

70●

Deutscher Juristentag
Hannover 2014

Thesen

der Gutachter und Referenten

Thesen

der Gutachter und Referenten

Inhalt

Prozessrecht	5
Arbeitsrecht	17
Strafrecht	22
Öffentliches Recht	31
Wirtschaftsrecht	53
Urheberrecht	61

Prozessrecht

Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Graf-Peter Calliess, Bremen

1. Das BMJ legt ein langfristiges, institutionelles Förderprogramm für Justizforschung auf.
2. Die Gerichtspräsidenten berufen Beiräte mit Vertretern der interessierten Kreise und veröffentlichen aufgrund der Beratungen im Beirat jährlich einen „Rechenschaftsbericht Zivilrechtspflege“, der detaillierte Angaben zu Umfang und Qualität der erbrachten Justizdienstleistungen, u. a. zur nach Sachgebieten aufgeschlüsselten Verfahrensdauer und zu Rügen und Entschädigungsfällen nach § 198 GVG, zu Einnahmen und Ausgaben der Ziviljustiz sowie eine vergleichende SWOT-Analyse enthält.
3. Bei den Landgerichten sind Spezialekammern für komplexe Verfahren, z. B. für Bausachen, Arzthaftungssachen, Verkehrsunfallsachen, Anlegerschutzverfahren, etc. einzurichten.
4. Die Richterbank ist dabei interdisziplinär mit ehrenamtlichen Richtern (Bausachverständige, Amtsärzte, Steuerberater etc.) oder Fachrichtern zu ergänzen, wobei § 349 ZPO entsprechende Anwendung findet.
5. Die Zuständigkeit dieser Kammern ist im Hinblick auf deren Auslastung ggfs. auch über Ländergrenzen hinweg zu konzentrieren, § 13a GVG wird nach dem Vorbild des § 89 GWB reformiert.
6. Die Regelungen über die Kammern für Handelssachen sind zu modernisieren, den Ländern wird die Einführung von Kammern für internationale Handelssachen ermöglicht.
7. §§ 38–40 ZPO werden an Art. 15, 19, 23, 25 und 26 EuGVVO-neu angeglichen.
8. In diesem Kontext ist die Möglichkeit der erstinstanzlichen Anwahl bestimmter Spruchkörper bei LG und OLG zu angemessenen Kosten zu regeln (funktionelle Gerichtsstandswahl).
9. Ebenso sind vertragliche Vereinbarungen über den Rechtsmittelverzicht zu regeln.
10. Verbraucher erhalten ein Optionsrecht auf ein singularinstanzliches, summarisches und unbürokratisches Schnellverfahren zu überschaubaren Kosten gegen Unternehmer.
11. In die ZPO wird ein neues „Buch 6: Langdauernde Verfahren“ (§§ 606 ff. ZPO) mit folgenden Regelungen aufgenommen:
 - a) Definition: Langdauernde Verfahren sind Verfahren, die entweder (1) in der jeweiligen Instanz mehr als doppelt so lang wie der Bundesschnitt aller betreffenden Verfahren laut Justizstatistik anhängig sind, oder (2) die i. S. v. § 198 Abs. 6 Nr. 1 GVG insgesamt länger als fünf Jahre anhängig sind.
 - b) Im Zuge der Einführung der elektronischen Aktenführung werden sämtliche Verfahren in einer bundesweiten Datenbank darauf überwacht, ob sie langdauernd sind. Der gesetzliche Richter und das zuständige Präsidium erhalten hierüber eine automatische Meldung.

- c) Ein Richter, der wegen Überlastung oder aus sonstigen Gründen eine Erledigung von einem oder mehreren Verfahren in angemessener Zeit (§ 198 Abs. 1 Satz 2 GVG) für unwahrscheinlich hält, hat dies dem zuständigen Präsidium unverzüglich anzuzeigen.
 - d) Erhält das Präsidium Kenntnis von langdauernden Verfahren, so ist es verpflichtet, im Einvernehmen mit dem gesetzlichen Richter Maßnahmen zu ergreifen, die die Erledigung der betroffenen Verfahren in angemessener Zeit ermöglichen. Sofern im Einzelfall der Eintritt einer unangemessenen Dauer (§ 198 Abs. 1 Satz 2 GVG) droht, hat das Präsidium unverzüglich wirkungsvolle Maßnahmen (z. B. Abstellung von Gerichtsräten) zur Meidung von Grundrechtsverletzungen zu treffen.
 - e) In langdauernden Verfahren kann das Gericht zunächst den Kläger und sodann den Beklagten auffordern, innerhalb einer Notfrist von vier Wochen ihren Sach- und Rechtsvortrag in einem Schriftsatz, dessen Inhalt das Gericht vorstrukturieren und dessen maximale Länge es angemessen begrenzen kann, zusammenzufassen. Diese Schriftsätze präkludieren früheren Vortrag.
 - f) Langdauernde Verfahren dürfen nur mit ausdrücklicher Zustimmung beider Parteien ausgesetzt, verwiesen oder zurückverwiesen werden. Im Übrigen sind sie vom zuständigen Gericht unverzüglich durch Endurteil oder in sonstiger Weise endgültig zu erledigen. Beträgt die Gesamtverfahrensdauer mehr als fünf Jahre, können Rechtsmittel im Sinne von Buch 3 der ZPO nur noch mit Zustimmung beider Parteien eingelegt werden.
12. In § 253 Abs. 3 ZPO ist eine neue Nr. 4 aufzunehmen, nach der der Kläger sich in der Klageschrift dazu äußern soll, ob er ggfs. einer vom Geschäftsverteilungsplan abweichenden Zuweisung der Sache durch das Gericht zustimmt, und ob hierfür Gründe wie eine besondere Komplexität des Verfahrens in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht oder eine besondere Eilbedürftigkeit, etc. vorliegen. Der Gerichtspräsident entscheidet sodann, ob Gründe für eine vom Geschäftsverteilungsplan abweichende Zuweisung der Sache vorliegen (SUV-Test). Ist dies der Fall, so teilt er den Parteien seinen Neuzuweisungsvorschlag unverzüglich, möglichst bereits mit Zustellung der Klageschrift mit kurzer Begründung mit. Der Vorschlag wird wirksam, sofern nicht eine Partei innerhalb einer Notfrist von 2 Wochen Widerspruch einlegt, wobei eine Begründung nicht erforderlich ist.
13. Im DRiG wird eine Fortbildungspflicht für Richter in fachlicher (Spezialisierung), methodischer (Intervision, etc.) und technischer (elektronische Akte etc.) Hinsicht verankert.
14. In § 61 Abs. 2 Satz 2 DRiG ist vorzusehen, dass dem Dienstgericht des Bundes drei Berufsrichter, ein Rechtsanwalt als ständiger Beisitzer auf Vorschlag der BRAK und ein Universitätsprofessor nach § 7 DRiG je nach dem Gerichtszweig des betroffenen Richters auf Vorschlag der Staats-, Straf- oder Zivilrechtslehrervereinigung angehören. Vergleichbare Regeln sind in § 77 Abs. 2 DRiG auch für die Dienstgerichtshöfe der Länder vorzusehen. Für die Dienstgerichte der Länder ist § 77 Abs. 4 verpflichtend auszugestalten.

15. § 10 Abs. 1 DRiG wird wie folgt geändert: Zum Richter auf Lebenszeit kann ernannt werden, wer nach Erwerb der Befähigung zum Richteramt mindestens fünf Jahre Berufserfahrung erworben hat. In Abs. 2 Nr. 1 wird angefügt „insbesondere als Gerichtsrat“. Alle Vorschriften über Richter auf Probe und kraft Auftrags sind zu streichen. § 12 neu enthält eine Regelung über Gerichtsräte, wonach diese auf Zeit für sechs Jahre ernannten oder abgeordneten Beamten bei den Gerichten zur Unterstützung der Richter weisungsabhängig eingesetzt werden können, sofern sie die Voraussetzungen des § 9 DRiG erfüllen.
16. Die Vorschriften der ZPO zum Sachverständigenbeweis sind mit dem Ziel zu reformieren, das hoheitliche Zwangsverhältnis zwischen Gericht und Sachverständigen durch ein anreizgesteuertes Marktverhältnis zu ersetzen. Hierzu soll eine Expertenkommission beim BMJ einen Entwurf erarbeiten. Es ist eine bundesweite, gerichtinterne Sachverständigendatenbank mit Bewertungen und Erfahrungsberichten einzurichten.
17. Die Höhe der Gerichtsgebühren und deren Verteilung zwischen den Parteien sollte auch zur Lenkung des Prozessverhaltens der Parteien eingesetzt werden.
18. In der Zivilrechtspflege entstehende Gerichtsgebühren dürfen nicht zur Quersubventionierung von Strafrecht, Familienrecht oder Prozesskostenhilfe verwendet werden. Im Sinne einer Anreizregulierung sind den einzelnen Gerichten über mehrere Jahre an Zielvereinbarungen geknüpfte Globalhaushalte zuzuweisen, so dass Effizienzsteigerungen im System für Verbesserungen genutzt werden können. Gerichtskosten werden nur in der Höhe erhoben, in der diese bei angemessener Verfahrensdauer entstanden wären.

Thesen zum Referat von Präsident des LG Michael Lotz, Heidelberg

1. Spezialisierung der Richterbank (einschließlich interdisziplinärer Spezialisierung der Richterbank):

Die vom Gericht zu beurteilenden Sach- und Rechtslagen werden immer komplexer, immer komplizierter und immer ausdifferenzierter. Spezialisierung und – je nach Fragestellung – auch interdisziplinäre Spezialisierung gehören in Unternehmen, in Anwaltskanzleien und auch bei privaten Schiedsgerichten bereits zum Standard. Spezialisierung muss daher auch für eine staatliche Gerichtsbarkeit mit Qualitätsanspruch ein „Gebot der Zeit“ sein. Dazu folgende Thesen im Einzelnen:

1.1. Errichtung von Spezialekammern bei den Landgerichten:

- 1.1.1. Der Gesetzgeber sollte für einen Katalog wichtiger Rechtsgebiete – im Grundsatz orientiert am Katalog des § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO – bei den Landgerichten die Errichtung von Spezialekammern zwingend vorschreiben. Die Länder können diese Spezialekammern dann gemäß § 13a GVG ggfls. auch bezirksübergreifend errichten.
- 1.1.2. Zwingend vorgeschrieben werden sollte die Errichtung von Spezialekammern bei den Landgerichten danach insbesondere für folgende Streitigkeiten:
 - a) Streitigkeiten aus Kapitalanlagen- und Kapitalanlagenvermittlungsgeschäften
 - b) Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen
 - c) Streitigkeiten über Ansprüche aus Heilbehandlungen (insbes. Arzthaftungsstreitigkeiten)
 - d) Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen
 - e) Streitigkeiten aus Verträgen über Informationstechnologie (Softwarevertragsstreitigkeiten)

1.2. Errichtung von Spezialabteilungen bei den Amtsgerichten:

- 1.2.1. Der Gesetzgeber sollte für gesellschaftlich besonders wichtige Rechtsgebiete bei den Amtsgerichten – über §§ 23b und 23c GVG hinaus – die Errichtung von weiteren Spezialabteilungen zwingend vorschreiben. Die Länder können diese Spezialabteilungen dann gemäß § 13a GVG ggfls. auch bezirksübergreifend errichten.
- 1.2.2. Zwingend vorgeschrieben werden sollte die Errichtung von Spezialabteilungen bei den Amtsgerichten danach insbesondere für folgende Streitigkeiten, für die die Amtsgerichte streitwertunabhängig erstinstanzlich zuständig sind:
 - a) Wohnraummietstreitigkeiten
 - b) Streitigkeiten nach § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG

1.3. Verwendungsvoraussetzungen für Spezialekammern beim Landgericht und für Spezialabteilungen beim Amtsgericht:

Es sollten (wenn auch „niederschwellige“) Fortbildungsanforderungen zur gesetzlichen Voraussetzung für eine Verwendung eines Richters / einer Richterin in den gesetzlich angeordneten Spezialekammern (beim Landgericht) und Spezialabteilungen (beim Amtsgericht) gemacht werden, damit die Spezialisierung von der Kompetenz des „spezialzuständigen“ Richters / der „spezialzuständigen“ Richterin inhaltlich auch „ausgefüllt“ wird (floskelartig: „wo spezialisiert draufsteht, sollte auch spezialisiert drin sein“).

1.4. Gerichtsbarkeitsübergreifende juristische Spezialisierung der Richterbank:

Der Gesetzgeber sollte in besonderen Rechtsgebieten, in denen häufig auch eine gerichtsbarkheitsübergreifende juristische Kompetenz gefragt ist, die Möglichkeit schaffen, dass die Spezialekammern des Landgerichts optional auch Richter/innen aus einer anderen Gerichtsbarkeit zur Entscheidungsfindung beiziehen können, etwa in Kapitalanlagenhaftungsverfahren oder Steuerberaterhaftungsverfahren einen Richter / eine Richterin des Finanzgerichts (Vorbild: Baulandkammern gemäß § 220 BauGB).

1.5. Interdisziplinäre, über den juristischen Bereich hinausgehende Spezialisierung der Richterbank:

- 1.5.1. Der Gesetzgeber sollte für einen Katalog wichtiger Rechtsgebiete für die Zivilkammern der Landgerichte – etwa für die nach den Thesen oben Ziff. 1.1. zu errichtenden Spezialekammern – die Option schaffen, dass diese auch nichtjuristische fachkundige (Laien-)Richter beiziehen können, um deren nichtjuristischen, zum Verfahren „passenden“ (allgemein-fachdisziplinären) Sachverstand auf die Richterbank zu holen und diese damit über den juristischen Bereich hinaus zum konkreten Verfahren „passend“ zu spezialisieren (etwa: optionale Hinzuziehung eines Finanzfachmanns oder Betriebswirts in einem komplizierten Kapitalanlagenhaftungsverfahren, eines [z. B. anderweitig beamteten] Mediziners in einem komplizierten Arzthaftungsverfahren, eines Informatikers in einer komplizierten Softwarestreitigkeit oder eines Architekten oder Ingenieurs in einem großen Bauverfahren). Die Regeln für den Einsatz dieser fachkundigen Laienrichter sind festzulegen.
- 1.5.2. Die Schaffung der Option zu einer über den juristischen Bereich hinausgehenden interdisziplinären Spezialisierung der Richterbank soll in den in Betracht kommenden (schwierigen) Verfahren das Gericht insbesondere darin unterstützen, auf Augenhöhe mit interdisziplinär arbeitenden Parteien und deren Anwaltsbüros zu agieren und im Rahmen einer Beweisaufnahme nach §§ 402 ff. ZPO der „Sachverständigen-Sachkunde“ weniger „ausgeliefert“ zu sein.

- 1.5.3. Die Möglichkeit der beratenden Hinzuziehung eines Sachverständigen gemäß § 144 ZPO ersetzt eine zu einem (schwierigen) Verfahren passende interdisziplinäre Besetzung der Richterbank nicht.

2. Flexibilisierung des Richtereinsatzes:

Der Gesetzgeber sollte – unter Wahrung des Gebots des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – dem nach § 21e GVG in richterlicher Unabhängigkeit handelnden Präsidium und dem nach § 21g GVG in richterlicher Unabhängigkeit handelnden Spruchkörpergemium die Befugnis geben, Verfahren „aus sachlichen Gründen“ durch einen zu begründenden Beschluss ad-hoc auch abweichend von der Jahresgeschäftsverteilung zuzuweisen (etwa, wenn nach der Jahresgeschäftsverteilung ein eingehendes kompliziertes Großverfahren auf den jungen, noch unerfahrenen und nur noch 10 Monate dem Gericht zugewiesenen Richter „zuläuft“). Das Gebot des gesetzlichen Richters wäre dadurch nicht verletzt (vgl. schon heute die Ermessensvorschriften der §§ 526, 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO sowie BVerfG, Beschl. v. 12.11.2008 – 1 BvR 2788/08). Der Belastungsausgleich ist vom Präsidium bzw. Spruchkörpergemium mit zu regeln.

3. Prozessvereinbarungen:

Das Thema „Prozessvereinbarungen“ betrifft die Frage, inwieweit man den Parteien in begrenztem Umfang auch im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit geben sollte, einvernehmlich ihre Vorstellungen über den Ablauf und damit hinsichtlich Qualität und Effizienz des Verfahrens umzusetzen. Es geht insoweit um die Steigerung der Attraktivität der staatlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere auch in der Konkurrenz zur privaten Schiedsgerichtsbarkeit, und zwar im Hinblick auf die für die rechtsstaatliche richterliche Rechtsfortbildung bedeutenden und wegen der hohen Streitwerte auch haushaltswirtschaftlich relevanten „großen“ Streitsachen. Dazu folgende Einzelthemen und Thesen:

3.1. Vereinbarung der Verfahrensordnung auch im staatlichen Gerichtsverfahren:

- 3.1.1. Der Gesetzgeber sollte den Parteien eines staatlichen Gerichtsverfahrens die Option zur Vereinbarung einer Verfahrensordnung geben (wie § 1042 Abs. 3 ZPO).
- 3.1.2. Vorstellbar wäre es insbesondere, den Parteien als Option ein insgesamt an den schiedsgerichtlichen Regelungen der §§ 1042 ff. 1059 ZPO angelehntes flexibles und rechtsmittelbeschränktes staatliches Gerichtsverfahren – eine Art „freies und schnelles Gerichtsverfahren“ – zur Verfügung zu stellen; als Option, die gewählt werden kann, wenn die Vertragsparteien dies wollen.

3.2. Prorogation des staatlichen Richters / Spruchkörpers:

- 3.2.1. Der Gesetzgeber sollte vor dem Hintergrund entsprechender Regelungen in Schiedsgerichtsvereinbarungen und von Schiedsgerichtsinstitutionen prüfen, ob es für besonders bedeutsame (Wirtschafts-)Streitsachen ein wirkliches Bedürfnis für die Möglichkeit der Prorogation des staatlichen Richters / Spruchkörpers gibt.
- 3.2.2. Sollte sich im Rahmen einer Evaluation nach Ziff. 3.2.1. ein relevantes Bedürfnis für eine Richterprorogation ergeben, sollte man gesetzlich den Parteien folgendes „Angebot“ machen, das den personellen und organisatorischen Möglichkeiten des einzelnen Gerichts Rechnung trägt:

Wenn die Parteien eines Verfahrens beim Präsidium des zuständigen Gerichts übereinstimmend beantragen, dass ihr Verfahren zu einem bestimmten Richter / Spruchkörper kommen soll, kann das Präsidium diesen Richter / Spruchkörper ad-hoc als zuständig beschließen; insoweit wäre dies ein gesetzlich ausdrücklich geregelter Fall einer ad-hoc-Zuweisung (oben Ziff. 2). Das Präsidium des Gerichts könnte im jährlichen Geschäftsverteilungsbeschluss sein Ermessen in Selbstverantwortung vorab auch bereits konkretisieren, beispielsweise dahin, dass im Regelfall einem solchen Antrag von vornherein nur bei einem Streitwert über x Mio EURO stattgegeben werden wird, vielleicht auch begrenzt auf bestimmte Rechtsgebiete. Der interne Belastungsausgleich ist vom Präsidium zu regeln.

3.3. Vereinbarung der Vertraulichkeit des staatlichen Verfahrens:

- 3.3.1. Der Gesetzgeber sollte vor dem Hintergrund entsprechender Regelungen in Schiedsgerichtsvereinbarungen und von Schiedsgerichtsinstitutionen prüfen, ob und – wenn ja – in welchem Umfang ein Bedürfnis potentiell betroffener Unternehmen besteht, die Vertraulichkeit auch des staatlichen Gerichtsverfahrens vereinbaren zu können.
- 3.3.2. Sofern sich im Rahmen einer solchen Evaluation ein Bedürfnis der Unternehmen nach einer Vertraulichkeitsvereinbarung im staatlichen Gerichtsverfahren ergeben sollte, sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dass das Gericht auf übereinstimmenden Antrag der Parteien das (staatliche) Gerichtsverfahren – in dem übereinstimmend beantragten Umfang – als vertraulich erklärt.
- 3.2.3. Unter welchen Voraussetzungen von der nach Ziff. 3.3.2. vom Gericht erklärten Vertraulichkeit später abgewichen werden darf, sollte gesetzlich auch geregelt werden (etwa als Generalklausel bei „berechtigtem Interesse“?).

4. „Internationale Kammer für Handelssachen“ mit Verfahrenssprache Englisch:

- 4.1. Die Bedeutung einer „Internationalen Kammer für Handelssachen“ mit der Verfahrenssprache Englisch für die Konkurrenzfähigkeit des Gerichtsstandorts Deutschland und für die Konkurrenzfähigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit im Wettbewerb mit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit erscheint nach bisherigen Erkenntnissen noch nicht ausreichend geklärt. Es wird daher vorgeschlagen, bei den großen international agierenden Unternehmen und bei den international agierenden großen Anwaltskanzleien zu evaluieren, ob ein entsprechender Bedarf besteht, damit die zur Schaffung einer internationalen Kammer für Handelssachen notwendigen Investitionen (Einstellung englischsprachigen Personals im Unterstützungsbereich u. a.) auf solider Datengrundlage erfolgen.
- 4.2. Sollte ein Bedürfnis für eine „Internationale Kammer für Handelssachen“ mit der Verfahrenssprache Englisch bei der Evaluation festgestellt werden, sollte den Ländern die Möglichkeit der Einrichtung internationaler Kammern für Handelssachen mit der Verfahrenssprache Englisch gegeben werden (vgl. Gesetzentwurf des BR, BT-Drucks. 18/1287).

**Thesen zum Referat von Rechtsanwalt am BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk,
Karlsruhe**

I.

1. Das gesellschaftliche und auch das technische Umfeld, in das die ZPO und das GVG hineingedacht worden sind, haben sich grundlegend verändert. Die Reformen, denen ZPO und GVG unterzogen worden sind, haben dies nur unzureichend berücksichtigt. ZPO und GVG bedürfen neuer Strukturen, um die Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung – erneut – langfristig zu sichern.
2. Stehen der Justiz nicht in beliebigem Umfang Haushaltsmittel zur Verfügung, darf sich der Staat nicht, und schon gar nicht in größerem Umfang als er dies derzeit schon tut, aus der Rechtsprechung und Streitschlichtung zurückziehen.
Die staatliche Rechtsprechung bewirkt ein konsensuales Verständnis von Recht. Die Aufgabe oder ein weiteres Zurückdrängen des staatlichen Monopols in der Rechtsprechung spaltet auf Dauer die Gesellschaft.
3. Die Strukturen einer Zivilprozeßordnung und einer Gerichtsverfassung müssen den effektiven Einsatz der für die Zivilrechtspflege vorhandenen finanziellen Mittel sichern. Den Parteien ist eine höhere Verantwortung bei der Ermittlung und Feststellung der für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen Tatsachen abzuverlangen.
4. Beim Richter vorhandene, den Sachgegenstand des Verfahrens betreffende Sachkunde bietet eine höhere Gewähr für die Richtigkeit der im Zivilprozeß zu treffenden Entscheidung.
Es sind daher Strukturen zu entwickeln, die, ohne in die durch Art. 97 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit einzugreifen, einen auch auf die Sachkunde des einzelnen Richters ausgerichteten, flexibleren, richterlichen Einsatz ermöglichen.

II.

1. Über verbindliche Regelungen ist sicherzustellen, daß die Parteien ihren Vortrag zum tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen strukturieren.
 - a) Der Vortrag muß sich inhaltlich elektronisch erschließen lassen.
 - b) Klage und Klageerwiderung sind vom Umfang her zu begrenzen; der Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch eine vertiefte Prozeßleitung des Gerichts und die Möglichkeit, auf zu gebende Hinweise den Vortrag zu substantiieren, gewährleistet.

- c) Der für den Rechtsstreit erhebliche Inhalt einer Urkunde, auf den sich eine Partei beziehen will, ist zunächst in einem Anlagenverzeichnis kurz zu referieren; die Vorlage der Urkunde oder ihres Auszuges erfolgt erst auf Anordnung des Gerichts.
2. Über eine vertiefte Prozeßleitung durch das Gericht, wird den Parteien zeitnah anheimgegeben, den in Klage und Klageerwiderung enthaltenen aus tatsächlicher oder rechtlicher Sicht des Gerichts erheblichen Vortrag zu substantiieren und die Urkunden vorzulegen, die nach der Darstellung im Anlagenverzeichnis aus Sicht des Gerichts für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind.
 - a) Vertiefte Prozeßleitung schließt für das Gericht die Möglichkeit ein, schon nach Zustellung der Klage, ohne Ablehnungsmöglichkeit durch die Parteien in diesem Stadium des Verfahrens, einen Sachverständigen hinzuzuziehen, wenn fehlende Sachkunde auf Seiten des Gerichts das Verständnis des Klagevortrags oder des Vortrags in der Klageantwort erschwert.
 - b) Für die vertiefte Prozeßleitung ist der Vortrag maßgebend, auf den sich die Partei in der Klage und Klageerwiderung konzentriert hat. Vor der prozeßleitenden Verfügung des Gerichts ist weder für den Kläger noch für den Beklagten ergänzender Vortrag gestattet.
 - c) Eine Regelung, wie sie heute in § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO enthalten ist, erhält dadurch das Gewicht, das dieser Norm bei zutreffender Betrachtung zukommt.
3. Im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung müssen Parteien, bei Modifizierung bestehender Prozeßmaximen auf richterliche Anordnung auch zu den Tatsachen wahrheitsgemäß vortragen, für die sie weder die Behauptungs- noch die Beweislast tragen.
 - a) Für die richterliche Anordnung muß Anlaß im Parteivortrag vorhanden sein.
 - b) Die Verpflichtung zum Vortrag schließt auch die Tatsachen ein, die für die nicht vortrags- oder beweisbelastete Partei ungünstig sind.
4. Vortrag dazu, warum das benannte Beweismittel aus Sicht der Partei beweistauglich („subjektiv beweiseeignet“) ist, ist verpflichtend.
 - a) Beweismittel, die nach dem Vortrag der Partei „subjektiv nicht beweiseeignet“ sein können, müssen vom Gericht nicht benutzt werden (eingeschränkt zulässige vorweggenommene Beweiswürdigung).
 - b) Dies betrifft auch den Sachverständigenbeweis.
 - c) Soweit der Beweis durch Sachverständigengutachten erbracht werden soll, kann die Anordnung ergehen, binnen einer Ausschußfrist ein Sachverständigengutachten vorzulegen, das durch einen „zertifizierten Sachverständigen“ erstellt ist. Die Anordnung hat nach Anhörung der Parteien auch die Ausgangstatsachen ggf. anzugeben, die der „zertifizierte Sachverständige“ seinem Gutachten zugrunde zu legen hat.

5. Jedenfalls für geeignete Sachgegenstände, wie etwa das Bauwerkvertragsrecht, ist ein beschleunigtes Erkenntnisverfahren zu entwickeln.
 - a) In diesem beschleunigten Erkenntnisverfahren ist abweichend vom Hauptsacheverfahren statt der dort vorgesehenen Mittel des Strengbeweises, die Möglichkeit des Freibeweises sowie eine eingeschränkte Amtsermittlung vorzusehen.
 - b) Gegenüber dem Hauptsacheverfahren sind im beschleunigten Erkenntnisverfahren Sonderregelungen vorzusehen, die es dem Gericht ermöglichen, den Prozeßstoff auf das unbedingt nötige Maß einzuschränken (etwa Zuweisung von verschiedenen Streitgegenständen in getrennte Verfahren, Abtrennung einer erklärten Aufrechnung).
 - c) Bei der weiteren Ausgestaltung des beschleunigten Erkenntnisverfahrens sind die Erfahrungen aus dem neu gestalteten einstweiligen Anordnungsverfahren des FamFG und ggf. auch des Verfahrens über den Gerichtsbescheid in der VwGO (§ 84 VwGO) zu nutzen.

6. Keine der vorstehend empfohlenen Neuregelungen darf für sozial schwächere Bevölkerungsschichten den Zugang zum Recht erschweren.

III.

1. Der Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist neu zu strukturieren.
 - a) Der Erlaß von Teilurteilen ist zu vereinfachen; Teilurteile sind auch dann zulässig, wenn ein Widerspruch zwischen Teil- und Schlußurteil droht.
 - b) Die Voraussetzungen für den Erlaß des Zwischenurteils über den Grund sind durch den Gesetzgeber neu festzulegen. Das Zwischenurteil über den Grund darf nur ergehen, wenn sein Erlaß den Abschluß des Rechtsstreits erkennbar beschleunigt.
 - c) Es ist bei hoher Wahrscheinlichkeit des auszuurteilenden Anspruchs der Erlaß eines „Urteils (auch Teilurteils) vorbehaltlich abschließender Abrechnung“ zu ermöglichen.
 - aa) Dieses Urteil selbst ist nicht anfechtbar, jedoch vorläufig vollstreckbar; es bindet das erkennende Gericht („§ 318 ZPO“) zum Grund des Anspruchs („§ 318 ZPO“), nicht jedoch zur Höhe.
 - bb) Die Anfechtung dieses Urteils erfolgt im Schlußurteil, in dem der Ausspruch über die Forderung der Höhe nach erfolgt. „Überzahlungen“ führen zur Verurteilung des Beklagten auf „Rückzahlung“.

2. Das Berufungsverfahren ist neu zu gestalten.
 - a) Die Berufungssumme ist deutlich anzuheben.
 - b) Bei Beibehaltung von Regelungen, die inhaltlich §§ 529, 531 ZPO entsprechen, ist durch eine Regelung zu ergänzen, aufgrund derer vom Berufungsführer darzulegen ist, warum der Berufungsangriff eine von der Entscheidung erster Instanz abweichende Entscheidung gebietet.
 - c) Es ist die jeweilige Aktenfundstelle des Vortrages oder verfahrensrechtlich bedeutsamen Umstands zu benennen, auf den sich der Berufungsführer im Rahmen seiner Berufungsangriffe stützt.
 - d) Angriffe, die dieses Erfordernis nicht erfüllen, sind unzulässig ausgeführt.
 - e) Nur die in der Begründungsfrist erfolgten Berufungsangriffe sind beachtlich.
3. Im Rechtsmittelverfahren hat das erkennende Gericht nach Ablauf eines im Gesetz festzulegenden, ab Eingang der Rechtsmittelbegründung zu berechnenden Zeitraums, auf Antrag unter Hinweis auf die Gründe anzugeben, warum eine Entscheidung in dieser Sache noch nicht getroffen werden können.
4. Durch eine für einen Rechtsbehelf notwendige Wertgrenze dürfen weite Teile bestimmter Sachgegenstände (zum Beispiel Wohnraummiete) nicht von der Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht ausgenommen werden. Für diese Sachgegenstände sind andere Wertgrenzen zu schaffen.

Arbeitsrecht

Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?

Thesen zum Gutachten von Vors. Richter am BAG a.D. Prof. Klaus Bepler, Berlin/Halle

1. Die Wirkung tarifautonomer Rechtsgestaltung bedarf der Stärkung in der Tiefe und der Breite. Dies ist aber kein Grund für einen Systemwechsel.
- 2.1 Das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG ist zu klären und auszubauen: es hat Zustandekommen, Änderungen und Beendigungen von Tarifverträgen zu umfassen; § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB muss hier unanwendbar sein.
- 2.2 Die Tariffähigkeit von Spitzenverbänden, die nicht lediglich Zusammenschlüsse von Regionalorganisationen mit entsprechender sachlicher Zuständigkeit sind, ist wegen fehlender Transparenz der Vermittlung von Tarifgebundenheit zu streichen.
- 2.3 Es ist ein für jedermann zugängliches elektronisches Tarifregister zu errichten.
- 2.4 Allgemeinverbindliche Tarifverträge sind auch inhaltlich öffentlich bekannt zu machen.
- 2.5 Die Auslegungspflicht im Betrieb ist für Tarifverträge unabhängig davon – bewehrt durch eine Sanktionsvorschrift – vorzusehen.
- 2.6 Bei Auseinandersetzungen im einzelnen Betrieb oder Unternehmen über Geltung und Inhalt eines Tarifvertrages erhalten tarifschließende Gewerkschaft und betroffener Arbeitgeber die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung.
- 3.1. Die Nachbindung aus Tarifverträgen sowie die Nachwirkung von Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen ist grundsätzlich auf zwei Jahre festzulegen, es sei denn, der betreffende Tarifvertrag hatte eine höhere Mindestlaufzeit oder er endete vor Ablauf dieser Zeitspanne. Für Tarifverträge nach § 3 BetrVG wird jede Nachwirkung ausgeschlossen. Die Ein-Jahres-Grenze in § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB wird auf zwei Jahre erhöht.
- 3.2. Tariföffnungen für Entgeltabsenkungen sollten grundsätzlich unterbleiben. Dies gilt auch für die beabsichtigte vorübergehende Tariföffnung gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn.
- 3.3 Tariföffnungen dürfen nur dann durch Bezugnahme genutzt werden, wenn die betreffenden Tarifverträge als Ganze in Bezug genommen werden.
- 4.1 Auf die infolge grundlegender Veränderung in der Verbandslandschaft entstandenen Tarifpluralitäten sollte durch den Gesetzgeber nicht eingewirkt werden.
- 4.2 Auch im Hinblick auf denkbare Probleme bei der Umsetzung entstandener Tarifpluralitäten besteht derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

- 4.3 Das Verfahrensrecht muss bei Zweifeln an der Tariffähigkeit einer Organisation eine schnelle Klärung ermöglichen; dafür bietet sich ein Verfahren (§ 97 ArbGG) in höchstens zwei Instanzen mit dem Landesarbeitsgericht als Eingangsinstanz an.
- 5.1 Die Pläne zur Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns sehen für in ihrer Verantwortung stehende Anpassungsentscheidungen zu Unrecht eine maßgebende Mitwirkung der Tarifvertragsparteien vor.
- 5.2 Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen sollten nach vom Gesetzgeber vorgegebenen materiellen Kriterien unabhängig von einem Quorum durch Rechtsverordnung erstreckt und mit zwingender Wirkung auch für anders Tarifgebundene versehen werden.
- 5.3 Der Gesetzgeber sollte ansonsten die Voraussetzung „Öffentliches Interesse“ für eine Allgemeinverbindlicherklärung beibehalten und diese Möglichkeit auch weiterhin durch ein 50 %-Quorum begrenzen, das daran zu orientieren ist, in welchem Umfang der betreffende Tarifvertrag tatsächlich zu Grunde gelegt wird.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Olaf Deinert, Göttingen

1. Der Gesetzgeber sollte die Errichtung paritätischer Eingruppierungskommissionen vorsehen, die auch durch den Arbeitnehmer oder den Betriebsrat angerufen werden können. Der Individualrechtsschutz darf dadurch nicht verkürzt werden.
2. Den Gewerkschaften muss ein eigenes Klagerecht, gerichtet auf die Herstellung tarifgerechter Zustände im Falle des Tarifbruchs durch den Arbeitgeber eingeräumt werden. Dieses steht neben der Möglichkeit eines Verfahrens zur gerichtlichen Klärung von Tarifinhalt und/oder Tarifierhebung.
3. Die Errichtung gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien zur Durchsetzung tariflicher Rechte auf Basis allgemeinverbindlicher Tarifverträge sollte erleichtert werden.
4. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, Mitglied im Arbeitgeberverband zu sein/bleiben, sollte zulässiger Inhalt eines Tarifvertrags sein.
5. Der Arbeitgeberverband sollte der Gewerkschaft zur Mitteilung über Wechsel von Mitgliedern in OT-Mitgliedschaften verpflichtet sein, zumindest auf Nachfrage.
6. Die Ablösung weitertgeltender Tarifverträge nach Betriebsübergang durch Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag gem. § 613a Abs. 1 Satz 4 Alt. 2 BGB ist ersatzlos zu streichen.
7. § 4 Abs. 5 TVG ist um einen Satz 2 zu ergänzen, wonach abweichende Vereinbarungen erst nach Ablauf des Tarifvertrages geschlossen werden können bzw. eine vorher getroffene Vereinbarung einer Bestätigung nach Ablauf des Tarifvertrages bedarf und in beiden Fällen einer Belehrung in Textform über den Verlust der konkret zu bezeichnenden tarifvertraglichen Rechte bedürfen.

8. Tarifverträge sollten auch für Solo-Selbständige geschlossen werden, die regelmäßig allein und ohne den Einsatz eigener Arbeitnehmer Werk- oder Dienstleistungen erbringen und dabei in die betriebliche Organisation ihres Auftraggebers eingebunden sind.
9. Abweichungen von zwingendem Recht zu Lasten der Arbeitnehmer sollten nur durch Tarifvertrag möglich sein, nicht aber auf Grundlage einer Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Abweichungen durch Firmentarifvertrag sollten nur in dem Rahmen zulässig sein, den auch ein Verbandstarifvertrag gestattet.
10. Der Betriebsrat sollte beim Fremdpersonaleinsatz unter Eingliederung in die betriebliche Organisation ein Mitbestimmungsrecht erhalten, das mit einem Zustimmungsverweigerungsrecht für den Fall ausgestattet wird, dass das Fremdunternehmen sich nicht verpflichtet, die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen des Einsatzbetriebes einzuhalten.
11. Es sollte klargestellt werden, dass der Tarifvertrag gesetzliches Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist.
12. § 4 TVG sollte um einen Abs. 1a ergänzt werden, wonach tarifgebundene Arbeitgeber der Gewerkschaft aus dem Tarifvertrag verpflichtet sind, Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern anzuwenden, sofern der Tarifvertrag ein solches nicht ausschließt. Ein nicht tarifgebundener Arbeitnehmer kann diese Pflicht nicht einklagen.
13. Es sollte anerkannt werden, dass Spannenklauseln ein zulässiger Inhalt des Tarifvertrages sind.
14. Es sollte gesetzlich geregelt werden, dass die Aufnahme von Arbeit zu untertariflichen Bedingungen ungeachtet der Tarifgebundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowohl im Rechtskreis des SGB II als auch im Rechtskreis des SGB III unzumutbar ist.
15. Es sollte die gesetzliche Möglichkeit vorgesehen werden, dass ein Tarifvertrag im Wege der Ausweitung des persönlichen, fachlichen oder räumlichen Geltungsbereichs durch staatliche Erweiterungserklärung allgemeinverbindlich erklärt wird. Ein derart erweiterter Tarifvertrag tritt aber hinter der Anwendung eines anderen Tarifvertrages kraft Tarifbindung gem. §§ 3, 5 TVG zurück.

Die Thesen zum Referat von Prof. Dr. Richard Giesen, München

1. Kern des Tarifsystems ist die kollektive Verhandlung und Vereinbarung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch mitgliedschaftlich legitimierte, arbeitskampfbefugte Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie durch einzelne Arbeitgeber. Dieses Prinzip verbandsautonomer Selbstbestimmung gilt es zu erhalten und zu stärken.
2. In Erfüllung seines auf die Tarifautonomie ausgerichteten Gestaltungsauftrags hat der Gesetzgeber ein möglichst einfaches und zuverlässiges Regelungssystem bereitzustellen. Bürokratisierung ist zu vermeiden, gleichzeitig sind Planungs- und Rechtssicherheit zu gewährleisten.
3. Zur Verbesserung der Publizität von Tarifverträgen empfiehlt sich eine Vorschrift, welche die Tarifparteien verpflichtet, entweder Tarifvertragsabschriften gegen Kostenerstattung herauszugeben oder Tarifverträge frei online zu stellen. Weitere Regularien dazu sind nicht erforderlich.
4. Erlass und Durchsetzung von Tarifnormen sollten in der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien verbleiben. Gesetzliche Vorschriften zu Verbandsklagen über Tarifansprüche sind nicht vonnöten.
5. Staatliche soziale Mindeststandards sollten, unabhängig ob branchenbezogen oder allgemein, einheitlich für alle betroffenen Arbeitnehmer gelten. Das schließt Tarifregelungen aus.
6. In der arbeitsteiligen Wirtschaft treten zunehmend Berufsgewerkschaften auf, welche die Durchsetzungsfähigkeit ihrer Mitglieder nutzen, um zulasten von Belegschaftskollegen günstige Arbeitsbedingungen zu erzwingen. Damit verbunden sind eine Mehrung von Arbeitskämpfen und eine Mehrung angedrohter Arbeitskämpfe, wobei die traditionellen Mechanismen der Konfliktbewältigung nicht mehr funktionieren. Das Prinzip der Tarifeinheit, also die Regel „Ein Betrieb, ein Tarifvertrag“, sollte wieder eingeführt werden. Als Entscheidungsmaßstab empfiehlt sich das betriebsbezogene Mehrheitsprinzip.
7. Zur Vermeidung zu langer zwingender Tarifwirkung nach Entfallen der gesetzlichen Geltungsvoraussetzungen sollte die Anwendung von § 3 Abs. 3 TVG auf ein Jahr begrenzt werden.
8. Die Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen sollte ebenfalls auf grundsätzlich ein Jahr begrenzt werden. Für Tarifnormen, welche die Arbeitnehmervertretung betreffen, sollte die Vorschrift darüber hinaus bis zum Ende der Mandatsdauer anwendbar bleiben.
9. Entsprechend der bis heute gültigen Entscheidung des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts von 1967 ist daran festzuhalten, dass Tarifklauseln über die unterschiedliche

Behandlung von Arbeitnehmern nach der Gewerkschaftszugehörigkeit unzulässig sind. Es gilt zu verhindern, dass Arbeitnehmer nur aus Furcht vor Einkommens- und Anspruchsverlusten der Gewerkschaft beitreten und so unfreiwillig deren Finanzierung durch den Arbeitgeber bewirken.

10. Es empfiehlt sich eine Regelung, nach der arbeitsvertragliche Bezugnahmen auf Tarifverträge im Zweifel als Vereinbarungen über die Gleichstellung mit tarifgebundenen Arbeitnehmern auszulegen sind.
11. Tarifdispositives Gesetzesrecht sollte nicht den Kernbereich tarifvertraglicher Betätigung erfassen, also vor allem nicht die Bemessung von Arbeitsentgelt. Der Mindestlohn sollte außerhalb der Übergangsregelungen des Mindestlohngesetzes nicht tarifdispositiv gestellt werden.
12. Allgemeinverbindlicherklärungen bewirken die tarifvertragliche Fremdbestimmung über Außenseiterarbeitsverhältnisse. Deshalb können sie nur gerechtfertigt sein, wenn sie bereits vor der Verbindlichstellungsprägende Wirkung haben. Es ist deshalb an der bisherigen Fassung von § 5 TVG festzuhalten.
13. Die Aufgaben gemeinsamer Einrichtungen, deren Finanzierung und Leistung auf allgemeine Verbindlichkeit angewiesen sind, sollten, soweit ihre Erfüllung sozialpolitisch für notwendig erachtet wird, auf Sozialversicherungsträger übertragen werden.

Strafrecht

Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Berlin

Bewertungsmaßstäbe

1. Änderung strafrechtlicher Verbotsnormen: Bei der Beurteilung der Frage, ob strafrechtliche Verbotsnormen geändert oder ergänzt werden sollten, kommt es maßgeblich darauf an, ob diese Verbotsnormen dem Schutz der Rechte anderer Individuen dienen. In einem kriminalpolitischen Kontext ist (anders als in einem moralischen Kontext) ein Recht auf Anerkennung der eigenen Identität nicht zu begründen. Die gebräuchlichen, aber Probleme verschleiernenden Verweise auf den „öffentlichen Frieden“ und „Klimaschutz“ sollten vermieden werden.
2. Anwendung von Verbotsnormen: Bewertungen bei der Anwendung bestehender Verbotsnormen müssen in systemkonsistenter Weise auf die strafrechtlichen Basiskategorien Unrecht und Schuld Bezug nehmen. Dies gilt auch für Überlegungen, die zugunsten möglicher Täter wirken (Rechtfertigung, Entschuldigung und Strafmilderung).

Änderungen bei strafrechtlichen Verbotsnormen

3. Bekenntnisbeschimpfung: § 166 StGB ist weder mit „Schutz der Allgemeinheit“ noch als Norm zum Schutz von Individualrechten überzeugend zu rechtfertigen. Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, diese Norm aufzuheben.
4. Rassistische Äußerungen: Dem Gesetzgeber ist nicht zu empfehlen, § 130 Abs. 1 StGB zu ändern oder weitere Äußerungsdelikte ins StGB aufzunehmen.
5. Beschneidung von Jungen:
 - a) § 1631d BGB ist nicht verfassungswidrig. Angesichts der nicht gesicherten Beweislage zu Risiken und Spätfolgen von Beschneidungen ist aber zu empfehlen, durch Forschung den Erkenntnisstand zu verbessern. Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, ggf. bei gewichtigen Verschiebungen der Erkenntnislage die Gesetzeslage zu ändern.
 - b) „Nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ (§ 1631d Abs. 1 S. 1 BGB) ist folgendermaßen auszulegen: Es müssen, unabhängig davon, ob ein Arzt oder unter den Bedingungen in Absatz 2 ausnahmsweise eine Person ohne fachärztliche Befähigung tätig wird, alle Anforderungen an eine fachgerechte, hygienischen Standards entsprechende Durchführung beachtet werden. Außerdem ist eine Narkotisierung oder Lokalanästhesie erforderlich.

Der Verweis von Sorgeberechtigten auf hygienische oder ästhetische Präferenzen oder kulturell tradierte Sitten genügt nicht als Konkretisierung von Kindeswohl (§ 1631d Abs. 1 S. 2 BGB). Sie müssen vielmehr begründen, dass Beschneidung eine tragende Säule ihres am Kindeswohl orientierten Erziehungskonzepts sei, was regelmäßig ein entsprechendes religiöses Selbstverständnis voraussetzt.

6. Genitalverstümmelung:
 - a) Bei der Auslegung von § 226a StGB ist zu beachten, dass nicht alle Veränderungen an weiblichen Genitalien unter „verstümmeln“ zu fassen sind. Dies ist nicht der Fall, wenn der Eingriff mit der Beschneidung von Jungen vergleichbar ist (etwa wenn nur Vorhaut der Klitoris betroffen ist, ohne Amputationen und weitere Verletzungen).
 - b) Zu empfehlen sind folgende Änderungen: Erstens sollte der Strafraum des § 226a StGB dem in § 226 StGB angeglichen werden. Zweitens ist der Tatbestand geschlechtsneutral zu fassen, indem die Worte „einer weiblichen Person“ durch „eines Menschen“ ersetzt werden. Drittens sollte § 5 StGB erweitert werden, wenn sich eine Genitalverstümmelung gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.
7. Zwangsheirat: Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, in § 237 StGB statt „Ehe“ „Ehe oder eheähnliche Verbindung“ aufzunehmen. Außerdem sollte erwogen werden, bei minderjährigen Opfern auch die Anwendung von subtilerem Zwang (über Gewalt und Drohung hinaus) unter Strafe zu stellen. § 5 StGB ist um die Konstellation zu ergänzen, dass Opfer einer Zwangsheirat eine Person ist, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Rechtfertigung

8. *Cultural Defense* als Rechtfertigung: Es ist nicht zu empfehlen, einen eigenständigen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund der „kulturellen Prägung“ (*cultural defense*) einzuführen.
9. Rechtfertigung wegen Gewissensfreiheit oder Religionsausübung: Es ist zwar nicht prinzipiell-kategorisch auszuschließen, dass Gewissensfreiheit oder Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG) eine Straftat rechtfertigen könnten. Dies hängt bei Eingriffen in die Rechte unbeteiligter Dritter vom Vorliegen eines rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) ab. Im Ergebnis scheidet aber bei einem angemessenen engen Verständnis des Schutzbereichs dieser Grundrechte und jedenfalls nach der Interessenabwägung in fast allen denkbaren Fällen eine Rechtfertigung aus.

Entschuldigung

10. Verbotsirrtümer:

- a) Vorliegen: Es ist zu vermeiden, aus einer abweichenden kulturellen Prägung, aus den sozialen Verhältnissen in einem Land, in dem sich lokale Sitten gegenüber der staatlichen Rechtsordnung durchsetzen, oder aus einem Vergleich von Rechtsordnungen unmittelbar auf fehlende Unrechtseinsicht zu schließen.
- b) Vermeidbarkeit: Bei der Vermeidbarkeitsprüfung nach § 17 StGB ist nicht auf die individuellen Wertmaßstäbe der Täter oder ihre kulturelle Prägung abzustellen. Entscheidend ist, ob die konkrete Situation wegen des Eingriffs in zentrale Freiheitsrechte anderer oder wichtige Gemeinschaftsgüter Anlass gab, die subjektive Einschätzung von der Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

11. Religiöse und kulturelle Prägung als Entschuldigungsgrund: Es ist weder dem Gesetzgeber zu empfehlen, einen Entschuldigungsgrund in das StGB aufzunehmen, um kulturelle oder religiöse Tathintergründe zu erfassen, noch sollten solche Erwägungen zur Anerkennung eines außergesetzlichen Entschuldigungsgrundes führen.

12. Gewissensfreiheit als Entschuldigungsgrund: Das Grundrecht auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) kann in sehr selten vorkommenden Konstellationen entschuldigend wirken, wenn Verhalten in den Schutzbereich fällt (vor allem bei Unterlassungen; bei aktivem Tun nur, wenn der Täter in eine nicht selbst gesuchte, sondern ihm aufgezwungene Lage geraten war). Voraussetzung ist ferner, dass aus der Perspektive der Rechtsgemeinschaft das Verhalten tolerabel ist, was ausscheidet, wenn in nicht trivialer Weise eine andere Person geschädigt wurde.

Strafzumessung

13. Strafmaßbegründungen: Tatgerichten ist zu empfehlen, unspezifische Verweise auf „fremde Kulturkreise“ und undifferenzierte Urteile über große Religionen wie „den Islam“ oder Länder mit heterogenen Verhältnissen zu vermeiden und Persönlichkeitsmerkmale wie fehlende Impulskontrolle und emotionale Erregbarkeit nicht pauschal „kulturellen Prägungen“ zuzuschreiben.

14. Rechtsordnung im Herkunftsland: Aufzugeben ist die Rechtsprechung, die auf die Rechtsordnung im Herkunftsland des Täters abstellt. Auch die Dauer des Aufenthalts in Deutschland ist kein eigenständiger Strafzumessungsgrund.

15. Ausmaß der Unrechtseinsicht: Irrtümer von Tätern über die rechtliche Bewertung des Unrechtsausmaßes sind nur dann strafmildernd zu berücksichtigen, wenn das relative Gewicht der Tatschwere grundlegend verkannt wurde und der Irrtum nicht einfach zu vermeiden war.

16. Eingeschränkte Steuerungsfähigkeit: Verhaltensprägungen, die auf kulturelle und religiöse Einflüsse zurückgehen, sind nicht als „eingeschränkte Steuerungsfähigkeit“ zu bewerten.
17. Teilentschuldigungen: Eine Strafmilderung kommt bei echten, schweren Normenkonflikten in Betracht, wenn eine kulturelle oder religiöse Gegennorm ein vom Täter als verbindlich angesehenes, innere Bedrängnis schaffendes Gebot postulierte, in der rechtlich verbotenen Art und Weise zu handeln. Voraussetzung ist aber, dass die kulturelle oder religiöse Verhaltensnorm nicht in fundamentalem Widerspruch zur Verfassungs- und Rechtsordnung steht. Außerdem kann die Strafe gemildert werden, wenn die Tatgenese auf ein (aus der Perspektive der Rechtsgemeinschaft) vorwerfbares Mitverschulden des Opfers zurückzuführen ist.
18. Strafeempfindlichkeit: Eine umfassende, auf persönliche Strafeempfindlichkeit abstellende Individualisierung des Strafmaßes unter Einschluss antizipierter kulturell und religiös bedingter Anpassungsschwierigkeiten ist nicht zu empfehlen.
19. Ausländerstatus, höheres Strafniveau im Herkunftsland: Es ist davon abzusehen, mit Verweis auf den Ausländerstatus oder eine strengere Strafpraxis im Herkunftsland eines Straftäters eine höhere als die unrechts- und schuldangemessene Strafe zu verhängen.
20. Hassverbrechen: Es ist bei der Strafzumessung wegen Hassverbrechen darauf zu achten, dass alle Dimensionen des den Betroffenen angetanen Unrechts (insbesondere auch Herabwürdigungen und langfristige Tatauswirkungen) strafehöhend berücksichtigt werden. Ergänzungen des Gesetzes bedarf es nicht. Soweit Motive Täterinterna geblieben sind und sich nicht in Tatbegleitumständen niedergeschlagen haben, erhöhen sie das Unrecht nicht und sind deshalb nicht strafehöhend zu werten.

Auslegung von Tatbeständen

21. Reform von § 211 StGB: Der Gesetzgeber ist erneut aufzufordern, die Straftatbestände für Mord und Totschlag grundlegend zu überarbeiten.
22. Zum Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“:
 - a) Es ist zu empfehlen, an der nunmehr in der Rechtsprechung etablierten objektiven Bewertungsperspektive festzuhalten. Entscheidend sind die Maßstäbe der Rechtsgemeinschaft.
 - b) Die Einstufung eines Beweggrunds als „niedrig“ sollte nicht von moralisierenden Erwägungen abhängig gemacht werden. Die Auslegungsvorgabe „nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehend“ ist aufzugeben. Wegen Totschlags ist zu strafen, wenn ein Umstand vorlag, der es aus der Perspektive der Rechtsgemeinschaft erlaubt, die Tötung milder zu beurteilen (etwa wenn das Opfer in nach den Maßstäben der Verfassungsordnung vorwerfbarer und zurechenbarer Weise zur Tatentstehung beigetragen hat).

- c) Die Rechtsprechung zum sog. Motivationsbeherrschungspotential beim Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe sollte aufgegeben werden.
 - d) Unrechtseinsicht muss sich nicht auf die rechtliche Bewertung des eigenen Motivs erstrecken. Unkenntnis der entsprechenden Wertungen begründet deshalb keinen Verbotsirrtum.
23. Sonstige wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale: Merkmale wie „zumutbar“ in § 323c StGB sind in generalisierbarer Weise aus der Perspektive der Rechtsgemeinschaft auszulegen. Die Sichtweise des Täters in seinen kulturellen und religiösen Bezügen ist für die Reichweite der Verhaltensnorm irrelevant.

Thesen zum Referat von Richter am BGH Prof. Dr. Henning Radtke, Karlsruhe/Hannover

I. Thesen zu strafprozessualen Aspekten

1. Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO ist grundsätzlich auf „Geistliche“ sämtlicher „Religionsgesellschaften“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV) anwendbar.
2. Die Anwendbarkeit des Zeugnisverweigerungsrechts ist nicht von der rechtlichen Organisationsform der „Religionsgesellschaft“ oder deren staatlicher Anerkennung abhängig.
3. Der Begriff des „Geistlichen“ in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO ist funktional bezogen auf die der begünstigten Person durch die „Religionsgesellschaft“ übertragene Aufgabe der Ausübung von „Seelsorge“ zu verstehen.
4. Das Selbstbestimmungsrecht der „Religionsgesellschaften“ räumt diesen eine Definitionsmacht darüber ein, welchen Personen aus ihrer „Religionsgesellschaft“ sie die Ausübung von Seelsorge übertragen hat. An die Wahrnehmung dieser Definitionsmacht sind die Strafgerichte bei der Anwendung von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO grundsätzlich gebunden.
5. Das Selbstbestimmungsrecht und damit die Definitionsmacht der Religionsgesellschaften über die Personen, denen die Ausübung von Seelsorge anvertraut ist, findet ihre Grenze in den „für alle geltenden Gesetze(n)“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV).
6. Dementsprechend hat die Definitionsmacht der „Religionsgesellschaften“ ihre Grenzen an den Voraussetzungen, die vor dem Hintergrund der Wahrheitsermittlungspflicht und des Gebots einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege an die Gewährung berufsbedingter Zeugnisverweigerungsrechte im Strafverfahrensrecht allgemein zu stellen sind.

7. Die Ausübung profaner Funktionen (etwa bei karitativer oder erzieherischer Tätigkeit) durch Angehörige einer „Religionsgesellschaft“, denen diese grundsätzlich seelsorgerliche Tätigkeit übertragen hat, liegt ungeachtet des Selbstbestimmungsrechts der „Religionsgesellschaften“ außerhalb des Anwendungsbereichs von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO.
8. Üben Personen, bei denen es sich nach dem Selbstverständnis ihrer „Religionsgesellschaft“ um „Geistliche“ handelt, Funktionen als Vermittler nach Straftatbegehung unter Angehörigen der „Religionsgesellschaft“ aus, handelt es sich ungeachtet des Selbstbestimmungsrechts nicht um ein Tätigwerden „in ihrer Eigenschaft als Seelsorger“.

II. Thesen zu materiell-strafrechtlichen Aspekten

1. Rassistische, fremdenfeindliche oder sonst menschenverachtende Motive des Täters sind bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen.
2. Einer Ergänzung der Strafzumessungskriterien des § 46 Abs. 2 StGB um „rassistische, fremdenfeindliche oder sonst menschenverachtende Motive“ o.ä. als speziell benannte, nicht grundsätzlich bewertungsrichtungsneutrale Strafzumessungskriterien bedarf es nicht.
3. Die Aufnahme solcher speziell benannter, grundsätzlich nicht bewertungsrichtungsneutraler Strafzumessungskriterien in das Gesetz kann zu einer Erhöhung der revisionsgerichtlichen Kontrolldichte hinsichtlich der tatrichterlichen Strafzumessung führen. Das entwertet die dem Tatrichter angesichts seines persönlichen Eindrucks vom Angeklagten zu Recht eingeräumten Beurteilungs- und Bewertungsspielräume bei der Strafzumessung und ist deshalb nicht zu empfehlen.
4. Innerhalb einzelner Straftatbestände kann die Straftatbegehung aufgrund rassistischer, fremdenfeindlicher oder sonst menschenverachtender Motive als Grund für die Erhöhung des Unrechts- und oder Schuldgehalts der Tat auf gesetzestechnisch unterschiedlichen Wegen berücksichtigt werden.
5. Für § 211 StGB empfiehlt sich – im Rahmen einer Gesamtreform der Tötungsdelikte – die Aufgabe des Mordmerkmals der (sonst) „niedrigen Beweggründe“. Es sollte durch ein Merkmal ersetzt werden, das an die Tötung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung anknüpft.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe

I.

1. Paralleljustiz ist ein Anzeichen für die Etablierung von Parallelgesellschaften. Daraus folgt nicht zwingend, dass «die Integration gescheitert» sei; das Phänomen kann auch Anlass geben, die eigenen Verhaltensweisen zu überdenken.
2. Eine Paralleljustiz, die sich als Selbstorganisation einer Minderheit begreift, ist nicht hinnehmbar; sie gefährdet das staatliche Gewaltmonopol.
3. Bloße Streitschlichtung, die sich als Ergänzung des förmlichen Justizverfahrens begreift, ist unbedenklich.

II.

1. Die Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht § 55 ist auch dann hinzunehmen, wenn sie ersichtlich konstruiert ist (z.B. Ordnungswidrigkeit nach § 98 AufenthG; falsche Verdächtigung). Wenn die Voraussetzungen des Rechts glaubhaft gemacht sind, kann seine Ausübung nicht beschränkt werden; das Motiv ist unbeachtlich.
2. Das Schweigerecht von Geistlichen ist auch dann anzuerkennen, wenn sie in profanen Funktionen (etwa bei der Streitschlichtung) tätig werden.
3. Wahrheitsfeindlichen Ratschlägen («Vergessen») darf weder beim Zeugen noch beim Ratgeber mit Nachsicht begegnet werden.
4. Die Verknüpfung von Entschädigungsleistungen mit der Erwartung eines bestimmten Aussageverhaltens (§§ 52, 55 StPO) ist nicht zu beanstanden, wenn die Streitenden ihren Konflikt so abschließend bewältigt haben, dass dem Opfer an staatlicher Reaktion nicht mehr gelegen ist.

III.

1. Der Täter-Opfer-Ausgleich ist die wesentliche rechtliche Nahtstelle, die zur Integration von Schlichtungsbemühungen Dritter zur Verfügung steht.
2. Der Täter-Opfer-Ausgleich muss in seiner praktischen Anwendung bei den Instanzgerichten aus dem Bereich des «Freikaufens» herausgeführt werden; seiner Funktion als privater Konfliktbewältigung ist das zuge dachte Gewicht beizulegen.
3. Dies sollte dazu führen, der staatlichen Letztentscheidungskompetenz auch in solchen Gemeinschaften Anerkennung zu verschaffen, die dem Leitwert der Ehre verpflichtet sind.
4. Ergeben sich Anzeichen dafür, dass nötige Drohungen – etwa auch mit dem staatlichen Strafanspruch – die Verhandlungen beeinflusst haben, ist die Anwendung von § 46a StGB ausgeschlossen.
5. Schlichtungen, an denen Täter und Opfer nicht persönlich beteiligt sind, ist die Anerkennung zu versagen.
6. Die Anerkennung der Streitschlichtung darf nicht zur Erweiterung von Handlungsspielräumen der Schlichter führen; die Rechtsanwendungsgleichheit muss gewahrt bleiben.

**Thesen zum Referat von Richter des BVerfG Wilhelm Schluckebier,
Karlsruhe**

1. a) Eine engere Definition des Schutzbereichs des Grundrechts auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit erscheint – zumal aus strafrechtlicher Perspektive – nicht angezeigt. Die Freiheit zu glaubensgeleitetem Leben und Handeln findet schon bisher grundsätzlich ihre Grenze in den durch das Strafrecht konkretisierten verfassungsunmittelbaren Schranken, zu denen vor allem der verfassungsrechtliche Schutz von Leben, körperlicher Integrität und Unversehrtheit gehört. Berufet sich ein Täter auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, wird dies auch nach verfassungsrechtlicher Abwägung regelmäßig nicht die Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit oder Schuldhaftigkeit entfallen lassen.
 - b) Nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen kann nach der bisherigen, älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG die Art und das Maß einer zulässigen strafrechtlichen Sanktion beeinflussen. Das erscheint dann vorstellbar, wenn der Täter sich nicht aus mangelnder Rechtsesinnung gegen die staatliche Rechtsordnung auflehnt, sondern sich in eine Grenzsituation gestellt sieht, in der der Konflikt zwischen Rechtspflicht und Glaubensgebot ihn in eine seelische Bedrängnis bringt, der gegenüber sich die Bestrafung als eine übermäßige, menschenwürdeverletzende soziale Reaktion darstellen würde. Selbst eine solche seelische Bedrängnis wird aber dann nicht anzuerkennen sein, wenn sie sich als Gewissenskonflikt in zumutbarer Weise durch nahe liegende andere Handlungsalternativen lösen lässt (vgl. BVerfGE 32, 98 <108 f.>; BVerfGK 8, 151 <154 f.>).
 - c) Ohnehin ist bei der Geltendmachung einer handlungsleitenden religiösen Regel durch einen Straftäter stets eine Plausibilisierung dahin zu verlangen, dass eine entsprechende religiöse Verhaltenspflicht besteht. Die Anforderungen an diese Plausibilisierung sind umso höher, je weiter das strafatbestandsmäßige Verhalten von typischen religiösen Kernbetätigungen entfernt liegt und je weniger unauflöslich ein behaupteter Konflikt zwischen staatlichen und religiösen Verhaltensanforderungen erscheint.
2. Einer Konzentration der Straftatbestände auf den Schutz des Individuums und einem weitgehenden Verzicht auf solche Tatbestände, die den öffentlichen Frieden schützen sollen, ist mit Reserve zu begegnen. Bei allen nachvollziehbaren Vorbehalten gegenüber der Bestimmtheit und eingedenk der im Lichte der Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit allenfalls schmalen Anwendungsbereiche solcher friedensschützender Tatbestände (z. B. Volksverhetzung, Bekenntnisbeschimpfung) kann ihnen gerade in einer kulturell und religiös zunehmend pluraler geprägten Gesellschaft eine zwar weitgehend symbolhafte, aber doch wertepträgende Funktion zukommen. In einer offenen Gesellschaft wird so einer

stets auch gemeinschaftsbezogenen Ausübung von Freiheitsrechten ein Appell zu Respekt und Verantwortungsbewusstsein bei der Grundrechtsausübung an die Seite gestellt.

3. Eine Erweiterung des Tatbestandes der Zwangsheirat auf eheähnliche Verbindungen und – bei minderjährigen Opfern – den Einsatz „subtilerer Zwangsmittel“ als Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel begegnet Bedenken.
 - a) Die Privatrechtsakzessorietät der Ehe-Eingehung als Tatbestandsmerkmal sollte beibehalten werden. Das dürfte schon um des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots willen geboten sein. Nur Eheschließungen, die auch in Deutschland familienrechtlich anerkannt werden, sollten – wie bisher – den Tatbestand erfüllen können. Ein auf eheähnliche Verbindungen erweitertes Tatbestandsmerkmal wäre kaum hinreichend abgrenzbar. Bei eheähnlichen Verbindungen wird deshalb weiter auf den Nötigungstatbestand zurückzugreifen sein.
 - b) Die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen dürften auch einer Ausdehnung des Tatbestandes auf den Einsatz „subtilerer Zwangsmittel“ entgegenstehen. Schon die jetzige tatbestandsmäßige Drohung mit einem empfindlichen – aber für sich gesehen „erlaubten“ – Übel bereitet bei privatrechtsautonomen Verhalten Abgrenzungsschwierigkeiten und bedarf der strikten Einhegung durch die Verwerflichkeitsklausel (vgl. etwa Drohungen im Rahmen der Testierfreiheit oder nicht unterhaltspflichtiger finanzieller Unterstützung; Missachtung bei familiären Kontakten).
4. Bei der Beschneidung von Jungen hat der Gesetzgeber es mit § 1631d BGB unternommen, einen Ausgleich zwischen den grundrechtlich verbürgten Positionen der körperlichen Integrität und des Persönlichkeitsrechts des Kindes sowie des elterlichen Erziehungsrechts in Verbindung mit der Glaubensfreiheit zu suchen. Die Maßnahme wird sich im Konfliktfall aus religiösen Gründen plausibilisieren lassen müssen; sie muss nach den aktuellen medizinischen Standards durchgeführt werden. Einem Aufschub bis zur Religionsmündigkeit des Kindes wird mitunter aus jugendpsychologischer und -psychiatrischer Sicht entgegen gehalten, die Beschneidung im Säuglingsalter schließe die verstärkte Gefahr einer psychischen Traumatisierung aus, die etwa im Pubertäts- und Religionsmündigkeitsalter zu gewärtigen sei. Ob die Regelung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, ist derzeit noch offen.
5. Eine Änderung der Auslegungsvorgaben für das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ und die Bestrafung lediglich wegen Totschlags, wenn ein Umstand vorlag, der es aus der „Perspektive der Rechtsgemeinschaft“ – etwa wegen Beitragens des Opfers zur Tatentstehung – erlaubt, die Tötung milder zu beurteilen, würde absehbar ebenso schwierige Tatsachen- und Wertungsfragen aufwerfen wie die bisherige Rechtslage und daher keinen nennenswerten strafrechtlichen oder strafprozessualen Fortschritt bedeuten. Das Ergebnis der aktuellen Reformüberlegungen zur Umgestaltung der Tötungsdelikte sollte abgewartet werden.

Öffentliches Recht

Neuordnung der Finanzbeziehungen – Aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen

Thesen zum Gutachten von Akad. Rat Dr. Simon Kempny, LL.M., Köln, und Prof. Dr. Ekkehart Reimer, Heidelberg

1. Die geschriebene bundesstaatliche Finanzverfassung muss an Verständlichkeit und Vollständigkeit gewinnen.
2. Eine Neugliederung der Länder ist keine Bedingung für eine Reform der bundesstaatlichen Finanzverfassung. Vielmehr muss sich die Finanzverfassung auch und gerade in der bisherigen Gliederung des Bundes in 16 Länder unterschiedlicher Größe und Wirtschaftskraft bewähren.
3. Bestehende verdeckte Finanzausgleichsmechanismen sind in das offene System des Finanzausgleichs nach Art. 106, 107 GG zu überführen.
4. Vollzugskausalität im Sinne des Art. 104a Abs. 1 GG sollte der Grundgedanke der bundesstaatlichen Lastentragung bleiben. Jedoch tritt dieser umso stärker hinter den Gedanken der Gesetzeskausalität zurück, je unausweichlicher der Bundesgesetzgeber Ausgaben der Länder und ihrer Untergliederungen veranlasst. Die Unterscheidung zwischen Geld- und verwandten Leistungsgesetzen (Art. 104a Abs. 3, Abs. 4 GG) sollte aufgegeben werden.
5. An der Zuweisung der ergiebigen Steuerquellen (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer) an Bund und Länder gemeinsam sollte festgehalten werden.
6. Den Ländern sollte ein eigenständiger Teil der Bemessungsgrundlage der Einkommen- und Körperschaftsteuer zugewiesen werden; insoweit sollten sie den Steuertarif autonom festsetzen können.
7. Auch den Gemeinden sollte ein eigenständiger Teil der Bemessungsgrundlage der Einkommen- und Körperschaftsteuer mit Hebesatzrecht zugewiesen werden. In diesem Rahmen ist Raum für eine Fortführung der Gewerbesteuer als Erhebungsform der Einkommen- und Körperschaftsteuer.
8. Die Aufteilung von Steuerertragskompetenzen zwischen den Ländern und zwischen den Gemeinden/Gemeindeverbänden im primären horizontalen Finanzausgleich sollte von jeder Bedarfsorientierung freigehalten werden. Der Umsatzsteuervorausgleich sollte entfallen.
9. Die horizontale Umverteilung des Steueraufkommens zwischen den Ländern muss die Finanzverantwortung der 16 Länder stärken. Bedarfsorientierungen sollten auf einen Risikostrukturausgleich begrenzt werden.

10. Die Ausgewogenheit des Länderfinanzausgleichs ist durch verfahrensrechtliche Arrangements zu sichern. Dazu sollte Art. 107 Abs. 2 GG den sekundären horizontalen Finanzausgleich der Handlungsform eines Staatsvertrags überantworten. Für den Fall, dass die Länder sich nicht auf einen derartigen Vertrag verständigen, sollte eine Auffangregelung für Einigungsdruck sorgen. Sie sollte finanzschwache Länder auf eine institutionell und/oder persönlich unbequeme Minimalversorgung setzen, zugleich finanzstarken Ländern in großem Umfang Liquidität entziehen. Der Unterschiedsbetrag kann einer außerordentlichen Tilgung von Schulden des Bundes dienen.
11. Allgemeine Bundesergänzungszuweisungen sind nach Grund und Höhe deutlich zu verringern. Der nötige Ausgleich ist in den sekundären horizontalen Finanzausgleich zu verlagern. Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen sind auf Fälle von Bedarfen einzelner Länder zu beschränken, die sich politischer Kontrolle entziehen. Umgehungen des Systems des sekundären horizontalen Finanzausgleichs lassen sich vermeiden, wenn die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen an die Zustimmung aller Länder geknüpft wird.
12. Das gesamtstaatliche Haushaltsrecht muss den gestiegenen Anforderungen an Genauigkeit, Rechtssicherheit und Transparenz der öffentlichen Rechnungslegung entsprechen.
13. Die als strukturelle Verschuldungskomponente dem Bund gewährte Befugnis zu einer voraussetzungslosen jährlichen Nettoneuverschuldung in Höhe von 0,35 v. H. des nominalen BIP auch in der konjunkturellen Normallage (Art. 109 Abs. 3 S. 4, Art. 115 Abs. 2 S. 2 GG) und die Unbeachtlichkeit einer Belastung des Kontrollkontos bis 1,5 v. H. (Art. 115 Abs. 2 S. 4 Hs. 2 GG) sollten entfallen.
14. In Art. 109 Abs. 3 GG sollte klargestellt werden, dass die gesamtstaatliche Defizitbegrenzung auch für die Gemeinden, Gemeindeverbände und sämtliche Nebenhaushalte gilt.
15. Eine Ausgliederung von Bestandsschulden einzelner Gebietskörperschaften schwächt deren Finanzverantwortung. Gleichwohl kann sie zur Wiedergewinnung finanzpolitischer und haushaltswirtschaftlicher Spielräume gerechtfertigt sein. Sie ist dann mit Vorkehrungen zu verbinden, die die Einmaligkeit einer derartigen Schuldenübernahme nachhaltig sichern.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Lars P. Feld, Freiburg

A. Ausgangslage und Problemstellung

1. Die deutsche Finanzverfassung hat sich entgegen manchen Einschätzungen in den vergangenen Jahrzehnten nicht bewährt. Seit der großen Finanzreform des Jahres 1969 unterliegt sie zunehmend Änderungen, die Ausdruck der Unzufriedenheit von Bund und Ländern mit der Finanzverteilung sind. Zwar hat die bundesstaatliche Finanzordnung die Aufnahme neuer, finanzschwacher Länder im Zuge der Wiedervereinigung ausgehalten. Der Finanzrahmen droht jedoch angesichts der bestehenden Anreizprobleme gesprengt zu werden.
2. Die Probleme der deutschen Finanzverfassung sind nicht erst durch die Wiedervereinigung offenbar worden. Schon zuvor war deutlich, dass das vierstufige System der Finanzverteilung einer Reform bedurfte. Die Länder Bremen und Saarland sahen sich schon vor der Wiedervereinigung in einer extremen Haushaltsnotlage und wollten sicherstellen, dass die bundesstaatliche Gemeinschaft ihnen finanziell zur Seite springt. Obwohl der Bund in den Jahren von 1994 bis 2004 beiden Ländern Haushaltsnotlagen-Bundesergänzungszuweisungen (BEZ) zukommen ließ, klagten beide zusammen mit Berlin zu Beginn dieses Jahrtausends erneut. Im Rahmen der Föderalismusreform II wurden diesen drei Ländern sowie Schleswig-Holstein und Sachsen-Anhalt Konsolidierungshilfen zuerkannt.
3. Bund und Länder haben in zwei großen Föderalismusreformen reagiert. Die Föderalismusreform I brachte für die Finanzverfassung eine grundlegende Änderung, weil die Zuordnung der Aufgaben zwischen Bund und Ländern neu gestaltet wurde. Ihr könnte eine veränderte Finanzverteilung folgen, die der neuen Aufgabenzuordnung gerecht wird. Die Föderalismusreform II nahm sich vor allem der Schuldenproblematik an und verpflichtete Bund und Länder, ab dem Jahr 2016 bzw. 2020 einen nahezu bzw. vollständig ausgeglichenen strukturellen Haushalt über den Konjunkturzyklus zu erreichen. Die Länder haben dadurch fast kein flexibles haushaltspolitisches Instrument mehr auf der Einnahmeseite, mit welchem sie auf veränderte finanzwirtschaftliche Veränderungen reagieren können. Den Ländern fehlt insbesondere die Möglichkeit, Steuersätze bei einer vom Aufkommen her nennenswerten Steuer autonom zu verändern. Sie haben diese Möglichkeit nur bei der Grunderwerbsteuer, die ein vergleichsweise geringes Aufkommen hat.
4. Die veränderte Aufgabenzuordnung und die neue Schuldenregel stellen Reaktionen auf bestehende Fehlentwicklungen dar. Überforderungen der Länder mit Strukturwandlungen werden dadurch abgemildert. Bund und Länder erhalten zudem ein engeres Korsett für die Schuldenfinanzierung ihrer Ausgaben. Die Schuldenregel wirkt den allgemeinen Anreizen zur Schuldenfinanzierung entgegen, die in Deutschland seit den siebziger Jahren zu einem trendmäßigen Anstieg der Schuldenquote geführt haben. Die in diesem Regelwerk enthaltene Präventionsordnung zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen ist auf die frühzeitige Erkennung und Korrektur finanzwirtschaftlicher Pro-

bleme gerichtet. Die Schuldenregel vermag jedoch nicht, die im Finanzausgleichssystem bestehenden Fehlanreize der Länder zur Kreditfinanzierung oder zur falschen Strukturpolitik zu beheben.

5. Die Fehlanreize des Finanzausgleichssystems haben ihren Ursprung in der fehlenden institutionellen Kongruenz zwischen denjenigen, die für die öffentlichen Leistungen auf Landesebene zahlen, denjenigen, die sie in Anspruch nehmen, und denjenigen, die darüber entscheiden.
6. Die Verpflichtung der bundesstaatlichen Gemeinschaft, Ländern in einer extremen Haushaltsnotlage mit Finanzmitteln zur Seite zu stehen (Bailout), setzt den Anreiz, sich bei finanziellen Problemen auf Hilfen vom Bund und von anderen Ländern zu verlassen und in den Konsolidierungsanstrengungen nachzulassen. Andere Länder zahlen somit für die öffentlichen Leistungen, die ein Land seinen Bürgern bereitstellt.
7. Ähnlich wirken der hohe Nivellierungsgrad des Finanzausgleichs und die damit verbundenen Grenzabschöpfungsquoten. Das gesamte Finanzausgleichssystem korrigiert die Finanzkraft der Länder so, dass sie zwischen 97 Prozent und 106 Prozent der durchschnittlichen Finanzkraft zu liegen kommt. Nach Umsatzsteuervorausgleich variiert die Finanzkraft zwischen 69 Prozent und 116 Prozent des Durchschnitts. Die nivellierende Reduktion dieses Abstands wird durch relativ hohe Grenzabschöpfungsquoten erreicht. Diese liegen bei den Nehmerländern bei über 80 Prozent. Von einem zusätzlich eingenommenen Euro bei der Lohn- und Einkommensteuer etwa durch Ansiedlung eines mittelständischen Unternehmens bleiben ihnen maximal 20 Cent, in extremen Fällen (Saarland und Bremen) sogar weniger als zehn Cent. Für die Geberländer lassen sich Grenzabschöpfungsquoten zwischen 65 Prozent und 77 Prozent errechnen. Dies mindert die Anreize zur Pflege der Steuerbasis und zur soliden Finanzpolitik.
8. Diese Anreize implizieren Fehlsteuerungen in mindestens dreifacher Hinsicht: Erstens kann sich die Landespolitik nur durch ausgabenwirksame Maßnahmen politisch profilieren. Die Wähler sind entsprechend auf die Ausgabenseite des Landeshaushalts konditioniert. Eine Steuerpolitik der Länder, die in Wahlen eine Rolle spielen könnte, gibt es so gut wie nicht. Durch das Auseinanderfallen von Finanzierung und Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen entstehen übermäßige Nachfragen in unterschiedlichen Aufgabenbereichen. Die Ausgaben der Länder sind in der Folge tendenziell zu hoch. Die Länder sind anfälliger für konjunkturell bedingte Rückgänge der Einnahmen und tendieren zu einer höheren Staatsverschuldung. Zweitens haben die Länder einen Anreiz, im Strukturwandel auf strukturerehaltende Maßnahmen oder in der Wirtschaftsförderung auf falsche Subventionspolitik zu setzen. Dies schwächt tendenziell die Wachstumskräfte in einem Land. Drittens bestehen Anreize zur laxeren Steuerdurchsetzung etwa bei Betriebsprüfungen. Letzteres lässt sich empirisch naturgemäß sehr schwer belegen, gleichwohl besteht der Anreiz im heutigen System im Vergleich zu einer Situation mit Steuerautonomie.
9. Weitere Elemente des Finanzausgleichssystems mindern die Anreize der Länder zur Stärkung der Wirtschaftskraft. Die Lohnsteuerzerlegung nach dem Wohnortprinzip setzt

Anreize für die Landespolitik, sich eher auf die Einwohner als auf eine Unternehmensansiedlung zu konzentrieren. Der Umsatzsteuervorausgleich wirkt ähnlich wie der Länderfinanzausgleich im engeren Sinne, jedoch eher für bevölkerungsstarke Länder. Die Liste könnte fortgeführt werden.

10. Die Problemlage wird durch den demografischen Wandel verschärft, weil die Einwohnerorientierung des Finanzausgleichssystems zu Einnahmeausfällen in den Ländern führen wird, die besonders durch Bevölkerungsrückgänge betroffen sein werden. Die dadurch erforderlich werdenden Anpassungen auf der Ausgabenseite lassen sich angesichts der Ausgabenorientierung der Landespolitik nur schwer durchsetzen. Dies setzt die neue Schuldenregel zusätzlichen Bewährungsdrucks aus.

B. Lösungsansätze

11. Wesentlich für die Verbesserung der finanzpolitischen Anreize im deutschen Finanzausgleichssystem ist die Steuerautonomie für die Länder. Die Länder sollten auf eine aufkommensstarke Steuer zugreifen können. Am ehesten kommen dafür die Einkommen- und die Körperschaftsteuer in Frage.
12. Unterschiede in der Einkommen- und Körperschaftsteuerbelastung zwischen Gebietskörperschaften führen zu Steuerwettbewerb. Die bisherigen Erfahrungen damit in anderen Bundesstaaten, etwa der Schweiz, den USA oder Kanada, lassen darauf schließen, dass sich Steuerwettbewerb günstig auswirkt. Damit verbinden sich aber auch Befürchtungen der Länder, in diesem Wettbewerb mithalten zu können.
13. Ausgehend von der heutigen Finanzlage der Länder lässt sich zeigen, dass auf Seiten der finanzschwachen Länder insbesondere die ostdeutschen Länder im Steuerwettbewerb Vorteile haben dürften. Dies liegt einerseits daran, dass sie als relativ kleine Länder mit einer Senkung von Steuersätzen bereits einen relativ hohen Aufkommenszuwachs durch Zuwanderung von Steuerzahlern erreichen können, während relativ große Länder dies in ihrem Aufkommen kaum spüren. Andererseits haben die ostdeutschen Länder geringere Altlasten und geringere Kosten der Bereitstellung öffentlicher Leistungen.
14. Steuerbelastungsunterschiede lassen sich im Länderfinanzausgleich im engeren Sinne, der dritten Stufe des Finanzausgleichssystems, durch normierte Steuersätze oder durch einen Ressourcenausgleich berücksichtigen, der auf die Bemessungsgrundlagen der wesentlichen den Ländern zustehenden Steuern (einschließlich der anteiligen Gemeinschaftssteuern) abstellt. In beiden Lösungen würde der Länderfinanzausgleich keine Anreize enthalten, strategisch die Steuersätze zu senken. Vermieden werden sollte bei einer Normierung jedoch der Anreiz, die Steuersätze strategisch zu erhöhen, wie er gegenwärtig bei der Normierung der Grunderwerbsteuer besteht.
15. Ein Ressourcenausgleich im Länderfinanzausgleich ist vorzuziehen, weil dadurch die Grenzabschöpfungsquoten leichter verringert werden können. Als Ressourcen würden die Bemessungsgrundlagen der Gemeinschaftssteuern und der wichtigsten Ländersteuern,

die sich in einem Land befinden, berücksichtigt. Dadurch entsteht eine breitere Finanzgrundlage als im heutigen System, auf die der Umverteilungstarif des Länderfinanzausgleichs angewendet wird. Jedenfalls müssten die Grenzabschöpfungsquoten und der Nivellierungsgrad des Finanzausgleichssystems reduziert werden.

16. In einem solchen Ressourcenausgleich sollten die Gemeindefinanzen vollständig berücksichtigt werden, um die Ressourcenausstattung der Länder adäquat abzubilden.
17. Die Zuordnung der Bemessungsgrundlagen auf der zweiten Stufe des Finanzausgleichs, dem primären horizontalen Finanzausgleich, sollte geändert werden, um stärkere Anreize zur Förderung der Wirtschaftskraft zu erhalten. Dazu ist es erforderlich, bei der Lohn- und Einkommensteuer teilweise vom reinen Wohnortprinzip auf das Betriebsstättenprinzip überzugehen, etwa indem beide Prinzipien hälftig Berücksichtigung finden. Bei einer stärkeren Berücksichtigung des Betriebsstättenprinzips kann die höhere Einwohnergewichtung für Stadtstaaten und dünn besiedelte Länder wegfallen. Dies wäre ein Beitrag zur größeren Transparenz des Finanzausgleichssystems. Systemfremde Bedarfs Elemente würden so auf der Einnahmeseite der Länderhaushalte entfernt. Zur weiteren Stärkung der Transparenz des Finanzausgleichssystems sollte der Umsatzsteuervorausgleich gestrichen werden und die damit beabsichtigte Umverteilungswirkung in den Länderfinanzausgleich im engeren Sinne aufgenommen werden.
18. Um den Ländern den Einstieg sowie den Übergang in ein solches System zu erleichtern, sollte der Bund zusätzliche Finanzmittel zur Verfügung stellen. Im Unterschied zu den Ländern hat der Bund alleine die Verantwortung für eine rationale Finanzordnung im gesamten Bundesgebiet. Er hat zudem einen Anreiz, die Steuerautonomie der Länder zu stärken, um die Häufigkeit zu reduzieren, mit der Länder als Bittsteller beim Bund vorstellig werden. Die Länder könnten zusätzliche Finanzmittel erstens über eine Aufnahme des Solidaritätszuschlags in die Tarife der Einkommen- und Körperschaftsteuer erhalten; zweitens könnten im Sinne von „Härtefall-BEZ“ vorübergehende Härten mit im Zeitablauf abschmelzenden Beträgen abgemildert werden. Weitere Veränderungen der Kompetenzzuordnung über die bisher im Sozialbereich (Eingliederungshilfe für Behinderte, BAföG) vereinbarten Veränderungen hinaus sind nicht erforderlich.
19. Eine Übernahme der Altschulden der Länder durch die bundesstaatliche Gemeinschaft ist hingegen abzulehnen. Ein Altschuldentilgungsfonds würde vielmehr die zuvor beschriebenen Anreize des Bailouts verstärken. Die im Zeitablauf durchaus variable Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu extremen Haushaltsnotlagen würde durch einen solchen Fonds auf alle Schulden und alle Länder ausgedehnt. Es käme zu einer institutionalisierten Verantwortungslosigkeit. Vielmehr müsste die Schuldenbremse verschärft werden, indem den Vorgaben des Fiskalpakts folgend in der deutschen Schuldenregel die Gemeinden den Ländern und die Sozialversicherungen dem Bund zugerechnet werden. Ein weiterer Nachvollzug des Fiskalpakts im deutschen Recht würde durch eine Stärkung des unabhängigen Beirats beim Stabilitätsrat erreicht. Deutschland hat diese Vorgabe des Fiskalpakts bislang am schwächsten umgesetzt und stellt somit seine Vorbildfunktion in Frage.

C. Reformvorschläge

20. Die Steuerautonomie der Länder sollte entweder durch Zu- und Abschlagsrechte der Länder auf die Einkommen- und Körperschaftsteuerschuld oder durch einen eigenen Ländertarif sichergestellt werden. Um dafür Spielräume zu schaffen, muss der Einkommensteuertarif zunächst abgesenkt werden, damit die Steuerbelastung insgesamt nicht ansteigt. Eine Grundgesetzänderung ist jedenfalls erforderlich, wenn Bund und Gemeinden an dem mit den länderautonomen Steuerbelastungen erzielten Aufkommen nicht entsprechend der bislang festgeschriebenen Anteile partizipieren sollen. Es wäre möglich, im Sinne eines Übergangsregimes für die Steuersätze der Länder einen Korridor festzulegen, innerhalb dessen sie sich bewegen können. Die Gewerbesteuer könnte von einer solchen Reform unberührt bleiben, müsste es aber nicht. Vielmehr würden kommunale Zuschlagsrechte bei der Einkommen- und Körperschaftsteuer zu einer korrespondierenden Reform führen.
21. Der Länderfinanzausgleich sollte durch einen Ressourcenausgleich unter Berücksichtigung der Bemessungsgrundlagen der Gemeinschaftssteuern und der Ländersteuern ersetzt werden. Die Gemeindefinanzen sollten dabei vollständig berücksichtigt werden. Die Einwohnergewichtung sollte abgeschafft werden.
22. Im primären horizontalen Finanzausgleich sollte anstelle des Wohnsitzprinzips bei der Lohn- und Einkommensteuer je hälftig auf das Wohnsitz- und das Betriebsstättenprinzip abgestellt werden. Der Umsatzsteuervorausgleich sollte im Länderfinanzausgleich aufgehen.
23. In einem vorgegebenen Übergangszeitraum sollte der Bund durch Gewährung von betragsmäßig im Zeitablauf abschmelzenden Härtefall-BEZ allfällige Härten für einzelne Länder abmildern.
24. Eine weitere Veränderung der Aufgabenteilung über die bisher seit der Föderalismusreform II vorgenommenen Justierungen ist abzulehnen. Ein Altschuldentilgungsfonds ist mit Nachdruck abzulehnen.
25. Im Rahmen der neuen Schuldenregel sollten die Gemeinden den Ländern und die Sozialversicherungen dem Bund zugerechnet werden. Der unabhängige Beirat beim Stabilitätsrat sollte durch den Auftrag zur Überprüfung der Tragfähigkeit der Finanzen des Bundes und der Länder gestärkt werden.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Berlin/Osnabrück

A. Grundlagen und -annahmen

1. Das Zusammenspiel von nationaler Schuldenbremse in Art. 109 Abs. 3 GG und Europäischem Fiskalvertrag setzt voraus, dass die Haushalte der Gemeinden und Kreise (= Kommunen) sowie der Sozialversicherungen strukturell auf Dauer ausgeglichen sind, damit der Bund seinen strukturellen Verschuldungsspielraum i. H. v. 0,35 v. H. des BIP voll ausschöpfen kann.
2.
 - a) Die Kommunen stehen schon seit Jahrzehnten und auch künftig unter dem Druck einer durch Bundesgesetze vorgegebenen bzw. angelegten ungebremsten Ausgabendynamik bei den sozialen Leistungen und bei der Kinder- und Jugendhilfe, die durch neu auftretende Fragestellungen wie der Inklusion noch verstärkt wird.
 - b) Die Ausgaben für die öffentliche Infrastruktur sind insbesondere auf der kommunalen Ebene seit langem rückläufig, was durch die begrenzten Finanzmittel der Kommunen bedingt ist und zu einem erheblichen Investitionsrückstand geführt hat, den jüngst auch die Europäische Kommission kritisiert hat.
3.
 - a) Das Steueraufkommen der Kommunen und das Gesamtvolumen des kommunalen Finanzausgleichs hängen stark von der Entwicklung der Wirtschaftskraft ab; die Ausgaben insbesondere für soziale Leistungen der Kommunen sind konjunkturenanfällig. Daher weisen die kommunalen Haushalte eine deutliche Schwankungsanfälligkeit im Zeitverlauf auf, die nicht nur den konjunkturellen, sondern auch den strukturellen Saldo betrifft.
 - b) Diese Effekte treten nicht nur im Zeitverlauf, sondern auch zwischen den einzelnen Kommunen auf. Zwischen ihnen bestehen sowohl auf der Einnahmeseite als auch auf der Ausgabenseite deutliche fiskalische Disparitäten, was u.a. in der kommunalindividuell sehr unterschiedlichen Inanspruchnahme von Kassenkrediten zum Ausdruck kommt.
4.
 - a) Aufgabe der Finanzverfassung ist es, dass neben Bund und Ländern jede einzelne Kommune – notwendige Eigenanstrengungen unterstellt – eine aufgabenangemessene Finanzausstattung erzielen kann.
 - b) Dazu gehört es auch, angemessene öffentliche Investitionen auf allen Ebenen sicherzustellen.
5. Bei den zu unterbreitenden Reformvorschlägen ist von folgenden Prämissen auszugehen:
 - a) Die gegenwärtigen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in Deutschland

sind ebenso zugrundezulegen wie davon auszugehen ist, dass eine Reform des Ertragsteuersystems einschließlich der Gewerbesteuer politisch derzeit nicht auf der Agenda steht.

- b) Die Finanzverfassung des Grundgesetzes ist für Bund, Länder und Kommunen eine abschließende, in sich geschlossene Rahmen- und Verfahrensordnung. Innerhalb dieses Rahmens ist der politische Prozess frei; der Rahmen selbst stellt indes eine Grenze dar, die der Gesetzgeber nicht überschreiten darf. Wegen der überragenden Bedeutung der Finanzverfassung für die Stabilität der bundesstaatlichen Ordnung (= Ordnungsfunktion) sind abweichende Vereinbarungen etwa durch Staatsvertrag oder kommunale Vereinbarungen auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig und sollten auch künftig nicht ermöglicht werden.
- c) Der Solidaritätszuschlag kann als Ergänzungsabgabe gem. Art. 106 Abs. 1 Nr. 6 GG als solcher nicht dauerhaft erhoben werden und ist bei fortbestehendem Finanzierungsbedürfnis des Gesamtstaates in den Steuertarif zu reintegrieren. Die föderalen Verteilungswirkungen lassen sich über Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG feinjustieren.
- d) Die Reform der föderalen Finanzbeziehungen ist – wie auch bei den Föderalismusreformen I und II – in einem Format unter Beteiligung von Vertretern des Bundes, der Länder und der Kommunen vorzubereiten, in dem die selbstbestimmten Vertreter aller drei Verwaltungs- und Steuerertragsbeteiligungsebenen Rede- und Antragsrecht haben.

B. Garantie kommunaler Selbstverwaltung

- 6. a) Aus der verfassungsrechtlichen Garantie kommunaler Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG und in den Landesverfassungen haben Gemeinden und Kreise einen kommunalindividuellen Anspruch auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung, die ihnen die Erfüllung aller Pflichtaufgaben und eines Mindestmaßes an freiwilligen Aufgaben ermöglicht.
- b) Während die „Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“ gem. Art. 28 Abs. 2 S. 3, 1 Hs. GG den Gemeinden und den Kreisen gleichermaßen gewährleistet werden, wird das Hebesatzrecht auf eine wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle nach Art. 28 Abs. 2 Satz 3, 2 Hs. GG nur den Gemeinden gewährleistet.
- c) Der Anspruch der Kreise und Gemeinden auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung hat eine quantitative und eine qualitative Komponente. Während in quantitativer Hinsicht die finanzielle Ausstattungspflicht der Kommunen das jeweilige Land durch den kommunalen Finanzausgleich sowie die einzelaufgabenbezogene Mehrbelastungsausgleichspflicht trifft, richtet sich die qualitative, auf Ausstattung mit Steuereinnahmen und -gestaltungsmöglichkeiten gerichtete Komponente an den Bundesgesetzgeber, sieht man einmal von den örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern ab.

7. Die Mehrbelastungsausgleichspflicht aller Länder – außer Thüringen – aus den landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen erfasst
- a) alle landesrechtlichen Aufgabenmodifikationen, die zu einer Belastungsdifferenz bei den Kommunen führen und
 - b) ebenso bundesrechtliche Aufgabenkreationen und -modifikationen für Aufgaben, deren Wahrnehmung aufgrund Landesrechts den Kommunen obliegt und bei denen eine nicht durch eine Bundesbeteiligung an Geldleistungen bzw. durch eine Erhöhung der kommunalen Steuerbeteiligung abgedeckte kommunale Belastungsdifferenz entsteht.

C. Verhältnis von Finanzausgleich und Bundesmitfinanzierungen

8. a) Eine aufgabengerechte Finanzverteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen hat grundsätzlich durch eine aufgabeninakzessorische Steuerverteilung auf die einzelnen Gebietskörperschaften und ein darauf gegründetes, auf die Zahl der Einwohner als Bedarfsindikator abstellendes Finanzausgleichssystem zu erfolgen, das auch auf Aufgabenveränderungen reagieren kann (Art. 106 und 107 GG sowie kommunaler Finanzausgleich).
- b) Daneben kommt – in begründungsbedürftigen Ausnahmekonstellationen – eine vollständige bzw. teilweise Übernahme von Ausgaben durch den Bund für bestimmte Einzelaufgaben von Ländern und Kommunen in Betracht, wenn dafür ein gesamtstaatliches bzw. gesamtwirtschaftliches Interesse besteht (Art. 104b, 91a, 91e Abs. 2, 106 Abs. 8 sowie 104a Abs. 3 GG). Insoweit wird der Grundsatz des Abstellens auf jeden Einwohner als Bedarfsindikator durchbrochen.

D. Von den Kommunen ausgeführte Geldleistungsgesetze und kommunale Steuerertragskompetenzen

9. Die in der 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages eingesetzte Kommunalfinanzreformkommission hat zutreffend sieben bundesgesetzlich normierte kostenträchtige Aufgaben mit einem Gesamtausgabenvolumen von 48,6 Mrd. Euro im Jahre 2007, das inzwischen deutlich weiter angewachsen ist, identifiziert. Diese Aufgaben haben zu erheblichen finanziellen Belastungen der Kommunen geführt. Dabei handelt es sich um

- | | |
|--|-------------------|
| (1.) die Leistungen für Unterkunft und Heizung nach dem SGB II | (12,2 Mrd. Euro), |
| (2.) die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII | (1,7 Mrd. Euro), |
| (3.) die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII | (2,1 Mrd. Euro), |
| (4.) die Hilfe zur Pflege | (2,3 Mrd. Euro), |
| (5.) die Eingliederungshilfe für Behinderte | (11,5 Mrd. Euro), |

- (6.) die Jugendhilfe (6,4 Mrd. Euro),
sowie
- (7.) Einrichtungen der Jugendhilfe (12,4 Mrd. Euro).
10. a) Die Aufgabenträgerschaft für die Leistungen für Unterkunft und Heizung nach dem SGB II, die Hilfe zum Lebensunterhalt, die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung und die Jugendhilfe liegt ausschließlich bzw. nahezu durchweg bei den Kreisen und kreisfreien Städten und damit nicht auf der Gemeinde-, sondern auf der Kreisebene, während sich die Aufgabenträgerschaft bei der Eingliederungshilfe für Behinderte und bei der Hilfe zur Pflege auf die Ebenen der Kreise, der – nur in einigen Ländern bestehenden – Höheren Kommunalverbände und zum Teil auch des Landes verteilt. Nur öffentlichen Einrichtungen der Jugendhilfe sind ganz überwiegend auf der gemeindlichen Ebene angesiedelt.
- b) Über Steuerertragskompetenzen verfügen dagegen nur die Gemeinden, nicht aber die Kreise, was im gegenwärtigen Aufgabenverteilungssystem riesige Umlagenfinanzierungen im kreisangehörigen Raum mit der Gefahr eines Wegdrückungsmechanismus erzwingt, die an vom BVerwG (E 145, 378) jüngst aktualisierte Grenzen stoßen.

E. Reformvorschläge für das Bundes-(verfassungs-)recht

11. a) Am zweistufigen Staatsaufbau des Grundgesetzes und am daraus folgenden, seit 2006 geltenden Aufgabenübertragungsverbot zwischen Bund und Kommunen in Art. 84 Abs. 1 S. 7/85 Abs. 1 S. 2 GG ist festzuhalten.
- b) Aufgrund dessen kommt die Schaffung einer Mehrbelastungsausgleichspflicht unmittelbar zwischen dem Bund und der Gesamtheit der Kommunen für bundesgesetzlich verursachte Ausgaben nicht in Betracht. Art. 91e Abs. 2 S. 2 und Art. 106 Abs. 8 GG erfassen punktuelle Sonderkonstellationen für einzelne Kommunen.
- c) Eine Mehrbelastungsausgleichspflicht sollte auch zwischen Bund und Ländern nicht eingeführt werden.
- d) Dennoch darf nicht verkannt werden, dass der Sozialstaat seine entscheidende Ausformung durch den Bundesgesetzgeber mit den daraus resultierenden und weiterwirkenden Kostenfolgen bereits vor der Statuierung des Aufgabenübertragungsverbotes erfahren hat.
12. Daher sollte es grundsätzlich beim bisherigen System der Beteiligungsmöglichkeit bzw. -pflicht des Bundes an Ausgaben von Ländern und Kommunen in Art. 104b, 91e Abs. 2, 106 Abs. 8 und 91a GG bleiben, wobei bei Art. 91a eine moderate Ausweitung näher zu prüfen ist, um bisherige spezielle Förderprogramme für die ostdeutschen Bundesländer nach und nach in ein gesamtdeutsches System für strukturschwache Regionen zu überführen.

13. Art. 104a Abs. 3 und 4 GG sind dagegen weiterentwicklungsbedürftig:

- a) Aus dem Charakter der Finanzverfassung als Folgeverfassung mit der Funktion einer Absicherung der Aufgabenverteilung im finanziellen Bereich folgt, dass sich – entgegen der systemwidrigen Anordnung in Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG – durch eine finanzielle Bundesbeteiligung an einer (kommunalen) Aufgabenerfüllung der Charakter der zu erfüllenden Aufgabe nicht ändern darf (kein Umschlagen von Selbstverwaltungs- in Auftragsangelegenheiten, kein „Goldener Zügel“).
Bei Geldleistungsgesetzen des Bundes werden die Leistungen in der Regel so durchnormiert, dass ausgabenrelevante Ausführungsspielräume der Verwaltung nicht mehr bestehen. Die Durchnormierung seitens des Bundes lässt als funktionales Äquivalent die bei der Bundesauftragsverwaltung bestehende Möglichkeit der administrativen Weisung überflüssig werden, so dass die Rechtsaufsicht des Bundes ausreicht.
- b) Bei Bundesgesetzen, die Pflichten der Kommunen zur Erbringung von geldwerten Sachleistungen, vergleichbaren Dienstleistungen oder zur Herstellung bzw. Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen begründen, ist der ausgabenrelevante Gestaltungsspielraum der Kommunen dagegen in der Regel größer.
Eine Ausweitung der Bundesbeteiligungsmöglichkeit oder sogar -pflicht auf geldwerte Sachleistungen, vergleichbare Dienstleistungen oder die Herstellung bzw. Unterhaltung von Einrichtungen würde zwangsläufig entweder eine Verschärfung bundesrechtlicher Standardvorgaben gegenüber der derzeitigen Rechtslage oder die Forderung nach einem Umschlagen der Aufgabenerfüllung bisher zentraler Selbstverwaltungsaufgaben im Bereich sozialer Fürsorge und der Kinderbetreuung in Bundesauftragsverwaltung nach sich ziehen.
- c) Dieser Befund spricht dafür,
 - (1.) die in Art. 104a Abs. 4 GG im Jahre 2006 statuierte Zustimmungspflicht des Bundesrates beizubehalten,
 - (2.) die Möglichkeit einer Bundesbeteiligung entsprechend dem bisherigen Konzept auch weiterhin auf Geldleistungen zu beschränken,
 - (3.) die systemwidrige Regelung in Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG ersatzlos zu streichen.
- d) (1.) Die „Kann-Regelung“ zeigt auf, dass der Belastungsausgleich auch bei der Übertragung von Aufgaben, die in der Erbringung von Geldleistungen bestehen, vorrangig auf der Einnahmeseite herbeigeführt werden soll, um den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Einwohner als Bedarfsindikator (8a, b) nicht zu durchbrechen.
 - (2.) Überführte man die bisherige „Kann-Beteiligung“ in eine Ausgabentragungspflicht des Bundes, bliebe zum einen für föderale Verhandlungsprozesse nach Art. 104a Abs. 4 GG insoweit kein Raum mehr. Und zum anderen käme es zwingend zu einer horizontalen Ungleichbehandlung der Länder bzw. Kommunen der finanziellen Höhe nach.
 - (3.) Vorzugswürdig ist eine gewisse Verhandlungsspielräume wahrende „Soll-Regelung“.

14. Das bedeutet für die unter 9. genannten Aufgaben, dass eine Ausgabentragung oder -beteiligung durch den Bund an Geldleistungsgesetzen nur bei der
- a) Grundsicherung für Arbeitsuchende (derzeitige Bundesbeteiligung an Leistungen für Unterkunft und Heizung: 28,2 v. H.),
 - b) Hilfe zum Lebensunterhalt und
 - c) Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (seit 2014 bereits 100 prozentige Bundesbeteiligung)
- unter Wegfall der Bundesauftragsverwaltung in Betracht kommt.
15. a) Darüberhinausgehend kommt für die sehr ausgabenintensiven und in der Ausgabenbelastung zwischen den einzelnen Kreisen und kreisfreien Städten sehr stark streuenden Kosten für Unterkunft und Heizung nach dem SGB II eine verfassungsrechtlich statuierte Ausgabentragungspflicht des Bundes hinsichtlich der notwendigen Ausgaben in Betracht.
- b) In einem neuen Art. 91e Abs. 3 GG wäre dann zu regeln: „Der Bund trägt die notwendigen Ausgaben nach Abs. 1 und 2 einschließlich der Verwaltungsausgaben der begrenzten Anzahl von Gemeinden und Gemeindeverbänden nach Abs. 2.“
Der bisherige Abs. 3 wird sodann Abs. 4; Abs. 2 S. 2 wird aufgehoben.
16. Hinsichtlich der Ausstattung mit Steuereinnahmen ist die Kreisebene (Kreise und kreisfreie Städte) strukturell unterfinanziert.
- a) Verfassungsänderungen mit Blick auf die Grund- und Gewerbesteuer sowie auf die gemeindliche Einkommensteuerbeteiligung bedarfes nicht.
 - b) Die Lohn- und Einkommensteuerbeteiligung sollte weiterhin an die Wohnsitzgemeinde fließen, während die Gewerbesteuer und die Körperschaftsteuer dem Betriebsitz zugeordnet bleiben.
 - c) Von der Ermächtigung des Bundesgesetzgebers in Art. 106 Abs. 5 S. 3 GG zu bestimmen, dass die Gemeinden Hebesätze für den Gemeindeanteil an der Einkommensteuer festsetzen, kann als qualitative Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung Gebrauch gemacht werden, wenn quantitativ die aufgabenangemessene Finanzausstattung der Kommunen bereits über die anderen Elemente des kommunalen Finanzausstattungssystems sichergestellt wird.
 - d) Aufgrund ihrer örtlichen Radizierung kommt bei der Grunderwerbsteuer eine Verlagerung der Ertragskompetenz auf die kommunale Ebene in Betracht. Wegen der starken Streuung des Aufkommens empfiehlt sich eine Kommunalisierung der Ertragskompetenz letztlich aber nicht.
 - e) Die kommunale Umsatzsteuerbeteiligung in Art. 106 Abs. 5a GG weist gegenwärtig zwei Schwachpunkte auf, die einer Ausweitung der kommunalen Umsatzsteuerbeteiligung bisher entgegenstehen: Die Regelung dient bisher rein rückwärts gewandt der Kompensation der in den 90er Jahren vorgenommenen Abschaffung der Gewerbesteuer.

- (1.) Zukunftsorientiert gilt es, die kommunale Umsatzsteuerbeteiligung dynamisch für eine Finanzierung bundesrechtlich veranlasster Ausgaben des Sozialstaates zu öffnen.
- (2.) Das setzt eine Öffnung für die Kreisebene (Kreise und kreisfreie Städte) als Hauptaufgabenträgern und eine Abkehr von einem wirtschaftsbezogenen horizontalen Verteilungsschlüssel voraus, da dieser keine sozialaufgabenbedarfsgerechte Verteilung des Steueraufkommens herbeizuführen vermag.
- (3.) Art. 106 Abs. 5a sollte daher in S. 1 wie folgt formuliert werden: „Die Gemeinden und Kreise erhalten einen Anteil an dem Aufkommen der Umsatzsteuer, das von den Ländern an ihre Gemeinden und Kreise nach Maßgabe ihrer Einwohnerzahl weitergeleitet wird.“

Der bisherige S. 3 wird S. 2.

17. Bei der horizontalen Verteilung der Umsatzsteuer auf die Länder ist die Kann-Regelung in Art. 107 Abs. 1 S. 4, 2. Teils. GG und die darauf bezogene Soll-Regelung in § 5 Abs. 1 MaßstäbeG hinsichtlich der Ergänzungsanteile beizubehalten, mit der die primäre horizontale Steuerverteilung und damit die je eigene Steuerausstattung der Länder bestimmt wird, wodurch auch der obligatorische Steuerverbund für den kommunalen Finanzausgleich nach Art. 106 Abs. 7 S. 1 GG umschrieben wird.
18. Im Länderfinanzausgleich ist als Kehrseite der verfassungsrechtlichen (Letzt-)Verantwortung der Länder für die aufgabenangemessene Finanzausstattung ihrer Kommunen die kommunale Finanzkraft
 - a) auf der Grundlage normierter Hebesätze
 - b) vollständig zu erfassen.
 - c) Politisch ist dann zu entscheiden, ob aufgrund dieser Veränderung der Ausgleichsgrad im Länderfinanzausgleich abgesenkt werden soll.
19. Die gegenüber 2001 bereits veränderte und künftig zu intensivierende (dazu 13–15) Bundesbeteiligung an Geldleistungsgesetzen gebietet eine Absenkung der Höhe der Einwohnerveredelung der Stadtstaaten im Länderfinanzausgleich, um eine doppelte Bedarfsberücksichtigung auszuschließen.

F. Reformvorschläge für das Landes-(verfassungs-)recht

20. a) Aus den gleichen Gründen ist eine rückführende Anpassung der Soziallastenansätze im kommunalen Finanzausgleich geboten,
 - b) wobei diese ausschließlich auf der Ebene der jeweiligen kommunalen Aufgabenträger anzusiedeln sind.

21. In Thüringen ist das dortige Konnexitätsprinzip ebenso wie bereits in allen anderen Flächenländern geschehen auf die Aufgaben- und Belastungsdifferenz bei allen Pflichtaufgaben zu erstrecken.
22. Wegen des in den letzten Jahren ausgeweiteten Anwendungsbereichs der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen, bei denen es weder auf die Finanzkraft der jeweiligen Kommunen noch auf die Leistungsfähigkeit des Landes, sondern nur auf die notwendigen Ausgaben für die jeweilige Aufgabe ankommt, gelangen auch finanzstarke und sogar abundante Kommunen in den Genuss von finanziellen Ausgleichsleistungen, während der Umfang des allgemeinen kommunalen Finanzausgleichs tendenziell sinkt. Aufgrund dieses Befundes erlangen kommunalbegünstigende Finanzausgleichsumlagen in den Finanzausgleichsgesetzen der Länder tendenziell zu Recht einen immer größeren Anwendungsbereich.
23. Aufgrund der Kombination von ausgeweiteten Bundesbeteiligungen an Geldleistungsgesetzen nach Art. 104a Abs. 3 (bzw. Art. 91e) GG und einer einwohnerbezogenen Umsatzsteuerbeteiligung der Kreisebene (Kreise und kreisfreie Städte) entschärft sich die Kreisumlageproblematik quantitativ erheblich, wobei insbesondere Kreise mit steuerkraftschwachen Gemeinden und hohen Sozialausgaben eine besondere Entlastung erfahren. Die in BVerwGE 145, 378 aufgezeigte Grenze der Kreisumlageerhebung kann so sicher eingehalten werden.
24. Zur Abfederung der Folgen des demografischen Wandels auf die Finanzausstattung einzelner Kommunen ist die Fläche als Bedarfsindikator für die Erfüllung zahlreicher raumbezogener und infrastruktureller Kreisaufgaben bei der Verteilung der Schlüsselzuweisungen auf die Kreisebene neben der Einwohnerzahl aufgabenangemessen zu berücksichtigen.
25. Bei den der Verteilung der Schlüsselzuweisungen auf die Gemeinden und Kreise zugrundeliegenden Einwohnerzahlen bietet es sich an, bei Kommunen mit rückläufigen Einwohnerzahlen auf die (höhere) Einwohnerzahl zwei Jahre vor der Referenzperiode oder auf den Durchschnitt der Einwohnerzahlen der letzten fünf Jahre abzustellen.

Thesen zum Referat des Thüringer Finanzministers Dr. Wolfgang Voß, Erfurt

A. Grundsätze und Aufgabenstellung

1. Die Bund-Länder-Finanzbeziehungen müssen zum 1. Januar 2020 neu geordnet sein. Dabei müssen sich die Neuregelungen zwingend auf diejenigen Regelungen beziehen, die zum 31. Dezember 2019 außer Kraft treten. Dies sind insbesondere das Maßstäbengesetz (MaßstG), das Finanzausgleichsgesetz (FAG), die Bestimmungen zum Solidarpakt II, aber auch die Regelungen des Entflechtungsgesetzes (EntflechtG) sowie des Konsolidierungshilfengesetzes (KonsHilfG). Wegen des Gesamtzusammenhangs aller Elemente der bundesstaatlichen Finanzordnung muss der Blickwinkel jedoch auch darüber hinausgehen.
2. Der Wesensgehalt der bundesstaatlichen Ordnung Deutschlands, grundgesetzlich verankert insbesondere in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 30 GG, sowie die Implikationen der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG stellen den politisch nicht disponiblen Rahmen jeder Reform der Bund-Länder-Finanzbeziehungen dar. Die neu zu gestaltenden Finanzbeziehungen müssen diesen staatlichen Konstruktionsmerkmalen entsprechen. D. h. sie dürfen die Entscheidungskompetenzen sowohl der Länder als auch der Kommunen nur insoweit beeinträchtigen, wie dies vom Sachzusammenhang her unvermeidbar ist.
3. Seit der Wiedervereinigung zum 3. Oktober 1990 und der damit verbundenen Eingliederung der Neuen Länder in das bundesstaatliche Finanzsystem, wurde dieses System schwerpunktmäßig in den Dienst der Finanzierung der Deutschen Einheit gestellt. Diese Schwerpunktsetzung, die zuletzt durch die Regelungen des „Solidarpaktfortführungsgesetzes“ 2001 zum Ausdruck kam, endet am 31. Dezember 2019. Zentrale Aufgabe muss es nunmehr sein, die gesamtstaatlichen Herausforderungen und Zielsetzungen ab dem Jahr 2020 zu bestimmen und damit die Frage zu beantworten, „in welchen Dienst“ die bundesstaatlichen Finanzbeziehungen künftig zu stellen sind. Dies ist im Rahmen der Bund-Länder-Kommission, deren Einrichtung im Koalitionsvertrag vorgesehen ist, zu konkretisieren.
4. Die geltenden Finanzverfassungsnormen der Art. 104a GG bis einschließlich Art. 115 GG geben weiterhin den Rahmen vor, in dessen Grenzen eine Neuordnung der Finanzbeziehungen zu suchen ist. Innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen ist die Politik frei zu gestalten. Dabei hat sich die Grundstruktur insbesondere des bundesstaatlichen Finanzausgleichs bewährt. Allerdings setzt die als Folge der Föderalismusreform II in die Verfassung aufgenommene Schuldenbremse des Art. 109 Abs. 3 GG neue einschränkende Restriktionen für die Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern (einschließlich

Gemeinden). Da sich jedoch die verfassungsmäßige Grundkonzeption der Bund-Länder-Finanzbeziehungen mit nur wenigen (wenn auch finanziell gewichtigen) Ergänzungen und Eingriffen als leistungsfähig zur Lösung der großen Aufgabe – nämlich der Finanzierungen der „Deutschen Einheit“ – erwiesen hat, so wird sie sich auch als leistungsfähig zur Lösung künftiger gesamtdeutscher Problemlagen und Finanzierungsaufgaben erweisen.

5. Grundlegende Aufgabe des bundesstaatlichen Finanzausgleichs bleibt es, auch nach einer Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen eine dauerhaft aufgabenangemessene Finanzausstattung des Bundes und aller Länder sowie ihrer Kommunen zu gewährleisten. Dabei gilt es, die staatlich eigenständige und eigenverantwortliche Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben finanziell sicherzustellen.
6. Die Maßnahmen infolge der Föderalismusreformen I und II dienten dem Ziel der Stärkung des Föderalismus. Diese Reformrichtung sollte bei der Neugestaltung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen weiter verfolgt werden, d. h. sie sollte erneut einen Beitrag zur Stärkung des bundesdeutschen Föderalismus leisten. Keinesfalls sollten Länderkompetenzen geschmälert oder durch die Art finanzieller Bundesbeteiligung ausgehöhlt werden.

B. Zeitplan und Vielfalt der Themenbereiche

7. Angesichts der Erfahrungen der letzten föderalen Reformwerke steht die kommende Reform bereits jetzt unter Zeitdruck. Die Ministerpräsidentinnen und -präsidenten haben im Rahmen ihrer Jahreskonferenz vom 24. bis 26. Oktober 2012 die Notwendigkeit der Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen ab dem Jahr 2020 aufgegriffen und dem Thema eine zeitliche und inhaltliche Richtung gegeben. Danach sollen bis zum Sommer 2015 Eckpunkte für die „Finanzreform 2020“ feststehen und die Verhandlungen zwischen Bund und Ländern bis Sommer 2016 abgeschlossen sein. Mit Beschluss der Bundeskanzlerin sowie der Regierungschefinnen und -chefs der Länder vom 12. Juni 2014 in Berlin wurden der Bundesfinanzminister und seine Länderkolleginnen und -kollegen beauftragt, sich der Thematik anzunehmen.
8. Zunächst erfolgte eine Aufzählung der zu behandelnden Fragestellungen, die nahezu keinen Bereich der Bund-Länder-Finanzbeziehungen – einschließlich der Aufgabenverteilung sowie der Lastenverteilungsgrundsätze – auslässt. Gemeinsam mit der neuen Bundesregierung sollte ein enger, jedoch nicht abschließender, Themenkatalog festgelegt werden. Als ein solcher können die Festlegungen im Koalitionsvertrag angesehen werden. Danach sollen für folgende Themenbereiche Lösungen gefunden werden:

- Handlungsbedarf aufgrund des Europäischen Fiskalvertrages
- Schaffung von Voraussetzungen für die Konsolidierung und die dauerhafte Einhaltung der neuen Schuldenregel in den Länderhaushalten
- Einnahmen- und Aufgabenverteilung und Eigenverantwortung der föderalen Ebenen
- Reform des Länderfinanzausgleichs
- Altschulden, Finanzierungsmodalitäten und Zinslasten
- Zukunft des Solidaritätszuschlags

Dieser Themenkatalog wurde beim Zusammentreffen am 12. Juni 2014 in Berlin bestätigt.

C. Verfassungsnormen der Bund-Länder-Finanzbeziehungen

9. Die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern, normiert in Art. 70 ff. GG und Art. 105 GG bezogen auf die Gesetzgebungskompetenzen und in Art. 30 GG sowie Art. 83 GG bezogen auf die Verwaltungskompetenzen, bilden zwar den eigentlichen und entscheidenden Bezugsrahmen, wenn es um eine aufgabengerechte Finanzmittelverteilung zwischen allen staatlichen Akteuren geht. Sie sind aber selbst nicht primärer Gegenstand der zu entwickelnden Neuordnung ab dem Jahr 2020. Zum einen ist – anders als bei der Finanzordnung – keinerlei Außer-Kraft-Treten 2019 gegeben, zum anderen waren sie Regelungsgegenstände der Föderalismusreform I, im Zuge derer eine ganze Anzahl von Regelungen zur Stärkung des bundesdeutschen Föderalismus getroffen wurde. Gleiches gilt für den allgemeinen Lastenteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG und dessen Durchbrechung insbesondere durch Art. 91a GG (Gemeinschaftsaufgaben), Art. 104a Abs. 3 GG (Geldleistungsgesetze), Art. 104b GG (Finanzhilfen) und Art. 143c GG (sog. Entflechtungsmittel).
10. Eine aufgabengerechte Finanzmittelzuteilung auf Bund, Länder und Kommunen hat grundsätzlich durch die Steuerverteilung und das Finanzzuweisungsinstrumentarium zu erfolgen, welches durch die Verfassungsnormen der Art. 106 und 107 GG eröffnet wird. Für die Länder stellen diese Verteilungsregelungen auf die Einwohner als zentralen, die Finanzmittel begründenden, Bedarfsträger ab. Ziel ist die Sicherstellung einer aufgabenangemessenen allgemeinen Länderfinanzkraft.
11. Nach Art. 104a Abs. 3, 104b, 91a, 91c Abs. 2 und 106 Abs. 8 GG kann der Bund aus seinen eigenen Mitteln eine Reihe von speziellen Finanzhilfen und Mitfinanzierungstatbeständen für abgegrenzte Aufgabenbereiche leisten. Sie bedürfen der gesonderten Begründung und des gesamtstaatlichen Interesses. Gleichwohl lassen sich durch dieses Instrumentarium auch föderale Entlastungs- und Ausgleichswirkungen dann erreichen, wenn es an Aufgabenbereiche anknüpft, dessen Ausgaben eine signifikante Belastungsstreuung zwischen den Ländern aufweisen.

12. Die Verfassung hält einen breiten Rahmen von Möglichkeiten für die Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen bereit. Verfassungsänderungen erscheinen vor diesem Hintergrund nicht notwendig.

D. Handlungsbedarf im vertikalen Verhältnis

13. Nach Art. 106 Abs. 3 GG stellt die Zuteilung der Erträge aus der Umsatzsteuer auf den Bund und die Ländergesamtheit das variable Element dar, mit dem eine Balance zwischen den aufgabenangemessenen Finanzierungsansprüchen der beiden staatlichen Ebenen herzustellen ist. Sie haben „gleichmäßig Anspruch auf Deckung ihrer notwendigen Ausgaben“. Auch wenn das darauf bezogene Deckungsquotenverfahren des § 4 Abs. 1 MaßStG in der methodischen Handhabung zwischen Bund und Ländern umstritten ist, wird es als Verfahren allgemein anerkannt. Dies schließt sowohl die Vorab- und Festbeträge wie auch den sog. 2. Regelungskreis zur Abgeltung des Familienlastenausgleichs ein.
14. Quantitativer Handlungsbedarf ist insbesondere in drei Bereichen gegeben:
 - a) Auslaufen der Solidarpakt-II-Mittel (Korb I und Korb II) mit einer Gesamtentlastung des Bundes in 2020 in Höhe von 16,4 Mrd. EUR (gegenüber dem Jahr 2005) und den dadurch ab dem Jahr 2020 frei werdenden finanziellen Mitteln des Solidaritätszuschlages (ca. 18 Mrd. EUR) für andere Verwendungszwecke,
 - b) Auslaufen der Mitfinanzierung der Länder zur Tilgung des Fonds „Deutsche Einheit“ nach dessen vollständiger Tilgung in Höhe von 2,225 Mrd. EUR.
 - c) Es ist eine dauerhafte Anschlussregelung für die sog. Entflechtungsmittel über das Jahr 2019 hinaus zu finden. Eine Bundeszusage für die Entflechtungsmittel in Höhe von 2,6 Mrd. EUR besteht derzeit im Zusammenhang mit dem Aufbauhilfefondsgesetz bis zum Jahr 2018.
15. Wie schon bei den derzeitigen Regelungen zur schwerpunktmäßigen Finanzierung der Deutschen Einheit wird dem Bund bei der künftigen Neugestaltung der föderalen Finanzbeziehungen eine entscheidende Rolle zufallen. Die festgestellten Entlastungs- und Finanzierungsspielräume geben ihm die finanzielle Möglichkeit dazu. Insbesondere sollten
 - die nicht mehr zur Teilkompensation der Bundeslasten zur Tilgung des Fonds „Deutsche Einheit“ benötigten Mittel den Ländern in Form von erhöhten Umsatzsteuerpunkten zufließen,
 - die frei werdenden Mittel des auslaufenden Solidarpaktes II den Ländern zur Lösung gesamtstaatlicher Ausgleichserfordernisse und spezifischer Lasten verfügbar gemacht werden,

- je nach gesamtstaatlicher Finanzierungsnotwendigkeit der Solidaritätszuschlag als Ergänzungsabgabe, die ohnehin nicht dauerhaft existieren kann, abgeschafft und in den Einkommensteuertarif eingearbeitet werden und
- die Entflechtungsmittel in Form eines Umsatzsteuer-Vorabtrages dynamisiert werden.

E. Handlungsbedarf bei der horizontalen Steuerverteilung?

16. Art. 107 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt als maßgebliches Kriterium für die Aufteilung der Steuerbeträge der nach Art. 106 Abs. 2 und 3 GG den Ländern zustehenden Steuerarten bzw. Länderanteilen an der Einkommen- und Körperschaftsteuer das Prinzip des örtlichen Aufkommens. Komplizierte Zerlegungsverfahren stellen sicher, dass bei den personenbezogenen Steuern die Erträge in den Wohnsitzfinanzämtern vereinnahmt werden (Wohnsitzprinzip) und für die wertschöpfungs- und produktionsbezogenen Ertragssteuern das Betriebsstättenprinzip bei der Vereinnahmung gilt. Für die einzigen bisher nicht nach dem Wohnsitzprinzip zugeteilten Einnahmen der Kapitalertragsteuer auf Dividenden (rd. 20 Mrd. EUR) muss eine systematische Lösung im Rahmen der Reform gefunden werden.
17. Zurückgewiesen werden sollten jedoch Vorstöße, die bei der Einkommen- und Lohnsteuer eine Abkehr vom strengen Wohnsitzprinzip und eine hälftige Zerlegung nach dem Wohnsitz- und Betriebsstättenprinzip fordern. Die Primärverteilung der Steuererträge würde insbesondere zu Lasten der Länder mit starken Auspendler-Strömen (insbesondere Neue Länder) verändert, ein Effekt, der dann auf den weiteren Ausgleichsstufen finanziell wieder (teil-)korrigiert werden müsste.
18. Abgewiesen werden müssen auch Vorstöße, die so genannte Ergänzungsanteile bei der Aufteilung des Länderanteils auf Aufkommen der Umsatzsteuer auf die einzelnen Länder nach Art. 107 Abs. 1 Satz 4 GG abzuschaffen und eine Verteilung nur nach Maßgabe der Einwohnerzahl vorzunehmen. Der Vorwurf, die „verdeckten“ horizontalen Ausgleichswirkungen führen zu „Intransparenzen“, kann in einem mehrstufigen Ausgleichssystem, bei dem die nächste Ausgleichsstufe sachlogisch auf dem erreichten Verteilungsmuster der Vorstufe aufbaut, systembedingt nicht durchgreifen. Zudem müsste der Finanzkraftausgleich des Länderfinanzausgleichs volumenmäßig um rd. 5 Mrd. EUR aufgestockt werden, das heißt in eine – wie der Normenkontrollantrag Bayerns und Hessens zeigt – äußerst streitbehaftete Ausgleichsstufe verlagert werden. Genau dies sollte jedoch durch die Einführung von Ergänzungsanteilen 1969 vermieden werden.

F. Handlungsbedarf bei der Ausgestaltung des Länderfinanzausgleichs

19. Eine Reform des Länderfinanzausgleichs als zwischen den Ländern direkt umverteilendes System muss eine Balance zwischen Empfänger- und Geberländern im Blick haben. Der gegenwärtige Länderfinanzausgleich steht im Zentrum der Kritik des Normenkontrollantrags Bayerns und Hessens mit dem Ziel, weniger zu zahlen, während die Empfängerländer gegenteilige Reformserwartungen haben. Die Reformmaßnahmen müssen sich jedoch sachlogisch ergeben, nicht primär aus dem Umverteilungsinteresse der Länder heraus.
20. Nach dem Auslaufen der Solidarpakt-II-Mittel, die wenigstens für die neuen Länder eine Teilkompensation mangelnder kommunaler Finanzkraft ergänzend zur Berücksichtigung im Länderfinanzausgleich in Höhe von 64 % nach § 8 Abs. 3 FAG vorsehen, ist eine vollständige Berücksichtigung der Gemeindefinanzkraft im Rechensystem ab dem Jahr 2020 geboten. Dies folgt insbesondere aus der „Garantenstellung“, die die Länder gegenüber ihrem kommunalen Bereich hinsichtlich der Sicherstellung einer angemessenen kommunalen Finanzausstattung einnehmen. Erfolgt ab 2020 weiterhin keine volle Berücksichtigung gemeindlicher Steuereinnahmen, so muss der unberücksichtigte Teil im vertikalen („ergänzenden“) System der Bundeszuweisungen aufgefangen werden.
21. Das Prinzip, den tatsächlichen Einwohner als abstrakten Bedarfsmaßstab zu berücksichtigen, wird im Rechensystem des Länderfinanzausgleichs an zwei Stellen durchbrochen. Zur Berücksichtigung eines „abstrakten“ Mehrbedarfs bei den Stadtstaaten (Einwohner zu 135 % gewertet, § 9 Abs. 2 und 3 FAG) und in den besonders dünn besiedelten Flächenländern (Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt zu 105 %, 103 % und 102 %, § 9 Abs. 3 FAG) werden erhöhte Einwohnerwertungen zugelassen. Insbesondere die Einwohnerwertung der Stadtstaaten, die das Umverteilungsvolumen erheblich mitbestimmt, bedarf zumindest der Höhe nach sowie bezüglich des gleichen Prozentsatzes für alle Stadtstaaten der Überprüfung. Dabei ist auch das überdurchschnittliche Maß der Entlastungen zu berücksichtigen, welches durch Bundesübernahme von Finanzierungskosten (Hartz IV) sowie Bundesbeteiligung an Sozialhilfesaufgaben verursacht wird.
22. Ein wichtiger Beratungsgegenstand bei der Neugestaltung des FAG zum Jahr 2005 waren der § 10 FAG sowie der in § 7 Abs. 3 FAG enthaltene Selbstbehalt überdurchschnittlichen Steuerzuwachses. Die im Jahr 2005 eingeführten, angepassten Regelungen sollten Anreizwirkungen für höhere eigene Steuereinnahmen schaffen. Sie werden aber weiterhin, insbesondere von den Zahlerländern, als unzureichend und teilweise wirkungslos kritisiert. Um das Ziel einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung für alle Länder ohne allzu groß empfundene negative allokativen Nebenwirkungen realisieren zu können, sollte man sich, im Rahmen eines stimmigen Gesamtreformkonzeptes, einer erneuten eingehenden Überprüfung nicht verschließen.

G. Altschuldenproblematik, Steuerautonomie, Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen

23. Die Altschulden sowie die sich daraus ergebenden Zins- und Tilgungslasten von Ländern und Gemeinden werden von verschiedenen Seiten als das entscheidende Problem für die Einhaltung der Schuldenbremse ab dem Jahr 2020 gesehen. Konstruktionen einer Übernahme der Länderschulden (eventuell auch der Kommunalaltschulden) in einen Bundesschuldenfonds und deren Finanzierung aus Mitteln des Solidaritätszuschlages sollte nicht gefolgt werden. Das dadurch realisierte Entlastungsgefüge prämiert vergangene Schuldenpolitik. Um die Voraussetzungen zur Einhaltung der Schuldenbremse für die Länder zu verbessern, sollten für die Länder gleichmäßig behandelnde Lösungen innerhalb des bestehenden Regelwerks gefunden werden. Eine Einarbeitung des Solidaritätszuschlages in den Einkommensteuertarif könnte als anreizneutrale Lösung vertieft geprüft werden.
24. Für die Einführung von Zuschlags- und Abschlagsrechten bei der Lohn- und Einkommensteuer liegen im gegenwärtigen System die Voraussetzungen nicht vor. Obwohl die allokativen Vorteile nicht unterschätzt werden dürfen, treffen Zuschläge wegen der wirtschaftsstrukturellen Unterschiede auf höchst unterschiedliche Niveaus der Einkommensteuerbemessungsgrundlagen. Ohne einen Ausgleich der Finanzkraftdisparitäten ergibt sich zwischen finanzstarken und finanzschwachen Ländern ein völlig unterschiedlicher Druck, die eigenen Einwohner mit weiteren Steuern zu belasten.
25. Auch im neu geordneten System der Bund-Länder-Finanzbeziehungen wird die Notwendigkeit von Bundesergänzungszuweisungen (BEZ) bestehen bleiben. Für die allgemeinen BEZ ist dies bei eventuell höheren Selbsthalten der Geberländer augenfällig. Aber auch Sonderbedarfs-BEZ werden künftig weiterhin ein Element des bundesstaatlichen Finanzausgleichs bleiben. Zwar bieten insbesondere die Art. 104a, 91a sowie 104b GG ein breites Spektrum an Instrumentarien um länderspezifisch auf wirtschaftliche Struktur-schwächen, infrastrukturelle Rückstände und der gleichen einzugehen. Jedoch greifen all diese Instrumente (oft sehr verwaltungsaufwendig) in die Prioritätenbildung auf Landesebene ein. Pauschale Zuweisungen, wie dies schon heute bei den Entflechtungsmitteln in Grenzen gegeben und mit noch größeren investivem Verwendungsspielraum bei den 2019 auslaufenden Solidarpakt-II-Mitteln der Fall ist, sollten künftig eine stärkere Rolle spielen.

Wirtschaftsrecht

Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M., Berlin

I. Vorstandshaftung

1. Eine Änderung der materiellen Haftungsregeln (§ 93 Abs. 1–3 AktG) ist nicht geboten. Auch die *Business Judgment Rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) kann in der gegenwärtigen Form beibehalten werden. Der Gesetzgeber muss allerdings beobachten, ob sie von den Gerichten in seinem Sinne angewandt wird und gegebenenfalls nachsteuern.
2. Bei gemeinnützigen AG und GmbH ist zu erwägen, eine gesetzliche Haftungsmilderung für *ehrenamtliche* Organmitglieder zu schaffen, wie sie schon jetzt für den Verein und die Stiftung angeordnet ist (vgl. § 31a BGB). Die Haftungsmilderung sollte dispositiv sein.
3. Die *Beweislastverteilung* (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) kann mit der Maßgabe beibehalten werden, dass sie flexibel und unter Beachtung der Beweisnöte des ausgeschiedenen Organmitglieds gehandhabt wird. Allerdings muss dem ausscheidenden Organmitglied in vollem Umfang der Zugriff auf Unternehmensinformationen gestattet sein. Dies könnte gesetzlich klargestellt werden.
4. Die haftungsentlastende Wirkung der *Delegation* ist durch ausdrückliche Normierung des Vertrauensgrundsatzes zu verdeutlichen. Dadurch wird die Ressortverantwortung gestärkt, ohne das bewährte Kollegialprinzip preiszugeben. Alternativ könnte die gesamtschuldnerische Haftung durch eine teilschuldnerische ersetzt werden.
5. Die für *Verzicht* und *Vergleich* in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG aufgestellten Hürden sind zu überdenken. Beibehalten werden sollten das Erfordernis der Hauptversammlungszustimmung und das Minderheitenveto. Die Sperrfrist kann dagegen entfallen, solange dafür gesorgt ist, dass die Möglichkeit der Aktionärsklage dadurch nicht unterlaufen wird.
6. Die zehnjährige *Verjährungsfrist* (§ 93 Abs. 6 AktG) ist zu lang und bringt insbesondere ausgeschiedene Organmitglieder in Beweisnot. Sie sollte durch ein flexibleres Modell (Verjährung nicht vor Ablauf von drei Jahren nach den Ausscheiden) ersetzt werden.
7. Die unbillige Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz von Organmitgliedern ist zu verhindern. Dies sollte nicht dadurch geschehen, dass die Anwendung arbeitsrechtlicher Grundsätze vorgeschrieben wird. Stattdessen ist eine allgemeine *schadensrechtliche Billigkeitsklausel* (§ 254a BGB) zu etablieren.
8. In der Satzung sollte eine *Begrenzung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit* zugelassen werden. Wird davon Gebrauch gemacht, ist dies in gebotener Weise zu publizieren.

9. Unter denselben Voraussetzungen sollten summenmäßige Haftungsbeschränkungen („*Haftungshöchstgrenzen*“) zulässig sein.

II. Aufsichtsratshaftung

Die Satzung sollte einen *reduzierten Verschuldensmaßstab* und/oder *Haftungshöchstgrenzen* für Aufsichtsratsmitglieder enthalten dürfen. Alternativ könnte eine Schonfrist (Karenzzeit) erwogen werden.

III. Durchsetzung der Haftung

1. Wichtigstes Instrument zur optimalen Durchsetzung der Vorstandshaftung ist ein unbefangener agierender *Aufsichtsrat*. Hier sind weitere Verbesserungen möglich, etwa durch obligatorische Minderheitenvertreter oder einen unabhängig besetzten Verfolgungsausschuss.
2. Die *Aktionärsklage* (§ 148 AktG) sollte vorsichtig ausgebaut werden. Dazu ist das Kostenrisiko weiter abzumildern, sind das Vorbesitzerfordernis und das Selbsteintrittsrecht der Gesellschaft zu beseitigen und kann über eine weitere Senkung des Quorums nachgedacht werden.
3. Der *besondere Vertreter* sollte als optionales Instrument der klagewilligen Aktionärs-minderheit wieder eingeführt werden.
4. Ohne vorgängige *Sonderprüfung* wird kein Klagezulassungsantrag gestellt. Die Einleitung der Sonderprüfung ist daher ebenfalls moderat zu erleichtern.
5. Eine *behördliche Durchsetzung* von Organhaftungsansprüchen ist allenfalls bei regulierten Industrien geboten.

IV. Haftung des GmbH-Geschäftsführers

1. Der *Haftungstatbestand* des § 43 GmbHG bedarf keiner Änderung. Insbesondere ist die Möglichkeit von Verzicht und Vergleich nicht weiter einzuschränken.
2. Allerdings sollte eine *Direktklagebefugnis* der Gläubiger nach dem Vorbild des § 93 Abs. 5 AktG geschaffen werden. Um der Norm Biss zu verleihen, sind schuldbefreiende Zahlungen an die Gesellschaft oder die Abtretung des Ersatzanspruchs in der masselosen Insolvenz zu verbieten.

V. Außenhaftung

1. Die *Insolvenzverschleppungshaftung* ist nicht auf die parallel bestehende Innenhaftung wegen Masseschmälerung abgestimmt. Die vom 66. dtj (2006) erhobene Forderung, eine einheitliche Insolvenzhaftung der Geschäftsleiter zu schaffen, ist nachdrücklich zu erneuern.
2. Bedarf für neue *spezialgesetzliche Außenhaftungstatbestände* (namentlich zur Kapitalmarktinformationshaftung) besteht nicht. Ebenso wenig gibt es Anlass, in die Anwendung der deliktischen Tatbestände auf Organmitglieder durch die Gerichte einzugreifen.
3. Das Gesetz sollte deutlicher zum Ausdruck bringen, dass die Außenhaftung von Organen eine begründungsbedürftige Ausnahme ist. Dies geschieht idealerweise durch *Umformulierung von § 31 BGB*, der an den Wortlaut des Art. 34 GG anzupassen ist.

Thesen zum Referat von Vorstandsmitglied Dr. Thomas Kremer, Bonn

1. Das Konzept der verschuldensabhängigen Vorstandshaftung hat sich bewährt und sollte nicht geändert werden. Die Vorstandsmitglieder haften bei ihrer Geschäftsführung für die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.
2. Die Vorstandstätigkeit insbesondere in großen Unternehmen ist mit einer besonderen Schadensgeneigtheit verbunden. In Anbetracht der gewachsenen Komplexität unternehmerischer Tätigkeit, der zunehmenden Internationalität und der damit verbundenen Ausweitung des rechtlichen Pflichtenrahmens (z.B. Organisationspflichten) sind das Haftungsrisiko und die potentielle Schadenshöhe deutlich angestiegen. Ein Vorstandsmitglied ist daher heute deutlich stärker als noch vor einigen Jahren dem Risiko ausgesetzt, selbst bei leichter Fahrlässigkeit seine wirtschaftliche Existenz zu verlieren. Daraus ergibt sich ein Reformbedarf für das Recht der Vorstandshaftung.
3. a) Im Rahmen der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten des Vorstands hat der Gesetzgeber mit dem UMAG (2005) die sogenannte Business Judgment Rule in das Aktiengesetz übernommen. Danach handelt ein Vorstandsmitglied sorgfaltsgemäß, wenn es bei unternehmerischen Entscheidungen vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.
 b) In der Praxis hat sich in der Folgezeit die Anknüpfung an die „unternehmerische Entscheidung“ als zu eng erwiesen. Unsicherheiten ergaben sich zum Beispiel im Bereich von Organisationsentscheidungen. Aber auch Ausweichbewegungen der Rechtsprechung wurden erkennbar, wenn es zum Beispiel um Vorstandsentscheidungen zur Beurteilungen der rechtlichen Grenzen des Vorstandshandelns ging. Hier wählte die

- Rechtsprechung den Weg über einen Entschuldigungsgrund, der praktisch an die Voraussetzungen der *Business Judgment Rule* geknüpft ist (ISION-Rechtsprechung).
- c) Eine gesetzliche Bereinigung der Business Judgment Rule empfiehlt sich, zumal der Gesetzgeber in der Begründung des UMAG deutlich gemacht hat, dass er die Reichweite der Business Judgment Rule nach einer gewissen Zeit und unter Berücksichtigung der weiteren Rechtsentwicklung überprüfen wolle. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine gesetzgeberische Anpassung der Business Judgment Rule, wonach alle Entscheidungen des Vorstands unter Unsicherheit in den Anwendungsbereich der *Business Judgment Rule* fallen.
4. Die Sorgfaltspflichten des Vorstands bei der Überwachung der Aufgabenwahrnehmung in anderen Vorstandsressorts sind nach aktuellem Stand von Rechtsprechung und Literatur für die praktische Handhabung wenig präzise ausgearbeitet. Dadurch entstehen für die Vorstandsarbeit in der Praxis erhebliche Unsicherheiten, die sich belastend auf die Vorstandsarbeit auswirken. Es wird daher empfohlen, den sogenannten Vertrauensgrundsatz in das Gesetz zu übernehmen. Ein Vorstandsmitglied darf grundsätzlich auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Ressortverantwortlichkeit eines anderen Vorstandsmitglieds vertrauen, es sei denn, es liegen konkrete Anhaltspunkte für Fehlentwicklungen vor.
 5. Nach der aktuellen Gesetzeslage trifft Vorstandsmitglieder im Haftungsprozess die volle Beweislast dafür, dass sie ihre Sorgfaltspflichten erfüllt haben und dass sie kein Verschulden trifft. Diese Beweislastverteilung ist für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder nicht angemessen, da allein die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, über die für den Haftungsprozess erforderlichen Unterlagen und Dokumente verfügt. Daher sollte die gesetzliche Beweislastumkehr nicht für ausgeschiedene Vorstände gelten, auch wenn das in der Praxis der am meisten verbreitete Fall ist.
 6. Der Gesetzgeber sollte jedenfalls den Zugang von ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern zu Unterlagen der Gesellschaft erleichtern.
 7. Vorstände haften nach geltendem Recht selbst bei (leichter) Fahrlässigkeit für den vollen kausal verursachten Schaden (Grundsatz der Totalreparation). Es wird empfohlen, dem Aufsichtsrat per Satzung die Befugnis zu übertragen, unternehmensindividuell angemessene Haftungshöchstgrenzen für leichte Fahrlässigkeit festzulegen.
 8. Die Regelung, wonach die Gesellschaft erst nach drei Jahren nach der Entstehung des Schadensersatzanspruchs auf diesen verzichten kann oder sich darüber vergleichen darf, steht einer aus praktischer Hinsicht für beide Seiten wünschenswerten raschen Einigung entgegen. Sie sollte gestrichen werden.

Thesen zum Referat von Rechtsanwältin Dr. Viola Sailer-Coceani, München

1. Das geltende aktienrechtliche Organhaftungsrecht ist grundsätzlich ausgewogen und bedarf keiner grundlegenden Systemänderung. Allerdings sind Reformen in Teilaspekten des Haftungsrechts angezeigt, die mit einer behutsamen Erleichterung der Anspruchsgeltendmachung durch Aktionäre zu verbinden sind.
2. Präventionsinteressen gebieten es nicht, den Abschluss von D&O-Versicherungen oder die Versicherbarkeit des Selbstbehalts zu untersagen. Das Bestehen einer D&O-Versicherung führt zu keinem relevanten Präventionsdefizit; es kann im Gegenteil die Wahrscheinlichkeit einer Geltendmachung von Ersatzansprüchen erhöhen.
3. Die Einführung einer Haftungsbeschränkung zugunsten von Mitgliedern von Vorständen und Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften ist abzulehnen. Sie würde zu einer Privilegierung von Managern gegenüber anderen Haftungsschuldnern führen.
4. Jedoch dürfen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nicht schlechter stehen als andere Vertragsschuldner, denen die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung offensteht. Der Gesetzgeber sollte daher dem jeweiligen Satzungsgeber das Recht der Entscheidung darüber eröffnen, ob die Innenhaftung der Organmitglieder durch Einschränkungen des Sorgfaltsmaßstabs oder durch Haftungshöchstgrenzen beschränkt werden kann oder soll. Über die entsprechende Satzungsänderung, einschließlich ihrer Auswirkungen auf die D&O-Versicherung, ist die Hauptversammlung vor ihrer Entscheidung angemessen zu informieren.
5. Die Einführung der zehnjährigen Verjährung von Organhaftungsansprüchen bei börsennotierten Gesellschaften und Kreditinstituten (§§ 93 Abs. 6 AktG, 52 a KWG) sollte rückgängig gemacht werden. Alternative Verjährungskonzepte, die zu einer erheblichen Verlängerung der Verjährungsfrist über die Fünfjahresfrist des § 93 Abs. 6 AktG a.F. hinaus oder zu zusätzlichen Unsicherheiten über den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns führen, sollten vermieden werden.
6. Für sämtliche Aktiengesellschaften sollte eine Verjährungshemmung für die Zeitdauer einer Sonderprüfung gemäß § 142 AktG sowie einer aufsichtsrechtlichen Prüfung vorgesehen werden.
7. Im Übrigen sind unangemessene Haftungsgefahren bereits de lege lata durch eine sachgerechte Interpretation der „ARAG/Garmenbeck“-Maßstäbe des BGH, die Anwendung der Business Judgement Rule bei gebundenen Aufgaben mit Beurteilungsspielraum sowie bei Interessenskonflikten, eine angemessene Allokation der Beweislast sowie eine großzügige Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung zu vermeiden. Ein Eingreifen des Gesetzgebers ist insoweit nicht erforderlich.

8. Die Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, nach der ein Verzicht auf oder Vergleich über Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder erst nach Ablauf von drei Jahren seit Anspruchsentstehung möglich ist, sollte abgeschafft werden.
9. Die Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, nach der ein solcher Verzicht oder Vergleich scheitert, wenn eine Aktionärsminderheit von 10 % des Grundkapitals Widerspruch erhebt, sollte ebenfalls – außer für beherrschte Unternehmen – abgeschafft werden.
10. Das Klagezulassungsverfahren gemäß § 148 AktG ist so zu reformieren, dass das Missbrauchsrisiko überschaubar bleibt, eine Antragstellung durch Aktionäre in der Praxis aber realistischerweise erwartet werden kann.
 - a) Der Zulassungsantrag sollte nicht erst bei Verdacht der Unredlichkeit oder groben Verletzung des Gesetzes oder der Satzung, sondern bereits dann gestellt werden können, wenn – ohne Anwendung der Beweislastumkehr gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG – Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass eine grob fahrlässige Pflichtverletzung begangen wurde (Änderung von § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG).
 - b) Der Kostenerstattungsanspruch gemäß § 148 Abs. 6 AktG sollte nicht auf RVG-Kosten, sondern auf „angemessene Anwaltskosten“ gerichtet sein.
 - c) Nach erfolgreichem Klagezulassungsverfahren sollten die Kosten des Klageverfahrens unmittelbar der Gesellschaft belastet werden, so dass die betreibenden Aktionäre nicht in Vorlage treten müssen (Änderung von § 148 Abs. 6 S. 5 AktG).
 - d) Abzulehnen sind hingegen eine weitere Senkung des Quorums, eine weitere Senkung des Kostenrisikos der Antragsteller für unbegründete Klagezulassungsanträge, die Verlagerung der Klagebefugnis oder Klagezulassung auf eine Stelle wie die DPR oder die BaFin, eine Beteiligung der betreibenden Aktionäre am Schadensersatz („Fangprämie“), die Abschaffung des Rechts der Gesellschaft, das Verfahren an sich zu ziehen (§ 148 Abs. 3 AktG) sowie die Abschaffung des Ablehnungsgrundes der entgegenstehenden Gründe des Gesellschaftswohls (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG).
11. Eine Änderung des Rechts des besonderen Vertreters gemäß § 147 AktG ist nicht notwendig. Die hierzu geführten Diskussionen, insbesondere über Rechtsstellung, Rechte und Pflichten des besonderen Vertreters, können de lege lata gelöst werden.
12. Auch im Hinblick auf die Sonderprüfung gemäß § 142 AktG ist keine grundlegende Neuregelung erforderlich. Jedoch sollte eine Sonderprüfung nach erfolgreichem Klagezulassungsverfahren gemäß § 148 Abs. 1 AktG zur Erhärtung des diesem zugrundeliegenden Verdachts möglich sein; die Dreimonatsfrist des § 148 Abs. 4 S. 1 AktG ist entsprechend anzupassen.
13. Eine Erweiterung der Klagemöglichkeiten im Konzern ist nicht erforderlich.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Darmstadt

I.

1. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln der Organhaftung unterscheiden nicht nach der Größe der Unternehmen, nach der Branche, nach der Zusammensetzung der Gesellschafter und danach, ob die Unternehmen reguliert sind oder nicht. Das sollte nicht geändert werden. Abzulehnen sind insbesondere branchenspezifische Organhaftungsregeln.
2. Es besteht kein Anlass, die Voraussetzungen oder die Rechtsfolgen der *Business Judgement Rule* einzuschränken oder auszudehnen.
3. Die Einführung einer *Legal Judgement Rule* ist abzulehnen.
4. Empfohlen wird, im Bericht des Aufsichtsrates offen zu legen, weshalb der Aufsichtsrat bei offenkundigen Rechtsverletzungen oder evident fehlerhaften unternehmerischen Entscheidungen von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen abgesehen hat.

II.

5. Bei regulierten Unternehmen und bei öffentlichen Unternehmen ergeben sich besondere Fragestellungen.
6. Die Aufarbeitung der Finanz- und Bankenkrise ist bisher weder tatsächlich noch rechtlich gelungen. Das Ziel, die pflichtvergessenen Verursacher der Krise an den Kosten zu beteiligen, ist nicht erreicht. Ob die gegenwärtigen Organhaftungsregeln bei den Kreditinstituten ihre präventive Wirkung entfalten, ist – vorsichtig formuliert – zweifelhaft.
7. Das Hauptproblem der Organhaftung liegt auch bei den Kreditinstituten in den Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Ansprüche.
8. Die aufsichtsrechtlich ausgestaltete Corporate Governance sollte im Organhaftungsrecht fortentwickelt werden. Empfohlen wird, in Ergänzung von § 45 c KWG die BaFin zu berechtigen und zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass die Organhaftungsansprüche auch tatsächlich durchgesetzt werden.
9. Beim bail-out eines Kreditinstituts sollten die Organmitglieder verpflichtet werden, sich an der Rettung des Kreditinstituts zu beteiligen und zwar durch Verlust ihrer ausstehenden Forderungen aus dem Anstellungsverhältnis und durch die Verpflichtung zur Rückzahlung der in den vergangenen Jahren an sie gezahlten Boni – und zwar ohne Rücksicht auf eine Pflichtverletzung.
10. Auch beim bail-in sollten die Organmitglieder an den Verlusten beteiligt werden und zwar insbesondere durch die Verpflichtung zur Rückzahlung der an sie gezahlten Boni – und zwar ohne Rücksicht auf eine Pflichtverletzung.

III.

11. Abzulehnen sind gesetzliche gesellschaftsrechtliche Sonderregeln der Organhaftung bei öffentlichen Unternehmen. Verlangt sind jedoch Sonderregeln im Rechtsverhältnis zwischen den Vertretern der öffentlichen Hand, die die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen einerseits und der öffentlichen Hand andererseits.
12. Empfohlen wird vorzusehen, dass bei öffentlichen Unternehmen eine Haftungsmilderung für die Organmitglieder, soweit zulässig z.B. in der Satzung einer GmbH, nur bei einfacher Fahrlässigkeit, nicht aber bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz vorgesehen werden darf.
13. Empfohlen wird vorzusehen, dass in der Satzung öffentlicher Unternehmen bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Pflichtverletzung die Entlastung der Organmitglieder keine haftungsbefreiende Wirkung hat. Fehlt eine solche Regelung in der Satzung, sollte vorgesehen werden, dass die Vertreter der öffentlichen Hand in der Gesellschafterversammlung einer Entlastung mit haftungsbefreiender Wirkung, soweit eine grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung vorliegt, nicht zustimmen dürfen.
14. Vorgesehen werden sollte, dass die Stimmrechte bei einem Beschluss über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder von öffentlichen Unternehmen durch den Finanzausschuss des Bundestags bzw. des Landtags oder durch die Kommunalaufsicht wahrgenommen werden.
15. Empfohlen wird vorzusehen, dass eine D&O Versicherung, deren Versicherungsbeitrag das öffentliche Unternehmen bezahlt, durch das Unternehmen nicht abgeschlossen werden darf.

Urheberrecht

Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M., München

Grundlagen

1. Das Urheberrecht dient nicht nur dem Schutz des Urhebers, sondern es bezweckt auch einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber, der Verwerter und der Nutzer. § 11 UrhG sollte entsprechend ergänzt werden, auch eine Änderung der Präambel der InfoSocRL in diesem Sinne ist anzustreben.
2. Fernziel der europäischen Urheberrechtspolitik sollte die Schaffung einer EU-Urheberrechtsverordnung, verbunden mit der Einrichtung eines auf das geistige Eigentum spezialisierten Spruchkörpers beim EuGH oder dem Gericht sein. Nahziel ist die Konsolidierung des bestehenden Acquis in einer EU-Urheberrechtsrichtlinie.

Werkbegriff und verwandte Schutzrechte

3. Im Zuge einer Reform des Urheberrechts in der EU sollte das Werk in Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich als „eigene geistige Schöpfung des Urhebers, in der dessen Persönlichkeit zum Ausdruck kommt und die sich in dessen bei ihrer Herstellung getroffenen freien kreativen Entscheidungen ausdrückt,“ definiert werden.
4. Während beim Schutz von Werkteilen kein Reformbedarf besteht, sollte der Teileschutz bei Leistungsschutzrechten einer de-minimis-Grenze unterstellt werden. Insbesondere sollten die Rechte der Tonträgerhersteller, Filmproduzenten und Sendeunternehmen nur dann als verletzt gelten, wenn durch die Entnahme ein Produkt entsteht, das zum Original in Wettbewerb steht.
5. Die Leistungsschutzrechte für Lichtbilder, Laufbilder und Presseerzeugnisse sollten abgeschafft werden. Auch über eine Abschaffung des Sui-generis-Schutzrechts für Datenbanken ist nachzudenken. Jedenfalls sollte eine Beschränkung für Datenbanken amtlicher Werke eingeführt und das Schutzrecht der allgemeinen Schranke für Suchmaschinen (These 17) unterworfen werden.

Verwertungsrechte

6. Die Schranke für vorübergehende Vervielfältigungen sollte auf EU-Ebene in den Tatbestand des Vervielfältigungsrechts integriert werden. Dabei sollte die Beschränkung auf rechtmäßige Nutzungen gestrichen werden.
7. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe sollte generalklauselartig und mit einem Beispielskatalog ausgestaltet werden, in den die jetzigen §§ 19–22 UrhG Eingang finden. Schranken- und Zwangslizenzregelungen, die nur an eine bestimmte Form der öffentlichen Wiedergabe anknüpfen, bedürfen der Überprüfung.
8. Der Erschöpfungsgrundsatz sollte nur bei der Übergabe eines körperlichen Werkstücks eingreifen. Das Interesse der Verbraucher an freier Übertragbarkeit digitaler Inhalte ist berechtigt, sein Schutz ist aber Aufgabe des Schuldrechts.

Schranken

9. Der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSocRL sollte durch eine Auffangbestimmung geöffnet werden, deren Wortlaut sich am Dreistufentest orientiert.
10. Die Freiheit der Privatkopie sollte auch für den digitalen Bereich beibehalten, aber in einer eigenständigen Bestimmung geregelt werden. Dabei sollte die Beschränkung für offensichtlich rechtswidrig vervielfältigte oder bereitgestellte Vorlagen gestrichen werden.
11. Es sollte eine allgemeine Wissenschaftsschranke eingeführt werden, die sich an Art. 5 Abs. 3 lit. a InfosocRL orientiert, eine Vergütungspflicht vorsieht und die durch einen nicht abschließenden Beispielskatalog ergänzt wird, in den die gegenwärtigen §§ 52a, 52b, 53 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3, 53a Abs. 1 S. 2 UrhG Eingang finden. § 52a UrhG ist bei dieser Gelegenheit zu entfristen. Die Schranke sollte nicht gegenüber Verlagsangeboten subsidiär sein.
12. Die nicht-kommerzielle kreative Umgestaltung von Werken, bei der ein hinreichender innerer Abstand zum Original gewahrt bleibt, sollte zulässig sein. Die Vorschriften über die Bearbeitung und die freie Benutzung (§§ 23, 24 UrhG) sind flexibel genug, um dieses Ergebnis zu ermöglichen. Allerdings sollte der „starre Melodienschutz“ (§ 24 Abs. 2 UrhG) gestrichen werden.

Haftung von Intermediären

13. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Intermediäre sollten gesetzlich in Anknüpfung an die Grundsätze des BGH zur Störerhaftung geregelt werden. Dabei sollten die Verkehrspflichten dreistufig erstens von kollektiven Vereinbarungen, zweitens von Spezialbestimmungen für Zugangsprovider, Hosts und Suchmaschinen und drittens nach einem an die bisherige Rechtsprechung angelehnten Kriterienkatalog bestimmt werden.

14. Gegen Intermediäre, die grob fahrlässig Verkehrspflichten verletzen, sollte ein Schadensersatzanspruch bestehen, der in der Höhe durch den aus der Vermittlung erzielten Gewinn begrenzt ist.
15. Gewerbliche Zugangsvermittler (Access Provider) sollten vorbehaltlich der Thesen 18 und 19 durch eine an § 8 TMG angelehnte Vorschrift weitgehend von der Haftung freigestellt werden. Bei Bereitstellung eines öffentlichen W-LAN-Zugangs sollten nur eng begrenzte Schutzpflichten bestehen. Ob für eine Unterlassungshaftung von Betreibern privater Internetanschlüsse ein Bedürfnis besteht, erscheint zweifelhaft.
16. Für die Speicherung fremder Inhalte sollte grundsätzlich nur nach einem Hinweis auf konkretes rechtswidriges Verhalten gehaftet werden. Welche Pflichten zur Prüfung auf zukünftige gleichartige Rechtsverletzungen bestehen, beurteilt sich nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien.
17. Auf europäischer Ebene sollte eine neue Schrankenregelung eingeführt werden, die Suchmaschinen von der Haftung für unmittelbare Verletzungen freistellt, sofern die Anzeige nur dem Auffinden anderer Websites dient und nicht über das zu diesen Zwecken erforderliche Maß hinausgeht. Als Intermediäre haben Suchmaschinen und Setzer individueller Links die Pflicht, nach einem konkreten Hinweis auf eine Rechtsverletzung den betreffenden Verweis zu beseitigen. Eine Pflicht zur Suche nach gleichartigen Verletzungen kommt nur in engen Grenzen in Betracht.

Rechtsdurchsetzung

18. Zugangsvermittler sollten auf Anforderung eines Rechtsinhabers verpflichtet sein, einen standardisierten Warnhinweis per E-Mail an Nutzer zu versenden, die das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte verletzt haben. Erst wenn ein solcher Warnhinweis ergangen ist, besteht gegenüber Privatpersonen, die erstmals ein geschütztes Recht verletzen, ein Anspruch auf Erstattung der Kosten einer Abmahnung.
19. Gute Gründe sprechen dafür, eine gesetzliche Grundlage für richterliche Verfügungen zu schaffen, mit denen Zugangsvermittlern unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit konkrete Maßnahmen zur Sperrung einer Website mit ganz oder vorwiegend rechtsverletzenden Inhalten aufgegeben werden können.
20. Der Schutz technischer Schutzmaßnahmen gegen Umgehung und der Schutz von Zugangsinteressen gegen technischen Schutz bedarf auf EU-Ebene der Überarbeitung. Die Umgehung sollte nur dann verboten sein, wenn das betreffende Verhalten zugleich das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht verletzen würde. Der Katalog durchsetzungsstark ausgestalteter Schranken in Art. 6 Abs. 4 InfoSocRL bedarf der Ergänzung.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Arnd Haller, Hamburg

Grundlagen

1. Das Urheberrecht dient nicht nur dem Schutz des Urhebers, sondern es bezweckt auch einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber, der Verwertern, der Nutzer und der Vermittler. § 11 UrhG sollte entsprechend ergänzt werden, auch eine Änderung der Präambel der InfoSocRL (2001/29) in diesem Sinne ist anzustreben.
2. Das UrhR sollte sich stärker als bisher an volkswirtschaftlichen Erwägungen orientieren. Bei der Auslegung oder der Änderung bestehender Regelungen des UrhG bzw. der Einführung neuer Regelungen wie Nutzungsrechte, Leistungsschutzrechte, Schranken, Schutzfristen etc. sollte – von rein persönlichkeitsrechtlichen Regelungen abgesehen – vorab eine gesamtgesellschaftliche Kosten-Nutzen Analyse durchgeführt werden.

Verwertungsrechte

3. Die Schranke für vorübergehende Vervielfältigungen sollte auf EU-Ebene in den Tatbestand des Vervielfältigungsrechts integriert werden. Dabei sollte die Beschränkung auf rechtmäßige Nutzungen gestrichen werden und klargestellt werden, dass der reine Werkgenuß urheberrechtsfrei zulässig bleibt, auch wenn mit ihm eine Vervielfältigungshandlung verbunden ist.

Schranken

4. Der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie (2001/29) sollte durch eine generalklauselartige Öffnungsklausel ergänzt werden, um eine Blockade sinnvoller neuer Nutzungsmöglichkeiten, die sich z.B. aufgrund technischer Neuerungen oder geänderter Geschäftsmodelle ergeben, zu verhindern, vorausgesetzt dass berechtigte Interessen der Urheber hierdurch nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.
5. Das UrhG erfaßt derzeit nicht ausreichend die Interessen der Nutzer, die sich von bloßen Konsumenten zu Prosumenten entwickeln und die urheberrechtlich geschützte Werke nicht nur passiv rezipieren, sondern auf deren Grundlage und unter deren Nutzung selbst kreative Leistungen erbringen wollen. Das UrhG ist daraufhin zu überprüfen und entsprechend zu überarbeiten, das durch die Digitaltechnik eröffnete Kreativitätspotential jedenfalls dann nicht behindert wird, wenn derartige Nutzungen nicht ausschließlich zu kommerziellen Zwecken erfolgen und die Interessen der Urheber hierdurch nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.

6. Die Nutzung verwaister Werke sollte auch privaten Unternehmen und auch zu kommerziellen Zwecken (gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung) offen stehen. Die Beschränkung der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung gemeinfreier Werke auf die in § 61 Abs. 2 UrhG genannten Institutionen (“öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive sowie Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes”) ist daher aufzuheben und § 61 Abs. 5 UrhG zu streichen.
7. Die für ein effizientes Funktionieren des Internet essentiellen Handlungen, die allein dem Zweck dienen, bereits öffentlich zugänglich gemachte Werke leichter auffindbar oder zugänglich zu machen (Linking/Embedding, Indexing), oder die darauf zielen, den Werkgebrauch öffentlich zugänglich gemachter Werke effizient zu gestalten (Browsing, Caching), sollten, im Verhältnis zu Ansprüchen, die aus dem Akt der ursprünglichen Zugänglichmachung resultieren, zu keinen zusätzlichen urheberrechtlichen Ansprüchen führen.
8. Die pan-europäische Lizenzierung von Inhalten muss im Interesse der Nutzer, Verwerter und Rechteinhaber weiter vereinfacht werden. Die Gesetzeslage muss den Realitäten der pan-europäischen Lizenzierung angepasst werden. Bei der Vielzahl der Lizenzen, die mittlerweile für die Lizenzierung des Weltrepertoires erforderlich sind, ist Transparenz bezüglich des vertretenen Repertoires notwendig. Die Regelungen zu Informations- und Auskunftspflichten nach Art. 20, 21 der Richtlinie 2014/26 müssen umgesetzt werden und Verwertungsgesellschaften verpflichtet werden, verwertbare Auskunft über das gesamte von ihnen wahrgenommene Repertoire zu erteilen.
9. Nutzer, die bereits in einem EU Mitgliedstaat rechtmäßig Zugang zu Werken erworben haben, sollten ein Recht eingeräumt bekommen, diese Werke weiter nutzen zu können, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten.

Haftung von Intermediären

10. Die bisherigen Haftungsvorschriften der Richtlinie 2000/31 sind durch die Einführung angemessener und rechtssicherer notice-and-takedown-Verfahren zu ergänzen.
11. Eine Ergänzung der Haftungsvorschriften der Richtlinie 2000/31 sollte eine *Good-Samaritan*-Regelung enthalten, die ausschließt, dass ein Intermediär nur deshalb oder verschärft für Inhalte Dritter haftet, weil er auf freiwilliger Basis Maßnahmen zur Vermeidung von Rechtsverletzungen ergreift (Rechtsgedanke des 47 USC § 230 des US Communication Decency Act).
12. Eine Inanspruchnahme von Intermediären muss unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stehen. Sie ist gegenüber einer Inanspruchnahme des eigentlichen Rechtsverletzers subsidär. Jede Inanspruchnahme muß zunächst berücksichtigen, welche Maßnahmen der Verletzte im Rahmen der zumutbaren Eigenvorsorge selbst ergreifen kann, um eine Verletzung seiner Rechte zu verhindern. Sie darf sich nicht an einem *cheapest-cost-avoider*-Ansatz orientieren. Vielmehr sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit neben den Interessen der

Rechteinhaber und denen der Intermediäre auch die grundrechtsrelevanten Interessen der Nutzer (Rezipienten und Kommunikatoren) zu berücksichtigen und im Wege der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen.

13. Auf europäischer Ebene sollte eine an Art. 12 der Richtlinie 2000/31 angelehnte Haftungsregelung eingeführt werden, die Suchmaschinen von der Haftung für rechtverletzende Inhalte aufverlinkten Webseiten Dritter freistellt.

Thesen zum Referat von Prof. Dietmar Harhoff, Ph. D., München

1. Das Urheberrecht ist das ökonomisch insgesamt bedeutendste rechtliche Instrument zur Unterstützung von Kreativität und Innovation. Aufgrund seiner Heterogenität und diversen Ausformungen ist es bisher allerdings schwergefallen, seine Wirkung präzise quantitativ zu erfassen.
2. Aus ökonomischer Sicht stellt die Sprachformel des „Ausgleichs zwischen den Interessen der Urheber, Verwerter und Nutzer“ eine sinnvolle Beschreibung des Ziels des Urheberrechts dar. Eine Berücksichtigung der Abwägung zwischen den Interessen der Akteure im Urheberrecht selbst erscheint zielführend.
3. Das Urheberrecht kann sehr wohl sein Ziel erfüllen, Anreize für die Erstellung neuer Werke und für deren Diffusion zu schaffen. Historische Studien zeigen, dass die Einführung eines Urheberrechts mit relativ niedrigem Schutzzumfang zu einer Zunahme der neuen Werke, Markteintritt und (in geringem Umfang) für eine Erhöhung der Entgelte der Kreativen gesorgt hat.
4. Ein überschießendes Urheberrecht gefährdet nicht nur einen sinnvollen Interessenausgleich, es kann auch ein Innovationshemmnis für ein ökonomisches System bzw. einen Staat darstellen.
5. Ökonomische Studien des Urheberrechts haben wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass die inzwischen gültigen Fristen des Urheberrechts exzessiv lang sind. Umso wichtiger erscheint eine sinnvolle Diskussion der Schranken des Urheberrechts im deutschen bzw. europäischen Kontext bzw. von „fair use“ im US-amerikanischen Rechtssystem.
6. Die dabei zum Einsatz kommenden Regelungen sollten so flexibel sein, dass sie sich fließend an neue Technologien, Verwertungsformen und Innovationsmodelle anpassen lassen.
7. Die Digitalisierung wichtiger Wirtschaftsprozesse lässt sich im Sinne Joseph Schumpeters als „kreative Zerstörung“ kennzeichnen. Im Zuge des Prozesses treten neue Geschäftsmodelle, neue Formen von Innovationsaktivitäten und neue Akteure auf. Damit verlieren bisherige Modelle teilweise oder sogar ganz an Wirkung und Berechtigung. Klassische

Akteure können in diesem Prozess ihre ökonomische Berechtigung verlieren. Bisherige, einigermaßen erprobte Kompromisse zwischen den Akteuren müssen neu ausgehandelt und adjustiert werden.

8. Der Prozess der Digitalisierung bedingt mehrere Effekte. Digitalisierung geht nicht nur mit einem „Kontrollverlust“ der Rechteinhaber einher. Die Senkung der marginalen Kosten der Informationsweitergabe macht eine solche Weitergabe volkswirtschaftlich produktiver.
9. Die Senkung der Kosten der Weitergabe digitaler Werke führt somit volkswirtschaftlich zur Forderung, die verstärkte Verbreitung von Werken zu unterstützen und nicht zu behindern oder auf dem Status Quo zu halten.
10. Der „Kontrollverlust“ geht einher mit erweiterten Möglichkeiten, Intermediäre klassischen Typs ganz abzulösen. Zudem kommen neue Formen intermediärer Aktivität hinzu.
11. Neuheit ist dabei prinzipiell noch kein Ausweis besonderer Förderungs- oder Unterstützungswürdigkeit. Innovationen können auch in Sackgassen führen oder im Vergleich zu dem gestifteten Nutzen hohe Kosten aufweisen. Deshalb ist es wichtig, neue Modelle im Markt zu testen.
12. Eine ökonomisch besonders wichtige Implikation der Digitalisierung ist das Auftreten innovationsaktiver Konsumenten und Nutzer. Deren Bedeutung wird m.E. in der juristischen Diskussion unterschätzt, ist für die Gestaltung eines zukunftsorientierten Interessenausgleichs aber bedeutsam.
13. Zudem gilt es bei der Gestaltung des rechtlichen Rahmens zu berücksichtigen, dass frühe Festlegungen zugunsten bestehender Strukturen volkswirtschaftlich wichtige Experimente unterdrücken bzw. zu deren Verlagerung in andere Wirtschaftssysteme führen. Die Gestaltung des Urheberrechts ist somit nicht nur Rechtspolitik – sie ist auch Innovations- und Wirtschaftspolitik.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Felix Hey, Köln

Grundlagen

1. Das Urheberrecht dient dem Schutz des Urhebers. Es ist daher als privates Schutzgut ausgestaltet und darf nicht unter einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten von Nutzerinteressen gestellt werden.
2. Dem Prinzip der Subsidiarität und der Eigenart des Urheberrechts gemäß muss es bei der grundsätzlichen Regelungskompetenz auf nationaler Ebene verbleiben. Rechtsvereinheitlichungen auf europäischer und internationaler Ebene sollten sich auf das Gebiet der Rechtsdurchsetzung konzentrieren.

Schranken

3. Nutzungen des Urheberrechts haben im Einklang mit dem privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit vorrangig auf vertraglicher Grundlage zu erfolgen.
4. Schranken bedürfen als Eingriffe in private, auch vertragliche Rechte der Rechtfertigung und sind daher neben der Geltung des Dreistufentests restriktiv auszulegen.
5. Als Eingriffsregelungen sollten Schranken möglichst präzise durch den Gesetzgeber vorgegeben werden. Wegen der Transparenz und der Legitimität des Gesetzgebungsprozesses hat die Ausgestaltung von Schranken nicht in offenen, allgemein formulierten Regelungen zu erfolgen, deren Konkretisierung der Rechtsprechung überlassen bleibt. Daher muss auch auf eine allgemeine Wissenschaftsschranke verzichtet werden.
6. Schrankenregelungen sollten grundsätzlich gegenüber Angeboten auf vertraglicher Grundlage subsidiär sein.

Rechtsdurchsetzung

7. Um einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, müssen Abwehrmaßnahmen auch beim Nutzer ansetzen, jedenfalls solange illegalen Angebotsplattformen im Ausland nur unvollkommen und mit unverhältnismäßigem Aufwand begegnet werden kann.



Deutscher Juristentag e.V.
Recht mitgestalten.

Seit 1860.

Deutscher Juristentag e.V.
Postfach 11 69
53001 Bonn

Sternthorhaus
Oxfordstraße 21
53111 Bonn

Telefon +49 (0)228 983 91-85
Telefax +49 (0)228 983 91-40
info@djt.de www.djt.de