

Thesen

der Gutachter und Referenten

Thesen

der Gutachter und Referenten

Inhalt

Zivilrecht	5
Arbeits- und Sozialrecht	14
Strafrecht	24
Öffentliches Recht	31
Wirtschaftsrecht	41
Familienrecht	51

Zivilrecht

Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Florian Faust, LL. M., Hamburg

I. Verträge über digitale Inhalte

1. Es ist nicht sinnvoll, die anwendbaren Regelungen davon abhängig zu machen, auf welche Weise dem Nutzer digitale Inhalte zur Verfügung gestellt werden (Gebot der Medienneutralität).
2. Eine Fragmentierung des Vertragsrechts in Verträge, die nur bestimmte Arten von Gütern betreffen, ist nicht erstrebenswert. Der Ansatz des Vorschlags der Digitale-Inhalte-RL, gemeinsame Regelungen für alle Verträge zu schaffen, die sich auf digitale Inhalte beziehen, ist deswegen fragwürdig. Eine sinnvolle Regelung darf nicht nach der Art des Gutes differenzieren, sondern muss danach unterscheiden, welche Pflichten die Parteien in Bezug auf das betreffende Gut treffen sollen. Sonderregeln für digitale Inhalte sollten nur dort geschaffen werden, wo die Spezifika digitaler Inhalte besondere Sachprobleme aufwerfen. Auch zwischen Verbraucherverträgen und anderen Verträgen sollte nur dann unterschieden werden, wenn spezifisch verbraucherschützende Gesichtspunkte maßgeblich sind.
3. Ein Entgelt für eine im Internet erbrachte Leistung kann auch darin liegen, dass der Nutzer dem Anbieter Daten zur Verfügung stellt und ihre Nutzung gestattet. Derartige Vereinbarungen werden freilich häufig an dem Koppelungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG scheitern. Falls dies nicht der Fall ist, ist anhand der Regeln des Datenschutzrechts zu entscheiden, ob ein Entgelt vorliegt: Soweit die Datenerhebung und -nutzung ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig ist, erhält der Anbieter durch diese Datenerhebung und -nutzung kein Entgelt für seine Leistung. Soweit datenschutzrechtlich dagegen die Befugnis des Anbieters zur Erhebung und Nutzung von Daten des Nutzers von dessen Einwilligung abhängt, stellt die Erteilung dieser Einwilligung dagegen ein Entgelt für die Leistung des Anbieters dar. Anhand dieser Kriterien ist zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen abzugrenzen.
4. Die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung stellt einen rechtlichen Nachteil iSv §§ 107, 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB dar. Ein beschränkt Geschäftsfähiger bedarf darum zum Abschluss eines entsprechenden Vertrags der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Dies gilt auch dann, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die datenschutzrechtliche Einwilligung selbständig wirksam erteilen kann. Eine Anpassung der Normen des Minderjährigenrechts an die Grundsätze, die im Datenschutzrecht hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit gelten, ist nicht geboten.
5. Ob die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ein Entgelt iSv § 312 Abs. 1 BGB darstellt, kann dahingestellt bleiben, da das Erfordernis der Entgeltlichkeit in dieser Norm europarechtswidrig ist und gestrichen werden muss.

6. Da nach dem BGB der unentgeltlich Handelnde nicht generell einem mildereren Haftungsmaßstab unterliegt, ist es insofern unerheblich, ob in der Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ein Entgelt liegt.

7. In § 312a Abs. 3 S. 1 BGB sollte klargestellt werden, dass eine pauschale – wenn auch ausdrückliche Zustimmung – zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers nicht für die Vereinbarung eines Zusatzentgelts genügt, und dass eine Vereinbarung, die den Anforderungen der Norm nicht genügt, nicht unwirksam ist, sondern lediglich den Verbraucher nicht bindet.

8. Es besteht die Gefahr, dass der Verbraucher digitale Inhalte, die ihm aufgrund eines Vertrags von einem Unternehmer zur Verfügung gestellt wurden, nach der Ausübung eines Widerrufsrechts nicht löscht und sich so dauerhaft unentgeltlich zueignet. Der Unternehmer muss insofern geschützt werden. Die derzeitige Ausgestaltung dieses Schutzes hängt davon ab, ob die digitalen Inhalte dem Verbraucher auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt wurden, und widerspricht somit dem Gebot der Medienneutralität. Es sollte eine Regelung geschaffen werden, nach der das Widerrufsrecht des Verbrauchers erlischt, wenn er sich nach Beginn der Widerrufsfrist durch eine Handlung wie das Entsiegeln einer Packung oder das Anklicken einer Schaltfläche Zugang zu den digitalen Inhalten verschafft und vor Vornahme dieser Handlung unmissverständlich darüber informiert wurde, dass die Handlung zum Erlöschen des Widerrufsrechts führt. Die Widerrufsfrist sollte bei digitalen Inhalten, die nicht auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt werden, erst zu laufen beginnen, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben wurde, die digitalen Inhalte online zu erproben.

9. Es sollte angeordnet werden, dass der Unternehmer eine Gegenleistung, die nicht in Geld besteht (wie etwa das Recht, Daten des Verbrauchers zu nutzen), nicht nutzen darf, solange der Verbraucher zum Widerruf berechtigt ist. Ferner sollte eine gesetzliche Regelung im Hinblick auf die Rückgewähr von Daten geschaffen werden, die der Verbraucher dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Diese sollte nicht nur im Fall eines Widerrufs, sondern bei jeglicher Form der Vertragsbeendigung gelten.

10. § 312j Abs. 4 BGB muss geändert werden. Ein Vertrag nach § 312j Abs. 2 BGB muss auch dann zustande kommen, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB verletzt hat, aber der Verbraucher darf in diesem Fall durch den Vertrag nicht gebunden werden. § 312j Abs. 5 S. 1 BGB sollte gestrichen werden.

11. Die Verpflichtung, dem Erwerber digitale Inhalte endgültig gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen, unterliegt dem Kaufrecht, unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden und ob das Entgelt in einer Geldzahlung oder in der Einwilligung in die Nutzung von Daten liegt. Es ist nicht angezeigt, für Verträge über digitale Inhalte kaufrechtliche Sondernormen zu schaffen.

12. In das Mietrecht sollte eine Vorschrift aufgenommen werden, die § 453 Abs. 1 BGB entspricht. Ferner sollte geregelt werden, wann der Vermieter während der Mietdauer zur Änderung der vermieteten digitalen Inhalte berechtigt ist, und es sollten Kündigungsfristen für Mietverträge über digitale Inhalte festgesetzt werden.

13. Neue Vertragstypen sollten für Verträge im Hinblick auf digitale Inhalte nicht geschaffen werden.

II. Haftung bei Inanspruchnahme unentgeltlicher Leistungen im Internet

14. Ob bei der Inanspruchnahme einer unentgeltlichen Leistung im Internet ein Schuldverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Nutzer besteht, kann nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Ein Schuldverhältnis kann durch einen Vertrag zustande kommen; insofern sollte allerdings die Fiktion eines entsprechenden Parteiwillens vermieden werden. Fehlt es an einem entsprechenden Parteiwillen, kann § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ein gesetzliches Schuldverhältnis begründen.

15. Bei der Bestimmung, welche Pflichten aus einem solchen Schuldverhältnis resultieren, sind insbesondere das Auftreten des Anbieters, die Bedeutung einer ordnungsgemäßen Leistung für den Nutzer und ein etwaiges kommerzielles Interesse des Anbieters zu berücksichtigen. Bedarf für eine gesetzliche Regelung besteht nicht.

III. Schutz von Daten

16. Innerhalb bestehender Schuldverhältnisse sind Daten nach geltendem Recht ausreichend geschützt. Eine erhebliche Schutzlücke besteht jedoch im Recht der unerlaubten Handlungen für den Fall, dass Daten auf einem Datenträger gespeichert sind, der weder im Eigentum noch im Besitz desjenigen steht, der durch das Löschen oder die Veränderung der Daten geschädigt wird. Diese Schutzlücke sollte angesichts des erheblichen Werts, den Daten für Privatpersonen wie für Unternehmen repräsentieren, geschlossen werden.

17. Ein „Recht am eigenen Datenbestand“ würde sich nicht in § 823 Abs. 1 BGB einfügen. Es sollte daher weder von der Rechtsprechung als sonstiges Recht anerkannt noch durch eine Gesetzesänderung in den Katalog des § 823 Abs. 1 BGB aufgenommen werden.

18. Daten sollten durch den Erlass eines Schutzgesetzes nach Art von § 303a StGB geschützt werden. Dieses Schutzgesetz sollte lediglich eine entsprechende Verhaltenspflicht statuieren; dann würde gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB jede fahrlässige Verletzung dieser Pflicht einen deliktischen Schadensersatzanspruch auslösen.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Bartsch, Karlsruhe

Dauerschuldverhältnisse für digitale Dienste im B2B-Bereich

I. Sachverhalt und geltendes Recht

1. Digitale Dienste

Digitale Dienste werden in aller Regel in Dauerschuldverhältnissen erbracht. Softwarepflege, Hosting, Application Service Providing, Dienste in der Cloud, Soziale Netze (die auch im B2B-Bereich von großer Bedeutung sind), Mailedienste und Bankendienste sind nur die gängigsten Beispiele.

Die Dienste sind dadurch gekennzeichnet, dass sie aus Elementen zusammengesetzt sind, die nicht sicher, jedenfalls nicht eindeutig einem BGB-Vertragstyp zugeordnet werden können. Softwarepflege ist hierfür ein probates Beispiel. Die beim Auftraggeber eingetretene Störung, deren Beseitigung das Softwarehaus schuldet, kann durch Lieferung eines neuen Standes der Software (kaufvertraglich), durch Reparatur der Software (werkvertraglich) oder durch Beratung (dienstvertraglich) gelöst werden. Aber der technische Weg der Problemlösung bietet kein sinnvolles Kriterium für die Abwicklung von Leistungsstörungen.

2. Heutige Gesetzeslage

Dass die modernen Leistungsbeziehungen über Dauerschuldverhältnisse laufen, ergibt sich auch aus den neu in das BGB aufgenommenen Vertragstypen; sie sind sämtliche Dauerschuldverhältnisse.

Das BGB ist im Übrigen lückenhaft. Die einzigen allgemeinen Vorschriften sind § 313 und § 314; beide betreffen Extremsituationen, nicht die laufende Vertragsdurchführung.

Wie eine Auswertung der Rechtsprechung zeigt, ist die Zuordnung der Verträge über digitale Dienste zu den Vertragstypen schwankend und nicht durch plausible Kriterien belegt. Das schafft auch bei der AGB-Kontrolle Unklarheiten (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

3. Dauerschuldverhältnisse über digitale Dienste

Dauerschuldverhältnisse über digitale Dienste haben rechtlich relevante Besonderheiten:

- Sie werden häufig (scheinbar) kostenfrei geleistet.
- Leistungsänderungen sind alltäglich.
- Zum Vertragssende ist typischerweise eine Überleitung auf einen nachfolgenden Dienstleister erforderlich.

Andere regelungsbedürftige Fragen gelten auch für andere Dauerschuldverhältnisse. Der Verbraucherschutz wird nach heutiger Voraussicht durch die EU-Richtlinie 2015/0287 vollständig harmonisiert.

Hier wird vorgeschlagen:

- In das Allgemeine Schuldrecht werden weitere Regelungen für Dauerschuldverhältnisse eingefügt.
- Im Besonderen Schuldrecht wird ein neuer Vertragstyp über digitale Dienste geschaffen.
- Das voraussichtlich durch die Richtlinie entstehende Verbraucherschutzrecht in diesem Bereich ist für den B2B-Bereich nicht passend und wird ähnlich wie der Verbrauchsgüterkauf gesondert geregelt.

II. Allgemeine Regeln für Dauerschuldverhältnisse

1. Leistungsstörungen

Vorbild eines modernen Leistungsstörungsrechts für Dauerschuldverhältnisse ist das Reisevertragsrecht. Leistungsstörungen gleich welcher Art werden unter einem weiten Mangelbegriff erfasst. Unterschiedliche Rechtsfolgen, wie sie aus einer Einstufung in Mangel, Verzug oder Nebenpflichtverletzung folgen, werden vermieden; damit entfallen Abgrenzungsprobleme.

2. Kündigung

Eine allgemeine Kündigungsregelung für Dauerschuldverhältnisse fehlt im Gesetz. Die in der Literatur vorgetragene These für das Ausfüllen der Lücke bietet keine Sicherheit und keine passenden Rechtsfolgen. Manche Vertragstypen bieten Sonderregeln, so für Mietverträge und Dienstverträge, die aber keine sinnvolle Analogie ermöglichen.

In Anlehnung an § 309 Nr. 9 c BGB wird eine allgemeine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Kalendermonatsende vorgeschlagen. Für die außerordentliche Kündigung sollte es bei der heutigen Regelung in § 314 BGB bleiben.

III. Dauerschuldverhältnisse über digitale Dienste

1. Vertragstyp

Gemeint sind Verträge, in denen der Schwerpunkt auf digitalen Diensten liegt. Nebenleistungen aus der Welt der Dinge, z. B. das Beistellen von elektronischen Modulen, ändern den Vertragstyp nicht.

Der neue Vertragstyp kann im BGB beim Titel „Dienstvertrag und ähnliche Verträge“, dort als Untertitel 3 „Verträge über digitale Dienste“ eingefügt werden.

Das Gesetz sollte festlegen, dass für kostenlose Dienste dasselbe Leistungsstörungenrecht gilt.

2. Leistungen

Das Gesetz sollte festlegen, dass die Dienste nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik zu erbringen sind; dies im Unterschied zum klassischen Mietvertrag.

Digitale Dienste ändern sich häufig. Der Nutzer hat sich mit einer neuen Bedieneroberfläche vertraut zu machen; Funktionalitäten ändern sich, entfallen oder kommen hinzu. Solche Änderungsvorbehalte bedürfen keiner gesetzlichen Regelung; zur Sicherung der Angemessenheit genügt die AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung.

Der Auftraggeber ist wie beim Werkvertrag zur Mitwirkung zu verpflichten.

3. Pflichten des Dienstleisters beim Vertragsende

Zum Vertragsende sind Daten, Telefonnummern, Passwörter und weitere Gegenstände zu sichern und dem Auftraggeber oder dem nachfolgenden Dienstleister zu überlassen. Dies hat im dann üblichen Format und Verfahren zu geschehen und ist bei Bedarf zu wiederholen.

Der Dienstleister ist zu verpflichten, dem Auftraggeber die Informationen zu überlassen, die der Auftraggeber oder der nachfolgende Dienstleister zur Übernahme und Fortführung des Dienstes benötigt.

Dem Auftraggeber ist das Recht einzuräumen, begleitende Dienstleistungen des Dienstleisters in Anspruch zu nehmen. Soweit hierbei der übliche Aufwand des Dienstleisters überschritten wird, hat er nach schriftlicher Vorankündigung Anspruch auf eine Vergütung; mangels Vereinbarung gilt entsprechend § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung.

Thesen zum Referat von Vors. RichterIn am LG Heike Hummelmeier, Hamburg

Sachmängelgewährleistung beim Software-Erwerb

1. Die rechtliche Einordnung von Software-Verträgen in das bisherige System von Kauf- und Werkvertrag kann wegen der Orientierung des Gesetzes am Sachbegriff nicht mit hinreichender Sicherheit vorgenommen werden.
2. Wegen der Innovationsgeschwindigkeit im IT-Bereich und der relativ geringen Anzahl an entschiedenen Fällen kann die Schaffung von Rechtssicherheit nicht von den Gerichten erwartet werden. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diese herzustellen.
3. Die Einführung eines besonderen Vertragstyps für digitale Inhalte sollte geprüft werden, insbesondere für den Fall, dass der Richtlinienentwurf des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte -COM(2015) 635- nicht in Kraft treten sollte.
4. Die Einordnung von Software als „Sache“ im kauf- bzw. werkvertraglichen Kontext ist unklar. Das führt zu (weiteren) erheblichen Schwierigkeiten bei der Einordnung von Software-Verträgen in das System der bisherigen Vertragstypen. Eine klarstellende Regelung durch den Gesetzgeber ist erforderlich, soweit nicht ohnehin ein besonderer Vertragstyp für digitale Inhalte eingeführt wird.
Es sollte geprüft werden, ob
 - a) Software generell als „Sache“ im Sinne von § 90 BGB definiert werden sollte;
 - b) eine § 453 Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung (Software als „sonstiger Gegenstand“) für alle vertraglichen Schuldverhältnisse geschaffen werden sollte;
 - c) Software als „Sache“ im Sinne von § 651 BGB (Werklieferungsvertrag) definiert werden sollte.
5. Der Mangelbegriff im Kauf- und Werkvertragsrecht schließt bei Vorliegen einer Beschaffensvereinbarung die Prüfung der nach dem Vertrag vorausgesetzten oder der gewöhnlichen Verwendung aus. Derartige Regelungen enthält auch der Richtlinienentwurf über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Das kann für den unerfahrenen Software-Erwerber wie auch für den Anbieter zu erheblichen Problemen führen. Hier ist eine Korrektur des Mangelbegriffs notwendig. Eine getroffene Vereinbarung sollte beim Erwerb von Software den Rückgriff auf Aspekte der vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendung nicht generell blockieren.
6. Eine über diesen Vorschlag hinausgehende generelle Ausweitung des Mangelbegriffs ist hingegen abzulehnen. Insbesondere sollte es keine Verpflichtung des Anbieters geben, stets die aktuelle Software zu liefern. In den weiteren Beratungen zum Richtlinienentwurf sollte auf ein Entfallen der entsprechenden Regelung hingewirkt werden.
7. Eine generelle Verpflichtung, nach Vertragsschluss Updates liefern zu müssen, ist ebenfalls abzulehnen.

8. Der Mangelbegriff in § 434 Abs. 2 BGB („Ikea-Klausel“) sollte ergänzt werden. Sofern die Richtlinie nicht in Kraft tritt, ist klarzustellen, dass
- a) auch Installationsanleitungen und die Installation selbst von dieser Vorschrift erfasst werden;
 - b) die Übergabe von Handbüchern und Dokumentationen im Bereich der Software nicht zu den Hauptleistungspflichten gehört, sondern deren Fehlen oder Fehlerhaftigkeit einen Mangel darstellen.
9. Die Rügepflicht des Kaufmanns gem. § 377 HGB führt bei Handelskäufen, bei denen der Erwerber nicht selbst im IT-Geschäft tätig ist, nicht zu einem sachgerechten Interessenausgleich. Weder ist der diese Vorschrift rechtfertigende Gedanke der Beschleunigung noch der besonderen Sachkunde des Kaufmanns zutreffend. § 377 HGB sollte dahingehend geändert werden, dass die Rügepflicht bei Kaufleuten entfällt, die nicht selbst im IT-Bereich tätig sind.
10. § 363 BGB sieht eine Beweislastumkehr für den Fall der Annahme der Leistung vor. Vor der Annahme muss der Hersteller/Verkäufer (Anbieter) die ordnungsgemäße Erfüllung beweisen, danach der Besteller/Erwerber (Kunde). Die dieser Risikoverteilung zugrundeliegenden Überlegungen werden der besonderen Interessen- und Beweislage beim Softwareerwerb nicht gerecht. Für den Bereich der Softwareverträge sollte eine Regelung geschaffen werden, wonach für die Dauer der Verjährungsfrist die Beweislast beim Anbieter verbleibt.
11. Bei den Beratungen über den Richtlinienentwurf sollte die dort vorgesehene Beweislastumkehr erhalten bleiben. Die Beschränkung auf den Verbraucherbereich ist jedoch nicht sachgerecht. Die Regelung sollte alle Software-Geschäfte erfassen.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Eva Inés Oberfell, Berlin

Verträge über digitale Inhalte als Lizenzverträge

1. Verträge über digitale Inhalte sind häufig als Lizenzverträge zu qualifizieren. Der Begriff des Lizenzvertrags ist mehrdeutig und bedarf daher der Definition. Unter einem Lizenzvertrag ist ein Vertrag zu verstehen, welcher der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit an immateriellen Gütern dient. Lizenzverträge beziehen sich auf immaterielle Güter (Lizenzverträge im weiteren Sinne) und nicht auf Sachen als körperliche Gegenstände. Immaterielle Güter umfassen alle Gegenstände von Immaterialgüterrechten, von Persönlichkeitsrechten und nicht durch Ausschließlichkeitsrechte geschützte immaterielle Güter. Lizenzverträge betreffen keine Dienstleistungen, aber sie können mit Dienstleistungsverpflichtungen verbunden werden.
2. Bei Lizenzverträgen über digitale Inhalte ist zu differenzieren, ob es sich um digitale Inhalte handelt, die immaterialgüterrechtlich und/oder persönlichkeitsrechtlich geschützt sind, oder ob diese keinen entsprechenden Schutz genießen. Zu berücksichtigen ist, dass es bei vielen immateriellen Gütern wie Know-how, Formaten und einfachen Daten umstritten ist, ob ihnen ein derartiger Schutz durch Ausschließlichkeitsrechte zukommt oder zukommen soll.

3. Ebenso wie bei Lizenzverträgen im Allgemeinen ist bei Lizenzverträgen über digitale Inhalte zwischen Verträgen zu unterscheiden, die nur eine schuldrechtliche Seite haben (Gestattungsverträge) und Verträgen (Lizenzverträge im engeren Sinne), die sowohl eine schuldrechtliche als auch eine „dinglich-gegenständliche“ bzw. verfügungsrechtliche Seite aufweisen.
4. Soweit digitale Vertragsinhalte einem urheberrechtlichen oder sonstigen immaterialgüterrechtlichen Schutz unterliegen, gilt das Trennungsprinzip. Danach ist zwischen der schuldrechtlichen Verpflichtungsebene und der „dinglich-gegenständlichen“ Verfügungsebene zu unterscheiden. Da das Kaufvertragsrecht nur die schuldrechtliche Seite regelt, nicht aber den Übergang des Eigentums an der gekauften Sache, kommt eine entsprechende Anwendung der kaufrechtlichen Regelungen auf die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht in Betracht: Denn es würde nur die schuldrechtliche, nicht aber die verfügungsrechtliche Seite der Einräumung von Nutzungsrechten geregelt.
5. Die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beantwortet noch nicht die Frage nach einer rechtlich abstrakten Behandlung beider Geschäfte. Die Geltung des Abstraktionsprinzips für Lizenzverträge im engeren Sinne folgt aus allgemeinen Grundsätzen und daraus, dass eine anderweitige gesetzliche Regelung (wie sie mit der Normierung des Kausalitätsprinzips für das Verlagsrecht gilt) fehlt.
6. Handelt es sich um digitale Inhalte, die nicht durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützt werden, so kommen nur Lizenzverträge im weiteren Sinne in Betracht, die auf die schuldrechtliche Verpflichtungsebene beschränkt sind: Denn es wird nicht über ein immaterielles Ausschließlichkeitsrecht verfügt.
7. Eine analoge Anwendung des Kaufvertragsrechts oder eine Anwendung des § 453 BGB kommt bei Verträgen über digitale Inhalte, die einem immaterialgüterrechtlichen Schutz unterliegen, weder hinsichtlich der schuldrechtlichen noch hinsichtlich der verfügungsrechtlichen Ebene in Betracht. Gleiches gilt für Verträge hinsichtlich Persönlichkeitsrechte. § 433 BGB gilt nur ausnahmsweise für Verträge über Standardsoftware, die wie eine bewegliche Sache behandelt wird. Diese Ausnahme lässt sich nicht auf andere Lizenzverträge im engeren Sinne übertragen.
8. Lizenzverträge im engeren Sinne, die sich auf digitale Inhalte beziehen, und solche, die sich auf sonstige Inhalte beziehen, sind grundsätzlich gleich zu behandeln. Als Konsequenz folgt daraus, dass Verträge, die in den Anwendungsbereich des Entwurfs einer Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte fallen, als Lizenzverträge (im weiteren oder im engeren Sinne) zu behandeln sind, soweit sie nicht ausschließlich Dienstleistungen betreffen.
9. Umfassende bürgerlich-rechtliche Regelungen über Lizenzverträge im Allgemeinen und digitale Inhalte im Besonderen sind weder zweckmäßig noch erforderlich. Sie würden der Vielfältigkeit der Vertragspraxis und dem Bedürfnis nach spezifischen Regelungen nicht gerecht werden. Gesetzliche Regelungen zu Lizenzverträgen über Immaterialgüterrechte sind nicht im BGB, sondern – wie zum Teil schon geschehen – in den Gesetzen zu den einzelnen Immaterialgüterrechten zu treffen.

10. Für Lizenzverträge im engeren Sinne, die Immaterialgüterrechte zum Gegenstand haben, ist allerdings zu empfehlen, eine Regelung des immaterialgüterrechtlichen Verfügungsgeschäfts im Sinne eines klarstellenden Verweises in das BGB aufzunehmen. Dies gilt sowohl für Lizenzverträge im Allgemeinen als auch für Lizenzverträge über digitale Inhalte.
11. Diese neu zu schaffende BGB-Regelung kann und soll die spezialgesetzlichen Vorschriften (z. B. der §§ 31 ff. UrhG) nicht ersetzen, sondern vielmehr auf diese verweisen.
12. Es erscheint zweckmäßig, die neu zu schaffende Verweisungsvorschrift für die immaterialgüterrechtliche Verfügungsebene in der Vorschrift des § 413 BGB anzusiedeln. Zwar impliziert § 413 BGB bereits einen allgemeinen Verweis („soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt“), aber ein expliziter Verweis würde der Klarstellung dienen und eine Appellfunktion erfüllen. Eine Regelung in § 453 BGB oder in einem danach einzufügenden Paragraphen ist nicht empfehlenswert, weil damit eine inhaltliche Positionierung zugunsten der kaufvertraglichen Einordnung von Lizenzverträgen präjudiziert und dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht Rechnung getragen würde.
13. Ein neu einzufügender § 413 Abs. 2 BGB könnte lauten: „Auf Lizenzverträge (einschließlich solcher über digitale Inhalte) sind die allgemeinen Vorschriften entsprechend anzuwenden. Das gilt auch für Lizenzverträge, die immaterialgüterrechtliche Nutzungsrechte betreffen, soweit nicht die Spezialgesetze des Immaterialgüterrechts und die Bestimmungen über besondere Persönlichkeitsrechte etwas anderes vorschreiben.“
14. Eine generelle inhaltliche Einordnung von Lizenzverträgen *de lege lata* oder *de lege ferenda* auf der schuldrechtlichen Verpflichtungsebene als Kaufverträge, Pachtverträge, Werkverträge oder kaufvertrags-, pachtvertrags- oder werkvertragsähnliche Verträge scheidet aus, weil dies der Vielgestaltigkeit von Lizenzverträgen, der Vertragsfreiheit und dem Grundsatz der immaterialgüterrechtlichen Typenfreiheit widerspräche.
15. Bei der Umsetzung der geplanten Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte ist darüber hinaus zu überlegen, ob auch für Lizenzverträge über Persönlichkeitsrechte und sonstige immaterielle Güter, die nicht durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützt sind, eine Regelung in das BGB aufgenommen werden soll.

Arbeits- und Sozialrecht

Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

I. Allgemeines

1. Die Digitalisierung stellt Deutschland auf dem Gebiet von Wirtschaft und Arbeit vor eine zweifache Herausforderung. Zum einen gilt es, den digitalen Wandel erfolgreich zu bewältigen und im internationalen Wettbewerb zu bestehen, um Wohlstand und Beschäftigung in Deutschland zu sichern. Zum anderen ist darauf zu achten, dass sich dieser Wandel nicht auf dem Rücken der Beschäftigten vollzieht und ihre Belange nicht zu kurz kommen. Angesichts der bereits eingetretenen und noch zu erwartenden tiefgreifenden Veränderungen der Arbeitswelt durch die Digitalisierung bedarf es einer aktiven politischen Gestaltung der Entwicklung, die sich an beiden Zielen orientiert.

II. Schutzinteressen in der digitalisierten Arbeitswelt

2. Die zunehmende Verbreitung von stationären und mobilen IKT begünstigt die Ausübung dienstbezogener Tätigkeiten und die Erreichbarkeit von Arbeitnehmern außerhalb der regulären Arbeitszeit sowie in arbeitszeitrechtlich geschützten Zeiträumen. Dabei sind Freizeit-tätigkeiten, sofern sie der Befriedigung eines dienstlichen Bedürfnisses dienen, als Arbeit im Sinne des ArbZG einzustufen, während eine faktisch erwartete – ständige – Erreichbarkeit grundsätzlich nur als eine besondere Art der Rufbereitschaft zu qualifizieren ist, sich im Einzelfall aber zu Bereitschaftsdienst verdichten kann.

3. Eine Öffnung des arbeitszeitrechtlichen Acht-Stunden-Tages für Ausnahmesituationen wäre europarechtlich statthaft. Ein durch die vorhandenen Flexibilisierungsmöglichkeiten noch nicht befriedigtes wirtschaftliches Bedürfnis ist aber bislang nicht hinreichend deutlich erkennbar.

4. Zur Steigerung der Arbeitszeitsouveränität empfiehlt es sich, für eine begrenzte Anzahl von Tagen im Jahr eine Verkürzung der Ruhezeit von elf Stunden auf neun Stunden zuzulassen. Weiter sollten geringfügige Unterbrechungen der allgemeinen Ruhezeit nicht stets zu ihrem völligen Neubeginn führen, sofern neun zusammenhängende Stunden Ruhezeit gewahrt bleiben. Allerdings erlaubt die derzeit geltende Arbeitszeitrichtlinie nur die Einführung einer dahingehenden Tarifdispositivität, nicht aber eine unmittelbare gesetzliche Einschränkung. Weiter sollte die ständige Erreichbarkeit aus der Grauzone faktischer Erwartungen herausgeholt und zusammen mit der Rufbereitschaft im engeren Sinne auf eine bestimmte Anzahl von Tagen im Monat beschränkt werden.

5. Eine arbeitszeitrechtliche Freigabe (digitaler) häuslicher bzw. mobiler Sonn- und Feiertagsarbeit ist abzulehnen.

6. Es sollte im ArbZG verdeutlicht werden, dass der Arbeitgeber im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren für eine effektive Einhaltung der Vorschriften des ArbZG zu sorgen hat.

Hierzu gehört es auch, dass Arbeitnehmer in den arbeitszeitrechtlich geschützten Zeiträumen grundsätzlich nicht aus dienstlichen Gründen kontaktiert werden. Bestimmte technische Lösungen für die Gewährleistung eines „Rechts auf Nichterreichbarkeit“ gehören dagegen nicht auf die gesetzliche, sondern auf die betriebliche Ebene.

7. Das BUrlG sollte um eine gesetzliche Regelung ergänzt werden, nach der erstens eine dem Arbeitgeber zurechenbare und nicht nur geringfügige Tätigkeit während des Urlaubs zum Nichtverbrauch des betroffenen Urlaubstags führt und zweitens eine sich über mehrere Tage erstreckende erhebliche Inanspruchnahme den Nichtverbrauch des gesamten Resturlaubs zur Folge hat. Ein ausdrückliches Recht des Arbeitnehmers, im Urlaub nicht „gestört“ zu werden, ist hingegen nicht erforderlich.
8. Das „korrigierende“ Mitbestimmungsrecht des § 91 BetrVG bei Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung sollte durch Streichung der Einschränkung auf einen „offensichtlichen“ Widerspruch gestärkt werden.
9. Mobile Bildschirmarbeit sollte zwecks Verringerung der mit ihr verbundenen Belastungen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der BildscharbV einbezogen bzw. bei der Neuregelung des Arbeitsstättenrechts entsprechend mitberücksichtigt werden.
10. Einzelne Regelungen des Arbeitsstättenrechts sollten auf vom Arbeitgeber eingerichtete häusliche Arbeitsplätze ausgedehnt werden. Hierbei sollte auch die Frage von Kontroll- und Zutrittsrechten geregelt werden. Eine pauschale Erstreckung des Arbeitsstättenrechts auf häusliche Arbeitsplätze empfiehlt sich dagegen nicht.
11. Arbeitnehmer werden in einem zunehmenden Maße durch psychische Belastungen, die mit beschleunigten Arbeitsabläufen und dem Einsatz von IKT verbunden sind, negativ beansprucht. Um diesen Problemen zu begegnen, ist die aus dem technischen Arbeitsschutz bekannte dreistufige Regelsetzung aus ArbSchG (1. Stufe), Verordnung (2. Stufe) und betriebsnahen Regeln (3. Stufe) auch auf psychische Belastungen zu übertragen. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Regelungen auf der zweiten und dritten Ebene nicht auf eine Ausweitung des Pflichtenprogramms hinauslaufen, sondern lediglich der Konkretisierung der abstrakten Vorgaben des ArbSchG dienen.
12. In Ausfüllung von Art. 88 der neuen Europäischen Datenschutz-Grundverordnung sollte ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz geschaffen werden. Hierbei empfiehlt es sich zugleich das Verhältnis von Datenschutz und Compliance sowie die Anwendbarkeit telekommunikationsrechtlicher Vorschriften auf die erlaubte Privatnutzung von Telefon und Internet zu regeln. In § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sollte die Reichweite der Mitbestimmung im Hinblick auf den Beschäftigtendatenschutz verdeutlicht werden.

III. Neue Optionen in der digitalisierten Arbeitswelt

13. Die durch digitale Technologien geschaffenen Möglichkeiten örtlicher und zeitlicher Flexibilität der Arbeitnehmer bei der Aufgabenerledigung sollten zu Rechten ausgebaut werden. So sollte dem Arbeitnehmer bei mobilisierbaren Tätigkeiten ein Recht auf Telearbeit eingeräumt werden, sofern nicht betriebliche Gründe entgegenstehen. Einen Anspruch auf Einrichtung eines solchen Arbeitsplatzes sollte der Arbeitnehmer aber nur bei einer regelmäßigen häuslichen Arbeit haben.

14. Weiter sollte der Arbeitnehmer auch unabhängig von einem Verlangen auf Verringerung der Arbeitszeit gemäß § 8 TzBfG ein Recht auf eine Bestimmung der zeitlichen Lage der Arbeit haben, falls keine betrieblichen Gründe entgegenstehen.

15. Der Wichtigkeit von Qualifikation und Weiterbildung entsprechend sollte eine (bundes-)gesetzliche Regelung des Themas erfolgen, die für die verschiedenen Formen der Weiterbildung abgestufte Vorschriften im Hinblick auf eine gänzliche oder partielle Freistellung von der Arbeitspflicht, die Entgeltfortzahlung, die Kostentragung für die jeweilige Bildungsmaßnahme sowie die Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten vorsieht.

IV. Neue Wertschöpfungsstrukturen in der digitalisierten Arbeitswelt

16. Um in komplexen unternehmensübergreifenden Organisationsformen zu angemessenen Arbeitnehmervertretungsstrukturen zu gelangen, ist § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dahingehend zu erweitern, dass künftig auch eine zusätzliche Arbeitnehmervertretung für die Ausübung solcher Beteiligungsrechte etabliert werden kann, die der jeweiligen Unternehmenskooperation entsprechen. Ein neuer Betriebsbegriff ist dagegen nicht erforderlich. Weiter sind in die Betriebsverfassung nach dem Vorbild von § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG alle arbeitnehmerähnlichen Personen einzubeziehen.

17. Zur Effektivierung der Betriebsratsarbeit sollte in geeigneten Fällen eine Beschlussfassung auch auf elektronischem Wege zugelassen werden. Weiter empfiehlt es sich, im Hinblick auf die Hinzuziehung von Sachverständigen die bislang in § 111 S. 2 BetrVG enthaltene Regelung zu verallgemeinern und in einem neuen § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG zu verorten.

18. Um neuartigen Formen digitaler häuslicher Arbeit (Crowdwork) Rechnung zu tragen, sollte eine Modernisierung des HAG erfolgen. Weiter sollte die kollektive Selbsthilfe von Plattformbeschäftigten gesetzlich flankiert werden. Darüber hinaus wird angeregt, eine sozialversicherungsrechtliche Gesamtlösung für einkommensschwache Solo-Selbständige im Hinblick auf die Altersversorgung, alternativ ein berufsständisches Versorgungswerk für Plattformbeschäftigte, voranzutreiben.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Achim Seifert, Jena

I. Grundsätzliches

1. Der mit „Industrie 4.0“ und der Digitalisierung der Arbeitsbeziehungen verbundene technologische Wandel der Arbeitswelt vollzieht sich mit immer größerer Geschwindigkeit und löst einen starken Anpassungsdruck auf das Arbeitsrecht aus. Herausforderungen bilden insbesondere die teilweise Auflösung überkommener Organisationsstrukturen (z. B. des Betriebs) durch eine stärkere Nutzung von Netzwerken, die Verwischung der Grenze zwischen Arbeit und Privatleben sowie die mit dem Internet verbundene Transnationalisierung.

2. Diese beschleunigte technologische Entwicklung verstärkt den Steuerungsverlust gesetzlicher Regelungen im Arbeitsrecht. Bei der arbeitsrechtlichen Bewältigung der Digitalisierung ist deshalb, soweit dies möglich ist, auf sachnahe Gestaltungen durch die Kollektive des

Arbeitslebens zu setzen und dezentrale Lösungen durch den Gesetzgeber zu fördern. Dies wird in verschiedenen Bereichen eine weitere Verlagerung auf die betriebliche Ebene erforderlich machen, die indessen nicht immer ohne Probleme ist.

II. Digitalisierung und neue Beschäftigungsformen

3. Neue Beschäftigungsformen, die sich im Gefolge der Digitalisierung der Arbeitsbeziehungen herausbilden, sind in sich äußerst heterogen und können unterschiedliche Rechtsformen annehmen; dies gilt in besonderem Maße für Crowdwork. Es empfiehlt sich, von einer umfassenderen gesetzlichen Regelung erst einmal Abstand zu nehmen und auf die nach geltendem Recht bestehenden Schutzmechanismen, insbesondere auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Verträgen sowie auf kollektive Selbsthilfe, zu vertrauen. Zu überlegen ist allerdings, die Inhaltskontrolle dieser Verträge dadurch zu effektivieren, dass Verbänden von Selbständigen ein Unterlassungsanspruch nach den §§ 1, 2 UKlaG eingeräumt wird.

III. Ausbau der beruflichen Weiterbildung

4. Der gesetzliche Rahmen der beruflichen Weiterbildung ist derzeit unterentwickelt und bedarf angesichts der Herausforderungen durch die Digitalisierung der Arbeitsbeziehungen dringend einer Fortentwicklung. Erforderlich ist hierbei ein Gesamtkonzept, das individual- und kollektivrechtliche Instrumente ebenso wie das Arbeitsförderungsrecht einbezieht.

5. Es sollte Arbeitnehmern ein gesetzlicher Anspruch auf bezahlte Freistellung zum Zwecke der beruflichen Weiterbildung eingeräumt werden, der auch gebündelt für mehrere Jahre in Anspruch genommen werden kann. Dabei sollte es sich nicht um Weiterbildungsmaßnahmen handeln, die überwiegend im betrieblichen Interesse liegen.

6. Ferner sollte der Gesetzgeber die tarifautonom geregelte Weiterbildung fördern, die insbesondere durch die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für eine „Bildungsteilzeit“ oder durch die Errichtung gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien erfolgen kann. Um die Effektivität Letzterer zu sichern, sollte § 5 Abs. 1a Nr. 3 TVG auch auf gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien über die Weiterbildung ausgedehnt werden.

7. Der Gesetzgeber sollte außerdem finanzielle Anreize – z. B. durch Gewährung eines Weiterbildungsgeldes (etwa bei der Durchführung von „Bildungsteilzeit“) oder durch steuerrechtliche Vorteile – für den Ausbau der beruflichen Weiterbildung schaffen.

IV. Örtliche und zeitliche Souveränität der Arbeitnehmer

8. Die Digitalisierung eröffnet neue Chancen für eine Selbstbestimmung von Arbeitnehmern hinsichtlich des Ortes und der zeitlichen Lage ihrer Arbeitsleistung. Wegen des damit verbundenen Organisationsaufwandes für Arbeitgeber sollte ein Anspruch auf Telearbeit nur für die Fälle gesetzlich geschaffen werden, in denen die Telearbeit mit berechtigten Interessen des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden kann (z. B. Pflege naher Angehöriger, Kindererziehung). Zumindest sollte Arbeitnehmern in diesen Fällen aber ein Verhandlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber eingeräumt werden.

V. Anpassung der gesetzlichen Betriebsverfassung

9. Auch im Betriebsverfassungsrecht besteht angesichts der Digitalisierung der Arbeitsbeziehungen an verschiedenen Stellen Anpassungsbedarf.

10. Die mit der Digitalisierung verbundene „Entgrenzung“ des Betriebs kann zum großen Teil durch eine behutsame Fortentwicklung des traditionellen Betriebsbegriffes bewältigt werden. Die Möglichkeit einer tarifvertraglichen Anpassung des Betriebsbegriffes nach Maßgabe von § 3 BetrVG wird aber insbesondere bei einer unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit (z. B. bei Produktions- und Fertigungsketten) nicht selten unzureichend sein. Es sollte deshalb erwogen werden, insbesondere die Abweichungsbefugnis von § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auszuweiten.

11. Der personelle Geltungsbereich der Betriebsverfassung sollte dahingehend weiterentwickelt werden, dass künftig sämtliche arbeitnehmerähnlichen Personen, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, einbezogen werden; § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist insoweit abzuändern.

12. Auch die Betriebsratsarbeit ist von der Digitalisierung erfasst und muss mit den technologischen Veränderungen Schritt halten, um sicherzustellen, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber auf Augenhöhe gegenüber tritt. Soweit es um die Ausstattung des Betriebsrats mit Informations- und Kommunikationstechnik geht, bietet § 40 Abs. 2 BetrVG einen ausreichend flexiblen Rahmen. Zur Beschleunigung von Entscheidungsabläufen sollte aber erwogen werden, Beschlüsse des Betriebsrates auf elektronischem Wege zuzulassen.

13. Die Digitalisierung der Arbeitsbeziehungen verlangt dem Betriebsrat vor allem ab, bei der Einführung und Anwendung von IT-Technologien im Betrieb die Arbeitnehmerinteressen wirkungsvoll zur Geltung zu bringen. Das geltende BetrVG enthält für eine Beteiligung des Betriebsrates in diesem Prozess bereits verschiedene Anknüpfungspunkte. Nur an wenigen Stellen bedarf es einer Nachjustierung.

- a) Das für den Datenschutz der Arbeitnehmer zentrale Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat sich als ausreichend anpassungsfähig erwiesen und bedarf keiner Änderung. Wohl aber ließen sich Probleme langer Beteiligungsverfahren bei Updates und einer automatischen Aktualisierung von Software, die mitbestimmungspflichtig sind, durch die derzeit gesetzlich zwar vorgesehene (§ 9a BDSG), faktisch aber wegen der Unterfinanzierung der „Stiftung Datenschutz“ durch die Bundesregierung immer noch nicht bestehende Möglichkeit eines Datenschutzaudits verkürzen. Zu überlegen ist auch, ob dem Betriebsrat das Recht eingeräumt werden sollte, bei der Ausübung dieses Mitbestimmungsrechts wegen der hohen Komplexität der mit ihm verbundenen Fragen einen Berater hinzuzuziehen, wie es nach geltendem Recht nach § 111 S. 2 Hs. 1 BetrVG bereits möglich ist.
- b) Angesichts des gesteigerten Anpassungsbedarfs von Arbeitnehmern sollte das Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung (§ 91 BetrVG) dahingehend fortentwickelt werden, dass bereits der einfache Widerspruch von Änderungen von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung mit gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit das Mitbestimmungsrecht auslöst.

VI. Ausblick auf den Beschäftigtendatenschutz

14. Der Gesetzgeber sollte den Regelungsspielraum nutzen, den ihm Art. 88 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung vom 27. 4. 2016 lässt, und ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz schaffen, das die sich aus der Digitalisierung der Arbeitswelt ergebenden Probleme des Schutzes der personenbezogenen Daten der Beschäftigten regelt.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL. M., Bonn

1. Der digitale Wandel der Arbeitswelt erfordert keine Neufassung des Arbeitnehmerbegriffs. Als Arbeitnehmer ist weiterhin anzusehen, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Leistung von Diensten für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt verpflichtet ist. Die Rechtsprechung bleibt weiter in der Verantwortung, jeweils geeignete typologische Merkmale der Fremdbestimmung zu formulieren.
2. Statt den Arbeitnehmer- oder Beschäftigtenbegriff auszuweiten, kann es sinnvoll sein, zur Eingrenzung der sozialen Gefährdungen des digitalen Wandels mehr Sozialschutz für (kleine) Selbständige als Korrektiv zu schaffen. So könnte – entsprechend der Verpflichtung zur Krankenversicherung seit dem GKV-WVG – eine Verpflichtung zur Altersvorsorge von Selbständigen geschaffen werden, wie es ja in der Vergangenheit von ganz unterschiedlicher politischer Seite gefordert wurde.
3. Die rechtlichen Rahmenbedingungen digitaler Weiterbildung von Arbeitnehmern sollen geprüft werden:
 - Arbeitnehmer sollen bei näher zu umschreibenden Voraussetzungen verpflichtet werden, Freizeit in dem Maße zu investieren, in dem ihn sein Arbeitgeber zur Fortbildung von der Arbeit freistellt. Weil beiden diese Fortbildung zugutekommt, sollten beide Zeit dazu beitragen.
 - Weiterbildung kostet oftmals Geld; Geld, das regelmäßig der Arbeitgeber zahlt. Er möchte dann aber auch die Früchte ernten und nicht Gefahr laufen, den Arbeitnehmer nach gelungener Weiterbildung an einen Konkurrenten zu verlieren. Hierzu können Rückzahlungsklauseln vereinbart werden, doch sind dessen Grenzen durch die Gerichte nur undeutlich konturiert. Hier soll gesetzgeberische Feinjustierung zu mehr Rechtssicherheit und auf lange Sicht zu mehr Weiterbildungsmaßnahmen führen – was wie gezeigt im Interesse des Arbeitnehmers, des Arbeitgebers und letztlich auch der ganzen Gesellschaft ist.
4. Es soll klargestellt werden, dass Ruhezeit im Sinne des § 5 ArbZG von der Arbeitszeit zu trennen ist und negativ definiert werden muss. Eine entsprechende Definition könnte in § 2 ArbZG den Begriffsbestimmungen hinzugefügt werden. Hierbei sollte eine Regelung aufgenommen werden, wonach geringfügige Unterbrechungen der Arbeitszeit der Ruhezeit nach § 5 ArbZG entgegenstehen, und insbesondere bestimmt werden, was eine geringfügige Unterbrechung ist und was nicht.
5. Die arbeitsrechtliche Einfassung der Datenschutzgrundverordnung sollte in Angriff genommen werden.

- Insb. sollte gesetzlich klargestellt werden, dass der Arbeitgeber auch bei erlaubter Privatnutzung seiner informationstechnischen Systeme durch seine Arbeitnehmer diesen gegenüber kein „Diensteanbieter“ i. S. des TKG ist.
- Ebenso sollte gesetzlich klarer beschrieben werden, wann eine Einwilligung von Arbeitnehmern in die Datenvereinbarung wirksam ist. Hierzu sind prozedurale Sicherungen vorzusehen (Belehrungspflicht, Wartezeit u. a.).

Thesen zum Kurzreferat von Funktionsbereichsleiterin Vanessa Barth, Frankfurt/Main

1. Beschäftigungssicherung und Qualifizierung

Die Prognosen für die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Beschäftigung gehen stark auseinander. Das ZEW hat im Auftrag des BMAS die Studie von Fry/Osborne auf Deutschland übertragen und prognostiziert, dass 12 Prozent der Jobs in Deutschland in Gefahr sind. Die ING DIBA sieht sogar 18 Millionen Arbeitsplätze bedroht. Das IAB prognostiziert für Deutschland ein Minus von 60.000 Arbeitsplätzen (netto) und dass sich die erforderliche Qualifikation für ca. 800.000 Arbeitsplätze verändern wird.

Eine Studie des IMU-Instituts im Auftrag der IG Metall zu den Auswirkungen der Digitalisierung im Office-Bereich ergab, dass die Arbeitnehmer bei der Einführung neuer IT-Systeme nicht ausreichend und vor allem nicht früh genug qualifiziert werden, und dass im Zuge der Digitalisierung bisher mehr Jobs wegfielen als neue geschaffen wurden. Trotz der Unsicherheit der Prognosen ist klar, dass die Qualifizierung der Beschäftigten wichtig ist, um Beschäftigung zu sichern und ggf. in neuen Bereichen neue Arbeitsplätze aufzubauen. Wir brauchen deshalb einen individuellen Anspruch der Beschäftigten auf Weiterbildung und mehr Mitbestimmungsrechte bei Beschäftigungssicherung und Qualifizierung.

2. Datenverarbeitung, Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts

In einer IT-gestützten, vernetzten Arbeitsumgebung hinterlässt jede Aktion, jede Bewegung eine Datenspur. Viele neue Geschäftsmodelle beruhen auf der kontinuierlichen Erhebung, Verknüpfung und Analyse von riesigen Datenmengen. Um dem besonderen Schutzbedürfnis von Arbeitnehmer/innen zu entsprechen, benötigen wir ein Beschäftigtendatenschutzgesetz, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beim Datenschutz und ggf. zusätzlich technische Vorkehrungen für einen wirksamen Datenschutz.

3. Arbeitszeit

Viele Männer würden gerne weniger arbeiten, viele Frauen dagegen mehr. Für fast alle aber gilt: Sie wollen und brauchen mehr Vereinbarkeit. Manche wollen den Arbeitsbeginn spontan verschieben oder eine Schicht tauschen. Andere nachmittags die Kinder abholen und dafür abends nochmal arbeiten. Die Digitalisierung vervielfacht die Möglichkeit, zeitlich flexibel zu arbeiten. Das eröffnet die Chance, mehr Selbstbestimmung über die Arbeitszeit zu erlangen.

Oder das Risiko, dass sich die Beschäftigten noch stärker an die Bedürfnisse der Unternehmen anpassen müssen. Weitere Gefahren sind beispielsweise der Wegfall ausreichender Erholungszeiten durch Vermischung von Arbeit und Freizeit oder zeitzonenübergreifendes Arbeiten. Wir brauchen deshalb ein individuelles Recht auf Bestimmung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit für die Beschäftigten und ein Recht auf Nichterreichbarkeit.

4. Arbeits- und Gesundheitsschutz

Die Digitalisierung ermöglicht auch räumlich flexibles Arbeiten. Mobile Arbeit wird teilweise an dafür ungeeigneten Orten und an Geräten mit unzureichender technischer Ausstattung durchgeführt. Die Ergebnisse unserer Studie zur Digitalisierung im Office-Bereich und zahlreiche Berichte aus den Betrieben weisen darauf hin, dass Arbeitsbelastung und Leistungsdruck durch die Digitalisierung steigen (höhere Belastung durch Wegfall von einfachen Aufgaben, Stress durch hard- und softwarebedingte Störungen, schnellere und dadurch mehr Prozesse etc.). Deshalb sind Standards für mobile Bildschirmarbeit und häusliche Arbeitsplätze und eine Antistress-Verordnung erforderlich.

5. Arbeitnehmerbegriff

In Deutschland leisten gegenwärtig über zwei Millionen Menschen Arbeit auf Online-Plattformen, über eine Million davon generieren dadurch mindestens die Hälfte ihres Einkommens. Die Plattformökonomie wird weiter wachsen und mit ihr der Anteil von (Solo-)Selbständigen. Das Geschäftsmodell der meisten Plattformen basiert darauf, dass die Beschäftigten Selbständige sein sollen und somit keine Arbeitnehmerschutzrechte in Anspruch nehmen können. Wettbewerbsbasierte Plattformen gehen teilweise sogar so weit, dass es sich bei den Produkten der Entwickler nicht um Arbeit, sondern um ein privates Freizeitvergnügen handeln soll. Auf vielen Plattformen erfolgt eine automatisierte Qualitäts- und Leistungskontrolle mit gravierenden Auswirkungen für die Crowdworker. Um Willkür auf den Plattformen und das Untergraben von Standards zu vermeiden, brauchen wir eine Erweiterung des traditionellen Arbeitnehmerbegriffs, Veränderungen beim Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen, ggf. beim Heimarbeitsgesetz, ggf. ein Gesetz für wirtschaftlich abhängige Soloselbständige sowie die Aufnahme von Soloselbständigen in die Sozialversicherungssysteme.

6. Weiterentwicklung des Betriebsverfassungsgesetzes

Die Digitalisierung befördert die Auflösung von Unternehmensgrenzen und das Auftauchen neuer Organisationsformen. Es empfiehlt sich deshalb, § 3 BetrVG im Hinblick auf neue Organisationsformen der Unternehmen auszuweiten und die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes auf arbeitnehmerähnliche Personen auszudehnen.

7. Gewerkschaftsrechte

Mit der Flexibilisierung von Arbeitsort und Arbeitszeit verändern sich die Ausgangsbedingungen für den Zugang zu und die Kommunikation mit den Beschäftigten. Wie knüpft man Kontakt mit Belegschaften, die physisch nicht (mehr) anwesend sind? Das gewerkschaftliche Zutrittsrecht zum Betrieb läuft ins Leere, wenn im Betrieb gar keine Arbeitnehmer mehr kör-

perlich anwesend sind. Die „selbständigen“ Crowdworker, die nur über Plattformen erreichbar sind, können nicht über betriebliche Mail-Verteiler erreicht werden, weil Gewerkschaften keinen Zugang zu dem entsprechenden Verteiler haben. Wir brauchen deshalb eine Anpassung der Gewerkschaftsrechte an das digitale Zeitalter (Zugang, Kommunikation, Werbung).

8. Europäische Regelungen

Digitalisierung und Globalisierung der Arbeitswelt verstärken sich gegenseitig und verändern die Arbeitswelt drastisch. Deshalb sollten auch europäische Regelungen an die neuen Rahmenbedingungen angepasst werden (z. B. EBR-Richtlinie, Information und Konsultation etc.).

Thesen zum Kurzreferat von Vorstandsmitglied Dr. Thomas Kremer, Bonn

1. Digitalisierung nimmt zu und ist unumkehrbar

Die Digitalisierung aller Lebensbereiche nimmt zu: schnell und unumkehrbar.

Die Vernetzung verbindet Menschen untereinander (z. B. Messenger-Dienste), aber auch Menschen mit Maschinen und selbst Maschinen untereinander tauschen Daten aus (Internet of Things, M2M Kommunikation). Alles, was vernetzt werden kann, wird vernetzt. Alles, was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert. Das umfasst sämtliche Bereiche des privaten, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens und natürlich auch die Arbeitswelt. Deshalb ist die Rede von einer „digitalen Revolution“.

Überall entstehen Daten, die gesammelt, verarbeitet und ausgewertet werden. Nach allgemeiner Erwartung entwickelt sich die Digitalisierung nicht linear, sondern mit exponentieller Geschwindigkeit („Moore's Law“). Auch deshalb sind die Folgen der Digitalisierung heute noch nicht abschätzbar.

2. Digitalisierung verändert die Arbeitswelt tiefgreifend

Mit Sicherheit lässt sich bereits heute sagen, dass es zu tiefgreifenden Veränderungen der Arbeitswelt kommen wird. In der Industrie werden Fertigungsprozesse weiter automatisiert und das Verhältnis von OEM zu den Zulieferern wird neu gestaltet („Fertigung 4.0“). Der Einsatz intelligenter und vor allem selbstlernender Maschinen wird auch weite Teile des Dienstleistungsbereichs revolutionieren (z. B. eCommerce, Roboter in Call Centern). Automatisiertes Fahren wird das Transportwesen grundlegend verändern, Berufe wie Taxi- oder Lkw-Fahrer könnten überflüssig werden.

Klar ist: Viele der heutigen Arbeitsplätze werden durch die Digitalisierung wegfallen, aber es werden auch neue Arbeitsplätze entstehen, mit neuen Qualifikationsanforderungen. Arbeitsleistung wird zukünftig noch stärker international angeboten und nachgefragt. Selbständige Arbeit wird zunehmen.

Auch für die Arbeitswelt sind die Folgen der Digitalisierung und die damit verbundenen Umwälzungen heute noch nicht präzise abschätzbar. Im Fokus wird auch zukünftig das traditionelle Arbeitsverhältnis und seine Weiterentwicklung stehen.

3. Digitalisierung erfordert keine neue Mitbestimmung

Die Digitalisierung ermöglicht flexible Arbeitsorte. Arbeitnehmern wird es möglich sein, die für ihre jeweilige Tätigkeit optimale Arbeitsumgebung zu wählen, unabhängig von einem festen Arbeitsplatz. Mitarbeiter mehrerer Betriebe und Rechtsträger werden gemeinsam an einem Ort arbeiten (z. B. in einem Konzernhaus) und für diesen Ort sollte auch nur ein Betriebsrat zuständig sein.

Zugleich wird die Digitalisierung die Erbringung der Arbeitsleistung in zeitlicher Hinsicht flexibilisieren. Traditionelle Arbeitszusammenhänge und -abläufe lösen sich immer weiter auf, Arbeit in Projekt- und Matrixorganisationen nimmt zu, so dass Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in einer Vielzahl unterschiedlicher Projekte erbringen.

Die Flexibilisierung birgt für Arbeitgeber und Arbeitnehmer Chancen, deren Ausgestaltung nicht dem Gesetzgeber, sondern in erster Linie den Sozialpartnern auf tariflicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Ebene obliegen sollte. Zudem ist wünschenswert, die Möglichkeiten der Digitalisierung auch für formale Mitbestimmungsprozesse zu nutzen, indem elektronische Beschlussfassungen von Betriebsratsgremien oder die Abhaltung von Betriebsversammlungen per Videokonferenz gesetzlich ermöglicht werden. Ansonsten bietet das Betriebsverfassungsgesetz in seiner heutigen Form bereits ausreichend Möglichkeiten, gemeinsam austarierte Lösungen für die Themen der Digitalisierung zu finden; sei es bei der Einführung von IT-Systemen oder bei der Schaffung moderner Arbeitswelten.

4. Digitalisierung braucht Beschäftigtendatenschutz

Digitalisierung funktioniert nur mit Datenschutz. Das Vertrauen der Menschen in den Schutz ihrer persönlichen Daten ist Voraussetzung für den Erfolg der Digitalisierung.

Dies gilt insbesondere für Arbeitnehmer und ihre Daten, so müssen z. B. biometrische Informationen bei elektronischen Zugangs-Systemen oder solche, die beim Einloggen in Datenverarbeitungssysteme oder in Arbeitszeiterfassungssysteme entstehen, geschützt werden.

Mit der neuen Datenschutz-Grundverordnung hat der europäische Gesetzgeber einheitliche Regeln geschaffen, die ein hohes Datenschutzniveau in ganz Europa garantieren und damit wesentliche Themen des Beschäftigtendatenschutzes bereits abdecken. Allerdings enthält sie keine speziellen Regeln für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes, so dass wir in Deutschland die den Mitgliedstaaten eröffneten Gestaltungsspielräume im Sinne eines transparenten Beschäftigtendatenschutzes nutzen können.

Einige Themen sollten national präzisiert werden, so z. B. die datenschutzrechtliche Bewertung der privaten Nutzung von Telekommunikation und Internet am Arbeitsplatz und die Verwendung von privaten „social media“-Daten durch den Arbeitgeber.

Strafrecht

Öffentlichkeit im Strafverfahren – Transparenz und Schutz der Verfahrensbeteiligten

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Karsten Altenhain, Düsseldorf

I. Vor- und Zwischenverfahren

1. Der medienrechtliche Auskunftsanspruch im Strafverfahren sollte einheitlich für alle Medien (Presse, Rundfunk, Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten) geregelt werden.
 - a) Dem Bund steht hierfür die Gesetzgebungskompetenz zu.
 - b) Die Regelung sollte in der StPO und dort im 1. Abschnitt des 8. Buchs (§§ 474 ff.) stehen.
 - c) Sie sollte nur einen Auskunftsanspruch gewähren, keinen Anspruch auf Akteneinsicht oder auf Kopien aus der Akte.
 - d) Sie sollte so formuliert werden, dass eindeutig ist, dass sie nicht nur einen Auskunftsanspruch gewährt, sondern auch zur Erteilung der Auskunft ermächtigt.
 - e) In der Regelung sollte unterschieden werden zwischen allgemeinen Auskünften (z. B. über die ermittelnde Behörde, durchgeführte Maßnahmen, das Tatgeschehen in seinen wesentlichen Zügen, Stand und Abschluss des Verfahrens), die grundsätzlich erteilt werden dürfen, und personenbezogenen Auskünften, die nur ausnahmsweise erteilt werden dürfen.
 - f) Soweit es personenbezogene Auskünfte über Beschuldigte, Verletzte oder Zeugen betrifft, sollte die Regelung auf Generalklauseln, wie sie in den Landespressesetzen zu finden sind (zB § 4 II Nr. 3 LPG NW), soweit wie möglich verzichten und eindeutig bestimmen, welche Auskünfte zulässig sind. Eine Generalklausel, die die Abwägung ganz dem Rechtsanwender überlässt, ist von der Sache her nicht geboten, nutzt die dem Gesetzgeber zustehende Pauschalierungs- und Typisierungsbefugnis nicht aus und führt zu einer Benachteiligung des Beschuldigten.
 - g) Eine Identifikation des Beschuldigten sollte nur zugelassen werden, wenn er eingewilligt hat, wenn er sich bereits öffentlich als Beschuldigter zu erkennen gegeben hat oder wenn er in der Öffentlichkeit bereits aufgrund allgemein zugänglicher Informationen, die einen Anfangsverdacht begründen, verdächtigt wird.

Weitere Ausnahmen setzen voraus, dass das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörde ohne eine Identifikation des Beschuldigten gar nicht erklärt werden kann und der diesem durch die Identifikation entstehende Nachteil demgegenüber weniger schwer wiegt.
 - h) Eine personenbezogene Auskunft über den Beschuldigten darf erst erfolgen, nachdem er darüber unterrichtet worden ist.
 - i) Die Befugnis zur Auskunft sollte im Vorverfahren nur der Staatsanwaltschaft zustehen.
2. Es sollte an derselben Stelle in der StPO eine gesetzliche Grundlage für Mitteilungen an die Medien aus eigener Initiative der Staatsanwaltschaft geschaffen werden, um klarzustellen,

dass allgemeine Mitteilungen zum Strafverfahren, die nicht in Rechte Dritter eingreifen, ohne vorherige Medienanfrage erteilt werden dürfen.

3. Eine eindeutige Regelung, inwieweit personenbezogene Informationen zulässig sind, würde deutlicher hervortreten lassen, ob eine Mitteilung die Grenze des Erlaubten überschreitet und daher ein nicht mehr zu rechtfertigender Verstoß gegen § 203 II StGB ist.

4. Die praktische Bedeutung des § 203 II StGB könnte außerdem erhöht werden, indem für Mitteilungen von Amtsträgern der Strafverfolgungsorgane das Strafantragserfordernis des § 205 I 1 StGB abgeschafft wird. Ebenso könnten § 33 KUG und die Beleidigungsdelikte insoweit als Officialdelikte ausgestaltet und aus § 374 I StPO gestrichen werden.

5. Im Strafprozessrecht ist zu erwägen, ob Klarstellungen oder Änderungen bei den Vorschriften zum Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten und zur notwendigen Verteidigung erfolgen sollten, um Waffengleichheit auch bezüglich des Verhältnisses zu den Medien herzustellen. Änderungen beim Rechtsschutz gegen befangene Staatsanwälte und gegen die Verweigerung der Akteneinsicht oder der Bestellung eines Pflichtverteidigers müssten im Rahmen einer grundlegenden Reform dieser Bereiche erfolgen.

II. Hauptverfahren

1. In den 14. Titel des GVG (§§ 169 ff.) sollte eine Regelung aufgenommen werden, die es dem Vorsitzenden erlaubt, Medienplätze in der Hauptverhandlung zu reservieren und Kontingente für bestimmte Medien zu bilden, und die für die Verteilung der Plätze das Losverfahren vorsieht.

2. § 176 GVG sollte um eine Regelung ergänzt werden, die klarstellt, dass der Vorsitzende bei Bild- und Tonaufnahmen außerhalb der Hauptverhandlung die Anonymisierung bestimmter Personen und bei unbefugten Aufnahmen in der Hauptverhandlung deren Löschung und Beschlagnahme über das Ende der Hauptverhandlung hinaus anordnen kann.

3. Das Verbot des § 169 S. 2 GVG muss für die Beweisaufnahme und die Vernehmung des Angeklagten erhalten bleiben.

a) In anderen Stadien der Hauptverhandlung, in denen es nicht um die indisponibele Wahrheitsfindung geht, müssen bei Einwilligung aller Beteiligten Film- und Tonaufnahmen zugelassen werden.

b) Es sollte eine an § 17a I Nr. 2, II BVerfGG angelehnte Regelung für die Entscheidungsverkündungen aller Gerichte eingeführt werden.

c) Eine Film-Ton-Übertragung der Hauptverhandlung in einen Medienraum ist bereits de lege lata zulässig. Trotzdem sollte § 169 GVG um eine entsprechende klarstellende Regelung ergänzt werden.

4. Die rechtswidrige Herstellung und Veröffentlichung von Bild- und Tonaufnahmen der Hauptverhandlung sollte unter Strafe gestellt werden.

5. In § 181 GVG sollte geregelt werden, dass die Beschwerde gegen grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen der Sitzungspolizei eröffnet ist, soweit nicht bereits andere Rechtsbehelfe eingreifen.

6. Es sollte eine Regelung zur Veröffentlichung von Urteilen im GVG geschaffen werden.

Thesen zum Referat von Ministerialrätin Dr. Ina Holznagel, Düsseldorf

Thesen zur Pressearbeit der Staatsanwaltschaften im Ermittlungsverfahren

I. Pressesprecher haben keine Pressefreiheit.

1. Die Ausbildung der Pressesprecherinnen und Pressesprecher von Justiz und Polizei orientiert sich zu stark am Leitbild der „Öffentlichkeitsarbeit“ und zu wenig an den Grundlagen des Presserechts und den Grundrechten.
2. Kommunikationstrainings, die vor allem die „mediengerechte“ Darstellung der Arbeit der Justiz bezwecken und ansonsten hauptsächlich die Krisenkommunikation für den Fall von „Pannen“ erproben, verfehlen die grundrechtliche Bindung der Pressearbeit der Justiz.
3. Die Pressearbeit der Justiz gerät immer dann in gefährliches Fahrwasser, wenn sich die Berichterstattung auf eine emotional aufgeladene „Aufmerksamkeitsökonomie“ ausrichtet.
4. Für diese Fälle bedarf es eines „code of conduct“, der im Wesentlichen einheitlich befolgt wird und durch den die Justiz in Stand gesetzt wird, ihre Pressehoheit auch gegenüber der Polizei zu behaupten.
5. Ein solcher „code of conduct“ kann in der erforderlichen Konkretisierung nicht durch Gesetz, sondern eher durch Verwaltungsvorschriften erfolgen.
6. Daneben ist eine fundierte Ausbildung und angemessene personelle Ausstattung der Pressestellen insbesondere bei den Staatsanwaltschaften unerlässlich.

II. Risiko Inszenierung

1. Ermittlungs- und Strafverfahren liefern die ideale Grundlage für eine inszenierte Berichterstattung. Gerade die Verdachtsberichterstattung eignet sich für die Mechanismen von „Suspense“ und „Storytelling“.
2. Die mediale Inszenierung verfolgt dabei das Ziel, bestehende Antagonismen künstlich zu dramatisieren. Sie ist dann weniger an der Richtigkeit der Nachricht als am Nachrichtenreiz interessiert, auch wenn dieser nur auf Andeutungen und Spekulationen beruht.
3. Justizielle Pressearbeit scheitert, wenn sie sich von Medienvertretern dazu verleiten lässt, eine aktive Rolle in einer derartigen medialen Inszenierung zu übernehmen.
4. Staatsanwaltschaften, deren Ermittlungsarbeit im Wege der „Litigation-PR“ von anwaltlicher oder sonst parteilicher Seite angegriffen wird, dürfen deshalb nicht dem Reflex erliegen, sich durch Preisgabe von Ermittlungsdetails öffentlich zu „rechtfertigen“.
5. Die Pressesprecherinnen und Pressesprecher benötigen dazu mehr Rückendeckung, nicht nur durch die Landesjustizverwaltungen, sondern auch durch die Anwaltschaft.
6. „Erfolgsmeldungen“ dürfen in Ermittlungsverfahren nicht um des bloßen medialen Effekts willen herausgegeben und gestaltet werden.
7. Vor der Verwertung „unterhaltsamer“ Details muss auch in einer anonymisierten Pressemeldung geprüft werden, ob die betroffene Person – und sei es nur in ihrem sozialen Umfeld – dadurch in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt werden kann.

III. Risiko Indiskretion

1. Das Motiv für Indiskretionen in Ermittlungsverfahren ist – neben persönlicher Geltungssucht – meist der Wunsch, Ermittlungen mit Hilfe der Presse zu beeinflussen. Dem dienen insbesondere Strafanzeigen mit „Presseverteiler“. Diese sollten grundsätzlich zunächst im AR-Register eingetragen werden.
2. Die Quelle der Indiskretion in Ermittlungs- und Strafverfahren sind nur im Ausnahmefall die Pressestellen. Diese werden vielmehr regelmäßig anlässlich einer Indiskretion von anderer Seite um „Bestätigung“ dessen gebeten, was der Redaktion zugetragen wurde, damit anschließend unter Berufung auf die „privilegierte Quelle“ gefahrlos berichtet werden kann.
3. Die Preisgabe vertraulicher Informationen aus einem Ermittlungsverfahren durch einen dazu nicht befugten Amtssträger ist eine Straftat. Im Anschluss an die Cicero-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2007 – 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06; bestätigt jüngst durch Kammerbeschluss vom 13. Juli 2015 – 1 BvR 2480/13) bestehen jedoch de facto keine Möglichkeiten, diese Straftaten aufzuklären und das Recht durchzusetzen.
4. Angesichts dieser Entwicklung kann – zumal im Zeitalter der sozialen Medien – die Vertraulichkeit eines Ermittlungsverfahrens de facto nicht mehr garantiert werden. Die Pressestellen können nur noch Strategien erarbeiten, um die Indiskretionsfälle zu moderieren.
5. Die vollständige Verweigerung jeden Kommentars ist in aller Regel keine Option, weil sie Falschmeldungen provoziert und unsachgemäße Parallelermittlungen durch Journalistinnen und Journalisten provoziert.
6. Zumindest in Fällen identifizierender Berichterstattung sind aber zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens Termine von Pressekonferenzen und der Inhalt von Pressemitteilungen zuvor dem Verteidiger und in geeigneten Fällen auch dem Vertreter der Nebenklage zu übermitteln.

IV. Risiko Sabotage

1. Journalistinnen und Journalisten sehen ihre Aufgabe zumeist in der „Enthüllung“ von „Missständen“, ohne an der justizförmigen Klärung der Vorwürfe ein Interesse zu haben. Sie sind deshalb entgegen der Richtlinie 11.4 der Pressekodex in aller Regel nicht bereit, ihre Berichterstattung mit Rücksicht auf eine laufende Ermittlung zurückzustellen.
2. Exklusivität ist wichtiger als Aktualität. Deshalb schieben Journalistinnen und Journalisten eine Berichterstattung kurzfristig auf, wenn sie im Austausch exklusive Zusatzinformationen erhalten können. Entsprechende Vereinbarungen treffen die derart unter Druck gesetzten Pressesprecherinnen und Pressesprecher von Justiz und Polizei weitgehend intransparent und „im rechtsfreien Raum“.
3. Diese Absprachen bergen erhebliche Risiken für die Persönlichkeitsrechte der Beschuldigten und Zeugen.
4. Exklusivitätsabsprachen sind auch im Licht des Artikels 3 GG bzw. der Gleichbehandlungsgrundsätze der Landespressegesetze rechtlich zweifelhaft. Sie werden von den Wettbewerbern toleriert, weil diese hoffen, bei nächster Gelegenheit selbst einen Vorteil aus dieser problematischen Praxis ziehen zu können.

5. Unterbinden ließen sich diese Absprachen nur, wenn eine „Nachrichtensperre“ rechtlich durchsetzbar angeordnet werden könnte.
6. Zumindest sollte die Möglichkeit bestehen, das bewusste In-Kauf-Nehmen einer Sabotage von Ermittlungen durch eine Rüge des Presserates öffentlich zu ahnden.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Heribert Prantl, München/Bielefeld

Allgemeines

1. Das Spannungsverhältnis zwischen Ermittlungsbehörden und Gericht einerseits und der Medienöffentlichkeit andererseits ist spannungsgeladener als früher. Das zeigt sich bei den Urteilsverkündungen, in denen immer häufiger nicht nur über den Angeklagten geurteilt wird, sondern auch über das öffentliche Klima, in dem der Prozess stattgefunden hat. Richter beklagen sich am Ende des Prozesses in ihrer Urteilsbegründung immer öfter über eine mediale Vorverurteilung des Angeklagten, über eine mediale Vorverherrlichung des Opfers oder über Abstimmungs-Rituale im Internet zur Schuld oder Unschuld eines Angeklagten. Die richterliche Kritik daran in der mündlichen Urteilsbegründung kann richtig und sogar geboten sein. Es kann sich dabei um eine sinnvolle Reaktion auf Verhaltensweisen handeln, die als „Störung der Strafrechtspflege/contempt of court“ zu bezeichnen, aber nicht zu bestrafen sind. Es ist zulässig, sich dieses Mittels zu bedienen. Dieses Mittel ist probater als es Forderungen waren, einen Straftatbestand „Störung der Strafrechtspflege“ zu schaffen. Das Mittel der richterlichen Kritik in der Urteilsbegründung ist aber, auch im Wortsinn, ultima ratio. Es gilt, eine prima ratio zu entwickeln.

Ermittlungsverfahren

2. Es sind praktikable Regeln zu öffentlichen Auskünften im Ermittlungsverfahren zu schaffen. Dabei hat folgender Grundsatz zu gelten: Die Staatsanwaltschaft ist als Herrin des Ermittlungsverfahrens auch verantwortlich dafür, der Unschuldsvermutung zu ihrem Recht zu verhelfen. Bis zum Abschluss der Ermittlungen kommt der Unschuldsvermutung eine besondere auskunftsbeschränkende Bedeutung zu.
3. § 353d StGB ist abzuschaffen. Dem beabsichtigten Zweck, nämlich die Unbefangenheit von Laienrichtern oder Zeugen zu gewährleisten und die Persönlichkeitsrechte von Beteiligten zu schützen, wird damit nicht gedient. Die Vorschrift verbietet nur das wörtliche Zitieren aus „amtlichen Schriftstücken“, nicht aber deren sinngemäße Wiedergabe. Das ist unlogisch und falsch – die wörtliche Zitierung kann aus Gründen der Authentizität geboten sein.

Hauptverfahren

4. Die Öffentlichkeit ist weder Feind noch Störer der Strafjustiz; die Öffentlichkeit des Strafverfahrens ist vielmehr Teil des Rechtsstaats- und des fair-trial-Prinzips. Das hat im Zeitalter neuer Medien Konsequenzen, die die Justiz noch nicht gezogen hat. „Die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen“ muss heute andere Gestalt haben als im Jahr

1821. Damals war Paul Anselm Feuerbach Präsident des Appellationsgerichts in Ansbach und schrieb unter dem genannten Titel ein Werk gegen Geheim- und Inquisitionsprozesse. Das bedeutet:

5. Die Strafjustiz braucht mehr Dokumentation und Transparenz. Das rudimentäre schriftliche Formalprotokoll der Hauptverhandlung vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht ist völlig ungenügend. Es enthält keinerlei Inhalte der Aussagen und Erklärungen und verdient deshalb den Namen Protokollierung nicht. An die Stelle des bisherigen Rudimentärprotokolls muss eine audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung treten. Diese Protokollierung dient den Prozessbeteiligten und dem Gericht; sie ist Wissenschaftlern und Journalisten nach dem rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens zugänglich.
6. Eine Videoübertragung der Hauptverhandlung aus einem zu kleinen Sitzungssaal in einen oder mehrere weitere Gerichtssäle muss künftig zulässig sein. Die Verhandlung „ist öffentlich“, heißt es in § 169 Gerichtsverfassungsgesetz. Es steht hier nicht, wie öffentlich sie sein muss. Der geltende § 169 Satz 2 Gerichtsverfassungsgesetz ist daher ausdrücklich zu ändern, um die gerichtsinterne Videoübertragung zu ermöglichen. Mit einem Gerichtsfernsehen, wie man es etwa aus den USA kennt, hat diese Videoübertragung nichts zu tun; sie hat keine Prangerwirkung, sie vergrößert nur den zu kleinen Gerichtssaal.
7. Eine über diese Saal- bzw Säle-Öffentlichkeit hinausgehende Medienöffentlichkeit kann ermöglicht werden, soweit keine individuellen Interessen entgegenstehen. Zu diesen Interessen gehören nicht nur die des Angeklagten, sondern auch die der Zeugen. Es gilt in diesem Zusammenhang die Gefahr der Tribunalisierung des Gerichts zu verhindern.
8. An den fünf obersten Gerichtshöfen des Bundes wird eine Medienübertragung nach dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts zugelassen: Der Beginn der Verhandlungen und die Urteilsverkündung dürfen übertragen werden. Warum? Eine moderne Justiz muss sich ihre Legitimation auch über die Öffentlichkeit immer wieder neu erwerben. Dazu gehört es zumindest, die Produkte der eigenen Arbeit vor der Kamera zu präsentieren. Das Ansehen der Justiz gefährdet nicht ein möglicher Missbrauch der Bilder, sondern die Weigerung der Richter, sich auch nur in so kleinem Umfang der Medienöffentlichkeit zu stellen.
9. Es ist zu erwägen, ob Verhandlungen an den obersten Gerichtshöfen – u. U. zeitversetzt – via Livestream im Internet zur Verfügung gestellt werden können.
10. Journalisten im Sinne der im Ermittlungs- und Strafverfahren geltenden Regeln für die Beteiligung der Öffentlichkeit sind hauptberuflich tätige Journalisten und solche, die von einer Redaktion für ihre journalistische Tätigkeit beauftragt wurden.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. h. c. Gerhard Strate, Hamburg

Zum Vorverfahren:

Die Regelung eines für alle Medien geltenden einheitlichen Auskunftsanspruchs sollte in der Strafprozessordnung erfolgen. Jedenfalls dann, wenn es um personenbezogene Auskünfte über Beschuldigte, Verletzte oder Zeugen geht, sollte die gesetzliche Regelung kein Abwägungsermessen eröffnen, sondern die Voraussetzungen der Auskunftserteilung den verschiedenen Fallkonstellationen angepasst spezifisch bezeichnen.

§ 353d StGB behindert die wahrheitsgemäße Berichterstattung durch die Medien ebenso wie die auf Dokumente gestützte Verteidigung des Beschuldigten. Er sollte ersatzlos gestrichen werden.

Zum Hauptverfahren:

Die Entwicklung zur Informations- und Mediengesellschaft hat inzwischen einen Stand erreicht, der es gebieten würde, die Gerichtssäle der interessierten Öffentlichkeit via Rundfunk- oder Fernsehaufnahmen deutlich weiter zu öffnen, als dies nach bestehendem Gesetzesrecht für zulässig angesehen wird.

§ 169 Satz 2 StPO in seiner geltenden Fassung beschränkt die optisch und akustisch authentische Darstellung des Geschehens in der Hauptverhandlung. Die Öffentlichkeit, die keine Gelegenheit hat, im Gerichtssaal Platz zu nehmen, ist von vornherein darauf beschränkt, mit Berichten aus zweiter Hand zu leben. Das Niveau dieser Berichterstattung ist in den letzten zwanzig Jahren massiv abgesunken. Hierbei haben die Printmedien sich dem schnelllebigen Erzählstil der audiovisuellen Medien angepasst und zunehmend auf eine qualifizierte Gerichtsreportage verzichtet. Die aktuell eingesetzten Reporter haben – von wenigen Ausnahmen abgesehen – kein Verständnis für die strukturellen Eigenheiten unseres Rechtswesens, geschweige denn, dass sie mit ihrer Berichterstattung das Vertrauen des Bürgers in das Funktionieren des Rechtsstaats fördern.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung erscheint es angezeigt, „eine über die Saalöffentlichkeit hinausgehende Medienöffentlichkeit zu ermöglichen, soweit dem keine gegenläufigen Belange entgegenstehen“ (BVerfGE 103, 44, 72 [Minderheitsvotum]) – das gilt auch für den Strafprozess.

Öffentliches Recht

Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Klaus F. Gärditz, Bonn

1. Hinter dem subjektiven Rechtsschutzsystem des deutschen Verwaltungsprozessrechts steht ein materielles Freiheitskonzept, das das Paradigma individueller Selbstbestimmung im Prozess fortsetzt. Prozessfunktionen sind daher grundsätzlich auf subjektiven Individualrechtsschutz zu beschränken, um dessen Effektivität zu sichern.
2. Eine auf Individualrechtsschutz austarierete Klagebefugnis sichert die Primärfunktion der Verwaltungsgerichte, wirksamer Schutzschild der Einzelnen gegen die öffentliche Gewalt zu sein, und ist daher beizubehalten. Das Modell der Interessentenklage empfiehlt sich nicht.
3. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit darf nicht zum Reparaturbetrieb der Verwaltung werden. Eine Stärkung von Funktionen objektiver Verwaltungskontrolle im Allgemeininteresse gegenüber der Primärfunktion des Verwaltungsprozesses, effektiven Individualrechtsschutz zu gewährleisten, ist abzulehnen.
4. Ein systematischer Ausbau des überindividuellen Rechtsschutzes ist abzulehnen.
5. Verbandsklagen können allenfalls eine punktuelle Ergänzung sein, dürfen aber nicht den Individualrechtsschutz aus dem Systemmittelpunkt drängen.
 - a) Von Verbandsrechtsschutz ist dort abzusehen, wo durchsetzbare subjektive Rechte zur Verfügung stehen.
 - b) Das bloße Fehlen individualschützender Normen rechtfertigt die Einführung von Verbandsklagen nicht. Erforderlich ist vielmehr ein strukturelles Vollzugsdefizit, das gerade auf der mangelnden gerichtsförmlichen Klagbarkeit gründet.
6. Die Öffnungsklausel in § 42 Abs. 2 VwGO, die es dem Landesgesetzgeber ermöglicht, überindividuellen Rechtsschutz zu eröffnen, sollte im Interesse der Gesamtkohärenz und Einheitlichkeit des Rechtsschutzes gestrichen werden.
7. Subjektive Rechte sind nur dort materiell gerechtfertigt, wo diese auf einem personalen Substrat individualisierbarer Freiheitsinteressen gründen. Auf klagbare Ansprüche zur Durchsetzung von Kollektivinteressen (paradigmatisch ein „Recht auf Erhaltung natürlicher Lebensräume“) sollte verzichtet werden.
8. Die Schaffung von Klagerchten betrifft einen mehrpoligen Grundrechtskonflikt, da Drittbetroffene freiheitsrelevanten Prozessrisiken und Zeitverlusten ausgesetzt werden. Das Schutzinteresse Dritter auf Rechtsschutzfreiheit ist bei der künftigen Ausgestaltung von Klagerchten verstärkt zu berücksichtigen.

9. Verbands- oder Interessentenkläger benötigen keinen effektiven Rechtsschutz, da sie keine individuellen Freiheitsrechte gegen den Staat verteidigen. Für objektive Beanstandungsverfahren ist daher ein reduziertes Sonderprozessrecht einzuführen, das die gerichtliche Kontrolldichte beschränkt.
10. Materielle Präklusionsregelungen dienen der gestuft-arbeitsteiligen Abschtung von Konflikten und schützen damit die Eigenleistungen des Verwaltungsverfahrens. Hieran ist im Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen festzuhalten.
11. Eine hohe Kontrolldichte durch eine neutrale, vom Entscheidungsgegenstand distanzierte und institutionell unabhängige Justiz ist ein rechtsstaatlicher Eigenwert. Ein Rückbau der Kontrolldichte zugunsten einer stärkeren Eigenverantwortung der Verwaltung ist daher nicht zu empfehlen.
12. Komplexität als solche ist kein hinreichender Grund, der Verwaltung pauschal Beurteilungsspielräume zuzuweisen und die gerichtliche Kontrolldichte substantiell zurückzunehmen. Am grundsätzlichen Anspruch auf Vollkontrolle ist auch in komplexen Gebieten des Umwelt-, Technik- und Wirtschaftsverwaltungsrechts festzuhalten.
13. Um eine Konzentration auf das Wesentliche zu ermöglichen und so die Kontrollressourcen gezielter wie effektiver einzusetzen, wird empfohlen, die Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen (§ 86 Abs. 1 Satz 2 VwGO) in das pflichtgemäße Ermessen des Verwaltungsgerichts zu stellen.
14. Das Fachrecht darf auch in anspruchsvollen Regelungsgebieten nicht primär nach den praktischen Gestaltungsbedürfnissen der Verwaltung strukturiert werden, sondern muss effektiven Rechtsschutz ermöglichen.
15. Eine hinreichende materielle Regelungsichte hält die Rechtsanwendung transparent und kontrollierbar, was für ein rechtsstaatliches Verwaltungsrecht unverzichtbar ist. Die materielle Programmierung der Verwaltung sollte daher nicht einseitig zu Gunsten einer Prozeduralisierung zurückgenommen werden.
16. Eine hohe gerichtliche Kontrolldichte stärkt über das Kassationsrisiko die operativ handelnden Verwaltungsbeamten dabei, auf der Rechtllichkeit von Entscheidungen zu bestehen und insoweit gerade ihrer durch Art. 33 Abs. 5 GG zgedachten Rolle gerecht zu werden, balancierendes Gegengewicht zum politischen Kräftespiel zu sein.
17. Wahrgenommene Komplexität ist primär durch demokratische Gesetzgebung zu bewältigen, die Handlungsorientierung und rechtliche Kontrollmaßstäbe schafft, statt Gemeinwohlverantwortung – wie im Regulierungsrecht – zunehmend auf halbautonome Verwaltungsexpertokratien abzuwälzen.
18. Das Verwaltungsprozessrecht muss Konflikte in einer bunten Vielfalt unterschiedlicher Rechtsgebiete bewältigen. Statt durch abstrakte Einheitsbildung im Rahmen der VwGO sollte auf Sonderbedürfnisse des Fachrechts primär durch gegenständlich begrenzte sondergesetzliche Regelungen (Referenz: UmwRG, AsylG, TKG) reagiert werden.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Prof. Dr. Martin Beckmann, Münster

1. Die vorrangige Ausrichtung des Verwaltungsrechtsschutzes auf den Individualrechtsschutz hat sich bewährt und sollte deshalb beibehalten werden. Ein grundlegender Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist – gemessen an der Vielzahl der Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist – auch unter dem Einfluss des Unionsrechts nicht erforderlich.
2. Eine Erweiterung des Individualrechtsschutzes in Bereichen individueller Betroffenheit, insbesondere im Zusammenhang mit der Gefahren- und Risikovorsorge, sowie der Ausbau des überindividuellen Rechtsschutzes dort, wo mangels verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung im Individualrechtsschutz Vollzugsdefizite zu befürchten sind, sind sinnvoll.
3. Die Beschränkung des Individualrechtsschutzes auf den Bereich der Gefahrenabwehr ist überholt. Auch Vorschriften zur Risiko- und Gefahrenvorsorge können Individualrechtsschutz vermitteln. Der Gesetzgeber sollte dies in den jeweiligen Fachgesetzen klarstellen. Insofern ist eine Erweiterung der Klagerechte von Bürgern durch den Gesetzgeber selbst und nicht allein im Wege unionsrechtskonformer Auslegung anzustreben.
4. Individualrechtsschutz sollte entsprechend der Empfehlung des Gutachters – unter Beachtung des Völkerrechts und des Unionsrechts – nur dort eingeräumt werden, wo tatsächlich auch individuelle Betroffenheiten in Rede stehen. Ansprüche auf Durchsetzung von reinen Kollektivinteressen, z. B. ein Recht auf Erhaltung natürlicher Lebensräume, durch private Kläger sollten vermieden werden.
5. Ein Sonderprozessrecht für Verbandsklagen, mit dem Verfahrens- oder Prozessrechte der Umweltverbände im Vergleich zu den Verfahrens- und Prozessrechten von Individualklägern eingeschränkt werden, ist abzulehnen.
6. Der Gesetzgeber auf europäischer und deutscher Ebene sollte im jeweiligen Rechtssetzungsverfahren prüfen, ob das Wirksamwerden gesetzlicher Regelungen, für deren rechts-sichere Anwendung eine Konkretisierung durch untergesetzliche Regelungen bzw. technischer Regelwerke erforderlich oder zumindest sinnvoll ist, von der Verabschiedung und dem Inkraftsetzen solcher untergesetzlicher Regelwerke abhängig gemacht werden soll.
7. Der Gesetzgeber auf europäischer und deutscher Ebene sollte die Frage, wann der Verwaltungsbehörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, nicht allein der Gesetzesauslegung durch die Verwaltungsgerichte überlassen, sondern in geeigneten Fällen ausdrücklich regeln, ob und in welchem Umfang ein solcher Beurteilungsspielraum unter Beachtung der rechtsstaatlichen Anforderungen eingeräumt wird. Ein partieller Rückbau der Kontrollrechte zu Gunsten einer stärkeren behördlichen Eigenverantwortung ist zu empfehlen.
8. Die Bundesregierung wird aufgefordert, sich auf völkervertraglicher und europäischer Ebene für die Zulässigkeit eines materiellen Einwendungsausschlusses bei hinreichend langen Einwendungsfristen und bei Vermeidung unzumutbar hoher Anforderungen an den Inhalt solcher Einwendungen einzusetzen. Auf eine Verfahrenspräklusion sollte verzichtet werden, soweit es in einem sich anschließenden keinen materiellen Einwendungsausschluss gibt.

9. Der Gesetzgeber sollte zunehmend selbst bestimmen, welche Verfahrensfehler unabhängig davon, ob eine Beeinflussung der Entscheidung in der Sache nachgewiesen werden kann, zur Aufhebung der Verwaltungsentscheidung führt. Der vom Gesetzgeber selbst definierte Kreis absoluter Verfahrensfehler sollte erweitert werden.

10. Der Gesetzgeber sollte in den einschlägigen Fachgesetzen Vorschriften zur Heilung auch von materiellen Fehlern vorsehen. Vorbild könnte die Bestimmung über das ergänzende Verfahren in der Planfeststellung in § 75 Abs. 1 a Satz 2 VwVfG sein, wonach Mängel der Entscheidung nur dann zu ihrer Aufhebung führen, wenn sie nicht durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden können.

11. Der Gesetzgeber wird aufgefordert, Planerhaltungsvorschriften so zu ändern, dass Mängel bei der Abwägung der von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange nur dann nicht erheblich sind, wenn offensichtlich ist, dass sie das Abwägungsergebnis nicht beeinflussen.

12. Zur Begrenzung des Prozessesstoffes ist es sinnvoll, die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung auf den fristgerechten Vortrag der Prozessparteien zur Begründung der von ihnen angekündigten Anträge zu beschränken.

13. Innerhalb des Sachvortrags der Parteien sollte es jedoch bei dem Untersuchungsgrundsatz bleiben. Es ist deshalb nicht angezeigt, die Aufklärung des von den Prozessparteien fristgerecht vorgetragenen Sachverhalts in das Ermessen der Verwaltungsgerichte zu stellen.

14. Um eine höhere Spezialisierung zu ermöglichen, sollten spezielle Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte in den Bundesländern bei einzelnen Verwaltungsgerichten konzentriert werden.

15. Der Gesetzgeber sollte für Klageverfahren, in denen eine über den Individualrechtsschutz hinausgehende Vollkontrolle stattfindet, die rechtzeitige Durchführung eines Erörterungstermins obligatorisch vorschreiben und damit abweichend von § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO nicht in das Ermessen des Gerichts stellen.

16. Die für die Berechnung der Prozesskosten maßgebliche Streitwertbestimmung durch die Verwaltungsgerichte ist zumeist nicht geeignet, der im Verwaltungsprozess obsiegenden Partei zu einer angemessenen Kostenerstattung zu verhelfen. Die Streitwerte sollten deshalb – ohne in unzumutbarer Weise von einer Klageerhebung abzuhalten – angemessen von den Gerichten erhöht und gegebenenfalls durch den Gesetzgeber selbst mit Mindestwerten festgelegt werden.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Annette Guckelberger, Saarbrücken

Ausgangssituation

1. Die deutschen Verwaltungsgerichte sind zunehmend in die Rolle funktionaler Unionsgerichte hineingewachsen. Es bietet sich daher an, dies am Anfang der Verwaltungsgerichtsordnung durch eine Aufgabenumschreibung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hervorzuheben.

2. Wegen der unionsrechtlichen Determinierung vieler verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten gerät (auch) das Verwaltungsprozessrecht zunehmend unter Anpassungsdruck.

Bezogen auf die einzelnen prozessualen Regelungen ist zu prüfen und zu entscheiden, ob und inwieweit diese behutsam fortzuentwickeln sind, ob die Nachjustierung (zunächst) bereichsspezifisch oder in der Verwaltungsgerichtsordnung, nur für unionsrechtlich infiltrierte Streitigkeiten oder darüber hinausgehend erfolgen soll. Anstelle auf nationalen prozessualen Ausgestaltungen bis zu deren Beanstandung als unionsrechtswidrig zu beharren, sollte eine prospektive Strategie eingeschlagen werden.

Klagearten

3. Infolge des Rechtsschutzgrundrechts in Art. 47 GRCh kommt der Verwaltungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsprechungsverbund eine Auffangfunktion zu. Grundsätzlich können die Mitgliedstaaten ihrer Pflicht aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV durch das Arsenal ihrer herkömmlichen Rechtsschutzformen Rechnung tragen. Bislang erweist sich insbesondere die Feststellungsklage (§ 43 VwGO) als ein geeignetes Instrument zur Vermeidung etwairger Rechtsschutzlücken.

4. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des richtigen Beklagten hat der Bundesrat die Bundesregierung im Hinblick auf die Safe-Harbor-Entscheidung des EuGH zur Einräumung eines Klagerechts für Datenschutzaufsichtsbehörden durch Bereitstellung einer „spezielle[n] Form einer objektiven Feststellungsklage“ aufgefordert. Hält man einen solchen Rechtsbehelf für notwendig, sollte dieser bereichsspezifisch im Bundesdatenschutzgesetz ausgeformt werden.

Klagebefugnis

5. Bekanntermaßen erkennt das Unionsrecht gegenüber dem deutschen Recht großzügiger gerichtlich durchsetzbare Rechte des Einzelnen an, weshalb diverse Lösungen zur Umsetzung seiner Vorgaben und zur Fortentwicklung des nationalen Rechts vorgeschlagen werden (Weg über die Öffnungsklausel in § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO, sollte kein subjektives öffentliches Recht i. S. d. klassischen Schutznormtheorie vorliegen; unionsrechtskonforme Auslegung des § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO; spezielle Regelung i. S. e. Interessentenklage bei unionsrechtlich determinierten Rechten; allgemeiner Übergang zur Interessentenklage; Abschaffung des § 42 Abs. 2 VwGO unter Beibehaltung des § 113 Abs. 1 VwGO). Da es kaum Mitgliedstaaten gibt, welche die Begründetheitsprüfung des Rechtsbehelfs auf das Vorliegen einer subjektiven Rechtsverletzung beschränken, ist dem zuletzt genannten Vorschlag eine klare Absage zu erteilen. Gute Argumente sprechen dafür, von einer speziell auf das Unionsrecht bezogenen Regelung zur Klagebefugnis abzusehen.

6. Für einen Übergang zu einer großzügigeren Interessentenklage spricht, dass sie zu einer besseren prozessualen Durchsetzung des Unionsrechts beitragen könnte. Mehrere sekundärrechtliche Rechtsschutznormen belassen den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen Interessen- und Verletzenklage. Dies belegt, dass Letztere zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts ebenso geeignet ist. Weil sich die Entwicklung der Rechtsschutzanforderungen auf Unionsebene schwer abschätzen lässt, empfiehlt es sich momentan nicht, von § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO Abstand zu nehmen.

7. Verbandsklagen sind in Rechtsbereichen mit belegbaren strukturellen Vollzugsdefiziten in Erwägung zu ziehen (im Umwelt-, möglicherweise im Tierschutz- und Denkmalschutzrecht). Des Weiteren können Verbandsklagen dort sinnvoll sein, wo eine besondere Durchsetzungsschwäche des individuellen Rechtsschutzes zu verzeichnen ist (z. B. für Menschen mit Behinderung, möglicherweise im Datenschutzrecht). Auch wenn keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einführung derartiger Verbandsklagen besteht, ist dem Gesetzgeber die Implementierung solcher Rechtsschutzmöglichkeiten angesichts (landes-)verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, Schutzaufträge sowie der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte nicht verwehrt.

8. Wegen der Systemscheidung des Grundgesetzes für den Individualrechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) sowie einer Vielzahl primär- und sekundärrechtlicher Rechtspositionen für Einzelne können Verbandsklagen den Individualrechtsschutz immer nur punktuell arrondieren. Es ist Sache des Gesetzgebers, diese beiden Rechtsschutzformen unter Berücksichtigung der konfligierenden Rechtspositionen angemessen auszutarieren.

9. Wie ein Blick auf Art. 9 Abs. 2 Aarhus-Konvention (nachfolgend: AK) und die sekundärrechtlichen Umsetzungsnormen belegt, ist vor Verallgemeinerungen des Inhalts Vorsicht geboten, dass vom Verbandsrechtsschutz bei durchsetzbaren subjektiven Rechten abzusehen ist. Auch hinsichtlich einer Durchsetzungsschwäche individuellen Rechtsschutzes greift diese Annahme zu kurz.

10. Bei den sog. prokuratorischen Rechten wird einer Person oder einem Verband ein subjektives öffentliches Recht zur Durchsetzung fremder oder altruistischer Interessen eingeräumt. Dass prokuratorische Verbandsrechte rechtskonstruktiv möglich sind, zeigt ein Blick auf das Zivilrecht (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG). Solche Rechte setzen eine besondere gesetzliche Einräumung voraus. Angesichts der Besonderheiten des Öffentlichen Rechts sollten jedoch keine prokuratorischen Verbandsrechte eingeführt werden. Stattdessen sollte den Verbänden die Anrufung der Gerichte unabhängig von einer subjektiven Rechtsverletzung ermöglicht werden.

11. Eine Streichung der Öffnungsklausel in § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO ist aus Rücksichtnahme auf die Bundesländer und zur besseren Implementierung unionsrechtlicher Rechtsschutzvorgaben abzulehnen. Die Antragsbefugnis in § 47 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO sollte ebenfalls mit einer Öffnungsklausel versehen werden.

12. Von einer Zusammenfassung aller öffentlich-rechtlichen Verbandsklagen in einem Verbandsklagegesetz oder in einer Verbandsklageordnung ist angesichts ihrer Ausdifferenziertheit abzuraten. Sinnvoller wäre es, langfristig in die Verwaltungsgerichtsordnung eine allgemeine Vorschrift zur Verbandsklage aufzunehmen, die mit bereicherspezifischen Regelungen zu kombinieren ist. Unter Beteiligung von Wissenschaft und Praxis sollte ein entsprechender Normvorschlag erarbeitet werden. Bei einem solchen Schritt bestünde die Gelegenheit, § 42 Abs. 2 VwGO in eine allgemeine Vorschrift über die Klagebefugnis zu überführen.

13. Ein Sonderprozessrecht für Verbandsklagen (z. B. Unterstellung unter den Bebringungsgrundsatz, erhöhte Substantiierungserfordernisse oder eine Zurückführung der gerichtlichen Kontrolldichte) ist nicht empfehlenswert, insbesondere wenn das Unionsrecht Verbände anderen klagebefugten Personen gleichstellt.

Verfahrensrechtsschutz

14. Eine Änderung der prozessualen Vorschriften im Hinblick auf den Verfahrenrechtsschutz ist momentan nicht geboten. Die Regelung in § 4 Abs. 1a S. 2 UmwRG zur Beweislast hinsichtlich der Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern lässt sich verallgemeinern. Gegebenenfalls ist § 44a VwGO bereichsspezifisch zu modifizieren. Bei einer Zunahme absoluter Verfahrensrechte infolge des Unionsrechts liegt eine Modifizierung des § 44a VwGO nahe.

Untersuchungsgrundsatz und Präklusion

15. Der Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 S. 1 VwGO ist weiterhin beizubehalten. Modifizierungen sollten keinesfalls ohne Blick auf die Ausgestaltung dieser Maxime in Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit getroffen werden.

16. Infolge der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-137/14, wonach Art. 11 Abs. 1 UVP-Richtlinie und Art. 25 Abs. 1 IE-Richtlinie keine materielle Präklusion erlauben, wird dieses Instrument an Bedeutung verlieren. Um Erfahrungen zu sammeln, liegt es nahe, zunächst nur in diesem Rechtsbereich von der materiellen Präklusion Abstand zu nehmen, ohne dabei zwischen europäischem und nationalem Recht zu differenzieren. Im Unterschied zum RefE-UmwRG sollte nicht nur hinsichtlich der Implementierung von Art. 9 Abs. 2 AK, sondern auch im Hinblick auf dessen Absatz 3 von der materiellen Präklusion Abstand genommen werden. § 47 Abs. 2a VwGO ist zu streichen.

17. Aus Gründen der Verfahrenseffizienz darf der Gesetzgeber weiterhin formelle Präklusionsvorschriften verwenden, die jedoch angemessen auszugestalten sind. Ergänzend sollte eine Missbrauchsklausel i. S. d. EuGH-Rechtsprechung eingeführt werden. Denkbar wäre auch, bereichsspezifisch Fristvorgaben für die Begründung des gerichtlichen Rechtsbehelfs vorzusehen, die jedoch bei komplexen Zulassungsentscheidungen ausreichend lange bemessen oder durchlässig sein müssen.

Begründetheit

18. An der Spiegelbildlichkeit von Klagebefugnis und Begründetheitsprüfung (s. § 113 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 1 VwGO) kann weiterhin festgehalten werden. Allerdings sollten diese Normen um die Formulierung „soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“ ergänzt werden.

19. Weil es nur wenige explizite Vorgaben zur Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte gibt, lassen sich hierauf bezogene Unionsrechtsvorgaben meistens ohne Schwierigkeiten implementieren. Vergleichbar der für das deutsche Recht etablierten normativen Ermächtigungslern haben die Verwaltungsgerichte zu prüfen, ob sich aus dem Unionsrecht Entscheidungsspielräume ergeben, und wenn ja, welche Folgen dies für den anzuwendenden Kontrollmaßstab zeitigt. Allein der Umstand, dass das Unionsrecht teilweise einen weitergehenden Zugang zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, sollte nicht zum Anlass genommen werden, ihre Kontrolldichte in der Sache sozusagen kompensierend zurückzuführen.

Thesen zum Referat von Präsident des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. h. c. Klaus Rennert, Leipzig/Freiburg

I. Grundsätze

1. Der Verwaltungsprozess dient dem Schutz materieller subjektiv-öffentlicher Rechte. Das ist durch nationales Verfassungsrecht geboten und hat zu einem dichten und niveaullaven Grundrechtsschutz geführt. Die Verletztenklage als Kern des Verwaltungsprozesses sollte daher nicht aufgegeben werden. In Rede steht – nur, aber immerhin – die Ergänzung um objektive Kontrollverfahren, wo die Verletztenklage strukturelle Kontrolldefizite aufweist.
2. Die Ausrichtung am materiellen subjektiven Klägerrecht trägt im Sinne eines durchgebildeten Rechtsschutzsystems die wichtigsten prozessualen Rechtsinstitute (wie die Verpflichtungsklage, die Beiladung oder den einstweiligen Rechtsschutz). Die Implementierung eines objektiven Kontrollverfahrens (etwa auf Verbandsklage hin) sollte sich an diesem Standard orientieren, erfordert aber besondere Begründungen.
3. Das subjektive Rechtsschutzmodell ist dem objektiven Kontrollverfahren überlegen. Es ist im europäischen Rechtsvergleich auch auf dem Vormarsch. Deutschland sollte es rechtsvergleichend und rechtspolitisch (im Rahmen der europäischen Rechtsetzung ebenso wie in der Prozessvertretung vor dem Europäischen Gerichtshof) offensiv vertreten.

II. Gerichtszuständigkeit

4. In Gerichtsverfahren, die UVP-pflichtige Vorhaben betreffen und durch Verbandsklage eingeleitet werden können, sollte nur eine Tatsacheninstanz bestehen.
5. Die Eingangszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sollte zugunsten der Oberverwaltungsgerichte deutlich reduziert werden.

III. Zugang zu Gericht

6. Anerkannten Umwelt- und Naturschutzverbänden sollte ein Klagerecht gegen jede staatliche Entscheidung eingeräumt werden, durch welche ein UVP-pflichtiges Vorhaben zugelassen oder dessen Zulassung verändert wird. Der Verband sollte damit die Verletzung derjenigen Vorschriften des objektiven Rechts rügen dürfen, zu deren Schutz er nach seiner Satzung gegründet und anerkannt wurde. Vergleichbare Klagerechte können anerkannten Verbänden oder Ombudsleuten auf anderen Rechtsgebieten (etwa dem Datenschutzrecht) eingeräumt werden, wenn das subjektive Rechtsschutzsystem vergleichbare strukturelle Kontrolldefizite aufweist oder Unionsrecht es gebietet.
7. Das Klagerecht der anerkannten Verbände und Ombudsleute sollte in Analogie zur Verletztenklage ausgestaltet werden: Es sollten dieselben Klage-, Klagebegründungs- und Rechtsmittelfristen gelten; die gerichtliche Kontrolldichte sollte nicht geringer sein; es sollten dieselben Verfahrensgrundsätze (namentlich ebenfalls der Untersuchungsgrundsatz) gelten;

der Verband sollte ebenfalls die Verpflichtung der Behörde (etwa zu einer Planergänzung – „kupierte Anfechtungsklage“) verlangen können; schließlich sollte auch § 80 Abs. 5 VwGO entsprechende Anwendung finden.

8. Wenn der in seinen subjektiven Rechten Betroffene vorgelagerte Stufen einer Planungskaskade (z. B. Raumordnungspläne) nicht als solche anfechten, sondern lediglich deren inzidente Überprüfung im Rahmen der Klage gegen die Zulassungsentscheidung auf der letzten Planungsstufe verlangen kann, so sollte auch für anerkannte Verbände nichts anderes gelten.

IV. **Verwaltungsverfahren und Prozessstoff**

9. Vorschriften über eine materielle Präklusion im Anwendungsbereich der Aarhus-Konvention sind aufzuheben; eine Missbrauchspräklusion bleibt unbenommen. Gleichwohl sollte die Bundesregierung darauf hinwirken, dass die materielle Präklusion – unter der Voraussetzung auskömmlicher Vortragsfristen im Verwaltungsverfahren – im Unionsrecht wieder zugelassen wird. Einsteilen sollte auf anderem Wege sichergestellt werden, dass die Genehmigungsbehörde den gesamten Streitstoff kennt und das Verwaltungsgericht sich auf eine nachgängige Überprüfung der Behördenentscheidung beschränken kann.

10. Die Frist zur Stellungnahme zum Planentwurf im Verwaltungsverfahren sollte für anerkannte Verbände nicht kürzer sein als für vom Vorhaben berührte andere öffentliche Stellen und Behörden. Anerkannte Verbände sollten insofern nicht den in subjektiven Rechten Betroffenen, sondern (anderen) Repräsentanten von Gemeinwohlbelangen gleichstehen. Freilich sollte verspäteter Vortrag eines Verbandes zurückgewiesen werden können, wenn die Verspätung auf Missbrauch beruht; derart zurückgewiesener Vortrag sollte dann auch in einem nachfolgenden Prozess unberücksichtigt bleiben.

11. Es sollte generell – also für die Verletztenklage wie für die Verbandsklage – eine Frist zur Klagebegründung von zwei Monaten eingeführt werden, die im selben Zeitpunkt wie die einmonatige Klageerhebungsfrist zu laufen beginnt. Die Frist kann vom Gericht nach den aus dem Rechtsmittelrecht bekannten Regeln verlängert werden. Verspäteter Vortrag ist aber generell zurückzuweisen, sofern die Verspätung nicht entschuldigt wird; auf eine Verzögerung kommt es nicht an (formelle Präklusion).

12. Führt die Behörde während des Rechtsstreits, namentlich mit der Klageerwiderung, ihrerseits neuen Streitstoff ein, so sollte das Gericht ermächtigt werden, dem Kläger eine angemessene Frist zur Replik mit derselben Ausschlusswirkung zu setzen. Die allgemeinen Regeln zu Planergänzungen bleiben unberührt.

V. **Beweismittel**

13. Es sollte im Bund und in jedem Land auf gesetzlicher Grundlage eine gesonderte Gutachtenstelle für Umwelt- und Naturschutz eingerichtet werden, die institutionell unabhängig ist und deren Gutachter sachlich unabhängig sind und die entweder selbst sachverständige Gutachten mit gesetzlich erhöhter Validität (wenngleich ohne materielle Bindungswirkung) erstatten oder die methodische Validität anderer Sachverständigengutachten attestieren kann.

14. Der Vorhabenträger sollte verpflichtet werden, die gesetzlich vorgeschriebenen Sachverständigengutachten für das Vorhaben zu einem möglichst frühen Zeitpunkt durch diese Gutachtenstelle erstatten oder hinsichtlich ihrer methodischen Validität attestieren zu lassen.
15. Im Prozess kann die Beweiskraft derartiger Sachverständigengutachten nur unter erschwerten Bedingungen erschüttert werden. Gelingt dies (etwa weil die vorauszusetzende Unabhängigkeit der Gutachtenstelle fehlt), so ist das Gericht in der Bestellung eines gerichtlichen Sachverständigen frei.

VI. Gerichtsvergleich

16. Es sollte gesetzlich geklärt werden, dass auch Verbandskläger einen Gerichtsvergleich schließen dürfen.

VII. Prozesskosten

17. Durch einen neuen § 155a VwGO sollte bestimmt werden, dass das Gericht der obsiegenden Behörde (sowie dem beigeladenen Vorhabenträger) nach billigem Ermessen einen Teil der Prozesskosten auferlegen kann, wenn die Behörde zuvor den Einwänden des Klägers teilweise Rechnung getragen hat, ohne dass dies zur teilweisen Erledigung des Rechtsstreits geführt hat.

Wirtschaftsrecht

Empfiehlst sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Carsten Schäfer, Mannheim

I. Rechtsformübergreifende Grundsatzfragen (Teil C)

1. Der Kreis der rechtsfähigen Gesellschaften sollte gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage nicht verändert werden. Der Gesetzgeber sollte die Rechtsfähigkeit aber explizit regeln, und zwar für sämtliche Außengesellschaften, nicht jedoch für Innengesellschaften.
2. Von einem generellen Systemwechsel nach österreichischem Vorbild sollte abgesehen werden, insbesondere sollten OHG und KG nicht zu Formkaufleuten umgeformt werden; die hierfür erforderliche Einführung einer stets konstitutiv wirkenden Eintragung sollte nicht erwogen werden. Das PartGG sollte erhalten bleiben.
3. Maßgeblich für die Abgrenzung der rechtsfähigen Außen- zur nichtrechtsfähigen Innengesellschaft sollte der gemeinschaftliche, auf ein Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr gerichtete Wille der Gesellschafter bleiben. Seine Feststellung sollte durch gesetzliche Vermutungsregeln nach österreichischem Vorbild (§ 1176 ABGB) unterstützt werden (vgl. Nr. 6).
4. Allgemeine Grundsätze und Institute des Personengesellschaftsrechts wie Treupflicht, Gleichbehandlungsgrundsatz und Wettbewerbsverbot sollten ungeregelt bleiben.
5. Eine generelle Einschränkung der Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen ist ebenso wenig veranlasst wie ihre noch stärkere Erweiterung, und zwar auch dort, wo das Personengesellschaftsrecht ausnahmsweise strenger ist als das Recht der Kapitalgesellschaften, also beim Prinzip der Mehrgliedrigkeit und bei der Unmöglichkeit eigene Anteile zu erwerben. Insbesondere sollten folgende zwingende Vorschriften des Innenrechts nicht abgeschafft oder eingeschränkt werden: § 707 BGB (auch nicht zur weiteren Erleichterung von Sanierungen), § 716 Abs. 2 BGB, § 118 Abs. 2 HGB und § 717 S. 1 BGB. Auch die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Publikumsgesellschaftsverträgen sowie zu Abfindungs- und Hinauskündigungsklauseln erfordert kein prinzipielles Gegensteuern des Gesetzgebers.

II. Änderungsvorschläge zu einzelnen Rechtsformen (Teil D)

1. GbR
6. Die für die Rechtsfähigkeit wesentliche Unterscheidung zwischen Innen- und Außengesellschaft sollte nach dem Vorbild des § 1175 ABGB auch begrifflich zum Ausdruck gebracht werden, und zwar bereits in der (veränderten) Spitzennorm des Titels, also in § 705 BGB.
7. Es sollte ein (nur für die Außengesellschaft) geltender Untertitel zum Außenrecht geschaffen werden, der die Themen Vertretung, Gesellschafterhaftung und Entstehung der Gesell-

schaft regelt. Die Differenzierung zwischen Außen- und Innengesellschaft sollte möglichst im BGB selbst und jedenfalls nicht durch Normgruppenverweisungen in das HGB durchgeführt werden.

8. Das Gesetz sollte ein Gesellschaftsvermögen bei der Innengesellschaft eindeutig ausschließen und klarstellen, dass eventuelle Einlagen nur in das Vermögen eines Gesellschafters oder Dritten geleistet werden können. Die Auseinandersetzung einer Innengesellschaft sollte das Gesetz nach dem Vorbild des § 235 HGB allgemein regeln.
9. Es sollte ein eigenes Register für BGB-Gesellschaften eingerichtet werden:
 - a) Es sollten Vorschriften zu Anmeldung und Inhalt der Eintragung (nach dem Vorbild der §§ 4, 5 PartGG) geschaffen werden.
 - b) Die Eintragung sollte freiwillig bleiben und mit der Möglichkeit zur Löschung nach dem Vorbild des § 2 HGB verbunden werden.
 - c) Die Anmeldung sollte (wie nach § 106 HGB, § 4 PartGG) Angaben zu den Gesellschaftern sowie zu Namen und Sitz der Gesellschaft und zur Vertretungsmacht der Geschäftsführer enthalten.
 - d) Eine einmal eingetragene Gesellschaft sollte für die Berichtigung unrichtig gewordener Inhalte sorgen müssen.
 - e) Nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 PartGG sollten registerrechtliche Vorschriften des HGB für entsprechend anwendbar erklärt werden. Speziell für das Grundbuchverfahren sollte die Vorschrift des § 32 GBO auf Eintragungen im GbR-Register erstreckt werden.
 - f) Der Gegenbeweis eines auf die Innengesellschaft gerichteten Willens sollte bei eingetragenen Gesellschaften ausgeschlossen werden.
 - g) Die bislang nur in § 162 Abs. 1 S. 2 HGB und § 47 Abs. 2 GBO geregelte „Objektpublizität“, also die Identifizierung der GbR auch über ihre Gesellschafter, sollte auf sämtliche registrierten Rechte bzw. Publizitätsträger erstreckt werden, nämlich durch entsprechende Änderungen bei § 106 Abs. 1 HGB (Handelsregister im Falle eines OHG-Anteils), § 67 Abs. 2 AktG (Aktienbuch), § 40 GmbHG (Gesellschafterliste), § 30 PatG (Patentregister); § 32 MarkenG, § 25 Nr. 15 MarkenVO (Markenregister).
 - h) In § 899a BGB sollte klargestellt werden, dass der gutgläubige Erwerb von einer (mit ihren Gesellschaftern) im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft konditionalfest ist.
10. Sonderregeln für die unternehmenstragende GbR sollten nur mit Zurückhaltung anerkannt werden und dann an die „gewerblich oder freiberuflich tätige“ Gesellschaft anknüpfen.
11. Die Gesellschafterhaftung sollte auch für die GbR gesetzlich nach dem Vorbild der §§ 128–130 HGB geregelt werden. Eine generell nur subsidiäre oder quotale Gesellschafterhaftung erscheint nicht empfehlenswert; vielmehr sollte es bei der gesamtschuldnerischen Haftung als Grundsatz bleiben. Wohl aber sollte die Gesellschafterhaftung für deliktisches Handeln der Geschäftsführer explizit ausgeschlossen werden. Auf gesetzliche Sonderregeln für bestimmte GbR-Typen sollte verzichtet werden.
12. Von einer Übertragung des § 126 HGB auf die BGB-Außengesellschaft sollte abgesehen werden; stattdessen sollte bei gewerblich oder freiberuflich tätigen Gesellschaften der Rechtsverkehr dadurch geschützt werden, dass Beschränkungen der Vertretungsbefugnis nur wirksam werden, sofern sie entweder im GbR-Register eingetragen sind oder ein Dritter sie

kannte oder kennen musste. Zur Verhinderung einer unangemessenen Eliminierung der Gesellschafterhaftung sollte eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf das Gesellschaftsvermögen gesetzlich ausgeschlossen werden.

13. An dem in §§ 718, 719, 738 Abs. 1 BGB geregelten Gesamthandsprinzip (einschließlich Anwachsung) sollte festgehalten werden. Hierbei sollte § 738 Abs. 1 S. 1 BGB weiterhin nicht auf die Außengesellschaft beschränkt bleiben. Allerdings sollte das Gesetz redaktionell überarbeitet werden.

14. Der besondere Haftungsmaßstab des § 708 BGB sollte als dispositive Grundregel beibehalten werden.

15. Das bedingte Austrittsrecht gem. § 139 HGB sollte für die GbR übernommen werden. Hierbei ist danach zu differenzieren, ob eine Umwandlung in die KG oder Part(G) in Betracht kommt oder ausscheidet.

16. § 735 ZPO sollte gestrichen, §§ 50 Abs. 2, 736 ZPO sollten – mit Anwendbarkeit nur auf die nicht eingetragene Gesellschaft – inhaltlich umgestaltet werden.

2. Nichtrechtsfähiger Verein

17. § 54 S. 1 BGB sollte künftig von Vereinen sprechen, „die weder durch Eintragung in das Vereinsregister noch durch Verleihung die Rechtsfähigkeit erlangt haben“, und die Rechtsfähigkeit dieser Vereine klarstellen. § 54 S. 2 BGB sollte die Handelndenhaftung allgemein, die Haftung der Mitglieder aber nur für den nicht konzessionierten wirtschaftlichen Verein anordnen.

3. OHG/KG

18. Der Tatbestand der OHG (§ 105 HGB) sollte unverändert bleiben.

19. § 123 HGB sollte beibehalten, in Abs. 2 aber klargestellt werden, dass dem Geschäftsbeginn sämtliche Gesellschafter zustimmen müssen. Für die (Außen-)GbR sollte eine entsprechende Regelung im BGB geschaffen werden.

20. In das HGB sollte ein zusätzliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund aufgenommen werden, dessen Austrittsfolge (§ 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB) schon mit Wirksamwerden der Kündigungserklärung eintritt. § 133 HGB sollte unverändert beibehalten werden.

21. § 162 Abs. 2 und § 176 Abs. 1 S. 2 HGB sollten gestrichen werden.

4. Stille Gesellschaft

22. Eine grundlegende Reform der §§ 230 ff. HGB zur Aufnahme der für atypische Gestaltungen geltenden Regeln ist nicht zu empfehlen.

5. PartG

23. Weder die Abschaffung der Part(G) als Rechtsform noch ihre Integration in das HGB unter Abschaffung des PartGG ist zu empfehlen.

24. Die Wiederabschaffung der „Part[G]mbB“ sollte ebenso wenig erwogen werden wie die Übertragung des Modells aus § 8 Abs. 4 PartGG auf Handelsgesellschaften.

III. Rechtsformübergreifende Detailfragen

25. Die für Publikumpersonengesellschaften geltenden Sonderregeln sollten nicht kodifiziert werden.
26. Zwar sollte auch die GbR eine Regelung zur Beschlussfassung nach dem Vorbild des § 119 HGB erhalten; von einer Kodifizierung des Beschlussmängelrechts sollte aber abgesehen werden.
27. Eine gesetzliche Regelung der qualifizierten Treuhand an Gesellschaftsanteilen (oder anderer Formen mittelbarer Beteiligung) sollte unterbleiben.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

I. Das Gesamtsystem des Personengesellschaftsrechts

1. Die Grenzziehung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften lässt sich im Gesellschaftsrecht allenfalls zu Systematisierungszwecken aufrechterhalten und hat praktisch vor allem noch eine steuerrechtliche Bedeutung. Insbesondere ist die persönliche Gesellschafterhaftung kein zwingendes Wesensmerkmal der Personengesellschaft (vgl. UG & Co. KG). Die Einführung echter Hybridgesellschaften wie der LLP und der LLC wäre daher auch im deutschen Recht kein Systembruch.
2. Es empfiehlt sich, die Architektur des Personengesellschaftsrechts orientiert an den Bedürfnissen der Praxis „neu zu denken“. Neben einer Rechtsform für eine Innengesellschaft sollte für Außengesellschaften ein Spektrum von Rechtsformen zur Verfügung gestellt werden:
 - (1) Eine rechtsfähige, nicht registerpflichtige, aber (optional) registerfähige Grundform für nicht bzw. nur gelegentlich oder in geringem Umfang unternehmerisch aktive Zusammenschlüsse (weiter entwickelte GbR).
 - (2) Eine Rechtsform für eine rechtsfähige und registerpflichtige unternehmenstragende Außengesellschaft mit unbeschränkter und gesamtschuldnerischer Gesellschafterhaftung (bisherige Freiberufler-GbR, OHG).
 - (3) Eine für alle – gewerbliche wie freiberufliche – Unternehmer geöffnete KG.
 - (4) Eine transparent besteuerte, rechtsfähige und registerpflichtige Gesellschaft ohne persönliche Gesellschafterhaftung mit eigenständigem Gläubigerschutzkonzept (Pendant zur UK-LLP, reformierte PartG iS einer „haftungsbeschränkten Partnerschaft“).
3. Systematisch überzeugend wäre es, die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für die Varianten (2) bis (4) aus These 2 in ein allgemeines Unternehmenspersonengesellschaftsgesetz zu überführen, solange der Gesetzgeber keine allgemeine Reform des Handelsrechts in Angriff nimmt.

II. Die Freiberuflergesellschaft – Organisationsfreiheit ohne Privilegien

4. Die freien Berufe sind als unabhängige Vertrauensberufe mit Gemeinwohlbezug eine eigenständige Unternehmergruppe, deren Besonderheiten sachgerecht durch eine berufsrechtliche Regulierung Rechnung getragen werden kann.
5. Die Unternehmergruppe der freien Berufe ist bei Zugrundelegung des weiten deutschen Begriffsverständnisses außerordentlich heterogen. Diese Vielfalt steht der Anerkennung einer eigenen freiberuflichen Rechtsform entgegen. Selbst zwischen den verkammernten Berufen bestehen, wie die Sonderstellung der Heilberufe mit ihrer persönlichen deliktischen Haftung bei Berufspflichtverletzungen zeigt, weitreichende Unterschiede, die eine gemeinsame gesellschaftsrechtliche Lösung ausschließen.
6. Unabhängig von dieser Heterogenität rechtfertigt die Eigenart der freien Berufe, wie die Anerkennung der Freiberufler-Kapitalgesellschaft zeigt, keine gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten. Auch im Bereich der Personengesellschaft ist die systemwidrige Privilegierung durch Anerkennung einer nur den freien Berufen offen stehenden Gesellschaftsform (PartG) aufzugeben.
7. Den freien Berufen ist auch im Bereich der Personengesellschaften umfassende Organisationsfreiheit zu gewähren. Insbesondere ist die KG, einschließlich der GmbH & Co. KG, allen freien Berufen zur Verfügung zu stellen. Ein entsprechendes Postulat folgt aus dem Kohärenzgebot.
8. Die zunehmende Tendenz zur Ausübung gemischter, d.h. sowohl gewerblicher als auch freiberuflicher Tätigkeiten in einer Personengesellschaft bestätigt, dass die Trennung zwischen gewerblichen und freiberuflichen Personengesellschaften nicht mehr zeitgemäß ist. Praxisgerechte Ergebnisse lassen sich, wie die jüngste Rechtsprechung des BGH zu gewerblichen Treuhändertätigkeiten von Angehörigen der freien Berufe zeigt, nur unter Inkaufnahme von Systembrüchen erzielen.

III. Reformbedarf im Recht der PartG / der eigenständigen Freiberuflerpersonengesellschaft

9. Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Beibehaltung der Rechtsform der PartG, so bedarf es einer Reform der gesetzlichen Grundlagen. Das in § 2 Abs. 1 PartGG verankerte Erfordernis der Personenfirma ist ebenso wie die in § 6 Abs. 2 PartGG zwingend angeordnete Geschäftsführungsbefugnis in beruflichen Angelegenheiten ersatzlos zu streichen.

IV. Rechtsvergleich in Europa

10. Die Entwicklung in anderen Staaten der EU zeigt, dass Sonderrechtsformen für freie Berufe keine Notwendigkeit sind. Selbst in jenen Staaten, die eine Eigenständigkeit der freien Berufe anerkennen, geht die Tendenz erkennbar hin zur Gewährung von Rechtsformwahl-freiheit, allenfalls kombiniert mit rechtsformübergreifenden Rahmenvorgaben. Organisationsfreiheit fordert auch die aktuelle Binnenmarktstrategie der EU-Kommission ein.
11. Die Übernahme des aus dem Ausland und dort nur für verkammernte Berufe bekannten

Konzepts einer einheitlichen Rahmenregelung für Berufsausübungsgesellschaften bietet sich aus der Sicht des deutschen Rechts angesichts der Vielfalt der erfassten Berufe nicht an. Berufsspezifischen Eigenarten muss auf der Ebene des Berufsrechts Rechnung getragen werden.

V. Reformbedarf im Berufsrecht der freien Berufe

12. Entscheidet sich der Gesetzgeber im Einzelfall für eine berufsspezifische Regulierung der gemeinschaftlichen Berufsausübung, so sollten die jeweiligen Berufsgesetze eine identische Regelungsstruktur aufweisen. Stärker als bislang ist auf eine harmonisierte Regelung vergleichbarer Sachverhalte zu achten.

13. Das Berufsrecht vieler freier Berufe erfasst die Berufsausübung in der rechtsfähigen Personengesellschaft nur unzureichend. Alle Berufsausübungsgesellschaften sollten rechtsformunabhängig zwar keinem Zulassungszwang unterliegen, aber (neben den Gesellschaftern) selbst Träger von Berufspflichten sein, sofern solche für die Berufsangehörigen gesetzlich vorgeschrieben sind. Bei den verkamerten Berufen bietet sich ihre Kammermitgliedschaft an (Sanktionsmöglichkeit). Außerdem sollte jede Berufsausübungsgesellschaft einen verantwortlichen Partner benennen müssen, der für die Einhaltung des Berufsrechts in der Gesellschaft im Sinne eines Compliance-Beauftragten verantwortlich ist.

14. Der Kreis der sozietätsfähigen, d. h. für eine interprofessionelle Zusammenarbeit in Betracht kommenden Berufe ist grundsätzlich für alle Tätigkeiten zu öffnen, die der jeweilige Berufsangehörige auch als Zweitberuf ausüben dürfte. Schutzanliegen ist durch tätigkeitsbezogene Berufsvorbehalte Rechnung zu tragen. Die Berechtigung des Gebots der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter (Verbot „reiner Kapitalbeteiligungen“) lässt sich nur berufsspezifisch beurteilen.

Thesen zum Referat von Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL. M., Stuttgart

Ausgewählte Empfehlungen aus Sicht der anwaltlichen Beratungspraxis

I. GbR und Personengesellschaften allgemein

1. Die Personengesellschaften und dabei insbesondere die GbR als „Grundform“ sind gekennzeichnet durch große Gestaltungsfreiheit, die zu erhalten ist. Gleichzeitig muss durch ein Mindestmaß an (dispositiven) Regelungen auch für Gesellschaften mit lückenhaften Gesellschaftsverträgen eine rechtssichere und in der Praxis funktionierende Basis vorhanden sein. Hierzu empfiehlt es sich, die bestehenden gesetzlichen Regelungen teilweise zu ergänzen oder zu ersetzen.

2. Die (Voll-)Rechtsfähigkeit von Außengesellschaften ist ausdrücklich zu regeln, ebenso deren Registerfähigkeit. Ob hierfür ein eigenes Register für GbR geschaffen oder die oHG für jeden rechtlichen Zweck geöffnet wird, ist aus Sicht der Praxis zweitrangig. In jedem Fall sollte

weder eine Registerpflicht vorgesehen noch die Rechtsfähigkeit an die Registereintragung geknüpft werden.

3. Am Einstimmigkeitsprinzip bei Gesellschaftsvertragsänderungen kann festgehalten werden, solange klargestellt ist, dass Mehrheitsklauseln in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich uneingeschränkt zulässig sind (Ende des „Bestimmtheitsgrundsatzes“). Dabei kann in Individualrechte der Gesellschafter naturgemäß nur mit Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters eingegriffen werden; es bedarf keiner „Kernbereichslehre“.
4. Einzelgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis wären jedenfalls bei eingetragenen GbR wie bei der oHG als gesetzlicher Regelfall passender. Das Prinzip der Selbstorganschaft behindert die Praxis nicht, weil durch Einsatz von GmbH, Generalvollmachten usw. flexible Lösungen möglich sind.
5. Die grundsätzlich unbeschränkte und gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Gesellschafter – auch für Altverbindlichkeiten und deliktische Ansprüche – kann für die GbR entsprechend §§ 128 bis 130 HGB geregelt werden. Bei eingetragenen GbR wäre die Möglichkeit der Festlegung von Haftungsquoten zu erwägen.
6. Als Haftungsmaßstab im Innenverhältnis erscheint die verkehrübliche Sorgfalt passender als die eigenübliche (Streichung von § 708 BGB), zumal im Bereich unternehmerischen Handelns auch für Personengesellschaften die Business Judgement Rule gilt.
7. Ein Minimum an dispositiven Regelungen für das Beschlussverfahren (Gesellschafterversammlung, Einberufung, Berechnung von Mehrheiten, Stimmverbote) wäre wünschenswert. Mehrheiten sollten als gesetzlicher Regelfall nach Beitrags- oder Beteiligungsquoten und nur dann nach Köpfen bemessen werden, wenn solche Quoten nicht ermittelt werden können.
8. Auch bei Personen(außen)gesellschaften – jedenfalls bei eingetragenen – sollten Beschlussmängel nicht automatisch zur Nichtigkeit führen, sondern grundsätzlich durch eine befristete Anfechtungsklage gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen sein.
9. Die Gewinn- und Verlustverteilung nach Köpfen (§§ 722 Abs. 1 BGB, § 121 Abs. 3 HGB) ist in der Regel unangemessen. Es liegt näher, die Verteilung als gesetzlichen Regelfall an Beitrags- oder Beteiligungsquoten festzumachen und nur dann nach Köpfen zu bemessen, wenn solche Quoten nicht ermittelt werden können.
10. Es ist zu erwägen, ob der Tod eines GbR-Gesellschafters als gesetzlicher Regelfall nur zu dessen Ausscheiden gegen Abfindung (analog § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB) statt zur Auflösung der Gesellschaft führen sollte (§ 727 BGB).
11. Dies ist auch für den Fall der Kündigung zu erwägen (analog § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB).
12. Im Hinblick auf die anerkannte Übertragbarkeit von Anteilen an Personengesellschaften sollte § 719 Abs. 1 BGB redaktionell angepasst werden.

II. Kapitalgesellschaft & Co. KG

13. Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG besteht kein grundlegender Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Unter das geltende Recht lässt sich formal eine große Bandbreite an Gestaltungen fassen (z. B. Einheitsgesellschaft, ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG, UG & Co. KG usw.).

14. Im Hinblick auf die Einheitsgesellschaft sollte im Gesetz vorgesehen werden, dass die Gesellschafterrechte in der Komplementärin durch die Kommanditisten wahrgenommen werden. Gleichzeitig sollte für die Kommanditisten ein Wettbewerbsverbot gelten (Ausnahme von § 165 HGB).

15. Folgende weitere Anpassungen des Gesetzes sind für die Kapitalgesellschaft & Co. KG zu erwägen:

- a) Ausdehnung der Informationsrechte der Kommanditisten (ähnlich § 51a GmbHG, statt § 166 HGB);
- b) GmbH-Geschäftsführer als geborene Liquidatoren der KG (§ 146 Abs. 1 HGB);
- c) Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften (§ 164 HGB statt Widerspruchsrecht gem. § 116 Abs. 2 HGB – für alle KG, rein redaktionelle Anpassung).

Thesen zum Referat von Notar Dr. Hartmut Wicke, LL. M., München

I. Systematische Fragen

1. Eine Reform des Personengesellschaftsrechts ist geboten, um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen und eine stimmige Legalordnung als Grundlage für künftige Rechtsfortbildungen zu schaffen.

2. Ein Schwerpunkt der gesetzgeberischen Bemühungen sollte der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als zweckoffener Grundform der Personengesellschaften gelten. Die bisherigen Regelungen zu Haftung, Vertretung und Vollstreckung sind an den heutigen Stand der Rechtsentwicklung anzupassen. Im Bereich der Außengesellschaften sollte zwischen einer rechtsfähigen im Register einzutragenden Variante und einer nicht rechtsfähigen Variante unterschieden werden.

3. Zur Überwindung von Publizitätsdefiziten sollte die rechtsfähige GbR in einem öffentlichen Register eingetragen werden. Das vorhandene Handelsregister sollte durch Verweis auf die einschlägigen Vorschriften der §§ 8 ff., 106 ff. HGB für die GbR geöffnet und zu einem allgemeinen Handels- und Gesellschaftsregister ausgebaut werden, in das jede GbR auf Antrag eingetragen werden kann.

4. Um Benachteiligungen gegenüber Personenhandelsgesellschaften zu vermeiden und die Bedeutung der GbR als Auffangrechtsform zu erhöhen, sollte es bei der eingetragenen GbR möglich sein, die Haftung einzelner Gesellschafter (neben der unbeschränkten Haftung eines oder mehrerer anderer Gesellschafter) auf eine bestimmte Vermögensanlage zu beschränken.

5. Daneben sollte eine nicht rechtsfähige und nicht im Register eingetragene Variante der GbR mit gesamthänderisch gebundenem Vermögen vorgesehen werden, die einen rechtlichen Rahmen insbesondere für Gelegenheits- und Familiengesellschaften schafft. Im Interesse des Rechtsverkehrs sind neben einer gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter prozess- und vollstreckungsrechtliche Anpassungen geboten.

6. Sollte die Rechtsfähigkeit der GbR weiterhin unabhängig von der Registereintragung anerkannt werden, sind zusätzliche Maßnahmen erforderlich, um Lücken im Gläubigerschutzsystem zu schließen, die sich in der täglichen Praxis etwa beim Immobilienverkauf durch eine GbR zeigen und die weder durch die §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO noch durch einen konditionsfesten Erwerb rechtssicher geschlossen werden.
7. Im Bereich von Immobiliengeschäften sollte die Objektpublizität des Grundbuchs in dem Sinne erweitert werden, dass sich die den Gutgläubensschutz vermittelnde Wirkung der Eintragung der Gesellschafter allgemein auf deren Vertretungsbefugnis erstreckt und damit auch den schuldrechtlichen Vertrag samt Nebenvereinbarungen erfasst.
8. Dieses Modell sollte auf andere registrierte Rechte bzw. Publizitätsträger erstreckt werden. Im Interesse einer systematischen Konsistenz sollten jedenfalls den §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO entsprechende Regelungen auch für eingetragene See- und Binnenschiffe geschaffen werden, die man in den §§ 15 ff. SchiffRG bzw. § 51 SchiffRegO vergeblich sucht.
9. Einer verbreiteten Praxis der Firmenbestattung durch Formwechsel in die GbR sollte durch eine Ergänzung in § 235 Abs. 1 S. 1 UmwG begegnet werden, wonach die Bezeichnung der GbR und ihrer anfänglichen Gesellschafter auf dem Registerblatt der formwechselnden GmbH einzutragen sind, soweit die GbR nicht nach neuer Rechtslage ohnehin als solche im Register eingetragen wird.

II. Erweiterungen der Vertragsfreiheit

10. Als Charakteristikum der Personengesellschaften ist die weitreichende Vertragsfreiheit für die Praxis von zentraler Bedeutung. Drei Bereiche sind allerdings zu nennen, in denen nicht selten der legitime Wunsch nach einer Erweiterung besteht.
11. Die Rechtsprechung hält sog. „Hinauskündigungsklauseln“ im Grundsatz für sittenwidrig, soweit sie nicht wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt sind. Angesichts der drohenden Nichtigkeitssanktion wird von praxisgerechten Gestaltungen nicht selten abgesehen. Vorzugswürdig erscheint ein Vorrang der Ausübungskontrolle vor einer Wirksamkeitskontrolle.
12. Vergleichbare Überlegungen gelten für gesellschaftsrechtliche Klauseln zu Abfindungen beim Ausscheiden, die bei krassem Missverhältnis gegenüber dem Wert der Beteiligung für sittenwidrig und nichtig gehalten werden – ohne Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion. Angesichts des Grundsatzes *volenti non fit iniuria* erscheint ein derart weitgreifender Schutz des ausscheidenden, für die fragliche Regelung evtl. mitverantwortlichen Gesellschafters überschießend.
13. Es wird eine neue Regelung in § 140 Abs. 3 HGB vorgeschlagen, wonach Vereinbarungen zu Ausschlussrechten und zur Abfindung zulässig sind, ihre Geltendmachung aber nicht in treuwidriger Weise erfolgen darf. Die Ausstrahlungswirkung dieser Norm auf das Recht der GbR und der GmbH dürfte gewiss sein.
14. Im Unterschied zur neueren Rechtslage bei der GmbH und der AG soll eine freie Wahl des Sitzes und der Geschäftsanschrift bei Personenhandelsgesellschaften ausgeschlossen sein und

die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland generell zur Auflösung und Abwicklung führen. Diese Ungleichbehandlung ist durch einen ergänzenden Hinweis auf den „gesellschaftsvertraglichen“ Sitz in § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB zu beseitigen.

III. Internationale Bezüge

15. Im Rahmen der §§ 122a ff. UmwG sollten Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften aufgenommen werden.
16. Bei der Auslandsgesellschaft & Co. KG wird die aus der Typenvermischung resultierende Komplexität in der Rechtsanwendung durch die Statutenvermischung mit ausländischen Rechtssätzen zusätzlich gesteigert. Verschiedene Rechtsfragen, die bei der klassischen GmbH & Co. KG auf der Ebene der Komplementärin durch Ausdehnung des GmbH-Rechts gelöst wurden, machen eine eigenständige unionsrechtskonforme Regelung auf Ebene der KG erforderlich, die im Fall einer deutschen oder ausländischen Komplementärgesellschaft in gleicher Weise gilt.

Familienrecht

Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Tobias Helms, Marburg

I. Künstliche Befruchtung mittels Samenspende

1. (Abstammungsrechtliche Zuordnung aufgrund Einwilligung in die künstliche Befruchtung)
 - a) (Grundsatz)

Es ist ein weiterer abstammungsrechtlicher Zuordnungstatbestand zu schaffen, der an die Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten anknüpft.
 - b) (Konkrete Ausgestaltung)

Wird ein Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt, kann als weiterer Elternteil die Person gerichtlich festgestellt werden, die mit Zustimmung der Mutter in diese Befruchtung eingewilligt hat.
2. (Umfassender Anfechtungsausschluss)

Ist das Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, ist die Anfechtung der Elternschaft der Person, die mit Zustimmung der Mutter in diese Befruchtung eingewilligt hat, ausgeschlossen.
3. (Formerfordernis)

Die Einwilligung in die künstliche Befruchtung sowie die Zustimmung der Mutter iSv Nr. 1b) müssen schriftlich erfolgen.
4. (Stellung des Samenspenders)

Ist das Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, kann dieser nicht als rechtlicher Vater des Kindes gerichtlich festgestellt werden.
5. (Anwendungsbereich)
 - a) Die in Nr. 1 bis 4 dargelegten Grundsätze finden Anwendung, wenn Samen verwendet wird, der einer Samenbank zur Verfügung gestellt wurde (offizielle Samenspende).
 - b) Die gleichen Abstammungsregeln gelten dann, wenn die Mutter und der genetische Vater vor der Zeugung des Kindes erklärt haben, dass dem genetischen Vater keine Elternposition zukommen soll. Die Erklärungen sind (durch das Jugendamt oder den Notar) öffentlich zu beurkunden. Ist in diesem Fall dem Kind kein zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet, kann der Samenspender jedoch als Vater des Kindes gerichtlich festgestellt werden.

6. (Spenderregister)

- a) Wird ein Kind aufgrund einer Keimzellenspende gezeugt, sind die persönlichen Daten des Keimzellenspenders in einem zentralen staatlichen Register zu dokumentieren.
- b) Umfang und Dauer der Dokumentationspflicht sowie die Voraussetzungen für eine Einsichtnahme durch das betroffene Kind und seine gesetzlichen Vertreter bedürfen gesetzlicher Regelung.

II. Embryonenspende

Die unter I. entwickelten Grundsätze gelten im Falle einer Embryonenspende entsprechend.

III. Gleichgeschlechtliche Elternschaft

1. (Gemeinschaftliche Adoption)

Eingetragenen Lebenspartnern ist die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption zu eröffnen.

2. (Abstammungsrechtliche Regeln für gleichgeschlechtliche Elternschaft)

- a) Weiterer Elternteil eines Kindes sollte die Frau sein,
 1. die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt,
 2. die die Elternschaft anerkannt hat oder
 3. deren Elternschaft – aufgrund ihrer Einwilligung in die Vornahme einer künstlichen Befruchtung – gerichtlich festgestellt ist.
- b) Auf diese Frau sollten die auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen entsprechend anwendbar sein.

IV. Stellung des biologischen Vaters

1. (Anfechtungsrecht)

Das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB sollte dem Anfechtungsrecht der anderen Berechtigten angeglichen werden und allein von der Glaubhaftmachung der biologischen Abstammung abhängig sein (§ 1600 Abs. 2 und 4 BGB sind daher zu streichen). Die Glaubhaftmachung kann insbesondere durch eine eidesstattliche Versicherung erfolgen, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben.

2. (Verkürzung der Anfechtungsfrist)

Die Anfechtungsfrist für den biologischen Vater iSv § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB sollte ein Jahr betragen.

3. (Ausschluss des Anfechtungsrechts des Samenspenders)

Das Anfechtungsrecht eines Samenspenders iSv These I.5 ist auszuschließen.

V. Leihmutterschaft

1. (Grundsatz)

Ist eine Leihmutterschaft im Ausland nach den dort geltenden Regeln legal durchgeführt worden, sollte die nach dem Recht des Geburtslandes etablierte Elternschaft der Wunscheltern im Inland – im Allgemeinen – akzeptiert werden.

2. (Reformoptionen)

Hierfür sind entweder im deutschen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht oder im deutschen Sachrecht geeignete Mechanismen zu entwickeln.

VI. Stieffamilie

1. (Ausdehnung von § 1687b BGB)

- a) § 1687b BGB sollte auch dann Anwendung finden, wenn die Eltern des Kindes gemeinsam sorgeberechtigt sind.
- b) Der Anwendungsbereich von § 1687b BGB ist auf faktische (nichteheliche oder nicht-registrierte) Lebensgefährten zu erstrecken, die mit dem Kind und einem sorgeberechtigten Elternteil seit längerer Zeit in häuslicher Gemeinschaft leben.
- c) § 1687b BGB sollte keine Anwendung zugunsten eines Stiefelternteils finden, der mit dem Elternteil verbunden ist, bei dem sich das Kind nur gelegentlich aufhält (sekundäre Stieffamilie).

2. (Ausdehnung von § 1682 BGB)

Eine Verbleibensanordnung nach § 1682 BGB sollte auch zugunsten eines faktischen Stiefelternteils möglich sein, der mit dem Kind und einem sorgeberechtigten Elternteil seit längerer Zeit in häuslicher Gemeinschaft lebt.

3. (Einräumung einer Mitsorge für einen Stiefelternteil)

- a) Es ist eine Möglichkeit zu eröffnen, einem Stiefelternteil, der mit dem Kind und einem sorgeberechtigten Elternteil seit mindestens zwei Jahren in häuslicher Gemeinschaft lebt, durch Entscheidung des Familiengerichts neben den bisher Sorgeberechtigten ein Mitsorgerecht einzuräumen, wenn die Eltern des Kindes der Übertragung zustimmen und dies dem Kindeswohl nicht widerspricht.
- b) Einem Stiefelternteil kann auch ohne Zustimmung eines rechtlichen Elternteils die Mitsorge übertragen werden, wenn dieser zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist oder andernfalls das Kindeswohl gefährdet wäre.

4. (Forschungsbedarf)

Die Familiendynamiken nach Auseinanderbrechen von Stieffamilien bedürfen gründlicher sozialwissenschaftlicher Untersuchung.

VII. Pflegefamilie

1. (Vormund)

Es sollte klargestellt werden, dass als Auswahlkriterium für die Bestimmung eines Vormunds auch eine länger andauernde Familienpflege zu berücksichtigen ist.

2. (Klärung des dauerhaften Verbleibs des Pflegekindes in der Pflegefamilie)

Um bei offiziellen Pflegeverhältnissen den dauerhaften Verbleib des Pflegekindes in der Pflegefamilie zuverlässiger klären zu können, müssen die bestehenden Rückführungskonzepte flächendeckend verwirklicht, wissenschaftlich evaluiert und so fortentwickelt werden, dass dem Scheitern der Rückführungsbemühungen hohe Aussagekraft beigegeben werden kann.

3. (Elterliche Sorge)

Es sollte möglich sein, die elterliche Sorge auf die Pflegeeltern zu übertragen, soweit sie den rechtlichen Eltern nicht zusteht.

VIII. Offene Adoptionen

1. (Abschied vom Leitbild der Inkognito-Adoption)

Das Offenbarungs- und Ausforschungsverbot des § 1758 BGB sollte im Verhältnis zu den Herkunftseltern nur insoweit gelten, als ein legitimer Grund besteht, das Kind vor ihnen abzusichern.

2. (Umgang des Kindes mit den Herkunftseltern)

a) Auch nach der Adoption sollte ein Umgangsrecht der abgehenden Eltern sowie der leiblichen Geschwister und Großeltern bestehen, wenn der Umgang dem Wohl des Kindes dient.

b) Die Ausarbeitung von Kontaktvereinbarungen mit Herkunftseltern und Adoptionsbewerbern sollte ausdrücklich als Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe benannt werden. Außerdem sollte klargestellt werden, dass die Jugendämter auf die Einhaltung der vereinbarten Kontakte hinwirken und bei der Fortentwicklung der Vereinbarung – in Abhängigkeit von den Bedürfnissen des Kindes – Hilfestellung leisten.

4. (Auskunftsanspruch)

Die Herkunftseltern sollten gegen die Adoptiveltern bei Vorliegen eines berechtigten Interesses einen Informationsanspruch besitzen, soweit dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Bei Inkognito-Adoptionen sollte das Jugendamt bei der Übermittlung der Informationen Hilfe leisten.

Thesen zum Referat von Richterin des BVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz, Karlsruhe/Gießen

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Der Gesetzgeber hat zum Schutz der Persönlichkeitsentfaltung des Kindes zu gewährleisten, dass einem Kind Eltern im Rechtssinne zugeordnet werden und er muss die rechtlichen Bedingungen der Pflege und Erziehung des Kindes – sei es durch die Eltern, sei es ausnahmsweise durch andere Personen – in einer dem Kindeswohl dienenden Weise ausgestalten (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG).
2. Für diese Regelungsaufgabe kommen dem Gesetzgeber Wertungs- und Einschätzungsspielräume zu. Dabei hat er neben den Grundrechten des Kindes insbesondere die Grundrechte der Eltern zu berücksichtigen.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zuordnung rechtlicher Elternschaft

1. Begrenzung auf zwei Elternpositionen

3. Aus Kindeswohlerwägungen hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2003 abgeleitet, dass einem Kind maximal zwei Elternteile im Rechtssinne zugeordnet werden können (s. auch These Nr. 8).
4. Dass der Elternstatus nur zwei Personen zukommen kann, schließt nicht aus, dass auch anderen Personen, die nicht die Eltern sind, Verantwortung für ein Kind eingeräumt wird.
5. Die Zweielterngrenze steht der rechtlichen Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner nicht entgegen. Sofern das einfache Recht die rechtliche Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner begründet, sind diese auch im verfassungsrechtlichen Sinne als Eltern anzusehen und durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt.

2. Maßgaben für die Bestimmung der beiden rechtlichen Eltern

a. Geringe Ergiebigkeit der Grundrechtsträgerschaft (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)

6. Wer Träger des Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist, ist für die Beurteilung der einfachgesetzlichen Zuordnung rechtlicher Elternschaft wenig ergiebig, weil die Grundrechtsträgerschaft im Wesentlichen der einfachgesetzlichen Zuordnung folgt.

b. Kriterien für die einfachgesetzliche Zuweisung der Elternschaft

aa. Ausrichtung an der leiblichen Abstammung

7. Der nur leibliche Vater genießt – ohne Träger des Elterngrundrechts zu sein – gewissen Grundrechtsschutz. Welche Bedeutung dem für nur leibliche Väter entwickelten Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG im Fall der Eizellenspende für nur genetische Mütter zukommt, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht entschieden.

8. Der Gesetzgeber muss die rechtliche Elternschaft im Grundsatz an der leiblichen Abstammung eines Kindes ausrichten. Im Fall der Eizellenspende besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der verfassungsrechtlichen Bedeutung leiblicher Elternschaft und der vom Bundesverfassungsgericht konstatierten Zweielterngrenze.

bb. Grundsätzliche Offenheit für Abweichungen

9. Abweichungen zwischen leiblicher und rechtlicher Elternschaft sind verfassungsrechtlich zulässig, wenn dies den Grundrechten der Betroffenen, vor allem den Grundrechten des Kindes, dient. Der Gesetzgeber verfügt dabei über einen weiten Wertungs- und Einschätzungsspielraum.

10. Die generelle Ausrichtung an der leiblichen Abstammung steht der Ermöglichung gleichgeschlechtlicher Elternschaft verfassungsrechtlich nicht entgegen.

cc. Verbleibende Relevanz leiblicher Abstammung

11. Der Gesetzgeber kann bei der Elternschaftszuordnung in Kauf nehmen, dass leibliche und rechtliche Elternschaft ausnahmsweise auseinander fallen, darf das Interesse des leiblichen Elternteils bei der gesetzgeberischen Abwägung jedoch nicht von vornherein als unbeachtlich ansehen.

12. Die derzeit zum Schutz des nur leiblichen Vaters bestehenden Regelungen über die Vaterschaftsanfechtung sind nach bisherigen Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz vereinbar. Sie sind vermutlich nicht der einzige verfassungsrechtlich zulässige Weg, den Konflikt zwischen nur leiblichem und rechtlich-sozialem Vater um die rechtliche Elternschaft zu lösen.

dd. Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote

13. Der Gesetzgeber muss bei der Ausgestaltung des Elternrechts Gleichbehandlungspflichten und Diskriminierungsverbote beachten.

Thesen zum Referat von Vors. Richter am OLG a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. Gerd Brudermüller, Bad Dürkheim/Mannheim

I. Stiefkindunterhalt

1. Auch bei Erweiterung der Rechte für Stiefeltern ist ein Stiefkindunterhalt nicht einzuführen.

- a) Allein eine erweiterte kindschaftsrechtliche Befugnis der Stiefeltern (Gutachten Helms) rechtfertigt keine Unterhaltspflicht gegenüber dem Stiefkind.
- b) Einem Recht muss nicht zwingend eine Pflicht korrespondieren (vgl. § 1686a BGB), zumal wenn die Unterhaltsbelastung in keinem angemessenen Verhältnis zu dem auch de lege ferenda schwach ausgestalteten Stiefelternrecht stünde.

- c) Eine Unterhaltspflicht wäre kontraproduktiv im Hinblick auf die von Freiwilligkeit geprägte Leistungsübernahme in der Stieffamilie.
 - d) Die Einführung eines Stiefkindunterhalts stünde auch im Konflikt mit der wünschenswerten Deregulierung des Unterhaltsrechts.
2. Für den Fall der Einführung eines Stiefkindunterhalts sollte dieser jedenfalls schwach, wie folgt, ausgestaltet werden:
- a) Die Unterhaltspflicht sollte nur für minderjährige und privilegiert volljährige Kinder gelten.
 - b) Die Unterhaltspflicht sollte nur Stiefeltern treffen, die mit dem leiblichen Elternteil verheiratet sind.
 - c) Die Unterhaltspflicht sollte nur bis zur Trennung des Stiefelternanteils von der Familie bestehen.
 - d) Der Unterhaltsanspruch sollte subsidiär zur Unterhaltspflicht der leiblichen Eltern sein.
 - e) Ein Verzicht auf den Unterhaltsanspruch sollte bis zur Höhe des steuerlichen Existenzminimums möglich sein.

II. Einwilligung in die heterologe Insemination

- 1. Für die Einwilligung in eine heterologe Insemination ist nicht das Schuld-, sondern das Familienrecht maßgebend.
- 2. In der Einwilligungserklärung zur heterologen Insemination der Frau mit dem Samen eines Dritten liegt die weitere Verpflichtung zur Anerkennung der Vaterschaft für dieses Kind.
- 3. Ein Widerruf dieser Willenserklärung sui generis ist nur bis zum Erfolgseintritt möglich.
- 4. Für die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung ist notarielle Beurkundung erforderlich.

III. Abstammungsklarungsverfahren

Es soll ein Verfahren zur isolierten (rechtsfolgenlosen) Klärung der Abstammung von einem mutmaßlich leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eingeführt werden.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL. M., Basel

1. Dem Status der Eltern (verheiratet oder eingetragen, nicht verheiratet oder nicht eingetragen) darf im Kindesrecht keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zukommen.
2. Die rechtliche Position sozialer Eltern ist zu stärken.
3. Im Sinne intentionaler Elternschaft sollte rechtliche Elternschaft an den Willen zur Übernahme elterlicher Verantwortung angeknüpft werden.
4. Es ist die Möglichkeit der lesbischen Partnerin der Geburtsmutter, bereits bei Geburt rechtliche Elternschaft zu erlangen, vorzusehen.
5. Für schwule Paare, die auf Einschaltung einer Leihmutter angewiesen sind, sind aus Gründen der Gleichbehandlung weitere Wege zur Erlangung rechtlicher Elternschaft vorzusehen.
6. Bei intendierter pluraler Elternschaft in Queer-Families ist rechtliche Elternschaft auch für mehr als zwei Personen anzuerkennen.
7. Die Voraussetzungen für Adoption sind unabhängig vom Status und der sexuellen Orientierung der Adoptionswilligen auszugestalten.
8. Soweit eine Stiefkind-Adoption zur ursprünglichen Familiengründung in männlichen Queer-Families erforderlich ist, ist diese zu erleichtern.
9. Die Stiefkind-Adoption in Patchwork-Familien ist drastisch einzuschränken, wenn der externe leibliche Elternteil (noch) lebt.
10. Der Begriff der elterlichen Sorge ist zu ersetzen durch den Begriff der elterlichen Verantwortung.
11. Elterliche Sorge ist unabhängig von rechtlicher Elternschaft allein anhand des Kindeswohls zuzuteilen.
12. Elterliche Sorge sozialer Eltern kommt in Betracht bei Zustimmung sorgeberechtigter Eltern. Eine Zustimmung des externen nicht sorgeberechtigten Elternteils ist nicht erforderlich.
13. Das Gericht kann auch ohne Zustimmung sorgeberechtigter Eltern die elterliche Sorge auf soziale Eltern übertragen, soweit dies dem Kindeswohl am besten entspricht.
14. Bei Auflösung einer Patchwork-Familie ist die Zuteilung der elterlichen Sorge ausschließlich anhand des Kindeswohls vorzunehmen.



Deutscher Juristentag e.V.
Recht mitgestalten.

Seit 1860.

Deutscher Juristentag e.V.
Postfach 11 69
53001 Bonn

Geschäftsstelle
Friedensplatz 1
53111 Bonn

Telefon +49 (0)228 98391-85
Telefax +49 (0)228 98391-40
info@djt.de www.djt.de