

Der Jurist

Eine studentische Fachzeitschrift

Erstausgabe · 2011 Passau

Diese Ausgabe erscheint mit freundlicher Unterstützung unseres Partners



Noerr LLP

www.Noerr.com

Der Jurist wird einmal jährlich von Studenten der Universität Passau mit der Unterstützung des Wissenschaftlichen Beirats, unseres Partners und unserer Freunde und Förderer herausgegeben. / *Der Jurist* is published annually by students of the University of Passau with the assistance of the Advisory Board, our Partner and our Friends.

Herausgeber · Publisher

Der Jurist e. V.; Innstraße 33, 94032 Passau

Vorstand: *Sonja Heppner*, 1. Vorsitzende / *Kajetan Arno Uhlig*, 2. Vorsitzender / *Tim Hofmann*, Schatzmeister / *Christian Pietsch*, Schriftführer

Inhaltlich verantwortlich: *Sonja Heppner*, *Kajetan Arno Uhlig*

Einsendungen · Submissions

erbitten wir per E-Mail an die Redaktion / should be e-mailed to:
autoren@der-Jurist.de

Homepage

www.der-Jurist.de

Bezugsbedingungen · Terms of Subscription

Die Zeitschrift erscheint einmal jährlich. Der Preis für ein Einzelheft beträgt € 3,- / sFr 3,65 jeweils zzgl. Versandkosten. / The journal shall appear once a year. Single issue price is € 3,- / sFr 3,65. Prices do not include mailing costs.

Der Jurist veröffentlicht rechtswissenschaftliche Aufsätze und Urteilsrezensionen in deutscher und englischer Sprache. Ein Leitfaden für Autoren ist auf der Internetseite verfügbar. / *Der Jurist* publishes case notes and articles on all areas of law in English and German. An author's guide is available online.

Diese Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung der Herausgeber. / This journal and all contributions and pictures contained therein are protected by copyright. Any use beyond the strict limits stipulated by copyright laws requires the written permission of the publisher.

Druck- und Bindearbeiten: Druckerei Ostler, Spitalhofstraße 73, 94032 Passau / Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier (hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

ISSN 2192-5623

Freunde und Förderer · Friends

Clifford Chance

www.cliffordchance.com/karriere

DLA Piper UK LLP

www.dlapiper.com

Heuking Kühn Lüer Wojtek

www.heuking.com

Latham & Watkins

www.lw.com

Weil, Gotshal & Manges LLP

www.weil.com

Chefredaktion · Editors-in-Chief

Sonja Heppner

Kajetan Arno Uhlig

Redaktion · Editorial Board

Ann-Kathrin Brinckmann

Helen Loose

Sven-Erik Green

Christian Pietsch

Frauke Hansper

Laura Potthoff

Jonas Hartmann

David Rüll

Tim Hofmann

Jens Scheller

Vanessa Kraus

Lisa Schimkus

Manuela Kreuzeder

Felix Speidel

Wissenschaftlicher Beirat · Advisory Board

Prof. Dr. Werner Beulke

Prof. Dr. Jochen Bung

Prof. Dr. Hans-Georg Dederer

Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.

Prof. Dr. Tomas Kubn

Prof. Dr. Ulrich Manthe

Prof. Dr. Tobias Tröger, LL.M. (Harvard)

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M

Unterstützende Fachschaften · Supporting Student Representatives

Fachschaft RW, Universität Bayreuth / Fachschaftsrat Jura, Humboldt-Universität zu Berlin /
Fachschaft Jura, Philipps-Universität Marburg / Fachverein Jus, Universität Zürich / Fach-
schaft Jura, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel / Unabhängige Liste Fachschaft Jura,
Eberhard Karls Universität Tübingen

Helfende Hände in und um Deutschland · Student Friends

Basel Almarie, Dresden / *Roman Bianga*, Köln / *Daniel Bludau*, München / *Nick Gow*, Tü-
bingen / *Jan-Thomas Hackmann*, Frankfurt am Main / *Jan Havemann*, Düsseldorf / *David*
Jordan, Hamburg / *Lukas Köhler*, Hamburg / *Amadeus Luz*, Tübingen / *Kristina Lehner*,
Erlangen-Nürnberg / *Beatrix Massig*, Berlin / *Carlos Mohr*, Gießen / *Tereza Nachtigall*, Hei-
delberg / *Niko Reiser*, Bonn / *Anatol Obolensky*, Bayreuth / *Katrin Pilgram*, Passau / *Matthias*
Reppig, Freiburg / *Michael Suter*, Bern / *Carolina-Alexandra Tress*, Passau / *Sarah Vollwartzny*,
Würzburg / *Christiane von Werden*, Passau

Vorwort · Editorial

Nach dem Vorbild der Trinity College Law Review erscheint mit der ersten Ausgabe des Juristen erstmals ein Rechtsjournal an der Universität Passau. Die Redaktion besteht ausschließlich aus Studenten, der wissenschaftliche Beirat aus derzeitigen und ehemaligen Professoren der Juristischen Fakultät an der Universität Passau.

Der Jurist steht für neugierige Autoren und scharfsinnige Abhandlungen. Wir unterstützen die Fähigkeit, alles zu hinterfragen, nicht blind hinzunehmen, sich nicht mit nichts weniger als der besten Lösung für ein rechtswissenschaftliches und damit auch gesellschaftliches Problem zufrieden zu geben. Es lässt sich selbstredend darüber streiten, welches die beste Lösung für ein brennendes, der-Himmel-fällt-uns-auf-den-Kopf-wenn-wir-nichts-an-der-aktuellen-Rechtsslage-ändern Problem ist. Aber darum geht es ja: um die eigenständige, kritische Auseinandersetzung.

In dieser Erstausgabe setzen sich überwiegend studentische Autoren mit den Gefahren sozialer Netzwerke, den Möglichkeiten eines europäischen Patents, dem Jugendstrafrecht und der Frage auseinander, was Recht überhaupt ist und wer es definiert.

Zusätzlich findet sich in dieser Ausgabe eine erweiterte Version des Vortrags, den Mark Tushnet, William Nelson Cromwell Professor of Law an der Harvard Law School, am 29. Juni 2011 auf Einladung der Redaktion an der Universität Passau hielt. Mit seinem Vortrag über die Auswüchse der Redefreiheit in den Vereinigten Staaten eröffnete er zur Freude der Redaktion die von derselben ins Leben gerufene Vortragsreihe an der Universität Passau. Herr Professor Dr. Herbert Bethge trug an diesem Tag eine Bemerkung zur Redefreiheit im deutschen Verfassungsrecht bei.

Rechtswissenschaft ist spannend, ist Nervenkitzel, hat Charme, birgt Freudentränen, Macht und Schmerz. Das alles trifft auch auf die Redaktionsarbeit in dem Sinne zu, als dass ein studentisches Rechtsjournal nicht aus dem Nichts entsteht. Eine sechzehnköpfige Redaktion blickt zurück auf wöchentliche Redaktionssitzungen, Debatten über offensichtliche Inhalte (das Format), über zunächst abwegige Themen, die sich als relevant herausstellten (die Veröffentlichung fremdsprachiger Artikel) und über einst dringende Themen, die in Vergessenheit gerieten (die Besetzung eines freistehenden Büros auf dem Campus und dessen Einweihung als Redaktionsraum).

Die Redaktionsmitglieder können stolz auf ihr Werk sein. Mögen sich durch unsere Publikationsplattform weitere Denker zu Ideen und Debatten angeregt fühlen. Klappe, die erste!

Passau, im September 2011

Sonja Heppner

Grußwort · Preface

Der Stapellauf ist geglückt: Sie schwimmt. Sie ist, zum Glück, nicht die „Vasa“ – und doch ein Schmuckstück. Die studentische Fachzeitschrift „Der Jurist“ ist mit ihrem ersten Heft erschienen.

Es mag nicht immer gelten, dass aller Anfang schwer ist. Für ambitionierte Vorhaben gilt der triviale Satz aber allzumal. Ambitioniert ist das Verfassen einer wissenschaftlichen Publikation. Ambitioniert ist auch das Verlegen eines wissenschaftlichen Publikationsorgans.

Beides, eine wissenschaftliche Veröffentlichung wie die Herausgabe einer wissenschaftlichen Zeitschrift, sind nicht nur für den Studenten der Rechtswissenschaft keine Selbstverständlichkeit. Ersteres, das wissenschaftliche Publizieren, wird im deutschen Jurastudium weder systematisch gelehrt noch geübt. Die Seminararbeit bildet den einzigen, meist unvollkommenen Versuch einer studentischen wissenschaftlichen Abhandlung im Verlauf des Studiums der Rechtswissenschaft. Letzteres, das Verlegen eines wissenschaftlichen Publikationsorgans, gehört in Deutschland schon nicht zum tradierten akademischen „Repertoire“ einer juristischen Fakultät. Wer sich als Student an das eine wie an das andere heranwagt, betritt weithin unbekanntes Terrain, stößt mitunter auf Skepsis.

Aber warum sollten nicht auch Studenten publizieren und verlegen können? Die Frage ist keineswegs nur rhetorisch gemeint. Können Studenten *wissenschaftlich* publizieren? Können sie ein *wissenschaftliches* Publikationsorgan betreuen? Wissenschaftliches Arbeiten hat nicht nur ein Ziel: neue Erkenntnis hervorzubringen. Wissenschaftliches Arbeiten hat auch Voraussetzungen: insbesondere Wissen und Methode. Nicht unberechtigt

erscheint daher die Frage, ob Studenten schon das notwendige Rüstzeug mitbringen: den Besitz des Wissens, die Beherrschung der Methode.

Ein wissenschaftlicher Beirat mag da Hilfestellung leisten, aber letztlich nicht umfassend kompensatorisch wirken können. Erst- und Letztverantwortung müssen bei Autor, Schriftleitung und Herausgeber verbleiben. Und doch verwirklicht sich im Zusammenwirken studentischer Autoren, Verleger und Redakteure mit Wissenschaftlern derselben Fakultät als Beiratsmitgliedern oder Gutachtern gerade auch eine zentrale Aufgabe der Universität, nämlich „die Wahrheit in der Gemeinschaft von Forschern und Schülern zu suchen“¹. In dieser Perspektive vermag eine studentische Fachzeitschrift wie der „Jurist“, die auch wissenschaftlichen Ansprüchen genügen will, einen eigenen, originären Beitrag zur Idee der Universität zu leisten.

Wohin geht die Reise des „Juristen“? Erkennt seine Mannschaft stets die Untiefen im seichten Wasser? Holt er die Lotsen rechtzeitig an Bord? Nimmt er sogleich die „Große Fahrt“ auf? In jedem Fall möge auch für die Zukunft des „Juristen“ gelten: „[A]m weitesten kommt, wer nicht weiß, wohin er geht“ (Karl Jaspers²).

Passau, im Juni 2011

Hans-Georg Dederer

¹ *Karl Jaspers*, Die Idee der Universität (1946), S. 9.

² A.a.O., S. 37.

MARK TUSHNET*

The Pathological First Amendment

I. Introduction

“Nobody ever went broke underestimating the intelligence of the American people,” or so *H.L. Mencken* is said to have said.¹ And no Supreme Court Justice ever got bad notices in the nation’s press from upholding a claim that some government somewhere had violated what some claimed were their rights of free expression. Less cynically, we might observe that as the structure of First Amendment doctrine has gotten more complex, lawyers find it possible to find places within that doctrine to use for their clients’ benefit even if the clients’ interests are rather far removed from the foundations upon which that doctrine is built.² The result has been a pathological First Amendment, in which claims that ought to require serious consideration are treated as ridiculously easy.

* William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School. This Lecture was presented originally as the Inaugural Lecture of the Distinguished Speakers Series organized by the editorial board of *Der Jurist* at the University of Passau, 29 June 2011. © Mark Tushnet, 2011.

¹ *Manser*, *The Facts on File Dictionary of Proverbs* (2nd ed. 2007), p. 202.

² Comparing U.S. to European free expression doctrine, *Frederick Schauer* has argued that the European approach, which uses a structured proportionality analysis, is the result of the shorter experience Europe has had with a constitutionalized free expression doctrine, and that as cases accumulate the European doctrine may adopt some version of the more elaborate structure of U.S. free speech doctrine. Although I do not explore the question in detail here, one could take my argument about the pathological First Amendment to suggest that the European approach may have overlooked virtues.

My aim in this Lecture is to catalogue the cases supporting my view that the First Amendment has become pathological in this sense,³ offer a speculative diagnosis about why the pathology has arisen, and offer a modest prescription for its treatment.⁴ As a preliminary, I must insist that even those who value free speech can criticize pathological decisions.⁵ Indeed, one might even think that pathological decisions are bad for free speech in the long run, as they might discredit the First Amendment, perhaps not in the eyes of the media or academics who think that being a civil libertarian means being a libertarian more generally, but in the eyes of the rest of us.

II. Symptoms

The Supreme Court has recently decided three cases that are in my view pathological – that apply First Amendment doctrine woodenly to reach questionable results.⁶ Each decision develops First Amendment doctrine defensibly, in the sense that the analysis is not dramatically inconsistent with the doctrinal background against which the Court was operating. But,

³ I have tried to limit myself to cases that are in my view pathological but lack obvious political valence, to isolate the pathology from other phenomena such as political determination of case outcomes. (The main omissions are campaign finance cases, which some might consider pathological even under my definition, but whose political valence is so obvious that the alternative political-determination account is more than plausible.) But, of course, one might contend that all the cases I discuss have some political valence, a contention that I do not strongly reject, and that the political valence is similar to that in the campaign finance cases, a contention that seems to me more questionable.

⁴ A perhaps more polite way of making the point is to say that First Amendment doctrine has become hypertrophied.

⁵ Nor does this sort of criticism amount to a criticism of judicial review as such.

⁶ I do not mean by this that the results themselves are mistaken, nor that those results could not have been reached by a more supple application of First Amendment doctrine. The pathology I identify characterizes a *method* of First Amendment analysis, not a set of outcomes.

in each case alternative doctrinal analyses were available that could incorporate much of the Court's analysis in a way that would be more responsive to the real-world setting in which the cases arose.

1. United States v. Stevens

United States v. Stevens held unconstitutional a federal statute making the production of “animal snuff films” illegal.⁷ Defending the statute, the government argued that such films were not covered by the First Amendment based on the description of uncovered categories of speech in *Chaplinsky v. New Hampshire*.⁸ According to the unanimous Court in *Chaplinsky*, “There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words [...]”⁹ The *Chaplinsky* Court continued with an explanation of why speech in these classes was not covered: because the words “are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.”¹⁰

In *Stevens* the government argued that this explanation was as applicable to animal snuff films as it was to the previously identified “classes of speech.” The reason for treating those classes of speech as outside the First

⁷ 559 U.S. ____ (2010). The following five paragraphs are adapted from *Tushnet*, “Telling Me Lies’: The Constitutionality of Regulating False Statements of Fact (forthcoming).

⁸ 315 U.S. 568 (1942).

⁹ *Ibid.* at 571-72.

¹⁰ *Ibid.* at 572.

Amendment's coverage being equally applicable to animal snuff films, the prohibition of animal snuff films should not be "thought to raise any Constitutional problem."

Chief Justice *Roberts*, writing for the rest of the Court save Justice *Alito*, rejected the government's argument. According to the Chief Justice, "Our Constitution forecloses any attempt to revise that judgment [about the social benefits and costs of First Amendment protection] simply on the basis that some speech is not worth it."¹¹ Yet, *Chaplinsky* shows that there are some categories of speech that are not covered by the First Amendment "on the basis that some speech" – fighting words, obscenity, and the other enumerated categories – "is not worth it." And, the government contended that animal snuff films fit into the generalized description of uncovered categories *Chaplinsky* offered.

The Chief Justice responded to the government's argument by denying that the reasons *Chaplinsky* offered for the categories' exclusion from coverage were relevant to the fact of their exclusion. Those reasons, according to the Chief Justice, were merely "descriptive," not justificatory, and so were irrelevant.¹² What mattered was the seemingly prefatory comment in *Chaplinsky*, that these categories "had never been thought to raise any Constitutional problem."¹³ The Chief Justice said that those categories were to be determined by a purely historical test: Uncovered categories were those "that have been historically unprotected."¹⁴ The reasons for the exclusion that *Chaplinsky* gave were irrelevant. The only uncovered categories of

¹¹ *Stevens*, slip op. at 7.

¹² *Ibid.* slip op. at 8.

¹³ *Ibid.* slip op. at 6 (quoting *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942)).

¹⁴ *Ibid.* slip op. at 9.

speech, according to this argument, are those that have been held to be uncovered from the time of the Framing.¹⁵

To the extent that the Court offered a defense of choosing the historical rather than the functional interpretation of *Chaplinsky*, it relied on a common but misleading trope in recent decisions. As the Chief Justice interpreted the government's argument, it offered a "free-floating test for First Amendment coverage," in which "[w]hether a given category of speech enjoys First Amendment protection depends upon a categorical balancing of the value of the speech against its societal costs."¹⁶ That "startling and dangerous" proposition had to be rejected because "[t]he First Amendment itself reflects a judgment by the American people that the benefits of its restrictions on the Government outweigh [its] costs."¹⁷ That, though, is unresponsive to the government's position. The issue in the case is, What *are* the restrictions the First Amendment places on the government? Once we know that the First Amendment covers a category of speech, of course we do not do the balancing the Chief Justice describes, and for the reason

¹⁵ The Chief Justice introduced a purely *ad hoc* exception to the historical test for the recently recognized category of child pornography, a category that includes material that would not fit the Court's definition of obscenity. According to the Chief Justice, child pornography could be prohibited because "[t]he market for child pornography was 'intrinsicly related' to the underlying abuse, and was therefore 'an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the Nation.'" *Ibid.* slip op. at 8 (quoting *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 759, 761 (1982)).

¹⁶ *Stevens*, slip op. at 7.

¹⁷ *Ibid.* For the trope's use elsewhere, see *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653, 2665 (2011) ("The Constitution 'does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics.' It does enact the First Amendment."); *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 636 (2008) ("the enshrinement of constitutional rights necessarily takes certain policy choices off the table.").

he gives. But, observing that covered speech is not subject to a balancing test tells us nothing about what speech is covered.¹⁸

he gives. But, observing that covered speech is not subject to a balancing test tells us nothing about what speech is covered.

The Court's trope reflects what I have described elsewhere as a fear of judgment.¹⁹ The Court adopts originalism in part to avoid the judgments it thinks required by balancing and similar analyses. Yet, even originalism cannot avoid judgments. The historical materials almost never deal with the precise problem presented today. An originalist must therefore either confine himself or herself to what scholars have called the actually expected applications of constitutional terms²⁰ or devise some method for analogizing such expected applications to the problem at hand. So, for example, in *District of Columbia v. Heller*, the Court rejected as "bordering on the frivolous" the argument that the "arms" that individuals had a right to bear were muskets and the like.²¹ Rather, the term referred ("prima facie") to all "bearable" weapons, and then to weapons in common use for purposes of self-defense in cases of confrontation.²² Drawing that conclusion required the Court to identify the characteristics of the relevant weapons – common

¹⁸ I think that the Chief Justice is able to write what he does because he engages in a transparent – and therefore ineffective – sleight-of-hand. The government had argued for using a categorical balancing approach to determine whether a category of speech is covered. The Chief Justice describes the government's position as asking for some sort of "ad hoc balancing of relative social costs and benefits" to determine whether a category of speech is covered. See also *ibid.* slip op. at 8 (implicitly rejecting the argument that *Chaplinsky* justifies lack of coverage when "an ad hoc calculus of costs and benefits tilts in a statute's favor"). Frankly, I simply cannot understand what the Chief Justice means by this odd blend of categorical and *ad hoc* balancing.

¹⁹ *Tushnet*, Sup. Ct. Rev. 2008, 61-87.

²⁰ See *Greene*, 97 Geo. L.J. 2009, 657 (662) (arguing that the difference between original meaning and original expected application is "a question of the level of generality").

²¹ *Heller*, 554 U.S. at 582.

²² *Ibid.*

use, self-defense, and the like. Yet, those weapons had other characteristics, such as their accuracy, the degree to which they were lethal in the hands of those who possessed them, which might in turn depend on the amount of training in weapons use people generally had, and the like. Choosing the characteristics treated as relevant requires the Court to exercise judgment, and, I think, a judgment not different in the respects bearing on the Court's fear of judgment from that required by a functionalist interpretation of *Chaplinsky's* language.²³

Fear of judgment cannot support the Court's choice of the historical over the functionalist readings of *Chaplinsky's* language. I suggest in Part III that the explanation lies in a different jurisprudential direction, a preference for what the Court believes to be simple rather than complex analyses.²⁴

²³ For another example, consider the exchange between Justices *Alito* and *Scalia* in the oral argument of *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011): JUSTICE ALITO: Well, I think what Justice Scalia wants to know is what James Madison thought about video games. JUSTICE SCALIA: No, I want to know what James Madison thought about violence. Transcript of Oral Argument, *Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, No. 98-1448 (Oct. Term 2010), p. 17. In the event Justice *Scalia*, writing for a plurality, chose *violence* as the proper characterization. Justice *Thomas*, though, argued forcefully that the proper characterization was something like "material to which the founding generation would have allowed children access without their parents' permission." The disagreement between Justice *Thomas* and Justice *Scalia* shows that originalists cannot avoid making some kinds of judgments, though of course different ones from those that functionalists make.

²⁴ I put to one side here the question of whether historical inquiries are indeed simpler than functional ones. I am reasonably confident that, at the level of trial and intermediate appellate courts, functional inquiries are generally simpler than historical ones, because the relevant historical materials are less accessible to judges on those levels – and to the lawyers who present cases to such judges – than are functionalist materials. I am inclined to think the same is true at the Supreme Court level, except in exceptional cases such as *Heller*, where a large body of historically oriented scholarship was available to the Court. Of course, the Court's preference for historical inquiries may elicit relevant scholarship, thereby increasing the accessibility of the material the Court treats as relevant.

2. Snyder v. Phelps

Snyder v. Phelps is the well-known “funeral protest” case.²⁵ Members of the Westboro Baptist Church believe that the deaths of U.S. soldiers in combat express God’s judgment that the United States has become sinful because of its toleration of homosexuality. They express that belief by engaging in demonstrations near soldiers’ funerals, at which they display signs such as “Thank God for Dead Soldiers,” “Fags Doom Nations,” and “You’re Going to Hell.” They held one such demonstration just before the burial of *Matthew Snyder*, who had been killed in Iraq. They displayed their signs at a place where they were entitled to be, about 1,000 feet from the church where the funeral was held. *Snyder’s* father sued the Westboro church members for the tort of intentional infliction of emotional distress. He had seen only the tops of their signs but not the signs’ content as he drove to the funeral, but learned of the content when he saw a television news broadcast about the demonstration.²⁶ Instructed that liability required that it find that the Westboro church members “intentionally or recklessly engaged in extreme and outrageous conduct that caused [*Snyder*] to suffer severe emotional distress,” the jury returned a multi-million dollar judgment against the church members.

In 1988 the Supreme Court held that the First Amendment barred recovery for intentional infliction of emotional distress on a *public* figure.²⁷

²⁵ 131 S.Ct. 1207 (2011).

²⁶ A subsequently enacted state law prohibits demonstrations within 100 feet of funerals. The Westboro church members’ demonstration would not have been unlawful under that statute. See *ibid.* at 1218 n. 5.

²⁷ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988). There a pornographic magazine had published a “parody” advertisement, labeled as such, saying that the “first time” the prominent political preacher *Jerry Falwell* had had intercourse was in a drunken incestuous encounter with his mother. *Falwell*, not his mother, filed the action.

In *Snyder v. Phelps* the Court extended this rule to cover actions filed by private figures, where the speech was “of public [...] concern, as determined by all the circumstances of the case.”²⁸ The Court did assert that its holding was “limited by the particular facts before us,”²⁹ but under its analysis those facts were relevant only to the determination of whether the church members’ speech was on a matter of public concern,³⁰ which it clearly was.³¹

Chief Justice *Roberts*’s opinion concluded with a paragraph structured around a cousin of the trope he used in *Stevens*:

Speech is powerful. It can stir people to action, move them to tears of both joy and sorrow, and – as it did here – inflict great pain. On the facts before us, we cannot react to that pain by punishing the speaker. As a Nation we have chosen a different course – to protect even hurtful speech on public issues to ensure that we do not stifle public debate. That choice requires that we shield Westboro from tort liability for its picketing in this case.³²

The difficulty with this is that it ignores distributional issues. In many settings the public receives the benefits of expression *and* bears a substantial portion of its costs. Ordinary street demonstrations, for example, disrupt

²⁸ 131 S. Ct. at 1215.

²⁹ *Ibid.* at 1220.

³⁰ See also *ibid.* at 1218 n. 4 (“The fact that Westboro conducted its picketing adjacent to a public street does not insulate the speech from liability, but instead heightens concerns that what is at issue is an effort to communicate to the public the church’s views on matters of public concern.”). This shows that the location is relevant not as part of a general assessment of all the circumstances, but only to the determination of whether the speech was on a matter of public concern.

³¹ The Court conceded the possibility that a few of the signs, which used the word “You,” might have been taken to be references to *Matthew Snyder* as an individual, but stated, correctly in my view, that “the overall thrust and dominant theme of Westboro’s demonstration spoke to broader public issues.” *Ibid.* at 1217.

³² *Ibid.*

traffic and make it more difficult for merchants to conduct their usual business. Speech critical of government policies increases the chance that some people will violate the law or precipitate violence. In *Snyder*, though, the “we” who “have chosen a different course” do not suffer the pain inflicted by the church members, though we benefit from their speech on a matter of public concern. An alternative analysis would have taken this distributional issue into account.³³

Indeed, it might have been thought that the tight constraints on jury discretion embodied in the instructions – “severe harm,” “outrageous and extreme” behavior, and (in my view most important) that the behavior be “intentional” – took both public benefit and private harm into account. As I understand the Court’s opinion, the difficulty with the instructions is that they are too complicated.³⁴ A rule that precludes recovery for statements on matters of public concern is certainly simpler than one allowing recovery under some rather limited circumstances. Yet, I find it unclear why simplicity should control, at least where the statements were made intentionally, which I understand to mean, in the present context, made for the very purpose of inflicting harm (in addition to contributing to discussion of a

³³ Public figures who suffer from the intentional infliction of emotional distress might be said to have consented to such harm in exchange for the benefits they receive from being public figures, although allowing such liability might deter some people from becoming public figures in the first place. This is a matter of substantial discussion in the scholarly literature on the U.S. constitutional law of libel. *Frederick Schauer* proposed one ingenious solution, applicable to the issue of intentional infliction of emotional distress as well: Because the public benefits from the speech, the public rather than the speaker should compensate the harmed individuals. *Schauer*, 92 Colum. L. Rev. 1992, 1321-1357.

³⁴ For my discussion of the possibility that the “outrageousness” standard raises questions of *de facto* viewpoint-discrimination, see text accompanying note 67 *infra*.

matter of public concern).³⁵ I do not find it obvious that a rule allowing the imposition of liability for statements on matters of public concern made for the very purpose of inflicting emotional harm (and succeeding in that purpose) would “stifle public debate” in a manner inconsistent with the choices “we” have made in the First Amendment.

3. *Sorrell v. IMS Health, Inc.*

Sorrell v. IMS Health, Inc. held unconstitutional a Vermont statute barring the sale of certain pharmacy records to data-mining companies that intended to resell them to pharmaceutical manufacturers.³⁶ Vermont requires pharmacists to keep records of the prescriptions written by physicians, classified by the doctors’ names. It barred the pharmacists from selling lists showing the number of prescriptions for each drug written by each physician.³⁷ That restriction was limited to sales of the lists for marketing uses, and did not preclude the pharmacists from selling the lists to those who intended to use them for research.³⁸ Vermont believed that the ban would reduce medical costs because it would make it more difficult for manufacturers of expensive drugs, typically those protected by patents, to identify doctors who were prescribing similar but less expensive drugs. Drug manu-

³⁵ Were there some ambiguity about the interpretation of the terms “intentionally or recklessly” in the jury instructions, the Court could have stated that recovery was possible only where the jury concludes that the statements were made for the very purpose of inflicting harm, and vacated the judgment on the ground that the instructions did not conform to that requirement. See also 131 S. Ct. at 1223 (*Alito, J., dissenting*) (“When grave injury is intentionally inflicted by means of an attack like the one at issue here, the First Amendment should not interfere with recovery.”).

³⁶ 131 S. Ct. 2653 (2011).

³⁷ As compiled by the pharmacists the lists did not identify the patients for whom the prescriptions were written.

³⁸ In dissent, Justice *Breyer* observed that the state’s ethics rules for pharmacies define release of practitioner information “to unauthorized persons” as unprofessional conduct. 131 S. Ct. at 2680 (*Breyer, J., dissenting*).

facturers send “detailers” to visit doctors to describe the benefits of using the manufacturers’ drugs.³⁹ They explain why the substitutes the doctors are using might be less effective than the drugs their employer makes, for example. Vermont’s legislators believed that this sales technique induced doctors to switch from less to more expensive but not more effective drugs, thereby increasing the cost of medical care. By making it more difficult for detailers to identify possible targets for their sales efforts, the ban on selling information for use by drug manufacturers would help control medical costs.

The Supreme Court held that Vermont’s ban violated the First Amendment because it regulated speech – the dissemination of information lawfully acquired by pharmacists – in a way that discriminated on the basis of both content and speaker: The regulation “disfavors marketing, that is, speech with a particular content” and “disfavors specific speakers, namely pharmaceutical manufacturers.”⁴⁰ Even though the regulation dealt with commercial speech, and even on the assumption that the information was simply a commodity, the regulation was subject to heightened scrutiny because it was not justified on some basis independent of the speech’s content or the recipient’s identity. The Court noted that “the outcome is the same whether a special commercial speech inquiry or a stricter form of judicial scrutiny is applied.”⁴¹ The State had “to show at least that the statute directly advances a substantial governmental interest and that the measure is drawn to achieve that interest.”⁴² That standard “ensure[s] not

³⁹ For a journalistic account of this sales method, see *Elliott*, *White Coat, Black Hat: Adventures on the Dark Side of Medicine* (2010), ch. 3.

⁴⁰ 131 S.Ct. at 2663.

⁴¹ *Ibid.* at 2667.

⁴² *Ibid.*

only that the State's interests are proportional to the resulting burdens placed on speech but also that the law does not seek to suppress a disfavored message."⁴³ Because the regulation allowed researchers and journalists – an “almost limitless audience,”⁴⁴ in the Court's words – access to physician-related information, the regulation did little to protect physicians' privacy. Doctors who did not like to discuss their prescription practices with detailers could simply refuse to meet with them. Nor was the connection between cost-control and the regulation close enough. Under the regulation costs are controlled because detailers cannot present doctors with accurate information that might lead them to choose to prescribe more expensive drugs, perhaps mistakenly. But, “[t]hose who seek to censor or burden free expression often assert that disfavored speech has adverse effects.”⁴⁵

Justice *Breyer* in dissent offered a different characterization of the regulation. Rather than a regulation of information lawfully acquired, Justice *Breyer* saw it as “inextricably related to a lawful governmental effort to regulate a commercial enterprise.”⁴⁶ Much of his opinion was devoted to an explication of what he saw as the Court's traditional “test-related distinction[]” between regulations of commercial and noncommercial speech.⁴⁷ According to Justice *Breyer*, regulations of “expression inextricably related to” business regulations were almost inevitably content- and speaker-based. As to content, regulated businesses engage in many forms of communication – commercial advertisements, advertisements on public policy propos-

⁴³ *Ibid.* at 2668.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ 131 S. Ct. at 2670.

⁴⁶ *Ibid.* at 2673 (*Breyer*, J., dissenting).

⁴⁷ *Ibid.* at 2674 (*Breyer*, J., dissenting).

als of interest to the businesses, securities disclosures – but regulators will select only some of those, on the basis of their content, for regulation.⁴⁸ And as to speaker-based regulations, regulators might identify a specific subset of an industry where problems are especially severe and impose requirements on manufacturers in that subset without imposing similar regulations on others in the same industry.⁴⁹

As Justice *Breyer's* opinion emphasized, *Sorrell's* most problematic aspect is its continuation of the Court's trend to assimilate commercial speech to political speech, subjecting both to demanding requirements for justification, or, in Justice *Breyer's* words, an “unforgiving brand of ‘intermediate’ scrutiny [...]”⁵⁰ As the Court observed, *Sorrell's* analysis follows the path marked by a series of cases in which the Court refused to distinguish sharply between commercial and other forms of protected speech, asserting that whether the stringent tests for regulating non-commercial speech or the supposedly less stringent tests for regulating commercial speech were applied, the result would be the same.⁵¹

Yet, at least on the surface the tests could produce different results. In *Sorrell*, for example, the Court made much of the fact that everyone *but* pharmaceutical manufacturers could use physician-identified prescription

⁴⁸ See *ibid.* at 2677 (Breyer, J., dissenting) (“Electricity regulators, for example, oversee company statements, pronouncements, and proposals, but only about electricity.”).

⁴⁹ See *ibid.* at 2677 (Breyer, J., dissenting) (“An energy regulator, for example, might require the manufacturers of home appliances to publicize ways to reduce energy consumption, while exempting producers of industrial equipment.”); 2680 (quoting *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191, 207 (1992) (plurality opinion) (“The First Amendment does not require States to regulate for problems that do not exist.”)).

⁵⁰ *Ibid.* at 2679 (Breyer, J., dissenting).

⁵¹ For earlier discussions, see *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001) (refraining from deciding whether the tests for commercial and non-speech were different because the regulations at issue did not satisfy the nominally lower standard for permissible regulations of commercial speech); *Thompson v. Western States Medical Center*, 535 U.S. 357 (2002) (providing a similar analysis).

information. So, the Court said, the information was available to “an almost limitless audience.” Formally speaking, perhaps so. Listing all the possible users of such information – pharmaceutical manufacturers, university researchers, journalists, any interested citizen –, the statute does indeed exclude only one group from using the information. One might think, though, that the relevant question was not the length of the list of possible users – which depends on the criteria for determining how to enumerate users – but the likelihood that any potential user would be interested in identifying specific physicians. The pharmaceutical manufacturers of course were interested in doing so, and an occasional journalist might think it important to use a doctor’s name to bring to life some story about prescription practices, but it is hardly clear that university researchers, or anyone else, would think it important to do so. So, in practical terms, the regulation covered the vast bulk of those who might actually use the information.⁵² And, in doing so, it would do a reasonably good job – the kind of job the nominal test for commercial speech demands – of promoting the government’s permissible regulatory goal of protecting physician privacy.

The more often the Court finesses the question of whether there is in fact a constitutionally relevant difference between commercial and non-commercial speech, the less distinguishable those categories are. And, unfortunately, the more often the Court does that, the test for commercial speech becomes more stringent without close examination of the reasons for treating the categories similarly. Several justices have offered the beginnings of an explanation for eliminating commercial speech as a distinct

⁵² See 131 S. Ct. at 2680 (*Breyer, J., dissenting*) (“The record contains no evidence that prescriber-identifying information is widely disseminated.”); 2681 (“noting in the record indicates that any ‘counterdetailing’ [...] *has ever taken place in fact in Vermont.*”).

regulatory category. Denying people access to information, they have argued, rests on paternalistic judgments about the ability of ordinary people to receive and process information appropriately.⁵³ Without more, though, this explanation is inadequate, because large swaths of regulation rest on exactly the same paternalistic judgment.⁵⁴ Regulation of workplace safety, for example, rests on the legislative judgment that people are unable to assess information about workplace risks appropriately and demand compensation for allowing themselves to be exposed to risks.⁵⁵ And, indeed, in *Sorrell* itself, limiting to physicians the ability to write prescriptions for many drugs rests at least in part on the paternalistic judgment that patients are unable to determine for themselves the qualifications of people who offer to treat them with drugs.⁵⁶ The anti-paternalist argument against commercial speech regulations makes sense as part of general libertarianism about regulation, but not if the Court continues to accept substantive (that is, non-speech) regulations justified on paternalist grounds. It is in this sense that Justice *Breyer* was right to cite *Lochner*.

Justice *Breyer's* doctrinal alternative would preserve commercial speech as a separate category for constitutional analysis, by allowing regulation of speech inextricably bound up with lawfully regulated activities. This would make the doctrinal structure a bit more complicated, but hardly beyond the

⁵³ For a clear exposition, see 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 526 (1996) (*Thomas, J.*, concurring) (“all attempts to dissuade legal choices by citizens by keeping them ignorant are impermissible.”).

⁵⁴ The classic exposition of the point is *Kennedy*, 41 *Maryl. L. Rev.* 1982, 563-658.

⁵⁵ Consider a regulator’s decision to ban the use of a particularly hazardous chemical from the workplace rather than to require disclosure of information about the risks posed by working with the chemical.

⁵⁶ As an alternative to limiting the right to prescribe to physicians, physicians could advertise about their training and argue that those without similar training lack the ability to select the best drugs for their patients, patients could consult providers of information about prescribers, and the like.

capacity of judges to apply.⁵⁷ Libertarianism must be put to one side if the Court remains committed to holding substantively paternalist regulations constitutionally permissible. A constitutional rule dealing with speech in connection with lawfully regulated activities does not seem to me difficult for legislatures to apply, nor is it obviously subject to any more manipulation in the service of narrow interest groups than is substantive regulation. The only justification for the Court's assimilation of commercial to non-commercial speech seems to be a preference for simplicity as such.

III. Diagnosis

I believe that the pathologies of *Stevens*, *Snyder*, and *Sorrell* arise from what I call the rule-ification of First Amendment doctrine.⁵⁸ Rule-ification occurs in several stages. It begins when judges face a problem that they realize (at some level of consciousness) requires for its sensible solution consideration of a rather wide range of matters. At the outset the judges use a relatively unrefined balancing or proportionality test to deal with the problem. As they deal with more cases of the same type,⁵⁹ they generate a structured set of rules, sub-rules, and exceptions. Rule-ification occurs when judges replace this structured set with a simple bright-line rule.⁶⁰

⁵⁷ The business of the “media” consists of selling information, and some of that information might well be “in connection with lawfully regulated activities.” The courts would then have to develop an exception to Justice *Breyer*'s rule for the media, which would introduce another degree of complexity into the doctrinal structure.

⁵⁸ I believe that *Duncan Kennedy* originated the term, at least for me, but I have been unable to locate the source.

⁵⁹ I finesse here the obviously important question of how judges come to classify cases as “of the same type” rather than as “of different types.”

⁶⁰ For a discussion of the First Amendment as a rule-set with rules, exceptions to rules, and exceptions to the exceptions, see *United States v. Alvarez*, 617 F.3d 1198, 1220-23 (9th Cir. 2010) (*Bybee*, J., dissenting), rehearing denied, 638 F.3d 666 (2011).

Vincent Blasi's classic article on "The Pathological Perspective and the First Amendment" defends rule-ification on standard second-order grounds.⁶¹ Professor Blasi uses the term *pathological* to refer not to constitutional doctrine, as I do, but to government behavior. For Professor Blasi, governments are subject to identifiable pathologies such as the overestimation of risks in times of crisis and stress and, though Professor Blasi does not emphasize this, to capture by narrow interest groups who use government power to regulate expression as a means of achieving self-interested rather than public-spirited goals. As he puts it, "the overriding objective [of First Amendment doctrine] at all times should be to equip the amendment to do maximum service in those historical periods when intolerance of unorthodox ideas is most prevalent and when governments are most able and most likely to stifle dissent systematically."⁶² And, according to Professor Blasi, First Amendment doctrine can achieve this goal best by developing simple and "mechanistic" principles – that is, in my terms, by rule-ification.⁶³ Mechanistic principles guard against the pathologies of emergency and interest-group capture by providing clear directives to legislators, executive-branch officials, and lower-court judges who, in the Supreme Court's estimation, are likely to go astray if legal doctrine authorizes them to engage in "all things considered" balancing or even to use a relatively complex set of structured rules.

Professor Blasi describes this defense of rule-ification as "predominantly instrumental."⁶⁴ Such a defense generates some standard critical observa-

⁶¹ Blasi, 85 Colum. L. Rev. 1985, 449-514.

⁶² *Ibid.* at 449-50.

⁶³ *Ibid.* at 474.

⁶⁴ *Ibid.* at 466. For a related though more general discussion, see Sunstein/Ullmann-Margalit, 110 Ethics 1999, 5-31.

tions. First, instrumental justifications require some target. The target is the lower-level decision-maker who is likely to intrude on First Amendment values unless given strict and clear guidance.⁶⁵ In *Snyder*, for example, the jury would be the target in an analysis that focused on the possibility that juries would apply an “outrageousness” standard to discriminate against disfavored viewpoints.⁶⁶

⁶⁵ We should set aside the common but generally mistaken argument that the target of rule-ification is the rule-ifying court itself (or, in some versions, the rule-ifying judge him- or herself). That argument holds that by adopting a clear and simple rule the court constrains its successors from departing from the present court’s notion of what best promotes First Amendment values. The difficulty is that today’s court simply cannot achieve such constraints through rule-ification. Most important, the later court can limit the rule to its precise setting and develop exceptions and sub-rules, and – for obvious reasons – the earlier court can do nothing to prevent that from happening. There is an additional difficulty when the rule-ification takes the form of some methodological prescription such as originalism: The U.S. Supreme Court does not give methodological prescriptions even weak *stare decisis* effect (and, in my view, attempting to do so would raise rather deep jurisprudential issues about what counts as “law”). For a discussion of some relevant practices, see *Gluck*, 119 Yale L.J. 2010, 1750-1862.

⁶⁶ Cf. *Snyder*, slip op. at 12 (internal quotation marks omitted) (“‘Outrageousness’ [...] is a highly malleable standard,” and its application raises an “unacceptable” risk of suppressing “vehement, caustic, and sometimes unpleasan[t]” statements.”). The question of viewpoint discrimination is, I think, a bit more complex in the context of common-law actions for intentional infliction of emotional distress. The problem is one of underinclusiveness: People who intentionally inflict emotional distress in an outrageous manner on socially favored groups will be held liable while those who intentionally inflict emotional distress on socially disfavored ones will not. But, those held liable have no real claim that they are being treated wrongly, having themselves inflicted harm. The usual justification for finding underinclusiveness troublesome is that doing so encourages law-makers to be more careful in defining liability standards, and that greater care – meaning, in the present context, willingness to define such standards in ways that will lead to imposing liability on those who harm members of socially disfavored groups – might lead law-makers to eliminate the possibility of liability altogether. Cf. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) (holding unconstitutional as viewpoint discriminatory an ordinance punishing as hate speech a subcategory of fighting words defined with reference to the group characteristics of the speech’s target). Yet, finding a rule unconstitutional for underinclusiveness is strong medicine, and one would want to be reasonably sure that liability standards could not be refined to reduce the risk of viewpoint discrimination. That assurance would come from a careful examination, forgone in *Snyder*, of the jury instructions taken as a whole.

Yet, the doctrinal formulations in *Stevens* and *Sorrell* do not identify any obvious target.⁶⁷ The apparent target in *Stevens* is the legislature. Why, though, is a legislature more likely to mistakenly intrude on First Amendment values if directed to engage in a functional analysis of whether some class of utterances is “no essential part of any exposition of ideas, and [...] of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from [it] is clearly outweighed by the social interest in order and morality” than if the legislature is directed to engage in an inquiry into whether the class of utterances has historically been regarded as outside the First Amendment’s scope?⁶⁸ Similarly for *Sorrell*: Why is the legislature more likely to err when it is told that it can regulate expression in connection with a commercial transaction, as Justice Breyer suggested, than it is when it is told that it can regulate only proposals to engage in commercial transactions?

In addition, in none of the cases do the pathologies of legislative or executive decision-making seem to be present. The statutes were not enacted (or, in *Snyder*, the common-law rules were not developed) in times of social stress relevant to their subject-matters, nor does the interest-group capture account seem especially strong. Certainly animal-welfare groups favored the statute in *Stevens*, but not to gain competitive advantage against someone,

⁶⁷ *Snyder* presents a more complex problem. The target is the jury, and the doctrinal alternative would make the fact that the outrageous statements were on a matter of public concern relevant to liability, but would allow the jury to take more contextual factors into account. Perhaps allowing it to do so would introduce the concern about viewpoint-discrimination that infects the pure “outrageousness” standard, though I am inclined to think that careful instructions could limit that possibility.

⁶⁸ As noted above, the latter inquiry generates questions about the level of generality at which the historically uncovered class of utterances is to be described. For a discussion, see *Tushnet*, ‘Telling Me Lies’: The Constitutionality of Regulating False Statements of Fact (forthcoming).

rather to advance their vision of what the public interest demands. The legislature defended the statute in *Sorrell* as a cost-containment technique aimed at practices by a perhaps unpopular group, “Big Pharma,” and perhaps to the advantage of manufacturers of generic versions of out-of-patent prescription drugs. But, the interest-group story about *Sorrell* seems to me the kind of “just-so” story that people make up when forced to fit a statute enacted in pursuit of a vision, contested to be sure, of the public interest, into a theory that calls for interest-group explanations of all statutes.

In the end, the instrumental justifications for rule-ification in the cases I have discussed seems to me quite weak, and I have been unable to devise non-instrumental justifications. All that seems to be at work is a preference for simplicity as such. But, that seems to me itself pathological – a preference untethered to anything relevant to the First Amendment.

IV. Prescription

The obvious prescription for pathological rule-ification is the reintroduction of some degree of complexity into the applicable doctrine. Here I sketch three possibilities, all inspired by constitutional concepts more common in Europe than in the United States: setting some other constitutional right against the First Amendment, using proportionality on a case-by-case basis, and using proportionality at the level of case types or classifications of utterances.

The first possibility builds on established doctrine where vindicating the First Amendment threatens to infringe another constitutional right. The standard example is the “free press/fair trial” conflict, in which the dissemination of information otherwise protected against regulation raises a high risk that a defendant’s right to a fair trial will be infringed, for example by

adverse publicity that cannot be cured through careful screening of jurors and the like.⁶⁹ The doctrinal solution is balancing: After extended consideration of alternatives to preventing the dissemination of information, the trial judge must balance the risk to the defendant's right to a fair trial against the public interest in acquiring information.⁷⁰

European constitutionalists would readily recognize a competing constitutional right in the right to human dignity.⁷¹ They would see it obviously implicated in *Snyder*, and the doctrine of human dignity would treat it as implicated in the self-degradation of crush-video purchasers in *Stevens*.⁷² But, the U.S. Constitution does not directly recognize human dignity as a right,⁷³ although one can find suggestions that the concept of human digni-

⁶⁹ See, e.g., *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁷⁰ It is probably worth emphasizing that the conflict here is between two constitutional rights, not between a constitutional right and some interests protected to some extent by another constitutional right. The standard U.S. example is hate speech regulation, conceptualized as a conflict between a First Amendment right and interests in equality that are not themselves constitutionally guaranteed in the context of, for example, private harassing speech. Where rights conflict with (mere) interests, the rights necessarily prevail. Were the government to be under a constitutional duty to promote equality, a question that depends on one's understanding of the state action doctrine, we would have a right-versus-right conflict to be resolved by balancing. For a good explication, see *Michelman*, 56 *Tenn. L. Rev.* 1989, 291-319.

⁷¹ European constitutionalists have a more robust concept of informational privacy than that used in the United States, though I am uncertain whether even a robust concept of informational privacy would protect the information in *Sorrell*. The candidates for privacy protection are patients and their prescribing physicians. The patients would clearly have a decent informational-privacy claim, but the information in *Sorrell* was anonymized as to them. I am not sure whether the physicians would have a robust informational-privacy claim as to the number of prescriptions they wrote for specific drugs, given their ability to decline to meet with the drug companies' detailers.

⁷² For some relevant cases, see *Laskey v. United Kingdom*, 24 *Eur. Ct. H.R.* 39 (1997) (finding no human rights violation in a prosecution for consensual sado-masochism); *Views of the Human Rights Committee, Communication No. 854/1999* (submitted by *Manuel Wackenheim*) (finding no human rights violation in the prohibition of "dwarf tossing," where the person being tossed consents to and earns money from participating in the activity).

⁷³ For discussions, see *Rao*, 86 *Notre Dame L. Rev.* 2011, 183-271; *Jackson*, 65 *Montana L. Rev.* 2004, 15-40.

ty ought to inform the specification of the content of other constitutional rights.⁷⁴ Were the Court willing to move even a slight distance from strong rule-ification toward a marginally more complex rule-set, the idea of human dignity might support different results in *Stevens* and *Snyder*.

A second possibility is the application of a proportionality test on a case-by-case basis. Passages in *Snyder* suggest that the fact that the outrageous comments dealt with a matter of public concern were not entirely dispositive.⁷⁵ Here the only observation worth making is that the spectrum of doctrinal possibilities stretches from rule-ification to case-specific balancing, and that even weak instrumental considerations might counsel against case-specific balancing.

Finally, there is the possibility flagged by the functional approach offered by the United States in *Stevens* – proportionality at the level of types of cases. The Court’s response to that possibility was plainly inadequate, criticizing case-specific balancing and applying those criticisms to case-type balancing without recognizing the difference between the techniques.⁷⁶ On a generous reading, the Court’s concern was not with case-type balancing itself, but with the identification of case-types as to which proportionality analysis would apply. That is, it was concerned that a functional test focusing on the contribution a class of utterances makes to discovering truth (appropriately defined) would lend itself to misapplication by other public

⁷⁴ For an example, see *Graham v. Florida*, 560 U.S. ____ (2010) (holding unconstitutional the imposition of a sentence of life imprisonment without the possibility of parole on an offender who committed a non-homicide offense when a juvenile).

⁷⁵ See *Snyder*, 131 S. Ct. at 1220 (“the reach of our opinion here is limited by the particular facts before us.”). See also *ibid.* at 1222 (*Breyer, J., concurring*) (“To uphold the application of state law in these circumstances would punish Westboro for seeking to communicate its views on matters of public concern without proportionately advancing the State’s interest in protecting its citizens against severe emotional harm.”).

⁷⁶ Although the government’s position could hardly have been more clear.

officials. Perhaps so, but it not clear to me that the Court's historical approach escapes similar criticisms.

V. Conclusion

First Amendment doctrine has become infected by the pathology of rule-ification. That pathology does not mean that the Court's analyses in the cases discussed here were doctrinally innovative or extreme applications of existing doctrine. Nor does it mean that the outcomes the Court reached are indefensible.⁷⁷ It does mean that the Court has adopted a more wooden approach to First Amendment adjudication than is necessary. Rule-ification has its benefits in some contexts, as Professor *Blasi* showed. But, it is not beneficial in every context. Where the reasons for rule-ification fail, the Court could adopt more supple methods without significant loss, and with some gain in fitting First Amendment doctrine to social reality.⁷⁸

⁷⁷ For example, the statute in *Stevens* was probably overbroad, though whether it was overbroad enough to violate the Court's overbreadth standard is a more difficult question. If it is overbroad, *Stevens's* conviction should indeed have been vacated. And, perhaps courts should refine the "outrageousness" instruction given the jury in *Snyder v. Phelps* to reduce the risk of de facto viewpoint discrimination. If so, the judgment against the Westboro church members should indeed have been vacated.

⁷⁸ Including, of course, the usual deference to legislative and majoritarian choice unless strong reasons for forgoing deference appear.

FELIX HULLER*

Pre-Employment Due Diligence

Bewerberauswahl mit Hilfe des Web 2.0

Einführung

Jede Einstellungsentscheidung ist für den Arbeitgeber mit einem nicht unerheblichen finanziellen Risiko verbunden. Wählt der Arbeitgeber einen ungeeigneten Kandidaten aus, so dienen zwar Kündigungsschutz und Lohnfortzahlung der sozialen Absicherung des Arbeitnehmers, erhöhen jedoch die finanziellen Belastungen des Arbeitgebers. Um dieses Einstellungsrisiko zu minimieren, führen Arbeitgeber oftmals ein sogenanntes Pre-Employment Due Diligence¹ durch, was als umfassende Überprüfung von Bewerbern vor einer Einstellung übersetzt werden kann. Da jeder Bewerber ein Interesse daran hat, dem Arbeitgeber ein möglichst günstiges Bild seiner Qualifikationen und seiner Persönlichkeit zu vermitteln, liegt der Schwerpunkt beim Pre-Employment Due Diligence auf der Ermittlung des sogenannten "B-Profiles", also solcher Informationen, welche der Bewerber meist nicht freiwillig preisgeben würde.² Während die "klassischen" Instru-

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 06. Fachsemester an der Universität Bayreuth.

¹ Übliche Bezeichnungen sind auch Background-Check oder Pre-Employment Screening.

² *Lelley*, <http://www.lto.de/de/html/nachrichten/547/Woran-Karrieren-scheitern-oder-das-Internet-kann-nicht-vergessen/>, Erstellung am 25.05.2010, (Abruf am 15.05.2011); *Lelley*, Compliance im Arbeitsrecht (2010), Rn. 176.

mente³ des Background-Checks wie z.B. das Arbeitszeugnis des früheren Arbeitgebers, das Bewerbungsgespräch, das Gesundheitszeugnis oder gar die Schriftprobenanalyse nicht ohne faktische und rechtliche Hürden zur Verfügung stehen⁴, stellt das Web 2.0 den Arbeitgebern völlig neuartige Instrumente zur Bewerberüberprüfung zur Verfügung. Eine im Februar 2010 veröffentlichte Studie des Unternehmens Microsoft überrascht daher keinesfalls. Demnach führen immerhin 22 % der deutschen Personalentscheider in jedem Auswahlverfahren und 37 % in den meisten eine Online-Recherche über Bewerber durch.⁵ Dabei wurde auch festgestellt, dass 92 % der Recherchierenden im Rahmen ihres Background-Checks Suchmaschinen und über die Hälfte soziale Netzwerke heranziehen.⁶ Dabei geschieht die Online-Recherche fast immer ohne Kenntnis des Bewerbers. So gaben einer Umfrage des Bundesministeriums für Verbraucherschutz zufolge fast 80 % der recherchierenden Unternehmen zu, eine Online-Recherche bereits für die Vorauswahl derjenigen durchzuführen, welche zum Vorstellungsgespräch geladen werden.⁷ Die Vermutung liegt nahe, dass dabei viele Bewerbungen im Vorfeld aussortiert werden.⁸ Die hierdurch entstehenden beruflichen Risiken für Bewerber zeigen die Notwendigkeit einer ausführli-

³ Vgl. zu den "klassischen" Instrumenten *Schimmelpfennig*, in: Röhrich [Hrsg.], *Methoden der Korruptionsbekämpfung* (2008), 35 (35ff.); *Hobenstatt/Stamer/Hinrichs*, NZA 2006, 1065 (1066ff.); *Thum/Szczesny*, BB 2007, 2405 (2406ff.).

⁴ Die Gutachten sind nur mit Einwilligung des Bewerbers zulässig, vgl. *Hobenstatt/Stamer/Hinrichs*, NZA 2006, 1065 (1070) und darüber hinaus relativ teuer und kommen daher nur bei einer engeren Bewerberauswahl in Betracht.

⁵ Microsoft-Studie zum Datenschutztag, S. 5, <http://go.microsoft.com/?linkid=9709255> (Abruf am 05.05.2011).

⁶ Ebd. S. 70.

⁷ Umfrage zu Haltung und Ausmaß der Internetnutzung von Unternehmen zur Vorauswahl bei Personalentscheidungen, S. 4, <http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Verbraucherschutz/InternetnutzungVorauswahlPersonalentscheidungen.html> (Abruf am 05.05.2011).

⁸ Vgl. *Ott*, MMR 2009, 158 (159).

chen rechtlichen Untersuchung der Zulässigkeit (II.) des Pre-Employment Due Diligence mit Hilfe des Web 2.0 sowie der Rechtsfolgen bei Verstößen (III.). Um später eine differenzierte Untersuchung zu ermöglichen, soll zunächst auf die Instrumente der Online-Recherche eingegangen werden.

I. Das Web 2.0 als Mekka der Informationsbeschaffung

Das Pre-Employment Due Diligence mit Hilfe des Internets wird vor allem anhand von Suchmaschinen und sozialer Netzwerke durchgeführt. Die durch eine Suchmaschinen-Recherche auffindbaren Auskünfte sind oft sehr umfangreich und umfassen z.B. Informationen aus Online-Ausgaben von Tageszeitungen und Magazinen, deren Archive meist frei verfügbar sind. Daneben können aber auch vom Nutzer selbst produzierte Inhalte, der User Generated Content⁹, erforscht werden, etwa veröffentlichte Videos auf Youtube oder Bilder auf Flickr. Auch vom Nutzer in sozialen Netzwerken offenbarte Informationen gehören zu diesem User Generated Content. Der Benutzer erstellt dort ein Profil, lädt ein Foto von sich hoch und offenbart eine Reihe persönlicher Informationen, etwa über Partnerschaft, Lebenslauf oder gar politische und religiöse Ansichten. Damit jedes Mitglied Herr seiner Daten bleibt, kann aber der Benutzer selbst bestimmen, welche Informationen wem freigegeben werden.

Solche soziale Netzwerke können in berufs- und freizeitorientierte Netzwerke unterschieden werden. Berufsorientierte Netzwerke wenden sich vor allem an Geschäftsleute, Angestellte und Selbstständige und dienen vorwiegend der Pflege und dem Knüpfen geschäftlicher Kontakte. Das in Deutschland am weitesten verbreitete berufsorientierte Netzwerk ist XING

⁹ Vgl. *Bieber/Eifert/Groß/Lamla*, in: dies. [Hrsg.], *Soziale Netze in der digitalen Welt* (2009), 11 (12).

mit insgesamt über zehn Millionen Mitgliedern.¹⁰ Die freizeitorientierten Netzwerke dienen dagegen der privaten Kommunikation.¹¹ Im Mittelpunkt stehen die Wiederbelebung verblasster Bekanntschaften, die Aufrechterhaltung bestehender Kontakte sowie das Suchen neuer Freunde. Marktführer im Bereich der freizeitorientierten Netzwerke ist mit weltweit über 500 Millionen¹² und deutschlandweit über 18 Millionen¹³ Mitgliedern Facebook.

Durch eine Recherche im Web 2.0 lässt sich eine Bewerberüberprüfung mit relativ wenig Personal- und Zeitaufwand für eine höhere Anzahl an Bewerbern durchführen. Da bei der Recherche vor allem die Informationen interessant sind, welche der Bewerber dem Arbeitgeber gerade nicht offenbaren möchte, sind hier vor allem die freizeitorientierten Netzwerke von großer Bedeutung. Freizeitorientierte Netzwerke sind durch eine umfassende Aufgabe der Anonymität¹⁴ geprägt und verraten so oftmals eine Reihe interessanter Details über den Bewerber. Denn das Besondere an diesen Informationen besteht darin, dass sie einen ausgeprägten personalen Bezug innehaben¹⁵ und der Nutzer sich damit oftmals eine "persönliche Öffentlichkeit"¹⁶ zur Selbstverwirklichung¹⁷ verschafft. Dem Personalentscheider wird dort die Möglichkeit bereitgestellt, sich ein umfassendes Persönlichkeitsbild, ein B-Profil, zu verschaffen. Die Nutzer der berufsorientierten Netzwerke dagegen richten sich sowieso an potenzielle Arbeitgeber und

¹⁰ http://corporate.xing.com/no_cache/deutsch/unternehmen/xing-ag/ (Abruf am 01.06.2011).

¹¹ Oberwetter, NJW 2011, 417 (417).

¹² <http://www.facebook.com/press/info.php?statistics> (Abruf am 05.05.2011).

¹³ <http://allfacebook.de/userdata/> (Abruf am 05.05.2011).

¹⁴ Vgl. Häusler, Soziale Netzwerke im Internet (2007), S. 34.

¹⁵ Vgl. Hünnekens, Die Ich-Sender - Das Social Media-Prinzip (2009), S. 87.

¹⁶ Schmidt, Das neue Netz (2009), S. 107f.

¹⁷ Vgl. Rofsnagel, in: Bieber u.a. [Hrsg.], Soziale Netze in der digitalen Welt (2009), S. 271.

offenbaren deshalb weniger einen Einblick in ihre Persönlichkeit, sondern versuchen vielmehr einen möglichst positiven geschäftlichen Eindruck zu erwecken.

II. Die Zulässigkeit des Pre-Employment Due Diligence mit Hilfe des Web 2.0

Der Rahmen einer zulässigen Internetrecherche wird durch verschiedene Vorgaben abgesteckt. Zum einen stellen die AGB der Plattform-Betreiber sozialer Netzwerke vertragsrechtliche Pflichten auf. Zum anderen schränkt das Verfassungsrecht sowie das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) die Informationsbeschaffung des Arbeitgebers ein. Im Folgenden soll dabei auf die geltende Fassung des BDSG und auf den derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes¹⁸ (BDSG-E) eingegangen werden.

1. Einschränkungen durch die AGB der Plattform-Betreiber

Die meisten sozialen Netzwerke schreiben in ihren AGB¹⁹ eine Anmeldung mit wirklichem Namen vor. Die Anmeldung des Arbeitgebers unter einem Pseudonym und somit ein verdecktes Recherchieren wird somit ausgeschlossen.²⁰ Darüber hinaus untersagen die AGB der freizeitorientierten Netzwerke die Nutzung für gewerbliche, geschäftliche oder kommerzielle Zwecke.²¹ Da die Online-Recherche einem geschäftlichen Zweck dient, ist sie in diesen Netzwerken untersagt. Die berufsorientierten Netzwerke da-

¹⁸ BT-Drucks 17/4230, 5ff.

¹⁹ Siehe weiterführend zu AGB von Web 2.0 Plattformen: *Härtling/Schätzle*, ITRB 2011, 40 (40ff.).

²⁰ *Forst*, NZA 2010, 427 (428).

²¹ Siehe stellvertretend Punkt 4.4 der Facebook-AGB (Stand: März 2011), <http://www.facebook.com/terms.php> (Abruf am 05.05.2011).

gegen verzichten ihrem Geschäftszweck entsprechend auf eine solche Einschränkung.

2. Die Online-Recherche im verfassungsrechtlichen Spannungsfeld

Die von der Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1, 12 GG umfasste Abschlussfreiheit gestattet es dem Arbeitgeber selbst zu entscheiden, ob und mit wem er ein Arbeitsverhältnis eingehen möchte.²² Um die richtige Einstellungsentscheidung treffen zu können, besteht eine grundsätzliche Informationsfreiheit zur Ermittlung der erforderlichen Tatsachen²³. Handelt es sich um allgemein zugängliche Quellen, steht dem Arbeitgeber zusätzlich die Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG zu.

Dem steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bewerbers aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber.²⁴ Das Aufeinandertreffen der unternehmerischen Freiheit und des Persönlichkeitsrechts macht einen interessengerechten Ausgleich notwendig. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, das allgemeine Persönlichkeitsrecht - auch aufgrund seines Menschenwürdegehalts - vor Verletzungen durch private Dritte zu schützen.²⁵ Da aber auch der Arbeitgeber eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit ausübt, muss sich der staatliche Eingriff am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.

²² *Buchner*, NZA 1991, 577 (579).

²³ BAG NZA 1986, 635 (635); *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt [Hrsg.], Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (10. Auflage 2010), § 611 BGB Rn. 271.

²⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43).

²⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig [Begr.], Grundgesetz Kommentar (Stand: Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 135.

3. Zulässigkeit nach dem geltenden BDSG

Die im September 2009 neu in Kraft getretene Regelung in § 32 BDSG sollte ein erster Schritt hin zu einem verbesserten Arbeitnehmerdatenschutz sein.

Das BDSG gilt nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen, soweit sie die Daten mit Datenverarbeitungsanlagen oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder erheben und ist somit im Rahmen der Online-Recherche durch privatwirtschaftliche Arbeitgeber anwendbar.²⁶

a. Systematik des BDSG

Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist eine Erhebung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet, oder aber der Betroffene eingewilligt hat.

Liegt diese Voraussetzung vor, muss anschließend der in § 4 Abs. 2 BDSG verankerte Grundsatz der Direkterhebung beachtet werden. Demnach müssen personenbezogene Daten immer beim Betroffenen selbst erhoben werden. Hierfür muss er entweder Kenntnis von der Erhebung haben oder aber selbst mitwirken.²⁷ Allerdings kann von diesem Grundsatz unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 2 BDSG abgewichen werden. Da die Online-Recherche meist ohne Kenntnis, auf jeden Fall aber ohne Mitwirkung des Betroffenen durchgeführt wird, muss zuerst eine einschlägige Erlaubnisnorm gemäß § 4 Abs. 1 BDSG gefunden und sodann über-

²⁶ Forst, NZA 2010, 427 (429).

²⁷ Sokol, in: Simits [Hrsg.], Bundesdatenschutzgesetz (6. Aufl. 2006), § 4 Rn. 20.

prüft werden, ob auch eine Ausnahme vom Grundsatz der Direkterhebung nach § 4 Abs. 2 S. 2 BDSG einschlägig ist.

b. Einwilligung, § 4a i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG

Veröffentlicht der Bewerber vor einer Bewerbung Daten über seine Person im Internet, so könnte dies als konkludente Einwilligung²⁸ zur Erhebung dieser Daten durch den Arbeitgeber ausgelegt werden. Allerdings fehlt dann der vor der Einwilligung erforderliche Hinweis des Arbeitgebers auf den Zweck der Erhebung und die Folgen der Versagung des Einverständnisses gem. § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG. Eine solche konkludente Einwilligung scheidet daher aus.

In Betracht könnte aber die Einwilligung dann kommen, wenn der Arbeitgeber - z.B. in der Stellenausschreibung - auf eine Online-Recherche hinweist und durch die anschließende Bewerbung eingewilligt wird. In einem solchen Fall erfolgte die Einwilligung zumindest in Kenntnis der Zwecke der Erhebung. Allerdings muss eine Einwilligung nach § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG auch auf der freien Entscheidung des Bewerbers beruhen. Aufgrund des wirtschaftlichen und sozialen Ungleichgewichts von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird jedoch die Freiwilligkeit einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis bezweifelt.²⁹ Gerade im Anbahnungsverhältnis treten Bewerber in Konkurrenz zueinander und müssen fürchten, ohne Einwilligung generell nicht eingestellt zu werden. Daher kann von einer

²⁸ Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert [Hrsg.], Bundesdatenschutzgesetz (3. Aufl. 2010), § 4a Rn. 16.

²⁹ Taeger, in: Taeger/Gabel [Hrsg.], Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz (1. Aufl. 2010), § 4a Rn. 60 m.w.N.

Freiwilligkeit keine Rede sein.³⁰ Eine Einwilligung als Rechtsgrundlage einer Online-Recherche scheidet daher aus.

c. Das Verhältnis von § 32 Abs. 1 BDSG zu § 28 Abs. 1 BDSG

Der dritte Abschnitt des BDSG gilt nach § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen. Für die Online-Recherche kommen zwei Rechtsgrundlagen des dritten Abschnitts in Betracht. Einerseits stellt § 28 Abs. 1 BDSG drei Tatbestandsalternativen zur Datenerhebung zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke bereit, nämlich zur Begründung eines Schuldverhältnisses (Nr. 1), zur Wahrung berechtigter Interessen, soweit kein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen besteht (Nr. 2) sowie dann, wenn die erhobenen Daten allgemein zugänglich sind und kein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der erhebenden Stelle offensichtlich überwiegt (Nr. 3).

Andererseits könnte auch der Erlaubnistatbestand des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG einschlägig sein. Dieser regelt das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von personenbezogenen Daten eines Beschäftigten und erklärt dies für zulässig, soweit es für Zwecke der Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Beschäftigte sind gemäß § 3 Abs. 11 Nr. 7 BDSG auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Zweck der Datenerhebung bei der Online-Recherche ist das Treffen einer richtigen Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. Die

³⁰ *Rolf/Rötting*, RDV 2009, 263 (267); *Oberwetter*, BB 2008, 1562 (1563); *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* [Hrsg.], BDSG (1. Aufl. 2010), § 4a Rn. 60; a.A. *Forst*, NZA 2010, 427 (429).

erforderliche Zweckbestimmung des § 32 Abs. 1 BDSG liegt also vor und sein Anwendungsbereich wäre im Rahmen der Online-Recherche eröffnet.

Seit der Einführung des § 32 BDSG ist umstritten, inwieweit der § 32 BDSG den § 28 Abs. 1 BDSG verdrängt. Da eine Anwendung des § 28 Abs. 1 BDSG unter Umständen deutlich niedrigere Anforderungen an die Zulässigkeit der Datenerhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen zur Folge hätte, muss vor einer Untersuchung der einschlägigen Erlaubnistatbestände zuerst das Verhältnis der beiden Normen geklärt werden.

Nach allgemeiner Ansicht wird § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG verdrängt, da § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG die Erhebung personenbezogener Daten zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses und insofern eines konkretisierten Schuldverhältnisses regelt.³¹ Unterschiedliche Auffassungen gibt es dagegen bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG sowie bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG. Einige Stimmen in der Literatur halten diese beiden Tatbestandsalternativen weiterhin für anwendbar³², da die Gesetzesbegründung davon ausgehe, dass beide von § 32 Abs. 1 BDSG unberührt bleiben.³³ Darüber hinaus solle ein Vorrang des § 32 Abs. 1 BDSG die frühere Rechtslage grundlegend ändern, wonach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG eine Internetrecherche erlaubt habe³⁴, was der Gesetzgeber aber gerade nicht mit Einführung des § 32 Abs. 1 BDSG beabsichtigt habe.³⁵

³¹ Forst, NZA 2010, 427 (430); Däubler, in: Däubler u.a. [Hrsg.], BDSG (3. Aufl. 2010), § 32 Rn. 7.

³² Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433 (2437); Forst, NZA 2010, 427 (430); Rolff/Rötting, RDV 2009, 263 (264f.)

³³ Forst, NZA 2010, 427 (430); Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433 (2437).

³⁴ Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433 (2437).

³⁵ Rolff/Rötting, RDV 2009, 263 (264f.); Bissels/Lützelers/Wisskirchen, BB 2010, 2433 (2437); ähnlich Grentzenberg/Schreibauer/Schuppert, K&R 2009, 535 (540).

Zwar wird in der Begründung ausgeführt, dass durch § 32 Abs. 1 BDSG der "§ 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 im Hinblick auf Beschäftigungsverhältnisse konkretisiert und insoweit verdrängt"³⁶ wird und somit nicht ausdrücklich auf § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG verwiesen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass diese beiden Varianten nicht auch verdrängt werden. Denn weiter unten führt die Begründung aus, dass § 28 Abs. 1 BDSG insgesamt keine Anwendung mehr findet, wenn personenbezogene Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben werden.³⁷ Der Wille des Gesetzgebers, dem § 32 Abs. 1 BDSG dann Vorrang einzuräumen, wenn Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben werden, wird hierdurch deutlich gemacht. Auch der Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die geltende Rechtslage nicht ändern wolle, überzeugt nicht. Laut Gesetzesbegründung soll § 32 BDSG nur "die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern".³⁸ Die alte Rechtslage zu § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG kann aber nicht zu den von der "Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätzen" gezählt werden. Darüber hinaus stellt § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Var. 1 deutlich geringere Anforderungen an die Datenerhebung als § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG.³⁹ Eine solche Umgehung des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist nicht mit der Absicht des Gesetzgebers vereinbar, den Arbeitnehmerdatenschutz zu stärken.⁴⁰ Bei

³⁶ BT-Drucks 16/13657, 34.

³⁷ Ebd. 35.

³⁸ Ebd.

³⁹ *Zöll*, in: Taeger/Gabel [Hrsg.], BDSG (1. Aufl. 2010), § 32 Rn. 7.

⁴⁰ Vgl. BT-Drucks 16/13657, 34.

Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 32 Abs. 1 BDSG kann deshalb der gesamte § 28 Abs. 1 BDSG keine Geltung mehr beanspruchen.⁴¹

d. Zulässigkeit der Online-Recherche nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG
Wie bereits festgestellt, ist der Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG im Rahmen der Online-Recherche grundsätzlich eröffnet.

Für eine zulässige Online-Recherche müsste die Datenerhebung allerdings für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein. Hierbei ist zu beachten, dass der Prüfungsumfang nicht nur die Erforderlichkeit umfasst, sondern über den Wortlaut hinaus die allgemeine Verhältnismäßigkeit.⁴² Im Ergebnis soll die Verhältnismäßigkeit mit den von der Rechtsprechung und dem AGG aufgestellten Schranken zum Fragerecht identisch sein.⁴³ Insofern muss der Arbeitgeber also ein "berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse"⁴⁴ an der Information besitzen, wovon dann auszugehen ist, wenn sein Informationsinteresse gewichtiger als das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist.⁴⁵ Generell zulässig ist die Einholung von Informationen über fachliche Informationen, Prüfungsergebnisse und den beruflichen Werdegang.⁴⁶ Generell untersagt ist die Recherche von Informationen, die sich auf verbotene Merkmale im Sinne des § 1 AGG beziehen, wie beispielsweise nach

⁴¹ Im Ergebnis zustimmend: *Däubler*, in: Däubler u.a. [Hrsg.], BDSG (3. Aufl. 2010), § 32 Rn. 8; *Franzen*, RdA 2010, 257 (260); *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914 (2922); *Schmidt*, DuD 2010, 207 (209); *Bierekoven*, CR 2010, 203 (205f.); *Gola/Jaspers*, RDV 2009, 212 (213f.).

⁴² *Forst*, NZA 2010, 427 (429); *Thüsing*, NZA 2009, 865; *Wank*, in: Müller-Glöge u.a. [Hrsg.], Erfurter Kommentar (11. Aufl. 2011), § 32 Rn. 6.

⁴³ *Gola*, CuA 3/2010, 31 (31); *Zöll*, in: Taeger/Gabel [Hrsg.], BDSG (1. Aufl. 2010), § 32 Rn. 19; *Rolf/Rötting*, RDV 2009, 263 (264).

⁴⁴ BAGE 81, 120 (123).

⁴⁵ BAG NZA 1985, 57 (57).

⁴⁶ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht (9. Aufl. 2010), Rn. 153.

der sexuellen Identität oder der ethnischen Herkunft, wenn diese nicht ausnahmsweise gemäß §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt ist. Auch Informationen über eine Gewerkschaftszugehörigkeit⁴⁷ oder eine Schwangerschaft sind tabu⁴⁸, ebenso die politische oder religiöse Einstellung. Letzteres kann aber von sogenannten Tendenzunternehmen (z.B. Kirche, Partei) erfragt werden.⁴⁹

Der § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG kann also grundsätzlich die Rechtsgrundlage einer Online-Recherche nach solchen Informationen sein, welche vom Fragerecht des Arbeitgebers umfasst sind. Die Einholung von nicht vom Fragerecht umfassten Informationen oder gar die Anfertigung eines Persönlichkeitsprofils ist hierdurch allerdings nicht gedeckt.⁵⁰

Werden über das Internet vom Fragerecht umfasste Informationen eingeholt, muss zusätzlich der Grundsatz der Direkterhebung beachtet werden. Einerseits könnte § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2a Var. 2 BDSG die Erhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen rechtfertigen. Hierfür müsste der Geschäftszweck die Erhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen erforderlich machen. Der Geschäftszweck der Online-Recherche kann einerseits die Überprüfung und Vervollständigung der Bewerberangaben und andererseits das Gewinnen eines über die Bewerbung hinausgehenden Eindrucks für eine sichere Einstellungsentscheidung sein. Gibt es Hinweise darauf, dass die Angaben des Bewerbers unrichtig sind, wird eine Erhebung ohne

⁴⁷ Wank, in: Müller-Glöge u.a. [Hrsg.], Erfurter Kommentar (11. Aufl. 2011), § 32 Rn. 9.

⁴⁸ BAG NZA 1993, 257 (257).

⁴⁹ Eschenbacher, Datenerhebung im arbeitsrechtlichen Vertragsanbahnungsverhältnis (1. Aufl. 2008), S. 129.

⁵⁰ Wank, in: Müller-Glöge u.a. [Hrsg.], Erfurter Kommentar (11. Aufl. 2011), § 32 BDSG Rn. 8.

Mitwirkung des Betroffenen als erforderlich angesehen.⁵¹ Darüber hinaus kann diese erforderlich sein, wenn wichtige Informationen in der Bewerbung vergessen wurden. Ob auch die Einholung eines über die Bewerbung hinausgehenden Eindrucks für den Geschäftszweck erforderlich sein kann, ist zweifelhaft. Ein über die Bewerbung hinausgehendes Bild ist nur dann lohnenswert, wenn Informationen eingeholt werden, die nicht vom Fragerecht umfasst sind. Aus systematischen Gesichtspunkten kann aber die Ausnahmevorschrift vom Grundsatz der Direkterhebung nicht ein weitergehendes Informationsrecht begründen als die eigentliche Rechtsgrundlage der Erhebung der Datenerhebung unmittelbar beim Betroffenen i. S. d. § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG. Deshalb kann die Einholung eines über die Bewerbung hinausgehenden Bildes für den Geschäftszweck nicht erforderlich sein.⁵²

Andererseits könnte die Datenerhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2b BDSG erfordern und deshalb die Erhebung ohne seine Mitwirkung erlauben. Die vom Fragerecht umfassten Informationen direkt vom Bewerber zu erhalten ist in den allermeisten Fällen nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Auch verbietet es wiederum die Systematik, eine Erweiterung der Datenerhebung auf nicht schon vom Fragerecht umfasste Informationen zuzulassen. Somit ist festzuhalten, dass eine Erhebung ohne Mitwirkung des Betroffenen bei einem Verdachtsmoment zur Überprüfung oder zur Vervollständigung der Angaben des Bewerbers in Frage kommt.

Als weitere Voraussetzung dürften nach § 4 Abs. 2 S. 2 BDSG keine Anhaltspunkte bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des

⁵¹ Weichert, in: Däubler u.a. [Hrsg.], BDSG (3. Aufl. 2010), § 4 Rn. 8; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz (10. Aufl. 2010), § 4 Rn. 27.

⁵² A.A. wohl Forst, NZA 2010, 427 (431f.).

Bewerbers beeinträchtigt werden. Bei einer Online-Recherche mit Hilfe von Suchdiensten wird der Arbeitgeber in vielen Fällen auch Informationen erhalten, die mit dem infrage stehenden Arbeitsplatz in keinerlei Zusammenhang stehen und nicht von seinem Fragerecht umfasst sind.⁵³ Darüber hinaus ist es oftmals fraglich, ob die Angaben, die der Arbeitgeber im Internet entdeckt, überhaupt richtig sind und insofern einer Überprüfung dienen. Gerade Personen, die weit verbreitete Namen tragen, können der Gefahr unvorteilhafter Verwechslungen ausgesetzt sein. Daneben ist in freizeitorientierten Netzwerken oft eine Vielzahl von Informationen zugänglich, die nicht vom Fragerecht umfasst sind und keinen Zusammenhang zur Tätigkeit aufweisen. Insofern bestehen bei Daten aus Suchdiensten und freizeitorientierten Netzwerken gewichtige Anhaltspunkte für überwiegende Interessen des Beschäftigten. Bei den berufsorientierten Netzwerken bestehen diese Einwände allerdings nicht. Dort werden überwiegend Informationen aus der beruflichen Sphäre veröffentlicht, die im Zusammenhang mit einer geplanten Tätigkeit stehen. Daher gibt es bei berufsorientierten Netzwerken keine Anhaltspunkte für überwiegende entgegenstehende Interessen des Beschäftigten.

e. Ergebnis nach derzeitiger Rechtslage

Festzuhalten ist daher, dass ein Pre-Employment Due Diligence mit Hilfe des Web 2.0 nach der derzeitigen Rechtslage nur durch § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG i.V.m. § 4 Abs. 2. S. 2 BDSG und nur in sehr engen Grenzen gerechtfertigt werden kann.⁵⁴ Zulässig ist lediglich eine Recherche in berufs-

⁵³ Vgl. *Rolf/Rötting*, RDV 2009, 263 (264).

⁵⁴ A.A. *Forst*, NZA 2010, 427 (431); *Lelley*, Compliance im Arbeitsrecht (1. Aufl. 2010), Rn. 186.

orientierten Netzwerken und die Überprüfung und Ergänzung von Informationen, die vom Fragerecht des Arbeitgebers umfasst sind.

4. Rechtslage nach dem Entwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes

Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes⁵⁵ befindet sich derzeit (Mai 2011) im parlamentarischen Beschlussverfahren. Der Entwurf enthält in § 32 BDSG-E unter anderem eine Neuregelung der Datenerhebung im Einstellungsverfahren und geht dabei auch explizit auf die Internetrecherche ein.

a. Überblick über die Neuregelung der Datenerhebung zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses in § 32 BDSG-E

Der Ausgangspunkt der Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes ist § 27 Abs. 3 BDSG-E, nach welchem die §§ 32 - 32 I BDSG-E als Spezialregelung für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses gelten. Durch § 27 Abs. 3 BDSG-E wird nunmehr unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass § 28 Abs. 1 BDSG für diese Zwecke keine Geltung entfaltet.⁵⁶

Die Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses soll nun umfassend in § 32 BDSG-E geregelt werden. In den Absätzen 1-5 wird das Fragerecht des Arbeitgebers normiert, das sich im Ergebnis mit der Rechtsprechung des BAG zum Fragerecht decken soll.⁵⁷ Das bereits in § 4 Abs. 2 BDSG geregelte Gebot der Direkterhebung wird in § 32 Abs. 6

⁵⁵ BT-Drucks 17/4230, 5ff.

⁵⁶ Ebd. 14.

⁵⁷ Ebd. 15.

BDSG-E konkretisiert. Demnach sind Beschäftigtendaten unmittelbar bei dem Beschäftigten zu erheben. Jedoch darf der Arbeitgeber Daten ohne Mitwirkung des Beschäftigten erheben, soweit sie allgemein zugänglich sind, § 32 Abs. 6 S. 2 BDSG-E. Voraussetzung dafür soll aber sein, dass er den Beschäftigten vor der Erhebung darauf hingewiesen hat. Eine heimliche Recherche wird somit untersagt. Den Hinweis kann der Arbeitgeber beispielsweise bereits der Stellenanzeige beifügen.⁵⁸

Darüber hinaus darf der Bewerber kein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Erhebung innehaben, welches das berechnete Interesse des Arbeitgebers überwiegt. In § 32 Abs. 6 S. 3 BDSG-E wird diesbezüglich die unwiderlegbare Vermutung aufgestellt, dass bei Daten aus "sozialen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen", das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten überwiegt. Dies soll aber nicht bei sozialen Netzwerken, "die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind" gelten. Schließlich stellt § 32 Abs. 6 S. 5 BDSG-E klar, dass in Absatz 6 nur die Informationsquellen festgelegt werden. Eine Erweiterung des in § 32 Abs. 1-5 BDSG-E gezogenen Umfangs des Fragerechts des Arbeitgebers durch die Recherche in öffentlichen Quellen ist daher nicht möglich.

b. Die Zulässigkeit der Online-Recherche nach § 32 BDSG-E
Zunächst stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Recherche über Suchmaschinen. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass im Internet bei bestimmungsgemäßer Nutzung für jeden abrufbare Daten grundsätzlich allgemein zugänglich sind. Dies solle insbesondere dann gelten, wenn diese

⁵⁸ BT-Drucks 17/4230, 16.

Daten über Suchmaschinen auffindbar sind.⁵⁹ Dem ist zuzustimmen. Allgemein zugänglich sind Daten im Sinne des Datenschutzrechts, wenn sie sich sowohl nach Zielsetzung als auch Publikationsform zur Information eines individuell nicht bestimmbar Personenkreises eignen.⁶⁰ Im Internet frei verfügbare Daten dienen der Information eines nicht bestimmbar Personenkreises und sind daher allgemein zugänglich. Wann aber überwiegt das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung das berechtigte Interesse des Arbeitgebers? Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse, sich über einen Bewerber zu informieren. So könnten zum Beispiel Publikationen des Bewerbers oder Berichte über frühere Tätigkeiten im Internet verfügbar sein. Ein überwiegendes Interesse des Bewerbers sollte daher erst dann angenommen werden, wenn die online eingeholten Informationen in keinerlei Bezug zu den fraglichen Tätigkeiten des Beschäftigten stehen oder wenn die Daten schon vor Jahren eingestellt wurden. Auch der Kontext und die Frage, ob der Beschäftigte eine Kontrolle über die Veröffentlichung hatte, kann berücksichtigt werden.⁶¹

Weil die in sozialen Netzwerken veröffentlichten Daten nur nach einer Anmeldung einsehbar sind, wird in der Literatur teilweise die allgemeine Zugänglichkeit verneint, da die Daten nur einem geschlossenen Personenkreis zur Kenntnis gebracht würden.⁶² Werden persönliche Daten in ein soziales Netzwerk eingestellt und innerhalb dessen jedem anderen Mitglied zur Verfügung gestellt, so informieren diese, ihrer Zielsetzung und Publika-

⁵⁹ BT-Drucks 17/4230, 16.

⁶⁰ *Simitis*, Bundesdatenschutzgesetz (6. Auflage 2006), § 28 Rn. 189; vgl. auch die Definition der allgemein zugänglichen Informationsquelle nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, BVerfGE 103, 44 (60).

⁶¹ BT-Drucks 17/4230, 16.

⁶² *Forst*, NZA 2010, 427 (431); *Novara/Ohrmann*, AuA 2011, 145 (146).

tionsform gemäß, eine nicht bestimmbare Anzahl von Personen, nämlich potentiell Millionen von Mitgliedern. Auch ist bereits anzuzweifeln, ob es sich um einen "geschlossenen Personenkreis" handelt. Die Anmeldung für soziale Netzwerke ist ohne großen Aufwand und für jedermann möglich und somit keine faktische Zugangsbeschränkung.⁶³ Daten, die in sozialen Netzwerken jedem Mitglied offenbart wurden, sind daher tatsächlich für jedermann abrufbar und allgemein zugänglich. Werden die Daten dagegen nur "Freunden" im Netzwerk offenbart, so ist der Personenkreis individuell bestimmbar. Die Daten sind dann nicht allgemein zugänglich.⁶⁴

Für die Interessenabwägung im Rahmen der Recherche in sozialen Netzwerken trifft § 32 Abs. 6 S. 3 BDSG-E besondere Regelungen. Grundsätzlich überwiegt das Interesse des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung von Daten aus sozialen Netzwerken. Dies gilt jedoch nach § 32 Abs. 6 S. 3 Hs. 2 BDSG-E nicht für berufsorientierte Netzwerke. Zwar muss bei der Recherche in diesen Netzwerken auch eine Interessenabwägung erfolgen.⁶⁵ Da aber dort vor allem Informationen bereitgestellt werden, die einen Bezug zur beruflichen Sphäre aufweisen, wird meist kein überwiegendes Interesse des Beschäftigten anzunehmen sein. Eine Online-Recherche in berufsorientierten Netzwerken ist somit meist zulässig.

c. Ergebnis der Zulässigkeit nach geplanter Rechtslage

Im Ergebnis ist also die Online-Recherche mit Hilfe von Suchdiensten und in berufsorientierten Netzwerken nach dem Gesetzentwurf zulässig, wenn

⁶³ Vgl. *Bissels/Lützelner/Wisskirchen*, BB 2010, 2433 (2437); *Oberwetter*, BB 2008, 1562 (1564).

⁶⁴ Bei der Offenbarung der Daten für "Freunde von Freunden" dürfte der Personenkreis dagegen nicht mehr individuell bestimmbar sein, vgl. *Gennen/Kremer*, ITRB 2011, 59 (61).

⁶⁵ *Oberwetter*, NJW 2011, 417 (418).

keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten entgegenstehen und der Umfang des Fragerechts immer eingehalten wird. Bei berufsorientierten Netzwerken werden zumeist keine überwiegenden Interessen des Beschäftigten vorliegen. Die Recherche in freizeitorientierten Netzwerken ist ausnahmslos unzulässig, ebenso eine Recherche im Internet ohne vorherigen Hinweis auf die Erhebung allgemein zugänglicher Daten.

5. Vergleich der geltenden und geplanten Rechtslage

Mit der geltenden Rechtslage und dem Entwurf zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes wurden zwei Versuche des Gesetzgebers unternommen, die Persönlichkeitsrechte von Bewerbern durch an Arbeitgeber gerichtete Verhaltensnormen vor Verletzungen zu schützen. Obwohl in letzter Zeit immer wieder Forderungen nach einer gesetzlichen Einschränkung der Online-Recherche bei der Personalauswahl erhoben wurden⁶⁶, ist diese schon nach geltender Rechtslage nur in absoluten Ausnahmefällen möglich. Aufgrund der hohen Anforderungen des § 32 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BDSG ist lediglich eine Recherche in berufsorientierten Netzwerken und zur Überprüfung und Ergänzung von Informationen, die vom Fragerecht des Arbeitgebers umfasst sind, zulässig. Indem § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BDSG bereits Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung des überwiegenden Interesses des Betroffenen genügen lässt, wird die Recherche über Suchdienste nach geltender Rechtslage praktisch komplett untersagt. Diese Regelung beschränkt das Informationsrecht des Arbeitgebers aus allgemein zugänglichen Quellen unverhältnismäßig. Ein nach geltender Rechtslage

⁶⁶ Vgl. ein Interview mit Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, <http://www.sueddeutsche.de/politik/leutheusser-schnarrenberger-im-gespraech-personalchefs-duerfen-bewerber-nicht-ausforschen-1.973289>, Erstellung am 12.07.2010 (Abruf am 15.05.2011).

praktisch gänzlicher Ausschluss der Recherche allgemein zugänglicher Daten trägt dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, sich über Bewerber zu informieren, keinerlei Rechnung mehr.

Auch die geplanten Änderungen des Beschäftigtendatenschutzes werden in neuesten Veröffentlichungen aufgrund einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Informationsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG kritisiert⁶⁷ und für verfassungswidrig gehalten.⁶⁸ Dem ist aber zu entgegen, dass der Entwurf es dem Arbeitgeber grundsätzlich erlaubt, sich aus allgemein zugänglichen Quellen über den Bewerber zu unterrichten. Dies wird aber einerseits durch die Verpflichtung zum Hinweis auf eine solche Erhebung eingeschränkt. Der Hinweis dient der Schaffung einer gewissen Vertrauensbasis im Vorfeld des Beschäftigungsverhältnisses. Die Recherche findet dann nicht mehr heimlich statt. Daneben wird durch die sinnvolle Verpflichtung⁶⁹ zum Hinweis der Bewerber davor gewarnt, sich allzu freizügig im Internet zu bewegen und eine Bereinigung der Online-Reputation vor der Bewerbung ermöglicht.⁷⁰ Daneben schränkt das Verbot der Recherche in freizeitorientierten Netzwerken die Informationsfreiheit des Arbeitgebers zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Bewerbers ein. Die dort eingestellten Daten haben meist keinen unmittelbaren Bezug zur Tätigkeit und sind der Privatsphäre des Bewerbers zuzurechnen. Bereits die Beschränkungen des Informationsrechts des Arbeitgebers durch die Grundsätze zum Fragerecht zeigen: Arbeitgeber haben keinen Anspruch auf die Beschaffung von Informationen, die für das konkrete

⁶⁷ *Novara/Ohrmann*, AuA 2011, 145 (146).

⁶⁸ *Lelley/Müller*, RDV 2011, 59 (61f.), die die geplante Regelung ausführlich hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit überprüfen.

⁶⁹ *A.A. Novara/Ohrmann*, AuA 2011, 145 (146), die den Hinweis für überflüssig halten.

⁷⁰ *Forst*, NZA 2010, 1043 (1045).

Arbeitsverhältnis keinen Bezug aufweisen. Aber genau um solche Informationen handelt es sich in freizeitorientierten Netzwerken gerade. Einer Erlaubnis des heimlichen Ausspähöns von Bewerbern Vorrang vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Bewerber aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG einzuräumen, das immerhin einen Menschenwürdegehalt innehat⁷¹, erscheint mir nicht angezeigt.⁷² Das dort vorgesehene Recherche-Verbot ist daher nicht unverhältnismäßig.

Durch die Neuregelung werden an die Erhebung allgemein zugänglicher Daten geringere Anforderungen als nach geltender Rechtslage gestellt und gleichzeitig das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen berücksichtigt. Somit findet ein verhältnismäßiger Interessenausgleich statt. Die weitgehende Erlaubnis der Recherche in berufsorientierten Netzwerken liegt im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien und ist sinnvoll.

III. Rechtsfolgen unzulässiger Datenerhebung im Auswahlverfahren

1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Welche Konsequenzen kann nun eine unzulässig durchgeführte Bewerberüberprüfung zur Folge haben? Zunächst kommen strafrechtliche Folgen in Betracht. Verstöße gegen Vorschriften des BDSG können gemäß §§ 43, 44 BDSG sanktioniert werden. Da allerdings die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch im Internet recherchierten Daten allgemein zugänglich sind, ist insbesondere der § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 BDSG nicht einschlägig. Darüber hinaus ist auch keine Vorschrift aus dem Katalog des § 43 BDSG auf einen Verstoß gegen § 32 Abs. 1 BDSG anwendbar. Auch der Geset-

⁷¹ BVerfGE 54, 148 (153).

⁷² A.A. *Lelley/Müller*, RDV 2011, 59 (61f.).

zesentwurf zum neuen Beschäftigtendatenschutz sieht keine strafrechtlichen Sanktionen eines Verstoßes vor. Diese kommen nur in Betracht, wenn nicht allgemein zugängliche Daten erhoben wurden, beispielsweise durch Beschaffen eines fremden Passwortes oder durcherspähnen nur "Freunden" freigegebener Informationen.⁷³

2. Zivilrechtliche Folgen

a. Folgen im Zusammenhang mit den AGB sozialer Netzwerke

Nutzt ein Arbeitgeber ein soziales Netzwerk unbefugt für geschäftliche Zwecke, kommt ein Unterlassungsanspruch des Netzwerks gegen den Arbeitgeber aus § 1004 BGB analog in Verbindung mit den AGB der Netzbetreiber in Frage.⁷⁴ Entsteht darüber hinaus dem Betreiber ein Schaden durch die unbefugte Nutzung, etwa durch Austritte von Nutzern und dadurch verursachte sinkende Werbeeinnahmen, kommt ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.⁷⁵ Ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Klage auf Schadensersatz ist allerdings festzuhalten, dass angesichts der exorbitant hohen Nutzeranzahl der sozialen Netzwerke es praktisch ausgeschlossen sein dürfte, dass die Betreiber die Einhaltung ihrer AGB tatsächlich durchsetzen können. Ob ein Personalentscheider seinen privaten Account für eine geschäftliche oder private Online-Recherche benutzt, ist für den Betreiber überhaupt nicht feststellbar. Schadensersatzansprüche der Betreiber gegen Arbeitgeber dürften daher eher im Bereich des Theoretischen verortet werden.

⁷³ Vgl. *Oberwetter*, BB 2008, 1562 (1565).

⁷⁴ *Forst*, NZA 2010, 427 (432).

⁷⁵ Ebd.

Zu denken wäre aber auch an einen Schadensersatzanspruch des Bewerbers gegen den Netzwerkbetreiber nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Vernachlässigt der Betreiber die Kontrolle der Einhaltung seiner AGB und nimmt so die geschäftliche Nutzung der dort verfügbaren persönlichen Daten der Mitglieder in Kauf, könnte darin eine Verletzung des Integritätsinteresses des Bewerbers aus § 241 Abs. 2 BGB zu sehen sein. Allerdings stellt sich hier die Frage eines Verschuldens der Betreiber insbesondere dahingehend, ob es überhaupt möglich ist, mehrere Millionen Mitglieder auf die Einhaltung der AGB zu überprüfen und welcher personelle und damit finanzielle Aufwand hierbei geleistet werden müsste. Daneben dürfte die größte Hürde eines Schadensersatzanspruchs wiederum eine praktische sein: Da der Background-Check im Verborgenen geschieht wird der Bewerber in fast allen Fällen niemals erfahren, dass er aufgrund einer unzulässigen Online-Recherche abgelehnt wurde. Einen wirksamen Schutz der in sozialen Netzwerken angemeldeten Bewerber vermögen deren AGB also nicht zu vermitteln.

b. Ansprüche des Bewerbers gegen den Arbeitgeber

Arbeitgeber und Bewerber befinden sich während des Auswahlverfahrens in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber verletzt durch eine unzulässige Online-Recherche seine vorvertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB. Der Bewerber muss jedoch beweisen, dass er ohne die unzulässige Recherche eingestellt worden wäre. Erst dann kann im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch begründet sein.⁷⁶ Wurden allerdings Daten erhoben, die sich auf Merkmale des § 1 AGG beziehen und gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG versto-

⁷⁶ Forst, NZA 2010, 427 (433).

ßen, trifft nach § 15 Abs. 1 AGG den Arbeitgeber die Beweislast. Die Gefahr einer Schadensersatzpflicht ist dann wesentlich höher.⁷⁷

IV. Fazit

Dass das Internet Risiken für Persönlichkeitsrechte birgt, ist schon lange bekannt. Dabei ist nicht nur die Politik dazu aufgerufen, an einer Eindämmung der Gefahren mitzuwirken. Der Anspruch, den negativen Folgen des Web wirksam entgegenzutreten, muss sich allerdings an der Wirklichkeit messen lassen. Es scheint so, als sei die rasante und globale Ausweitung des Internets immer einen Schritt voraus. Wie kann ein wirksamer Schutz dann überhaupt eingerichtet werden? Helfen gesetzliche Regelungen am besten? Sind technische Schutzvorrichtungen oder gar eine aufklärerische Informationspolitik wirkungsvoller?

Im Rahmen der Online-Recherche im Einstellungsverfahren ist die Frage berechtigt, wie effektiv Verhaltensnormen sein können, deren Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung einen derart geringen Umfang aufweisen. Denn einerseits ist es rein faktisch beinahe unmöglich, eine Online-Recherche des Arbeitgebers nachzuvollziehen, geschweige denn zu beweisen. Viele Bewerbungen werden im Vorfeld aussortiert.⁷⁸ Wird eine unzulässige Recherche doch einmal bemerkt, sieht das BDSG sowie der Gesetzentwurf keine ernsthaften Sanktionen vor. Es ist zu bezweifeln, dass einzig die eher theoretische Möglichkeit des Bewerbers auf Schadensersatz eine abschreckende Wirkung auf Personalentscheider entfaltet. Darüber hinaus kann eine Interessenabwägung, ob Daten überhaupt recherchiert werden dürfen, immer erst dann erfolgen, wenn bereits recherchiert wurde.

⁷⁷ Forst, NZA 2010, 427 (432).

⁷⁸ Frijia, CuA 12/2009, 33 (33); vgl. auch Ott, MMR 2009, 158 (159).

Findet der Arbeitgeber Informationen, die nicht vom Fragerecht umfasst sind, erscheint es weltfremd anzunehmen, dass diese Daten bei der Einstellungsentscheidung ausgeblendet werden. Daher muss leider festgestellt werden, dass die geltende Rechtslage und die geplanten Änderungen - so sehr sie sich auch bemühen mögen, einen gerechten Ausgleich zwischen Informationsinteresse und Persönlichkeitsrecht zu schaffen - wohl keinen wirksamen und tatsächlichen Schutz für Bewerber bieten.

Was aber kann dann wirksam Verletzungen des Persönlichkeitsrechts im Internet verhindern? Nahe liegt die Aufforderung, keine oder so wenig Informationen wie möglich im Netz zu hinterlassen. Auch soweit man dies grundsätzlich befürworten kann, sollte man bedenken, dass, in Anbetracht der weiter schreitenden Digitalisierung der Arbeitswelt, diese Alternative für den Bewerber oftmals auch Nachteile mit sich bringen kann. Zweckmäßig erscheint es, die Vermittlung einer hohen Medienkompetenz zu stärken. Jeder, der sich im World Wide Web bewegt, muss sich bewusst werden, welche Spuren er hinterlässt und welche Konsequenzen daraus folgen können. Die vorhandenen technischen Möglichkeiten, eigene Daten zu schützen, müssen vom Benutzer auch angewendet werden. Aber auch das Feingefühl der Personalentscheider muss geschärft werden. Die digitale Welt hat einen Kontext erschaffen, in dem der Einzelne eine soziale Rolle einnimmt. So ist die eigene Darstellung in freizeitorientierten Netzwerken an Freunde und Bekannte und eben nicht an den Arbeitgeber gerichtet. Nur weil sich das Verhalten des Bewerbers in einer sozialen Rolle vom Verhalten in der beruflichen Rolle unterscheidet, muss dies nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Bewerber für die Stelle ungeeignet wäre.

JONAS BLOCK*

Das einheitliche EU-Patent

Jüngste Entwicklung und Umsetzungsversuche

Schon seit 1975 befasst sich die Europäische Staatengemeinschaft mit der Schaffung eines einheitlichen Schutzes der Rechte am geistigen Eigentum. Am 13.04.2011 hat die Europäische Kommission nun ein Paket von zwei Verordnungsvorschlägen präsentiert, welche Bestimmungen für ein „Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung“ enthalten, und diese dem Rat und dem Europäischen Parlament zur Prüfung vorgelegt. Der nachstehende Beitrag soll vor dem Hintergrund der aktuellen Situation patent- sowie europarechtliche Aspekte der vorgeschlagenen Neuerungen beleuchten.

I. Einleitung

Patente tragen wesentlich zum Wirtschaftswachstum durch Innovation bei. Forschungsinvestitionen machen derzeit 1,9 % des BIP der EU aus, was den Innovationsmarkt in Europa attraktiv für Unternehmen macht.¹ Durch die Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes sollen nun die rechtlichen Rahmenbedingungen für innovative Unternehmen verbessert werden.² Dies entspricht dem Gedanken der Etablierung einer wissenschafts- und innovationsgestützten Wirtschaft der Strategie Europa 2020³ sowie der

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester an der Universität Passau. Er dankt Saskia Edinger, Roland und Barbara Block für die aufgebrachte Geduld und Motivation sowie der Redaktion für die freundliche und kompetente Unterstützung.

¹ Siehe Folgenabschätzung zu KOM(2011) 215/3, 8f.; Daten von Eurostat 2008.

² KOM(2011) 215/3, 2.

³ KOM(2010) 2020.

Binnenmarktakte⁴ und soll durch einen leichteren, weniger kostspieligen und rechtlich gesicherten Zugang zum Patentsystem den wissenschaftlich-technischen Fortschritt und die Funktionsweise des Binnenmarkts fördern.⁵ Vor allem eine beabsichtigte Senkung der hohen Übersetzungsbühren birgt langfristig Chancen für die weitere Steigerung der Konkurrenzfähigkeit Europas auf dem weltweiten Innovationsmarkt, insbesondere gegenüber den USA, sowie für eine vertiefte trilaterale Zusammenarbeit mit den Vereinigten Staaten und Japan, da ein europäischer Standard die durch das Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)⁶ und andere internationale Abkommen initiierte Rationalisierung des internationalen Patentrechts vorantreiben könnte.

Im Folgenden sollen nach einer Skizzierung der aktuellen Rechtslage sowie einer kurzen Darstellung der Geschichte des Gemeinschaftspatents die Motive und angestrebten Reformen des Verordnungsentwurfs zum europäischen Patent mit einheitlicher Wirkung erläutert und bewertet werden. Der zweite Verordnungsvorschlag zu möglichen Übersetzungsregelungen, dessen angemessene Darstellung den Rahmen dieses Beitrags überdehnen würde, soll hierbei nur im Gesamtkontext Beachtung finden.

II. Aktuelle Lage

Der Patentschutz in der Europäischen Union wird gegenwärtig durch ein duales System gewährleistet. Neben den nationalen Patentämtern wurde durch das multilaterale „Europäische Patentübereinkommen“ (nachfol-

⁴ KOM(2010) 608/2, vgl. auch Pressemitteilung vom 13. April 2011, IP/11/469.

⁵ KOM(2011) 215/3, 12.

⁶ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. 1994 II, 1730-1748.

gend: „EPÜ“) vom 5. Oktober 1973⁷ die Europäische Patentorganisation geschaffen. Da sämtliche EU-Mitgliedstaaten dem EPÜ beigetreten sind, besteht die Möglichkeit, in einer Patentanmeldung gleich mehrere Staaten zu benennen, für die das angemeldete Patent Geltung beanspruchen soll. Nach der Erteilung zerfällt dieses Europäische Patent jedoch in ein Bündel nationaler Patente, welche dem jeweils innerstaatlichen Recht unterliegen. Man spricht deshalb im Hinblick auf den Binnenmarkt lediglich von einer *de-facto*-Harmonisierung.⁸

Als Vollzugsorgan der Europäischen Patentorganisation (nachfolgend: „EPO“) entscheidet das Europäische Patentamt (nachfolgend: „EPA“) anhand der im EPÜ festgesetzten Maßstäbe über die Erteilung bzw. Versagung des europäischen Patents, sowie über dessen Bestandskraft im Rahmen eines Einspruchsverfahrens.⁹ Ein aufgrund des EPÜ erteiltes europäisches Patent hat in jedem Vertragsstaat, für den es erteilt wurde, dieselbe Wirkung und unterliegt denselben Vorschriften wie ein in diesem Staat erteiltes nationales Patent, soweit nicht das nationale Recht durch spezifische materiell-rechtliche Bestimmungen im EPÜ verdrängt wird.¹⁰ Das supranationale Patent zerfällt somit nach seiner Erteilung in ein Bündel nationaler Patente für die nach Art. 3 EPÜ in der Anmeldung benannten Schutzstaaten. Die Verletzung eines solchen europäischen Patents wird nach nationalem Recht behandelt, so dass der Patentinhaber den Patentverletzer grundsätzlich bei dem jeweilig zuständigen nationalen Ge-

⁷ Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente vom 5. Oktober 1973, BGBl. 1976 II, 649, 826-914. Am 13. Dezember 2007 ist das EPÜ in revidierter Fassung in Kraft getreten, BGBl. 2007 II, 1082, 1129-1190.

⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_for_goods/pharmaceutical_and_cosmetic_products/l26056_de.htm (Abruf am 07.06.2011).

⁹ *Kraßer*, Patentrecht (6. Aufl. 2009), 1. Abschnitt, 3. Kapitel, § 9, I., b), Nr. 2.

¹⁰ *Osterrieth*, Patentrecht (4. Aufl. 2010), Rn. 76.

richt verklagen muss.¹¹ Dies bedeutet in der Regel, dass der Patentinhaber kostenintensive Parallelverfahren in verschiedenen Ländern anstrengen muss. Bei der Involvierung mehrerer nationaler Gerichte besteht das Risiko, dass in der Sache unterschiedliche, sich widersprechende Entscheidungen ergehen. Hinzu kommen Unterschiede in den nationalen Patentsystemen hinsichtlich der Qualifikation der Richter, dem Verfahrensrecht, den Kosten, der Verfahrensdauer und den Rechtsbehelfen.¹²

Die durch das EPÜ geschaffene gemeinsame Rechtsordnung ist vom europäischen Gemeinschaftsrecht und von den übrigen internationalen Schutzsystemen abzugrenzen.¹³ Als ausführendes Organ der EPO ist das EPA keine Behörde der EU und somit unabhängig von den Weisungen der Mitgliedstaaten.¹⁴ Da die EPÜ-Mitgliedstaaten mehrheitlich EU-Staaten sind, hat das Gemeinschaftsrecht im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 EPÜ als für nationale Patente geltendes Recht zumindest mittelbaren Einfluss auf die Wirkung europäischer Patente oder in Form von Richtlinien indirekte Auswirkungen auf das Patenterteilungsverfahren. Auf dem Gebiet des Biopatentrechts hat das EPA die Biopatentrichtlinie¹⁵ gemäß Regel 23b Abs. 1 S. 2 EPÜ-Ausführungsordnung (nachfolgend: "EPÜAO") ergänzend zur EPÜAO heranzuziehen. Dementsprechend besteht die rechtliche Besonderheit, dass das EPA und seine Beschwerdekammern die EPÜAO in Übereinstimmung mit der EU-Biopatentrichtlinie und damit wohl auch im Lichte ihrer Interpretation durch den EuGH auslegen und anwenden. Die

¹¹ *Osterriecht*, Patentrecht (4. Aufl. 2010), Rn. 93.

¹² Ebd. Rn. 94.

¹³ *Jestaedt*, in: Benkard [Hrsg.], EPÜ (1. Aufl. 2002), Art. 1, Rn. 2.

¹⁴ Ebd. Rn. 3.

¹⁵ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, Amtsblatt Nr. L 213 vom 30.07.1998, S. 13-21.

Beschwerdekammern des Amtes stellen jedoch gemäß Art. 23 Abs. 3 EPÜ eine eigene, weisungsunabhängige Instanz mit gerichtlicher Funktion dar. Wegen dieser Besonderheit ergibt sich auf dem Gebiet des Biopatentrechts die rechtlich interessante Frage, inwieweit die Beschwerdekammern des EPA dem EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV Auslegungsfragen zur EU-Biopatentrichtlinie vorlegen können bzw. müssen. Einen Rechtsschutz vor dem EuGH sieht das EPÜ jedenfalls nicht vor.¹⁶ Die Große Beschwerdekammer hat in ihrer Entscheidung vom 25. November 2008 (G 2/06) eine Vorlagepflicht aus dem oben dargestellten formaljuristischen Grund abgelehnt, dass das EPA keine Institution der EU sei und es sich somit nicht um ein „Gericht eines Mitgliedstaats“, sondern ein Gericht eines eigenständigen Völkerrechtssubjekts handele. Dies wird in der Literatur kritisch gesehen, da eine Vorlageverpflichtung schon aus Wertungsgründen unumgänglich sei.¹⁷ Sonst entstünde ein zweigeteilter Rechtsschutz, da die Nichtigkeitserklärung der durch das EPA erteilten Patente nach Art. 138 EPÜ in den Händen nationaler Gerichte liegt, welche wiederum unstreitig zur Vorlage an den EuGH berechtigt bzw. verpflichtet sind.¹⁸

Auch hinsichtlich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist die EPO unabhängig. So soll die selbstständige und bloße Mitgliedschaft der EPÜ-Vertragsstaaten (mit Ausnahme von Monaco) keine unmittelbare Bindung der EPO an die EMRK begründen.¹⁹

¹⁶ *Jestaedt*, in: Benkard [Hrsg.], EPÜ (1. Aufl. 2002), Art. 1, Rn. 8.

¹⁷ Vgl. insbesondere *Gruber*, GRUR Int. 2009, 907.

¹⁸ *Gruber*, GRUR Int. 2009, 907 (910).

¹⁹ BGH, Urt. v. 12. Juli 2005, Az. X ZR 29/05, 9 = GRUR 2005, 967 (969).

III. Forderung nach einem Gemeinschaftspatent

Das Streben nach harmonisiertem Patentschutz zieht sich wie ein roter Faden durch die Geschichte der europäischen Binnenmarktkooperation. Nach der Unterzeichnung des EPÜ im Jahr 1973 in München folgte bereits am 15. Dezember 1975 in Luxemburg die Unterzeichnung des „Übereinkommen[s] über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt“²⁰ (Gemeinschaftspatentübereinkommen, nachfolgend: „GPÜ“). Die zu diesem Zeitpunkt neun Vertragsstaaten der Europäischen Gemeinschaft bekannten sich somit im Rahmen des sogenannten Gemeinschaftspatents zu einem einheitlichen Schutzbereich auf dem Gebiet des gemeinsamen Marktes.²¹ Wie das EPÜ stellte auch das GPÜ einen gesonderten multilateralen Vertrag und somit kein sekundäres Gemeinschaftsrecht dar. Mit dem Scheitern der Ratifikation des Abkommens scheiterte jedoch auch dieser erste Anlauf, ein Gemeinschaftspatent zu etablieren.

Der Gedanke wurde im Jahr 1989 mit der Unterzeichnung der „Vereinbarung über Gemeinschaftspatente“²² (nachfolgend: „VüGP“) am 15. Dezember 1989 in Luxemburg wieder aufgegriffen. Das erneut in Form eines völkerrechtlichen Vertrages konzipierte Abkommen modifizierte die im GPÜ 1975 getroffenen Vereinbarungen unter Hinzunahme ergänzender Protokolle.

²⁰ 76/76/EWG Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt (Gemeinschaftspatentübereinkommen), Amtsblatt Nr. L 17 vom 26.01.1976, S. 1-28.

²¹ *Ullmann/Grabinski*, in: Benkard [Hrsg.], EPÜ (1. Aufl. 2002), Vor Präambel, Rn. 19.

²² 89/695/EWG, Amtsblatt Nr. L 401 vom 30.12.1989, S. 1-27.

Von den zwölf Vertragsstaaten²³ ratifizierten nur sieben die Vereinbarung, so dass auch diese nicht in Kraft trat.²⁴

Nach jahrelangem Stillstand schlug die europäische Kommission am 1. August 2000 vor, das Gemeinschaftspatent durch EU-Verordnung zu schaffen.²⁵ Da die hohen Übersetzungskosten für europäische Patente sich in insgesamt hohen Patentierungskosten niederschlugen, wurde ein Nachlassen der Konkurrenzfähigkeit europäischer Unternehmen auf dem weltweiten Innovationsmarkt befürchtet.²⁶ Ein wichtiges Ziel des Vorschlags war somit die Senkung der Gesamtkosten für die Patentierung in Europa, welche im Wesentlichen nur über die Sprachenregelung möglich ist.²⁷ Der Entwurf sah erstmals eine fakultative Anmeldung des Gemeinschaftspatents vor, so dass das angestrebte Patent alternativ neben den nationalen Patenten Bestand haben sollte. Noch im Jahr 2003 nahm der Rat eine gemeinsame politische Ausrichtung zum Gemeinschaftspatent an,²⁸ konnte aufgrund von Differenzen bezüglich der Sprachregelungen jedoch keine abschließende Einigung erzielen.

Nachdem die Kommission im April 2007 erneut ihre Absicht, ein einheitliches Gemeinschaftspatent zu schaffen,²⁹ bekräftigt hatte, wurde mit Art. 118 Abs. 1 AEUV im Rahmen des Vertrages von Lissabon eine eigene Rechtsgrundlage für europäische Rechtsakte zum Schutz von Immaterial-

²³ Die Vertragsstaaten entsprechen den damaligen EG-Staaten: Belgien, Dänemark, Frankreich, BRD, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Spanien sowie das Vereinigte Königreich, vgl. Art. 3 Abs. 2 VüGP.

²⁴ Ratifikationsstatus in der BRD: ratifiziert durch das Zweite Gesetz über das Gemeinschaftspatent, GPatG 2 (BT-Drucks 12/632, 1588; BT-Drucks 12/632, 66 ff.).

²⁵ Entwurf: GPVO, KOM(2000) 412.

²⁶ Vgl. KOM(2011) 215/3, 2.

²⁷ *Ullmann/Grabinski*, in: Benkard [Hrsg.], EPÜ (1. Aufl. 2002), Vor Präambel, Rn. 23.

²⁸ Ratsdokument 7159/03.

²⁹ Vgl. Mitteilung „Vertiefung des Patentsystems in Europa“, KOM(2007) 165.

gütern geschaffen.³⁰ Zusätzlich wurde mit Art. 118 Abs. 2 AEUV eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Sprachenregelung eingeführt, um das Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Herstellung eines einheitlichen Patentsystems und den korrelierenden Übersetzungsregelungen zu lockern. Die beiden am 13. April 2011 vorgelegten Verordnungsvorschläge haben konsequenterweise die Umsetzung der neugefassten Regelung zum Ziel und stützen sich jeweils auf die korrespondierenden Rechtsgrundlagen.³¹

Aufgrund von in absehbarer Zukunft unüberwindbaren Differenzen, nämlich Vorbehalten der Staaten Spanien und Italien hinsichtlich der Übersetzungsregelungen³², konnte am 10. November 2010 die nach Art. 118 Abs. 2 AEUV erforderliche Einstimmigkeit nicht erreicht werden.³³ Der daraufhin von zwölf Mitgliedstaaten³⁴ gestellte Antrag nach Art. 20 Abs. 1 EUV auf Ermächtigung zu einer *Verstärkten Zusammenarbeit* im Bereich des einheitlichen Patentschutzes wurde durch die Kommission dem Rat vorgelegt.³⁵ Mit Ausnahme von Spanien und Italien schlossen sich sämtliche verbleibenden Mitgliedstaaten diesem Vorschlag an. Nachdem das Europäische Parlament seine Zustimmung gegeben hatte, wurde der Vorschlag für den Ermächtigungsbeschluss am 10. März 2011 vom Rat

³⁰ KOM(2011) 215/3, 3.

³¹ KOM(2011) 215/3 nach Art. 118 Abs. 1 AEUV zur Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes; KOM(2011) 216/3. nach Art. 118 Abs. 2 AEUV im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen.

³² Meldung von EurActiv vom 11./12. November 2010: <http://www.euractiv.com/de/innovation/italien-und-spanien-blockieren-eu-weite-patentgespraeche-news-499639> (Abruf am 07.06.2011).

³³ Pressemitteilung über die außerordentliche Tagung des Rates „Wettbewerbsfähigkeit (Binnenmarkt, Industrie, Forschung und Raumfahrt)“ vom 10.11.2010, 16041/10, S. 6.

³⁴ Antragsteller: Dänemark, BRD, Estland, Finnland, Frankreich, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Polen, Slowenien, Schweden und das Vereinigte Königreich, KOM(2010) 790, 5.

³⁵ KOM(2010) 790.

angenommen.³⁶ Somit wurde das Instrument der abgestuften Integration erstmals auch im Bereich des Binnenmarktes angewandt.³⁷ Der am 13. April 2011 vorgelegte „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes“³⁸, auf den sich die nachfolgenden Darstellungen beziehen, wird nun im Rahmen der Binnenmarktgesetzgebung von Rat und Europäischem Parlament geprüft.

IV. Angestrebte Reformen

Im Gegensatz zu vorherigen Vorschlägen stützt sich der aktuelle Kommissionsvorschlag auf das oben dargestellte gegenwärtige Europäische Patentsystem und somit auf bewährte Mechanismen, was nach den jüngst veröffentlichten Positionspapieren verschiedener interessierter Kreise auf einen breiten Konsens trifft.³⁹ Gemäß den Art. 142 ff. EPÜ kann eine Gruppe von Mitgliedstaaten der EPO bestimmen, dass die für diese Staaten erteilten Patente einheitlich sind. Der neue Verordnungsentwurf soll somit nicht das Recht der Mitgliedstaaten, nationale Patente zu erteilen, berühren oder gar das einzelstaatliche bzw. EPÜ-Patent ersetzen. Der Kommissionsvorschlag beabsichtigt vielmehr, den Patentanmelder vor ein Wahlrecht zu stellen, entweder

1. ein nationales Patent,
2. ein Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung,

³⁶ Beschluss 2011/167/EU des Rates vom 10. März 2011 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, Amtsblatt L 76 vom 22.03.2011, S. 53.

³⁷ Pressemitteilung des Rates vom 10. März 2010, 7506/11.

³⁸ KOM(2011) 215/3.

³⁹ Ebd. 4.

3. ein Europäisches Patent mit Wirkung in einem oder mehreren Vertragsstaaten des EPÜ (nachfolgend: „EPÜ-Patent“) oder
4. ein Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung, das in einem oder mehreren anderen EPÜ-Vertragsstaaten, die keine teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten sind, validiert ist,

anzumelden.⁴⁰ Der einheitliche Patentschutz ist somit fakultativ ausgestaltet und soll den Anmeldern die Möglichkeit geben, ein einheitliches Patent für den Hoheitsbereich der teilnehmenden Mitgliedstaaten zu erlangen. Dieses hat nach Art. 3 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs (nachfolgend: „VO-E“) einen einheitlichen Charakter und zerfällt mithin nicht mehr nach der Erteilung in ein Bündel nationaler Patente. Dementsprechend kann ein Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung nur im Hinblick auf alle teilnehmenden Staaten beschränkt, lizenziert, übertragen, widerrufen oder gelöscht werden. Die Aufgabe der Verwaltung der Europäischen Patente mit einheitlicher Wirkung wird der EPO übertragen, Art. 12 VO-E.⁴¹ Dabei arbeitet die Kommission im Rahmen einer Arbeitsvereinbarung eng mit der Organisation in den unter die Verordnung fallenden Bereichen zusammen (Art. 18 VO-E). Gemäß Art. 3 VO-E können EPÜ-Patente nach der Erteilung durch das EPA die einheitliche Wirkung durch Eintragung im Register für den einheitlichen Patentschutz⁴² erlangen. Durch diese Lösung sollen bestehende Mechanismen für die Patenterteilung in Europa genutzt werden, ohne eine grundlegende Überarbeitung des EPÜ notwendig zu machen.⁴³

⁴⁰ KOM(2011) 215/3, 16 Unterpunkt 22.

⁴¹ Ebd. 9.

⁴² Vgl. dazu Art. 12 Abs. 1 lit. b VO-E = KOM(2011) 215/3, 22.

⁴³ KOM(2011) 215/3, 4.

Wie die rechtliche Umsetzung der Erklärung der einheitlichen Wirkung im Sinne des Art. 142 EPÜ sowie die Übertragung der Verwaltungsaufgaben an die EPO ausgestaltet werden soll, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen. Zwar kann grundsätzlich nach Art. 142 Abs. 1 EPÜ eine Gruppe von Vertragsstaaten vorsehen, dass vom EPA erteilte Patente nur für alle diese Staaten gemeinsam erteilt werden können. Voraussetzung hierfür ist allerdings ein „besonderes Übereinkommen“ zwischen diesen Vertragsstaaten. Hier tut sich insofern ein rechtlich interessantes Problemfeld auf, als eine EU-Verordnung ein Rechtsakt der EU ist. Der Begriff des „besonderen Übereinkommens“ im Sinne des Art. 142 Abs. 1 EPÜ umschreibt jedoch grundsätzlich seinem Wesen nach einen eigenständigen völkerrechtlichen Vertrag. Das GPÜ von 1975/1989 stellte ein solches zwischenstaatliches Abkommen der EG-Mitgliedsländer und eben keinen supranationalen Gesetzgebungsakt der EG dar.⁴⁴ Hinzu tritt der Umstand, dass die EU trotz völkerrechtlicher Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) selbst nicht Mitglied des EPÜ ist. Dies wirft wiederum die Frage auf, wie ein europäischer Rechtsakt einer rechtlich von der EU getrennten, supranationalen Organisation wie der EPO die Aufgabe der Verwaltung der Europäischen Patente mit einheitlicher Wirkung übertragen soll. Ein Lösungsansatz könnte in einem Beitritt der EU selbst zum EPÜ⁴⁵ und, ähnlich wie bei der WTO⁴⁶, der Übernahme der Stimmen der Mitgliedstaaten im Verwaltungsrat der EPO durch die EU zu finden sein.

⁴⁴ Gruber/Adam/Haberl, *Europäisches und internationales Patentrecht* (6. Auflage 2008), Rn. 22.17; *Bossung*, GRUR Int. 1995, 923 (930).

⁴⁵ Ratsdokument vom 25. Juni 2009, 11417/09, 4, Nr. 3 (Dokument nur auf EN verfügbar).

⁴⁶ Hahn, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], *EUV/AEUV* (4. Auflage 2011), Art. 207 AEUV, Rn. 74.

Der Kernpunkt des Verordnungsvorschlags liegt in der Reduzierung und Harmonisierung der Gesamtkosten, die gegenwärtig mit einer europäischen Patentanmeldung verbunden sind. Diese setzen sich aus Anmelde-, Übersetzungs- sowie Veröffentlichungskosten zusammen. Hinzu kommen Aufrechterhaltungs- sowie Verwaltungskosten für die Eintragung von Rechten (z. B. Lizenzen) im Zusammenhang mit Patenten. Während bisher für eine Patentanmeldung für das Gebiet der EU27⁴⁷ etwa 32.000 Euro zu entrichten sind (wovon 23.000 Euro allein auf die Übersetzungskosten entfallen), soll das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung nach Ablauf der Übergangsfrist nur etwa 680 Euro kosten.⁴⁸

Nach der Erteilung müssen die Patentinhaber eine einheitliche Jahresgebühr entrichten, für deren Erhebung und Verwaltung die EPO nach Art. 12 Abs. 1 lit. e VO-E zuständig ist. Die Jahresgebühren sollen eine progressive Ausgestaltung erfahren, wobei die Höhe jeweils im Einklang mit der Kommission zu bestimmen ist und der Innovationserleichterung sowie der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen dienen sollen, Art. 15 Abs. 1 und 2 VO-E. Die Verteilung der Jahresgebühren soll gemäß Art. 16 VO-E nach Kriterien der Fairness, Ausgewogenheit und Relevanz erfolgen, wobei diesbezüglich die Zahl der Patentanmeldungen, die Größe des Marktes sowie etwaige Ausgleichsleistungen an Mitgliedstaaten Beachtung finden sollen.

Nach dem Kommissionsvorschlag muss die Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes von geeigneten Regelungen für die Patentgerichtsbarkeit flankiert werden, um sicherzustellen, dass sich der einheitliche Schutz

⁴⁷ EU27=Abkürzung für die derzeit 27 der Europäischen Union angehörigen Mitgliedstaaten.

⁴⁸ Pressemitteilung der Kommission vom 13. April 2011, IP/11/470.

in der Praxis auch bewährt.⁴⁹ Dadurch sollen Kosten und Komplexität der Klageverfahren gemindert und eine hohe Qualität der Urteile sowie Rechtssicherheit für Unternehmen gewährleistet werden. Die Schaffung eines solchen Europäischen Patentgerichts wird rechtlich getrennt von der Herstellung des einheitlichen Schutzbereiches des VO-E betrieben.⁵⁰ Ein erstes vom Rat beantragtes Gutachten des EuGH zur Vereinbarkeit des im Entwurfsstadium befindlichen „Übereinkommen[s] über das Europäische und EU-Patentgericht“⁵¹ mit den EU-Verträgen liegt seit dem 8. März 2011 vor.⁵² Bei dem Übereinkommen handelt es sich um ein internationales Übereinkommen, das zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Drittstaaten andererseits geschlossen werden sollte. Die geplante Patentgerichtsbarkeit sollte sich aus einem Gericht erster Instanz mit einer zentralen Kammer sowie mehreren dezentralen Kammern in den einzelnen Mitgliedstaaten und einem Berufungsgericht zusammensetzen.⁵³ Mit dem Gutachten erklärte der EuGH die Unvereinbarkeit des Übereinkommens mit den EU-Verträgen. Das Gericht begründete dies unter anderem damit, dass es sich bei dem geplanten Gericht um ein außerhalb des institutionellen und gerichtlichen Rahmens der Union stehendes internationales Gericht handeln würde, dem eine ausschließliche Zuständigkeit zur Auslegung und Anwendung des Unionsrechts im Bereich des Gemeinschaftspatentrechts übertragen werden würde. Dies nähme dem

⁴⁹ KOM(2011) 215/3, 9.

⁵⁰ Pressemitteilung der Kommission vom 8. März 2011, IP/11/269; *Stjerna*, jurisPR-WettbR 4/2011, Anm. 1.

⁵¹ Ratsdokument 7928/09 vom 23. März 2009 als Teil des sogenannten „Unified Patent Litigation System“; ausführlich <http://www.epo.org/law-practice/legislative-initiatives/eu-patent.html> (EN, Abruf am 07.06.2011).

⁵² Gutachten des EuGH vom 8. März 2011, 1/09.

⁵³ Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 8. März 2011, IP/11/269; *Gaster*, MR-Int 2010, 1 (2).

Gerichtshof seine Zuständigkeit auf die von den Gerichten der Mitgliedstaaten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zu antworten.⁵⁴

Die Kommission hat bereits angekündigt, so bald wie möglich Vorschläge zu besonderen Regelungen für die Patentgerichtsbarkeit vorzulegen, in denen dieses jüngste Gutachten des EuGH Berücksichtigung findet.⁵⁵ Eine Herausforderung stellt diesbezüglich die Einbindung der EPÜ-Vertragsstaaten in einen Instanzenzug dar, der sowohl die Zuständigkeit der nationalen Gerichte als auch eine Vorlagemöglichkeit im Falle von Auslegungsfragen bezüglich Gemeinschaftsrechts an den EuGH zulässt. Dass die Schaffung einer eigenständigen Patentgerichtsbarkeit für das europäische Patent mit einheitlicher Wirkung notwendig ist, geht schon aus dem Verordnungsvorschlag hervor.⁵⁶ Zwar ist dieser rechtlich unabhängig von der Gerichtsbarkeit selbst, faktisch ist die Durchsetzbarkeit der Rechte aus dem Einheitspatent allerdings sehr wohl an die Möglichkeit eines effektiven einheitlichen Rechtsschutzes gebunden, damit das zu schaffende Patent nicht als zahnlöser Löwe endet. Konkrete Lösungsvorschläge, wie eine Behebung der aufgezeigten Verstöße aussehen könnte, hat der EuGH in seinem Gutachten nicht aufgezeigt. Die Stellung des geplanten Patentgerichts sei jedenfalls eine andere als die des Benelux-Gerichtshofs, welcher als Bestandteil des Gerichtssystems der Union angesehen werden könne, da er gemeinsames Gericht mehrerer Mitgliedstaaten ist.⁵⁷ Hierin könnte ein erster Nachbesserungsansatz liegen, dessen Umsetzung sich jedoch aufgrund der mangelnden Partizipation Spaniens und Italiens als schwierig erweisen wird.

⁵⁴ Gutachten des EuGH vom 8. März 2011, 1/09, Nr. 89.

⁵⁵ KOM(2011) 215/3, 9.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Gutachten des EuGH vom 8. März 2011, 1/09, Nr. 82.

Alternativ könnte angedacht werden, die Gerichtsbarkeiten des Europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung und des gegenwärtigen europäischen Patents zu trennen. Dieser Vorschlag birgt jedoch die Gefahr, dass unklare Zuständigkeitsstrukturen in dem ohnehin komplexen patentrechtlichen Konstrukt den Rechtsschutz erschweren. Eine dritte Variante zur Umsetzung der Gerichtsbarkeit böte sich schließlich mit der Einrichtung einer Spezialkammer unter dem Dach des EuGH und somit der EU. So könnten Rechtsschutzbedürfnis, Vertragsverletzungsverfahren sowie die kompetente Beantwortung von Vorlage- und Auslegungsfragengewährleistet werden, ohne bestehende Zuständigkeiten abzuschneiden. Ohne die Partizipation der bisher nicht teilnehmenden Staaten Italien und Spanien wird der künftige Weg zu einer gemeinsamen Patentgerichtsbarkeit jedoch steinig bleiben, da sich die kritisierten Defizite des gegenwärtigen Systems nur dann endgültig ausräumen lassen, wenn das einheitliche Patent auch mit Wirkung für die gesamte EU durchgesetzt werden kann.

V. Ausblick

Mit den vorgeschlagenen Neuerungen versucht die europäische Staatengemeinschaft, einen lange gehegten Wunsch nun umzusetzen. Durch die Verordnungsvorschläge soll ein umfassendes System geschaffen werden, dessen aufwändige Funktionsweise eine filigrane Abstimmung zwischen den Mitgliedstaaten, den nationalen Patentämtern, der EPO und der Kommission erfordert. Dass dabei die Kosten für die Patentanmeldung eine drastische Reduzierung erfahren sollen, könnte vor allem kleinen und mittleren Unternehmen zu Innovationen verhelfen. Unternehmen, die beispielsweise lediglich hohe Übersetzungsgebühren nicht stemmen konnten, werden so motiviert, in die eigene Forschung zu investieren. Hinzu

tritt der positive Aspekt, die europäische Staatengemeinschaft als innovationsfördernden Staatenverbund zu profilieren. Europa kann es angesichts des rasanten Aufstiegs neuer Wirtschaftsmächte und dem Nachlassen der eigenen industriell verwertbaren natürlichen Ressourcen nur schwerlich verschmerzen, im Bereich der Patentpolitik hinter seinen Konkurrenten zurückzufallen, da viele Mitgliedstaaten der EU in ihrer wirtschaftlichen Solidität vom geistigen Eigentum abhängig sind. Vor allem die ökonomische Leistungsfähigkeit rohstoffarmer Länder ist eng an ein großes Zukunftspotential auf dem Gebiet des technologischen Fortschritts gebunden.⁵⁸

Auch im Hinblick auf das weitere Zusammenwachsen der Mitgliedstaaten und des gemeinsamen Binnenmarkts bleibt zu hoffen, dass sich der gegenwärtige, vielversprechende Harmonisierungsversuch als Schritt in die richtige Richtung erweist und, sollte die Umsetzung denn vonstatten gehen, vom europäischen Innovationssektor angenommen wird. Als weiterer Meilenstein könnte sich diesbezüglich jedenfalls eine Kooperation der Staaten Italien und Spanien erweisen, obwohl dies angesichts der jüngst zum EuGH erhobenen Klagen der Staaten gegen die beabsichtigte Sprachenregelung⁵⁹ noch unwahrscheinlich ist. Abhilfe könnte diesbezüglich jedenfalls das von Binnenmarktkommissar Barnier für den 27. Juni 2011 zur Klärung der Differenzen anberaumte Sondertreffen der Minister in Luxemburg schaffen.⁶⁰ Es bleibt demnach mit Spannung abzuwarten, in

⁵⁸ Gaster, MR-Int 2010, 1 (1).

⁵⁹ Meldung von Europe Online vom 30. Mai 2011, http://www.europeonline-magazine.eu/italien-und-spanien-klagen-gegen-eu-patent_132495.html (Abruf am 07.06.2011); becklink 1013669.

⁶⁰ Meldung von EurActiv vom 31. Mai 2011, <http://www.euractiv.de/gesellschaft-und-bildung-000285/artikel/eugh-spanien-und-italien-kampfen-gegen-eu-patent-004896> (Abruf am 07.06.2011).

welche Richtung sich der diesmalige Umsetzungsversuch für ein Einheitspatent entwickelt und welche Chancen für den Innovationsmarkt dieses ehrgeizige Projekt der europäischen Staatengemeinschaft in der Zukunft schaffen kann.

Deutschsprachiger Einblick in den Artikel „Pruning Gardner’s Positivism“ von *Brian Ó’Beirne*

Der folgende Artikel stellt sich der Herausforderung, mit der von *Professor John Gardner* in „Legal Positivism: 5 ½ Myths“ präsentierten Lehre wohl die bedeutendste moderne Spielweise des Rechtspositivismus kritisch zu untersuchen.

Gardner reduziert den Rechtspositivismus auf die Kernthese der Natur der Rechtskraft. Im Wesentlichen besagt sie, dass die Rechtskraft von Normen – und infolgedessen die Frage, ob diese Teil eines Rechtssystems sind – nicht von ihrem Wert oder dem Wert der Quellen dieser Normen abhängt.

Der Artikel prüft die Anwendbarkeit dieser These unter zwei verschiedenen Aspekten. Zum einen zieht er in Betracht, ob *Gardners* These ein sinnvolles Werkzeug zur Differenzierung für die Rechtsphilosophie darstellt. Zum anderen prüft er den Nutzen von *Gardners* These etwa im Zusammenhang mit dem Diskurs über das Richterrecht im anglo-amerikanischen Rechtsraum. Die kritische Untersuchung ermöglicht einen Einblick sowohl in die These selbst als auch in die Praxis des Richterrechts.

Brian Ó’Beirne schließt mit der Anregung, Rechtsphilosophie sowie die Debatte im Richterrecht nunmehr mit anderen Augen zu betrachten.

BRIAN Ó'BEIRNE*

Pruning Gardner's Positivism

“In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the laws of that system, depends on its sources, not its merits [where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources].”

The above proposition (hereinafter referred to as LP*), taken from *John Gardner's* “Legal Positivism: 5 ½ Myths”,¹ supposedly represents “the distinctive proposition of ‘legal positivism’.”² According to *Gardner*, the need for such a classification arises from the fact that philosophical debate, as distinct from the “work of the history of ideas”, is concerned with the truth of propositions, and given that “legal positivism” represents a group of thinkers whose work forms part of a broad intellectual tradition, there is nothing interesting to say about “legal positivists” as a group unless there is some distinctive proposition or set of propositions that was “advanced or assumed by all of them.”³ To put it another way, “legal positivists” stand or fall together only if they are united by a single thesis. *Gardner* extrapolated this proposition from the positivist intellectual tradition to act as this single thesis. According to *Gardner*, “subject to some differences of interpreta-

* Brian Ó'Beirne LLB (Dubl), BCL (Oxon). The author is very grateful to both David Prendergast and the editorial board of *Der Jurist* for their helpful insights and suggestions. Any errors in this paper remain the author's.

¹ *Gardner*, 46 *American Journal of Jurisprudence* 2001, 199.

² *Ibid.* at 199.

³ *Ibid.*

tion”, *Hobbes*, *Kelsen*, *Hart*, *Bentham* and *Austin* (the dominant figures of the “legal positivist” tradition) converge unanimously on this proposition.⁴

If philosophical debate is indeed concerned with the truth of propositions, then we might question why we need to define LP* as a “tolerable extensional alignment [...] [of] the use of the label familiar from the history of ideas.”⁵ The truth can, of course, exist independently of the works of these thinkers. To dust off an old *Hartean* chestnut,⁶ there is “no necessary connection” between these theorists and the truth of the propositions which constitute the subject of their discussion. So, if our concern is with philosophical debate and not the history of ideas, then we might doubt the need for LP*. However, it appears *Gardner* has another purpose in mind; that is, he wants to say something interesting about “legal positivists [...] as a group”. As a consequence, one might surmise that he is not engaged in purely philosophical debate because he is concerned with both the truth of propositions *and* saying something interesting about “legal positivists [...] as a group.” That claim is only true, of course, if my claim that there is no necessary connection between “positivists” and the truth (about law – there is certainly a necessary connection between positivists and the truth in general) is correct. And that is a question for another day. For now, we turn to a more fruitful line of inquiry.

⁴ These “differences of interpretation” are arguably more than trivial. In light of one available (and certainly plausible) interpretation of *Hobbes*’ work (which reads him as viewing the Positivism-Natural Law debate as fruitless) some have expressed serious reservations about ascribing *Hobbes* with the label of “legal positivist”. See *Murphy*, 105 *Ethics* 1995, 846-873.

⁵ *Gardner*, 46 *American Journal of Jurisprudence* 2001, 199 (199).

⁶ By “chestnut” I mean an idea that has been discussed so many times that it is not interesting anymore.

The substance of this article aims to address the question of whether LP* *qua* the central thesis of legal positivism is a useful discriminatory tool for legal philosophy. From the above introduction, it should be clear that the utility of LP* can be considered in two different senses. First, its utility can be considered in terms of how useful a tool it is in the endeavour of advancing a true account of the concept of law. Second, its utility can be considered in the context of jurisprudential debate. The structure of this article reflects this dichotomy.

How Useful is LP* in Advancing a True Account of the Concept of Law?

The argument constituting the first section of this article is built around the following intuition: Judges, as part of the process of adjudication, tend to have a moral narrative running alongside their legal narrative. This moral narrative consists of critical evaluations of the law. It typically purports to explain that the law that is being applied is good (or in some cases bad), or alternatively that the law that is being applied is being applied because it is good, and that which is not being applied is not the law because it is bad. This critical evaluation can be about the law that is being applied in the case before them, or the law outside of that being applied (a narrative which is usually dubbed *obiter*). This intuition is in fact supported by a plethora of examples from a variety of jurisdictions. Take a paradigmatic example from the case of *King v AG*⁷, where the Irish Supreme Court struck down a statute which allowed for three months imprisonment for the offence of loitering. The Court described the offence as

⁷ [1981] I.R. 233, 257.

“[...] arbitrary, [...] vague, [...] difficult to rebut, so related to rumour or ill-repute or past conduct, so ambiguous in failing to distinguish between apparent and real behaviour of a criminal nature, so prone to make a man's lawful occasions become unlawful and criminal by the breadth and arbitrariness of the discretion that is vested in both the prosecutor and the judge [...] and generally [...] singularly at variance with both the explicit and implicit characteristics and limitations of the criminal law as to the onus of proof and mode of proof [...].”⁸

The moral narrative, crucially, is not legally valid because it exists separately from the legal narrative, which contains *all and only those norms that are legally valid*. By defining it as such, I mean to say no more than that there are some norms, even if only a small amount, that legal actors posit (in and outside the process of adjudication) that are not legally valid. The moral narrative so-defined causes a number of problems for LP* *qua* the central thesis of legal positivism; each shall be examined in turn.

Due to its being at a high level of generality, LP* cannot discriminate between the moral narrative and the legal narrative in the process of adjudication. Both the moral narrative and the legal narrative are “posited by the relevant agents” and are thus, *prima facie*, valid norms of the system. Gardner's elaboration on what this means is too general to be illuminating:

“[I]n any legal system, a norm is valid as a norm of that system, solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent, or agents, announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, or otherwise en-

⁸ *Ibid.* at 257.

gaged with it. It is no objection to it counting as law that it was an appalling norm that those agents should never have engaged with."⁹

The logical conclusion flowing from this account is that the moral narrative cannot be distinguished from the legal narrative because the "relevant agents" also announce, invoke, enforce, endorse, practice and engage with the moral narrative. The above proposition is thus, *prima facie*, not a useful discriminatory tool because it cannot discriminate that which is legally valid from that which is not.

Assuming that *Gardner* would not deny the existence of the moral narrative, he could resist this claim by contending that, whilst the moral narrative does exist, it is also legally valid (in spite of our initial definition) and is part of the legal narrative. This could be argued on the basis that our initial definition of the moral narrative was misconceived, and that the moral narrative is legally valid too. What are the implications of this response?

If the moral narrative is also part of the legal narrative, then LP* becomes rather vacuous. It would raise the question of whether there are any norms posited by the "relevant agents" that are not legally valid. This is problematic because there seem to be many norms that the "relevant agents" posit that are not legally valid; all statements in judgments which are classified as *obiter dictum*, for example. This problem does not, however, constitute a systemic failure of LP*. There is perhaps a means by which its discriminatory power could be heightened, through, for example, subjecting LP* to the provisos or qualifications that more succinctly described the "types of engagements with norms" which constituted law-making. But

⁹ *Gardner*, 46 *American Journal of Jurisprudence* 2001,199 (200).

in its current form it cannot. Thus, in this respect, LP* is an inadequate discriminatory tool for legal philosophy.

There are, indeed, more severe implications for LP* *qua* central thesis of legal positivism. Accepting, for the moment, the existence of the moral narrative, and accepting *arguendo* its putative legal validity, there is also a systemic failure with LP* outside of its failure to be sufficiently precise in defining legally valid norms. This systemic failure arises from the fact that there *can be* at least two contradictory norms that are posited by the “relevant agents”. Initially we defined the “legal narrative” in terms of all and only those norms that are legally valid. None of these propositions can be contradictory because of the nature of legal validity *i.e.* each norm can be traced to an ultimate rule which renders all of the other rules valid, and, because they exist in a (logically coherent) system, non-contradictory.¹⁰ The legal narrative thus implicitly ousts “legally invalid” norms. However, *Gardner* does not define the legal narrative as such. LP* includes *all* norms posited by the “relevant agents” as legally valid. Given that these norms *can* conflict, this constitutes a systemic failure in LP*.

Through the above reasoning we have established that there can be two conflicting norms that are posited by the “relevant agents”. We have also established that, because of the nature of legal validity, both of these norms cannot be legally valid. These two conclusions are inconsistent. If there are two contradictory yet putatively legally valid norms a judge surely *must* choose between them. Presumably, in order to do so, a judge must use his

¹⁰ Legal validity is a notion that is essential to the concept of norms. As *Kelsen* notes, norms are not amenable to judgments as to their being either true or false. Rather, norms must be understood as existing as part of a system. For a further elaboration on the nature of legal validity, see *Kelsen*, *General Theory of Law and the State* (1945), A. Wedberg (tr), pp. 110-123.

discretion. And presumably the judge's doing so implicates the merits of the norms as a basis for their discretionary decision. Indeed, *Gardner* acknowledges, in talking about "judicial legislation", that judges frequently do decide cases on the basis of their merits where the rules "run out".¹¹ Subject to some (currently irrelevant) differences, this is also a position adopted by the somewhat unlikely bedfellows of *Hart* and *Dworkin*.¹² The claim being made here, however, is slightly different to that of both *Hart* and *Dworkin*. It also more severely undercuts LP*.

In the event of conflict between norms, the legal validity of those norms *necessarily* depends on a merit-based choice between those norms. *Contra Hart* and *Dworkin*, however, the merits upon which the legal validity of those norms depend need not be "meritorious merits". In other words, the merits in these circumstances need not be "good moral justifications". To the contrary, it is the fact that the judge *must choose* between those norms at all, that implies that he will be choosing on the basis of the merits. If he selects the "better norm", then he has chosen on the basis of merits. If he deliberately chooses the bad norm, then he has chosen on the basis of the merits of that norm. As long as he is using his discretion to choose between norms, the legal validity of those norms *depends* on their merits (this applies to both relative merits as between the norms and the "absolute merits" of the norms). This is even true in the theoretical instance where both norms are equally meritorious or in the converse instance where they are both equally abhorrent; in such instances, the judge would be faced with the paradox of Buridan's Ass: he would have to favour one norm, but would have no basis for doing so. Even then, the judge's "arbitrary choice" of one

¹¹ *Gardner*, 46 *American Journal of Jurisprudence* 2001, 199 (214-218).

¹² *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (1977), ch. 2.

norm over its equal would depend on the fact that the norms are identical insofar as their merits are concerned. The merits are therefore determining which norm is legally valid and which is not.

We can conclude this section by ruling out one final potential objection. One might argue that, in spite of all of the above analysis, legal validity does not depend on the merits of norms because, regardless of the merits of the two conflicting norms, one norm will win out. This norm will be conclusively valid. And the inevitability of one norm winning out does not depend on the merits of the norms which are conflicting. Nor, therefore, does the legal validity of the resultant norm. This, however, does not suffice as a rejoinder. It does not suffice because, whilst it is true that one norm must eventually win out in such a conflict, its doing so depends on there being a basis for the judge's decision. And in such a conflict, where legal validity will not suffice to distinguish between the two norms, this basis can only be the merits of the conflicting norms.

The utility of LP*, it should now be clear, is open to question. We have shown through our analysis that the legal validity of conflicting norms *necessarily* depends upon the merits of those norms. One might consider this a negligible criticism of LP*. For the most part, LP* remains true; generally the legal validity of norms does depend upon the fact that they were engaged with by the "relevant agents". It's only when norms conflict that any problems arise. And who's to say that such a conflict will ever eventuate. Such an attitude is, however, nothing short of navel-gazing. Contradictions in the law are an important signal. They tend to indicate significant conflicts where the normative stakes are high. We therefore should, as a matter of urgent necessity, aim to generate an adequate explanation to light the way along such treacherous jurisprudential terrain.

How Useful is LP* in the Context of Jurisprudential Debate?

We can now move on to consider further problems with LP*, *qua* central thesis of legal positivism, in the context of jurisprudential debate. LP* is an impoverished thesis and useless as a discriminatory tool for legal philosophy because it assumes the object of its description. For many engaged in jurisprudential debate, there are other decisive metrics, aside from that which the “relevant agents” posit, that determine whether something is legally valid or whether it counts as law.

“In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the laws of that system, depends on its sources, not its merits [where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources].”

The aspiration of the entire enterprise of legal positivism is to correctly identify the “law” or the set of “legal features” through which we can identify the law and its corresponding institutions and actors. But the above proposition unjustifiably assumes that this can already be done. LP* does this through using question-begging language: It attempts to isolate the objects of the proposition by reference as opposed to by description. Hence, it is not clear what the “sources” are. The same kind of problem arises in *Gardner’s* attempt to elucidate on the term “sources”: The term “relevant agents” is vacuous; in order to employ the concept of “relevance” it must be clear to what the agents are relevant to. It is not. This might seem like a rather obtuse criticism of LP*; one might say, “surely the woman wearing the wig and gown is the judge, and the laws passed by parliament are law?” But is it always this clear? To assume that legal agents are so easily identified is foolhardy at best and morally catastrophic at worst. If all policemen are legal agents, does that mean that whatever norms they en-

gauge with are by virtue of that engagement alone rendered valid law? You might say that policemen are not legal agents. But is this clear? Doesn't this account also mean that the notion of *ultra vires* is meaningless? Perhaps these claims can be met, but they are not met by LP*.

An interesting effect of LP* is that it adds to the intractability of jurisprudential debate. Many participants in this debate typically invoke the “way we speak about law” as a means to determining what law is.¹³ In this respect, LP* further polarises the jurisprudential terrain as between Natural Law thinkers and Positivists by creating yet another “way of speaking about law” that is relied on as a means to identifying law. Whilst it might be argued that it does so no more than any other theorising about law, this is untrue. Ironically, it is because LP* is so successful that it is especially problematic; it effectively synthesises the views of many thinkers through construing their work in a way that essentialises the elements of legal positivism therein. Take, for example, the above claim that *Hobbes*, amongst the other theorists mentioned, would have converged on LP*. This is far from clear. Nonetheless, through the claim that he has done so, we are left with the impression that he has done so. A sort of gravitas is then assimilated to LP* which is consonant with *argumentum ad verecundiam*.¹⁴ How does this play out in jurisprudential debate itself?

On one side of the debate we have, paradigmatically, the “Natural Lawyers” who recognise that there are some norms that “the relevant agents” posit “in the relevant sense” that are not law. Thus, for these theorists, there

¹³ One example can be found in the work of *John Finnis*: “Exclusive legal positivism’s refusal to countenance such a way of speaking [about law – specifically the way merits incorporated in legal reasoning are already a part of the law] is unwarranted and inadequately motivated.” *Finnis*, 75 *Notre Dame L. Rev.* 2000, 1597 (1602).

¹⁴ “*Argumentum ad verecundiam*” translates to “argument to respect”.

are often supplementary criteria (or a criterion) related to justice (the norm *lex iniusta non est lex*, for example, that represents the maxim that “an unjust law is not a law” and is often invoked by such theorists in identifying the law) or form-conditions (in Fuller’s case, for example) that determine whether a given norm is valid law or not. In alluding to the “way we speak about law”, some theorists invoke these supplementary standards as a (decisive) means to determining which norms are law and which are not. On the other side, there is, again paradigmatically, the positivist who defines law by reference to social facts (LP* effectively integrates this account into itself). According to this proposition, the decisive consideration for determining whether something is law is whether it has been posited (in accordance with the relevant procedures) as a social fact. There are thus two incompatible senses in which the term “law” is being defined. LP* adds to the intractability of this debate through suggesting itself as yet another (influential) account of what law is, and hence, through its so suggesting, another “way of speaking about law” that informs how we define law.

One might argue that the above analysis is rather solipsistic: The way we speak about law is not a decisive means to determining what law is. If we speak about poison as if it were a chocolate milkshake, we would surely still be hesitant to drink it. This is, however, an oversimplification. Law is partly constituted by our understanding of it. As *Dickson et al* have noted,¹⁵ a theoretical account of law, must do adequate justice to participants’ attitudes, beliefs about and “self-understandings in terms of the concept of a legal system, because those self-understandings form part of the data to be

¹⁵ *Dickson*, *Evaluation and Legal Theory* (2001), p. 14; *Hart*, *The Concept of Law* (1994); *Raz*, in: *Raz* [ed.], *Ethics in the Public Domain* (1994), 210-237; *Finnis*, *Natural Law and Natural Rights* (1980), ch. 1.

explained.”¹⁶ Thus, it should be clear that the concept of law that we employ in theorising about law is (somehow) *constitutive* of law: Our very reliance on a positivist account “reinforces” our sense that “law” is whatever legal agents posit. Contrariwise, our speaking about law as needing to fulfil other requirements (such as conforming with standards of justice or requirements that it be adequately promulgated) can, in effect, determine whether law ultimately needs to. In its most extreme form, we can imagine that a society’s *en masse* rejection (due to, say, its morally abhorrent nature) of a statute that has been passed by “the relevant agents” could render such a statute, quite simply, *not law*. As such, it seems that there *can be* a normative component to the definition of law, and whether this normative component actually exists, depends upon whether *we believe it does*. This claim, however, bears further elaboration.

The above paragraph identifies a paradox that seems to have thus far been short-shrived by analytical jurisprudence; that is, the “paradox of inference” made famous by *Lewis Carroll*.¹⁷ In this paradox, involving Achilles and the Tortoise, the Tortoise accepts the premises suggested by Achilles as true, but not the conclusion that seems to follow from them. And undoubtedly, if accepted as true, a valid conclusion does follow from them. However, there is no way that Achilles can make the Tortoise accept the conclusion. This paradox has even sharper teeth as it applies to law, because our acceptance of the conclusion about law (here LP* or the Natural Lawyer’s concept of it) actually goes to constituting it as true. Law is only “that which is posited by the relevant agents” if we *accept* that it is. One useful way to clarify this thought is to imagine a society of Natural

¹⁶ *Dickson*, Towards a Theory of European Union Legal Systems (unpublished), p. 7.

¹⁷ *Carroll*, 4 Mind 1895, 278-280.

Lawyers (if you can): If they thought that law necessarily involved a criterion of justice, then a particular law failing to do so would render it *out of existence*. To say that such a law continues to exist, which undoubtedly many positivists would, is to invoke the *very same paradox*; positivists (a minority in this Natural Law society), in asserting the continued existence of a law that has been rejected *en masse* are relying on (and hence have accepted) LP* (for example) as a means to identifying law. Hence, they haven't shown that the Natural Lawyer's are wrong about law and its capacity to contain a normative component; they've just accepted (and relied on) a different thesis. As such, this paradox reveals the self-perpetuating nature of jurisprudential discourse: The more that the discourse on this topic asserts that justice is a necessary feature of law, the more that "law" is considered in those terms and therefore defined in such terms. And so too with LP*. Hence, LP* is likely to only further entrench the Positivist-Natural Law divide. Whether there is a solution to this entrenchment and the current state of jurisprudential debate, and whether our identification of this paradox can inform new ways of thinking about law and legal systems, are problems to be dealt with in a forthcoming paper.

WOLFGANG BÖHM & KAROLIN KROCKER*

Das Jugendstrafverfahren

Eine Einführung für Studenten und Rechtsreferendare

Die nachstehende Darstellung gibt einen Überblick über die Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens. Sie richtet sich sowohl an Studenten als auch an Rechtsreferendare in der Strafstation. Der juristische Vorbereitungsdienst enthält unter anderem einen Ausbildungsabschnitt in Strafsachen. Im Rahmen dieses Ausbildungsabschnittes sind die meisten Rechtsreferendare einem Staatsanwalt zur praktischen Ausbildung zugeteilt und werden selbständig im staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst als Vertreter der Staatsanwaltschaft in den Hauptverhandlungen eingesetzt.

Schwerpunkt des Artikels ist die Herausarbeitung der Unterschiede des Jugendstrafverfahrens zum Erwachsenenstrafrecht. Er beschränkt sich jedoch nicht hierauf, sondern gibt darüber hinaus Hinweise und Vorschläge für die Sitzungsvertretung und die Aktenbearbeitung, um insbesondere Rechtsreferendaren auch eine Handreichung für die praktische Arbeit zu sein.

I. Die Ziele des Jugendstrafrechts

„Vorrangiges Ziel des Jugendstrafrechts ist es, den Jugendlichen zu einem Leben ohne Straftaten anzuhalten“, so formulierte der *Deutsche Juristentag* 2002 den Sinn und Zweck des Jugendstrafrechts in Anlehnung an die

Zielvorgabe des § 2 I JGG.¹ Auch das österreichische JGG beschreibt dieses Ziel sehr anschaulich. In § 5 Nr. 1 heißt es: „Die Anwendung des Jugendstrafrechts hat vor allem den Zweck, den Täter von strafbaren Handlungen abzuhalten.“ Angesprochen ist hier der Präventionsgedanke als besonderes Ziel des Jugendstrafverfahrens. Daneben gelten selbstverständlich dieselben Ziele wie in jedem anderen Strafverfahren: die Beantwortung der Schuldfrage und der Straffrage², ausgenommen sind jedoch generalpräventive Erwägungen sowie der Schutz der Allgemeinheit (Abschreckung).³ Beinahe alle männlichen Jugendlichen, aber auch eine stetig steigende Anzahl weiblicher Jugendlicher⁴ begeht – zunächst entwicklungsbedingt – Straftaten, die in den überwiegenden Fällen Bagatelldelikte haben.⁵ In der Praxis wird dem Referendar jedoch auch eine nicht geringe Anzahl an jugendlichen Wiederholungstätern begegnen. Besonders gewalttätige Jugendliche und Heranwachsende – bis hin zu den sogenannten Intensivtätern – bleiben dabei dennoch die Ausnahme, denn Erwachsenenkriminalität wiegt im Durchschnitt deutlich schwerer als Jugendkriminalität.⁶ Im Vergleich zu der Anzahl tatverdächtiger Erwachsener ergibt sich jedoch – in Relativzah-

* Der Autor *Böhm* war bis Dezember 2008 Jugendrichter und Vorsitzender des Jugendschöffengerichts am Amtsgericht Zossen und ist derzeit im Rahmen einer Abordnung am Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg Referent für Familienrecht und Minderjährigenschutz. Die Autorin *Krockner* ist Rechtsreferendarin am Landgericht Potsdam und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Privatrecht, Internationales Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin. Sie danken der Redaktion für die Unterstützung und die Korrekturen.

¹ Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Band II/2, N 246.

² Vgl. *Ostendorf*, Das Jugendstrafverfahren (3. Aufl. 2004), Rn. 18, Schaubild 3.

³ *Eisenberg*, JGG (13. Aufl. 2009), § 17 Rn. 5.

⁴ ZDF-Reportage 37 Grad v. 14.07.2009, „Jung, weiblich, aggressiv – Mädchen schlagen sich durch“, Sendung verfügbar in der ZDFmediathek unter: <http://www.37grad.zdf.de/ZDFde/inhalt/13/0,1872,7602061,00.html> (Abruf am 22.01.2010).

⁵ Vgl. *Ostendorf*, Jugendstrafrecht (6. Aufl. 2011), Rn. 8f.

⁶ *Streng*, Jugendstrafrecht (2. Aufl. 2008), S.3, § 1 I 1 Rn. 3.

len gerechnet – eine Kriminalitätsbelastung der Jugendlichen und Heranwachsenden, die etwa das Dreifache der Belastung der Erwachsenen beträgt.⁷ In die Zuständigkeit der Jugendstaatsanwälte fällt deshalb rund ein Viertel des Arbeitsanfalls der Staatsanwaltschaften. In der Strafstation bei der Staatsanwaltschaft werden die auszubildenden Referendare deswegen häufig mit den Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens konfrontiert.

II. Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts

Das Jugendstrafrecht gilt nicht für Kinder, d.h. nicht für Personen, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das folgt als Umkehrschluss aus § 1 Abs. 1 JGG.⁸ Sie sind gemäß § 19 StGB schuldunfähig. Ergibt sich aus der Straftakte, dass die Altersgrenze noch nicht erreicht ist, ist das Strafverfahren einzustellen.

Formulierungsbeispiel: Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten Paul Niemeyer wird nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Der Beschuldigte war zum Tatzeitpunkt zwölf Jahre alt und daher gemäß § 19 StGB schuldunfähig.

Jugendliche und Heranwachsende unterliegen gemäß § 1 Abs. 1 JGG dem Jugendstrafrecht, wobei sich die Altersgrenzen nach § 1 Abs. 2 JGG bestimmen. Jugendlicher ist danach, wer zur Tatzeit vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt war. Heranwachsender ist, wer zur Tatzeit achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt war.

Bei Jugendlichen ist gemäß § 3 JGG festzustellen, ob sie strafrechtlich verantwortlich sind, also nach ihrer sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug waren, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht

⁷ Streng, Jugendstrafrecht (2. Aufl. 2008), S.1, § 1 I 1 Rn. 1.

⁸ Ostendorf, Jugendstrafrecht (6. Aufl. 2011), Rn. 26.

zu handeln. Für die Beurteilung dieser Frage erweist sich regelmäßig der Bericht der Jugendgerichtshilfe (§ 38 JGG) oder des Bewährungshelfers als hilfreich. In der Justizpraxis wird diese Einsichtsfähigkeit regelmäßig bejaht.⁹

Bei Heranwachsenden muss in dem Verfahren dargelegt werden, ob gemäß § 105 Abs. 1 JGG von der Anwendung des Erwachsenenstrafrechts oder des Jugendstrafrechts Gebrauch gemacht werden soll. Es darf hier nicht die Anwendung des materiellen Strafrechts mit der Zuständigkeit der Jugendgerichte verwechselt werden.¹⁰ Für den Heranwachsenden sind wegen § 1 Abs. 1 JGG stets die Jugendgerichte zuständig. Jedoch muss das Jugendgericht gemäß § 105 JGG darüber entscheiden, ob die Folgen der Straftat sich nach allgemeinem Strafrecht oder nach Jugendstrafrecht bestimmen.

Jugendstrafrecht ist anzuwenden, wenn der Heranwachsende nach seiner sittlichen oder geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) oder es sich bei der Tat um eine typische Jugendverfehlung handelt (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG). Die Bewertung des Entwicklungsstandes des Jugendlichen muss für den Zeitpunkt der Tat erfolgen.¹¹ Können Zweifel auch nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht behoben werden, sind die Sanktionen dem Jugendstrafrecht zu entnehmen.¹² Auch hier ist bei der Beurteilung die Einschätzung der Jugendgerichtshilfe oder des Bewährungshelfers hilfreich.

Die Anwendung des besonderen Jugendstrafprozessrechts unterliegt bei Heranwachsenden jedoch wegen § 109 JGG wesentlichen Beschränkun-

⁹ Vgl. zu den Gründen *Ostendorf*, Jugendstrafrecht (6. Aufl. 2011), Rn. 40.

¹⁰ *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht (14. Aufl. 2002), S. 70, § 8 I.

¹¹ *Eisenberg*, JGG (14. Aufl. 2010), § 105 Rn. 10.

¹² BGH NStZ 2004, 294 (295); BGH NJW 2002, 73 (75).

gen.¹³ Die Heranziehung von Jugend- und Erwachsenenstrafrecht bei Heranwachsenden steht nicht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis.¹⁴ Die Entscheidung über die Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht auf Heranwachsende fällt – entgegen der Formulierung des Gesetzes als Ausnahmetatbestand – in der Praxis überwiegend zugunsten des Jugendstrafrechts aus.¹⁵

Der § 105 JGG wird jedoch von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich gehandhabt. Es lassen sich daher keine richtungsweisenden Kriterien an die Hand geben. Bei leichteren Verfehlungen, z.B. im Straßenverkehr, wird häufiger das allgemeine Strafrecht angewandt, weil das Strafverfahren dann mit einem Strafbefehl beendet werden kann.¹⁶ Ein Strafbefehl wäre anderenfalls nicht zulässig (vgl. unten III. 4.). Die praktizierte überwiegende Anwendung des Jugendstrafrechts scheint der Intention des Gesetzgebers jedoch gerecht zu werden. *Böhm/Feuerhelm* stellen die Vermutung auf, dass – würde auch in allen leichten Fällen eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Heranwachsenden ernsthaft vorgenommen – noch viel häufiger Jugendstrafrecht angewendet werden müsste.¹⁷

Die Anwendung von Jugendstrafrecht auf einen Heranwachsenden darf nicht zum Inhalt einer Urteilsabsprache gemacht werden.¹⁸

¹³ Vgl. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht (14. Aufl. 2002), S. 55, § 6 I. 2 und S. 280ff., § 42.

¹⁴ BGH NStZ 2004, 294 (295); BGH NJW 2002, 73 (75).

¹⁵ *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht (14. Aufl. 2002), S. 72, § 8 II; *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht (4. Aufl. 2004), S. 52.

¹⁶ *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht (4. Aufl. 2004), S. 53.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd. S. 49.

III. Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens

1. In der Anklageschrift

a. Allgemeines

Die Anklageschrift hat folgende Hinweise auf die Besonderheiten des Verfahrens zu enthalten: Bereits in der Anschrift an das Gericht wird durch den Zusatz „Jugendrichter“, „Jugendschöffengericht“ oder „Jugendkammer“ deutlich, dass es sich um eine Jugendstrafsache handelt. Die Zuständigkeit richtet sich nach § 33 JGG i.V.m. §§ 24, 25 sowie §§ 28ff. GVG. Oben rechts, neben der Gerichtsadresse, sollte der Hinweis „Jugendlicher“ oder „Heranwachsender“ (ggf. „zur Tatzeit“) aufgenommen werden.¹⁹ Durch ihn wird formal angezeigt, dass das JGG mit seinen besonderen Zuständigkeiten gilt.

Nach der Überschrift „Anklageschrift“ ist der Name des jugendlichen oder heranwachsenden Angeschuldigten mit Geburtsdatum, Geburtsort, Wohnanschrift, Staatsangehörigkeit und Familienstand zu nennen. Im Anschluss daran muss bei Jugendlichen unbedingt der gesetzliche Vertreter als zusätzlicher Adressat der Anklageschrift aufgeführt werden. Es muss dementsprechend eine zusätzliche Mehrfertigung der Anklageschrift verfügt werden (siehe unten III. 2.). Sobald der Angeschuldigte das achtzehnte Lebensjahr abgeschlossen hat, ist eine Absendung an den gesetzlichen Vertreter nicht mehr zulässig.

¹⁹ So in Berlin/Brandenburg, vgl. Strafrechtsskript des Kammergerichtes, S. 17, als PDF-Dokument abrufbar unter: http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/justiz/kammergericht/juristischervorbereitungsdienst/skripte/ref_vbd_skript_strafr_1.auflage.pdf (Abruf am 31.05.2011).

Nach der Nennung des eventuell vorhandenen und bevollmächtigten Verteidigers folgt auf den Halbsatz „wird angeklagt“ der Hinweis „als Jugendlicher mit Verantwortungsreife“ oder „als Heranwachsender“. Der Zusatz „mit Verantwortungsreife“ erfolgt nur beim Jugendlichen; sein Erfordernis ergibt sich aus § 3 S. 1 JGG. Die Verantwortungsreife des Jugendlichen wird – wie oben gesehen – in der Praxis regelmäßig angenommen. In einigen Bundesländern erfolgt der Zusatz „als Jugendlicher“/ „als Heranwachsender“ auch erst nach der Nennung von Tatort und Tatzeit. Dies kann z. B. bei einer Tat, die durch mehrere Täter in unterschiedlichen Alters- und Entwicklungsstufen begangen worden ist, übersichtlicher sein.²⁰

Im abstrakten und konkreten Anklagesatz tauchen keine Besonderheiten auf. In der Paragraphenkette nach dem konkreten Anklagesatz müssen die Normen „§§ 1, 3 JGG“ bei Jugendlichen und/ oder „1, 105 JGG“ bei Heranwachsenden aufgenommen werden. In einigen Bundesländern werden in beiden Fällen auch noch die „§§ 5, 9-19 JGG“ ergänzt.²¹ Im Übrigen können Jugendliche und Heranwachsende gemäß § 103 JGG gemeinsam mit Erwachsenen angeklagt werden. In diesem Fall ist das Jugendgericht zuständig (§103 Abs. 2 JGG). Die Verbindung vor dem Jugendgericht ist wegen der einmaligen Beweisaufnahme und der Konzentration des Verfahrens weit häufiger anzutreffen als die Trennung der Anklage.

b. Wesentliches Ermittlungsergebnis

Vor dem Jugendrichter am Amtsgericht wird das wesentliche Ermittlungsergebnis nur dann aufgeführt, wenn die Sach- und Rechtslage Schwierigkei-

²⁰ Vgl. *Solbach/Klein/Auchter-Mainz*, *Assex – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen* (13. Aufl. 2007), S. 265ff.; siehe dort auch zu den Besonderheiten in den süddeutschen Ländern.

²¹ Ebd. S. 267.

ten bereitet, vgl. Nr. 112 Abs. 1 RiStBV. Es sollen außerdem keine Einzelheiten dargestellt werden, deren Kenntnisnahme durch den Angeklagten oder seinen gesetzlichen Vertreter Nachteile für dessen Erziehung verursachen könnten (§ 46 JGG).²² Das gilt auch für den konkreten Anklagesatz.²³ Es darf auch gegenüber dem Gericht nicht von den Angaben gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abgewichen werden, denn es gibt stets nur eine Anklageschrift. Insgesamt muss in der Anklageschrift gegen Jugendliche auf eine einfache sprachliche Form und verständliche Ausdrücke geachtet werden. Im Verfahren gegen Heranwachsende sollte – soweit möglich – im wesentlichen Ermittlungsergebnis auf die Frage der Anwendung des Jugendstrafrechts eingegangen werden, vgl. § 105 Abs. 1 JGG.

2. In der Abschlussverfügung

Die Abschlussverfügung variiert wie die Anklageschrift in den verschiedenen Bundesländern. Als Besonderheit in Jugendstrafsachen ist hier vor allem an Nr. 32 MiStra zu denken.

Formulierungsbeispiel für Brandenburg: Eine Mehrfertigung der Anklage gemäß Nr. 32 MiStra (verschlossener Umschlag) senden an das Jugendamt in Potsdam.

Formulierungsbeispiel bei mehreren Angeklagten in Nordrhein-Westfalen²⁴: Je eine begleitende Mehrfertigung der Anklageschrift übersenden an a) den Bürgermeister – Jugendamt – in Troisdorf, Zusatz: Betrifft den Angeschuldigten X,

²² Vgl. Solbach/Klein/Auchter-Mainz, Asses – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen (13. Aufl. 2007), S. 141.

²³ § 46 JGG analog, vgl. Solbach/Klein/Auchter-Mainz, Asses – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen (13. Aufl. 2007), S. 237.

²⁴ Beispiel aus Solbach/Klein/Auchter-Mainz, Asses – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen (13. Aufl. 2007), S. 269.

b) die Oberbürgermeisterin – Jugendamt – in Bonn, Zusatz: Betrifft den Ange-schuldigten Y, jeweils mit Anschreiben: Es wird um Erstattung eines Berichts der Jugendgerichtshilfe gemäß §§ 38, 43, 109 JGG an die Frau Vorsitzende des Jugendschöffengerichtes in Bonn sowie Durchschrift des Berichts zu meinen Handakten gebeten.

Unter dem Punkt „Mehrfertigungen“ ist stets die Fertigung von mindestens zwei zusätzlichen Exemplaren, nämlich für den gesetzlichen Vertreter und das Jugendamt, anzuordnen.

3. Bei der Einstellung des Verfahrens

Auch bei der Einstellung des Verfahrens gegen Jugendliche und Heranwachsende ist besondere Aufmerksamkeit geboten, denn das Jugendgerichtsgesetz sieht wegen des Erziehungs-/ Subsidiaritätsprinzips im Jugendstrafrecht (d.h. Erziehung vor Strafe) in §§ 45 und 47 besondere Einstellungsmöglichkeiten vor. § 45 Abs. 1 JGG erlaubt dem Jugendstaatsanwalt das Verfahren ohne die Zustimmung des Richters nach den Voraussetzungen des § 153 StPO einzustellen. § 45 Abs. 2 JGG verlangt die Einstellung, sofern eine erzieherische Maßnahme bereits erfolgt oder eingeleitet worden ist. Erzieherische Maßnahmen können bereits durch die Eltern erfolgt sein oder durch das Jugendamt. Auch die Vernehmung durch die Kriminalpolizei oder den Staatsanwalt kann erzieherische Wirkung haben. Die Einstellung nach § 153 StPO kommt neben § 45 Abs. 2 JGG grundsätzlich nicht in Betracht,²⁵ weil in diesem Fall auf den Jugendlichen erzieherisch eingewirkt werden muss. Sofern die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 JGG i.V.m. § 153 StPO nicht vorliegen und der Jugendliche nicht geständig ist

²⁵ Eisenberg, JGG (14. Aufl. 2010), § 45 Rn. 10 (auch zu den Ausnahmen).

(§ 45 Abs. 3 JGG), kann der Jugendstaatsanwalt das Verfahren nach den bisherigen Ausführungen also nur einstellen, wenn er erzieherische Maßnahmen allgemeiner Art herbeiführt. Ob der Jugendstaatsanwalt bei einem nicht geständigen Jugendlichen dagegen mit Weisungen und Auflagen nach § 153a StPO vorgehen kann, ist umstritten.²⁶ Jedenfalls kann § 153a StPO nach ganz überwiegender Ansicht subsidiär zu § 45 Abs. 1 und 2 JGG angewendet werden.²⁷ Nach Erhebung der Anklage kann der Jugendrichter das Verfahren gemäß den Voraussetzungen des § 47 JGG einstellen. Die Vorschrift verweist hierzu auf § 153 StPO und § 45 JGG.

4. Kein Strafbefehl, kein beschleunigtes Verfahren, kein Adhäsionsverfahren, Nebenklage

Im Verfahren gegen Jugendliche sind das Strafbefehlsverfahren und das beschleunigte Verfahren gemäß § 79 Abs. 1, 2 JGG unzulässig. Der Grund für den Ausschluss sind die erzieherischen Zwecke des Jugendstrafverfahrens. Ein weiterer Grund ist die Annahme, dass Jugendliche seltener als Erwachsene Einspruch gegen einen Strafbefehl einlegen.²⁸ Bei Heranwachsenden ist das Strafbefehlsverfahren ebenfalls unzulässig, soweit darauf materielles Jugendstrafrecht anwendbar ist.²⁹ Zulässig ist indes das beschleunigte Verfahren.³⁰ Gemäß § 109 Abs. 3 JGG darf im Strafbefehlsverfahren gegen Heranwachsende ausnahmsweise keine Freiheitsstrafe verhängt werden. § 81 JGG schließt die Durchführung eines sogenannten

²⁶ Vgl. *Solbach/Klein/Auchter-Mainz*, *Assex – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen* (13. Aufl. 2007), S. 184 m.w.N..

²⁷ *Ostendorf*, *Jugendgerichtsgesetz* (8. Aufl. 2009), § 45 Rn. 6.

²⁸ *Eisenberg*, *JGG* (13. Aufl. 2009), § 79 Rn. 3.

²⁹ *Ebd.* § 79 Rn. 2.

³⁰ *Ebd.* § 109 Rn. 9.

Adhäsionsverfahrens gegen Jugendliche aus. Nebenklage ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 JGG zulässig.

5. In der Sitzungsvertretung

a. Zulässigkeit der Sitzungsvertretung durch den Referendar

Grundsätzlich kann der Referendar vor allen Spruchkörpern des Amtsgerichtes, auch des Jugendgerichtes, als Sitzungsvertreter auftreten.³¹ Die entsprechende Regelung findet sich in § 142 Abs. 3 GVG. Nach dieser Vorschrift kann dem Referendar die Wahrnehmung der Aufgaben eines Amtsanwalts und im Einzelfall die Wahrnehmung der Aufgaben eines Staatsanwalts unter dessen Aufsicht übertragen werden. Die Aufgaben der Amtsanwälte werden den landesrechtlichen Regelungen der Organisationsstaatsanwaltschaft (OrgStA) entnommen. In den Ländern Bayern und Sachsen, die keine Amtsanwälte kennen,³² werden die Aufgaben und Befugnisse des Referendars anderweitig geregelt, z.B. durch Art. 14 Abs. 3 des Bayerischen AGGVG oder im Wege von Verwaltungsvorschriften (VwV Rechtsreferendare in Sachsen³³). Die Ausbildungsbezirke handhaben das Entsenden der Referendare in die Sitzungsvertretung in Jugendstrafsachen unterschiedlich. So werden beispielsweise in Berlin regelmäßig Referendare in Jugendstrafverfahren geschickt, während man hierauf in Brandenburg verzichtet. Wegen der großen Arbeitsbelastung geht die Tendenz jedoch auch in Brandenburg dahin, Referendare an die Jugendgerichte zu entsen-

³¹ *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Cierniak/Schwarz [Hrsg.], Strafprozessordnung (53. Aufl. 2010), § 142 GVG Rn. 14.

³² Vgl. Homepage des Deutschen Amtsanwaltsvereines e.V.: <http://www.daav-online.de/index.php?page=1094350373&f=1&i=1094350373> (Abruf am 23.02.2010).

³³ Vgl. Homepage des Sächsischen Justizministeriums: <http://www.justiz.sachsen.de/download/refvww2007.pdf> (Abruf am 31.05.2011).

den. *Eisenberg* vertritt die Ansicht, die Sitzungsververtretung durch Referendare in Jugendsachen sei – entgegen der weit verbreiteten Praxis – wegen § 37 JGG grundsätzlich unzulässig.³⁴ Für besonders bedeutende Prozesshandlungen setzen aber einzelne Länder in den OrgStA ein Zustimmungserfordernis des Staatsanwaltes voraus, z.B. für die Verfahrenseinstellung oder den Rechtsmittelverzicht.³⁵

b. Einstellung des Verfahrens

Nach Anklageerhebung sieht das JGG die Einstellungsmöglichkeit nach § 47 JGG vor. Dies gilt auch für Heranwachsende, soweit die Anwendung materiellen Jugendstrafrechts zu bejahen ist.³⁶ Eine Einstellung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn bereits andere (nicht gerichtliche) erzieherische Maßnahmen durchgeführt oder eingeleitet wurden (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 JGG). Ferner ist eine Verfahrenseinstellung nach § 47 Abs. 1 Nr. 3 JGG möglich, wenn der Richter eine Entscheidung durch Urteil für entbehrlich hält und Auflagen nach § 15 JGG oder Weisungen nach § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, 7 und 9 JGG erteilt. Es handelt sich insoweit um Tatfolgen, die auch Gegenstand einer Verurteilung sein können. Da im Fall der Einstellung nach § 47 Abs. 1 Nr. 3 JGG nicht feststeht, ob der Angeklagte den Auflagen oder Weisungen nachkommt, empfiehlt sich zunächst eine nur vorläufige Einstellung mit der Setzung einer Frist zur Erfüllung der Weisung oder Auflage (vgl. § 47 Abs. 1 S. 2 JGG). Ist der Angeklagte den Auflagen bzw. Weisungen nachgekommen, wird das Verfahren (endgültig) eingestellt (§ 47 Abs. 1 S. 5 JGG). Kommt er ihnen nicht nach, so dürfen

³⁴ *Eisenberg*, JGG (13. Aufl. 2009), § 36 Rn. 14.

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd. § 47 Rn. 2.

sie auch nicht durch Ungehorsamsarrest erzwungen werden (§ 47 Abs. 1 S. 6 JGG); vielmehr ist das Verfahren fortzuführen.

Die Staatsanwaltschaft muss der Einstellung nach § 47 Abs. 2 JGG nur zustimmen. Daher bedarf es keines staatsanwaltschaftlichen Antrages. Der Einstellungsbeschluss könnte wie folgt lauten:

Formulierungsbeispiel: Das Verfahren gegen den Angeklagten zu 1.) wird vorläufig eingestellt. Er erhält die Auflage, binnen vier Monaten 30 Stunden gemeinnützige Arbeit nach Weisung der Jugendgerichtshilfe zu erbringen.

c. Urteil

Wenn das Verfahren nicht eingestellt wird, dann endet es durch Urteil. Aufgrund ihrer prozessualen Stellung ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, den Sachverhalt im Rahmen ihrer Schlusserhebungen nach § 258 StPO tatsächlich und rechtlich zu würdigen sowie einen bestimmten Antrag zu stellen.³⁷ Im Falle eines Freispruchs ergeben sich im Jugendstrafrecht keine Besonderheiten. Wird der Angeklagte nicht freigesprochen, können Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel und Jugendstrafe Gegenstand der Verurteilung sein (vgl. § 5 JGG). Die ferner bestehende Möglichkeit der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt soll hier nicht weiter vertieft werden.

aa. Erziehungsmaßregeln

Als Erziehungsmaßregeln kommen vorrangig die in § 10 JGG nicht abschließend aufgezählten Weisungen, wie soziale Trainingskurse (z.B. Anti-Aggressivitäts-Training), Durchführung einer Drogentherapie oder der Besuch einer Schuldnerberatungsstelle in Betracht. Die Weisungen müssen

³⁷ BGH NSStZ 1984, 468 (468); *Schoreit*, in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar StPO (6. Aufl. 2008), § 258 Rn. 8.

einen inhaltlichen Bezug zur Tat oder ihren Ursachen haben, um eine Wiederholung zu verhindern. Eine repressive Zielsetzung darf nicht damit verbunden sein.³⁸ Kommt der Jugendliche den Weisungen nicht nach, so kann ein Ungehorsamsarrest nach § 11 Abs. 3 JGG verhängt werden.

Formulierungsbeispiel: Der Angeklagte erhält die Weisung, sich binnen zwei Monaten zu einer anerkannten Drogenberatungsstelle zu begeben und dort binnen weiterer zwei Monate an mindestens sechs Beratungsgesprächen teilzunehmen.

In der Praxis besteht oftmals das Problem ungeklärter Kostenfragen. Auch wenn die Weisungen durch die Justiz erteilt werden, handelt es sich inhaltlich häufig um Hilfen zur Erziehung nach dem SGB VIII. Die Übernahme der anfallenden Kosten obliegt der Entscheidung des Jugendamtes.³⁹ Problematische Kostenfragen sollten daher vor einer Verurteilung geklärt werden,⁴⁰ um sicher zu stellen, dass entsprechende Maßnahmen durch das Jugendamt finanziert werden.

bb. Zuchtmittel

Zuchtmittel sind die Verwarnung, die Erteilung von Auflagen sowie der Jugendarrest, § 13 Abs. 2 JGG. Diese sollen dem Jugendlichen „eindringlich zum Bewusstsein bringen, dass er für das von ihm begangene Unrecht einzustehen hat“. Mit Zuchtmitteln werden Straftaten geahndet, wenn eine Jugendstrafe nicht geboten ist (§ 13 Abs. 1 JGG). Sie können kombiniert werden.

³⁸ Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 10 Rn. 4.

³⁹ Tillmanns, in: Säcker/Rixecker [Hrsg.], MüKo/BGB (5. Aufl. 2008), § 36a SGB VIII Rn. 3.

⁴⁰ Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 10 Rn. 29.

Die Verwarnung (§ 14 JGG) ist eher eine symbolische Sanktion, bei der „spürbare“ Konsequenzen unterbleiben, wenn sie nicht mit anderen Sanktionen kombiniert wird. Die Sinnhaftigkeit einer bloßen Verwarnung wird durchaus kritisch gesehen.⁴¹

Die Auflage soll den Täter vor einer Wiederholung der Tat warnen und dient der Individualprävention. Im Gegensatz zur Weisung stellt sie aber keine Hilfestellung zum Ausgleich erzieherischer Defizite dar.⁴² Die Auflagen finden eine abschließende Aufzählung in § 15 Abs. 1 JGG. Die häufigste Sanktion im Jugendstrafrecht ist die Beauftragung zur Arbeitsleistung. Deren Umfang in Stunden sowie eine Frist zur Erbringung müssen bestimmt werden. Eine Höchstgrenze existiert nicht. Bei der Bemessung sollten aber auch andere Verpflichtungen wie Schule oder Ausbildung nicht aus den Augen verloren werden, ebenso wie zu geringe Stundenzahlen erzieherisch eher kontraproduktiv sein dürften. Die Aufлагenerfüllung wird durch die Jugendgerichtshilfe überwacht, § 38 Abs. 2 JGG.

Die Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung kommt insbesondere bei Jugendlichen und Heranwachsenden mit eigenem (Ausbildungs-) Einkommen in Frage. Gerade wenn sich der Angeklagte in einem Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis befindet, wäre eine Arbeitsaufgabe für ihn oftmals nur schwer zu realisieren. Die Aufлагenerfüllung kann nach §§ 15 Abs. 3, 11 Abs. 3 JGG durch Arrest erzwungen werden.

Der Arrest (§ 16 JGG) ist die schärfste Form der Sanktion unterhalb der Jugendstrafe. Seine Dauer ist auf vier Wochen begrenzt. Um Konflikte mit dem Schulbesuch oder der Ausbildungsstelle zu vermeiden, kann der Arrest auch auf bis zu zwei wöchentliche Freizeiten (i.d.R. Wochenenden)

⁴¹ Böhm/Feuerhelm, Einführung in das Jugendstrafrecht (4. Aufl. 2004), S. 197.

⁴² Ebd. S. 199.

bemessen werden. Die Ahndung durch Zuchtmittel wird mit der Verurteilung ausgesprochen. Sie sind daher auch Gegenstand des staatsanwaltlichen Antrages.

Formulierungsbeispiel: Der Angeklagte wird wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt. Ihm wird auferlegt, an den Geschädigten Wendt binnen eines Monats nach Rechtskraft des Urteils eine Zahlung von 250,- € zu leisten. Gegen den Angeklagten wird ein Dauerarrest von einer Woche verhängt.

cc. Jugendstrafe

Im Jugendstrafrecht gelten die Strafraumen des allgemeinen Strafrechts nicht. Hervorzuheben ist, dass die Jugendstrafe ein Mindestmaß von sechs Monaten hat, § 18 Abs. 1 JGG. Die Bemessung der Jugendstrafe hat vorrangig dem Erziehungsgedanken zu folgen, der Gesichtspunkt der Abschreckung anderer (Generalprävention) darf nicht berücksichtigt werden.⁴³ Die Verhängung einer Jugendstrafe setzt schädliche Neigungen des Jugendlichen oder die Schwere der Schuld voraus, § 17 Abs. 2 JGG. Beide Begriffe sind wenig konkret. Schädliche Neigungen definiert der BGH als erhebliche Mängel, „die ohne längere Gesamterziehung die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten in sich bergen, die nicht nur gemeinlästig sind oder den Charakter von Bagatelldelikten haben“⁴⁴. Es muss eine persönlichkeitspezifische Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten bestehen.⁴⁵ Schädliche Neigungen setzen in der Regel wiederholte Straftaten voraus. Jedoch ist dies keine zwingende Voraussetzung. Auch in einer einmaligen Tatbegehung können sich schädliche Neigungen zeigen,⁴⁶ so wie diese auch bei wieder-

⁴³ BGH NStZ 1982, 332 (332).

⁴⁴ BGH NStZ-RR 2002, 20 (20).

⁴⁵ Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 17 Rn. 3.

⁴⁶ BGH StV 1993, 531 (531).

holter Deliktsbegehung nicht notwendig vorliegen müssen.⁴⁷ Die schädlichen Neigungen müssen nicht nur im Zeitpunkt der Tat,⁴⁸ sondern auch des Urteils vorliegen.⁴⁹ Falls nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann, ob schädliche Neigungen bestehen, kann nach § 27 JGG auch nur die Schuld festgestellt werden und die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe für eine zu bestimmende Bewährungszeit ausgesetzt werden. In diesem Fall ist ein Bewährungshelfer zu bestellen.⁵⁰

Formulierungsbeispiel: Der Angeklagte zu 1.) ist des Landfriedensbruchs schuldig. Die Entscheidung über die Verhängung einer Jugendstrafe wird zur Bewährung ausgesetzt. Die Bewährungszeit beträgt zwei Jahre. Der Angeklagte wird der Aufsicht und Leitung der Bewährungshilfe unterstellt.

Der Angeklagte zu 2.) ist des Landfriedensbruchs in Tateinheit mit Körperverletzung schuldig. Er wird zu einer Jugendstrafe von neun Monaten verurteilt.

Für die „Schwere der Schuld“ ist ein schwerer objektiver Unrechtsgehalt notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung. Entscheidend ist vielmehr die innere Tatseite, d.h. inwieweit sich die charakterliche Haltung und die Persönlichkeit sowie die Tatmotivation des Jugendlichen in vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen haben. Der äußere Unrechtsgehalt der Tat ist dabei lediglich ein Anknüpfungspunkt, um Aussagen über die Persönlichkeit des Täters und die Höhe der Schuld treffen zu können.⁵¹ Darüber hinaus ist für die rechtsfehlerfreie Anwendung des § 17 Abs. 2 JGG

⁴⁷ BGHSt 15, 224 (226f.).

⁴⁸ BGH NSStZ-RR 2010, 387 (388).

⁴⁹ OLG Hamm StV 2007, 2 (3).

⁵⁰ *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 27 Rn. 8.

⁵¹ BGH NSStZ-RR 2001, 215 (216).

jedoch stets zu begründen, weshalb die Verhängung der Jugendstrafe zur erzieherischen Einwirkung geboten ist.⁵²

dd. Aussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung

Das Jugendstrafrecht kennt wie das allgemeine Strafrecht die Strafaussetzung zur Bewährung. Bei einer Jugendstrafe von bis zu einem Jahr ist diese der Regelfall, sofern eine gute Prognose gestellt werden kann. Auch bei höheren Jugendstrafen von bis zu zwei Jahren ist eine Strafaussetzung zur Bewährung auszusprechen, wenn die Vollstreckung im Hinblick auf die Entwicklung nicht geboten erscheint (§ 21 JGG). Jugendstrafen von mehr als zwei Jahren Dauer sind nicht der Bewährung fähig. Insoweit ergeben sich keine erheblichen Unterschiede zum allgemeinen Strafrecht. Die Bewährungszeit kann zwischen zwei und drei Jahre betragen und nachträglich auf ein Jahr verkürzt oder auf vier Jahre verlängert werden (§ 22 JGG). Die Erfahrung lehrt, dass von Angeklagten - gleich welchen Alters - in vielen Fällen der Unterschied zwischen Strafmaß und Bewährungszeit nicht verstanden wird. Hier empfiehlt es sich, dem Angeklagten die Urteilsfolge zu erläutern. Die Strafaussetzung zur Bewährung ist grundsätzlich im Urteil auszusprechen und zu begründen.⁵³ Ein Bewährungshelfer muss im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht zwingend bestellt werden, § 24 Abs. 1 JGG.

Formulierungsbeispiel: Der Angeklagte wird wegen Raubes zu einer Jugendstrafe von acht Monaten verurteilt. Die Vollziehung der Strafe wird zur Bewährung ausgesetzt. Der Angeklagte wird der Aufsicht und Leitung der Bewährungshilfe unterstellt.

⁵² KG StV 2009, 91 (92).

⁵³ Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 57 Rn. 4.

Im Falle der Aussetzung zur Bewährung können Auflagen und sollen Weisungen erteilt werden, § 23 Abs. 1 JGG. Diese werden gemeinsam mit der Bestimmung der Bewährungszeit durch Beschluss festgelegt.

Formulierungsbeispiel: Die Bewährungszeit dauert zwei Jahre. Der Angeklagte hat sich straffrei zu führen und jeden Wohnsitzwechsel unverzüglich dem Gericht anzuzeigen. Er erhält die Weisung, seiner Schulpflicht nachzukommen. Ihm wird auferlegt, binnen drei Monaten 50 Stunden gemeinnützige Arbeit nach Weisung der Jugendgerichtshilfe zu erbringen.

Nach Rechtskraft des Urteils ist ein Bewährungsplan nach § 60 JGG aufzustellen. Dieser ist dem Verurteilten verbunden mit einer umfassenden Belehrung in einem Gespräch auszuhändigen. Falls der Verurteilte in der Bewährungszeit wieder eine Straftat begeht oder gegen Auflagen gröblich verstößt, kann die Strafaussetzung widerrufen werden. Das Gleiche gilt, wenn er gegen Weisungen gröblich verstößt oder sich der Aufsicht seines Bewährungshelfers beharrlich entzieht und dadurch Anlass zur Besorgnis der Begehung erneuter Straftaten gibt (§ 26 Abs. 1 JGG). Vom Widerruf ist abzusehen, wenn mildere Mittel nach § 26 Abs. 2 JGG ausreichen. Vor einem Widerruf ist der Verurteilte grundsätzlich anzuhören.⁵⁴

Das Jugendstrafverfahren kennt im Gegensatz zum Erwachsenenstrafverfahren die sogenannte Vorbewährung nach § 57 Abs. 1 JGG.⁵⁵ Die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung wird in diesen Fällen nicht mit der Verurteilung getroffen, sondern einem nachträglichen Beschluss vorbehalten. Dieser Vorbehalt sollte im Urteil zum Ausdruck kommen. Die Entscheidung über die Strafaussetzung darf nicht beliebig

⁵⁴ OLG Hamm ZJJ 2008, 387 (389).

⁵⁵ BGHSt 14, 74 (74); OLG Hamburg NSStZ 2009, 451 (453); kritisch *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 57 Rn. 5.

hinausgezögert werden. Die Grenze dürfte bei sechs Monaten liegen.⁵⁶ Für diese Zeit können schon Weisungen erteilt und Bewährungsaufsicht angeordnet werden.⁵⁷ Mit diesem Institut wird die Hoffnung verbunden, der Jugendliche oder Heranwachsende „werde sich bewähren, um in den Genuss der Bewährung zu kommen“.

ee. Nebenstrafen und Nebenfolgen, Maßnahmen der Besserung und Sicherung

In Betracht kommen vor allem das Fahrverbot (§ 44 StGB i. V. m. § 8 JGG) und der Entzug der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB i. V. m. § 8 JGG). Wesentliche Besonderheiten im Vergleich zum allgemeinen Strafrecht ergeben sich hier nicht. *De lege lata* können Fahrverbot und Entzug der Fahrerlaubnis nur Rechtsfolge von Straftaten sein, die bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen wurden. Entgegen regelmäßig erhobener Forderungen⁵⁸ handelt es sich nicht um ein eigenständiges Sanktionsmittel.

Formulierungsbeispiel für Fahrverbot: Dem Angeklagten wird für die Dauer von drei Monaten untersagt, Kraftfahrzeuge aller Art im öffentlichen Straßenverkehr zu führen.

Formulierungsbeispiel für Entzug der Fahrerlaubnis: Die Fahrerlaubnis wird entzogen; der Führerschein wird eingezogen. Die Verwaltungsbehörde wird angewiesen, dem Verurteilten vor Ablauf von noch acht Monaten keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.

⁵⁶ OLG Dresden NStZ-RR 1998, 318 (318).

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht (4. Aufl. 2004), S. 166.

Auch die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls des Wertersatzes (§§ 73, 73a StGB) gegen Jugendliche oder Heranwachsende, auf die Jugendstrafrecht angewendet wird, ist zulässig.⁵⁹

d. Grundsätzlich „Einheitsstrafe“

Die Vorschrift des § 31 Abs. 1 S. 1 JGG sieht vor, dass auch bei Tatmehrheit – wie bei Tateinheit – grundsätzlich nur auf eine Unrechtsfolge, die gemäß § 8 JGG aus mehreren Maßnahmen bestehen kann, erkannt werden darf.⁶⁰ Das Jugendstrafrecht will einheitlich auf den Täter einwirken und ihn erziehen. Dies muss auch erfolgen, wenn schon ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist und die Unrechtsfolgen aus diesem Urteil noch nicht vollständig erledigt sind.⁶¹ Auch in diesem Fall sind diese Sanktionen in einer neuerlichen Verurteilung einzubeziehen (§ 31 Abs. 2 JGG). Bei einer dann zu bildenden „Einheitsstrafe“ gelten die Obergrenzen aus § 16 Abs. 4 und § 18 Abs. 1 JGG auch dann, wenn der Verurteilung mehrere realkonkurrierende Straftaten zu Grunde liegen. Die Entscheidung über die Einbeziehung und Bemessung der Rechtsfolge orientiert sich dabei ausschließlich am Erziehungszweck.⁶² Eine rechnerische Betrachtung oder gar „Addition“ von Sanktionen verbietet sich. Es muss vielmehr eine neue und selbständige, von der früheren Beurteilung unabhängige und einheitliche Rechtsfolgenbemessung für die früher und nunmehr abgeurteilten Taten vorgenommen werden.⁶³ Dabei kann die Neubewertung im Rahmen einer Gesamtwürdigung sogar zu dem Ergebnis kommen, dass die neue Sanktion

⁵⁹ BGH NJW 2010, 3106 (3107).

⁶⁰ *Solbach/Klein/Auchter-Mainz*, Asses – Vorbereitungslehrgang zum Assessorexamen (13. Aufl. 2007), S. 237.

⁶¹ Ebd.

⁶² BGHSt 22, 21 (23); BGH StraFO 2004, 394 (394).

⁶³ BGH MDR 1992, 321 (322).

unter Umständen sogar hinter der früheren einbezogenen Sanktion zurückbleiben darf.⁶⁴ Dies kann im Einzelfall geboten sein, wenn der Jugendliche trotz neuerlicher Straftat eine so positive Entwicklung genommen hat, dass nunmehr ein geringerer erzieherischer Bedarf festgestellt wird. In diesem Fall ist hinzunehmen, dass der Jugendliche auf Grund der Begehung einer weiteren Verfehlung besser steht. Das einbezogene Urteil verliert mit der Einbeziehung seine Wirkung.

Im Urteilstenor ist die Einbeziehung des oder der früheren Urteile auszusprechen. Hierbei genügt die Bezeichnung der Urteile, Strafraumen aus denselben müssen nicht wiedergegeben werden.⁶⁵ Entsprechend ist der Antrag der Staatsanwaltschaft zu formulieren:

Formulierungsbeispiel: Der Angeklagte wird unter Einbeziehung des Urteils des Amtsgerichtes Neuruppin vom 1. Dezember 2009, Aktenzeichen 2 Ds 17/09 zu einer einheitlichen Jugendstrafe von einem Jahr verurteilt.

Zuständigkeiten stellen in diesem Zusammenhang kein Problem dar. Das im konkreten Fall zur Entscheidung berufene Gericht ist auch zur Entscheidung über die Einbeziehung zuständig, unabhängig von der Frage, welches Gericht für das einzubeziehende Urteil zuständig war, selbst wenn es sich hierbei um ein höherrangiges Gericht gehandelt hat.⁶⁶ Auch hat die zeitliche Reihenfolge der Taten keine Bedeutung für die Zuständigkeit des einbeziehenden Gerichts. Jedoch gilt natürlich auch im Falle der Einbeziehung die Sanktionsbegrenzung des § 39 Abs. 2 JGG, wonach der Jugendrichter nicht auf Jugendstrafe von mehr als einem Jahr erkennen darf.⁶⁷

⁶⁴ OLG Koblenz NStZ-RR 2008, 323 (323f.).

⁶⁵ *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 31 Rn. 28.

⁶⁶ Ebd. § 31 Rn. 9 und § 39 Rn. 9.

⁶⁷ Ebd. § 39 Rn. 9.

Einbezogen werden darf jedoch nur ein rechtskräftiges Urteil. Um eine doppelte Verwertung zu verhindern, darf ein Urteil dann nicht einbezogen werden, wenn es bereits in ein anderes - noch nicht rechtskräftiges Urteil einbezogen wurde.⁶⁸ Einbezogene Urteile müssen im Wege der Beweisaufnahme in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Zweckmäßigerweise - aber nicht zwingend⁶⁹ - erfolgt dies durch Verlesung. Daher sollte rechtzeitig dafür Sorge getragen werden, dass einzubeziehende Urteile in der Hauptverhandlung vorliegen.

In Ausnahmefällen kann nach § 31 Abs. 3 JGG von der Einbeziehung einer früheren Verurteilung abgesehen werden, wenn dies erzieherisch zweckmäßig erscheint. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahmvorschrift dürfte jedenfalls in Verfahren, in denen Rechtsreferendare zum Einsatz kommen, als gering zu bezeichnen sein. In Betracht kommen beispielsweise Fälle, in denen eine Verurteilung zur im Jugendstrafrecht möglichen Höchststrafe als „Freibrief“ für die Begehung weiterer Straftaten angesehen wurde.

6. Notwendige Verteidigung

Jugendlichen und Heranwachsenden ist immer dann ein Verteidiger zu bestellen, wenn auch einem Erwachsenen ein Verteidiger zu bestellen wäre (§ 68 Nr. 1 JGG). Praktisch relevant sind vor allem die Fälle, in denen die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht stattfindet (§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO), dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird (§ 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO), gegen ihn Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung vollstreckt wird (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO)

⁶⁸ Eisenberg, JGG (14. Aufl. 2010), § 31 Rn. 13.

⁶⁹ BGH NSz 1985, 410 (410).

oder dies wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten ist (§ 140 Abs. 2 StPO). Eine entsprechende Schwere der Tat liegt - wie bei erwachsenen Angeklagten - nach überwiegender Ansicht jedenfalls dann vor, wenn eine Jugendstrafe (bzw. Freiheitsstrafe) von mindestens einem Jahr zu erwarten ist,⁷⁰ selbst wenn dieses Strafmaß überwiegend auf der Einbeziehung eines anderen Urteils beruht.⁷¹ Ein Fall notwendiger Verteidigung besteht jedoch auch dann, wenn eine kürzere Jugendstrafe zu erwarten ist, die Verurteilung aber noch weitere schwerwiegende Nachteile nach sich zu ziehen droht, wie etwa einen Bewährungswiderruf⁷² oder eine Ausweisung⁷³. Entscheidend ist das „Gesamtübel“.⁷⁴ Wegen der in der Regel geringeren Lebenserfahrung jugendlicher und heranwachsender Angeklagter, ist die Beiordnung eines Pflichtverteidigers auf Grund der höheren Schutzbedürftigkeit eher erforderlich, als im Erwachsenenstrafrecht.⁷⁵ Darüber hinaus sieht § 68 Nr. 2 bis 5 JGG in weiteren Fällen die Verteidigerbestellung vor.

7. In der Jugendhaftsache

Jugendliche und Heranwachsende werden nach denselben Vorschriften (§§ 112 ff. StPO) in Untersuchungshaft genommen wie Erwachsene.⁷⁶ Allerdings enthält § 72 JGG einige Einschränkungen. Der stets zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird in § 72 Abs. 1 JGG konkretisiert.

⁷⁰ *Laufhütte*, in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar StPO (6. Aufl. 2008), § 140 Rn. 21.

⁷¹ OLG Rostock StV 1998, 325 (325).

⁷² OLG Karlsruhe StV 2007, 3 (4).

⁷³ LG Berlin StV 2005, 15 (15).

⁷⁴ *Laufhütte*, in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar StPO (6. Aufl. 2008), § 140 Rn. 21.

⁷⁵ OLG Hamm StV 2008, 120 (120).

⁷⁶ *Böhm/Feuerhelm*, Einführung in das Jugendstrafrecht (4. Aufl. 2004), S. 140.

Kann der Zweck der Untersuchungshaft auch mit anderen Maßnahmen erreicht werden, ist diesen der Vorrang zu geben. Zu denken ist namentlich an eine Unterbringung in einem Heim der Jugendhilfe, die unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen ein Haftbefehl erlassen werden kann, zulässig ist (§ 72 Abs. 4 JGG). Im Haftbefehl ist zu begründen, weshalb keine mildereren Maßnahmen ausreichen (§ 72 Abs. 1 S. 3 JGG). Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr ist gegen Jugendliche, die das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig (§ 72 JGG).

8. Kosten

§ 74 JGG sieht vor, dass von der allgemeinen Regel der Kostentragung des Verurteilten nach § 465 Abs. 1 StPO abgesehen werden kann. In Verfahren gegen Jugendliche und im Falle der Anwendung von Jugendstrafrecht gegen Heranwachsende (§ 109 Abs. 2 JGG) kann indes von der Auferlegung von Kosten und Auslagen abgesehen werden. Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung mit dem Ziel, einerseits eine wirtschaftliche Gefährdung des Verurteilten zu umgehen, andererseits ihm durch die Auferlegung von Kosten zu demonstrieren, dass er sich für die Folgen seines Tuns unter Berücksichtigung des Erziehungsgedankens verantwortlich zeigen muss.⁷⁷ Es bedarf zwar keines staatsanwaltschaftlichen Kostenantrages, gleichwohl kann eine entsprechende Anregung sinnvoll sein. Der Verzicht auf die Auferlegung muss nicht umfassend erfolgen. Aus dem Gedanken

⁷⁷ OLG Hamm ZJJ 2008, 193 (194).

des Täter-Opfer-Ausgleichs kann es etwa sinnvoll sein, den Angeklagten die durch eine Nebenklage entstandenen Kosten tragen zu lassen.⁷⁸

Formulierungsbeispiel: Auf die Auferlegung von Kosten und Auslagen wird verzichtet. Hiervon ausgenommen sind die notwendigen Auslagen der Nebenklägerin, diese hat der Angeklagte zu tragen.

IV. Schluss

Das Jugendstrafverfahren eröffnet im Vergleich zum Erwachsenenstrafrecht ein weitaus höheres und vielfältigeres Spektrum an Reaktionsmöglichkeiten auf Delinquenz. Dieser Möglichkeiten sollten sich alle Beteiligten bewusst sein und diesen Spielraum auch ausschöpfen, um beim jugendlichen und heranwachsenden Straftäter eine nachhaltige Verhaltensänderung bewirken zu können. Weder Studenten im Rahmen praktischer Studienzeiten beim Staatsanwalt, Jugendrichter oder Strafverteidiger, noch Rechtsreferendare in der Strafstation sollten sich scheuen, durch konstruktive und kreative Vorschläge gegenüber ihrem Ausbilder oder direkt als Sitzungsvertreter in der Hauptverhandlung an diesem Ziel mitzuwirken.

⁷⁸ Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz (8. Aufl. 2009), § 74 Rn. 12.