

74 ●

Deutscher Juristentag
Stuttgart 2024

Thesen

der Gutachterinnen und Gutachter sowie
der Referentinnen und Referenten

Thesen

der Gutachterinnen und Gutachter sowie
der Referentinnen und Referenten

Inhalt

Zivilrecht	5
Arbeits- und Sozialrecht	11
Strafrecht	19
Öffentliches Recht	26
Wirtschaftsrecht	42
Medienrecht	54

Zivilrecht

Effektive Zivilrechtsdurchsetzung: Zugang zur Justiz, Prozessfinanzierung, Legal Tech – Welcher rechtliche Rahmen empfiehlt sich?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Tanja Domej, Zürich

I. Zugang zur Justiz

1. Ein verbesserter Zugang zur Justiz, auch unter Beteiligung von kommerziellen Anbietern wie Legal-Tech-Unternehmen und Prozessfinanzierern, ist zu befürworten.
2. Die Justiz sollte über eine technische Ausstattung auf der Höhe der Zeit verfügen. Hierfür sind ihr ausreichende Ressourcen zur Verfügung zu stellen. Für das Funktionieren der Justiz bleibt jedoch auch eine adäquate Personalausstattung unerlässlich.
3. Ein effektiver Zugang zum Recht muss auch bei nicht skalierbaren Konflikten gewährleistet werden. Gerade dort bleibt ein niederschwelliger und erschwinglicher Zugang zu individueller menschlicher Rechtsberatung entscheidend.

II. Prozessfinanzierung

4. Bei einer Regulierung der Prozessfinanzierung sollte der Schutz von Finanzierten oder Begünstigten im Mittelpunkt stehen, die strukturell schwächeren Gruppen angehören.
5. Eine etwaige behördliche Prozessfinanzierungsaufsicht sollte nach dem Muster der Versicherungsaufsicht ausgestaltet und in deren institutionellen Rahmen eingebettet werden.
6. Eine Preiskontrolle ist zumindest zugunsten von strukturell Schwächeren zu befürworten.
7. Eine finanzquellenspezifische anlassunabhängige Pflicht zur Offenlegung der für den Prozess verfügbaren Mittel und ihrer Herkunft ist abzulehnen.
8. Die Gegenpartei sollte nur solche Verstöße gegen regulatorische Vorgaben rügen können, die sich direkt auf ihre Interessen auswirken. Mängel der Prozessfinanzierungsvereinbarung sollten weder zur Unzulässigkeit noch zur Unbegründetheit der Klage führen.

III. Legal-Tech-Klageorganisation

9. Es sollte ein neuer, vom Inkassobegriff losgelöster und nicht auf die Forderungsdurchsetzung beschränkter Erlaubnistatbestand für die Klageorganisation durch nichtanwaltliche Rechtsdienstleister geschaffen werden.
10. Die Vorgaben für die Werbung von Rechtsanwälten und nichtanwaltlichen Klageorganisatoren sollten aufeinander abgestimmt werden.
11. Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht sollte auf nichtanwaltliche Klageorganisatoren ausgedehnt werden.

12. Vorerst sollten weder die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gegenüber dem Klageorganisator und/oder Prozessfinanzierer verschärft noch die bestehenden Schranken für Klageorganisation und Prozessfinanzierung durch Rechtsanwälte aufgehoben werden. Es ist empirisch zu erheben, inwieweit personelle Verflechtungen zu Missständen führen und anschließend auf informierter Basis eine Richtungsentscheidung zu treffen.
13. Sanktionen für Verstöße gegen Vorschriften des RDG sind an deren Schutzzweck auszurichten. Ein Verstoß gegen Vorschriften, die dem Schutz der Kunden des Inkassounternehmens dienen, sollte weder zur Unwirksamkeit der Abtretungen noch zur Unzulässigkeit der Klage führen.
14. Auf detaillierte Strukturvorgaben für Schriftsätze und insbesondere auf die Notwendigkeit manueller Dateneingaben in Online-Formulare sollte verzichtet werden; es empfiehlt sich jedoch eine Umfangbeschränkung.
15. Bei informellen Pilotverfahren sind die Parteirechte angemessen zu wahren; zudem ist darauf zu achten, dass ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien nicht noch verschärft wird.
16. Ein wirklicher Effizienzgewinn bei Massenverfahren ist nicht allein durch die gemeinsame Prüfung von Vorfragen, sondern nur um den Preis von Abstrichen bei der individuellen Prüfung von Einzelforderungen erreichbar.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Daniel Halmer, Berlin

1. Die Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen sollte erlaubnisfrei sein.
2. Der gewerbsmäßige Erwerb von (Verbraucher-) Forderungen sollte erlaubnisfrei bleiben und unabhängig vom Vorliegen einer Zahlungsgestörtheit (vgl. BMF, Schrb. v. 2.12.2015 – III C 2 – S 7100/08/10010) von der Mehrwertsteuer befreit werden.
3. Spezialgesetzliche Beschränkungen betreffend Art und Höhe der Vergütung der anwaltlichen Tätigkeit (v.a. §§ 49b Abs. 1 und 2 S. 1 BRAO, 4, 4a RVG) sollten gestrichen werden.
4. Gesetzliche Beschränkungen der Prozessfinanzierung durch einen Rechtsanwalt (§ 49b Abs. 2 S. 2 BRAO) sollten gestrichen werden.
5. Das Provisionsverbot (§ 49b Abs. 2 BRAO) sollte gestrichen werden.
6. Das Fremdbesitzverbot (vgl. § 59c BRAO) sollte gestrichen werden.
7. Wenn durch Legal Tech in Gestalt des Verbraucherinkasso mehr Zivilklagen erhoben werden, so ist dies aus Sicht von Rechtsstaat und Justiz grundsätzlich zu begrüßen und zu fördern.
8. Das Erfordernis der „Urkunds-“ und Schriftform in §§ 174 S. 1, 410 Abs. 1 und 2 BGB sollte durch Textform ersetzt werden.
9. Forderungsgegner und sonstige Dritte sollten sich nicht auf die Verletzung verbraucher-schützender Normen berufen können, es sei denn der Verbraucher tut es.
10. Ein Verstoß gegen das RDG durch den Rechtsdienstleister sollte nicht zur Nichtigkeit (§ 134 BGB) der Inkassoession führen.

11. Es sollte einen individuellen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung als Videoverhandlung geben, es sei denn es sprechen im konkreten Fall (nicht gerichtsbezogene) zwingende Gründe dagegen.
12. Gerichte sollten unter bestimmten Umständen (z. B. in einem Kalenderjahr voraussichtlich mehr als 100 gleichförmige Klagen zu erwarten) verpflichtet sein, eine elektronische Datenschnittstelle zur Übermittlung von Anträgen, Sachverhalt und rechtlicher Würdigung zur allgemeinen Verwendung bereitzustellen. Die Übermittlung über die Schnittstelle ersetzt die Klage bzw. Klageerwiderung.
13. Die Anwendung von künstlicher Intelligenz ist allen Bereichen des Rechtswesens, vor allem aber im Bereich des Zivilprozesses, eine Chance, bei der bislang in weiten Teilen verpassten Digitalisierung aufzuschließen und alle im Rechtswesen tätigen Personen (nicht nur Juristinnen und Juristen) von Routinetätigkeiten zu entlasten.

Thesen zum Referat von Präsidentin des BGH Bettina Limperg, Karlsruhe

- I. Der Rückgang der Eingänge im Zivilprozess muss für eine Qualitätsoffensive der Justiz genutzt werden. Dazu ist auf Spezialisierung, Stärkung des Kollegialprinzips und fortlaufende Fortbildung Bedacht zu nehmen.
- II. Es sind jeweils in sich konsistente Verfahrenslösungen für
 1. den „klassischen“ Zivilprozess (individueller Parteiprozess),
 2. small-claim-Verfahren,
 3. Massenverfahren und
 4. wirtschaftsrechtlich bedeutende Zivilverfahren zu entwickeln.
- III. (Dafür) bedarf der Zivilprozess einer grundlegenden Überarbeitung:
 1. Dispositionsgrundsatz, Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz bleiben Richtschnur für den „klassischen Zivilprozess“. Diese Grundsätze werden für die weiteren Verfahrensarten sachgerecht angepasst.
 2. Vorteile der Digitalisierung sind konsequent zu nutzen und die Justiz entsprechend angemessen und fortlaufend modernisiert technisch und personell auszustatten. Der Einsatz von KI ist zur Richter-„Assistenz“ vorzusehen.
 3. Eine einheitliche Kommunikationsplattform (verbindlich für professionelle Beteiligte) wird entwickelt.
 4. Ein einheitliches Justizportal als zentrale Anlaufstelle für Bürgerinnen und Bürger erleichtert den Zugang zu Gericht und gibt erste Informationen.
 5. Mit Ausnahme der small-claim-Verfahren, für die eine weitgehende digitale Bearbeitung vorgesehen werden soll, sollen Instrumente der Strukturierung verbindlich angeboten und konsequent eingefordert werden. Ein umfassend vorbereiteter Termin zur Strukturierung und Erörterung soll in der Regel nach Klagebegründung und Erwiderung zeitnah anberaumt werden. Dieser kann auch digital stattfinden.

6. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist insbesondere für rein digitale Verfahren sachgerecht weiterzuentwickeln. Ein offenes Streaming ist nicht statthaft.
7. Ein Leitentscheidungsverfahren ist zur Bündelung von Fragen grundsätzlicher Bedeutung oder der Fortentwicklung des Rechts einzuführen. Es kann in geeigneten Fällen die Beteiligung von Verbandsvertretern statt der ursprünglichen Parteien vorsehen. Es soll in Massenverfahren zugleich die Instanzgerichte entlasten. Eine Aussetzung der betreffenden Verfahren vor den Instanzgerichten ist nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts anzuordnen. Einer Zustimmung der Parteien bedarf es nicht.

Thesen zum Referat von Rechtsanwältin Dr. Martina de Lind van Wijngaarden, Frankfurt a. M.

Masseverfahren

1. In Masseverfahren darf das Streben nach Effizienzgewinnen nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen.
2. Abstriche bei der individuellen Prüfung von Einzelforderungen in Masseverfahren gehen einseitig zu Lasten der beklagten Partei und müssen unterbleiben (entgegen Domej, These Nr. 16).
3. Effizienzbemühungen dürfen nicht dazu führen, dass Gerichte einen Schaden annehmen und der Höhe nach schätzen, wenn die Existenz eines konkreten Schadens nicht nachgewiesen ist.
4. Effizienzbemühungen dürfen nicht dazu führen, dass Gerichte auf einen Erfahrungssatz zurückgreifen, wenn der Nachweis der konkreten Kausalität der behaupteten Pflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden im Einzelfall erforderlich ist.
5. Improvisierte Sammelklagen, in denen aus abgetretenem Recht eine Vielzahl von Ansprüchen gebündelt geltend gemacht werden, sind nicht justiziabel und sollten für unzulässig erklärt werden.
6. Jedenfalls sollte keine Möglichkeit geschaffen werden, die Beklagte in einem improvisierten Sammelverfahren analog § 19 VDuG zur Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrags zu verurteilen (entgegen Gutachten Domej, S. 84).
7. Rechtsschutzversicherer sollten die Deckung für Einzelklagen von Verbrauchern verweigern dürfen, wenn letztere ihre Ansprüche zu einer Abhilfeklage anmelden könnten.

Musterfeststellungs- und Abhilfeklagen

8. Bei der Schätzung der Höhe des kollektiven Gesamtbetrags in einem Abhilfeurteil (§ 19 VDuG) sollten Gerichte zurückhaltend und mit Augenmaß vorgehen.
9. Beklagte in einem Musterfeststellungs- oder Abhilfeverfahren sollten ein ausdrückliches Recht auf widerklagende Feststellungen zur Klärung wesentlicher Sach- und Rechtsfragen haben.

10. Die Anordnung der Offenlegung von Beweismitteln sollten Gerichte nur äußerst restriktiv handhaben.
11. Das Merkmal der Gleichartigkeit der Ansprüche sollte eng ausgelegt werden, damit Musterfeststellungs- bzw. Abhilfeverfahren effizient geführt werden können und keine unzulässige Verlagerung von richterlichen Aufgaben auf den Sachwalter erfolgt.

Prozessfinanzierung und Kostenersatz

12. Regelungen zur Prozessfinanzierung sollten die Interessen aller Prozessbeteiligten berücksichtigen (entgegen Gutachten Domej, S. 20, die den Schutz der finanzierten Partei in den Mittelpunkt stellen will).
13. Der Umstand, dass eine Partei von einem Prozessfinanzierer finanziert wird, sollte offenlegt werden müssen.
14. Es sollte geregelt werden, dass das Gericht Kostenbeschlüsse gegen den Prozessfinanzierer und gegen die finanzierte Partei als Gesamtschuldner festsetzen kann.
15. Es sollte geregelt werden, dass für die Frage der Ausländersicherheit gemäß § 110 ZPO nicht nur auf den Wohnsitz des Klägers, sondern auch auf den Sitz des Prozessfinanzierers abzustellen ist.
16. Wenn improvisierte Sammelklagen, in denen aus abgetretenen Recht eine Vielzahl von Ansprüchen gebündelt geltend gemacht werden, nicht für unzulässig erklärt werden, sollte geregelt werden, dass die Klagevehikel über eine ausreichende Kapitalausstattung für den Kostenersatz verfügen müssen.
17. Kann das Klagevehikel einer improvisierten Sammelklage nicht die Fähigkeit zur Tragung der Prozesskosten nachweisen, sollte dies zur Unzulässigkeit der Klage führen.
18. Für einen gemeinnützigen Prozessfinanzierungsfonds mit staatlicher Anschubfinanzierung besteht kein Bedürfnis (entgegen Gutachten Domej, S. 48f.).

Thesen zum Referat von Vors. Richter am LG Dr. Thomas Mehring, Stuttgart

1. Massenverfahren können nicht allein durch bessere Personalausstattung der Gerichte bewältigt werden, sondern erfordern neue prozessrechtliche Instrumente.
2. Die praktische Unmöglichkeit, in massenhaften Individualprozessen zu komplexen Sachverhalten Beweis zu erheben, führt zu einem Qualitätsverlust der Rechtspflege.
3. Beweisaufnahmen in Massenverfahren sind praktisch nur leistbar, wenn sich die Beweisaufnahme auf einzelne Verfahren beschränkt.
4. Das Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz lässt keine spürbare Verringerung der Verfahrenszahl bei Massenergebnissen erwarten.
5. Damit eine Verbandsklage tatsächlich massenhafte Einzelklagen in spürbarem Umfang ersetzen kann, muss die Rechtskraft der Entscheidung über eine Verbandsklage nur zu Gunsten, nicht aber zu Ungunsten der Verbraucher wirken, die Ansprüche angemeldet haben.

6. Um Beweisaufnahmen in Massenverfahren praktisch leistbar zu machen, ist die Verwertung der Ergebnisse von Beweisaufnahmen aus Parallelverfahren zu erleichtern.
7. Das Recht, die mündliche Anhörung des Sachverständigen nach Erstattung eines schriftlichen Gutachtens zu verlangen, sollte davon abhängig gemacht werden, dass konkrete Fragestellungen oder Einwendungen gegen das schriftliche Gutachten vorgebracht werden.
8. Ziffer 7 gilt auch bei der Verwertung eines Gutachtens aus einem anderen Verfahren nach § 411a ZPO.
9. Ist ein Zeuge bereits in einem anderen Verfahren richterlich vernommen worden, sollte die unmittelbare Einvernahme zum selben Beweisthema nur dann verlangt werden können, wenn entweder ergänzende Fragestellungen oder Einwendungen gegen die Glaubhaftigkeit der bisherigen Angaben dargetan werden.
10. Die vorstehend bezeichneten Erleichterungen, Beweisergebnisse aus anderen Verfahren zu verwerten, reichen nicht aus, um in Massenverfahren komplexe Beweisaufnahmen zu ermöglichen.
11. Es sollte ein Rechtsinstitut einer Musterbeweisaufnahme geschaffen werden, indem die Beweisaufnahme zu gleichlautenden Fragestellungen nur in einem oder einzelnen Musterverfahren erfolgt, während Parallelverfahren ausgesetzt werden können.
12. Durch die Aussetzung sollten die Parteien der ausgesetzten Verfahren in dem Verfahren der Musterbeweisaufnahme die Stellung eines Nebenintervenienten erhalten (§ 67 ZPO).
13. Auch die Bindungswirkung der gerichtlichen Tatsachenfeststellung im Verfahren der Musterbeweisaufnahme sollte den Regeln über die Nebenintervention folgen (§ 68 ZPO).
14. Die Kosten der Musterbeweisaufnahme sollten anteilig sämtlichen Verfahren zugeordnet werden, die im Hinblick auf die Musterbeweisaufnahme ausgesetzt worden sind (entsprechend § 101 Abs. 2, § 100 ZPO).
15. Bei Massenereignissen sollte eine stärkere materiell-rechtliche Pauschalierung der Anspruchshöhe angestrebt werden.
16. Abstrakte gesetzgeberische Vorgaben für die Strukturierung von Parteivortrag sind zur Bewältigung von Massenverfahren nicht erfolgversprechend.
17. Auch gerichtliche Anordnungen zur Strukturierung des Vortrags lösen das Problem nicht.
18. Werden Schriftsätze durch Zusammenfügung von Textbausteinen und individuellen Daten gefertigt, sollten die Parteien verpflichtet werden können, die Bestandteile gesondert vorzulegen.

Arbeits- und Sozialrecht

Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehlt sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln

1. Eine Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs aller arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen (einheitlicher Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriff) ist nicht empfehlenswert. Die unterschiedlichen Regelungsgegenstände und Schutzbedürfnisse erfordern differenzierte persönliche Geltungsbereiche.
2. Den Tarifvertrags- und Betriebsparteien fallen zentrale Aufgaben bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen zu. Ihre Rolle sollte gestärkt werden.
3. Tarifdispositive Gesetze sollten stets auch für entsprechende Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen kirchlicher Arbeitgeber sowie für Richtlinien der Sprecherausschüsse geöffnet werden. Wo Betriebsvereinbarungen zugelassen werden, sollten auch personalvertretungsrechtliche und kirchliche Dienstvereinbarungen möglich sein.
4. Tarifdispositiv sollten gestaltet werden:
 - a) Formvorschriften des NachwG, BEEG, PflegeZG, FPfZG, TzBfG. Die Tarifvertragsparteien sollten jedenfalls Textform genügen lassen können;
 - b) das ArbZG in den durch das Unionsrecht gezogenen Grenzen;
 - c) Rechtsansprüche auf Teilzeitarbeit einschließlich der jeweiligen Form- und Fristregelungen;
 - d) die Schutzvorschriften der §§ 164, 165 und 167 SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen und ihnen Gleichgestellter;
 - e) das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse einschließlich der Rechtsfolgen einer unwirksamen Befristung.
5. Gegenüber Betriebsvereinbarungen könnten geöffnet werden:
 - a) Formvorschriften des NachwG, BEEG, PflegeZG, FPfZG, § 8 TzBfG. Die Betriebsparteien sollten jedenfalls Textform genügen lassen können;
 - b) Rechtsansprüche auf Teilzeitarbeit einschließlich der jeweiligen Form- und Fristregelungen;
 - c) die Schutzvorschriften der §§ 164, 165 und 167 SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen und ihnen Gleichgestellter.
6. In Arbeitsverträgen mit weit überdurchschnittlich verdienenden Arbeitnehmern (Dreifache der Bezugsgröße oder Doppelte der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung) sollte es möglich sein,
 - a) die voraussetzungslosen Teilzeitanprüche (§§ 8, 9a TzBfG) abzubedingen,
 - b) den allgemeinen Kündigungsschutz abzubedingen, wenn der Arbeitgeber sich zugleich zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 12, für ältere Arbeitnehmer 18 Monatsverdienste verpflichtet.

7. Die Tarifvertragsparteien sollten darüber hinaus die Möglichkeit erhalten, das Wahlrecht und die Wählbarkeit zum Betriebsrat sowie den personellen Anwendungsbereich der Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu erweitern, um branchentypisches Fremdpersonal zielgenau erfassen zu können.
8. Die Tarifvertragsparteien sollten schließlich das Recht haben, Streitigkeiten über die Auslegung von Tarifrecht (z. B. Eingruppierung, Streitigkeiten über tarifliche Zuschläge oder tarifliche Arbeitszeiten) tariflichen Schiedsgerichten zu überantworten.
9. Der Versicherungsschutz in der Sozialversicherung sollte idealtypisch so ausgestaltet sein, dass seine Entgeltersatzleistungen hinter dem erzielten Arbeitsentgelt zurückbleiben (Lohnabstandsgebot), zugleich aber deutlich über dem Niveau der Grundsicherung (Bürgergeld, Sozialhilfe) liegen.
10. Das „Hamburger Modell“, Beamten die Wahl der gesetzlichen Krankenversicherung zu eröffnen, verschiebt den Solidarausgleich systemwidrig von den Steuer- auf die Beitragszahler. Es sollte abgeschafft werden.
11. Die Regeln über die geringfügige Beschäftigung sollten modifiziert werden: Der Beitragsanteil des Arbeitgebers zur gesetzlichen Rentenversicherung sollte auf 17 % (in Privathaushalten auf 7 %) erhöht werden, im Gegenzug die 2 %-Pauschalsteuer entfallen. Die Möglichkeit, sich in der gesetzlichen Rentenversicherung von der Versicherungspflicht befreien zu lassen, sollte auf Beschäftigte in Privathaushalten beschränkt werden.¹
12. Selbstständige sollten verpflichtet sein, private Vorsorge gegen die Risiken Alter und Berufsunfähigkeit zu treffen. Diese muss insolvenz- und pfändungssicher sein und zu einer Absicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus führen. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, werden sie gesetzlich rentenversichert.²
13. Beschäftigte mit einem Arbeitsentgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung sollten die Möglichkeit des „Opt-out“ zugunsten einer gleichwertigen privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge haben.
14. Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob eine „Arbeitslosenversicherung“ für (Solo-)Selbstständige eingeführt und wie diese ausgestaltet werden kann. Eine Quersubventionierung der Risiken Selbstständiger durch die Beiträge der pflichtversicherten Beschäftigten ist zu vermeiden.
15. Das Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) sollte einer neutralen Clearingstelle übertragen werden, die neben dem Erwerbstätigen, seinem Auftrag-/Arbeitgeber und der Deutschen Rentenversicherung auch den vom (Schein-)Selbstständigen gewählten privaten Träger der Alters- und Invaliditätsvorsorge zu beteiligen hat.
16. Eine rechtswegübergreifende Entscheidung über den Status als Arbeitnehmer und Beschäftigter ist wegen der unterschiedlichen materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen nicht zu empfehlen.
17. Stellt ein Gericht der Arbeitsgerichtsbarkeit rechtskräftig fest, dass ein Erwerbstätiger Arbeitnehmer ist, sollte es hierüber von Amts wegen den Zoll als die für die Kontrolle des

1 Vgl. bereits 73. dJt Bonn 2022, Abt. B, Beschluss 13.

2 Vgl. bereits 73. dJt Bonn 2022, Abt. B, Beschlüsse 10 und 11.

MiLoG zuständige Behörde und die Deutsche Rentenversicherung benachrichtigen. Stellt ein Gericht der Sozialgerichtsbarkeit rechtskräftig fest, dass ein Erwerbstätiger Beschäftigter ist, sollte es hierüber von Amts wegen den Zoll benachrichtigen.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Annuß, LL.M., München/Regensburg

1. Weder der „klassische“ und in § 611a BGB gesetzlich anerkannte deutsche Arbeitnehmerbegriff noch der autonome Arbeitnehmerbegriff des EU-Rechts oder ein anderer einheitlicher Arbeitnehmerbegriff ist geeignet, den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts sinnvoll abzugrenzen.
2. Die Reichweite der Arbeitsrechtsordnung liegt der gesetzlichen Regulierung nicht voraus, sondern ergibt sich als ihre Resultante. Für eine erfolversprechende rechtspolitische Diskussion ist deshalb unabhängig vom bestehenden Rechtsrahmen zunächst zu fragen: Wen soll das Arbeitsrecht warum und in welcher Weise erfassen?
3. Der rechtspolitische Diskurs zur Neuordnung der arbeitsrechtlichen Regulierung hat zwei Ebenen. Auf der ersten Ebene ist das materielle Regelungsanliegen zu bestimmen und gegen konfligierende Regelungsinteressen abzugrenzen („Wertsetzungsebene“), um auf der zweiten Ebene die zu dessen Realisierung erforderlichen Regelungen zu erarbeiten und dabei auch deren Anwendungsbereiche festzulegen („Ausführungsebene“). Demgemäß haben die auf der Wertsetzungsebene getroffenen Festlegungen rahmensetzende Bedeutung für den Anwendungsbereich der auf der Ausführungsebene entwickelten konkreten Regelungen.
4. Der aktuelle arbeitsrechtspolitische Diskurs in Deutschland bewegt sich im Wesentlichen auf der Ausführungsebene und nimmt nicht genügend zur Kenntnis, dass die gesellschaftliche Entwicklung zu wesentlich veränderten Regelungsanliegen geführt hat, denen durch die bestehende Rechtsordnung nicht ausreichend entsprochen wird. Sie ist damit durch einen Ausfall des Politischen gekennzeichnet. Bevor Einzelfragen der Ausführungsebene in den Blick genommen werden (etwa: Differenzierung des Anwendungsbereichs nach Branchen oder Vergütungshöhe), sollte daher zunächst innerhalb eines weiten Diskursrahmens überprüft werden, inwieweit das mit einem Regelungskomplex verfolgte materielle Regelungsanliegen den aktuellen gesellschaftlichen Regelungsvorstellungen entspricht.
5. Auf der Wertsetzungsebene sollte anstelle des für die Ausgestaltung der geltenden Arbeitsrechtsordnung prägenden paternalistischen Grundverständnisses, das arbeitsrechtliche Regulierung im Wesentlichen als bloße Schutz- und Freiheitsgewährleistung zugunsten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber versteht, eine freiheitlich-egalitäre Betrachtungsweise etabliert werden, die das Arbeitsrecht als eine richtige Ordnung der Rechtsbeziehungen unter freien und gleichen Privatrechtssubjekten auffasst. Dies schließt eine normative Steuerung zur Erreichung von Verteilungs- und Leistungsgerechtigkeit nicht aus.

6. Auf der Ausführungsebene ist für die typisierende Abgrenzung der Normanwendungsbereiche sorgfältig nach den materiellen Regelungsbedürfnissen zu unterscheiden. Insbesondere erscheint der sowohl durch die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation als auch durch persönliche Abhängigkeit geprägte „klassische“ Arbeitnehmerbegriff als zu grob; er führt zu inkonsistenten Ergebnissen, wenn er zur Rechtfertigung für die spezifische Regelung von Sachverhalten herangezogen wird, bei denen nur eines (oder sogar keines) dieser Merkmale gegeben ist.
7. Das bestehende deutsche Kündigungsschutzmodell ist mit zentralen Leitvorstellungen unserer heutigen verfassten Gesellschaft unvereinbar. Es widerspricht insbesondere dem gesellschaftlichen Leitbild einer optimistischen und freiheitlich-egalitären Bürgergesellschaft, die in eine internationale Wettbewerbsordnung eingebunden ist und den einzelnen zu einer selbstbestimmten Teilhabe am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungsprozess ertüchtigen will.
8. Der „klassische“ Arbeitnehmerbegriff ist kein geeignetes Kriterium für die Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs eines allgemeinen Kündigungsschutzgesetzes. Hinsichtlich der materiellen Begründung von Kündigungsschutz bestehen keine relevanten Unterschiede zwischen einem „klassischen“ Arbeitsverhältnis sowie sonstigen Dienst- und Werkverträgen, aufgrund derer der Auftragnehmer zu persönlicher Leistungserbringung verpflichtet ist.
9. Eine sinnvolle Neukonzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes könnte darin liegen, dass der gegenwärtige rigide Statusschutz durch einen abfindungsbasierten Flankenschutz ersetzt (Wertsetzungsebene) und auf alle Vertragsverhältnisse erstreckt wird, die einen Vertragspartner zu persönlicher Leistungserbringung im Umfang von durchschnittlich mindestens zehn Stunden wöchentlich verpflichten und mehr als sechs Monate bestehen (Ausführungsebene).
10. Es bedarf einer grundsätzlichen Neuausrichtung des Arbeitszeitrechts. Auf der Wertsetzungsebene sollte Einigkeit darüber erzielt werden, dass heteronome Arbeitszeitbegrenzungen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen oder überwiegender Interessen von Drittbetroffenen plausibel begründbar sind, während ein paternalistischer Schutz des Arbeitenden vor „zeitlicher Selbstaufopferung“ grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist, so dass es insoweit nicht um eine heteronome Begrenzung der Arbeitszeit, sondern nur um eine Sicherung der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen gehen kann. Die wesentliche politische Aufgabe liegt insoweit in der Entscheidung, welche öffentlichen Interessen und Drittinteressen ausreichend gewichtig sind, um eine heteronome Arbeitszeitbeschränkung zu rechtfertigen.
11. Ein freiheitlich-egalitär konstruiertes Arbeitsrecht fordert auf der Wertsetzungsebene eine stärkere Ausrichtung des Betriebsverfassungsrechts auf eine gleichberechtigte Teilhabe der in die fremdbestimmte Unternehmensorganisation einbezogenen oder vom Unternehmen persönlich abhängigen Personen. Hierzu sollte auf der Ausführungsebene für die Bestimmung des Anwendungsbereichs die Unterscheidung von leitenden Angestellten und anderen Arbeitnehmern aufgegeben und eine Beteiligung der Arbeitendenvertreter bereits ab dem Beginn unternehmerischer Planungen bzw. Vorüberlegungen vorgesehen werden.

12. Eine optimistische und freiheitlich-egalitäre Bürgergesellschaft sollte einer Stigmatisierung durch Arbeitsplatzverlust entgegenwirken sowie Arbeitsplatz- und Berufswechsel als selbstverständliche Elemente eines gelingenden Berufslebens verstehen. Zu diesem Zweck sollten Hürden für einen Wechsel der Berufsausübungsformen möglichst beseitigt werden, wofür die Fortentwicklung der Sozialversicherung in Richtung einer Erwerbstätigenversicherung unter besonderer Betonung des Weiterbildungsaspekts wünschenswert ist.

Thesen zum Referat von RichterIn am BSG Barbara Geiger, Kassel

I. Geschützter Personenkreis im Sozialversicherungsrecht

1. Der Kreis der Versicherungspflichtigen sollte in allen Zweigen der Sozialversicherung systematisiert und möglichst vereinheitlicht werden. Der Gesetzgeber sollte die anstehenden Reformen zur Vereinfachung und zur Beseitigung systematischer Verwerfungen wie etwa Ausnahmen von der Beitragspflicht für einzelne Berufsgruppen nutzen.
2. Vor dem Hintergrund der Schutzzwecke der Sozialversicherung und der weitreichenden Veränderungen in der Arbeitswelt ist eine Altersvorsorgepflicht für Selbstständige zügig umzusetzen. Eine mögliche Ausgestaltung ist die derzeit geplante und vom 73. Deutschen Juristentag empfohlene Einbeziehung neuer Selbstständiger ohne anderweitige obligatorische Altersabsicherung in die gesetzliche Rentenversicherung mit Befreiungsmöglichkeiten.
3. Eine Umgestaltung der Systeme der sozialen Sicherung unter Einbeziehung Selbstständiger im Wege einer Sozialversicherungspflicht macht die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit nicht hinfällig. Der Gesetzgeber sollte mit der Einbeziehung aber prüfen, inwieweit für die betroffene Personengruppe auf die Abgrenzung verzichtet werden und Auftraggebern und Auftragnehmern eine Wahlfreiheit hinsichtlich des Erwerbsstatus des Auftragnehmers zugebilligt werden kann.
4. Soweit Arbeitnehmerrechte – etwa der Kündigungsschutz – zur Disposition der Arbeits-, Betriebs- oder Tarifvertragsparteien gestellt werden, sind die Auswirkungen insbesondere auf Lohnersatzleistungen der Sozialversicherung wie das Arbeitslosengeld zu beachten und gegebenenfalls anzupassen.

II. Abgrenzung zwischen Beschäftigten und Selbstständigen

5. Zwischen dem sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff und dem Begriff des Arbeitsverhältnisses besteht nach geltendem Recht weitgehend Übereinstimmung. Das in Grenzbereichen unterschiedliche Begriffsverständnis ist angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke nicht nur hinzunehmen, sondern geboten.
6. Eine Beschäftigung liegt grundsätzlich vor, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht, setzt dies aber nicht voraus. Die sozialrechtliche Beurteilung als Beschäftigungsverhältnis ist nicht voreigentlich für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

7. Eine Einbeziehung Selbstständiger in die gesetzliche Rentenversicherung wird die Interessenlage der Parteien von Auftragsverhältnissen verändern und sich auf die Vertragsgestaltung auswirken. Dies ist bei der Abgrenzung des Typus Beschäftigung zu berücksichtigen und es sind schnell klare Kriterien hierzu zu entwickeln.
8. Feste Vermutungskriterien für das Vorliegen von Beschäftigung oder Selbstständigkeit haben sich im Sozialversicherungsrecht nicht bewährt. Sie sind anfällig für Umgehungsversuche und erfordern eine ständige Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Kriterien.

III. Rechtssicherheit und Verfahrensfragen

9. Die Indienstnahme von Arbeitgebern für die Zwecke der Sozialversicherung ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn sie angemessen und zumutbar ist und diese nicht strukturell überfordert. Sie und ihre Auftragnehmer haben ein legitimes Interesse daran, den Erwerbsstatus rechtssicher in einem zügigen und möglichst unbürokratischen Statusfeststellungsverfahren klären zu lassen.
10. Mit der Einbeziehung von neuen Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung sollte die betroffene Personengruppe für die Dauer des Schwebezustands während des Anfrageverfahrens eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich ihres Erwerbsstatus (ähnlich dem heutigen Beitragsprivileg in § 7a Abs. 5 SGB IV) erhalten.
11. Das sogenannte Hybridmodell, bei dem sozialrechtlich von einem Beschäftigungsverhältnis, arbeitsrechtlich von einem freien Dienstvertrag und steuerrechtlich von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen wird, sollte im Sinne einer gesetzlichen Klarstellung abgesichert werden.
12. Das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV sollte auch im Falle der Einbeziehung von neuen Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung bei der Clearingstelle der DRV Bund verbleiben.
13. Die Folgen rückwirkender Feststellungen von Versicherungs- und Beitragspflicht für Arbeitgeber sollten abgemildert werden, sofern Beiträge nicht vorsätzlich vorenthalten wurden. Zu diesem Zweck könnten etwa die Regelverjährungsfrist für Beitragsnachforderungen auf zwei Jahre verkürzt und spiegelbildlich hierzu der Turnus insbesondere für Betriebsprüfungen entsprechend angepasst werden.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Eva Kocher, Frankfurt (Oder)

1. Die Anwendungsbereiche des Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts sollten unabhängig voneinander bestimmt werden. Das Arbeitsverhältnis dient dabei als gemeinsamer zentraler Bezug.
2. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts sollte so weit wie möglich durch einen einheitlichen Begriff des Arbeitsvertrags bestimmt werden. Die Bestimmung eines solchen Status ist unerlässlich für Rechtssicherheit und Rechtsverwirklichung.

3. Der typologische Begriff des Arbeitsvertrags nach § 611a BGB ist grundsätzlich gut geeignet als Statusbegriff des Arbeitsrechts. Die abstrakten Merkmale der persönlichen Abhängigkeit und Fremdbestimmung benennen in angemessener Weise die wichtigste Zielsetzung des Arbeitsrechts: auf die Schutzbedürftigkeit zu reagieren, die sich durch den Autonomieverlust in der durch einen anderen gestalteten Organisation ergibt.
4. Der gesetzliche Begriff des Arbeitsvertrags bedarf einer kontinuierlichen Reflektion und Nachjustierung, um den Schutzzwecken auch angesichts grundlegender sozialer und ökonomischer Entwicklungen gerecht werden zu können. Dabei sind aktuell insbesondere neue Betriebs- und Organisationsformen im Blick zu behalten, wie sie durch Digitalisierung ermöglicht werden.
5. Der typologische Begriff ermöglicht durch die Gesamtbetrachtung von Indikatoren eine angemessene Einordnung auch neuer Geschäftsmodelle und Organisationsformen. Für digitale Arbeitsplattformen ist dies dem BAG insbesondere in der „Crowdworker“-Entscheidung vom 1.12.2020 (9 AZR 102/20) gut gelungen.
6. Der Gesetzgeber sollte für die Umsetzung der EU-Plattform-Richtlinie am Regelungsmodell des § 611a BGB ansetzen, indem er spezialgesetzlich Indikatoren konkretisiert, die in der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen sind.
7. Die vom EU-Gesetzgeber in der Plattform-Richtlinie verlangte Vermutungsregelung sollte so umgesetzt werden, dass die Merkmale, die nach der Richtlinie den Begriff der Arbeitsplattform bestimmen, als Indikatoren dienen. Anders als im Fall von Regelbeispielen können als Indikatoren auch Tatsachen benannt werden, die für sich genommen den Tatbestand des § 611a BGB nicht erfüllen könnten.
8. Eine vergleichbare spezialgesetzliche Konkretisierung kommt auch für Praktika (vgl. KOM(2024)132) sowie für die Live-In-Beschäftigung in Betracht.
9. Um den Anforderungen zu genügen, die in der EU-Plattform-Richtlinie für arbeitsrechtliche Statusverfahren verlangt werden, sollte § 2a Abs. 1 ArbGG so erweitert werden, dass er das arbeitsrechtliche Statusverfahren erfasst (vgl. Gräf, ZFA 2023, 248 f.).
10. Der unionsautonome Arbeitnehmerbegriff prägt das deutsche Arbeitsrecht bereits heute in intransparenter Art und Weise. Soweit Normen des deutschen Arbeitsrechts Unionsrecht umsetzen, dessen Anwendungsbereich unionsautonom bestimmt wird, sollte der Arbeitnehmerbegriff der EuGH-Rechtsprechung gesetzlich festgeschrieben werden. Fremd- und nicht beherrschende Gesellschafter-Geschäftsführer von GmbHs sowie Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften sollten explizit erfasst werden.
11. Da die verfahrensrechtliche Durchsetzung des Unionsrechts dem Äquivalenzgrundsatz zu genügen hat, sollte § 5 Abs. 1 ArbGG auch die Fremd- und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer von GmbHs sowie vergleichbare Beschäftigte erfassen (Sagan, NZA Beilage 3/2023, 58).
12. Der EuGH sowie die EU-Gesetzgebung haben durch die Verwendung einer doppelten Verweisung beim Arbeitnehmerbegriff („Hybrid-Formel“) Unsicherheit in der Anwendung mitgliedstaatlicher Arbeitnehmerbegriffe geschaffen, soweit diese den Anwendungsbereich unionsrechtlich geprägter Normen bestimmen. Damit werden im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts insbesondere solche mitgliedstaatlichen Rege-

lungen problematisch, die konkrete Gruppen von Personen vom Anwendungsbereich des Arbeitsrechts ausnehmen. Insbesondere die Herausnahme von Fremd- und nicht beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern bzw. ähnlicher Vorstandsmitglieder juristischer Personen aus dem arbeitsrechtlichen Schutz sollte deshalb grundsätzlich hinterfragt werden. Es spricht viel dafür, sie allgemein in § 61a BGB zu erfassen und Ausnahmen spezialgesetzlich zu regeln.

13. Ein einheitlicher Status des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin steht speziellen Regelungen für einzelne Regelungsgegenstände und spezifische Schutzbedürfnisse nicht entgegen. Diese müssen den Gleichbehandlungssätzen des deutschen Rechts (Art. 3 GG) sowie des Unionsrechts (Art. 20 EU-GRC) gerecht werden. Abweichungen müssen insofern im Hinblick auf die Zwecksetzung der Regel, von der abgewichen wird, sachlich begründet sein.
14. Maßstab für die Gleichbehandlung einzelner Gruppen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ist das organisatorische Modell, das dem § 61a BGB zugrunde liegt. Mit Blick auf § 61a BGB müssen Abweichungen also durch die organisatorische Form der Arbeit begründet sein.
15. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und unionsrechtliche Anforderungen sind auch zu beachten, wo es um die (Nicht-)Anwendung arbeitsrechtlicher Standards jenseits des Arbeitsvertrags geht. So lässt sich die Ausnahme vom MiLoG, die § 221 Abs. 2 SGB IX nahelegt, mit dem besonderen Charakter des „arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses“ behinderter Menschen im Arbeitsbereich anerkannter Werkstätten nur für solche Fälle rechtfertigen, in denen die Arbeitnehmerähnlichkeit vollständig hinter den Rehabilitationszweck zurücktritt.
16. Die Vergütungshöhe ist kein geeigneter Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Anwendungsbereiche arbeitsrechtlicher Normen. Sie lässt sich nicht hinreichend einzelfallsensibel und gleichbehandlungskonform ausgestalten.
17. Den Tarifvertrags- und Betriebsparteien fallen zentrale Aufgaben bei der Gestaltung der Arbeitsbeziehungen zu. Ihre Organisationsfähigkeit sollte gestärkt werden.
18. Tarifdispositivität ist kein geeignetes Instrument zur Stärkung der Tarifautonomie. Soweit sie echte Anreize zur Tarifbindung schafft, drohen diese in Fehlanreize umzuschlagen.
19. Regelungen, die das Austauschverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien unmittelbar gestalten, sollten nicht tarifdispositiv gestaltet werden. Dies gilt insbesondere für Regelungen, die unmittelbar die Entgelthöhe bestimmen, Regelungen zum Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen und zur Höchstdauer der Arbeitszeit.
20. Für die tarifdispositive Gestaltung eignen sich insbesondere Ordnungsvorschriften und Regelungen, welche die Ausübung arbeitsrechtlicher Ansprüche modifizieren. Solche Regelungen sollten typischerweise branchenspezifisch ausdifferenziert werden.

Strafrecht

Beschlagnahme und Auswertung von Handys, Laptops & Co. – Sind beim offenen Zugriff auf Datenträger die Persönlichkeitsrechte angemessen geschützt?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Trier

1. Das Beschlagnahmeregime und die Regelungen zur Durchsicht sind in Bezug auf den Zugriff auf komplexe IT-Geräte (Smartphones, Personal Computern, Laptops, Tablet-PC und ähnliche datenintensive Gerätschaften) als unterreguliert anzusehen.
2. Zur Schließung rechtsstaatlicher Regelungs- und Schutzdefizite sollte sowohl für die Beschlagnahme als auch für die Durchsicht komplexer IT-Geräte ein Sonderrechtsregime, vergleichbar mit den Regelungen zur Postbeschlagnahme (§§ 99 f. StPO), geschaffen werden.
3. Die Voraussetzungen für einen Zugriff auf komplexe IT-Geräte mittels Beschlagnahme sind insbesondere mit Blick auf den Eingriff in den Schutzbereich des IT-Grundrechts derzeit zu niedrigschwellig. Die Eingriffsanforderungen sollten in inhaltlicher und verfahrensrechtlicher Hinsicht erhöht werden, um der Intensität des Eingriffs in die Grundrechte des Betroffenen gerecht zu werden.
4. Zur Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten und Bagatelldelikten sollte der Zugriff auf komplexe IT-Geräte und ihren Datenbestand im Wege der Beschlagnahme ausgeschlossen sein. Eine Ausnahme sollte für Cyberdelikten (im weiten Sinne) vorgesehen werden.
5. Zur Aufklärung von Delikten unterhalb mittlerer Kriminalität sollte der Zugriff auf komplexe IT-Geräte und ihren Datenbestand im Wege der Beschlagnahme ausgeschlossen sein. Eine Ausnahme sollte für Cyberdelikten (im weiten Sinne) vorgesehen werden.
6. Zur Aufklärung von Delikten mit einem Höchststrafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren sollte der Zugriff auf komplexe IT-Geräte und ihren Datenbestand im Wege der Beschlagnahme ausgeschlossen sein. Eine Ausnahme sollte für Cyberdelikten (im weiten Sinne) vorgesehen werden.
7. Komplexe IT-Geräte sind aufgrund ihres umfassenden Datenbestandes überaus „beschlagnahmeanfällig“. Ein Zugriff im Wege der Beschlagnahme sollte nur dann zulässig sein, wenn Tatsachen die Annahme begründen, dass der Zugriff verfahrensrelevante Erkenntnisse erbringen wird (qualifizierte Beweisrelevanz).
8. Das Sonderrechtsregime für die Beschlagnahme und die Durchsicht von komplexen IT-Geräten sollte mit einer Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung flankiert werden.
9. Erfolgt die Beschlagnahme des IT-Geräts wegen Gefahr im Verzug ohne vorherige richterliche Anordnung, steht dem Betroffenen ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO offen. Der Rechtsschutz über diesen Rechtsbehelf bleibt aber unzureichend, wenn der Betroffene keine Möglichkeit hat, eine Hemmung des Vollzugs

- der Maßnahme zu erreichen, um die drohende Durchsicht des Datenbestandes seines IT-Geräts bis zur Entscheidung aufzuschieben. Abhilfe sollte durch einen Verweis auf § 307 Abs. 2 StPO geschaffen werden.
10. Eine uneingeschränkte Verwendung von Zufallsfunden, die bei der Durchsicht von beschlagnahmten IT-Geräten zum Vorschein treten, ist unangemessen. Durch die Implementierung eines Schwellenansatzes (vgl. Thesen 4 bis 6) wird gleichzeitig die Nutzung von Zufallsfunden angemessen reguliert, §§ 479 Abs. 2 i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO.
 11. Das Sonderrechtsregime für die Beschlagnahme von komplexen IT-Geräten sollte vorsehen, dass die Mitnahme des Geräts gegenüber der Erzeugung eines Datenduplikats subsidiär ist.
 12. Das Gesetz sollte eine Grundfrist für die Rückgabe des IT-Geräts (samt Datenbestand) an den Geräteinhaber vorsehen. Über die Verlängerung der Frist entscheidet das Gericht auf Antrag der Strafverfolgungsbehörden.
 13. Dem Geräteinhaber sollte ein Anspruch auf (unverzügliche) Aushändigung einer Datenkopie von den (vorläufig) sichergestellten Daten zugestanden werden – dieser Anspruch steht unter dem Vorbehalt, dass die Erzeugung einer solchen Kopie technisch möglich (und zumutbar) ist.
 14. Der Gesetzgeber sollte – angelehnt an die Vorschriften in § 100a Abs. 5 und Abs. 6 StPO – Vorschriften zum Schutz der Integrität des IT-Geräts und der Gewährleistung einer ausreichenden Dokumentation über die an dem Gerät vorgenommenen Veränderungen vorsehen.

Thesen zum Referat von Bundesanwalt Dr. Jörn Hauschild, Karlsruhe

1. Das Grundrecht auf Gewährleistung und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme (IT-Grundrecht) kommt nur bei verdeckten Eingriffen in „komplexe IT-Geräte“ zum Tragen, nicht aber bei offenen Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 94, 98, 110 StPO. Die Übertragung des IT-Grundrechts auch auf offene Maßnahmen lässt sich nicht allein mit dem Rekurs auf die besondere Gefährdungslage für Persönlichkeitsrechte bei „komplexen informationstechnischen Einrichtungen“ begründen, die für offene und verdeckte Maßnahmen gleichermaßen gilt.
Verdeckte Maßnahmen sind regelmäßig grundrechtsintensiver als offene Datensichtungen. Der Umfang und die Vielfalt des Datenbestandes sind meist größer, weil die Maßnahmen nicht nur punktuell und einmalig auf vorhandene, sondern auch auf künftig anfallende Daten abzielen und grundsätzlich keine Einflussmöglichkeiten des Betroffenen auf den Datenbestand, etwa durch Verschlüsselung oder Löschung, und die Wahrnehmung von Rechtsschutz bestehen. Bei der Sicherstellung von „komplexen IT-Geräten“ wird – anders als bei der Online-Durchsuchung – zudem nicht in die Integrität des IT-Systems eingegriffen.

2. Die Durchsicht von Datenbeständen nach § 110 StPO und die erst daran anschließende Sicherstellung/Beschlagnahme und Auswertung von auf IT-Geräten gespeicherten Daten nach §§ 94, 98 StPO dürfen begrifflich nicht gleichgesetzt werden, sondern müssen wegen der unterschiedlichen tatsächlichen und rechtlichen Zielrichtungen beider Vorgänge auch im Hinblick auf die spezifischen Grundrechtsgefährdungen stets differenziert betrachtet werden.
3. Bei der Sicherstellung von IT-Geräten kann im Hinblick auf spezifische Grundrechtsgefährdungen zwischen kooperativen und „erzwungenen“ offenen Maßnahmen weiter differenziert werden, die von der aktiven freiwilligen Herausgabe durch Beschuldigte oder Dritte über die Befolgung einer Herausgabeverfügung, die Zustimmung zur unmittelbaren Besichtigung der Geräte und die Duldung der Sicherstellung bis hin zur Notwendigkeit der Beschlagnahme mangels Anwesenheit oder aufgrund eines ausdrücklichen Widerspruchs reichen.
4. Die Vorschriften der §§ 94, 98, 110 StPO stellen aus verfassungsrechtlicher Sicht eine ausreichende gesetzliche Grundlage dar, auch wenn ihre Anwendung in einzelnen Fällen verfassungswidrig sein mag.
5. Eine gesetzliche Vorgabe, wonach eine richterliche Anordnung nach §§ 94, 98, 110 StPO möglichst Angaben über den Inhalt und die Art und Weise der Suche nach den Daten enthalten soll, ist nicht praktikabel, da bestimmte Bereiche des Speichermediums schon deshalb nicht bezeichnet werden können, weil sie vor der Sichtung naturgemäß nicht bekannt sind.
6. Eine Beteiligung der Verteidigung an der Sichtung und Auswertung von Daten, ggf. auch an der Erörterung weiterer Ermittlungsmaßnahmen, ist verfassungsrechtlich nicht geboten und widerspricht insbesondere den Grundprinzipien des Strafverfahrens, wonach die Entscheidung über Einleitung, Fortgang und Abschluss der Ermittlungen allein der Staatsanwaltschaft zugewiesen ist.
7. Die Anhebung der Anordnungsvoraussetzungen für die Beschlagnahme „komplexer IT-Geräte“ führt – abgesehen von Abgrenzungsproblemen zu sonstigen digitalen Speichermedien – im Ergebnis zu einer Überprivilegierung von im Alltag zunehmend verbreiteter Hardware, unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der Geräte, der konkreten Datenspeicherung durch den Betroffenen und der – im Übrigen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzten – Zielrichtung und Intensität des staatlichen Eingriffs im Einzelfall.
8. Die Beschränkung des Zugriffs auf „komplexe IT-Geräte und deren Datenbestände“ auf erhebliche Straftaten mit Ausnahme von Cybercrime und der Ausschluss von Bagatelldelikten sowie Ordnungswidrigkeiten ist sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus kriminalpolitischer Sicht (z.B. bei Verstößen gegen das Kartellrecht, das AWG und im Umweltstrafrecht) abzulehnen.
9. Bei einem Beschuldigten kann der Zugriff auf „komplexe IT-Geräte“ im Wege der Beschlagnahme nicht darauf beschränkt werden, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, der Zugriff auf das Gerät werde verfahrensrelevante Erkenntnisse erbringen (qualifizierte Beweisrelevanz), vielmehr kann bei einem Tatverdächtigen – anders als bei einem

Dritten – die abstrakte Auffindevermutung grundsätzlich aus seinem Verhalten abgeleitet werden („Verknüpfung des personenbezogenen Tatverdachts mit einem eher abstrakten Auffindeverdacht“).

10. Im Hinblick auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung bedarf es für die Sicherstellung und Durchsicht von Daten auf „komplexen IT-Geräten“ im Gegensatz zu den verletzungsgeneigten Befugnissen (vgl. §§ 100a bis 100c StPO) keiner gesetzlich verankerten Schutzkonzepte nach § 100d Abs. 1 bis Abs. 3 StPO. Vielmehr genügt es, wenn die Ermittlungsbehörde bei der Sichtung und auch später bei der Auswertung der erhobenen Daten ein zuvor festgelegtes Kernbereichsschutzkonzept beachtet.
11. Bei einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO ist die Möglichkeit eines rechtsschutzsichernden Antrags auf Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung unter Hinweis auf § 307 Abs. 2 StPO wegen der drohenden Nachteile, dass die Maßnahme wegen der grundsätzlichen „Flüchtigkeit“ von Daten ins Leere laufen kann und unter Umständen, etwa bei Kindeswohlgefährdungen, durch die zeitliche Verzögerung gravierende Folgen für andere Rechtsgüter eintreten können, nicht zielführend.
12. Die Implementierung eines „Schwellenansatzes“ für die Verwertung von Zufallsfunden bei der Sichtung von „komplexen IT-Geräten“ nach § 479 Abs. 2 i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO ist abzulehnen.
13. Die Erstellung eines Datenduplikats hat keinen Vorrang vor der Mitnahme des IT-Geräts, da eine Beschränkung der Sicherstellung auf eine Datenkopie meist erst nach deren Sichtung möglich ist. Hinzu kommt, dass eine Datenspiegelung aufgrund der erheblichen Datenkapazitäten moderner Geräte und insbesondere der vielfältigen Verschlüsselungsmöglichkeiten in der Praxis weder vor Ort in kurzer Zeit noch ohne spezielle digitalforensische Soft- und Hardware durchführbar ist und zudem zur Begehung von Straftaten genutzte IT-Geräte ohnehin in der Regel der Einziehung unterliegen.
14. Die Festlegung einer gesetzlichen Grund- oder Höchstfrist für die Rückgabe des sichergestellten IT-Geräts (nebst Datenbestand) an den Geräteinhaber ist angesichts der technischen Besonderheiten der elektronischen Datenverarbeitung, insbesondere bei der Sichtung erheblicher Datenmengen und bei der Wiederherstellung verschleieter, vermischter, verschlüsselter oder gelöschter Daten, nicht praktikabel und verfassungsrechtlich nicht geboten.
15. Aufgrund der zunehmenden Digitalisierung und Nutzung von IT-Geräten sowie Verbesserungen bei der Verschlüsselung von Daten und Kommunikation und deren Durchdringung aller Lebensbereiche muss die personelle und materielle Ausstattung der Ermittlungsbehörden im Bereich der forensischen Sicherung und Auswertung von IT-Geräten kontinuierlich ausgebaut werden.
16. Dem von der Maßnahme betroffenen Gerätebesitzer sollte ein Rechtsanspruch auf Herausgabe einer Datenkopie der sichergestellten Daten eingeräumt werden, soweit die Herstellung einer solchen Kopie technisch möglich und zumutbar ist und der Herausgabe keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Dies setzt voraus, dass die Auswertung der Daten abgeschlossen ist.

17. Bei der Sicherstellung und Beschlagnahme von IT-Geräten ist die gesetzliche Regelung einer Protokollierung entsprechend der Vorschrift des § 100a Abs. 6 StPO, die im Gegensatz zu offenen Ermittlungsmaßnahmen vor allem dazu dient, im Nachhinein die Verwertbarkeit der gewonnenen Beweise unter Berücksichtigung der eingesetzten Überwachungssoftware und deren Funktionsumfang feststellen zu können, nicht erforderlich. Neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben ergibt sich insbesondere aus dem Grundsatz der Aktenvollständigkeit, dass die Ermittlungsbehörden stets zu einer lückenlosen Dokumentation des Ermittlungsverfahrens verpflichtet sind.

Thesen zum Referat von Vors. Richter am LG Gregor Herb, Berlin

1. Bei der Beschlagnahme und Durchsicht von komplexen IT-Geräten sind wegen der Fülle der gewinnbaren Daten besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu stellen.
2. Auch wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei allen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zu beachten ist, erscheint eine gesetzliche Normierung von über die §§ 94, 110 StPO hinausgehenden Anforderungen angezeigt.
3. Die spezifische Gefahr für die Grundrechte des von der Maßnahme Betroffenen ergibt sich regelmäßig nicht aus der Sensibilität einzelner mit der Maßnahme erlangter Daten, sondern aus ihrer Menge und Bandbreite. Einer gesonderten Normierung des Kernbereichsschutzes bedarf es deshalb nicht.
4. Die spezifische Gefahr besteht
 - a) in der Möglichkeit der Strafverfolgungsbehörden, mithilfe der Daten ein vollständiges Persönlichkeitsprofil zu erstellen und
 - b) in der gezielten Suche nach „Zufallsfunden“ im Datenbestand.
5. Diese Gefahren entstehen nicht erst durch die endgültige Beschlagnahme der Daten, sondern bereits durch deren Durchsicht.
6. Der Gefahr einer überschießenden Datengewinnung sollte durch eine gesetzliche Regelung dahin begegnet werden, dass bereits bei Anordnung der Durchsicht die Art der Daten zu konkretisieren ist, die der Durchsicht unterliegen sollen.
7. Die Beschränkung der Durchsicht auf die von der Anordnung umfassten Daten ist durch eine (automatisierte) Dokumentation der Auswertung sicherzustellen, die für die Prozessbeteiligten den Umfang des Zugriffs auf die Daten nachvollziehbar macht.
8. Die Beschränkung der Durchsicht auf die von der Anordnung umfassten Daten ist durch ein Verwertungsverbot nach den Grundsätzen der Abwägungslehre zu flankieren.
9. Sofern nicht der Datenträger selbst als Beweismittel von Bedeutung oder aus anderen Gründen (§ 111b StPO) in staatlichem Gewahrsam zu belassen ist, ist eine Sicherung der Daten durch Erstellung einer Kopie (Spiegelung) mit anschließender Herausgabe des Datenträgers gegenüber der dauerhaften Beschlagnahme vorzugswürdig.

10. Soweit nicht der Datenträger selbst sichergestellt, sondern eine Spiegelung hergestellt wird, ist diese ohne weitere Auswertung für den Nachweis der Authentizität aufzubewahren.
11. Die Beschränkung des Gegenstands von Durchsicht und Beschlagnahme ist gegenüber der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf erhebliche Straftaten vorzuzugwürdig.
12. Bei einer Beschränkung des Anwendungsbereichs auf erhebliche Straftaten ist nicht auf eine feste Höchststrafe abzustellen.
13. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs, die Ordnungswidrigkeiten ausschließt, wird den Erfordernissen der Aufklärung insbesondere im Bereich der Wirtschafts-OWis (z. B. AWG) nicht gerecht.

Thesen zum Referat von Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg

1. Die aktuellen Regelungen der StPO zur Beschlagnahme und Durchsicht von digitalen Datenträgern sind nicht mehr zeitgemäß.
2. Die derzeitigen Regelungen schützen die Grundrechte des Beschuldigten nicht ausreichend.
3. § 94 StPO genügt nicht den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt.
4. Die Beschlagnahme der Hardware ist von §§ 94 ff. StPO erfasst, die Beschlagnahme von Daten hingegen nicht – zwischen Daten und Hardware muss getrennt, welche Daten konkret beschlagnahmt werden sollen, konkret benannt werden.
5. § 110 StPO greift in eklatanter Weise in die Grundrechte des Beschuldigten ein – die Durchsicht ins Ermessen der Staatsanwaltschaft zu stellen ist damit nicht verhältnismäßig.
6. Aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte des Beschuldigten bei einer Datensicherung/-beschlagnahme, ist ein bloßer Anfangsverdacht zu weitreichend.
7. Die Beschlagnahme kann trotz Eingriffs in mehrere Grundrechte des Betroffenen gerechtfertigt werden, sofern eine Gefahr für erhebliche Rechtsgüter besteht, oder eine besonders schwere Straftat im Raum steht. Die Beschlagnahme von Daten sollte daher ausschließlich durch Richtervorbehalt angeordnet werden können bzw. eine sofortige Beschwerde zur Vollzugshemmung führen können.
8. Alle Auswertungs- und Arbeitsschritte, die mit den beschlagnahmten Daten vorgenommen werden, sind zu dokumentieren. Dies sollte auch Voraussetzung für die Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung sein.
9. Die ausgewerteten und sichergestellten Daten sind immer als Bestand der Akte anzusehen/zur Akte zu nehmen und nicht als Beweisstücke zu führen.
10. Eine Beschlagnahme/Sicherstellung der Daten sollte nur durchgeführt werden, wenn eine höhere Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese zur Aufklärung der Straftat beiträgt.
11. Die Anfertigung eines Datenduplikats bei einer post-mortem-Analyse ist als mildere Maßnahme vor der Beschlagnahme der Hardware mindestens zu versuchen.

12. Da es sich bei der Durchsicht nach § 110 StPO um eine Fortsetzung der Durchsuchung handelt, sollte zudem ein Anwesenheitsrecht des Rechtsbeistands des Betroffenen bestehen.
13. Nicht verfahrensrelevante Daten sind nach Abschluss der Ermittlungsmaßnahmen zu versiegeln und bei Gericht zu hinterlegen. Eine Öffnung der Daten sollte in der Hauptverhandlung nur auf Antrag bei Gericht stattfinden können.
14. Ohne „Digital“-Kompetenz der Verfahrensbeteiligten (Gericht, Staatsanwaltschaft, Verteidigung) droht ein Verlust der Beweishoheit.
15. Die Rückgabe von beschlagnahmter/sichergestellter Hardware muss einer Frist unterliegen.
16. Das Auffinden von Zufallsfunden, speziell das Auffinden von Zufallsfunden auf digitalen Datenträgern, bedarf gesonderter Regelung.

Öffentliches Recht

Bewältigung zukünftiger Krisen: Welche gesetzlichen Rahmenbedingungen werden benötigt, um effizient und effektiv zu reagieren und finanzielle Hilfen bedarfsgerecht zu verteilen?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Florian Becker, LL.M., Kiel

1. Das Grundgesetz behauptet auch in tiefgreifenden Krisensituationen seinen Geltungsanspruch. Die Konsequenz daraus ist eine Verpflichtung des Staates, Krisenvorsorge zu betreiben und eine Resilienz von Recht, Staat und Gesellschaft herzustellen, um jenen Geltungsanspruch auch in der Krise nicht zu gefährden.
2. Diese staatliche Verpflichtung wird durch den grundrechtlichen *status positivus* verstärkt, der allerdings regelmäßig keinen individuellen Anspruch auf bestimmte Leistungen der Krisenvorsorge oder -bekämpfung vermittelt. Auch im Lichte grundrechtlicher Schutzpflichten wird der Staat des Grundgesetzes nicht zum Präventionsstaat, der jede Krise um jeden Preis vermeiden muss.
3. Die juristische Befassung mit der Krise kann sich nicht allein auf den Zeitraum der akuten Krisenbekämpfung und damit in erster Linie auf die Ordnung von Zuständigkeiten und entsprechende Eingriffsermächtigungen beschränken. Der Umgang mit Krisen erfordert ebenso Regeln zur Krisenvermeidung, Regeln zur Vorbereitung auf nicht vermeidbare oder nicht vermiedene Krisen sowie Regeln über die Aufarbeitung von und das Lernen aus Krisen.
4. Krisen sind im Rahmen des herkömmlichen Institutionen- und Kompetenzgefüges mit den herkömmlichen Handlungsinstrumenten zu bewältigen, die idealerweise im Vorfeld einer Krise an die Bedürfnisse für ihre Bewältigung angepasst – „krisenfest“ gemacht – wurden.
5. Ein sinnvolles und in sich geschlossenes „allgemeines Krisen(verwaltungs-)recht“ als dogmatisches Reservoir kann es nicht geben. Dies ist zum einen auf die Vielgestaltigkeit der Rechts- und Lebensbereiche, in denen die bekannten vergangenen Krisen aufgetreten sind, zurückzuführen. Zum andern hätte ein solches „allgemeines Krisen(verwaltungs-)recht“ nur dann einen dogmatischen Wert, wenn es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Lösungen für die Bewältigung künftiger Krisen geben könnte, deren Ursache, Bezugspunkt und Gestalt indes noch völlig ungewiss sind.
6. Auch wenn die akute Krisenphase die „Stunde der Exekutive“ ist, trägt der unmittelbar demokratisch legitimierte parlamentarische Gesetzgeber schon im Vorfeld der Krise die Verantwortung, die Bewältigung der Krisenphase mit sachgemessenen Organisationsnormen und möglichst genauen Eingriffsermächtigungen vorzubereiten. Nach einer ersten Schockphase muss der Gesetzgeber darauf vorbereitet (und dazu bereit sein) sein, „wesentliche“, v. a. wertende Entscheidungen selbst zu treffen.

7. Die Krisenbekämpfung erfolgt grundsätzlich dezentralisiert, d. h. sie obliegt in weiten Teilen den Ländern und wird von diesen den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften übertragen. Einen ganz wesentlichen Beitrag zu der Vorbereitung auf und der Bekämpfung von Krisen leisten allerdings auch private Hilfsorganisationen und ehrenamtliche Helfer in Feuerwehren und dem THW. Krisenbekämpfung ist ein „Verbundprodukt“ von Staat und Gesellschaft.
8. Nicht diejenige Gebietskörperschaft mit der besten Ausstattung ist für die Bekämpfung einer Krise zuständig. Vielmehr hat sich die für die Krisenbekämpfung zuständige Gebietskörperschaft mit den notwendigen Ressourcen auszustatten. Die Antwort auf die Frage nach der Zuständigkeit ist der nach der Verantwortung für eine aufgabenadäquate Ressourcenbewirtschaftung vorgelagert.
9. Die konkrete Verteilung der Zuständigkeiten für Krisenvorsorge und -bekämpfung im Bundesstaat muss von den Desideraten einer effektiven Aufgabenerfüllung einerseits, der Gewährleistung von Legitimität und Rechtsstaatlichkeit bei der Aufgabenerfüllung andererseits geprägt sein.
10. Die bestehende Zuständigkeitsordnung führt hier nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen. Dies wird insbesondere an der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG angelegten Differenzierung zwischen der Regelung einer zivilen Verteidigung (bei Angriffen von außen) durch den Bund und der allgemeinen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Katastrophenschutzrecht deutlich.
11. Indes ist die grundgesetzliche Zuständigkeitsordnung nicht völlig starr. Vielmehr ermöglicht sie den Gebietskörperschaften horizontale wie vertikale Kooperation. Die bestehende Kompetenzordnung und die aus ihr abzuleitende Eigenverantwortung der Aufgabenerfüllung dürfen aber nur bei entsprechender verfassungsrechtlicher Flexibilität aufgegeben werden, wie sie etwa das Institut der Amtshilfe bietet.
12. Das Institut der Amtshilfe erlaubt nur die ausnahmsweise, punktuelle Beteiligung an fremder Aufgabenerfüllung, wenn der originäre Aufgabeninhaber überfordert ist. Sie kann nicht die Grundlage für dauerhafte und institutionalisierte Zusammenarbeit bilden.
13. Wenn eine solche institutionalisierte Kooperation aber zweckmäßig oder erforderlich sein sollte, hilft nur eine Änderung der gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Hier liegt es nahe, Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG um eine Befugnis zur Regelung der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder im Katastrophenschutz und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG um die Möglichkeit zu ergänzen, das BKK als „Zentralstelle“ anzusehen. Auf diese Weise würde eine sichere verfassungsrechtliche Grundlage für die heute schon unter dem Vorzeichen der „Katastrophenhilfe“ stattfindende Kooperations- und Koordinationsstätigkeit des BKK geschaffen.
14. Eine solche partielle Zuständigkeitsverschiebung entlastet die Länder aber nicht davon, sich ihre Ausstattung für den Katastrophenschutz selbst zu beschaffen, ohne sich dabei auf die Unterstützung des hierfür nicht zuständigen Bundes verlassen zu können.

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M., Heidelberg

1. Eine Krise im rechtsfunktionalen Sinne ist eine außergewöhnliche, typischerweise disruptive Lage, die eine besondere, gerade auch kurzfristige Reaktion des Staates erfordert.
2. Die finanziellen Krisenhilfen des Staates, die in Reaktion auf die COVID-19-Pandemie, auf die durch den Krieg Russlands gegen die Ukraine ausgelöste Energiekrise mit ihren Inflationsfolgen und auf die lokale Krise infolge der Flutkatastrophe 2021 geleistet wurden, lassen sich in mehrfacher Weise systematisieren. Die Finanzhilfen zugunsten Privater dienen zum einen der Existenzsicherung, zum anderen der Unterstützung darüber hinaus. Die Finanzhilfen zugunsten der Wirtschaft waren typisierend nach der Schwere der Betroffenheit gestaffelt.
3. Weiterhin lassen sich die Hilfen nach den genutzten Regelungs- und Verwaltungsstrukturen gliedern. Zu unterscheiden sind Finanzhilfen aufgrund eigenständiger Antragsverfahren, im Rahmen der Sozialsysteme, im Rahmen des Steuerrechtssystems, mittels Indienstnahme der Arbeitgeber, durch Eingriffe in Markttransaktionen (Preisdeckel, Rabatte) und durch die staatliche Kostenübernahme bei Gewährung sächlicher Hilfen.
4. Im Umfang des sächlichen Existenzminimums besteht ein originärer, in der Krisenlage bei Bedarf anzupassender Leistungsanspruch. Darüber hinaus ist sozialstaatliche Unterstützung in jedem Fall gleichheitsgerecht auszugestalten (vertikale und horizontale Bedarfsgerechtigkeit). Im Übrigen erschöpft sich der soziale Staat nicht im Sozialleistungsstaat.
5. Das Grundgesetz kennt kein originäres Recht auf Wirtschaftssubventionen. Entscheidet sich der Staat für eine Wirtschaftsförderung, muss sie ihrerseits nach der vertikalen und horizontalen Bedarfsgerechtigkeit ausgestaltet werden.
6. Je nachdem, welche Regelungs- und Verwaltungsstrukturen zur Auskehrung finanzieller Hilfen genutzt werden (siehe oben 3.), sind deren verfassungsrechtliche Binnenstrukturierungen zu beachten. Weitere Ausgestaltungsdirektiven ergeben sich aus der gebotenen Abwägung zwischen Verifikation und Praktikabilität, vor allem bei der gesetzlichen Typisierung, und aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Die Datenerhebung und -verarbeitung nach dem once-only-Prinzip ist perspektivenreich.
7. Produktbezogene Entlastungen in Gestalt von Preisbremsen und Verbrauchsteuerermäßigungen können bei einer Krise, die Produktpreise betrifft, recht zielgenau helfen. Doch kann das Gebot vertikaler Bedarfsgerechtigkeit ergänzende Maßnahmen verlangen. Ähnliches gilt für die staatliche Kostenübernahme bei sächlichen Krisenhilfen.
8. Direkte finanzielle Krisenhilfen für Privatpersonen lassen sich bedarfsgerecht im Rahmen der Sozialsysteme überbringen. Möglichkeiten, um Personen zu erreichen, die nicht hinreichend in den Sozialsystemen angelegt sind, bietet das Steuerrechtssystem. Zu empfehlen ist eine Erweiterung von § 139b AO um Vorschriften, die dem BZSt die Weitergabe bestimmter, für die bedarfsgerechte Bemessung finanzieller Krisenhilfen relevanter Steuerinformationen an die Auszahlungsstellen erlauben. Eine Einkommensbesteuerung von Krisenhilfen zur Erreichung einer sozialen Staffelung ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

9. Direkte finanzielle Hilfen für Unternehmen sollten auch weiterhin primär auf Grundlage eigenständiger Antragsverfahren ausgekehrt werden. Zur inhaltlichen Vorstrukturierung von umfangreichen Hilfsprogrammen zugunsten der Wirtschaft und zur Sicherung ihrer Bedarfsgerechtigkeit empfiehlt sich eine vorsorgliche Gesetzgebung des Bundes.
10. Auch das Steuerrecht kann und sollte zur Entlastung der Bürger und Unternehmen in Krisenzeiten genutzt werden. Materielle Steuerentlastungen, die in der Regel erst über die Veranlagung greifen, sollten dabei mit kurzfristigen, in laufende Verfahren eingearbeiteten Entlastungen verbunden werden. Steuerliche Katastrophenerlasse helfen bei lokalen Krisen; zu empfehlen ist deren gesetzliche Fundierung.
11. Finanzielle Krisenunterstützung des Staates sollte auch darauf gerichtet sein, die Zivilgesellschaft zu aktivieren, insbesondere bei lokalen Krisen.
12. Allgemeine und umfassende Rahmenregelungen zu finanziellen Krisenhilfen des Staates erscheinen nach alledem nicht sinnvoll. Zu empfehlen sind aber 1. Regelungen zur gesetzlichen Vorstrukturierung umfangreicher finanzieller (Krisen)Hilfen zugunsten der Wirtschaft, 2. die Schaffung einer Rechtsgrundlage zur Ermöglichung der Weitergabe steuerlicher Informationen durch das BZ.St an Stellen, die Krisenhilfen auszahlen, und 3. die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für steuerliche Katastrophenerlasse.
13. Kompetenzrechtlich verfügt der Bund über weitreichende Möglichkeiten, um bundeseinheitliche Gesetzesregelungen über finanzielle Krisenhilfen für Bürger und Wirtschaft zu schaffen. Jedoch lässt Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG eine „Wohlstandssubventionierung“ nicht zu. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 GG trägt nur Regelungen, die einen inhaltlichen Zusammenhang mit dem Steuerrecht aufweisen.
14. Sind die Länder – wie in den meisten Fällen – für den Vollzug finanzieller Krisenhilfen zuständig, sollte eine weitgehende Vollzugsvereinheitlichung angestrebt werden, insbesondere auf digitaler Grundlage. Besondere und neuartige Formen der föderalen Kooperation sind zur Ausgestaltung und Auskehrung finanzieller Krisenhilfen nicht erforderlich.
15. Auch der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts drängt darauf, umfangreiche Bundesprogramme zur finanziellen (Krisen)Unterstützung der Wirtschaft auf die Grundlage eines Parlamentsgesetzes zu stellen. Demgegenüber gibt es keine überzeugenden Gründe dafür, die parlamentarische Feststellung einer Krisenlage als Tatbestandsmerkmal in Regelungen über finanzielle Krisenhilfen aufzunehmen.
16. Haushaltsrücklagen für krisenbedingte Haushaltsrisiken fordern das parlamentarische Budgetrecht heraus. Für Entnahmen ab einer bestimmten Höhe sollte ein Zustimmungsvorbehalt für den zuständigen Parlamentsausschuss vorgesehen werden. Um einen Ausgabenwettbewerb zwischen den Regierungsressorts zu verhindern, kann die Steuerungsverantwortung für die Mittelentnahme aus einer Krisenrücklage konzentriert werden.
17. Eine darüber hinausgehende, formalisierte Zuständigkeitsbündelung innerhalb der Exekutive für die Entscheidung über finanzielle Hilfen im Krisenfall erscheint nicht erforderlich. Auch im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung sind alternative, zumal neuartige institutionelle Gestaltungen und Verfahrensweisen zur Entscheidung über finanzielle Krisenhilfen nicht geboten.

18. Die föderale Zuständigkeit, die Finanzierungslasten aus finanziellen Krisenhilfen zu tragen, folgt im Regelfall der Vollzugszuständigkeit (Art. 104a Abs. 1 GG). Freiwillige Fremdfinanzierung ist im Bundesstaat unzulässig. Eine Lastentragungszuständigkeit des Bundes aus der Natur der Sache oder auch aus dem Anliegen gesamtstaatlicher Repräsentation abzuleiten, verbietet sich. Art. 104b Abs. 1 Satz 2 GG hat hohe tatbestandliche Anforderungen und ist im Finanzierungszweck beschränkt. Ein Bundesgesetz über finanzielle Wirtschaftshilfen kann im Einzelfall als Geldleistungsgesetz nach Art. 104a Abs. 3 GG ausgestaltet werden. Weitere, neue Finanzierungskompetenzen des Bundes sind nicht erforderlich.
19. Krisenbedingte Finanzierungslasten können sich auf den bundesstaatlichen Finanzausgleich auswirken, so etwa auf die primäre vertikale Verteilung der Umsatzsteuer.
20. Im Steuerstaat des Grundgesetzes werden finanzielle Krisenhilfen im Regelfall steuerfinanziert. Eine ergänzende Finanzierung im Rahmen der Sozialversicherungssysteme kommt in Betracht, zumal unter Einbeziehung des Steuerzuschusses. Eine Finanzierung finanzieller Krisenhilfen durch notlagenbedingte Kreditaufnahme ist möglich; doch sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu wahren. Schließlich ist auch unter dem Gesichtspunkt der begrenzten finanziellen Leistungsfähigkeit des Staates der Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Hilfe zu beachten.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Peter Axer, Heidelberg

I. Krise und Gesundheitssystem

1. Krisen betreffen, obschon sie verschiedenartig und heterogen sind, oftmals Leben und Gesundheit, sodass Krisenbewältigung ein funktionsfähiges, krisenfestes Gesundheitssystem erfordert. Die grundgesetzliche Kompetenzordnung im Gesundheitswesen erweist sich jedoch als komplex, die Organisationsstruktur als kompliziert und die Finanzierung als Herausforderung.
2. Die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die Sozialversicherung eignet sich nicht als Grundlage für eine umfassende Gesundheitsgesetzgebung des Bundes. Für eine umfassende, rechtssichere bundesgesetzliche Regelung des Rettungsdienstes bedürfte es einer eigenen kompetenziellen Grundlage; für den Krankenhausbereich ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG schwer handhabbar und kann Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht als beliebiger Notanker dienen.
3. Zwar ermöglicht Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine Finanzierung von Krisenmaßnahmen aus Beiträgen von Arbeitgebern und Beschäftigten, aber dies nur auf Zwecke der Sozialversicherung und im Binnensystem der Sozialversicherung beschränkt. Werden etwa die Strukturen der gesetzlichen Krankenversicherung für allgemeine Maßnahmen zur Krisenbewältigung über den Kreis der Versicherten hinaus genutzt, ist dies als gesamtgesellschaftliche Aufgabe aus Steuermitteln zu finanzieren.
4. Ein stärkeres Augenmerk hat auf der Gewährleistung von Versorgungssicherheit durch

Melde-, Kontroll- oder Bevorratungspflichten, etwa bei der Arzneimittelversorgung, zu liegen. Gesetzliche Regelungen zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung auch im Sinne eines Gesundheitssicherstellungsgesetzes sind geboten.

II. Verfahren, Form

5. Krisen verlangen ein schnelles Handeln in Ungewissheitssituationen, häufig verbunden mit erheblichen Grundrechtseingriffen. Um dies auch rechtlich zu rechtfertigen, obliegt den jeweiligen Rechtsetzern hinsichtlich der getroffenen Maßnahmen begleitend eine Beobachtungspflicht und sind sie bei neuen Erkenntnissen zur Nachbesserung verpflichtet. Unterbleibt dies, droht Unverhältnismäßigkeit.
6. Regelmäßig sollte bei eilbedürftigen Entscheidungen unter Ungewissheit in einer Krise primär an etablierte Strukturen und Leistungswege, wie etwa das Kurzarbeitergeld oder die existenzsichernden Grundsicherungsleistungen, angeknüpft und eine Befristung der gesetzlichen und der einzelfallbezogenen Maßnahmen vorgesehen werden.
7. Die existierenden exekutiven Handlungsformen, von der Allgemeinverfügung bis hin zur Rechtsverordnung, haben sich grundsätzlich als flexibel und geeignet gezeigt, um krisenbezogenes Handeln zu ermöglichen. Es bedarf keines neuen allgemeinen Krisenverwaltungsrechts mit neuen Handlungsformen.
8. Nach einer Krise notwendig ist die umfassende Aufarbeitung hinsichtlich der sozialen oder wirtschaftlichen Folgen und die Evaluation der bisherigen Regelungen sowie ihrer Anwendung auf Verbesserungen hin, angefangen von der Krisenprävention bis hin zu einer funktions- und aufgabenadäquaten Organisationsstruktur auf allen Ebenen, von der europäischen Union über den nationalen Gesetzgeber bis hin zu der im Einzelfall handelnden Verwaltung.
9. Das Infektionsschutzrecht bedarf der Überarbeitung durch eine stärkere Ausrichtung auf Epidemien, eventuell sogar in einem eigenständigen Epidemiegesetz, und der stärkeren Fundierung von Standardmaßnahmen gegenüber einer Generalklausel. Zurzeit ist das Infektionsschutzgesetz für der Corona-Pandemie vergleichbare Ereignisse nicht zukunfts-fest. Kodifikationsreife hinsichtlich des Infektionsschutzes ist gegeben.

III. Rechtsschutz

10. In Krisen kommt dem verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz besondere Bedeutung zu. Ist angesichts der Dynamik und bestehender Ungewissheiten anfangs oftmals nur eine Folgenabwägung im Interesse zügiger Entscheidung möglich, hat so schnell wie möglich die Rechtmäßigkeitskontrolle wieder im Zentrum zu stehen. In nachfolgenden Hauptsacheverfahren sollte die Zulässigkeit nach Außerkräfttreten der Norm in Krisen wie der Corona-Pandemie nicht am Fehlen eines schwerwiegenden Grundrechtseingriffs scheitern.
11. In der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind etwa die in anderen Bundesländern getroffenen Maßnahmen zur Krisenbekämpfung bei der Erforderlichkeit und Angemessenheit stärker zu berücksichtigen und muss sich das jeweilige Handeln zeitbezogen als kohärent und folgerichtig erweisen.

12. Im Hinblick auf Rechtsverordnungen ist, jedenfalls bereichsspezifisch etwa für infektionsschutzrechtliche Verordnungen, die Normenkontrolle auch auf Bundesebene durch das Bundesverwaltungsgericht zu eröffnen.

IV. Entschädigung, finanzielle Regulierung

13. Krisen verursachen finanzielle Schäden und werfen Fragen nach finanzieller Unterstützung und Entschädigung auf. Für die Folgen allgemeiner, flächendeckender Maßnahmen erweist sich das einzelfallorientierte staatshaftungsrechtliche Entschädigungsrecht kaum als ein geeignetes Instrument.
14. Überlegt werden sollte, das soziale Entschädigungsrecht, welches im SGB XIV bislang eine Regelung für gesundheitliche Schädigungen aufgrund bestimmter schädigender Ereignisse erfahren hat, auszubauen und Regelungen aufzunehmen, etwa im Hinblick auf Schäden aus Naturkatastrophen.
15. Werden finanzielle Hilfen (Soforthilfeprämien, Überbrückungshilfen etc.) als Subventionen gewährt, kann dies nur im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeiten erfolgen und muss dies beihilfekonform und gleichheitsgerecht geschehen. Die Bewilligung sollte zumindest im Sinne von Grundsätzen einschließlich des Antrags- und Abrechnungsverfahrens rahmengesetzlich auch zur Vollzugsvereinheitlichung normiert werden.
16. Soweit zur Krisenbewältigung Fonds im Rahmen des finanz- und haushaltsverfassungsrechtlich Zulässigen unter Beachtung der bundesstaatlichen Zuständigkeiten gebildet werden, ist auf eine hinreichende Zwecksicherung der Rücklagen zu achten. Insoweit könnte einfach-rechtlich an Stiftungslösungen gedacht werden; bei längerfristigen Aufbaufonds und größeren Summen sollte eine verfassungsrechtliche Absicherung erfolgen.
17. Krisen und ihre Folgen sind zwar nicht immer konkret voraussehbar, doch in bestimmten Fällen absehbar. Zu prüfen ist, ob und inwieweit Versicherungslösungen möglich sind. In Bezug auf Naturkatastrophen, insbesondere Überschwemmungen, ist die Versicherbarkeit auszuweiten bis hin zu einer Versicherungspflicht (Elementarschadenversicherungspflicht).

Thesen zum Referat von Stv. Hauptgeschäftsführer Dr. Joachim Schwind, Hannover

1. Die Strukturen der Krisenbewältigung in Deutschland sind als Teil des europäischen Mehrebenensystems angesichts einer völlig veränderten (Sicherheits-)Welt vielfältig reformbedürftig. Schon wegen der grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungsfunktionen muss die Krisenvorsorge auf allen Ebenen intensiviert werden. Dafür müssen im Tatsächlichen und im Recht die Vorbereitungen auf flächendeckende Poly-Krisenlagen in Deutschland und Europa signifikant verbessert werden.
2. Die Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes mit der Trennung der Zuständigkeiten für die Abwehr militärischer Bedrohungen von außen beim Bund und der Abwehr übriger Gefahren durch die Länder ist angesichts der aktuellen Herausforderungen nicht von

selbst einleuchtend, hat sich aber im Grundsatz bewährt. Die tatsächliche Gefahr für dysfunktionale Zuständigkeiten besteht in einer weiteren Unterfinanzierung der den Ländern obliegenden Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr und insbesondere des Katastrophenschutzes. Die an sich taugliche Zuständigkeitsabgrenzung des Grundgesetzes kann nur dann den aktuellen Herausforderungen gerecht werden, wenn die Länder höhere Finanzmittel als in der Vergangenheit aufwenden können. Der Diskussion über eine andere Verteilung der finanziellen Krisenvorsorgelasten in der Gesellschaft wird man auf Bundesebene auf Dauer nicht ausweichen können.

3. Eine eigene Resilienz-Staatszielbestimmung hat aber keinen dogmatischen Mehrwert und ist entbehrlich. Resilienz ist zwar ein bedeutsamer Wert und kann entsprechend der nationalen Resilienzstrategie verstanden werden als die Fähigkeit einer Gesellschaft, Ereignissen zu widerstehen bzw. sich anzupassen und dabei ihre Funktionsfähigkeit zu erhalten oder möglichst schnell wiederzuerlangen. Resilienz lässt sich aber aus den grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungsverpflichtungen bereits ableiten.
4. Die drei zentralen Standbeine der Gefahrenabwehr sind Polizei, Feuerwehr und Rettungsdienst, die alle in Gesetzgebung und Vollzug in originärer Landesverantwortung stehen. Daher gehört auch der Katastrophenschutz zur Kernmaterie der Länderzuständigkeit. Eine Verlagerung auf den Bund würde keine Probleme lösen, sondern neue verursachen und den Vorteil der dezentralen und modularen Krisenbewältigung durch ortsnahe kommunale Behörden mit ihren Leitstellen verspielen.
5. Durch Erweiterung von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG um einem neuen Buchstaben d) sollte der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern im Bereich des Katastrophenschutzes erhalten. Ein Zustimmungsvorbehalt des Bundesrates für entsprechende Regelungen ist in Art. 73 Abs. 2 GG aufzunehmen. Diese Verfassungsänderung ist in der Verwaltungsvereinbarung des Bundes und der Länder zur Errichtung des Gemeinsamen Kompetenzzentrums Bevölkerungsschutz (GeKoB) bereits angelegt.
6. Das Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe (BBK) sollte durch Ergänzung von Art. 87 Abs.1 Satz 2 GG Zentralstellenfunktion in dem neu dem Bund ausschließlich zugewiesenen Zuständigkeitsbereich der Zusammenarbeit im Katastrophenschutz bekommen. Sein der bisherigen Zuständigkeitsverteilung geschuldeter zu komplizierter Name könnte angepasst werden.
7. Als zentrale operative Fähigkeiten des BBK sollten bundesweite Lagebilder, ein von jeder Katastrophenschutzbehörde jederzeit einsehbares Echtzeit-Register über Fähigkeiten im Bevölkerungsschutz, Muster-Konzepte für Haupt-Krisenlagen und bundesweite Verteilmechanismen wie das Kleeblattkonzept rechtlich geregelt und administriert werden. Dabei muss von der Lage im Stab vor Ort gedacht werden.
8. Die zusätzliche Regelung eines eigenen bundesweiten Krisenzustands unterhalb des Spannungsfalls des Art. 80a GG für nichtmilitärische Gefahrenzustände und Krisenmodi ist zwar dogmatisch reizvoll, aber angesichts der Instrumente des Katastrophenschutzrechts der Länder auch für eine moderne krisenfeste Verfassung auf Bundesebene entbehrlich.

9. Um der „Krisendemenz“ zu entgehen und aus Krisen systematisch zu lernen, sollte durch einen neuen Art. 35 Abs. 4 GG eine verpflichtende Krisennachbereitung beispielsweise wie folgt geregelt werden: *„Hat die Bekämpfung einer Naturkatastrophe, eines besonders schweren Unglücksfalls oder einer anderer Krise im Gebiet mehr als eines Landes in erheblichem Maße Kräfte des Bundes und der Länder in Anspruch genommen, so bestellt die Bundesregierung eine unabhängige Beauftragte oder einen unabhängigen Beauftragten, der dem Bundestag, der Bundesregierung und dem Bundesrat spätestens ein Jahr nach Beseitigung der Gefahr über Verbesserungsmöglichkeiten bei der Gefahrenabwehr und im Krisenmanagement zu berichten hat. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz auf der Grundlage von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10.“*
10. Die Konferenz der Bundeskanzlerin/des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder sollte auch wegen ihrer Bedeutung als zentrales Krisen-Steuerungsinstrument und Zeichen des kooperativen Föderalismus im Grundgesetz selbst geregelt werden. Hierbei könnte man sich an der Regelung zum Europäischen Rat im EUV orientieren. Ein neuer Art. 30a GG zur Bund-Länder-Koordination könnte dementsprechend lauten: *„Die Bundeskanzlerin/der Bundeskanzler lädt regelmäßig und zusätzlich bei besonderem Bedarf, insbesondere zur Koordination des Handelns in Krisensituationen, die Spitzen der Regierungen der Länder ein, um bedeutende Fragen der Bund-Länder-Kooperation zu erörtern. Mitglieder der Bundesregierung und der Regierungen der Länder können hinzugezogen werden.“*
11. Die Instrumente der Krisenbekämpfung in den Katastrophenschutzgesetzen der Länder sind auf Erweiterungen zu prüfen. Neben dem Katastrophenfall bietet sich jedenfalls in den Flächenbundesländern die weitere Kategorie einer „Alarmstufe gelb“ unterhalb der Katastrophenschwelle an, bei dem die gemeindliche Zuständigkeit im Kern unberührt bleibt, die Katastrophenschutzbehörde aber koordinierend unterstützt („außergewöhnliches Ereignis“). Die Themenfelder Warnung der Bevölkerung, Doppelverplanung von Helfenden und Einheiten sowie Spontanhelfende sind durch das Landesrecht auf Optimierungspotential zu prüfen.
12. Die Psychosoziale Notfallversorgung (PSNV) ist von den Landesgesetzgebern als noch relativ junge, aber bedeutsame Verfassungsaufgabe im Bereich der Krisenvorsorge gesetzlich als Landesaufgabe zu definieren und flächendeckend unter Einbindung der bisher schon aktiven Akteure zu organisieren.
13. Die anlaufende Gesetzgebung zur Regelung Kritischer Infrastrukturen (KRITIS) ist für die Stärkung der Resilienz Deutschlands, zur Aufrechterhaltung der wichtigen Funktionen der Gesamtgesellschaft und für Prioritäts- und Verteilentscheidungen in künftigen Krisen von besonderer Bedeutung. Trotz der Belastungen für private Unternehmen und den voraussichtlich erheblichen Verwaltungsaufwand zur Erfassung und Einstufung der Betriebe usw. handelt es sich um ein bedeutendes Handlungsfeld zur Stärkung der Resilienz, in dem in den nächsten Jahren für die Länder bedeutsame legislative und administrative Aufgabenpakete zu erfüllen sein werden.
14. Das sektorale Konzept der Sicherstellungsgesetze hat sich trotz seiner Herkunft aus dem Bereich der Zivilverteidigung grundsätzlich bewährt. Alle Sicherstellungsgesetze sind

- jedoch zu modernisieren, zu synchronisieren und an aktuelle Herausforderungen anzupassen. Ein Gesundheitssicherstellungsgesetz ist für Deutschland von besonderer Dringlichkeit.
15. Moderne Verwaltungen sind Krisenverwaltungen in potentiellen Polykrisen. Ein diesbezügliches Krisenbewusstsein und ggf. eine Krisenfunktion/Zweitverwendung muss wieder Teil der meisten Arbeitsplätze in der Verwaltung werden. Dazu muss Verwaltung flexibler, schneller, besser vorbereitet, besser ausgerüstet und modularer werden und mehr üben und alle Organisationseinheiten der Verwaltungen auf eine potentielle Krisenunterstützungsfähigkeit vorbereiten. Das Organisations- und Verfahrensrecht muss krisenfester mit entsprechenden Optionsmöglichkeiten zur Erhaltung und Steigerung der Handlungsfähigkeiten in Krisen werden.
 16. Dem Personalbedarf für die Bewältigung von Polykrisen muss angesichts des Fachkräftemangels besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. In § 34 Abs. 3 des Beamtenstatusgesetzes könnte eine explizite Pflicht zur Teilnahme an Krisenausbildungen und eine besondere Einsatzpflicht in Krisenfällen geregelt werden, um Krisenstabsverwendungen und andere Vorplanungen – auch die Personalunterstützung anderer Behörden – zu unterstützen.
 17. Die flexiblere Personalunterstützung zwischen Behörden muss ebenenübergreifend formal und tatsächlich vorgeplant werden. Die Regelungen zur Amtshilfe in § 8 VwVfG müssen so ergänzt werden, dass bei größeren Krisenlagen mit Zustimmung des jeweiligen Innenministeriums bei der Amtshilfe auch Personalkosten erstattet werden können, um das Instrument in Ausnahmefällen flexibler und damit besser für kurzzeitige Unterstützungsmaßnahmen anderer Behörden nutzen zu können.

Thesen zum Referat von Dr. Heike Spieker, Berlin

1. Einfachgesetzliches Notstandsrecht i. w. S.

Nach Art. 70, 71, 73 Abs. 1 Nr. 1 GG ist ausschließlich der Bund zuständig für die **Gesetzgebung** auf dem Gebiet der „Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung“. Das Gesetz über den Zivilschutz und die Katastrophenhilfe des Bundes (Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz – ZSKG) regelt die Wahrnehmung ausdrücklich von Aufgaben des **Zivilschutzes** (§ 1), während der Begriff der **zivilen Verteidigung** in Richtlinien dokumenten wie speziell der „Konzeption Zivile Verteidigung“ (2016) und zuletzt der Rahmenrichtlinien Gesamtverteidigung vom 05.06.2024 beschrieben ist. § 2 Abs. 1 ZSKG weist die Zuständigkeit zur **Ausführung** des ZSKG grundsätzlich den Ländern zu, die im Wege der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 86 GG handeln. Das bestehende einfachgesetzliche Regelwerk einschließlich namentlich des ZSKG ist ausgerichtet auf einen „Zivilschutz in friedlichen Zeiten“. Angesichts der eingetretenen weltpolitischen Veränderungen, in denen Spannungs- und Verteidigungsfall und insbesondere der Bündnisfall und sich die damit verbundenen Auswirkungen kriegerischer Szenarien

auf die Bevölkerung nicht mehr ausschließlich theoretisch darstellen, scheint geboten, das **einfachgesetzliche Notstandsrecht i.w.S.** auf den Prüfstand zu stellen. Es ist daraufhin zu untersuchen, wieweit es in der Lage ist, eine Stärkung der nationalen Sicherheit und eine **tatsächliche Entwicklung einer Widerstandskraft für den Konfliktfall** schon in Friedenszeiten (z. B. „Kriegstüchtigkeit“) rechtlich zu ermöglichen.

2. Ergänzung und Präzisierung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes auf den Gebieten Zivilschutz und zivile Verteidigung

Die Aufgaben des Zivilschutzes stellen elementare Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge dar. Hier ist zu überprüfen, inwieweit die Anordnung der Bundesaufsicht gem. Art. 85 Abs. 4 GG ausreichend ist, um Art und Ausmaß der Wahrnehmung von Zivilschutzaufgaben bundesweit wirksam und effizient zu gewährleisten. Die Prüfung sollte sich auch darauf erstrecken, inwieweit zumindest eine **gesetzliche Festlegung von Kriterien zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch die Länder** im Bereich des Zivilschutzes hilfreich ist. Insbesondere scheint eine **ausdrückliche Ermächtigung des Bundes** angezeigt, im Zivilschutz **eigene Engpassressourcen und Reserven aufzubauen und vorzuhalten sowie einzusetzen und zu betreiben** (beispielsweise in Ergänzung von § 4 Abs. 1 ZSKG).

Einsatzgeschehen

3. Akteure des Bevölkerungsschutzes in Deutschland

In der Systematik der Erfüllung der Aufgaben im Bevölkerungsschutz – Zivil- und Katastrophenschutz – in Deutschland nehmen die anerkannten Hilfsorganisationen ein jeweils eigenes Mandat wahr. Für das DRK ergibt sich diese Mandatierung insbesondere aus dem Völkerrecht und dem Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz und andere freiwillige Hilfsgesellschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen (DRK-Gesetz – DRKG). Der bestehende Rechtsrahmen und die Rechtspraxis tragen dem nur in Teilen und nur situationsbedingt Rechnung. Daraus ergeben sich die folgenden Empfehlungen:

- a) Dem bestehenden Rechtsrahmen ist die staatliche **Übertragung von Zivilschutzaufgaben** nur ansatzweise zu entnehmen. Eine ausdrückliche **gesetzliche** Übertragung der Mitwirkung in der Aufgabenerfüllung, beispielsweise in § 26 ZSKG, ist nachzuholen. Zusätzlich ist eine Regelung von Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung der anerkannten Hilfsorganisationen im Zivilschutz erforderlich. Eine dadurch erzielte Klarheit der Rechtslage würde Handlungssicherheit für sämtliche öffentlichen und privaten Zivilschutzakteure geben und so die Effektivität und Effizienz der Hilfeleistung in allen Phasen der Leistungserbringung stärken.
- b) Gleiches gilt für weitergehende Aufgaben und die Konkretisierung der beiderseitigen Rechte und Pflichten im Rahmen der **zivilen Verteidigung**.
- c) Alternativ könnten Zivilschutzaufgaben auf der Ebene des Bundes im Rahmen eines **öffentlich-rechtlichen Vertrages** übertragen werden.
- d) Im Bereich des **Katastrophenschutzes** bedingt die gegenwärtige Diversität landes-

gesetzlicher Regelungen und Konzepte, vgl. § 26 Abs.1 Satz 1 ZSKG, Unsicherheiten und daraus resultierende Verzögerungen und Fehler auf Seiten aller Beteiligten. Auf der Grundlage der bestehenden Zuständigkeitsverteilung sollte auf die Option eines **Musterentwurfs eines Katastrophenschutzgesetzes** mit dem Instrument des bundeseinheitlichen Landesrechts ein besonderes Augenmerk gelegt werden.

- e) Aus der einfachgesetzlichen Bestätigung des Mandats der anerkannten Hilfsorganisationen folgt die rechtssichere Möglichkeit ihrer **direkten verwaltungsrechtlichen Beauftragung**.
- f) Die anerkannten Hilfsorganisationen sollten bei Hilfsoperationen regelmäßig und als Regelakteure des Bevölkerungsschutzes **in Krisen- bzw. Verwaltungsstäbe und Führungsstäbe** im Zivil- und Katastrophenschutz integriert werden. Damit würden einerseits die Strukturen und Verfahren des Bevölkerungsschutzes gestärkt und andererseits Maßnahmen im Rahmen der Hilfsoperationen vereinfacht und beschleunigt.

4. Proaktives und Ebenen-/Akteur-übergreifendes Informationsmanagement in Krisenlagen

Es besteht in Deutschland kein einheitliches Ressourcenregister. Die Hilfeleistung im (Zivil- und) Katastrophenschutz basiert umfangreich auf der Eigeninitiative der beteiligten Behörden bzw. privaten und öffentlichen Organisationen. Diese Eigeninitiative kann insbesondere dann in einem wirksamen und effizienten Bevölkerungsschutz resultieren, wenn sowohl Bedarfe als auch Fähigkeiten bekannt sind. Länderübergreifende Hilfersuchen ersetzen dies nicht. Vor diesem Hintergrund sollten **verpflichtende Ressourcenregister und entsprechende Verfahren** / Informationsprotokolle geschaffen werden, die weder durch föderale Strukturen noch durch Verschlusseinstufungen eingeschränkt werden.

5. „Geschäftsführung ohne/mit Auftrag“ für Hilfsorganisationen

Die konkrete Hilfeleistung im (Zivil- und) Katastrophenschutz erfordert regelmäßig finanzielle Entscheidungen mit sofortiger Wirkung. Selbst in enger Abstimmung mit Behörden gehen die – privatrechtlich organisierten – anerkannten Hilfsorganisationen dabei regelmäßig erheblich in finanzielle Vorleistung. In Ermangelung standardisierter Vereinbarungen erfolgen diese Vorleistungen im gegenseitigen Vertrauen auf eine spätere Heilung durch Nachholung einer förmlichen Vereinbarung oder nachträgliche Akzeptierung der getroffenen Maßnahmen. **Bundesweit akzeptierte Muster und Standards** werden hier sowohl während als auch im Nachgang die Effizienz der Hilfeleistungen wesentlich stärken.

6. Rechtssicherheit bei der Nutzung von KI

Eine wirksame Hilfeleistung im Bevölkerungsschutz ist auf die Verfügbarkeit von Daten angewiesen. Gleichzeitig sind Daten insbesondere in der Phase der unmittelbaren Reaktion im Krisenfall nicht oder nur schwer verfügbar. Es ist ein Rechtsrahmen erforderlich für eine **datenschützende schnelle Erhebung von Daten und Nutzung von KI bei der Datenauswertung**, um Hilfeleistungen möglichst genau und angemessen auf die jeweiligen spezifischen Bedürfnisse ausrichten zu können.

Rechtsstellung von Helferinnen und Helfern im Bevölkerungsschutz

7. Gleichstellung der Helferinnen und Helfer (Helfendengleichstellung)

Der Bevölkerungsschutz in Deutschland ist zu rund 90% ehrenamtlich organisiert, und diese ehrenamtlichen Helferinnen und Helfer sind zu großen Teilen in den fünf anerkannten Hilfsorganisationen verankert. Im bundesweiten Vergleich werden diese Helfenden der anerkannten Hilfsorganisationen derzeit ungleich behandelt gegenüber

- einerseits den Helferinnen und Helfern von THW und Freiwilligen Feuerwehren sowie
- andererseits Helferinnen und Helfern der anerkannten Hilfsorganisationen aus unterschiedlichen Bundesländern.

Diese ungleiche Behandlung von insgesamt ca. 1,7 Mio Helfenden im Bevölkerungsschutz erfolgt insbesondere im Hinblick auf Freistellungen und Entgeltfortzahlungen, Ausgleichs- und Ersatzansprüche sowie soziale Absicherung, in Einsatzsituationen sowie im Rahmen von Aus-/Fortbildungen und Übungen.

Um nicht nur das Ehrenamt, sondern auch das effiziente Funktionieren des Bevölkerungsschutzes in Deutschland insgesamt zu sichern, bedarf es einer bundesweit einheitlichen Gleichbehandlung der Helferinnen und Helfer im Zivil- und Katastrophenschutz. Diese Gleichbehandlung kann auf verschiedene Weise hergestellt werden, beispielsweise durch einen Staatsvertrag, ein Bundesgesetz auf der Grundlage von Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) oder durch eine Harmonisierung der Landesgesetzgebungen, ggf. auf der Grundlage eines Mustergesetzes. Etwaige Teilschwächen oder -lösungen sind durch Kombinationen rechtlicher Optionen auszugleichen.

8. Spontanhelfende und ungebunden Helfende im Bevölkerungsschutz

Ein Bevölkerungsschutz, der sowohl modern und zeitgemäß als auch nachhaltig und belastbar ist, wird dauerhaft gestärkt, wenn spontan und ungebunden Helfende jedenfalls für die Dauer ihrer Hilfe an bestehende Strukturen angebinden werden können. Dies erfordert auf der einen Seite, dass Akteure des Bevölkerungsschutzes derartige Strukturen konzeptionell und personell vorhalten und aktivieren. Auf der anderen Seite muss der rechtliche Rahmen so ausgestaltet sein, dass sämtliche Beteiligte ausreichend und angemessen geschützt sind:

- a) Der bestehende Rechtsrahmen definiert bereits weitgehend, dass private Helfer rechtlich abgesichert sind. Dieser **Schutz** muss als solcher auch bestehen, wenn spontan und ungebunden Helfende **kurzfristig in die Strukturen der (anerkannten Hilfs-) Organisationen** eingegliedert werden und für diese Zeit in deren Auftrag handeln.
- b) Dieser staatliche Schutz muss sich auch auf **Unternehmen und ihre Mitarbeitenden** erstrecken, die in einer Hilfeleistung Spontanhilfe leisten (Arbeitsunfall/BG-Fälle vs. Spontanhilfe).

9. Stärkung des Rechtsrahmens für die psychosoziale Nachsorge für Einsatzkräfte

Es ist ein Erfolg in der Organisationskultur der (anerkannten Hilfs-)Organisationen, dass die psychische Gesundheit von Einsatzkräften (PSNV-E) in der Folge von Einsätzen eine gestiegene Aufmerksamkeit erhält. Das Angebot, das den Einsatzkräften gemacht werden kann, ist jedoch abhängig insbesondere von einer **Angebots- und Kostendeckung durch Versicherungen**. Eine **Erweiterung des Rechtsrahmens** würde die Resilienz ehren- und hauptamtlicher Einsatzkräfte nachhaltig stärken.

Nachbereitung und Finanzabwicklung

10. Klare Zuständigkeiten bei der Finanzierung und Abrechnung von verwaltungs-/ebenenübergreifenden Einsätzen

Landesgesetze über den Katastrophenschutz sehen weithin vor, dass die Verantwortung in definierten Situationen auf die nächsthöhere Verwaltungsebene übergeht. Wenn – wie häufig – die **Bindungswirkung von Beauftragungen und Zusagen** sowie die **Zuständigkeit für Abrechnungen** nicht festgelegt sind, werden die Handlungsfähigkeit / -schnelligkeit der Akteure im Bevölkerungsschutz eingeschränkt. Zudem ist regelmäßig nicht eindeutig, ob **Erstattungsansprüche nach öffentlichem oder Zivilrecht abzuwickeln** sind. Diese **Regelungslücken** zu schließen, ist dringend erforderlich, um die Effizienz von Hilfeleistungen zu erhöhen.

11. Kostentragung bei Hilfeleistungen durch private Akteure des Bevölkerungsschutzes

Soweit **staatliche Aufgaben** der Daseinsvorsorge durch Private wahrgenommen werden, ist eine Anerkennung der vollständigen **staatlichen Kostentragungspflicht** unabdingbar, sowohl in der Bundes- als auch in der Ländergesetzgebung. Ein Einsatz von **Spendenmitteln** privatrechtlich organisierter Akteure des Bevölkerungsschutzes zur Finanzierung der Erfüllung staatlicher Aufgaben **scheidet** aus. Entgegenstehende Regelungen sind aufzuheben, und es ist eine „Vorschusspflicht“ der die Leistung anfordernden Verwaltungseinheit zur finanziellen Entlastung der Hilfsorganisationen zu regeln. Dabei begegnet die in jüngsten Krisen zunehmend zu beobachtende Praxis, dass auch **staatliche Akteure Spenden einwerben** bzw. annehmen zur Finanzierung staatlichen Handelns, nicht unerheblichen Bedenken.

12. Vermeidung von Doppelförderungen in der Verwendung von Spendenmitteln

Für die in Krisen und Katastrophen handelnden Akteure ist es sehr aufwendig festzulegen, welche Hilfs- und Rehabilitationsmaßnahmen von staatlicher Seite ersetzt werden und wie anvertraute Spendenmittel verwendet werden können bzw. müssen, um Doppelförderungen zu vermeiden. Hier würde ein **definiertes und transparentes System der Information über konkrete staatliche Finanzierung von Hilfeleistungen** die Effizienz der Hilfeleistung durch die anerkannten Hilfsorganisationen erheblich steigern.

„Lessons to be Learnt“

13. Relevanz von Erkenntnissen aus dem Katastrophenrisikomanagement für Verwaltungsentscheidungen

Aufarbeitungen von Krisen und Katastrophen sind in Wissenschaft und Forschung, Politik und intern in den (anerkannten Hilfs-)Organisationen gute gelebte Praxis. Eine Datenerhebung und **Evaluierung nach internationalen Standards** findet nicht statt, und Ergebnisse werden nur eingeschränkt öffentlich verfügbar gemacht. In der Folge ist eine Vergleichbarkeit zwischen durchgeführten Evaluationen kaum gegeben und können Handlungsempfehlungen nur beschränkt daraus abgeleitet werden. Erkenntnisse des Katastrophenrisikomanagements sollten Niederschlag finden in Verwaltungsvorschriften als **verpflichtend zu berücksichtigende Kriterien bei Verwaltungsentscheidungen**, so dass zukünftige Schäden minimiert oder sogar verhindert werden können.

Gesetzliche Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben

14. Organisationen, Einheiten, Einrichtungen und Anlagen für den Zivilschutz

Vor dem Hintergrund einer sich verändernden europäischen Sicherheitsordnung bedarf es eines funktionierenden und zeitgemäßen Zivilschutzes sowohl auf internationaler und EU-Ebene, aufgrund seiner Wahrnehmung durch die Staatengemeinschaft und nicht zuletzt geografischen Lage gerade aber auch in Deutschland. Zum Schutz potenzieller Opfer bewaffneter Konflikte ist integraler Bestandteil die wirksame Umsetzung der einschlägigen völkerrechtlichen Normen in deutsches Recht. Die Definition des Zivilschutzes und von Zivilschutzaufgaben in § 1 ZSKG setzt Art. 61 lit. a des I. Zusatzprotokolls (1977) zu den Genfer Abkommen von 1949 (ZP I) in deutsches Rechts um, und § 3 ZSKG macht die Einhaltung der „Voraussetzungen (...) des Artikels 61“ für „Einheiten, Einrichtungen und Anlagen, die für den Zivilschutz eingesetzt werden“ verpflichtend.

Die Umsetzung weiterer Vorgaben aus dem humanitären Völkerrecht fehlt jedoch:

- a) Eine Definition der „**Zivilschutzorganisation**“ gem. Art. 61 lit. b ZP I ist gesetzlich nicht geregelt, nicht zuletzt mit Blick auf die Frage militärischer Zivilschutzorganisationen und militärischen Zivilschutzpersonals (Art. 67 ZP I). Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die für das Eingreifen des humanitär-völkerrechtlichen Schutzes vorausgesetzte Ausschließlichkeit der Wahrnehmung von Zivilschutzaufgaben.
- b) Einzelheiten einer Ausschließlichkeit der Wahrnehmung von Zivilschutzaufgaben sind ebenso wenig geregelt für das **Personal** von Zivilschutzorganisationen gem. Art. 61 lit. c ZP I.
- c) Dies gilt zudem für die Festlegung der „**zuständigen Behörden**“ zur Schaffung oder Zulassung von Organisationen, Einheiten, Einrichtungen und Anlagen.

15. Kennzeichnung von Zivilschutzorganisationen, Personal, Gebäude und Material

Art. 66 ZP I bestätigt die Möglichkeit der Kennzeichnung von Zivilschutzorganisationen, deren Personal, Gebäude und Material sowie Schutzbauten zur Erhöhung der Erkennbarkeit im bewaffneten Konflikt und in der Folge größeren praktisch-operativen Wahrscheinlichkeit, dass der vom humanitären Völkerrecht vorgesehene Schutz eingehalten wird.

Dabei **unterscheiden** die Vorschriften des Art. 66 Abs. 2 und Abs. 7 ZP I über das **Wahrzeichen** des Zivilschutzzeichens zwischen seiner Verwendung als Schutzzeichen einerseits (Anspruch auf völkerrechtlichen Schutz) und als Kennzeichen andererseits (Zugehörigkeit zu einer Organisation, Person etc. des Zivilschutzes). Diese Unterscheidung und ihre Rechtsfolgen sind ebenso wenig vom deutschen Gesetzgeber geregelt worden wie die Einzelheiten des **Rechts zur Führung des Zivilschutz-Schutzzeichens**. Eine Regelung ist jedoch erforderlich, um sowohl unrichtigem Gebrauch und Missbrauch entgegenzuwirken als speziell auch die tatsächliche Schutzwirkung des Zivilschutz-Schutzzeichens so wirksam wie möglich auszugestalten.

16. Vorsichtsmaßnahmen gegen die Wirkungen von Angriffen

Art. 58 ZP I verpflichtet die Parteien eines internationalen bewaffneten Konflikts zum Ergreifen von Vorsichtsmaßnahmen, um die Zivilbevölkerung, individuelle Zivilpersonen und zivile Objekte gegen die Wirkungen von bewaffneten Angriffen zu schützen. Diese aus dem humanitären Völkerrecht erwachsende Rechtspflicht zu einem **passiv-präventiven Zivilschutz** ist im deutschen Rechtssystem bisher nur in Ansätzen in einfachgesetzliche Regeln umgesetzt worden. Dies gilt umso mehr, als Art. 58 ZP I eine der äußerst seltenen Vorschriften des humanitären Völkerrechts ist, die Rechtspflichten gegenüber der eigenen Zivilbevölkerung einer Konfliktpartei begründet.

- a) **Konkrete Beurteilungs-, Abwägungs- und Handlungsanweisungen** würden die unterschiedlichen anzusprechenden Hoheitsträger mit einem tauglichen verwaltungsrechtlich handhabbaren Instrumentarium ausstatten und so das Schutzz Potenzial des passiv-präventiven Zivilschutzes wesentlich erhöhen. Dies gilt nicht zuletzt für Dienstvorschriften und Einsatzregeln der Bundeswehr.
- b) **Art. 57 ZP I** ist nach modernem Verständnis nicht nur auf einen Schutz der Zivilbevölkerung einer gegnerischen Konfliktpartei ausgerichtet, sondern zieht auch Schutzpflichten gegenüber der eigenen Zivilbevölkerung im Sinne eines **aktiv-präventiven Zivilschutzes**. Dieses neuere Verständnis muss in das Verwaltungshandeln von Hoheitsträgern eingeführt werden.

Wirtschaftsrecht

Empfehlen sich im Kampf gegen den Klimawandel gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Heidelberg

I. Klimaschutz und Gesellschaftsrecht

1. Unternehmen zählen zu den wesentlichen Emittenten von Treibhausgasemissionen. Sie verfügen zugleich über die technische und organisatorische Expertise, wie sie ihre Prozesse emissionsärmer strukturieren können. Sie haben insofern eine *corporate climate responsibility*. Daher sollten sie – neben der öffentlichen Hand und privaten Haushalten – in die Klimatransformation der Bundesrepublik mit einbezogen werden.
2. Das öffentliche Klimaschutzrecht stößt unternehmerische Klimatransformationsprozesse bislang nicht hinreichend an. Eine zusätzliche Aktivierung des Gesellschaftsrechts, um im Kampf gegen den Klimawandel einen Beitrag zu leisten, erscheint vielversprechend und angesichts gewandelter Verkehrserwartungen zeitangemessen. Auf EU-Ebene wird das Gesellschaftsrecht mit der CSRD und der CSDDD bereits für eine Klimatransformation der Unternehmen aktiviert. Zu empfehlen ist daher auch für das nationale Recht eine Flankierung des öffentlichen Klimaschutzrechts um ein moderates *corporate climate enforcement*.
3. „Klimaneutralität“ ist der gesetzgeberische Leitbegriff (Art. 2 Abs. 2 EU-Klimagesetz, Art. 19a Abs. 2 lit. a Ziff. iii Bilanz-RL nF, Art. 15 Abs. 1 CSDDD, § 15 Abs. 1 S. 1 KStG). Neuerdings adressiert § 18 EnEFG sogar „klimaneutrale Unternehmen“.
 - a) Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen, auch bei gesetzgeberischen Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts den Begriff der Klimaneutralität zugrunde zu legen.
 - b) Auch wenn die naturwissenschaftliche Definition von Klimaneutralität noch andere physikalische Effekte mit einbezieht, verwendet der europäische Gesetzgeber den Rechtsbegriff der Klimaneutralität komplexitätsreduzierend und typisierend ausschließlich in Bezug auf Treibhausgase. Dieser Rechtsbegriff sollte auch für Unternehmen herangezogen werden.
4. Klimaneutralität ist primär durch *Reduktion* von Treibhausgasemissionen zu erreichen. Eine *Kompensation* von Treibhausgasen durch Erwerb von Zertifikaten aus Entnahme- oder Vermeidungsprojekten ist zulässig, sofern die sog. Zusätzlichkeit der Treibhausgasemissionsreduktion sichergestellt ist und die Wahl der Kompensation statt ihrer Reduktion hinreichend begründet ist. Wenn Gesellschaften Treibhausgasemissionen kompensieren möchten, sollten sie auf zuverlässige, vom EU-Gesetzgeber näher definierte Zertifizierungsstandards zurückgreifen müssen.

5. Eine Gesellschaft sollte als klimaneutral eingestuft werden, wenn ihre Treibhausgasbilanz bezogen auf *Scope 1* und *2*-Emissionen ausgeglichen ist und die Gesellschaft darlegt, dass sie in dem Prozess ihrer Klimatransformation der Reduktion von Emissionen Vorrang gegeben und die Kompensation der verbleibenden Treibhausgase im konkreten Fall begründet hat.

II. Eine Klimatrias für das Gesellschaftsrecht

6. Das Klimaneutralitätsziel, das sich die EU bis 2050 und die Bundesrepublik bis 2045 gesetzt haben, sollte möglichst freiheitswährend und marktkonform auf Unternehmen übertragen werden. Hierfür werden drei gesetzgeberische Maßnahmen – eine „Klimatrias für das Gesellschaftsrecht“ – angeregt:
 - a) eine Klimaquote für Großunternehmen.
 - b) ein Rechtsformzusatz „klimaneutral“, der allen Kapital- und Personengesellschaften als Signalling-Instrument offensteht.
 - c) eine punktuelle Anreicherung der bewährten Corporate Governance um Elemente der Klimagovernance.

III. Klimaquote

7. Für Großunternehmen wird als privatautonomiekonforme Maßnahme in einem neuen § 76a AktG die Einführung einer Klimaquote empfohlen. Es geht dabei um eine vom Vorstand autonom gesetzte Jahreszielgröße zur Verringerung der Treibhausgasemissionen, die nach außen zu veröffentlichen wäre.
8. Grundidee der Klimaquote ist, das Klimaneutralitätsziel der Bundesrepublik auf Großunternehmen zu erstrecken. Diesen sollte dabei lediglich ein Endziel – Klimaneutralität bis zum Jahr 2045 – vorgegeben werden. Sie gewinnen dadurch Planungssicherheit, während ihnen gleichzeitig die Entscheidungsfreiheit belassen würde, mit welchen Maßnahmen und mit welcher Geschwindigkeit sie dieses Ziel erreichen.
9. Die Klimaquote sollte an bereits etablierte Regelungstechniken und existierende unternehmerische Prozesse anknüpfen:
 - a) Als Regelungsvorbild empfehlen sich die §§ 76 Abs. 4 AktG, 36 GmbHG, die auf den Gedanken der Selbstverpflichtung (selbstgesetzte Zielgrößen zur Emissionsverringereung) und Transparenz setzen. Der Anwendungsbereich der Klimaquote sollte sich dementsprechend zunächst auf börsennotierte oder mitbestimmte Gesellschaften beschränken.
 - b) Ferner sollte die Klimaquote auf den Klimaberichtspflichten (CSRD) und der Pflicht zur Erstellung eines „Übergangsplans“ (Art. 15 CSDDD) aufbauen, welche die Unternehmen europarechtlich ohnehin zu erfüllen haben.
10. Die Klimaquote sollte auf eine Verringerung (Reduktion und Kompensation) der *Scope 1*- und *2*-Emissionen zielen, für deren Definition es sich empfiehlt, auf Annex II der Delegierten Verordnung 2023/2772/EU vom 31.7.2023 zu rekurrieren. *Scope 3*-Emissionen sollten vorerst von der Klimaquote ausgenommen bleiben; für sie sollte lediglich eine Berichtspflicht greifen.

11. Der Klimaquote sollte ein Klimatransformationsplan zugrunde liegen. Dieser wäre von der Unternehmensleitung zu erstellen und jährlich zu aktualisieren. Diese Empfehlung wäre zugleich ein Vorschlag zur Richtlinienumsetzung von Art. 15 CSDDD, der die Erstellung eines „Übergangsplans“ vorschreibt. Endziel des Klimatransformationsplans sollte die Klimaneutralität der Gesellschaft bis spätestens 2045 sein.
12. Für Härtefälle sollte eine begründungsbedürftige Ausnahmeregelung gelten. Ein solcher Härtefall könnte etwa dann vorliegen, wenn die Transformation zur Klimaneutralität bis 2045 eine Gesellschaft in ihrer Existenz oder ihrem Versorgungsauftrag gefährdet.
13. Der Befolgungsanreiz der Klimaquote sollte, ähnlich der Geschlechterquote in § 76 Abs. 4 AktG und § 36 GmbHG, ausschließlich aufgrund von Transparenz und Reputation bestehen. Den Schwächen des Sanktionssystems bei der Geschlechterquote würde insofern Vorschub geleistet, als die Klimaquote eine feste Endzielgröße (Klimaneutralität bis 2045) aufweist. Abgesehen von der allgemeinen Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen (§ 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG), die ohnehin gilt, sollte es keine Sanktionierung bei Verfehlung der mit der Klimaquote selbstgesetzten Emissionsverringerrungsziele geben. Insofern sollte man lediglich eine gesteigerte Erklärungsspflicht bei Verfehlung der Emissionsverringerrungsziele (*comply or explain*) vorsehen.

IV. Rechtsformzusatz „klimaneutral“

14. Die Rechtsformpalette sollte um den gesetzlichen Status der Klimaneutralität erweitert werden, der es einer Gesellschaft erlaubt, mit dem ergänzenden Rechtsformzusatz „klimaneutral“ im Rechtsverkehr aufzutreten, z. B. „GmbH (klimaneutral)“. Ein denkbarer Regelungsstandort wäre ein neuer § 20 HGB. Grund dafür ist – sowohl im B2B- als auch im B2C-Verhältnis – ein Bedarf für ein staatlich verifiziertes Signalling, um dem Markt glaubhaft zu signalisieren, dass ein Unternehmen wirklich klimaneutral ist.
15. Der ergänzende Rechtsformzusatz „klimaneutral“ sollte gesellschaftstypenübergreifend sowohl Kapital- als auch Personengesellschaften offenstehen.
16. Folgende Voraussetzungen für die Erlangung des Status und des Rechtsformzusatzes „klimaneutral“ und seine Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 707 BGB), im Handelsregister (§ 8 HGB) oder im Partnerschaftsregister (§ 5 PartGG) sollten in Anlehnung an ausländische Regelungsvorbilder gesellschaftsrechtlich abgesichert sein:
 - a) die Gesellschaft sollte sich in der Satzung zur Klimaneutralität und zu einem Geschäftsmodell, das überwiegend auf klimaneutrale Produkte und/oder Dienstleistungen setzt, verpflichten müssen;
 - b) der Zustand der Klimaneutralität müsste bereits erreicht sein;
 - c) ein Abschlussprüfer oder ein anderer unabhängiger Erbringer von Bestätigungsleistungen (z. B. TÜV) sollte das Vorliegen der Klimaneutralität jährlich für das vorangegangene Geschäftsjahr prüfen und attestieren; das Ergebnis der Prüfung wäre zu veröffentlichen;
 - d) die Klimaneutralität sollte in der Satzung einem Ressort der Geschäftsleitung zugeordnet werden.

V. Klimagovernance

17. Die Leitungs- und Sorgfaltspflichten der §§ 76, 93 AktG sollten *nicht* um ergebnisbezogen zu berücksichtigende Klimabelange ergänzt werden. Eine solche Abwägung der Klimabelange mit justitiablem Gewicht im Rahmen aller (Leistungs-)Entscheidungen würde zu einem erheblichen bürokratischen Mehraufwand führen und gleichzeitig dem Klimaschutz – da er wegabgewogen werden könnte – wenig bringen. Eine Ergänzung der §§ 76, 93, AktG um lediglich prozedural mit zu berücksichtigende Klimabelange hätte dagegen lediglich eine deklaratorische Signalwirkung.
18. Im Aufgabenprofil des Aufsichtsrats gewinnen Klimafragen bei der Kopplung der Vorstandsvergütung an Klimaziele (§§ 87 Abs. 2 S. 2, 87a AktG), der Prüfung der Klimaberichterstattung (§ 171 Abs. 1 S. 4 AktG) und der Überwachung der Klimapolitik des Vorstandes (§ 111 Abs. 1 AktG) erheblich an Bedeutung. Der Aufsichtsrat börsennotierter oder mitbestimmter Aktiengesellschaften sollte daher durch die Einfügung eines neuen § 100 Abs. 5 S. 2 AktG *in seiner Gesamtheit* über *Klimaexpertise* verfügen.
19. Zusätzlich zur Klimaexpertise sollte der Aufsichtsrat in börsennotierten oder mitbestimmten Aktiengesellschaften einen *Klimaausschuss* bilden, § 107 Abs. 5 AktG nF. Der Klimaausschuss wäre für die Erörterung klimabezogener Aufgaben des Gremiums, insbesondere für die Vorbereitung des Beschlusses zur Billigung von Klimatransformationsplan und -quote, zuständig.
20. Im Aktienrecht erwächst aus der steigenden Bedeutung von Klimathemen das Bedürfnis für besondere Mitwirkungsrechte der Aktionäre. Zugleich ist deren konsultative Beteiligung *de lege lata* noch nicht hinreichend rechtssicher ausgestaltet. Dieses Spannungsverhältnis sollte bei börsennotierten oder mitbestimmten Gesellschaften durch die Einführung eines *Say on Climate* aufgelöst werden. Das *Say on Climate* sollte als (unverbindlicher) Konsultativbeschluss auf Initiative des Vorstands oder einer qualifizierten Aktionärsminorität (zwanzigster Teil des Grundkapitals) ausgestaltet sein. Beschlussgegenstände sollten sowohl der Klimatransformationsplan als auch die Klimaquote sein.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln

1. Im Kampf gegen das globale Problem des Klimawandels ist ein Dreiklang von internationaler Kooperation, technischer Innovation und Anpassung (seitens Unternehmen, Staat und Bürgern) wichtig.
2. Unilaterale Regelungen einzelner Länder oder Wirtschaftsräume bleiben gemessen am globalen Ausstoß von Treibhausgasen (THG) weitgehend wirkungslos bei fossilen Brennstoffen, die auf den Weltmärkten gehandelt werden. Tatsächlich steigen die globalen Treibhausgasemissionen und die Fördermengen an fossilen Brennstoffen ungeachtet der deutlich reduzierten Nachfrage aus Europa ungebremst weiter an. Die in Europa eingesparten Energieträger bleiben nicht im Boden, sondern werden von den Eigentümern

woandershin verkauft und dort verbrannt („Wasserbetteffekt“). Für den Kampf gegen den Klimawandel sind aber nicht lokale Reduktionen, sondern die globalen THG-Emissionen entscheidend.

3. (Auch) Nationale Alleingänge, die das Gesellschaftsrecht im Sinne eines *Greening Corporate Law* (Weller) fortentwickeln sollen, entfalten zwar lokale Wirkungen und können weitere positive Effekte haben (beispielsweise Mitarbeitergewinnung und -motivation fördern, Erwartungen von anderen Stakeholdern erfüllen, langfristig die Wettbewerbsfähigkeit stärken u. a. m.), tragen aber zur Lösung des globalen Problems der steigenden CO₂-Emissionen wahrscheinlich wenig bei.
4. International abgestimmte, klimaschutzbezogene Regulierungen sollten für die größte Wirkung vor allem bei den sehr großen Unternehmen ansetzen. Es ist eine belastbare Hypothese, anzunehmen, dass eine kleine Zahl von sehr großen Unternehmen für den größten Teil der industriellen CO₂-Emissionen verantwortlich ist und dass die regulatorisch zu erreichende Wirkung mit abnehmender Unternehmensgröße sinkt.
5. Kleine und mittelgroße Unternehmen (KMU) werden durch die klimaschutzbezogenen Regulierungen überproportional belastet. Der Gesetzgeber ist gefordert, kapitalmarktfremde KMU vor unverhältnismäßigen Anforderungen wirksam zu schützen.
6. Die Nachhaltigkeitsberichterstattung ist ein wichtiges Instrument der klimaschutzbezogenen Regulierung im Gesellschaftsrecht. Sie bewirkt Transparenz, erweitert die Rechenschaftsfunktion der Unternehmensberichterstattung und setzt Anreize (*nudging approach*) dazu, Klimaaspekte in Geschäftsstrategien zu integrieren sowie Effekte messbar und damit steuerbar zu machen.
7. Die EU Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) und die dazu als delegierte Rechtsakte erlassenen European Sustainability Reporting Standards (ESRS) schießen allerdings über das legitime Ziel hinaus. Die Berichtspflichten nach Maßgabe der doppelten Wesentlichkeit (Outside-in und Inside-out-Perspektive, Art. 19a I BilanzRL i.d.F. durch die CSRD) bezogen auf E-, S- und G-Aspekte, die Einbeziehung von sog. Scope 3-Emissionen in die Berichtspflichten und vor allem die detaillierte Ausformung durch die ESRS mit jetzt schon mehr als 1.000 relevanten Datenpunkten entfernen sich von der teleologischen Basis der Finanzberichterstattung, verursachen hohe Rechtsbefolgungskosten und stehen in einem problematischen Spannungsverhältnis zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zudem ist fraglich, ob es legitim ist, detaillierte ESRS im Wege delegierter Rechtsakte zu erlassen.
8. Der EU-Sonderweg bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung mit der Entwicklung eigener, detaillierter ESRS ist rechts- und wirtschaftspolitisch unklug und ökologisch unnötig. Für diesen Bereich funktioniert internationale Kooperation und gibt es bereits international abgestimmte Standards.
9. Fehler bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung berühren nach geltendem Recht die Wirksamkeit des Jahresabschlusses nicht unmittelbar, § 256 AktG gilt für den Lagebericht nicht. Dabei sollte es bleiben. Die bestehenden Sanktionsmechanismen bei fehlerhafter Berichterstattung, nämlich externe Abschlussprüfung, Bilanzkontrolle sowie Bußgeld- und Straftatbestände, reichen aus.

10. Die Befassung mit der Unternehmensberichterstattung und die Billigung der Abschlüsse sollte weiterhin dem Gesamtaufsichtsrat obliegen und auch bei börsennotierten Aktiengesellschaften nicht erledigend auf den Prüfungsausschuss delegiert werden.
11. Eine substantielle eigene Rechtmäßigkeitsprüfung der umfangreichen Unternehmensberichterstattung durch den Aufsichtsrat ist von diesem angesichts der Komplexität und Fülle der einzuhaltenden Rechtsvorschriften und der Komplexität der berichtspflichtigen Unternehmen(sgruppen) nicht leistbar. Die Pflichten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Überwachung der Unternehmensberichterstattung sind deshalb vorrangig prozessorientiert zu entfalten, namentlich mit Blick auf die Auswahl und die konstruktive Zusammenarbeit mit dem Abschlussprüfer. Daneben geht es darum, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihr jeweiliges Fachwissen, etwaiges gesellschaftsinternes Spezialwissen und den „gesunden Menschenverstand“ einbringen. Die Formulierung des § 171 AktG sollte entsprechend angepasst werden. Besondere Aufmerksamkeit verlangt die Unternehmensberichterstattung im Aufsichtsrat, wenn Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten bestehen. Insoweit gelten für alle Teile der Unternehmensberichterstattung ähnliche Grundsätze.
12. Nicht notwendig erscheinen mir Änderungen bei § 100 Abs. 5 und § 107 AktG. Die klimaschutzbezogene Organisation des Aufsichtsrats kann dessen Organisationsautonomie überlassen bleiben.
13. Kritisch sehe ich den Vorschlag von *Weller* für eine verpflichtende Klimaquote für Großunternehmen, jedenfalls, wenn dadurch eine zusätzliche, sich mit den Regeln nach CSRD und CSDDD überschneidende Normschicht geschaffen würde. Solcherart sich überschneidende, aber nicht vollständig deckungsgleiche Normschichten verursachen erfahrungsgemäß zusätzliche Rechtsbefolgungskosten bei zweifelhaftem Mehrwert für den Klimaschutz. Denkbar wäre, die Klimaquote als Umsetzung der klimabezogenen Regeln der CSDDD zu verstehen, doch dürfte das wesentliche Anpassungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Einbeziehung von Scope-3-Emissionen und der Sanktionsmechanismen notwendig machen.
14. Der Empfehlung von *Weller* betreffend ein Say on Climate i.S. eines (unverbindlichen) Konsultativbeschlusses auf Initiative des Vorstands oder einer qualifizierten Aktionärsminorität sowie betreffend einen staatlich geschützten und sanktionierten Rechtsformzusatz für klimafreundliche Unternehmen stimme ich zu.

Thesen zum Referat von Wiss. Mitarbeiterin Vera Obernosterer, Köln

I. Voraussetzungen an ein gesetzgeberisches Handeln

1. Der Gutachtenauftrag der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung beschränkt die Diskussion auf einen einzelnen Nachhaltigkeitsaspekt: den Klimawandel. Diese Verengung ist sinnvoll, weil es damit gelingt, die Debatte nicht schon im Ausgangspunkt mit der allseits beklagten Konturlosigkeit des Nachhaltigkeitsbegriffs zu belasten und zudem dem daraus

resultierenden Folgeproblem der Zielkonflikte auszuweichen. Dennoch befreit der Fokus auf den Klimawandel nicht davon, gesetzgeberische Maßnahmen auf ihre Kompatibilität mit anderen Nachhaltigkeitsaspekten zu überprüfen.

2. Der Frage nach Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts muss die Frage vorgelagert sein, ob nicht andere Bereiche des Rechts dieses Anliegen effizienter und passgenauer verfolgen können. Zudem ist dringend darauf zu achten, dass sich die Maßnahmen der unterschiedlichen Teildisziplinen nicht zu einer ineffizienten Belastungskumulation auf Seiten der Unternehmen aufaddieren.
3. Die stetige Ausweitung des Berichtswesens ist kein Allheilmittel, um gesellschaftliche Missstände, namentlich den Klimawandel, zu bekämpfen. Im Gegenteil stößt dieser Mechanismus an seine Grenzen, weil nicht nur die Berichtskapazitäten der Unternehmen, sondern auch die Informationsverarbeitungskapazitäten der Adressaten längst erschöpft sind, sodass ein Aufwand bleibt, der eher schadet als nutzt. Es bedarf daher alternativer Regelungsstrategien, um die Eindämmung des Klimawandels voranzutreiben.

II. Klimatransformationsplan

4. Wie schon das Gutachten vorschlägt, schreibt auch der Europäische Gesetzgeber vor, dass besonders große Unternehmen künftig einen Klimatransformationsplan erstellen und darüber berichten müssen. Daher sind die Vorschläge des Gutachtens stets im Pendelblick zu den künftig umzusetzenden Vorgaben der CSDDD und der Nachhaltigkeitsberichterstattung nach der CSRD i. V. m. ESRS E1 zu betrachten. Das gilt nicht nur hinsichtlich des Anwendungsbereichs und des Inhalts des Klimatransformationsplans, sondern insbesondere auch im Hinblick auf mögliche Sanktionen.

III. Klimaquote

5. Die mit der Klimaquote einhergehende Verankerung des Klimaneutralitätsziels bis 2045 im Gesellschaftsrecht ist zu begrüßen. Durch die Zielvorgabe können systematisch die Hauptverursacher des Klimawandels – namentlich Großunternehmen – in die Pflicht genommen werden, einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung des 1,5 °C-Ziels des Pariser Klimaabkommens zu leisten.
6. Um nicht einer Börsen- bzw. Rechtsformflucht Vorschub zu leisten, sollten aber die Anknüpfungspunkte der Klimaneutralitätspflicht – die Börsennotierung und Mitbestimmung – überdacht werden. Im Einklang mit den Europäischen Vorgaben bietet sich alternativ die Größe des Unternehmens an.
7. Da der Klimatransformationsplan ohnehin eine Planung voraussetzt, die mehrere Jahre umfasst, erscheint demgegenüber der Mehrwert einer jährlichen Emissionsreduktionsquote zweifelhaft. Daher sollte der Gesetzgeber kritisch hinterfragen, welchen zusätzlichen Zweck ein jährliches Emissionsreduktionsziel gegenüber dem künftigen Klimatransformationsplan erfüllt.
8. Die Klimaquote beruht mit den darin angelegten Hebeln der Transparenz und Reputation auf Befolgungsanreizen, deren Wirkkraft von vielen verschiedenen und zudem dynamischen Faktoren abhängt. Da allerdings Sanktionen als Verhaltensanreiz ebenfalls

Schwächen aufweisen, könnte der Gesetzgeber über weitere Verhaltensanreize nachdenken. Dazu bietet sich in erster Linie die Vorstandsvergütung an. Als Anknüpfungspunkt der variablen Vergütung eignet sich der Klimatransformationsplan, da er sowohl kurzfristige als auch langfristige Erfolgsparameter enthält und so ungesunde Fehlanreize vermeiden kann.

IV. Say on Climate

9. Ein *Say on Climate* sollte nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn grundsätzlich von einem positiven Effekt der Regelung auf die Klimatransformation ausgegangen werden kann.
10. Das *Say on Climate* kann ein wirksames Instrument sein, um die Aktionäre als Treiber für die Klimatransformation zu aktivieren. Durch ihre Beteiligung an der Klimastrategie können sie einen besonderen Druck auf den Vorstand ausüben und ihren klimastrategischen Vorstellungen Gehör verschaffen. Der dadurch entstehende Dialog zwischen Unternehmensleitung und Aktionären kann zu Vertrauen und Bewusstsein für die Thematik führen.
11. Die etwaigen Auswirkungen des *Say on Climate* sind abhängig von der Expertise und dem individuellen Zuschnitt des Aktionariats. Jedenfalls muss bedacht werden, dass ein aktionärsseitiger Beschluss nur dann einen positiven Effekt auf das Klima haben kann, wenn das Aktionariat klimafreundlich eingestellt ist.
12. Zudem ist das *Say on Climate* nicht nur abstrakt, sondern konkret im Gesamtkontext der sonstigen legislativen Vorschläge des Gutachtens zu betrachten. Speziell im Hinblick auf die Zielvorgabe der Klimaneutralität kommen dann aber Zweifel auf, welchen Mehrwert ein Mitspracherecht der Aktionäre haben kann, wenn die Klimatransformation auf das Jahr 2045 determiniert ist und deswegen die Ermessensspielräume des Vorstands möglicherweise erheblich reduziert sind.
13. Vor diesem Hintergrund kann das *Say on Climate* das Vorstandsermessen tendenziell in den Aktiengesellschaften positiv beeinflussen, die nicht der Klimaneutralitätsvorgabe unterliegen. Folglich sollten in die Überlegungen des Gutachtens zu einem *Say on Climate* alle Aktiengesellschaften – unabhängig von der Börsennotierung und Mitbestimmung – einbezogen werden.
14. Folgt man dem Gutachten, sollte das *Say on Climate* nicht als obligatorischer Beschluss ausgestaltet werden, sondern als fakultativer Beschluss auf der Grundlage eines Initiativrechts. Dieses Initiativrecht wäre aber jedenfalls nach dem Vorbild eines Tagesordnungsergänzungsverlangens zu gestalten. Dementsprechend sollte sich das Quorum aber an § 122 Abs. 2 AktG und nicht § 122 Abs. 1 AktG orientieren.
15. Knüpft man an das regulatorische Konzept des Gutachtens im Hinblick auf den Billigungsbeschluss des Aufsichtsrats (§ 76a Abs. 3 AktG-E) an, ließe sich die gedankliche Brücke zum bestehenden Mechanismus des § 171 Abs. 2 S. 4 AktG weiterführen und – alternativ zum vorgeschlagenen *Say on Climate* – eine ähnliche Struktur implementieren. Danach würde die Hauptversammlung selbst nach dem Vorbild des § 173 Abs. 1 AktG bei Nichtbilligung durch den Aufsichtsrat über die Billigung des Klimatransformationsplans

und der Klimaquote entscheiden. Um der Hauptversammlung dafür die bestmögliche Informationsgrundlage zur Verfügung zu stellen, sollte der Aufsichtsrat entsprechend dem § 171 Abs. 2 S. 1 AktG zusätzlich zur vorstandsseitigen Erläuterung der Beschlussvorlage (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG) über die Gründe seiner Nichtbilligung berichten.

V. Collaborative Sustainability Engagements

16. Da die Rechtslage hinsichtlich *Collaborative Sustainability Engagements* mit einigen rechtlichen Unsicherheiten behaftet ist, wäre eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert, wann ein aktionärsseitiges Zusammenwirken kapitalmarkt- und übernahmerechtliche Pflichten auslöst. Andernfalls könnten die Unsicherheiten dazu führen, dass die Aktionäre in ihrem Engagement für das Klima gehemmt werden.
17. Gerade wenn sich der Gesetzgeber für ein *Say on Climate* entscheidet, sollte er darüber nachdenken, eine Ausnahme für den klimabezogenen Beschluss im Tatbestand des *Acting in Concert* vorzusehen.

VI. Aufsichtsrat

18. Eine besondere Klimaexpertise des Aufsichtsrats sollte nicht gesetzlich vorgeschrieben werden. Das Anforderungsprofil des Aufsichtsrats wird – abgesehen von § 100 Abs. 5 AktG – nicht eigenständig festgelegt, sondern ergibt sich spiegelbildlich aus dem Aufgabenfeld des von ihm zu überwachenden Vorstands, sodass dessen Klimaverantwortung automatisch auch auf den Aufsichtsrat ausstrahlt. Dessen Mitglieder müssen sich die nötigen Kompetenzen aneignen, um zu überprüfen, ob der Vorstand dieser Verantwortung nachkommt. Eine zu kleinteilige Aufspaltung der Aufsichtsratskompetenz in einzelne Schwerpunkte wird der Grundkonzeption dieses Amtes nicht gerecht und verrechtlicht den Auswahlprozess über Gebühr.
19. Dagegen sollte dem Prüfungsausschuss die letztverantwortliche Billigung der Abschlüsse und der Nachhaltigkeitsberichterstattung überlassen werden, wenn sich aus den Erfahrungen der Praxis ergibt, dass der diverse – und möglicherweise auch fachfremde – Blick des Gesamtplenums keinen erkennbaren Mehrwert aufweist.

VII. Rechtsformzusatz

20. Die Signalwirkung eines Rechtsformzusatzes „klimaneutral“ ist neben etablierten – vor allem produktbezogenen – Nachhaltigkeitsiegeln fraglich. Unter dem Gesichtspunkt, dass den Unternehmen selbst die Abwägung überlassen werden kann, wie viel Nutzen der Rechtsformzusatz im Verhältnis zu den dann entstehenden Kosten hat, sollte der Gesetzgeber den Rechtsformzusatz „klimaneutral“ in Erwägung ziehen. Allerdings sind dabei die für den Staat entstehenden Kosten nicht völlig außer Acht zu lassen.

Thesen zum Referat von Syndikusrechtsanwältin Dr. Friederike Rotsch, Frankfurt a. M.

I. Allgemeines

1. Das Thema Klimaschutz stellt zweifellos eine der größten Herausforderungen unserer Zeit dar. In Anbetracht des internationalen Wettbewerbs von Unternehmen und Rechtsordnungen erscheint es jedoch nur begrenzt sachgerecht und zielführend, mit dem Klimaschutz einen Teilaspekt zur Nachhaltigkeit herauszugreifen und nationale Sonderregelungen im Gesellschaftsrecht zur Flankierung europäischer Vorgaben zu schaffen.
2. Deutsche Unternehmen sind Normadressaten verschiedenster Regelungen zur Nachhaltigkeit im weitesten Sinne (EU-Taxonomie, CSDDD, CSRD, DCGK, FÜPoG I/II, LkSG etc.) mit zum Teil kleinteiligen Vorgaben. Die Materie strahlt dabei zunehmend in verschiedene Rechtsbereiche aus, auch in das Gesellschaftsrecht, das nach funktionalem Verständnis nur den Organisationsrahmen darstellt, während unerwünschte externe Effekte wirtschaftlicher Betätigung traditionell im öffentlichen Recht zu adressieren sind. Hinzu kommen private Standardsetzungen, Forderungen von Investoren und Nichtregierungsorganisationen bis hin zu Klimaklagen sowie branchenspezifische Besonderheiten für den Finanzsektor. All dies erzeugt weitere Dynamik für Unternehmen in einem von Heterogenität geprägten Umfeld.
3. In dieser Gemengelage sind schon derzeit auch unterhalb der Unternehmensorgane zahlreiche Funktionen – von der Einkaufsabteilung über das Rechnungswesen bis hin zu Investor Relations, Marketing und Vertrieb – mit Nachhaltigkeitsbelangen befasst. Etliche Unternehmen haben spezielle Nachhaltigkeits- oder ESG-Abteilungen geschaffen. Ferner ist die Vergütungsstruktur von Vorstandsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften nach § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG auf eine nachhaltige und langfristige Entwicklung der Gesellschaft auszurichten, was – auch ohne eine Rechtspflicht – in der Praxis zu einer zunehmenden Einbeziehung von ESG-Zielen führt.
4. Auch um nicht andere wichtige unternehmerische Herausforderungen in den Hintergrund treten zu lassen, muss der Gesetzgeber sich in diesem Bereich – wie auch sonst – jeweils kritisch fragen, ob und inwieweit er weitere Aktivitäten zur Schaffung verpflichtender Vorgaben zur Nachhaltigkeit entfalten sollte und ob die börsennotierte oder mitbestimmte Aktiengesellschaft als Abgrenzungskriterium für im Gesellschaftsrecht verankerte Regelungen zu überzeugen vermag.

II. Klimaquote

5. Die in Umsetzung der CSRD vorgesehene Nachhaltigkeitsberichterstattung sieht umfassende Angaben zu Nachhaltigkeitsaspekten vor, auch unter Anknüpfung an die im Pariser Klimaabkommen verankerten Klimaziele. Darüber hinaus werden Unternehmen über die CSDDD künftig verpflichtet, einen Klimatransformationsplan zu erstellen und umzusetzen. Es ist davon auszugehen, dass sich ein Marktstandard etabliert, der auch eine gewisse Vergleichbarkeit ermöglicht, wie es für die vom Gutachten angeführte Angabe einer

Klimaquote als prozentuale Jahreszielgröße auf dem Weg zu einer Klima-/Treibhausgasneutralität der Fall ist.

6. Gleichzeitig ist fraglich, ob die vom Gutachten ins Feld geführte Zielvorgabe einer Klimaneutralität bis 2045 richtig gewählt und grundsätzlich von jeder mitbestimmten oder börsennotierten Aktiengesellschaft – unabhängig von ihrem jeweiligen Betätigungsfeld und Ausgangsniveau – zu erfüllen ist. Auch mit einer Härtefallregelung bleibt die Frage, ob Unternehmen letztlich zur Geschäftsaufgabe gezwungen sein könnten, weil sie mit dieser Vorgabe im internationalen Wettbewerb nicht bestehen könnten. Im Extremfall könnte das sogar dazu führen, dass einzelne Unternehmen bis 2045 ohne Rücksicht auf Klimaschutzbelange weiterproduzieren, um danach ihre Tätigkeit einzustellen.

III. Rechtsformzusatz „klimaneutral“

7. Richtig erscheint, dass ein gesetzlicher Status, der verschiedenen Gesellschaftstypen offensteht und keine Umwandlung bei der Erfüllung oder dem Wegfall der jeweiligen Voraussetzungen erfordert, vorzugswürdig wäre gegenüber einer gänzlich neuen Rechtsform. Gleichwohl ist angesichts der ohnehin bestehenden weitgehenden Gestaltungsfreiheit, insbesondere im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, der Bedarf für die Einführung eines gesellschaftstypenübergreifenden Rechtsformzusatzes „klimaneutral“ kaum erkennbar.
8. Gerade im Bereich der Nachhaltigkeit sind private Zertifizierungen, die ausschließlich auf Marktkräfte und effektive privatautonome Kontrollmechanismen setzen, naheliegender und auch bereits anzutreffen. Insbesondere bei einer gesetzlichen Lösung wären nicht zuletzt Folgefragen zum Entzug und zur Haftung in den Blick zu nehmen, etwa wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass keine Klimaneutralität vorlag. Die europäischen Gesetzgebungsvorhaben zur *Green Claims* Richtlinie und der *Empowering Consumers* Richtlinie zeigen beispielhaft, wie etwa der Terminus „klimaneutral“ aus einer gesetzgeberischen Perspektive behandelt wird.

IV. Klimagovernance

9. Ein materielles Aufladen von § 76 AktG um Klimaschutzbelange ist ebenso abzulehnen wie die verpflichtende Berücksichtigung von Klimaaspekten im Rahmen der Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 AktG, weil (auch) derartige Maßnahmen bloß der Bürokratie Vorschub leisten würden. Hierin ist dem Gutachten zuzustimmen. Die Erweiterung des Pflichtenkanons um allgemeine Gemeinwohlvorgaben drohte eher zu einer konturenlosen Beliebigkeit der Leitungspflichten zu führen als zu einer Förderung der Klimaschutzziele. Auch ohne ausdrückliche Regelungen kann (und gegebenenfalls muss) der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens Nachhaltigkeitsziele verfolgen und zur Verwirklichung des Unternehmensinteresses auch Klimaschutzbelange besonders betonen.
10. Das Gutachten geht zu Recht davon aus, dass die verpflichtende Schaffung eines *Chief Climate Officers* auf Vorstandsebene aller Aktiengesellschaften zu weitgehend in die Leitungsautonomie des Vorstands eingriffe. Hier würde ohne Berücksichtigung unternehmens- oder branchenspezifischer Besonderheiten und unter Ausblenden der realen Gegebenheiten die Organisationsfreiheit der Gesellschaft beschnitten.

11. Ebenfalls zu Recht verneint das Gutachten die Notwendigkeit eines besonderen *Climate Expert* im Aufsichtsrat. Die Interessenlage ist nicht vergleichbar mit den bisherigen Vorgaben in § 100 Abs. 5, 1. Halbsatz AktG, der im Nachgang des Wirecard-Skandals 2021 geändert wurde und der zum Ziel hat, dass ein Experte die im Aufsichtsrat zur Rechnungslegung bzw. Abschlussprüfung relevanten Themen mit dem nötigen Sachverstand beurteilen und mit unternehmensangehörigen Spezialisten und dem Abschlussprüfer auf Augenhöhe erörtern kann.
12. Doch auch der Bedarf für eine gesetzliche Vorgabe in Anlehnung an die Sektorenkenntnis in § 100 Abs. 5, 2. Halbsatz AktG, wonach alle Aufsichtsräte börsennotierter und mitbestimmter Aktiengesellschaften dazu verpflichtet wären, in ihrer Gesamtheit über Sachverstand auf dem Gebiet des Klimaschutzes zu verfügen, ist – auch angesichts der Vorgaben des DCGK (Grundsatz 6, Empf. C.1 Satz 3) – nicht erkennbar.
13. Die verpflichtende Einrichtung eines Klimaausschusses auf Ebene des Aufsichtsrats börsennotierter und mitbestimmter Aktiengesellschaften ist ebenso zu weitgehend. Gerade Aufsichtsräte von Gesellschaften, die für sich in dem Thema eine besondere Relevanz ausmachen, können im Rahmen von § 107 Abs. 3 Satz 1 AktG bereits entsprechend vorgehen und machen davon auch Gebrauch. Ansonsten lassen sich etwa Themen wie die Nachhaltigkeitsberichterstattung oder Investitionen in Nachhaltigkeitsprojekte mit den üblicherweise bestehenden Ausschüssen (etwa Prüfungsausschuss bzw. Strategieausschuss) bereits heute mit dem nötigen Sachverstand bewältigen.
14. Ein Beschluss der Hauptversammlung zu unternehmenseigenen Klimaschutzmaßnahmen mag ein probates Mittel für den Vorstand darstellen, um sich des Zuspruchs der Aktionäre gewiss zu sein, etwa bei größeren Investitionen in Nachhaltigkeitsprojekte. In Extremfällen kann sogar eine Satzungsänderung erforderlich werden. Daneben sind auch ohne eine erforderliche Satzungsänderung Situationen denkbar, in denen der Vorstand mit Blick auf § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG schon aus eigenem Interesse einen (verbindlichen) Beschluss nach § 119 Abs. 2 AktG einholen wird. Doch auch unterhalb dieser Schwelle ermöglicht das bestehende Recht die Einholung eines Konsultativbeschlusses auf Initiative des Vorstands, der – trotz seines Charakters als unverbindliches Votum – eine faktische Bindungswirkung erzeugt.
15. „Say on Climate“-Beschlüsse haben in Deutschland noch Seltenheitswert, und auch international ist die Entwicklung vergleichsweise jung. Auf Seiten der Investoren und Stimmrechtsberater ist keine einheitliche Linie zu diesem Thema erkennbar, in einigen Jurisdiktionen wächst die Skepsis gegenüber ESG und auch eine vereinzelte Abkehr ist zu beobachten. Die dem „Say on Climate“-Beschluss zugrundeliegende Thematik betrifft die Geschäftsführung, für die nach § 76 Abs. 1 AktG der Vorstand zuständig ist. Bei einer gesetzlichen Ermöglichung von Konsultativbeschlüssen auf Antrag einer Aktionärsminorität verblasst diese Kompetenzabgrenzung. Auch „Say on Anything“-Beschlüsse ließen sich mit dem Schlagwort der Aktionärsdemokratie rechtfertigen. Bevor der Gesetzgeber auf diesem Gebiet tätig wird, bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Insoweit erscheint die Entlastung als Zeichen der Missbilligung des Handelns der Unternehmensleitung ein vorerst ausreichendes Mittel.

Medienrecht

Wie lässt sich öffentliche Informationsverantwortung in Zeiten digitaler und multipolarer Kommunikationskultur realisieren? Welche Aufgaben haben der Staat, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die Wissenschaft?

Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Leipzig

1. Plattformbetreiber wie soziale Netzwerke unterfallen dem Schutz der Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 GRCh). Sie gestalten durch allgemeine Geschäftsbedingungen die Kommunikation in ihren Netzwerken. Vor allem bestimmen Plattformbetreiber durch Algorithmen, welcher Nutzer welchen Inhalt erhält (News Feed). Auf diese Weise beeinflussen sie den grundrechtlich geschützten Kommunikationsprozess.¹
2. Der Grundsatz der Staats- bzw. Unionsferne der Medien folgt aus der personalen Autonomie des Grundrechtsträgers und dem Schutz der demokratischen Funktion der Medien (s. Art. 11 Abs. 2 GRCh: „Freiheit der Medien“). Die Ableitung des Gebots der Staatsferne der Medien aus dem Vielfaltsgesetz (s. Art. 11 Abs. 2 GRCh: „ihre Pluralität“) durch das BVerfG geht dogmatisch fehl und gefährdet die für die Demokratie konstituierende Kommunikationsordnung.²
3. Das grundrechtliche Gebot staatsferner Medienaufsicht bezieht sich nicht nur auf den linearen Rundfunk und die Einhaltung vielfaltssichernder (Ausgestaltungs-)Gesetze. Es gilt auch für nichtlineare (Teledienste bzw.) Mediendienste einschließlich Plattformen mit publizistisch relevanten Inhalten und für die Kontrolle von Schrankengesetzen (allgemeine Gesetze).³
4. Die Staatsferne der Medien ist im nationalen Recht unzureichend gewährleistet. § 53 Abs. 3 S. 2 MStV i. V. m. § 15 AktG erfasst nur die Beherrschung durch gesellschaftsrechtliche Beteiligung, nicht die vertragliche Beherrschung. Für Telemedien existieren keine die Staatsferne der Medien sichernden Regelungen.⁴
5. Missachtet der Staat die Grenzen zulässiger staatlicher Informations- und Öffentlichkeitsarbeit, weil er nicht (zulässige) Selbstdarstellung, sondern (unzulässige) Medienarbeit betreibt, verletzt er nicht nur die grundgesetzliche Kompetenzordnung, sondern auch den Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass die Landesmedienanstalten befugt sind, gegen unzulässige staatliche Telemedienangebote vorzugehen.⁵

1 → B) II. 2., S. 12 ff.

2 → B) III. 1., S. 20 ff.

3 → B) III. 3., S. 23 ff.

4 → C), S. 28 ff.

5 → D), S. 30 ff.

6. Der Gesetzgeber sollte den Informationsauftrag als Markenkern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Schwerpunktsetzung zugunsten von Information, Bildung und Beratung in den Hauptprogrammen, durch entsprechende Sendezeitvorgaben für die Hauptprogramme und ggf. durch Budgetierung stärken.⁶
7. Der DSA verarbeitet nicht genügend, dass Plattformbetreiber wie soziale Netzwerke nicht nur durch Art. 16 GRCh, sondern auch durch Art. 11 GRCh geschützt sind.⁷
8. Die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Inhalten im Rahmen des DSA bestimmt sich nach dem Recht des EU-Mitgliedstaates, in dem der Nutzer ansässig ist oder seinen Sitz hat (Bestimmungslandprinzip). Das gilt für Anordnungen nationaler Behörden gem. Art. 9 und Art. 10 DSA, bei der (horizontalen) Regulierung des Verhältnisses zwischen Plattformbetreiber und Nutzer (Art. 16, Art. 17, Art. 20 und Art. 23 DSA) und für Anordnungen des Koordinators für digitale Dienste gem. Art. 51 DSA.⁸
9. Art. 16 ff. DSA schaffen nicht durchgehend einen sachgerechten Ausgleich der grundrechtlich geschützten Interessen der Beteiligten (Plattformbetreiber, von Löschung Betroffene und von Inhalten Betroffene). Insbesondere durch (rechtswidrige) Inhalte in ihren (Persönlichkeits-)Grundrechten betroffene Dritte sind unzureichend geschützt. Die teilweise vorhandenen Schutzlücken lassen sich durch analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des DSA bzw. durch unionsgrundrechtskonforme Auslegung des DSA schließen. Mit diesen Maßgaben entsprechen die dem Plattformbetreiber nach Art. 16 ff. DSA obliegenden Verfahrenspflichten den Anforderungen, die der BGH für Anbieter sozialer Netzwerke bei einer Löschung von Inhalten und einer Sperrung des Nutzerkontos entwickelt hat.⁹
10. Die Aufsicht der EU-Kommission über sehr große Plattformbetreiber wird dem Gebot der Unionsferne der Medien nicht gerecht. Der Kommission sind Beurteilungs-, Ermessens- und Handlungsspielräume eröffnet, die sich zur Informationslenkung und Steuerung des Kommunikationsprozesses nutzen lassen, der im Interesse des Einzelnen und der Demokratie von Einflüssen nicht nur der Regierungen der Mitgliedstaaten, sondern auch der Kommission freizuhalten ist. Die Aufsicht sollte dem Europäischen Gremium für Mediendienste (Art. 8 ff. EMFA-E) übertragen werden.¹⁰
11. Die Landesmedienanstalten sind zu Anordnungen i. S. d. Art. 9 DSA gegenüber Plattformbetreibern wegen der Verbreitung rechtswidriger Inhalte Dritter nach §§ 104 Abs. 1, 109 Abs. 1 i. V. m. § 17 S. 2 und 3 MStV befugt. Der Gesetzgeber sollte allerdings den (in der Ausklammerung des § 17 MStV liegenden) redaktionellen Fehler in §§ 105 Abs. 1 Nr. 2 und 109 Abs. 1 S. 1 MStV korrigieren. Er sollte klarstellen, dass die Landesmedienanstalten gegenüber Plattformbetreibern bei der Verbreitung rechtswidriger Inhalte die erforderlichen Maßnahmen ergreifen dürfen und hierfür die ZAK zuständig ist.¹¹

6 → E), S. 38 ff.

7 → F) I. 5., S. 57 ff.

8 → F) I. 6., S. 61 ff.

9 → F) I. 8., S. 73 ff.

10 → F) I. 9., S. 84 ff.

11 → F) II. 1., S. 88 ff.

12. Der DDG-E des Bundes ist mit Art. 30 GG unvereinbar, weil § 12 Abs. 1 DDG-E nur die BNetzA und nicht auch die Landesmedienanstalten als zuständige Behörde i. S. d. Art. 49 Abs. 1 DSA benennt und weil den Landesmedienanstalten nicht die Befugnisse nach Art. 51 i. V. m. Art. 49 Abs. 4 DSA übertragen sind.¹²
13. Das Grundanliegen des EMFA-E, die Unabhängigkeit der Medienanbieter insbesondere gegenüber den Mitgliedstaaten zu gewährleisten, steht außer Zweifel, weil es der Verwirklichung des Art. 11 Abs. 1 und 2 GRCh („Freiheit der Medien“) dient. Der EMFA-E thematisiert aber nur die Einwirkung des Staates auf die Medien von außen, nicht hingegen die Einflussnahme durch staatliche Medienanbieter. Vor allem fehlt im EMFA-E eine Regelung, die es dem neu errichteten Europäischen Gremium für Mediendienste ermöglicht, Maßnahmen gegen unionsweit tätige Mediendienstanbieter zu ergreifen, die – wie Russia Today (RT) – Propaganda und Fake News verbreiten.¹³

12 → F) II. 2., S. 92 ff.

13 → G) II. 2., S. 98 ff.

Thesen zum Referat von Prof. Dr. Laura Münkler, Bonn

1. Die Struktur der Informationsordnung ist für die Funktionsfähigkeit von Meinungsbildung und Demokratie maßgeblich. Aus diesem Grund ist der Staat dafür verantwortlich, sie so mitzugestalten, dass sie den Funktionsbedürfnissen des Art. 5 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG genügt. Hieraus leiten sich sowohl staatliche Aufgaben als auch Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Informationsordnung ab.
2. Auf welche Weise der Staat seiner Verantwortung für die Informationsordnung konkret nachkommt, ist – mit Ausnahme der Einwirkungsgrenzen – weitgehend dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum überlassen.
3. Bislang nimmt er seine Verantwortung hinsichtlich der inhaltlichen Struktur der Informationsordnung insbesondere in dreierlei Weise wahr: Erstens dadurch, dass er selbst aktiv wie auch reaktiv informiert (Öffentlichkeitsarbeit, eigenständige Informationstätigkeit, Beantwortung von Informationsanfragen). Zweitens sucht er die Verfügbarkeit von vielfältigen, vollständigen und verlässlichen Informationen insbesondere durch die Einrichtung, Ausgestaltung und Finanzierung des Öffentlichen Rundfunks zu gewährleisten. Drittens stellt er die Freiheit von Rundfunk, Presse, Film, Kunst und Wissenschaft sicher, die allesamt dazu beitragen, dass eine plurale, staatsfern gebildete und verlässliche Informationsbasis für die Meinungsbildung bereitsteht.
4. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Einwirkung auf die Informationsordnung ergeben sich insbesondere aus der demokratischen Legitimationsstruktur, die vor allem durch die Freiheit der Medien sowie ihre Staatsferne rechtlich operationalisiert wird.
5. Eine nicht staatsfern organisierte Aufsicht über die Medien ist daher ausgeschlossen. Dies gilt auch für die Europäische Kommission.

6. Ferner folgen hieraus Limitationen für die staatliche Informationstätigkeit, die es trotz der Zunahme von Desinformationen zu beachten gilt. Insbesondere darf die staatliche Informationstätigkeit nicht relevant erweitert und als Instrument für „Counterspeech“ genutzt werden. Denn dies drohte zu staatlicher Propaganda zu führen. Eine generelle Information und damit Aufklärung über die Funktionsweise von Desinformationskampagnen ist jedoch möglich und sollte staatlicherseits erfolgen.
7. Dem Staat obliegt es nicht über die Unterbreitung eigener Informationsangebote, deren Beauftragung sowie den Schutz konkreter Rechte hinausgehend für Informationshygiene zu sorgen. Der gesellschaftliche Diskurs darf nicht durch den Staat moderiert werden. Ferner sollte nicht versucht werden, den Anwendungsbereich rechtswidriger Inhalte (§ 3 lit. h) DSA) zur Bekämpfung von Fake-News auszuweiten. Denn die Komplexität des Verhältnisses von Willensbildung und deren Informationsgrundlagen vermag hierdurch nicht adäquat verarbeitet zu werden.
8. An dem Ansatz, den Umgang mit Falschinformationen vornehmlich Selbstregulierungsprozessen zu überlassen, ist daher festzuhalten. Staatlich hauptsächlich positiv auf die Informationsordnung einzuwirken, indem die Sichtbarkeit journalistischredaktioneller Angebote gestärkt, der Telemedienauftrag des öffentlichen Rundfunks ausgedehnt und Kennzeichnungs- sowie Transparenzpflichten eingeführt wurden, überzeugt somit.
9. Die gesellschaftlichen Selbstregulierungsprozesse müssen indes noch weitergehend unterstützt werden. Und zwar in struktureller wie auch finanzieller Hinsicht, sollten sich insoweit Defizite aufun.
10. Ferner erweist es sich als sinnvoll, die bisherigen Zertifizierungsmaßnahmen von Fakten-Checkern zu unterstützen oder staatliche Akkreditierungsmechanismen hierfür zu entwickeln. Dies würde es ermöglichen, bestimmte Fakten-Checker als vertrauenswürdig einzustufen sowie die Platzierung und Sichtbarkeit ihrer Beiträge zu regulieren.
11. Um die informationelle Basis individueller und gesellschaftlicher Willensbildung zu stärken, gilt es des Weiteren, wissenschaftliche Erkenntnisse besser zugänglich zu machen. Hierfür sollte, so noch nicht geschehen, zum einen die Wissenschaftskommunikation als Hochschulaufgabe verankert werden und zum anderen Open-Access Publikationen noch stärker erleichtert und gefördert werden. Hierfür ist insbesondere § 38 Abs. 4 UrhG weiter zu fassen.
12. Des Weiteren gilt es, die ohnehin erfolgende Beratung staatlicher Entscheidungsträger durch Experten transparenter zu gestalten und die in diesem Rahmen erlangten Informationen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.
13. Weil nicht vorherbestimmbar ist, welche Sachinformationen für die politische Willensbildung von Bedeutung sind, überzeugt es, dem Öffentlichen Rundfunk einen Vollversorgungsauftrag zu erteilen. Da zweifelhaft ist, dass Schwerpunkt- und/oder Quotenvorgaben relevante Vorteile für die gesellschaftlichen Informationsgrundlagen mit sich bringen und sich sogar als nachteilig erweisen könnten, sollte nicht zu diesem Mechanismus gegriffen werden. Vorzugswürdig ist stattdessen, den Anstalten unter maßgeblicher Mitwirkung der Gremien die Konkretisierung des Auftrags zu überlassen. Hierdurch wird der demokratieprinzipiellen Forderung einer staatsfernen öffentlichen Meinungsbildung am besten Rechnung getragen.

14. Die erfolgte Erweiterung des Telemedienauftrags ist verfassungsrechtlich zulässig und zudem sinnvoll implementiert worden.
15. Aufgrund der hierdurch erfolgten Aufgabenveränderung der Gremien muss deren Struktur jedoch angepasst werden. Insbesondere ist es notwendig, den Fokus nicht mehr allein auf deren plurale Zusammensetzung zu legen, sondern auch die maßgebliche medien- und kommunikationswissenschaftliche sowie ökonomische Expertise strukturell einzubeziehen.
16. Die Informationsordnung mittels eines pluralen Regulierungsdesigns zu strukturieren, erscheint sowohl demokratietheoretisch als auch mit Blick auf die bestehenden Unklarheiten hinsichtlich verschiedener Bedrohungsszenarien als vorteilhaft. Dabei muss der Blickwinkel indes über den Rundfunk hinaus ausgeweitet und die Potentiale weiterer Akteure in den Blick genommen werden.
17. Dass die Medienkonvergenz nicht mit einer Konvergenz der Regulierungsansätze einhergeht, sorgt zwar für Friktionen. Diese sind indes sinnvollerweise qua Verfeinerung des Intermedienkollisionsrechts zu lösen, anstatt im Wege der Konvergenz des Regulierungsdesigns. Hierzu gilt es, die vorhandenen intermedienkollisionsrechtlichen Mechanismen weiter zu verfeinern. Zugleich ist die finanzielle Situation der privatwirtschaftlichen Medienehäuser im Blick zu behalten.

Thesen zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Nellesen, Bonn

1. Staatliche Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ist nicht auf eine Selbstdarstellung des Staates beschränkt. Sie kann sich auch auf Dritte beziehen.
2. Das Kommunikationsverhalten des Staates hat sich in den letzten Jahren grundlegend verändert. Der Staat hat seine Informations- und Öffentlichkeitsarbeit insbesondere im Bereich der sozialen Netzwerke erheblich erweitert. Dies sollte auch rechtlich nachvollzogen werden.
3. Für Informations- und Öffentlichkeitsarbeit in Medien, die dem Staat nicht offenkundig zurechenbar sind, sollte der Gesetzgeber ein Transparenzgebot normieren. Dieses Gebot soll zur klareren Abgrenzung privater und amtlicher Kommunikation beitragen. Bei Verstößen gegen das Transparenzgebot handelt es sich im Zweifel um amtliche Kommunikation.
4. Staatliche Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ist nur zulässig, wenn sie die Kompetenzordnung wahrt. Für die staatliche Kommunikation in sozialen Medien gilt nichts Abweichendes.
5. Für die Informationsarbeit des Staates, die mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe auslöst, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage in Form einer Befugnisnorm. Der Gesetzgeber sollte überprüfen, in welchen Sachbereichen staatliche Informationstätigkeit einer solchen Befugnisnorm bedarf. Er sollte die erforderlichen Rechtsgrundlagen schaffen.

6. Die normativen Leitplanken der staatlichen Informations- und Öffentlichkeitsarbeit sollten gesetzlich geregelt werden. Hierzu gehören Regelungen zu der grundsätzlichen Zulässigkeit von Informations- und Öffentlichkeitsarbeit, zu deren Grundlagen und Grenzen, zu Form und Umfang sowie zu den mit der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit verfolgten Zwecken.
7. Die Staatsferne der Medien ist im MStV nur unzureichend abgesichert.
 - a) Die Regelungen des MStV zur staatlichen Einflussnahme auf Rundfunkveranstalter reichen nicht aus. Für Telemedienanbieter fehlen entsprechende Sicherungen komplett. Der Gesetzgeber sollte diese Lücken schließen.
 - b) Es fehlt an einer Rechtsgrundlage für aufsichtliches Einschreiten der Landesmedienanstalten gegen staatliche Telemedienangebote. Ein Rückgriff auf die verfassungsmäßige Ordnung aus § 17 Satz 2 MStV (i. V. m. § 109 Abs. 1 Satz 1 MStV) scheidet aus.
 - c) Es ginge zu weit, dem Staat generell zu untersagen, Informations- und Öffentlichkeitsarbeit durch Telemedien wie soziale Netzwerke zu betreiben. Effektive staatliche Informations- und Öffentlichkeitsarbeit setzt voraus, dass der Staat die Menschen erreichen kann. Hierfür muss er über diejenigen Verbreitungskanäle kommunizieren, die auch die Menschen nutzen.
8. Gesetzliche Schwerpunktregelungen, die als medienpolitische Strukturentscheidungen nur in abstrakter Weise vorgeben, wie das Angebot auszugestalten ist, sind für die Hauptprogramme von ARD und ZDF verfassungsrechtlich zulässig. Sie sind vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auszugestalten.
9. Gesetzliche Sendezeitvorgaben für die Hauptprogramme von ARD und ZDF sind mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG jedoch unvereinbar.
 - a) Von der Programmautonomie der Rundfunkanstalten ist die Entscheidung umfasst, festzulegen, welche Sendung zu welcher Zeit ausgestrahlt wird.
 - b) Gesetzliche Sendezeitvorgaben würden nicht nur in abstrakter Weise den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bestimmen, sondern die konkrete Art und Weise der Erfüllung des gesetzlichen Funktionsauftrags festlegen.
10. Es ist rechtspolitisch nicht sinnvoll, Sendezeiten für lineare Programme gesetzlich vorzugeben, um die Informationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu stärken. Solche gesetzlichen Sendezeitvorgaben können die erhofften positiven Effekte nicht erzielen. Vielmehr würde der öffentlich-rechtliche Rundfunk weiter an Akzeptanz verlieren.
11. Die Informationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gebietet es, den Wandel im Nutzungsverhalten (Verschiebung vom Linearen ins Digitale) nachzuvollziehen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk sollte seine digitalen Angebote daher verstärkt ausbauen.
12. Es bleibt die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, für Vielfalt und Qualität von Informationen einzutreten. Defiziten in der Perspektivenvielfalt oder Qualität der Informationen ist effektiv entgegenzuwirken, um das Vertrauen in die Richtigkeit der Berichterstattung nicht zu schwächen und letztlich Akzeptanzverluste in der Bevölkerung

zu vermeiden. Die regelmäßige Überprüfung der Vielfalt und Qualität des Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sollte gesetzlich sichergestellt werden.

13. Der private Lokal- bzw. Regionaljournalismus stirbt immer weiter aus. Deshalb sollte der Gesetzgeber den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Bereich des regionalen Angebots stärken und ausbauen. Bei weiter rückläufiger Entwicklung im Lokaljournalismus sollte der Gesetzgeber die Begrenzung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf regionale Berichterstattung überdenken. Kooperationsmodelle zwischen öffentlich-rechtlichem Rundfunk und lokalen privaten Medien eröffnen neue Chancen.

Thesen zum Referat von Direktor der LfM NRW Dr. Tobias Schmid, Düsseldorf

1. Während die Digitalisierung diverse neue Chancen und Risiken bietet, insbesondere mit Blick auf Schnelligkeit und Reichweite durch technische Möglichkeiten, bleiben Sinn und Zweck der Medienregulierung und -aufsicht gleich. Es gilt die Medienfreiheit mit vier Schutzgütern in Balance zu bringen: der Schutz der Menschenwürde, der Schutz der Jugend, der Schutz der Nutzerinnen und Nutzer und der Schutz der Vielfalt. Verändert haben sich demnach nicht die Ziele, sondern die Masse und Geschwindigkeit der Entwicklung sowie die Multilateralität der Strukturen. Hierfür bedarf es angepasster Instrumente auf europäischer und nationaler Ebene.
2. Der Rechtscharakter von Diensten ist nicht deklaratorisch, sondern richtet sich nach seinem Handeln. Hierbei kann ein Dienst mehrere Rechtscharaktere haben, in welchen er die jeweiligen rechtlichen Erfordernisse zu erfüllen hat. Heterogene rechtliche Strukturen sind zumeist heterogenen gesellschaftspolitischen Zielpunkten geschuldet (z. B. Kartellrecht/Wirtschaftsrecht einerseits und Logik der meritorischen Güter andererseits), mit denen sich wiederum unterschiedliche Eingriffe bzw. Eingriffsintensitäten rechtfertigen lassen. Es liegt am Ende auch in der Verantwortung der Regulierung, die heterogene Ausrichtung einer gesellschaftlichen Ordnung abzubilden. Die gesellschaftspolitische Prärogative liegt beim Souverän und nicht beim Markt.
3. Den Regulierern stehen in Zukunft diverse Verfahren aus DSA, EMFA, AVMD-RL und E-Commerce-RL zur grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung zur Verfügung, die grundsätzlich parallel anwendbar sind. Je nach Dienst, Verstoß, Durchsetzungsziel und erwarteter Effektivität müssen Regulierer individuelle Verfahrensentscheidungen treffen.
4. Der DSA schafft vorrangig eine prozedurale Vollharmonisierung und materielle Voraussetzungen zur Ausgestaltung von Diensten. Für darüberhinausgehende Regelungen für mediale Inhalte fehlt es der Europäischen Union sowohl an der Gesetzgebungskompetenz als auch der Europäischen Kommission als Institution an der praktischen Kompetenz sowie der notwendigen Staats- und Unionsferne. Mit Blick auf Inhalte und damit verbundene Maßnahmen kann der DSA jedoch daher nur im Zusammenspiel mit nationalen

und anderen unionalen Gesetzen sein volles Potenzial erlangen – und nur so wahrt er die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Dies ist besonders eindeutig bei den Bestimmungen im Bereich des Jugendmedienschutzes nach Art. 28 DSA i. V. m. Art. 6a bzw. Art. 28b AVMD-RL und nationalen Entsprechungen, u. a. im JMStV. Dieses komplementäre System gilt ebenso für die Akteure der Aufsicht. Vor diesem Hintergrund ist die parallele Struktur der AVMD-RL i. V. m. nationalem Medienrecht und des DSA bzw. DMA auch in Zukunft zu stärken.

5. Das Herkunftslandprinzip der AVMD-RL und E-Commerce-RL stellt einen Grundstein der europäischen Medienordnung dar. Das Prinzip kann aber nur funktionieren und weiterhin politische Akzeptanz finden, wenn es Missbrauch dieses „Schutzschirms“ ausschließt und zugleich einer effektiven Rechtsdurchsetzung nicht im Wege steht. Die Nicht-Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips sowie der daraus folgenden Abweichungsverfahren i. S. d. E-Commerce-RL im Falle von Anordnungen nach Art. 9 DSA (EG 38 DSA) stellt eine sinnvolle Weiterentwicklung der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung dar. Langwierige Verfahren beim Vorgehen gegen Einzelinhalte können so mit dem Ziel eines „sichere[n] Online-Umfeld[s]“ vermieden werden. Entsprechende Weiterentwicklungen sind auch innerhalb der AVMD-RL sowie der E-Commerce-RL geboten.
6. Aus der Konstruktion des DSA, insbesondere der Aufsichtsstruktur, ergeben sich auch auf nationaler Ebene gewisse Folgefehler. Die in § 12 Abs. 2 DDG-E getroffene Regelung für Jugendschutzmaßnahmen nach dem JMStV, wonach den Ländern die Möglichkeit geben wird, eine zuständige Behörde für Art. 28 Abs. 1 DSA zu benennen – was mit dem 5. MÄStV geschehen wird –, spiegelt die verfassungsrechtlich gesicherte Zuständigkeit der Länder für den Jugendmedienschutz wider.
7. Durch die parallele Zuständigkeit des Koordinators sowie der anderen zuständigen nationalen Behörden (insbes. der Medienaufsicht) bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Inhalten, müssen die Landesmedienanstalten auch bei der Durchsetzung von inhaltsbezogenen Bestimmungen des DSA durch den Koordinator, die BNetzA, einbezogen werden. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund des deutschen Staatsfernegebots sowie der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Hierzu gehört auch, dass die Medienanstalten neben der BNetzA an der Arbeit des Gremiums für digitale Dienste beteiligt werden. Eine solche Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern auf europäischer Ebene wäre vergleichbar mit den Grundsätzen basierend auf Art. 23 Abs. 6 GG.
8. Die Weiterentwicklung und Stärkung der ERGA hin zu einem Europäischen Gremium für Mediendienste (European Board for Media Services, EBMS) ist angesichts der vielfältigen Aufgaben sowie zunehmenden grenzüberschreitenden Aktivitäten der Medienregulierung angemessen. Die Unabhängigkeit des Gremiums von der Europäischen Kommission konnte im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens des EMFA maßgeblich gestärkt werden. Es bleibt allerdings ein Einfallstor der Einflussnahme der Kommission durch die Abhängigkeit des Sekretariates. Die Unabhängigkeit der Struktur muss sich nun also in der Praxis beweisen.

9. Art. 17 EMFA schafft einen Mechanismus im Umgang mit Angeboten aus Drittstaaten, der es nationalen Regulierern ermöglicht, Stellungnahmen des Gremiums beim Ergreifen nationaler Maßnahmen einzubeziehen. Zum effektiven Vorgehen gegen Drittstaatenanbieter müsste der europäische Gesetzgeber jedoch auch Anpassungen an Art. 2 Abs. 4 AVMD-RL vornehmen.
10. Das sogenannte Medienprivileg in Art. 18 EMFA ist ein erster Schritt zur Verhinderung von Doppelregulierung und Stärkung der Rechte von Mediendiensteanbietern auf sehr großen Online-Plattformen. Es bleibt jedoch bei der Schwäche, dass das Letztentscheidungsrecht bei den Plattformen und damit allein bei den Unternehmen liegt. Ein Missbrauch dieser Machtposition kann durch die Regelung des EMFA nicht verhindert werden.
11. Das Staatsfernegebot sollte auch für Telemedien, insbesondere für Medienintermediäre, gelten und durch die Medienanstalten durchsetzbar sein. Darüber hinaus sind im Vergleich zu privaten Anbietern an den Staat im Rahmen der zulässigen Öffentlichkeitsarbeit höhere Anforderungen im Bereich der Transparenz sowie bei journalistisch-redaktionellen Angeboten auch im Bereich der journalistischen Sorgfalt (analog zu § 19 MStV) zu richten.
12. Bei der Regulierung von Desinformation, abgesehen von rechtswidriger Desinformation wie Volksverhetzung, bestehen Schutzlücken. Aufgrund der zwingenden Notwendigkeit der Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Einzelnen und der überwiegenden Gefahr einer verfälschenden und desinformierenden Relevanz und Reichweite von Inhalten sollte ein möglichst inhaltsneutraler, abgestufter Regulierungsansatz gegen Desinformation gewählt werden, der zunächst aus Transparenzbestimmungen und Sorgfaltspflichten besteht. Zuletzt sollte der Gesetzgeber auch ein Verbot manipulativer Verbreitungstechniken, wie „Coordinated Inauthentic Behaviour“, d. h. die massenhafte Verwendung falscher Konten und Bots zur technischen Täuschung über Popularität und Reichweite von Inhalten, erwägen.
13. Der private Rundfunk als zweite Säule im Dualen-System ist elementar für den öffentlichen Informationsraum. Die Public-Value-Regelungen gemäß § 84 MStV zur besseren Auffindbarkeit öffentlich-rechtlicher Angebote sowie privater Angebote, die in besonderem Maß einen Beitrag zur Meinungs- und Angebotsvielfalt leisten, können als Anreizregulierung dazu dienen, dass auch private Rundfunkangebote durch eine bessere Refinanzierbarkeit ihren Beitrag nachhaltig leisten 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)228 983 91-85
Telefax +49 (0)228 983 91-40
info@djt.de www.djt.de