



Lösung Übersicht 18 Übungsfall (Rn. 428)

Die Klage der ExVir GmbH hat Erfolg, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Da eine aufdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich ist, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Erforderlich ist danach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Zudem darf keine abdrängende Sonderzuweisung gegeben sein.

Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlich, wenn das streitige Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Art ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist. Dies ist nach der modifizierten Subjektstheorie der Fall, wenn eine Norm einen Hoheitsträger als solchen einseitig berechtigt oder verpflichtet.

Die ExVir GmbH verlangt den Widerruf der Warnung durch das BSI. Ein Anspruch auf den Widerruf könnte sich einerseits aus dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) ergeben, der zwar nicht gesetzlich geregelt und dessen Herleitung streitig ist, aber jedenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt wird. Andererseits könnte sich ein Anspruch aus den (privatrechtlichen) Normen der §§ 823, 1004 BGB analog ergeben.

Entscheidend ist daher, ob der FBA als (ungeschriebene) öffentlich-rechtliche Norm oder die §§ 823, 1004 BGB analog auf den Fall Anwendung finden. Dafür maßgeblich ist die Rechtsnatur der dem Anspruch zugrundeliegenden Streitigkeit. Zur Bestimmung dieser kann auf den actus-contrarius Gedanken abgestellt werden: Ist die Warnung dem öffentlichen Recht zuzuordnen, muss das auch für deren Widerruf gelten.

Die Warnung erging auf Grundlage des § 7 Abs. 1, 2 BSI. Dieser berechtigt allein das BSI und damit einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen dazu Warnungen und Empfehlungen auszusprechen. Die ursprüngliche Warnung ist daher öffentlich-rechtlicher Natur.

Nach dem actus-contrarius Gedanken ist dementsprechend auch der Widerruf der Warnung nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen. Streitentscheidend ist demnach der öffentlich-rechtliche FBA, sodass eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gegeben ist.

Die Streitigkeit ist zudem nichtverfassungsrechtlicher Natur. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.



II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist.

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, vgl. § 88 VwGO.

Das Unternehmen ExVir GmbH begehrt, dass das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik seine Warnung vor dem Virenschutzprogramm widerruft.

Der Widerruf einer Äußerung teilt nach dem actus-contrarius-Gedanken die Rechtsnatur der ursprünglichen Äußerung. Die Warnung des BSI könnte einen Verwaltungsakt dargestellt haben. Dafür müsste durch die Warnung insbesondere eine Rechtsfolge verbindlich gesetzt worden sein. Das ist jedoch gerade nicht der Fall, da der Erwerb der Virenschutzsoftware nicht verboten, sondern lediglich von dem Erwerb abgeraten wurde. Es fehlt somit an einer verbindlich gesetzten Rechtsfolge. Die Warnung stellte damit schlicht-hoheitliches Handeln dar.

Somit ist auch der Widerruf der Äußerung als schlicht-hoheitliches Handeln anzusehen. Es kommt daher eine allgemeine Leistungsklage in Form einer Vornahmeklage auf Widerruf der Äußerung in Betracht. Das Realhandeln des Veröffentlichens des Widerrufs der Warnung stellt als Realhandeln eine einklagbare Leistung der Verwaltung dar. Die allgemeine Leistungsklage wird in der VwGO nicht geregelt, aber immer wieder erwähnt und vorausgesetzt, etwa in § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO und § 113 Abs. 4 VwGO.

Folglich ist die allgemeine Leistungsklage in Form einer Vornahmeklage die statthafte Klageart.

III. Kläger

1. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Die ExVir GmbH ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Sie ist gem. § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 35 Abs. 1 GmbHG vertreten durch ihre Geschäftsführung prozessfähig.

2. Klagebefugnis

Weiterhin müsste ExVir GmbH auch klagebefugt sein, analog § 42 Abs. 2 VwGO. Dafür müsste ExVir GmbH geltend machen können, möglicherweise einen Anspruch auf den Widerruf der Äußerung zu haben und durch die Ablehnung in seinen Rechten verletzt zu sein.

Die ExVir GmbH hat sich auf eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG berufen, welcher gemäß Art. 19 Abs. 3 GG aufgrund einer grundrechtstypischen Gefährdungslage auf sie anwendbar ist. Dass der Hauptsitz des Unternehmens ExVir seinen Hauptsitz im Staat A hat, hat für die deutsche Tochtergesellschaft ExVir GmbH keine Auswirkungen.

Wer hier den Sachverhalt vertretbarerweise so versteht, dass die ExVir GmbH ihren Hauptsitz in einem Nicht-EU-Staat hat, muss hilfsgutachtlich weiterprüfen.
--



Es ist also zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die ExVir GmbH in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist und deshalb einen Anspruch auf Folgenbeseitigung hat. Die ExVir GmbH ist klagebefugt.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Vom Rechtsschutzbedürfnis von ExVir ist auszugehen.

IV. Beklagter

1. Prozessführungsbefugnis

Fraglich ist, wer der richtige Klagegegner ist.

Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik ist gem. § 1 S. 1 BSIG Bundesoberbehörde. Somit ist nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip die Klage gegen den Bund zu richten und dieser der richtige Klagegegner.

2. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Der Bund ist gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 3 VwGO prozessfähig.

V. Klagefrist

Eine Klagefrist ist bei der allgemeinen Leistungsklage nicht einzuhalten.

VI. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt.

B. Begründetheit

Die Klage müsste auch begründet sein.

Das ist der Fall, wenn das Unternehmen ExVir GmbH einen Anspruch gegen das BSI auf Widerruf der Warnung hat. Dafür müssten eine taugliche Anspruchsgrundlage und die formellen sowie materiellen Voraussetzungen gegeben sein.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt der ungeschriebene Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht. Umstritten ist, ob sich dieser aus § 1004 BGB analog, aus Art. 20 Abs. 3 GG oder den Grundrechten selbst ergibt. Jedenfalls ist er aber gewohnheitsrechtlich anerkannt (s. o.).



II. Formelle Voraussetzungen

Es ist hier davon auszugehen, dass die ExVir GmbH einen Antrag bei BSI auf Widerruf der Warnung gestellt hat, sodass die formellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

III. Materielle Voraussetzungen

Weiterhin müssten auch die materiellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

Es müsste also einen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht durch hoheitliches Handeln gegeben haben, dessen zurechenbare rechtswidrige Folgen andauern. Außerdem muss die Folgenbeseitigung möglich sein.

1. Eingriff in subjektiv-öffentliches Recht

Als subjektiv-öffentliches Recht des Unternehmens ExVir GmbH kommt die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste sowohl in sachlicher wie personeller Dimension eröffnet sein. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. „Beruf“ ist jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient¹.

Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf inländische juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht.² Die ExVir-GmbH ist schon ausweislich der Rechtsform eine deutsche juristische Person und übt auch mit der Vermarktung einer Anti-Virus-Software eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit aus, die sowohl natürlichen wie auch juristischen Personen möglich ist.

Folglich ist der persönliche und sachliche Schutzbereich eröffnet.

b) Eingriff

In diesen Schutzbereich müsste auch eingegriffen worden sein.

Durch das Aussprechen der Warnung wird der Kauf der Anti-Viren-Software zwar nicht verboten, sodass kein Eingriff nach dem klassischen Eingriffsbegriff vorliegt. Möglicherweise könnte aber ein Eingriff nach dem sogenannten modernen Eingriffsbegriff vorliegen. Danach liegt ein Eingriff bereits dann vor, wenn das in den Schutzbereich fallende Verhalten nicht nur unwesentlich erschwert wird.

Die Warnung des BSI führt zwar nicht zu einem Verbot der Software, stellt jedoch ein sogenanntes funktionales Äquivalent zu einem Verbot dar. Die Intensität einer Warnung einer Bundesoberbehörde vor einem bestimmten Produkt ist mit der eines Verbots gleichzusetzen.

¹ BVerfG NJW 1998, 1627, 1627; st. Rspr.

² BVerfG NJW 1979, 699, 708 f.; st. Rspr.



Aufgrund der Autoritätswirkung der Behörde ist von einem Befolgen der Warnung durch die Konsumenten auszugehen, sodass dem Unternehmen ExVir der Absatz seines Produktes wesentlich erschwert wird. Das entspricht auch der Intention des BSI.

Folglich liegt ein Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der ExVir GmbH vor.

2. Durch hoheitliches Handeln

Dieser Eingriff wurde auch durch einen Hoheitsträger, die Bundesoberbehörde Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, ausgeübt.

3. Rechtswidrigkeit der Folgen des Eingriffs

Folge des Eingriffs sind die Umsatzeinbußen des Unternehmens ExVir GmbH. Diese müssten auch rechtswidrig sein. Dabei indiziert die Rechtswidrigkeit des Eingriffs die Rechtswidrigkeit der Folgen. Entscheidend ist demnach, ob die Warnung rechtmäßig war.

a) Ermächtigungsgrundlage

Mit dem § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2, Abs. 2 BSIG ist eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage gegeben.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Formelle Fehler sind nicht ersichtlich, sodass von der formellen Rechtmäßigkeit der Warnung ausgegangen werden kann.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Warnung könnte auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

aa) Tatbestand

Dazu müsste der Tatbestand der Norm erfüllt sein.

Gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 darf das BSI zur Erfüllung seiner Aufgabe Beratung, Information und Warnung der Stellen des Bundes, der Länder sowie der Hersteller, Vertreiber und Anwender in Fragen der Sicherheit in der Informationstechnik, insbesondere unter Berücksichtigung der möglichen Folgen fehlender oder unzureichender Sicherheitsvorkehrungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 14 BSIG) sowie Verbraucherschutz und Verbraucherinformation im Bereich der Sicherheit in der Informationstechnik, insbesondere durch Beratung und Warnung von Verbrauchern in Fragen der Sicherheit in der Informationstechnik und unter Berücksichtigung der möglichen Folgen fehlender oder unzureichender Sicherheitsvorkehrungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 14a BSIG) Warnungen vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten an die Öffentlichkeit oder betroffenen Kreise richten, Sicherheitsmaßnahmen sowie den Einsatz bestimmter Sicherheitsprodukte empfehlen.



Zur Erfüllung dieser Aufgaben darf das BSI nach § 7 Abs. 2 die Öffentlichkeit auch unter Nennung der Bezeichnung und des Herstellers des betroffenen Produkts und Dienstes vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten und vor Schadprogrammen warnen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Gefahren für die Sicherheit in der Informationstechnik hiervon ausgehen, oder Sicherheitsmaßnahmen sowie den Einsatz bestimmter informationstechnischer Produkte und Dienste empfehlen.

(1) Sicherheitslücke

Voraussetzung einer Warnung ist daher in jedem Fall, dass eine Sicherheitslücke in einem informationstechnischen Produkt oder Dienst vorliegt. Nach § 2 Abs. 6 BSIG sind Sicherheitslücken Eigenschaften von Programmen oder sonstigen informationstechnischen Systemen, durch deren Ausnutzung es möglich ist, dass sich Dritte gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu fremden informationstechnischen Systemen verschaffen oder die Funktion der informationstechnischen Systeme beeinflussen können.

Virenschutzprogramme verfügen über Eigenschaften, durch deren Ausnutzung es möglich ist, dass sich Dritte gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu fremden informationstechnischen Systemen verschaffen oder die Funktion der informationstechnischen Systeme beeinflussen können. Virenschutzprogrammen werden weitreichende Befugnisse über das Betriebssystem erteilt und durch eine gängige hohe Updatefrequenz solcher Programme, ist es schwierig, neu hinzukommende Funktionalitäten zu überblicken und zu überwachen. Durch die hohe Updatefrequenz, die für einen einwandfreien Betrieb notwendig ist, können theoretisch beliebige Funktionalitäten unbemerkt hinzugefügt werden. Deshalb weisen Virenschutzprogramme per se eine Sicherheitslücke i. S. v. § 2 Abs. 6 BSIG auf.

Eine Sicherheitslücke ist dementsprechend gegeben.

(2) Gefahr für die Sicherheit der Informationstechnik

Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 BSIG müssten zusätzlich hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass von der Sicherheitslücke Gefahren für die Sicherheit in der Informationstechnik ausgehen. Ob hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass von einem Produkt aufgrund einer Sicherheitslücke Gefahren für die Sicherheit in der Informationstechnik ausgehen, ist anhand aller mit vernünftigem Aufwand feststellbaren Umstände oder Ereignisse zu beurteilen, die nachteilige Auswirkungen auf die Sicherheit von Informationssystemen haben können³. Mit Blick auf das mit dem BSIG verfolgte Ziel der umfassenden Gewährleistung der Sicherheit der Informationstechnik sind sowohl technische Kriterien als auch staatliche Sicherheitsinformationen einzubeziehen⁴.

Infolge des Angriffskrieges des Staates A ergibt sich eine unsichere informationstechnische Sicherheitslage. Nicht nur hat A bereits gegen Deutschland gerichtete Cyberattacken durchgeführt, es werden zudem weitere Cyberattacken befürchtet. Insbesondere ergeben sich aus vertrauenswürdigen Quellen Anhaltspunkte dafür, dass A in naher Zukunft Cyberattacken gegen sog. „Hochwertziele“ in Deutschland verüben könnte. Allgemein liegen

³ OVG NRW, NJW 2022, 1547, 1550 (Rn. 23).

⁴ OVG NRW, NJW 2022, 1547, 1550 (Rn. 23).



dementsprechend Anhaltspunkte dafür vor, dass Gefahren für die Sicherheit in der Informationstechnik gegeben sind.

Diese Gefahren müssten allerdings auch gerade von der Sicherheitslücke des Produktes ausgehen, vor dem gewarnt wird. Hiergegen spricht, dass die ExVir GmbH sich tatsächlich noch nie etwas hat zu Schulden kommen lassen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist aber, dass der Mutterkonzern seinen Sitz im Staat A hat und eng mit dessen Sicherheitsbehörden zusammenarbeitet. Die Gesellschafter der ExVir GmbH stammen ebenfalls, wie große Teile ihrer Belegschaft, aus dem Staat A.

Mithin hat der Staat A zahlreiche Möglichkeiten auf die Muttergesellschaft der ExVir GmbH und auch auf die ExVir GmbH selbst einzuwirken. Denkbar wäre beispielsweise, dass die Sicherheitsbehörden von A Maßnahmen gegen die Gesellschaft, Gesellschafter oder die Belegschaft androhen, um Zugriff auf die Software der ExVir GmbH zu erhalten. Das erscheint besonders deshalb wahrscheinlich, weil die Antivirensoftware zahlreiche Zugriffsmöglichkeiten bietet und daher als exponiertes Ziel einzuordnen ist.

Im Ergebnis sind daher auch hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben, dass von der Sicherheitslücke der Software der ExVir GmbH eine Gefahr für die Sicherheit der Informationstechnik ausgeht.

Hier ist auch gut eine andere Ansicht vertretbar. Nur weil ein Unternehmen mit einem anderen Staat zusammenarbeitet, heißt das nicht zwangsläufig, dass das Unternehmen dem Einfluss des Staates schutzlos unterworfen ist und der Staat die Kontrolle über die Software erhalten wird, vor allem wenn sich das Unternehmen – wie hier – noch nie etwas zu Schulden hat kommen lassen.

(3) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a), Nr. 2, Abs. 2 BSIG ist erfüllt.

bb) Rechtsfolge

Somit hat das BSI gem. § 7 Abs. 2 S. 1 BSIG Ermessen („kann“) hinsichtlich der Warnung unter Nennung der Bezeichnung und des Herstellers des betroffenen Produkts. Die gerichtliche Kontrolle ist dabei begrenzt auf das Vorliegen von Ermessensfehlern (§ 114 S.1 VwGO).

Insbesondere müsste die Warnung unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt sein.

An dem legitimen Ziel (Schutz der Verbraucher vor Sicherheitsrisiken durch die Software) und der Geeignetheit der Warnung bestehen keine Zweifel.

(1) Erforderlichkeit

Die Warnung müsste aber auch erforderlich gewesen sein. Das bedeutet, dass unter den gleich geeigneten Mitteln dasjenige gewählt werden muss, das die Grundrechte des Betroffenen am meisten schützt. In Frage käme eine zurückhaltender formulierte Warnung.



Eine weniger scharf formulierte Warnung hätte die Grundrechte der ExVir GmbH nicht in derselben Weise belastet, wie die tatsächlich ausgesprochene Warnung. Sie hätte allerdings auch keine vergleichbare Abschreckungswirkung entfaltet und wäre deshalb nicht ebenso geeignet. Mithin war die Warnung auch erforderlich.

(2) Angemessenheit

Sie müsste auch angemessen gewesen sein.

Angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne ist eine gesetzliche Regelung dann, wenn bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird.

Das BSI hat zwar nicht den Vertrieb der ExVir GmbH untersagt, aufgrund der autoritativen Wirkung der Warnung ist allerdings trotzdem von ganz erheblichen Umsatzeinbußen der ExVir GmbH auszugehen. Der Eingriff in ihre Rechte wiegt daher grundsätzlich schwer. Die Angemessenheit wird zudem dadurch in Frage gestellt, dass nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass die Software der ExVir GmbH tatsächlich für Cyberattacken des Staates A genutzt werden wird.

Auf der anderen Seite ist aber nicht zu übersehen, dass die Warnung eine Vielzahl von Rechtsgütern schützt, die durch einen Cyberangriff möglicherweise schwer betroffen wären. Durch einen Angriff wären etwa Beeinträchtigungen der Versorgung der Allgemeinheit mit kritischer Infrastruktur (Wasser, Strom etc.), aber auch die Beeinträchtigung der Rechte Einzelner (Unternehmen, Art. 12 Abs. 1 GG; Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu befürchten.

Im Ergebnis überwiegen die Gründe, die für die Angemessenheit der Maßnahme sprechen.

(3) Zwischenergebnis

Die Warnung erfolgte insgesamt verhältnismäßig. Ermessensfehler sind folglich nicht ersichtlich.

cc) Zwischenergebnis

Die Warnung erfolgte materiell rechtmäßig.

d) Zwischenergebnis

Folglich besteht wegen § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 2, Abs. 2 BStG eine Duldungspflicht und somit keine Rechtswidrigkeit der Folgen des Eingriffs.

4. Zwischenergebnis

Die materiellen Voraussetzungen des FBA sind daher nicht erfüllt.



II. Zwischenergebnis

Die Klage der ExVir GmbH ist damit unbegründet.

C. Ergebnis

Sie wird mithin keinen Erfolg haben.

Zur Vor- und Nachbereitung der Falllösung:

- zum Informationshandeln, insbesondere staatliche Warnungen, Rn. 405 – 419.
- zum Rechtsschutz bei informalem Verwaltungshandeln, Rn. 422 – 427.
- weitere Hinweise in Übersicht 18, Rn. 428.