

Thesen

der Gutachter und Referenten

Thesen

der Gutachter und Referenten

Inhalt

Verfahrensrecht	5
Familienrecht	13
Strafrecht	20
Öffentliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht	31
Wirtschaftsrecht	43
Zivil-, Wirtschafts- und Steuerrecht	54

Verfahrensrecht

Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozessrecht?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Halle

I. Allgemeines

1. Das geltende Zivilprozessrecht zeigt Rechtsschutzdefizite bei der Bewältigung von Streuschäden und von Massenschäden. Während es bei Ersteren am Klageanreiz und deshalb an der objektiven Rechtsbewährung fehlt, ist bei Letzteren die effektive justizielle Bewältigung von Gesamtschadensereignissen ein Desiderat.
2. Die in der ZPO vorhandenen Möglichkeiten der Bündelung von Ansprüchen und der Verbandsklagen genügen den im kollektiven Rechtsschutz verfolgten Rechtsschutzzwecken nicht.
3. Die von Rechtsschutzdefiziten betroffenen Rechtsgebiete umfassen das Verbraucherrecht, das Kapitalanlagerecht, das Deliktsrecht sowie das Lauterkeits- und Kartellrecht. Sie sind nicht auf Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern beschränkt.
4. Wegen der Verschiedenartigkeit der Rechtsschutzdefizite bedarf es mehrerer spezifischer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes.
5. Die Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess ist mit den Zwecken des Zivilprozesses und den zivilprozessualen Maximen grundsätzlich vereinbar. Im kollektiven Rechtsschutz sollte der Untersuchungsgrundsatz nicht an die Stelle des Verhandlungsgrundsatzes treten. Es sollte auch bei neuen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes bei der Verteilung der Prozesskosten nach Gewinn und Verlust bleiben. Neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes führen weder zu einer Klageindustrie noch zu „amerikanischen Verhältnissen“ im deutschen Zivilprozessrecht.
6. Zur Wahrung der im kollektiven Rechtsschutz auch verfolgten Interessen der Allgemeinheit sollten die materiellen Prozessleitungsbefugnisse des Gerichts verstärkt genutzt werden. Das betrifft insbesondere die Anwendung der Grundsätze zur sekundären Darlegungslast. Im Übrigen ist es Aufgabe des materiellen Rechts, bei der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast auf die verstärkte Standardisierung von Gütern und Geschäftsvorgängen sowie die Wissensverteilung innerhalb komplexer Organisationen zu reagieren.
7. Es ist nicht Aufgabe des Zivilprozesses, effektiv arbeitende Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden zu ersetzen. Durch Verwaltungsversagen mitverursachte individuelle Schäden müssen aber auch einer effektiven zivilprozessualen Bewältigung zugänglich sein.
8. Die finanzielle und personelle Ausstattung der Verbraucherverbände ist zu verbessern. Verbände sollten von gewonnenen Prozessen profitieren. Abgeschöpfte Gewinne sollten etwa für die Finanzierung weiterer Verfahren verwendet werden können.

9. Neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sollten nicht nur Verbraucherverbänden, sondern auch Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern und rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen zur Verfügung stehen.
10. Neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sollten nicht nur Verbänden, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Privatpersonen und ad hoc gebildeten Interessengemeinschaften zur Verfügung stehen.

II. Streuschäden

11. Durch Rechtsbruch können individuelle Schäden verursacht werden, deren Höhe im Einzelfall nur so gering ist, dass sich eine Rechtsverfolgung für den Geschädigten nicht lohnt. Dieses „rationale Desinteresse“ an der Erhebung von Individualklagen ist problematisch, wenn Schäden sich häufen und in ihrer Kumulation zu unrechtmäßigen Gewinnen führen. Die Schädigung einer Vielzahl von Personen bei gleichzeitig (relativ) geringer Schadenshöhe ist als Streuschaden zu bezeichnen. Unrechtsgewinne beim Schädiger zu belassen, perpetuiert nicht nur sanktionslos das begangene Unrecht, sondern schließt auch eine Prävention zukünftiger Rechtsverletzungen aus. Bei Streuschäden gibt es deshalb ein überindividuelles Interesse an der Sanktionierung und Prävention des Rechtsbruchs sowie an der objektiven Rechtsbewahrung. Hier weist das aktuelle Zivilprozessrecht Defizite auf.
12. Zur Behebung der Defizite bei der prozessualen Bewältigung von Streuschäden sind vor allem die gesetzlichen Voraussetzungen der wettbewerbsrechtlichen und kartellrechtlichen Gewinnabschöpfungsklagen herabzusetzen.
13. Über die wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfung können wegen des verbraucher-schützenden Zwecks des Lauterkeitsrechts und des Charakters des Verbraucherrechts als Marktverhaltensregel auch Verstöße gegen das Verbraucherrecht sanktioniert werden.
14. Die Folgen der Verwendung rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind vom Unternehmer bzw. Verwender zu beseitigen. Diese Pflicht sollten Verbände in einer Folgenbeseitigungsklage durchsetzen können.
15. Verbandsunterlassungsklagen sollten verjährungshemmende Wirkung im Hinblick auf die aus einem Rechtsverstoß folgenden Ersatzansprüche haben.
16. Eine Musterfeststellungsklage genügt für eine Behebung der mit Streuschäden einhergehenden Defizite nicht. Sie führt weder zur Kompensation der individuellen Schäden noch hat sie abschreckende Wirkung im Hinblick auf zukünftige Rechtsverletzungen.
17. Verfahren zur Kompensation von Streuschäden dürfen nicht mit derart hohen rechtlichen oder faktischen Hürden versehen werden, dass ein effektiver Rechtsschutz ausgeschlossen ist.

III. Massenschäden

18. Unter Massenschäden sind solche Schäden zu verstehen, die eine mittlere bis große Höhe haben und aus einem Gesamtschadensereignis erwachsen oder in immerhin so großer

- Zahl aus gleichartigem tatsächlichen und rechtlichen Grund auftreten, dass eine effektive individuelle Realisierung Schwierigkeiten begegnet. Diese Schwierigkeiten stammen aus einer Überlastung der Justiz und einer divergierenden Entscheidungspraxis der Gerichte trotz gleichartiger Sachverhalte. Dem aktuellen Zivilprozessrecht fehlt es an Mechanismen, die gleichartige Schäden in ihrer Gesamtdimension in den Blick nehmen.
19. Zur Bewältigung von Massenschäden brauchen wir ein auf individuelle Leistungstitel gerichtetes Rechtsschutzinstrument, welches das Gesamtschadensereignis effektiv und umfassend erledigt.
 20. Eine Musterfeststellungsklage ist zur effektiven Bewältigung von Massenschadensereignissen ungeeignet. Da ihr die individuelle Leistungsklage nachfolgen muss, kommt es weder zu einer Entlastung der Geschädigten noch der Justiz. Ein (drohendes) Musterfeststellungsurteil ist zudem kaum in der Lage, die Vergleichsbereitschaft zu fördern.
 21. Das für Massenschäden zu wählende Rechtsschutzinstrument sollte nicht aus individuellen Klagen heraus entstehen, sondern von Anfang an Kollektivklage erhoben werden. Das erspart langwierige Aussetzungen und die der Entscheidung des Kollektivverfahrens noch nachfolgende Erledigung der Individualklagen.
 22. Es sind gesetzliche Regelungen für eine Opt in-Gruppenklage in der ZPO einzuführen. Dabei sollte ein Gruppenkläger die Ansprüche von Gruppenmitgliedern als Repräsentant gerichtlich geltend machen können. Für eine Bindungswirkung gegenüber jedem Gruppenmitglied genügt eine einfache Anmeldung zur Gruppenklage.
 23. Ein Gruppenkläger nimmt nach dem Modell der Prozessstandschaft für die Gruppenmitglieder auch deren prozessualen Rechte wahr. Die Rechtsfolgen der Repräsentation richten sich, etwa im Hinblick auf Verfahrenskoordination, Rechtshängigkeits- und Rechtskraftsperre, Verjährungshemmung und Bindungswirkung nach den erprobten Regeln der Prozessstandschaft.
 24. Die Gruppenklage sollte spezialisierten Spruchkörpern zugewiesen werden. Sie sollte als Dienstgeschäft privilegiert berechnet werden. Das OLG sollte Eingangsinstanz sein.
 25. Die Gruppenklage sollte gerichtlicher Zulassung bedürfen. Ihre Durchführung sollte von einer Mindestanzahl der Gruppenmitglieder abhängen.
 26. Die Gruppenklage sollte durch Privatpersonen und durch Verbände erhoben werden können.
 27. Die Anmeldung zu einer Gruppenklage sollte verjährungshemmende Wirkung haben. Sie erfolgt durch Registrierung auf einer Online-Plattform und ist befristet sowie jedenfalls nicht mehr nach dem Urteil über die Gruppenklage möglich.
 28. Die Gruppenklage sollte durch die Gruppenmitglieder anteilig finanziert werden.
 29. Falls ein Gruppenmitglied eigene Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen will, muss es durch einen Rechtsanwalt vertreten werden.
 30. Die Durchführung einer Gruppenklage sollte gegenüber den summierten Kosten der Erhebung von Individualklagen Kostenvorteile bieten. Die Kostenstruktur der Gruppenklage muss aber auch hinreichende Anreize für ein Engagement des Gruppenklägers und dessen Rechtsanwalt bieten. Für die Prozessfinanzierung bedarf es rechtssicherer Rahmenbedingungen. Die Mehrfachvertretung ist in der Vergütung zu privilegieren.

31. Das Gericht sollte die Sicherung der Prozesskosten (insbes. Kostenerstattungsansprüche und „Zweitschuldnerhaftung“) vor der Zulassung einer Gruppenklage prüfen.
32. Das Urteil in der Gruppenklage sollte Bindungswirkung für alle Gruppenmitglieder haben. Jedes Gruppenmitglied erhält eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels.
33. Es sollte ein Verfahren zur gerichtlichen Genehmigung von außergerichtlich geschlossenen Kollektivvergleichen eingeführt werden.

Thesen zum Referat von Geschäftsbereichsleiterin Jutta Gurkmann, Berlin

1. Verbraucher sind Unternehmen gegenüber bei der Geltendmachung ihrer Rechte strukturell im Nachteil, was dazu führt, dass Verbraucher oft auf die Geltendmachung ihrer Rechte verzichten (rationales Desinteresse).
2. Der Rechtsstaat muss dafür sorgen, dass die Rechtswirklichkeit dem gesetzten Verbraucherrecht annähernd entspricht. Soweit das rationale Desinteresse der Verbraucher dem entgegensteht, muss der Rechtsstaat dieses Defizit durch (kollektive) Angebote reduzieren.
3. Dieser Forderung nach objektiver Rechtsbewahrung trägt das verbraucherrechtliche Verbandsklagerecht Rechnung. Aus der subjektiven Perspektive der Verbraucher hat es aber nur eine präventive Wirkung. Es ist nicht geeignet, zu einer individuellen Kompensation von entstandenen Schäden beizutragen.
4. Je nachdem, welches Rechtsschutzziel (primär) verfolgt werden soll, bedarf es unterschiedlicher Instrumente, wobei die Einschätzung, welches Instrument zur Verfolgung des jeweiligen Rechtsschutzziels am geeignetsten ist, dem Kläger vorbehalten sein sollte.
5. Die Gewinnabschöpfung ist ein ergänzendes Rechtsschutzinstrument, das subsidiär zur Anwendung kommen sollte, wenn eine Kompensation der dem Verbraucher entstandenen Rechtsnachteile aus praktischen Gründen nicht möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.
6. Bei einer Leistungsklage ist die Vereinbarkeit der beiden Ziele, Leistungstitel für möglichst viele Beteiligten zu erstreiten und gleichzeitig das Verfahren effizient auszugestalten, nur möglich bei Inkaufnahme einer Schadenspauschalierung.
7. Die Musterfeststellungsklage ist ein geeignetes Instrument zur effektiven Bewältigung von Massenschadensereignissen auf „erster Stufe“. Es bedarf einer effizient verbundenen „zweiten Stufe“, um das Verfahren erfolgreich zum Abschluss zu bringen.
8. Unabhängig vom Instrument sollten die Anschlussmöglichkeiten von Geschädigten möglichst niedrigschwellig sein.
9. Kollektive Rechtsschutzverfahren zugunsten von Verbrauchern müssen keine prozessuale Mitwirkungsrechte für Verbraucher vorsehen, wohl aber Austrittsmöglichkeiten.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Christopher Rother, Berlin

1. Das geltende Zivilprozessrecht bietet nur unzureichende Möglichkeiten zur Bündelung von Ansprüchen, insbesondere bei Massen- und Streuschäden. Von diesen Rechtsschutzdefiziten sind nicht nur Verbraucher, sondern auch Selbständige, Gewerbetreibende und Unternehmen betroffen.
2. Die Bündelung von Ansprüchen im Wege der objektiven Anspruchshäufung setzt aufwändige Abtretungsmodelle voraus. Die gerichtliche Befugnis zur Prozesstrennung im Falle der objektiven Anspruchshäufung sollte daher auf wenige, gesetzlich klar geregelte Ausnahmefälle beschränkt werden. Die gerichtliche Entscheidung zur Prozesstrennung sollte mit einem eigenständigem Rechtsbehelf überprüft werden können.
3. Die Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit von registrierten Rechtsdienstleistern als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Abtretung von Forderungen zum Zwecke der Einziehung auf fremde Rechnung sollten im Interesse der Rechtssicherheit abschließend gesetzlich geregelt und durch die Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung von Prozesskostensicherheiten flankiert werden.
4. Im Falle einer objektiven Klagehäufung sollten erleichterte Voraussetzungen für eine Verbindung mit weiteren Ansprüchen nach Klageerhebung geschaffen werden, wenn diesen Ansprüchen der gleiche Lebenssachverhalt zu Grunde liegt und sie sich gegen denselben Beklagten richten.
5. Erleichterte Voraussetzungen sollten auch für den nachträglichen Beitritt zu einer Streitgenossenschaft nach Klageerhebung geschaffen werden.
6. Behördliche und private Rechtsdurchsetzung sollten besser miteinander verzahnt werden. Die Einleitung von behördlichen Verfahren gegen Unternehmen wegen eines Verstosses gegen Rechtsvorschriften, die zumindest auch dem Schutz Dritter dienen, sollte bis zum rechtskräftigen Abschluss eine Verjährungshemmung von Ansprüchen geschützter Dritter gegen dieses Unternehmen zur Folge haben wie das heute bereits für Kartellschadensersatzansprüche gesetzlich geregelt ist.
7. Neben objektiver Anspruchshäufung und Streitgenossenschaft sollten neue, spezifische Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes geschaffen werden.
8. Neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sollten nicht nur Verbänden, sondern auch Verbrauchern, anspruchsberechtigten Unternehmen und registrierten Rechtsdienstleistern, die anwaltlich vertreten werden, zur Verfügung stehen.
9. Die Einführung einer Musterfeststellungsklage ist ein unzureichendes Instrument zur Bewältigung von Massen- und Streuschäden. Die Erhebung einer Musterfeststellungsklage sollte zu einer Unterbrechung der Verjährung für sämtliche Ansprüche führen, denen der gleiche Lebenssachverhalt wie den Feststellungsziele der Musterfeststellungsklage zu Grunde liegt, auch wenn diese Ansprüche nicht zur Eintragung in das Klageregister angemeldet werden.

10. Zur Bewältigung von Massenschäden sollte eine Rechtsschutzinstrument geschaffen werden, das eine Durchsetzung gleichartiger Schäden ermöglicht und das Gesamtschadensereignis effektiv und umfassend reguliert.
11. Es sind gesetzliche Regelungen für eine Opt in-Gruppenklage in das Zivilprozessrecht einzuführen.
12. Der Gruppenkläger macht im Wege der Prozessstandschaft die Ansprüche der Gruppenmitglieder nach deren Beitritt gerichtlich geltend. Für den Beitritt genügt eine einfache Online-Registrierung.
13. Eingangsstanz der Gruppenklage sollte das Oberlandesgericht sein.
14. Die Gruppenklage sollte gerichtlicher Zulassung bedürfen.
15. Die Zulassung der Gruppenklage sollte von einer Stellung von Prozesskostensicherheiten abhängen.
16. Soweit der Gruppenkläger von einer Prozessfinanzierung durch Dritte Gebrauch macht, ist dies gegenüber dem Gericht unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen offen zu legen.

Thesen zum Referat von Chefjustitiar Prof. Dr. Stephan Wernicke, Berlin

Zusammenfassung

1. Die Einführung neuer allgemeiner Instrumente kollektiven Rechtsschutzes ist nur bei eindeutig identifizierten Rechtsschutzdefiziten berechtigt. Weder im Bereich von Massenschäden noch von Streuschäden bestehen Rechtsschutzdefizite, die sich nicht weitgehend durch Anpassung bestehender Instrumente des Zivilprozessrechts und ohne die Einführung von Kollektivklagen effektiv lösen ließen.
 2. Für rechtlich, wirtschaftlich und politisch komplexe Schadensereignisse ist im Sinne eines modernen Verbraucherschutzes eine unabhängige, klageberechtigte öffentlich-rechtliche Ombudsstelle als Anwalt des öffentlichen und des kollektiven privaten Interesses zu schaffen.
 3. Die im New Deal for Consumers der EU Kommission vom April 2018 vorgesehenen Kollektivklagen verstoßen gegen EU-Recht.
 4. In der „Brüssel I a Verordnung“ sollte klargestellt werden, dass sie keine Anwendung auf Kollektivverfahren findet.
 5. Recht ist kein Investitionsobjekt, sondern Standortfaktor: Das gilt auch für die Ausgestaltung prozessualer Instrumente. Fehlender Schutz vor potentiell missbräuchlichen Kollektivklagen schadet dem Rechtsstandort Deutschland und Europa.
-
1. Der Individualrechtsschutz ist in Deutschland umfangreich gewährt. Die Einführung neuer allgemeiner Instrumente kollektiven Rechtsschutz steht außerhalb der bisherigen Systematik des deutschen Zivilprozesses und ist nur bei eindeutig identifizierten Rechtsschutzdefiziten denkbar.
 2. Jede Form kollektiven Rechtsschutzes muss sich an den Maßgaben effektiver Entschädi-

- gung aller Geschädigten (Verbraucher, Selbständige und Unternehmen), der adäquaten Verhaltenssteuerung im Geschäftsverkehr sowie am effektiven Ausschluss möglicher Missbrauchsrisiken orientieren.
3. Im Bereich von Massenschäden bestehen keine gravierenden Rechtsschutzdefizite, allerdings lassen sich die Verfahrensregeln zur objektiven Klagehäufung, der Streitgenossenschaft oder der Prozessverbindung anpassen.
 4. Im Bereich von Streu-/Bagatellschäden bestehen zwar keine Rechtsschutzdefizite. Allerdings führen ökonomische Erwägungen – sog. „rationales Desinteresse“ – dazu, dass Ansprüche von Verbrauchern und Unternehmen nicht geltend gemacht werden. Ebenfalls ökonomische Erwägungen erklären, warum alle bisherigen Legislativvorschläge von einer Entschädigung der Betroffenen abgesehen haben. Kollektive Leistungsklagen für Streuschäden ohne Entschädigung der tatsächlich Geschädigten sind abzulehnen.
 5. Für Streu-/Bagatellschäden sind moderne Lösungen über Methoden alternativer Streitbeilegung/LegalTech absehbar und können verwirklicht werden, ohne dass es neuer kollektiver Klagearten bedarf. Die Rechtsprechung erörtert schon jetzt im AGB-Bereich kollektive Folgenbeseitigung, ergänzend sollte die bereits heute mögliche Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichen Rechtsverstößen erleichtert werden.
 6. Im Lauterkeitsrecht bestehen keine Rechtsschutzdefizite. Dort geht es nicht um Schadenersatz, sondern um die Unterlassung des Rechtsverstoßes. Dies funktioniert in Deutschland mit dem bisherigen privatrechtlichen Durchsetzungssystem gut. Die Missbrauchsrisiken („Abmahnindustrie“) sind einzuhegen.
 7. Rechtlich, wirtschaftlich und politisch komplexe Schadensereignisse sind geprägt durch eine Vielzahl handelnder Akteure, Produkte und Rechtsverhältnisse, für die das Zivilprozessrecht keine adäquaten Mechanismen vorhält. Komplexes unternehmerisches Fehlverhalten sowie nationale und europäische Politikdefizite lassen sich aber nicht mit Kollektivklagen durch die Justiz aufarbeiten, daher sind insoweit auch kollektive Leistungsklagen durch private Kläger als nicht effektiv abzulehnen.
 8. Für komplexe Schadensereignisse ist im Sinne eines modernen Verbraucherschutzes eine klageberechtigte und unabhängige öffentlich-rechtliche Ombudsstelle als Anwalt des öffentlichen und des kollektiven privaten Interesses zu schaffen: nur neutrale und zugleich handlungsfähige Stellen, die nicht im Eigeninteresse handeln, werden von allen Seiten akzeptiert, schaffen Vertrauen auch bei Verbrauchern und führen so zu raschen, den Rechtsfrieden sichernden Lösungen.
 9. Eine öffentlich-rechtliche oder im öffentlichen Auftrag handelnde Ombudsstelle gibt allen Geschädigten eine Stimme, kann prozessökonomisch vorgehen, ein vorgerichtliches Erkenntnisverfahren durchführen und verwirklicht den Vorrang einer gütlichen Einigung durch Kollektivvergleiche. Ihr ist ein umfangreiches repräsentatives Klagerecht, wenn möglich auch direkt auf Leistung, zuzubilligen. Damit werden Anreize zum kollektiven Handeln prozessökonomisch und volkswirtschaftlich richtig gesetzt.
 10. Der Rechtsschutz des Einzelnen nach Art. 103 Abs. 1 GG darf nicht verkürzt werden: ein „opt-out“, d.h. prozessuale Vertretung ohne explizites Mandat, ist abzulehnen. Soweit eine kollektive Gruppe gebildet wird bedarf es der gerichtlichen Kontrolle und Zulassung.

11. Kollektivklagen bergen für Beklagte in jedem Fall das Risiko des „Zwangs zum Vergleich“, nicht aufgrund materiell-rechtlicher Gründe sondern wegen primär außergerichtlicher Umstände (u. a. Reputationsrisiken, unverhältnismäßig hoher Verteidigungskosten, Abwehr von Ausforschung, Insolvenzrisiken insbesondere für KMU). Rechtmäßig handelnde Unternehmen sind davor zu schützen. Angesichts der drohenden Kommerzialisierung von Verfahren (auch durch im Hintergrund sog. „qualifizierter Verbände“ aktive Kanzleien) kann diesem Risiko nur durch öffentlich-rechtliche Kläger entgegengewirkt werden.
12. Die im New Deal for Consumers der EU Kommission vom April 2018 vorgesehenen Kollektivklagen verstoßen gegen EU-Recht. Die Kompetenzgrundlagen des Art. 67 AEUV (Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts), des Art 81 AEUV (Justizielle Zusammenarbeit) und des 114 AEUV lassen keine Eingriffe in die Struktur des allgemeinen nationalen Zivilprozessrechts zu, sondern müssen sich auf den Anwendungsbereich des EU Rechts beschränken. Insbesondere reicht die bloße Tatsache unterschiedlicher Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten nicht aus, um die Kompetenz zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen zu begründen.
13. Die im New Deal for Consumers vom April 2018 vorgeschlagenen Kollektivklagen erfüllen nicht die in der Empfehlung der Kommission von 2013 den Mitgliedstaaten angebotenen Vorkehrungen zur Abwehr von mißbräuchlichen Klagen.
14. Die im New Deal for Consumers vom April 2018 vorgeschlagenen Kollektivklagen führen wegen des Fehlens von Schutzvorkehrungen zu weitaus größeren Gefahren für die Rechtsordnung insgesamt als bei Sammelklagen/class-actions US-amerikanischen Typs.
15. Vertrauen in fremde Rechtsordnungen ist nicht zu erzwingen. Werden national private Kläger, auch verbandsklagebefugte Vereine, als kollektive Kläger zugelassen, dürfen sie in der EU nicht diskriminiert werden; Urteile sind hingegen unionsweit vollstreckbar. Die Einhaltung von Kriterien, darunter legitime Ziele des Klägers, nachgewiesene Mindestrepräsentativität oder die fehlende Gewinnabsicht, ist weder behördlich noch gerichtlich effektiv zu kontrollieren. Eine Kontrolle ist zudem jedenfalls so lange unglaublich, wie von der EU selbst einzelne Mitgliedstaaten wegen Rechtsstaatsdefiziten massiv gerügt werden.
16. In der „Brüssel I a Verordnung“ (VO 1215/2012) der EU über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen sollte klargestellt werden, dass sie keine Anwendung auf Kollektivverfahren findet. Ein forum shopping bei Kollektivklagen ist abzulehnen.
17. Recht ist kein Investitionsobjekt: Drittfinanzierte Kollektivklagen sind auszuschließen.
18. Recht ist Standortfaktor: Die Sicherheit vor potentiell mißbräuchlichen Sammelklagen war bislang ein starkes Argument für den Rechtsstandort Deutschland. Eine eventuelle Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes, auch aus Gründen des innereuropäischen Wettbewerbs der Rechtsstandorte, führt zu Risiken für den Rechtsstandort Deutschland.

Familienrecht

Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Eva Schumann, Göttingen

I. Inhaberschaft der elterlichen Sorge (Statusfragen)

1. Das Leitbild der gemeinsamen elterlichen Sorge gilt auch für getrennt lebende Eltern.
 - a) Bei Einvernehmen der Eltern sollte von diesem Leitbild nur aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen abgewichen werden (→ B. I.1).
 - b) Im Elternkonflikt sollte von diesem Leitbild nur dann abgewichen werden, wenn die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl widerspricht. Daher sollte der Kindeswohlprüfungsmaßstab des § 1626a Abs. 2 BGB im Gesetzeswortlaut des § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gebracht werden (→ C.II).
2. Bei nicht miteinander verheirateten Eltern sollte die Begründung der gemeinsamen Sorge im Interesse des Kindes gestärkt werden (→ B. I.2):
 - a) durch ein gemeinsames Sorgerecht kraft Gesetzes, wenn die Eltern bei der Anerkennung der Vaterschaft einen gemeinsamen Wohnsitz haben;
 - b) durch die Zulassung partieller Sorgeerklärungen.
3. Die Rechtspositionen der Eltern sollten bei der Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung gestärkt werden.
 - a) Die Wiederbegründung der gemeinsamen Sorge ist bei einem Elternkonsens vorzunehmen, wenn sie dem Kindeswohl nicht widerspricht (→ B. I.3).
 - b) Verfahren nach § 1696 Abs. 1 BGB (auch in Bezug auf die Ausübung der gemeinsamen Elternverantwortung) dürfen nicht von Amts wegen eingeleitet werden (→ C. I.2).

II. Betreuung und Umgang (Ausübung der gemeinsamen Elternverantwortung)

4. In Bezug auf das Betreuungsmodell sollte kein gesetzliches Leitbild vorgegeben werden (→ B.II.1).
5. Als weiteres Betreuungsmodell ist im Kindschaftsrecht die geteilte Betreuung neben dem Residenzmodell abzubilden.
 - a) Eine geteilte Betreuung liegt vor, wenn eine Mitbetreuung von mind. 30 % besteht, beide Eltern Verantwortung für das Kind im Alltag übernehmen und das Kind (außer beim Nestmodell) in beiden Elternhäusern ein Zuhause hat (→ A.I).
 - b) Die geteilte Betreuung ist rechtssystematisch als Ausübung der elterlichen Sorge und nicht als Umgang einzuordnen (→ B.II.3a, C.III.1).

6. Elternvereinbarungen sollten noch stärker gefördert und die Rahmenbedingungen hierfür verbessert werden (→ C. I.).
 - a) Das Beratungskonzept der §§ 17 f. SGB VIII sollte so überarbeitet werden, dass allen Trennungseltern ein ergebnisoffenes Beratungsangebot zu Fragen der elterlichen Sorge, des Betreuungsmodells (einschließlich der Folgen für den Kindesunterhalt) und des Umgangs zur Verfügung steht.
 - b) Zur Lösung von Elternkonflikten sollte eine staatlich bezuschusste Mediation angeboten und eine Mediationskostenhilfe eingeführt werden.
7. Die bisher nur auf das Residenzmodell zugeschnittene Kompetenzverteilung bei gemeinsamer Sorge (§ 1687 Abs. 1 BGB) sollte im Bereich der Alltagssorge flexibler gestaltet werden (→ B.II.2):
 - a) durch den Vorrang von Elternvereinbarungen;
 - b) durch eine im Übrigen an den jeweiligen Aufenthalt des Kindes anknüpfende Entscheidungsbefugnis jedes Elternteils.
 - c) Auf Antrag ist einem Elternteil die Alltagssorge zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht.
8. Der gerichtlich gebilligte Vergleich nach § 156 Abs. 2 FamFG sollte auf die einvernehmliche Regelung der Betreuung erweitert werden (→ B.II.3b).
9. Für die gerichtliche Anordnung einer geteilten Betreuung sollte eine eigene Regelung geschaffen werden (→ C.III.1 und 2):
 - a) Für die Einleitung des Verfahrens ist der Antrag eines Elternteils Voraussetzung.
 - b) Es ist eine positive Kindeswohlprüfung iSd § 1697a BGB vorzunehmen, bei der auch Art und Ausmaß des Elternkonflikts zu berücksichtigen sind.
 - c) Die Anordnung kann befristet werden (Probezeit).
 - d) Eine Abänderung erfolgt auf Antrag eines Elternteils unter den Voraussetzungen des § 1696 Abs. 1 BGB (→ C.III.3).
10. Die Umgangsregelung des § 1684 BGB sollte weniger bevormundend ausgestaltet werden (→ C.IV.1):
 - a) § 1684 Abs. 3 S. 1 BGB ist als reines Antragsverfahren auszugestalten.
 - b) § 1684 Abs. 3 S. 2 BGB ist zu streichen.
 - c) Die Anordnung einer Umgangspflegschaft setzt (unterhalb der Eingriffsschwelle des § 1666 BGB) einen Antrag eines Elternteils voraus und muss dem Wohl des Kindes entsprechen.
11. Die Tatbestände des § 1684 Abs. 4 S. 1 und 2 BGB sind präziser zu fassen (→ C.IV.2):
 - a) Im Falle einer Kindeswohlgefährdung kann die Einschränkung oder der Ausschluss des Umgangs von Amts wegen vorgenommen werden.
 - b) Eine Einschränkung des Umgangs kann auch auf Antrag eines Elternteils vorgenommen werden, wenn der uneingeschränkte Umgang dem Wohl des Kindes widerspricht.

III. Kindeswohl und Kindeswille

12. Das Konzept zum Kindeswohl als Prüfungsmaßstab sollte kohärenter ausgestaltet und die jeweilige Kindeswohlschwelle sollte im Wortlaut der einschlägigen Normen klar zum Ausdruck gebracht werden (→ D. I.1).
13. Auch bei einer Kindeswohlgefährdung in Hochkonfliktfällen und in Fällen des Umgangsboykotts ist bei der Anordnung von gerichtlichen Maßnahmen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu beachten (→ D. I.2).
14. Der Kindeswille sollte bei der Ausübung der gemeinsamen Elternverantwortung (geteilte Betreuung und Umgang) stärker berücksichtigt werden:
 - a) bei einsichts- und urteilsfähigen Kindern im Rahmen der Kindeswohlprüfung (→ D.II.1);
 - b) für Kinder ab 14 Jahren durch Einführung eines eigenen Antragsrechts (→ D.II.2).

IV. Kindesunterhalt

15. § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB sollte nur beim klassischen Residenzmodell, bei dem ein Elternteil das Kind ganz überwiegend betreut und der andere Elternteil mit dem Kind Umgang im üblichen Umfang hat, zur Anwendung kommen (→ E.II).
16. a) Bei einer geteilten Betreuung gilt für den Kindesunterhalt nicht § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB, sondern S. 1, wobei neben den Einkommen beider Eltern auch die jeweiligen Betreuungsanteile zu berücksichtigen sind (→ E.III.1 und 2).
 - b) Zur Ermittlung des Barunterhalts bei geteilter Betreuung sollte ein möglichst einfaches Berechnungsmodell gewählt werden. Lösungen zu Einzelfragen können von der Rechtsprechung entwickelt und in Leitlinien niedergelegt werden (→ E.III.2a–c).
 - c) Bei geteilter Betreuung des Kindes erbringen beide Eltern Betreuungs- und Barunterhalt; der Umfang der Erwerbsobliegenheit ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wobei neben den Betreuungsanteilen auch kind- und elternbezogene Gründe zu berücksichtigen sind (→ E.III.2d).
 - d) In Fällen einer geteilten Betreuung sollte jeder Elternteil Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil geltend machen können. Eine entsprechende Ergänzung ist in § 1629 Abs. 2 BGB vorzusehen (→ E.III.3).
17. Eltern sollten bei der Berechnung des Barunterhalts durch einen Online-Rechner und bei der Ausarbeitung einer Unterhaltsvereinbarung durch die Erweiterung des Beratungsangebots nach §§ 17 f. SGB VIII unterstützt werden (→ E.III.1).
18. Die ökonomische Situation von Trennungskindern bzw. -familien ist (unabhängig vom jeweiligen Betreuungsmodell) durch entsprechende Maßnahmen im Sozial- und Steuerrecht zu verbessern (→ A.II.1, III.2).

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Michael Coester, München

1. Schranken und Grenzen des elterlichen Sorgenvorrangs ergeben sich nicht erst aus der einfachrechtlichen Ausgestaltung des elterlichen Sorgerechts, sondern schon aus der verfassungsimmanenten, grundsätzlichen Legitimation und Funktion elterlicher Sorgekompetenz – nämlich der Sorge für einen Menschen, der zu Selbstbestimmung und Selbstschutz noch nicht in der Lage ist.
2.
 - a) Das gesetzliche Leitbild fortdauernder gemeinsamer Elternverantwortung auch nach Trennung oder Scheidung wird vom geltenden Recht nicht hinreichend instrumental ausgestattet.
 - b) Das Instrument familiengerichtlicher Billigung und damit rechtlicher Verbindlichkeit gemäß § 156 Abs. 2 FamFG sollte auch für autonome Sorgerechtsgestaltungen getrennt lebender Eltern nutzbar gemacht werden.
 - c) Der Gesetzgeber sollte getrennt lebenden Eltern aber auch ohne Einschaltung einer familiengerichtlichen Kontrolle die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung ihrer Sorgevereinbarungen eröffnen.
3. Bei nicht miteinander verheirateten Eltern sollte das gemeinsame Sorgerecht kraft Gesetzes mit Etablierung der rechtlichen Elternschaft auch des Vaters entstehen. Zusätzliche gesetzliche Anforderungen sind weder rechtspolitisch geboten noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.
4.
 - a) Die Zustimmungs- oder Entscheidungskompetenzen von Jugendlichen in persönlichen Angelegenheiten sollten ausgebaut werden.
 - b) Bedarfes der familiengerichtlichen Schlichtung eines Eltern-Kind-Konfliktes in einen Jugendlichen persönlich betreffenden Angelegenheiten, so hat das Familiengericht dessen Willen stattzugeben, soweit dies seinem Wohl nicht erkennbar widerspricht.

Thesen zum Referat von Vors. RichterIn am OLG Prof. Dr. Isabell Götz, München/Mannheim

Reformbedarf im Unterhaltsrecht

1. Das Unterhaltsrecht ist für die Betroffenen selbst kaum mehr nachzuvollziehen. Das Ziel einer Vereinfachung des Unterhaltsrechts, das im Zug der Unterhaltsrechtsreform im Jahr 2008 formuliert wurde, muss bei künftigen Reformen daher leitend sein.
2. Die Eltern entscheiden über Art und Umfang ihrer Arbeitsteilung bei der Betreuung ihres Kindes auch nach Trennung und Scheidung autonom. Das Unterhaltsrecht muss diese Entscheidung respektieren und abbilden.
3. Grundsätzlich schulden beide Elternteile ihrem Kind gemäß § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB Barunterhalt. Der Barbedarf des Kindes ist daher anhand der zusammengerechneten Einkünfte der Eltern zu ermitteln.

4. Bei der Bemessung der Haftungsquote ist neben den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Eltern der Anteil der Mitbetreuung einzubeziehen (Gedanke des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB).
5. Zur Berechnung des Kindesunterhalts ist von drei Betreuungsstufen auszugehen
 - a) Bei überwiegender Betreuung durch einen Elternteil (Residenzmodell) bleibt es im Verhältnis der Eltern bei der Regelvermutung, dass der Betreuende seine Unterhaltsverpflichtung durch die Betreuung erfüllt.
 - b) Bei paritätischer Betreuung durch beide Elternteile (Wechselmodell) orientiert sich die Haftungsquote an den für Unterhalt zur Verfügung stehenden Einkünften der Eltern.
 - c) Bei einer zwischen beiden Modellen liegenden geteilten Betreuung (asymmetrische Betreuung) bestimmt sich die Haftungsquote nach dem Verhältnis der für Unterhalt zur Verfügung stehenden Einkünfte der Eltern sowie einer fixen Betreuungsquote, die der Mitbetreuung angemessen Rechnung trägt.
6. Die gesetzliche Regelung sollte nur die Grundzüge hierfür vorgeben, dabei aber alle Betreuungsmodelle angemessen erfassen und die Gleichwertigkeit von Betreuung und Barunterhalt sicherstellen.
7. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge können Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil im Fall einer geteilten Betreuung
 - a) von jedem Elternteil allein und
 - b) im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens von den Eltern nur jeweils im eigenen Namen geltend gemacht werden.
8. Die unterhaltsrechtliche Relevanz der geteilten Betreuung eines Kindes nach Trennung der Eltern sollte auch in den Vorschriften zum Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes (§§ 1570, 1615l BGB) abgebildet werden.
9.
 - a) Der Rechtsgedanke des § 1627 BGB sollte auch für das Unterhaltsrecht nutzbar gemacht werden.
 - b) Im Güterichterverfahren muss sichergestellt werden, dass Güterichter verfügbar sind, die über hinreichende Kenntnisse im materiellen Familienrecht und im Familienverfahrensrecht verfügen.

Thesen zum Referat von Dipl.-Psych. Prof. Dr. Sabine Walper, München

Geteilte Betreuung nach Trennung der Eltern aus sozialwissenschaftlicher und psychologischer Perspektive

1. Bei einer familienrechtlichen Anpassung von Sorge- Umgangs- und Unterhaltsrecht ist neben der paritätischen Ausgestaltung geteilter Betreuung auch asymmetrischen Formen geteilter Betreuung im Sinne des bisherigen erweiterten Umgangs (70:30) Rechnung zu tragen ist.

2. Bei der Entscheidung über die Wahl und Ausgestaltung geteilter Betreuung sollte der Konsens der Eltern ein gewichtiger, aber nicht ausschließlicher Gesichtspunkt sein. Im Hinblick auf das wohlverstandene Interesse und Wohlergehen der Kinder sind insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:
 - a) Bei starker Konfliktdynamik zwischen den Eltern, aber auch bei dysfunktionalem, unterminierendem Coparenting ohne ausgeprägte offene Konflikte sollte von einer geteilten Betreuung abgesehen werden.
 - b) In der alltäglichen Umsetzung des Betreuungsarrangements sollte dem Willen der Kinder situations- und entwicklungsangemessener Spielraum eingeräumt werden. In der Beratung der Eltern ist auf eine entsprechende Bereitschaft der Eltern zur flexiblen Anpassung des Betreuungsarrangements hinzuwirken.
 - c) Bei einer deutlich asymmetrischen Beziehungsqualität des Kindes zu beiden Eltern ist zu gewährleisten, dass das Kind mehr Zeit mit demjenigen Elternteil verbringt, zu dem es die bessere Beziehungsqualität aufweist.
 - d) Bei sehr jungen Kindern bis zum Alter von unter drei Jahren sollten wechselnde Übernachtungen des Kindes bei jedem Elternteil allenfalls in jenen Fällen vorgesehen werden, wo beide Eltern schon vor der Trennung zu vergleichbaren Anteilen die Betreuung des Kindes und die Zu-Bett-Geh-Routinen übernommen haben.
 - e) Die Persönlichkeit der Kinder verdient stärkere Berücksichtigung.
 - f) Sofern die Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern bei der Inanspruchnahme einer Kindertagesbetreuung mit dem kontinuierlichen Besuch derselben Einrichtung bzw. derselben Tagespflegestelle unvereinbar ist, sollte von einer geteilten Betreuung abgesehen werden. Gleiches gilt fraglos für den Schulbesuch.
 - g) Wenn sich mehrere Geschwisterkinder in geteilter Betreuung befinden, sollte auf die Stabilisierung der Geschwisterbeziehung geachtet werden und nach Möglichkeit auf einen weitgehend synchronen Wechsel der Geschwister zwischen beiden Haushalten der Eltern hingewirkt werden.
3. Eltern sollen nicht nur im Konfliktfall durch geeignete Informations-, Beratungs- und Mediationsangebote darin unterstützt werden, eine am Kindeswohl orientierte Lösung für das Sorgerecht, das individuelle Betreuungsarrangement oder den Umgang nach der Trennung zu entwickeln und in einer Elternvereinbarung festzuhalten. Im Sinne eines ganzheitlichen Konzepts gilt es insbesondere, die Verfügbarkeit *kindorientierter Mediation* und *komplexer Scheidungsberatung* (mit dem Kernbereich Erziehungsberatung nach § 28 SGB VIII) auszubauen. Um das erforderliche Orientierungswissen für die Fachpraxis zu gewährleisten, sollten Förderlinien für einschlägige praxisnahe Forschung in Deutschland auf den Weg gebracht werden.
4. Es sollte erprobt und evaluiert werden, inwieweit Eltern anhand einer im Expertenkonsens und forschungsbasiert gewonnenen Kriterienliste bei der Erstellung einer kindeswohlorientierten Elternvereinbarung zu Entscheidungen über die elterliche Sorge, das Betreuungsmodell und den Umgang unterstützt werden können. Solche Elternvereinbarungen sollten alle relevanten Regelungsfelder umfassen, also auch die Klärung des Unterhalts.

5. Bei der Regelung des Unterhalts im Fall einer geteilten Betreuung ist dem jeweiligen Betreuungsanteil der Eltern Rechnung zu tragen. Hierbei sind kategoriale Lösungen mit einem breiteren „Korridor“ für die Beibehaltung von Unterhaltszahlungen trotz schwankender Betreuungszeiten zu favorisieren, um flexible kindorientierte Anpassungen der Betreuungszeiten zu ermöglichen ohne das Konfliktpotenzial über den Unterhalt zu erhöhen bzw. zu verstetigen.
6. Staatliche Leistungen im Rahmen des Sozial- und Steuerrechts sollten die erhöhten Aufwendungen bei geteilter Betreuung angemessen abbilden und insgesamt auf eine Reduktion des erhöhten Armutsrisikos Alleinerziehender hinwirken.

Thesen zum Kurzreferat von Rechtsanwältin Eva Becker, Berlin

Getrennt oder verbunden: Verfahren zu elterlicher Sorge, Umgang und Unterhalt

1. Die zeitgleiche Behandlung der Themen elterliche Sorge und Umgang erleichtert die Konfliktlösung in Familiensachen. Deshalb sollen Kindschaftssachen nach § 151 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG (elterliche Sorge und Umgang) in einem familiengerichtlichen Verfahren behandelt werden.
2. Kindschaftssachen nach § 151 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG (elterliche Sorge und Umgang) und Verfahren nach § 231 FamFG (Kindesunterhalt) sollten in einem familiengerichtlichen Verfahren behandelt werden.
3. Das Gericht soll verfahrensrechtlich in die Lage versetzt werden, entsprechend der Regelung des § 133 I Nr. 2 FamFG, sich Kenntnis über die gesamten Belange des Kindes, also elterliche Sorge, Umgang und Kindesunterhalt, zu verschaffen, wenn ein Verfahren das Kind betreffend anhängig wird.

Strafrecht

Sentencing Guidelines vs. freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Johannes Kaspar, Augsburg

I. Grundlagen der Strafzumessung

1. Im Rahmen der Strafzumessung wird über das Ausmaß eines gravierenden Eingriffs in Freiheitsgrundrechte entschieden. Aus rechtsstaatlichen Gründen werden in diesem Bereich hinreichend bestimmte und zugleich begrenzende gesetzliche Regelungen benötigt.
2. Die gesetzlichen Normen im Bereich der Strafzumessung tragen diesen Anforderungen nicht ausreichend Rechnung. Das gilt sowohl für § 46 StGB als auch für die Ausgestaltung der gesetzlichen Strafrahmen.
3. Auch daraus resultieren die in verschiedenen empirischen Studien festgestellten Unterschiede der Strafzumessungspraxis zwischen verschiedenen Regionen bzw. Gerichtsbezirken, die unter Gleichheits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten problematisch sind. Eine einheitlichere Strafzumessung sollte angestrebt werden.
4. Die in der Praxis offenbar übliche Orientierung an lokalen Strafzumessungstraditionen, die z. T. in informellen, nicht öffentlich zugänglichen Strafmaßtabellen niedergelegt sind, ist mangels Transparenz und bundesweiter Einheitlichkeit keine befriedigende Lösung. „Lokale Üblichkeit“ ist kein sachlicher Differenzierungsgrund im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG.
5. Notwendig ist daher eine Reform des geltenden Rechts, die für mehr Gleichheit, Bestimmtheit und zugleich Verhältnismäßigkeit des staatlichen Strafens sorgen kann.
6. Eine starke Schematisierung oder gar „Mathematisierung“ der Strafzumessung ist allerdings problematisch und abzulehnen, da dies der Komplexität des Strafzumessungsvorgangs nicht gerecht wird. Auch die Sicherung von Verhältnismäßigkeit im Einzelfall wird durch starre und schematische Vorgaben (vor allem durch erhöhte Mindeststrafen) unmöglich gemacht. Ein gewisser richterlicher Wertungsspielraum muss daher aufrecht erhalten bleiben.
7. Aus diesen Gründen sind auch ausdifferenzierte Strafzumessungs-Richtlinien wie die US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines nicht empfehlenswert. Sie führen (unabhängig von der Ausgestaltung ihrer Bindungswirkung) zu vermeintlich objektiv richtigen „Pseudo-Punktstrafen“, die dem Einzelfall nicht ausreichend gerecht werden.

II. Ausgestaltung des § 46 StGB

1. § 46 StGB sollte geändert werden, da er weder eine ausreichende Klärung der Strafzweckfrage noch ein erkennbares Programm für den Richter bei der Ermittlung und Gewichtung der in Abs. 2 beispielhaft aufgezählten Faktoren enthält.
2. Der Begriff der „Schuld“ ist als leitender Oberbegriff der Strafzumessung problematisch. Er ist unbestimmt, erlaubt in weitem Umfang die Berücksichtigung subjektiver Täterfaktoren ohne Bezug zum Unrecht der Tat und hängt eng mit dem abzulehnenden Strafzweck des absoluten Schuldausgleichs zusammen.
3. Als straftheoretischer Leitgedanke wird in § 46 Abs. 1 n.F. die „Wiederherstellung des Rechtsfriedens“ durch verhältnismäßige Einwirkung auf die Allgemeinheit und den Täter vorgeschlagen. Der Strafzumessung wird dabei eine generalpräventive Vereinigungstheorie zugrunde gelegt, die Elemente des gerechten Schuldausgleichs sowie der Spezialprävention enthält.
4. Dabei ist explizit auf das Bedürfnis nach Wiederherstellung des Rechtsfriedens zum Zeitpunkt des Urteils abzustellen. Erst nach der Tatbegehung eintretende Umstände wie Wiedergutmachungsbemühungen des Täters können auf diese Weise ohne Weiteres berücksichtigt werden.
5. Das Gesetz sollte klarstellen, dass sich das Ausmaß der zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens erforderlichen Strafe vorrangig anhand des verschuldeten Unrechts bemisst. Die Differenzierung von Handlungs- und Erfolgsunrecht wird in das Gesetz aufgenommen, die wichtigsten Faktoren namentlich genannt, ohne dass dies abschließenden Charakter haben sollte (§ 46 Abs. 2 n.F.).
6. Auf den Strafzumessungsaspekt der „Gesinnung“ sollte verzichtet werden, da seine Unrechts- und Schuldrelevanz problematisch ist und eine klare Abgrenzung zur Lebensführungs- oder Charakterschuld kaum gelingt.
7. Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass die „verschuldeten Tatfolgen“ nur dann strafzumessungsrelevant sind, wenn sie dem Täter zurechenbar sind; dazu zählt auch die Frage, ob die Folge vom Schutzbereich der Strafnorm umfasst wird.
8. In § 46 Abs. 3 S. 1 n.F. wird geregelt, dass sonstige Umstände außerhalb des verschuldeten Unrechts, die das Bedürfnis nach Wiederherstellung absenken können, zu Gunsten des Täters zu berücksichtigen sind, darunter ein Geständnis, Wiedergutmachungsbemühungen oder besondere Belastungen des Täters.
9. Damit wird zugleich anerkannt, dass solche besonderen Strafmilderungsaspekte auch unabhängig von einer „Schulduntergrenze“ zulässig sind, solange dabei ein generalpräventives Minimum nicht unterschritten wird.
10. Da auch eine überlange Verfahrensdauer einschließlich des Aspekts der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu einer Strafmilderung gem. § 46 Abs. 3 S. 1 n.F. führen kann, besteht kein Bedürfnis nach einer separaten Berücksichtigung im Sinne der „Vollstreckungslösung“. Diese sollte zu Gunsten der früher praktizierten „Strafzumessungslösung“ aufgegeben werden.

11. Eine strafschärfende Berücksichtigung von negativem Nachtatverhalten wird im Gesetz ausdrücklich nicht vorgesehen, um den Tatbezug der Strafzumessung zu sichern und jede Gefahr einer Pönalisierung von unbotmäßigem Verhalten zu vermeiden.
12. Es wird gesetzlich klargestellt, dass das „Vorleben“ sowie die „persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse“ des Täters für die Strafhöhenbestimmung keine eigenständige Bedeutung haben, sondern nur im Zusammenhang mit einem der in § 46 Abs. 2 und Abs. 3 genannten Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt werden.
13. Der in der Praxis sehr bedeutsame Schärfungsfaktor der Vortaten- bzw. Vorstrafenbelastung sollte begrenzt werden, da letztere keine klare Unrechts- oder Schuldrelevanz aufweist. Vorgeschlagen wird eine zahlenmäßige Begrenzung der Schärfung auf einen Umfang von max. einem Drittel im Verhältnis zur ohne Berücksichtigung der Vortaten verwirkten Strafe (§ 46 Abs. 3 S. 3 n.F.). Auf diese Weise können auch Sanktion eskalationen verhindert werden, die bei Rückfalltätern trotz absoluter Bagatelldelicten zu Freiheitsstrafen führen.

III. Reform der gesetzlichen Strafraumenregelungen

1. Der Gesetzgeber sollte im Bereich der Strafraumen einerseits unnötige richterliche Entscheidungsspielräume begrenzen, zugleich aber im Sinne des verhältnismäßigen Strafens an geeigneten Stellen mehr Flexibilität „nach unten“ schaffen.
2. Die Spannweite ausgewählter Strafraumen sollte überdacht werden und durch Absenkung der Strafraumenobergrenzen reduziert werden. Vor allem im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte sind einige Grundstrafrahmen wie § 242 zu hoch justiert.
3. Eine generelle Abschaffung erhöhter Mindeststrafdrohungen ist nicht zu empfehlen. Eine Absenkung der angedrohten Mindeststrafen ist aber dort zu erwägen, wo die Richter (wie im Bereich von § 316a oder §§ 249 ff.) häufig von einem minder schweren Fall ausgehen.
4. Die starre absolute Strafandrohung in § 211 erlaubt dem Richter keine Berücksichtigung von (auch außergewöhnlichen) mildernden Umständen und sollte daher (sofern man an der lebenslangen Freiheitsstrafe überhaupt festhalten will) abgeschafft und durch die Möglichkeit der Verhängung von zeitiger neben lebenslanger Freiheitsstrafe ersetzt werden.
5. Im Bereich der fakultativen vertypen Strafraumenmilderungen sollte eine Umwandlung in eine obligatorische Milderung erfolgen, wo zumindest abstrakt-generell stets von einem reduzierten Strafbedürfnis auszugehen ist, namentlich bei §§ 21, 23 und 46a. Das Problem der vorwerfbar verursachten verminderten Schuldfähigkeit sollte in § 21 explizit geregelt werden; in allen anderen Fällen erscheint eine obligatorische Milderung sachgerecht.
6. Die unbenannten besonders schweren Fälle (z.B. § 212 Abs. 2) sind abzuschaffen. Wo Bedarf für einen erhöhten Strafraumen gesehen wird, sind Qualifikationsmerkmale oder Regelbeispiele vorzusehen. Auch bei der Regelbeispieltechnik ist auf die (ohnehin selten genutzte) Möglichkeit der Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles zu verzichten.
7. Die im Gesetz nur punktuell geregelten minder schweren Fälle sind zu streichen und in eine für alle Delikte geltende Milderungsregelung in § 49 Abs. 1 zu überführen. Danach ist

der Strafraumen im Sinne von § 49 Abs. 1 bei „wesentlichem Überwiegen“ von Milde-
rungsgründen im Sinne von § 46 Abs. 2 und Abs. 3 n.F. abzusenken.

8. Die modifizierte Regelbeispieltechnik (ohne Möglichkeit der Annahme eines unbenann-
ten besonders schweren Falles) ist ein Kompromiss zwischen Flexibilität und Bestimm-
theit und sollte behutsam erweitert werden. Das gilt etwa für Bereiche wie § 250, wo die
Starrheit von Qualifikationsmerkmalen einzelfallgerechte Entscheidungen mitunter
verhindert.
9. Um das Problem des „Einstiegs“ in den gesetzlichen Strafraumen zu erleichtern, ist die
diskutierte Orientierung am „Durchschnittsfall“ oder „Regelfall“ mangels klarer Kontur
dieser Fälle wenig hilfreich und daher auch für eine gesetzliche Regelung nicht empfeh-
lenswert.
10. Die gedankliche Einordnung der Tat in einen von mehreren abgestuften Schweregraden
mag ein brauchbares heuristisches Hilfsmittel für die Praxis sein. Allerdings ist eine
subsumtionsfähige und für alle Delikte in gleicher Weise geltende Kodifizierung dieser
Schwerebereiche in einer Regelung des Allgemeinen Teils schwer vorstellbar.
11. Weiterführend wäre es, in ausgewählten Tatbeständen Binnendifferenzierungen zu for-
mulieren, etwa Wertgrenzen im Bereich von § 242 oder § 303, die in der Regel erfüllt sein
müssen, um in ein bestimmtes (genau bezeichnetes) höheres Segment des Strafraumens zu
gelangen.

IV. Verbesserung im Bereich Ausbildung und Forschung

1. Die Strafzumessung sollte als theoretisch wie praktisch wichtiger Bereich stärker in die
juristische Ausbildung bereits an den Universitäten integriert werden.
2. Die Strafzumessungspraxis sollte in deutlich größerem Ausmaß als bisher empirisch
erfasst werden. Eine bundesweite Strafzumessungsstatistik ist als wichtige Informations-
quelle für die Praxis einzurichten.
3. Als Zukunftsperspektive sollte die darauf aufbauende Schaffung einer Strafzumessungs-
datenbank geprüft werden, die allen Akteuren der Strafjustiz zur Verfügung steht.

V. Einsetzung einer Strafzumessungskommission

1. Eine Strafzumessungskommission mit unabhängigen Experten aus Praxis und Wissen-
schaft sollte als dauerhaftes Gremium eingesetzt werden.
2. Sie sollte den gesetzlichen Auftrag erhalten, auf der Basis von empirischen Erhebungen für
bestimmte typische Fallkonstellationen Strafmaßempfehlungen zu formulieren und diese
in vorgegebenen zeitlichen Intervallen zu aktualisieren.
3. Dabei sollten nicht nur Daten zur Strafzumessungspraxis, sondern ergänzend auch
Erhebungen zu Strafbedürfnissen der Allgemeinheit als Erkenntnisquelle berücksichtigt
werden; soweit sich daraus Strafmilderungsperspektiven ergeben, können diese ohne ver-
fassungsrechtliche Bedenken ausgeschöpft werden.

4. Die Strafmaßempfehlungen sind zu veröffentlichen und könnten auf diese Weise bundesweit an die Stelle der offenbar bisher genutzten regional unterschiedlichen informellen Strafmaßrichtlinien treten.
5. Die Kommission ist mit einem Budget auszustatten, um empirische Forschungsprojekte im Bereich der Strafzumessung zu fördern oder selbst durchzuführen.

Thesen zum Referat von Generalstaatsanwalt Prof. Dr. Helmut Fünfsinn, Frankfurt a. M.

I. Das Schuldprinzip ist tragende Säule der Strafzumessung und zugleich Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

1. Ausgehend von einem Verständnis des Schuldgrundsatzes als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Form des Übermaßverbots (vgl. BVerfGE 50, 125, Rn. 32; 86, 288, Rn. 87, jeweils juris) stehen Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in einem *alternativen* oder gar gegenläufigen Verhältnis. Auch abgesehen davon ist dem Schuldprinzip eine limitierende Funktion immanent.
2. Eine einseitige Auflösung des Spannungsverhältnisses von Schuldprinzip und Rechtsfolgenbestimmtheit ist von Verfassungs wegen nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf der Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Strafandrohung nicht nur Bestimmtheit und Rechtssicherheit anstreben, sondern muss auch das rechtsstaatliche Schuldprinzip hinreichend berücksichtigen und es dem Richter durch die Ausgestaltung der Sanktion ermöglichen, im Einzelfall eine gerechte und verhältnismäßige Strafe zu verhängen (vgl. BVerfGE 105, 135, Leitsatz 2, juris). Dabei wird – ohne verfassungsrechtliche Beanstandung der §§ 46 ff. StGB – zugleich die umgekehrte Bedeutung der allgemeinen Regeln zur Strafzumessung als Bedingung für die Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots betont (vgl. BVerfGE 105, 135, Rn. 73 und 76, juris).
3. Insbesondere wäre eine erhebliche Nivellierung der Einzelfallgerechtigkeit durch gleichsam tabellarische Vorgaben (Stichwort „bundesweite Strafzumessungsstatistik“) nicht mit Art. 1 Abs. 1 GG – als Ableitungszusammenhang des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips – vereinbar. Diesen Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seinem Urteil zu Verständigungen im Strafverfahren hervorgehoben (vgl. BVerfGE 133, 168, Rn. 53 f., juris).
4. Bei umgekehrter Prämisse – im Sinne eines Vorrangs der Prävention – müsste mangels systemimmanenter Begrenzung des dann geltenden Zweckgedankens und damit funktionalistischen Strafrechtsverständnisses die Kontrolldichte wohl sogar eher zunehmen. Andernfalls bedingte eine Funktionslogik der Zweckmäßigkeit eine zweckrationale Relativität des Rechts selbst.

II. Strafzumessungslehre und kriminologisches Wissen sind als Ausbildungsinhalte zu etablieren

1. Die *Strafzumessungslehre* ist bereits im Studium in Form einer strafatsystematischen Herangehensweise als Ausbildungsinhalt zu etablieren. Die limitierende Funktion der Schuld ist dabei in der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld beachtlich (vgl. etwa BGHSt 59, 218 zur restriktiven Auslegung subjektiver Tatbestandsmerkmale im Fall des § 89a StGB).
2. Zu einer fundierten Juristenausbildung gehört zudem die *Kriminologie*, verstanden als kritische Reflexionswissenschaft. Neben einem Gesamtverständnis für die Empirie und Funktionsweisen des Kriminaljustizsystems ermöglicht erst dies auch eine Hinterfragung gesellschaftspolitischer Steuerungsansprüche, die regelmäßig an das Strafrecht gerichtet werden.
3. Eine entsprechend fundierte Ausbildung erweist sich – auch abgesehen von Fragen der Vereinbarkeit mit der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) – als vorzugswürdig gegenüber einer schematischen Standardisierung oder Normativierung im Sinne tabellarischer Vorgaben (Stichworte „Strafrahmensegmente“, „Strafzumessungsdatenbank“). Deren Aussagegehalt dürfte zudem schon angesichts fehlender Kenntnis der für die zugrundeliegenden Einzelfallentscheidungen maßgeblichen konkreten Umstände begrenzt sein.
4. Auch wenn eine Stärkung der kriminologischen Sanktions- und Strafzumessungsforschung durchaus zu begrüßen sein mag, ist jedenfalls eine Berücksichtigung von Strafbedürfnissen der Bevölkerung (Stichwort „Strafbedürfnisse der Allgemeinheit als Erkenntnisquelle“) angesichts einer zunehmenden Punitivität kritisch zu hinterfragen. Weitergehenden Erkenntnisgewinn dürfte in vorliegendem Zusammenhang eine Rückfallstatistik versprechen.

III. Die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft ist auch unter „Strafzumessungsgesichtspunkten“ zu betrachten

1. Neben der richterlichen Strafzumessung weist auch die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Rahmen vielfältiger Einstellungsmöglichkeiten eines Strafverfahrens zunehmend einen Zugang zur Strafzumessung auf. Dabei sind bei einem jährlich zu beobachtenden Rückgang der Anklagequote zugleich konstante Einstellungsquoten festzustellen.
2. Dies gilt insbesondere im Bereich der Vorschriften § 153 StPO – insoweit im Sinne einer hypothetischen Schuldbeurteilung (vgl. BVerfGE 82, 106) – und § 153a StPO. Die Rechtspflegestatistik weist hier für das Jahr 2014 Quoten von 9 % der Erledigungen (478.151 Verfahren) im Fall des § 153 Abs. 1 StPO bzw. von 4,5 % (180.811 Verfahren) im Fall des § 153a Abs. 1 StPO aus.
3. Auch insoweit erweisen sich insbesondere im Fall des § 153a StPO die rechtlichen Vorgaben als ausreichend, wobei zunächst für die „Grundentscheidung“ die Kriterien des § 46 Abs. 2 StGB beachtlich sind. Bei der konkreten „Geldauflagenzumessung“ bietet sich

unter Berücksichtigung des Stufenverhältnisses der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten – und der insoweit nächstliegenden Sanktion der Geldstrafe – sodann eine Orientierung an den Zumessungsschritten der Geldstrafenverhängung an. Damit stellt sich die Entscheidungsfindung insbesondere weiterhin als selbstständiger Vorgang unter Berücksichtigung der maßgeblichen Einzelfallumstände dar und nicht als Anwendung tabellarischer Richtlinien.

4. Regionale Unterschiede sind weder im Kontext der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungsfindung noch der richterlichen Strafzumessung per se als illegitim zu beurteilen. Insbesondere der örtliche Kontext (etwa ländliches Gebiet versus Großstadt) wird insoweit strafzumessungsrelevante Unterschiede aufweisen können.

Thesen zum Referat von Rechtsanwältin Dr. Ines Kilian, Dresden

Erwägungen aus Sicht der Strafverteidigung

I. Thesen in Bezug auf die Grundlagen der Strafzumessung

1. Bundesweit ist eine einheitliche Strafzumessung notwendig. Regionale Unterschiede in der Strafzumessungspraxis sind zu vermeiden. Regional vorhandene Richtlinien zu Strafzumessung und sonstigen Rechtsfolgen sind allen Beteiligten zugänglich und somit transparent zu machen. „Lokale Üblichkeit“ ist kein sachlicher Differenzierungsgrund im Sinne von Art. 3 I GG.
2. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien oder Punktstrafenvorgaben unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zu einer Versteinerung der Rechtslage zu Lasten der Verteidigung. Wenn die Rechtsfolgenseite feststeht, wird die Tätigkeit des Strafverteidigers zur reinen Tabellenschau.
3. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zu einer Entmenschlichung und Mathematisierung des Strafrechts. Es droht der Wandel des Strafrechts in ein reines Tatstrafrecht. Das Strafverfahren verliert dadurch seinen narrativen Charakter.
4. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zu einer Bagatellisierung des Strafrechts zu „Owi-Recht mit strengerer Ahndung“. Das trifft die Strafverteidiger als Berufsstand, da Verteidigung insgesamt abgewertet würde.
5. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zur Entwicklung von Ausweichmechanismen der Justiz unter Umgehung der Verteidigung.
6. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen gesamtgesellschaftlich zur Förderung eines punitiven und populistischen Strafrechts.

7. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zu einer Stärkung der Staatsanwaltschaft über Gebühr.
8. Ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien unter Einschränkung des tatrichterlichen Ermessens führen zu einer Überbetonung des „Dealens“.

II. Thesen in Bezug auf die bestehenden gesetzlichen Strafrahenregelungen und gesetzlichen Normierungen wie tätige Reue etc.

1. Eine Begrenzung der richterlichen Entscheidungsspielräume in der Strafzumessung durchz. B. eine Absenkung der Strafrahenobergrenzen in § 38 Abs. 2 StGB ändert zwar nichts an den überbordenden Wahrnehmungsverzerrungen in der Ermittlungsarbeit (Inertia und Perseveranzeffekt, Schulterschlüsse). Zumindest aber wird ein zu kräftiges „Durchschlagen“ dieser Verzerrungsfaktoren auf den Strafrahen verhindert.
2. Es sind die bereits vorhandenen gesetzlichen Strafmilderungsregelungen durch die Tatgerichte, die bislang ein stiefmütterliches Dasein fristen (§ 306e StGB, § 46a StGB, § 31 BtMG in Bezug auf ein Absehen von Strafe), als auch § 59 StGB in der Praxis anzuwenden.
3. Die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung in § 211 StGB ist abzuschaffen.

III. Thesen in Bezug auf prozessuale Fragestellungen

1. Strafzumessung in der Hauptverhandlung hat Bedeutung für die Strafvollstreckung und den Strafvollzug.
2. Es sollte eine Ergänzung der bisherigen gesetzlichen Regelung in §§ 202a, 212 StPO erfolgen, wonach das Gericht nach Erörterung der Sach- und Rechtslage als erstes gehalten ist, eine Strafmaßvorstellung im Falle der Eröffnung des Verfahrens bzw. vor oder während laufender Hauptverhandlung im Falle eines naheliegenden Schuldspruches („Verurteilungswahrscheinlichkeit“) abzugeben. Das fördert die Kommunikation zwischen den Akteuren – Staatsanwaltschaft, Verteidigung, Gericht. Insoweit sollte gesetzlich normiert werden, dass auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung ein solches Erörterungsgespräch zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens zwingend durchzuführen ist.

IV. Thesen in Bezug auf die am Verfahren beteiligten Akteure

1. Es sind verstärkt Schulungen der Laienrichter in Bezug auf Fragen der Kommunikation im Verfahren und der Strafzumessung durchzuführen.
2. Im Rahmen der juristischen Ausbildung muss die Strafzumessung stärker eingebunden werden. Insbesondere sollte frühzeitig eine Kontaktaufnahme mit Inhaftierten in den Justizvollzugsanstalten erfolgen, um die soziale Entwurzelung durch eine Inhaftierung erfahrbar zu machen und sich einen Überblick über die Leistungsfähigkeit einer Haftanstalt in Bezug auf eine tatsächliche Resozialisierung von Gefangenen im Rahmen des Vollzuges zu verschaffen.

Thesen zum Referat von Richter am BGH Prof. Dr. Andreas Mosbacher, Leipzig

I. Nur ausreichend weite Strafraumen ermöglichen es, den Menschen gerecht zu werden.

1. Der Ausspruch einer angemessenen Strafe ist Ziel und Aufgabe des Strafverfahrens. Eine Strafe, die die Persönlichkeit des Täters nicht ausreichend berücksichtigt, kann keine der Würde des Angeklagten angemessene Strafe sein. Dies erfordert für jeden Straftatbestand einen ausreichend großen Strafraumen, um den Besonderheiten von Tat und Täter gerecht werden zu können.
2. Punktstrafen wie die absolut angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe für Mord werden dem Schuldgrundsatz nicht gerecht. § 211 StGB ist deshalb in Absatz 3 um einen minder schweren Fall für gravierende Abweichungen in Unrecht oder Schuld zu ergänzen.
3. Der aus der Menschenwürde abgeleitete Schuldgrundsatz ist unhintergehbare Grundlage der Strafzumessung. Für die Bestimmung der Strafraumen ist eine Abwägung zwischen Schuldgrundsatz und Einzelfallgerechtigkeit auf der einen Seite und Rechtsfolgenbestimmtheit und Rechtssicherheit auf der anderen Seite erforderlich. Dies verbietet die schematische Aburteilung äußerlich ähnlicher Fälle allein anhand quantitativer Kriterien, wie es sentencing guidelines vorsehen.
4. Weniger Spielraum für den Tatrichter heißt nicht, dass gerechtere Ergebnisse erzielt, sondern nur, dass gleichere Strafen verhängt werden. Wie die Strafrechtspraxis zeigt, weist – mit Ausnahme von Massendelikten im Bagatellbereich – nahezu jeder Fall Besonderheiten auf, die eine unterschiedliche Bestrafung des Täters im Vergleich zu anderen Tätern rechtfertigen. Sentencing guidelines können die Vielgestaltigkeit des Lebens nicht adäquat abbilden und sind daher abzulehnen.
5. Viele Straftatbestände wie etwa § 224 Abs. 1 Halbsatz 1 StGB erfassen höchst unterschiedliche Varianten von Unrecht und Schuld und erfordern deshalb weite Strafraumen. Für jede einzelne Fallkonstellation einen unterschiedlichen Strafraumen vorzusehen, würde das Strafgesetzbuch ausufernd aufblähen. Das bisherige System weiter Strafraumen im Besonderen Teil und allgemeiner Strafzumessungsregeln im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs ist grundsätzlich beizubehalten.
6. Unter Bestimmtheitsgesichtspunkten problematisch sind unbenannte besonders schwere Fälle wie etwa § 212 Abs. 2 StGB, der ohne nähere Konkretisierung lebenslange Freiheitsstrafe androht. Sie sind durch Regelbeispiele zu ersetzen oder abzuschaffen.
7. Bestrafung ist nach unserem Verfassungsverständnis nicht nur eine bloße präventiv-verhältnismäßige „Sozialtechnik“, sondern die Verhängung eines sozialeschischen Unwerturteils gegenüber einem Menschen, der als geistig-sittliches Wesen darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen. Jede Strafe muss deshalb in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen. Dieses Urteil kann nicht der Gesetzgeber durch möglichst konkrete Vorgaben zur Bestrafung jeden Einzelfalls wie bei sentencing guidelines abstrakt fällen, sondern es muss in Auseinandersetzung mit der Per-

sönlichkeit des Angeklagten und der Tat grundsätzlich in Anwesenheit des Angeklagten von einer Richterin oder einem Richter gesprochen werden.

8. Strafzumessung im Bereich der Schwerekriminalität kann nicht nur nach Aktenlage erfolgen. Die systemfremde Möglichkeit eines eigenen Strafzumessungsaktes des Revisionsgerichts (§ 354 Abs. 1a StPO) ist abzuschaffen.

II. Die Rahmenbedingungen für eine gelungene Strafzumessung müssen verbessert werden.

9. Innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens hat die Richterin oder der Richter unter Berücksichtigung des gesetzlichen Wertungsprogramms in Kommunikation mit den übrigen Verfahrensbeteiligten innerhalb eines gewissen Spielraums in einem originären Wertungsakt die schuldangemessene Strafe zu bestimmen. Dabei handelt es sich im Kern nicht um eine logische Operation, sondern um eine Wertung, in der die Höhe der verwirkten Schuld zum Ausdruck kommt. Damit dieser Wertungsakt möglichst gut gelingt, sind bestimmte äußere Bedingungen wichtig, die auch der Gesetzgeber schaffen kann.
10. Menschen, die als Strafrichterinnen oder Strafrichter über andere Menschen richten und ein sozialetisches Unwerturteil gegen sie verhängen, sollten nicht nur über eine gewisse Lebens- und Berufserfahrung verfügen, sondern auch in den Grundlagen des Rechts ausgebildet sein, die für eine gelungene Wertung besonders wichtig sind. Dazu gehören insbesondere die Rechtsphilosophie, aber etwa auch Rechtssoziologie, Kriminologie und Psychologie. Dies ist gesetzlich ausdrücklich klarzustellen.
11. Richtige Strafzumessung muss Teil der praktischen Ausbildung von Referendaren sein. In der Fortbildung von Strafrichtern sollten nicht nur die Gesetzestechnik der Strafzumessung, sondern auch die Grundlagen gelungener Wertung im Fokus stehen. Bei der Auswahl von Strafrichterinnen und Strafrichtern sollten nicht nur rein juristische Kenntnisse, sondern auch Lebens- und Berufserfahrung, Kenntnisse in den Grundlagen des Rechts und ein gutes Judiz entscheidend sein. Bei der Zusammensetzung von Spruchkörpern ist darauf zu achten, dass unterschiedliche Erfahrungshorizonte eine ausgewogene Wertung ermöglichen. Dies kann ausdrücklich im DRiG geregelt werden.
12. Eine Grundbedingung gelungener Wertung ist die Kommunikation unter den Richterinnen und Richtern, die den Fall entscheiden, und die Kommunikation mit den übrigen Verfahrensbeteiligten wie der Staatsanwaltschaft, der Verteidigung und der Nebenklage. Nur im gemeinsamen Ringen um das Richtige, durch vorurteilsfreies Zuhören und eine offene Diskussion kann eine plausible Wertung entstehen. Um eine bessere Wertung zu sichern, sollte die Richterbank in Fällen der Schwerekriminalität wieder regelmäßig mit drei Berufsrichterinnen und Berufsrichtern besetzt sein.
13. Richterinnen und Richter orientieren sich bei ihrer Wertung häufig an bisher in ähnlichen Fällen ergangenen Entscheidungen und fragen deshalb Kolleginnen und Kollegen nach ihren Erfahrungen. Um den Erfahrungsaustausch über die Grenzen des eigenen Gerichts hinaus zu erweitern, ist eine zentrale Datenbank einzurichten, in der nach festgelegten Kriterien Urteile gesammelt und zugänglich gemacht werden.

14. Lokale und regionale Unterschiede in der Strafzumessung sind in einem System, das mit ausfüllungsbedürftigen Strafraumen arbeitet, kaum zu vermeiden. Sie sind nicht nur Ausdruck lokaler Wertungsunterschiede, sondern – vergleichbar mit unterschiedlicher Anwendung von Bundesrecht in anderen Rechtsgebieten – jedenfalls teilweise auch Ausdruck unserer föderalen Struktur. In einem gewissen Rahmen ist diese Wertungsvielfalt hinnehmbar. Ein Eingreifen des Gesetzgebers ist insoweit nicht erforderlich.
15. Die höchstrichterliche Rechtsprechung kann zu große regionale Wertungsunterschiede bei der Strafzumessung verhindern. Für Fallkonstellationen, in denen die Tatbegehung typischerweise keine signifikanten Unterschiede aufweist und sich die Strafzumessung üblicherweise an Schadenshöhe (Steuerhinterziehung) oder Wirkstoffmenge (BtMG) bemisst, sollte die Rechtsprechung gewisse Leitlinien für typische Konstellationen erarbeiten, die den Tatrichtern gleichwohl den erforderlichen Spielraum im Einzelfall belassen (vgl. als Beispiel BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08). Diese Aufgabe kann gesetzlich dem Großen Senat für Strafsachen zugewiesen werden.

Öffentliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht

Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Winfried Kluth, Halle

I. Steuerung der Zuwanderung

1. Die gesetzliche Steuerung der Zuwanderung sollte auch in Zukunft an den Interessen der deutschen Wirtschaft und Gesellschaft, der Migranten, den humanitären Pflichten des deutschen Staates sowie zusätzlich an den berechtigten Interessen der abgebenden Gesellschaften ausgerichtet werden.
2. Formelle Obergrenzen der Zuwanderung, insbesondere von Personen, die internationalen Schutz suchen, sind rechtlich höchst problematisch und sollten nicht normiert werden.
3. Eine Begrenzung der Zuwanderung stellt demgegenüber eine wichtige und unverzichtbare Bedingung für das Gelingen von Integration und die Gewährleistung einer dauerhaften Akzeptanz humanitären Schutzes in der Gesellschaft dar und sollte wie bisher nach § 1 Abs. 1 AufenthG ein ausdrückliches Ziel bleiben.
4. Auch der Umstand, dass es verfassungs- und völkerrechtlich keine Pflicht zu unbegrenzter Solidarität gibt, wie es u.a. in der Genfer Flüchtlingskonvention und Art. 80 AEUV zum Ausdruck kommt, spricht für eine Begrenzung der Zuwanderung.
5. Die Zusammenarbeit in der Europäischen Union und mit Herkunfts- und Transitstaaten stellt das wichtigste Instrument der Begrenzung der Zuwanderung von Schutzsuchenden dar. Dabei sind die menschenrechtlichen Anforderungen angemessen zu berücksichtigen.
6. Die Zusammenarbeit mit autoritären Staaten ist nicht per se auszuschließen, wenn dabei elementare menschenrechtliche Standards gewahrt sind und humanitäre Ziele anders nicht wirksam umgesetzt werden können.
7. An Stelle der Vorgabe von Regeln der Lastenverteilung durch die Europäische Union sollten zwei- und mehrseitige Aushandlungsprozesse von betroffenen Mitgliedstaaten, ggf. unter Einbeziehung von Drittstaaten, treten.
8. Eine Erweiterung der Zuständigkeiten der Europäischen Union, insbesondere im Bereich des Vollzugs, ist abzulehnen. Das schließt Veränderungen innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens, die zu erweiterten Befugnissen führen, nicht vollständig aus.

II. Grundorientierungen der Migrations- und Integrationsgesetzgebung

9. Migrationsprozesse besitzen für die Migranten, die aufnehmenden Gesellschaften und die abgebenden Gesellschaften einen gemeinsamen Bezugspunkt im „Recht auf Entwicklung“, das jedoch in allen drei Sphären anders rechtlich konturiert ist.

10. Menschenwürde und Menschenrechte begründen dieses Interesse in Bezug auf die Migranten und prägen zugleich als Achtungs- und Schutzpflichten das Verhalten der betroffenen Staaten, auch aus dem Blickwinkel der Befähigung zum Freiheitsgebrauch.
11. Der Gesetzgeber sollte die Bedürfnisse der Migranten sowie die Instrumente zu ihrer Befähigung soweit wie möglich zusammen mit den entsprechenden Bedürfnissen aller anderen Menschen regeln und Sonderregelungen auf die Ankommensphase (von Schutzsuchenden) begrenzen. Dies entspricht weitgehend der bisherigen Regelungspraxis.
12. Aus dem gleichen Grunde sollte Integration (wieder) gesamtgesellschaftlich verstanden und weder semantisch noch instrumentell in erster Linie auf Migranten bezogen werden.
13. Ein „Staatsziel Integration“ ist vor diesem Hintergrund ebenso abzulehnen wie eine gesonderte „Integrationsverwaltung“.
14. Sinnvoll erscheint hingegen eine Aufnahme von allgemeinen Verhaltenserwartungen, die für das Zusammenleben in Gesellschaft und Staat grundlegend sind, etwa durch eine Ergänzung von Art. 1 Abs. 2 GG.
15. Der Erlass eines alle Bereiche der Zuwanderung einbeziehenden Migrationsgesetzbuchs ist sinnvoll, wenn damit zugleich die Gesamtsystematik und Bürgerverständlichkeit der Rechtsmaterie verbessert wird. Der „Vereinfachung“ der Regelungen sind jedoch wegen der unionsrechtlichen Vorgaben, den zugrunde liegenden politischen Kompromissen sowie der Komplexität der Materie Grenzen gesetzt. Vereinfachung von Normen ist gerade in diesem Rechtsbereich kein Selbstzweck.

III. Änderungsvorschläge zu einzelnen Regelungen

1. Unionsbürger betreffende Regelungen

16. Für Unionsbürger, die sich nach § 4 FreizügG/EU ohne Absicht der Erwerbstätigkeit in Deutschland aufhalten und deshalb von den damit verbundenen Integrationseffekten nicht profitieren, sollten rechtliche Grundlagen für basale Integrationsanforderungen geschaffen werden, wie sie auch für Deutsche nach dem Bundesvertriebenengesetz gelten.
17. Zudem sollte für diesen Personenkreis eine Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung zum aktiven Nachweis des Vorliegens der Aufenthaltsbedingungen geschaffen werden, damit die Rechtsdurchsetzung durch die zuständigen Behörden erleichtert wird.

2. Aufenthaltsgesetz

18. In § 1 Abs. 1 sollte die Berücksichtigung der Interessen der abgebenden Gesellschaften zusätzlich in den Gesetzeszweck aufgenommen werden.
19. Für den Bereich der Erwerbsmigration (§§ 18 ff.) sollte unter Einbeziehung der Wirtschaftskammern eine Verfahrensvereinfachung nach dem Vorbild der Aufnahmevereinbarung des § 20 Abs. 1 eingeführt werden.
20. Die Regelungen in den § 25a und § 25b sollten synchronisiert oder in eine Norm überführt werden.
21. Die mit zahlreichen Rechtsanwendungsunsicherheiten verbundene Regelung zur sog. Ausbildungsduldung (§ 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG) sollte in einen regulären Aufenthaltstitel überführt werden.

22. Im Bereich der Aufenthaltsbeendigung sollten die rechtlichen und praktischen Rahmenbedingungen für die Durchsetzung der Rückführung verbessert werden. Zudem sollten zur Gefahrenabwehr auch Nachbesserungen innerhalb der Rückführungsrichtlinie angeregt werden (Durchführung der Abschiebungshaft von Gefährdern in Justizvollzugsanstalten).
23. Die Zuständigkeiten im Bereich der Integration und Befähigung sollten auf Bundesebene insgesamt auf die Bundesagentur für Arbeit übertragen werden. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge sollte sich auf das Anerkennungsverfahren und damit eng verbundene Maßnahmen konzentrieren.
24. Auf der Ebene der Landes- und Kommunalverwaltungen sollten die Zuständigkeiten der Ausländer- und Sozialfachbereiche stärker integriert und Spezialisierungen nur auf der Personalebene vorgenommen werden.

3. Asylgesetz

25. Die Einführung eines Vorprüfungsverfahrens mit Blick auf eine Verbindung zu einem sicheren Drittstaat sowie eine Vereinheitlichung der Bestimmung von sicheren Herkunfts- und Drittstaaten auf Unionsebene entspricht den Wertungen des Art. 16a GG und ist grundsätzlich zu begrüßen, soweit die ordnungsgemäße Durchführung gesichert werden kann.
26. Zur Vereinheitlichung der Feststellung der Gefahrenlage in den Herkunfts- und Zielstaaten durch die Behörden und Gerichte sollte eine unabhängige wissenschaftliche Einrichtung des Bundes errichtet werden, die aktuelle Lageeinschätzungen vornimmt. An diese sollten Behörden und Gerichte grundsätzlich gebunden sein.
27. Der Vorschlag, länderbezogene Leitentscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu ermöglichen, ist ebenfalls hilfreich, geht aber nicht weit genug.

4. Staatsangehörigkeitsrecht

28. Der Rechtsrahmen für die mehrfache Staatsangehörigkeit sollte allenfalls moderat verändert werden, etwa durch den Übergang zum Modell des Generationenschnitts.
29. Sinnvoller erscheint auch vor dem Hintergrund der ohnehin zu schließenden völkerrechtlichen Verträge, die Etablierung einer aktiven und ruhenden Staatsangehörigkeit, bei der nur im Staat des Hauptwohnsitzes staatsbürgerliche Rechte bestehen.

IV. Instrumente der räumlichen Steuerung

30. Die Instrumente des zeitlich befristeten § 12a AufenthG sind unzureichend, um die für die Förderung von Integration notwendigen Wirkungen zu erzielen, insbesondere die Bildung parallelgesellschaftlicher Strukturen in Ballungsräumen zu vermeiden.
31. Sinnvoll erscheint deshalb ein wettbewerbsorientiertes Fördermodell zur freiwilligen Ansiedlung von Deutschen und Migranten in ländlichen Räumen, durch das zugleich den Effekten des demografischen Wandels Rechnung getragen werden kann.

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Richard Giesen, München

1. Integration in den durch Industrie und Dienstleistungsgeprägten Rechtsstaat ist darauf ausgerichtet, dass im solidarischen Gemeinwesen jedes Mitglied der Gesellschaft einen möglichst umfassenden Beitrag zum eigenen, zum familiären sowie zum allgemeinen Wohlstand leisten kann. Notwendig ist zunächst Sprach- und Bildungserwerb, um den Zugang zum Gesellschafts- und insbesondere zum Arbeitsleben zu eröffnen. Die Rolle des Staates liegt darin, dies von Anbeginn möglichst zu unterstützen. Integration setzt zudem einen funktionierenden Rechtsstaat und eine funktionierende Wirtschaft voraus. Langfristig ist Integration nur denkbar bei voller Aufnahme von Migranten in das Arbeitsleben, was einen offenen und lebhaften Arbeitsmarkt voraussetzt. Bei alledem gilt: Je weniger Migranten zu integrieren sind, desto eher lassen sich diese Aufgaben angehen. Humanitärer Flüchtlingsschutz ist möglichst zu gewähren, darüber hinausgehende Aufnahme möglichst zu vermeiden.
2. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 18.7.2012 ist das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) in mehreren Schritten geändert worden, so dass im Bereich der Hilfeleistungen kein grundlegender Reformbedarf besteht.
 - a) Es wird jedoch angeregt, für den Anspruch auf Gesundheitsversorgung nach § 4 AsylbLG das Erfordernis der akuten Behandlungsbedürftigkeit zu streichen.
 - b) Außerdem sollte die Anpassung der Geldbetragsätze nach § 3 Abs. 4 AsylbLG unmittelbar mit der Fortschreibung der Regelbedarfssätze nach § 28a SGB XII verknüpft werden.
3. Es wird empfohlen, den Kreis der Personen, die nach § 44 AufenthG zur Teilnahme an einem Integrationskurs berechtigt und gegebenenfalls verpflichtet sind, zu erweitern. Dies betrifft Menschen, bei denen zwar keine rechtlich gesicherte Aussicht auf einen längeren Aufenthalt besteht, für die aber die bisherige Erfahrung einen längeren Aufenthalt nicht ausschließen lässt.
 - a) Das erfordert eine volle Teilnahmeberechtigung von Personen mit einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG, also nicht nur ihre kapazitätsabhängige Zulassung (§ 44 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AufenthG). Dabei sollte auch die bisherige Einschränkung entfallen, nach der „ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist“. Ausreichend erscheint der Ausschluss derjenigen Personen, die aus einem sicheren Herkunftsstaat stammen (§ 44 Abs. 4 S. 3 AufenthG, § 29a AsylG).
 - b) Eine entsprechende Erweiterung sollte auch für Personen mit Duldung eingreifen, die bisher ebenfalls teils nur kapazitätsabhängig zugelassen sind (§ 44 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG). Die Kursteilnahme empfiehlt sich zudem für nach § 60a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AufenthG Geduldete – hierbei können solche Menschen ausgenommen werden, bei denen die Duldung auf dem Fehlen von Ausweisdokumenten beruht.
 - c) Eine Kursberechtigung und -verpflichtung sollte zudem für Personen geprüft werden, die nach § 25 Abs. 3, § 60 Abs. 5, 7 AufenthG aufgrund von Abschiebungshindernissen nicht abgeschoben werden. Auch hier hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass es vielfach zu längeren Aufenthalten in Deutschland gekommen ist.

4. a) Im Bereich der aktiven Arbeitsförderung wird angeregt, die in § 132 Abs. 4 SGB III angeordnete Befristung der Geltung von § 132 SGB III noch über den 31.12.2018 auszudehnen.
 - b) Zudem empfiehlt es sich, Beschränkungen all derjenigen Leistungen zu überprüfen, welche nicht den Lebensunterhalt betreffen, sondern unmittelbar auf die aktive Arbeitsförderung gerichtet sind. Für diese Leistungen kommt eine Erweiterung des Kreises der potentiell Begünstigten in ähnlicher Weise in Betracht, wie sie auch für die Teilnahme an Integrationskursen erwogen worden ist, also unter anderem die Streichung des Erfordernisses, dass ein rechtmäßiger und dauerhafter Aufenthalt zu erwarten ist.
 - c) Für Personen, welche vom AsylBLG erfasst sind und die eine gemäß dem BAföG „dem Grunde nach förderungsfähige“ Ausbildung machen, sollte sichergestellt werden, dass es nicht zur Sperre von Hilfeleistungen nach § 2 Abs. 1 AsylBLG, § 22 SGB XII kommt.
5. Sprachbildung und Schulpflicht sollten für alle zuwandernden Kinder und Jugendlichen möglichst schnell eingreifen. Es empfiehlt sich, Sprachkenntnisse schon vor der Einschulung zu prüfen und gegebenenfalls zu verbessern. Hier sollten Sprachförderung oder eine vorgezogene Pflicht zum Besuch einer Kindertagesstätte in Betracht gezogen werden, also eine Art Schulpflicht für die „Nullte Klasse“.
 6. Beschäftigungsverbote müssen wegen ihrer unmittelbar integrationsverhindernden Wirkung einer besonders strengen rechtspolitischen Prüfung unterliegen. Sie sollten nach der Einreise zunächst nur für eine kurze Anfangsphase eingreifen, in welcher Daten und Anträge zwecks Statusklärung aufgenommen werden müssen, insbesondere zur Feststellung von Personalien. Ein danach noch fortbestehender Grund für den Ausschluss vom Arbeitsmarkt sollte nur eine offensichtlich geringe Bleibeperspektive sein, beispielsweise die Herkunft aus einem sicheren Herkunftsstaat nach § 29a AsylG.
 - a) Es wird empfohlen, das Erwerbstätigkeitsverbot nach § 61 Abs. 1 AsylG und die Drei-Monats-Sperren nach § 32 BeschV, § 61 Abs. 2 S. 1 AsylG zu streichen.
 - b) Auch die – bereits heute weitgehend ausgesetzte – Vorrangregelung des § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1b AufenthG sollte unbefristet und uneingeschränkt entfallen.
 - c) Dasselbe gilt für die arbeitsmarktpolitischen Prüfvorbehalte nach § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a, Nr. 2 AufenthG.
 - d) Zudem sollte die Gleichstellungsprüfung nach § 39 Abs. 2 S. 1 a.E. AufenthG durch eine Rechtmäßigkeitsprüfung ersetzt werden.
 7. Die Eröffnung des Arbeitsmarkts und die Zulassung zur aktiven Arbeitsförderungen sollten durch Regelungen über die Obliegenheit zu ihrer Wahrnehmung flankiert werden.
 8. Die Beschränkungen für Ausländer bei der Zulassung zur Leiharbeit sollten entfallen.
 9. Eine Ergänzung oder Ausweitung der Mindestlohnausnahme des § 22 Abs. 4 S. 1 MiLoG als Mittel zur Beschäftigungsförderung von Migranten wird derzeit nicht empfohlen. Sie muss aber als gesetzgeberische Option für Personen mit erschwertem Arbeitsmarktzugang im Auge behalten werden, für den Fall, dass sich deren Situation nicht wesentlich verbessern sollte.

Thesen zum Referat von Referent Dr. Klaus Ritgen, Berlin

1. Die gesellschaftlichen, organisatorischen und finanziellen Ressourcen für die Aufnahme und Integration von Migranten sind begrenzt und durch den in den letzten Jahren zu verzeichnenden starken Anstieg der unregulierten (Flucht-)Migration nahezu erschöpft. Zugleich ist Deutschland zur Abmilderung der Folgen des demografischen Wandels verstärkt auf die von der humanitären Aufnahme strikt zu unterscheidende Zuwanderung qualifizierter Arbeitskräfte angewiesen. Erforderlich ist deshalb eine quantitative Begrenzung namentlich der Fluchtmigration und eine qualitative, an den Bedürfnissen des deutschen Arbeitsmarkts ausgerichtete Steuerung des Migrationsgeschehens im Übrigen. Insoweit sind nicht nur legislative Maßnahmen in den Blick zu nehmen; vielmehr ist auch eine funktionsgerechte Organisationsstruktur erforderlich.
2. Zwingende Voraussetzung jeder erfolgreichen Steuerung von Migration ist ein effizienter und wirksamer Grenzschutz. In einem Europa ohne systematische Kontrollen an den Binnengrenzen kommt dem Schutz der Außengrenzen elementare Bedeutung zu; er liegt im Interesse aller Mitgliedstaaten. Mitgliedstaaten mit einer Außengrenze sollten daher bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe unterstützt werden. Die in der Europäischen Union aufgenommenen Flüchtlinge müssen solidarisch auf alle Mitgliedstaaten verteilt werden. Die Union ist in dieser Frage bisher den Nachweis einer Werte- und Rechtsgemeinschaft schuldig geblieben.
3. Zur Begrenzung der Fluchtmigration sind die Konzepte der sicheren Herkunfts- und der sicheren Drittstaaten konsequent umzusetzen. Sie erlauben es insbesondere, in vereinfachten Verfahren zwischen tatsächlich Schutzbedürftigen und Ausländern zu unterscheiden, die ihre Schutzbedürftigkeit nur behaupten. Als „sicher“ sind im Einklang mit dem Völkerrecht auch Länder anzusehen, die lediglich im Hinblick auf einige Regionen und/oder bestimmte Bevölkerungsgruppen Sicherheit bieten. Die Listen sollten künftig durch Organe der Europäischen Union aufgestellt werden; die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, ihrerseits ergänzende Listen zu erarbeiten.
4. Asylverfahren müssen so schnell wie möglich abgewickelt werden, um frühzeitig Klarheit über den Aufenthaltsstatus von Schutzsuchenden zu gewinnen. Die Asylanträge von Schutzsuchenden aus sicheren Herkunfts- oder Drittstaaten sollten daher in Transitzonen an oder in der Nähe der europäischen Außengrenzen geprüft werden. Auch in Deutschland sollten alle neuankommenden Asylbewerber für einen begrenzten Zeitraum in besonderen Einrichtungen untergebracht werden. Nur wenn sich nach einer ersten Prüfung ihres Vorbringens herausstellt, dass ihr Antrag nicht im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens bearbeitet werden kann, sollte eine Weiterleitung auf die Länder erfolgen. Auf die Kommunen sind nur Asylbewerber mit einer guten Bleibeperspektive zu verteilen.
5. Der Bund sollte die Zuständigkeit für den Betrieb dieser besonderen Einrichtungen und ggf. auch für die Rückführung abgelehnter Asylbewerber unmittelbar aus ihnen heraus übernehmen. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dem nicht entgegen. Die zeitlich begrenzte Unterbringung in zentralen Einrichtungen sowie Rückführungen aus diesen

sind Aufgaben, die in engem Zusammenhang mit der Durchführung von Asylverfahren stehen und daher im Einklang mit Art. 87 Abs. 3 GG Stellen des Bundes übertragen werden können. Soweit die Länder für die Rückführung abgelehnter Asylbewerber und sonstiger vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer im Übrigen zuständig bleiben, könnte diese Aufgabe zentralen Stellen der Länder übertragen werden.

6. Die Kapazitäten für die Bearbeitung von Asylanträgen müssen bedarfsgerecht skalierbar sein, um insbesondere auf einen plötzlichen Anstieg schnell reagieren zu können. Während der jüngsten Flüchtlingskrise wurde dazu das Personal des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vervielfacht. Dieser Weg hat sich nicht bewährt. In Zukunft sollte daher von den Möglichkeiten des AsylG Gebrauch gemacht werden, zur Unterstützung bei der Bearbeitung von Asylanträgen vorübergehend auf das Personal anderer Behörden (einschließlich der kommunalen Ausländerbehörden) zurückgreifen zu können.
7. Zur Steigerung der Erwerbsmigration sollte die Zuwanderung von beruflich qualifizierten Drittstaatsangehörigen erleichtert werden. Abgelehnten Asylbewerbern, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zeitnah in ihre Heimatländer zurückgeführt werden können, sollte stichtagsbezogen ein einmaliger Statuswechsel ermöglicht werden, wenn sie nachweisbar erhebliche Integrationsleistungen (Spracherwerb, Lebensunterhaltssicherung, Wohnraum) erbracht haben.
8. Integration kann durch rechtliche Rahmenbedingungen gefördert werden. Insbesondere im Arbeits- und Sozialrecht ist dabei jedoch sicherzustellen, dass Maßnahmen zur Begrenzung der irregulären Migration nicht durch eine zu großzügige Einräumung von integrationsfördernden Teilhabe- und Leistungsrechten konterkariert werden. Zur Durchsetzung des staatlichen Steuerungsanspruchs müssen insbesondere im Zusammenhang mit der Rückführung ausreisepflichtiger Ausländer deutlich stärker als bislang auch Kürzungen bis hin zum völligen Wegfall von Leistungen möglich sein.
9. Integration findet vor Ort statt. Deshalb ist die Rolle der Kommunen als zentrale Akteure des Integrationsprozesses und als Träger wichtiger Integrationsangebote weiter zu stärken. Das BAMF ist auf seine bestehenden Kompetenzen zu begrenzen und darf sich nicht zu einer „Bundesintegrationsagentur“ entwickeln. Das gilt gerade auch mit Blick auf die Durchführung der Integrationskurse. Um einen schnellen Beginn solcher Kurse sowie deren Koordination mit sonstigen Integrationsangeboten zu ermöglichen, muss den Kommunen die Möglichkeit gegeben werden, an Stelle des BAMF Teilnehmer einem für sie geeigneten Kurs zuzuweisen.
10. Zur vollen Ausnutzung aller integrativen Potenziale Deutschlands und zur Vermeidung von integrationssschädlicher Segregation bedarf es einer wirksamen Wohnsitzregelung auch für anerkannte Schutzsuchende. § 12a AufenthG ist daher zu entfristen, aber auch zu vereinfachen, um seine Anwendung zu erleichtern. Zudem ist die Wohnsitzregelung in allen Bundesländern einzuführen und konsequent umzusetzen.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, Frankfurt a. M.

Migration und Integration und Steuerung durch Recht

A. Steuerung von Migration durch Recht

I. Befund: Kann Recht Migration steuern?

1. Migration ist nicht eindimensional, sondern ein komplexer Prozess mit vielen Akteuren, vielen Richtungen und oft zeitlich nicht abgeschlossen. Für die Steuerung von Migration ist zwischen regulierter, deregulierter und unregulierter Migration zu differenzieren.
2. Das Aufenthaltsgesetz von 2005 *reguliert* und steuert die Migration von Drittstaatern. In der Sache ist es ein Einwanderungsgesetz. Reformbestrebungen für ein Einwanderungsgesetz können darauf aufbauen.
3. Die Migration von erwerbstätigen, gleichgestellten sowie wirtschaftlich gesicherten Unionsbürgern ist *dereguliert*. Daher verbietet sich schon unionsrechtlich jede Steuerung dieser deregulierten Migration. Etwas anderes kann allenfalls für die wirtschaftlich nicht aktiven und nicht gesicherten Unionsbürger gelten, setzt aber ein aufwendiges migrationsrechtliches Verfahren und Grenzkontrollen voraus. Gegenwärtig verzichtet die Bundesrepublik daher (weitestgehend) hierauf. Die Vorenthaltung von Grundsicherungsleistungen ist kein Ersatz für diesen Steuerungsverzicht.
4. Unregulierte Migration zeichnet sich dadurch aus, dass sie neben der regulierten Migration erfolgt und nicht den Steuerungsvorstellungen des Staates entspricht. Das Flüchtlings- und Asylrecht lässt sich als nachlaufende Regulierung dieser unregulierten Migration verstehen. Tatsächlich fallen rechtliche Anforderungen an ein Aufenthaltsrecht und Möglichkeit, einen unberechtigten Aufenthalt zu beenden, in vielen Fällen auseinander. Rechtspolitisches Ziel kann nur sein, dieses Auseinanderfallen nicht allzu groß werden zu lassen. Die Vorstellung, ein besseres Recht oder ein effektiverer Vollzug – etwa sog. AnKER-Zentren – könnten es beseitigen, bleibt aber eine Illusion.

II. Anspruch: Soll Recht Migration steuern?

5. Da soziale Rechtssysteme und insgesamt der Sozialstaat Grenzen und eine Abgrenzung von Zugehörigen und Nicht-Zugehörigen benötigt, ist die Regulierung von Migration grundsätzlich ein legitimes staatliches Anliegen. Damit geht eine grundsätzliche Differenzierung und Sanktionierung unregulierter Migration einher.
6. Da die Steuerung von Migration aber mit Mitteln des Rechts und nicht mit anderen Mitteln – etwa Zäunen oder Soldaten – erfolgen soll, sind diese Differenzierungen und Sanktionierungen an höherrangiges Recht gebunden. Völkerrecht, Unionsrecht und Grundgesetz beschränken damit die Reaktionsmöglichkeiten auf unregulierte Migration. Obergrenzen für Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigte sind damit nicht vereinbar.

Der Anspruch, Migration durch Recht zu steuern, behauptet sich angesichts unregulierter Migration gerade darin, dass er nicht aufgegeben wird. Daher ist es richtig, dass der EuGH die Anwendbarkeit der Dublin-Verordnung auch – und gerade – in Zeiten massenhafter Zuwanderung von Asylsuchenden bestätigt hat.

III. Umsetzung: Wie kann Recht Migration steuern?

7. Die Anwendung des Rechts angesichts unregulierter Migration ist nur unter Inkaufnahme von Unschärfen möglich. Dies betrifft einerseits die Nachregulierung der faktisch erfolgten Migration – daher sind Bleiberechte trotz der damit verbundenen Verwischung der regulierten Migrations“pfade“ notwendig. Unschärfen bringen andererseits auch internationale Abkommen mit Herkunfts- und Durchreisestaaten mit sich. Die Unschärfen auf beiden Seiten sollten so gut wie möglich ausbalanciert sein.

B. Steuerung von Integration durch Recht

I. Befund: Kann Recht Integration steuern?

8. Erst mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 wurde Integration von Migrantinnen und Migranten als staatliche Steuerungsaufgabe formuliert und verstanden. Den zunächst nur fördernden Ansatz hat das Integrationsgesetz 2016 um Eingriffsmaßnahmen und Sanktionen erweitert. Ob und welche Integrationseffekte damit erzielt wurden und werden, bedarf noch einer genaueren sozialwissenschaftlichen Analyse.

II. Anspruch: Soll Recht Integration steuern?

9. Die Auffassung, dass Integration staatlich gesteuert werden soll, beruht auf der – im Kern sozialdemokratischen – Überzeugung, dass der Staat Verantwortung für die Entwicklung der Gesellschaft trägt. Mit einer Aufnahme dieser Integrationsverantwortung in das Grundgesetz bekäme diese Überzeugung Verfassungsrang.
10. Allerdings birgt staatliche Integrationssteuerung die Gefahr des Paternalismus und eines freiheitsverkürzenden Dirigismus.

III. Umsetzung: Wie kann Recht Integration steuern?

11. Integrationshindernde Regelungen, etwa beim Arbeitsmarktzugang oder der Anerkennung von Berufsqualifikationen, sind in jedem Fall abzubauen. Sie verhindern keine politisch unerwünschte und behindern politisch erwünschte Migration.
12. Staatliche Verantwortung für Integration sollte sich nicht in Ge- und Verboten ausdrücken, sondern in einem intelligenten Design des rechtlichen Rahmens (nudges), innerhalb dessen alte und neue Bürgerinnen und Bürger zwischen zwei Verhaltensalternativen die integrationsförderliche und nicht die integrationsabträgliche wählen.

Thesen zum Referat von Vizedirektor Prof. Dr. Ulrich Walwei, Nürnberg/Regensburg

I. Bedeutung von Migration und Integration für Wirtschaft und Arbeitsmarkt

1. Migration ist längerfristig der stärkste Hebel zur Beeinflussung des Erwerbspersonenpotentials, das aus demografischen Gründen längerfristig sinken wird. Die noch vorhandenen Personalreserven durch höhere Erwerbsbeteiligung und längere Arbeitszeiten von Teilzeitbeschäftigten stoßen zahlenmäßig an Grenzen.
2. Durch eine aktive Migrationspolitik können positive Effekte für das Wirtschaftswachstum, die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung und die Arbeitskräftenachfrage realisiert werden. Erreicht wird dies, indem Unternehmen im internationalen Fachkräftewettbewerb ausreichend qualifizierte Personen mit günstiger Arbeitsmarktprognose gewinnen können.
3. Aufgrund anhaltender Kriege und Bürgerkriege sowie politischer Verfolgung in Krisenregionen des Nahen Ostens, am Horn von Afrika und in Afghanistan spielte zuletzt Fluchtmigration eine quantitativ herausgehobene Rolle. Die mit humanitärer Zuwanderung verbundenen gesamtgesellschaftlichen Kosten können insbesondere durch Investitionen in Bildung, Qualifizierung und Spracherwerb spürbar und nachhaltig reduziert werden.

II. Befunde zur Migration und Integration

4. Die Differenz aus Zu- und Fortzügen (Wanderungssaldo) erreichte in den letzten Jahren hierzulande ein – verglichen mit dem längerfristigen Trend – ausgesprochen hohes Niveau. Neben der Fluchtmigration sind Binnenwanderungen innerhalb der Europäischen Union die wesentliche Ursache für den zuletzt kräftigen Wanderungsüberschuss. Die EU-Binnenmigration ist sowohl auf Wirkungen der Freizügigkeit als auch auf Umlenkungseffekte in Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise zurückzuführen. Die Arbeitsmigration aus Drittstaaten befindet sich dagegen weiterhin auf einem vergleichsweise niedrigen Niveau.
5. Empirische Analysen zu den Beschäftigungschancen von Migranten zeigen, dass diese stark mit deren Zugangsweg in Verbindung stehen. Während Arbeitsmigration mit einer eher hohen Erwerbspartizipation einhergeht, ist die Beschäftigungsfähigkeit von Flucht-migranten eher niedrig. Geflüchtete weisen vielfach multiple Risikomerkmale mit Blick auf einen erfolgreichen Arbeitsmarkteinstieg auf. Mangelnde Sprachkenntnisse, fehlende Ausbildungsabschlüsse und eine relativ geringe Bildung erschweren die Arbeitsplatzsuche. Die Integration in den Arbeitsmarkt erfordert daher vergleichsweise viel Zeit. Zudem fällt oftmals die Qualität der ersten Beschäftigung von Flucht-migranten relativ gering aus.
6. Migranten profitieren nicht nur von einem insgesamt aufnahmefähigen Arbeitsmarkt, sondern auch von einem möglichst niedrigschwelligen Arbeitsmarktzugang. So zeigt eine

Untersuchung der Übergänge von Leiharbeitnehmern in Branchen außerhalb der Zeitarbeit, dass bei Ausländern häufiger sog. „Sprungbretteffekte“ zu beobachten sind als bei Inländern.

7. Arbeitsmarktpolitische Maßnahmen wie Eingliederungszuschüsse, Weiterbildung und betriebliche Praktika wirken für Ausländer mindestens so gut wie für Inländer, oft sogar noch stärker. Ob die Effekte auch auf die jüngst eingereisten Fluchtmigranten übertragbar sind, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen. Einschlägige Evaluationsstudien zu den Integrationsmaßnahmen für diesen Personenkreis sind erforderlich, Ergebnisse liegen aber noch nicht vor.
8. Das Erreichen von guten bis sehr guten Deutschkenntnissen, der Erwerb deutscher Berufsabschlüsse und die Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse gehen mit einer höheren Beschäftigungswahrscheinlichkeit und verbesserten Verdienstmöglichkeiten von Migranten einher. Ethnische Netzwerke können den Integrationsprozess unterstützen. Als besonders hilfreich für die Arbeitsmarkeingliederung von Migranten erweisen sich Netzwerke, die sich aus verschiedenen Ethnien, insbesondere auch Einheimischen, und aus einem möglichst hohen Anteil von Personen mit guter Humankapitalausstattung zusammensetzen.

III. Rechtspolitische Ansatzpunkte und weitergehende Aspekte

9. Um die wirtschaftliche Dynamik hierzulande aufrechtzuerhalten, bedarf es eines klaren Bekenntnisses zur Einwanderung. Im Zentrum sollten dabei wirksame Anreize zugunsten einer spürbar verstärkten Arbeitsmigration aus Drittstaaten stehen. Im diesbezüglichen Regelwerk sind Nachhaltigkeit und Flexibilität sicherzustellen. Wahrscheinlich ist, dass – angesichts des weltweiten Wettbewerbs um qualifizierte Arbeitskräfte – der Umfang der Arbeitsmigration aus Drittstaaten nicht schnell zulegen wird. Die Optionen bestehen dabei in einer Weiterentwicklung des bestehenden Rechts oder in neuen Koordinationsmechanismen wie etwa einem Punktesystem nach angelsächsischem Vorbild. Unabhängig davon sollten Steuerungselemente nicht nur auf nachfrageseitige Kriterien (wie z. B. einem konkreten Arbeitsplatzangebot) setzen. Ist von einer günstigen Arbeitsmarktprognose auszugehen, z. B. aufgrund vorhandener Qualifikationen und beruflicher Erfahrungen, sollten zusätzlich Aufenthalte zur Arbeitsplatzsuche möglich sein. Eine der wesentlichen Voraussetzungen für eine stärkere Arbeitsmigration ist, dass die Anerkennung der im Ausland erworbenen Abschlüsse erleichtert wird. Dabei geht es sowohl um einen flexibleren Umgang mit dem Gleichwertigkeitskriterium als auch um die Teilanerkennung von Qualifikationen. Für Personen ohne verwertbare Ausbildungszertifikate sollte der Arbeitsmarkt nur dann geöffnet werden, wenn gravierende Rekrutierungseingänge in den relevanten Marktsegmenten Platz greifen.
10. Fluchtmigration ist insgesamt nur schwer steuerbar, weil Ursachen wie Krieg und Verfolgung exogener Natur sind. Ähnlich wie bei der Migration im Allgemeinen dürfte sich auch die Zuwanderung geflüchteter Menschen als vergleichsweise persistent erweisen, was nicht nur für anerkannte Asylbewerber gilt. Denn auch mit Blick auf hier geduldete Men-

schen gilt, dass die Ursachen der Fluchtmigration zumeist nicht schnell beseitigt werden können. Zu weitgehenden Integrationsanstrengungen für alle hier lebenden Ausländer gibt es deshalb keine Alternative. Wichtig sind Investitionen in Spracherwerb, Qualifizierung und Beschäftigungsfähigkeit, die beträchtliche Renditen versprechen. Von einer Förderung der im Anerkennungsverfahren befindlichen und geduldeten Fluchtmigrationen würden die Betroffenen aber auch die aufnehmende Gesellschaft profitieren. Bei erfolgreicher Arbeitsintegration ohne längeren Leistungsbezug sollte hier lebenden Migranten schnell ein Daueraufenthaltsrecht gewährt werden. Ein solcher Spurwechsel trägt nicht zuletzt auch zu mehr Planungssicherheit auf betrieblicher Seite bei.

11. Für zugewanderte Menschen gilt selbstverständlich auch das allgemeine Arbeits- und Sozialrecht. Ein Bedarf für Sonderregelungen ist nicht gegeben. Insbesondere kommt es mit Blick auf den Personenkreis – wie in der Arbeitsmarktpolitik insgesamt – auf einen passenden Mix aus Fördern und Fordern an. Von Bedeutung für die Arbeitsmarktintegration ist es, den Zugang zum Arbeitsmarkt durch flexible Beschäftigungsformen zu erhalten und gleichzeitig die Aufwärtsmobilität durch die Förderung berufsbegleitender Maßnahmen zu unterstützen. Spezifische Sozialleistungen für Migranten sind so auszugestalten, dass Ausgrenzungen und Fehlanreize vermieden werden.
12. Bei der Ausgestaltung guter Rahmenbedingungen für Migration geht es nicht allein um rechtliche Fragen, sondern zudem um flankierende Maßnahmen: Zu nennen sind hier die Sprach- und Qualifikationsförderung sowie frühzeitige berufliche Anerkennungsverfahren im Ausland, passgenaue Angebote für einwandernde Familien, eine aktivere Rolle von Auslandsvertretungen bei der Gewinnung von Arbeitskräften sowie die Entwicklung geeigneter Anwerbe- und Rekrutierungsstrategien. Schließlich sind in politischer Hinsicht die Gesellschaft im Allgemeinen und staatliche Stellen im Besonderen auf Einwanderung und eine diese unterstützende Willkommenskultur gut vorzubereiten.

Wirtschaftsrecht

Empfiehlst sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Jens Koch, Bonn

I. Beschlussmängelrecht in der Hauptversammlung der AG

1. Die Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse sollte nicht alternativlos zur Kassation des Beschlusses führen.
2. Ausschlaggebend für die Entscheidung für oder gegen die Kassation soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinne sein.
3. Maßgeblich für die Verhältnismäßigkeitsbeurteilung ist vornehmlich ein beschlussbezogener Filter in dem Sinne, dass die Vor- und Nachteile der Kassation im Lichte der Schwere des Verstoßes gegeneinander abgewogen werden.
4. Es sollte auch einem unternehmerisch beteiligten Aktionär versagt sein, unter Berufung auf Bagatellfehler die Kassation herbeizuführen.
5. Der beschlussbezogene Filter bedarf einer klägerbezogenen Ergänzung.
6. Der klägerbezogene Filter sollte (alternativ) formuliert werden als:
 - a) individuelle Nachteilsabwägung (derzeitige Gestaltung)
 - b) Kassationsquorum (empfohlene Gestaltung)
 - c) Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der Beteiligungshöhe
 - d) Maßstab persönlicher Betroffenheit
 - e) Missbrauchstatbestand
7. Bei besonders schweren Rechtsverstoßen sollte jedem Aktionär die Kassationsbefugnis erhalten bleiben.
8. Es sollte auch im Hauptsacheverfahren möglich sein, die Kassation als unverhältnismäßig abzulehnen.
9. Daneben bedarf es einer beschleunigten Freigabemöglichkeit, die als Zwischenentscheidung eines einheitlichen Verfahrens ausgestaltet sein sollte.
10. Das einheitliche Verfahren ist beim OLG anzusiedeln.
11. Auch bei nicht strukturändernden Beschlüssen sollte es dem Gericht möglich sein, andere Rechtsfolgen als eine Kassation auszusprechen.
12. Gegen den Ausschluss der Kassation sollte ein Rechtsmittel ausgeschlossen sein.
13. Ein eigenständiger Nichtigkeitstatbestand sollte erhalten bleiben.
14. Als Nichtigkeitsgründe sollten im Wesentlichen die in § 241 Nr. 3 AktG erfassten Sachverhalte mit inhaltlichen Klarstellungen beibehalten werden.
15. In einem System der Rechtsfolgendifferenzierung müssen die Auskunftsrechte nicht weiter beschränkt werden.

16. Auf das Anwesenheits- und Widerspruchserfordernis kann in einem solchen System verzichtet werden.
17. Das Beschlussmängelrecht muss nicht durch weitere kostenrechtliche Filter verschärft werden.
18. Das Beschlussmängelrecht muss nicht durch zusätzliche kostenrechtliche Erleichterungen Klageanreize setzen.
19. Für Bewertungsfragen sollte konsequent die Anfechtungsklage ausgeschlossen und das Spruchverfahren eröffnet werden.
20. Für beschlussmängelrechtliche Streitigkeiten in der nicht börsennotierten AG sollte in der Satzung die Schiedsfähigkeit festgelegt werden können.
21. Die Entscheidungssituation des Registerrichters sollte erleichtert werden.

II. Beschlussmängelrecht in den Gesellschafterversammlungen anderer Gesellschaftsformen

22. Das gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelrecht ist reif für eine gesetzliche Institutionenbildung auf der Grundlage des Anfechtungsmodells.
23. Das Anfechtungsmodell sollte festgeschrieben bzw. neu eingeführt werden für (kumulativ empfohlen):
 - a) die GmbH
 - b) den Verein
 - c) die Personengesellschaften
24. Das Problem der Beschlussfixierung sollte grundsätzlich der Rechtsprechung überlassen bleiben, aber die Regelung des GmbHG-E 1971/73 zur Niederschrift auf Verlangen des Gesellschafters für alle Gesellschaftsformen übernommen werden.
25. Neben dem Anfechtungstatbestand bedarf es eines Nichtigkeitstatbestands, der auf die Verletzung von Gläubiger- und öffentlichen Interessen sowie einen noch näher zu konturierenden Tatbestand der Wesensverstöße zu beschränken ist.
26. Die Anfechtungsbefugnis sollte den Gesellschaftern zustehen, Organmitgliedern dagegen nur, wenn sie durch die Ausführung eine strafbare Handlung oder Ordnungswidrigkeit begehen oder sich ersatzpflichtig machen würden.
27. Die Anfechtungsfrist sollte gegenüber dem Aktienrecht moderat erhöht und zudem um einen Hemmungstatbestand ergänzt werden.
28. Richtiger Klagegegner ist in allen Gesellschaftsformen die Gesellschaft selbst.
29. Für die Streitwertbestimmung sollte generell eine § 247 Abs. 1 S. 1 AktG entsprechende Vorschrift gelten.
30. Die Einheitsfolge der Beschlusskassation sollte auch bei der GmbH durch eine Rechtsfolgendifferenzierung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ersetzt werden.
31. Das Instrument einer Freigabeentscheidung ist ebenfalls auf die GmbH zu übertragen.
32. Für andere Gesellschaftsformen erscheint eine Rechtsfolgendifferenzierung ebenfalls erwägenswert.

III. Beschlussmängelrecht der Gesellschaftsorgane

33. Auch für den Aufsichtsrat der AG empfiehlt sich eine Hinwendung zum Anfechtungsmodell mit den typischen Elementen einer Anfechtungsfrist und einer erga-omnes-Wirkung.
34. Die Anfechtung sollte ausgeschlossen sein bei schon durchgeführten Strukturmaßnahmen und Aufsichtsratsbeschlüssen, die einen Beschluss der Hauptversammlung vorbereiten.
35. Die Anfechtungsbefugnis sollte zustehen (kumulativ empfohlen):
 - a) jedem Aufsichtsratsmitglied
 - b) dem Vorstand
 - c) Vorstandsmitgliedern bei persönlicher Betroffenheit
 - d) Aktionären bei Verletzung ihrer subjektiven Rechte
 - e) einer qualifizierten Aktionärsminorität
36. Die Anfechtungsfrist sollte durch einen Hemmungstatbestand und eine kenntnisunabhängige, absolute Verfristung flankiert werden.
37. Neben der Anfechtung bedarf es eines Nichtigkeitstatbestands, der jedenfalls solche Beschlüsse erfasst, die öffentliche Interessen verletzen, Rechte Dritter berühren oder mit § 23 Abs. 5 AktG nicht in Einklang stehen.
38. Auch für den Aufsichtsrat sollte es dem Gericht möglich sein, nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung von der Einheitsfolge der Beschlusskassation abzusehen.
39. Die Übertragung dieses Modells auf den Vorstand oder die Organe anderer Gesellschaftsformen ist erwägenswert, bedarf aber noch erheblicher wissenschaftlicher Vorarbeit.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Thomas Heidel, Bonn

I. Aktienrecht

1. Das auf (ex tunc-) Kassation rechtswidriger Beschlüsse gerichtete Beschlussmängelrecht bedarf keiner grundlegenden Reform. Kassation darf nicht durch deklaratorische Feststellungen der Rechtswidrigkeit, Schadensersatzansprüche, „Pranger“ o.ä. ersetzt werden. Angefochtene rechtswidrige Beschlüsse aufrechtzuerhalten verstößt gegen Interesse der AG und effektiven Eigentumsschutz der Aktionäre. Es besteht insb. kein berechtigtes Interesse, rechtswidriges Vorgehen der Mehrheit und der von ihr beherrschten Verwaltungsorgane zu tolerieren. Ökonomische Bedeutung der AG ist zu groß, als dass sie sich als Experimentierfeld in einem Bereich eignet, der zentral für Wahrung der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens und Anlegerschutz ist. Möglichkeit des Klagemissbrauchs kann da bekämpft werden, wo er auftritt – legitimiert angesichts alternativen Instrumentariums keine Reform zu Lasten des effektiven etablierten Rechtsschutzes, sondern ist häufig Vorwand für Beschränkung gebotenen Rechtsschutzes.
2. Das (im Grundsatz erforderliche) Freigabeverfahren ist dringend reformbedürftig. Entsprechend dem GroKo-Koalitionsvertrag sind „im Interesse des Minderheitenschutzes

und der Rechtssicherheit Brüche und Wertungswidersprüche (zu) beseitigen“ zugunsten effektiver Rechtmäßigkeitskontrolle: Dazu gehört, dass (i) Anwendungsbereich der Freigabe beschränkt wird auf AG mit Börsennotierung oder Kapitalmarktorientierung unter der (ii) Voraussetzung der Sicherung der Position der außenstehenden Aktionäre durch Spruchverfahren, wobei (iii) Satzung Freigabe ausschließen kann, (iv) bei besonderer Schwere des Rechtsverstoßes (immer gegeben bei nichtigem und bei rechtsmissbräuchlich herbeigeführtem Beschluss) Freigabe keinesfalls in Betracht kommt, (v) die Zwei-Instanzen-Zuständigkeit wiedereingeführt wird (vi) zuzüglich Rechtsbeschwerde zum BGH aufgrund Zulassung sowie Nichtzulassungsbeschwerde, schließlich sind (vii) Kostenregelung entsprechend § 247 AktG sowie (viii) Möglichkeit der Aktionärs-Nebenintervention zu normieren. (viii) Empfehlenswert ist die Wiedereinführung der Trennung von Freigabe der Eintragung und dauernder Bestandskraft der Maßnahme (Vorschlag Heribert Hirte).

3. Geboten ist auch außerhalb des Freigabeverfahrens eine Reihe von Änderungen im Detail in Hinblick auf Effektivität des Beschlussmängelrechts. So sind (i) der Anfechtungsausschluss in § 243 Abs. 4 S. 2 AktG (ii) sowie der gänzlich systemwidrige (§ 23 Abs. 5 AktG) § 242 Abs. 2 S. 1 AktG zur Heilung sogar gegen das Wesen der AG verstoßender oder sittenwidriger nichtiger Beschlüsse zu streichen; zudem ist (iii) effektiver Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltung bei Ausübung der Ermächtigung zur Durchführung von Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital zu normieren und (iv) das „Say on Pay“ aufgrund der Novelle der Aktionärsrechterrichtlinie entgegen § 120 Abs. 4 AktG statt mit bloß deklaratorischem HV-Beschluss mit einem bindenden, anfechtbaren auszustatten.
4. Auch das Prozessrecht erfordert Änderungen: (i) Anfechtungsfristen dürfen nicht vor Vorlage des HV-Protokolls ablaufen und (ii) Gerichtskosten nicht mehrfach entstehen bei Klagen mehrerer Kläger; (iii) zumal verdeckte Anfechtungsgründe müssen entsprechend den Forderungen von Wolfgang Zöllner nachgeschoben werden können; (iv) dem AR muss Anfechtungsbefugnis zukommen; (v) die Verwaltungsorgane die ausdrückliche Pflicht zur Anfechtung bei für HV unentdeckbaren Fehlern haben; (vi) über § 246 Abs. 3 S. 4 AktG hinaus erfordern mündliche Verhandlung und Urteil einen rechtzeitig vorherigen Nachweis der Bekanntmachung der Klageerhebung; (vii) bei namentlich bekannten Aktionären besteht zur öffentlichen Bekanntmachung von Klageerhebung und Klagebeendigung entgegen § 246 Abs. 4 S. 1 und § 248a AktG keine Legitimation, solches ist nur auf dem Wege des § 121 Abs. 4 S. 2 AktG zu erledigen; (viii) Transparenz gebietet auch bei nicht-notierter AG bisher fehlende Bekanntmachung zur Verfahrensbeendigung; (ix) bislang fehlender effektiver Rechtsschutz gegen rechtswidrige Weigerung von Versammlungsleitern, Beschlussanträge zur Abstimmung zu stellen, ist (zB) durch positive Beschlussfeststellungsklage zu ermöglichen; (x) die Beteiligung von Nebenintervenienten an Vergleichen ist sicherzustellen und (xi) schließlich ist Effektivierung der Gerichtsorganisation geboten (jedenfalls Teilnahmepflicht derselben Handelsrichter an allen Terminen; weitere Konzentration auf einzelne Kammern / Senate, auch über Ländergrenzen hinweg).

5. Abzulehnen sind nicht nur die Forderung nach Einschränkung der Kassation, sondern auch nach (i) Verhältnismäßigkeitsprüfung als Voraussetzung für Kassation, (ii) Konterkarieren der BGH-Rechtsprechung zum Corporate Governance Kodex, (iii) substantieller Aufweichung der Nichtigkeit zugunsten Anfechtbarkeit (gesetzgeberischer Spielraum besteht nur bei Einberufungs- sowie Protokollierungsmängeln), (iv) Einführung einer Fristbindung der Nichtigkeitsklage, (v) Eingangszuständigkeit bei OLG, (vi) Ausschluss der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses bei Sach-Kapitalerhöhungen und Bezugsrechtsausschluss zugunsten Spruchverfahren.
6. *De lege ferenda* kann Satzung Schiedsverfahren für Klagen nach §§ 246, 249 AktG vorsehen. Dabei sind *fair trial* und gebotener Schutz der Beteiligten einschließlich aller Aktionäre zu gewährleisten. Wichtig ist Folgendes: (i) Anwendungsbereich der Schiedsverfahren ist beschränkt auf nicht-kapitalmarktorientierte und nicht-notierte AG, (ii) wobei Schiedsklausel in Satzung nur einstimmig aufgenommen werden kann; (iii) Satzung muss die Schiedsordnung enthalten, falls sie keine Entscheidung durch anerkannte Schiedsorganisationen (z.B. DIS) vorsieht; (iv) für die Fristwahrung nach § 246 Abs. 1 AktG genügt Übersendung des einleitenden Schriftsatzes an AG unter deren Geschäftsanschrift in Textform; (v) die Schiedsrichter müssen Befähigung zum Richteramt haben; (vi) in Satzung vorzusehende neutrale Stelle wählt für Kläger- und Beklagten Seite die Richter aus, falls sich eine Seite nicht auf „ihren“ Richter einigt (Vorbild DIS); (vii) AG trägt Kosten des Schiedsgerichts und zahlt Vorschüsse, ihre Säumnis bei Vorschusszahlung führt zur Erklärung / Feststellung der Nichtigkeit des HV-Beschlusses; im Innenverhältnis hat AG Erstattungsanspruch in Höhe der Gerichtskosten, die im ZPO-Prozess in der 1. Instanz entständen; (viii) Schiedsgericht muss zur Sicherung eines der ZPO ähnlichen Rechtsschutzes gerichtliche Unterstützung nach § 1050 ZPO in Anspruch nehmen, wenn staatliche Gerichte zu den dortigen Mitteln greifen müssten; (ix) Rechtskraft des Schiedsspruchs erst nach Vollstreckbarerklärung (§ 1064 ZPO), (x) Unzulässigkeit eines Schiedsvergleichs über Beschlussunwirksamkeit; (xi) Kostentragung der unterlegenen Partei entsprechend § 91 ZPO nur in Höhe der Kosten, die im staatlichen Gerichtsverfahren 1. Instanz entstanden wären, und schließlich (xi) ist eine neutralisierte Veröffentlichung des Schiedsspruchs durch Schiedsgericht vorzusehen, um „Neben-Schieds-Aktienrecht“ ohne BGH-Kontrolle zu verhindern.

II. GmbH

7. Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht ist Modell für die gebotene satzungsdispositive Normierung.
8. Bei Normierung sind die typischen Unterschiede zur AG zu beachten, namentlich (i) besteht kein Erfordernis eines Versammlungsleiters mit der alleinigen Kompetenz zur Beschlussfeststellung; (ii) daher ist für den Fall, dass es keinen festgestellten oder sonst feststehenden Beschluss gibt, eine (Gestaltungs-)Klage gegen die GmbH mit Wirkung entsprechend § 248 AktG bei positiver Feststellungsklage vorzusehen; zudem (iii) ist die starre Klagefrist nach § 246 Abs. 1 AktG unzulässig, stattdessen ist eine Frist von (zB) drei Monaten mit Möglichkeit einvernehmlicher Verlängerung vorzusehen.

III. Personengesellschaften

9. Beschlussmängelrecht sollte normiert werden, wobei abweichende Regelungen des Gesellschaftsvertrags Vorrang haben.
10. Dabei sollte es bei Nichtigkeit aller rechtswidrigen Beschlüsse bleiben.
11. Bei der rechtsfähigen Gesellschaft sollte Beschlussmängelklage nach dem Modell der AG-Nichtigkeitsklage normiert werden. Will man nicht so weit gehen, ist jedenfalls sicherzustellen, dass Klage gegen Gesellschaft (nicht ihre Gesellschafter) zu richten ist und ein klagestartgebendes Urteil *erga omnes*-Wirkung hat.
12. Bei der nicht-rechtsfähigen Gesellschaft scheint unvermeidlich, an Feststellung der Beschlussnichtigkeit mit ZPO-Feststellungsklage gegen – mE alle – Gesellschafter festzuhalten. Sicherzustellen ist Feststellungswirkung gegenüber allen Gesellschaftern, Modell könnten Grundsätze der hM zur Ausschließungsklage nach § 140 HGB sein.

IV. Verein

13. Beim nicht-wirtschaftlichen Verein ist daran festzuhalten, dass fehlerhafte Beschlüsse *ipso iure* rechtswidrig und grundsätzlich nichtig / unwirksam sind. Eine Kategorie anfechtbarer Beschlüsse ist nicht einzuführen. Die *erga omnes*-Wirkung des stattgebenden Beschlussmängelurteils sollte klarstellend normiert werden.
14. Beim wirtschaftlichen Verein kann wegen dessen struktureller Ähnlichkeit zu AG *de lege ferenda* aktienrechtliches Anfechtungsmodell übernommen werden.

V. Spruchverfahren

15. Die Effektivität des Rechtsschutzes im Spruchverfahren darf nicht weiter eingeschränkt werden. Dazu gehört insb, dass die Normierung des Börsenkurses als allein maßgeblich für angemessene Abfindung abzulehnen ist; sie widerspräche ohnehin Verfassungsrecht (BVerfGE 14, 263, 284).
16. Es ist gesetzlich ausdrücklich sicherzustellen, dass Vorstand und AR bei Beschlussempfehlung an HV und Bericht über die angemessene Abfindung / Ausgleich Interessen der außenstehenden Aktionäre wahren müssen, mit Schadensersatzpflichten gegenüber einzelner Aktionär bei Pflichtverletzung.
17. Klarzustellen ist, dass Ersatzansprüche zB nach §§ 117, 317 AktG zur Bemessungsgrundlage des Anspruchs auf angemessene Abfindung gehören und die Einrede der Verjährung gegen solche (zuvor geheim gehaltenen) Ansprüche ausscheidet.
18. Dringlich ist die Einführung einer Insolvenzversicherung für Abfindung, gerichtlich festgesetzte Abfindungserhöhung und Zinsen.
19. Bei folgenden Themen sollten keine Veränderungen vorgenommen werden: (i) Bemessung des Unternehmenswerts nicht allein orientiert an Bewertung des Vertragsprüfers / gerichtlich bestellten Prüfers, Spruchgericht darf vielmehr unbeschränkt Neubewertung veranlassen, (ii) LG-Eingangszuständigkeit (aber weitere Konzentration bei spezialisierten Kammern / Senaten sowie Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH), (iii) Ausschluss von Zwangs- / Mehrheitsvergleich, (iv) Zins von 5 Prozent ist aus vielerlei Gründen geboten, jedenfalls keine Änderung nach unten, (v) kein Ausschluss der

Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers zugunsten Spruchverfahren; (vi) Barausgleich für unangemessenes Umtauschverhältnis ist beizubehalten, Erfüllung des Nachteilsausgleichs durch Anteile ist abzulehnen.

VI. Organbeschlüsse

20. Am Grundsatz ist festzuhalten, dass rechtswidrige Beschlüsse nichtig sind.
21. Nichtigkeit rechtswidriger Beschlüsse kann *de lege ferenda* durch Klage mit *erga omnes*-Wirkung des stattgebenden Urteils festgestellt werden. Gesetzgeber sollte entscheiden, ob Klagegegner das Organ ist, um dessen Beschluss es geht, oder die Gesellschaft vertreten durch das Organ. Klagebefugnis sollte zustehen (i) jedem Mitglied des Organs, um dessen Beschluss es geht, (ii) jeweils anderem Organ bei Zwei-Board-System, (iii) jedem Organmitglied des jeweils anderen Organs, (iv) jedem Gesellschafter bei eigener Rechtsverletzung sowie (v) qualifizierter Gesellschafterminderheit.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt a. M.

I. Aktienrechtliches Beschlussmängelrecht

1. Auch nach der Einführung des Freigabeverfahrens und dessen Reform durch das ARUG besteht weiter ein Bedürfnis nach einer Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts.
2. Der Fokus des Reformbedarfs hat sich jedoch verändert: Während bis zur Reform des Freigabeverfahrens durch das ARUG der Schwerpunkt auf der Verhinderung des Missbrauchs der Beschlussmängelklage lag, gilt es heute, das geltende Beschlussmängelrecht zu einem dogmatisch und systematisch konsistenten Gesamtsystem fortzuentwickeln. Im Vordergrund der Reformdiskussion muss daher die Frage stehen, welches die angemessene Rechtsfolge eines Beschlussmangels in der konkreten Situation darstellt. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass das durch die Reform des Freigabeverfahrens eingeschränkte Missbrauchspotential nicht wiedereröffnet wird.
3. Ein Missbrauchspotential besteht weiterhin insbesondere bei nicht eintragungsbedürftigen Hauptversammlungsbeschlüssen, bei denen die (rückwirkende) Kassation des Beschlusses schwerwiegende Folgeprobleme für das Unternehmen auslösen kann (z. B. Wahl des Abschlussprüfers, Gewinnverwendungsbeschlüsse, Wahlen zum Aufsichtsrat).
4. Den Kernthesen des Gutachters ist vorbehaltlos zuzustimmen:
 - a) Die Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse sollte nur ausnahmsweise zur Kassation des Beschlusses führen.
 - b) Das durch das Freigabeverfahren eingeführte Konzept eines klägerbezogenen Filters (Kassationsquorum) und eines beschlussbezogenen Filters (Verhältnismäßigkeitsprüfung) ist beizubehalten und fortzuentwickeln.
 - c) Die Beschränkung der Kassation fehlerhafter Beschlüsse sollte nicht auf bestimmte eintragungsbedürftige Hauptversammlungsbeschlüsse beschränkt bleiben.

5. Die Einschränkung des Missbrauchspotentials durch das Freigabeverfahren beruht nicht allein auf der Einführung des klägerbezogenen Filters durch das ARUG, sondern auch auf der Reform des beschlussbezogenen Filters. Daher ist bei einer Änderung der Parameter der Verhältnismäßigkeitsprüfung besondere Vorsicht geboten.
6. Die Forderung nach einer Berücksichtigung der Schwere des mit der Beschlussmängelklage geltend gemachten Mangels im Rahmen der Entscheidung über die Bestandskraft des Hauptversammlungsbeschlusses ist aus dogmatischer Sicht ebenfalls zu unterstützen. Demgegenüber sollte eine Einbeziehung der Interessen aller Aktionäre (nicht allein der klagenden Aktionäre) in die Verhältnismäßigkeitsprüfung unterbleiben.
7. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber den Gerichten klare Leitlinien vorgeben, welche Beschlussmängel grundsätzlich zu einer Kassation des Hauptversammlungsbeschlusses führen können und welche nicht.
8. Verstöße gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex sollten nicht zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen können. Die Sanktionierung einer falschen Entsprechenserklärung sollte nicht durch die Gerichte, sondern durch den Kapitalmarkt erfolgen.
9. Am Präsenz- und Widerspruchserfordernis als Voraussetzung für die Anfechtungsbefugnis sollte entgegen der These des Gutachters festgehalten werden.
10. Die Reform des geltenden Beschlussmängelrechts kann
 - a) entweder durch eine dogmatisch und systematisch konsistente Fortentwicklung des geltenden Freigabeverfahrens zu einem auf alle Hauptversammlungsbeschlüsse anwendbaren allgemeinen Bestandskraftverfahren (kleine Lösung) oder
 - b) durch eine grundlegende Reform des Beschlussmängelrechts auf Basis der Thesen des Gutachters, der Vorarbeiten des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht sowie weiterer Reformvorschläge aus der juristischen Literatur (große Lösung) erfolgen.Auch bei der großen Lösung muss jedoch gewährleistet sein, dass in einem verkürzten Verfahren zeitnah eine gerichtliche Entscheidung über die Bestandskraft getroffen werden kann.

II. Übertragung auf andere Gesellschaftsformen (GmbH und Personengesellschaften)

11. Die These des Gutachters, dass das aktienrechtliche Anfechtungsmodell im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Institutionenbildung auch als Vorbild für das Beschlussmängelrecht anderer Gesellschaftsformen herangezogen werden kann und sollte, ist grundsätzlich zu unterstützen.
12. Auch in der GmbH und der Personengesellschaft erscheint die Beschlusskassation als zwingende Einheitsrechtsfolge eines Beschlussmangels unangemessen.
 - a) Für einen klägerbezogenen Filter erscheint im GmbH-Recht und im Personengesellschaftsrecht im Hinblick auf die personalistische Struktur dieser Gesellschaftsformen kein Raum.
 - b) Auch im Rahmen des beschlussbezogenen Filters ist der personalistischen Struktur der GmbH und der Personengesellschaft Rechnung zu tragen.

III. Spruchverfahrensrecht

13. Der Reformbedarf beschränkt sich nicht allein auf das Beschlussmängelrecht, sondern erstreckt sich auch auf das mit dem Beschlussmängelrecht in einem engen Zusammenhang stehende Spruchverfahrensrecht. Trotz der durch das Spruchverfahrensneuordnungsgesetz eingetretenen Verbesserungen zeichnen sich die Spruchverfahren auch weiter durch eine überlange Verfahrensdauer aus.
14. Eine vollständige Neubewertung durch einen vom Gericht zusätzlich bestellten Sachverständigen im Rahmen des Spruchverfahrens sollte die Ausnahme bilden. Das Gericht sollte zur Bestellung eines zusätzlichen Sachverständigen erst und nur dann befugt sein, wenn es den gerichtlich bestellten unabhängigen Prüfer Gelegenheit gegeben hat, zu den von den Antragstellern und dem Gericht aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Bei börsennotierten Gesellschaften sollte bei ausreichend liquiden Werten der Börsenkurs maßgeblich sein.
15. Das Spruchverfahren sollte auch für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers sowie bei Sachkapitalerhöhungen eröffnet werden. Die Geltendmachung von Bewertungsrügen (einschließlich darauf bezogener Informationsmängel) im Wege der Anfechtungsklage sollte auch in diesen Fällen ausgeschlossen werden.
16. Die Erfüllung des Nachteilsausgleichsanspruchs für ein unangemessenes Umtauschverhältnis im Spruchverfahren sollte nicht nur durch einen Barausgleich, sondern auch durch Gewährung von Anteilen möglich sein.
17. Der Gesetzgeber sollte einen gerichtlichen „Mehrheitsvergleich“ im Spruchverfahren ermöglichen, der das Gericht ermächtigt, den Vergleich bei einer bestimmten Zustimmungquote (z. B. 90% der Antragsteller bezogen auf den Anteilsbesitz) auch für die nicht zustimmenden Antragsteller für verbindlich zu erklären. Eine Veröffentlichung der im Spruchverfahren geschlossenen Vergleiche mit allen Nebenabreden sollte gesetzlich vorgeschrieben werden.

IV. Gerichtliche Zuständigkeit und Instanzenzug

18. a) Die Eingangszuständigkeit für Freigabeverfahren, Beschlussmängelstreitigkeiten und Spruchverfahren sollte einheitlich bei spezialisierten Senaten der zuständigen Oberlandesgerichte konzentriert werden. Dagegen sollte als Rechtsmittel die Rechtsbeschwerde bzw. Revision zum Bundesgerichtshof und der Weg der Nichtzulassungsbeschwerde offenstehen. Eine Kassation des Beschlusses sollte in der Rechtsmittelininstanz ausgeschlossen sein.
- b) Soweit die Eingangszuständigkeit der Oberlandesgerichte auch für Beschlussmängelstreitigkeiten und Spruchverfahren politisch nicht durchsetzbar ist, sollte zumindest eine weitere Konzentration bei spezialisierten Kammern bestimmter Landgerichte in den jeweiligen Bundesländern erfolgen. Die Kammern sollten mit drei Berufsrichtern besetzt sein.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M., Bayreuth

I. Praktischer Nutzen von Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten

1. Schiedsverfahren können prinzipiell auch in Beschlussmängelstreitigkeiten eine äußerst attraktive Alternative sein; maßgeblich wird es jedoch auf die spezifische Konstellation des Einzelfalls ankommen.

II. Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten *de lege lata*

2. Beschlussmängelstreitigkeiten sind vermögensrechtliche Streitigkeiten i.S.d. § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO und damit objektiv schiedsfähig.
3. Sowohl Satzungen von Kapitalgesellschaften als auch Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften sind Schiedsanordnungen i.S.d. § 1066 ZPO.
4. Als Legitimation für Schiedsverfahren kommt daneben sowohl bei Kapital- als auch bei Personengesellschaften eine Schiedsvereinbarung gem. §§ 1029, 1031 ZPO mit Zustimmung aller Gesellschafter in Betracht.
5. Die vom BGH für Schiedsverfahren über GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten etablierten „Gleichwertigkeitskautele“ in Bezug auf (i) Zustimmung aller Gesellschafter, (ii) Verfahrenstransparenz und Beteiligungsmöglichkeit, (iii) Schiedsrichterbestellung und (iv) Verfahrenskonzentration sind geboten und angemessen.
6. Die aktienrechtliche Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) steht der Aufnahme von Schiedsklauseln in die Satzung ebenso wenig entgegen wie dem Abschluss außerstatutarischer Schiedsvereinbarungen.
7. Die vom BGH für die GmbH etablierten „Gleichwertigkeitskautele“ sind – mit geringfügigen rechtsformspezifischen Modifikationen – auch auf die AG zu übertragen.
8. Ebenso gelten diese „Gleichwertigkeitskautele“ – mit geringfügigen rechtsformspezifischen Modifikationen – auch bei Personengesellschaften; die insoweit im Schrifttum geäußerte Kritik an der BGH-Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ ist nicht gerechtfertigt.

III. Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten *de lege ferenda*

9. Es empfiehlt sich eine klare gesetzliche Regelung, dass statutarische Schiedsklauseln auch bei Aktiengesellschaften zulässig sind.
10. Zu empfehlen ist weiterhin eine klare gesetzliche Regelung, dass Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten auch bei Personengesellschaften durch eine entsprechende Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag legitimiert werden können.
11. Zu empfehlen ist ferner eine klare gesetzliche Regelung der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen für Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten in Anlehnung an die vom BGH etablierten „Gleichwertigkeitskautele“.

12. Gesetzesvorschlag:

§ XXX Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten

- (1) ¹Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten sind zulässig, wenn dies entweder in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag bestimmt ist oder wenn alle Gesellschafter mit der Gesellschaft außerhalb der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags eine diesbezügliche Schiedsvereinbarung geschlossen haben. ²Die nachträgliche Aufnahme einer Schiedsklausel in die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.
- (2) Ein Antrag auf Einleitung eines Schiedsverfahrens ist binnen eines Monats nach der Beschlussfassung bei der Gesellschaft einzureichen.
- (3) ¹Der Antrag ist den Gesellschaftern unverzüglich in Textform zu übermitteln; bei Aktiengesellschaften genügt die unverzügliche Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern. ²Die Bekanntmachung bzw. Übermittlung ist mit der Aufforderung an die Aktionäre bzw. Gesellschafter zu verbinden, der Gesellschaft innerhalb eines Monats ab Bekanntmachung bzw. Zugang der Mitteilung in Textform mitzuteilen, ob sie dem Schiedsverfahren auf Seiten des Antragstellers oder der Gesellschaft als Partei oder Nebenintervenient beitreten. ³Wird der Beitritt nicht fristgemäß erklärt, so gilt dies als Verzicht auf die Teilnahme am Schiedsverfahren. ⁴Ein Gesellschafter kann dem Schiedsverfahren jedoch jederzeit später unter der Voraussetzung beitreten, dass er die Zusammensetzung des Schiedsgerichts und die Lage des Verfahrens akzeptiert; dies gilt jedoch nicht für den Beitritt eines Aktionärs auf Klägersseite.
- (4) ¹Sofern in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag keine neutrale Person oder Stelle als Schiedsgericht festgelegt ist oder vorgesehen ist, dass das Schiedsgericht durch eine neutrale Person oder Stelle bestellt wird, entscheiden die auf jeder Seite des Streitverhältnisses beteiligten Gesellschafter jeweils durch Beschluss mit einfacher Mehrheit über die Bestellung des Schiedsgerichts. ²Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag kann auch eine höhere Mehrheit vorsehen.
- (5) Sobald ein schiedsgerichtliches Verfahren eingeleitet ist, ist ein Antrag auf Einleitung eines weiteren Schiedsverfahrens zum selben Streitgegenstand unzulässig.

Zivil-, Wirtschafts- und Steuerrecht

Empfiehl es sich, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung und Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen übergreifend zu regeln?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw., Bonn

1. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung und die Tätigkeit von Non-Profit-Organisationen werden vor allem durch das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht bestimmt. Es prägt als „Organisationsrecht des Dritten Sektors“ rechtsformübergreifend den Rechtstypus der gemeinnützigen NPO, dem auch außerhalb des Steuerrechts erhebliche Bedeutung zukommt.
2. Der historisch gewachsene Gemeinnützigkeitsbegriff hat sich in seinem Kerngehalt – Beschränkung auf Körperschaften i.S. des KStG, Definition der steuerbegünstigten Zwecke, Ausschließlichkeitsgrundsatz, Gewinnausschüttungs- und Begünstigungsverbot, Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung und satzungsmäßige Gemeinnützigkeit – prinzipiell bewährt.
3. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit sollte aufgehoben werden. Er ist sachlich entbehrlich, wird schon heute durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen und erschwert arbeitsteilige Strukturen im Dritten Sektor – insbesondere bei gemeinnützigen Holdings.
4. Der Selbstlosigkeitsgrundsatz muss wieder auf seine eigentliche Funktion – das Verbot einer überwiegenden eigenwirtschaftlichen Motivation der Beteiligten – zurückgeführt werden. Damit wird zugleich klargestellt, dass die Grenzen einer wirtschaftlichen Betätigung von gemeinnützigen NPO durch den Ausschließlichkeitsgrundsatz gezogen werden.
5. Im Rahmen der satzungsmäßigen Vorgaben benötigen Geschäftsleiter gemeinnütziger NPO ausreichende „Freiheitsgrade“ bei der Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke. Nur so kann der Dritte Sektor seine Attraktivität und Innovationskraft zwischen Markt und Staat behalten. Von gemeinnützigkeitsrechtlichen Detailvorgaben – z.B. zur Vergütung von Mitarbeitern, zum Umfang politischer Aktivitäten oder zur Höhe von Verwaltungskosten – ist daher abzuraten.
6. Das vorhandene Rechtsformangebot im Dritten Sektor – Verein, Stiftung, Kapitalgesellschaft und Genossenschaft – ist grundsätzlich ausreichend. Der Gesetzgeber sollte aber – dem „Kita-Beschluss“ des BGH folgend – klarstellen, dass die Rechtsform des „e.V.“ unabhängig von der wirtschaftlichen Betätigung allen Vereinen mit gemeinnützigen oder ideellen Zwecken offensteht. Statt über den Weg eines Rechtsformzwangs ist dem Gläubigerschutz durch insolvenzrechtliche Instrumente Rechnung zu tragen.
7. Zusätzliche verpflichtende Governance-Vorgaben für NPO (z.B. die Einrichtung eines Aufsichtsorgans) sind angesichts der Rechtsformvielfalt und der Heterogenität des Dritten Sektors nicht zu empfehlen. Bevor über weitergehende zivilrechtliche Rechnungs-

legungsvorschriften für „große“ Vereine und Stiftungen nachgedacht wird, sollte zunächst die geltende kaufmännische Buchführungspflicht für wirtschaftlich tätige NPO durchgesetzt werden.

8. Der Rechtstypus der „gemeinnützigen“ NPO sollte im Vereins-, Stiftungs- und Gesellschaftsrecht über eine Verweisung auf die steuerlichen Vorgaben gesetzlich verankert und über einen verpflichtenden Namenszusatz im Rechtsverkehr besser kenntlich gemacht werden. Ferner bedarf es eines Stiftungsregisters mit öffentlichem Glauben.
9. Um die Transparenz im Bereich der gemeinnützigen Einrichtungen zu verbessern, ist das Steuergeheimnis in Hinsicht auf den Gemeinnützigkeitsstatus einzuschränken, damit sich die Öffentlichkeit – z.B. durch ein „Gemeinnützigkeitsregister“ – über die Anerkennung einer NPO als gemeinnützig informieren kann.
10. Eine verpflichtende Offenlegung von Jahresberichten und Rechnungslegungsdaten nach ausländischem Vorbild setzt verbindliche und einheitliche Berichts- und Rechnungslegungsstandards voraus. An ihnen fehlt es in Deutschland bisher. Die Entwicklung solcher Standards für gemeinnützige NPO ist – unabhängig von der Transparenzfrage – schon deshalb zu empfehlen, weil sie zur Verbesserung der internen Governance und externen Aufsicht im Dritten Sektor beitragen können.
11. Um der übergreifenden Funktion des Gemeinnützigkeitsstatus stärker Rechnung zu tragen und die staatliche Aufsicht über den Dritten Sektor zu verbessern, sollten die Anerkennung und laufende Prüfung von gemeinnützigen NPO vom steuerlichen Veranlagungsverfahren abgetrennt und bei zentralen „Gemeinnützigkeitsstellen“ innerhalb der Finanzverwaltung konzentriert werden.
12. Ferner ist zu empfehlen, dass nicht nur die satzungsmäßige Gemeinnützigkeit, sondern auch die abschließende Entscheidung über den Gemeinnützigkeitsstatus für einen bestimmten Veranlagungszeitraum mit Bindungswirkung für das steuerliche Veranlagungsverfahren gesondert festgestellt wird.
13. Angesichts der erheblichen Bedeutung des Gemeinnützigkeitsstatus empfiehlt sich ein abgestuftes Sanktionssystem für gemeinnützige NPO, in dem die Versagung der Gemeinnützigkeit auf schwerwiegende Verstöße beschränkt wird und das auf kleinere Regelverstöße im Rahmen der Geschäftsführung mit Strafzahlungen und nicht mit dem Entzug der Gemeinnützigkeit reagiert.
14. Die geltenden direkten steuerlichen Vergünstigungen für gemeinnützige Einrichtungen haben sich grundsätzlich bewährt. Insbesondere ist an der partiellen Steuerpflicht von Mittelbeschaffungsbetrieben festzuhalten. Allerdings sollten die steuerlichen Folgen eines Ausstiegs aus der Gemeinnützigkeit – z.B. durch eine Pauschalbesteuerung – vorhersehbarer ausgestaltet werden.
15. Damit die Steuerbegünstigung von Zweckbetrieben ihrer Anreizfunktion besser gerecht wird, bedarf es mehr Rechts- und Investitionssicherheit durch klare gesetzliche Definitionen von steuerbegünstigten Zweckbetrieben. Ferner müssen bestehende Regelungsdefizite bei der Abgrenzung und Definition von Zweckbetrieben – insbesondere im Bereich der Wohlfahrtspflege – beseitigt werden.

16. Zuwendungen an gemeinnützige NPO sollten künftig nicht mehr als Sonderausgaben bei der Einkommensermittlung, sondern über eine Tarifiermäßigung auf der Ebene der Steuer-schuld berücksichtigt werden. Das vermeidet Progressionseffekte und dient der besseren Verdeutlichung der steuerlichen Entlastungseffekte. Steuerliche Vergünstigungen für „Zeitspenden“ sind abzulehnen.
17. Zahlreiche außersteuerliche Vorschriften (z. B. § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO) knüpfen an die „Gemeinnützigkeit“ einer Einrichtung begünstigende Rechtsfolgen. Sie sind jedoch häufig nicht oder nur unzureichend mit den steuerlichen Vorgaben und dem Anerken-nungsverfahren abgestimmt. Hier ist der Zusammenhang mit dem steuerlichen Gemein-nützigkeitsbegriff durch eine entsprechende Verweisung zu verdeutlichen.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Bernd Helmig, Mannheim

Zur Bedeutung von Nonprofit-Organisationen (NPO) sowie ausgewählte Problemen auf den Gebieten der Governance und des Wettbewerbs aus einer Managementperspektive

1. Nonprofit-Organisationen (NPO) werden gemeinhin als Teil des so genannten „Dritten Sektors“ verstanden, der neben bzw. zwischen den beiden idealtypischen „Polen“ Markt (Unternehmenssektor) und Staat (öffentlicher Sektor) angesiedelt ist. Je nach wissen-schaftlicher Provenienz werden NPO mitunter auch als zivil- bzw. bürgergesellschaftliche Organisationen oder als Nichtregierungsorganisationen (NRG bzw. Nongovernmental Organizations – NGO) bezeichnet.
2. Unter NPO werden alle diejenigen Organisationen verstanden, die weder erwerbswirt-schaftliche Unternehmen noch öffentliche Behörden der unmittelbaren Staats- und Kom-munalverwaltung sind. Zentrale Merkmale von NPO sind dabei das Gewinnausschüt-tungsverbot, die Sachzieldominanzenz, die Autonomie sowie die Beteiligung von Freiwilligen an der Leistungserstellung. Damit wird eine große Anzahl (ca. 636.000) von heterogenen Organisationen unterschiedlicher Größe (von NPO mit keinen hauptamtlichen Mitar-beitern und lediglich sieben Mitgliedern bis hin zu NPO mit 500.000 Mitarbeitern und 1.000.000 Freiwilligen) und in unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern (Gesundheit, Soziales, Sport, Kultur, Freizeit, Advocacy) unter das begriffliche Dach der NPO subsumiert.
3. NPO-Rechtsformen sind der Verein, die Stiftung, die gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung (gGmbH), die gemeinnützige Aktiengesellschaft (gAG) sowie die gemeinnützige Unternehmersgesellschaft (gUG). Mitunter werden auch die Genossen-schaften zum Dritten Sektor gezählt, was aber wissenschaftlich umstritten ist. Die Rechts-form des Vereins dominiert dabei den Sektor der NPO mit einem Anteil von ca. 95 % (knapp 604.000 Vereine).
4. NPO kann man u. a. nach Rechtsform, Größe, Tätigkeitsgebiet (Subsektor) oder Gemeinnützigkeitsstatus unterscheiden. Daneben ist auch eine Unterscheidung nach Arbeitsinhalten in Eigenleistungs- bzw. Selbsthilfe-NPO einerseits und in Fremd- bzw.

Drittleistungs-NPO andererseits sinnvoll, da sich aus dieser Unterscheidung eine andere Management-Logik und somit auch andere Probleme und Herausforderungen ergeben. Eigenleistungs- bzw. Selbsthilfe-NPO, meist in der Rechtsform des Vereins konstituiert, sind dadurch gekennzeichnet, dass deren Mitglieder die Leistungsempfänger bzw. Nutznießer sind. Bei Fremd- bzw. Drittleistungs-NPO, außer als Verein häufig auch in der Rechtsform der Stiftung oder gGmbH konstituiert, ist der Träger der NPO hingegen nicht gleich auch deren Nutznießer, denn die Leistungen der NPO werden an Dritten und/oder für Dritte erstellt.

5. Den NPO wird insgesamt eine hohe soziale, arbeitsmarktpolitische und ökonomische Bedeutung attestiert, die weiterhin zunehmend ist. Der Beitrag der NPO am Bruttoinlandsprodukt lag in 2007 bei etwa 4,1 % (89 Mrd. €). Im NPO-Sektor waren in jenem Jahr ca. 2,3 Mio. sozialversicherungspflichtige Beschäftigte (davon ca. 40 % in Teilzeit) und weitere 300.000 geringfügig Beschäftigte tätig. Allerdings sind lediglich in 19 % aller Vereine hauptamtlich Beschäftigte vorhanden. Dementsprechend gibt es eine Vielzahl an kleinen, rein auf ehrenamtlicher und freiwilliger Basis geführten NPO, deren Aufgaben und Rollen für das Gemeinwesen nicht unterschätzt werden dürfen.
6. In der Regel sehen sich NPO im Hinblick auf die Governance (im Sinne der Gestaltung eines Ordnungsrahmens für die Leitung und Überwachung der Organisationen) größeren Herausforderungen ausgesetzt, als dies im privat-erwerbswirtschaftlichen (Unternehmens-) Sektor der Fall ist. Dabei stehen die Möglichkeiten und Grenzen der Aufsichtsgremien (z. B. Stiftungsrat), die operative Leitung der NPO zu kontrollieren, im Vordergrund.
7. Verschärfte Governance-Probleme im NPO-Bereich ergeben sich daraus, dass häufig fachfremde Personen mit keiner oder wenig ausgeprägter Expertise in Aufsichts- bzw. Kontrollgremien gebeten und gewählt werden. Zudem sind diese Gremien mit Ehrenamtlichen besetzt, die diese Tätigkeit in der Regel in ihrer Freizeit (mit knappem Zeitbudget) sowie unentgeltlich durchführen. Darüber hinaus ist der Sitzungsturnus der – oftmals zahlenmäßig zu großen – Gremien häufig zu lang (im Extremfall nur einmal pro Jahr).
8. Den unter 7. angeführten Governance-Problemen könnte entgegen gewirkt werden, indem den NPO – je nach Typ, Tätigkeitsfeld, Größe und Rechtsform, also kontextabhängig – geeignete Richtlinien verpflichtend an die Hand gegeben werden, wie „Nonprofit Governance Best Practices“ hinsichtlich Sitzungsturnus sowie Gremiengröße und -zusammensetzung aussehen könnten. Zudem könnte der Gesetzgeber erstens darauf hinwirken, dass ehrenamtliche Aufsichtstätigkeiten kontextabhängig (bspw. in Abhängigkeit von der Bedeutsamkeit der NPO und der Stellung des Kandidaten im Aufsichtsgremium) monetär vergütet werden sollten (dies bspw. auch mittelbar, z. B. über Steuererleichterungen bzw. Pauschalen). Zweitens könnte die Professionalität der Aufsichts-/Kontrollorgane verbessert werden, indem konkrete Anforderungen an das Qualifikationsniveau gestellt werden bzw. ein Expertise-Nachweis der Mitglieder von Aufsichts-/Kontrollgremien erbracht werden soll.
9. Governance-Probleme ergeben sich in NPO gemäß der Prinzipal-Agenten-Theorie daraus, dass der Prinzipal (z. B. (a) Aufsichts-/Kontrollgremium in NPO mit hauptamtlich Beschäftigten oder (b) Mitglieder einer kleineren oder mittelgroßen NPO ohne

hauptamtliche Beschäftigte) gegenüber dem Agenten (z. B. (a) operative Leitung in NPO mit hauptamtlich Beschäftigten oder (b) ehrenamtlicher Vorstand einer kleineren oder mittelgroßen NPO ohne hauptamtliche Beschäftigte) über einen erheblichen Informationsnachteil bezüglich der Situation der NPO verfügt, den der Agent potenziell zu seinem eigenen Vorteil ausnutzen wird (unter der Annahme opportunistischen Verhaltens).

10. Die unter 9. aufgeführten Governance-Probleme können nur durch entsprechend aufwändige Rekrutierungs-, Kontroll- und Überwachungssysteme (Signalling, Screening und Monitoring) abgemildert werden, deren Implementierung in der Praxis jedoch häufig scheitert, nicht erwünscht oder strukturell und/oder personell erst gar nicht möglich ist.
11. Die vergleichsweise niedrigen gesetzlichen Anforderungen an die meisten NPO-Typen hinsichtlich der Rechnungslegung, der Transparenz und der Veröffentlichungspflichten führen zu einem Transparenzdefizit im NPO-Sektor.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Dominique Jakob, LL.M., Zürich

Übergreifende Aufsicht für Non-Profit-Organisationen?

1. Die Aufsicht über NPO in Deutschland ist vielschichtig. Neben die verwaltungsbehördliche Überwachung von Stiftungen tritt für alle gemeinnützigen Organisationen die Aufsicht durch die Finanzbehörden. Überdies unterliegen zahlreiche NPO internen Governance- und externen Compliance-Mechanismen. Der Rechtssicherheit und Funktionalität des Sektors wäre es zuträglich, diese staatlichen und privaten Mechanismen so zu verbinden, dass ein systematisches Ineinandergreifen ermöglicht wird.
2. Die Maßgeblichkeit des Steuerrechts für das Zivilrecht ist – rechtsvergleichend betrachtet – keine zwingende Voraussetzung für ein funktionierendes NPO-Wesen, sondern eher eine Eigenheit des deutschen Rechts. Das Gleiche gilt für die „behördenzentrierte Steuerungslogik“ des Sektors.
3. Die für Stiftungen typische Staatsaufsicht muss in ihrer überkommenen Form überdacht werden. Ihr Zweck ist der „Schutz der Stiftungen“, nicht – wie heute vielfach der Fall – der „Schutz vor Stiftungen“.
4. Die Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und Steuerhinterziehung ist nicht Sache einer NPO-Aufsicht, sondern Angelegenheit der dazu spezialgesetzlich berufenen Stellen.
5. Gegenstand einer „organisationsrechtlichen“ Aufsicht über NPO darf lediglich eine Rechtmäßigkeitskontrolle des Verhaltens der NPO-Organe sein (reine Rechtsaufsicht). Sach- und Zweckmäßigkeitfragen liegen im Autonomiebereich der jeweiligen Organisationen. Staatliche Aufsicht hat zudem subsidiär gegenüber interner Governance zu erfolgen.
6. Eine stiftungsaufsichtsbehördliche Staatsaufsicht für alle NPO ist nicht zu empfehlen, sondern ausschließlich durch die besondere Schutzbedürftigkeit der Rechtsform Stiftung gerechtfertigt.

7. Die „steuerrechtliche“ Aufsicht der Finanzbehörden überwacht das Vorliegen und die Einhaltung der Gemeinnützigkeitskriterien bei steuerbefreiten Organisationen. Das Subsidiaritätsprinzip bei der „organisationsrechtlichen“ Aufsicht sollte auch gegenüber den Finanzbehörden gelten.
8. Im Hinblick auf ihre Errichtung sollte für alle NPO ein einheitliches „Registersystem“ gelten. Sie sollten unter den gleichen Voraussetzungen in das gleiche (Handels-) Register mit gleichen Publizitätswirkungen eingetragen werden, womit sie entstehen. Das heutige „Anerkennungsverfahren“ bei Stiftungen entfällt; für Stiftungen hat als einzige Besonderheit zu gelten, dass nach ihrer Entstehung eine eigene staatliche Behörde die laufende Aufsicht übernimmt.
9. Ob eine Organisation gemeinnützig ist und die damit einhergehenden Privilegien „verdient“, ist keine Frage der Errichtung, sondern durch ein eigenständiges, steuerrechtliches Statusverfahren festzustellen. Die Zuständigkeit dafür liegt bei den Finanzbehörden. Ihre Feststellungen wirken erga omnes.
10. Alle steuerbefreiten Organisationen sollten in ein neu zu schaffendes, einheitliches „Gemeinnützigkeitsregister“ mit Publizitätswirkung aufgenommen werden, welches den Gemeinnützigkeitsstatus sowie einen vereinheitlichten Datensatz an Basisinformationen enthält, um dem Sektor größere Transparenz und Wirkung zu verleihen.
11. Die Aufsicht im NPO-Wesen ist als ganzheitliches Konzept aus externer und interner Governance zu verstehen. Es sollte akzeptiert sein, dass Checks and Balances auf drei Ebenen installiert werden können: durch den Gesetzgeber, aber auch durch die Gründer und die Handlungsorgane. Wird die Governance gestalterisch auf eine niedrigere Ebene delegiert, hat die höhere Ebene lediglich für die Überwachung der niedrigeren Ebene zu sorgen.
12. Die Errichtung interner Kontrollorgane sollte gesetzlich nicht vorgeschrieben werden. Werden sie jedoch privatautonom geschaffen, ist dies bei der Intensität staatlicher Aufsicht zu berücksichtigen. Sie tritt im Sinne des Delegationsgedankens als subsidiär zurück.
13. Ein transparenter NPO-Sektor benötigt verlässliche Tatsachenermittlung. Hierzu kann eine nicht an der Rechtsform, sondern an der Größe der jeweiligen NPO abgestufte Revisionspflicht beitragen. Noch vorrangig bedarf es jedoch eigenständiger Rechnungslegungsgrundsätze für NPO, die der Handlungslogik des Dritten Sektors entsprechen.
14. Der Rechtsschutz der Stiftungsbeteiligten bedarf in Deutschland einer Reform. Als zentraler Baustein interner Governance muss eine Stiftungsaufsichtsbeschwerde zugelassen werden, mit welcher die Aufsichtsbehörden zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet werden können. Beschwerdeberechtigt sollten Stiftungsbeteiligte sein, die im Einzelfall ein berechtigtes Kontrollinteresse haben.
15. Zur Stärkung der Finanzaufsicht bedarf es einer effektiveren Organisation und Kompetenzabgrenzung innerhalb des Finanzverfahrens. Insbesondere ist die Schaffung spezifischer Gemeinnützigkeitsstellen ratsam. Gleiches gilt für ein abgestuftes Sanktionensystem.
16. Der Privatautonomie im NPO-Sektor sollte in Deutschland insgesamt ein höherer Stellenwert eingeräumt werden. Eine ausgewogene Mischung aus Freiheit und Governance ist elementar für ein modernes NPO-Wesen.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Lars Leuschner, Osnabrück

Welche Vorkehrungen sind aus der Sicht des Wirtschaftsrechts zu treffen, um den Belangen der Mitglieder, Gläubiger und ggf. Arbeitnehmer von wirtschaftlich tätigen Non-Profit-Organisationen Rechnung zu tragen?

I. Grundlagen

1. Das Gemeinnützigkeitsrecht prägt rechtsformübergreifend die Finanzverfassung gemeinnütziger NPO, nicht aber deren Organisationsverfassung.
2. Die Auswirkungen des Gemeinnützigkeitsrechts auf den Mitglieder- und Gläubigerschutz sowie die Corporate Governance sind reflexartig und ambivalent.

II. Mitgliederschutz

3. Die wirtschaftliche Betätigung von NPO begründet unter dem Gesichtspunkt des Mitgliederschutzes keinen spezifischen Handlungsbedarf.

III. Gläubigerschutz: Allgemein

4. Die Gläubiger von NPO sind aufgrund des statutarischen Gewinnausschüttungsverbots gegenüber den Risiken wirtschaftlicher Betätigungen besser geschützt als die Gläubiger von FPO.
5. Dem NPO-spezifischen Risiko eines übermäßigen zweckkonformen Vermögensverbrauchs wird durch das rechtsformübergreifend anzuerkennende Institut der Existenzvernichtungshaftung ausreichend Rechnung getragen.
6. Mit Blick auf die normtypische Ehrenamtlichkeit der Vorstandsmitglieder des e.V. sind die bestehenden Privilegierungen bei der insolvenzrechtlichen Verantwortung (keine strenge Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen, keine Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung, keine Höchstfrist für die Insolvenzantragstellung) beizubehalten (siehe aber 15 b).
7. Es sollte klargestellt werden, dass auch die Vorstandsmitglieder von e.V. in der Insolvenz einem Zahlungsverbot (Massesicherungspflicht) im Sinne des § 92 Abs. 2 AktG unterliegen, dessen Verletzung eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB begründen kann.

IV. Gläubigerschutz: Vereinsklassenabgrenzung

8. Der Kita-Rechtsprechung des BGH folgend sollte § 21 BGB dahingehend neu formuliert werden, dass Vereine, deren Zweck nicht auf die Gewinnausschüttung zugunsten ihrer Mitglieder gerichtet ist, als e.V. eintragungsfähig sind.

9. In das FamFG oder die AO sollte eine Pflicht der Steuerbehörden aufgenommen werden, die Registergerichte über verbotene Gewinnausschüttungen gemeinnütziger e.V. zu informieren.
10. Eine materielle Verknüpfung von Vereins- und Gemeinnützigkeitsrecht, wonach der Gemeinnützigkeitsstatus die Eintragungsfähigkeit als e.V. impliziert, ist wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke der beiden Rechtsgebiete nicht zu empfehlen.

V. Arbeitnehmerschutz

11. Die sachlichen Anwendungsbereiche des DrittelbG und des MitbestG sollten um den e.V. erweitert werden.

VI. Corporate Governance

12. Die Privilegierung des § 31a BGB ist als Instrument zur Förderung des Ehrenamtes beizubehalten (siehe aber 15 c).
13. Zur Stärkung der Corporate Governance sollte geregelt werden, dass die Haftung der Vorstandsmitglieder von e.V. für grobe Fahrlässigkeit unabdingbar ist.
14. Zur Stärkung der Corporate Governance sollte auf die Durchsetzung der auf den e.V. anwendbaren §§ 238 ff. HGB und §§ 11 ff. PubliG hingewirkt werden.
15. Sonderrecht für Großvereine
 - a) Unter Orientierung an § 267 Abs. 1 HGB sollten Sonderregelungen für Großvereine geschaffen werden.
 - b) Die insolvenzrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder von Großvereinen sollte an die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften angepasst werden (strenge Haftung für masseschmälernde Zahlungen, Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung, Höchstfrist für die Insolvenzantragstellung).
 - c) Die Anwendung von § 31a BGB auf die Vorstandsmitglieder von Großvereinen sollte ausgeschlossen werden.
 - d) Für Großvereine sollte die Errichtung eines Aufsichtsrats nach dem Vorbild des AktG verpflichtend sein.
 - e) Großvereine sollten in sinngemäßer Anwendung der Regelungen der §§ 264 ff. HGB einer erweiterten Rechnungslegungspflicht, Prüfungs- und Publizitätspflicht unterliegen.
16. Die Regelung über die Konzernrechnungslegung in den §§ 290 ff. HGB sollten auf den e.V. sinngemäß Anwendung finden.

VII. Stiftung

17. Die Thesen 6–7 und 11–16 gelten für die rechtsfähige Stiftung sinngemäß.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Prof. Dr. Stephan Schauhoff, Bonn

1. Die Geschäftsführung jeder gemeinnützigen Körperschaft, unabhängig von ihrer Rechtsform, muss darauf gerichtet sein, ausschließlich die steuerbegünstigten Zwecke zu erfüllen. Dabei steht den Organen im Rahmen der Satzungsvorgabe und Organbeschlüssen ein weites Ermessen zu, mit welchen Mitteln oder Maßnahmen dieses Ziel erreicht werden soll. Das Gemeinnützigkeitsrecht hat den Entscheidungsspielraum der Organe in Bezug auf zahlreiche Detailfragen präzisiert. Pflichtgemäß handelt die Geschäftsführung, wenn die Maßnahmen geeignet und angemessen erscheinen, um die Zweckverwirklichung zu fördern, und die Geschäftsführung vernünftigerweise annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Informationen zur Förderung des Zwecks zu handeln.
2. Um die Einheitlichkeit der Auslegung derselben Rechtsbegriffe zu sichern, sollte im Vereins-, Stiftungs- und Gesellschaftsrecht auf die Vorgaben der AO zur Auslegung der Gemeinnützigkeitsbegriffe verwiesen werden.
3. Unmittelbare gemeinnützige Förderung durch eigene Aktivitäten und mittelbare gemeinnützige Förderung durch Zuwendung von Geld oder Sachmitteln zur Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke an andere Körperschaften sind gleichwertig. Entscheidend ist allein, dass die konkrete Maßnahme nach der tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung geeignet ist, den steuerbegünstigten Zweck zu fördern. Dies gilt auch für das Halten von Beteiligungen an einer gGmbH oder die verbilligte Immobilienüberlassung. Das Gemeinnützigkeitsrecht sollte durch Neufassung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und im Hinblick auf gemeinnützige Konzerne verbessert werden.
4. Das Gemeinnützigkeitsrecht gibt in den §§ 65 ff. AO für die gesamte Rechtsordnung vor, in welchen Fällen eine gemeinnützige, unternehmerische Tätigkeit der ideellen Zweckverwirklichung und nicht der Mittelbeschaffung dient.
5. Soweit in den verschiedenen Rechtsgebieten auf die Gemeinnützigkeit verwiesen wird oder umgekehrt die Abgabenordnung sozialrechtliche Vorgaben in Bezug nimmt, sollte zur Verfahrenskonzentration weitaus mehr als bislang die wechselseitige Verbindlichkeit von Verwaltungsentscheidungen vorgegeben werden.
6. Das Sanktionssystem, welches die AO für Verstöße gegen gemeinnützigkeitsrechtliche Vorgaben vorsieht, sollte grundlegend überarbeitet werden, damit die Behörden in die Lage versetzt werden, gemeinnützigkeitskonformes Verhalten anzuleiten.
7. Einheitlich sollte im Ertrag- und Umwandlungssteuerrecht der Grundsatz zur Geltung gebracht werden, dass Zuwendungen an gemeinnützige Körperschaften, mit denen sich der Zuwendende im Interesse der Allgemeinheit endgültig seines Vermögens entledigt, ohne Aufdeckung und Schlussbesteuerung der stillen Reserven durchgeführt werden können.



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