Weiterhin gilt zu eruieren, wie bei Internetaktivitäten bestimmt werden kann, ob eine Website auf deutsche Kunden zugeschnitten ist. Einer Lösungsmöglichkeit nach könnte an die Zielrichtung der Homepage angeknüpft werden (sog. Targeting Test).³¹ So könnten z.B. die Sprachfassung der Website oder die Lage des zu vermittelnden Objektes zumindest Indizien für eine Ausrichtung der Dienstleistung sein. Allerdings scheitert ein Regress auf die Sprachfassung bei der Verwendung der englischen Sprache als „lingua franca“. Auch die Sprache der Website ist für diesen Kundenkreis nicht ausschlaggebend.

Ein weiteres Problem des internetbasierten Maklergeschäfts liegt in der Abgrenzung zu nicht-erlaubnispflichtigen Tätigkeiten, bei der ein Rückgriff auf bekannte „analoge“ Fragestellungen nicht mehr ausreicht. So soll die herausgeberische Tätigkeit bei der Veröffentlichung von Annoncen in Zeitungen nicht unter § 34c fallen.³² In Anlehnung daran soll dasselbe für die Veröffentlichung unentgeltlicher Listen im Web gelten.³³ Wenn die Nutzung solcher Listen nur gegen Gebühr freigeschaltet wird, soll eine Tätigkeit i.S.d. § 34c allerdings vorliegen.³⁴ Diesen wenigen Referenzen der Literatur fehlt es an einer Systematik, die über den „Targeting test“ hinaus eine materiell-

²⁷ Z.B. <http://www.grenzland-immocenter.de/>. (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

²⁸ BGH, MDR 2013, 1357; LG Leipzig, MMR 2014, 820; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Auflage 2017, § 3a Rn. 1.147.

²⁹ Dabei findet sich die Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Unternehmern auch im EU-Recht; siehe Art. 2 Ziff. 2 Richtlinie 97/7/EG, ABl. EG L L 144, S. 19, wonach Verbraucher „jede natürliche Person“ ist, „die zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zuzuordnen ist.“

³⁰ Lenkatis/Löwisch, Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2009, 441 ff.

³¹ So etwa OLG Karlsruhe, MMR 1999, 604; dazu ausführlich u.v.a. Mankowski, IPRax 2004, 385 ff.

³² Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 75. EL März 2017, § 34c Rn.13; Will, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 34c Rn.10; Höfling, in: Friauf, GewO, Stand: Januar 2016, § 34c Rn. 17.

³³ Will, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 34c Rn. 10; Höfling, in: Friauf, GewO, Stand: Januar 2016, § 34c Rn.18; Pinegger/Kraußner, GewA 1997, 465, 470.

³⁴ BVerwG, NVwZ 1991, 267.

rechtliche Abgrenzung von erlaubnispflichtigen Internetaktivitäten ermöglicht.

Eine Möglichkeit wäre es, auf die kartellrechtliche Differenzierung zwischen passivem und aktivem Verkauf zurückzugreifen. „Passives“ Verhalten ist etwa im Rahmen kartellrechtlicher Gruppenfreistellungsverordnungen gegeben, wenn nur generell Informationen über die Angebote (z. B. durch Produktlisten oder ein Schaufenster) verbreitet werden. Auch fällt unter „passiv“ Werbung, die nicht an bestimmte einzelne Kunden gerichtet ist, wie in den Medien oder im Internet. „Aktiv“ ist ein Angebot, wenn es eine darüber hinausgehende Akquisition in Form gezielter Ansprache konkreter, einzelner Kunden umfasst.³⁵ Auch wenn diese Differenzierung im Einzelfall Abgrenzungsprobleme aufweist, ließen sich durch die entsprechende Anwendung solcher Kriterien klarere Konturen für die Reichweite des § 34c in Bezug auf Webaktivitäten finden.

c) Darlehensvermittler

Ein weiteres Gewerbe, das mit § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 erlaubnispflichtig ist, ist die der Darlehensvermittlung. Darunter ist die Vermittlung von Darlehensverträgen zu verstehen, unabhängig davon, ob der Kunde die Gelegenheit zum Vertragsabschluss nutzt.³⁶

Wichtigste Ausnahmen sind - neben denen im Abs. 5 genannten und solchen des KWG und § 34f - die Vermittler im Rahmen des § 34i. Die Vermittlung von Immobiliendarlehen an Verbraucher ist seit dem 21.3.2016 aufgrund der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (2014/17/EU) im § 34i normiert. Danach ist - anders als bei § 34c - neben der persönlichen Zuverlässigkeit und den geordneten Vermögensverhältnissen auch der Nachweis von Sachkunde und der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung durch den Gewerbetreibenden zu erbringen.³⁷

d) Bauträger und Baubetreuer

Als letztes stellt § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Bauträger und Baubetreuer unter Erlaubnispflicht.³⁸ Dabei ist ein Bauträger nach § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3a) ein Bauherr, der im Außen- und Innenverhältnis ein Bauvorhaben im eigenen Namen auf eigene oder fremde Rechnung vorbereitet

und/oder durchführt.³⁹ In Abgrenzung dazu ist ein Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 3b), wer für einen Bauherren in dessen Namen und für dessen Rechnung tätig wird.⁴⁰

2. Versagungsgründe

Falls ein Gewerbe tatbestandlich unter § 34c subsumiert wird, kann dessen Gewerbeerlaubnis nur aufgrund der folgenden Gründe des § 34c Abs. 2 versagt werden. Diese sind dabei enumerativ geregelt.⁴¹ Aus dem Wortlaut der Norm („ist zu versagen“) ergibt sich, dass der Behörde kein Ermessen zusteht.

a) Unzuverlässigkeit, § 34c Abs. 2 Nr. 1

Ein Gewerbetreibender ist i.S.d. § 34c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 unzuverlässig, wenn der Gesamteindruck dafür spricht, dass der Gewerbetreibende sein Gewerbe in Zukunft nicht ordnungsgemäß betreiben wird.⁴² Zuverlässig muss dabei nicht nur der Antragsteller sein, sondern auch andere mit der Leitung des Betriebes oder der Zweigstelle beauftragte Personen, um „Strohmann“-Verhältnisse zu unterbinden.⁴³

Als Regelbeispiele für die Unzuverlässigkeit bestimmt § 34c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 die rechtskräftige Verurteilung wegen einiger strafrechtlicher Vermögensdelikte sowie Insolvenzstraftaten innerhalb der letzten fünf Jahre vor Antragstellung.

Dies könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ des Art. 103 Abs. 2 GG sein. Aufgrund des Beurteilungsspielraums der Relevanz der Straftat für die Unzuverlässigkeit⁴⁴ ist der § 34c Abs. 2 Nr. 1 keine grundrechtlich verbotene Doppelbestrafung.⁴⁵

b) Ungeordnete Verhältnisse, § 34c Abs. 2 Nr. 2 Hs. 1

Als Auffangtatbestand ist eine Erlaubnis zu versagen, wenn der Antragsteller in ungeordneten Vermögensverhältnissen lebt. Dies ist der Fall, wenn die konkrete wirtschaftliche Situation des Antragstellers Anlass für die Befürchtung gibt, dass er seine Tätigkeit als Gewerbetreibender dazu missbrauchen könnte, sich zum Schaden seiner Auftraggeber zu bereichern, um seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu lösen.⁴⁶

³⁵ Rahlmeyer, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch Vertriebsrecht, 4. Auflage 2016, § 40 Rn. 60 ff.

³⁶ Höfling, in: Friauf, GewO, Stand: Januar 2016, § 34c Rn. 34; Will, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 34c Rn. 21.

³⁷ Solche Darlehensvermittler gibt es in der Praxis zuhauf: Im Januar 2017 schon 22.180 Vermittler. Seit Einführung des Gesetzes eine Steigerung um knapp 1.600%, Bergfeld, in: Der Versicherungsbote, 3.1.2017, <https://www.versicherungsbote.de/id/4849508/Immobilienkreditrichtlinie-DIHK/> (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

³⁸ Hier soll nicht weiter auf die zum 1.1.2018 in Kraft tretende Ausweitung der Regelung auf WEG-Verwalter eingegangen werden; s. BGBl. I 2017, 3562 f.

³⁹ Domrath, BauR 1987, 38, 40; (insb. zur Abgrenzung des baurechtlichen Bauherrenbegriffs: OLG Bremen, NJW 1977, 638).

⁴⁰ Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 215. EL Juni 2017, § 34c Rn. 15.

⁴¹ Will, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 34c Rn. 59; Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 75. EL März 2017, § 34c Rn. 73; Ennschat, in: Tettinger/Wank/Ennschat, 8. Auflage 2011, § 34c Rn. 58.

⁴² BVerwG, BVerwGE 65, 1; BVerwG, GewA 1971, 200, 201; Marcks, in: MaBV, 9. Auflage 2014, § 34c Rn. 76; Ambs, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 215. EL Juni 2017, § 34c Rn. 18.

⁴³ Pauly/Brehm, GewA 2000, 50, 56.

⁴⁴ Mischner, WiVerw 2014, 222, 223.

⁴⁵ OVG Lüneburg, BeckRS 2005, 21512.

⁴⁶ Will, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 34c Rn. 75; Marcks, in: MaBV, 9. Auflage 2014, § 34c Rn. 73 ff.

Aus Unzuverlässigkeit und ungeordneten Verhältnissen kann auch kumulativ ein Versagungsgrund entstehen, da sich – zumindest bei Widerruf der Erlaubnis – die Unzuverlässigkeit auf Vermögensverhältnisse und vice versa stützen kann.⁴⁷

c) Die MaBV und § 34c Abs. 3

Die Pflichten der somit erlaubnispflichtigen Gewerbe nach § 34c werden durch § 34c Abs. 3 i.V.m. der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) erweitert. Zu den Berufsausübungsregeln für Makler und Bauträger gehören Vorschriften über Buchführungs- (§ 10 MaBV), Rechnungslegungs- (§ 8 MaBV), Informations- (§ 11 MaBV) und generelle Anzeigepflichten (§ 9 MaBV). Zusätzlich müssen Gewerbetreibende, die zur Ausführung ihrer Aufträge Vermögenswerte der Auftraggeber erhalten oder zu deren Verwendung ermächtigt werden, dem Auftraggeber in Höhe dieser Vermögenswerte Sicherheit leisten oder zu diesem Zweck eine Versicherung abschließen (§ 2 Abs. 1 MaBV). Über die Erbringung dieser Maßnahmen ist einmal jährlich ein Prüfbericht bei der Aufsichtsbehörde vorzulegen. Wer entgegen § 16 Abs. 1 MaBV einen Prüfbericht nicht oder nicht richtig vorlegt, handelt ordnungswidrig im Sinne des § 144 Abs. 2 Nr. 6. Die Ordnungswidrigkeit kann gemäß § 144 Abs. 4 mit einer Geldbuße bis zu 5.000 € geahndet werden.

Ein ursprünglich im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 31.8.2016 vorgesehener Sachkundenachweis für Makler und Verwalter⁴⁸ scheiterte. Dieser sah vor, dass die fachliche Eignung durch eine Prüfung bei der Industrie- und Handelskammer nachzuweisen ist.

Diskutiert wurde auch die Einführung einer verpflichtenden Berufshaftpflichtversicherung für Immobilienmakler. Diese wird zum 1.1.2018 letztlich jedoch nur für Verwalter eingeführt.⁴⁹ Diese Anpassung stieß innerhalb des Bundesrats in einem Beschluss vom 14.10.2016 auf Unverständnis.⁵⁰ Der Bundesrat wies darauf hin, dass Verbraucher gerade bei Maklerfehlern vor finanziellen Schäden besser geschützt werden müssten. Ferner monierte der Bundesrat, dass Makler und Immobilienverwalter auch über nachgewiesene Fähigkeiten in der Kundenberatung verfügen müssten. Diese Kritik blieb aber fruchtlos.

d) Die Sonderregelung für vorübergehende Aktivitäten für Makler aus anderen EU-

Staaten (§ 4)

Als eine der größten Novellierungen des Gewerberechts der Makler und Bauträger seit 1972 ist § 4 zu sehen, der 2009 mit dem Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht in die GewO eingefügt wurde.⁵¹ Hiernach sind Gewerbetreibende von den Pflichten des § 34c befreit, wenn sie von einer Niederlassung⁵² in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum aus im Geltungsbereich dieses Gesetzes „vorübergehend“ selbständig gewerbsmäßig tätig sind. Des Weiteren statuiert die Norm durch § 4 Abs. 2 ein Umgehungsverbot des § 34c für EU-Ausländer.

Unklar erscheint die Einfügung des Zusatzes „vorübergehend“. Dieser Zusatz war ursprünglich in der parlamentarischen Diskussion nicht geplant.⁵³ Er wurde im Eilverfahren durch den Bundesrat eingebracht, um europarechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 34c auszuschließen.⁵⁴ Dabei wurde im Bundesrat darauf verwiesen, dass unter die weite Fassung der Dienstleistungsfreiheit auch ständige und nicht nur gelegentliche Tätigkeiten fallen.⁵⁵ Allerdings wurde betont, dass die Differenzierung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit „für die zuständigen Behörden nicht leistbar“ sei.⁵⁶ Der Bundesrat fügte daher lediglich aus Vollzugsproblemen den Begriff „vorübergehend“ ein – gegen den Widerstand der Bundesregierung. Diese wies darauf hin, dass von der Dienstleistungsfreiheit auch zwingend Dienste umfasst seien, die ohne Ortswechsel grenzüberschreitend erbracht werden.⁵⁷

Somit muss der Begriff „vorübergehend“ europarechtskonform ausgelegt werden.⁵⁸ Der EuGH verwendet dazu die Abgrenzungskriterien der Kontinuität, Regelmäßigkeit und Häufigkeit.⁵⁹ Bei Großimmobilien etwa kann auch eine über Jahre dauernde Tätigkeit noch „vorübergehend“ sein,⁶⁰ was im Hinblick auf Makler nach § 34c durchaus relevant werden kann. „Vorübergehend“ kann daher auch zu bejahen sein, wenn ein Projekt über einen längeren Zeitraum bis hin zu mehreren Jahren erbracht wird.⁶¹

Diese Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ ist insbesondere unter Berücksichtigung der Verschiebung des Maklergewerbes ins Internet jedoch problematisch: Wenn ein Makler mehrere Internetanzeigen schaltet, ist das Internet zwar ein flüchtiges Medium. Eine Homepage ist aber je nach Zielrichtung des Angebots, auch wegen der technischen Schwierigkeiten bei der Löschung von Anzeigen, auf Dauer angelegt. Eine Website kann damit immer

⁴⁷ OVG Bremen, GewA 1986, 57; Erstaunlicherweise ist eine Versagung trotz Folgen in Bezug auf Art. 12 GG und § 1 Abs. 1 auch bei unkonturierten Prognoseentscheidungen der Aufsichtsbehörde gerechtfertigt. Vorliegend sei hier nur auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG verwiesen.

⁴⁸ BT-Drs. 18/10190, S. 6.

⁴⁹ BGBl. 2017 I, S. 3562.

⁵⁰ BR-Drs. 496/16, S. 2.

⁵¹ BGBl. I 2009, S. 2091; Dazu Glückert, GewA 2010, 234 ff.; Ähnlich die Regelung für Makler in Österreich in § 373a GewO AT.

⁵² Dabei enthält § 4 Abs. 3 GewO eine Legaldefinition der „Niederlassung“ als (orts) „feste Einrichtung“. Es sei jedoch darauf verwiesen, dass der

EuGH neue Ansätze für einen nicht bloß ortsgebundenen Begriff vorbringt: Siehe EuGH, NJW 2015, 3636.

⁵³ BT-Drs. 16/13190, S. 1.

⁵⁴ Glückert, GewA 2010, 234 ff.; Kluth, in: Leible, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2008, 132 ff.

⁵⁵ BR-Drs. 284/1/09, S. 1.

⁵⁶ BR-Drs. 284/1/09, S. 1.

⁵⁷ BT-Drs. 16/12784, S. 6.

⁵⁸ Storr, in: Pielow, 2. Auflage 2016, § 4 Rn. 15.

⁵⁹ EuGH, NJW 2004, 435.

⁶⁰ Storr, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.9.2016, § 4 Rn. 16.

⁶¹ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, 8. Auflage 2011, § 4 Rn. 9.

zu einer dauerhaften Präsentation auch tausender Immobilienanzeigen und Abwicklung komplexer Maklerangebote genutzt werden. Das Merkmal „vorübergehend“ ist daher gerade im Internetgewerbe wenig präzise.

D. Problemstellungen

In Bezug auf die Regelung des § 34c haben sich bis heute eine Reihe völker-, europa- und verfassungsrechtlicher Grundsatzfragen gestellt. Dabei soll im Kern nur auf die Makler als die wichtigste Adressatengruppe des § 34c eingegangen werden.

I. Wirtschaftsvölkerrechtliche Fragen

Die §§ 4, 34c könnten wegen Verstoßes gegen die Vorgaben des General Agreement on Trade in Services (GATS)⁶² unwirksam sein. Diese Frage stellt sich insbesondere in Bezug auf die Ausnahmeregelung des § 4 im Umgang mit Maklern u.a. aus Nicht-EU-Staaten, vor allem den USA: Deutschstämmige Makler mit Sitz in den USA versuchen verstärkt, deutsche Kunden für den Erwerb von Immobilien in den USA zu werben.⁶³

Nach Art. II GATS besteht die Verpflichtung, alle handelspolitischen Vorteile, die einem Land eingeräumt werden, uneingeschränkt, bedingungslos und automatisch auch allen anderen WTO-Mitgliedern zu gewähren. Die Meistbegünstigung hat damit also die Ausweitung bilateral gewährter Handelsvergünstigungen auch auf andere Handelspartner zur Folge.⁶⁴ Dann müsste das auf der EU-Dienstleistungsrichtlinie beruhende Privileg für vorübergehende Maklertätigkeiten in § 4 auch auf Nicht-EU-Ausländer ausgedehnt werden. Nach Art. V GATS ist allerdings als sektorspezifische Ausnahme unter Verletzung der Meistbegünstigungsvorschrift insbesondere die Bildung wirtschaftlicher Integrationsräume erlaubt.⁶⁵ Damit sind Begünstigungen, die innerhalb der EU gewährt werden, regelmäßig von der Anwendung des Art. II GATS ausgenommen. Es bestehen somit keine Zweifel an der Vereinbarkeit von § 4 mit dem GATS.

II. Europarechtliche Fragen

Das Maklergewerbe ist mit seinem grenzüberschreitenden Bezug ein klassischer Fall des Internationalen Verwaltungsrechts. So stellen sich von Inländerdiskriminierung über die Ausnahme für EU-Makler in § 4 GewO bis hin zur Verbraucherschützenden Tendenz des § 34c insbesondere europarechtliche Fragen, die hier gewürdigt werden sollen. Der § 34c könnte gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56

Abs. 2 AEUV und das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV verstoßen.

Diese Grundfreiheiten sind hier anwendbar, da bei allen Freiheiten keine Bereichsausnahme besteht (wie etwa Art. 45 Abs. 4, Art. 51 Abs. 1 AEUV). Ferner ist der persönliche Schutzbereich der Grundfreiheiten berührt, da die betroffenen Makler Staatsangehörige der Mitgliedstaaten oder der Gesellschaften mit Sitz, Hauptverwaltung oder Niederlassung innerhalb der Gemeinschaft (Art. 54 AEUV entsprechend) sind.

1. Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

In Betracht kommt ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. Vom Schutzbereich umfasst ist die Aufnahme von wirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten als feste und ständige Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.⁶⁶ Es umfasst dabei das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat nach den gleichen Bestimmungen, die dieser für seine eigenen Staatsbürger festgelegt hat, Unternehmen (sowie Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften) zu gründen und zu leiten.⁶⁷ Somit sind auch Tätigkeiten des § 34c vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst. Aber § 34c beschränkt die Niederlassungsfreiheit überhaupt nicht. Denn die Vorschrift reglementiert nicht die Gründung von Niederlassungen. Ein ausländischer Makler kann solche Filialen in Deutschland frei gründen; die Frage ist nur, ob eine ausländische Niederlassung dann als Makler seine Dienste im Inland anbieten kann.

2. Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Abs. 1 AEUV) a) Schutzbereich

Art. 56 Abs. 1 AEUV schützt die Freiheit der Dienstleistung, d.h. die selbständige, grenzüberschreitende und entgeltliche Erwerbstätigkeit, einschließlich der Leistungserbringung mit vorübergehendem Charakter (Art. 53 Abs. 3 AEUV). Gem. Art. 57 Abs. 3 AEUV umfasst die Dienstleistungsfreiheit die Erbringung jeder nicht schlechthin verbotenen Dienste.⁶⁸ Somit sind Tätigkeiten nach § 34c vom Schutzbereich der Norm grundsätzlich umfasst. Aufgrund der durch Art. 57 S. 1 AEUV geschaffenen Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit vor den anderen Marktfreiheiten muss jedoch abgegrenzt werden.

Fraglich ist, wie die Dienstleistungsfreiheit von anderen Grundfreiheiten abzugrenzen ist. In diesem Sinne ist ausdrücklich auf Erwägungsgrund 77 der EU-Dienstleistungsrichtlinie hinzuweisen: „Ist der Marktteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er seine Dienstleistungen erbringt, niedergelassen, so sollte in seinem Fall die Niederlassungsfreiheit anwendbar sein. Ist der Marktteilnehmer

⁶² Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen der WTO vom 15. April 1994, in Kraft getreten am 1.1.1995.

⁶³ <http://usa-immobilienmakler.com/> (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

⁶⁴ Vedder/Lorenzmeier, in: Grabitz/Hilf/Nettersheim, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage 2009, Art. 133 EGV Rn. 145.

⁶⁵ Krajewski, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 1, 3. Auflage 2012, § 6 Rn. 22.

⁶⁶ Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 1 Rn. 2181 ff.; Frotzcher/Kramer, 6. Auflage 2013 Rn. 227; Hobe, Europarecht, 9. Auflage 2017 Rn. 840.

⁶⁷ Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 1 Rn. 2181 ff.; Herdegen, Europarecht, 19. Auflage 2017, § 16 Rn. 22 ff.

⁶⁸ Vgl. Hobe, Europarecht, 9. Auflage 2017, Rn. 872.

dagegen nicht in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem die Dienstleistung erbracht wird, so sollte seine Tätigkeit unter den freien Dienstleistungsverkehr fallen.“⁶⁹ Dieser Abgrenzung folgend ist weiterhin fraglich, ob es europarechtlich zulässig ist, die Erlaubnisfreiheit auswärtiger Makler durch § 4 (nur) auf vorübergehende Aktivitäten zu beziehen.

b) Rechtfertigung der Beschränkung

Die Gewerbebeschränkungen des § 34c könnten aus dem übergeordneten Interesse des Schutzes von Verbrauchern gerechtfertigt sein. Verbraucherschutz gilt insbesondere aufgrund von Art. 169 AEUV als allgemein anerkanntes, übergeordnetes Schutzinteresse.⁷⁰ Der Verbraucherschutz gilt aber nach herrschender Auffassung nicht als zwingender Grund für Beschränkungen vorübergehender Dienstleistungen ohne Niederlassung.⁷¹ Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in § 4 „vorübergehende“ Aktivitäten von ausländischen Maklern aus dem Anwendungsbereich des § 34c ausgenommen.

Trotzdem gibt es europarechtliche Probleme mit der Reichweite des § 34c. Wie oben gezeigt, gilt § 34c vom Wortlaut her für Fälle im B2B- und B2C-Bereich. Auch aus europarechtlichen Gründen ist eine Beschränkung des Maklergewerbes im Bereich B2B nicht vom Verbraucherschutz gerechtfertigt. Dies gebietet es, zumindest im Wege der europarechtskonformen Auslegung den Adressatenkreis der GewO auf den Bereich B2C zu beschränken, auch wenn der Wortlaut der Vorschrift etwas anderes vermuten lässt.

Weitere Probleme bleiben bestehen, wenn es um die in § 4 angedachte Differenzierung zwischen „vorübergehend“ und „dauerhaft“ geht. Der Verbraucher ist in beiden Situationen gleich schutzbedürftig. Ob der Makler nur einmalig oder regelmäßig in dem Metier tätig ist, ist aus der Sicht des Verbrauchers egal. Denn wie schon einleitend erwähnt, ist der Immobilienerwerb aus der Sicht des Verbrauchers eine Lebensentscheidung, die er typischerweise einmalig trifft. Der Verbraucher weiß nicht, ob der Auslandsmakler nur ein Einmalgeschäft tätigt oder regelmäßig für inländische Interessenten tätig ist. Auch für die Aufsichtsbehörde ist schwer zu erkennen, in welchem Umfang und mit welcher Intensität etwa ein französischer Makler deutsche Interessenten bedient. Diese Feststellung ist vor

allem auch deshalb schwierig, weil der vorübergehend tätige Makler ja gerade nicht den Berichtspflichten des § 34c Abs. 3 i.V.m. der MaBV unterworfen ist.

Letztendlich fragt sich, ob der oben erwähnte Grundsatz zutreffend ist und Verbraucherschutz tatsächlich nicht als zwingender Grund für Beschränkungen auch vorübergehender Dienstleistungen angesehen werden kann. In der EU-Dienstleistungsrichtlinie ist diese Differenzierung nicht vorgegeben.⁷² Offen bliebe z.B. die Möglichkeit, Verbraucherschutz unter den Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 16 Abs. 3 der EU-Dienstleistungsrichtlinie zu subsumieren, der den Mitgliedstaaten Spielräume für nationale Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs ermöglicht.⁷³ Dann wäre noch im Einzelfall zu prüfen, ob die Vorgaben des § 34c bei Anwendung auf Maklertätigkeiten aus dem Bereich EU/EWR gerechtfertigt sowie verhältnismäßig wäre.

3. Diskriminierungsverbot: Inländergleichbehandlung

Schwierig ist der Umgang mit dem Problem der Inländerdiskriminierung. Wer als deutsches Unternehmen ein Gewerbe betreibt, unterliegt der vollen Härte des § 34c. Ein EU-Ausländer ist jedenfalls bei vorübergehenden Aktivitäten durch § 4 von § 34c freigestellt. Ob diese Konsequenz europarechtlich zulässig ist, ist umstritten.

a) Marktfreiheiten

Gemäß den Freizügigkeitsvorschriften des Unionsrecht ist Inländerdiskriminierung nicht absolut verboten. Die EU-rechtlichen Diskriminierungsverbote im Rahmen der Marktfreiheiten setzen ein grenzüberschreitendes Element voraus, weshalb sich nur in Deutschland Gewerbetreibende nicht darauf berufen können.⁷⁴ Bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit schützen diese Diskriminierungsverbote auch Inländer, z.B. bei der Anerkennung von im EU-Ausland erworbenen Befähigungsnachweisen und Zeugnissen.⁷⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat im Übrigen in Bezug auf § 34c eine Diskriminierung deutscher Dienstanbieter mit Verweis darauf abgelehnt, dass die Anforderungen an ausländische reglementierte Berufe in den meisten EU-Staaten höher seien als in Deutschland.⁷⁶ Dies ist zumindest für Makler nicht zutreffend. Nach Angaben der EU ist das Berufsbild des Maklers lediglich in 14 EU Län-

⁶⁹ Richtlinie 2006/123/EG, (77); Teilweise wird aber auch die Abgrenzung dahingehend vorgenommen, dass die Niederlassungsfreiheit die dauerhafte Tätigkeit und die Dienstleistungsfreiheit vorübergehende Tätigkeiten regelt; so etwa vgl. *EuGH*, NJW 2004, 435; *Storr*, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.9.2016, § 4 Rn. 1. An den weiteren grundlegenden Ergebnissen ändert sich dadurch nichts.

⁷⁰ Siehe auch Art. 12 AEUV. Dazu auch *Berg*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Auflage 2015, AEUV, Art. 169 Rn. 1 ff.

⁷¹ So schon ausdrücklich der Bundestag bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie BT-Drs. 16/12784, S. 11; So auch *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, § 6 Rn. 67 ff.; *Tiedje*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Auflage 2015, AEUV, Art. 57 Rn. 82; *Holoubek*,

in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 3. Auflage 2012, Art. 56/57 AEUV Rn. 138; *Neidert*, in: Schliesky, Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, 2010, S. 24 ff.

⁷² Sie findet sich nur in Erwägungsgrund 77 der Richtlinie angedeutet.

⁷³ In diese Richtung prüfte jüngst der *EFTA-Gerichtshof*, EuZW 2016, 678.

⁷⁴ *Pielow*, in: BeckOK GewO, 38. Edition 1.5.2017, § 1 Rn. 22; dazu grundlegend: *Papadileris*, Jus 2011, 123; auch *EuGH*, Slg. 1995, I-301.

⁷⁵ *EuGH*, Slg. 1979, 399.

⁷⁶ BT-Drs. 16/1278, S. 12: „Die Richtlinie geht dabei davon aus, dass der grenzüberschreitend tätige Dienstleistungserbringer bereits die Anforderungen seines Niederlassungsstaats erfüllt und deshalb grundsätzlich nicht mit zusätzlichen Anforderungen des Zielstaats belastet werden soll.“

dem reglementiert – mit sehr stark divergierenden Ansätzen auf nationaler Basis.⁷⁷ Zwar ist die Berufsausbildung für Immobilienmakler in allen Ländern formal geregelt.⁷⁸ Allerdings bestehen nur in einigen Staaten Qualifikationskriterien zur Aufnahme der Berufstätigkeit als Makler (Österreich, Belgien, Dänemark, Irland, Frankreich, Finnland, Luxemburg, Italien, Polen, Schweden).⁷⁹

b) Art. 18 AEUV

Somit könnte das allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund von Art. 18 AEUV einschlägig sein. Das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV stellt auf „jede“ Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ab, was dafür spricht, auch einen Anspruch der eigenen Staatsangehörigen auf Gleichbehandlung anzunehmen.⁸⁰ Allerdings ist Art. 18 AEUV „nicht auf Betätigungen anwendbar, deren Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“.⁸¹ Ein solcher reiner Inlandsfall liegt aber bei § 34c gerade nicht vor. Es mag so sein, dass diese Vorschrift auf die Konstellation eines deutschen Maklers mit Immobilienangeboten aus Deutschland für deutsche Kunden bezogen war. Doch diese Zeiten sind, wie eingehend betont, zunehmend beendet. Heute muss auch ein Makler mit Sitz in Deutschland, der Immobilien in Frankreich vermarktet, an die Vorgaben des § 34c denken. Entsprechend wird bei § 4 nur auf den Niederlassungsort des Maklers abgestellt. Insofern ist der Makler mit Sitz in Deutschland auch an eine Vermarktung von Objekten in Frankreich ohne Erlaubnis gehindert. Eine mögliche Diskriminierung deutscher Makler durch § 4 ist somit nicht ausgeschlossen.

III. Verfassungsrechtliche Fragen

Auch bei Rechtsfragen ohne grenzüberschreitendes Element könnte das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durch § 34c und MaBV verletzt sein.

1. Schutzbereich und Eingriff

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG umfasst die freie Wahl und Ausübung einer auf Dauer angelegten Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage, welche nicht schlechthin verboten ist⁸² und somit auch jedes Gewerbe i.S.d. GewO.

Als Deutschengrundrecht erstreckt sich der Schutzbereich grundsätzlich nur auf Staatsbürger. Ausländern und Staatenlosen bleibt ein Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG.⁸³ EU/EWR-Bürger können sich auf die Grundfreiheiten des AEUV berufen;⁸⁴

Als Personalkonzession normiert § 34c eine Erlaubnispflicht, die bei Versagung zu einer Einschränkung der Berufswahl als subjektives Zulassungskriterium i.S.d. Drei-Stufen-Lehre⁸⁵ des Antragstellers führen kann. Des Weiteren statuiert § 34c Abs. 3 i.V.m. MaBV Berufsausübungsregeln i.S.d. Drei-Stufen Lehre.⁸⁶ Somit ist in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG durch § 34c und MaBV eingegriffen.

2. Materielle Rechtmäßigkeit⁸⁷

a) Legitimer Zweck

Die Gewerbeerlaubnis nach § 34c als subjektive Zulassungsvoraussetzung muss dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts dienen.⁸⁸ § 34c bezweckte ursprünglich (im Jahr 1972), Missstände im Berufsfeld der Grundstücks- und Wohnungsvermittlung so zu bekämpfen, dass die Allgemeinheit geschützt wird.⁸⁹ Dies ist besonders wegen des Wissensgefälles zwischen Makler und seinen Kunden (insbesondere Verbrauchern) ein zu schützendes Gemeinschaftsgut.

Bei den Berufsausübungsregeln der MaBV sind keine besonderen Anforderungen an den legitimen Zweck zu stellen. Im Erst-Recht-Schluss verfolgt die MaBV somit einen legitimen Zweck.

b) Geeignetheit

Fraglich ist, ob Zulassungs- und Berufsausübungsregel in der Lage sind, den verfolgten Zweck zu gewährleisten: Nach vierzig Jahren bestehender Regelungen werden die anfangs beklagten Missstände weiterhin bemängelt.⁹⁰ Der Branchenverband IVD⁹¹ forderte daher immer noch einen Sachkundenachweis, um gegen unseriöse Makler vorzugehen. Dieser Nachweis als objektives Zulassungskriterium ist ein intensiverer Eingriff in Art. 12 GG, könnte jedoch das einzig zielführende Mittel sein, obwohl 1972 von SPD und FDP aufgrund von Verfassungs- und Praktikabilitätsbedenken von einem Sachkundenachweis abgesehen

⁷⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 10.1.2017, Kapitel: II.6. Siehe auch CRES, Gutachten zum Sachkundenachweis, S.27.

⁷⁸ CRES, Gutachten zum Sachkundenachweis, S. 28.

⁷⁹ Als Beispiel für besonders strenge Anforderungen sei auf Frankreich verwiesen, wo für den Berufszugang ein Hochschuldiplom vorausgesetzt wird, *Ortega/Griffiths*, Real Estate in the EU, S.16.

⁸⁰ *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettersheim, Das Recht der Europäischen Union, 61. EL April 2017, Art. 18 AEUV Rn. 49.

⁸¹ *EuGH*, EuZW 2004, 660.

⁸² *BVerfG*, BVerfGE 78, 179, 193; *Ruffert*, in: BeckOK GG, 34.Edition, 15.8.2017, Art. 12 Rn. 40.

⁸³ *Bauer*, NVwZ 1990, 1152 ff.; *Sodan/Ziekow*, § 23 Rn. 5; *BVerfG*, BVerfGE 35, 382, 399 ff.

⁸⁴ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 12 Rn. 105; *EuGH*, Slg. 1985, 593, 606f.

⁸⁵ Entwickelt in *BVerfG*, BVerfGE 7, 377; s.a. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 12 Rn. 335.

⁸⁶ *BVerfG*, BVerfGE 7, 377; s.a. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 12 Rn. 335.

⁸⁷ Die formelle Rechtmäßigkeit der §§ 4, 34c GewO und MaBV wird unterstellt.

⁸⁸ *Mannsen*, StaatsR II, § 26 Rn. 640; *BVerfG*, BVerfGE 93, 213, 235.

⁸⁹ BT-Drs. VI/2327, S.1.

⁹⁰ Bemängelt zum Beispiel vom Mieterverein Hamburg: *Toller*, Wirtschaftswoche vom 15.6.2016, S.2.

⁹¹ Kommentar des IVD-Präsidenten zum Beschluss des Bundeskabinetts über den Gesetzentwurf zum Sachkundenachweis für Immobilienmakler und Verwalter auf <https://ivd.net/2016/09/gesetzentwurf-zum-sachkundenachweis/> abrufbar (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

wurde.⁹² Vor dem Hintergrund der jüngst gescheiterten Bestrebungen zur Einführung eines Sachkundenachweises ist hiermit allerdings in nächster Zeit nicht zu rechnen.

Von entscheidender Bedeutung ist die Effektivität der verschiedenen Eingriffe. Allerdings sind keine Daten zur Effektivität der bestehenden Regeln in Deutschland auffindbar. Der in Bezug auf die Wirksamkeit einer Maßnahme sehr weit bemessene Beurteilungsspielraum der Gesetzgebung⁹³ ist somit kaum überprüfbar.

c) Zumutbarkeit

Eine staatliche Maßnahme ist zumutbar, wenn die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung im Verhältnis zum erreichten Rechtsgüterschutz steht.⁹⁴

Die Berufsausübungsregeln der MaBV erfordern eine jährliche Prüfpflicht des Gewerbetreibenden über das Einhalten von Sicherungsleistungen, Buchführungspflichten, etc. durch ordnungsgemäßes Personal. Diese Pflichten stellen hauptsächlich die Trennung und Sicherung des Gewerbevermögens vom Vermögen des Kunden sicher, die bei zum Teil hohen Summen liegen. Unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes kann hier somit von einem zumutbaren Eingriff ausgegangen werden.

Zur Untersagung wegen Unzuverlässigkeit (§ 34c Abs. 2) führte das BVerfG aus, dass solche Beschränkungen abweichend von der klassischen Stufenlehre auch als intensiver Eingriff in Form einer subjektiven Zulässigkeitsvoraussetzung zu werten sein kann.⁹⁵ Die Gründe für eine solche Versagung, namentlich Unzuverlässigkeit und ungeordnete Vermögensverhältnisse, scheinen den Antragsteller jedoch gerade als Gefahr für Verbraucher auszuweisen. Ihnen ist es nicht zumutbar, einen unzuverlässigen, vertrauensunwürdigen Gewerbetreibenden als solchen zu erkennen, weshalb das Interesse der Allgemeinheit klar überwiegt⁹⁶, und eine Gewerbeuntersagung aus solchen Gründen zumutbar ist.

E. Ausblick/Stellungnahme

Das eingangs erläuterte Problem der Globalisierung des Maklerberufs wird immer virulenter. In Bezug auf die aktuellen Veränderungen wirkt die Gewerbeordnung wie ein Fossil und Rumpfgesetz.⁹⁷ Der § 34c (sowie ähnliche andere Bestimmungen der GewO) sind vor allem im Hinblick auf § 4 europarechtlich bedenklich und gehören angesichts der vielen Auslegungsprobleme gerade im Hinblick auf Internetaktivitäten grundlegend reformiert.

Zunächst müsste in der GewO eine stärkere Differenzierung zwischen Verbraucherschutz und dem B2B-Bereich vorgenommen werden, inklusive des Grenzfalles Kleingewerbetreibende. Ein Weg ist schon in der Neufassung des § 35 Abs. 1 angelegt. Der Übergang ins Verbraucherrecht ist evident. So ist schon bei der Begründung des § 34c das Hauptaugenmerk auf den Schutz breiter, niedrigverdienender Bevölkerungsschichten (heute Verbraucher genannt) gelegt worden. Wie im BGB taucht auch in der GewO die Frage auf, wer vorrangig schützenswert ist. Gemeint war mit der GewO ein verbesserter staatsaufsichtsrechtlicher Schutz ausschließlich zugunsten von Verbrauchern. Dieser Schutz muss nun konsequenter verfolgt werden – ohne Ausnahme von vorübergehenden Tätigkeiten.

Im Übrigen stellt sich die Frage, welche Regelungsalternativen bestehen. Zu denken wäre etwa an eine EU-Richtlinie zur Zulassung von Maklern. Ein solcher Versuch zur Harmonisierung des Rechts der reglementierten Berufe ist jedoch stark umstritten, wenngleich eine solche Richtlinie für andere Sparten wie Versicherungsmakler zuletzt 2016⁹⁸ in novellierter Form verabschiedet werden konnte.⁹⁹ Vorzuschlagen wäre ein privatrechtlicher Code of Conduct.¹⁰⁰ Dieser könnte als eine Art Standesregel auf EU-Ebene zugelassen werden, etwa mit einer Akkreditierung des Europäischen Maklerverbandes. Denkbar könnten in diesem Kontext auch DIN-Normen oder – effektiver – weltweite ISO-Normierung von Qualitätsstandards sein. Beispielsweise besteht seit April 2010 die DIN EN 15733 zur Regelung der Dienstleistungen von Immobilienmaklern. Diese Industrienorm gilt in gleichem Wortlaut in 31 europäischen Ländern. Sie bringt unter 6.1. einen Hinweis auf die Notwendigkeit einer geeigneten Berufsbildung und definiert in 6.2. den Inhalt einer solchen Grundausbildung. In 7. wird auf das Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung verwiesen. Insofern entspricht die DIN-Norm den heutzutage im EU-Bereich stark forcierten Erfordernissen an eine angemessene Qualifikation von Maklern.

In Verbindung mit den DIN-Normierungen kann weiter darüber nachgedacht werden, auf das derzeitige Erlaubnis-system gänzlich zu verzichten. Die europäische Maklerbranche hat ein hohes Eigeninteresse, Qualitätsstandards zu setzen. Selbstregulierung statt staatlicher Zulassung. Die Diskussionen um den Regierungsentwurf 2016¹⁰¹ zeigten eine gesetzgeberische Fokussierung auf den Sachkundenachweis und die gleichzeitige Ausnahme von langjährig tätigen Altmaklern. Die Einführung des Erforder-

⁹² BT-Drs. VI/2588, S.3; (und nicht wie in *Höfling*, in: Friauf, GewO, Stand: Januar 2016, § 34c Rn. 1 zitierten BT-Drs. VI/3535 des Ausschusses der Wirtschaft).

⁹³ BVerfG, BVerfGE 13, 97, 107; auch BVerfG, NJW 2016, 700 Rn. 5; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 12 Rn. 336; Schwabedissen/Strohmeier, ZBB 2011, 266, 268.

⁹⁴ BVerfG, BVerfGE 90, 145; Kirchhof, P, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017, Art. 3 I Rn. 261.

⁹⁵ BVerfG, NJW 2014, 613.

⁹⁶ So auch: BVerfG, BVerfGE 41, 378, 390; Ruffert, in: BeckOK GG, 34. Edition 15.8.2017, Art. 12 Rn. 121.

⁹⁷ Pielow, 2. Auflage 2016, § 1 Rn. 9.

⁹⁸ RL (EU) 2016/97 vom 20.1.2016 über Versicherungsvertrieb, ABl. EU vom 2.2.2016 – L 26/19.

⁹⁹ Kritisch Hellerforth, S.149.

¹⁰⁰ Z.B. die Regulierung in Neuseeland, <http://www.reaa.govt.nz/forlicences/yourobligations/new-code-of-conduct-2012/pages/new-code-of-conduct-2012.aspx>. (zuletzt abgerufen am 9.11.2017).

¹⁰¹ BT-Drs. 18/10190.

nisses eines Sachkundennachweises für Makler auf nationaler Ebene hätte eine europarechtlich schwer zu handhabende Diskriminierung zur Folge haben können. Vor diesem Hintergrund ist das teilweise Scheitern des Regierungsentwurfs zu verkraften.

** Die Autorin ist Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht von Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Peter Häberle an der Universität Bayreuth.*

Interview mit Richter Matthias Baukelmann

-

von Sarah Baukelmann*

Informationen zum persönlichen Werdegang

Matthias Baukelmann ist seit Anfang 2017 Richter am Landgericht Frankenthal (Pfalz) und derzeit tätig in der 6. Zivilkammer als sog. Assessor. Zuvor war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am LS Prof. Dr. Guido Pfeifer an der Johann Wolfgang-Goethe Universität, sowie für das „Unirep“ der Goethe-Universität- Frankfurt tätig.

Neben allgemeinen Zivilsachen ist die 6 Zivilkammer zuständig für:

Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen (§ 72a Nr. 2 GVG),
Kennzeichen- und Gemeinschaftsmarkentreitsachen (§ 348 Absatz 1 Nr. 2k) ZPO,
Streitigkeiten in Gebrauchsmustersachen,
Designstreitsachen,
Topographieschutzsachen,
Streitigkeiten über Ansprüche aus Veröffentlichungen durch Druckerzeugnisse, Bild- und Tonträger jeder Art, insbesondere in Presse, Rundfunk, Film, Fernsehen und Internet,
Rechtsstreitigkeiten gemäß § 13 Absatz 1 Nr. 1 UWG
Streitigkeiten aus den Bereichen des Urheber- und Verlagsrechts, Berufungen und isolierte PKH-Anträge sowie Beschwerden in Urheberrechtsstreitigkeiten.

Wie sieht der Richterberuf konkret aus? Womit verbringt man am meisten Zeit?

Diese Frage kann ich zumindest für das gesamte Berufsbild „Richter“ nicht beantworten. Denn neben dem jeweiligen Gerichtszweig hängt dies nicht zuletzt auch davon ab, in welcher Instanz, in welchem Dezernat und an welchem Gericht die Tätigkeit ausgeübt wird. Während Kollegen/Kolleginnen, die im Betreuungsrecht tätig sind, regelmäßig Ortstermine in psychiatrischen Facheinrichtung wahrnehmen und entsprechende Fahrtzeiten einplanen müssen, sind Kollegen/Kolleginnen in einer Fachkammer für Bank und Kapitalmarktrecht tendenziell eher mit der Lektüre umfassender Anlageprospekte konfrontiert.

Ich erbringe meinen Dienst aktuell in der sechsten Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal. Dort bietet sich mir auf Grund der Sonderzuständigkeiten ein breites Portfolio an wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen, die nicht selten zur Folge haben, dass ich mich in eine bislang unbekannte Materie einarbeiten muss. Oft geht es auch darum zunächst den Lebenssachverhalt zu erfassen, was zum Beispiel in Fällen die sich im „IT“-Bereich abspielen durchaus eine Herausforderung darstel-

len kann. Demnach macht das Lesen von Entscheidungen und passender Fachliteratur einen nicht geringen Teil der gesamten Arbeitszeit aus. Verhandlungen führe ich selbst aktuell an 1-2 Tagen der Woche durch, wobei jedem Richter selbst überlassen ist, wie er seine Einzelrichtersitzungen organisiert. Kammersitzungen finden im Schnitt an zwei Terminen im Monat statt. Dort ist es meine Aufgabe als Berichterstatter in einem Teil der Verfahren den Fall rechtzeitig zu votieren, damit die Kammer über den Fall eine Woche vor der Sitzung vorab beraten kann. Zudem muss ich den Fall der Kammer kurz präsentieren. Im Falle einer Entscheidung durch die Kammer muss ich diese nach Beratung durch die Kammer vorbereiten und pünktlich der Vorsitzende Richterin, sowie der Beisitzerin zur Lektüre vorlegen. Durch die Sonderzuständigkeit im Urheberrecht wird die Kammer zudem immer wieder mit Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz konfrontiert, welche dann zeitnah zu bearbeiten sind. Viele Kollegen/innen haben zusätzlich zu den Kammersitzungen an denen sie teilnehmen einen festen Sitzungstag pro Woche, an welchem sie ca. fünf Termine verhandeln. Fünf bis sechs Termine pro Woche dürften meiner Einschätzung nach - ohne dies empirisch belegen zu können - auch der ungefähre Schnitt sein, mit dem man am Landgericht ein Dezernat ordentlich führen kann. Einen weiteren großen Anteil der Arbeitszeit verbringe ich natürlich mit der Formulierung von Entscheidungen und Beschlüssen im Nachgang meiner Einzelrichtersitzungen, wobei am Landgericht hierfür erheblich mehr Zeit zur Verfügung steht, als am Amtsgericht, wo die Gesamtzahl der eingehenden Verfahren insgesamt deutlich höher liegt. Neben den Verhandlungen muss der Richter sein Dezernat verwalten, also z.B. für die Geschäftsstelle verfügen, dass Schriftsätze herauszugeben sind, Zeugen zu laden sind und im Idealfall vorab selbst schriftliche Hinweise geben. In meinem Fall kommt die Vorbereitung der regelmäßig stattfindenden Kammerberatung hinzu, in welcher die Kammer regelmäßig wichtige Rechtsfragen vorab berät. Dies würde zum Beispiel bei einer Tätigkeit am Amtsgericht wieder entfallen.

Was sind die Vor- und Nachteile am Richterberuf?

Der Ausgang der Antwort wird durch das Grundgesetz vorgegeben: Ein Richter ist "unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen". Dieser Satz enthält im Prinzip sämtliche Unterschiede gerade gegenüber einer Karriere in der freien Wirtschaft. Der Begriff „Vor- und Nachteil“ ist in diesem Zusammenhang schwierig. Ich denke es ist in erster Linie eine Typenfrage, welches Berufsbild besser zu der persönlichen Neigung passt. Demnach kann ich hier nur meine persönliche Sicht beschreiben: Auch wenn internationale Kanzleien sicherlich deutlich bessere Gehälter bezahlen, gilt es im Rahmen der „persönli-

chen Unabhängigkeit“ auch die Vorteile des öffentlichen Dienstes im Auge zu behalten. Zu nennen sind zum Beispiel die Beihilfe zur privaten Krankenkasse, oder die gegenüber der gesetzlichen Rente deutlich auskömmlichere Pension. Die sachliche Unabhängigkeit bedeutet Weisungsfreiheit beim Umgang mit dem konkret zu entscheidenden Fall, also Freiheit in der eigenen Entscheidungsfindung. Hieraus folgt zugleich aber auch Verantwortung und keinesfalls Willkür. Die Unabhängigkeit erlebe ich als Privileg und Pflicht zugleich. Der menschlich allzu gern gewählte Weg, bei Vorliegen einer persönlichen Fehlentscheidung, auf das Handeln eines Dritten zu verweisen ist mir abgeschnitten. Mit dieser Verantwortung, mit welcher man ab dem ersten Berufstag konfrontiert wird, muss ich umgehen können. Denn der Beruf des Richters ist (zu Recht) mit einer Erwartungshaltung der Gesellschaft verbunden. Es geht im Berufsalltag nicht um den Umsatz einer Kanzlei oder eines Unternehmens. Es geht um gesellschaftliche Ordnung und ein faires, geregeltes Miteinander. Den „Schutz“ einer Kanzlei oder eines Unternehmens, in welcher ein Partner die Schriftsätze des Neueinsteigers kontrolliert und der angehende Jurist erst nach und nach überhaupt als eigenes Organ der Rechtspflege in Erscheinung tritt, den gibt es in vergleichbarer Form in der Justiz nicht. Auch meine Mentorin, die mir für die ersten acht Monate des Berufes zur Seite gestellt wurde, konnte mir (natürlich) nicht abnehmen, dass ich selbst die Entscheidung treffen, oder den Parteien einen fairen und zielführenden Vergleichsvorschlag präsentieren musste. Im Vergleich zu meinen Freunden aus Ausbildungszeiten arbeite ich als Richter zudem in deutlich mehr Rechtsgebieten zugleich. All dies wird man positiv oder negativ bewerten können. Als eindeutigen Pluspunkt empfinde ich persönlich die Stimmung innerhalb der Richterschaft. Die Kollegen/Kolleginnen sind durch die Bank weg hilfsbereit, der Zusammenhalt ist groß. Einen Nachteil, sehe ich in der im Vergleich zu großen Kanzleien nicht konkurrenzfähigen Ausstattung der Justiz, was aber wiederum von Land zu Land unterschiedlich zu bewerten ist und ich mir diesbezüglich auch keine belastbare generelle Einschätzung zutraue. Bei uns im Gericht ist alles da, was man zum effektiven juristischen Arbeiten braucht, vor allem die EDV macht einen tollen Job. Ein top modernes und durchgestyltes Büro darf man aber nicht erwarten.

Bereitet die universitäre Ausbildung auf die praktische Tätigkeit als Richter ausreichend vor?

Die Ausbildung ist besser als ihr Ruf. Wer den langen Leidensweg über beide Staatsexamen mit erfreulichen Noten hinter sich hat, dürfte in der Mehrzahl der Fälle fachlich geeignet sein. Das einen die Ausbildung nicht zum umfassend vorgebildeten Spezialisten in allen Rechtsgebiete qualifiziert ist nicht ihr Ziel. Gleichwohl muss ich sagen, dass ich rückwirkend betrachtet zu oft geschimpft habe, da ich einen sehr großen Teil des universitären Wissens tatsächlich täglich anwende. Wenn es einen Aspekt gibt, der meiner Meinung nach zu wenig in der Ausbildung aufgegriffen wird, dann ist es das Verhandlungsmanagement. Denn oft wird der persönliche den sachlichen Konflikt vor Gericht überwiegen. Hier ist es Aufgabe des Richters Empathie für die Situation der Parteien aufzu-

bringen, zwischenmenschlich überzeugende Lösungsansätze zu entwickeln und gut zuzuhören. Weiter finde ich es befremdlich, dass jeder Kripobeamte während der Ausbildung in Vernehmungstechniken geschult wird, ein fertig ausgebildeter Jurist und Berufseinsteiger jedoch in der Regel mit der Befragung von Zeugen kaum Erfahrungen gesammelt hat.

Was sind die besonderen Herausforderungen im Beruf?

Der Beruf stellt hohe Anforderungen an die Organisationsfähigkeit. Die persönliche Einschätzung, wie lange das Abfassen der Urteilsgründe, oder das Durchführen einer Verhandlung benötigen wird, obliegt dem Richter selbst. Auch sollte man in der Lage sein die Konfrontation mit menschlichen Schicksalen zu verarbeiten. Aus dem gestürzten Motorradfahrer „M“ in der Deliktsrechtsklausur wird vor Gericht ein Mensch mit einem Gesicht und einer Geschichte, der zudem eine Antwort des Rechtsstaates sucht. Nach meinem Empfinden hat der Beruf zudem oft eine geradezu „didaktische“ Seite. In meinem Berufsalltag geht es nicht selten darum einem juristischen Laien plausibel zu erklären, warum er womöglich „schlechte Karten“ vor Gericht hat. Zudem sollte man in der Lage sein eine respektvolle Kommunikation zwischen den Parteien im Gerichtssaal zu ermöglichen und hilfsweise auch durchzusetzen.

Wie "zwischenmenschlich" ist der Richterberuf?

Als Richter spreche ich mit den Parteien nie ohne Anwesenheit der jeweils anderen Partei über die Sach- und Rechtslage. Gespräche vor oder nach der Verhandlung versuche ich zu verhindern. Die Neutralität soll zu keinem Zeitpunkt in Frage stehen.

Abseits dieser goldenen Regel versuche ich im Rahmen der Sitzung und bei Anwesenheit beider Parteien Verständnis zu zeigen oder auch mal die Stimmung mit einem Spruch aufzulockern. Als Richter muss man die Aufmerksamkeit der Menschen weg von der persönlichen Ebene hin zu der zielführenden Lösung eines Konfliktes lenken, andernfalls ist ein Güteversuch nicht möglich, den das Gericht in jeder Lage des Verfahrens versuchen soll (§ 278 ZPO). Dabei muss für einen fairen Vergleich das Kunststück gelingen, den Parteien ihre Chancen und Risiken im Rahmen des Prozesses aufzuzeigen ohne diese unter Druck zu setzen. Das Zustandekommen eines Vergleichs sollte vom Willen der Parteien getragen und nicht vom Gericht aufgezwängt sein. Dies gelingt nach meiner bisherigen Erfahrung nur bei einem Bemühen des Gerichts auch um eine Lösung des zwischenmenschlichen Konflikts.

Welche Persönlichkeitsstärken können von Vorteil sein?

Besonnenheit, sowie die Fähigkeit gut zuzuhören sollte vorhanden sein. Im Übrigen ist auf § 39 des deutschen Richtergesetzes hinzuweisen, wonach der Richter sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten hat, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Auch hierin zeigt sich die Erwartungshaltung der Gesellschaft. Redlichkeit, innere Unabhängigkeit und

Neutralität, fachliche Kompetenz, Fleiß und Sorgfalt sind Werte die ein Richter schätzen und leben sollte. Der hohe Druck diesen Werten im beruflichen Alltag zu entsprechen erfordert eine belastbare Persönlichkeit.

Welche Noten sind tatsächlich erforderlich, um an einen Karriereeinstieg in den Staatsdienst zu denken?

Nach meinem Informationsstand bleibt es offiziell bei der Faustformel „vollbefriedigend in beiden Staatsexamen“. Ein „ausreichend“ in einem der beiden Examen dürfte ein Ausschlusskriterium darstellen und bleiben. Da die Justiz zeitnah bundesweit vor einer großen Pensionierungswelle steht, dürften sich aber zukünftig womöglich auch Bewerber mit Examina im gehobenen befriedigenden Bereich Chancen ausrechnen dürfen, wenn die Bereitschaft besteht sich in mehreren Bundesländern zu bewerben. Letztlich gilt bei der Bewerbung der Justiz das Prinzip der Bestenauslese. Je nach Anzahl der freiwerdenden Stellen und der Anzahl der Bewerber kann man einen günstigeren oder weniger günstigen Zeitpunkt erwischen.

Was war Ihre persönliche Motivation Richter zu werden? Bestand diese schon zu Beginn des Studiums?

Ich hatte während dem Studium noch mit einem Werdegang in einer Kanzlei geliebäugelt. Die Justiz habe ich letztlich erst im Referendariat als potentiellen Arbeitgeber für mich kennengelernt, auch weil diese sich auf Messen zuvor nicht präsentiert hat. Auf die Idee gekommen eine Laufbahn als Richter einzuschlagen bin ich letztlich bei meinem Einzelausbildler im Referendariat. Die Art der Verfahrensführung und die fachliche Kompetenz meines Einzelausbilders haben Eindruck auf mich ausgeübt. Das wollte ich auch können. Ich schätze bei der Justiz besonders die Entwicklungsalternativen und die Vielzahl an Tätigkeitsfeldern. Die Justiz ermöglicht es einem theoretisch ein Leben lang alle fünf oder sechs Jahre neue Eindrücke zu gewinnen und einen anderen fachlichen Schwerpunkt wählen. Auch die Fortbildungsmöglichkeiten, sowie der mögliche Austausch mit Justizbehörden anderer Länder, oder die Möglichkeit einer späteren Abordnung an die Landtage, oder den Bundestag als wissenschaftlicher Mitarbeiter motivieren mich. Die Möglichkeit sich nicht auf ein Rechtsgebiet bis zum Ende der beruflichen Tätigkeit festzulegen zu müssen sollte man nicht unterschätzen. Zudem schätze ich die Option irgendwann in der Ausbildung einen Beitrag leisten zu können und Referendare/innen in ihrer Ausbildung zu begleiten.

Was sind typische Mandate / ein besonders spannender Fall?

Von der Beschädigung von Einsatzmitteln der Polizei, über Lizenzverträge internationaler Rock- und Popbands, über große Modemarken, welche mit ihrer Konkurrenz um Design und Markenrechte streiten, bis hin zu Fällen wie man sie aus dem Studium kennt, ist alles dabei. Vor Gericht stellen sich zudem regelmäßig spannende Rechtsfragen, die höchststrichterlich ungeklärt sind. Denn die Fälle, die vor dem Landgericht lan-

den, werden durch die Anwaltschaft vorgefiltert, welche eine Vielzahl unproblematischer Fälle bereits von Anwalt zu Anwalt vergleicht. Mein persönliches Highlight war ebenfalls ein Vergleich, den eine zerstrittene Familie bei mir abschloss. Vor und während der Verhandlung waren sitzungspolizeiliche Maßnahmen notwendig. Nach der Verhandlung saß die Familie dann im Eiscafé gegenüber und war wieder zusammen. Das klingt womöglich kitschig, hat mir aber das gute Gefühl gegeben mit meiner Arbeit etwas wirklich Sinnvolles geleistet zu haben.

Was würden Sie Studierenden empfehlen, die sich eine Karrierelaufbahn im Staatsdienst vorstellen können?

Während des Studiums sollten Studierende die Möglichkeit von Gerichtspraktika annehmen und über die Universität hinaus zudem einfach Gerichtsverhandlungen selbst besuchen. Während sich in Gerichtssälen öfters der ein oder andere Rentner wiederfindet, der Interesse am Rechtsstaat zeigt, nutzt die Mehrzahl der Studierenden die Öffentlichkeit der Verfahren nicht. Was spricht dagegen einfach einmal persönlich im örtlichen Gericht vorbei zu schauen, um zu sehen wie eine Verhandlung abläuft? Die wichtigen Weichen werden neben den Staatsexamina natürlich vor allem im Referendariat gestellt. Hierbei sollten die Referendare und Referendarinnen in ihren Stationen durch gute Leistungen und ein entsprechend integriertes Auftreten überzeugen. Sollte das Interesse an einer Tätigkeit bei der Justiz bestehen, besteht natürlich auch die Möglichkeit die Wahlstation bei der Staatsanwaltschaft oder bei Gericht zu absolvieren. Ich finde es persönlich zudem wichtig, sich auch die anderen Berufsbilder genau anzuschauen um festzustellen, welches Berufsbild am besten zu einem passt. Für den Richterberuf sollte man sich aus Überzeugung entscheiden und nicht aus Prestige Gründen.

** Das Interview entstand auf Initiative von Sarah Baukelmann. Sie studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau mit dem Schwerpunkt „Internationales, europäisches und öffentliches Recht“.*

Einzigartigkeit – Vielfalt – Herausforderungen

-

Studieren in Peking, ein Erfahrungsbericht

Moritz Neumann*

Die Fakultätspartnerschaft der rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburgs mit der Tsinghua Law School ermöglichte es mir, ein aufregendes Studienjahr in Peking zu verbringen. Nach einem Austausch während meiner Schulzeit mit einer chinesischen Schule in Ningbo stand für mich früh fest, dieses grandiose Angebot zu nutzen. Die Tsinghua University im Nordwesten Pekings ist eine außerordentlich renommierte Universität. Sie wurde 1911 gegründet und zählt neben der Peking University zu den zwei besten Hochschulen des Landes.

Einzigartigkeit

China ist ein Land mit einer Kultur, Bevölkerung und Dynamik, wie ich es nie vorher erleben durfte. Bereits vor meinem Aufbruch war mir bewusst, dass sich sowohl das universitäre als auch das außeruniversitäre Leben von allem mir Bekannten unterscheidet und dass es einiger Zeit und auch Anpassungsbereitschaft bedarf, um mit bestimmten Kuriositäten leben zu lernen.

Der Besuch von Vorlesungen in englischer Sprache fuhr mit diversen Alleinstellungsmerkmalen auf. Hier wurden uns in kleinen Klassen Grundlagen des chinesischen Rechts nähergebracht und ein reger Austausch mit chinesischen Lehrenden ermöglicht. Deutlich wurde, dass das chinesische Recht noch nicht ausgereift ist, eine Kodifikation des Zivilgesetzbuches beispielsweise bislang fehlt. Ein Kontrast in Sachen Fortschritt wurde während einer Stunde Chinese Criminal Law deutlich. Der Professor referierte über verschiedene Verhörmethoden und berichtete, dass Folter in China mittlerweile verboten sei. Überraschenderweise fügte er jedoch mit einem Grinsen hinzu, dass in China niemals einheitlich definiert wurde, was Folter überhaupt sei.

Verlässt man einmal den Campus - der eher einer kleinen Stadt gleicht - und taucht ein in das Gewusel dieser 22 Millionen Einwohner fassenden Metropole, wird man schlichtweg erschlagen von den Kontrasten, die die Hauptstadt Chinas zu bieten hat. Lässt man von jedem beliebigen Punkt den Blick in die Ferne schweifen (wenn dies denn möglich ist = „Smog“), so sieht man nichts als Wolkenkratzer und verglaste Bürokomplexe. Richtet man seinen Blick auf das Kleine, das (noch) Alltägliche der Pekingier, so sieht man eine einzigartige Kultur, die in jeder Nuance abweicht von der mir Bekannten. Abseits der Hochhäuser Schluchten nämlich haben es viele Einwohner geschafft, Traditionen zu bewahren und ein kulturell unangepasstes Leben zu führen. So war es unglaublich aufregend,

durch die alten Viertel (*Hutongs*) zu schlendern, die dort ansässigen Taubenzüchter bei ihrer Arbeit zu beobachten oder einfach eine *Niu Rou Mian*, eine köstliche Nudelsuppe zu essen. Und so könnte ich viele Alleinstellungsmerkmale der Tsinghua, Pekings und Chinas im Allgemeinen aufzeigen, die lehrreich und gleichsam bereichernd sind.

Vielfalt

Es gibt viele Attribute, mit denen man China auszeichnen kann. Das passendste ist meines Erachtens die Vielfalt und das sowohl in landschaftlicher, kultureller und kulinarischer Hinsicht. Ein Auslandsstudium in China lohnt sich bereits deshalb, weil man die Freiheit hat - auch mit kleinem Studierenden-geldbeutel - das ganze Land und andere Teile Ost- und Südasiens zu bereisen.

Reist man nach Shanghai, kann man die Vielfalt Chinas, komprimiert auf wenige Quadratkilometer, beobachten. Spaziert man auf der Prachtpromenade - dem *Bund* - weiß man nicht, wohin man schauen soll. Auf der einen Seite die schwindelerregende Skyline, auf der anderen Seite historische Bankhäuser, die von der bewegten Kolonialzeit zeugen. Schlendert man etwas in südlicher Richtung, so wird man unweigerlich den Yu-Garten besuchen, ein sagenhaftes Relikt der chinesischen Gartenkunst aus der Ming-Dynastie. Danach sollten in westlicher Richtung die Überreste der französischen Konzession besichtigt werden, die heute als traditionelle Behausung vieler dienen, welche nicht den Drang verspüren, in einem der unzähligen Wolkenkratzer zu wohnen.

Fährt man mit dem Schlafwagen 15 Stunden von Peking in die im Zentrum Chinas gelegene Stadt Xi'an, so kann man ein ähnlich vielfältiges Abbild der chinesischen Kultur sehen. Xi'an war Endpunkt der antiken Seidenstraße und hat eine dementsprechend lebendige Vergangenheit, in der sich verschiedenste Volksgruppen unterschiedlicher Ethnien niedergelassen haben. Ein Relikt ist das muslimische Viertel, in dem man beim Schlendern auf die unterschiedlichsten kulinarischen und künstlerischen Raritäten stößt. Umgeben wird die Altstadt von der gewaltigen Stadtmauer, auf der man, wahlweise mit Tandem oder Fahrrad, die Stadt umrunden kann. Auch bietet sich Xi'an als Ausgangspunkt zur Besichtigung der famosen Terrakottaarmee an, welche den ersten chinesischen Kaiser Qín Shǐhuángdì im Jenseits beschützt.

Möchte man dem eisigen Winter Pekings für ein paar Tage entweichen, so sollte man Hong Kong besuchen, die chinesische Sonderverwaltungszone, die so anders ist als die nördliche Hauptstadt. Wieder lässt sich eine atemberaubende Skyline beobachten, wieder kann man seinen Geschmacksnerven mit einer unglaublichen kulinarischen Vielfalt etwas Gutes tun. Hong Kong hat aber noch ganz andere Seiten. Fährt man mit einem Linienbus eine halbe Stunde in die *New Territories*, so lassen sich unglaublich schöne Wanderrouten und verborgene Strände entdecken.

All das ist nur ein fragmentarischer Ausschnitt von Reisen, die man in China machen kann. Es sei an dieser Stelle beispielhaft an Tibet, die innere Mongolei, Tsingtau, Guilin oder Chengdu erinnert. Um die Vielfalt dieses Landes zu ergründen, sollte man sich die Zeit nehmen, viel zu reisen und mit Einheimischen in Kontakt zu kommen.

Herausforderungen

Einzigartigkeit und Vielfalt bedeuten auch immer Herausforderungen, denen man sich im Laufe der Zeit stellen muss. Zugegebenermaßen ist das Leben in einer Metropole, in der man zur Rushhour in der U-Bahn eine Stunde lang zu seiner Praktikumsstelle in aller Frühe bei 30 Grad Außentemperatur hecheln muss, nicht immer nur bereichernd, sondern vor allem eines – herausfordernd. Besonders das Volle, das Wuselige und das Erratische führte hin und wieder zu strapaziösen Tagen, die es durchzuhalten galt.

Herausfordernd war auch der Kontrast zwischen vollkommener Bevormundung und unglaublichen Freiheiten. So durfte jemand, der nicht in meinem Wohnheim wohnte, nicht auf mein Zimmer, ohne seine Personalien und seinen Reisepass abzugeben. Auch unliebsame soziale Netzwerke lassen sich nur mittels VPN Client aufrufen.

Unter diesem Aspekt möchte ich aus verschiedenen Erfahrungen und Beobachtungen, die ich während meines Aufenthaltes in Peking gemacht habe, Verbindungen zum Thema dieser Ausgabe (Freilaw 01/2018) herstellen. Meinen Empfindungen zufolge pflegen viele Chinesen einen verhältnismäßig laxen Umgang mit ihren persönlichen Daten. Das liegt jedoch nicht an der einzelnen Person, sondern an Gesetzen und Gepflogenheiten, die in China lebende Personen für eine zeitgerechte Lebensweise einhalten müssen. Angefangen hat dies bereits vor Reiseantritt bei der Beantragung meines Visums. Um ein solches Visum, welches sich nach Vorstellung bei der Polizei in Peking in eine *Residence Permit* umwandeln soll, zu erhalten, musste ich eine vollumfängliche ärztliche Untersuchung samt EKG, AIDS-Test etc. und deren negative Befunde nachweisen können. Wie konkret mit meinen Gesundheitsdaten in China umgegangen wurde, konnte mir niemand sagen. Nach meiner Ankunft wurde mir dann schnell bewusst, dass ein normales Leben nur möglich ist, wenn man sensible persönliche Daten freigibt.

Als weiteres Beispiel kann das Kaufen einer Fahrkarte für die U-Bahn genommen werden. Um die Drehkreuze in den Stationen passieren zu können, bedarf es einer Plastikkarte mit Chip, die beim Betreten und beim Verlassen der Station an einen Sensor gehalten werden muss. Um eine Karte kaufen zu können, muss man unter anderem seine Reisepassnummer angeben. Hört sich zunächst weniger dramatisch an. Es ist jedoch ungleich dramatischer, wenn man bedenkt, dass die Passnummer unschwer mit den abgegebenen Daten bei der Einreise abgeglichen werden könnte, sodass der Staat jederzeit dazu in der Lage wäre zu überprüfen, wo man sich zurzeit befindet, sobald ein öffentliches Transportmittel betreten und verlassen wird. Dasselbe gilt für den Kauf von Zug- und Flugtickets.

Ein anderes Beispiel, das zu einem laxeren Umgang mit persönlichen Daten verführte, war die Möglichkeit der Bezahlung durch Wechat Pay, einem mobilen Bezahl dienst des beliebtesten chinesischen Messengerdienstes. Um Wechat Pay zu aktivieren, muss man seine Kreditkartennummer und andere persönliche Daten angeben. Wie mit diesen Daten weiterverföhren wurde, war nicht transparent. Zugegebenermaßen ist dieser Dienst auf der einen Seite mit diversen Vorteilen verbunden. So wird der Bezahlvorgang durchaus beschleunigt und vereinfacht. Mittels seines Smartphones kann man den Barcode des Gläubigers scannen und innerhalb von Sekunden ist der Vorgang abgeschlossen, der Verkäufer zufrieden und das Konto belastet. Und wenn man nun denkt, nur große Geschäfte verfügten über die Möglichkeit des Wechat Pay, irrt man gewaltig. Selbst die größtenteils illegalen Imbissstände, die zum Beispiel unglaublich leckere Pfannkuchen mit allerlei Inhalt anbieten, besaßen einen Wechat Account. Gertüchten zufolge verfügen selbst Bettler über einen Barcode, mittels diesem man spenden kann.

Auch Chinas neueste Initiative ist unter Datenschutzaspekten mindestens fragwürdig. Das sogenannte *social credit system* kreiert den gläsernen Bürger – frei nach George Orwell – und versucht damit, seine Totalüberwachung zukunftsfröhlich zu machen. Chinesen werden von einer staatlichen Ratingagentur anhand ihres Verhaltens im Netz und im realen Leben bewertet. Aufgeteilt werden sie dann in drei unterschiedliche Kategorien. Glückliche, die sich über ein AAA-Rating freuen können, werden dann beispielsweise bei der Studienplatzvergabe ihrer Kinder bevorzugt. Unglückliche, die anhand ihres überwachten Verhaltens nicht den Prinzipien der Parteilinie entsprechen, werden sozial benachteiligt.

Fazit

Nachdem ich wieder nach Deutschland zurückgekehrt bin, stellten mir Freunde und Verwandte eine scheinbar simple Frage: *Wie war es?* Und ich habe mich bei der Beantwortung dieser Frage unglaublich schwergetan. Zum einen wollte ich sie nicht mit einem nichtssagenden *Gut* abfertigen, zum anderen wollte ich ihnen keine Romane erzählen. Nach langer Reflexion kann ich nun sagen, dass dieses Jahr einzigartig, vielfältig und herausfordernd war. Wer ein solches Jahr im Rahmen seines Studiums erleben möchte, dem empfehle ich mit

Nachdruck, ein Studium in China in Erwägung zu ziehen. Neben der oben genannten Fakultätspartnerschaft vergibt der Lehrstuhl für Ostasienrecht der Universität Freiburg Stipendien für ein Studium an der China University of Political Science and Law in Peking. Ansprechpartner ist dabei Vincent Winkler.

** Der Autor studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt „Handel und Wirtschaft“. Er ist studentische Hilfskraft am Institut für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht mit Schwerpunkt Ostasien bei Prof. Dr. Yuanshi Bu LL.M. (Harvard).*

Rezension zu „Grundlagenfälle zum BGB für Fortgeschrittene“

-

Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek, M. C. J. (NYU)
und Dr. Sebastian Omlor (3. Auflage 2017)

von Helena Frädrich*

A. Allgemeines

Übung macht den Meister... Das gilt (insbesondere) im Jura-studium. Deswegen hilft regelmäßig bloße Theorie allein nicht, um Klausuren während dem Studium und später im Examen zu meistern. Im Staatsexamen ist die Hälfte der insgesamt sechs schriftlichen Prüfungen dem Zivilrecht gewidmet. Um mit dieser Situation zurecht zu kommen, Gelerntes zu vertiefen und anwenden zu lernen bietet sich mitunter die Übung mit Hilfe von Fallbüchern an.

Das Lehrbuch „Grundlagenfälle zum BGB für Fortgeschrittene, – Die Wilhelm-Busch-Fälle – 15 Fälle mit Lösungen zum Bürgerlichen Vermögensrecht“, zielt, wie bereits der Titel verrät, auf Jurastudierende der mittleren bis höheren Semester sowie Examenskandidaten ab. Zuletzt erschienen ist das Fallbuch, Band 144/2 der JuS Schriftenreihe 2017 in der 3. Auflage, veröffentlicht vom C.H. Beck Verlag, München. Die beiden Autoren – Dr. Dr. Dr. h.c. mult. *Michael Martinek*, M. C. J. (NYU) Professor an der Universität des Saarlands, Honorarprofessor in Johannesburg und Dr. *Sebastian Omlor*, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. Professor an der Philipps-Universität Marburg – haben neben diesem Titel unter anderem den Vorgängerband 144/2 der JuS Schriftenreihe „Grundlagenfälle BGB für Anfänger“ gemeinsam verfasst und arbeiten derzeit an Band 144/3 „Grundlagenfälle zum BGB für Examenskandidaten“, welcher für 2018 angekündigt ist und auf die beiden ersten Fallsammlungen aufbauen bzw. diese ergänzen soll.

Sicherlich am meisten hebt sich das, äußerlich in schlichtem rot gehaltene Buch von *Martinek* und *Omlor* durch den Einsatz von Zeichnungen Wilhelm Buschs in schwarz-weiß, von anderen angebotenen Fallbüchern ab. Die Zeichnungen sollen dabei helfen, sich den Teils schwierigen Inhalt durch die Verknüpfung mit Bildern besser einzuprägen und bieten eine angenehme Abwechslung zu den sonst so kahlen Lehrbüchern an. Daneben entspringen auch Namen und Charaktere den Geschichten von Wilhelm Busch, sodass bei dem ein oder anderen Leser Erinnerungen an die entsprechenden Erzählungen geweckt werden.

B. Aufbau

Die 15 Fälle sind überwiegend auf eine Bearbeitungszeit von drei bis vier Stunden ausgerichtet. Die letzten drei Klausuren haben jedoch, mit einer fünfstündigen Bearbeitungsdauer, den Umfang einer Examensklausur. Die „Grundlagenfälle“ eignen sich daher explizit nicht nur für die Vorbereitung auf die große Übung im Zivilrecht, sondern ebenso für die Examensvorbereitung.

Das *Vorwort* liefert dem Bearbeiter kurz und prägnant, auf weniger als zwei Seiten, hilfreiche Erläuterungen zur Arbeit mit dem Buch, allgemeine Tipps zur erfolgreichen Klausurbewältigung und schildert die Intention der Autoren. Es lohnt sich somit durchaus ein paar Minuten für die Lektüre hierauf zu verwenden.

Zu den einzelnen Fällen gibt das *Inhaltsverzeichnis* einen kleinen Überblick bezüglich der behandelten Themen bzw. Schwerpunkte und bietet somit eine gute Orientierung, insbesondere für ein gezieltes Bearbeiten des Lernstoffs. Wer sich indes lieber von dem Inhalt der Fälle überraschen lassen möchte, dem sei geraten das Inhaltsverzeichnis zu überblättern und die gleichlautende Einleitung in Kursiv, jeweils dem Sachverhalt vorgeschaltet, mit einem Zettel abzudecken.

Die Fälle, beginnend mit dem Sachverhalt („A.“), werden zunächst im Rahmen „Gutachterliche[r] Überlegungen“ („B.“) besprochen und einzelne Themen(-Schwerpunkte) abstrakt dargestellt. So wird beispielsweise zum Einstieg bei „Fall 1: Mausbäuchls tödlicher Kronleuchter“, wohl wissend, dass es sich hierbei um „Anfängerstoff“ handelt, das Problem der Bildung von Analogien abstrakt beschrieben (S. 3ff.) und die konkreten Erwartungen und Intentionen des Klausurerstellers an den Prüfling hinweisend geschildert. Das Verständnis der Psychologie des Erstellers erleichtert die Bearbeitung mit der richtigen Schwerpunktsetzung und ist somit essentiell.

Unter „C.“ ist stets eine kurze Gliederung des Falls zu finden, im Schnitt circa ein halbe Seite einnehmend, gefolgt von einer ausführlichen gutachterlichen Lösung („D.“), wie sie in einer Klausur zu leisten ist. Und – das „Beste“ kommt zum Schluss – jede Fallbesprechung schließt mit einem Lerntest („E.“). Die Wiederholungsfragen motivieren und bieten die

Möglichkeit zur eigenständigen Überprüfung, ob das Gelernte verstanden und behalten wurde. Bestenfalls kann man den Fall mit einem kleinen Erfolgserlebnis – alle Fragen richtig gelöst zu haben – beenden. Außerdem helfen die kurzen Fragen den Stoff zu verfestigen und sind auch dazu geeignet, ohne zwingend den kompletten Fall (nochmals) zu bearbeiten, den eigenen Wissensstand zu überprüfen.

C. Kritik

Leider ist auch dieses Lehrbuch – wie die meisten – nicht ganz ohne Makel. Beispielsweise fehlt wohl auf S. 20 im Rahmen der gutachterlichen Lösung und in Anbetracht der Stimmigkeit, unter dem Gliederungspunkt „I.“ der Punkt „3. Ergebnis zu I“, wie es dort im Folgenden unter „II.“ einen entsprechenden Gliederungspunkt „3. Ergebnis zu II“ gibt. Außerdem finden sich kleinere Zahlendreher bei Normenangaben, vgl. etwa S. 17, 21, die offensichtlich sind und deshalb schnell erkannt werden können. Die Fehler halten sich im erträglichen Rahmen und sind im Vergleich zu anderen Lehrmaterialien nicht besonders beachtenswert.

Ein §§-Verzeichnis sucht man vergeblich. Dies ist zwar kein „Muss“, würde aber ein gezielteres Bearbeiten und Nachschlagen optimieren.

D. Konklusion

Insgesamt geben sich die Verfasser mit der Gestaltung inhaltlich wie äußerlich – man beachte u.a. die Zeichnungen des renommierten Dichters Wilhelm Buschs – große Mühe und bieten ein gelungenes Gesamtwerk auf rund 200 Seiten. Besonders positiv sind dabei die Lerntests am Ende der Falllösungen, die präzise und nachvollziehbare Darstellung von Problemen sowie die, teils abstrakten, inhaltlichen wie auch – mit den Worten der Autoren – „klausurpsychologischen“ Anmerkungen.

Wer also noch etwas mehr Input, neben der typischen Kurzgliederung und der Lösung im Gutachtenstil, möchte und kleine unmittelbare Erfolgserlebnisse (Lerntests) schätzt, ist mit dem Titel „Grundlagenfälle zum BGB für Fortgeschrittene“ von Martinek/Omlor gut beraten. Die Fallsammlung ist für 23,90 € im Handel erhältlich.

** Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg und befindet sich derzeit in der Examensvorbereitung.*