

Öffentliche Warnungen in der Fallbearbeitung am Beispiel der BSI-Warnung vor Kaspersky

Rechtsanwalt Christian Heinelt, Düsseldorf*

I. Einleitung	59
II. Die Hintergründe	59
III. Prozessuale Einkleidung	60
1. Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht	60
a) Zulässigkeit.....	61
aa) Verwaltungsrechtsweg	61
bb) Statthaftigkeit	61
cc) Klage- bzw. Antragsbefugnis	62
b) Begründetheit.....	63
2. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht.....	63
a) Verfassungsbeschwerde.....	64
aa) Zulässigkeit	64
(1) Beschwerdefähigkeit.....	64
(2) Beschwerdegegenstand	64
(3) Beschwerdebefugnis	64
(4) Rechtswegerschöpfung.....	66
bb) Begründetheit	66
b) Eilrechtsschutz	67
aa) Zulässigkeit	67
bb) Begründetheit	68
cc) Im Verfahren gegen die BSI-Warnung	68
IV. Materiell-rechtliche Probleme	68
1. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit	69
a) Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs/Eingriff in den Schutzbereich....	69
b) Willkürverbot, Sachlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit	70
2. Vorliegen einer „Sicherheitslücke“	71
3. Ungleichbehandlung mit anderen Sicherheitsrisiken	72

* Der Verf. ist Rechtsanwalt für Wirtschafts-, IP- und IT-Strafrecht in Düsseldorf.

V. Fazit..... 73

I. Einleitung

Öffentliches Informationshandeln ist ein beliebtes Thema für Examensklausuren. Solche Klausuren verbinden oftmals Probleme des Prozessrechts, der Grundrechte und des Verwaltungsrechts und eignen sich sehr gut, um Argumentationsfähigkeit und Systemkenntnis abzuprüfen. Gerade Examenkandidaten sollten darum aufhorchen, sobald es einen neuen Fall einer staatlichen Warnung gibt, denn solche Fälle werden oft wenig später Gegenstand von Examensklausuren oder mündlicher Prüfungen. Die viel beachtete Warnung des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik („BSI“) vor den Virenschutzprogrammen von *Kaspersky* ist dabei besonders „klausurverdächtig“, da es sich um ein Thema von großer Aktualität handelt und vom Bearbeiter die Auseinandersetzung mit einem ihm eher unbekanntem Gesetz erfordert.

II. Die Hintergründe

Das BSI ist eine Bundesoberbehörde mit Sitz in Bonn und untersteht unmittelbar dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat. Es handelt sich um die zentrale Stelle zur Wahrung der Informationssicherheit auf nationaler Ebene (§ 1 S. 1 und 2 BSIg). Die Aufgabe des BSI ist damit die Gewährleistung der Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit von Informationen und deren Verarbeitung (§ 3 Abs. 1 S. 1 BSIg). Dazu gehört nicht nur die Abwehr von Gefahren für die Informationstechnik der öffentlichen Hand (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BSIg), sondern auch der Verbraucherschutz und die Verbraucherinformation im Bereich der Sicherheit in der Informationstechnik (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 14a BSIg). Zu diesem Zweck kann das BSI in bestimmten Fällen die Öffentlichkeit oder betroffene Kreise vor Sicherheitslücken in informationstechnischen Produkten und Diensten warnen und dabei das Produkt und dessen Hersteller explizit nennen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 BSIg).

Am 15.3.2022 veröffentlichte das BSI auf seiner Website eine „BSI-Warnung gemäß BSIg § 7“¹. In dieser warnt das BSI vor der beliebten Virenschutzsoftware des russischen Herstellers *Kaspersky* und empfiehlt: „Virenschutzsoftware des Unternehmens *Kaspersky* sollte durch alternative Produkte ersetzt werden“. Der Präsident des BSI *Arne Schönbohm* legte am 23.6.2022 bei der Potsdamer Konferenz für Nationale Cybersicherheit am Hasso-Plattner-Institut sogar noch nach: „Die Produktwarnung vor *Kaspersky* meine ich absolut ernst“.²

Die Warnung des BSI beruht darauf, dass *Kaspersky* als russischer IT-Hersteller Teil der Cyberkrieg-Strategie des russischen Staates gegen die EU, die NATO oder Deutschland werden könnte. Es bestehe das Risiko, dass die Programme von *Kaspersky* selbst für Operationen verwendet werden könnten, um entgegen ihrer Programmierung Zielsysteme anzugreifen, oder die Entwickler selbst als Opfer einer Cyber-Operation ausspioniert oder zu Angriffen gegen ihre eigenen Kunden gezwungen werden könnten. Die Programme von *Kaspersky* seien zudem ein besonderes Risiko für IT-Systeme. Virenschutzprogramme verfügen nämlich über weitreichende Systemberechtigungen und müssen systembedingt eine dauerhafte, verschlüsselte und nicht prüfbare Verbindung zu Servern des Herstellers unterhalten. Sie seien aus diesem Grund ein „exponiertes Ziel von offensiven Operationen im Cyberraum“. Das BSI beschränkt seine Warnung dabei nicht nur auf „Einrichtungen des

¹ Abrufbar unter https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Warnungen-nach-P7_BSIg/2022/BSI_W-004-220315.pdf?__blob=publicationFile&v=12 (28.12.2022).

² Abrufbar unter https://www.chip.de/news/BSI-Chef-warnt-erneut-vor-Kaspersky-Gefahr-fuer-die-nationale-Sicherheit_184167567.html (28.12.2022).

Staates, der Kritischen Infrastrukturen, der Unternehmen im besonderen öffentlichen Interesse, des produzierenden Gewerbes sowie wichtiger gesellschaftlicher Bereiche“, sondern warnt auch Privat-anwender davor, dass sie bei der Nutzung von *Kaspersky*-Programmen „Opfer von Kollateralauswirkungen“ werden könnten.

Die Warnung des BSI vor den Programmen von *Kaspersky* ist in IT-Sicherheitskreisen teilweise kritisiert worden.³ Unterlagen, die der *Bayrische Rundfunk* und der *Spiegel* ausgewertet haben, haben ergeben, dass die Warnung „unter höchst unklaren und juristisch fragwürdigen Umständen zustande kam“.⁴ Trotz dieser Kritik bleibt das BSI bei der Warnung. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass die bisher zu der Warnung ergangenen Gerichtsentscheidungen keinen Rechtsverstoß des BSI feststellen. Zu bedenken ist dabei aber, dass den Gerichten die genannten Unterlagen bei ihren Entscheidungen noch nicht vorlagen.

Die folgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf diese gerichtlichen Entscheidungen.⁵ Gerade Examenskandidaten ist darum zu raten, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auf Neuigkeiten zu der Warnung gegen *Kaspersky* zu überprüfen, bevor sich sie oder er der Prüfung stellen.

III. Prozessuale Einkleidung

Es verwundert wahrscheinlich niemanden, dass *Kaspersky* über diese Warnung wenig erfreut war. Das Unternehmen reichte deshalb einen Antrag auf Eilrechtsschutz beim VG Köln ein, wonach das BSI zur Unterlassung der Warnung und dessen Widerruf verurteilt werden sollte. Das Gericht lehnte den Antrag am 1.4.2022 (Az. 1 L 466/22) jedoch ab. Das OVG Münster bestätigte die Entscheidung des VG Köln am 28.4.2022 (Az. 4 B 473/22). Gegen die Beschlüsse legte *Kaspersky* Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein und beantragte den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Das Gericht entschied jedoch mit Beschluss vom 2.5.2022 (Az. 1 BvR 1071/22), die Beschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen.

Dies zeigt, dass eine Klausur, die die BSI-Warnung (oder eine andere behördliche Warnung) zum Gegenstand hat, sowohl vor dem Verwaltungsgericht als auch vor dem Bundesverfassungsgericht spielen kann. Der Bearbeiter muss dabei auf unterschiedliche prozessuale „Stolpersteine“ achten, um die Klausur erfolgreich zu bearbeiten.

1. Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht

In einer Klausur, die vor dem Verwaltungsgericht spielt, wird zunächst der richtige Obersatz verlangt sein. Bereits hier wird der Bearbeiter danach unterscheiden müssen, ob *Kaspersky* noch im Eilrechtsschutz oder bereits im Hauptsacheverfahren gegen die Warnung vorgeht. Nur im zweiten Fall, lautet der Obersatz „Die Klage hat Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist“.⁶ Im ersten Fall ist stattdessen zu prüfen, ob der „Antrag“ Erfolg haben wird.

³ Vgl. z.B. *Dittrich*, NJW 2022, 2971; *Kipker*, MMR 2022, 1031.

⁴ Vgl. *Kipker*, in: beck-community v. 10.10.2022, abrufbar unter <https://community.beck.de/2022/10/10/zur-entlassung-von-bsi-praesident-schoenbohm-erst-vor-russischen-aktivitaeten-warnen-nun-selbst-drin> (28.12.2022).

⁵ Das entspricht dem typischen Erwartungshorizont juristischer Prüfungen, bei denen eine vollständige Auswertung des Schrifttums zu aktuell diskutierten Rechtsfragen regelmäßig nicht verlangt wird.

⁶ Der klassische Obersatz „Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.“ ist ungenau, denn in einem Rechtsstaat hat eine zulässige und begründete Klage Erfolg und nicht nur Erfolgsaussichten; zudem kann eine Klage auch nur teilweise Erfolg haben.

Viele der obligatorischen Prüfungspunkte wie die Beteiligungsfähigkeit nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO und die Prozessfähigkeit nach § 62 Abs. 3 VwGO sind in der Regel unproblematisch. Jedoch kann es geboten sein, auf die folgenden Punkte genauer einzugehen.

a) Zulässigkeit

aa) Verwaltungsrechtsweg

Sowohl im Eilrechtsschutz als auch im Hauptsacheverfahren ist die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu prüfen. Mangels einer sog. aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich dieser nach der allgemeinen Regel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, sodass zu prüfen ist, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt.⁷

Die Qualifikation des Streits als „öffentlich-rechtlich“ ist im Fall der BSI-Warnung weniger problematisch als in anderen Fällen der Warnung durch öffentliche Stellen, wo es sich regelmäßig um einen Klausurschwerpunkt handelt. Dies liegt daran, dass das BSI seine Warnung auf eine explizite gesetzliche Ermächtigungsnorm stützt, nämlich § 7 BSIG. Das heißt, dass hier die ganz herrschende sog. modifizierte Subjektstheorie Anwendung finden kann. Diese stellt darauf ab, dass § 7 BSIG als streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zugehört, da sie in jedem denkbaren Anwendungsfall das BSI als Träger öffentlicher Gewalt zur Erteilung von hoheitlichen Warnungen ermächtigt.⁸

Der Bearbeiter kann die Zuordnung des Streits zum öffentlichen Recht zudem dadurch absichern, dass die Warnung auch zur Verwirklichung des dem BSI als Behörde in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 14a BSIG zugeordneten Aufgabenkreis ergangen ist. In anderen Fällen behördlicher Warnungen kann der Funktionszusammenhang zu den hoheitlichen Aufgaben der warnenden Stelle hingegen das tragende Argument für die Qualifikation der Streitigkeit als öffentlich-rechtlich sein.⁹

Der Streit ist darüber hinaus nichtverfassungsrechtlicher Art, denn es streiten keine Verfassungsorgane ausschließlich über die Auslegung des Grundgesetzes.

bb) Statthaftigkeit

Weiterhin ist die statthafte Klage- bzw. Antragsart zu bestimmen. Dies richtet sich nach dem Klagebegehren gem. § 88 VwGO, der über die Verweisung in § 122 Abs. 1 VwGO entsprechend für Beschlüsse im Eilrechtsschutz gilt.

Kaspersky begehrt zum einen das Unterlassen der Warnung und deren Widerruf. Im Hauptsacheverfahren sind sowohl die Unterlassungsklage als auch die Widerrufsklage Unterfälle der sog. allgemeinen Leistungsklage, die die VwGO zwar nicht ausdrücklich normiert, aber in den §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 3 und 4, 169 Abs. 2, 191 VwGO voraussetzt und deren Existenz auf Grund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG allgemein anerkannt ist.¹⁰

Die allgemeine Leistungsklage ist regelmäßig von den verwaltungsaktbezogenen Rechtsschutzformen¹¹ der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO und der Verpflichtungsklage nach § 42

⁷ Vgl. zum Überblick *Krüger*, JuS 2013, 598; tiefergehend und zur Klausurvorbereitung empfehlenswert: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 4 ff., *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, § 3 Rn. 97 ff.

⁸ Vgl. *Krüger*, JuS 2013, 598 (600).

⁹ *Geis/Meier*, JuS 2013, 28 (28 f.).

¹⁰ Vgl. Grundfälle in *Geis/Meier*, JuS 2013, 28; zur Klausurvorbereitung: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 17 Rn. 1 ff., *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, § 8 Rn. 367 ff.

¹¹ Vgl. zur Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung in diesen Fällen *Schaks/Friedrich*, JuS 2018, 860 und 954.

Abs. 1 Var. 2 VwGO abzugrenzen. Dies geschieht durch Qualifikation des angegriffenen bzw. geforderten staatlichen Handelns anhand der Legaldefinition des Verwaltungsakts in § 35 VwVfG.¹² Sowohl der Warnung als auch ihrem Widerruf fehlt es dabei an einem konstitutiven Merkmal eines Verwaltungsakts, nämlich dem Regelungscharakter. Regelungen sind nur solche Handlungen einer Behörde, die eine verbindliche Rechtsfolge setzen, indem sie Rechte und Pflichten des Betroffenen unmittelbar begründen, ändern, aufheben oder mit bindender Wirkung feststellen oder verneinen.¹³ Einen solchen Inhalt hat jedoch weder die Warnung noch deren Widerruf, denn deren Adressaten werden nicht gezwungen ein anderes Virenschutzprogramm zu nutzen noch wird eine solche Pflicht aufgehoben. Die Warnung hat stattdessen den Charakter einer unverbindlichen Verbraucherinformation.

Folge der Qualifikation der allgemeinen Leistungsklage als statthafte Klageart ist, dass es weder eines Vorverfahrens bedarf noch eine Klagefrist beachtet werden muss. Lediglich Spezialnormen wie §§ 126 Abs. 2 BBG, 54 Abs. 2 BeamtStG ordnen das Erfordernis eines Vorverfahrens unabhängig von der statthafte Klageart an; eine zeitliche Beschränkung der Leistungsklage ergibt sich allenfalls aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der Verwirkung (§ 242 BGB analog).¹⁴

Aus der Qualifikation der allgemeinen Leistungsklage als statthafte Klageart in der Hauptsache folgt, dass im Eilrechtsschutz der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO die richtige Antragsart ist. Diese Antragsart ist gegenüber dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nachrangig (§ 123 Abs. 5 VwGO). Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ist aber nur statthaft, wenn das Rechtsschutzziel die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage ist. Voraussetzung ist also, dass ein Verwaltungsakt angegriffen wird, woran es hier fehlt.

cc) Klage- bzw. Antragsbefugnis

Das Vorliegen der Klage- bzw. Antragsbefugnis ist über den unmittelbaren Anwendungsbereich von § 42 Abs. 2 VwGO hinaus eine generelle Voraussetzung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.¹⁵ Das heißt, dass *Kaspersky* nur dann klage- bzw. antragsbefugt ist, soweit das Unternehmen geltend machen kann, einen subjektiven öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf der Warnung zu haben.

Es muss beachtet werden, dass die Begründetheit an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden darf, sodass hier lediglich eine kurze Erläuterung der möglichen Ansprüche geboten ist. Die Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs begründet die Klage- bzw. Antragsbefugnis, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Warnung rechtswidrig in subjektive Rechte des Betroffenen eingreift und die Gefahr ihrer Wiederholung droht. Mangels einer spezialgesetzlichen Grundlage für den Unterlassungsanspruch kann sich dieser unmittelbar aus den Grundrechten des Betroffenen, namentlich aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG ergeben. Die Grundrechte schützen nämlich nicht nur vor rechtsverbindlichen Eingriffen, sondern vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln.¹⁶

¹² Vgl. zum Überblick *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34; zu den verschiedenen Typen von Verwaltungsakten *Barczak*, JuS 2018, 238.

¹³ *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 34 (35).

¹⁴ *Geis/Meier*, JuS 2013, 28 (32 Fn. 34).

¹⁵ Z.B. BVerwGE 100, 262 = NJW 1996, 2046 für die allgemeine Leistungsklage und BVerwG NJW 1993, 1610, BVerwG NVwZ 1993, 565 für den Eilrechtsschutz; eine Ausnahme ist die Verbandsklage im Umweltrecht, vgl. *Bunge*, JuS 2020, 740.

¹⁶ VG Köln MMR 2022, 503 (504) behandelt dies erst bei der Begründetheit, doch wird man in einer Klausur bereits an dieser Stelle den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ansprechen müssen.

Dies gilt auch für den möglichen Anspruch auf Widerruf der Warnung. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass das BSI mit der Warnung gegen die Ermächtigungsnorm des § 7 BSIG verstößt und es somit an einer anwendbaren Eingriffsermächtigung fehlt, ist die Klage- bzw. Antragsbefugnis gegeben. An dieser Stelle kann dahinstehen, ob sich der Anspruch aus § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG als vorrangige Spezialvorschrift oder aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch ergäbe.

b) Begründetheit

Die allgemeine Leistungsklage ist begründet, soweit der Kläger einen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf der Warnung hat. Mangels einer speziellen öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage, muss der Bearbeiter den nicht normierten, aber gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch herleiten und daraufhin prüfen, ob die Warnung zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Berufungsgrundrechts führt.¹⁷ Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wird daraufhin § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 S. 1 BSIG zu prüfen sein, der eine Duldungspflicht begründen könnte.

Dagegen stellt sich bezüglich des Anspruchs auf Widerruf der Warnung die Frage, ob sich der Anspruch aus § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG oder aus dem subsidiären allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch ergeben könnte. Weder das VG Köln noch das OVG Münster haben zu dieser Frage Stellung bezogen, zumal deren Beantwortung für das Ergebnis ihrer Entscheidung keine Relevanz hatte. In einer Klausur wird man jedoch grundsätzlich eine entsprechende Abgrenzung vornehmen müssen. Nach hier vertretener Ansicht ist es jedoch auch in einer Klausur nicht zwingend geboten zu entscheiden, ob § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG einen subjektiven Anspruch des Betroffenen statuiert. Dieser Frage muss man sich nämlich nicht stellen, wenn man die Norm wortlautgetreu auslegt. § 7 Abs. 2 S. 2 BSIG ist nur dann anzuwenden, wenn sich die an die Öffentlichkeit gegebenen Informationen im Nachhinein als falsch oder die zugrunde liegenden Umstände als unzutreffend wiedergegeben herausstellen. Der Gesetzeswortlaut geht also von der Situation aus, dass sich die Warnung erst ex post als falsch entpuppt. Dies wird jedoch von *Kaspersky* nicht einmal hilfsweise behauptet. Stattdessen trägt das Unternehmen vor, dass die Warnung von vornherein keine Grundlage gehabt habe und nicht angemessen gewesen sei. In einer derartigen Konstellation kann der Widerruf also lediglich auf Grundlage des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs verlangt werden.

Im Eilrechtsschutz ist darüber hinaus zu beachten, dass die den Unterlassungsanspruch (sog. Anordnungsanspruch) stützenden Umstände nur glaubhaft gemacht werden müssen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Darüber hinaus muss die besondere Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzes glaubhaft gemacht werden (sog. Anordnungsgrund). Außerdem darf der Eilrechtsschutz grundsätzlich nicht die Hauptsache vorwegnehmen (siehe unten).

2. Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht

Hat die Klausur ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zum Gegenstand, so kommen ebenfalls zwei mögliche prozessuale Einkleidungen in Betracht, nämlich die allgemein bekannte Verfassungsbeschwerde und der weniger bekannte verfassungsgerichtliche Eilrechtsschutz. Im Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren, bei dem die Wahrscheinlichkeit eines Hauptsacheverfahrens nicht größer ist als die eines Verfahrens im Eilrechtsschutz, sind Klausuren, die den verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutz behandeln, deutlich seltener als Klausuren mit einer Verfas-

¹⁷ Vgl. im Überblick *Durner*, JuS 2005, 900.

sungsbeschwerde. Denkbar ist auch, dass der Eilrechtsschutz lediglich in der Form einer „Zusatzfrage“ abgeprüft wird („Was kann der Beschwerdeführer tun, um möglichst schnell Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht zu erlangen?“).

a) Verfassungsbeschwerde¹⁸

Die Individualverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 23, 90 ff. BVerfGG hat Erfolg, wenn und soweit sie zulässig und begründet ist. Im Rahmen der Zulässigkeit ist das bekannte Prüfungsschema abzarbeiten. Insbesondere auf die Beschwerdefähigkeit, den Beschwerdegegenstand, die Beschwerdebefugnis und die Erschöpfung des Rechtswegs kann dabei näher eingegangen sein.

aa) Zulässigkeit

(1) Beschwerdefähigkeit

Im Rahmen der Beschwerdefähigkeit sollten Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG genannt werden. Da danach „Jedermann“ – also jeder Träger von beschwerdefähigen Rechten – Verfassungsbeschwerde erheben kann, ist diese Prüfung jedoch nur ausnahmsweise mehr als einen klarstellenden Satz wert. Da im vorliegenden Fall eine juristische Person Beschwerdeführerin ist, kann hier bereits auf Art. 19 Abs. 3 GG eingegangen werden. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, dies erst bei der Beschwerdebefugnis zu tun und es hier bei der Feststellung zu belassen, dass sich die Beschwerdeführerin jedenfalls auf die Prozessgrundrechte berufen kann und somit „an sich“ fähig ist, Verfassungsbeschwerde zu erheben.¹⁹

(2) Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, was alle drei Staatsgewalten i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG, § 95 BVerfGG umfasst. Behördliche Warnungen können danach als Handeln der Exekutive mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.²⁰

(3) Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerde kann nur mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem Grundrecht oder in einem grundrechtsgleichen Recht verletzt zu sein, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Die damit angesprochene Beschwerdebefugnis schließt ein, dass der angegriffene Akt staatlicher Gewalt geeignet sein muss, den Beschwerdeführer selbst, unmittelbar und gegenwärtig in seiner grundrechtlich geschützten Rechtsposition zu beeinträchtigen.²¹

Die Warnung könnte das Grundrecht von *Kaspersky* auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzen. Bei der Prüfung des Eingriffs in die Berufsfreiheit wendet das Bundesverfassungsgericht und große Teile der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung einen spezifischen Beeinträchtigungsbegriff an. Art. 12 Abs. 1 GG schütze den Grundrechtsträger danach vor solchen Äußerungen staatlicher Stellen, die in ihrer Zielsetzung und mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff in die Berufsfreiheit als funktionales Äquivalent gleichkommen. Davon sei jedenfalls dann auszugehen, wenn die

¹⁸ Vgl. Grundfälle bei *Geis/Thirmeyer*, JuS 2012, 316.

¹⁹ Vgl. hierzu BVerfGE 138, 64 (83) = JuS 2015, 472 m. Anm. *Sachs*.

²⁰ BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621; BVerfGE 105, 279 = JuS 2003, 186.

²¹ BVerfGE 53, 30 (48); 79, 1 (14 f.); 102, 197 (206 f.); 123, 267 (329).

Informationstätigkeit unmittelbare Bedeutung für die Marktbedingungen eines konkret individualisierten Unternehmens hat, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.²² Folgt man diesem Verständnis, kann das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs nicht eindeutig ausgeschlossen werden, zumal *Kaspersky* als alleiniges Unternehmen Gegenstand der direkten Warnung ist. Hieraus folgt auch die Selbstbetroffenheit von *Kaspersky* sowie die Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit des möglichen Grundrechtseingriffs.

Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man dieser Abweichung von der Eingriffsdogmatik nicht folgt und es stattdessen für ausreichend erachtet, dass die berufliche Betätigung in erheblichem Maße erschwert oder sogar völlig unmöglich gemacht wird.²³

Kaspersky müsste bezüglich Art. 12 Abs. 1 GG zudem die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 3 GG erfüllen. Unproblematisch ist dies, soweit die Beschwerdeführerin durch eine ihrer in Deutschland ansässigen Gesellschaften Verfassungsbeschwerde erhebt. Maßgeblich für den erforderlichen Inlandsbezug der Beschwerdeführerin ist dabei nicht ihr satzungsmäßiger Sitz, sondern dass der Tätigkeitsschwerpunkt der Gesellschaft im Bundesgebiet liegt und die Mehrheit der Geschäftsführerentscheidungen im Inland getroffen werden.²⁴

Zudem müsste Art. 12 Abs. 1 GG auf die Beschwerdeführerin „wesensmäßig“ anwendbar sein. Das Grundgesetz trägt damit dem Umstand Rechnung, dass juristische Personen bloße „Zweckgebilde der Rechtsordnung“²⁵ sind und somit als Form organisierter, kooperativer Betätigung ihrer Mitglieder Grundrechtsschutz genießen. Grundrechtsschutz scheidet darum aus, wenn das Grundrecht an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, ist dagegen aber zu bejahen, wenn das in Rede stehende Grundrecht auch gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.²⁶ Dabei ist es umstritten, ob sich der Grundrechtsschutz juristischer Personen in einem vermittelten Schutz der hinter ihr stehenden natürlichen Personen – ihrem sog. „personalen Substrat“ – erschöpft oder die juristischen Personen (auch) „um ihrer selbst willen“ geschützt werden.²⁷ Folgt man der ersten Ansicht, liegt ein Eingriff nur in einem „Durchgriff“ auf die ihre individuelle Freiheit ausübenden natürlichen Personen, die sich in der juristischen Person vereinigen.²⁸ Nach der zweiten Ansicht sind juristische Personen soweit geschützt, wie sich in einer „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befinden, was sich nach dem betroffenen Grundrecht und der Art und Weise seiner Ausübung richtet.²⁹

Auf eine Entscheidung dieses Streits kommt es (zumeist) nicht an. Die Berufsfreiheit ist der klassische Fall eines Grundrechts, das auch für juristische Personen gilt, denn gerade die damit geschützte wirtschaftliche Betätigung wird in der Regel in organisierten Personengruppen betrieben und nur noch selten von Individualpersonen. Jedenfalls die klassischen wirtschaftlich orientierten Gesellschaftsformen des HGB (OHG und KG), die GmbH sowie die AG können sich darum in der Regel auf die Berufsfreiheit berufen.

²² BVerfGE 148, 40 (50 f.) = NJW 2018, 2109 (2110 f.) m.w.N.; VG Köln MMR 2022, 503 (504); ob die Richtigkeit und Sachlichkeit der Information bereits auf der Eingriffsebene oder erst bei der Eingriffsrechtfertigung zu prüfen sind, ist in der Rechtsprechung nicht klar ersichtlich.

²³ Zusammenfassend zu der Kritik an der Rechtsprechung und dem hier geschilderten alternativen Vorgehen *Ruffert*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 12 Rn. 50, 61.

²⁴ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 19 Rn. 22.

²⁵ BVerfGE 106, 28 (42); 95, 220 (242).

²⁶ BVerfGE 106, 28 (42 f.); 95, 220 (242).

²⁷ *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3 Rn. 31 ff. m.w.N.

²⁸ BVerfGE 21, 362 (369).

²⁹ BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82 (102, 105); 106, 28 (43 f.).

(4) Rechtswegerschöpfung

Schließlich muss der Rechtsweg erschöpft sein, Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG, § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. Dieses Erfordernis soll verhindern, dass die Betroffenen staatlicher Maßnahmen den fachgerichtlichen Instanzenzug „überspringen“, indem sie einen Streit direkt vor das Bundesverfassungsgericht bringen. Da das Bundesverfassungsgericht aber nicht das einfache Recht auf Sachverhalte anwendet, sondern staatliche Maßnahmen nur auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz prüft, sollen Streitigkeiten zunächst vor den sachnäheren Fachgerichten verhandelt werden. Nur ganz ausnahmsweise kann eine Beschwerde beim BVerfG direkt eingelegt werden. Dies ist vor allem der Fall, wenn ein zeitaufwendiges Durchschreiten des Instanzenzugs für den Beschwerdeführer unzumutbar wäre.³⁰

An dieser Voraussetzung scheiterte die tatsächliche Verfassungsbeschwerde von *Kaspersky*.³¹ *Kaspersky* hat den Rechtsweg noch nicht dadurch erschöpft, dass es einen Antrag auf Eilrechtsschutz beim VG Köln eingelegt hat und gegen dessen Ablehnung (erfolglos) Beschwerde beim OVG Münster erhoben hat. Im Eilrechtsschutz nimmt ein Gericht gerade keine zeitaufwendige Prüfung des Streitgegenstandes en détail vor. Es beschränkt sich vielmehr auf eine sog. „summarische Prüfung“. Das Gericht nimmt danach keine umfangreiche Beweisaufnahme vor, sondern entscheidet auf Grundlage der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Umstände (vgl. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO – siehe bereits oben). Zudem geht das Gericht auch bei den rechtlichen Fragestellungen nicht in die gleiche Tiefe, wie es dies bei der Hauptsacheentscheidung tun würde. Mangels einer endgültigen fachgerichtlichen Entscheidung hatte *Kaspersky* den Rechtsweg somit noch nicht erschöpft.

Auch verneinte das Gericht das Vorliegen einer Ausnahme vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung, da ein vorheriges Anrufen der Fachgerichte insbesondere nicht unzumutbar gewesen sei. Dabei verneinte das Gericht aber nicht generell, dass die Warnung einen irreparablen und schweren Schaden für *Kaspersky* bedeuten könnte, sondern stellte lediglich fest, dass *Kaspersky* einen solchen nicht hinreichend und widerspruchsfrei dargelegt hat.³² In einer Klausur könnte darum auch ein anderes Ergebnis vertretbar sein, da dort in der Regel ein „vollständiger“ Vortrag des Beschwerdeführers anzunehmen sein wird.

bb) Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit die Warnung *Kaspersky* tatsächlich in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt. Das Prüfungsprogramm hat in diesem Fall starke Ähnlichkeit mit der Prüfung des verwaltungsrechtlichen Unterlassungs- bzw. Folgenbeseitigungsanspruchs. Dies kommt nicht von ungefähr, sondern ist die logische Konsequenz davon, dass diese Ansprüche nach herrschender Meinung direkt aus den Grundrechten abgeleitet werden und in Form staatshaftungsrechtlicher Institute konkretisieren.

Im Gegensatz zu der Prüfung durch das Verwaltungsgericht prüft das Bundesverfassungsgericht nicht die einzelnen Voraussetzungen von § 7 BSI, sondern beschränkt sich auf die Frage, ob die Berufsfreiheit verletzt worden ist („spezifisches Verfassungsrecht“), wobei § 7 BSI eine mögliche Schranke darstellen könnte.

³⁰ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 13 Nr. 8a Rn. 34 ff.; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 93 Rn. 370 ff.

³¹ BVerfG NJW 2022, 2250.

³² BVerfG NJW 2022, 2250 (2250, 2251).

b) Eilrechtsschutz

Die „exotische“ prozessuale Einkleidung einer Verfassungsrechtsklausur als Antrag auf Eilrechtsschutz ist zu Unrecht gefürchtet.³³ Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich vor allem in § 32 Abs. 1 BVerfGG. Das Bundesverfassungsgericht kann danach im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung des Antrags nach § 32 Abs. 1 BVerfGG nicht sauber zwischen der Zulässigkeit und Begründetheit unterscheidet,³⁴ sollten die beiden Prüfungsebenen in der Klausur getrennt abgearbeitet werden.³⁵ In der Literatur ist die Zuordnung einzelner Prüfungspunkte zu den beiden Kategorien indes umstritten. Da jedoch die praktische Bedeutung der Abgrenzung gering ist und Aufbaufragen in der Klausur sowieso nicht diskutiert werden, sollte der Bearbeiter einfach einen Aufbau wählen und sich an diesen halten.

aa) Zulässigkeit

Der Antrag nach § 32 BVerfGG muss auf eine Regelung „im Streitfall“ gerichtet sein. Das heißt, dass in der Hauptsache eine Verfassungsbeschwerde gegen die Warnung bereits anhängig oder zu erwarten sein muss. Ein isolierter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann aus diesem Grund nur ergehen, wenn der Antrag in der Hauptsache noch gestellt werden kann. Außerdem muss die begehrte Rechtsfolge überhaupt im Hauptsacheverfahren angeordnet werden können.³⁶

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen des Eilantrags weisen große Überschneidungsflächen mit den Voraussetzungen im Hauptsacheverfahren auf. Die Anforderungen für die ordnungsgemäße Antragsstellung ergeben sich aus § 23 Abs. 1 BVerfGG. Antragsberechtigt ist jeder, der auch in der Hauptsache Verfassungsbeschwerde erheben kann.

Eine Besonderheit besteht jedoch bei der Antragsbefugnis, die sich nicht aus der Geltendmachung einer Grundrechtsverletzung herleitet. Stattdessen muss der Antragsteller in tatsächlicher Hinsicht darlegen, dass einer der in § 32 Abs. 1 BVerfGG genannten Gründe für die einstweilige Anordnung möglicherweise besteht. Mögliche Gründe sind die Abwehr schwerer Nachteile, die Verhinderung drohender Gewalt oder ein anderer wichtiger Grund des Allgemeinwohls.³⁷

Unter der Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses werden schließlich zwei Prüfungspunkte gefasst: die Subsidiarität des verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes und das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache.³⁸ Der Grundsatz der Subsidiarität (vgl. § 90 Abs. 2 BVerfGG) verlangt vom Antragsteller, dass er die bestehenden Möglichkeiten fachgerichtlichen Eilrechtsschutzes ausschöpft, bevor er sich mit seinem Antrag an das Bundesverfassungsgericht wendet.³⁹ Eine Ausnahme hiervon billigt das Bundesverfassungsgericht nur in besonders dringlichen und verfassungsrechtlich bedeutungsvollen Verfahren.⁴⁰

Das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist dagegen eine Konsequenz der Vorläufigkeit des Eilrechtsschutz. Danach darf die Entscheidung im Eilrechtsschutz nicht inhalts-

³³ Vgl. Überblick bei Wenglarczyk, JuS 2021, 1024; Bäcker, JuS 2013, 119.

³⁴ Graßhoff, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: Januar 2022, § 32 Rn. 37 f.

³⁵ So auch Wenglarczyk, JuS 2021, 1024 (1026).

³⁶ Walter, Walter/Grünwald, BeckOK BVerfGG, Stand: 1.12.2022, § 32 Rn. 18 ff.

³⁷ Bäcker, JuS 2013, 119 (121).

³⁸ Wenglarczyk, JuS 2021, 1024 (1027).

³⁹ BVerfG NVwZ 2020, 1508 (1509).

⁴⁰ BVerfGE 25, 77 (78) = NJW 1962, 2243.

gleich mit der Entscheidung im Hauptsacheverfahren sein und diese somit gegenstandslos machen. Dass die vorläufige Regelung bereits vereinzelt endgültige Tatsachen schafft, ist dagegen unvermeidbar und steht der Zulässigkeit nicht per se entgegen.⁴¹ Wie bereits aus dem verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz bekannt, ist eine Vorwegnahme der Hauptsache aber ausnahmsweise zulässig, wenn ansonsten kein hinreichender Rechtsschutz gewährt wäre oder schwere, irreversible Nachteile entstehen könnten.⁴²

bb) Begründetheit

Der Wortlaut von § 32 Abs. 1 BVerfGG umschreibt den Maßstab der Begründetheitsprüfung nur sehr rudimentär. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem, dass die Gründe, die der Beschwerdeführer für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorträgt, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Stattdessen prüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob der jeweilige Antrag im Hauptsacheverfahren offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens noch offen, nimmt das Gericht zudem eine Folgenabwägung vor, indem es zwei denkbare Verläufe des Beschwerdeverfahrens und deren negativen Konsequenzen miteinander vergleicht (sog. Doppelhypothese). Es prüft, welche Nachteile sich ergäben, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde später aber Erfolg hätte, und wägt diese mit den Nachteilen ab, die sich aus dem Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ergäben, wenn die Verfassungsbeschwerde dann aber keinen Erfolg hätte.⁴³

Der Klausurschwerpunkt wird stets auf der ersten Stufe dieses zweistufigen Prüfungsschemas liegen und muss vom Bearbeiter im gleichen Detailgrad geprüft werden, wie es bei einer Verfassungsbeschwerde zu tun wäre. Eine Klausur, die den verfassungsrechtlichen Eilrechtsschutz zum Gegenstand hat, kann also das gleiche Wissen abprüfen wie eine Klausur zum Hauptsacheverfahren und unterscheidet sich nur bezüglich der Herleitung des Prüfungsmaßstabs von den bekannten „Standardklausuren“.

cc) Im Verfahren gegen die BSI-Warnung

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Eilrechtsschutz gegen die BSI-Warnung lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob das Gericht die Zulässigkeit oder erst die Begründetheit verneinen würde, wenn es eine solche Trennung vornähme. Stattdessen verweist das Gericht auf § 40 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung mit der Ablehnung der Verfassungsbeschwerde „gegenstandslos“ geworden sei.⁴⁴ Dies lässt sich wohl am besten als Fall der fehlenden Statthaftigkeit des Eilrechtsschutzes verstehen, da es nach der Ablehnung der Beschwerde an der Voraussetzung des § 32 Abs. 1 BVerfGG „im Streitfall“ fehlt.

IV. Materiell-rechtliche Probleme

Wie bereits angesprochen folgen die unterschiedlichen Rechtsschutzverfahren auf der Ebene der Begründetheit strukturell vergleichbaren Prüfungsschemata. Während die verwaltungsgerichtlichen

⁴¹ BVerfGE 12, 36 (42) = NJW 1961, 67 (68).

⁴² Wenglarczyk, JuS 2021, 1024 (1027) m.w.N.

⁴³ BVerfG NVwZ 2019, 640 (641); BVerfGE 131, 47 (55) = NJW 2012, 1941 (1942 f.); BVerfGE 122, 342 (361) = NVwZ 2009, 441 (443 f.).

⁴⁴ BVerfG BeckRS 2022, 12936.

Verfahren jedoch die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Warnung anhand von § 7 BSIG als inzidente Prüfung einer Duldungspflicht in den Anspruchsaufbau integrieren, blickt die verfassungsgerichtliche Prüfung allein auf die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs und dessen Rechtfertigung, wobei insbesondere die sog. Schranken-Schranken – allen voran die Verhältnismäßigkeit – einen Prüfungsschwerpunkt darstellen. Diese Aspekte finden sich jedoch auch bei der verwaltungsgerichtlichen Prüfung wieder, denn § 7 BSIG ist eine sog. Ermessensvorschrift („kann“) und muss somit die Vorgaben des Grundgesetzes als Ermessensgrenzen beachten.

1. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit

Die Vereinbarkeit mit den Grundrechten ist in sämtlichen hier vorgestellten Klausurvarianten der Ausgangspunkt der Begründetheitsprüfung. Während der staatshaftungsrechtliche Folgenbeseitigungs- und Widerrufsanspruch eine nicht zu duldenende Beeinträchtigung eines Grundrechts oder eines anderen subjektiven öffentlichen Rechts erfordert, ist die Prüfung der Verfassungsbeschwerde bzw. deren inzidente Prüfung im Eilrechtsschutz darauf gerichtet, ob ein nicht gerechtfertigter (mit anderen Worten: zu duldender) Eingriff in ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht gegeben ist.

a) Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs/Eingriff in den Schutzbereich

Bei der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine behördliche Warnung hat das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit die strikte Trennung von „Schutzbereich“ und „Eingriff“ teilweise aufgegeben und den grundrechtlichen Schutz in diesen Konstellationen maßgeblich durch die besondere Qualität der Warnung als Eingriffsäquivalent definiert. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG schütze Unternehmen nämlich nicht vor jedem für sie negativen staatlichen Informationshandeln; es schütze sie jedoch davor, dass ihre individuelle Markt- und Wettbewerbssituation durch amtliche Informationen und Warnungen in einer Art und Weise verändert wird, die nach Intensität und Zweckrichtung ein „funktionales Äquivalent“ zu einem unmittelbaren behördlichen Eingriff darstellt. Diese Judikatur folgt vor allem aus zwei „Klassikern“ der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die auch jeder Jurastudent und Referendar kennen sollte: die Entscheidungen zur Zulässigkeit von Warnungen vor glykolhaltigen Weinen von 2002⁴⁵ und vor der sog. „Osho-Bewegung“ aus demselben Jahr^{46, 47}.

Das Vorliegen eines solchen Eingriffsäquivalents bejahten sowohl das VG Köln als auch das OVG Münster.⁴⁸ Es wird insbesondere in der ausdrücklichen Empfehlung des BSI deutlich, *Kaspersky*-Virenschutzsoftware durch andere Produkte zu ersetzen. Damit wird *Kaspersky* das Agieren am Markt maßgeblich erschwert und die Warnung zielt darauf, die Verbreitung der Virenschutzprogramme und mithin ihre Beliebtheit am Markt zu verringern.⁴⁹ Die Warnung stellt insoweit ein funktionales Äquivalent zu einem Verwendungsverbot von *Kaspersky*-Programmen dar und schafft somit auch die Grundlage für den grundrechtlichen Schutz.

Obwohl diese Abweichung vom Aufbauschema „Schutzbereich-Eingriff-Rechtfertigung“ den Segen des Bundesverfassungsgerichts hat, kann Prüfungskandidaten nicht vorbehaltlos dazu geraten

⁴⁵ BVerfGE 105, 252 = JuS 2003, 190.

⁴⁶ BVerfGE 105, 279 = JuS 2003, 186.

⁴⁷ Vgl. Grundwissensbeitrag bei *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343.

⁴⁸ VG Köln MMR 2022, 503 (504); OVG Münster NJW 2022, 1547 (1549).

⁴⁹ VG Köln MMR 2022, 503 (504).

werden, sich diesem Vorgehen anzuschließen. Die Vermischung der drei Prüfungsebenen könnte dem Prüfling als Fehler in der Systematik und Dogmatik vorgeworfen werden, zumal die Literatur das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts ablehnt. Es spricht darum viel dafür, die bewusste Ablehnung des Eingriffsbegriffs durch das Bundesverfassungsgericht darzulegen und den Begriff der „Einschränkung des Gewährleistungsbereichs“ zu erklären. Dabei sollte dem gewohnten Prüfungsmodell gefolgt werden und der Prüfling sollte im Ergebnis von einem „mittelbar-faktischen Eingriff“ in die Berufsfreiheit sprechen.⁵⁰ Diese Diskussion sollte auf der Prüfungsebene des „Eingriffs“ geführt werden, ohne dass der Aufbau an sich erklärt werden darf, zumal dieser aus sich selbst heraus verständlich ist.

b) Willkürverbot, Sachlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit

Auch wettbewerbsschädliche amtliche Äußerungen sind erlaubt, solange sie sich an die Grundsätze des Willkürverbots, Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit halten. Insbesondere müssen Tatsachenbehauptungen objektiv zutreffend wiedergegeben werden und Werturteile dürfen nicht auf sachfremde Erwägungen gestützt werden. Diese Gesichtspunkte der Rechtmäßigkeitsprüfung vertortet das Bundesverfassungsgericht auf der Ebene der Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG – nach dem hier präferierten „klassischen“ Aufbau handelt es sich hingegen um Aspekte der Rechtfertigungsprüfung.

Bei der Prüfung der Warnung ist insbesondere ihr prognostischer Charakter zu berücksichtigen. Warnungen sind stets zukunftsbezogen und leiden darum unter einer mehr oder weniger unsicheren Tatsachengrundlage. Tatsächliche Unsicherheiten stehen der Rechtmäßigkeit einer Warnung aber nicht kategorisch entgegen – insbesondere darf bei der Prüfung einer Warnung nicht von dem späteren Nichteintritt einer Gefahr auf die fehlende Erforderlichkeit der Warnung geschlossen werden. Soweit Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht bestehen, hängt die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Warnung jedoch davon ab, ob die Warnung auf einer sorgsam und möglichst umfassenden Auswertung sämtlicher verfügbarer Informationsquelle beruht. Verbleiben gleichwohl tatsächliche Unsicherheiten, so ist eine Warnung zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt, die die verbleibenden Unsicherheiten offenlegt und insgesamt verhältnismäßig ist.⁵¹

Kaspersky hat argumentiert, dass diese Kriterien nicht erfüllt seien. Das Unternehmen warf dem BSI vielmehr vor, dass die Warnung politisch motiviert sei und keine begründeten Zweifel an der Qualität und Integrität von *Kaspersky*-Programmen bestünden. Sowohl das VG Köln als auch das OVG Münster folgten dieser Argumentation indes nicht.

Aufgrund des Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine und die Einordnung der EU-Mitgliedstaaten als „unfreundliche Staaten“ seien hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben, dass Virenschutzprogramme russischer IT-Hersteller ein Risiko für die Sicherheit der Informationstechnik in Deutschland darstellen. Das OVG Münster zog dafür umfassende Belege hinzu, um zu zeigen, dass russische Cyberangriffe eine reale und beträchtliche Gefahr für den deutschen Staat und die Wirtschaft darstellen, wobei Virenschutzprogramme exponierte Ziele seien. Dies gelte gerade für das Virenschutzprogramm von *Kaspersky*, das weltweit verbreitet sei und gerade in Deutschland eine hohe Marktdurchdringung aufweise.

Die Einwendungen von *Kaspersky*, dass es ein privates Unternehmen mit Servern in der Schweiz sei, sahen die Gerichte nicht als durchgreifende Argumente an. Die russische Regierung sei um eine stärkere Kontrolle des IT-Sektors bemüht und auch *Kaspersky* könne sich diesem Druck nicht entzie-

⁵⁰ So auch *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343 (344).

⁵¹ OVG Münster NJW 2022, 1547 (1549 f.).

hen. Viele Firmen von *Kaspersky* seien in Russland ansässig, Gesellschafter seien russische Staatsbürger und die Konzernzentrale befinde sich in Moskau. Weiter habe *Kaspersky* im Bereich der Cyberkriminalität (auch) mit russischen Behörden zusammengearbeitet und sich bereits in der Vergangenheit den von der russischen Regierung angestoßenen Maßnahmen zur Kontrolle des Internets gefügt. Es sei zudem wahrscheinlich, dass Russland eine Drohkulisse aufbaue. Bereits 2017 sei ein hochrangiger Mitarbeiter wegen Hochverrats verhaftet und verurteilt worden. Schließlich sei auch die Verlagerung der Sicherheitsinfrastruktur in die Schweiz und weitere vorgetragene Sicherheitsmaßnahmen nicht geeignet, das Risiko schädigender Einflussnahme zu beseitigen. Eine einzige getarnte VPN-Verbindung oder das Einspielen eines schadhafte Codes über einen USB-Stick seien ausreichend, um einen Fernzugriff aus Russland auf die Rechenzentren in Zürich zu ermöglichen.

Aus diesen tatsächlichen Erwägungen hat das OVG Münster darauf geschlossen, dass die Abwägung des BSI zwischen dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse von *Kaspersky* an der freien Ausübung seines Gewerbes mit dem staatlichen Interesse an einem effektiven Schutz der Informationen sowie informationsverarbeitenden Systeme, Komponenten und Prozesse nicht zu beanstanden sei.⁵² Das BSI durfte danach die Warnung als Mittel wählen, um die Einrichtungen des Staates und kritische Infrastrukturen, sowie die Gewerbeausübung betroffener Unternehmen sowie dem individuellen Recht auf Datenschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu schützen.⁵³

2. Vorliegen einer „Sicherheitslücke“

Die Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm des § 7 BSIG sind nur in den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzklausuren im Einzelnen durchzuprüfen. Aus der spezifischen Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts folgt, dass der Bearbeiter (der sich in die Rolle eines Verfassungsrichters versetzen muss) in einer verfassungsrechtlichen Klausur dagegen nur die „Schrankentauglichkeit“ von § 7 BSIG prüfen und keine fachgerichtliche Rechtsauslegung und -anwendung vornehmen darf.

Kernvoraussetzung des hier in Betracht kommenden § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BSIG ist das Vorliegen einer „Sicherheitslücke“. Dieser Begriff eignet sich ideal, um in eine Examensklausur eingebaut zu werden. Es ist nämlich zum einen eher unwahrscheinlich, dass der Klausurbearbeiter die richtige juristische Definition dieses Begriffs ohne Weiteres parat haben wird. Zum anderen handelt es sich um einen Begriff, der auch in der Alltagssprache verwendet wird und von dem man glaubt, ein intuitives Verständnis zu haben.

Das Wort „Sicherheitslücke“ ist ein Kompositum, wobei der Wortteil „Lücke“ dafürspricht, dass ausschließlich unbeabsichtigte Fehler eines Computerprogramms gemeint sind, die ein Risiko für die Integrität eines IT-Systems bedeuten. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 4 BSIG sind „Sicherheitslücken“ jedoch nicht nur „Programmierfehler“, sondern alle Eigenschaften von Programmen, 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.

Die Weite des Begriffs „Eigenschaften“ lässt es zu, nicht nur technische Merkmale eines Programms hierunter zu subsumieren, sondern etwa auch die Herkunft und politischen Verknüpfungen der Programmierer und den Standort des Hauptquartiers der Herstellerfirma. Die Deutung des BSI, wonach das Risiko einer Einbindung in die Cyberkrieg-Strategie des russischen Staates als „Sicher-

⁵² OVG Münster NJW 2022, 1547 (1557).

⁵³ Ob dieses Ergebnis auch vor dem Hintergrund der erst nach den Entscheidungen des VG Köln und des OVG Münsters veröffentlichten Recherchen Bestand haben wird, ist eine Frage des noch ausstehenden Hauptsacheverfahrens, vgl. *Dittrich*, NJW 2022, 2971 (2974).

heitslücke“ zu betrachten sei und darum eine Warnung rechtfertigt, ist also sehr gut vertretbar. Dafür spricht zudem auch die teleologische Auslegung des § 7 BSIg. Der Begriff „Sicherheitslücke“ muss „notwendigerweise weit gefasst“ sein, da „Sicherheitslücken in den unterschiedlichsten Zusammenhängen, oftmals abhängig von der Konfiguration oder Einsatzumgebung, entstehen können“. ⁵⁴ Aufgrund der sich ständig ändernden Bedrohungslagen für die IT-Sicherheit, ist eine flexible Anwendung der Vorschriften des BSIg geboten, um schnell und flexibel auf neu entstehende Gefahrenszenarien reagieren zu können.

3. Ungleichbehandlung mit anderen Sicherheitsrisiken

Nur wenig Raum gewährte das OVG Münster der Erörterung des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG. *Kaspersky* argumentierte, dass die Warnung des BSI willkürlich und reine Symbolpolitik sei, da zum einen nicht vor anderen russischen Herstellern gewarnt worden sei, zum anderen auch chinesische und US-amerikanische Softwarehersteller verschont geblieben seien. *Kaspersky* wies diesbezüglich etwa auf die Spionageaffäre um die ehemalige Bundeskanzlerin *Merkel* und die Beteiligung des von der CIA unterhaltenen Unternehmens *In-Q-Tel* an deutschen Unternehmen der High-Tech-Branche hin. *Kaspersky* verwies zudem auf einen *Spiegel*-Bericht aus dem hervorgehe, dass die US National Security Agency unter anderem Produkte des Herstellers CISCO mit Spionage-Implantaten versehen habe. ⁵⁵

Das OVG Münster bezeichnete dies als „pauschalen Einwand“ ⁵⁶ und verneinte vor allem den Vorwurf der Willkür. Der entsprechenden Textstelle im Beschluss des OVG Münster lässt sich dabei nicht eindeutig entnehmen, auf welcher Ebene der Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG, das Gericht „aussteigt“. Dies liegt darin begründet, dass es bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes oftmals nur eine Frage der Argumentation ist, ob man bereits die wesentliche Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte verneint oder stattdessen die Unterschiede zwischen den Sachverhalten heranzieht, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Man könnte hier argumentieren, dass die besondere geopolitische Lage und das gesteigerte Risiko eines russischen Cyberangriffs die Software von *Kaspersky* von chinesischen und US-amerikanischen Konkurrenzprodukten abgrenzt und vor dem Hintergrund des Schutzauftrags des BSI die nationale Herkunft des Produkts somit ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist. Gleichzeitig könnte man auch argumentieren, dass Virenschutzprogramme ausländischer Hersteller ein vergleichbares Risikopotential für den deutschen Staat und dessen Bürger haben, die konkrete Bedrohung eines Cyberkriegs mit Russland jedoch eine Ungleichbehandlung von *Kaspersky* gegenüber russischen und US-amerikanischen Herstellern rechtfertigt.

Schaut man hingegen auf das Vergleichspaar „*Kaspersky* und andere russische Softwarehersteller“, so kann man die große Beliebtheit von *Kaspersky*-Produkten und die besondere Sensibilität von Virenschutzprogrammen heranziehen, um den Programmen von *Kaspersky* ihre „Unvergleichbarkeit“ zu attestieren. Auf der anderen Seite kann man diese Umstände aber auch heranziehen, um die Ungleichbehandlung mit anderen Programmen russischer Hersteller zu rechtfertigen.

Das Bundesverfassungsgericht neigt indes dazu, keine hohen Anforderungen an die Voraussetzungen der „wesentlichen Vergleichbarkeit“ zweier Sachverhalte zu stellen und den Schwerpunkt

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 16/11967, S. 12.

⁵⁵ Abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/neue-dokumente-der-geheime-werkzeugkasten-der-nsa-a-941153.html> (28.12.2022).

⁵⁶ OVG Münster NJW 2022, 1547 (1557).

eher auf die Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu legen.⁵⁷ Dies ist auch für die Klausur zu empfehlen.⁵⁸

V. Fazit

Eine Klausur, die eine öffentliche Warnung zum Gegenstand hat, hat ein hohes Niveau. Dies liegt im Kern an zwei Besonderheiten. Zunächst ist in einem solchen Fall umstritten, ob dem „klassische“ Prüfungsaufbau gefolgt werden kann, denn das Bundesverfassungsgericht weigert sich in derartigen Fällen, die Warnung als „Eingriff“ zu behandeln, sondern folgt einem spezifischen Prüfungssystem. Diese Problematik sollte der Prüfling kennen, sich jedoch in der Klausursituation dafür entscheiden, die Warnung als „mittelbaren Eingriff“ in den Schutzbereich der Berufsfreiheit zu qualifizieren und auf seine Rechtfertigung zu überprüfen. Auf der Rechtfertigungsebene stellt sich dann das zweite Schwerpunktproblem einer solchen Klausur: Der Prüfling muss eine differenzierte Abwägung auf Grundlage der ihm vorliegenden tatsächlichen Umstände vornehmen. Dieser Hinweis erscheint zunächst trivial, da Studierende in beinahe jeder öffentlich-rechtlichen Prüfung staatliche Abwägungsentscheidungen prüfen müssen. Aufgrund des zumeist prognostischen Charakters öffentlicher Warnungen, ist diese Prüfung jedoch entsprechend anzupassen und bedarf eines besonderen Begründungsaufwands.

Beachtet der Prüfling diese Besonderheiten, so muss er sie natürlich noch in die spezifische Struktur der Prüfungsaufgabe einkleiden. Wie gezeigt, kann die Prüfung dabei sowohl im Verwaltungsrecht als auch im Verfassungsrecht spielen, wobei die Klausur stets zeigen muss, dass sich der Prüfling der Besonderheiten der jeweiligen Rechtsschutzform bewusst ist – die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage wäre ein schwerer Fehler, wenn es in der Klausur um eine Verfassungsbeschwerde geht.

Zuletzt eine Warnung: Sollte sich die Leserin oder der Leser einer Klausur gegenübersehen, die dem hier beschriebenen Fall nachgebildet ist, so kann es zwar helfen, wenn die dazu bereits ergangenen Entscheidungen bekannt sind, jedoch wird es niemals Klausuraufgabe sein, die Entscheidungen des VG Köln, OVG Münster oder des Bundesverfassungsgerichts „nachzuprüfen“. Die Prüfungsaufgabe besteht darin (ausschließlich) den Klausursachverhalt zu prüfen und die dort genannten Tatsachen auszuwerten. Darüberhinausgehende tatsächliche Kenntnisse mögen in der mündlichen Prüfung beeindrucken, jedoch können sie in einer Klausur auf den falschen Pfad führen.

⁵⁷ So auch in *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 11 m.w.N.

⁵⁸ Ob die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, ist im Rahmen einer Klausur stets durch Auswertung der gegebenen Anhaltspunkte im Sachverhalt festzustellen – ob die Warnung im Hauptsacheverfahren der Prüfung anhand der Art. 3 Abs. 1 GG standhalten wird, wird sich zeigen.