

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**
Hamburg 2020 / Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I
Gutachten



Zitiervorschlag: 73. djt I/... [Gutachten] ... [Seite]
z. B.: 73. djt I/A 1

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 73828 9

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhalt

Abteilung Zivilrecht

Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?

Gutachten von
Prof. Dr. Herbert Zech A 1–A 112

Abteilung Arbeits- und Sozialrecht

Altersvorsorge und Demographie – Herausforderungen und Regelungsbedarf

Gutachten von
Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer B 1–B 114

Abteilung Strafrecht

Wie viel Unmittelbarkeit braucht unser Strafverfahren? – Möglichkeiten und Grenzen von Beweistransfers

Gutachten von
Prof. Dr. Mark Deiters C 1–C 108

Abteilung Öffentliches Recht

Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche Neuregelungen empfehlen sich zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen?

Gutachten von
Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. D 1–D 86
Prof. Dr.-Ing. Sabine Baumgart E 1–E 50

Abteilung Wirtschaftsrecht

Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?

Gutachten von
Prof. Dr. Rupprecht Podszun F 1–F 108

Abteilung Justiz

Empfehlen sich Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?

Gutachten von Prof. Dr. Fabian Wittreck	G 1–G 100
--	-----------

Gutachten A
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?

Gutachten A

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. jur. Dipl.-Biol. Herbert Zech

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht
an der Humboldt-Universität zu Berlin,
Direktor am Weizenbaum-Institut
für die vernetzte Gesellschaft



Zitiervorschlag: 73. djt I/A [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 9783406746321

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln

CO₂
neutral

chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	A 11
I. Eingrenzung der Fragestellung in tatsächlicher Hinsicht: physische Schädigungen durch digitale Systeme	A 11
II. Der Begriff der Verantwortlichkeit bzw. Verantwortung: Beschränkung auf außervertragliches Haftungsrecht	A 12
III. Die Perspektive der Risikosteuerung durch das Haftungs- recht	A 13
IV. Vom Werkzeug zur Hilfsperson?	A 15
V. Aufbau des Gutachtens	A 16
Teil 1. Der technische Hintergrund – Robotik, Maschinenlernen und Vernetzung als Herausforderung für das Haftungs- recht	A 18
A. Grundlagen: Was sind digitale Systeme?	A 18
I. Digitale Systeme als technische Informationsverarbeitung ..	A 18
1. Informationsverarbeitung als zentrales Merkmal	A 18
2. Informationstechnologie (IT) und Automatisierung	A 19
3. Begriff der Künstlichen Intelligenz	A 20
II. Verschiedene Formen der Ein- und Ausgabe von Informa- tion	A 21
1. Grundmodell: Eingabe, Verarbeitung, Ausgabe	A 21
2. Datenanalyse	A 22
3. Steuerung	A 23
III. Virtuelle und physische Systeme: digitale Systeme und ihre Implementierung	A 23
1. Systembegriff: Abgrenzbarkeit	A 23
2. Hardwareebene und virtuelle Ebene	A 24
3. Auswirkung auf verschiedenen Stufen der Wertschöp- fungskette	A 25
IV. Einsatzbereiche digitaler Systeme	A 25
B. Robotik: Von der virtuellen in die reale Welt	A 27
I. Definition	A 27
II. Zunehmende Mobilität und Verbreitung in verschiedensten Lebensbereichen	A 28
III. Vermehrte physische Interaktion mit Menschen	A 29
IV. Spezifische Risiken der Robotik	A 30
1. Physische Schädigung durch digitale Systeme	A 30
2. Teilnahme am Alltag, Verbundrisiko	A 30

C. Lernfähigkeit (Autonomie): Trainieren statt Programmieren	A 31
I. Grundprinzip: System lernt die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, statt sie vorgegeben zu bekommen	A 31
1. Trainieren statt Programmieren (Regeln beruhen auf Gelerntem)	A 32
2. Praktische Relevanz: Problem der zu großen Zustandsräume	A 32
II. Beschreibbarkeit des Gelernten	A 33
1. Symbolische Repräsentation versus implizite Repräsentation (embodied cognition)	A 33
2. Explainable AI	A 33
3. Bedeutung für die Beurteilung digitaler Systeme	A 34
III. Vorgaben durch den Programmierer	A 34
1. Bestimmung der Lernfähigkeit	A 35
2. Setzen von Grenzen: Garantien und Spezifikationen des Verhaltens	A 35
IV. Vorgaben durch den Trainer	A 35
1. Überwachtes Lernen, unüberwachtes Lernen und Lernen durch Verstärkung	A 35
2. Datenquelle	A 36
3. Beendigung des Lernprozesses	A 37
V. Lernfähigkeit als Autonomie	A 37
1. Autonomie als Unabhängigkeit von Vorgaben	A 37
2. Grade zunehmender Autonomie von digitalen Systemen (the extent that an agent relies on its own percepts)	A 38
3. Autonomie und Kontrollmöglichkeiten	A 39
VI. Realisierung durch verschiedene Architekturen: lernfähige Algorithmen, neuronale Netze, hybride Systeme	A 39
1. Lernfähige Algorithmen	A 39
2. Neuronale Netze	A 40
3. Hybride Systeme	A 41
VII. Spezifische Risiken lernfähiger (autonomer) Systeme: Vorhersehbarkeit und Erklärbarkeit des Verhaltens	A 41
1. Vorhersehbarkeit (ex ante): Einfluss des Gelernten (verringerte Risikobeherrschung durch den Programmierer)	A 42
2. Vorhersehbarkeit: Selbstorganisation und spontanes Verhalten	A 42
3. Erklärbarkeit (ex post)	A 44
D. Vernetzung: Internet of Things	A 45
I. Vernetzung digitaler Systeme untereinander: vom Internet zum Internet of Things	A 45
II. Vernetzung von Sensoren und Aktuatoren, Funktechnik	A 45
III. Vernetzung und Bestimmbarkeit einzelner Systeme	A 46

IV. Spezifische Risiken der Vernetzung	A 46
1. Schädigung durch fremde Daten (ungewollt, safety risk)	A 47
2. Angreifbarkeit (security risk)	A 47
3. Komplexe Verursachung	A 48
E. Auswirkungen der technischen Entwicklungen auf haftungsrechtliche Fragestellungen	A 49
I. Beeinträchtigung von Rechtsgütern: neue Risiken	A 49
1. Neue Risiken	A 49
2. Kategorienbildung bei der Beurteilung digitaler Systeme	A 50
II. Verletzungshandlung: Risikoschaffung und -beherrschung	A 51
1. Verschiebung der Risikobeherrschung	A 51
2. Verringerung der Risikobeherrschung	A 51
III. Kausalität und Zurechnung: Risikozurechnung	A 52
IV. Beweisbarkeit	A 52
Teil 2. Bestehende Haftungsregeln	A 54
A. Haftungsregeln, die an Pflichtverletzungen anknüpfen (Verschuldenshaftung)	A 55
I. Bestehen besonderer Verkehrspflichten	A 55
1. Verletzung von Verkehrspflichten beim Umgang mit digitalen Systemen	A 55
2. Berücksichtigung entfernterer Verursachungen	A 56
II. Multikausale Verursachung	A 57
III. Beweisprobleme	A 58
1. Rechtsgrundlagen für Vermutungsregelungen	A 59
2. Vermutung der Verursachung eines Systemzustands	A 60
3. Vermutung der Pflichtwidrigkeit	A 60
B. Haftungsregeln, die an besondere Gefahrenquellen anknüpfen (Betreiberhaftung)	A 61
I. Haftung der Halter und Fahrer von Kraftfahrzeugen	A 61
1. Regelungen des geltenden Rechts für die Verwendungen einer hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion	A 61
2. Anwendbarkeit des § 7 StVG bei Vollautomatisierung	A 61
3. Haftung gegenüber Insassen	A 63
4. Haftung des Fahrers nach § 18 StVG	A 63
5. Haftungsverschiebung auf den Hersteller?	A 64
II. Tierhalterhaftung	A 66
III. Sonstige Gefährdungshaftungstatbestände	A 66
C. Haftungsregeln, die an den Produktpfad anknüpfen (Produkthaftung, Produzentenhaftung)	A 67
I. Produktbegriff: Virtuelles System (Software) als Produkt?	A 67
II. Produktfehler bzw. Sorgfaltspflichten des Herstellers	A 68
1. Ermittlung des Sicherheitsstandards	A 69

2. Konstruktion durch den Programmierer: Risikobegrenzung bei lernfähigen Systemen durch Restriktionen und Garantien	A 70
3. Entwicklungsrisiken	A 71
4. Training als Teil der Herstellung	A 72
5. Sicherheit gegenüber Angriffen als Teil der sorgfältigen Konstruktion	A 72
III. Produktbeobachtung	A 72
IV. Beweisfragen	A 73
V. Funktion der Produkthaftung: Verhältnis von Hersteller und Benutzer bei der Risikobeherrschung ändert sich	A 74
D. Haftungsregeln, die an den Einsatz von Hilfspersonen anknüpfen (Prinzipalhaftung)	A 76
I. Analogie zu § 831 Abs. 1 BGB	A 76
II. Digitale Assistenzhaftung (Analogie zu § 278 BGB, § 31 BGB)	A 77
1. Grundprinzip: Zurechnung deliktischen Verhaltens von Hilfspersonen	A 78
2. Sorgfaltspflichten der Hilfsperson	A 78
3. Tätigwerden in Ausführung der Verrichtungen	A 79
III. Vergleich mit Haftung für digitale Systeme als Werkzeug ...	A 80
E. Beurteilung des geltenden Rechts	A 82
I. Keine besonderen Haftungsregeln für die neuen Risiken	A 82
II. Verschiebung der Risikobeherrschung: geänderte Rolle von Akteuren in bestehenden Regelungen (Hersteller, Anwender)	A 83
III. Kausalität und Zurechnung	A 84
IV. Beweisprobleme bei komplexen Sachverhalten	A 84
V. Schlussfolgerung: Verkehrspflichten und Beweislastregeln als kurzfristige Option zur Anpassung des geltenden Rechts	A 85
1. Verkehrspflichten als klassisches Instrument der Techniksteuerung	A 85
2. Beweislastverteilung als Steuerungshebel	A 86
Teil 3. Vorschläge für eine Anpassung	A 87
A. Anforderungen an eine optimale Haftung	A 87
I. Die Ziele des Haftungsrechts	A 87
II. Bestimmung der optimalen Verantwortlichen (Risikoträger)	A 88
1. Hersteller	A 88
2. Anwender	A 89
3. Betroffene	A 90
4. Verhältnis der Verantwortlichkeiten bzw. Verantwortlichen zueinander	A 90

5. Vergemeinschaftung von Verantwortlichkeiten bzw. Risiken	A 91
III. Wahl zwischen Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung und haftungsersetzender Versicherung	A 92
1. Pflichtwidrigkeit: Steuerung des Sorgfaltsniveaus	A 92
2. Gefährdungshaftung: Steuerung des Aktivitätsniveaus und Anreiz zur Weiterentwicklung	A 93
3. Haftungsersetzende Versicherung: Technikermöglichkeit durch Schadensstreuung	A 93
4. Schlussfolgerung	A 94
B. Digitale Systeme als eigene Haftungssubjekte?	A 95
I. Diskussion um mögliche Rechtspersönlichkeit digitaler Systeme	A 95
II. Digitale Systeme als Hilfspersonen: digitale Assistenzhaftung	A 96
III. Digitale Systeme als eigene Haftungssubjekte (ePerson)?	A 96
C. Schaffung von Gefährdungshaftungsregelungen für besondere digitale Systeme	A 98
I. Eingrenzung der erfassten Gefahrenquellen und der geschützten Rechtsgüter: Schädigung durch digitale autonome Systeme (KI-Unfall)	A 99
1. Robotik, Lernfähigkeit, Vernetzung	A 99
2. Sektorspezifische Regelungen	A 99
3. Kausalitätsnachweis, Vermutungsregeln	A 100
4. Geschützte Rechtsgüter	A 100
II. Kreis der Verantwortlichen: Hersteller und professionelle Betreiber	A 100
III. Haftung für spezifische Gefahren (Schutzzweck)	A 101
IV. Haftungsausschluss und -minderung	A 102
1. Höhere Gewalt	A 102
2. Eingreifen Dritter, Missbrauch	A 102
3. Bedienfehler, Mitverschulden	A 102
V. Umfang der Haftung	A 103
1. Ersatz von Nichtvermögensschäden	A 103
2. Höchstbeträge (Höchstsummen)	A 103
3. Kein Ausschluss der unbegrenzten Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	A 103
VI. Deckungsvorsorge	A 103
VII. Konkurrenz mit bestehenden Haftungsregelungen, europarechtliche Zulässigkeit	A 103
VIII. Resultierende Anreizstruktur	A 104
D. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz	A 105
I. Versicherung einzelner Systeme (Roboter)	A 105

II. Ausgestaltung einer möglichen Unfallversicherung für digitale autonome Systeme (KI-Unfallversicherung)	A 107
1. Versicherung von KI-Unfällen: Umfang des Versicherungsschutzes (personaler, sachlicher und modaler Schutzbereich)	A 107
2. Versicherungsleistungen	A 108
3. Trägerschaft	A 108
4. Finanzierung, Regressansprüche	A 109
5. Haftungsprivileg	A 109
III. Gesellschaftliche Bedeutung und ökonomische Effekte	A 110
Thesen	A 111

Einleitung

Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, ob sich aufgrund der Entwicklungen im Bereich der Informationstechnologie besondere Regelungen zu Verantwortung und Haftung in diesem Technikbereich empfehlen. Als zentrale technische Entwicklungen werden dabei die Robotik, die Lernfähigkeit und die Vernetzung digitaler Systeme identifiziert. Einleitend soll zunächst die Fragestellung eingegrenzt und der Begriff der Verantwortlichkeit geklärt werden. Zudem soll die besondere Perspektive des Haftungsrechts als Instrument der Risikosteuerung und digitaler Systeme als Werkzeug dargestellt werden, bevor überblicksartig der Aufbau des Gutachtens erläutert wird.

I. Eingrenzung der Fragestellung in tatsächlicher Hinsicht: physische Schädigungen durch digitale Systeme

In technischer Hinsicht stellen digitale, d.h. informationstechnische Systeme den Ausgangspunkt der Untersuchung dar. Ihre sprunghafte Entwicklung in der letzten Dekade hat zu besonderen Eigenschaften geführt, die schlagwortartig als Robotik, Autonomie und Vernetzung gekennzeichnet werden können.

Damit ergeben sich auch rechtsdogmatische Beschränkungen, die für die weitere Untersuchung relevant sind: Zum einen geht es nur um die faktische Schädigung durch den Einsatz von digitalen Systemen, nicht um die Schädigung durch rechtliches Handeln.¹ Zum anderen geht es nur um physische bzw. physikalische Schädigungen, bei denen ein digitales System unmittelbar schadensursächlich geworden ist. Schädigungen durch bloßes Informieren sollen dagegen nicht Gegenstand des Gutachtens sein.² Zwar gibt es auch Fälle, in denen eine unmittelbare Schädigung durch digitale Systeme auf informationellem Weg erfolgen kann, dies ist aber nur bei unkörperlichen Rechtsgütern denkbar (Schädigung durch Verbreitung von In-

¹ Damit bleibt die Schädigung durch rechtsgeschäftliches Handeln zwar ausgeblendet, die entsprechende Literatur wird aber berücksichtigt, da sie auch Anhaltspunkte für faktisches schädigendes Handeln bietet, etwa *Kollmann*, Autonome und intelligente Wertpapierhandelssysteme, 2019.

² Zur Schädigung durch Information *Gasser*, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, 2001, S. 48 ff.

formation). In der Regel zeichnen sich Schädigungen auf informationellem Weg dadurch aus, dass zwischen System und Schaden noch einmal menschliches Handeln tritt (etwa durch Plattformen, Anbietern von Suchalgorithmen mit Vervollständigungsfunktion, Entscheidungen in Übereinstimmung mit Art. 22 DSGVO etc.). Sie spielen bei Fragen der Regulierung von Algorithmen eine wichtige Rolle.³

Eine der zentralen Annahmen des Gutachtens besteht darin, dass durch die Entwicklungen in der Robotik unmittelbare Schädigungen durch digitale Systeme auf physikalischem Weg (naturgesetzliche, insbesondere körperliche Einwirkung) häufiger werden und dass dies auch der ursprüngliche Anlass für die aktuelle rechtliche Diskussion um Haftungsregeln für digitale Systeme ist (die Entwicklung lernfähiger Systeme und die zunehmende Vernetzung kamen hinzu).

II. Der Begriff der Verantwortlichkeit bzw. Verantwortung: Beschränkung auf außervertragliches Haftungsrecht

Verantwortlichkeit bzw. Verantwortung für digitale autonome Systeme kann als haftungsrechtliches Entstehenmüssen für Schäden, die im Zusammenhang mit solchen Systemen auftreten, verstanden werden. In rechtlicher Hinsicht geht es bei der zu beantwortenden Frage um das außervertragliche Haftungsrecht. Parallele Diskussionen zu den Auswirkungen der technischen Entwicklung im Vertragsrecht bzw. im Recht der Willenserklärungen⁴ und im Immaterialgüterrecht (digitale Systeme auf Produktions- oder Verletzungsebene, Dateneigentum) werden nur berücksichtigt, soweit diese für das Haftungsrecht relevant sind. Auch die vertragliche Haftung⁵ wird nur am Rande behandelt, da das Hauptaugenmerk auf dem Haftungsrecht als Instrument der Risikosteuerung liegt. Der Einsatz der Technologie als Werkzeug bei der Rechtsanwendung (legal tech) bleibt völlig außer Betracht. Infolgedessen geht es weder um Verstöße gegen Datenschutzrecht noch um Anwendungen, die diskriminierende Wirkungen haben. Auch die künftig relevante Frage, ob ein Verzicht auf den Einsatz digitaler autonomer Systeme sei-

³ Dazu *Hoffmann-Riem* AöR 142 (2017), 1; *Boehme-Neßler* NJW 2017, 3031; *Ernst* JZ 2017, 1026; *Martini* JZ 2017, 1017; *Wischmeyer* AöR 143 (2018), 1 (4) mwN.

⁴ Zu Zurechnungsfragen bei rechtl. Handeln *Sosnitza* CR 2016, 764 (766 ff.); *Hacker* RW 2018, 243 (249 ff.); *Specht/Herold* MMR 2018, 40 ff.; *Grapentin* NJW 2019, 181 (184 ff.); *Pieper* GRUR-Prax 2019, 298 ff.; *Riehm/Meier* in DGRI Jahrbuch 2018 (erscheint demnächst), S. 5 ff.

⁵ Dazu etwa *Spindler* in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 63, 66 f.; *Schaub* JZ 2017, 342 (343).

nerseits haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann,⁶ ist nicht Gegenstand der Untersuchung.⁷

Haftungsrechtliche Verantwortlichkeit bedeutet, dass jemand für einen Schaden haftbar gemacht werden kann.⁸ Der wichtigste Aspekt ist dabei, wer als Verantwortlicher für die entstandenen Schäden haftbar gemacht werden kann (de lege lata) oder soll (de lege ferenda), wenn digitale Systeme als Schadensquelle wirken. Dazu kann man unmittelbar auf die Handlungen im Zusammenhang mit digitalen Systemen abstellen, die schadensursächlich geworden sind (insbesondere Herstellung, Betrieb und Benutzung⁹), was den Regeln des allgemeinen Deliktsrechts entspricht. Andere Regelungen, insbesondere der Gefährdungshaftung, knüpfen an bestimmte Gefahrquellen an, für die jemand als Verantwortlicher bestimmt wird. Für digitale autonome Systeme gibt es solche Regelungen bislang nicht, bestehende Regelungen – etwa die Haftung des Kraftfahrzeughalters – können aber eingreifen. Rechtspolitisch sind die bestehenden Haftungsregelungen daraufhin zu überprüfen, ob sie auch im Zusammenhang mit neuartigen digitalen Systemen zweckgerecht sind. Dabei steht die Perspektive der Risikosteuerung im Vordergrund. Innovationsförderung und Risikosteuerung sind wichtige Ziele des Technikrechts und dienen der Wohlfahrtsoptimierung.

III. Die Perspektive der Risikosteuerung durch das Haftungsrecht

Aus technikrechtlicher Sicht stellt das Haftungsrecht ein wichtiges Instrument der Risikosteuerung dar.¹⁰ Risiko wird dabei als

⁶ Hierzu *Sattler* BB 2018, 2243 (2247 f.).

⁷ Zudem könnten sich künftig Haftungsfragen stellen, wenn digitale autonome Systeme in der Lage sind, Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren. Dann gibt es auch im Bereich von Unternehmen möglicherweise „kein belangloses Datum“ mehr: Hierzu *Sattler* in *Sassenberg/Faber* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things*, 2017, S. 46 ff.

⁸ Zu den Begriffen Verantwortlichkeit und Verantwortung im Haftungsrecht ausführlich *Schulz*, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015, S. 33 ff.; vgl. *Kötz/Wagner* *Deliktsrecht*, S. 3, 86; *Linardatos* ZIP 2019, 504 (506).

⁹ Zu den möglichen Verantwortlichen *Zech* in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 177 ff.

¹⁰ *Wagner* *VersR* 1999, 1441 ff.; *Zech* JZ 2013, 21 (23 ff.); *ders.* in *Jahrbuch SGHVR* 2016, S. 17 ff. Zur Haftung für digitale Systeme *Wagner* in *Faust/Schäfer* (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, 2019, S. 1, 6 ff. Speziell zur Haftung bei automatisierten Fahrzeugen *Borges* CR 2016, 272 (277 ff.); *Hey*, *Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr*, 2019, S. 150 ff.; *Eidenmüller*, *Machine*

Möglichkeit des Schadenseintritts verstanden, die als Produkt von Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit mit einer bestimmten Genauigkeit und Zuverlässigkeit quantifiziert werden kann.¹¹ Dabei kommt es wesentlich auf die Information an, die zur Verfügung steht (Risikowissen), wobei zwischen verschiedenen Akteuren wie etwa Staat, Technikentwickler und Technikanwender Unterschiede bestehen (Informationsasymmetrien). Haftungsrecht kann eine Antwort auf diese Informationsasymmetrien darstellen und erweist sich dabei der klassischen Eingriffsverwaltung als Instrument der Risikosteuerung überlegen. Die zivilrechtliche Haftung ist damit ein wichtiger Baustein der Regulierung digitaler autonomer Systeme.¹²

Risiken durch Verhaltensbeeinflussung zu steuern, setzt voraus, dass der Handelnde überhaupt Einfluss auf das Risiko hat.¹³ Dies spiegelt sich in der zurechenbaren Verursachung einer Rechtsgutsverletzung. Ob darüber hinaus Pflichtwidrigkeit verlangt wird, lässt sich ebenfalls aus der Steuerungsperspektive erklären (unterschiedliche Anreizwirkung). Es ist mit guten Gründen ausgeführt worden, dass der Schadensausgleich gar kein aus sich heraus zu begründendes Gerechtigkeitspostulat darstellt, sondern erst aus der ökonomischen Perspektive eine echte Begründung („Frage nach den ‚eigentlichen Zielen‘ des Haftungsrechts“) erfährt.¹⁴ Das vorliegende Gutachten geht davon aus, dass das Haftungsrecht im Wesentlichen der Wohlfahrtsförderung dient.

Technische Entwicklungen können dazu führen, dass die bestehenden rechtlichen Regelungen angepasst werden müssen. Um die Frage zu beantworten, ob sich durch die dargestellten technischen Entwicklungen für das Haftungsrecht ein Anpassungsbedarf ergibt, muss auf den Zweck haftungsrechtlicher Regelungen geblickt werden. „Verantwortungsdefizite“ bzw. „Verantwortungslücken“ durch technische Entwicklung¹⁵ bedeuten nichts anderes als drohende Fehl-

Performance and Human Failure, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/law-and-autonomous-systems-series-machine-performance-and-human> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

¹¹ Zum Risikobegriff *Seiler*, Recht und technische Risiken, 1997, S. 38 ff.; *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), 264 ff.; *Dietz*, Technische Risiken und Gefährdungshaftung, S. 5 ff. Ebenso für das Datenschutzrecht *Martini* in Paal/Pauly (Hrsg.) DS-GVO BDSG Rn. 15af. Zur Steuerung von Technikrisiken *Zech* JZ 2013, 21 ff.; *ders.* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 19 f.

¹² *Wischmeyer* AöR 143 (2018), 1 (18 ff.). Andere Bausteine wären etwa Zulassungsfragen oder Transparenzfragen, vgl. ebd. S. 42 ff.

¹³ *Borges* CR 2016, 272 (278).

¹⁴ *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, S. 29 f. Zu den Funktionen des Haftungsrechts ausführlich ebd., S. 29 ff.

¹⁵ *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (159 f.).

steuerungen.¹⁶ Aus den Grundfunktionen des Schadensausgleichs, der Schadensvermeidung und der Schadensstreuung lassen sich mit Blick auf neue Technologien folgende wesentliche Zwecke ableiten: Steuerung des Sorgfaltsniveaus und des Aktivitätsniveaus potentieller Schädiger (Technikentwickler und Technikanwender), Anreiz für Weiterentwicklungen, Steuerung des Verhaltens potentiell Geschädigter und Technikermöglichung durch Schadensstreuung.

Dem Haftungsrecht soll nicht die Rolle der Technikverhinderung zukommen. Vielmehr kann es, richtig gestaltet, zur Technikermöglichung und zur Steigerung von Technikakzeptanz beitragen. Insbesondere Gefährdungshaftungsregelungen gehen von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer als gesellschaftlich nützlich, aber auch risikoreich eingestuften Tätigkeit aus. Haftungsrecht ist damit eine „freiheitsbetonende Unsicherheitenregel“.¹⁷

IV. Vom Werkzeug zur Hilfsperson?

Eine Besonderheit digitaler Systeme gegenüber anderen Technikbereichen besteht darin, dass es hier nahelegt, den Einsatz von Maschinen mit dem Einsatz von Menschen zu vergleichen. Neben der Perspektive digitaler Systeme als Werkzeug wird gefragt, ob digitale Systeme als Hilfsperson aufgefasst werden können oder sollen.¹⁸ Die Zurechnung des „Handelns“ bzw. Verhaltens digitaler Systeme hat bei Erklärungen noch weitaus größere Bedeutung als bei Schädigungen. Dass Maschinen menschliche Leistungen (im untechnischen Sinne) ersetzen, ist nichts Neues ebenso wie die Frage nach der angemessenen Risikoverteilung in beiden Fällen. Durch die zunehmende Leistungsfähigkeit der Technik bei der Informationsverarbeitung wird diese Frage jedoch immer wichtiger.

¹⁶ *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (160): „Wenn in solchen Situationen [wenn Schädigungen auf einen Mensch-Computer-Verband zurückzuführen sind] das Versagen autonomer Softwareagenten haftungsfrei bleibt, dann setzt dies falsche Anreize für Betreiber, Produzenten und Programmierer. Und es sinkt die gesellschaftliche Bereitschaft, das im Prinzip vielversprechende Potential autonomer Softwareagenten voll zu nutzen.“

¹⁷ *Spiecker gen. Döbmann* in Hill/Schliesky (Hrsg.), *Die Vermessung des virtuellen Raums*, 2012, S. 137, 152. Ebd., S. 153: „Daher sind Haftungsregeln Ausdruck einer Unsicherheitsregel, die zwar einen grundsätzlichen Ausgleich der Positionen von Risiko und Chance wahrt, aber in der Tendenz der positiven Bewertung den Vorrang einräumt.“ Zum Begriff Verantwortung als „Ausgleich einer Handlung in Unsicherheit“ *Linardatos ZIP* 2019, 504 (506). Vgl. *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (175).

¹⁸ *Borges NJW* 2018, 977 (982): „Es bedarf neuer Zuordnungsregeln für Handlungen autonomer Systeme ebenso wie spezifischer Zuweisung der durch den Einsatz autonomer Systeme geschaffenen Risiken.“ Vgl. *Zech ZfPW* 2019, 198 (205 ff.).

Die Idee einer digitalen Assistenzhaftung zielt auf eine parallele Risikoverteilung durch entsprechende Anwendung von Regeln über den Einsatz von Hilfspersonen. Gibt man dagegen der Werkzeugperspektive den Vorzug, so bietet sich eine Gefährdungshaftung als Mittel zur Internalisierung von Technikrisiken an. Im Ausgangspunkt wählt die vorliegende Untersuchung die Werkzeugperspektive, weshalb auch „Entscheidungen“ im Titel nur als pars pro toto für Leistungen der Informationsverarbeitung verwendet werden und in erster Linie auf Schädigungen bzw. Schadensverursachungen abgestellt werden soll.

Noch weiter geht die Frage, ob digitale Systeme Personenmerkmale aufweisen. Diese wird nur kurz gestreift. Aus haftungsrechtlicher Sicht ist aber die deutlich eingeschränktere Fragestellung relevant, ob digitale Systeme als Haftungssubjekte anerkannt werden sollen. Diese wird aus der Perspektive der Risikosteuerung untersucht.

V. Aufbau des Gutachtens

Die Antwort auf die Ausgangsfrage soll in drei Teilen gesucht werden: Teil 1 stellt die technischen Entwicklungen und deren Auswirkungen bei einer möglichen faktischen Schadensverursachung dar. Zweckgerechte Regelungen setzen ein zutreffendes Verständnis des tatsächlichen Sachverhalts voraus, jedoch nur bis zu einem gewissen Abstraktionsgrad. Auch für die rechtliche Diskussion um digitale Systeme muss „ein Sachverhalt nur insoweit verstanden werden, wie die rechtlichen Voraussetzungen es erfordern.“¹⁹ Gleichwohl sollte dieses Verständnis möglichst lückenlos sein, was eine Darstellung des technischen Hintergrunds erforderlich macht. Ausgehend von den grundlegenden Aspekten haftungsrechtlicher Verantwortung werden die Implikationen der technischen Entwicklungen für das Haftungsrecht dargestellt.

Teil 2 stellt die vorhandenen rechtlichen Regelungen zur Verantwortlichkeit für digitale Systeme und insbesondere für die Risiken der Robotik, der Lernfähigkeit und der Vernetzung dar. Auch Möglichkeiten richterrechtlicher Reaktionen auf die Herausforderungen der technischen Entwicklungen werden untersucht. Damit sollen die Leistungsfähigkeit des geltenden Rechts überprüft und Punkte, bei denen Ergänzungsbedarf besteht, herausgearbeitet werden.

Teil 3 beschäftigt sich mit Vorschlägen für mögliche neue Regelungen. Die vorgestellten Regelungsvorschläge reichen von der An-

¹⁹ Yuan RW 2018, 477 (484).

erkennung digitaler Systeme als Haftungssubjekte über die Einführung einer Gefährdungshaftung für bestimmte digitale Systeme bis zu einer haftungsersetzenden Unfallversicherung.

Teil 1. Der technische Hintergrund – Robotik, Maschinenlernen und Vernetzung als Herausforderung für das Haftungsrecht

Digitale Systeme verarbeiten Information. Das Ergebnis kann wiederum bloße Information sein, es kann aber auch eine Veränderung in der physischen Welt bewirken. Durch die Robotik, also die Kopplung von Hardware und Software, wird dies ohne menschliches Zutun ermöglicht. Die Entwicklung lernfähiger digitaler Systeme, die nicht nur programmiert, sondern auch trainiert werden, hat diese nützlicher, aber auch unbeherrschbarer gemacht. Die Vernetzung digitaler Systeme schließlich schafft Einflussmöglichkeiten für zahlreiche zusätzliche Akteure. Aus den technischen Entwicklungen erwachsen Herausforderungen für das Haftungsrecht, insbesondere neue Risiken (d.h. Schädigungen durch digitale Systeme werden zunehmen), Verschiebungen in der Beherrschung bestehender Risiken und Beweisprobleme bei der Schädigung durch digitale Systeme.

A. Grundlagen: Was sind digitale Systeme?

Spricht man von digitalen Systemen, geht es um den Bereich der Informationstechnologie (IT). Digitale Systeme sind künstliche bzw. technische informationsverarbeitende Systeme. Je nach Art der Eingabe und der Ausgabe können Systeme mit verschiedenen Schwerpunkten unterschieden werden, insbesondere Datenanalyse- und Steuerungssysteme. Die Abgrenzung digitaler Systeme kann sowohl auf virtueller als auch auf physischer Ebene erfolgen. Während die Robotik dafür sorgt, dass digitale Systeme unmittelbare physische Auswirkungen haben können, bewirkt die zunehmende Vernetzung umgekehrt, dass eine Abgrenzung auf der physischen Ebene immer schwieriger wird.

I. Digitale Systeme als technische Informationsverarbeitung

1. Informationsverarbeitung als zentrales Merkmal

Das zentrale Merkmal aller digitalen Systeme (IT-Systeme) stellt die Informationsverarbeitung dar. Darin liegt auch die Gemeinsam-

keit mit natürlichen informationsverarbeitenden Systemen (Intelligenzen). Diese Gemeinsamkeit hat zur Entwicklung der Kognitionswissenschaften (cognitive sciences) beigetragen, die natürliche und technische Informationsverarbeitung gleichermaßen untersuchen. In einem Standardlehrbuch heißt es dazu: „The most fundamental driving assumption of cognitive science is that minds are information processors.“²⁰

Der Begriff der Information selbst soll hier nicht weiter vertieft werden.²¹ In ihrer grundlegendsten Bedeutung lässt sich Information als „beseitigte Ungewissheit“²² verstehen, was allerdings bereits einen Verstand bzw. ein Bewusstsein voraussetzt. Indem Information durch Zeichen repräsentiert wird, kann sie nicht nur kommuniziert, sondern auch maschinell verarbeitet werden. Zur klassischen zeichenhaften Repräsentation ist mit dem Aufkommen leistungsfähiger künstlicher neuronaler Netze die implizite Repräsentation nach dem Vorbild natürlicher neuronaler Netze hinzugekommen.

2. Informationstechnologie (IT) und Automatisierung

Der für die künstliche bzw. maschinelle Verarbeitung von Information bereits sehr früh eingeführte Begriff der Informationstechnologie erweist sich nach wie vor als gut geeignet, um diesen Technikbereich zu kennzeichnen.²³ Der Begriff des digitalen Systems bzw. der Digitalisierung stellt die Verbindung zur ursprünglich menschlichen Tätigkeit des Rechnens her. Ebenso werden Begriffe wie Computer (computing) oder Rechner verwendet. Digital bedeutet ursprünglich „die Finger benutzend“ und verweist auf das Zählen und Rechnen, das mit zeichenhaft repräsentierter Information möglich wird.

Dazu erforderlich ist eine Automatisierung in der Grundbedeutung der Selbsttätigkeit (ohne menschliche Mitwirkung). Maschinelle Verarbeitung von zeichenhaft repräsentierter Information bedeutet automatisiertes logisches Schließen. Auch Künstliche Intelligenz wird daher als „stetiges Voranschreiten der Automatisierung“²⁴ beschrieben.

Automatisierung ist damit der Oberbegriff für den selbsttätigen Ablauf von Prozessen und bezieht sich nicht nur auf die Steuerung von Hardware, sondern der Informationsverarbeitung insgesamt. Zu den Merkmalen, die jede maschinelle Informationsverarbeitung

²⁰ Bermudez, Cognitive Science, 2014, S. 2.

²¹ Dazu Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 13 ff.

²² Klimant/Piotraschke/Schönfeld, Informations- und Kodierungstheorie, 2006, S. 12; Illik, Formale Methoden der Informatik, 2009, S. 101.

²³ Zum Technikbegriff Zech in FS Bodewig, 2018, 137 (150 ff.).

²⁴ Kaplan, Künstliche Intelligenz, 2015, S. 32.

ausmachen, gehören Steuerung, Speicher, Rechner und die Verwendung elektronischer Schaltkreise.²⁵ Die Umsetzung in immer leistungsfähigeren elektronischen Schaltkreisen macht die vielfältigen aktuellen Anwendungen überhaupt erst möglich. Mechanische Umsetzungen sind zu langsam, Umsetzungen in anderen physikalischen Phänomenen, insbesondere optische Rechner, stehen erst am Anfang.

Mit der Automatisierung verknüpft ist auch der Begriff des Programms. Es sorgt für einen Ablauf nach vorgegebenen Regeln (auch wenn diese unter Umständen sehr komplex sind). Bei lernfähigen Maschinen ist Informationsverarbeitung auch ohne festes Programm möglich.

3. Begriff der Künstlichen Intelligenz

Der Begriff der Künstlichen Intelligenz resultiert aus dem Vergleich natürlicher und künstlicher (technischer) Informationsverarbeitung. Bereits 1955 wurde in einem Forschungsantrag für die sogenannte Dartmouth Conference von einer Vermutung gesprochen, dass jeder Aspekt des Lernens oder jedes andere Merkmal von Intelligenz grundsätzlich so genau beschrieben werden könne, dass eine Maschine in der Lage ist, diese zu simulieren.²⁶ Die klassische Definition Künstlicher Intelligenz besteht also in der Nachahmung natürlicher Intelligenz.

Gleichwohl ist der Begriff der Künstlichen Intelligenz mit großen Ungenauigkeiten befrachtet, weshalb er eher als Schlagwort verwendet wird.²⁷ Die ihm seit seiner Entstehung zugrundeliegende Idee ist, dass natürliche Intelligenz durch Technik nachgeahmt werden kann. Während dies zunächst durch symbolisch repräsentierte Informationsverarbeitung erreicht werden sollte, beruhen die spektakulären aktuellen Erfolge zumindest teilweise auf implizit in Netzwerken repräsentierter Informationsverarbeitung. Diese ist der natürlichen

²⁵ Ceruzzi, *Computing: A Concise History*, 2012, S. 4ff. Ebd., S. 9: „Control, storage, calculation, the use of electrical or electronic circuits: these attributes, when combined, make a computer.“

²⁶ *McCarthy ua*, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, 1955 (verfügbar unter <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>, zuletzt aufgerufen am 10.12.2019): „We propose that a [...] study of artificial intelligence be carried out [...]. The study is to proceed on the basis of the conjecture that every aspect of learning or any other feature of intelligence can in principle be so precisely described that a machine can be made to simulate it.“

²⁷ Siehe aber auf europäischer Ebene die ausführliche Definition der Hochrangigen Expertengruppe für künstliche Intelligenz, *Eine Definition der KI: Wichtigste Fähigkeiten und Wissenschaftsgebiete*, 2018, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60664 (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

Informationsverarbeitung tatsächlich ähnlicher als klassische Rechner.

Der Begriff der Künstlichen Intelligenz bleibt problematisch.²⁸ Er birgt die Gefahr einer unhinterfragten Gleichstellung digitaler Systeme mit natürlicher oder gar menschlicher Intelligenz.²⁹ Zur Kennzeichnung höherer bzw. komplexerer Aufgaben der Informationsverarbeitung eignet er sich aber durchaus. Entsprechend sind heute viele Teilbereiche der Forschung in der Informationstechnologie durch Aufgaben gekennzeichnet, die Menschen oder Tiere lösen können und digitale Systeme lösen sollen. Dazu gehören etwa Mustererkennung oder Schlussfolgern, aber auch Entscheiden.³⁰

II. Verschiedene Formen der Ein- und Ausgabe von Information

Ihrer Grundstruktur nach verfügen informationsverarbeitende Systeme immer über die Möglichkeit der Informationsaufnahme bzw. -eingabe, der eigentlichen Informationsverarbeitung und der Informationsausgabe (input, processing, output). Im Begriff des Systems ist impliziert, dass es von der Umwelt zumindest gedanklich abgegrenzt werden kann, auch wenn die zunehmende Vernetzung, wie noch zu zeigen sein wird, gerade ein Merkmal fortgeschrittener informationsverarbeitender Systeme ist.

1. Grundmodell: Eingabe, Verarbeitung, Ausgabe

Das Grundmodell „input – processing – output“ findet sich in allen Systemen der Informationstechnologie. Sowohl die Eingabe als auch die Ausgabe können virtuell (Ein- und Ausgabe von Zeichen) oder physisch (Aufnahme durch Sensoren, Ausgabe durch Aktuatoren) erfolgen. Die besondere Bedeutung physischer Systeme wird noch gesondert dargestellt, sowohl von Robotern, die sich durch Ausgabe in Form von Hardwaresteuerung auszeichnen und häufig mit Sensoren ausgestattet sind, als auch von Alltagsgegenständen, die

²⁸ Herberger NJW 2018, 2825 ff.

²⁹ Balkin 78 Ohio St.L.J. 1217 (2017), 1223: „homunculus fallacy“.

³⁰ Flasiński, Introduction to Artificial Intelligence, 2016, S. 223 ff.: Perception and Pattern Recognition (Wahrnehmung und Mustererkennung), Knowledge Representation (Wissensrepräsentation), Problem Solving (Problemlösung), Reasoning (Schlussfolgern), Decision Making (Entscheiden), Planning (Planung), Natural Language Processing (Verarbeitung natürlicher Sprache), Learning (Lernen), Manipulation and Locomotion (Robotik), Social Intelligence (soziale Intelligenz), Emotional Intelligence and Creativity (emotionale Intelligenz und Kreativität).

mit Sensoren ausgestattet sind und so zum Bestandteil von cyberphysikalischen-Systemen werden.³¹

Ein besonders generalisiertes System (der Begriff der „starken“ künstlichen Intelligenz ist eher verwirrend) wäre sowohl zu selbständiger Eingabe durch Wahrnehmung (Sensorik) als auch zur Ausgabe durch „Handlung“ (Aktuatoren) fähig. Je nach Generalisierungs- bzw.- Spezialisierungsgrad in wenigen oder zahlreichen Situationen lassen sich Systeme mit mehr oder weniger Freiheitsgraden unterscheiden. Durch den Einsatz lernfähiger Systeme kann maschinelle Informationsverarbeitung heute einen wesentlich höheren Generalisierungsgrad erreichen als noch vor einem Jahrzehnt.

Die Informationseingabe und -ausgabe kann unterschiedliche Formen annehmen. Klassischerweise stehen an beiden Enden Menschen, was eine Ein- bzw. Ausgabe in Form von für Menschen wahrnehmbaren Zeichen voraussetzt. Zunehmend können Systeme jedoch selbständig Information aufnehmen (Erfassung von Rohdaten, Big Data). Auch können sie, wie bereits erwähnt, statt Information an Menschen auszugeben, auch steuernd in physikalische Abläufe eingreifen. Die für die jeweilige Informationsverarbeitung bzw. das eingesetzte System verwendeten Begriffe unterscheiden sich jeweils danach, wo der Schwerpunkt liegt. Als wichtige Pole sollen die Datenanalyse und die Steuerungstechnik erwähnt werden.

2. Datenanalyse

Liegt der Fokus beim Einsatz digitaler Systeme auf der Analyse, entspricht dies dem Bereich der Data Sciences (Big Data). Hauptaufgabe ist es dabei, Muster in Daten zu erkennen. Data-Science-Studien lassen sich allgemein als Prozess aus vier Schritten darstellen: Aufbereitung der Daten, Auswahl der geeigneten Algorithmen, Optimierung der Parameter der Algorithmen, Ableitung von Modellen und deren Evaluierung und Validierung mit Auswahl des besten Modells.³²

Kennzeichen von Datenanalysen ist, dass die Ausgabe der Informationsverarbeitung grundsätzlich als Information an Menschen erfolgt (eine automatisierte Verwendung ist aber möglich). Gelegentlich spricht man von „veredelten“ Daten, allgemein kann man aber auch vom Ergebnis einer Datenanalyse sprechen. Die Information kann schließlich auch darin bestehen, dass eine automatisierte Entscheidung getroffen wird. Entscheiden ist aber nur eine der typischen Aufgaben, die digitale Systeme bewältigen können.³³

³¹ Vgl. *Kim/Müller-Hengstenberg* MMR 2014, 225 (227f.): „Mund-Kopf-Körper-Architektur“.

³² *Ng/Soo*, Data Science – Was ist das eigentlich?, 2018, S. 1f.

³³ → Fn. 30.

Big Data zeichnet sich dadurch aus, dass die Eingabe nicht unmittelbar durch Menschen erfolgt, sondern durch Sensoren, die zunehmend in der physischen Welt verbreitet sind und damit die Erzeugung großer Datenmengen (Rohdaten, Inputdaten) ermöglichen.³⁴

Eine neuartige Situation würde entstehen, wenn der Input ohne Eingabe durch den Menschen direkt aus dem menschlichen Gehirn erfolgen könnte. Die entsprechende Technologie der Brain Computer Interfaces befindet sich aber noch im Forschungs- und Entwicklungsstadium.

3. Steuerung

Liegt der Schwerpunkt auf der Steuerung, so erfolgt die Ausgabe in Form von Steuerungsbefehlen. Steuerung bedeutet zwar nicht notwendig die Steuerung von Hardware, diese stellt aber einen wichtigen Bereich dar. So werden selbstfahrende Fahrzeuge aktuell mit großem Aufwand entwickelt und auch andere Bereiche der Robotik könnten in mehr oder weniger naher Zukunft im Alltag Verbreitung finden.

Roboter verfügen in der Regel sowohl über eigene Sensoren als auch Aktuatoren, daher auch die Definition als Maschinen, die wahrnehmen, denken und handeln. Die Sensoren in Verbindung mit Informationsverarbeitung und Steuerung von Aktoren ermöglichen die Automatisierung von Hardware. Automatisierung bedeutet hier, dass Hardware ohne menschlichen Eingriff „funktioniert“ bzw. auf Reize von außen (außerhalb des Systems) reagiert.

III. Virtuelle und physische Systeme: digitale Systeme und ihre Implementierung

1. Systembegriff: Abgrenzbarkeit

Im Begriff des Systems ist die Abgrenzbarkeit gegenüber der Umwelt enthalten.³⁵ Gerade bei digitalen Systemen fällt jedoch die Abgrenzung nicht immer leicht, vielmehr ist die zunehmende Vernetzung und damit erschwerte Abgrenzung ein wichtiger Aspekt der

³⁴ Dazu grundlegend *Mayer-Schönberger/Cukier*, Big Data – A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think, 2013.

³⁵ System wird hier einfach als Ausschnitt der Wirklichkeit verstanden, d.h., es kommt vor allem auf die Abgrenzbarkeit an, vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 15. *Scherer* 29 *Harv. J. L. & Tech.* 353 (2016), 362, betont die notwendige Hardware-Implementierung: „[...] an AI system includes both hardware and software. It thus may refer to a robot, a program running on a single computer, a program run on networked computers, or any other set of components that hosts an AI.“ Allerdings lässt sich Software auch von der Hardware abstrahieren.

aktuellen technischen Entwicklung. Teilweise wird schon von einer Entwicklung zu einer Umgebungsrobotik bzw. „Infrastrukturrobotik“³⁶ gesprochen, d.h., die gesamte Lebensumwelt wird zu einem digitalen System.

Nach wie vor ist aber eine Abgrenzung möglich und muss es auch sein, um so noch Verantwortlichkeit zu bestimmen. Nur ein definierbares System kann einen Entwickler, Betreiber oder Benutzer haben. Die Unterschiede in der Beherrschung des Systems von der umfassenden Herstellung und Steuerung bis hin zum bloßen An- und Ausschalten oder dem Fehlen jeder Einflussmöglichkeit werden noch genauer dargestellt.

2. Hardwareebene und virtuelle Ebene

Die Besonderheit digitaler Systeme liegt darin, dass sie grundsätzlich sowohl auf Hardwareebene (als physikalische Struktur) als auch auf virtueller Ebene (als zeichenhafte Repräsentation der Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung abläuft) abgegrenzt werden können. Darin liegt auch die besondere Herausforderung für Haftungsregeln, die an den Produktpfad anknüpfen, der herkömmlich auf körperliche Risikoquellen ausgelegt ist.

Digitale Systeme verfügen immer über einen Hardwareaspekt, d.h. die Implementierung als physikalisches System bzw. Ausschnitt der naturwissenschaftlich beschreibbaren Wirklichkeit, und einen Softwareaspekt bzw. informationellen Aspekt, der sich losgelöst von der physikalischen Implementierung durch Zeichen beschreiben lässt. Diese Loslösung lässt sich als Virtualisierung bezeichnen. Technisch wird sie dadurch verstärkt, dass vielfach auf der Softwareebene abgrenzbare Systeme keinem klar abgrenzbaren Hardwaresystem mehr zugeordnet sind (was vielfach auch als Cloud bezeichnet wird). Obwohl immer irgendwo eine physikalische Implementierung vorliegen muss, kann diese auch verteilt sein und ist häufig praktisch nicht mehr bestimmbar.

Damit bleibt die informationelle Ebene als wichtiger Abgrenzungs- und Beherrschungsfaktor. Hier besteht umgekehrt das Problem, dass durch das Aufkommen lernfähiger Systeme auch die Beschreibung der informationellen Seite erschwert wird. Algorithmen können als Abfolge klar definierter Handlungsanweisungen zeichenhaft beschrieben werden. Anders ist es, wenn die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung abläuft, nur noch als trainiertes Netz zur Verfügung stehen (Beschreibung in Form von Gewichtungen der einzelnen Knoten). Hier fehlt eine klare Zuordnung von

³⁶ Klaus Mainzer, Vortrag am 5.10.2015, Universität Passau. Vgl. *ders.*, Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?, 2016, S. 155ff.

Zeichen und Bedeutung, wie sie für klassische Algorithmen bzw. Software, die auf symbolischer Logik aufbaut, kennzeichnend ist. Digitale Systeme werden daher nicht nur virtueller, sondern auch schwerer beschreibbar.

Schließlich führt der dritte Aspekt, die zunehmende Verbreitung von Robotik, also Software-Hardware-Kopplungen, dazu, dass digitale Systeme trotz Virtualisierung mehr und nicht weniger Einfluss auf die physikalische Welt nehmen können. Dies ist wiederum für das Haftungsrecht von erheblicher Bedeutung, da jeder unmittelbare Einfluss auf die physikalische Welt auch das Potential einer Schädigung körperlicher Gegenstände mit sich bringt.

3. Auswirkung auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette

Die Physikalität oder Virtualität digitaler Systeme kann sich je nach Stufe der Wertschöpfungskette ändern. Ein Wechsel zwischen den Ebenen kann mehrfach erfolgen. So könnte etwa zunächst eine lernfähige Software vertrieben werden, die in ein Hardwaresystem eingebaut wird. Dieses wird trainiert. Der fertige Trainingszustand kann theoretisch wieder unkörperlich vermarktet und von anderen Herstellern in physikalische Systeme eingebaut werden. Selbst nach dem Erwerb solcher Systeme durch die Endnutzer bleibt ein unkörperlicher Austausch der Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung abläuft, möglich, etwa in Form eines Updates oder eines Upgrades. Auf den Stufen der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung, Anwendung/Betrieb oder Nutzung kommen damit unabhängig voneinander grundsätzlich sowohl körperliche als auch unkörperliche Verursachungspfade in Betracht.

IV. Einsatzbereiche digitaler Systeme

Mit der technischen Entwicklung können digitale Systeme immer mehr Aufgaben bewältigen. Daher finden sich Einsatzmöglichkeiten für digitale Systeme mittlerweile in nahezu allen Wirtschaftsbereichen.³⁷ Zu den wichtigsten Bereichen, die eine Vorreiterrolle einnehmen, gehören automatisierte Fahrzeuge³⁸ und der Gesundheitsbereich.³⁹

³⁷ Beispiele etwa bei *Borges* NJW 2018, 977 (979); *Eidenmüller*, The Rise of the Robots and the Law of the Humans, SSRN Nr. 2941001, S. 2f.; *Lohmann* AJP 2017, 152 (155 ff.) (zu Robotik).

³⁸ Maurer ua (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, 2015.

³⁹ *Schönberger* IJLIT 2019, 171 ff.

Die eingesetzten Systeme reichen von klassischen Schachprogrammen bis zu AlphaGo (von DeepMind),⁴⁰ von klassischen Expertensystemen für Ärzte bis zur Krebs-Diagnostik mit Hilfe maschinellen Lernens,⁴¹ von einfachen Fahrassistenzsystemen bis zum vollautomatisierten Fahrzeug (das noch nicht existiert).

Die Entwicklung selbstfahrender Fahrzeuge ist für den Automobilsektor von enormer Bedeutung. Aktuell werden bereits Fahrzeuge mit einem gewissen Grad an Automatisierung eingesetzt, jedoch noch keine vollautomatisierten Fahrzeuge. § 1a StVG trägt dem bereits Rechnung, indem er Kraftfahrzeuge mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion reguliert. Es existieren auch nationale und internationale technische Standards, die verschiedene Grade an Automatisierung definieren. Selbstfahrende Fahrzeuge entsprechen level 5 („full automation“ nach SAE/Society of Automotive Engineers bzw. „autonom“ nach BAST/Bundesanstalt für Straßenwesen).⁴² Der Begriff vollautomatisiert ist hier passender als autonom, da Autonomie bei digitalen Systemen häufig auch mit Lernfähigkeit gleichgesetzt wird.

Rein virtuelle Systeme, die erfolgreich komplexe Aufgaben leisten, werden unter anderem zur Spracherkennung und Übersetzung eingesetzt. Hier wurden durch die Verwendung lernfähiger Systeme große Qualitätssprünge erzielt.⁴³

Im Bereich der Robotik finden sich mögliche Anwendungsfelder neben dem bereits genannten Verkehrssektor in der Pflege, im Haushalt und natürlich auch im militärischen Bereich.⁴⁴

⁴⁰ <https://deepmind.com/> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁴¹ Dazu etwa Interview mit *Klaus-Robert Müller*, <https://ki-berlin.de/blog/article/prof-dr-klaus-robert-mueller-tu-berlin/> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁴² Dazu *Mawer* in ders. ua (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, 2015, S. 1, 2 ff.; *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, 2019, S. 8 ff.; *Zech* in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 169; *ders.* *ZfPW* 2019, 198 (199 f.). Zu Fahrassistenzsystemen bereits *Bewersdorf*, *Zulassung und Haftung bei Fahrassistenzsystemen im Straßenverkehr*, 2005, S. 28 ff.

⁴³ Dazu instruktiv *Lewis-Kraus*, *The Great A.I. Awakening*, <https://www.nytimes.com/2016/12/14/magazine/the-great-ai-awakening.html> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁴⁴ Dazu *Calo/Froomkin/Kerr*, *Robot Law*, 2016, S. 333 ff.

B. Robotik: Von der virtuellen in die reale Welt

Entwicklungen in der Robotik waren der erste Anstoß für ein Aufleben der haftungsrechtlichen Diskussion über IT-Systeme. Während die schon lange diskutierte Haftung für Software ein Spezialthema blieb,⁴⁵ führten Roboter dazu, dass unmittelbare physische Schädigungen in immer mehr Lebensbereichen denkbar wurden. Technische Grundlage sind Entwicklungen, die IT-gesteuerten Hardwaresystemen mehr Freiheitsgrade verschaffen und so zu einer Verbreitung in allen räumlichen Lebensbereichen beitragen. Während einfache ortsfeste Roboter am Anfang der Entwicklung standen, könnten humanoide Roboter und Infrastrukturrobotik die Zukunft prägen.

I. Definition

Roboter sind IT-gesteuerte Maschinen.⁴⁶ Sie können daher auch als durch digitale Systeme gesteuerte Hardware oder einfach als phy-

⁴⁵ Zur Diskussion um eine Produkthaftung für Softwareprodukte MüKoBGB/*Wagner* ProdHaftG § 2 Rn. 17ff.; *Czychowski* in: *Fromm/Nordemann UrhG* § 69c Rn. 37f.; *Taeger* CR 1996, 257 (258ff.); *Lehmann* NJW 1992, 1721 (1723f.); *Cahn* NJW 1996, 2899 (2904); *Günther*, Produkthaftung für Informationsgüter, 2001, S. 189ff.; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 342f.

⁴⁶ *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 19: „intelligente, lernfähige Maschine zur Erweiterung der menschlichen Handlungsmöglichkeiten in der physikalischen Welt“ [wobei in dieser Definition auch schon Lernfähigkeit bzw. Autonomie als zusätzliche Komponente enthalten ist]; *Zech* in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 165: „IT-gesteuerten Maschinen (Verknüpfung von Sensoren, Computersteuerung und Aktuatoren)“; *Yuan* RW 2018, 477 (478): „Maschinen [...], die über Sensoren ihre physikalische Umgebung wahrnehmen, diese Daten mittels Prozessoren verarbeiten und über Aktuatoren auf ihre Umgebung physisch einwirken“. Der Hardwareaspekt lässt sich als Teil der Maschinendefinition auffassen; vgl. die Definition einer Maschine nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG (Neufassung), insbesondere die Grunddefinition im ersten Spiegelstrich: „eine mit einem anderen Antriebssystem als der unmittelbar eingesetzten menschlichen oder tierischen Kraft ausgestattete oder dafür vorgesehene Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, von denen mindestens eines bzw. eine beweglich ist und die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind“. Allerdings wird gerade im Zusammenhang mit künstlicher Intelligenz auch von virtuellen Maschinen gesprochen, etwa bei den support vector machines (SVM), vgl. *Zech* ZfPW 2019, 198 (201) mwN. Der Begriff robot wird ebenfalls auch für bestimmte Software-Agenten verwendet. Um diese rein virtuellen Systeme geht es aber bei der klassischen Roboter-Definition gerade nicht.

sische digitale Systeme bezeichnet werden.⁴⁷ Die Ausgabe der Informationsverarbeitung erfolgt unmittelbar als Steuerung von Hardware bzw. Aktuatoren. Dementsprechend lassen sich Roboter entsprechend der klassischen Definition auch als Verbindung von Sensoren, Steuerung und Aktuatoren (sense, think [Informationsverarbeitung], act) definieren.⁴⁸ Bezogen auf den Automatisierungsbegriff bedeutet Robotik Automatisierung von Hardware. Hier liegt auch der Schwerpunkt der Regelungen zu Fahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion.

Robotik ermöglicht es digitalen Systemen, unmittelbar in der körperlichen Welt wirksam zu werden. Dies wurde früher noch als Ausnahme gesehen, wie etwa das Versagen eines medizinischen Bestrahlungsgerätes (Therac-25) in den 1980er-Jahren,⁴⁹ gehört aber inzwischen zum Alltag.

Virtuelle Systeme stellen den Gegenbegriff zu Robotern dar, Informationseingabe und Informationsausgabe erfolgen bei ihnen nicht unmittelbar aus der realen Welt, sondern entweder über Menschen oder über Netzwerke. Dagegen erfolgt bei Robotern zumindest die Ausgabe zwingend über Aktuatoren. Die Eingabe kann variieren, erfolgt aber zumindest zu einem gewissen Teil über Sensoren des Roboters. Bösl beschreibt daher vier Phasen in der Entwicklung der Robotik von der automatisierten Steuerung über komplexere Steuerungen mit Sensoren zu mobilen und letztlich autonomen Robotern.⁵⁰ Mit Autonomie ist hier in erster Linie die Steuerung charakterisiert, womit die Lernfähigkeit der Informationsverarbeitung angesprochen ist. Parallel dazu haben sich aber auch die Freiheitsgrade der Hardware erhöht (Mobilität). Die Autonomie hochentwickelter Roboter ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Mobilität und Lernfähigkeit.

II. Zunehmende Mobilität und Verbreitung in verschiedensten Lebensbereichen

Diverse Weiterentwicklungen im Hardwarebereich, insbesondere aber verbesserte Energiespeicherung und leistungsfähigere IT (besse-

⁴⁷ Calo 70 Md.L.Rev. 571 (2011), 593 ff.: „robots as physical PCs“.

⁴⁸ Bekey, *Autonomous Robots*, 2005, S. 2: „a machine that senses, thinks, and acts“; vgl. Christaller ua, *Robotik*, 2001, S. 18 ff. (die auf die Definitionen in technischen Standards hinweisen); Lohmann (Müller) AJP 2014, 595 (596); Calo 70 Md.L.Rev. 571 (2011), 573.

⁴⁹ Dazu Leveson/Turner *Computer* 1993, 18 ff.; Baase, *A Gift of Fire – Social, Legal, and Ethical Issues for Computing and the Internet*, 2008, S. 425 ff.; Zech in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 168.

⁵⁰ Bösl nach Krohn, FAZ, 19.2.2016, 16; vgl. Zech in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 165 f.

res Gewicht-Leitungs-Verhältnis), haben dazu beigetragen, dass Roboter immer mehr physische Freiheitsgrade erlangen.⁵¹ Dies führt insbesondere zu einer Steigerung der Mobilität von Robotern.

Mehr Freiheitsgrade der Hardware (Mobilität) und der Steuerung (Lernfähigkeit) ermöglichen es, dass Roboter in immer komplexeren Umgebungen eingesetzt werden. Während klassische Industrieroboter noch ortsfest in einem abgeschirmten Raum arbeiteten, sind modernere Industrieroboter bereits beweglich und erste Roboter werden auch im freien Straßenverkehr eingesetzt. Bewegliche Haushaltsroboter, die einfachere Aufgaben erledigen können, sind bereits als Saugroboter Alltag. Zu erwähnen sind auch Drohnen. In der Pflege gibt es bereits Prototypen komplexerer beweglicher Roboter. Ziel vieler Projekte sind humanoide Roboter, die direkt in der menschlichen Umgebung wirken können.⁵² Ihre Menschenähnlichkeit bedeutet ein Höchstmaß an Mobilität und Lernfähigkeit.

Mobilität und Einsatzbereiche stellen auch wichtige Kategorien für die Beurteilung von Robotern dar. Ob mobile Roboter in geschlossenen Umgebungen oder im freien Verkehr eingesetzt werden, ob im unternehmerischen Bereich oder im privaten Bereich (wobei auch bei Unternehmen je nach Art und Größe Unterschiede in der Beherrschung der Hardware bestehen) oder nur zu Versuchszwecken in speziell ausgestalteten Umgebungen, wirkt sich auf das Potential zur Schadensverursachung aus. Weitere Aspekte wie Lernfähigkeit und Vernetzung kommen noch hinzu. Ähnlich vertritt auch *Lohmann* eine Kategorisierung von Robotern nach Lern- und Entscheidungsfähigkeit einerseits und Strukturiertheit des Einsatzbereichs andererseits.⁵³

III. Vermehrte physische Interaktion mit Menschen

Die zunehmende Verbreitung von Robotern im Alltag erhöht die Zahl der Interaktionen mit digitalen Hardware-Systemen und damit auch die Eintrittswahrscheinlichkeit entsprechender Schädigungen. Die Verbreitung von Robotern wird eine „neue Intensität der Mensch-Maschine-Interaktion“⁵⁴ bewirken, die sich nicht nur bei der Schadensverursachung, sondern auch in ihrer Nützlichkeit oder in Effekten wie der Anthropomorphisierung digitaler Systeme von der Interaktion mit virtuellen digitalen Systemen (über das Mobiltelefon etc.) unterscheidet.

⁵¹ *Pratt* Journal of Economic Perspectives 29 (2015), 51 (53 ff.).

⁵² *Mainzer*, Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?, 2016, S. 139.

⁵³ *Lohmann* AJP 2017, 152 f.

⁵⁴ *Yuan* RW 2018, 477 (478).

IV. Spezifische Risiken der Robotik

1. Physische Schädigung durch digitale Systeme

Die Robotik bringt spezifische Risiken, d.h. Möglichkeiten des Schadenseintritts mit sich: Neben der unmittelbaren physischen Schädigung durch maschinelle Informationsverarbeitung sind als besonderer Fall die Schädigung von Menschen bei Mensch-Maschine-Interaktionen und als zukünftiges Szenario die Schädigung durch Schwarmverhalten zu nennen.

Das Risiko computergesteuerter Maschinen und das besondere Risiko ihrer Teilnahme am Verkehr lassen sich auch zusammenfassend als *Robotikrisiko* bezeichnen.⁵⁵ Dieses Robotikrisiko kann als Spezialfall des Automatisierungsrisikos, also des Risikos der Automatisierung von Vorgängen im Allgemeinen gesehen werden.

2. Teilnahme am Alltag, Verbundrisiko

Es geht aber nicht nur um die bloße Robotik, sondern auch darum, dass sich Roboter im Alltag bewegen. Dies wird durch die hohe Zahl physischer Freiheitsgrade ermöglicht. Die Teilnahme frei beweglicher Maschinen am allgemeinen Verkehr lässt sich als besonderes Risiko auffassen.⁵⁶

Ähnlich weist auch *Teubner* auf das besondere „Verbundrisiko“ hin, das sich aus der engen Kooperation von Menschen und Softwareagenten ergibt.⁵⁷ Allerdings bezieht sich dieses Verbundrisiko auch auf rein virtuelle Systeme. Durch die physische Interaktion wird es verstärkt.

⁵⁵ Zech in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 172 ff.: „Roboterrisiken“ sind Komplexitätsrisiko (Risiko computergesteuerter Maschinen) und Mobilitätsrisiko (Risiko durch Teilnahme am allgemeinen Verkehr) sowie Vernetzungsrisiko (wird hier – wie auch das Autonomierisiko – getrennt behandelt).

⁵⁶ Zech in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 173 f.

⁵⁷ *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (164): „Verbundrisiko, das auf die enge Kooperation von Mensch und Softwareagent zurückzuführen ist“; ebenso *Cornelius* ZRP 2019, 8 (10).

C. Lernfähigkeit (Autonomie): Trainieren statt Programmieren

Derzeit besonders intensiv diskutiert wird die Autonomie als neuartige Eigenschaft digitaler Systeme. Im Kern handelt es sich dabei um die Fähigkeit, zu lernen. Während entsprechende Systeme im Bereich der Robotik noch Zukunftsmusik sind (jedenfalls in der breiten Anwendung), finden sich virtuelle autonome Systeme bereits in alltäglichen Anwendungen wie Spracherkennung oder maschineller Übersetzung. Sie führen zu spezifischen Risiken, die man als Autonomierisiko⁵⁸ bezeichnen kann.

Zunächst soll das Grundprinzip dargestellt werden, der Übergang vom Programmieren zum Trainieren. Danach werden zwei Unterscheidungen vorgestellt, die für das Verständnis der Lernfähigkeit wichtig sind: zum einen, ob man die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, als Modell der Umwelt oder als Verhalten bzw. Verhaltensregeln versteht, zum anderen, ob sie explizit oder implizit repräsentiert werden. Daran anknüpfend soll dargestellt werden, welche Vorgaben durch den Programmierer oder durch den Trainer gemacht werden können. Schließlich werden verschiedene Möglichkeiten dargestellt, wie lernfähige digitale Systeme realisiert werden können. Insbesondere mehrschichtige neuronale Netze (deep learning) haben hier einige Prominenz erlangt. Abschließend wird untersucht, welche spezifischen Risiken lernfähige digitale Systeme mit sich bringen.

I. Grundprinzip: System lernt die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, statt sie vorgegeben zu bekommen

Lernfähige Systeme können die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, „lernen“, statt sie als Programm vorgegeben zu bekommen. Dies ermöglicht es, auch mit komplexen Informationen bzw. Umgebungen zurechtzukommen. Man spricht auch von Maschinenlernen (machine learning).⁵⁹

⁵⁸ Zech in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 175 f.; ders. *ZfPW* 2019, 198 (209); *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (164).

⁵⁹ Zum Maschinenlernen (machine learning) Ertel, *Grundkurs Künstliche Intelligenz*, 2016, S. 191 ff.; *Sorge* in Hornung (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 139, 140 ff.; *Alpaydin*, *Machine Learning*, 2016. Vgl. auch *Gausling DZ* 2019, 335.

1. Trainieren statt Programmieren (Regeln beruhen auf Gelerntem)

Das Grundprinzip lernfähiger digitaler Systeme lässt sich auf folgende Formel bringen: Sie werden nicht programmiert, sondern trainiert. Die Eingabe der Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, und nicht etwa nur der zu verarbeitenden Information, wird dabei nicht durch den Menschen (Programmierer) vorgenommen, sondern eigenständig, d.h. durch das System, indem es aus Daten „lernt“ (insbesondere über eigene Sensoren, aber auch durch Vernetzung). Das System erstellt oder modifiziert die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung erfolgt, als Reaktion auf die zu verarbeitende Information (Daten).

Damit lassen sich zwei grundlegende Arten der Regelgewinnung bzw. zwei verschiedene Grundprinzipien von KI unterscheiden: die modellbasierte Regelbestimmung durch Programmierer (entsprechend der klassischen KI) und die selbsttätige Regelbestimmung durch Lernen bzw. Aufnahme von Information aus der Umwelt. Diese beiden Prinzipien können durchaus auch in hybriden Systemen kombiniert werden (Algorithmen werden auch als Bausteine von Maschinenlern-Systemen eingesetzt). Auch der Modellbegriff wird noch genauer dargestellt (unter II.). Da die Regelbestimmung durch Programmierer explizit durch symbolische Logik (codiert in Form einer Programmiersprache) erfolgen kann, wird die dargestellte grundlegende Unterscheidung häufig auch als symbolische Argumentation versus machine learning charakterisiert.⁶⁰

2. Praktische Relevanz: Problem der zu großen Zustandsräume

Grund für den Erfolg lernfähiger digitaler Systeme (und für die Probleme klassischer KI-Ansätze) ist, dass komplexere Aufgaben zu viele mögliche Lösungen haben, als dass diese im Vorhinein vollständig durchdacht werden könnten. Während ein einfaches Spiel wie Tic-Tac-Toe weniger als 10^5 Spielverläufe kennt, sind es beim Schach bereits um die 10^{120} (und damit mehr, als es Atome im Universum gibt).⁶¹ Daher ist kein Schachprogramm in der Lage, sämtliche möglichen Spielverläufe zu kalkulieren, sondern kann eine erfolgreiche Strategie nur mit heuristischen Methoden entwickeln. Es handelt sich um eine Planungsaufgabe mit zu vielen Zustandsräu-

⁶⁰ Kaplan, Künstliche Intelligenz, 2015, S. 36 ff.; Bermudez, Cognitive Science, 2014, S. 138 ff.

⁶¹ Zu Tic-Tac-Toe und Schach Kaplan, Künstliche Intelligenz, 2015, S. 17. Die Zahl der möglichen Spielverläufe beim Schach übersteigt aber die Zahl der Atome im Universum, so dass ein heuristisches Verfahren gewählt werden muss.

men. Geht es darum, einen Roboter im Alltag zu bewegen, ist die Zahl möglicher Situationen nicht einmal mehr zuverlässig abschätzbar. Daher können humanoide Roboter oder auch selbstfahrende Fahrzeuge für den Straßenverkehr nicht vollständig programmiert werden.

II. Beschreibbarkeit des Gelernten

Die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung ausgeführt wird, können explizit, d.h. symbolisch, oder implizit repräsentiert sein. Daraus ergeben sich Unterschiede in der Beschreibbarkeit, was für die Aufklärung von Kausalverläufen relevant ist.

1. Symbolische Repräsentation versus implizite Repräsentation (embodied cognition)

Grundsätzlich können die Regeln, nach denen sich das Verhalten eines digitalen Systems bestimmt, entweder symbolisch sein, oder nur im Zustand des Systems repräsentiert sein, ohne dass eine symbolische Codierung verwendet wird (embodied cognition). Mangels Codierung gibt es dabei auch keine Bedeutungsebene mehr, die von einem menschlichen Betrachter „gelesen“ werden könnte. Dies bedeutet, dass das Verhalten des Systems nicht mehr durch Untersuchung des zugrundeliegenden Programms überprüft werden kann.

2. Explainable AI

Ein wichtiges Forschungsfeld beschäftigt sich gerade damit, embodied cognition wieder verständlich zu machen. Unter dem Stichwort explainable AI (XAI) geht es darum, Implizites wieder explizit machen.⁶² Im Hinblick auf neuronale Netze wird davon gesprochen, die „black box“ des trainierten Systems verständlich zu machen.⁶³ Dies erlaubt nicht nur eine Erklärung des Gelernten (eine Beschreibung ließe sich hier auch durch Beobachtung des Verhaltens erzielen), sondern insbesondere auch des Lernvorgangs. Damit wird eine Zuordnung des erlernten Verhaltens zu bestimmten Inputdaten

⁶² <https://gi.de/informatiklexikon/explainable-ai-ex-ai/> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁶³ *Castelvecchi*, 538 *Nature* 21 (2016); *Voosen*, How AI detectives are cracking open the black box of deep learning, <http://www.sciencemag.org/news/2017/07/how-ai-detectives-are-cracking-open-black-box-deep-learning>; *Knight*, The Dark Secret at the Heart of AI, <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/> (beide zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

möglich, auch wenn diese nicht (wie bei Programmierungen) vollkommen eindeutig, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angegeben werden kann.

3. Bedeutung für die Beurteilung digitaler Systeme

Trainieren statt Programmieren stellt auch das Sicherheitsrecht vor neue Herausforderungen. Die Sicherheitsbeurteilung muss nach anderen Prinzipien erfolgen, da die Steuerung nicht mehr auf einem feststehenden Steuerungscode beruht, der direkt untersucht werden kann. Grundsätzlich gibt es aber zwei verschiedene Methoden der Sicherheitsbeurteilung: Statt den Code zu überprüfen, kann man auch Testläufe durchführen. Entsprechend gibt es sog. Blackbox- und Whitebox-Tests.⁶⁴ Welcher Grad von Sicherheit verlangt wird und welche Wege, diese zu erreichen, akzeptabel sind, sind normative Fragen. Hier wird vor allem der technischen Normierung eine große Bedeutung zukommen.⁶⁵

III. Vorgaben durch den Programmierer

Aus haftungsrechtlicher Sicht ist vor allem interessant, welchen Einfluss die verschiedenen Akteure auf das Verhalten des lernfähigen digitalen Systems haben, das letztendlich zu einem Schaden führt. Dabei ist zunächst der Programmierer in den Blick zu nehmen, der bei der klassischen Programmierung die volle Kontrolle über das Verhalten des Systems hat.

Diese Kontrolle wird bei lernfähigen Systemen geringer, dementsprechend wird auch die Vorhersehbarkeit des Verhaltens für den Programmierer geringer. Damit beruht das System nicht mehr (oder zumindest in geringerem Maße) auf Wissen des Programmierers, sondern erwirbt das erforderliche Wissen erst. Mit *Specht/Herold* kommt es zur „Generierung von Wissen durch Erfahrungen der Maschine selbst“.⁶⁶ Dies gilt nicht nur für Systeme, die Wissen repräsentieren, sondern in Form von Verhaltensregeln für alle lernfähigen Systeme.⁶⁷

⁶⁴ *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, S. 44 ff.

⁶⁵ Dazu Deutsches Institut für Normung (DIN), Warum auch die KI Normen braucht, <https://www.din.de/de/din-und-seine-partner/publikationen/din-magazin/warum-auch-die-ki-normen-braucht-320570> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁶⁶ *Specht/Herold* MMR 2018, 40 (41).

⁶⁷ Die epistemologische Frage, was unter Wissen zu verstehen ist, soll hier ausgeblendet bleiben. Die Unterscheidung von Modellen und Generalisierungen wurde bereits unter II. angesprochen.

Das Wissen des Programmierers kann also kleiner sein als bei klassischer Programmierung, dennoch hat er Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Lernprozess und damit auf das Lernergebnis.

1. Bestimmung der Lernfähigkeit

Zum einen hat es der Programmierer in der Hand, digitale Systeme überhaupt lernfähig auszugestalten. Auch kann er bestimmen, welche Teile eines Steuerungscode angepasst werden können, bzw. ganz allgemein kann er sich für oder gegen die Verwendung einer bestimmten Architektur entscheiden.

2. Setzen von Grenzen: Garantien und Spezifikationen des Verhaltens

Zum anderen gibt es die Möglichkeit, durch Programmierung bestimmte abstrakte Grenzen des Lernbaren zu setzen. Die Möglichkeit, solche High-level-Spezifikationen zu setzen, ist ein wichtiger Forschungsgegenstand. Grenzen zu setzen, die auch theoretisch beweisbar sind (wie bei einer feststehenden Programmierung), sog. beweisbare Garantien, ist schwierig.⁶⁸

Neben der softwaremäßigen Begrenzung lernfähiger Systeme, lassen sich lernfähige Roboter auch physisch abgrenzen (bei virtuellen Systemen wäre ein Abschneiden von Netzen erforderlich). Dies wurde bereits bei der Robotik angesprochen. Ganz allgemein können Systeme physisch und informationell isoliert werden, um sie so gefahrlos zu testen (Idee des Sandbetts). Bei der Anwendung hängt der Nutzen digitaler Systeme jedoch gerade damit zusammen, dass sie nicht isoliert betrieben werden müssen.

IV. Vorgaben durch den Trainer

Als neuer Akteur, der ebenfalls Einfluss auf das Verhalten des digitalen Systems hat, kommt der Trainer hinzu. Je nach Trainingsverfahren hat er mehr oder weniger Kontrolle über das, was das System lernt.

1. Überwachtes Lernen, unüberwachtes Lernen und Lernen durch Verstärkung

Eine wichtige Unterscheidung, die sich aus der Art der verwendeten Systeme ergibt (also vom Programmierer angelegt ist), ist dieje-

⁶⁸ Für den Hinweis auf high-level-Spezifikationen und beweisbare Garantien danke ich *Malte Helmert*.

nige zwischen überwachtem Lernen, unüberwachtem Lernen und Lernen durch Verstärkung.⁶⁹

Beim überwachten Lernen (supervised learning) ist der Prototyp des zu Lernenden bereits bekannt, d.h. der Trainer kennt die zu lernenden Regeln und wählt die Trainingsdaten entsprechend aus bzw. sorgt dafür, dass die Regeln in den Trainingsdaten implizit enthalten sind (etwa Bilder von Katzen und Bilder von Hunden mit entsprechender Kennzeichnung).

Beim verstärkenden Lernen (reinforcement learning) kennt der Trainer zwar die Regeln, muss aber nicht dafür sorgen, dass sie bereits in den Trainingsdaten enthalten sind. Erst durch die Verstärkung kann das lernfähige System aus den Trainingsdaten Regeln extrahieren (Beispiel wieder Bilder von Katzen und Hunden, jedoch ohne entsprechende Kennzeichnung – als Verstärkung meldet der Trainer an das System, ob es jeweils zutreffend entschieden hat).

Beim unüberwachten Lernen werden dem System die geringsten Vorgaben gemacht. Das System soll dabei aus den Trainingsdaten Regeln extrahieren, die auch dem Trainer noch nicht bekannt sind. Big-Data-Analysen, bei denen in Datensätzen bislang unbekannt Korrelationen aufgefunden werden sollen, lassen sich als unüberwachtes Lernen charakterisieren.

2. Datenquelle

Ganz allgemein kann über die Auswahl der Trainingsdaten Einfluss auf das Lernergebnis genommen werden (was auch die Möglichkeit des Missbrauchs eröffnet). Häufig wird dies durch Bestimmung der Datenquelle geschehen. Hier zeigt sich auch ein Unterschied zwischen einfachen Betreibern und Nutzern, die keinen Einfluss auf die Trainingsdaten nehmen, und solchen, die auch als Trainer agieren.

Probleme mit der Qualität des Gelernten können sich aus „schlechten“ Trainingsdaten ergeben. Fehltrainings (etwa, dass Systeme bei der Bilderkennung versehentlich auf die Bildunterschriften trainiert werden) gehören zu den klassischen Problemen des Maschinenlernens. Anschaulich kann man auch vom Problem des „garbage in, garbage out“ sprechen.

⁶⁹ Mainzer, Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?, 2016, S. 115 ff.; Kelleher/Tierney, Data Science, 2018, S. 99 f.; Ng/Soo, Data Science – Was ist das eigentlich?, 2018, S. 8 ff.; Sorge, in Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, 2018, S. 139, 140 f.; Yuan RW 2018, 477 (485 ff.).

3. Beendigung des Lernprozesses

Eine letzte wichtige Einflussmöglichkeit (die auch im System angelegt sein muss) ergibt sich daraus, dass die Lernfähigkeit bei Maschinen auch zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet werden kann. Damit ergibt sich die Möglichkeit, Systeme während einer Lernphase zu trainieren und nach Abschluss der Lernphase „einzufrieren“. Das Lernergebnis kann, wie bereits erwähnt, durch Vervielfältigung auch auf andere gleichartige Systeme übertragen werden. Jedenfalls eröffnet das Einfrieren des Lernergebnisses für Hersteller oder Bediener die Möglichkeit einer stärkeren Kontrolle.

V. Lernfähigkeit als Autonomie

1. Autonomie als Unabhängigkeit von Vorgaben

Autonomie wird hier mit Lernfähigkeit gleichgesetzt.⁷⁰ Dies ist allerdings nicht selbstverständlich. Wörtlich übersetzt bedeutet Autonomie, dass sich jemand oder etwas Regeln selbst setzt. Diese Regeln (νόμοι: Gesetze) sind bei digitalen Systemen die ausführlich dargestellten Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung abläuft, die man auch als Verhaltensregeln beschreiben kann.

Lernfähigkeit bedeutet, dass diese Regeln zu einem geringeren Maße vom Programmierer bestimmt werden. Wie gezeigt hat aber auch der Trainer noch einen mehr oder weniger großen Einfluss auf das, was das System lernt. Nur den verbleibenden Rest an Eigenständigkeit bei der Regelgenerierung kann man wirklich als Autonomie bezeichnen. Dies wären dann nur spontane Effekte, die bei komplexen lernfähigen Systemen auftreten können.

Aus technischer (und haftungsrechtlicher) Sicht ist diese Differenzierung aber weniger wichtig. Es genügt, auf die Lernfähigkeit als besondere Eigenschaft abzustellen und den Einfluss verschiedener Akteure auf das Verhalten des Systems und damit auf durch das System verursachte Schäden (oder Nutzen) zu klären.

Die Definition des Europäischen Parlaments stellt auf Lernfähigkeit, eigenständiges Entscheiden und Interaktion mit der Umwelt

⁷⁰ Russell/Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 2009, S. 40: „To the extent that an agent relies on the prior knowledge of its designer rather than on its own percepts, we say that the agent lacks autonomy.“ Lernfähige Systeme können sich – zumindest in einem gewissen Maße – auf ihre eigene Wahrnehmung (its own percepts) statt auf das Wissen ihres Entwicklers (prior knowledge of its designer) verlassen. Dies erreichen sie, indem sie die Regeln ihrer Informationsverarbeitung aus den eigenen Wahrnehmungen ableiten und so lernen. Vgl. Reichwald/Pfisterer CR 2016, 208 (210f.); Wildhaber/Lohmann AJP 2017, 135 (136).

ab.⁷¹ Hier spielt also, wie überhaupt schwerpunktmäßig bei der Diskussion um Roboter, der Einfluss auf die reale Welt eine große Rolle.

Da der Begriff Autonomie insgesamt in der rechtlich-technischen Diskussion nicht klar definiert ist, erscheint er weniger geeignet zur Beschreibung des technischen Hintergrunds als der Begriff der Lernfähigkeit (welche der Fähigkeit zur Anpassung des eigenen Verhaltens entspricht).⁷²

2. Grade zunehmender Autonomie von digitalen Systemen (the extent that an agent relies on its own percepts)

Autonomie ist kein binäres Kriterium, sondern kann mehr oder weniger stark ausgeprägt sein.⁷³ Der Grad der Autonomie wird bestimmt durch Vorgaben des Programmierers (III.) und auch des Trainers (IV.), d.h., Vorgaben bedeuten zugleich Kontrolle bzw. Risikobeherrschung. Hohe Autonomie bedeutet hohe Flexibilität. So resümieren *Reichwald/Pfisterer*: „Der Autonomiegrad ist demnach umso höher, je mehr das Verhalten von *intrinsic Mechanismen* gesteuert wird und je mehr sich das System an Problemsituationen bzw. die Gesamtsituation eigenständig anpassen kann.“⁷⁴ Dies macht den praktischen Nutzen lernfähiger Systeme aus.

⁷¹ Europäisches Parlament, P8_TA(2017)0051, Zivilrechtliche Regelungen im Bereich Robotik, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), Erwägungsgründe Z: „dass die heutigen Roboter dank der beeindruckenden technischen Fortschritte des letzten Jahrzehnts nicht nur in der Lage sind, Tätigkeiten auszuüben, die früher einmal typische menschliche Tätigkeiten waren, welche ausschließlich den Menschen vorbehalten waren, sondern durch die Entwicklung bestimmter autonomer und kognitiver Merkmale – beispielsweise der Fähigkeit, aus Erfahrung zu lernen und quasi-unabhängige Entscheidungen zu treffen – den Akteuren, die mit ihrer Umwelt interagieren und diese ganz erheblich verändern können, immer ähnlicher geworden sind“; ebd., Erwägungsgründe Z.AA: „dass die Autonomie eines Roboters als die Fähigkeit definiert werden kann, Entscheidungen zu treffen und diese in der äußeren Welt unabhängig von externer Steuerung oder Einflussnahme umzusetzen, und in der Erwägung, dass diese Autonomie rein technologischer Art ist und ihr Grad davon abhängt, wie ausgeklügelt die Interaktion des Roboters mit seiner jeweiligen Umwelt konzipiert worden ist“. Dazu *Lohmann ZRP* 2017, 168 (169).

⁷² Vgl. *Reichwald/Pfisterer CR* 2016, 208 (210f.); *Wildhaber/Lohmann AJP* 2017, 135 (136); *Zech ZfPW* 2019, 198 (200).

⁷³ *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 29ff.; *Reichwald/Pfisterer CR* 2016, 208 (210). Siehe bereits *Boden* in dies. (Hrsg.), *The Philosophy of Artificial Life*, 1996, S. 95, 102. Fraglich ist, ob es eine maximale oder vollständige Autonomie geben kann (sofern man diese nicht mit Automatisierung gleichsetzt). *Horner/Kaulartz CR* 2016, 7 (13f.), verwenden den Begriff des „vollautonomen“ Systems.

⁷⁴ *Reichwald/Pfisterer CR* 2016, 208 (210).

3. Autonomie und Kontrollmöglichkeiten

Wichtig erscheint aus haftungsrechtlicher Sicht, dass Autonomie verminderte Kontrollmöglichkeiten bedeutet.⁷⁵ Entscheidende Aspekte sind dabei nach *Boden*⁷⁶ bzw. *Reichwald/Pfister*⁷⁷ der Anteil gelernten Wissens (statt modellhaft programmierten Wissens), der Anteil der Kontrolle über Eingangsparameter (eigenständige Problemlösung) und der Anteil ausgeübter Selbstkontrolle (eigenständige Problemdefinition). Diese kann wie dargestellt sowohl durch den Programmierer als auch durch den Trainer erfolgen. Systeme, die eigenständige Problemlösungen finden oder sich gar selbst ihre Ziele vorgeben, unterliegen auch einer geringeren Kontrolle (bereits die passende Vorgabe der Ziele durch die Entwickler ist nicht einfach).

VI. Realisierung durch verschiedene Architekturen: lernfähige Algorithmen, neuronale Netze, hybride Systeme

Die technische Realisierung lernfähiger Systeme soll nur kurz angeschnitten werden. Neben lernfähigen Algorithmen sind hier auch neuronale Netze zu nennen.

1. Lernfähige Algorithmen

Algorithmen können so gestaltet werden, dass sie durch Lernen modifiziert werden können (lernfähige Algorithmen). Die symbolische Repräsentation des Verhaltens schließt die Lernfähigkeit also nicht aus, nur umgekehrt gibt es keine implizite Programmierung.

Ein wichtiges Beispiel sind Support Vector Machines (SVM), bei denen Datenmengen in höherdimensionalen Räumen abgebildet werden, um dort eine Gruppierung vornehmen zu können.⁷⁸ Das

⁷⁵ *Scherer* 29 Harv. J. L. & Tech. 353 (2016), 366 ff.

⁷⁶ *Boden* in dies. (Hrsg.), *The Philosophy of Artificial Life*, 1996, S. 95, 102: „Three aspects of behavior – or rather, of its control – are crucial. First, the extent to which response to the environment is direct (determined only by the present state in the external world) or indirect (mediated by inner mechanisms partly dependent on the creature’s previous history). Second, the extent to which the controlling mechanisms were self-generated rather than externally imposed. And third, the extent to which inner directing mechanisms can be reflected upon, and/or selectively modified in the light of general interests or the particularities of the current problem in its environmental context.“

⁷⁷ *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208 (210).

⁷⁸ Dazu *Schölkopf/Smola*, *Learning with Kernels*, 2002, S. 23 ff.; *Flasiński*, *Introduction to Artificial Intelligence*, 2016, S. 147 f.; *Kubat*, *An Introduction to Machine Learning*, 2017, S. 97 f.; *Zech* ZfPW 2019, 198 (201).

Resultat entspricht einem gelernten Modell der Umwelt. SVM sind wichtige Werkzeuge bei der Mustererkennung und werden z.B. bereits im medizinischen Bereich (zur Erkennung krankhaft veränderten Gewebes) eingesetzt.⁷⁹

2. Neuronale Netze

Künstliche neuronale Netze (artificial neural networks) sind bereits Gegenstand der juristischen Literatur.⁸⁰ In ihnen wird Information – ähnlich wie bei natürlichen neuronalen Netzen – implizit durch den Zustand des gesamten Netzes repräsentiert. In einem solchen Netz sind die einzelnen künstlichen Neuronen jeweils mit zahlreichen (bis zu tausend) anderen verknüpft. Das einzelne Neuron wird durch eine besondere Funktion simuliert.⁸¹ Der Input an das einzelne Neuron wird dabei unterschiedlich gewichtet (weights) im Neuron aufsummiert und führt bei diesem Neuron, sobald ein bestimmter Grenzwert überschritten ist, zur Aktivierung, die dann wiederum einen Input an anderen Neuronen bewirkt. Sowohl die Gewichtungen als auch der Schwellenwert lassen sich verändern, wobei Algorithmen, die eine Veränderung aufgrund von Rückmeldevorgängen erlauben (Auslösefunktion, insbesondere backpropagation algorithm⁸²), von besonderer Bedeutung sind. Die einzelnen Neuronen können in verschiedenen Schichten angeordnet werden, wobei ein „input layer“, mehrere sogenannte „hidden layers“ (verborgene Zwischenschichten) und ein „output layer“ unterschieden werden können.⁸³ Die Gesamtheit der Gewichtungen und Schwellenwerte in einem bestimmten Netz repräsentiert implizit die Regeln, nach denen die Informationsverarbeitung ausgeführt wird.

⁷⁹ Klaus-Robert Müller, persönliche Mitteilung, ; Sandkühler/Overhoff, Machbarkeit der Gebedifferenzierung in 3D-Ultraschallvolumina, 2014, <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/s-0034-1389535> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2011); Yang ua, Journal of Medical Systems, Sep2019, Vol. 43 Issue 9.

⁸⁰ Ehinger/Stiemerling CR 2018, 761 ff.; Söbbing K&R 2019, 164 ff.

⁸¹ Eine durch eine Funktion repräsentierte Schaltstelle ist also mit bis zu tausend anderen verknüpft. Die Komplexität eines neuronalen Netzes ergibt sich aus der Zahl der Schaltstellen und der Zahl der Verknüpfungen. Zu künstlichen neuronalen Netzen Flasiński, Introduction to Artificial Intelligence, 2016, S. 157 ff.; Kubat, An Introduction to Machine Learning, 2017, S. 91 ff. Eine gute allgemeine Einführung findet sich bei Lewis-Kraus, The Great A.I. Awakening, <https://www.nytimes.com/2016/12/14/magazine/the-great-ai-awakening.html> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

⁸² Zur Rolle und Entwicklung des backpropagation algorithm Flasiński, Introduction to Artificial Intelligence, 2016, S. 169; Kubat, An Introduction to Machine Learning, 2017, S. 97 ff.

⁸³ Von dieser mehrschichtigen Architektur rührt auch die Bezeichnung *deep learning*.

Künstliche neuronale Netze wurden erst dadurch praktisch relevant, dass eine bestimmte Zahl von Neuronen technisch realisiert werden konnte.⁸⁴ Hinzu kamen die mehrschichtige Architektur und Weiterentwicklungen der verwendeten mathematischen Elemente. Als dritter Faktor konnten neuronale Netze, wie lernfähige digitale Systeme überhaupt, erst dadurch erfolgreich werden, dass neben der großen Rechenleistung eine große Menge an Trainingsdaten verfügbar wurde (durch die Fortschritte in Sensorik, Vernetzung und Datenspeicherung – Big Data).

Ein Problem neuronaler Netze besteht darin, dass sie Information und damit auch das gelernte Verhalten nur implizit repräsentieren (das Ganze ist mehr als die Summe seiner Teile). Man spricht von der „Black Box“.⁸⁵ Dieser Intransparenz neuronaler Netze versucht explainable AI (XAI) gegenzusteuern. Dabei geht es letzten Endes darum, symbolische Erklärungen für erlerntes Verhalten zu generieren. So kann etwa anhand einer Heatmap gezeigt werden, welche Bereiche von Bildern, die als Trainingsdaten verwendet wurden, mehr oder weniger zum Gelernten beigetragen haben. Auch lässt sich der Zustand einzelner Zwischenschichten abstrahieren und entsprechend darstellen (etwa als graphische Elemente mittlerer Abstraktheit bei der Bilderkennung).

3. Hybride Systeme

Wie bereits unter II.3 erwähnt sind hybride Systeme von hoher praktischer Relevanz. Gerade durch die Verbindung unterschiedlicher digitaler Systeme wird die Lösung komplexerer Aufgaben ermöglicht.

VII. Spezifische Risiken lernfähiger (autonomer) Systeme: Vorhersehbarkeit und Erklärbarkeit des Verhaltens

Für das Haftungsrecht sind die besonderen Risiken, die mit der Lernfähigkeit verbunden sind, von Interesse. Man kann von einem *Autonomierisiko* sprechen.⁸⁶

⁸⁴ Die als Elemente von künstlichen neuronalen Netzen erforderlichen Algorithmen, insbesondere den backpropagation algorithm, wurden bereits früher entwickelt. Die technische Umsetzung in hinreichend großen künstlichen Netzen gelingt erst, seit genügend Rechenleistung zur Verfügung steht und begann vor etwa zehn Jahren.

⁸⁵ Dazu *Yuan* RW 2018, 477 (483f.); *Linardatos* ZIP 2019, 504 (505); *Zech* ZfPW 2019, 198 (202). → Fn. 63.

⁸⁶ *Zech* in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 175; *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (164); *Cornelius*, ZRP 2019, 8 (9); *Schirmer* RW 2018, 453 (465); *ders.* JZ 2019, 711.

Ex ante ist die Vorhersehbarkeit des Verhaltens dadurch, dass es erst gelernt wird, eingeschränkt, was eine verringerte Kontrolle mit sich bringt. Dadurch entsteht das Risiko eines Schadenseintritts durch unvorhersehbare Umstände. Hinzu kommt eventuell bei komplexen neuronalen Netzen die Möglichkeit spontanen Verhaltens. Ex post bedeutet Lernfähigkeit, dass es schwieriger wird, zu erklären, wie ein bestimmtes Verhalten zustande kam, das letztendlich zu einem Schaden geführt hat.

1. Vorhersehbarkeit (ex ante): Einfluss des Gelernten (verringerte Risikobeherrschung durch den Programmierer)

Das Verhalten lernfähiger Systeme ist für den Programmierer nur eingeschränkt vorhersehbar.⁸⁷ Durch Garantien und Restriktionen kann er Einfluss darauf nehmen, was ein System lernen kann, nicht jedoch auf das Verhalten des Trainers.⁸⁸

Bei der Beurteilung der Vorhersehbarkeit im konkreten Fall ist nicht nur nach dem Grad der Autonomie zu differenzieren, sondern insbesondere auch danach, in wessen Sphäre trainiert wird: Was wurde programmiert? Wer hat trainiert? Wie lange bzw. in welcher Phase (System auch noch auf dem Markt lernfähig oder nicht)?

Auch für Nutzer und Betroffene, die keinen Einfluss auf das Verhalten haben, ändert sich die Vorhersehbarkeit. Der Umgang mit programmierten digitalen Systemen gehört mittlerweile zur normalen Alltagserfahrung, der Umgang mit lernfähigen Systemen noch nicht.⁸⁹ Dies hat neben der Ubiquität digitaler Systeme Auswirkungen auf die Möglichkeit, sich als potentieller Geschädigter selbst zu schützen.

2. Vorhersehbarkeit: Selbstorganisation und spontanes Verhalten

Das Verhalten lernfähiger Systeme wird gelegentlich auch als nicht-deterministisch bezeichnet.⁹⁰ Ein deterministischer Algorith-

⁸⁷ *Kirn/Müller-Hengstenberg* MMR 2014, 225 (228); *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 37f.; *Borges* NJW 2018, 977 (978); *Hacker* RW 2018, 243 (257) (mit Hinweis auf entsprechende Eigenschaft menschlichen Handelns); *Schirmer* JZ 2019, 711; *Spindler* in *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 125, 126; *Riehm/Meier* in *DGRI Jahrbuch 2018* (erscheint demnächst), S. 3f. Zum amerikanischen Recht *Calo* 103 Cal.L.Rev. 513 (2015), 542.

⁸⁸ *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208 (212).

⁸⁹ Hierher gehört auch die Diskussion um eine mögliche Anthropomorphisierung lernfähiger Systeme, vgl. *Calo* Cal.L.Rev. 513 (2015), 545ff.; *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (164f.).

⁹⁰ *Kirn/Müller-Hengstenberg* MMR 2014, 225 (228); *Zech*, ZfPW 2019, 198, 202; *Riehm/Meier* in *DGRI Jahrbuch 2018* (erscheint demnächst), S. 3f.

mus verhält sich vollkommen vorhersagbar, auch hinsichtlich der Zwischenschritte.⁹¹ Demgegenüber arbeiten probabilistische Algorithmen mit Zufallszahlen, sind also hinsichtlich ihrer Zwischenschritte nicht vollkommen vorhersagbar, um aber ein zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersagbares Ergebnis zu erzielen. Hinsichtlich des Ergebnisses sind also auch probabilistische Algorithmen determiniert. Lernfähigkeit kann dagegen je nach Trainingsdaten zu wirklich unvorhersehbaren Lernergebnissen führen.

Der Einsatz probabilistischer Verfahren ist aus rechtlicher Sicht kein Problem. Nicht-deterministisches Verhalten fügt sich in die vorhandene rechtliche Risikodogmatik problemlos ein, da diese auf Abwägung von Chancen und Risiken basiert, mithin also eine statistische Betrachtung vornimmt.⁹² Das gleiche gilt für die Technik (Technikfolgenabschätzung) und sogar für die Wissenschaft (erkenntnistheoretische Frage, wann eine Erkenntnis als gesichert gelten darf; Einfluss von Wahrscheinlichkeitsberechnungen auch in der Erkenntnistheorie, etwa im Bayesianismus).

Eine andere Frage ist, ob komplexe lernfähige Systeme darüber hinaus inhärent unvorhersehbares Verhalten zeigen können. Selbstorganisation kann zu Eigendynamik und Spontaneität führen.⁹³ Damit könnten etwa komplexe neuronale Netze nach dem Vorbild natürlicher Gehirne spontanes Verhalten zeigen.⁹⁴ Solche komplexe lernfähige Systeme, die zur Selbstorganisation fähig sind und dadurch vergleichbar höheren Tieren Eigendynamik und Spontaneität aufweisen, sind aber im Bereich der Alltagsrobotik noch Zukunftsmusik.

Neuronale Netze verhalten sich grundsätzlich nicht besonders, auch sie sind zunächst nur aus Algorithmen aufgebaut und führen daher bei exakt gleichen Eingaben zu exakt gleichen Ausgaben. Möglicherweise kann es aber bei komplexen neuronalen Netzen mit Rückkoppelung⁹⁵ zu inhärent unvorhersehbaren Effekten kommen. Selbst ein fest programmiertes bzw. deterministisches System kann sich bei iterativer Anwendung unvorhergesehen verhalten (was Ge-

⁹¹ Grützmacher CR 2016, 695 (697) spricht von „Turing-Berechenbarkeit“, Reichwald/Pfisterer CR 2016, 208 (211) von „algorithmischer Prädeterminierung“.

⁹² Mazzini, A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law, SSRN Nr. 3369266, S. 13: „the ‚unpredictability‘ of AI does not appear to represent a cause of new concern as a matter of principle from a safety standpoint“.

⁹³ Klaus Mainzer, Vortrag am 5.10.2015, Universität Passau.

⁹⁴ Zech in Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 163, 170.

⁹⁵ Etwa bei adversarial neural networks, d. h. wenn man zwei neuronale Netzwerke miteinander trainieren bzw. gegeneinander antreten lässt.

genstand der Chaostheorie ist).⁹⁶ Bereits sehr kleine Abweichungen beim Input können dann zu großen Abweichungen im Verhalten führen. Umgekehrt wird auch bei neuronalen Netzen erforscht, ob die Verwendung von Zufallseingaben (probabilistischer Algorithmus) das Verhalten des Systems insgesamt stabilisieren kann.⁹⁷

3. Erklärbarkeit (ex post)

Ex post lässt sich das konkrete Verhalten eines lernfähigen digitalen Systems häufig nur eingeschränkt erklären.⁹⁸ Auch hier ist zwischen der Intransparenz für durchschnittliche Anwender⁹⁹ (Verbraucher) und der Intransparenz auch für den Fachmann zu unterscheiden.¹⁰⁰ Anders als bei der Betrachtung ex ante ist aber nur letztere ein Problem, da im Schadensfall bzw. bei dessen rechtlicher Aufarbeitung Gutachter eingesetzt werden können (vgl. Verständnis der Funktionsweise eines Autos oder eines Computers für den durchschnittlichen Verbraucher, das nur auf einer hohen Abstraktionsebene gegeben ist, und Einsatz entsprechender Gutachter).

Ein Problem der Nachweisbarkeit liegt darin, dass zur Erklärung des Gelernten auch die Trainingsdaten mitgeloggt bzw. protokolliert werden müssten.¹⁰¹ Dies kann bei Sensordaten zu einem Kapazitätsproblem führen.¹⁰² Möglicherweise lassen sich aber auch aggregierte Daten speichern, die aus mitlaufenden Diagnoseverfahren gewonnen werden.

⁹⁶ Ein einfaches Beispiel ist „Langtons Ameise“, vgl. *Stewart* Spektrum der Wissenschaft 1995, 10. Für den Hinweis danke ich *Malte Helmert*.

⁹⁷ *Manfred Hauswirth*, persönliche Mitteilung.

⁹⁸ Dagegen lässt sich das Verhalten von Algorithmen zumindest theoretisch ex post vollständig erklären, *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208 (211). Voraussetzung ist allerdings auch hier, dass die gesamte Historie bekannt ist, also der gesamte Input, der zu einer bestimmten Reaktion eines Systems geführt hat.

⁹⁹ *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 38, stellt auf den „Betroffenen“ ab.

¹⁰⁰ Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, S. 28, der auf die „Sicht des durchschnittlichen Nutzers einer Softwareanwendung“ abstellt.

¹⁰¹ *Horner/Kaulartz* CR 2016, 7 (10).

¹⁰² *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208 (211).

D. Vernetzung: Internet of Things

Als dritter wichtiger Aspekt neben Robotik und Lernfähigkeit soll die zunehmende Vernetzung angesprochen werden.

I. Vernetzung digitaler Systeme untereinander: vom Internet zum Internet of Things

Das seit den 1990ern bestehende Internet ist bekannt und klassisches Beispiel einer digitalen transformativen Technologie. Dabei geht es aber nur um den Informationsaustausch, also die Vernetzung von Menschen bzw. virtueller digitaler Systeme. Neu ist die Vernetzung von Sensoren und Aktuatoren bzw. von Robotik. Die virtuelle Vernetzung (Internet) wird auf physische Gegenstände ausgedehnt (cyber-physikalische Systeme, Internet der Dinge/Internet of Things).¹⁰³

Die Vernetzung körperlicher Gegenstände soll nicht nur als Industrie 4.0 im unternehmerischen Bereich stattfinden, sondern im gesamten Alltag Einzug halten. Damit wird bei den meisten komplexen digitalen Analyse- und Steuerungssystemen auch der Aspekt der Vernetzung zum Tragen kommen.

II. Vernetzung von Sensoren und Aktuatoren, Funktechnik

Das Internet of Things betrifft vor allem die Vernetzung von Sensoren, weshalb es auch bereits im Kontext von Big Data eine große

¹⁰³ Das Internet of Things (IoT) kann definiert werden als „global infrastructure for the information society, enabling advanced services by interconnecting (physical and virtual) things based on existing and evolving interoperable information and communication technologies“ (International Telecommunication Union, Recommendation ITU-T Y.2060, 3.2.3). Zum Begriff *Hornung/Hofmann* in Hornung (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, 2018, S. 9f. Vgl. auch *Sosnitza* CR 2016, 764 (765). Eine Definition cyber-physikalischer Systeme im Zusammenhang mit der rechtlichen Diskussion findet sich bei *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208: „Sie sind als Systeme definiert, die physische Komponenten mit Software verflechten, wobei jedes CPS in unterschiedlichen zeit- und räumlichen Bereichen operieren kann, unterschiedliche Modalitäten und Verhaltensweisen aufweist und in vielfältiger Weise mit anderen Systemen kontextabhängig kommunizieren und interagieren kann.“ Vgl. *Möller*, Guide to Computing Fundamentals in Cyber-Physical Systems, 2016, S. 81ff. Ebd., S. 141: „networked interconnection of everyday objects“.

Rolle spielte. Bereits bei einfachen Haushaltsgeräten kommen aber bereits Aktuatoren hinzu, dies gilt erst recht in der Industrie 4.0 und bei vernetzten Robotern. Die Vernetzung betrifft also sowohl die Eingabeseite (Vernetzung von Sensoren) als auch die Ausgabeseite (Vernetzung von Robotern).

Für die Vernetzung frei beweglicher Hardwaresysteme ist die Funktechnologie von großer Bedeutung. Wie bei den Sensoren und Aktuatoren trägt hier die Miniaturisierung und Steigerung der Energieeffizienz zur Verbreitung bei (vgl. B.III zur Robotik, Beispiele für effiziente Funktechnologien sind Bluetooth und RFID). Ein Technologiesprung dürfte hier durch die Einführung des 5G-Standards zu erwarten sein, der auch die Datenübertragungsrate (Datenvolumen pro Zeit) erhöht. Durch die Fortschritte in der Funktechnik wird auch die Vernetzung frei beweglicher Roboter möglich (insbesondere auch selbstfahrender Fahrzeuge¹⁰⁴).

III. Vernetzung und Bestimmbarkeit einzelner Systeme

Eine weitere Folge der zunehmenden Vernetzung ist, dass die Bestimmbarkeit bzw. Abgrenzbarkeit einzelner digitaler Systeme erschwert wird. Damit wird auch die Bestimmung einzelner Akteure, die für ein bestimmtes System verantwortlich sind, schwieriger.

Allerdings bleibt bei physischen Systemen immer die Bestimmung der Hardware möglich. Hat ein Roboter einen Schaden verursacht, so lässt sich jedenfalls dieser Roboter genau bestimmen (schwieriger wird es bei Infrastrukturrobotik). Zwar lassen sich wegen der Vernetzung möglicherweise die Ursachen für das Verhalten des Roboters nicht bestimmen, der Roboter selbst als Schadensquelle steht aber als Anknüpfungspunkt für rechtliche Regelungen zur Verfügung.

IV. Spezifische Risiken der Vernetzung

Die Vernetzung dürfte das Haftungsrecht vor die größten Herausforderungen stellen. Erst durch die Vernetzung wird die Bestimmung einzelner Verursachungsbeiträge so schwierig, dass das auf einer kausalen Schadensverursachung durch einzelne Akteure aufbauende Haftungsrecht an seine Grenzen kommt. Fremde Daten

¹⁰⁴ Zu den Szenarien der Datenströme im Straßenverkehr mit und ohne Plattformen *Kerber/Frank*, Data Governance Regimes in the Digital Economy: The Example of Connected Cars, SSRN Nr. 3064794.

können unabsichtlich oder absichtlich zu Schädigungen führen. Man kann daher von einem eigenen *Vernetzungsrisiko* sprechen.¹⁰⁵

1. Schädigung durch fremde Daten (ungewollt, safety risk)

Das Vernetzungsrisiko ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit der Schädigung durch ungewollt fehlerhafte Daten aus dem Netz (safety risk) und aus der Ermöglichung von Angriffen über das Netz (security risk). Das Risiko ungewollter Schäden entsteht wegen hinzukommender Fernwirkungsszenarien. Durch die Vernetzung können Probleme in einer Vielzahl von Datenquellen zu Problemen bei einem System führen. Handelt es sich nicht um virtuelle Systeme, kann dies auch unmittelbar zu einer Schadensentstehung führen.

Für den Nachweis ex post gilt das bereits zur Lernfähigkeit Ausgeführte. Das Mitloggen bzw. Protokollieren kann zu Kapazitätsproblemen führen, die aber möglicherweise technisch zu bewältigen sind.

2. Angreifbarkeit (security risk)

Besonders problematisch ist, dass eine stärkere Vernetzung auch die Angreifbarkeit erhöht. Es entstehen zusätzliche Angriffs- bzw. Missbrauchsmöglichkeiten für vorsätzlich handelnde Dritte.¹⁰⁶ Dieses Risiko missbräuchlicher Eingriffe, kombiniert mit der Möglichkeit einer unmittelbaren physischen Schädigung, hält *Bruce Schneier* für die größte aktuelle Herausforderung im Umgang mit digitalen Systemen.¹⁰⁷

Technische Möglichkeiten der Absicherung („security by design“) finden sich auch auf der Softwareseite (etwa Kryptographie). Es handelt sich um ein typisches Problem der IT-Sicherheit mit den drei Hauptzielen Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität. Dass diese mangelnde IT-Sicherheit auch unmittelbare physische Schäden zur

¹⁰⁵ *Zech* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 175; *ders.* ZfPW 2019, 198 (205); *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 (164, 201 ff.); *Cornelius* ZRP 2019, 8 (10); *Riehm/Meier* in DGRI Jahrbuch 2018 (erscheint demnächst), S. 13. Zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen *Spiecker gen. Döbmann* CR 2016, 689 ff.; *Wende* in Sassenberg/Faber (Hrsg.), *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things*, 2017, S. 69; *Hornung/Hofmann* in Hornung (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 9, 29 ff.; *Spindler* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 125, 127 f.

¹⁰⁶ *Hilgendorf* RAW 2018, 85 (88). Dabei handelt es sich um ein Problem der sog. Cybersicherheit, vgl. speziell zu Industrie 4.0 *Möller*, *Guide to Computing Fundamentals in Cyber-Physical Systems*, 2016, S. 336 ff.

¹⁰⁷ *Schneier*, *Click Here to Kill Everybody*, 2018, S. 3.

Folge haben kann, wurde rechtlich bislang nur für kritische Infrastrukturen¹⁰⁸ berücksichtigt.

3. Komplexe Verursachung

Neben der Höhe des Risikos ist aus haftungsrechtlicher Sicht wichtig, dass durch Vernetzung (und Lernfähigkeit) Szenarien drohen, bei denen an einer Schadensentstehung sehr viele Akteure beteiligt sind. Durch die Vernetzung können beliebig viele Personen hinzukommen, „deren“ Systeme Daten geliefert haben (wobei sich hier wieder dieselben Zurechnungsfragen stellen).¹⁰⁹

Hinzu kommt, dass vernetzte Systeme zu einem komplexen Gesamtsystem werden können, das unvorhersehbares Verhalten zeigt.¹¹⁰ Hardwaresysteme können die Fähigkeit erlangen, als Schwarm zu agieren, wodurch ebenfalls ein unvorhersehbares emergentes Verhalten möglich wird.¹¹¹

¹⁰⁸ §§ 8a ff. BSI-Gesetz; Richtlinie 2008/114/EG des Rates vom 8. Dezember 2008 über die Ermittlung und Ausweisung europäischer kritischer Infrastrukturen und die Bewertung der Notwendigkeit, ihren Schutz zu verbessern. Vgl. *Spiecker gen. Döhmann* CR 2016, 689 (700).

¹⁰⁹ *Calo* 103 Cal.L.Rev. 513 (2015), 555: „data promiscuity“; *Balkin* 6 Cal.L.Rev. Cir. 45 (2015), 53: „work of many hands“.

¹¹⁰ *Kirn/Müller-Hengstenberg* MMR 2014, 225 (228); *Hornung/Hofmann* in *Hornung* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 9, 31.

¹¹¹ *Kaplan*, *Künstliche Intelligenz*, 2015, S. 66.

E. Auswirkungen der technischen Entwicklungen auf haftungsrechtliche Fragestellungen

Die technischen Entwicklungen sind für verschiedene Aspekte des Haftungsrechts relevant. Auswirkungen ergeben sich bei der möglichen Beeinträchtigung von Rechtsgütern, bei der Verletzungshandlung, bei der Kausalität sowie bei der Beweisbarkeit all dieser Haftungsvoraussetzungen.

I. Beeinträchtigung von Rechtsgütern: neue Risiken

Die technischen Entwicklungen führen zu neuen Möglichkeiten des Schadenseintritts und damit zu neuen Risiken. Für das Recht ist die Bildung von Kategorien unterschiedlich riskanter digitaler Systeme wichtig.

1. Neue Risiken

Die Robotik führt zum Auftreten unmittelbarer physischer Schadensverursachungen (Robotikrisiko), insbesondere auch bei verstärkter Interaktion mit Menschen (Verbundrisiko). Die Lernfähigkeit führt zu einer Einschränkung der Vorhersehbarkeit und damit Beherrschbarkeit des Verhaltens digitaler Systeme. Auch die nachträgliche Erklärbarkeit und damit Beweisbarkeit ist eingeschränkt, kann aber durch explainable AI wieder verbessert werden. Die Vernetzung schließlich bringt das Risiko einer absichtlichen oder unabsichtlichen Schädigung durch fremde Daten mit sich.

Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung stellen konvergierende technische Entwicklungen dar, die sich auch gegenseitig beeinflussen.¹¹² Es handelt sich um neuartige Risiken, deren Höhe noch nicht zuverlässig abgeschätzt werden kann.

Ergänzend sei hier noch aufgeführt, welche Fehlerquellen aus Sicht der Informationstechnologie beim Einsatz digitaler Systeme

¹¹² Dazu bereits *Castells*, Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft, Band 1, 2017, S. 34: „konvergierende Gruppe von Technologien“. Die Bedeutung der Kombination von Robotik und Lernfähigkeit findet sich auch in der Definition Künstlicher Intelligenz, die im Briefing des European Parliamentary Research Service zu den EU-Ethikrichtlinien verwendet wird; vgl. *Madiega*, EU guidelines on ethics in artificial intelligence: Context and implementation, 2019, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2019\)640163](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2019)640163) (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019).

drohen:¹¹³ erstens die Vorhersagbarkeit des Verhaltens (Komplexitätsrisiko, chaotisches Verhalten); zweitens die Formalisierung des Problems (also Beschreibung bzw. „Übersetzung“ in formalen Code, klassisches Problem der Programmierung, Automatisierungsrisiko); drittens „garbage in, garbage out“ (Datenquelle, Autonomierisiko/Trainingsrisiko, Vernetzungsrisiko); viertens Programmfehler und -manipulationen (klassisches Problem der Programmierung, Vernetzungsrisiko). Während die Aspekte zwei und vier bereits bei klassischen digitalen Systemen bekannt waren, sind die Aspekte eins und drei durch autonome digitale Systeme hinzugekommen.

2. Kategorienbildung bei der Beurteilung digitaler Systeme

Sowohl die resultierenden abstrakten Eigenschaften digitaler Systeme als auch ihre verschiedenen konkreten Anwendungsgebiete erlauben eine Kategorisierung.¹¹⁴ Die Datenethikkommission hat für Regulierungszwecke eine „Kritikalitätspyramide“ entwickelt.¹¹⁵

Eine mögliche Einteilung ist diejenige in lernfähige und nicht lernfähige Systeme. Allerdings ist dies wie gezeigt gerade keine binäre Unterscheidung, sondern vielmehr eine gleitende Skala. Korrespondierend kann auf die Strukturiertheit des Einsatzbereichs abgestellt werden. In der Regel finden sich in einfacher strukturierten Einsatzbereichen auch weniger lernfähige Maschinen.

Die Unterscheidung von virtuellen Systemen und Hardware-Systemen fällt dagegen leichter. Sofern die Hardware über Aktuatoren verfügt, es sich also um Roboter handelt, sind diese von anderen digitalen Systemen gut abzugrenzen und unterscheiden sich wegen der Möglichkeit der unmittelbaren physischen Schädigung auch in ihrem Risikopotential. Zudem könnte danach unterschieden werden, welche physischen Freiheitsgrade hat und welchen direkten Kontakt mit Menschen ein Roboter hat.

Bei der Bestimmung des Grades der Vernetzung wird es wieder schwieriger. Jedenfalls lassen sich aber Systeme definieren, die von anderen Systemen vollkommen isoliert sind. Praktisch dürften diese immer seltener werden.

Eine weitere Unterscheidung wäre diejenige in sich linear und nicht-linear (chaotisch) verhaltende lernfähige Systeme. Diese dürfte jedoch Zukunftsmusik sein.

¹¹³ Malte Helmert, persönliche Mitteilung.

¹¹⁴ Dazu auch Lohmann ZRP 2017, 168 (169); Borges in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 145, 153.

¹¹⁵ Gutachten der Datenethikkommission, 2019, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.pdf?__blob=publicationFile&t=2 (zuletzt aufgerufen am 10.12.2019), S. 177 ff.

Schließlich bleibt festzuhalten, dass es auch große sektorspezifische Unterschiede gibt. Jede Kategorisierung muss also auch auf den Bereich blicken, in dem ein digitales System angewandt wird (etwa Verkehr, Gesundheit oder Haushalt).

II. Verletzungshandlung: Risikoschaffung und -beherrschung

Bei der Verletzungshandlung (die bei der Verschuldenshaftung pflichtwidrig sein muss, bei der Gefährdungshaftung nicht) sind die Risikoschaffung und -beherrschung in den Blick zu nehmen. Beide werden durch die technischen Entwicklungen beeinflusst.

1. Verschiebung der Risikobeherrschung

Automatisierung und Lernfähigkeit führen zu einer Verschiebung der Risikobeherrschung. Es ändert sich, wer Einfluss auf die Risiken digitaler Systeme hat und wessen Handeln für einen Schaden kausal werden kann.

Durch einen höheren Automatisierungsgrad hat ein Benutzer weniger Einfluss auf das Risiko als beim Einsatz von Systemen, in deren Betrieb er eingreifen kann. So wird etwa der Fahrer eines selbstfahrenden Fahrzeugs zum bloßen Passagier. Dies bedeutet eine mögliche Risikoverschiebung vom Anwender auf den Hersteller oder einen Betreiber, der Eingriffsmöglichkeiten besitzt.

Lernfähigkeit kann dagegen dazu führen, dass der Hersteller weniger Kontrolle über das Risiko besitzt. Zum Programmierer tritt der Trainer, der sowohl auf Hersteller- als auch auf Anwenderseite stehen kann. Dies führt zu einer möglichen Verschiebung der Risikobeherrschung auf den Betreiber, sofern dieser und nicht der Hersteller das Training übernimmt. Auch ist es denkbar, dass das Training von Dritten übernommen wird, die dann neben dem Programmierer Einfluss auf das Risiko haben.

Diese Verschiebungen sind bei der Bestimmung potentiell Verantwortlicher zu berücksichtigen. Das gilt insbesondere bei Regelungen, die an die Unterhaltung verkörperter Gefahrenquellen oder an den Produktpfad anknüpfen.

2. Verringerung der Risikobeherrschung

Lernfähigkeit und Vernetzung führen zu einer Verringerung der Risikobeherrschung. Da eine Vielzahl von Akteuren an der Schadensentstehung beteiligt ist, droht die Kontrolle des Einzelnen sich zu verflüchtigen. Fehlende Vorhersehbarkeit des Verhaltens lernfähiger

Systeme verringert ebenfalls die Kontrolle. Dennoch verbleiben sowohl dem Hersteller als auch dem Betreiber Kontrollmöglichkeiten.

Wie bei anderen Gefahrenquellen auch bleibt zudem immer die Risikoschaffung als Ansatzpunkt für rechtliche Regelungen. Werden die Herstellung oder der Einsatz eines digitalen Systems unterlassen, entsteht schon gar kein Risiko (Aktivitätsniveau). Ob dies sinnvoll ist, ist eine andere Frage. Jedenfalls besteht hier kein grundlegender Unterschied zu anderen Gefahrenquellen, die nicht vollständig beherrschbar sind oder sich möglicherweise unvorhersehbar verhalten können (wie etwa freigesetzte gentechnisch veränderte Organismen).

III. Kausalität und Zurechnung: Risikozurechnung

Mit der Veränderung der Risikobeherrschung steigt auch die Zahl derjenigen, deren Handeln schadensursächlich werden kann. Neben Programmierung und Training ist auch die Herkunft von Daten zu berücksichtigen, die in der Trainings- oder Anwendungsphase zu dem konkreten schädigenden Verhalten eines digitalen Systems geführt haben. Entsprechende Szenarien werden durch die zunehmende Vernetzung häufiger auftreten.¹¹⁶ Dass in der Regel mehrere Personen beteiligt sind, ist zunächst unproblematisch, da mehrere Ursachen nicht unterschiedlich gewichtet werden („keine Gewichtung der Kausalursachen“¹¹⁷). Allerdings kann dies bei Beweisproblemen dazu führen, dass aus einem großen Kreis von Verursachern nur wenige (etwa der Betreiber) effektiv verantwortlich gemacht werden können. Denkbar ist auch, dass unklar bleibt, ob das Verhalten durch ein bestimmtes Datenpaket verursacht wurde (welches auch unsorgfältig generiert wurde) oder erst durch das Zusammenspiel mehrerer Daten aus unterschiedlichen Quellen oder mit einer fehlerhaften Programmierung. Dies zeigt, dass es im Kern um Beweisprobleme gehen wird.

IV. Beweisbarkeit

Vor allem durch die Vernetzung, in gewissem Umfang auch durch die Lernfähigkeit, wird die Beweisbarkeit beeinträchtigt. Beweisbarkeit und Verteilung der Beweislast sind ebenfalls für die Steuerungs-

¹¹⁶ *Spiecker gen. Döbmann* CR 2016, 689 (700f.): „Untergang des Handelnden“ durch „Teilnahme einer unüberschaubar großen Zahl an weiteren Teilnehmern mit unterschiedlicher bis höchst geringer Einflussnahme auf die Ausgestaltung und Durchführung“; *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (202): „Abgrenzung der Haftungssubjekte praktisch unmöglich“.

¹¹⁷ *Denga* CR 2018, 69 (72).

wirkung von Bedeutung. Typischerweise unaufklärbare Tatsachen können dazu führen, dass ein bestimmtes rechtliches Merkmal faktisch immer erfüllt oder nicht erfüllt ist, je nach Beweislast. Auch wenn sich der Betreiber noch feststellen lässt, kann die Herkunft von Daten, die zu einer Schädigung beigetragen haben, unaufklärbar bleiben. Dem muss das Recht Rechnung tragen.

Teil 2. Bestehende Haftungsregeln

A. Haftungsregeln, die an Pflichtverletzungen anknüpfen (Verschuldenshaftung)

Als zentrales Haftungsregime ist zunächst das allgemeine Deliktsrecht, insbesondere die Verschuldenshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB zu untersuchen. Im Rahmen der Verschuldenshaftung ist der zurechenbare Verursacher nur verantwortlich, wenn er sich pflichtwidrig verhalten hat. Die Pflichtwidrigkeit kann auch durch gesetzliche oder richterrechtliche Regelungen vermutet werden, was im noch genauer zu besprechenden Produktpfad eine große Rolle spielt.

Bei einer physischen Schädigung durch digitale Systeme werden regelmäßig altbekannte Rechtsgüter wie körperliche Unversehrtheit oder Eigentum beeinträchtigt. Neu sind nur die hinzukommenden Verursachungsszenarien und die damit verbundene Erhöhung der Risiken für diese Rechtsgüter. Daher ist das bestehende Recht, insbesondere § 823 Abs. 1 BGB, grundsätzlich in der Lage, entsprechende Schädigungen zu erfassen. Den besonderen Risiken kann durch entsprechende Verkehrspflichten Rechnung getragen werden. Zu berücksichtigen sind aber auch die mögliche multikausale Verursachung und die damit zusammenhängenden Beweisprobleme.

I. Bestehen besonderer Verkehrspflichten

Als Handlungen, die für die Schädigung durch ein digitales System ursächlich werden können, kommen die Entwicklung, die Herstellung, die Vermarktung, der Betrieb oder die Benutzung des Systems in Betracht. Nur dann, wenn diese jedoch gegen eine Verkehrspflicht verstoßen, können sie haftungsauslösende Handlungen sein. Die besonderen Regelungen für den Produktpfad, die zwischen Hersteller- und Anwenderseite unterscheiden und vor allem auf die Vermarktung eines fehlerhaften Produkts abstellen, werden noch ausführlich untersucht. Sie zeigen aber auch, dass die bloße Entwicklung eines gefährlichen Produkts oder einer riskanten Technologie noch nicht pflichtwidrig ist.

Bei digitalen Systemen ist vor allem das Verhalten des Systems in den Blick zu nehmen, das den Schaden verursacht. Wer durch seine Handlung dieses Verhalten pflichtwidrig verursacht hat, wer also für

den schadensursächlichen *Zustand* eines digitalen Systems verantwortlich ist, kommt auch als Haftungsadressat in Betracht.

1. Verletzung von Verkehrspflichten beim Umgang mit digitalen Systemen

Auch im Umgang mit digitalen Systemen gilt der Grundsatz, dass jeder, der eine Gefahrenlage schafft oder unterhält, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen treffen muss, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern.¹¹⁸

Die eingeschränkte Vorhersehbarkeit des Verhaltens autonomer Systeme führt nicht zur völligen Unvorhersehbarkeit (was auch wichtig für die Verneinung eines produkthaftungsrechtlichen Entwicklungsrisikos ist). Auch wenn ein konkreter Verlauf nicht vorhergesehen werden kann, ist abstrakt das Risiko von Schädigungen durchaus erkennbar. Daher kann sowohl den Hersteller als auch den Betreiber durchaus eine Verschuldenshaftung treffen.¹¹⁹

Der Bestimmung der Verkehrspflichten liegt eine Abwägung zugrunde, bei der der potentielle gesellschaftliche Nutzen ebenso wie die Risiken berücksichtigt werden. Wird eine Gefahrenquelle durch denjenigen, der sie schafft, schlecht beherrscht, verringert dies nicht seine Sorgfaltspflichten. Dies kann dazu führen, dass er, um den Sorgfaltspflichten zu genügen, die Schaffung der Gefahrenquelle unterlassen muss. Fehlendes persönliches Wissen oder Verständnis ändert daran nichts. Auch eine schlechte objektive Abschätzbarkeit muss zu einem höheren Sorgfaltsmaßstab führen (entsprechend kann sie auch als Grund für die gesetzliche Schaffung einer Gefährdungshaftung dienen, wie etwa bei der Gentechnikhaftung).¹²⁰

Die Schaffung einer unkontrollierbaren Gefahrenquelle bedeutet einen Verkehrspflichtverstoß, weshalb auch das Inverkehrbringen oder der Betrieb unbeherrschbarer digitaler autonomer Systeme grundsätzlich pflichtwidrig ist (insbesondere bei lernfähigen Robotern, die ohne besondere Sicherheitsvorkehrungen auch im Verkehr weiter lernen können). Je nach Art und Einsatz der digitalen Systeme ergeben sich abgestufte Verkehrspflichten bei der Herstellung und Verwendung, die freilich erst noch praktisch ausdifferenziert werden müssen.¹²¹ Der technischen Normung wird hier eine wichti-

¹¹⁸ Vgl. BGH NJW 1988, 2667; 1990, 1236; 2004, 1449 (1450); NJW-RR 2003, 1459.

¹¹⁹ Grützmacher CR 2016, 695 (696).

¹²⁰ Zech, in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 26.

¹²¹ Eine Kategorisierung der Verkehrspflichten im Zusammenhang mit Robotik findet sich bei Günther, *Roboter und rechtliche Verantwortung*, 2016, S. 255 f. Vgl. Lohmann AJP 2017, 158. Zu Verkehrspflichten bei der Herstellung und Verwendung digitaler autonomer Systeme Dengel CR 2018, 69 (73 f.); Riehm/Meier in DGRI Jahr-

ge Schrittmacherfunktion zukommen. Als Aspekte kommen insbesondere das sorgfältige Programmieren, Trainieren (Auswahl der Daten, Erzeugung der Daten)¹²² und Überwachen digitaler Systeme in Betracht. Bei der Programmierung bzw. auch der physischen Konstruktion von Robotern sind die Beschränkung der Freiheitsgrade und die Risikobegrenzung durch Begrenzung des Entscheidungsspielraums (auch für Autonomie) oder des Schadenspotentials zu nennen.¹²³

Im Ergebnis bleibt damit die haftungsrechtliche Verantwortung beim Umgang (Herstellung, Betrieb) mit digitalen Systemen bestehen, auch bei entfernteren oder komplexeren Kausalverläufen (zurechenbare pflichtwidrige Rechtsgutsverletzung auch beim Einsatz autonomer digitaler Agenten). Dadurch wird auch ein Anreiz zu hinreichend sorgfältigem Programmieren und Trainieren gewährleistet.¹²⁴

2. Berücksichtigung entfernterer Verursachungen

Grundsätzlich dürfte eine Schädigung durch den Einsatz digitaler Systeme als unmittelbare Rechtsgutsverletzung durch den Anwender, vergleichbar einem Distanzdelikt einzuordnen sein (anders natürlich Herstellung und Vertrieb).¹²⁵ Auch bei „Schäden, die vom System aufgrund einer eigenständigen Weiterentwicklung verursacht werden“,¹²⁶ tritt keine andere Person in den Kausalverlauf ein (anders, wenn etwa das Handeln eines dritten Trainers schadensursächlich geworden ist). Zwar kann man nicht mehr von einer „Nahwirkung“¹²⁷ sprechen, es liegt aber auch keine der klassischen Situationen mittelbarer Schadensverursachung vor, die dadurch gekennzeichnet sind, dass menschliches Handeln zwischen die Ausgangshandlung und die Rechtsgutsverletzung tritt, wie etwa eine psychische Reaktion des Geschädigten, selbstschädigendes Verhalten oder das Verhalten Dritter.¹²⁸ Anders verhält es sich dagegen mit

buch 2018 (erscheint demnächst), S. 12; aus strafrechtlicher Sicht *Yuan* RW 2018, 477 (492 ff.).

¹²² Dazu *Yuan* RW 2018, 477 (493 ff.).

¹²³ *Lobmann* AJP 2017, 152 (158) mit Hinweis auf ISO 13482:2014. Zur Verlagerung der Risikobeherrschung vom Nutzer auf den Hersteller von Produkten (insbesondere bei hoch- und vollautomatisierten Fahrzeugen) und deren Auswirkung auf die Produzentenhaftung *Wagner* in *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 27, 37 ff.; *Zech* ZfPW 2019, 198 (207).

¹²⁴ *Yuan* RW 2018, 477 (492 ff.) zum Strafrecht.

¹²⁵ Anders *Schaub* JZ 2017, 342 (344).

¹²⁶ *Schaub* JZ 2017, 342.

¹²⁷ *Fikentscher/Heimemann* Schuldrecht, S. 948.

¹²⁸ Vgl. *Looschelders* Schuldrecht BT, S. 499 f.

dem Hersteller, dessen Handeln nur mittelbar schadensursächlich geworden ist.

Im Ergebnis kann es offenbleiben, wie mittelbare und unmittelbare Rechtsgutsverletzung voneinander abzugrenzen sind. Nach zutreffender Ansicht ist ohnehin immer nach der Verletzung von Verkehrspflichten zu fragen, die bei der unmittelbaren Verletzung nur indiziert ist.¹²⁹ Da sich ein stufenloser Übergang ergibt, bei dem sich mit zunehmender Distanz die Begründungslast für die Pflichtwidrigkeit erhöht, ist eine scharfe Abgrenzung nicht erforderlich. Die Verletzung von Verkehrspflichten ist damit ein grundlegendes Prinzip der Verschuldenshaftung.

II. Multikausale Verursachung

Durch Lernfähigkeit und Vernetzung kommt es zu einer hohen Zahl potentieller Verursacher. *Spiecker gen. Döhmman* spricht von der „Teilnahme einer unüberschaubar großen Zahl an weiteren Teilnehmern mit unterschiedlicher bis höchst geringer Einflussnahme auf die Ausgestaltung und Durchführung“.¹³⁰ Es handelt sich um einen Fall von Multikausalität, d.h. der Verursachung von nicht aufteilbaren Schäden durch gemeinschaftliche oder unabhängig voneinander durchgeführte Handlungen mehrerer.¹³¹ Dies führt aber nicht dazu, dass es an der Kausalität fehlt.

Denkbar sind einerseits Fälle, in denen es erst durch das Zusammenwirken mehrerer Beiträge zur Schadensverursachung kommt. In solchen Fällen kumulativer Kausalität wurden beide Handlungen ursächlich, so dass die Verursacher bei Vorliegen der übrigen Haftungsvoraussetzungen als Gesamtschuldner nach § 840 Abs. 1 BGB haften. Für die Herstellung und den Betrieb eines schädigenden Roboters wird eine solche kausale Verursachung in der Regel zutreffen, fraglich ist nur, ob dabei auch pflichtwidrig gehandelt wurde (die Herstellerhaftung wird noch ausführlicher untersucht).

Daneben greift in Fällen der alternativen Kausalität, in denen zwei Beiträge auch je allein zur Schadensverursachung geführt hätten, jedoch nicht aufgeklärt werden kann, welche von beiden Handlungen tatsächlich ursächlich geworden ist, § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB ein und führt ebenfalls zur gesamtschuldnerischen Haftung. Allerdings ist

¹²⁹ MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 6, 21, 26; Kötz/Wagner Deliktsrecht, S. 51, 57 ff.; Looschelders Schuldrecht BT, S. 478; Zech in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 25.

¹³⁰ *Spiecker gen. Döhmman* CR 2016, 689 (701); Teubner AcP 218 (2018), 155 (201 f.).

¹³¹ Zech ZfPW 2019, 198 (207 f.). Zu Multikausalität *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, S. 308.

Voraussetzung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB die grundsätzliche Eignung zur Gesamtschadensverursachung.¹³² Wenn also *möglicherweise* erst durch das Zusammenwirken mehrerer Handlungen, wie etwa Lieferungen unrichtiger Datensätze, das schadensstiftende Verhalten eines digitalen Systems verursacht wurde, greift die Regelung nicht ein.

Hersteller, Betreiber und Nutzer von physischen Systemen können zumeist festgestellt werden und leisten auch einen kausalen Beitrag zu Schäden, die das System verursacht. Allerdings hängt ihre Haftung davon ab, dass sie sich pflichtwidrig verhalten haben. Die entsprechenden Verkehrspflichten umfassen zwar auch Maßnahmen zum Schutz vor fehlerhaften Daten aus anderen Quellen. Aber man wird die Verkehrspflichten auch nicht überspannen können. Bei pflichtgemäßem Verhalten der für den Einsatz des physischen Systems Verantwortlichen und Problemen beim Nachweis der Verursachung durch andere vernetzte Systeme droht dann dem Geschädigten die alleinige Risikotragung.

III. Beweisprobleme

Bei zunehmender Lernfähigkeit und Vernetzung drohen Beweisprobleme.¹³³ Die Protokollierung aller erforderlichen Daten wird auf technische Schwierigkeiten stoßen.¹³⁴ Drastisch schildern *Hornung/Hofmann* die möglichen Konsequenzen für die Praxis: „In der Folge kann die Verantwortung keinem der Beteiligten klar zugewiesen werden; sie ‚verschwimmt‘ also gewissermaßen im Wertschöpfungsnetzwerk.“¹³⁵ Dies gibt Anlass, über Gefährdungshaftungsregelungen oder, wenn eine klare Zuordnung zu einzelnen ursächlichen Systemen auch nicht möglich ist, haftungseretzende Versicherungslösungen nachzudenken. Bereits in Anwendung des geltenden Rechts kann aber durch Vermutungsregelungen, die richterrechtlich ausgeformt werden können, auf die Beweisprobleme reagiert werden.

¹³² BGH NJW 1994, 932 Rn. 25 f. – Kindertee II.

¹³³ *Grützmacher* CR 2016, 695 (697): „Das eigentliche Problem der Herstellerhaftung für sog. autonome Systeme dürfte vielmehr Stand heute und in den kommenden Jahren regelmäßig die Frage des Beweises der Pflichtverletzung bzw. des Fehlens der erwartbaren Sicherheit sein.“ Ebenso *Horner/Kaulartz* CR 2016, 7 (10); *Reichwald/Pfisterer* CR 2016, 208 (211); *Hornung/Hofmann* in Hornung (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 9, 39 ff. Zu den zivilprozessualen Folgen *Wieczorek* CR 2017, 620 ff.

¹³⁴ Hinzukommen könnten rechtliche Grenzen, insbesondere wegen des Datenschutzes.

¹³⁵ *Hornung/Hofmann* in Hornung (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 9, 40.

1. Rechtsgrundlagen für Vermutungsregelungen

Unter den richterrechtlich herausgebildeten Instrumenten ist die Produzentenhaftung mit der Vermutung einer Verkehrspflichtverletzung bei Vorliegen eines Produktfehlers hervorzuheben. Die Gründe für die Beweislastumkehr zu Lasten der Hersteller (fehlende Einsichtsmöglichkeit des Geschädigten in die Sphäre des Schädigers) können auch auf die Betreiber von Robotern übertragen werden.¹³⁶ Ähnlich wie der Geschädigte bei herkömmlichen Produkten nicht hinter das Werkstor blicken kann, kann er bei lernfähigen und vernetzten digitalen Systemen nicht „hinter“ das System blicken. Hersteller und professionelle Anwender haben auch überlegenes Technikwissen. Dies gilt jedoch nicht für den einfachen Anwender, weshalb zumindest zwischen Betreibern und Benutzern unterschieden und Letzteren keine Beweislastumkehr zugemutet werden sollte.

Auch eine Analogie zu § 836 Abs. 1 BGB mit der Beweislastumkehr des § 836 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt in Betracht.¹³⁷ Die Beweislastverteilung des § 836 BGB kann für sämtliche Sachgefahren verallgemeinert werden.¹³⁸

Eine Analogie zu § 831 Abs. 1 BGB, der noch ausführlicher dargestellt wird, kommt ebenfalls in Betracht. Wie bei seiner unmittelbaren Anwendung (vgl. Organisationsverschulden), darf dies aber nur als Anhaltspunkt für eine Beweislastumkehr, nicht für eine Beschränkung des Pflichtenkreises herangezogen werden. Der Einsatz digitaler Systeme unterliegt seiner Art nach anderen Pflichten als der Einsatz von Hilfspersonen.

Schließlich kommt auch eine Analogie zu § 832 BGB in Betracht. Die Beweislastumkehr des § 832 Abs. 1 Satz 2 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass der Aufsichtspflichtige den besseren Zugang zu den für die Erfüllung der Aufsichtspflicht maßgeblichen Informationen hat.¹³⁹

Alle genannten Regeln und Normen sind nur Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer richterrechtlichen Beweislastumkehr bei Schädigungen durch digitale Systeme. Man wird von einer Gesamtanalogie ausgehen können.

¹³⁶ Spindler CR 2015, 766 (771).

¹³⁷ Grützmacher CR 2016, 695 (698). Gedanke des § 836 BGB wurde auch bei der Rechtsfortbildung für die Produzentenhaftung herangezogen, MüKoBGB/Wagner § 836 Rn. 4.

¹³⁸ MüKoBGB/Wagner § 836 Rn. 5.

¹³⁹ MüKoBGB/Wagner § 832 Rn. 3.

2. Vermutung der Verursachung eines Systemzustands

Ausgangspunkt für eine Vermutungsregelung wäre ein Systemzustand, der zu einer Schädigung geführt hat. Zu beweisen wäre damit nur, dass ein Schaden durch ein digitales System bestimmter Art (lernfähige oder vernetzte Roboter) verursacht wurde (vergleichbar der Verursachung von Schäden durch fehlerhafte Produkte oder Gebäudeeinstürze). Dann kann vermutet werden, dass der Systemzustand, d.h. das konkret schadensursächliche Verhalten des Systems, durch eine Handlung des Betreibers verursacht wurde.

Für den Hersteller bestehen bereits die Vermutungsregelungen der Produzentenhaftung. Allerdings wären diese dahingehend zu modifizieren, dass aufgrund der Herstellung auch die Verursachung des konkreten Systemzustands vermutet werden kann. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass aus Geschädigtensicht auch die Rollenverteilung zwischen Hersteller und Betreiber unklar ist.¹⁴⁰

3. Vermutung der Pflichtwidrigkeit

Neben der verursachenden Handlung kann auch vermutet werden, dass dabei die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde. Damit obliegt es dem Betreiber und dem Hersteller, darzulegen und zu beweisen, dass sie die erforderlichen Sicherheitsstandards eingehalten haben.

Die Regeln der Produzentenhaftung müssten dahingehend modifiziert werden, dass für die besonderen digitalen Systeme die Fehlerhaftigkeit vermutet wird. Dies bedeutet nichts anderes, als dass vermutet wird, dass der Hersteller den konkreten Systemzustand in pflichtwidriger Weise herbeigeführt hat.

¹⁴⁰ Deswegen wird ihnen der Ausgleich im Innenverhältnis nach § 426 BGB aufgebürdet.

B. Haftungsregeln, die an besondere Gefahrenquellen anknüpfen (Betreiberhaftung)

Haftungsregeln, die an eine besondere objekthafte Gefahrenquelle anknüpfen, weisen die Verantwortung für Schäden, die durch die Gefahrenquelle verursacht wurden, direkt einem Verantwortlichen zu. Sie vermeiden dadurch Beweisprobleme, soweit es um die Verantwortung für den Zustand der Gefahrenquelle geht, und sind häufig auch als Gefährdungshaftung ausgestaltet. Unter den bestehenden Regelungen, die an besondere Gefahrenquellen anknüpfen, sticht die Haftung der Halter von Kraftfahrzeugen hervor. Auch die Tierhalterhaftung ist durch einen Vergleich von Tieren und digitalen Systemen interessant.

I. Haftung der Halter und Fahrer von Kraftfahrzeugen

1. Regelungen des geltenden Rechts für die Verwendung einer hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion

Selbstfahrende Fahrzeuge sind ein besonders wichtiger Anwendungsfall der Robotik. Das geltende Recht hat auf die zunehmende Automatisierung bereits reagiert, insbesondere zulassungsrechtlich mit §§ 1aff. StVG. Haftungsrechtlich ist die Anhebung der Haftungshöchstbeträge nach § 12 Abs. 1 StVG (doppelte Höchstbeträge bei „Verursachung des Schadens auf Grund der Verwendung einer hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion gemäß § 1a“) zu erwähnen. Grund hierfür ist, dass die verschuldensabhängige Fahrerhaftung (die bei § 823 Abs. 1 BGB keine Höchstbeträge kennt, anders dagegen bei § 18 Abs. 1 StVG wegen der Verweisung „nach den Vorschriften der §§ 8 bis 15“) häufiger entfallen wird.¹⁴¹

2. Anwendbarkeit des § 7 StVG bei Vollautomatisierung

Grundsätzlich erfasst die Halterhaftung des § 7 StVG ihrem Wortlaut nach („Betrieb eines Kraftfahrzeugs“) auch automatisierte Fahrzeuge.¹⁴² Die Haftung erfasst zwar nicht spezifisch die Gefahren der

¹⁴¹ *Armbrüster* ZRP 2017, 83 (84).

¹⁴² Zur Anwendbarkeit des § 7 StVG auf vollautomatisierte Fahrzeuge: *Jänich/Schrader/Reck* NZV 2015, 313 (315); *Spindler* CR 2015, 766 (773 f.); *Borges* CR 2016, 272 (274); *Gless/Janal* JR 2016, 561 (571); *Sosnizza* CR 2016, 764 (768); *Wagner* AcP

Automatisierung und Vernetzung, so dass wegen der verringerten Einflussmöglichkeit des Halters weniger eine Risikosteuerung als (im Zusammenspiel mit der Pflichtversicherung) eine Risikostreuung erreicht wird.¹⁴³ Dennoch sind insbesondere die Gefahren der Robotik (physische Schädigung) abgedeckt. Da der BGH der sogenannten verkehrstechnischen Auffassung den Vorrang vor der maschinen-technischen gibt,¹⁴⁴ dürfte sogar eine Schädigung durch Versenden fehlerhafter Daten umfasst sein.

Ein wichtiger Einwand gegen die Anwendbarkeit des § 7 StVG auf vollautomatisierte Fahrzeuge kommt von *Schirmer*.¹⁴⁵ Er geht von einer Präzisierung des Schutzzwecks dahingehend aus, dass erst „die einzigartige Verkettung von maschineller Fortbewegungskraft mit menschlicher Unzulänglichkeit in der Person des Fahrers“¹⁴⁶ mache. Die schutzzweckbestimmende Betriebsgefahr entsteht demnach also nicht durch die kinetische Energie oder die fehleranfällige Technik alleine, sondern dadurch, dass sie von einem Menschen gelenkt wird. Damit gehörte das Robotikrisiko gerade nicht zu den Gefahren, derentwegen die Norm erlassen wurde, womit nach der Schutzzwecklehre eine Haftung nach § 7 StVG zu verneinen wäre. Daher, so *Schirmer*, drohe „eine erhebliche Haftungslücke.“¹⁴⁷ Auch aus der Perspektive der Risikosteuerung überzeugt dies: Wenn und soweit der Halter keinen Einfluss mehr auf das Risiko hat, kann die Halterhaftung nicht mehr ihren Zweck der Risikosteuerung erfüllen.

Geht man jedoch von der verkehrstechnischen Auffassung aus, der zufolge § 7 StVG sämtliche Risiken des Straßenverkehrs umfassen soll, so sind auch vollautomatisierte Fahrzeuge umfasst. Der verkehrstechnischen Auffassung zufolge ist es „Zweck des Gesetzes, die Verkehrsteilnehmer vor den wachsenden Gefahren des heutigen Kraftfahrzeugverkehrs zu schützen“.¹⁴⁸ Zu den Gefahren des Verkehrs gehört aber mit Einführung automatisierter Fahrzeuge auch das Robotikrisiko.

217 (2017), 707 (758); *B. Wagner/Gooble* ZD 2017, 263 (266); *Schirmer* RW 2018, 453 (457); *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (194); *Zech* ZfPW 2019, 198 (214).

¹⁴³ *Zech* ZfPW 2019, 198 (214); vgl. *ders.* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 185.

¹⁴⁴ BGH NJW 1959, 627; NJW 1975, 1886 (1887).

¹⁴⁵ *Schirmer* RW 2018, 453 (457 ff.).

¹⁴⁶ *Schirmer* RW 2018, 453 (459). Auch die Ersetzung des Unabwendbarkeitseinwands im alten § 7 Abs. 2 StVG durch den Einwand höherer Gewalt ändert daran nichts, da ihm keine zentrale Bedeutung für die Funktion der Halterhaftung zukommt (ebd., S. 462).

¹⁴⁷ *Schirmer* RW 2018, 453 (470).

¹⁴⁸ BGH NJW 1959, 627.

3. Haftung gegenüber Insassen

Die Regelung des § 8 Nr. 2 StVG, mit der die Haftung des Halters ausgeschlossen wird, wenn der Verletzte bei dem Betrieb des Fahrzeugs tätig war, passt bei zunehmender Automatisierung nicht. Grundidee ist, dass Personen, die die Risikoquelle beeinflussen, nicht von der Haftung profitieren sollen. Bei selbstfahrenden Fahrzeugen wird aber der Fahrer zum Passagier (zu den Auswirkungen auf die Haftung des Fahrers im nächsten Abschnitt).¹⁴⁹ Die Anwendbarkeit wäre anders zu beurteilen, wenn man den Zweck der Regelung darin sieht, dass das besondere Risiko der besonderen Personengruppe nicht aufgezwungen wird.¹⁵⁰ Dies gilt auch für den „Fahrer“ eines selbstfahrenden Autos. Der Umstand, dass er, abgesehen von der Entscheidung einzusteigen, keinen Einfluss mehr auf das Risiko hat, dürfte aber ausschlaggebend sein.

4. Haftung des Fahrers nach § 18 StVG

Die Fahrerhaftung aus vermutetem Verschulden nach § 18 Abs. 1 StVG gerät durch die zunehmende Automatisierung ebenfalls unter Druck. Bis zu einer völligen Automatisierung behält sie aber ihre Funktion. Mit zunehmender Automatisierung ändert sich die Rolle des Fahrers, er wird zum bloßen Passagier.¹⁵¹ Wegen der entsprechend verringerten Sorgfaltspflichten wird auch die Haftung des Fahrers seltener eingreifen. Sie bleibt aber möglich bei einem Verstoß gegen die Pflichten des § 1b StVG mit der Folge einer Haftung nach § 18 StVG mit Haftungshöchstgrenzen und § 823 Abs. 1 BGB ohne Haftungshöchstgrenzen.

§ 1b StVG spiegelt die aktuelle Situation, in der es noch keine volle Automatisierung gibt.¹⁵² Bei voller Automatisierung hätte der Fahrer im Betrieb keinen Einfluss mehr, er würde nur noch das

¹⁴⁹ Wagner in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 27, 39: „autonomous cars of the future will transform the user from a driver into a passenger“. Ebenso Balke SVR 2018, 5 (6); Lange NZV 2017, 345 (346). Der Aspekt der Verantwortungsverschiebung vom Fahrer auf die Hersteller und Betreiber wird auch von der *Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren* in ihrem Bericht vom Juni 2017, S. 11, hervorgehoben.

¹⁵⁰ Kötz/Wagner Deliktsrecht, S. 227; zum Parallelproblem bei der Tierhalterhaftung S. 213.

¹⁵¹ Zu veränderten Rolle des Fahrers: Brisch/Müller-ter Jung CR 2016, 411 (412f.); Gless/Janal JR 2016, 561 (571); Wagner in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 27, 39: „autonomous cars of the future will transform the user from a driver into a passenger“; Schirmer RW 2018, 453 (454ff.); Zech ZfPW 2019, 198 (207).

¹⁵² Schirmer RW 2018, 453 (454).

Fahrzeug starten und das Ziel vorgeben.¹⁵³ Wenn der „Fahrer von der Fahraufgabe vollständig losgelöst“ ist, hat er auch keinen Einfluss mehr auf das Risiko, so dass sich eine besondere Fahrerhaftung erübrigt.¹⁵⁴

Auch die Beweisbarkeit des Fahrerhaltens wird schwieriger werden. Die Automatisierung bietet zunächst keine Beweisprobleme, da sie programmgesteuert erfolgt und der Code nachträglich untersucht werden kann. Allenfalls die Komplexität der Technologie kann zu Beweisproblemen führen.¹⁵⁵ Mit der Vernetzung droht aber die Protokollierung technisch an Grenzen zu stoßen.

Kütük-Markendorf/Essers gehen davon aus, dass eine „grundsätzliche Verschiebung der Haftung vom Verkehrsteilnehmer zu Lasten der Hersteller“ eintreten wird, die sich de lege lata aus dem Zusammenspiel mit der Produzenten- und Produkthaftung ergibt.¹⁵⁶ Damit ist das grundsätzliche Problem einer Haftungsverschiebung auf den Hersteller angesprochen, das auch die Halterhaftung betrifft.

5. Haftungsverschiebung auf den Hersteller?

Die zunehmende Automatisierung führt zu einer Verlagerung der Risikobeherrschung auf den Hersteller. Dies hat zu der Frage geführt, ob die Betreiberhaftung des § 7 StVG noch zweckgemäß ist oder ob sie durch eine Herstellerhaftung zu ersetzen oder zu ergänzen ist.

Für eine stärkere Haftung der Hersteller spricht, dass diese mit zunehmender Automatisierung immer mehr Einfluss auf das Risiko der Fahrzeuge haben, während der Einfluss der Insassen ebenso wie der Einfluss des Halters zurückgeht. Allerdings hat der Halter immer noch die Möglichkeit, zu entscheiden, ob ein Fahrzeug überhaupt eingesetzt wird. Zumindest professionelle Halter mit besonderer Sachkenntnis (insbesondere bei Betreibern von Fahrzeugflotten, nicht aber etwa bei kleineren Unternehmen anderer Branchen) sind auch in der Lage, eine informierte Risikoabschätzung vorzunehmen und durch laufende Hardware- und Softwarepflege das Risiko zu beeinflussen. Schließlich bleibt der Gedanke der Zusammengehörigkeit von wirtschaftlichem Nutzen und wirtschaftlichem Risiko (Vor-

¹⁵³ Schirmer RW 2018, 453 (455).

¹⁵⁴ Jänich/Schrader/Reck NZV 2015, 313 (314). Hofmann in Gülec/Base (Hrsg.), Bedensel Zaratlar (Physische Schäden), 2019, S. 194, 205: „Erst wenn es zu ‚echtem‘ autonomen Fahren kommt, wird jedenfalls die Fahrerhaftung obsolet.“

¹⁵⁵ Brisch/Müller-ter Jung CR 2016, 411 (413): „Zu fragen ist auch danach, wie sich technische Fehlfunktionen und komplexe technische Abläufe selbstfahrender Autos im Haftungsprozess darlegen lassen.“

¹⁵⁶ Kütük-Markendorf/Essers MMR 2016, 22 (25f.).

und Nachteil).¹⁵⁷ Für private Halter bleibt aber in erster Linie der Gedanke der Risikostreuung, während die Risikosteuerung bei ihnen für vollautomatisierte Fahrzeuge keine Gefährdungshaftung mehr zu rechtfertigen vermag.

Die dargestellte Interessenlage spricht für eine Beibehaltung der Halterhaftung auch bei hoch- und vollautomatisierten Fahrzeugen.¹⁵⁸ Teilweise wird vertreten, dass der Hersteller zum Fahrer wird und damit nach § 18 StVG haftet.¹⁵⁹ Dies ist aber mit dem Wortlaut der Regelung nicht zu vereinbaren. Zu diskutieren bleibt, ob eine zusätzliche Herstellerhaftung eingeführt werden sollte.¹⁶⁰ Eine solche Gefährdungshaftung der Hersteller für vollautomatisierte Fahrzeuge könnte ergänzend im StVG normiert werden. Im dritten Teil wird auch für andere Bereiche eine entsprechende Gefährdungshaftung von Hersteller und Betreiber (allerdings beschränkt auf professionelle Betreiber) vorgeschlagen.

Im geltenden Recht bleibt die bestehende Produkthaftung der Hersteller.¹⁶¹ Diese greift nur, wenn das Fahrzeug einen Fehler aufweist und dürfte daher vor allem als Regressinstrument der Versicherungen zur Anwendung kommen. Im Ergebnis wird damit für den Bereich des Straßenverkehrs eine angemessene Risikoverteilung erzielt.¹⁶²

Als Schlussfolgerung bleibt festzuhalten: Durch die zunehmende Automatisierung kommt es zu einer Verlagerung der Risikobeherr-

¹⁵⁷ *Gless/Janal* JR 2016, 561 (573 f.); *Armbrüster* ZRP 2017, 83 (85). Vgl. BGH NJW 2005, 2081 (2082): „Die Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG ist sozusagen der Preis dafür, daß durch die Verwendung eines Kfz – erlaubterweise – eine Gefahrenquelle eröffnet wird, und will daher alle durch den Kfz-Verkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen.“

¹⁵⁸ *MüKoBGB/Grundmann* § 276 Rn. 148; *Lutz* NJW 2015, 119 (120 f.); *Borges* CR 2016, 272 (277 ff.); *ders.* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 152; *Gless/Janal* JR 2016, 561 (571); *Armbrüster* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 205, 217 ff.; *ders.* ZRP 2017, 83 (84 ff.); *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (760 ff.); *Zech* ZfPW 2019, 198 (214 ff.); *Schulte-Nölke*, *Liability for Self-Driving Cars: Law, Ethics and Protection of the Car Industry* (erscheint demnächst); vgl. *Brisch/Müller-ter Jung* CR 2016, 411 (413).

¹⁵⁹ *Hey*, *Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr*, 2019, S. 226 ff., prüft eine Haftung der Hersteller aufgrund analoger Anwendung des § 7 StVG, lehnt dies aber zutreffend ab (Rechtsfolge passt nicht). *Schrader* NJW 2015, 3537 (3541), befürwortet eine analoge Anwendung des § 18 StVG auf den Hersteller. Dazu *Borges* CR 2016, 272 (176 f); *Sosnitza* CR 2016, 764 (769); *Hey*, *Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr*, 2019, S. 217 ff.

¹⁶⁰ Dafür *Borges* CR 2016, 272 (277 ff.); *ders.* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 152; *Zech* ZfPW 2019, 198 (214 ff.).

¹⁶¹ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (757 ff.).

¹⁶² *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (760 f.).

schung auf den Konstrukteur, was auch eine Verlagerung der Haftung rechtfertigt. Noch einmal anders wäre die Situation zu bewerten, wenn es Lernfähigkeit auch bei Fahrzeugen geben sollte. Dann käme der Trainer als (weiterer) Risikobeherrscher hinzu. Das könnte der Hersteller sein, stattdessen oder zusätzlich aber auch ein professioneller Betreiber.

II. Tierhalterhaftung

Eine analoge Anwendung der Tierhalterhaftung nach § 833 BGB wird ebenfalls intensiv diskutiert.¹⁶³ Die besondere Unvorhersehbarkeit des Verhaltens von Tieren und lernfähigen digitalen Systemen macht diese vergleichbar. Allerdings überzeugt der Vergleich nur bei besonders komplexen Systemen, die auch spontanes Verhalten zeigen können.

Die Regelung passt aber vor allem von den Rechtsfolgen her nicht, da gerade professionelle Tierhalter nach § 833 S. 2 BGB privilegiert sind. Dagegen unterscheidet sich die Risikobeherrschung bei digitalen Systemen zwischen professionellen und privaten Anwendern, so dass gerade die professionellen Anwender als Haftungssubjekte in Betracht kommen.

III. Sonstige Gefährdungshaftungstatbestände

Weitere Haftungsregelungen für technische Systeme, die je nach Fallgestaltung eingreifen könnten, sind § 33 LuftVG (Drohnen), § 1 HaftPflG (Schienenbahnen) oder §§ 114ff. BBergG (Bergbauanlagen).

Zu erwähnen ist auch die Möglichkeit einer Gesamtanalogie zu den bestehenden Gefährdungshaftungsregelungen, die allerdings am nach wie vor weitgehend akzeptierten Analogieverbot für Gefährdungshaftungen scheitert.¹⁶⁴

¹⁶³ Dazu *Gruber* in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, S. 123, 139; *Günther*, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 138ff; *Zech* in Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 163, 195f.; *ders.* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 187, 197f.; *ders.* ZfPW 2019, 198 (214f.); *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, 2019, S. 230f.; *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1, 23f.

¹⁶⁴ Befürwortend *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, S. 208f.; *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 32.

C. Haftungsregeln, die an den Produktpfad anknüpfen (Produkthaftung, Produzentenhaftung)

Die Schadensverursachung durch Produkte zeichnet sich dadurch aus, dass eine Gefahrenquelle, das Produkt, geschaffen und in den Verkehr gegeben wird. Dadurch lassen sich die Verursacher in zwei Lager aufspalten, Hersteller und Anwender, innerhalb derer typischerweise Risiken vertraglich verteilt werden können.¹⁶⁵ Mit den besonderen Haftungsregeln für den Hersteller sollen vor allem Beweisprobleme der Anwender, die nicht „hinter die Werkstore blicken“ können, kompensiert werden.

Da die Produkthaftung des Herstellers auf körperliche Produkte ausgerichtet ist, stellt sich zunächst das Problem, dass digitale Systeme auch virtuell sein können. Zentrale Haftungsvoraussetzung ist das Vorliegen eines Produktfehlers, wobei vor allem die Frage diskutiert wird, welches Maß an Sicherheit digitale Systeme bieten müssen. Bei lernfähigen Systemen kommt das Training als risikobestimmender Faktor zur herkömmlichen Herstellung hinzu. Die etablierten Herstellerpflichten (und der korrespondierende Fehlerbegriff) hinsichtlich Konstruktion und Fabrikation müssen daher möglicherweise neu justiert werden.¹⁶⁶ Die Produktbeobachtung spielt eine besonders wichtige Rolle, da digitale Systeme im Verkehr einfacher zu überwachen und auch per Update zu modifizieren sind. Schließlich stellt sich die Frage, ob die bestehende Produkthaftung dem sich ändernden Einfluss des Herstellers auf die Risiken digitaler Systeme gerecht wird.

I. Produktbegriff: Virtuelles System (Software) als Produkt?

Virtuelle Systeme stellen für die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB kein Problem dar. Anders verhält es sich aber bei der Produkthaftung, wo nach § 2 ProdHaftG Produkt jede bewegliche Sache sowie Elektrizität bedeutet. Auch Art. 2 RL 85/374/

¹⁶⁵ *Wagner* 88 Fordham L.Rev. 591 (2019), 601; vgl. *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 34f.

¹⁶⁶ Eine ausführliche Analyse der Haftung für digitale Systeme im Produktpfad findet sich bei *Wagner* AcP 217 (2017), 707ff.; *von Westphalen* ZIP 2019, 889 (890); *Mazzini*, A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law, SSRN Nr. 3369266, S. 16ff.; *Riehm/Meier* EuCML 2019, 161ff.

EWG¹⁶⁷ definiert Produkt als „jede bewegliche Sache“ („movable“). Der Wortlaut von Gesetz und Richtlinie spricht dagegen, auch virtuelle Systeme unter den Produktbegriff zu ziehen. Die Einbeziehung virtueller Systeme unter den Wortlaut wird von der bislang herrschenden Auffassung verneint,¹⁶⁸ wobei die Diskussion wieder in Bewegung gekommen ist.¹⁶⁹ Wegen des unmittelbar maschinensteuernden Charakters virtueller Systeme könnte man dies aber ausnahmsweise (und im Gegensatz zu anderen Immaterialgütern bzw. Informationsgütern) bejahen.¹⁷⁰

Roboter und damit auch die in ihnen enthaltene Steuerung (embedded systems) sind jedenfalls unproblematisch vom Produktbegriff umfasst.¹⁷¹ Problematisch bleibt isolierte Steuerungssoftware, insbesondere, wenn sie als Komponente zugeliefert wird. Würde sie als „Teilprodukt“ i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG qualifiziert, würde der Softwarezulieferer als Hersteller haften.

II. Produktfehler bzw. Sorgfaltspflichten des Herstellers

Der Produktfehler (§ 3 ProdHaftG) ist „Dreh- und Angelpunkt des Produkthaftungsrechts“.¹⁷² Inhaltlich spiegelt er die Pflichten des

¹⁶⁷ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. Nr. L 210, 29.

¹⁶⁸ Dazu *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (713 ff.); *von Westphalen* ZIP 2019, 889 (890); *Zech* ZfPW 2019, 198 (212).

¹⁶⁹ So spricht sich *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (718) für eine analoge Anwendung des Art. 2 ProdHaftG auf standardisierte Computerprogramme aus mit dem Argument, datenträgerlos verbreitete Software sei zum Zeitpunkt des Richtlinienerlasses noch unbekannt gewesen; dagegen *Schönberger* IJLIT 2019, 171 (199) mit dem Hinweis, dass Software zur Zeit der Ergänzung der Richtlinie um Elektrizität bereits weit verbreitet war (was jedenfalls für die Verbreitung auf Datenträgern stimmt, die durchaus als Verbreitung des virtuellen Systems anzusehen sind). Vgl. *Riehm/Meier* in DGRI Jahrbuch 2018 (erscheint demnächst), S. 9: „wobei sich in der Literatur – zu Recht – eine Tendenz in Richtung der Bejahung abzeichnet“ Dazu *Taege*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 160 ff.; *Günther*, Produkthaftung für Informationsgüter, 2001, S. 193 ff., 668; *Heymann* CR 1990, 176 (177); *Scheller*, in *Kretschmer* ua (Hrsg.), Produkthaftung in der Unternehmenspraxis, 1992, Rn. 217; *Hey*, Außervertragliche Haftung für autonome Fahrzeuge, 2019, S. 118 ff.

¹⁷⁰ So für Software *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 342. Nach *Günther*, Produkthaftung für Informationsgüter, 2001, S. 668 f., besteht das „Leitbild der Produkthaftung in der direkten physikalischen Schädigung durch industrielle Waren“. Für eine Bejahung unter Verweis auf die zwischenzeitlich gestiegene Bedeutung von Software, die eine Parallelwertung zu Elektrizität nahelege, *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (718).

¹⁷¹ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (714 f.).

¹⁷² *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (724).

Herstellers zu sorgfältiger Konstruktion, Produktion und Instruktion, die auch der Produzentenhaftung als entsprechende Verkehrspflichten zugrunde liegt (die Pflicht zur Produktbeobachtung kommt hinzu). Fehlerfreiheit bedeutet Sicherheit im Rahmen des Zumutbaren, wobei auch vom BGH anerkannt ist, dass eine „Abwägung von Art und Umfang der Risiken, der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung und des mit dem Produkt verbundenen Nutzens“ vorzunehmen ist.¹⁷³ Dies erlaubt insbesondere einen Vergleich der Kosten, um das Produkt noch sicherer zu machen, mit den sozialen Kosten des dadurch zu vermeidenden Risikos („risk-utility test“).¹⁷⁴

1. Ermittlung des Sicherheitsstandards

Bei der Ermittlung des relevanten Sicherheitsstandards können öffentlich-rechtliche Vorgaben und insbesondere technische Normen als wichtige Orientierungshilfe dienen.¹⁷⁵ Allerdings begründen sie nur eine Vermutung, dass das Produkt den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Werden herkömmliche Produkte durch automatisierte ersetzt, so erscheint ein Vergleich zulässig: Führt der Einsatz von Produkten, die durch ein digitales System gesteuert werden, statt herkömmlicher von Menschen gesteuerter Produkte zu einer Verringerung des bereits akzeptierten Risikos, so ist ein Konstruktionsfehler zu verneinen.¹⁷⁶ Dagegen lässt sich das menschliche Verhalten selbst nicht mit demjenigen eines Produkts vergleichen. Daher lässt sich auch nicht im konkreten Fall das Verhalten eines digitalen Systems mit demjenigen eines hypothetischen Menschen vergleichen. Vielmehr wird es bei vollautomatisierten Fahrzeugen *andere* Unfälle geben.¹⁷⁷

Vergleichen lässt sich also nur die statistisch aggregierte Sicherheit. Man kann von einem systemorientierten Ansatz zur Bestimmung von Konstruktionsfehlern (system-oriented concept of design de-

¹⁷³ BGHZ 181, 253 Rn. 21. *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (728): „kein Anspruch auf absolute Sicherheit“; *Sosnitza CR* 2016, 764 (769f.): „Mindestsicherheit“.

¹⁷⁴ *Kötz/Wagner Deliktsrecht*, S. 253; *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (732f.).

¹⁷⁵ *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (730); *Zech* in *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 187, 197.

¹⁷⁶ Dabei dürfte es sogar genügen, wenn des (statistisch zu ermittelnde) Risiko gleichbleibt. Diese Frage ist vor allem für die Beurteilung selbstfahrender Autos interessant, vgl. *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (733ff.): Halbierung der Unfallkosten als Anhaltspunkt; *Borges CR* 2016, 272 (275f.), stellt auf einen Vergleich mit dem Verhalten eines menschlichen Fahrers ab.

¹⁷⁷ *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (736); *ders.* 88 *Fordham L.Rev.* 591 (2019), 605: „the pool of accidents that an autonomous system still causes will not be the same as the pool of accidents a reasonable driver is unable to avoid“.

fect) sprechen.¹⁷⁸ Der Vergleich mit herkömmlichen Fahrzeugen wird auch nicht mehr möglich sein, sobald die ersten vollautomatisierten Fahrzeuge am Markt eingeführt sind.¹⁷⁹ Als Vergleichsmaßstab sind dann andere vollautomatisierte Fahrzeuge heranzuziehen, so dass je nach Stand der Technik durchaus auch eine weitere Senkung der Unfallzahlen zumutbar sein kann. Mit Einführung erster hochautomatisierter oder lernfähiger Systeme wird sich also der Maßstab verschieben.

2. Konstruktion durch den Programmierer: Risikobegrenzung bei lernfähigen Systemen durch Restriktionen und Garantien

Obwohl das konkrete erlernte Verhalten für den Programmierer nicht vorhersehbar ist, kann er doch abstrakt vorhersehen und durch die möglichen technischen Vorgaben beeinflussen, was das System lernt. Lernfähigkeit kann nicht als Unvermeidbarkeit interpretiert werden.¹⁸⁰ Vielmehr „müssen auch konstruktionsseitig Vorbereitungen getroffen werden, um systemimmanente Sicherheitsrisiken im Rahmen des objektiv Gebotenen und Zumutbaren zu vermeiden“¹⁸¹, wobei es sich um die möglichen Vorgaben des Programmierers (Restriktionen und Garantien) handelt. Der Programmierer ist daher verpflichtet, solche Vorkehrungen im Rahmen des Zumutbaren zu treffen bzw. bestimmte vorhersehbar zu unsichere Lernmöglichkeiten (insbesondere für Roboter) nicht zuzulassen. Tut er dies nicht, liegt ein Konstruktionsfehler vor.

Auch soweit Risiken unvermeidbar sind, was bei Lernfähigkeit häufig vorkommen wird (wenn also die Vorgaben an ihre Grenzen stoßen), sind sie trotzdem ungeschmälert in die Abwägung einzubeziehen. Die bloße Unvermeidbarkeit reduziert nicht die Sicherheits-erwartung. *Lohmann* zieht insofern einen Vergleich mit statistisch unvermeidbaren Softwarefehlern bei herkömmlicher Software.¹⁸² Unter Umständen muss dann die Vermarktung unterbleiben, bis die Sicherheit durch technische Weiterentwicklungen verbessert wurde. Allerdings sind besonders lernfähige Systeme durch ihre Flexibilität

¹⁷⁸ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (737 ff.); *ders.* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 27, 44 f.; *ders.* 88 *Fordham L. Rev.* 591 (2019), 606; *Geistfeld* 105 *Cal. L. Rev.* 1611 (2017), 1645 ff.

¹⁷⁹ *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, 2019, S. 1, 16.

¹⁸⁰ *Lohmann* AJP 2017, 152 (158).

¹⁸¹ *Wende* in Sassenberg/Faber (Hrsg.), *Rechtshandbuch 4.0 und Internet of Things*, 2017, S. 69, 82.

¹⁸² *Lohmann* AJP 2017, 152 (158).

nicht nur besonders riskant, sondern auch besonders nützlich, was sich natürlich auf die Abwägung auswirkt.

Der Extremfall, dass lernfähige Roboter vermarktet werden, die ohne besondere Sicherheitsvorkehrungen auch im Verkehr weiter lernen können, stellt ein besonderes Risiko dar. Für nicht besonders geschulte Bediener dürften sie nach aktuellem Entwicklungsstand nicht die Sicherheit bieten, die berechtigterweise erwartet werden kann.¹⁸³

3. Entwicklungsrisiken

Die Risiken digitaler Systeme lassen sich auch grundsätzlich erkennen. *Grützmacher* schreibt zutreffend: „Insofern ist es aber oft rückblickend eben nicht so, dass die Fehler der Systeme bei der Konstruktion – um das für die Softwareentwicklung wichtigste Kriterium zu benennen – *ex ante* nicht hätten erkannt werden können, so dass die Produkthaftung durchaus greifen kann.“¹⁸⁴ Dies gilt grundsätzlich auch für Risiken, die aus Lernfähigkeit resultieren.

Daher kann sich der Hersteller (Programmierer) nicht automatisch auf das Vorliegen eines Entwicklungsfehlers nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG bzw. Art. 7 lit. e RL 85/374/EWG berufen.¹⁸⁵ Es gibt keine grundlegenden Besonderheiten gegenüber anderen Technikgebieten. Vielmehr trifft ihn die Pflicht, „autonome Steuerungssysteme so zu entwickeln, dass sie zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens dem neuesten Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen“.¹⁸⁶

Teilweise wird dies bezweifelt und eine Einordnung von „Fehlverhalten eines autonomen Systems, das maßgeblich auf erlernten Verhaltensweisen infolge spezifischen Nutzerverhaltens beruht“¹⁸⁷ als ein für den Programmierer objektiv unvorhersehbarer Fehler erwogen. Allerdings muss hier unterschieden werden zwischen dem konkreten „Fehlverhalten“ (gemeint ist letzten Endes die Schadensverursachung) und dem Vorliegen eines produkthaftungsrechtlichen Fehlers. Letzterer kann sich aus der *Lernfähigkeit* ohne zureichende Vorgaben ergeben, ist aber nicht mit dem gelernten Verhalten gleichzusetzen. Geht es um das *Gelernte*, ist zwischen Training durch den Nutzer und Training durch den Hersteller zu unterscheiden. Nur letzteres kann einen Fehler begründen.

In eine ähnliche Richtung geht die Überlegung, dass ein andauerndes Lernen einer Weiterentwicklung gleichzusetzen sein könnte:

¹⁸³ *Zech*, in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 192; *ders.* *ZfPW* 2019, 198 (213).

¹⁸⁴ *Grützmacher* CR 2016, 695 (696).

¹⁸⁵ *Zech* *ZfPW* 2019, 198 (213).

¹⁸⁶ *Gless/Janal* JR 2016, 561 (568).

¹⁸⁷ *Horner/Kaulartz* InTeR 2016, 22 (25).

„For example, what is the ‘state of scientific and technical knowledge’ in relation to machines powered by automated decision making (ADM)? Their properties may be well-known at the time of manufacturing, but highly non-deterministic devices are in a constant beta-version and technical and scientific knowledge will often not allow the producer to predict decisions made by the machine after it is put into circulation.“¹⁸⁸ Nach dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens (§ 3 Abs. 1 lit. c ProdHaftG) geänderte Eigenschaften haben aber keinen Einfluss auf die Fehlerhaftigkeit (vgl. auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG). Davor ist das Training Teil der Herstellung.

4. Training als Teil der Herstellung

Bei lernfähigen Systemen ist neben dem Programmierer der Trainer in den Blick zu nehmen. Erfolgt das Training nicht durch den Nutzer, so kann es als Teil der Herstellung qualifiziert werden. Auch hier ist eine Risikoabwägung vorzunehmen. Die möglichen Vorgaben des Trainers wurden ebenfalls im ersten Teil dargestellt. Besonders hervorzuheben ist hier der Abschluss des Lernvorganges vor dem Inverkehrbringen (Einfrieren des Systems).

5. Sicherheit gegenüber Angriffen als Teil der sorgfältigen Konstruktion

Die Vernetzung ist ebenfalls bei der Beurteilung der Fehlerfreiheit zu berücksichtigen, insbesondere wegen der erhöhten Angreifbarkeit. Die Sicherheit im Rahmen des Fehlerbegriffs umfasst auch die Sicherheit gegenüber Angriffen.¹⁸⁹

III. Produktbeobachtung

Eine besondere Rolle kommt der Produktbeobachtungspflicht zu.¹⁹⁰ Durch sie kann einem Fehllernen im Verkehr entgegengewirkt werden (d.h., unerwünschte Lernergebnisse, die sich nach Inverkehrbringen ergeben, können beseitigt werden). Bei neuronalen Netzen ist dies jedoch erheblich schwieriger, da deren Verhalten nicht durch Änderung oder Ergänzung eines Programmcodes geändert werden

¹⁸⁸ *Schmon* IWRZ 2018, 254 (257).

¹⁸⁹ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (727); *Schmon* IWRZ 2018, 254 (256f.); *Geistfeld* 105 Cal. L. Rev. 1611 (2017), 1660ff.; *Gomille* JZ 2016, 76 (77).

¹⁹⁰ Dazu *M. Schmidt*, Produktrückruf und Regress, 2013, S. 31ff.; *Schmid* CR, 2019, 141ff.; *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (750ff.); *Wende* in Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2017, S. 74; *Gomille* JZ 2016, 76 (79ff.).

kann. Sollte ein Umlernen versagen, bleibt unter Umständen nur das Löschen und Neuaufsetzen des gesamten Lernvorgangs.

Bei vernetzten digitalen Systemen ergibt sich ein wichtiger Unterschied zu herkömmlichen Produkten auf der Rechtsfolgende: Regelmäßig ist hier ein Update einfacher und wirksamer als eine Warnung. Daher ist eine Updatepflicht als Weiterentwicklung des gestuften Systems von Warn- und Rückrufpflicht zu befürworten.¹⁹¹

Davon zu unterscheiden sind Upgrades, die neue Funktionalitäten bieten. Wie diese von bloßen Updates rechtssicher abzugrenzen sind und ob sie zu einer Neuherstellung führen oder wie Zubehör zu behandeln sind, ist noch ungeklärt.¹⁹²

IV. Beweisfragen

Durch Lernfähigkeit und Vernetzung stellen sich auch praktische Beweisfragen. Wann was von wem gelernt wurde und welche Daten zu einer Schadensentstehung beigetragen haben, ist häufig nur schwer nachweisbar.¹⁹³

Vielfach sind mehrere Akteure auf Herstellerseite beteiligt.¹⁹⁴ Dies ist allerdings auch bei anderen Produktarten der Fall. Zumindest was die ursprüngliche Programmierung als Fehlerquelle angeht, scheint ein Beweis durchaus möglich. Schwieriger wird es dagegen mit Trainingszuständen, insbesondere wenn es sich um Produkte handelt, die auch im Verkehr lernfähig bleiben.

Auch drohen durch die Möglichkeit der Schadensverursachung nach Inverkehrbringen durch Lernen oder durch fehlerhaften Input über das Netz Fehlsteuerungen. Während der Hersteller identifizierbar und damit der Produkthaftung ausgesetzt ist, bleibt eine schuldhaft Verursachung durch den Nutzer oder durch Dritte häufig unauflösbar. Allerdings bleibt dann auch der Hersteller haftungsfrei, wenn das System fehlerfrei war.

Umgekehrt kann gerade bei Trainingsfehlern der Beweis der Fehlerhaftigkeit für den Geschädigten schwerfallen.¹⁹⁵ Daher schlagen *Gless/Janal* eine „gesetzliche Vermutung, dass ein verkehrswidriges Verhalten des autonomen Fahrzeugs auf einen Produktfehler des

¹⁹¹ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (755 ff.). In diese Richtung auch *Wende* in *Sassenberg/Faber* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things*, 2017, S. 69, 77.

¹⁹² Vgl. *Schrader/Engstler* MMR 2018, 356; *Conrad/Schneider* in *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 2019, Rn. 24.

¹⁹³ *Grützmacher* CR 2016, 695 (697): „Beweisproblem explodiert“. Ähnlich *Sorge*, in *Hornung* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Industrie 4.0*, 2018, S. 139, 146 f.

¹⁹⁴ *Wischmeyer* AöR 143 (2018), 1 (38).

¹⁹⁵ *Kütük-Markendorf/Essers* MMR 2016, 22 (25).

Steuerungssystems zurückzuführen ist“, vor.¹⁹⁶ Dieser Vorschlag würde im Bereich selbstfahrender Fahrzeuge die Herstellerhaftung stärken, was als durchaus interessengerechte Antwort auf eine höhere Automatisierung erscheint.

V. Funktion der Produkthaftung: Verhältnis von Hersteller und Benutzer bei der Risikobeherrschung ändert sich

Angesichts der geänderten Rollen von Hersteller und Benutzer stellt sich die Frage, ob die bestehende Produkt- und Produzentenhaftung auch bei neuartigen digitalen Systemen interessengerecht ist.

Zur Risikoschaffung durch Herstellung, Vertrieb und Inbetriebnahme einer lernfähigen Maschine kommt die Risikoschaffung durch das Trainieren. Dieses kann auf Hersteller- oder auf Nutzerseite geschehen. Die Lernfähigkeit führt jedenfalls zu geringerer Vorhersehbarkeit und Einflussmöglichkeit des Programmierers, entlässt ihn jedoch wie gezeigt nicht ganz aus der Verantwortung.

Die zunehmende technische Komplexität zusammen mit der zunehmenden Automatisierung verringert auch den Einfluss des Benutzers (so etwa bei Fahrzeugen). Anders ist es bei professionellen Nutzern, denen gegenüber die Haftung aber auch nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG eingeschränkt ist.

Teilweise wird eine Einschränkung der Produkthaftung für hochautomatisierte Fahrzeuge vertreten.¹⁹⁷ Dies erscheint nicht gerechtfertigt.¹⁹⁸ Zwar wäre eine erhöhte Sicherheit digitalisierter Fahrzeuge gegenüber herkömmlichen grundsätzlich ein taugliches Argument (erhöhte oder ungewisse Risiken sind umgekehrt Grund für die Einführung schärferer Haftungsregelungen in bestimmten Bereichen). Die Produkthaftung schützt aber in erster Linie vor Risiken technischer Warenproduktion¹⁹⁹, diese bleiben aber unverändert (anders die Betriebsgefahr, die § 7 StVG abdeckt).

Die Automatisierung und die damit einhergehende Verlagerung der Risikobeherrschung auf die Hersteller ist umgekehrt ein Argu-

¹⁹⁶ *Gless/Janal* JR 2016, 561 (574).

¹⁹⁷ *Schubert*, Produkthaftpflicht international 2015, 46 (49f.); *Lutz* NJW 2015, 119 (120f.); vgl. *Gomille* JZ 2016, 76 (81). Kritisch dazu *Spindler* JZ 2016, 805 (816).

¹⁹⁸ Ebenso *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1, 20f.

¹⁹⁹ Dazu in den Erwägungsgründen der Richtlinie 85/374/EWG: „Nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers kann das unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden.“ Vgl. *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (714); *Zech* ZfPW 2019, 198 (213).

ment für eine strikte Herstellerhaftung (insbesondere bei Fahrzeugen, wo die Produkthaftung auch eine wichtige Rolle als Regressinstrument spielt²⁰⁰). Bei lernfähigen Systemen sollte danach unterschieden werden, wer trainiert. Hier bietet sich die bereits angesprochene Unterscheidung zwischen professionellen (mit Sachkunde, Möglichkeit zum Training oder zum Einfluss auf die Vernetzung) und nicht professionellen Nutzern an.

²⁰⁰ *Armbrüster* ZRP 2017, 83 (85); *Gomille* JZ 2016, 76 (81); *Wagner* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 27, 40f.

D. Haftungsregeln, die an den Einsatz von Hilfspersonen anknüpfen (Prinzipalhaftung)

Gedanklicher Ausgangspunkt für die Anwendung von Haftungsregeln, die an den Einsatz von Hilfspersonen anknüpfen, ist die Ersetzung menschlicher Tätigkeiten durch digitale Systeme. Mit zunehmender Leistungsfähigkeit digitaler Systeme werden diese auch für komplexere Aufgaben eingesetzt, die bislang nur Menschen erledigen konnten. Diese Ersetzung von Menschen durch Maschinen ist kein grundlegend neues Phänomen, wird aber durch die technische Entwicklung zunehmen. Die Unvorhersehbarkeit lernfähiger Systeme (als Pendant zu ihrer nützlichen Flexibilität) macht sie aus haftungsrechtlicher Sicht mit Hilfspersonen vergleichbar.

I. Analogie zu § 831 Abs. 1 BGB

Denkbar wäre insbesondere eine Analogie zu § 831 Abs. 1 BGB. Die Regelung löst das Problem der Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen, indem sie auf das Verhalten des Einsetzenden abstellt und dessen Pflichtwidrigkeit vermutet. Damit folgt § 831 Abs. 1 BGB, anders als § 278 BGB im vertraglichen Bereich, nicht dem Prinzip des *respondeat superior*, bei dem das pflichtwidrige Verhalten der Hilfsperson dem Geschäftsherrn zugerechnet wird.²⁰¹

Für eine analoge Anwendung der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB beim Einsatz lernfähiger Systeme spricht, dass in beiden Fällen ein System mit eingeschränkt vorhersehbarem Verhalten zum eigenen Nutzen eingesetzt wird.²⁰² Anders als bei § 278 BGB, bei dem eine echte Zurechnung fremden Verschuldens stattfindet, wird bei § 831 Abs. 1 BGB auch nur das eigene Verschulden des Einsetzenden vermutet. Es muss kein fiktives Verschulden des Systems geprüft werden.

²⁰¹ Kötz/Wagner Deliktsrecht, S. 114; MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 4; ders. 88 Fordham L.Rev. 591 (2019), 592; Hacker RW 2018, 243 (247); Hanisch in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 27, 45.

²⁰² Für eine analoge Anwendung von § 831 BGB Riehm ITRB 2014, 113 (114); Riehm/Meier in DGRI Jahrbuch 2018 (erscheint demnächst), S. 14; Dengä CR 2018, 69 (74ff.); Hacker RW 2018, 243 (265ff.); Zech ZfPW 2019, 198 (211); vgl. MüKoBGB/Grundmann § 276 Rn. 147, § 278 Rn. 46; Kluge/Müller in Taeger (Hrsg.), Smart World – Smart Law?, 2016, S. 989, 998f.; Keßler MMR 2017, 589 (593). Gegen eine analoge Anwendung Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung, 2016, S. 134f.

Auch hier stellt sich aber, wie bei der Tierhalterhaftung, die Frage, ob eine Analogie zu menschlichem Verhalten nur bei komplexen lernfähigen Systemen gezogen werden soll, die auch zu spontanem Verhalten fähig sind. Jedenfalls genügt nicht die bloße Automatisierung, sie ist wie der Einsatz anderer Maschinen auch zu behandeln (d.h. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, sofern nicht eine besondere Gefährdungshaftung existiert). Für lernfähige Systeme scheint sie aber angemessen. Im Ergebnis bedeutet dies eine Verschiebung der Beweislast, wie sie bereits bei § 823 Abs. 1 BGB erläutert wurde.

II. Digitale Assistenzhaftung (Analogie zu § 278 BGB, § 31 BGB)

Vergleicht man den Einsatz von Menschen mit dem Einsatz digitaler Systeme bei einer analogen Anwendung des § 831 Abs. 1 BGB, so ergibt sich ein Unterschied: Gelingt dem Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis, so bleibt dem Geschädigten noch die Möglichkeit, den Verrichtungsgehilfen in Anspruch zu nehmen, sofern diesem ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Gelingt dem Einsetzenden eines digitalen Systems der Entlastungsbeweis, so geht der Geschädigte leer aus.

Daraus ergibt sich das Problem der sogenannten Haftungslücke:²⁰³ Beim Einsatz eines digitalen Systems statt eines Verrichtungsgehilfen kommt zwar die Haftung des Einsetzenden bei Pflichtwidrigkeit in Betracht (die entweder analog § 831 Abs. 1 BGB vermutet wird oder darzulegen und zu beweisen ist). Sofern der Einsatz jedoch pflichtgemäß war, besteht unabhängig davon, wie sich das System verhält bzw. was es gelernt hat, keine weitere Ersatzmöglichkeit. Anders als für das Verrichtungsgehilfenrisiko gibt es also für das Autonomierisiko keinen Haftpflichtigen.

Teubner hat im Rahmen einer ausführlichen Analyse vorgeschlagen, die Haftungslücke durch eine *digitale Assistenzhaftung* zu beseitigen, eine Haftung des Prinzipals für rechtswidrige Fehlentscheidungen seines Softwareagenten.²⁰⁴ Dies wäre eine Verwirklichung des Grundsatzes *respondeat superior* für digitale Systeme. Als

²⁰³ *Hanisch* in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 27, 29f.; *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (186ff.) (zu § 278 BGB), 189ff.; *Klingbeil* JZ 2019, 718f. (zu § 278 BGB). Zum ökonomischen Hintergrund bei § 278 BGB MüKoBGB/Grundmann § 278 Rn. 46.

²⁰⁴ *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (191ff., 193); ähnlich *Hanisch* in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 27, 46ff. (plädiert für eine „Roboterhaftung“ der Betreiber, die aber einen Fehler des Roboters voraussetzt); vgl. *Schirmer* RW 2018, 453 (473f.).

Rechtsgrundlage dafür käme eine Analogie zu § 278 BGB, § 31 BGB²⁰⁵, § 3 HaftPflG²⁰⁶ und § 8 Abs. 2 UWG in Betracht. Die Internalisierung von Maschinenversagen durch eine analoge Anwendung des § 278 BGB wird schon länger diskutiert, jedoch mangels Verschuldensfähigkeit einer Maschine abgelehnt.²⁰⁷ § 278 BGB erscheint aber auch deshalb als Grundlage für eine Analogie im deliktischen Bereich problematisch, weil er das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraussetzt.

1. Grundprinzip: Zurechnung deliktischen Verhaltens von Hilfspersonen

Grundprinzip der Assistenzhaftung ist, dass für pflichtwidriges bzw. unsorgfältiges Handeln der Hilfsperson gehaftet wird. Es besteht daher keine Gefährdungshaftung für den Einsatz von Hilfspersonen. Übernommen wird nur das durch den Einsatz erhöhte Risiko einer deliktischen Schädigung durch die Hilfsperson, nicht das Risiko irgendeiner Schädigung durch sie.

Es geht daher um Verhaltenszurechnung²⁰⁸, die durch die Zurechnung objektiv pflichtwidrigen Verhaltens auch zu einer Verschuldenszurechnung führt. Ähnliche Zurechnungsprobleme finden sich auch bei Erklärungen (Willenserklärungen), der Mehrung fremden Vermögens bzw. Leistungen und bei der Schaffung von Gütern (Schöpfung). Auch hier kann zwischen der Zurechnung von Verhalten (bei Willenserklärungen Stellvertretung) und der Zurechnung als Werkzeug (Botenschaft) unterschieden werden.

Hier besteht das erste Problem der digitalen Assistenzhaftung, dass digitale Systeme, sofern man ihnen keine Rechtspersönlichkeit zuweist, nicht Adressat von Rechtsnormen sind und sich damit nicht rechtswidrig verhalten können.²⁰⁹ Allerdings lässt sich dies durch eine hypothetische Beurteilung des Verhaltens der Systeme bewältigen. Problematisch ist es aber, die hypothetischen Sorgfaltspflichten zu formulieren.

2. Sorgfaltspflichten der Hilfsperson

Zum Prinzip der Assistenzhaftung gehört, dass grundsätzlich auf die Sorgfaltspflichten der Hilfsperson abgestellt wird (anders nur bei

²⁰⁵ Teubner AcP 218 (2018), 155 (190).

²⁰⁶ Dazu Kötz/Wagner Deliktsrecht, S. 114.

²⁰⁷ Dazu Teubner AcP 218 (2018), 155 (186f.); Hacker RW 2018, 243 (257); Staudinger/Caspers BGB § 278 Rn. 5; MüKoBGB/Grundmann § 278 Rn. 46. Vgl. bereits Lieser JZ 1971, 759 (761); Köhler AcP 182 (1982), 126 (168); Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, 1984, S. 209ff. (zum Schweizer Recht).

²⁰⁸ Hacker RW 2018, 243 (248ff.).

²⁰⁹ Anders Teubner AcP 218 (2018), 155 (193).

§ 278 BGB wegen der besonderen vertraglichen Pflichten des Geschäftsherrn aus dem Schuldverhältnis, derer er sich nicht durch Delegation entledigen kann). Es muss daher eine eigenständige Bestimmung der Sorgfaltspflichten auf der Ebene der eingesetzten Systeme stattfinden.

Fraglich ist, ob eine solche Bestimmung von Sorgfaltspflichtverletzungen durch digitale Systeme gelingen kann. Denkbar wäre es, im konkreten Fall eine fiktive Prüfung des Verhaltens des digitalen Systems gedacht als Mensch vorzunehmen.²¹⁰ Dazu müsste das Verhalten eines digitalen Systems mit dem Verhalten eines Menschen verglichen werden können. Zwar erscheint dies aus der Perspektive der Ersetzung menschlichen Handelns durch das Handeln einer Maschine einleuchtend.²¹¹ Dennoch fragt sich, ob dieser Vergleich wirklich ohne weiteres möglich ist. Zum einen sind die Leistungen der Informationsverarbeitung sehr unterschiedlich: Während Maschinen wesentlich schneller reagieren können, sind Menschen nach wie vor um Größenordnungen komplexer (wobei wiederum digitale Systeme skalierbar sind und damit bei bestimmten Aufgaben wie etwa Rechnen auch quantitativ überlegen sind). Zum anderen muss beim Menschen zwingend dessen Körperlichkeit mitgedacht werden, während digitale Systeme virtuell oder in einer beliebigen Vielzahl physischer Erscheinungsformen denkbar sind. Wie bereits bei der Produkthaftung ausgeführt erscheint ein direkter Vergleich von Mensch und digitalem System daher schwierig.

Als Ausweg bietet sich die Einführung eigener Maßstäbe für digitale Systeme an. Unterschiedliche Maßstäbe für unterschiedliche Personenkreise sind bei der Bestimmung von Verkehrspflichten üblich, so dass auch zwischen natürlichen Personen und digitalen Systemen differenziert werden könnte. Durch die Rechtsprechung könnten also eigene Standards für digitale Systeme herausgebildet werden.²¹² Es bleibt aber das Unbehagen, dass dabei Sorgfaltspflichten für „Personenkreise“ gebildet werden, die keine sind.

3. Tätigwerden in Ausführung der Verrichtungen

Eine letzte Einschränkung ergibt sich daraus, dass die Handlung der Hilfsperson sich auch bei der Assistenzhaftung im Rahmen des

²¹⁰ Zu den Problemen einer Parallelwertung zwischen Mensch und Maschine bzw. eines anthropozentrischen Sorgfaltsmaßstabs bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit *Wagner AcP* 217 (2017), 707 (733 f.). Zur „Fiktionslösung“ im vertraglichen Bereich *Klingbeil JZ* 2019, 718 (723 f.).

²¹¹ Etwa bei *Borges NJW* 2018, 977 (979): „Es wird zahlreiche Fälle geben, in denen ein System ein Verhalten wählt, das – jedenfalls würde es von einem Menschen vorgekommen – rechtswidrig wäre oder gar Rechte Dritter verletzt.“

²¹² *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (194).

Kreises der übertragenen Aufgaben bewegen muss. Diese Voraussetzung hängt mit der möglichen eigenen Haftung der Hilfsperson zusammen. Wird sie nicht in Ausführung der Verrichtung tätig, haftet sie für deliktisches Verhalten zumindest selbst. Ein solches Haftungssubjekt würde bei einem „eigenmächtigen“ Fehlverhalten digitaler Systeme fehlen, sofern man nicht den Schritt zur Anerkennung digitaler Systeme als eigene Haftungssubjekte geht. Auch hier zeigt sich, dass eine vollständige Parallelisierung der Risikoverteilung beim Einsatz von Menschen und beim Einsatz digitaler Systeme schwierig ist.

III. Vergleich mit Haftung für digitale Systeme als Werkzeug

Auch eine Bejahung der digitalen Assistenzhaftung würde keine vollständige Gleichstellung des Einsatzes von Werkzeugen und von Hilfspersonen bewirken. Bei einem fiktiven rechtmäßigen Verhalten des Systems trägt der Geschädigte das Risiko. Die Assistenzhaftung ist keine Gefährdungshaftung für den Einsatz von Hilfspersonen, sondern rechnet nur Verhalten und Verschulden der Hilfsperson zu.²¹³ Der Prinzipal trägt nicht das volle Risiko menschlichen Verhaltens der Hilfsperson, sondern nur dasjenige eines pflichtwidrigen Verhaltens.

Hier zeigt sich wieder der Gegensatz zwischen der Perspektive, die digitale Systeme als Werkzeug betrachtet, und derjenigen, die ihnen eigenständige Akteurqualität zuweist. *Yuan* plädiert für die Werkzeugperspektive: „Allerdings bleibt festzuhalten, dass Roboterautonomie nicht mit menschlicher Autonomie zu verwechseln, und dass Maschinelles Lernen trotz aller technologischen Begeisterung ein von menschlichem Verhalten determiniertes Werkzeug ist.“²¹⁴ Dem ist zuzustimmen. Menschliche Akteure dürfen als denkbare Verursacher nicht vorschnell vernachlässigt werden.²¹⁵

Fraglich ist, ob die Prämisse zutrifft, dass ohne Anwendung der Assistenzhaftung eine Haftungslücke besteht. Kernproblem dabei ist, ob der Einsetzende sich darauf berufen kann, dass das eingesetzte System für ihn undurchschaubar, sein Verhalten unvorhersehbar war.²¹⁶ Wie

²¹³ *Klingbeil* JZ 2019, 718 (720).

²¹⁴ *Yuan* RW 2018, 477 (504).

²¹⁵ *Spindler* in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 63, 65f.; *Wischmeyer* AöR 143 (2018), 1 (37f.); *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1, 1f.

²¹⁶ *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (186).

dargestellt genügt die abstrakte Vorhersehbarkeit für den Vorwurf sorgfaltspflichtwidrigen Verhaltens und fehlendes Verständnis oder fehlende Kontrolle führt im Rahmen der Abwägung zu einer Verschärfung der Verkehrspflichten, nicht zu einer Abschwächung. Wendet man § 831 Abs. 1 BGB analog an, so darf dies nicht zu einer Abschwächung des Sorgfaltsmaßstabs führen. Mangels Vergleichbarkeit von Menschen und Maschinen kann eine solche Analogie nicht dazu führen, dass nur die beim Einsatz von Hilfspersonen üblichen Pflichten bestehen. Diese passen bereits ihrer Art nach nicht.

Dogmatisch erscheint es unproblematisch, die Ermöglichung von Situationen, in denen sich eine Maschine unvorhersehbar verhält, als verkehrspflichtwidriges Verhalten des Einsetzenden zu qualifizieren. Damit bestünde keine Haftungslücke. Aus rechtspolitischer Sicht ist aber zumindest mittelfristig gerade gewollt, dass der Einsatz von lernfähigen digitalen Systemen in bestimmten Bereichen gesetzeskonform sein soll oder sogar ein Anreiz für deren Einsatz bestehen wird.²¹⁷ Dies ist das typische Szenario für die Einführung einer Gefährdungshaftung: Eine nützliche Technologie, deren Risiken jedoch besonders hoch oder schwer abschätzbar sind, soll ermöglicht werden. Ihr Einsatz wird dann nicht als per se pflichtwidrig qualifiziert, die Risiken aber werden durch eine Gefährdungshaftung internalisiert.

Als Schlussfolgerung bleibt festzuhalten: Eine Analogie zu § 831 BGB leuchtet beim Einsatz lernfähiger Systeme ein. Unabhängig davon spricht aber das Problem der Haftungslücke für eine Gefährdungshaftung des Einsetzenden.

²¹⁷ Sattler BB 2018, 2243 (2247 f.).

E. Beurteilung des geltenden Rechts

Die genauere Untersuchung des geltenden Rechts hat gezeigt, dass die im ersten Teil dargestellten Herausforderungen für das Haftungsrecht nur teilweise bewältigt werden.

I. Keine besonderen Haftungsregeln für die neuen Risiken

Wie bei einer neuartigen Technologie nicht anders zu erwarten gibt es noch keine besonderen Regelungen für die spezifischen neuen Risiken, die die technischen Entwicklungen mit sich bringen (physische Schädigung, physische Interaktion mit Menschen, eingeschränkte Vorhersehbarkeit des Verhaltens, Netzeffekte).²¹⁸ Durch Annahme entsprechender Verkehrspflichten und Beweislastregeln lässt sich dies in gewissem Umfang bewältigen, eine vollständige Internalisierung der neuen Risiken findet aber nicht statt.

Das Robotikrisiko kann wie gezeigt definiert werden als spezifisches Risiko einer komplexen Softwaresteuerung von Hardware. Hinzu kommt das spezielle Verbundrisiko durch Roboter im Alltag und die dadurch verstärkte Interaktion mit Menschen. Eine spezielle Haftung für diese Risiken fehlt.

Auch für die besonderen Risiken lernfähiger Systeme fehlen spezielle Regelungen. Die analoge Anwendung von Regelungen zum Einsatz von Hilfspersonen erweist sich als schwierig, wenn diese auf Pflichtverletzungen der Hilfsperson abstellen bzw. diese zurechnen, weil auch Lernfähigkeit nicht digitale Systeme ohne weiteres mit Menschen vergleichbar macht. Anders als beim Einsatz von Menschen fehlt es auch an einem zusätzlichen Haftungssubjekt, so dass etwa eine analoge Anwendung des § 831 Abs. 1 BGB zwar sinnvoll, aber nicht ausreichend erscheint. Vergleicht man die Verwendung lernfähiger digitaler Systeme mit dem Einsatz von Tieren, greift § 833 BGB, dessen analoge Anwendung aber wegen der Privilegierung professioneller Halter zu zweckwidrigen Ergebnissen füh-

²¹⁸ Zu Risiken neuartiger Technologien und deren rechtlicher Bewältigung *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17 ff.; *ders.* JZ 2013, 21 ff.; *Eichelberger* in Hilty/Jaeger/Lamping (Hrsg.), Herausforderung Innovation, 2012, S. 45 ff.; *Röthel* in Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsverantwortung, 2009, S. 335 ff.; *Dietz*, Technische Risiken und Gefährdungshaftung, 2006; *Ann* in Seehafer ua (Hrsg.), Risikoregulierung und Privatrecht, 1994, S. 37 ff.

ren würde. Sinnvoll erscheint dagegen eine eigene Gefährdungshaftung, die am lernfähigen System als Gefahrenquelle anknüpft.

Vernetzungsrisiken wurden bei kritischen Infrastrukturen berücksichtigt, jedoch noch nicht als Alltagsrisiken. Besondere Haftungsregelungen fehlen daher.

II. Verschiebung der Risikobeherrschung: geänderte Rolle von Akteuren in bestehenden Regelungen (Hersteller, Anwender)

Auch auf die Veränderungen bei der Beherrschung bestehender Risiken hat das Recht noch nicht reagiert. Die Risikobeherrschung geht bei lernfähigen digitalen Systemen teilweise (je nach Vorgaben) vom Programmierer auf den Trainer über. Daher ist die Verantwortlichkeit der verschiedenen Akteure auf den unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette neu zu durchdenken. Dies gilt insbesondere bei der Produkthaftung.

Trainiert der Hersteller selbst, bleibt es bei seiner zentralen Rolle. Das Training kann auch durch Dritte als Hersteller übernommen werden. Trainiert der Anwender, so verschiebt sich die Risikobeherrschung teilweise auf ihn. Es bleibt aber die herstellerseitige Möglichkeit, durch Vorgaben auch das Lernen zu beeinflussen. Auf der Herstellerseite wächst auch die Bedeutung virtueller Zwischenglieder, wie etwa Software als Zwischenprodukt oder Training als eigenes Element der Produktherstellung. Während die Lernfähigkeit den Einfluss des Herstellers verringert, wird er durch eine zunehmende Automatisierung sogar gesteigert. Dies zeigt sich an der Diskussion um selbstfahrende Fahrzeuge. Anders als bei herkömmlichen Produkten wird der Bediener (Fahrer) zum bloßen Nutzer (Passagier).

Auch auf Anwenderseite kann es daher zu einer Risikoverlagerung kommen. Die schwindende Einflussmöglichkeit des Nutzers geht entweder auf einen Betreiber mit besonderer Sachkenntnis oder auf den Hersteller über. Besonders deutlich wird dies bei professionellen Betreibern von großen Zahlen gleichartiger digitaler Systeme (Fahrzeugflotten etc.).

Während Hersteller also Risikobeherrscher bleiben (auch bei Lernfähigkeit), trennen sich die Anwender stärker auf: einerseits in solche mit Sachkenntnis, typischerweise professionelle Anwender bzw. Betreiber, die i. d. R. die Systeme auch trainieren können;²¹⁹ andererseits in solche ohne Sachkenntnis, typischerweise Verbraucher und Kleinunternehmer ohne einschlägige Spezialisierung, die noch

²¹⁹ Vergleichbar Anwendern, die bei klassischen Systemen den Code selbst ändern.

weniger als früher die Funktionsweise des von Ihnen genutzten Systems verstehen und je nach Automatisierungsgrad verringerte oder gar keine Risikobeherrschung haben.

Für den Geschädigten erwächst aus diesen Verschiebungen das Problem, dass es schwieriger wird, den Verantwortlichen zu bestimmen. In welchem Maße im konkreten Fall der Hersteller oder der Betreiber durch Programmierung und Training Einfluss auf das Verhalten des Systems genommen haben, ist für Außenstehende nicht erkennbar. Dies spricht dafür, wie noch genauer auszuführen sei wird, beide haften zu lassen und ihnen den Ausgleich im Innenverhältnis aufzubürden.

III. Kausalität und Zurechnung

Durch die Vernetzung kann das Problem der Multikausalität verknüpft mit Beweisproblemen auftreten. Der Vergleich mit Asbestschäden bzw. Langzeitschäden im Allgemeinen zeigt jedoch auch einen Unterschied. Dieser besteht darin, dass die zu erwartenden Schäden kurzfristig auftreten, d.h., die zwischenzeitliche Insolvenz einzelner Verursacher ist weniger wahrscheinlich. Damit greift auch das Hauptargument für eine Proportionalhaftung und gegen eine gesamtschuldnerische Haftung nicht ein.²²⁰ Vielmehr ist den Schädigern die volle Haftung im Außenverhältnis und der Ausgleich im Innenverhältnis mit den entsprechenden Insolvenzrisiken zuzumuten. Beim Ausgleich im Innenverhältnis sind dann unterschiedliche Verursachungs- und Verschuldensanteile nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zu berücksichtigen, weil § 254 Abs. 1 BGB insoweit ein anderes bestimmt.

Soweit allerdings bei multikausaler Verursachung § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht eingreift, kann dies dazu führen, dass der Geschädigte keinen Schadensersatz bekommt. Hier besteht also das Risiko einer Fehlsteuerung, wenn potentielle Schädiger in der Masse der Beteiligten „untertauchen“ können. Es ist denkbar, dass erst durch eine unglückliche Verkettung zahlreicher jeweils pflichtkonformer Beiträge (Herstellung und Einsatz des Systems, Lieferung von Daten etc.) ein Unfall entsteht. Häufiger noch dürften aber Beweisprobleme sein.

IV. Beweisprobleme bei komplexen Sachverhalten

Gewichtig erscheinen die Beweisprobleme, die insbesondere bei einem zunehmenden Vernetzungsgrad drohen. Faktische Beweis-

²²⁰ Dazu Wagner ZEuP 2007, 1124 (1133 f.); ders. in FS Schäfer 2008, S. 193 (198).

probleme drohen bei Autonomie und Vernetzung wegen der Menge der benötigten Daten. Technische Lösungen sind zwar denkbar, werden aber mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht ausreichen.

Insbesondere das Anknüpfen an physische Systeme durch entsprechende Gefährdungshaftungsregelungen²²¹ würde Kausalitäts- und Beweisprobleme vermeiden (Beispiel Kraftfahrzeuge), kann aber zu einer zweckwidrigen übermäßigen Belastung der Betreiber bzw. Halter führen. Daher ist auch über eine haftungsersetzende Versicherung nachzudenken.

De lege lata sind Reaktionen durch eine richterrechtliche Beweislastumkehr bzw. Gesamtanalogie zu Regelungen einer deliktischen Haftung mit vermutetem Verschulden möglich.

V. Schlussfolgerung: Verkehrspflichten und Beweislastregeln als kurzfristige Option zur Anpassung des geltenden Rechts

Das geltende Recht, insbesondere Produkthaftung und Produzentenhaftung, bieten Spielraum, um zumindest für eine Übergangszeit auf die neuen Risiken zu reagieren. Durch Verkehrspflichten und Beweislastregelungen kann eine zweckmäßige Risikoverteilung erreicht werden. In der Literatur finden sich deshalb Stimmen, die ein gesetzgeberisches Handeln derzeit nicht für erforderlich halten.²²² Allerdings bieten richterrechtliche Instrumente bis zu ihrer festen Herausbildung weniger Rechtssicherheit.

1. Verkehrspflichten als klassisches Instrument der Techniksteuerung

Dreh- und Angelpunkt einer richterrechtlichen Reaktion wird die Annahme entsprechender, noch ausdifferenzierender Verkehrspflichten sein. Auf Herstellerseite geht es um Herstellung, Vermarktung und Produktbeobachtung, wobei der Produktbeobachtung besondere Bedeutung zukommen wird.²²³ Auf Anwenderseite geht es um den Betrieb.

Vorteile der Lösung über Verkehrspflichten sind Flexibilität und Schnelligkeit (geringer legislatorischer Aufwand). Auch die Verzahnung mit regulatorischem Recht ist unproblematisch möglich. Nachteile sind das geringere Risikowissen der Judikative (gegenüber Entwicklern und professionellen Anwendern), die Gefahr von Rück-

²²¹ *Wagner* 88 *Fordham L. Rev.* 591 (2019), 607f.

²²² *Grützmacher* CR 2016, 695 (698); *Denga* CR 2018, 69 (76).

²²³ *Schmid* CR 2019, 141 ff.

schaufehlern und vor allem mangelnde Rechtssicherheit.²²⁴ Die Möglichkeit der nachträglichen Festsetzung von Verhaltensstandards kann zu Abschreckungseffekten führen und damit die Technikverbreitung beeinträchtigen.

2. Beweislastverteilung als Steuerungshebel

Auch Beweislastregeln können als richterrechtliches Instrument eingesetzt werden, um insbesondere die aufgezeigten Beweisprobleme in den Griff zu bekommen.²²⁵ Die entsprechenden Regelungen der Produzentenhaftung können für lernfähige und vernetzte Produkte weiterentwickelt werden. Beim Einsatz besonders riskanter digitaler Systeme kann man grundsätzlich einen Verkehrspflichtverstoß annehmen, so dass der Einsetzende darlegen und beweisen muss, dass im konkreten Fall ausreichende risikobegrenzende Umstände vorlagen.²²⁶

²²⁴ Vgl. *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, S. 38f.; *Zech* in *Jahrbuch SGHVR* 2016, S. 17 (26f.).

²²⁵ Dazu *Grützmacher* CR 2016, 695 (697); *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, 2019, S. 216f.

²²⁶ Vgl. *Zech* in *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 192; *ders.* *ZfPW* 2019, 198 (213).

Teil 3. Vorschläge für eine Anpassung

A. Anforderungen an eine optimale Haftung

Bevor Anpassungsvorschläge diskutiert werden, soll zunächst erörtert werden, wer als Haftender bestimmt und welche Form der Haftung gewählt werden sollte. Dies wird von den Zielen des Haftungsrechts bestimmt.

I. Die Ziele des Haftungsrechts

Als Ziele des Haftungsrechts lassen sich Schadensausgleich, Risikosteuerung und Risikostreuung nennen.²²⁷ Der Schadensausgleich erfolgt nicht grenzenlos (dies wäre das Ende der Wettbewerbsfreiheit), sondern nur, soweit er „fair und gerecht“ ist.²²⁸ Als eigenes Gerechtigkeitspostulat entspringt er dem Schutz des jeweiligen Rechtsguts (Persönlichkeits- oder Eigentumsschutz), wird jedoch nicht schrankenlos gewährt.²²⁹ Die Zusammengehörigkeit von Risiko und Vorteil einer bestimmten Handlung lässt sich aber auch aus der Steuerungsperspektive erklären (Vermeidung externer Effekte).²³⁰

Zentral kommt dem Haftungsrecht, wie bereits in der Einleitung angesprochen, die Funktion der Risikosteuerung zu. Dabei geht es nicht um Risikominimierung um jeden Preis, sondern um die Wahl des optimalen Risikos (Aktivitäts- und Sorgfaltsniveau).²³¹ Haftungsregelungen schaffen Anreize für die optimale Schaffung und Beherrschung von Risiken.

Ein eigenständiges Regelungsziel ist daneben die Risikostreuung (insbesondere durch Umlage des Haftungsrisikos auf Produktpreise oder durch Haftpflichtversicherungen).²³² Mit ihr können gesellschaftlich erwünschte Risiken vergemeinschaftet werden. Die Absi-

²²⁷ Dazu *Kötz/Wagner Deliktsrecht*, S. 29 ff.

²²⁸ *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 36 f.; *Kötz/Wagner Deliktsrecht*, S. 29 f.

²²⁹ Dazu *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 223 ff.

²³⁰ *Zech* BJM 2014, 1 (3 f., 12).

²³¹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, S. 153 ff.

²³² *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, S. 159 ff.

cherung des Einzelnen erhöht auch die Technikakzeptanz, so dass Haftungsregeln auch technikfördernde Wirkung haben können.²³³

II. Bestimmung der optimalen Verantwortlichen (Risikoträger)

Auch die Bestimmung des optimalen Verantwortlichen ergibt sich aus dem Aspekt der Risikosteuerung. Haften sollte derjenige, der das Risiko am effizientesten minimieren kann (*best cost avoider*), so dass sich gesellschaftlich das Optimum an Vor- und Nachteilen ergibt.

Die Risiken digitaler Systeme lassen sich nach Verantwortungsbe-
reichen zuweisen, die sich aus den verschiedenen Ebenen der Wert-
schöpfungskette ergeben.²³⁴ Dabei erweist sich die Unterscheidung
zwischen Hersteller- und Anwenderseite nach wie vor als zweckmä-
ßig. Zwar haben sich durch die hinzukommende Unterscheidung
von Programmieren und Trainieren weitere Kriterien ergeben. Diese
lassen sich aber für Außenstehende nur schwer bestimmen, so dass
sie idealerweise nur im Innenverhältnis zwischen beiden eine Rolle
spielen sollten.

Die optimale Verantwortlichkeit für digitale Systeme ergibt sich
insbesondere aus den folgenden zwei Gesichtspunkten: zum einen
der Gleichlauf von Risikobeherrschung und Haftung, da die Risiko-
steuerung einen Einfluss auf das Risiko voraussetzt; zum anderen die
Zusammengehörigkeit von Risiko und Vorteil, da nur bei einem
Gleichlauf externe Effekte vermieden und eine vollständige Berück-
sichtigung sozialer Kosten und sozialen Nutzens gewährleistet ist.

1. Hersteller

Der Hersteller kann das Risiko seiner Produkte durch sorgfältige
Herstellung (entsprechend den Verkehrspflichten der Produzenten-
haftung), durch Unterlassen bzw. Verschieben der Markteinführung
und durch Weiterentwicklung beeinflussen. Ob Hersteller oder An-
wender haften, ist keine Verteilungsfrage, da auch bei einer Herstel-
lerhaftung die Kosten über den Preis auf die Anwender umgelegt
werden, es geht nur um Anreize zur Schadensvermeidung.²³⁵

Die zunehmende Automatisierung spricht für eine Haftung der
Hersteller, da sie mehr Einfluss auf das Risiko bekommen und der
Anwender entsprechend weniger. So spricht etwa die Entwicklung

²³³ Zech in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17 (29).

²³⁴ Hanisch in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral,
2014, S. 27, 32f.

²³⁵ Wagner AcP 217 (2017), 707 (762).

bei für automatisierten Fahrzeugen für eine partielle Verlagerung der Haftpflichtkosten auf die Hersteller.²³⁶

Während Automatisierung typischerweise den Einfluss des Herstellers erhöht, bewirken Lernfähigkeit (bei Training durch den Anwender) und Vernetzung eine Verringerung. Dennoch behält der Hersteller auch bei solchen digitalen Systemen eine Einflussmöglichkeit in Form der möglichen Vorgaben des Programmierers für die Lernfähigkeit. Trainiert der Hersteller selbst, bleibt ihm auch diese Einflussmöglichkeit.

2. Anwender

Auf der Anwenderseite besteht in unterschiedlichem Maße die Möglichkeit, durch Unterlassen der Anwendung und durch sorgfältigen Einsatz das Risiko zu beeinflussen. Ebenso wie die Hersteller ziehen aber auch Anwender einen Nutzen aus dem Einsatz digitaler Systeme.

Hinsichtlich des Einflusses auf das Risiko ist jedoch zwischen solchen Anwendern zu unterscheiden, die typischerweise über besondere Sachkenntnis verfügen, und solchen, die diese nicht besitzen. Daher scheiden bloße Nutzer wie etwa der Fahrer eines selbstfahrenden Fahrzeugs hier aus. Auch bei den Betreibern kann unterschieden werden zwischen solchen mit und ohne besondere Sachkenntnis. Dabei wird darauf abzustellen sein, von wem eine solche Fachkenntnis verlangt werden kann bzw. wer sie ökonomisch sinnvollerweise besitzen sollte. Dafür kommen insbesondere solche Unternehmen in Betracht, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb eines digitalen Systems ist. Ihnen kann auch zugemutet werden, sich notwendige Fachkenntnis gegebenenfalls durch Subunternehmer (Wartungsunternehmen etc.) zu beschaffen.

Dieses Bild wird durch die Lernfähigkeit noch verstärkt. Soweit der Betreiber als Trainer agiert, hat er auch stärkeren Einfluss auf das Verhalten des trainierten Systems. Dagegen führt die Vernetzung wiederum zu einer Verringerung.

Betreiber ohne besondere Sachkunde, die nicht als Trainer agieren, können das Risiko nur durch die Entscheidung für oder gegen die Anwendung eines bestimmten Systems beeinflussen. Eine Risikotragung durch sie hätte keinen Steuerungseffekt, sondern könnte allenfalls in Kombination mit einer Haftpflichtversicherung zu einer Vergemeinschaftung der Risiken führen. Ohne eine solche Versicherung würde die Technikakzeptanz auf Anwenderseite sinken.

²³⁶ *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (762ff.); *ders.* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 27, 40: „To the extent that manufacturers do or can exercise control, liability must follow.“

Auch die Anwenderseite kommt damit als Haftende in Betracht, jedoch vorzugswürdig – wegen der unterschiedlichen Möglichkeiten der Risikobeeinflussung – beschränkt auf professionelle Betreiber bzw. Betreiber, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb digitaler Systeme ist. Mit einer solchen Betreiberhaftung kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass durch die Lernfähigkeit ein Teil der Risikobeherrschung vom Hersteller auf den Betreiber übergeht, sofern dieser als Trainer agiert.

3. Betroffene

Ohne Haftungsregelung bleibt das Risiko bei den Betroffenen, die ihren Schaden nicht ersetzt bekommen. Dies kann aus ökonomischer Sicht sinnvoll sein, wenn und soweit Betroffene Selbstschutzmaßnahmen ergreifen können, die weniger kosten als eine anderweitige Risikobegrenzung. Bei digitalen Systemen und insbesondere bei Infrastrukturrobotik nimmt aber der Einfluss der Betroffenen immer mehr ab. Dies ist nicht nur eine Folge der zunehmenden Automatisierung, sondern auch der zunehmenden Verbreitung digitaler Systeme (Unentrinnbarkeit, insbesondere, wenn Robotik Teil der Umgebung wird). Sofern Betroffene nicht selbst Anwender sind, entfällt bei ihnen auch die Zusammengehörigkeit von Risiko und Vorteil. Dies alles spricht dagegen, das Risiko bei den Betroffenen zu belassen.

Die bestehende Verschuldenshaftung führt dazu, dass bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers das Risiko beim Betroffenen bleibt (Gedanke des Alltagsrisikos). Dies kann zu einer Technikförderung auf Kosten der Betroffenen führen, was zu Beginn der Industrialisierung durchaus der Fall war,²³⁷ heute aber durch die Annahme angemessener Verkehrspflichten verhindert werden kann. Eine übermäßige Belassung des Risikos bei den Betroffenen würde sich darüber hinaus auch negativ auf die allgemeine Technikakzeptanz auswirken und damit gesamtgesellschaftlichen Zielen zuwiderlaufen.

4. Verhältnis der Verantwortlichkeiten bzw. Verantwortlichen zueinander

Wie gezeigt kommen sowohl Hersteller als auch professionelle Betreiber als Verantwortliche in Betracht. Dies führt zu dem Ergebnis, dass sich der Geschädigte an mehrere potentielle Haftungsträger

²³⁷ Ott in ders./Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 25, 29; Kötz/Wagner Deliktsrecht, S. 13; vgl. Ogorek, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1975, S. 135.

wenden kann, was möglicherweise höhere soziale Kosten verursacht, als wenn ein Haftungsträger feststeht. Dennoch erscheint diese scheinbare Doppelung sinnvoll, da sie gerade dem Umstand Rechnung trägt, dass durch die Lernfähigkeit ein Teil des herstellerseitigen Einflusses auf den Betreiber übergeht, dessen Ausmaß aber nicht typisiert festgelegt werden kann. Je nachdem, in welchem Ausmaß der Betreiber das System trainiert hat, wird er zum Quasi-Hersteller, ohne dass das geltende Produkthaftungsrecht dem Rechnung tragen könnte. Zugleich ist nach außen, d.h. für den Geschädigten, nicht erkennbar, welche Rollenverteilung zwischen Hersteller und Betreiber besteht (was auch für einen geschädigten einfachen Nutzer gilt). Daher erscheint eine gesamtschuldnerische Haftung gerechtfertigt, die einen Ausgleich im Innenverhältnis zulässt. Ein Rechtsstreit um Regressforderungen, bei dem die unterschiedlichen Verantwortungsanteile geklärt werden können, wird dann zwischen professionellen Parteien geführt.

5. Vergemeinschaftung von Verantwortlichkeiten bzw. Risiken

Angesichts der zunehmenden Vernetzung ist auch über die Vergemeinschaftung der Risiken digitaler Systeme nachzudenken, die sowohl über Haftungsregeln im Zusammenspiel mit Haftpflichtversicherungen als auch über haftungsetzende Versicherungen erreicht werden kann.

Es sind Fälle denkbar, in denen die Schädigung aus dem komplexen Zusammenspiel vieler herrührt, die sich alle rechtmäßig verhalten haben. Hier hätte sich das Vernetzungsrisiko verwirklicht und selbst bei vollständiger Aufklärbarkeit des Sachverhalts würde der Geschädigte leer ausgehen. Wenn nur die für das einzelne System Verantwortlichen (Programmierer und Trainer) haften, drohen hier Fehlsteuerungen.

Während also Automatisierung und Lernfähigkeit die Risikobeherrschung und damit die sinnvolle Haftungsadressierung innerhalb der Wertschöpfungskette verschieben, verringert die Vernetzung den Einfluss aller Akteure. Eine Risikozuweisung durch Haftungsregelungen kann insoweit keine Steuerungswirkung entfalten, allenfalls in Verbindung mit einer Haftpflichtversicherung zu einer Kollektivierung führen und so den Einsatz riskanter digitaler Systeme gesellschaftlich akzeptabel machen.

III. Wahl zwischen Verschuldenshaftung, Gefährdungshaftung und haftungsersetzender Versicherung

Auch die Wahl zwischen den verschiedenen Haftungsformen ergibt sich aus der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts. Anders als das klassische Sicherheitsrecht beeinflusst das Haftungsrecht menschliches Verhalten im Umgang mit technischen Risiken nur indirekt, weil es keine eindeutigen Verhaltensgebote formuliert. Dadurch ermöglicht es, Wissen der beteiligten Akteure zu aktivieren.

Gesamtgesellschaftliche Risiken sind Thema der Technikfolgenabschätzung, so auch bei digitalen autonomen Systemen.²³⁸ Dennoch ist wegen der schnellen Entwicklung der Technik davon auszugehen, dass die Entwickler und teilweise auch die Anwender bessere Risikokenntnis haben als der Gesetzgeber. Hier setzt das Haftungsrecht an, das keine unmittelbare Risikoentscheidung erfordert.

1. Pflichtwidrigkeit: Steuerung des Sorgfaltsniveaus

Eine Möglichkeit ist es, insbesondere über das Instrument der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten, die Abwägung zunächst den potentiellen Schädigern zu überlassen, diese aber gerichtlich überprüfbar zu machen. Der Nachteil besteht dabei aus möglichen Abschreckungseffekten und Rückschaufehlern bei der Beurteilung.

Im Deliktsrecht kommt es sowohl bei der zurechenbaren Rechtsverletzung als auch beim objektiven Verschulden auf die Verletzung von Verkehrspflichten an.²³⁹ Bei der Produkthaftung ist das Sorgfaltsniveau im Fehlerbegriff enthalten. Um die erforderliche Sorgfalt zu wahren, müssen mögliche und zumutbare Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, wobei die Zumutbarkeit aufgrund einer Kosten-Nutzen-Abwägung bestimmt wird.²⁴⁰ Regulatorischer Hintergrund ist, dass es nicht um absolute Sicherheit geht, sondern darum, das optimale Risikolevel zu finden, das sich aus einer Abwä-

²³⁸ Reichwald/Pfisterer CR 2016, 208 (212): „Während es sich bei der Nachvollziehbarkeit um eine Rückschau auf geschehene Ereignisse handelt, muss bei der Entwicklung autonomer und intelligenter Systeme eine Technikfolgenabschätzung geschehen. Die Entwickler solcher Systeme müssen bestimmte Eigenschaften garantieren. [...] Werden nun die Algorithmen nach und nach durch Forschung menschenähnlicher, so wird es immer komplexer, diese Garantien geben zu können.“

²³⁹ Spindler in Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, S. 63, 69f.; Gless/Janal JR 2016, 561 (568f.); Denga CR 2018, 69ff.; Wende in Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, S. 69, 71 ff.

²⁴⁰ MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 316, 337ff.; Wende in Sassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, S. 69, 81 f.

gung von Risiken und Chancen ergibt.²⁴¹ Aus Anreizperspektive führt dies dazu, dass Hersteller und Anwender gerade die Sorgfalt walten lassen, die erforderlich ist, um nicht zu haften. Die Bestimmung dieses Levels übernimmt die Judikative.

Auf der Seite der potentiellen Geschädigten (Benutzer oder Dritte) setzt die Risikotragung im Falle pflichtgemäßen Verhaltens der Schädiger einen Anreiz zur Schadensvermeidung (zusätzlich wird das Verhalten auf Betroffenenseite auch durch Mitverschuldensregelungen beeinflusst). Dieser ist jedoch nur dann wohlfahrtsfördernd, wenn tatsächlich eine zumutbare Möglichkeit der Schadensvermeidung besteht. Gerade bei komplexen und zunehmend im Alltag verbreiteten Systemen dürfte dies zu bezweifeln sein.

2. Gefährdungshaftung: Steuerung des Aktivitätsniveaus und Anreiz zur Weiterentwicklung

Gefährdungshaftungstatbestände können insbesondere dann helfen, wenn die Risikokenntnis der privaten Akteure derjenigen des Staates deutlich überlegen ist. Durch die mit einer Gefährdungshaftung verbundene vollständige Internalisierung der Risiken wird derjenige, der das Risiko beherrscht, gezwungen, das Risiko selbst abzuschätzen. Erscheint der Einsatz eines digitalen Systems als zu riskant, wird er unterbleiben. Damit wird einerseits die Risikoabschätzung vom Staat delegiert (und so das Aktivitätsniveau gesteuert), andererseits auch ein Anreiz für die Weiterentwicklung der Technologie gesetzt. Auf Seiten potentieller Geschädigter erhöht eine Gefährdungshaftung die Technikakzeptanz. Damit ist die Funktion der Technikermöglichung angesprochen.

3. Haftungersetzende Versicherung: Technikermöglichung durch Schadensstreuung

Insbesondere durch die Kombination mit einer Versicherungspflicht können Gefährdungshaftungen auch dazu dienen, Risiken auf vielen Schultern zu verteilen und so die Einführung einer gewünschten Technologie zu erleichtern. Auch die Produkthaftung führt über den Umweg der Preisanpassung durch den Hersteller zur Schadensstreuung. Allerdings stößt die Gefährdungshaftung an ihre Grenzen, wenn kein Schädiger mehr bestimmt werden kann (etwa bei Infra-

²⁴¹ *Mazzini*, A System of Governance for Artificial Intelligence through the Lens of Emerging Intersections between AI and EU Law, SSRN Nr. 3369266, S. 13: „a question of determining the normatively acceptable risk level when balanced against the expected benefits of a certain product, activity or technology“. Vgl. *Meyer* ZRP 2018, 233 (238): Der Gesetzgeber muss „die Rechtsgutqualität und damit die Abwägungsrelevanz des Drittnutzens der Technologie systematisch beachten“.

strukturrobotik) oder wenn die zu bestimmenden Schädiger (Hersteller, Betreiber) keinen hinreichenden Einfluss auf das Risiko haben, was insbesondere bei einer starken Vernetzung zu befürchten ist. Als alternatives Instrument kommt hier eine unmittelbare Versicherung des „erwünschten Risikos“ in Betracht. Als Vorbild dient die gesetzliche Unfallversicherung. Die Anreize zur Schadensvermeidung müssen dabei durch eine entsprechende Gestaltung der Beiträge und Regressmöglichkeiten gesetzt werden.

4. Schlussfolgerung

Da es sich bei lernfähigen und vernetzten digitalen Systemen um eine neuartige Technologie handelt, deren Risiken noch schwer abzuschätzen sind und die auch konstant weiterentwickelt werden, spricht viel für eine Gefährdungshaftung. Im Bereich der Robotik ist eine solche Gefährdungshaftung wegen der klar zu bestimmenden physischen Schädigungen auch gut zu handhaben, so dass keine Kosten durch fehlende Rechtssicherheit und Abschreckungseffekte drohen.

Die bestehende Verschuldenshaftung würde dagegen die Risikoabschätzung der Rechtsprechung aufbürden, wodurch auch Rückschaueffekte drohen. Dies könnte unter Umständen durch fehlende Rechtssicherheit und zu hohe Verkehrspflichten zu höheren sozialen Kosten führen als eine Gefährdungshaftung.

Mit zunehmender Vernetzung und Verbreitung digitaler Systeme kommt auch eine haftungsersetzende Unfallversicherung in Betracht. Die notwendigen Anreizeffekte sowie die Generierung und Nutzung von Risikowissen müssen hier durch eine entsprechende Ausgestaltung der Versicherung erreicht werden.

B. Digitale Systeme als eigene Haftungssubjekte?

I. Diskussion um mögliche Rechtspersönlichkeit digitaler Systeme

Die Frage, ob digitale Systeme im Recht als Personen anerkannt werden sollen, braucht hier nur kurz angerissen zu werden. Eine faktische Ähnlichkeit von natürlichen Personen und digitalen Systemen ist jedenfalls noch in sehr weiter Ferne.²⁴²

Im Recht gibt es ebenso wie in der Philosophie keinen klaren Katalog von Eigenschaften, die Entitäten zu Adressaten von Sollenssätzen machen.²⁴³ *Teubner* sieht die Fähigkeit zur Entscheidung unter Ungewissheit als relevantes Kriterium und zieht hier eine Parallele zu den Fähigkeiten lernfähiger Systeme (Autonomie im rechtlichen und im technischen Sinne).²⁴⁴

Jedenfalls ist das Recht frei, zu entscheiden, welchen Entitäten es Personenstatus zuerkennt.²⁴⁵ Darüber hinaus genügt es für die Zwecke des Haftungsrechts, über die Anerkennung als Haftungssubjekt zu diskutieren, wofür nicht notwendig die Anerkennung als Rechtsperson im Übrigen erforderlich ist (vgl. etwa die teilrechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts).²⁴⁶

²⁴² So auch *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (162): „Forderungen auf volle digitale Rechtssubjektivität gehen an der heutigen Realität vorbei“. Zu der Frage, ob digitalen Systemen Rechtspersönlichkeit bzw. Rechtsfähigkeit zukommen kann: *Teubner* Zeitschrift für Rechtssoziologie 27, 2006, 5 ff.; *ders.* in Becchi/Graber/Luminati (Hrsg.), Interdisziplinäre Wege der Grundlagenforschung, 2007, S. 1 ff.; *ders.* AcP 218 (2018), 155 (160 ff.); *Beck* JR 2009, 225 (229 f.); *dies.* AJP 2017, 183 ff.; *Gruber* in Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, S. 133 ff.; *ders.* in *ders./Bung/Ziemann* (Hrsg.), Autonome Automaten, 2015, S. 191 ff.; *Eidenmüller*, The Rise of the Robots and the Law of the Humans, SSRN Nr. 2941001, S. 11 ff.; *Kluge/Müller* in *Taeger* (Hrsg.), Smart World – Smart Law?, 2016, S. 989, 993; *Spindler* JZ 2016, 805 (816); *Klingbeil* JZ 2019, 718 (721 f.); *Schirmer* JZ 2019, 711 (712 ff.); *Wagner* in *Faust/Schäfer* (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1, 29 ff.; *Riehm/Meier* in *DGRI Jahrbuch 2018* (erscheint demnächst), S. 14 ff. Vgl. auch *Sorge*, Softwareagenten, 2006, S. 33 ff.; *Borges* NJW 2018, 977 (979).

²⁴³ Dazu aus der Perspektive des Haftungsrechts *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (170 ff.); *Wagner* 88 Fordham L. Rev. 591 (2019), 595 ff.

²⁴⁴ *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (174 f.).

²⁴⁵ *Wagner* 88 Fordham L. Rev. 591 (2019), 599.

²⁴⁶ *Wagner* in *Faust/Schäfer* (Hrsg.), Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz, 2019, S. 1, 31 f.; *ders.* 88 Fordham L. Rev. 591 (2019), 600.

II. Digitale Systeme als Hilfspersonen: digitale Assistenzhaftung

Geht es nur um die Zurechnung des Verhaltens digitaler Systeme, so stellt sich die Frage, ob rechtliche Regeln zur Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen analog angewandt werden sollen.²⁴⁷ Die Möglichkeit einer digitalen Assistenzhaftung als Analogie zur Erfüllungsgehilfen- und Organhaftung wurde bereits untersucht. Allerdings zeigte sich, dass im Ergebnis die Bestimmung eines pflichtwidrigem Verhaltens des digitalen Systems schwerfällt. Zudem löst die digitale Assistenzhaftung nicht das Problem, dass digitale Systeme nicht selbst als Haftungssubjekt zur Verfügung stehen, wenn die Voraussetzungen der Zurechnung an den Einsetzenden nicht erfüllt sind.

Ziel der Assistenzhaftung ist die angemessene Verteilung von Risiken zwischen Geschäftsherrn (Einsetzendem), Hilfsperson (Eingesetztem) und Geschädigtem. Der Geschäftsherr, der vom Einsatz von Hilfspersonen profitiert, soll auch das dadurch entstehende Risiko tragen. Dies gilt in gleicher Weise für den Einsatz von Maschinen. Der Unterschied zum Einsatz von Maschinen besteht darin, dass hier nicht die Hilfsperson als eigener Risikoträger in Betracht kommt. Zudem sind Menschen als Risikoquelle bekannt und ihr Einsatz als Hilfsperson akzeptiert. Bei Maschinen ist dies insbesondere dann, wenn sie neuartig und komplex sind, nicht der Fall. Auch der Betroffene kann sie weniger gut einschätzen als menschliche Hilfspersonen. Bei bekannten und einfachen Maschinen genügt für eine Internalisierung der mit ihrem Einsatz verbundenen Risiken die Verschuldenshaftung. Der pflichtgemäße Einsatz fällt dann als allgemeines Lebensrisiko in das Risiko der Betroffenen. Bei neuartigen und komplexen Maschinen wird dagegen eine vollständige Internalisierung durch Gefährdungshaftungsregelungen erreicht.

III. Digitale Systeme als eigene Haftungssubjekte (ePerson)?

Eine von der Zurechnung zu unterscheidende, auch für das Haftungsrecht relevante Frage ist, ob man für digitale Systeme eine neue juristische Person aus der Taufe heben soll, die letztlich als Haftungsschild dient.²⁴⁸ Dabei geht es nur um die Anerkennung digitaler

²⁴⁷ Dazu *Hacker* RW 2018, 243 (248 ff.); *Klingbeil* JZ 2019, 718 (719 ff.).

²⁴⁸ Vgl. Europäisches Parlament, Entschließung vom 16. Februar 2017 (Fn. 71), Rn. 59 lit. f; *Wagner* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial*

Systeme als Haftungssubjekte, nicht um die Anerkennung als Person in anderen Bereichen des Rechts oder gar außerhalb des Rechts.

Die Schaffung einer eigenen Rechtspersönlichkeit würde voraussetzen, dass Publizität und Haftungsmasse sichergestellt werden. Die Haftungsmasse könnte auch durch eine (vorzugswürdige) Versicherungslösung ersetzt werden.²⁴⁹ Die ökonomische Funktion einer solchen Ausgestaltung würde vor allem in der Bündelung von Verantwortlichkeit liegen. Dies wäre sinnvoll, wenn viele virtuelle Komponenten zugeliefert werden²⁵⁰ oder wenn aufgrund der zunehmenden Vernetzung viele Akteure beteiligt sind.

Den Vorteilen steht der damit verbundene Aufwand gegenüber. Angesichts der zu erwartenden massenhaften Verbreitung von Systemen unterschiedlichster Komplexität und Ausgestaltung scheint die erforderliche Publizität und formale Absicherung des Versicherungsschutzes nur schwer zu leisten. Durch den resultierenden Haftungsschild besteht auch die Gefahr von Fehlanreizen, die allerdings durch eine entsprechende Prämienausgestaltung bekämpft werden kann.

Entscheidend ist, dass es zukünftig digitale Systeme unterschiedlichster Größe und Risikostufe geben wird. Damit erscheint eine Anerkennung als eigenes Haftungssubjekt allenfalls für ganz bestimmte Systeme möglich, wenn ähnlich wie bei Kraftfahrzeugen eine Registrierung und Pflichtversicherung geleistet werden kann. All dies setzt aber zumindest voraus, dass noch ein abgrenzbares System bestimmt werden kann. Bei Infrastrukturrobotik könnte dies schwierig werden.

Insgesamt überwiegt der Aufwand, so dass die Einführung einer ePerson gegenüber der Schaffung einer Gefährdungshaftung oder einer haftungsersetzenden Versicherung keine Vorteile bietet.

Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 27, 53 ff.; *ders.* in Faust/Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, 2019, S. 1; *Borges* NJW 2018, 977 (979); *Schirmer* RW 2018, 453 (473); *Hey*, Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr, 2019, S. 202 ff., 208 f.

²⁴⁹ *Wagner* in Faust/Schäfer (Hrsg.), *Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz*, 2019, S. 1, 32.

²⁵⁰ *Wagner* 88 *Fordham L. Rev.* 591 (2019), 608.

C. Schaffung von Gefährdungshaftungsregelungen für besondere digitale Systeme

Eine Gefährdungshaftung für bestimmte digitale autonome Systeme würde Robotik-, Autonomie- und Vernetzungsrisiken vollständig dem Haftpflichtigen zuweisen. Zu beweisen wäre nur noch die Verursachung durch ein bestimmtes System. In der Literatur finden sich zahlreiche Vorschläge für eine Hersteller-²⁵¹ oder Anwenderhaftung²⁵² ohne Verschuldenserfordernis. Auch das Europäische Parlament hält eine verschuldensunabhängige Haftung für prüfungswert.²⁵³

Die Einführung einer Gefährdungshaftung empfiehlt sich für besondere Gefahren, die sich durch hohe Eintrittswahrscheinlichkeit, hohen potentiellen Schaden oder schlechte Abschätzbarkeit auszeichnen.²⁵⁴ Bei lernfähigen und vernetzten Systemen könnte einerseits die zunehmende Verbreitung das Risiko aufgrund der Eintrittswahrscheinlichkeit, aber auch aufgrund des potentiellen Schadens in bestimmten Bereichen erhöhen, andererseits handelt es sich um ein neuartiges Risiko, dessen Abschätzung noch schwerfällt (vergleichbar der Gentechnik in den frühen 1990er-Jahren).

Neben der Einführung durch Gesetzgebung wäre auch die Verwirklichung durch eine Gesamtanalogie zu bestehenden Technikhaf-

²⁵¹ Vorschläge in der Literatur für eine Gefährdungshaftung der Hersteller: *Eidenmüller*, *The Rise of the Robots and the Law of the Humans*, SSRN Nr. 2941001, S. 8 ff. (mit besonderem Fokus auf das Verhältnis von Fahrzeughersteller und Herstellern von Fahrzeugteilen); *Lohmann* EJRR 2/2016, 335 (337); vgl. *Hanisch* in Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, S. 27, 54 ff.; *Zech*, in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 200; *Hey*, *Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr*, 2019, S. 231 ff.; *Spindler* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 125, 136 ff.

²⁵² Für eine Gefährdungshaftung der Anwender/Nutzer/Betreiber autonomer Systeme *Christaller ua*, *Robotik*, 2001, S. 154 ff.; *Schulz*, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015, S. 364 ff. (für eine Haftung der „Halter“); *Gless/Janal* JR 2016, 561 (574); *Horner/Kaulartz* CR 2016, 7 (13 f.); *Schirmer* JZ 2016, 660 (665 f.); *ders.* RW 2018, 453 (473); *Riehm/Meier* in DGRI Jahrbuch 2018 (erscheint demnächst), S. 11. Vgl. *Günther*, *Roboter und rechtliche Verantwortung*, 2016, S. 237 ff.; *Zech* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 201 f.

²⁵³ Europäisches Parlament, Entschließung vom 16. Februar 2017 (Fn. 71), Rn. 49 ff. (53): „eingehende Bewertung durch die Kommission [...], die festlegt, ob der Ansatz der verschuldensunabhängigen Haftung oder der Risikomanagementansatz angewendet werden sollte“. Dazu *Lohmann*, ZRP 2017, 168 (169 f.).

²⁵⁴ *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 29; *ders.* JZ 2019, 21 (25).

tungen möglich.²⁵⁵ Allerdings ist die Analogiefähigkeit von Gefährdungshaftungsregelungen in der Rechtsprechung noch nicht anerkannt.²⁵⁶ Im Folgenden sollen mögliche Eckpunkte einer Gefährdungshaftung unabhängig von deren formaler Umsetzung dargestellt werden.

I. Eingrenzung der erfassten Gefahrenquellen und der geschützten Rechtsgüter: Schädigung durch digitale autonome Systeme (KI-Unfall)

Die wichtigste Herausforderung einer neu zu schaffenden Gefährdungshaftung liegt darin, die spezifische Gefahr hinreichend genau zu definieren.²⁵⁷ Hier ist an den Einsatz lernfähiger und/oder vernetzter digitaler Systeme zur unmittelbaren Steuerung von Hardware zu denken. Die Haftungsregelung könnte auch sektorspezifisch erfolgen und so besser handhabbar gemacht werden.

1. Robotik, Lernfähigkeit, Vernetzung

Bei der Auswahl der erfassten Gefahrenquellen ist vor allem das Risikopotential zu berücksichtigen, gegebenenfalls auch Selbstschutzmöglichkeiten. Nützlichkeit spricht nicht gegen eine Gefährdungshaftung, nur dafür, die riskanten Tätigkeiten im Umgang mit der Gefahrenquelle nicht zu verbieten.

Wie in Teil 1 unter F.I dargestellt ergeben sich besondere Risiken durch die Robotik, die mit Lernfähigkeit und/oder Vernetzung verbunden ist. Daher empfiehlt sich eine Gefährdungshaftung für lernfähige oder vernetzte digitale Systeme, die unmittelbar Hardware steuern.

2. Sektorspezifische Regelungen

Sektorspezifische Regelungen ermöglichen die Berücksichtigung unterschiedlicher Risiken und Chancen in verschiedenen Bereichen und erlauben so eine präzisere Risikoabschätzung durch den Gesetzgeber. Auch können sektorspezifische Regelungen konkreter formuliert werden. Wegen ihrer einfacheren Realisierbarkeit empfeh-

²⁵⁵ *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, S. 208f.; *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 32; vgl. *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (191 f.), der sich stattdessen für die digitale Assistenzhaftung ausspricht. Für eine solche Analogie bereits *Deutsch* VersR 1971, 1 (3); *ders.* Jura 1983, 618. Zu einer Technikhaftung *Salje* in Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2011, S. 109, 148; *Zech* in Jahrbuch SGHVR 2016, S. 17, 33 f.

²⁵⁶ Zu der Diskussion um Analogiefähigkeit und Einführung einer Generalklausel *Ogorek*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975, S. 137 ff.

²⁵⁷ *Horner/Kaulartz* CR 2016, 7 (14).

len sich daher, sofern eine allgemeine Gefährdungshaftung nicht gewollt ist, sektorspezifische Regelungen.²⁵⁸

Die erfasste Gefahrenquelle wäre dann ein digitales autonomes System, das jeweils einem bestimmten Sektor zuzuordnen ist und kein rein virtuelles System darstellt.

3. Kausalitätsnachweis, Vermutungsregeln

Die zurechenbare Verursachung einer Rechtsgutsverletzung durch ein digitales System nachzuweisen, dürfte bei physischen Systemen leichter fallen als bei virtuellen.

Probleme bereitet allerdings die Vernetzung, wenn man für die Schädigung durch ein System auch Datenübertragungen an andere Systeme erfassen will. Hier könnte eine Vermutungsregel nach dem Vorbild der §§ 6f. UmweltHG helfen.²⁵⁹ Allerdings zeigen diese auch die Schwierigkeiten einer angemessenen Risikoverteilung durch Haftungsregelungen, wenn viele mögliche Verursacher beteiligt sind. Beschränkt man sich auf Schäden bzw. Rechtsgutsverletzungen, die unmittelbar durch Hardwaresteuerung verursacht werden, würden Schädigungen „über das Netz“ ohnehin nicht erfasst.

4. Geschützte Rechtsgüter

Wie bei den meisten Gefährdungshaftungsregelungen empfiehlt sich eine Einschränkung der geschützten Rechtsgüter auf körperliche Integrität und Eigentum. Eine Gefährdungshaftung für unkörperliche Rechtsgüter oder reine Vermögensschäden wäre nur schwer zu begrenzen. Da die vorgeschlagene Haftung in erster Linie physische bzw. physikalische Schädigungen erfassen soll, ergibt sich eine entsprechende Einschränkung der geschützten Rechtsgüter unproblematisch.

II. Kreis der Verantwortlichen: Hersteller und professionelle Betreiber

Wie gezeigt sprechen Programmierung und Training seitens des Herstellers wegen der Risikobeherrschung durch den Hersteller für

²⁵⁸ Für sektorspezifische Regelungen *Meyer ZRP* 2018, 233 (238); *Günther, Roboter und rechtliche Verantwortung*, 2016, S. 241; *Borges* in *Lohsse/Schulze/Staudenmayer* (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 152. Ähnlich *Lohmann ZRP* 2017, 168 (169), die für Schaffung von „Roboter-kategorien“ plädiert. Anders dagegen *Schirmer RW* 2018, 453 (476), der für einen generellen Haftungsstatbestand für autonome Systeme plädiert, der die Nutzer bzw. Betreiber haften lässt.

²⁵⁹ *Zech ZfPW* 2019, 198 (218).

eine Herstellerhaftung. Insbesondere bei hoch- und vollautomatisierten Fahrzeugen scheint die Anreizstruktur der Herstellerhaftung besser geeignet als die der bestehenden Halterhaftung.²⁶⁰

Daneben treten aber auch Bediener mit besonderer Sachkenntnis als Risikobeherrscher auf, insbesondere wenn sie lernfähige Systeme auch trainieren. Typischerweise trifft dies nicht auf Verbraucher zu (die allenfalls die Anwendung unterlassen können). Bei professionellen Anwendern ist es etwas komplizierter: Kleine Unternehmer beherrschen häufig die Risiken digitaler Systeme genauso wenig wie Verbraucher. Auch die Möglichkeit, sich vertraglich abzusichern, wird nicht immer ausreichen, da ihre Marktmacht häufig derjenigen eines Verbrauchers gleicht (Bsp. Handwerker setzt Saugroboter ein etc.). Würde man direkt auf die besondere Sachkenntnis als haftungsbegründendes Merkmal abstellen, würde dies zu Fehlanreizen führen (besonders unkundige Unternehmer würden belohnt). Daher empfiehlt es sich, typisierend Betreiber, deren hauptsächlicher Unternehmensgegenstand der Betrieb digitaler Systeme ist, als Haftpflichtige aufzunehmen.

Folglich sollten Hersteller und professionelle Betreiber, deren hauptsächlicher Unternehmensgegenstand der Betrieb digitaler Systeme ist, als Verantwortliche bestimmt werden. Dass Hersteller auch zu Betreibern werden können (etwa beim Betrieb von Fahrzeugflotten)²⁶¹, wirkt sich dann nicht auf die Haftung aus.

Die Verantwortlichen, also Hersteller und professionelle Betreiber, haften als Gesamtschuldner, was sich bereits aus dem auch auf Gefährdungshaftungen anwendbaren § 840 Abs. 1 BGB ergibt. Der Ausgleich im Innenverhältnis richtet sich nach § 426 BGB. Die stärkere Risikobeherrschung der einen oder der anderen Partei kann durch Verkehrspflichten als Verschuldenshaftung abgebildet werden, die dann im Innenverhältnis greift (gegebenenfalls kommt auch eine vertragliche Haftung in Betracht) und bei der Beurteilung des Verteilungsmaßstabs berücksichtigt werden kann (§ 254 Abs. 1 BGB bestimmt insoweit ein anderes i.S.v. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nur soweit kein abweichender pflichtwidriger Verursachungsbeitrag nachgewiesen werden kann, kommt es im Innenverhältnis zu einer Verpflichtung zu gleichen Anteilen.

III. Haftung für spezifische Gefahren (Schutzzweck)

Spezifische Gefahren sind die Lernfähigkeit und Vernetzung digitaler Systeme, die zugleich einen unmittelbaren Bezug zur physi-

²⁶⁰ Wagner AcP 217 (2017), 707 (761 ff.).

²⁶¹ Gless/Janal JR 2016, 561 (562).

schen Welt aufweisen. Zudem kann nach Einsatzbereichen unterschieden werden, da die technikspezifische Gefahr je nach Einsatzbereich (etwa Verkehr, Medizin, Pflege etc.) unterschiedlich groß ist.

Die Verwirklichung der spezifischen Gefahr wird vermutet. Denkbar wäre eine Vermutungsregelung für die Gefahrverwirklichung nach dem Vorbild des § 34 GenTG. Wenn man aber die entsprechenden Systeme selbst (und nicht etwa die Lernfähigkeit oder die Vernetzung) zum Tatbestandsmerkmal macht, ergibt sich dies bereits aus dem Haftungstatbestand, ohne dass es einer besonderen Vermutungsregelung bedarf.

Damit besteht eine Haftung bei kausaler Verursachung, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass sich ein anderes Risiko verwirklicht hat.

IV. Haftungsausschluss und -minderung

1. Höhere Gewalt

Nach dem Vorbild zahlreicher bestehender Gefährdungshaftungen (§§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3 Nr. 3 HaftPflG, § 7 Abs. 2 StVG, § 4 UmweltHG, § 89 Abs. 2 Satz 3 WHG) empfiehlt sich ein Haftungsausschluss bei höherer Gewalt. Dies ergibt sich auch aus dem Schutzwirkgedanken.

2. Eingreifen Dritter, Missbrauch

Die missbräuchliche Verwendung digitaler Systeme durch Dritte kann sich gerade als Verwirklichung der Risiken von Lernfähigkeit und Vernetzung (die ja unter anderem aus der Erleichterung eines solchen Missbrauchs resultieren) erweisen. Es besteht daher keine Notwendigkeit für eine besondere Regelung.

Auch Fälle „entwendeter“, d.h. überhaupt erst dem Verkehr zugänglich gemachter Systeme (vgl. § 7 Abs. 3 StVG) dürften selten sein.

3. Bedienfehler, Mitverschulden

Sinnvoll erscheint dagegen ein Ausschluss, wenn der Verletzte beim Betrieb des digitalen autonomen Systems (vgl. § 8 Nr. 2 StVG) und dabei als Unternehmer mit besonderer Sachkenntnis tätig war (Parallele zur Bestimmung des Kreises der Haftpflichtigen).

Darüber hinaus wäre auch die übliche Minderung der Haftung bei Mitverschulden vorzusehen (vgl. § 4 HaftPflG, § 9 StVG, § 11 UmweltHG).

V. Umfang der Haftung

1. Ersatz von Nichtvermögensschäden

Ein Ersatz von Nichtvermögensschäden (§ 253 Abs. 1 BGB) könnte nach dem Vorbild des geänderten § 8 ProdHaftG vorgesehen werden.

2. Höchstbeträge (Höchstsummen)

Wichtig ist dagegen die Beschränkung der Haftung durch summenmäßige Höchstbeträge pro System bzw. „gleichen“ Systemen (§ 10 ProdHaftG, § 15 UmweltHG, § 33 GenTG). Zwar wird die Bestimmung eines einzelnen oder gleicher Systeme insbesondere bei lernfähigen Systemen praktische Schwierigkeiten aufwerfen. Die Beschränkung der Höchstbeträge ist aber notwendig, um die Versicherbarkeit zu gewährleisten.²⁶²

3. Kein Ausschluss der unbegrenzten Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Die unbegrenzte Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bleibt daneben anwendbar.

VI. Deckungsvorsorge

Da es sich um eine Haftung der Hersteller und unternehmerischen Betreiber bzw. Anwender handelt, erscheint eine Deckungsvorsorge entsprechend den Regelungen bei der Umwelt- oder Gentechnikhaftung (§ 19 UmweltHG, § 36 GenTG) sinnvoller als eine Pflichtversicherung wie bei Kraftfahrzeugen (§ 1 PflVG), die auf überwiegend nichtgewerbliche Halter bzw. aufs Massengeschäft zugeschnitten ist. Denkbar wäre aber auch eine solche Pflichtversicherung (third party insurance) mit Direktanspruch des Geschädigten gegen den Versicherer (vgl. § 115 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VVG).

VII. Konkurrenz mit bestehenden Haftungsregelungen, europarechtliche Zulässigkeit

Mit bestehenden Haftungsregelungen, insbesondere nach § 823 Abs. 1 BGB und Produkthaftung, sollte nach dem Vorbild anderer

²⁶² Spindler in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things, 2019, S. 125, 137.

Gefährdungshaftungen grundsätzlich einfache Konkurrenz bestehen. Im Verhältnis zur Haftung nach § 7 StVG erscheint dagegen Spezialität sinnvoll.

Wenn es sich bei der Haftung der Hersteller in der Sache um eine verschärfte Produkthaftung handelt, könnte die europarechtliche Zulässigkeit zweifelhaft sein. Die Produkthaftungsrichtlinie²⁶³ zielt nach der Rechtsprechung des EuGH auf eine Vollharmonisierung.²⁶⁴ Daher ist von der Unzulässigkeit einer nationalen Hersteller-Gefährdungshaftung auszugehen.²⁶⁵ Bei der vorgeschlagenen Haftung von Herstellern und professionellen Betreibern könnte man argumentieren, dass es sich nicht um eine Produkthaftung handelt, sondern um eine Haftung für besondere Risiken, die unter anderem auch den Produktpfad umfasst. Die Kompetenzbedenken sprechen aber dafür, eine entsprechende Haftungsregelung auf europäischer Ebene anzustreben.

VIII. Resultierende Anreizstruktur

Die vorgeschlagene Haftung schafft Anreize für die Risikominimierung durch diejenigen, die zumindest mittelbar Einfluss nehmen können. Sie delegiert auch als typische Technik-Gefährdungshaftung die Risikoabwägung an die Hersteller und professionellen Betreiber. Zwar mag dies unter Umständen die Einführung besonders riskanter digitaler Systeme verzögern. Sie setzt aber zugleich einen Anreiz zur Weiterentwicklung und fördert die gesellschaftliche Akzeptanz neuer Systeme.

²⁶³ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

²⁶⁴ EuGH, Urt. v. 25.4.2002 – C-183/00, C-52/00, C-154/00. Dazu *Riehm* EuZW 2010, 567 ff.

²⁶⁵ *Schaub* JZ 2017, 342 (345).

D. Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz

Allen bisher dargestellten Ansätzen ist gemeinsam, dass sie Haftungsregelungen vorschlagen, d.h. die Schadensverursachung durch den Anspruchsgegner notwendig voraussetzen. Selbst eine Gefährdungshaftung mit besonderen Beweislastregelungen könnte aber wegen der Vernetzung ins Leere laufen, wodurch Fehlanreize drohen.²⁶⁶ Dies gilt auch für unmittelbare Schadensversicherungen einzelner Systeme. Daher sollte als perspektivische Lösung eine gesetzliche Versicherung von „KI-Unfällen“ nach dem Vorbild der bestehenden gesetzlichen Unfallversicherung für Arbeitsunfälle ins Auge gefasst werden.²⁶⁷ Noch weiter gingen allgemeine soziale Unfallversicherungen, die sich aber nicht bewährt haben.²⁶⁸

I. Versicherung einzelner Systeme (Roboter)

Denkbar wäre die Verpflichtung zum Abschluss einer unmittelbaren Schadensversicherung (first party insurance) durch die Hersteller oder Betreiber einzelner Systeme.²⁶⁹ Auch das Europäische Parlament erwägt eine „Verpflichtung der Hersteller oder Eigentümer oder Benutzer [...], für jeden autonomen Roboter eine Versicherung

²⁶⁶ *Spindler* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 125, 140.

²⁶⁷ Dazu *Armbrüster* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 205, 221 ff.; *Janal* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 141, 157; *Schaub* JZ 2017, 342 (345); *Borges* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 159 ff.; *Hey*, *Die außervertragliche Haftung des Herstellers autonomer Fahrzeuge bei Unfällen im Straßenverkehr*, 2019, S. 209 ff.; *Zech* in Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 202; *ders.* ZfPW 2019, 198 (208 f., 216 f.). Zu Innovationsrisiken *Ann* in Seehafer ua (Hrsg.), *Risikoregulierung und Privatrecht*, 1994, S. 37, 55; *Wagner* ZEuP 2007, 1122 (1132 ff.). Zur Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, S. 3 f., 230 f. Vgl. *Hanisch* in Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, S. 27, 43; *Spiecker gen. Döbmann* CR 2016, 698 (704).

²⁶⁸ *Kötz/Wagner* *Deliktsrecht*, S. 232. Zur alten Diskussion um die „Bewältigung des Unfallproblems der modernen technisierten Welt“ durch haftungsersetzende Unfallversicherungen *von Caemmerer*, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, S. 5 ff.; *Kötz* AcP 170 (1970), 1 (12 ff.).

²⁶⁹ Dazu *Hubbard* 66 Fla.L.Rev. 1803 (2014), 1859 f., 1866 f.; *Schaub* JZ 2017, 342 (345). Vgl. *Gomille* JZ 2016, 76 (81 f.). Zu einer Versicherungslösung bei Smart Contracts *Blocher* in Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Smart Contracts*, 2019, S. 113, 132.

abzuschließen²⁷⁰ (wobei dies sowohl eine third party insurance als auch eine first party insurance bedeuten könnte).

Die Versicherung einzelner Roboter als Gefahrenquelle wird dadurch erleichtert, dass Roboter als Systeme gut zu bestimmen sind. Als Vorbild für eine entsprechende sektorspezifische Regelung kann der Automated and Electric Vehicles Act 2018 (UK) dienen, der einen haftungsunabhängigen Anspruch gegen den Versicherer eines selbstfahrenden Fahrzeugs vorsieht.²⁷¹

Die immer weiter zunehmende Vernetzung digitaler Systeme kann jedoch zu einer Situation führen, in der der Nachweis der Verursachung durch ein bestimmtes System nicht mehr möglich ist. Der Gedanke eine Infrastrukturrobotik²⁷² führt dies eindringlich vor Augen. Dieser Situation kann nur durch eine Fondslösung, d.h. eine Versicherung, die auf eine Differenzierung nach Verantwortlichkeit verzichtet, Rechnung getragen werden.²⁷³ Zwar kennen auch schadensquellenspezifische Versicherungssysteme ergänzende Fondslösungen (vgl. §§ 12ff. PflVG, ebenso auch der Vorschlag des Europäischen Parlaments²⁷⁴), diese dienen jedoch der Abdeckung von Ausnahmefällen.

Das entscheidende Problem besteht darin, dass durch die zunehmende Vernetzung weder dem Hersteller noch dem Bediener eine hinreichende Risikobeherrschung möglich ist. Dies ist gerade das Wesen des Vernetzungsrisikos, das durch Schutzmaßnahmen nur abgemildert werden kann. Dann ist es aber auch nicht mehr sinnvoll, das Risiko (sei es durch Gefährdungshaftung, sei es durch unmittelbare Versicherung) dem Hersteller oder Bediener eines bestimmten physischen Systems zuzuweisen, auch wenn dieses den Schaden unmittelbar verursacht hat. Vielmehr kann die flächendeckende Einführung lernfähiger und vernetzter Systeme als gesellschaftliche Aufgabe verstanden werden, die eine Vergemeinschaftung der damit verbundenen Risiken rechtfertigt.²⁷⁵

²⁷⁰ Europäisches Parlament, Entschließung vom 16. Februar 2017 (Fn. 71), Rn. 57. Genauere Ausgestaltung in Rn. 59. Vgl. *Borges* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 148 ff.

²⁷¹ Section 2 (1) Automated and Electric Vehicles Act 2018. Dazu *Pehm* IWRZ 2018, 259 (265); *Schubert* RAW 2019, 18 (21 f.); *Schulte-Nölke*, *Liability for Self-Driving Cars: Law, Ethics and Protection of the Car Industry* (erscheint demnächst). Vgl. *Lohmann* EJRR 2016, 335 (336, 339): first party insurance der Opfer von Verkehrsunfällen in Schweden als Vorbild.

²⁷² → Fn. 36.

²⁷³ Vgl. *Schaub* JZ 2017, 342 (346).

²⁷⁴ Europäisches Parlament, Entschließung vom 16. Februar 2017 (Fn. 71), Rn. 58.

²⁷⁵ Zur Bedeutung der Frage, ob die Einführung lernfähiger und vernetzter digitaler Systeme als gesellschaftliche Aufgabe gesehen wird, *Borges* in Lohsse/Schulze/Stau-

II. Ausgestaltung einer möglichen Unfallversicherung für digitale autonome Systeme (KI-Unfallversicherung)

Im Folgenden soll überblicksweise eine mögliche Unfallversicherung für digitale Systeme nach dem Vorbild der gesetzlichen Unfallversicherung zum Schadensausgleich bei Arbeitsunfällen (SGB VII) dargestellt werden.²⁷⁶

1. Versicherung von KI-Unfällen: Umfang des Versicherungsschutzes (personaler, sachlicher und modaler Schutzbereich)

Der Kreis der Versicherten einer gesetzlichen Unfallversicherung für digitale autonome Systeme würde jedermann erfassen.

Die erfassten Schäden bzw. Rechtsgüter müssten zur Gewährleistung der Finanzierbarkeit eingeschränkt werden auf Leib und Leben sowie Eigentum (insofern weiter als die gesetzliche Unfallversicherung nach SGB VII). Der Ersatz von Eigentumsschäden wäre hier funktional gerechtfertigt, wenn ein unzumutbares Sonderopfer der Geschädigten vorliegt.²⁷⁷

Besonders wichtig ist die Bestimmung des modalen Schutzbereichs, der parallel zu den Vorschlägen für eine besondere Gefährdungshaftung zu bestimmen ist. Der auszugleichende Schaden müsste sich als Realisierung der besonderen Risiken digitaler autonomer Systeme erweisen. Zu beweisen wäre also nur noch die Verursachung durch entsprechende Systeme der Art nach, nicht mehr durch ein konkretes versichertes System. Plakativ könnte man von „KI-Unfällen“ sprechen. Wie bei der gesetzlichen Unfallversicherung müsste der Einsatz von autonomen digitalen Systemen nicht alleinige Ursache, aber wesentliche Bedingung für den Schadenseintritt sein, wobei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen würde.²⁷⁸

denmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 160.

²⁷⁶ Darstellung in Anlehnung an die Darstellung des Schadensausgleichs bei Arbeitsunfällen *Kötz/Wagner Deliktsrecht*, S. 229 ff. Ein Vorschlag für ein System genossenschaftlicher Umwelthaftung (als ähnlich gelagertes Haftungsproblem) findet sich bei *Wagner*, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, 1990, S. 104 ff.

²⁷⁷ So zum Vorschlag eines genossenschaftlichen Umwelthaftungsrechts *Wagner*, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, 1990, S. 156 ff., 158.

²⁷⁸ Vgl. *Kötz/Wagner Deliktsrecht*, S. 234; *Wagner*, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, 1990, S. 142.

Denkbar wäre es auch, eine sektorspezifische Unfallversicherung für digitale autonome Systeme einzuführen. Bei Arbeitsunfällen greift bereits die bestehende Unfallversicherung nach SGB VII.

2. Versicherungsleistungen

Zu den Versicherungsleistungen würde nach dem Vorbild des Schadensausgleichs bei Arbeitsunfällen die Heilbehandlung zählen (Schmerzensgeld könnte hinzugenommen werden, um eine vollständige Befriedung zu erreichen). Der hinzukommende Ersatz von Eigentumsschäden wäre auf Geldzahlungen beschränkt.

Ein Mitverschulden des Geschädigten könnte wie bei der bestehenden gesetzlichen Unfallversicherung im Rahmen der Kausalitätsprüfung berücksichtigt werden (Gedanke der Gefahrverwirklichung).²⁷⁹

Mitwirkendes Drittverschulden oder die mitwirkende Verwirklichung anderer Risiken (etwa Betriebsgefahr herkömmlicher Fahrzeuge) wären im Rahmen von Regressansprüchen zu berücksichtigen. Auch kämen Teilungsvereinbarungen zwischen Versicherern in Betracht. Beim Zusammenstoß eines selbstfahrenden Fahrzeugs mit einem herkömmlichen Auto käme es damit zu einer Schadensteilung, wie sie auch beim Zusammenstoß zweier herkömmlicher Fahrzeuge vorgenommen wird.

3. Trägerschaft

Die Bestimmung der Trägerschaft wäre eine genuin politische Aufgabe. Vergleichbar den Berufsgenossenschaften könnten selbstverwaltete Körperschaften des öffentlichen Rechts gegründet werden, die nach Industriesektoren gegliedert sind. Auch die bestehenden Berufsgenossenschaften könnten mit ihrer Expertise eingebunden werden. Schließlich wäre auch eine Einbindung der privaten Versicherungswirtschaft zu überlegen.

Ähnlich wie im Bereich der Arbeitssicherheit wäre es auch für den Bereich der Sicherheit digitaler Systeme sinnvoll, die Aufgabe der Unfallverhütung und die Trägerschaft der Unfallversicherung in eine Hand zu geben. Die Erzeugung von Wissen über die richtige Regulierung gehört zu den wichtigen Aufgaben, die von Versicherern übernommen werden können (neben den Instituten für technische Normung), die aber der ökonomischen Absicherung bedürfen.²⁸⁰

²⁷⁹ *Wagner*, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage, 1990, S. 134.

²⁸⁰ *Ben-Shabar/Logue* 111 Mich. L. Rev. 197 (2012), 230.

4. Finanzierung, Regressansprüche

Der Finanzierung einer gesetzlichen Unfallversicherung kommt wegen ihrer Steuerungswirkung zentrale Bedeutung zu. Die Beitragspflicht könnte wie bei der vorgeschlagenen Gefährdungshaftung für Hersteller und professionelle Betreiber digitaler autonomer Systeme vorgesehen werden. Alternativ wäre über eine Finanzierung nachzudenken, die nicht auf den abstrakten Kreis der Risikobeherrscher abstellt, sondern auf den Kreis derjenigen, die aus der Anwendung Nutzen ziehen. Dann wäre bei den professionellen Betreibern nicht nach dem Unternehmensgegenstand zu differenzieren und es wären sämtliche professionellen Betreiber heranzuziehen. Auch private Nutzer kämen dann als Beitragspflichtige in Betracht, was jedoch schwer umzusetzen und effektiver mittelbar durch eine Umlegung auf die Preise digitaler Systeme zu erreichen wäre.

Da die Steuerungswirkung von Haftungsregelungen entfällt, könnten Fehlanreize drohen.²⁸¹ Durch Regress (vgl. § 110 SGB VII) und Beitragsanpassung (vgl. § 157 ff. SGB VII) kann aber eine sinnvolle Anreizstruktur geschaffen werden.²⁸²

5. Haftungsprivileg

Der Vorteil einer gesetzlichen Unfallversicherung aus Sicht der Hersteller und Anwender wäre die Haftung ersetzung. Nach dem Vorbild der §§ 104 ff. SGB VII könnte deren Haftung gegenüber dem Geschädigten, außer in Fällen von Vorsatz, ausgeschlossen sein. Regelungszweck wäre dabei nicht die Wahrung des Betriebsfriedens, sondern die Förderung der Verbreitung digitaler Systeme.²⁸³

Die technikfördernde Wirkung könnte dadurch verstärkt werden, dass auch die nicht beitragspflichtigen privaten Anwender von der Haftung freigestellt werden. Die damit verbundene Umverteilung (Risikotragung durch Hersteller und professionelle Anwender) würde dem Effekt der dargestellten Gefährdungshaftung nahekommen.

²⁸¹ *Borges* in Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, S. 145, 162.

²⁸² Zur Verhinderung des moralischen Risikos bei der gesetzlichen Unfallversicherung vgl. *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, S. 239.

²⁸³ Bereiche digitaler Systeme, deren Förderung durch das Zivilrecht nicht auf der Hand liegt, wie etwa Waffensysteme, müssten ausgenommen und durch besondere Regelungen adressiert werden.

III. Gesellschaftliche Bedeutung und ökonomische Effekte

Eine haftungsersetzende Unfallversicherung würde nicht nur zur Technikförderung und zur Steigerung der Technikakzeptanz beitragen, sondern würde auch die dargestellten Beweisprobleme vermeiden. Soweit eine zurechenbare Schadensverursachung noch beweisbar sein sollte, werden die Rechtsstreitigkeiten auf die Ebene professioneller Akteure verlagert. Durch die entsprechenden Regressforderungen und die Ausgestaltung der Beiträge nach dem jeweiligen Risiko, das ein Beitragszahler verursacht,²⁸⁴ werden die notwendigen Anreize zur Senkung der Risiken gesetzt.

Dies gilt auch aus internationaler Perspektive, da durch eine Beitragspflicht für in- und ausländische Anbieter ein „level playing field“ geschaffen wird. Dass Hersteller den einheimischen Markt zur Vermeidung einer Beitragspflicht aufgeben, steht bei einer hinreichenden Größe des Marktes nicht zu erwarten. Dieser Aspekt spricht aber für eine Einführung auf europäischer statt auf nationaler Ebene.

Die Schaffung einer haftungsersetzenden Versicherung ist mit einem höheren organisatorischen Aufwand verbunden als die Einführung einer Gefährdungshaftung. Ihre Einführung erscheint aber auch erst in einer späteren Phase dringlich, die durch eine größere Durchdringung der Gesellschaft mit vernetzten autonomen digitalen Systemen gekennzeichnet ist.

²⁸⁴ Vgl. Problem der gefahrenen Kilometer bei Fahrzeugen, wo ebenfalls Fehlanreize durch Anpassung der Versicherungsprämie vermieden werden; *Wagner* AcP 217 (2017), 707 (764).

Thesen

1. Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung führen zu neuen Risiken beim Einsatz digitaler Systeme.
2. Das geltende Recht kann durch Verkehrspflichten und Beweislastregeln auf die Herausforderungen dieser technischen Entwicklungen reagieren.
3. Eine Beweislastumkehr für die Haftung von Betreibern digitaler Systeme, die sich durch Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung auszeichnen, lässt sich insbesondere mit einer Analogie zu § 831 Abs. 1 BGB und § 836 Abs. 1 BGB begründen.
4. Für die bestehende Haftung des Halters eines Kraftfahrzeugs nach § 7 StVG sollte klargestellt werden, dass sie auch für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge gilt.
5. Die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB sollte dahingehend ergänzt werden, dass bei einer Schädigung durch digitale Systeme, die sich durch Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung auszeichnen, eine Pflichtverletzung unabhängig vom Vorliegen eines Fehlers zu vermuten ist.
6. Die bestehende Produkthaftung nach ProdHaftG sollte nicht eingeschränkt werden.
7. Gegenüber einer digitalen Assistenzhaftung ist eine Gefährdungshaftung vorzugswürdig.
8. Eine ePerson sollte nicht eingeführt werden.
9. Für digitale Systeme, die sich durch Robotik, Lernfähigkeit und Vernetzung auszeichnen, sollte eine Gefährdungshaftung eingeführt werden.
10. Als Verantwortliche einer Gefährdungshaftung empfehlen sich Hersteller sowie professionelle Betreiber, deren Unternehmensgegenstand der Betrieb digitaler Systeme ist.
11. Hersteller und Betreiber sollten dabei als Gesamtschuldner haften.
12. Als Antwort auf eine zunehmende Vernetzung kommt auch die Einführung einer haftungsersetzenden gesetzlichen Unfallversicherung in Betracht (KI-Unfallversicherung).

Gutachten B
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

Altersvorsorge und Demographie – Herausforderungen und Regelungsbedarf

Gutachten B

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

ehem. Inhaber des Lehrstuhls für Sozialrecht
der Universität Münster



Zitiervorschlag: 73. dJt I/B [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 74633 8

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen

(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhaltsverzeichnis

I. Situation und Problematik der Altersvorsorge im derzeitigen Umfeld	B 9
1. Demographische Rahmendaten	B 13
2. Ökonomische Rahmendaten	B 15
3. Herausforderungen für die Altersvorsorge und Problembe- fund	B 17
a) Vermeidung von Altersarmut	B 18
b) Finanzierbarkeit der Vorsorge und der Sicherungssysteme	B 23
c) Erfassung von Personenkreisen	B 23
d) Erweiterung der Finanzierungsbasis	B 26
4. Das deutsche Mehrsäulensystem	B 27
5. Überblick über bisherige Reformschritte und -modelle	B 29
a) Reformschritte	B 29
b) Reformmodelle und -konzepte	B 35
aa) Sichtweise der Gewerkschaften	B 35
bb) Riester-Versorgung	B 36
(1) Deutschland-Rente	B 36
(2) Vorsorgekonto	B 37
(3) Zwischenergebnis	B 38
cc) Bürgerfonds und vergleichbare Ansätze	B 38
dd) Resümee	B 39
ee) Betriebliche Altersversorgung	B 40
6. Diskussionen und Modelle im Ausland	B 40
a) Österreich	B 40
b) Schweden	B 42
c) Schweiz	B 43
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen	B 45
1. Kompetenzvorschriften für Reformen	B 45
a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG	B 45
b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge)	B 47
c) Zwischenfazit	B 48
2. Grundrechte	B 48
a) Art. 3 GG insbesondere hinsichtlich Beitrag und Leis- tung	B 48
b) Art. 14 GG zum Eigentumsschutz bei veränderten recht- lichen Rahmenbedingungen	B 50
3. Sonstige verfassungsrechtliche Fragestellungen	B 52
a) Reichweite und Grenzen der Zuschussgewährung aus Art. 120 GG	B 53

b) Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben über Beitragsmittel	B 53
4. Grundsätzliche Schlussfolgerungen für mögliche Regelungen	B 56
III. Gesetzliche Rentenversicherung	B 56
1. Ausweitung des erfassten Personenkreises?	B 56
a) Stichwort Erwerbstätigenversicherung	B 56
aa) Derzeitiger Rechtszustand	B 56
bb) Argumente zur Erfassung weiterer Personenkreise	B 56
cc) Zu erfassender Personenkreis	B 58
dd) Finanzierung	B 59
ee) Befreiung	B 61
ff) Zeitpunkt der Erfassung	B 62
gg) Umsetzung der Erfassung	B 63
b) Herausforderungen der Digitalisierung	B 64
c) Abgrenzung zu anderen öffentlichen Alterssicherungssystemen und deren Weitergeltung	B 66
aa) Berufsständische Versorgung	B 66
bb) Beamtenversorgung	B 68
(1) Einbeziehung von Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung	B 68
(2) Probleme bei der Nachversicherung	B 70
2. Probleme unzureichender Absicherung	B 73
a) Mögliche Ursachen	B 73
b) Funktion und Möglichkeiten der Rentenversicherung	B 74
c) Reform durch gewichtete Rentenformel	B 76
3. Frage der Lebensarbeitszeit	B 77
a) Anpassungen des Rentenalters	B 78
b) Abfederung durch Teilrente	B 79
4. Zusammenfassung und Zwischenfazit	B 83
IV. Funktionswandel der Zusatzversorgungssysteme	B 84
1. Das Riester-System	B 84
2. Die betriebliche Altersversorgung	B 86
a) Problembefund	B 87
b) Neuere Lösungsansätze	B 88
c) Bewertung bisheriger Lösungsansätze	B 89
aa) Verbesserungen bei Riester?	B 90
bb) Deutschland-Rente	B 91
V. Neukonzeption der Zusatzversorgung	B 93
1. Funktion der betrieblichen Altersversorgung	B 93
2. Verbreitung der Systeme	B 94
3. Fragestellung bei Einführung von obligatorischen oder halbobligatorischen Systemen	B 94
4. Sozialversicherungsrechtlicher Ansatz	B 96

Inhaltsverzeichnis

B 7

5. Einbeziehung von Beamten?	B 97
6. Arbeitsrechtliche Anknüpfung	B 97
7. Privatversicherungsrechtliche Anknüpfung	B 98
8. Die Entscheidung zwischen einem Obligatorium und Opting-Out-Systemen	B 99
a) Ausgestaltung eines Obligatoriums	B 100
b) Ausgestaltung eines Opting-Out-Systems	B 100
9. Zeitpunkt der Erfassung	B 100
10. Fragen der Ausgestaltung der zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge	B 101
11. Abzudeckende Versorgungsfälle	B 103
12. Befreiungsmöglichkeiten beim Obligatorium	B 103
13. Organisation und Ausgestaltung von Versorgungseinrichtungen	B 106
14. Beibehaltung der staatlichen Förderung	B 110
15. Verfassungsrechtliche Umsetzbarkeit	B 111
Thesen	B 112

I. Situation und Problematik der Altersvorsorge im derzeitigen Umfeld

Die Altersvorsorge ist seit einiger Zeit in den Fokus der öffentlichen Diskussion geraten. Dies ist ein Zeichen dafür, dass die Probleme, die sich um die Altersvorsorge herum ergeben, drängender geworden sind und auch Eingang in das öffentliche Bewusstsein gefunden haben, was lange Zeit nicht in diesem Maße der Fall war.

In der öffentlichen Diskussion finden sich nun Themen wie Altersarmut, Anerkennung der Lebensleistung, Erwerbstätigkeit im Alter, Grundrente, Rentenniveau, Haltelinie sowie – umfassender – bedingungsloses Grundeinkommen. Grund dafür ist die wachsende Erkenntnis, dass die Systeme der Altersvorsorge vor sich verstärkenden Schwierigkeiten stehen, für eine – wie auch immer zu definierende – ausreichende Altersvorsorge zu sorgen¹. Vor diesem Hintergrund macht deshalb eine Vielzahl von Vorschlägen die Runde² und der Gesetzgeber wird aktiv.

Das Kernproblem, das zur heutigen Situation geführt hat, ist eigentlich seit langem bekannt. Verschiedene Entwicklungen haben dazu geführt, dass das Umlageverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung an seine Grenzen kommt³. Es setzt voraus, dass den Leistungsbeziehern in ausreichender Zahl Beitragszahler gegenüberstehen. Die demographische Entwicklung führt nun dazu, dass die Zahl der Rentenbezieher in den nächsten Jahren deutlich steigt. Hinzu kommt eine gestiegene Lebenserwartung sowie lange Ausbildungsphasen ohne Erwerbseinkommen. Zudem besteht nach wie vor der Wunsch, möglichst frühzeitig in Rente zu gehen⁴. Schließlich ist dar-

¹ Zur Situation vgl. *Czaplicki/Frommert/Zanker*, Die Studie „Lebensverläufe und Altersvorsorge“ (LeA) im Überblick, DRV 2019, 25 ff.

² S. etwa *Hagist/Bührer*, Reformfelder der Alterssicherung – Überlegungen zu gesellschaftlicher Akzeptanz, fiskalischer Nachhaltigkeit und Altersarmut, Gutachten für die Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft, September 2016 (auch zu Übergang und zu Altersgrenze); *Hessisches Ministerium der Finanzen*, Deutschland-Rente, Konzeptpapier, Wiesbaden 2017; *Fuest/Hainz/Meier/Werding*, Das Konzept eines deutschen Bürgerfonds, ifo-Studie, München 2019; *Werding*, Alterssicherung, Arbeitsmarktdynamik und neue Reformen: Wie das Rentensystem stabilisiert werden kann, Gütersloh 2013; zur Bewertung von Reformmodellen siehe *Ehrentraut/Moog*, Zukunft der gesetzlichen Rentenversicherung – Möglichkeiten und Grenzen ausgewählter Reformvorschläge, Düsseldorf 2017.

³ S. dazu auch *Brumm/Langelüddecke/Zanker*, Der Generationenvertrag – ein Plädoyer für eine differenzierte Betrachtungsweise, DRV 2018, 209 ff.; *Rüb*, Entwicklungstendenzen des Rentenrechts in der ökonomischen Krise, KJ 1988, 377 ff.

⁴ *Hasselhorn*, lidA – Idee, Studie, Ergebnisse eine Kohortenstudie zu Arbeit, Alter, Gesundheit und Erwerbsteilhabe bei älteren Erwerbstätigen in Deutschland, Broschüre Februar 2019.

auf hinzuweisen, dass das Altersvermögensgesetz von 2001 eine dämpfende Wirkung auf den Rentenanstieg und damit das Rentenniveau hatte. All dies und noch andere Aspekte haben zu einem sinkenden Rentenniveau geführt. Hinzu kommt, dass sich die Tendenz zu atypischen Beschäftigungsverhältnissen und unterbrochenen Erwerbsverläufen in jüngerer Zeit eher verstärkt hat⁵. Dies führt angesichts geringerer Anwartschaften ebenfalls zu niedrigeren Leistungen.

Die zweite Säule in Gestalt der betrieblichen Altersversorgung befindet sich zwar in der Phase eines gewissen Aufschwungs; sie ist aber nicht in der Lage, die Situation der gesetzlichen Rentenversicherung umfassend auszugleichen, was auch damit zusammenhängt, dass sie nur einen nach wie vor begrenzten Personenkreis erfasst. Jüngere Versuche, dies zu ändern, haben bisher noch nicht zum Erfolg geführt. Die betriebliche Altersversorgung ebenso wie die dritte Säule leiden derzeit unter der Null-Zins-Politik der Europäischen Zentralbank, die die Kalkulation verändert und die Finanzierung erheblich erschwert. Dadurch sind auch bisher geläufige Formen der Altersvorsorge in eine Krise geraten.

Die ersetzende zusätzliche Altersversorgung nach dem Riester-Modell hat die ursprünglichen Erwartungen nicht erfüllt und hat nicht den Beitrag geleistet, der von ihr als neue ersetzende Form der Altersvorsorge erwartet wurde. Die Neuabschlüsse stagnieren und die offiziellen Zahlen geben nicht wirklich die tatsächliche Vorsorge wieder. So werden offenbar viele Verträge nicht oder nur mit geringen Beträgen bespart⁶.

Die OECD hat Ende 2019 in ihrer Studie „Renten auf einen Blick 2019“ ein schlechtes Zeugnis ausgestellt. Das Rentenniveau in Deutschland ist danach deutlich geringer als in vielen OECD-Staaten, die Geringverdiener bekommen vergleichsweise weniger Rente und die Absicherung von Selbständigen im Alter ist lückenhaft⁷. Das Land, das sich immer eines vorbildlichen Alterssicherungssystems gerühmt hat, landet auf den hinteren Rängen!

Insgesamt zeigt sich die Altersvorsorge in Deutschland in einer Situation, in der in der Öffentlichkeit die Frage nach einer Zukunftsfähigkeit des derzeitigen Systems gestellt wird. Vor dem Hintergrund der demographischen Herausforderungen und der Verände-

⁵ S. dazu detailliert *Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald*, Die rentenpolitische Agenda 2030, 2. Aufl. Berlin 2018, S. 19ff.

⁶ S. dazu BT-Drs. 19/1207, 2ff.; siehe auch *Börsch-Supan/Bucher-Koenen/Goll/Maier*, 15 Jahre Riester – eine Bilanz – Expertise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, München 2016.

⁷ Pensions at a Glance 2019: OECD and G20 Indicators, OECD Publishing, Paris 2019.

rung der Struktur der Erwerbstätigkeit und angesichts der erheblichen finanziellen Dimensionen des deutschen Systems der Alterssicherung bedarf es einer grundlegenden Analyse des Systems in seiner derzeitigen Ausgestaltung und einer Neujustierung, da wohl Einigkeit darin besteht, dass den Herausforderung der Demographie und weiterer Faktoren mit einem unverändert bestehenden System nicht begegnet werden kann.

Eine derartige Umgestaltung steht auch vor rechtlichen Herausforderungen, die sich aus der Verfassung ergeben können, die einzelnen Gestaltungen Grenzen setzen kann bzw. Anforderungen für die Ausgestaltung aufstellt. Bei der Umsetzung im einfachen Recht kommt es auf die Einzelausgestaltung an.

Das alles hat dazu geführt, dass zum einen grundsätzliche Überlegungen zum System der Alterssicherung angestellt werden, die das System der gesetzlichen Rentenversicherung als solches auf den Prüfstand stellen und zum anderen Korrekturen diskutiert werden, die die Auswirkungen dieser Entwicklungen aufzufangen versuchen. Es zeigt sich sehr schnell, dass eine radikale Umstellung des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung nicht weiterführt und ein Kurieren an Symptomen zu Widersprüchlichkeiten und systematischen Brüchen im System führt.

Dieses Gutachten hat sich zum Ziel gesetzt, die derzeitige Situation und Diskussion aufzuarbeiten und zu analysieren und auf dieser Basis Vorschläge zur Neugestaltung der Altersvorsorge zu machen, die das System dauerhaft stabilisieren und für die Herausforderungen der Demographie wappnen. Dabei sollte es ein zentrales Anliegen sein, das System der Altersvorsorge langfristig zu stabilisieren und kurzfristige Maßnahmen zu unterlassen. Bei allem ist auch auf eine Generationengerechtigkeit⁸ zu achten, was bedeutet, dass Maßnahmen zugunsten der älteren Bevölkerung nicht ungleichgewichtig zu Lasten der jüngeren Generation gehen dürfen. Es dürfen also nicht die finanziellen Konsequenzen in die Zukunft verschoben werden. Vielmehr ist hier ein ausgewogenes Verhältnis herzustellen⁹.

Es sind derzeit zahlreiche Vorschläge zur Reform der Altersvorsorge im Umlauf und die Rentenkommission „Verlässlicher Generationenvertrag“¹⁰ wird bis Frühjahr 2020 ihre Vorschläge vorlegen.

⁸ S. dazu auch *Loose*, Die Gerechtigkeitsfrage in der gesetzlichen Rentenversicherung. Konturen der „Legitimationskrise“, Zeitschrift für Sozialreform 2001, 255 ff.

⁹ S. dazu auch *Papier*, Nachhaltigkeit als Verfassungsprinzip, Gutachten erstattet im Auftrag der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft, Mai 2019, S. 10.

¹⁰ Zum Generationenvertrag allgemein siehe *Brumm/Langenlütke/Zanker*, Der Generationenvertrag – ein Plädoyer für eine differenzierte Betrachtungsweise, DRV 2018, 209 ff.

Diese Rentenkommission soll „sich mit den Herausforderungen der nachhaltigen Sicherung und Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung und der beiden weiteren Rentensäulen ab dem Jahr 2025 befassen ... Sie soll eine Empfehlung für einen verlässlichen Generationenvertrag vorlegen Die Rentenkommission soll die Stellschrauben der Rentenversicherung in ein langfristiges Gleichgewicht bringen sowie einen Vorschlag unterbreiten, welche Mindestrücklage erforderlich ist, um die ganzjährige Liquidität der gesetzlichen Rentenversicherung zu sichern.“¹¹

Der Rentenkommission ist die sog. doppelte Haltelinie bis 2025 vorgegeben, wenn es im Koalitionsvertrag heißt: *„Für die Sicherung des Niveaus bei 48 Prozent werden wir in 2018 die Rentenformel ändern und parallel dazu eine Rentenkommission ‚Verlässlicher Generationenvertrag‘ einrichten, die sich mit den Herausforderungen der nachhaltigen Sicherung und Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung und der beiden weiteren Rentensäulen ab dem Jahr 2025 befassen wird. Sie soll eine Empfehlung für einen verlässlichen Generationenvertrag vorlegen. Dabei streben wir eine doppelte Haltelinie an, die Beiträge und Niveau langfristig absichert.“*¹²

Diese doppelte Haltelinie ist bereits im RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz vom 28.11.2018¹³ für die Zeit bis 2025 umgesetzt worden. Dies geschieht beim Rentenniveau dadurch, dass die Rentenanpassungsformel bis zum Jahr 2025 um eine Niveauschutzklausel ergänzt wird. Im Rahmen der Rentenanpassung wird dann durch Bestimmung des aktuellen Rentenwerts sichergestellt, dass die Grenze nicht unterschritten wird. Ergibt sich nach der Anpassungsformel ein aktueller Rentenwert, mit dem ein Sicherungswert vor Steuern von 48 % unterschritten würde, so wird der aktuelle Rentenwert so festgelegt, dass mindestens das Sicherungsniveau von 48 % erreicht wird¹⁴. Diese Maßnahme bindet die Rentenkommission nicht unmittelbar, da sie sich auf den Zeitraum bis 2025 beschränkt; dies wirkt aber praktisch gleichwohl als Vorgabe¹⁵.

Dieses Gutachten soll neben dem zu erwartenden Bericht der Rentenkommission dazu beitragen, die Diskussion zu versachlichen

¹¹ Koalitionsvertrag 2018 S. 14 f., 91.

¹² Koalitionsvertrag Kapitel VII „Soziale Sicherheit gerecht und verlässlich gestalten“, S. 92, Zeile 4237–4248; dazu inzwischen Bericht der Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, Band I – Empfehlungen, Berlin 2020.

¹³ Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung, BGBl. I 2016.

¹⁴ S. näher *Dünn/Steckmann*, das RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz, DRV 2019, 281 ff. (286).

¹⁵ *Börsch-Supan/Rausch*, Die Kosten der doppelten Haltelinie, MEA Discussion Papers 03–2018.

und umsetzbare Vorschläge für eine langfristige Sicherung des Systems machen. Dabei kann dieses Gutachten grundsätzlicher und frei von politischen Vorgaben vorgehen und sollte so die öffentliche Diskussion beeinflussen.

Dieses Gutachten erfasst alle Bereiche der Altersvorsorge – also sowohl die gesetzliche Rentenversicherung als auch die betriebliche Altersversorgung als auch private Zusatzversicherungen und insbesondere auch die zwischen erster und zweiter Säule anzusiedelnde Riester-Versorgung. Altersvorsorge kann nur in der Kombination der verschiedenen Schichten bzw. Säulen verstanden werden. Es ist davon auszugehen, dass die gesetzliche Rentenversicherung bereits jetzt und erst recht in der Zukunft allein nicht in der Lage ist, ein angemessenes Alterseinkommen sicherzustellen und zusätzliche Quellen gegeben sein müssen.

1. Demographische Rahmendaten

Die überwiegende Auffassung in der (Wirtschafts-)Wissenschaft geht dahin, dass der Altersquotient¹⁶ in der absehbaren Zukunft erheblich steigen wird. So prognostizieren *Börsch-Supan* und *Rausch*¹⁷ einen Anstieg von 0,32 in 2016 auf 0,39 in 2025, 0,50 in 2035 und 0,55 in 2060. Für *Werdning*¹⁸ führt dies unter Annahme der Fortgeltung des derzeitigen Rentenrechts zu einem Rückgang des Standard-Rentenniveaus auf 47,1% bis 2030, auf 42,0% bis 2060 und auf 41,3% bis 2080. Zugleich würde der Beitragssatz bis 2030 auf 20,5%, bis 2060 auf 24,0% und bis 2080 auf 24,3% steigen.

Eine andere Sichtweise wird von *Türk ua* vertreten¹⁹. Sie gehen von anderen demographischen Annahmen der Europäischen Kommission aus und basieren ihre Sichtweise auf einer optimistischen Entwicklung der Beschäftigungssituation. Auch diese kritischen Stimmen können die demographischen Zahlen nicht leugnen. Ihre Sichtweise beruht vielmehr darauf, dass die Beschäftigungsentwicklung die beschriebenen nachteiligen Effekte noch zumindest teilweise kompensieren mag. Ob diese sich aber tatsächlich in dieser Hin-

¹⁶ Altersquotient = Anzahl der Menschen im Alter von 65 Jahren und älter geteilt durch die Anzahl der Menschen im Alter von 20 bis 64 Jahren).

¹⁷ *Börsch-Supan/Rausch*, Die Kosten der doppelten Haltelinie, MEA Discussion Paper 3–2018, S. 5f.

¹⁸ *Werdning*, Rentenfinanzierung im demographischen Wandel: Tragfähigkeitsprobleme und Handlungsoptionen, Arbeitspapier 05/2016 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung; siehe auch *ders.*, Alterssicherung, Arbeitsmarktdynamik und neue Reformen: Wie das Rentensystem stabilisiert werden kann, Gütersloh 2013.

¹⁹ *Türk/Blank/Logeay/Wöss/Zwiener*, Den demografischen Wandel bewältigen: Die Schlüsselrolle des Arbeitsmarktes. IMK Report 138 – April 2018.

sicht bewegen wird, ist im Vergleich zu den demographischen Fakten ungewiss.

Festzuhalten ist weiter, dass sich der Anteil der über 65-jährigen an der Gesamtbevölkerung von 2017 in Höhe von 21 % auf 29 % im Jahr 2030 und 34 % im Jahr 2060 erhöhen wird²⁰. Einen ähnlichen Befund weist die 14. Koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes aus²¹. Danach steigt die Zahl der Menschen ab 67 Jahren zwischen 1990 und 2018 um 54 % von 10,4 Millionen auf 15,9 Millionen. Es ist davon auszugehen, dass diese Zahl in den nächsten 20 Jahren um weitere 5 bis 6 Millionen auf mindestens 20,9 Millionen wachsen wird. Es ist danach auch nicht anzunehmen, dass die sich daraus ergebende Abnahme der Erwerbsbevölkerung durch Zuwanderungen (vollständig) ausgeglichen werden kann. So wird sich das Erwerbspersonenpotenzial ohne Nettozuwanderung bis 2035 um 9 Millionen verringern; auch bei einer dauerhaft hohen Nettozuwanderung von 311 000 Personen pro Jahr wird das Erwerbspersonenpotenzial um 4,4 Millionen abnehmen. Bei einer moderaten Nettozuwanderung von 221 000 Personen beläuft sich dies Zahl auf 5,4 Millionen und bei einer niedrigen Nettozuwanderung von 144 000 Personen auf 6 Millionen.

Es besteht also ein drängendes demographisches Problem, das das System der Alterssicherung vor die Herausforderung stellt, im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung mit einer zurückgehenden Beschäftigten- und damit Versichertenzahl eine steigende Zahl von Leistungsbeziehern und deren Leistungen zu finanzieren. Die zweite und die dritte Säule sowie in gewisser Weise die berufsständische Versorgung sind nicht in der gleichen Weise demographieabhängig aber auch nicht demographieresistent. Kapitalgedeckte Systeme sind von der Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft abhängig, die sich aus demographischen Gründen verschlechtern mag. Es wird damit auf die sog. Mackenrothsche These Bezug genommen, bei der der Satz, dass „aller Sozialaufwand immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden müsse“, so zutreffend ist, die Mackenrothsche These aber insofern zu weit geht, als sie aussagt, dass Kapitaldeckung und Umlageverfahren nicht wesentlich verschieden seien und es volkswirtschaftlich immer nur ein Umlageverfahren gäbe²².

²⁰ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/196598/umfrage/prognose-des-anteils-der-bevoelkerung-ab-65-jahren-in-deutschland/> (2.7.2019); siehe auch European Commission, The 2018 Ageing Report – Underlying Assumptions & Projection Methodologies, Institutional Paper 065 Brüssel 2017, S. 2f.

²¹ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung im Wandel, Annahmen und Ergebnisse der 14. Koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung, Wiesbaden 2019.

²² Rürup, „Mackenroths Theorem: Ein Zombie der Rentenpolitik, Handelsblatt Research Institute – Analysen, 2016, <https://research.handelsblatt.com/assets/>

Es kommt nach *Werdning*²³ dazu, dass die öffentlichen Finanzen, insbesondere die der sozialen Sicherungssysteme, bei Beibehaltung des geltenden Rechts in Schwierigkeiten geraten und das herkömmliche Sicherungsniveau nicht gehalten werden kann. Die demographischen Szenarien weisen bereits ab 2019/20 ungünstige Trends auf, die sich bis gegen 2030 zusehends verschärfen und auch danach nicht wieder umkehren werden. Weitere Reformen des gesetzlichen Rentensystems seien deshalb dringlich. Gefordert werde aktuell immer wieder eine Rückabwicklung bisheriger Reformen, mit denen das Rentenniveau langfristig gesenkt und die Regelaltersgrenze bis 2031 heraufgesetzt werde. Um das System langfristig tragfähig zu machen, sollten diese Reformen jedoch eher konsequent fortgesetzt werden, v.a. mit einer fortgesetzten Heraufsetzung des Rentenalters sowie Anstrengungen zu einer weiteren Verbreitung ergänzender, kapitalgedeckter Vorsorge. Erforderlich seien daneben aber auch Maßnahmen, um soziale Härten zu mildern, die sich auf diesem Reformpfad unweigerlich ergeben.

Unser Alterssicherungssystem muss also langfristig tragfähig gemacht werden und es muss nach Wegen gesucht werden, ein angemessenes Leistungsniveau der Gesamtheit der Komponenten der Alterssicherung sicherzustellen. Die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung wird schwieriger und das Leistungsniveau der gesetzlichen Rentenversicherung kann bei stabilen Beiträgen kaum dauerhaft gehalten werden. Der Anhebung von Beiträgen sind angesichts der bereits jetzt hohen Belastung durch Steuern und Sozialabgaben Grenzen gesetzt, wobei zu berücksichtigen ist, dass auch andere Sozialsysteme wie die Krankenversicherung und die Pflegeversicherung vor demographischen Herausforderungen stehen, die dort zu Kostensteigerungen führen dürften, die sich auch in den Beiträgen niederschlagen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Finanzierung von der jetzt erwerbstätigen Generation aufzubringen ist.

2. Ökonomische Rahmendaten

Dieses Gutachten soll Antworten für die zukünftige Ausgestaltung des deutschen Systems der Alterssicherung liefern und muss deshalb auch die derzeitigen ökonomischen Rahmendaten sowie deren weitere Entwicklung berücksichtigen.

uploads/AnalyseMackenrothTheorem.pdf (2.7.2019); s. auch *Schmäbl*, Über den Satz: „Aller Sozialaufwand muss immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden“, in *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 26. Jg. (1981), S. 141–171.

²³ *Werdning*, Demographischer Wandel, soziale Sicherung und öffentliche Finanzen: Langfristige Auswirkungen und aktuelle Herausforderungen, Gütersloh 2018.

Der Rückgang des Arbeitskräfteangebots führt zu Konsequenzen in der Wirtschaft. Hier ist aber anzunehmen, dass sich diese – zumindest zum Teil – auf die veränderten Rahmenbedingungen einstellen wird. Die Qualifikation des Erwerbspersonenpotenzials müsste und dürfte erhöht werden, um noch brachliegende Potenziale zu nutzen²⁴.

Es finden sich auch Projektionen für die Welt im Jahr 2050, für die angenommen wird, dass Deutschland in der Rangfolge der stärksten Volkswirtschaften deutlich zurückfallen wird²⁵. Der Prozess der Digitalisierung wird ebenfalls Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung und die Situation am Arbeitsmarkt haben.

Insgesamt ist zur Entwicklung der ökonomischen Rahmendaten aber festzustellen, dass eine wirtschaftliche Entwicklung bereits über einen mittelfristigen Zeitraum nur schwer vorhergesagt werden kann. Man mag allenfalls Mutmaßungen darüber anstellen, wie sich eine alternde Wirtschaft entwickeln mag. Der Ausgleich des abzusehenden Arbeitskräftemangels durch Zuwanderung lässt sich kaum verlässlich abschätzen.

Werding formuliert dies treffend dahin: „Die ungünstigen Perspektiven für die Entwicklung von Rentenniveau und Beitragssatz erweisen sich als äußerst robust gegenüber realistischen Variationen der Annahmen zu Geburtenziffer, Lebenserwartung und Netto-Wanderungen als den wichtigsten Bestimmungsfaktoren der künftigen demographischen Entwicklung“²⁶. Er zeigt auch auf, dass günstige Entwicklungen des Wachstums von Produktivität und Löhnen sowie der Arbeitslosigkeit für das Rentensystem nur schwache Wirkungen haben. Sie könnten die demographisch bestimmten Trends wenig beeinflussen und keinesfalls außer Kraft setzen. Die Beschäftigungsentwicklung könne durch stark steigende Sozialbeiträge sogar ihrerseits beeinträchtigt werden.

Die demographischen Rahmendaten erweisen sich also als weitgehend stabil gegenüber volkswirtschaftlichen Entwicklungen und Rentenpolitik kann nicht darauf aufbauen, dass günstige volkswirtschaftliche Entwicklungen das demographische Problem schon erledigen werden. Zumindest erscheint es nicht sinnvoll, einer verantwortlichen Sozialpolitik derartige Hoffnungswerte zugrunde zu legen.

Die Daten unterstützen die Annahme, dass ein Veränderungsbedarf besteht, um die Altersversorgung zu sichern und dafür zu sor-

²⁴ S. dazu Fuchs/Söhnlein/Weber, Projektion des Arbeitskräfteangebots bis 2050 – Rückgang und Alterung sind nicht mehr aufzuhalten, IAB-Kurzbericht 16/2011.

²⁵ PwC, The Long View – How will the global economic order change by 2050?, London 2017, S. 4.

²⁶ Werding, Alterssicherung, Arbeitsmarktdynamik und neue Reformen: Wie das Rentensystem stabilisiert werden kann, Gütersloh 2013, S. 8.

gen, dass sie auch weiterhin die mit ihr verfolgten Ziele sachgerecht erfüllen kann.

3. Herausforderungen für die Altersvorsorge und Problembefund

Die Rentenversicherung gerät mit ihrem Leistungsniveau in die Nähe der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, was die Akzeptanz des Rentenversicherungssystem und das Vertrauen in diese staatliche Alterssicherung gefährdet. Es untergräbt auch die Legitimation eines auf Beiträgen beruhenden Rentenversicherungssystem.

Deutschland ist gekennzeichnet durch ein gewachsenes System aus staatlicher Alterssicherung, betrieblicher Zusatzversorgung und privaten Formen zusätzlicher Alterssicherung; die Sicherung des Lebensstandards soll also durch eine Kombination dieser verschiedenen Formen der Alterssicherung hergestellt werden, wobei aber zu konstatieren ist, dass nicht jeder über diese Komponenten im Alter verfügt und nicht wenige derzeit allein auf die erste Säule angewiesen sind. Hier diese Lücke zu füllen, ist sicher eine der Haupt-Herausforderungen.

Dabei wird es um die Frage gehen, ob die bisherige Förderung der Zusatzversorgung arbeitsrechtlicher und auch steuerlicher Art ausreichend ist, ob etwa die Riester-Rente grundsätzlich zu überarbeiten ist und/oder neue Wege zur weiteren Verbreitung von Zusatzversorgungssystemen zu beschreiten sind.

Ziel muss es insgesamt sein, Altersarmut zu verhindern²⁷.

Der gesetzlichen Rentenversicherung sollte es gelingen, für eine Alterssicherung oberhalb des Grundsicherungsniveaus zu sorgen. Die derzeitigen Rahmenbedingungen haben aber auch die Bedeutung der anderen Elemente verändert, was zu einer veränderten Aufgabenzuweisung führen kann. Dazu muss gefragt werden, was die Zusatzversorgung leisten muss und kann und welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um dieser neuen Aufgabenstellung gerecht zu werden.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass die Alterssicherung, die Einkommensersatz bei Alter oder Invalidität sichern soll, eine Konsequenz aus der Erwerbsbiographie ist. Die Vermeidung von Alters-

²⁷ S. zu allem *Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald*, Die rentenpolitische Agenda 2030 – Die Zukunftsfähigkeit der gesetzlichen Alterssicherung vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Veränderungen, 2. Aufl. Berlin 2018; *Feld/Kallweit/Kohlmeier*, Maßnahmen zur Vermeidung von Altersarmut: Makroökonomische Folgen und Verteilungseffekte Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 13/10.

armut muss deshalb bei der Erwerbstätigkeit ansetzen und eben bei der Ausgestaltung der ökonomischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die sich im Bereich des Arbeitsmarkts sowie der Lohnentwicklung, der Bildung und Ausbildung sowie arbeits- und sozialrechtlichen Gestaltungen finden. Das System der Alterssicherung kann nicht das ausgleichen, was während des Erwerbslebens falsch gelaufen ist.

a) Vermeidung von Altersarmut

Ein allgemeines sozialpolitisches Ziel im Bereich der Alterssicherung ist die Vermeidung von Altersarmut²⁸, was durch eine ausreichende Alterssicherung über die gesetzliche Rentenversicherung, Zusatzversorgungssysteme sowie private Vorsorge erreicht werden kann. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Hauptziel dieser Systeme nicht die Vermeidung von Altersarmut ist, sondern die Gewährung einer den Beiträgen und sonstigen Aufwendungen entsprechenden Altersversorgung.

Die gesetzliche Rentenversicherung hat grundsätzlich die Aufgabe, Leistungen gemäß den eingezahlten Beiträgen zur Verfügung zu stellen (Äquivalenzprinzip), so dass sich die Frage der Altersarmut hier dann ergibt, wenn mit den eingezahlten Beiträgen die Armutsschwelle nicht erreicht wird.

Allerdings kann Maßstab dafür nur ein erfülltes Erwerbsleben sein, nicht aber etwa längere Teilzeittätigkeiten oder nur kurzzeitige Beschäftigungen während des Erwerbslebens. Für ein erfülltes Erwerbsleben wird in der politischen Diskussion zumeist ein Zeitraum von 35 Jahren angesetzt. Ein 35-jähriges Erwerbsleben in Teilzeit kann wohl nicht als erfülltes Erwerbsleben angesehen werden und ob 35 Jahre angesichts der Zeitspanne zwischen dem durchschnittlichen Eintritt in das Berufsleben und dem Renteneintritt als „erfülltes Erwerbsleben“ reichen, darf hinterfragt werden.

Hinter der gesetzlichen Rentenversicherung steht der Gedanke einer durch Erwerbstätigkeit erworbenen Rentenleistung, die im Verhältnis zum erzielten Einkommen und der Dauer der versicherungspflichtigen Beschäftigung steht. Erreicht die sich daraus ergebende Leistung die Armutsschwelle nicht, so ist der Ausgleich Aufgabe eines anderen Systems – hier der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung²⁹.

²⁸ S. dazu *Feld/Kallweit/Kohlmeier*, Maßnahmen zur Vermeidung von Altersarmut: Makroökonomische Folgen und Verteilungseffekte, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 13/10.

²⁹ S. zur Altersarmut und den Funktionen der Sicherungssysteme im Alter auch *Loose*, Aktuelle Befunde zur „Altersarmut“ aus der Forschungsförderung des For-

Eine andere Frage ist, ob und inwieweit mit Altersarmut zu rechnen ist. Dazu muss zunächst der Armutsbegriff geklärt werden³⁰. Geht man vom gebräuchlichen Wert aus EU-SILC (European Statistics on Income and Living Conditions) aus, so wird dort eine sog. Armutsgefährdungsquote ermittelt, die eine relative Größe ist, die angibt, wie hoch der Anteil der armutsgefährdeten Personen an der Gesamtbevölkerung ist. Hier wird ein mittleres Einkommen ermittelt, wobei dann 60 % dieses Medianwertes den Schwellenwert für Armutsgefährdung darstellt³¹. Diese sog. Armutsgefährdungsschwelle lag für das Bundesgebiet für 2018 bei 1035 EUR für eine Einzelperson³².

Der Nachteil dieses relativen Werts besteht darin, dass er sich an einem Durchschnittswert orientiert und nicht an einem existenzsichernden Bedarf. Es liegt deshalb näher, diesen existenzsichernden Bedarf als Maßstab zu nehmen.

Bei der Bewertung wird in einschlägigen Studien zwischen der Armutsrisikoquote und der Grundsicherungsquote unterschieden. Nach der Armutsrisikoquote „gelten Personen als armutsgefährdet, wenn ihr bedarfsgewichtetes verfügbares Einkommen geringer als 60 % des Medianeinkommens in der Bevölkerung ist“³³. Bei der Grundsicherungsquote wird Altersarmut anhand der Inanspruchnahme der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gemessen³⁴. In einer Studie des ZEW und des DIW für die Bertelsmann-Stiftung aus 2017 zeigt sich, „dass das Armutsrisiko über die Zeit ansteigt. Auf Basis der Simulationen finden wir, dass die Armutsrisikoquote von etwa 16 % in den Jahren 2015–2020 auf 20 % in der zweiten Hälfte der 2030er Jahre zunimmt, also um 25 %. Diese Grundsicherungsquote steigt im genannten Zeitraum von etwa 5,5 auf etwa 7 %. Der relative Anstieg im Vergleich zum Ausgangsjahr liegt damit bei der Grundsicherungsquote bei gut 27 %.“³⁵

schungsnetzwerks Alterssicherung der Deutschen Rentenversicherung Bund, in: RVaktuell 2017, S. 43.

³⁰ Zur Begrifflichkeit siehe auch *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Die Verwendung des relativen und absoluten Armutsbegriffs, WD 6–3000-131/16.

³¹ *Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste, Die Verwendung des relativen und absoluten Armutsbegriffs, WD 6 – 2000 – 131/16, S. 4 f.

³² <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Sozialbeurteilung/Tabellen/liste-armutsgefahrungs-schwelle.html> (entnommen 6.1.2020).

³³ *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) und Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW)*, Entwicklung der Altersarmut bis 2036 – Trends, Risikogruppen und Politiksznarien, Gütersloh 2017, S. 6.

³⁴ AaO.

³⁵ AaO, S. 7 f.; siehe auch *Kaltenborn*, Verteilung der Bedarfe älterer Leistungsberechtigter der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, DRV 2015, 200 ff.

Ein Altersversorgungssystem soll je nach genauer Zielvorgabe vor Altersarmut schützen, eine auskömmliche Alterssicherung sicherstellen, für eine angemessene Alterssicherung sorgen oder den bisherigen und erreichten Lebensstandard erhalten. Was eine auskömmliche Alterssicherung vom Betrag her sein muss, lässt sich ungleich schwerer bestimmen, da das Maß dessen, was man als auskömmlich bezeichnen kann, nicht bestimmbar ist. Es ist dies ebenso wie der der angemessenen Alterssicherung ein relativer Begriff. Es finden sich in der sozialpolitischen Diskussion immer wieder gewisse Zielwerte, die sozialpolitischer Natur sind.

Grundsätzlich lässt sich aus sozialpolitischer Sicht festhalten, dass Sicherungsziel eigentlich die Sicherung des Lebensstandards sein sollte. Dieses Ziel wird durch ein Nettorentenniveau von 70 % sichergestellt³⁶. In einem solchen System sollten dann die betriebliche und die private Altersvorsorge als Zusatzsicherungssysteme für eine höhere Sicherung sorgen und insbesondere auch solche Lebensstandards einbeziehen, die auf höheren Einkommen beruhen – so zumindest die Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme³⁷. Eine solche Zielvorstellung ist nunmehr aufgegeben und durch die Rentenreform 2001 und den dabei eingeführten sog. Riester-Faktor ist das Nettorentenniveau auf 67 % festgeschrieben³⁸, was ein Nettorentenniveau vor Steuern von etwa 51 % bedeutet. Eine weitere Absenkung des Rentenniveaus erfolgte dann im Jahr 2004, was bedeutete, dass das Nettorentenniveau vor Steuern bis 2030 43 % nicht unterschreiten sollte³⁹. Nunmehr ist durch das RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz vom 28.11.2018 § 154 SGB VI dahin geändert, dass das Sicherungsniveau vor Steuern in der allgemeinen Rentenversicherung bis zum Jahr 2025 48 % nicht unterschreiten darf.

Damit hat sich auch die Funktion ergänzender Sicherungssysteme gewandelt, denen nunmehr (auch) die Funktion zukommt, die so verursachte Lücke zu schließen. Die diesbezüglichen gesetzgeberischen Maßnahmen waren sämtlich geprägt von dem Bestreben, die gesetzliche Rentenversicherung angesichts der demographischen Herausforderungen finanzierbar zu halten, was auch dazu geführt

³⁶ S. hierzu und zum Folgenden *Kreikebohm*, Die Lebensstandardsicherung der gesetzlichen Rentenversicherung als auslaufendes Modell?, SGB 2015, 181 ff.; siehe detaillierter auch *Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald*, Die rentenpolitische Agenda 2030, 2. Aufl. Berlin 2018, S. 35 ff.; dort wird auch auf den Niveauverfall durch die geänderte Anpassungsformel hingewiesen – S. 45.

³⁷ *Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme*, Berichtsband I, Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1983, S. 142.

³⁸ So § 154 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB VI in der Fassung durch das AVmG.

³⁹ So § 154 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB VI idF des RV-Nachhaltigkeitgesetzes.

hat, dass für die gesetzliche Rentenversicherung das Beitragsziel anstelle des Leistungsziels in den Vordergrund gerückt ist⁴⁰. Aus der Sicht der Rentenversicherung hat auch die Beitragsfreiheit bei der Entgeltumwandlung zum Verfall des Rentenniveaus beigetragen.

In den letzten Jahren und nun auch aktuell sind Vorschläge gemacht worden und Vorstellungen entwickelt worden, im Rahmen des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung Leistungen vorzusehen, die keinen konkreten Beitragsbezug aufweisen. Es wird bei diesen Vorstellungen eher allgemein auf die Lebensleistung oder auf den Respekt vor der Lebensleistung Bezug genommen. Ohne dies politisch werten zu wollen, kann aber festgestellt werden, dass für eine beitragsbezogene Rente die Lebensleistung keine verwertbare Kategorie ist. Sie ist rechtlich als Leistungsvoraussetzung nicht fassbar und ergo ein politischer Begriff. Versucht man, dies in Kategorien des Rentenversicherungsrechts zu fassen, so wird als Voraussetzung für eine Rentenleistung abweichend vom konkreten Beitragsbezug die Zielvorstellung einer bestimmten Rentenhöhe gesetzt, wobei versucht wird, den nicht greifbaren Begriff der Lebensleistung in Berechnungswerte der gesetzlichen Rentenversicherung umzusetzen⁴¹. Damit wird offenkundig der Beitragsbezug gelöst und ein bestimmter Bedarf als Zielvorgabe benannt. Dies wird besonders darin deutlich, dass bei der Lebensleistungsrente oder Respektrente als Zielvorgabe ein Betrag oberhalb der Grundsicherung vorgegeben wird. Damit wird ein bestimmter Bedarf vorgegeben, der wiederum einen gewissen Beitragsbezug reflektieren soll, indem so zum Ausdruck kommt, dass derjenige, der Beiträge gezahlt hat, aufgrund dieses Umstandes eine über dem Niveau der Grundsicherung liegende Leistung erhalten soll. Je nach Ausgestaltung einer solchen Rentenleistung ist der Beitragsbezug mehr oder weniger stark ausgeprägt. So entsteht ein sozialrechtliches Zwitterwesen, das sich an einem pauschalen Bedarf orientiert und zur Verortung in der Rentenversicherung einen gewissen Beitragsbezug aufweist. Das erklärt dann auch den Streit um die Bedürftigkeitsprüfung, die bei der Annahme eines pauschalen Bedarfs nicht zwingend erscheint. Andererseits wird so der Rentenversicherung eine Aufgabe zugewiesen, die eigentlich die Grundsicherung zu erfüllen hat, was wiederum eine Bedürftigkeitsprüfung voraussetzt.

Es wird mit einem solchen Ansatz der Versuch gemacht, die Altersarmut dadurch zu vermeiden, dass niedrige Einkommen hoch

⁴⁰ So *Kreikebohm* SGB 2015, 188.

⁴¹ Kritisch dazu auch *Kreikebohm/Kolakowski/Reiber/Rodewald*, Die rentenpolitische Agenda 2030 – Die Zukunftsfähigkeit der gesetzlichen Alterssicherung vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Veränderungen, 2. Aufl., S. 210f.

gewertet werden, was als solches ein diskutabler Ansatz sein mag, dann aber eines zielgenaueren Ansatzes bedarf⁴². Aus dem pauschalen Begriff der Lebensleistung lässt es sich nicht legitimieren⁴³.

Geht man als Armutsschwelle vom Grundsicherungsbedarf aus, so lässt sich feststellen, dass derzeit nur etwa 3% der Rentner auf Grundsicherung angewiesen sind⁴⁴. Damit liegt diese Quote deutlich unter der für die Gesamtbevölkerung, wo die Quote um 9% liegt⁴⁵. Allerdings ist tendenziell von einer Zunahme von Altersarmut auszugehen, die sich aus den unterbrochenen Erwerbsbiographien, einem Ausbau des Niedriglohnssektors, der „neuen Selbständigkeit“ sowie den leistungsabsenkenden Rentenreformen ergibt⁴⁶. Es ist aber derzeit noch schwer abzuschätzen, wie sich das im Einzelnen in der Zukunft auswirken wird.

Den leistungsabsenkenden Rentenreformen sind vom Gesetzgeber Kompensationsmaßnahmen gegenübergestellt worden – etwa Ruster-Rente – und auch aus eigener Initiative können zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden. Insgesamt ist es schwierig, genaue Prognosen über die weitere Entwicklung der Altersarmut zu machen. Es spricht aber vieles dafür, dass Altersarmut in der Zukunft weniger auf die Rentenreformen des ersten Jahrzehnts dieses Jahrhunderts zurückzuführen sein wird als auf negative Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt. Deshalb weist *Börsch-Supan* darauf hin, dass Maßnahmen, die die Qualifizierung und die Integration in den Arbeitsmarkt fördern, am ehesten geeignet seien, das Übel der Altersarmut an der Wurzel zu packen. Altersarmut dagegen hauptsächlich durch rentenpolitische Maßnahmen in den Griff bekommen zu wollen, bedeute dagegen, erst einmal das Kind in den Brunnen fallen zu lassen und es danach teuer zu retten, wenn ein oft lebenslanger Schaden bereits angerichtet wurde⁴⁷. Rentenpolitik und Arbeitsmarktpolitik müssen sich wechselseitig ergänzen und in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Rentenpolitik mit Schlagseite zu Lasten der

⁴² So auch *Pimpertz/Stockhausen*, Grundsicherung statt Grundrente – Eine Frage der Reichweite und Treffsicherheit, Vierteljahresschrift für Wirtschaftsforschung 46. Jahrgang (2019), Nr. 3 S. 39 ff.

⁴³ Kritisch dazu auch bereits Altersarmut, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, November 2019, S. 19 ff.

⁴⁴ S. dazu Lebenslagen in Deutschland – Der 5. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, Berlin 2018, S. 32; s. auch *Börsch-Supan*, Zunehmende Altersarmut in Deutschland – vermeidbar oder unvermeidlich?, me a policy brief No.7, München 2010.

⁴⁵ Lebenslagen ..., aaO.

⁴⁶ So *Börsch-Supan*, Zunehmende Altersarmut in Deutschland – vermeidbar oder unvermeidlich?, me a policy brief No.7, München 2010, S. 2.

⁴⁷ *Börsch-Supan*, Armut im Alter, MEA Discussion Papers, 11–2015, S. 14.

Jüngeren muss ebenso ausgeschlossen bleiben wie eine Politik zu Lasten der älteren Generation. Die derzeitige Sozialpolitik ist nicht frei von Versuchen einer Politik zu Lasten der Jüngeren.

Die gesetzliche Rentenversicherung spiegelt die Einkommens- und Erwerbssituation während des Erwerbslebens wider, wobei niedrige Renten dann auch das Ergebnis niedriger Einkommen während der Erwerbstätigkeit sind. Personen, die während ihres Erwerbslebens an der Armutsgefährdungsschwelle lagen, nunmehr im Alter mit einer Leistung oberhalb dieser Schwelle zu versorgen, ist grundsätzlich Aufgabe der Grundsicherung im Alter nach dem SGB XII.

Aus alledem ergibt sich dann auch, dass Sicherungsziele in eine Relation zur Generationengerechtigkeit gesetzt werden müssen und die Finanzierung des Systems erwirtschaftbar sein muss.

b) Finanzierbarkeit der Vorsorge und der Sicherungssysteme

Die Systeme der sozialen Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland erfordern einen hohen finanziellen Aufwand – sei es an Beitragsmitteln oder an Steuermitteln oder an Aufwendungen etwa des Arbeitgebers. Mögliche Reformen stehen deshalb unter dem Vorbehalt der Finanzierbarkeit und haben sich damit auseinanderzusetzen, dass die Belastungsgrenze mit Steuern und Beiträgen für den Einzelnen als auch für die Wirtschaft erreicht ist. Es ist zudem abzusehen, dass etwa die gesetzliche Krankenversicherung und die soziale Pflegeversicherung – aus demographischen Gründen – in der Zukunft einen höheren finanziellen Aufwand erfordern, was den Spielraum zusätzlich einschränkt. Der Verweis auf einsetzbare Steuergelder greift deshalb nicht wirklich, zumal mit den Steuern weitgehend die Gleichen belastet werden, die auch mit den Beiträgen belastet werden. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Leistungsausgaben der gesetzlichen Rentenversicherung etwa 300 Milliarden EUR pro Jahr betragen, der deutsche Bundeshaushalt im Vergleich dazu 360 Milliarden, wovon ca. 100 Milliarden an die gesetzliche Rentenversicherung gehen. Es dürfte daraus hinreichend deutlich werden, dass ein Hinweis auf zusätzliche Steuerfinanzierung weitgehend ins Leere geht.

Entsprechendes ist auch für die Zusatzversorgungssysteme in Betracht zu ziehen. Die steuerliche Förderung stößt hier an fiskalische Grenzen und Beiträge müssen von Arbeitnehmern bzw. Arbeitgebern aufgebracht werden können.

c) Erfassung von Personenkreisen

Das System der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung ist als Invaliden- und Altersversicherung für Arbeiter entstanden. Eine

umfassende Erfassung war damals nicht vorgesehen. In den folgenden Jahrzehnten ist der erfasste Personenkreis immer weiter ausgedehnt worden. Es sind zunächst auch die Angestellten erfasst worden, was das System zu einer Arbeitnehmersicherung machte. Später sind weitere Personenkreise über den der Arbeitnehmer hinaus hinzugekommen⁴⁸. Diese Ausdehnung des erfassten Personenkreises hat sich an sog. kleinen Selbständigen orientiert, die zudem aufgrund bestimmter Kriterien eingrenzbar waren. Zu verweisen ist hier auf Lehrer und Erzieher, die regelmäßig keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, Hebammen und Entbindungspfleger, Seelotsen, Künstler und Publizisten, Hausgewerbetreibende, Küstenschiffer und Küstenfischer sowie Handwerker. Seit 1.1.1999 sind hinzugekommen Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Für Selbständige ist schließlich noch auf die Versicherungspflicht auf Antrag nach § 4 Abs. 2 SGB VI zu verweisen.

Damit sind alle Arbeitnehmer sowie die sog. kleinen Selbständigen von der gesetzlichen Rentenversicherung erfasst. Allerdings ist dies bisher geschehen anhand von Berufsbildern, was angesichts der Vielfalt möglicher selbständiger Tätigkeiten zu keiner systematischen Einbeziehung schutzbedürftiger Selbständiger führen kann⁴⁹. Die Ergänzung um die Ziffer 9 in § 2 S. 1 SGB VI enthält ebenfalls keinen Ansatz zur umfassenden Erfassung schutzbedürftiger Selbständiger. Nach der amtlichen Begründung sollte die Regelung der zunehmenden Erosion des versicherten Personenkreises durch die wachsende Überführung von Beschäftigungen in arbeitnehmerähnliche selbständige Tätigkeiten entgegenwirken. Sie erfasse nur tatsächlich selbständig Tätige. Personen, die sich als Selbständige gerieren, nach der tatsächlichen Ausgestaltung ihrer Erwerbstätigkeit aber als Beschäftigte anzusehen seien (sogenannte Scheinselbständige) wür-

⁴⁸ Steinmeyer, Das Verhältnis der Selbständigen zur staatlichen Versicherung und die Rolle privater Vorsorge (vom Kaiserreich bis in die Bundesrepublik), in: Fisch/Haerendel (Hrsg.), Geschichte und Gegenwart der Rentenversicherung in Deutschland – Beiträge zur Entstehung, Entwicklung und vergleichenden Einordnung der Alterssicherung im Sozialstaat, Berlin 2000, S. 209 ff.

⁴⁹ Preis/Temming, Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Forschungsbericht 487 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Berlin 2017, S. 37 f. sprechen von einem veritablen Flickenteppich; zur Erfassung von Selbständigen aus internationaler Sicht vgl. *Internationale Vereinigung für Soziale Sicherheit*, Handbuch zur Ausweitung der Deckung der sozialen Sicherheit auf Selbständige, Genf 2012, siehe auch Empfehlung des Rates vom 8. November 2019 zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige, ABl. C 387, 1.

den weiterhin von § 1 SGB VI erfasst. Der Personenkreis der neuen arbeitnehmerähnlichen Selbständigen zeichne sich weniger durch die Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen als vielmehr durch typische Tätigkeitsmerkmale aus⁵⁰. Das macht bereits deutlich, dass es bei dieser Vorschrift nicht um eine Erfassung der schutzbedürftigen Selbständigen ging, sondern darum, die Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft vor Erosion durch ein Ausweichen auf bestimmte Formen der selbständigen Tätigkeit zu schützen.

Eine Erfassung aller Erwerbstätigen findet sich im Rentenversicherungsrecht bisher nicht, ist aber für diese Legislaturperiode des Bundestages geplant. Im Koalitionsvertrag von 2018 heißt es dazu: *„Um den sozialen Schutz von Selbständigen zu verbessern, wollen wir eine gründerfreundlich ausgestaltete Altersvorsorgepflicht für alle Selbständigen einführen, die nicht bereits anderweitig obligatorisch (z.B. in berufsständischen Versorgungswerken) abgesichert sind. Grundsätzlich sollen Selbständige zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und – als Opt-out-Lösung – anderen geeigneten insolvenzsicheren Vorsorgearten wählen können.“*⁵¹

Das Thema der Erfassung von Personenkreisen stellt sich unter zwei verschiedenen Aspekten. Zum einen geht es um die Frage, welche Personen von den Systemen der sozialen Sicherung⁵² bzw. hier den Systemen der Alterssicherung erfasst werden sollen. Eine Sicherung gegen das Risiko des Alters sollte an sich für jedermann erforderlich sein. Die Frage ist insofern nur, wie eine solche Alterssicherung erfolgt und inwieweit der Staat hier Vorgaben machen sollte oder Anreize setzen sollte. So können Personen durchaus auch in der Lage sein, durch ihr Vermögen ein ausreichendes Alterseinkommen zu haben. Andere mögen umfassend privat vorsorgen. Betrachtet man die Geschichte der Alterssicherung, so kann konstatiert werden, dass man zunächst davon ausging, dass es Personenkreise – etwa der Selbständigen – gibt, die in der Lage sind, in der beschriebenen Art und Weise selbst und unabhängig von staatlichen Systemen und Vorgaben vorzusorgen. Die weitere Entwicklung hat aber gezeigt, dass dies nur noch in einem abnehmenden Maße möglich ist. Das hat dann dazu geführt, dass immer wieder weitere Personenkreise aufgenommen worden sind, die in einer „arbeitnehmerähnlichen“ Situation sind. Es kann dann in der weiteren Entwicklung zu einer Situation

⁵⁰ Entwurf eines Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, BT-Drs. 14/45, 20.

⁵¹ Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2018, S. 92.

⁵² S. zur Abgrenzung beispielhaft Giesen, Sozialversicherungspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, ZfA 2017, 1 ff.

kommen, in der es nahe liegt, eine allgemeine Erfassung vorzusehen, da sich die oben beschriebene vollständige Eigenvorsorge nur noch auf einen sehr kleinen Personenkreis beschränkt und alle anderen in einer dem Arbeitnehmer vergleichbaren Risikosituation sind.

Mit Erfassung ist weiterhin auch das Problem angesprochen, wie man einen weiten Personenkreis verlässlich erfassen kann. Bisher war die Erfassung an abgrenzbare und praktische erfassbare Berufstätigkeiten geknüpft. So lässt sich der Handwerker über die Handwerksrolle erfassen und die freien Berufe über ihre Kammerzugehörigkeit.

Aus einem ganz anderen Blickwinkel stellt sich die Frage hinsichtlich der Erfassung von Personen mit niedrigen Einkommen. Soweit es die gesetzliche Rentenversicherung betrifft, sind diese Personen erfasst und es geht um die Frage, wie für sie eine auskömmliche Alterssicherung aus der gesetzlichen Rentenversicherung und ggf. anderen Basissystemen sichergestellt werden kann. Anders stellt sich dies in der zweiten und dritten Säule. Bei niedrigeren Einkommen sind typischerweise deutlich weniger von Zusatzversorgungssystemen wie der betrieblichen Altersversorgung erfasst und sorgen aus eigener Initiative zumeist auch weniger vor – auch angesichts des geringeren finanziellen Spielraums. Hier geht es zum einen darum, diesen Personenkreis bzw. ihre Arbeitgeber zur Vorsorge zu veranlassen und zum anderen um das Problem der oft mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für eine solche Vorsorge.

d) Erweiterung der Finanzierungsbasis

Eine Herausforderung und zugleich möglicher Teil der Lösung ist die Erweiterung der Finanzierungsbasis, worunter sich naturgemäß eine Erhöhung von Beiträgen verstehen lässt. Angesichts ohnehin schon avisierten Beitragserhöhungen für die gesetzliche Rentenversicherung und schon absehbar notwendigen Beitragserhöhung aufgrund der demographischen Probleme auch in anderen Sozialversicherungssystemen ist das Potential der Anhebung des Rentenniveaus durch Beitragserhöhungen begrenzt.

Ein anderer Weg ist die Erfassung zusätzlicher Personengruppen, wobei auch die Einbeziehung von Beamten diskutiert wird. Abgesehen davon, dass die Frage der Erfassung auch der Beamten in diesem Gutachten Gegenstand einer besonderen Betrachtung werden soll und angesichts bestehender Absicherung durch die Beamtenversorgung eher ein Thema der sozialen Gerechtigkeit sein mag, führt eine derartige Erweiterung nur vorläufig zu höheren Einnahmen, zugleich aber auch im Verlauf zu höheren Leistungsausgaben⁵³.

⁵³ Ähnlich auch *Ehrentraut/Moog*, Zukunft der gesetzlichen Rentenversicherung – Möglichkeiten und Grenzen ausgewählter Reformvorschläge, Düsseldorf 2017, S. 67.

Ein weiterer Weg ist es, die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung anzuheben oder aufzuheben, was aber nur dann zu einer Erweiterung der Finanzierungsbasis führt, wenn dem nicht auch entsprechende Leistungen gegenüberstehen. Sieht man aber eine Aufhebung oder Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze vor, behält man aber die bisherige Beitragsbemessungsgrenze als Leistungsbemessungsgrenze bei, so verändert sich der Charakter des Leistungssystems, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und damit das Äquivalenzprinzip werden gestört. Während das Gestaltungsprinzip der derzeitigen gesetzlichen Rentenversicherung darin besteht, bei der Alterssicherung beitragsbezogen einen Lohnausfall im Alter auszugleichen, kann ein Beitrag zu einer Sonderabgabe werden, der nur noch begrenzt eine entsprechende Leistung gegenübersteht. Dies ist der Fall bei einer derartigen Aufhebung der Beitragsbemessungsgrenze, kann aber auch je nach Ausgestaltung einer Entkoppelung auch bei einer derartigen Anhebung der Fall sein.

Entsprechendes hat auch zu gelten, wenn man den Beitrag etwa an die Produktivität knüpft. Eine Beziehung zur Einkommenssituation des Versicherten besteht dann nicht mehr. Der Beitrag wird dann verfassungsrechtlich zur Steuer oder zur Sonderabgabe.

4. Das deutsche Mehrsäulensystem

Die Altersvorsorge in Deutschland ist gekennzeichnet durch ein System mehrerer Säulen oder Schichten. Es besteht aus der gesetzlichen Rentenversicherung als Basissicherung, der betrieblichen Altersversorgung als Zusatzversorgung und privater Vorsorge. Dieses Bild einer einfachen Struktur wird dadurch verkompliziert, dass anstelle der Basisversorgung durch die gesetzliche Rentenversicherung die berufsständische Versorgung treten kann, die in ihrer derzeitigen Leistungshöhe auch Funktionen der Zusatzversorgung zumindest zum Teil miterfüllen kann. An die Stelle der Basisversorgung durch die gesetzliche Rentenversicherung tritt auch die Beamtenversorgung, die zudem auf der Basis des Alimentationsprinzips ausdrücklich auch die Funktion einer Zusatzversorgung erfüllt. Eine besondere Rolle zwischen den Schichten oder Säulen spielt die sog. Riester-Rente. Sie ist entstanden als ein System, das die Absenkung des Rentenniveaus durch das AVmG kompensieren sollte und hat insofern ersetzende Funktion, ist aber in ihrer konkreten Ausgestaltung im Bereich der ergänzenden Systeme anzusiedeln. Dabei erscheint sie sowohl als betriebliche Altersversorgung – also zweite Säule oder Schicht – als auch als Eigenvorsorge – dritte Säule oder dritte Schicht.

Das System ist so gewachsen. Die Sonderstellung der Beamtenversorgung hat verfassungsrechtliche Gründe, die sich aus Art. 33 GG

ergeben. Die berufsständische Versorgung – auf Länderebene – knüpft an die Kammerorganisation der freien Berufe an. Die betriebliche Altersversorgung hat sich entwickelt aus Initiativen der Arbeitgeber und zum Teil der Sozialpartner. Hierin kam sicherlich auch der Fürsorgegedanke zum Ausdruck, ebenso aber auch der Wettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte sowie in den fünfziger und sechziger Jahren das Bemühen, Arbeitskräfte in den Jahren der Hochkonjunktur zu halten („Goldene Fessel“). Die späteren Reformschritte haben an dieser Grundsystematik angesetzt. Die Entgeltumwandlung entstand als Maßnahme, die eine Einzahlung der Arbeitnehmer in das Betriebsrentensystem ermöglichen sollte. Demzufolge wurde dann auch die Entgeltumwandlung rechtstechnisch in das System der Arbeitgeberzusage von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung eingeordnet. Das System der Riester-Rente wurde durch das Altersvermögensgesetz ebenfalls in das bestehende Mehrsäulensystem eingeordnet und es im Sinne einer möglichst breiten Verbreitung so ausgestaltet, dass es nach den Maßgaben der zweiten Säule oder denen der dritten Säule eingesetzt werden konnte.

Derzeitige Reformüberlegungen setzen denn auch ganz überwiegend an diesem bestehenden Mehrsäulensystem an. Soziale Sicherungssysteme insbesondere des Alters müssen mit einer ausgesprochenen Langzeitperspektive arbeiten. Eine Vorsorge für das Alter gleich welcher Art ist langfristig vorzunehmen und basiert auf dem Vertrauen in den Fortbestand von Systemen, auf die man sich für seine Altersvorsorge verlässt. Eine grundsätzliche Umstellung des Gesamtsystems kann dieses Vertrauen gefährden.

Mit den Systemen insbesondere der Kapitaldeckung werden auch erhebliche Finanzmittel angelegt und verwaltet; eine grundsätzliche Umgestaltung müsste dem Rechnung tragen und deshalb auch bereits bestehende Systeme weiter bestehen lassen.

Schließlich sind bei Umgestaltungen auch die verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten, die sich insbesondere aus Art. 14 GG ergeben. Hier hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Grenzen aufgezeigt⁵⁴.

Weiterhin wäre eine Umstellung etwa der gesetzlichen Rentenversicherung vom Umlageverfahren auf ein Kapitaldeckungsverfahren von einer jahrzehntelangen Übergangszeit geprägt, da das Kapital für die neu eintretenden Versicherten angesammelt werden müsste, zugleich aber das Umlageverfahren für die Altfälle weiterfinanziert werden müsste. Dies führt auch bei noch so viel Kreativität hinsicht-

⁵⁴ S. nur BVerfG v. 7.12.2010 – 1 BvR 2628/07 – NJW 2011, 1058 ff., 1059; *Jarass* in *Jarass/Pieroth GG*, 15. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 24 ff.; *Wendt*, in *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 34.

lich der Ausgestaltung eines solchen Übergangs zwangsläufig zu höheren Belastungen der arbeitenden Generation. Angesichts der grundsätzlichen Herausforderungen, vor denen das Gesamtsystem der Altersvorsorge steht, wäre das eine Option, die es noch schwieriger macht, statt zu einer Lösung beizutragen.

Es ist deshalb sinnvoll, beim bestehenden Mehrsäulensystem zu bleiben und die Reformen innerhalb dieses Systems vorzunehmen. Es geht hier nicht um die Phrase vom bewährten System, das beibehalten werden müsse, sondern um die Erkenntnis, dass im Bereich der Alterssicherung grundstürzende Umstellungen nicht empfehlenswert sind. Ausländische Systeme gehen andere Wege und verfolgen zum Teil grundsätzlich andere Ansätze. Diese sind aber dort – wie in Deutschland – historisch entstanden und bei näherer Beobachtung dieser Systeme zeigt sich, dass auch sie Reformen in den Grundstrukturen ihrer Systeme vornehmen und keine grundsätzliche Umstellung vorgenommen haben. Selbst in den sog. Transformationsstaaten Mittel- und Osteuropas wurde an bestehende Systeme angeknüpft und die dennoch und gleichwohl erforderlichen radikalen Umgestaltungen haben erhebliche Unruhe mit sich gebracht.

Diese Untersuchung konzentriert sich deshalb auf Lösungsmöglichkeiten innerhalb des bestehenden Mehrsäulensystems⁵⁵. Allerdings wird sie Wert darauf legen, die Funktionen der verschiedenen Säulen bzw. Schichten klar herauszuarbeiten und die Ausgestaltungen und Vorschläge daran auszurichten. Klare Strukturen erleichtern auch den Betroffenen das Navigieren in diesem Bereich.

5. Überblick über bisherige Reformschritte und -modelle

Die Herausforderung der Alterssicherung durch die Demographie ist kein neues Phänomen. Es ist vielmehr festzustellen, dass schon seit den neunziger Jahren gesetzgeberische Schritte unternommen wurden, um den demographischen Herausforderungen zu begegnen.

a) Reformschritte

So lassen sich die Reformen der Rentenversicherung in den Jahren 1992⁵⁶, 1997⁵⁷ und 1999⁵⁸ als erste Schritte zur Bewältigung des de-

⁵⁵ Siehe kritisch zum Mehrsäulenparadigma *Bönker*, Der Siegeszug des Mehrsäulenparadigma in der bundesdeutschen Rentenpolitik – Eine Analyse auf Grundlage der „Ideenliteratur“, ZSR 2005, 337 ff.

⁵⁶ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992 – RRG 1992 –) 18.12.1989 BGBl. I, 2261.

⁵⁷ Rentenreform 1997 (Wachstums- und Beschäftigungsförderungsgesetz) v. 25.9.1996 – BGBl. I 1461.

⁵⁸ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1999 – RRG 1999) v. 16.12.1997 BGBl. I 2998.

mographischen Problems in der gesetzlichen Rentenversicherung kennzeichnen. Grundtendenz war zunächst die Veränderung der Rentenanpassung und eine Begrenzung der Berücksichtigung beitragsloser Zeiten sowie die Einführung von Maßnahmen in der Rentenformel, um eine Lastenverteilung zwischen Leistungsbeziehern und Beitragszahlern zu bewirken⁵⁹. Dieser – in der Öffentlichkeit unpopuläre – demographische Faktor in der Rentenreform 1997, der zum 1.1.1999 in Kraft treten sollte, wurde dann 1998 von der neuen rot-grünen Bundesregierung wieder zurückgenommen, was Bundeskanzler Schröder später als Fehler bezeichnete. Das bereits zeigt die Schwierigkeit der Durchsetzung von sinnvollen Maßnahmen zur Bewältigung des demographischen Problems.

Im gleichen Zeitraum der neunziger Jahre fanden im Bereich der betrieblichen Altersversorgung Reformen statt mit dem Ziel, dieses ergänzende System attraktiver zu machen, was nicht als Selbstzweck geschah, sondern auch mit der Intention, diesen Zweig der Altersversorgung zu stärken, um so die Einschränkungen im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung zumindest zum Teil zu kompensieren. Dabei ging es insbesondere darum, dass damals in zunehmendem Umfang Versorgungssysteme geschlossen wurden, da aus der Sicht zahlreicher Arbeitgeber bei der Abwägung von Risiken und Chancen der betrieblichen Altersversorgung die Risiken überwogen.

Die vorrangige Entwicklung in den neunziger Jahren war die Einführung der Entgeltumwandlung, die aus einer fast ausschließlich arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung ein System machte, in dem sich damit ein arbeitnehmerfinanzierter Zweig etablierte. Nach anfänglichen Bedenken, ob es sich bei der Entgeltumwandlung nicht eigentlich um eine Eigenvorsorge des Arbeitnehmers handele, wurde diese vom Bundesarbeitsgericht⁶⁰ akzeptiert und dadurch in das System des Betriebsrentengesetzes integriert, dass als Versorgungszusage auch anzusehen ist, wenn künftige Entgeltansprüche in eine wertgleiche Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umgewandelt werden. Der Gesetzgeber hat dann in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG dies später auch verankert. Dies hat sich inzwischen zu einer durchaus populären Form der betrieblichen Altersversorgung entwickelt.

In Ergänzung dazu wurden Zusageformen eingeführt, die sich von der ursprünglichen klassischen Leistungszusage lösten und Schritte hin zur Beitragszusage machten, ohne diese auch tatsächlich einzu-

⁵⁹ Näher *Schmäbl*, Alterssicherungspolitik in Deutschland – Vorgeschichte und Entwicklung von 1945 bis 1998, Tübingen 2018, S. 964.

⁶⁰ BAG v. 26.6.1990 – NZA 1990, 144; *Steinmeyer*, Die Gehaltsumwandlungsversicherung als betriebliche Altersversorgung, BB 1992, 1553 ff.

führen. Bestreben war die Verringerung des aus der Zusage sich ergebenden Risikos für den Arbeitgeber verbunden mit der Hoffnung, dass so die Bereitschaft zur Erteilung von Versorgungszusagen gefördert wird. Zu verweisen ist hier auf die beitragsorientierte Leistungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG).

Die erste Dekade dieses Jahrhunderts war eine mit einschneidenden Reformen insbesondere im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung aber auch im Bereich der Zusatzversorgung. Hervorzuheben ist insbesondere das Altersvermögensgesetz von 2001⁶¹, das den Rentenanstieg dämpfte und damit auch das Rentenniveau langfristig senkte. Damit sollte ausweislich der amtlichen Begründung den demographischen Herausforderungen Rechnung getragen werden⁶². Die sich ergebende Lücke sollte dann durch eine kapitalgedeckte zusätzliche und steuerlich sowie durch Zulagen besonders geförderte Altersversorgung gefüllt werden, die auch als Riester-Versorgung bekannt geworden ist. Es wurde die betriebliche Altersversorgung gestärkt, indem dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Entgeltumwandlung eingeräumt wurde und die Beitragszusage mit Mindestleistung eingeführt wurde, die auch nicht mit einer Anpassungsverpflichtung verbunden ist. Schließlich erfolgte die Schaffung eines neuen Durchführungsweges in Gestalt des Pensionsfonds, der flexibler sein sollte, sich aber nicht wirklich durchsetzte.

Das Altersvermögensgesetz hat damals ein neues Nebeneinander von öffentlichen und privaten Sicherungsformen mit sich gebracht. Im Ergebnis ist es zwar bei der Ergänzungsfunktion der betrieblichen Altersversorgung geblieben in dem Sinne, dass auch schon bisher die Versorgungslücke geschlossen werden sollte, die die gesetzliche Rentenversicherung offenlässt. Wenn dann durch die Maßnahmen des Altersvermögensgesetzes und des Altersvermögensergänzungsgesetzes die Absenkung des Rentenniveaus kompensiert werden soll, so kann darin sozialpolitisch sicher eine ersetzende Funktion gesehen werden. Das wird auch darin deutlich, dass in § 154 Abs. 3 Satz 3 SGB VI eine Aufforderung an die Bundesregierung enthalten ist, geeignete Maßnahmen vorzuschlagen, wenn durch die bestehende Förderung der freiwilligen zusätzlichen Altersvorsorge eine ausreichende Verbreitung nicht erreicht werden kann, was einerseits bei derzeit 16 Millionen Verträgen zu konstatieren ist und andererseits auch Maßnahmen der verpflichtenden zusätzlichen Altersversorgung impliziert und eine besondere Ver-

⁶¹ S. dazu näher *Steinmeyer*, Das Altersvermögensgesetz – Neue Standortbestimmung von öffentlichen und betrieblichen Sicherungsformen, in: Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, Festschrift für Bernd Baron von Maydell, Neuwied 2002, S. 683 ff.

⁶² BT-Drs. 14/4595, 1.

knüpfung zwischen der Riester-Versorgung und den leistungsabsenkenden Maßnahmen durch das AVmG in der gesetzlichen Rentenversicherung herstellt.

Im weiteren Verlauf dieser Dekade stellte sich heraus, dass diese Maßnahmen für die Bewältigung der demographischen Herausforderungen nicht ausreichend waren. Deshalb wurde durch das Rentenversicherungsnachhaltigkeitsgesetz⁶³ 2005 der sog. Nachhaltigkeitsfaktor in der gesetzlichen Rentenversicherung eingeführt, der einen Ausgleich zwischen Beitragszahlern und Leistungsbeziehern schafft bei Ausrichtung der Rentendynamik an der Entwicklung der beitragspflichtigen Bruttolöhne und -gehälter. Damit wird an den Gedanken des demographischen Faktors angeknüpft. Im Ergebnis bedeutet dies ein weiteres Sinken des Rentenniveaus angesichts einer steigenden Zahl von Leistungsbeziehern.

Zur Bewältigung der demographischen Herausforderungen eignet sich auch eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit, da so im Grundsatz der Zeitraum der Beitragszahlung verlängert und die Rentenbezugszeit verkürzt wird. So wird der steigenden Lebenserwartung die durchschnittliche Rentenbezugszeit angepasst. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass das Rentenalter 65 seit 1916 unverändert geblieben ist. Es war deshalb nur konsequent, wenn durch das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz⁶⁴ die Regelaltersgrenze beginnend ab dem Jahr 2012 für die Geburtsjahrgänge 1947 bis 1964 schrittweise über einen Zeitraum von 17 Jahren auf 67 Jahre angehoben wird. Die Anhebung erfolgt zunächst um einen Monat pro Jahrgang, ab dem Geburtsjahr 1959 um zwei Monate. Die Altersgrenze 67 greift dann vollständig im Jahr 2030.

Allerdings hat sich die Heraufsetzung des Rentenalters, die bei früherer Verrentung zu Abschlägen (Zugangsfaktor) von 3,6% pro Jahr führt, als unpopulär erwiesen und dürfte in der Folge mit zur Schwächung der Sozialdemokraten beigetragen haben – zumindest wird dies so empfunden.

In der zweiten Dekade traten die Folgen dieser gesetzgeberischen Schritte aus der ersten Dekade in den Vordergrund. Im Widerstreit zwischen der Einsicht in unvermeidliche Änderungen und den Folgen für die aktuell Betroffenen und angesichts guter Konjunkturdaten und Finanzlage ergaben sich in der gesetzlichen Rentenversicherung gesetzgeberische Schritte, um diese Folgen abzumildern. Dazu ist insbesondere die abschlagfreie sog. Rente mit 63 (§ 236b SGB VI)

⁶³ Gesetz zur Sicherung der nachhaltigen Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung vom 21. Juli 2004 (BGBl. I 1791).

⁶⁴ Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung vom 20.4.2007 (BGBl. I 554).

zu rechnen, die einen vorzeitigen Ruhestand ohne die sonst fälligen Minderungen durch den Zugangsfaktor ermöglicht⁶⁵. Allerdings ist dies beschränkt auf besonders langjährige Versicherte, die die Wartezeit von 45 Jahren erfüllen (s. dazu § 51 Abs. 3a SGB VI). Diese Rentenleistung steht unabhängig von der politischen Wertung dieser Maßnahme in einem offenkundigen Widerspruch zu den Maßnahmen zur Bewältigung der demographischen Herausforderungen. Sie ist auch stärker als vom Gesetzgeber erwartet in Anspruch genommen worden, der von 200000 Anträgen im Jahr ausging; seit 2015 pendelt sich die Zahl jedoch bei 250000 Anträgen mit steigender Tendenz ein⁶⁶.

Auf der anderen Seite wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Vollzeitätigkeit bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze oftmals nicht oder nur schwer möglich ist oder ein gleitender Übergang in den Ruhestand gewünscht wird. Deshalb wurde mit dem sog. Flexirentengesetz⁶⁷ das Konzept der Teilrente neu geregelt, insbesondere was die Hinzuverdienstgrenzen anbetrifft. Das bisherige System hatte viele von der Nutzung der Teilrente abgehalten, da es inflexibel mit starren Formen der Teilrente arbeitete und es bei Überschreiten der Grenzen zu Brüchen kam (Alles oder Nichts). Dies ist nun flexibler und aufgrund einer kalenderjährlichen Hinzuverdienstgrenze geregelt⁶⁸, wobei sich allerdings die Frage stellt, ob diese Flexibilität ausreichend ist⁶⁹.

Im Bereich der zusätzlichen – betrieblichen – Altersversorgung wurde in dieser Zeit der Versuch gemacht, die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung mit einem neuartigen Schritt zu fördern. Vorbereitet durch ein wissenschaftliches Gutachten⁷⁰ wurde mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz⁷¹ das Sozialpartnermodell eingeführt, das den Hindernissen Rechnung tragen sollte, die bisher einer weiteren Verbreitung entgegenstehen. Mit der herkömmlichen Form der Leistungszusage war jeweils die Einstandspflicht des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG⁷² verbunden; dies gilt nicht nur für die klassische Leistungszusage sondern auch für die hybriden

⁶⁵ Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV -Leistungsverbesserungsgesetz) vom 23.6.2014 – BGBl. I 787.

⁶⁶ Handelsblatt vom 21.6.2019.

⁶⁷ Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung der Prävention und Rehabilitation vom 8.12.2016 (BGBl. I 2838).

⁶⁸ *Domnauer/Stosberg*, Das Flexirentengesetz, RV Aktuell 2017, 7 ff.

⁶⁹ S. dazu → B 79 (III 3b).

⁷⁰ *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten zu dem „Sozialpartnermodell Betriebsrente“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, März 2016.

⁷¹ Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 17.8.2017 (BGBl. I 3214).

⁷² ErfK/*Steinmeyer* § 1 BetrAVG Rn. 14.

Zusagen wie beitragsorientierte Leistungszusage und Beitragszusage mit Mindestleistung. Diese Haftungs-Perspektive hat viele Arbeitgeber davon abgehalten, eine betriebliche Altersversorgung in Erwägung zu ziehen. Es bot sich daher die Einführung der reinen Beitragszusage an, bei der die Einstandspflicht nicht greift, da sie ausschließlich auf die Leistung eines Beitrages geht⁷³. Allerdings wird dieser Weg über eine reine Beitragszusage begrenzt dadurch, dass dies nur durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages erfolgen darf (§ 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG – reine Beitragszusage). Der Gesetzgeber des Betriebsrentenstärkungsgesetzes sah dies als Mittel zur weiteren Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung an, was auch mit einem gesetzlich obligatorischen Betriebsrentensystem zu erreichen sei oder auch damit, dass ein alle Arbeitgeber verpflichtendes gesetzliches Options- beziehungsweise Opting-Out-System eingeführt würde. Zuvor sollten jedoch die Möglichkeiten für einen weiteren freiwilligen Ausbau der betrieblichen Altersversorgung ausgeschöpft werden⁷⁴. Das Ergebnis dieses Vorhabens ist enttäuschend geblieben, da bis Ende 2019 nur ein einziger einschlägiger Tarifvertrag, der zudem nur eine begrenzte Zahl von Arbeitnehmern erfasst, abgeschlossen wurde. Die Hoffnung, dass so insbesondere auch kleine und mittlere Unternehmen von betrieblicher Altersversorgung erfasst werden, hat sich bisher nicht erfüllt⁷⁵.

In der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages ist bis zur Manuskriptabgabe nur das RV-Leistungsverbesserungs- und Stabilisierungsgesetz⁷⁶ zu erwähnen, das zum einen die sog. Haltelinie fixiert, dh dass das Sicherungsniveau bis zum Jahr 2025 bei 48 Prozent gehalten wird und der Beitragssatz zur Rentenversicherung die Marke von 20 Prozent bis zum Jahr 2025 nicht überschreitet⁷⁷. Daneben wird mit 2 Milliarden Euro jährlich aus Steuermitteln ein sog. Demographiefonds aufgebaut, der den Beitragssatz stabilisieren soll. Die Leistungen der Erwerbsminderungsrente werden durch eine

⁷³ Für eine Beitragszusage bereits *Steinmeyer*, Gutachten 65. Deutscher Juristentag, F 64 f.; siehe nunmehr auch *Dietz/Neukirsch*, Die reine Beitragszusage – Chancen und Risiken vor dem Hintergrund fehlender Garantien und volatiler Märkte, Mitbestimmungsreport Nr. 47 02/2019.

⁷⁴ BT-Drs. 18/11286, 1.

⁷⁵ S. dazu auch *Arteaga*, Es ist dringend erforderlich, das Alterssicherungssystem zu reformieren, bank und markt 2019, 394 ff.; *Hanau/Arteaga*, Wie sieht die Zukunft der betrieblichen Altersversorgung aus?, Der Betrieb 2019, 2183 ff.

⁷⁶ Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungs- und -Stabilisierungsgesetz) vom 28. November 2018 (BGBl. I 2016).

⁷⁷ Dazu kritisch *Boersch-Supan/ Rausch*, Die Kosten der doppelten Haltelinie, ifo-Schnelldienst 9/2018, S. 23 ff.

Anhebung der Zurechnungszeit verbessert und Mütter oder Väter erhalten für vor 1992 geborene Kinder ein weiteres halbes Kindererziehungsjahr angerechnet (Mütterrente). Schließlich erfolgt eine Entlastung von Beschäftigten mit geringem Einkommen.

Es ergibt sich, dass seit den neunziger Jahren mehrere Versuche gemacht worden sind, das System der Alterssicherung dauerhaft für die demographische Herausforderungen vorzubereiten. Die ersten Reformschritte waren zu zaghaft und die weniger zaghaften stießen auf Widerstand, der sich in Wahlergebnissen niederschlug, was dann wiederum zu gesetzgeberischen Schritten führte, mit denen Teile oder Effekte der Reformen wieder zurückgenommen wurden. Die jüngste Gesetzgebung versucht ansatzweise die Situation zu konsolidieren, ohne aber bereits durchgreifende Antworten zu liefern. Die Ergebnisse der Rentenkommission „Verlässlicher Generationenvertrag“ sind insoweit abzuwarten, siehe inzwischen Bericht der Kommission Verlässlicher Generationenvertrag Band I.

b) Reformmodelle und -konzepte

Trotz und angesichts dieser Reformschritte sind gerade in jüngerer Zeit verschiedene Reformmodelle vorgeschlagen worden, die entweder bei Verbesserungen des bestehenden Systems ansetzen oder aber grundsätzlich neue Wege gehen wollen.

aa) Sichtweise der Gewerkschaften

Hier ist zunächst insbesondere die Sichtweise der Gewerkschaften zu nennen. Diese betonen die Bedeutung der ersten Säule und wollen insbesondere diese ausbauen, um den demographischen Herausforderungen Rechnung zu tragen. So wird etwa in einem Gutachten für die *IG Bau Agrar Umwelt*⁷⁸ eine Versicherungspflicht gefordert, die sich auf die gesamte Wohnbevölkerung vom vollendeten 18. Lebensjahr an bis zum Rentenbeginn erstreckt. Dabei sollen politische Mandatsträger, alle Selbständigen sowie Nichterwerbstätige versicherungspflichtig werden. Beim Beitrag sollen alle Einkommensarten berücksichtigt werden, was Erträge aus Vermögen, Vermietung und Verpachtung sowie alle sonstigen zu versteuernden Einkommensarten einschließen soll. Es soll ein Nettorentenniveau von 70 % erreicht werden, wobei allerdings eine Äquivalenz von Beitrag und Rente nur bis zu einer bestimmten Rentenhöhe bestehen soll und bei Beträgen darüber eine Kappung vorzusehen ist. Außer-

⁷⁸ *Meinhardt/Kirner/Grabka/Lohmann/Schulz*, Finanzielle Konsequenzen eines universellen Systems der gesetzlichen Alterssicherung, Düsseldorf 2002; *Meinhardt/Grabka*, Grundstruktur eines universellen Alterssicherungssystems mit Mindestrente, WISO Diskurs Juli 2009.

dem wird der Aufbau einer eigenständigen und ausreichenden Anwartschaft für alle Mitglieder der Gesellschaft angestrebt, weshalb dann die Notwendigkeit einer abgeleiteten Hinterbliebenenversorgung nicht mehr besteht.

Die *IG Metall*⁷⁹ spricht sich ebenfalls für eine Stärkung der gesetzlichen Rentenversicherung aus. Das Leistungsniveau müsse stabil bleiben und perspektivisch wieder steigen. Die Renten müssten wieder an die allgemeine Einkommensentwicklung gekoppelt werden und solidarisch von allen Erwerbstätigen getragen werden. Betriebsrenten seien eine sinnvolle Ergänzung zur gesetzlichen Rente. Es müssten deshalb für alle Beschäftigten Betriebsrenten aufgebaut werden und die Finanzierung müsse ganz oder zumindest teilweise durch den Arbeitgeber sichergestellt sein. Die Arbeitgeber sollten gesetzlich verpflichtet werden, allen Beschäftigten eine betriebliche Altersversorgung anzubieten.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass aus der Sicht der Gewerkschaften eine Stärkung der gesetzlichen Rentenversicherung vorrangig ist.

bb) Riester-Versorgung

Es hat Untersuchungen und daraus resultierend Verbesserungsvorschläge zur Riester-Rente gegeben. Darin wurden die Mängel des bisherigen Systems untersucht und herausgearbeitet und daraus und dafür konkrete und praktische umsetzbare Korrekturen vorgeschlagen.

(1) Deutschland-Rente

Auf die Riester-Versorgung bezogen aber grundsätzlicher angelegt ist das Modell einer Deutschland-Rente⁸⁰. Sie setzt bei der zusätzlichen Altersvorsorge an und sieht für alle sozialversicherungspflichtig Beschäftigten eine gesetzlich vorgeschriebene automatische Einbeziehung mit der Möglichkeit des Opt-Out vor. In diesem Zusammenhang und dafür sollen die derzeitigen Rahmenbedingungen für Riesterprodukte insbesondere durch ein vereinfachtes Riester-Zulageverfahren und einen Wegfall der bislang gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Garantien verbessert werden. Zugleich solle mit einem einfachen und kostengünstigen Standardprodukt des staatlich organisierten Deutschland-Fonds eine Benchmark für die zum Teil

⁷⁹ Neuaufbau einer solidarischen Alterssicherung, Vorschläge der IG Metall, Frankfurt 2018.

⁸⁰ *Hessisches Ministerium der Finanzen ua*, Deutschland-Rente – Konzeptpapier, Wiesbaden 2017; Roth, Einfacher Zugang zu kostengünstiger privater Altersvorsorge – Automatische Einbeziehung in ein staatlich organisiertes Standardprodukt, Gutachten für Verbraucherzentrale Bundesverband, 2019 https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2019/05/17/19-05-04_gutachten_staetlichorganisiertesstandardprodukt.pdf am 30.12.2019.

überteuerten Riesterprodukte geschaffen werden und damit auch verlorenes Vertrauen wiedergewonnen werden⁸¹.

Dieser Vorschlag trifft sich einerseits mit Vorstellungen, die Zusatzversorgung verpflichtend zu machen oder ein System mit Opt-Out vorzusehen und andererseits mit Bemühungen, die Riesterversorgung zu überarbeiten⁸².

Bei der Riesterversorgung soll die Vereinfachung dadurch erfolgen, dass im Zulageverfahren die Beiträge der Beschäftigten „technisch“ über den Arbeitgeber direkt an den Anbieter gezahlt werden. Die Zulagengewährung soll dann vollautomatisch über das Lohnabrechnungssystem erfolgen. Zur Erzielung einer höheren Flexibilität und Rendite sollen die gesetzlichen Garantievorgaben für Riesterprodukte gelockert werden; es sollen also auch Produkte ohne Beitragsgarantie abgeschlossen werden dürfen.

Daneben sieht der Vorschlag ein einfaches, kostengünstiges und transparentes Standardprodukt vor in Gestalt eines staatlich organisierten Deutschland-Fonds.

(2) Vorsorgekonto

Der Vorschlag eines Vorsorgekontos stammt von der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg und ist inzwischen mehrfach konkretisiert worden⁸³. Auch dieser Vorschlag setzt im Grundsatz bei der Riester-Rente an und ihrem eher mäßigen Erfolg.

Das Vorsorgekonto soll bei der gesetzlichen Rentenversicherung als Teil der Sozialversicherung angesiedelt werden. Die Möglichkeit zum Abschluss eines Vorsorgekontos soll allen offenstehen, die ein Rentenkonto bei der gesetzlichen Rentenversicherung haben. Sie können auf dieses Vorsorgekonto Beiträge einzahlen, wobei Orientierungspunkt offenbar die 4 % aus der Riester-Versorgung sind. Ein Leistungsanspruch soll nach 60 Monatsbeiträgen entstehen. Sofern der Berechtigte verstirbt, wird das angesammelte Kapital vererbt.

Das angesparte Kapital soll grundsätzlich als zusätzliche Altersrente ausgezahlt werden, kann aber auch zum Ausgleich von Abschlägen bei der Erwerbsminderung eingesetzt werden und zum Ausgleich bei vorgezogener Altersrente genutzt werden.

⁸¹ *Hessisches Ministerium der Finanzen ua*, Deutschland-Rente – Konzeptpapier, Wiesbaden 2017, S. 4.

⁸² Dazu insbesondere *Fasshauer/Petersen/Rieckhoff*, Bedarf die staatliche Förderung der Riester-Rente der Veränderung? – Ausgewählte Reformüberlegungen in der Diskussion, DRV 2018, 119ff.; s. auch *Wagner*, Deutschland-Rente aus Hessen, Wirtschaftsdienst 2016, 154f.

⁸³ *Stellpflug/Sternberger-Frey/Tuchscherer*, Das Vorsorgekonto – Basisprodukt für die private Altersvorsorge, WISO Diskurs 01/2019.

Dieses Vorsorgekonto wird von der Deutschen Rentenversicherung betrieben, wobei die Verwaltung der Gelder nach Ausschreibung extern erfolgen soll⁸⁴.

Im Ergebnis handelt es sich also beim Vorsorgekonto um ein Sparmodell, das auf der Riester-Versorgung aufbaut und eine verrentete Altersleistung vorsieht.

(3) Zwischenergebnis

Beide Vorschläge setzen bei der Riester-Versorgung, wobei die Deutschland-Rente konkrete Änderungen des Riester-Systems vorsieht. Das Vorsorgekonto ist vom Leistungsspektrum näher mit der gesetzlichen Rentenversicherung verbunden, was sich etwa beim Ausgleich der Abschläge für die Erwerbsminderung zeigt. Beiden Vorschlägen gemeinsam ist, dass sie einen staatlichen Fonds vorsehen, der Vorbildfunktion haben soll und im Wettbewerb mit privaten Anbietern für kostengünstigere Produkte sorgen soll.

cc) Bürgerfonds und vergleichbare Ansätze

Mit dem Bürgerfonds soll die wirtschaftliche Stabilität Deutschlands einerseits und die Niedrigzinsphase andererseits zur Schaffung eines Kapitalstocks genutzt werden, der durch Verschuldung des Bundes aufgebaut wird und dessen Vermögen international in Aktien, Immobilien und Anleihen angelegt werden soll⁸⁵. Seine Überschüsse sollen dazu dienen, jüngeren Jahrgängen beim Erreichen der künftigen Regelaltersgrenze für den Renteneintritt von 67 Jahren eine Kapitalleistung zu gewähren. Simulationen zeigen nach Berechnungen der Autoren unter Verwendung verschiedener Szenarien und Annahmen zu den erzielbaren Renditen, „dass bei einer kreditfinanzierten Investition in Höhe von 0,5 % des BIP pro Jahr und einer durchschnittlichen Renditedifferenz von 2 Prozentpunkten die Kapitalleistung pro Kopf der Bevölkerung im Alter von 67 Jahren in Preisen von 2020 nach Teilnahme im gesamten Erwerbsalter gut 16.000 EUR betragen würde. Bei einer durchschnittlichen Renditedifferenz von 3 Prozentpunkten würde die Kapitalleistung auf etwa 30.000 EUR steigen.“⁸⁶ Die hohe Bonität Deutschlands könne im Interesse der Bürger gezielt dazu genutzt werden, ohne die Verschuldungsregeln zu verletzen, erhebliche Vermögenssteigerungen und speziell Verbesserungen bei der Altersversorgung zu erreichen. Dabei wird besonders hervorgehoben, dass eine Belastung durch

⁸⁴ Kritisch zu dieser organisatorischen Verknüpfung und allgemein zum Konzept Thiede/Rieckhoff, Das „Vorsorgekonto – (zu) viele Fragen und Widersprüche, DRV 2019, 193 ff.

⁸⁵ Fuest/Hainz/Meier/Werding, Das Konzept eines deutschen Bürgerfonds, ifo-Studie, München 2019.

⁸⁶ Fuest et al., aaO, S. 2.

zusätzliche Beiträge, die vor allem von Menschen mit geringen Einkommen kaum zu leisten sind, entfallen. Die Verwaltung des deutschen Bürgerfonds solle dem politischen Tagesgeschäft entzogen sein und beispielsweise durch die Bundesbank erfolgen.

Ein solcher Vorschlag nutzt in interessanter Weise die wirtschaftliche Situation Deutschlands, die aber nicht dauerhaft so bleiben muss. Eine Verschuldung Deutschlands ist dies dennoch, auch wenn es unter Nutzung von Renditedifferenzen geschieht. Schließlich ist es die Ausnutzung einer einmaligen Situation, was einer dauerhaften Gestaltung eines nachhaltigen Alterssicherungssystems entgegensteht.

Insgesamt sind diese Fondslösungen für die Finanzierung als Idee zu berücksichtigen, vermögen aber nicht mehr als eine weitere eher bescheidene Einnahmequelle zu liefern und laufen deshalb eigentlich nur unter zusätzlichen Ideen aber nicht umfassender Lösung.

dd) Resümee

Bei der ersten Säule ist sowohl bei den Reformschritten der Vergangenheit als auch den derzeit diskutierten eine klare Linie in eine bestimmte Richtung nicht festzustellen. Zum Teil handelt es sich um Leistungsverbesserungen für bestimmte Personenkreise, wie dies bei der Rente mit 63 aber auch bei der Mütterrente der Fall ist. Zum Teil geht es auch um Konsolidierungen des Systems – wie etwa Veränderungen der Rentenformel oder – zeitlich weiter zurückliegend – um Veränderungen der Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung. Aktuell geht es mehr um Basisabsicherung und Erfassung bisher nicht erfasster Personenkreise, also um eine Verbesserung des Schutzes.

Die Riester-Förderung entwickelt sie sich nicht wie erwartet. Es stellt sich dazu nachträglich durchaus die Frage, ob eine die obligatorische Rentenversicherung ersetzendes – und nicht nur sie ergänzendes – System nicht als ebenfalls obligatorisch hätte angelegt werden sollen. Dementsprechend wird derzeit auch über halbobligatorische Lösungen diskutiert, worunter hier ein *opting-out* verstanden werden soll⁸⁷. Es sollte auch die Komplexität und die bessere Erfassung angegangen werden, was zu Ersterem etwa bedeutet, dass zB der Wohn-Riester aus dem System wieder herausgenommen werden und das System insgesamt entschlackt werden sollte. Der Frage des Obligatoriums⁸⁸ sollte hier nachgegangen werden.

⁸⁷ Zu der im *opting-out* liegenden Automatik vgl. *Leinert*, Betriebliche Altersvorsorge: Automatik statt Zwang, Warum das *Opting-Out*-Modell besser ist, DIA Köln 2005.

⁸⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer Pflicht zur privaten Vorsorge vgl. *Lenze*, Kapitalgedeckte Zusatzversicherungen für die soziale Absicherung im Lichte der Verfassung, *SozSich* 2011, 433 ff.

Dieses System muss auch nicht als ersetzende Versorgung im Zusammenhang mit der Rentenversicherung verbleiben. Eine davon unabhängige Ausgestaltung würde allerdings ihre Funktion als ersetzende Versorgung in Frage stellen und sie zu einer ergänzenden Versorgung im klassischen Sinne machen – nur mit der Besonderheit der besonderen steuerlichen Förderung. Für eine derartige Öffnung auch für Selbständige spricht allerdings der Umstand, dass immer wieder Wechsel zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung stattfinden. Das Problem könnte sich aber durch eine Erwerbstätigenversicherung erledigen.

ee) Betriebliche Altersversorgung

Was die zweite Säule in Gestalt der betrieblichen Altersversorgung anbetrifft, so geht es auch hier um die Frage der besseren Erfassung schutzbedürftiger Personengruppen. Das Sozialpartnermodell des BRSG versucht es mit einem kollektivrechtlichen Ansatz, der aber bis dato nicht wirklich von Erfolg ist. Auch hier nähert sich die Diskussion einem Obligatorium, wenn auch hier mit einem Opting-out gearbeitet wird, das kollektivvertraglich fundiert sein soll⁸⁹.

6. Diskussionen und Modelle im Ausland

Die demographischen Herausforderungen und der damit verbundene Regelungsbedarf sind ein Problem fast aller Alterssicherungssysteme. Alle modernen Industriestaaten verzeichnen zurückgehende Geburtenraten und unterscheiden sich im Wesentlichen nur darin, wann der Höhepunkt der demographischen Krise zu erwarten ist. Je jünger im Durchschnitt die Bevölkerung ist, um so später tritt dieses Problem ein.

Entsprechend haben auch die verschiedenen Länder Strategien entwickelt, wie mit dem Problem umzugehen ist. Allen Ländern ist soweit ersichtlich gemeinsam, dass sie schrittweise ihre Systeme stabilisiert haben oder vor ebendieser Herausforderung stehen.

a) Österreich

Das österreichische Rentenversicherungssystem liefert ein deutlich höheres Rentenniveau als das deutsche System und mag so suggerieren, dass hier eine bedenkenswerte Alternative zu finden ist.

Österreich⁹⁰ hat ein umlagefinanziertes System der 1. Säule, für das ein Beitrag in Höhe 22,8% zu entrichten ist, wovon die Arbeit-

⁸⁹ Vgl. § 20 BetrAVG.

⁹⁰ Vgl. näher etwa *Hülsewig/Hülsewig*, Das österreichische Rentensystem im Blickpunkt: Rentenparadies oder eine Belastung für zukünftige Generationen?, ifo-Schnelldienst 7/2017, S. 31 ff.; *Blank/Logeay/Türk/ Wöss/Zwiener*, Alterssicherung in Deutschland und Österreich: Vom Nachbarn lernen?, WSI-Report Nr. 27, 1/2016.

nehmer 10,25 % und die Arbeitgeber 12,55 % tragen. Das System wird in erheblichem Umfang durch staatliche Zuschüsse finanziert. Die betriebliche Altersversorgung ist in Österreich hingegen deutlich schwächer ausgebildet; so haben nur etwa 23 % der Arbeitnehmer (Stand 2018) eine Anwartschaft auf eine betriebliche Altersvorsorge⁹¹. Das österreichische Rentenversicherungssystem verfolgt das Ziel, den Lebensstandard im Alter weitgehend zu sichern. Es erreicht ein Rentenniveau, das deutlich höher ist als das deutsche. So liegt die Bruttoersatzrate nach OECD-Berechnungen Stand 2019 in Deutschland bei 38,2 % und in Österreich bei 78,4 %; die Nettoersatzrate beträgt für Deutschland 51 % und für Österreich 92 %⁹². Dies zeigt, dass Österreich insofern dem Ziel einer angemessenen Alterssicherung deutlich näher ist als Deutschland und dies im Übrigen allein durch die Pensionsversicherung, also das österreichische System der gesetzlichen Rentenversicherung, erreicht. Konsequenz daraus ist aber auch ein deutlich höherer Beitrag als in Deutschland. Andererseits ist wie auch in Deutschland das österreichische System auf staatliche Zuschüsse angewiesen, die angesichts der Entwicklung des Altersquotienten stetig steigen werden und derzeit bereits 25 % der Gesamtausgaben betragen. Auch Österreich muss deshalb – soll diese Entwicklung nicht zu Lasten der jüngeren Generation gehen – Reformen angehen, um das System dauerhaft und nachhaltig zu stabilisieren.

Das österreichische System der gesetzlichen Rentenversicherung ist auch gekennzeichnet durch eine breite Finanzierungsbasis, da es sich um eine Erwerbstätigenversicherung handelt⁹³. Diese erfasst auch die Beamten und ist im Wesentlichen eine Harmonisierung bereits bestehender Teilsysteme unter Einbeziehung bisher noch nicht erfasster erwerbstätiger Personenkreise⁹⁴. Allerdings stehen dieser breiten Finanzierungsbasis auch entsprechende Leistungsansprüche gegenüber. Im Rahmen eines Vergleichs ist schließlich auch noch darauf hinzuweisen, dass der Altersquotient in Österreich günstiger ist als in Deutschland.

Österreich betreibt also unter anderen Rahmenbedingungen, bei höheren Beiträgen und bei wachsendem Staatszuschuss ein System

⁹¹ <https://www.wko.at/branchen/bank-versicherung/pensionskassen/pensionskassen-in-oesterreich.html>; abgerufen 3.11.2019.

⁹² OECD Pensions at a Glance 2019.

⁹³ S. auch Bundeskanzleramt Österreich, Reformpfad Pensionen, BKA-351.000/0010-I/4/16.

⁹⁴ S. dazu *Marhold*, Harmonisierung der Alterssicherungssysteme in Österreich, in: Deutschland auf dem Weg zur Erwerbstätigenversicherung – Hat die Organisation der Altersvorsorge der Schweiz und Österreichs für uns eine Vorbildfunktion?, WISO Diskurs Oktober 2008, S. 4 ff.

der gesetzlichen Rentenversicherung, das alle Erwerbstätigen erfasst und ein gegenüber Deutschland deutlich höheres Rentenniveau sichert. Dieses Beispiel zeigt, dass eine Erwerbstätigenversicherung möglich und praktikabel ist. Es zeigt auch, dass ein besserer Altersquotient ein höheres Rentenniveau ermöglicht, was allerdings eine Selbstverständlichkeit ist. Daraus aber herzuleiten, dass höhere Beiträge auch ein höheres Rentenniveau ermöglichen, ist wiederum eine Selbstverständlichkeit; eine andere Frage ist, ob insoweit ein finanzieller Spielraum besteht. Schließlich ist dem österreichischen System zu bescheinigen, dass es hohe Staatszuschüsse erfordert, die sich in der Zukunft noch weiter erhöhen werden. Es lassen sich durchaus gute Gründe für eine solche Herangehensweise auch in Deutschland anführen⁹⁵, die Nachteile sind aber auch nicht zu übersehen und aus der Sicht des Gutachters als Problemlösung für Deutschland nicht zu empfehlen.

b) Schweden

Das System in Schweden ist geprägt von einer staatlichen steuerfinanzierten Garantierente und einer darauf aufbauenden einkommensbezogenen Altersrente und einer Prämienrente⁹⁶. Es findet sich eine Zweiteilung der – verpflichtenden – beitragsabhängigen Altersversorgung. In Schweden wird ein einheitlicher Beitrag von insgesamt 18,7% erhoben für beide Systeme; die Arbeitnehmer tragen 40% dieses Beitrags und die Arbeitgeber 60%. Hinterbliebenenversorgung und Leistungen bei Erwerbsunfähigkeit sind nicht vorgesehen. Ebenfalls handelt es sich um beitragsorientierte Systeme – eine Leistungszusage erfolgt nicht und das Kapitalanlagerisiko trägt der Versicherte Arbeitnehmer⁹⁷.

Die Garantierente ist bedarfsabhängig – mit Einschränkungen. Sie hängt offenbar ab von der einkommensbezogenen Altersrente und Prämienrente und greift, wenn diese nicht ausreicht – ist also ein besonderes Grundrentenmodell.⁹⁸ Das System der ersten Säule ist umlagefinanziert während die – obligatorische – zweite Säule nach dem Prinzip der Kapitaldeckung mit Beitragsorientierung arbeitet.

⁹⁵ *Blank/Zwiener*, Rente: Deutschland und Österreich im Vergleich – Fakten und Mythen, Berliner Gespräche der Institute der Hans-Böckler-Stiftung am 18.9.2017 in Berlin.

⁹⁶ S. dazu etwa *Börsch-Supan/Roth/Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, BMAS Forschungsbericht 494, November 2017.

⁹⁷ S. dazu auch *Letzner/Tippelmann*, Die Reform der Alterssicherung in Schweden – Finanzielle Nachhaltigkeit zu groß geschrieben?, DRV 2003, 501 ff.

⁹⁸ S. dazu näher Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Einkommensbezogene Altersrente, Prämienrente und Garantierente als Leistungen der staatlichen Alterssicherung in Schweden, 2016.

Das schwedische System diene bis zu einem gewissen Maße auch der Riester-Reform als Vorbild – also der Kombination staatlicher gesetzlicher Rentenversicherung und ergänzender kapitalgedeckter zusätzlicher Altersversorgung – und gewinnt insoweit derzeit vor dem Hintergrund von Überlegungen zur Einführung einer verpflichtenden kapitalgedeckten zusätzlichen Altersversorgung wieder an Bedeutung.

Das schwedische System der kapitalgedeckten Zusatzversorgung zeichnet sich dadurch aus, dass es verpflichtend ist, aber dem von diesem Pflichtsystem Erfassten die Möglichkeit einräumt, unter mehreren Fonds auszuwählen. Nimmt die Person eine solche Wahl nicht vor, so greift ein Default-Fonds. Daneben existieren fünf alternative Fonds, die von einer unabhängigen staatlichen Agentur angelegt werden, sowie zahlreiche weitere zugelassene Fonds. Die Auszahlungen erfolgen als Leibrente.

Das geltende schwedische System ist das Ergebnis einer umfassenden Neugestaltung des schwedischen Alterssicherungssystems Ende der neunziger Jahre. Es handelt sich um eine Gestaltung, die das System in zwei Komponenten aufteilt und auf diese Weise Druck vom umlagefinanzierten Systemteil nehmen will.

Für die deutsche Diskussion lässt sich insbesondere die verpflichtende Zusatzversorgung nutzbar machen. Die praktischen Erfahrungen mit dem Obligatorium und den verschiedenen Fonds sind für die Frage eines möglichen Obligatoriums oder Opting-Out-Systems verwertbar⁹⁹.

c) Schweiz

Die Schweiz¹⁰⁰ verfügt über ein Rentensystem bestehend aus drei Säulen und weist insofern im Grundsatz Parallelen zu Deutschland auf. Die 1. Säule (AHV-Alters- und Hinterlassenenversorgung-/IV – Existenzsicherung) dient der Grundsicherung im Alter und ist als Volksversicherung konzipiert. Die 2. Säule (Berufliche Vorsorge -BV- Sicherung des Lebensstandards) ist ein obligatorisches betriebliches Alterssicherungssystem, zu dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu gleichen Teilen Beiträge leisten, das im Kapitaldeckungsverfahren finanziert wird. Selbständige können sich in diesem System

⁹⁹ Vgl. dazu näher → B 93 ff.

¹⁰⁰ S. Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Informationen zum Schweizer Rentensystem und seine Übertragbarkeit auf Deutschland, WD 6 – 3000-008/08; siehe insgesamt auch *Schneider/Geiser/Gächter*, BVG und FZG – Bundesgesetzte über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Kommentar, 2. Aufl. Berlin 2019.

freiwillig versichern. Hinzu kommt als dritte Säule die staatlich – steuerlich – geförderte Selbstvorsorge.

Interessant für die deutsche Diskussion ist, dass die erste Säule zwar eine Leistungsbemessungsgrenze in Gestalt eines Höchstbetrages kennt, aber keine Beitragsbemessungsgrenze. Die erste Säule gewährt Leistungen bei Alter, bei Invalidität und bei Tod.

Die 2. Säule hingegen arbeitet mit einer Mindestgrenze und einer Versicherungsobergrenze. Hier werden von den Versorgungseinrichtungen Beiträge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erhoben. Der Arbeitgeber muss mindestens so viel einzahlen wie seine Arbeitnehmer; üblicherweise führt das zu einer Verteilung von 60 % (Arbeitgeber) zu 40 % (Arbeitnehmer). Es gibt zwar unterschiedliche Versorgungseinrichtungen, es ist aber vorgesehen, dass beim Wechsel des Arbeitgebers eine Altersgutschrift der neuen Versorgungseinrichtung überwiesen wird. Die Berufliche Vorsorge ist zu verstehen als zusätzliche beitragsbezogene Versorgung, die nach Art. 113 der Schweizerischen Bundesverfassung „zusammen mit der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise“ ermöglicht. Obligatorisch versichert sind die Arbeitsentgelte zwischen der sog. Eintrittsschwelle von derzeit 21 330 Franken und dem sog. oberen Grenzbetrag von 85 320 Franken. Dieses Obligatorium greift ab Beginn eines Arbeitsverhältnisses, frühestens ab Vollendung des 17. Lebensjahres und sichert bis zum 24. Lebensjahr zunächst nur die Risiken Invalidität und Alter ab. Mit 25 Jahren beginnt dann der Sparprozess für die Altersvorsorge, aus dem dann ein Altersguthaben entsteht, dass bei Erreichen des Rentenalters mit einem grundsätzlichen Umwandlungssatz von 6.8 % in eine jährliche Altersrente umgewandelt wird. Die Auszahlung erfolgt zu einem Teil als Kapitalabfindung und zu einem anderen Teil als Rente¹⁰¹.

1. und 2. Säule zusammen sollen nach dem Konzept der schweizerischen Alterssicherung ein Alterseinkommen von rund 60 % des letzten Lohns sichern.

Auch das schweizerische System sieht sich demographischen Problemen und den sich aus dem Niedrigzinsumfeld sich ergebenden Herausforderungen gegenüber. Dies hat etwa dazu geführt, dass der aktuelle durchschnittliche Umwandlungssatz auf 5,73 % gesunken ist und für 2023 ein Umwandlungssatz von 5,45 % angenommen wird. Das bedeutet gegenüber Berechnungen aus dem vorhergehen-

¹⁰¹ S. zu allem näher Schweizerische Eidgenossenschaft, Bundesamt für Sozialversicherungen, Sinn und Zweck der beruflichen Vorsorge, <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/sinn-und-zweck.html> – abgerufen 6.11.2019.

den Jahrzehnt eine Versorgungslücke von 15 %¹⁰². Sieht man sich dazu die Reformvorschläge an, so ergibt sich eine nachhaltige Parallelität zur deutschen Diskussion. So wird über höhere Beiträge, eine längere Beitragszeit, Zusatzbeiträge der Arbeitnehmer und Verbesserungen der privaten Vorsorge gesprochen¹⁰³.

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Kompetenzvorschriften für Reformen

a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG

Unter Sozialversicherung ist nicht allgemein die soziale Sicherung zu verstehen, sondern maßgeblich ist, dass es sich um ein dem Versicherungsprinzip folgendes System handelt, das sich grundsätzlich durch Beiträge finanziert. Der Verfassungsgeber hat hier angeknüpft an ein vorgefundenes System – das Sozialversicherungssystem der Reichsversicherungsordnung. Das bedeutet aber nicht, dass es dauerhaft auf dieses Vorbild beschränkt ist; vielmehr ist es einer der Dynamik zugänglich, die sich aus den Entwicklungen und Herausforderungen des Sozialstaats ergibt.

Das BVerfG in seiner Entscheidung zum Beitragssicherungsgesetz führt insoweit aus:¹⁰⁴

Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist als weit gefasster Gattungsbegriff zu verstehen. Er erfasst Systeme, die das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten erfüllen und dazu selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts als Träger vorsehen, die ihre Mittel im Wesentlichen durch Beiträge aufbringen. Dazu gehören jedenfalls die schon bei Entstehen des Grundgesetzes bekannten Versicherungszweige zum Ausgleich der Lasten infolge von Krankheit, Alter, Invalidität und Unfall (vgl. BVerfGE 11, 105 <111 ff.>), also auch die heute im V. und VI. Buch des Sozialgesetzbuches geregelte gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung. Neue Lebenssachverhalte wie die Pflegeversicherung (XI. Buch des Sozialgesetzbuches) gehören in das Gesamtsystem „Sozialversicherung“, wenn sie ihm nach dem Zweck des Lastenausgleichs und der Art und Weise der Aufgabenerledigung durch beitragshebende selbständige Sozialversicherungsträger zuzuordnen sind“.

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialabgabe¹⁰⁵ hat das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass zum Begriff „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12

¹⁰² Vgl. hierzu und zum Folgenden NZZ vom 7.6.2019.

¹⁰³ Siehe auch schon *Feld/Schaltegger*, Steuerungsmechanismen in der AHV, Soziale Sicherheit CHSS 6/2012, 345 ff.

¹⁰⁴ BVerfG v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03 = BVerfGE 114, 16, 221.

¹⁰⁵ BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 = BVerfGE 75, 108 ff. (116) = NJW 1987, 3115 ff.

GG die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit gehöre. Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich dann auch auf eine ältere Entscheidung des Bundessozialgerichts, nach der die Sozialversicherung im Unterschied zur Privatversicherung eine Sicherung besonderer Art sei, bei der neben dem Risikoausgleich von wesentlicher Bedeutung der soziale Ausgleich sei, weshalb Beiträge und Leistungen nach sozialen Gesichtspunkten gestaffelt würden¹⁰⁶.

Für das Bundesverfassungsgericht gehört die Beschränkung auf Arbeitnehmer und auf eine Notlage nicht zum Wesen der Sozialversicherung. Eine besondere Hilfebedürftigkeit ist nicht erforderlich. In neueren Entscheidungen wird auch noch auf Elemente der Solidarität abgestellt¹⁰⁷. Außer dem sozialen Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten sei die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt werde: Träger der Sozialversicherung seien selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der „Beteiligten“ aufbringen.

In einer anderen Entscheidung weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass dieser Begriff der „Sozialversicherung“ auch bei der Kompetenz- und Organisationsnorm des Art. 87 Abs. 2 GG zugrunde zu legen sei¹⁰⁸. In dieser Entscheidung hat das Gericht die in den §§ 29 bis 33 des früheren Schornsteinfegergesetzes geregelte Zusatzversorgung im Schornsteinfegerhandwerk als Sozialversicherung angesehen. Es gelte Versicherungszwang. Sozialversicherung schließe eine zur Grundversorgung hinzutretende Zusatzversorgung ein, zumal wenn sie Teil eines einheitlichen Gesamtversorgungssystems sei.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht schon früh zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff der Sozialversicherung ein dynamischer ist. So hat das Gericht bereits 1960 ausgesprochen¹⁰⁹, dass die Beschränkung auf Arbeitnehmer nicht zum Wesen der Sozialversicherung gehöre. Außer dem sozialen Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten sei kennzeichnend die Art und Weise, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt werde. Träger der Sozialversicherung seien selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge von „Beteiligten“ aufbringen. „Beteiligte“ seien herkömmlich die Versicherten und ihre

¹⁰⁶ BSG v. 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 = BSGE 6, 213 ff., 227.

¹⁰⁷ BVerfG v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01 Rn 83 ff.; BVerfG v. 9.12.2003 – 1 BvR 558/99, NVwZ 2004, 463 ff.; zum Solidarprinzip vgl. *F. Kirchhof*, Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes – SDRSV Bd. 35, Wiesbaden 1992, S. 65 ff.; *ders.* Sozialversicherungsbeitrag und Finanzverfassung, NZS 1999, 161 ff.

¹⁰⁸ BVerfG v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/82, NVwZ 1983, 537 ff. (540).

¹⁰⁹ BVerfG v. 10.5.1960 – 1 BvR 190/58 ua, NJW 1960, 1099 ff.

Arbeitgeber, deren Heranziehung zugunsten der Arbeitnehmer als Auswirkung eines Fürsorgeprinzips angesehen werde, von dem das moderne Arbeitsverhältnis geprägt sei. Maßgebend sei, dass ein Sozialatbestand vorliege, der eine ausgleichende Hilfe der Gemeinschaft rechtfertige. Wenn dann die Hilfe durch selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts gewährt werde, die die notwendigen Mittel durch Beiträge der Arbeitgeber und – im Falle der Selbständigen – der Begünstigten selbst aufbringen und das Leistungssystem organisatorisch eng an einen Träger der „klassischen“ Sozialversicherung, in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall die Berufsgenossenschaften, angelehnt sei, spreche dies für „Sozialversicherung“ im Sinne der Kompetenzvorschriften.

b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge)

Der Begriff der öffentlichen Fürsorge beschränkt sich nicht auf das Unterstützungsmilieu der Sozialhilfe. Im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip sollte diese Kompetenzvorschrift eher weit zu verstehen sein¹¹⁰. Es muss sich um Hilfeleistungen in wirtschaftlicher Notlage handeln, wobei auch Vorbeugemaßnahmen in Betracht kommen. Allerdings besteht Einigkeit, dass öffentliche Fürsorge nicht mit dem kompetenzrechtlich nicht fassbaren Begriff der Daseinsvorsorge gleichgesetzt werden kann¹¹¹. Erfasst werden „auch neue Lebenssachverhalte, wenn sie nur in ihren wesentlichen Strukturelementen dem Bild entsprechen, das durch die ‚klassische Fürsorge‘ geprägt ist“¹¹². Das bedingungslose Grundeinkommen wäre davon wohl nicht erfasst, weil es nicht auf eine wirtschaftliche Notlage reagiert und auch nicht in einem weiteren Sinne dem Bild der klassischen Fürsorge entspricht.

Der Begriff der öffentlichen Fürsorge wird verstanden als Unterstützung Hilfsbedürftiger in vornehmlich wirtschaftlichen Notlagen durch die öffentliche Hand und erfasst neben der Sozialhilfe etwa auch die Jugendpflege und die Altenpflege¹¹³. Ein Grenzfall ist insoweit der Familienlastenausgleich außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung, der nicht zwingend eine wirtschaftliche Notlage, zumindest aber eine spezifische Situation voraussetzt; in neueren Entscheidungen wird das Bundesverfassungsgericht hier zunehmend großzügiger. So soll nunmehr „eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit“ ausreichen, wobei es genügen soll, wenn

¹¹⁰ BSGE 6, 213 ff. (219); BVerfG 88, 203 ff. (329); 97, 332 ff. (342).

¹¹¹ BVerwGE 27, 58 ff. (59 ff.); *Kunig* in von Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 29.

¹¹² BVerfGE 106, 62 ff. (133) – zur Altenpflege.

¹¹³ *Degenhart* in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 35.

eine sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt“¹¹⁴.

c) Zwischenfazit

Insgesamt lässt sich zu beiden Kompetenzvorschriften feststellen, dass eine eher großzügige Sichtweise vertreten wird.

2. Grundrechte

a) Art. 3 GG insbesondere hinsichtlich Beitrag und Leistung

Zu Art. 3 GG geht es abgesehen von Fragen der Einzelausgestaltung im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung um die Beitragsbezogenheit und damit um die Reichweite des Äquivalenzprinzips und damit auch des sozialen Ausgleichs¹¹⁵. Grundsätzlich ist insoweit festzuhalten, dass in der gesetzlichen Rentenversicherung eine Abweichung von der konkreten Beitragsbezogenheit einer Rechtfertigung bedarf. Diese ergibt sich aus dem Versicherungsprinzip und dem Umstand, dass Sozialversicherungsbeiträge zur Eigenfinanzierung durch eine Solidargemeinschaft dienen. Sie werden als solche Versicherungsbeiträge nach dem allgemeinen Risiko der Versichertengemeinschaft berechnet, wobei Elemente des sozialen Ausgleichs, der Fürsorge und der Verantwortung Berücksichtigung finden dürfen. Allerdings sind dies Begriffe, die schwer zu konkretisieren sind, was die Gefahr einer Beliebigkeit mit sich bringt.

Als Grundsatz ist hier auf die Teilhabeäquivalenz¹¹⁶ zu verweisen, die die eigene Beitragsleistung eines Versicherten in Korrespondenz mit dem jeweiligen gesamten Beitragsaufkommen aller Versicherten bringt, weshalb sich Rentenansprüche nach dem Verhältnis des beitragspflichtigen Einkommens eines Versicherten im Vergleich zum Durchschnittslohn bemessen und eine Übertragung relativer Einkommenspositionen aus der Erwerbsphase in die Ruhestandsphase bewirken¹¹⁷. Hiervon ist als Grundsatz auszugehen und für Modifikationen besteht Legitimationsbedarf.

¹¹⁴ BVerfG NJW 2015, 2399.

¹¹⁵ S. hierzu insbes. *F.Kirchhof*, Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes – SDRSV Bd. 35, Wiesbaden 1992, S. 65 ff.; *ders.* Sozialversicherungsbeitrag und Finanzverfassung, NZS 1999, 161 ff.

¹¹⁶ *Bäcker*, Mindestsicherungselemente im Spannungsfeld von Versicherung, Versorgung und Fürsorge, DRV 2019, 206 ff.

¹¹⁷ BVerfG v. 11.11.2008 – 1 BvL 3/05 ua BVerfGE 122, 151 ff. (181).

Das Prinzip der (sozialen) Verantwortung bedeutet die Belastung eines Dritten für Leistungsrechte, die ihn nicht selbst betreffen. Dafür wird man eine gewisse Verantwortungsbeziehung voraussetzen müssen, deren äußerste Grenze die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Künstlersozialabgabe kennzeichnet¹¹⁸. Dies setzt – wie noch zu zeigen sein wird – der Heranziehung Dritter zu Beiträgen etwa beim Projekt der Erwerbstätigenversicherung Grenzen.

Das Prinzip des sozialen Ausgleichs legitimiert Umverteilung innerhalb der Versichertengemeinschaft; damit wird ermöglicht, die Beitragslasten abweichend vom Versicherungsrisiko zu verteilen. Schwierigkeiten bereitet aber die genaue Konkretisierung des Begriffs des sozialen Ausgleichs¹¹⁹. In eine ähnliche Richtung geht die Sichtweise von *Rüfner*¹²⁰, der zwar darauf hinweist, dass das Bundesverfassungsgericht keine Verletzung eines der Rentenversicherung zugrundeliegenden Prinzips darin sieht, dass gleich hohe Beiträge zu unterschiedlichen Rentenleistungen führen können; die zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts seien allerdings auf besonders begründete Fälle beschränkt – etwa freiwillige Beiträge und Pflichtbeiträge.

Die Sozialversicherung macht aus, dass gute und schlechte Risiken zu einem gleichen Beitragssatz von einer Versicherungspflicht erfasst werden. Die Außerachtlassung des individuellen Risikos unterscheidet die Sozialversicherung von der Privatversicherung und ist damit der Kern des sozialen Ausgleichs¹²¹. Daneben finden sich allerdings zahlreiche weitere Elemente wie etwa der Familienlastenausgleich, die zum sozialen Ausgleich gerechnet werden können. Grundsätzlich ist damit eine Relativierung der Beitragsäquivalenz durch den sozialen Ausgleich verfassungsrechtlich möglich, vorbehaltlich genauer Grenzen aus dem Wesen der Sozialversicherung und damit der Rentenversicherung. Die Sozialversicherung beruht auf einem Konzept, das das Prinzip der Versicherung und das Solidarprinzip zu einem angemessenen Ausgleich bringt¹²². Das bedeutet dann aber auch, dass durch den Gedanken des sozialen Ausgleichs das Versicherungsprinzip nicht sinnentleert werden darf, was im Übrigen

¹¹⁸ BVerfGE 75, 108 ff. (157).

¹¹⁹ S. dazu auch die statistische Analyse von *Stegmann/Bieber*, Maßnahmen des sozialen Ausgleichs innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung – Relevante Anwartschaftsbestandteile des Versicherungszugangs 2007, DRV 2010, 518 ff.

¹²⁰ *Merten*, Gleichheitssatz und Willkürverbot, NZS 1992, 81 ff.

¹²¹ *Ruland*, Die Bedeutung des Äquivalenzprinzips in der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV 2013, 101 ff.

¹²² *Papier*, Mindestsicherungselemente im System der Alterssicherung: Spielräume und Grenzen aus verfassungsrechtlicher Sicht, DRV 2019, 1 ff. (5).

auch zu einer Kollision mit Art. 14 GG führen dürfte. Entscheidend ist, dass ein Bezug zur Solidargemeinschaft der Sozialversicherten besteht, was es verbietet, Aufgaben, die dem Staat und damit der Allgemeinheit der Steuerpflichtigen obliegen, unter den sozialen Ausgleich zu fassen. Maßnahmen des sozialen Ausgleichs müssen also systemgerecht sein, was zu Bedenken hinsichtlich der Grundrente führt, mit der Elemente der staatlich zu finanzierenden Grundsicherung in das Rentenversicherungsrecht getragen werden¹²³. Rentenversicherung und Grundsicherung sind in sich geschlossene Systeme mit eigener Systemlogik. Eine Aufweichung dieser Grenzen trägt der Besonderheit einer beitragsbezogenen Rentenversicherung nicht ausreichend Rechnung¹²⁴.

Aus Art. 3 GG lassen sich schließlich noch Maßstäbe für die Generationengerechtigkeit herleiten. Wird durch Maßnahmen des Gesetzgebers im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung eine Generation gegenüber der anderen Generation benachteiligt, so ist auch hier nach der sachlichen Rechtfertigung zu fragen. Das bedeutet nicht, dass eine stärkere Belastung der erwerbstätigen Bevölkerung gegenüber der älteren nicht mehr erwerbstätigen generell vor Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich wäre. Wenn aber eine einseitige Belastung etwa nur mit der Sicherung der Rentenfinanzen begründet wird, überschreitet dies die Grenze zum verfassungsrechtlich Bedenklichen. Eine ausgewogene Belastung der Generationen ist dann verfassungsrechtlich geboten¹²⁵.

b) Art. 14 GG zum Eigentumsschutz bei veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen

Art. 14 GG hat für die gesetzliche Rentenversicherung eine erhebliche Bedeutung. Erworbene Rentenanwartschaften und -ansprüche unterfallen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG¹²⁶. Dies beruht auf dem Gedanken, dass diese Positionen auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen¹²⁷ und findet seinen Ausdruck auch im Versorgungsausgleich bei Ehescheidung, der auf dem Gedanken beruht, dass die Rentenanwartschaften ein gemeinsam erworbener Vermögenswert sind.

¹²³ Ähnlich *Papier* DRV 2019, 6.

¹²⁴ Anders und weitergehend *Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, Tübingen 2009, S. 407.

¹²⁵ Ähnlich *Jarass*, Sicherung der Rentenfinanzierung und Verfassungsrecht, NZS 1997, 545 ff. (549 ff.).

¹²⁶ *Wendt* in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 34.

¹²⁷ S. nur BVerfG v. 7.12.2010 – 1 BvR 2628/07, NJW 2011, 1058 ff. (1059); *Jarass*, Sicherung der Rentenfinanzierung und Verfassungsrecht, NZS 1887, 545.

Die Verfassung schützt dabei vor Eingriffen und anderen Beeinträchtigungen¹²⁸. Eingriffe sind dann gegeben, wenn eine Einwirkung die Nutzung, die Verfügung oder die Verwertung von geschützten Eigentumspositionen in erheblichem Umfang behindert. Davon ist vorliegend nicht auszugehen; die Rentenleistung an einen Versicherten, der diese durch Beiträge erworben hat, die sich vollumfänglich in den erworbenen Entgeltpunkten ausdrücken, werden in ihrer Verfügung, Verwertung oder Nutzung nicht dadurch beeinträchtigt, dass ein anderer Versicherter diese Anwartschaften und Ansprüche mit einer geringeren Beitragsleistung erworben hat.

Allerdings erfasst Art. 14 GG auch staatliche Schutz- und Fürsorgepflichten und beinhaltet auch eine Institutsgarantie¹²⁹. *Papier/Shirvani*¹³⁰ schließen aus Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, dass die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG die Rechtseinrichtung „Eigentum“ vor dem Gesetzgeber in Schutz nehme und das Eigentum gegen einfachgesetzliche Abschaffung oder Aushöhlung sichere, gleichzeitig aber „nicht den Status quo einer ein für allemal feststehenden Einrichtung“ zementieren wolle. Es gehe vielmehr darum, „etwas im Wandel Bleibendes“ festzulegen. Der Gesetzgeber als Adressat der Garantie müsse eine „normative Grundausstattung“ im Sinne eines „Mindeststandard[s] privatnützig zugeordneter Vermögensrechte“ vorsehen, um der Eigentumsgarantie Geltung zu verschaffen. Er darf „an die Stelle des Privateigentums“ nicht „etwas setzen“, „was den Namen ‚Eigentum‘ nicht mehr verdient“. Die Garantie des Privateigentums als Rechtseinrichtung diene der prinzipiellen Verstärkung der Geltungskraft des subjektiven Grundrechts. Sie sei gegenüber der Individualgarantie akzessorisch, weil das Freiheitsrecht eines Rechtsinstituts bedürfe, damit der Einzelne am Aufbau und an der Gestaltung der Wirtschaftsordnung eigenverantwortlich und mit privatnütziger Zielsetzung mitwirken könne.

Daraus folgt hier, dass der Gesetzgeber bei Korrekturen des Systems relativ frei ist, aber bei grundsätzlichen Änderungen, die mit Einschnitten in bestehende Systeme einhergehen, die Grenzen des Art. 14 GG zu beachten sind. Eingriffe haben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen.

¹²⁸ S. Jarass in Jarass/Pieroth GG, 15. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 24ff.

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 24, 367 (389); 26, 215 (222); 31, 229 (240); 42, 263 (294); 50, 290 (339); 58, 300 (339); 103, 332 (347f.).

¹³⁰ *Papier/Shirvani* in Maunz/Dürig GG Art. 14 Rn. 121.

3. Sonstige verfassungsrechtliche Fragestellungen

a) Reichweite und Grenzen der Zuschussgewährung aus Art. 120 GG

Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG sieht vor, dass der Bund die Zuschüsse zu den Lasten der Sozialversicherung mit Einschluss der Arbeitslosenversicherung und der Arbeitslosenhilfe trägt. Daraus ergibt sich zum einen, dass ein Zuschuss – also eine Steuerfinanzierung – nur dann vom Bund auf Art. 120 GG gestützt werden kann, wenn das System, das bezuschusst wird, als Sozialversicherung zu qualifizieren ist wobei dafür auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und den dazu von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konkretisierten Begriff zu verweisen ist¹³¹. Eine Absicherung, die allein durch Steuern finanziert wird, erfüllt dann nicht diese Voraussetzungen und ist – da nicht Sozialversicherung – dann auch nicht durch Art. 74 Nr. 12 GG gedeckt.

Das bedeutet, dass ein neuer Zweig der Sozialversicherung errichtet werden kann und dabei auch eine Kofinanzierung aus Steuermitteln erfolgen kann, sofern dadurch dieses Teilsystem nicht den Charakter als Sozialversicherung verliert. Umgekehrt verliert ein bestehendes System die Eigenschaft als Sozialversicherung, wenn es sich bei der Finanzierung aus Steuermitteln nicht mehr um einen Zuschuss handelt, sondern der finanzielle Beitrag darüber hinausgeht. Grundsätzlich ergibt sich daraus, dass einerseits eine Mitfinanzierung aus Steuermitteln nicht schädlich für die Qualifikation als Sozialversicherung ist, andererseits aber eine Finanzierung allein aus Steuermitteln dieser Qualifikation abträglich ist.

Die Grenze dürfte dort liegen, wo das versicherungstypische System von Beiträgen und Leistungen aufgegeben wird. Man wird annehmen müssen, dass das Kriterium „Sozialversicherung“ nicht nur dann nicht mehr gegeben ist, wenn ein System allein aus Steuermitteln finanziert wird, sondern bereits dann, wenn eine Finanzierung (auch) durch Beiträge zwar noch gegeben ist, dieser Beitrag aber so unbedeutend ist, dass er das Erscheinungsbild des Systems nicht mehr prägt¹³². *Butzer* geht von einer 50-Prozent-Grenze an echten Zuschüssen aus¹³³. Dabei versteht er unter „echten Zuschüssen“ nicht solche für „nicht beitragsgedeckte Leistungen“ iSd § 213 Abs. 3 SGB VI sowie Fremdlasten¹³⁴.

¹³¹ S. dazu → B 45.

¹³² *Butzer* in Maunz/Dürig GG, Art. 120 Rn. 197.

¹³³ *Butzer*, aaO.

¹³⁴ Vgl. hierzu auch *Butzer/Hollo*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer signifikanten Erhöhung des Bundeszuschusses an die Gesetzliche Rentenversicherung, Berlin 2017, S. 41 f.

Für den derzeitigen Stand der Finanzierung ist festzustellen, dass sie sich nach diesem Maßstab innerhalb der Grenzen des Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG bewegt. Für zukünftige Änderungen und mögliche Reformen ist in Frage zu stellen, ob die Grenze bei exakt 50% zu ziehen ist¹³⁵; vielmehr sollte jeweils eine Wertung hinzukommen. Allerdings bedeutet diese Vorschrift für künftige Änderungen und Reformen, dass eine überwiegende Steuerfinanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung diesen den Charakter als Sozialversicherung nehmen würde, so dass ein solches System in Konsequenz auch nicht mehr von der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gedeckt wäre. Es besteht insoweit ein in sich geschlossenes Regelungssystem für die Sozialversicherung und ihre Finanzierung¹³⁶. Eine defizitäre gesetzliche Rentenversicherung würde ab einer bestimmten Schwelle der Steuerfinanzierung diesen Charakter verlieren. Eine Umstellung des Systems auf eine steuerfinanzierte Staatsbürgerversorgung wäre von Art. 120 GG nicht mehr gedeckt. Wenn § 231 Abs. 3 SGB VI bestimmt, dass der Bund zur pauschalen Abgeltung nicht beitragsgedeckter Leistungen an die allgemeine Rentenversicherung einen Bundeszuschuss zahlt, so kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass es sich konkretisierbar um nicht beitragsgedeckte Leistungen handeln muss. Diese Konkretisierbarkeit muss ungeachtet der Schwierigkeit bei der genauen Bestimmung der nicht beitragsgedeckten bzw. „versicherungsfremden“ Leistungen¹³⁷ gelten, da nur so die verfassungsrechtlichen Grenzen eingehalten werden können.

Wenn angesichts des zu hohen Zuschusses des Bundes die Qualifikation als Sozialversicherung entfällt, kann das Leistungssystem nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gefasst werden kann, da dieser eine wirtschaftliche Notlage der Betroffenen voraussetzt.

b) Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben über Beitragsmittel

Der gesetzlichen Rentenversicherung ist beitragsbezogen und diese Beiträge dienen der Finanzierung der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, die durch den Leistungskatalog des SGB VI vorgegeben sind. Dieser Satz klingt als Selbstverständlichkeit; gleichwohl taucht immer wieder die Frage auf, ob die Finanzie-

¹³⁵ So *Butzer/Hollo*, S. 65f.

¹³⁶ BVerfGE 113, 167ff. (200).

¹³⁷ S. nur *Schmidt/Thiede*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3 – Rentenversicherungsrecht, München 1999, § 48 Rn 73 ff.; *Ruland*, DRV 1995, 28; *Rürup* DRV 2004, 586; *Rolfs*, Versicherungsfremde Leistungen der Sozialversicherung, NZS 1998, 551 ff.; *Leisner*, Fremdlasten der Sozialversicherung – ein schwerwiegender Verfassungsverstoß, NZS 1996, 97ff.

zung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben über Beitragsmittel erfolgen darf.

Es geht darum, wann etwas aus der Sicht des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe und wann als Aufgabe der gesetzlichen Rentenversicherung zu qualifizieren ist. Hat man etwas als (nur) gesamtgesellschaftliche Aufgabe qualifiziert, so muss es in einem nächsten Schritt darum gehen, zu klären, welche Grenzen das Verfassungsrecht der Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben durch Beitragsmittel setzt.

Es sind immer wieder Versuche gemacht worden, hier eine genaue Abgrenzung zu finden. Diese Diskussion wird insbesondere über den Begriff der versicherungsfremden Leistungen geführt. Das Bundessozialgericht konkretisiert dies in einer Entscheidung aus 1998 dahin, dass als „versicherungsfremde Leistungen“ Leistungen und Teile davon bezeichnet werden, denen keine entsprechenden Beiträge gegenüberstünden, ferner Leistungen, die vorzeitig bewilligt oder günstig berechnet würden. Hierzu gehörten in einer ersten Gruppe unter anderem Renten vor Vollendung des 65. Lebensjahres, sogenannte arbeitsmarktbedingte Renten wegen Erwerbsminderung, Renten, soweit sie auf Zeiten ohne Beitragsentrichtung wie Anrechnungszeiten oder Kindererziehungszeiten oder auf günstig bewerteten Beitragszeiten beruhen, die auf solche Renten oder Rententeile entfallenden Aufwendungen für die Krankenversicherung der Rentner, die Ausgaben für Kindererziehungsleistungen. Eine zweite Gruppe bildeten die Kriegsfolge- und Wiedergutmachungslasten, im Wesentlichen Leistungen, die auf der Anrechnung von Ersatzzeiten, der Anwendung des Fremdrentenrechts oder des Gesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung (WGSVG) beruhten. Eine dritte Gruppe seien Leistungen im Zusammenhang mit der Herstellung der deutschen Einheit.¹³⁸

Bei dieser Begriffsbestimmung können eindeutig nur die klaren Fälle abgegrenzt werden. Sieht man als „versicherungsfremde Leistungen“ Leistungen und Teile davon an, denen keine entsprechenden Beiträge gegenüberstehen, so wird das Problem verlagert, da zu fragen ist, welche Leistungen zu den Beiträgen in einer solchen Entsprechungs-Beziehung stehen. Dies kann sich etwa bei Ausbildungszeiten ergeben, bei denen ein konkreter individueller Bezug von Beitrag und Leistung nicht erkennbar ist, es aber durchaus zu fragen ist, ob nicht die Versicherungsgemeinschaft insgesamt von diesen Qualifizierungen profitiert; zugleich aber lässt sich dieser Ge-

¹³⁸ BSG v. 29.1.1998 – B 12 KR 35/95 R, NZS 1998, 482 ff.; kritisch dazu *Rolfs*, Versicherungsfremde Leistungen der Sozialversicherung, NZS 1998, 551 ff.

danke auch auf die Gesamtgesellschaft übertragen. Nicht versicherungsfremd sind entgegen dem BSG vorgezogene Rentenleistungen; der Zugangsfaktor stellt einen versicherungsmathematischen Ausgleich dar, so dass dies unmittelbar mit dem Versicherungsgedanken und der Äquivalenz von Beitrag und Leistung vereinbar ist, wenn man einmal von der sog. Rente mit 63 absieht.

Aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ergibt sich ebenso wie aus Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG nur, dass sich die finanzierte Einrichtung insgesamt als Sozialversicherung darstellt, was bei versicherungsfremden Leistungen nicht der Fall ist, sofern sie sich in einem Rahmen halten, der das Gesamt-Erscheinungsbild Sozialversicherung nicht entscheidend beeinträchtigt¹³⁹.

Es soll hier nicht der Versuch gemacht werden, die versicherungsfremden Leistungen abschließend zu definieren¹⁴⁰. Zutreffender Ansatzpunkt bei der Frage der Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben über Beitragsmittel ist Art. 3 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung zur Künstlersozialabgabe fest, dass ein sachlich einleuchtenden Grund dafür erforderlich ist, „dass ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerverpflichtung hinaus als Beteiligter im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugutekommt, ihm vielmehr als fremdnützige Arbeit auferlegt wird, die sozialen Ausgleich und Umverteilung zum Ziel hat und herstellt“¹⁴¹. Weiterhin weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass sich die Belastung des Bürgers mit Sozialversicherungsbeiträgen entscheidend von der Belastung durch Steuern unterscheidet. Jeder Bürger dürfe der Steuergewalt unterworfen werden. Darüber hinausgehende Belastungen bedürften im Hinblick auf die Belastungsgleichheit der Bürger einer besonderen Rechtfertigung. Eine solche Rechtfertigung könne sich insbesondere aus spezifischen Solidaritäts- und Verantwortlichkeitsbeziehungen zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten ergeben¹⁴². Aus dieser Rechtsprechung wird deutlich, dass die Versichertengemeinschaft nicht zur Finanzierung herangezogen werden kann, wenn dadurch Leistungen finanziert werden, die nicht nur der Versichertengemeinschaft zugutekommen, sondern auch solchen Personen, die zu deren Finanzierung nicht beitragen.

¹³⁹ S. dazu auch *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 104a Rn. 127.

¹⁴⁰ S. dazu *Rolf*; NZA 1999, 554 ff.; s. auch *Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst*, Sachstand – Nicht beitragsgedeckte Leistungen aus der Rentenversicherung, WD6–3000-118/16.

¹⁴¹ BVerfGE 75, 108 ff. (157).

¹⁴² BVerfG aaO.

4. Grundsätzliche Schlussfolgerungen für mögliche Regelungen

Aus diesen Überlegungen ergeben sich Vorgaben für Reformen, die nicht unerhebliche Gestaltungsmöglichkeiten einräumen. Es hat sich aber auch gezeigt, dass Verwischungen von Systemgrenzen zu verfassungsrechtlichen Problemen führen können. Dabei ging es insbesondere um die Frage, welche Modifikationen des Äquivalenzprinzips in der gesetzlichen Rentenversicherung (noch) zulässig sind.

III. Gesetzliche Rentenversicherung

1. Ausweitung des erfassten Personenkreises?

a) Stichwort Erwerbstätigenversicherung

aa) Derzeitiger Rechtszustand

Die gesetzliche Rentenversicherung ist bis heute im Grundsatz eine an das Beschäftigungsverhältnis – also die Arbeitnehmer – anknüpfende Sozialversicherung geblieben, in die bestimmte klar abgrenzbare Selbständigengruppen einbezogen wurden, bei denen man von einer den Arbeitnehmern ähnlichen Schutzbedürftigkeit ausging. Daraus ist allerdings ein Flickenteppich geworden, der für sich nicht in Anspruch nehmen kann, tatsächlich alle schutzbedürftigen (kleinen) Selbständigen zu erfassen. Die Erfassung des in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI bezeichneten Personenkreises dient ausweislich der Gesetzgebungsgeschichte dazu, die „Flucht“ in die Solo-Selbständigkeit zur Vermeidung der Rentenversicherungspflicht zu unterbinden. Das derzeitige Recht ist deshalb auch nicht im Ansatz eine Erwerbstätigenversicherung.

bb) Argumente zur Erfassung weiterer Personenkreise

Die bisher nicht von der gesetzlichen Rentenversicherung erfassten Erwerbstätigen verfügen häufig über anderweitige Sicherungsformen durchaus vielfältiger Art. Ein Selbständiger mag Lebensversicherungsverträge abgeschlossen haben oder in Immobilien investiert haben, er mag den Verkauf seines Unternehmens als Alterssicherung eingeplant haben oder freiwillig bzw. im Wege der Versicherungspflicht auf Antrag nach § 4 Abs. 2 SGB VI Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt haben. Die Beitragszahlung in die gesetzliche Rentenversicherung kommt insbesondere auch in den zahlreichen Fällen in Betracht, in denen der selbständigen Tätigkeit zunächst eine Arbeitnehmertätigkeit vorausgegangen ist.

Es besteht aber erhebliche Unklarheit darüber, wie viele Selbständige davon erfasst werden, über welche Sicherungsformen sie verfügen und welchen Umfang bzw. Leistungshöhe diese haben. Auch existieren keine genauen Aussagen darüber, wie sicher einzelne Vorsorgeformen sind. So mag der Verkauf des Unternehmens einen ausreichenden Ertrag für ein zufriedenstellendes Alterseinkommen bieten; es kann aber auch sein, dass sich aus Gründen des Marktes die einmal eingeplante derartige Verwertung später als nicht realisierbar erweist.

Es ist auch festzustellen, dass der Kenntnisstand vieler Selbständiger über ihre Altersvorsorge begrenzt ist und es zweifelhaft ist, ob bei mangelnden Kenntnissen über die eigene Regelabsicherung ein planerisches Handeln im Hinblick auf die Konzeption einer adäquaten individuellen Altersvorsorge möglich ist¹⁴³.

Es ist dann festzuhalten, dass eine unzureichende Alterssicherung später zu Lasten des Staates bzw. der Sozialhilfesysteme geht, also vom Steuerzahler aufgefangen werden muss.

Für eine Erwerbstätigenversicherung spricht auch, dass die aktuellen Erwerbsverläufe geprägt sind von einem häufigeren Wechsel zwischen Arbeitnehmertätigkeit und Selbständigkeit, was zur Vermeidung von Lücken für eine umfassende Erfassung spricht. Ebenso immer größere Verbreitung findet das Nebeneinander von selbständiger und abhängiger Tätigkeit. Hinzu kommt, dass bei modernen Erwerbsformen im Rahmen der Digitalisierung die Unterschiede zwischen der Arbeitnehmertätigkeit und der Selbständigkeit immer mehr verschwimmen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Ausklammerung von Selbständigen aus der gesetzlichen Rentenversicherung denjenigen, die nicht geeignet vorsorgen, einen Wettbewerbs- weil Kostenvorteil verschafft.

Eine derartige Erwerbstätigenversicherung sollte unter dem Dach der gesetzlichen Rentenversicherung erfolgen, da so ein neuer Personenkreis leichter erfasst werden kann als wenn man etwa bei obligatorischer Erfassung eine freie Wahl der Vorsorgeform ermöglichen würde. Der Organisationsaufwand wäre ungleich größer, zumal es hier nur um den Abschluss einer bereits länger dauernden Entwicklung in die gesetzliche Rentenversicherung geht¹⁴⁴. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass bei freier Wahl der Vorsorgeform die Gefahr besteht, dass die guten Risiken sich gegen die gesetzliche Rentenversi-

¹⁴³ So *Fachinger*, Was wissen Selbständige über ihre Altersvorsorge? Große Unsicherheit über Regelabsicherung und individuelle Beteiligung an Alterssicherungssystemen – eine Sonderauswertung des Mikrozensus, DRV 2017, 361 ff.

¹⁴⁴ So auch *Rische* RV Aktuell 2008, 7ff. (11).

cherung entscheiden und die schlechten in der gesetzlichen Rentenversicherung verbleiben, was dem Solidarprinzip zuwiderlaufen würde¹⁴⁵. Bei einer freien Wahl der Vorsorgeform für den neu hinzukommenden Personenkreis würde für diesen eine Privilegierung gegenüber den bisher schon Erfassten geschaffen, die zum einen weiterhin eine Abgrenzung erforderlich machen würde und zum anderen vor Art. 3 GG nicht bestehen würde. Eine freie Wahl der Vorsorgeform für alle Versicherten wäre aber das Ende der auf Versicherungspflicht beruhenden gesetzlichen Rentenversicherung¹⁴⁶. Eine allgemeine Möglichkeit des Opting-Out sollte deshalb hier nicht vorgesehen werden und die noch zu erörternde Befreiungsmöglichkeit sich auch auf die Übergangsfälle beschränken.

In den sozialen Sicherungssystemen im Ausland werden zumeist alle Erwerbstätigen zumindest vom Grundsystem erfasst. Hier ist hinzuweisen auf Österreich¹⁴⁷ und die Schweiz¹⁴⁸. Eine entsprechende Erfassung aller Erwerbstätigen – zumindest für eine Basisversorgung – findet sich auch in Großbritannien.

cc) Zu erfassender Personenkreis

Entscheidende Gesichtspunkte sprechen also für eine Erwerbstätigenversicherung¹⁴⁹. In weiteren Schritten ist nun zu untersuchen, wie der zu erfassende Personenkreis genau einzugrenzen ist, wie das Leistungsspektrum aussehen soll, wie die Beiträge zu bestimmen und von wem zu tragen sind, welche Vorsorgemaßnahmen für eine Befreiungsmöglichkeit tauglich sind und ab wann eine Erwerbstätigenversicherung verbunden mit einer – allgemeinen – Versicherungspflicht greifen soll.

Es sollten alle Erwerbstätigen erfasst werden, dh alle Personen, die ein grundsätzlich steuerpflichtiges Einkommen beziehen. Damit sind gutverdienende Erwerbstätige ebenso erfasst wie solche mit niedrigem Einkommen. Dies entspricht auch dem Muster der Arbeitnehmerversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung und dem

¹⁴⁵ So auch *Ruland*, Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“, NZS 2019, 681 ff. (693); ähnlich *Waltermann*, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbständiger durch das Sozialversicherungsrecht, SGB 2017, 425 ff. (430).

¹⁴⁶ Kritisch dazu auch *Peters-Lange*, Die Herausforderungen an die gesetzliche Rentenversicherung in Folge des Wandels in der Arbeitswelt, SGB 2019, 464 ff. (466 f.).

¹⁴⁷ Siehe *Marhold*, Harmonisierung der Alterssicherungssysteme in Österreich, in: Deutschland auf dem Weg zur Erwerbstätigenversicherung – Hat die Organisation der Altersvorsorge der Schweiz und Österreichs für uns eine Vorbildfunktion?, WISO Diskurs Oktober 2008, S. 4 ff.

¹⁴⁸ *Gächter*, Das Vorsorgesystem der Schweiz – Ein Mischsystem mit Vorbildcharakter für eine Erwerbstätigenversicherung?, WISO Diskurs Oktober 2008, S. 10 ff.

¹⁴⁹ So auch *Ruland*, Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“, NZS 2019, 681 f. (692 f.).

Solidargedanken der Sozialversicherung. Deshalb verbietet es sich auch, die Erweiterung des Personenkreises auf die sog. Solo-Selbständigen¹⁵⁰ zu beschränken¹⁵¹, zumal in einem solchen Fall Manipulationen des Status befördert würden.

Zu geringfügig beschäftigten Erwerbstätigen sieht das SGB VI inzwischen vor, dass nur kurzzeitig Beschäftigte bzw. Tätige versicherungsfrei sind, nicht aber geringfügig entlohnte. Letztere können sich allerdings nach § 6 Abs. 1b SGB VI von der Versicherungspflicht befreien lassen. Es spricht Entscheidendes dafür, diesen Personenkreis in der gleichen Weise auch bei der allgemeinen Erwerbstätigenversicherung einzubeziehen. Eine andere Frage wäre hier, inwieweit in solchen Fällen entsprechend § 6 Abs. 1b SGB VI eine Befreiungsmöglichkeit eingeräumt werden sollte.

Ein weiterer Schritt wäre der zu einer allgemeinen Bürgerversicherung¹⁵² – also über den Kreis der Erwerbstätigen hinaus, was allerdings zu einer weitgehenden Umgestaltung des deutschen Rentenversicherungssystems führen müsste und notwendig nicht mehr über das für eine Sozialversicherung charakteristische Beitragssystem abgewickelt werden könnte – mit Konsequenzen auch verfassungsrechtlicher Art¹⁵³. Auch das Leistungssystem müsste vollständig umgestaltet werden, da dann, wenn nicht mehr an Erwerbstätigkeit angeknüpft wird, etwa auch eine Erwerbsunfähigkeitsrente keinen Sinn mehr machen würde. Ebenfalls aufzugeben wäre das Lohnausfallprinzip. Ob dann damit andererseits eine sinnvolle größere Verbreitung des Alterssicherungsschutzes erreicht werden kann als bei einer Erwerbstätigenversicherung, erscheint zweifelhaft, so dass dieser Gedanke hier nicht weiterverfolgt werden sollte.

Bei einer Erwerbstätigenversicherung sollte das Leistungsspektrum der gesetzlichen Rentenversicherung gelten.

dd) Finanzierung

Bei der Finanzierung der Erwerbstätigenversicherung geht es darum, wie der Beitrag für die Nicht-Arbeitnehmer festgelegt wird, ob also einkommensbezogen oder mittels eines Regelbeitrags. § 165

¹⁵⁰ Vgl. auch *Leonhardt*, Alterssicherung der Solo-Selbständigen – Opt-out-Modell als Lösung?, NZS 2019, 527 ff.

¹⁵¹ So auch *Preis/Temming*, Für ein modernes Rentenrecht: Die Einbeziehung von Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), Forschungsbericht 487 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Berlin 2017, S. 40; für eine Erfassung von Solo-Selbständigen *Waltermann*, Gutachten 68. DJT, 2010, B 102 f.

¹⁵² Siehe *Meinhardt/Kirmer/Grabka/Lohmann/Schulz*, Finanzielle Konsequenzen eines universellen Systems der gesetzlichen Alterssicherung, Düsseldorf 2002; *Meinhardt/Grabka*, Grundstruktur eines universellen Alterssicherungssystems mit Mindestrente, WISO Diskurs Juli 2009.

¹⁵³ → B 45 ff.

Abs. 1 Nr. 1 SGB VI sieht insoweit vor, dass beitragspflichtige Einnahmen bei selbständig Tätigen ein Arbeitseinkommen ist in Höhe der Bezugsgröße, bei Nachweis eines niedrigeren oder höheren Arbeitseinkommens jedoch dieses Arbeitseinkommen, mindestens jedoch monatlich 450 Euro. Das bedeutet konkret, dass der sog. Regelbeitrag für 2019 in den alten Bundesländern 579,39 EUR beträgt und in den neuen Bundesländern 533,82 EUR. Der Mindestbeitrag beträgt 83,70 EUR in den alten wie den neuen Bundesländern und der Höchstbetrag 1.246,20 EUR bzw. 1.143,90 EUR in 2019. Nach § 165 Abs. 1 Satz 2 SGB VI sind beitragspflichtige Einnahmen bei selbständig Tätigen abweichend von Satz 1 Nr. 1 bis zum Ablauf von drei Kalenderjahren nach dem Jahr der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit ein Arbeitseinkommen in Höhe von 50 vom Hundert der Bezugsgröße – also der halbe Regelbeitrag – auf Antrag des Versicherten jedoch ein Arbeitseinkommen in Höhe der Bezugsgröße. So wird grundsätzlich eine andere Berechnungsweise bei Selbständigen als bei abhängig Beschäftigten vorgenommen wird, indem mit Pauschalbeträgen gearbeitet wird, von denen bei entsprechendem Nachweis nach oben oder unten abgewichen werden kann. Hier wäre ein Gleichklang von Arbeitnehmern und Selbständigen hin zur Anknüpfung an tatsächliche Einkommen herzustellen, der aber unvollkommen bleiben muss, da bei Arbeitnehmern ein Lohnabzugsverfahren möglich ist, bei Selbständigen das sozialversicherungspflichtige Einkommen mit erheblichem Zeitverzug aber nur über die Einkommensteuer ermittelt werden kann.

Ein erhebliches Problem stellt der Umstand dar, dass bei Arbeitnehmern der halbe Beitrag vom Arbeitgeber übernommen wird, der Beitrag vom Selbständigen aber allein zu tragen ist, was insgesamt für ihn eine höhere Belastung bedeutet. Eine Einführung der Versicherungspflicht für alle Selbständigen könnte deshalb den Wettbewerbsvorteil niedrigerer Kosten in sein Gegenteil verkehren. Für einen besonderen Personenkreis der Selbständigen – den der Künstler und Publizisten – ist im KSVG eine Künstlersozialabgabe vorgesehen. Gegen eine Übertragung dieses Gedankens sprechen aber die Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht der Inpflichtnahme Dritter in seiner Entscheidung zur Künstlersozialabgabe¹⁵⁴ gesetzt hat. Das Gericht verlangt spezifische Solidaritäts- oder Verantwortlichkeitsbeziehungen zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten, die in den Lebensverhältnissen, wie sie sich geschichtlich entwickelt haben, angelegt sind. Diese Voraussetzungen dürften zumeist nicht gegeben sein. Man mag noch bei einem Solo-Selbständigen mit nur einem Auftraggeber eine solche Verantwortungsbeziehung an-

¹⁵⁴ BVerfGE 75, 108 ff. (157).

nehmen, zumal die Situation da ähnlich ist wie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bei einem Selbständigen mit zahlreichen Kunden bzw. Auftraggebern kann man eine solche besondere Verantwortungsbeziehung nicht annehmen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bei der Berechnung von Arbeits- bzw. Lohnkosten auch beim Arbeitnehmer der volle Beitrag gerechnet wird.

Für Existenzgründer mag man – einmalig – für einen vorübergehenden Zeitraum einen ermäßigten Beitragssatz vorsehen, der dann allerdings auch zu einer verringerten Anwartschaft führt¹⁵⁵. Dies sollte auf einmalig drei Jahre begrenzt bleiben, auch wenn der Selbständige mehrmals eine neue selbständige Tätigkeit aufnimmt.

ee) Befreiung

Bei einer Erstreckung der Versicherungspflicht auf alle Erwerbstätigen muss in Rechnung gestellt werden, dass bisher nicht erfasste Personen bereits selbst andere Vorsorgemaßnahmen ergriffen haben. Da es hier um eine Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung geht, ist wie bei § 231 Abs. 5 SGB VI für den Personenkreis der nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI Versicherungspflichtigen zu verlangen, dass eine Befreiung hier nur erfolgen kann, wenn die anderen Alterssicherungsmaßnahmen eine der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbare Sicherheit bieten und zudem sichergestellt ist, dass sie auch nur für diesen Sicherungszweck genutzt werden können, was etwa bedeutet, dass Immobilien nicht erfasst werden und auch im Bereich der Lebensversicherung nicht alle Vertragsformen erfasst werden.

Ein solches ersetzendes System hat auch alle Risiken in gleicher Weise abzudecken hat wie die gesetzliche Rentenversicherung. § 231 Abs. 5 SGB VI sieht insoweit vor, dass nicht nur das Risiko des Alters, sondern auch die Risiken Invalidität und Tod abzudecken sind. Die Vorschrift gibt auch einen Hinweis für die Frage, wie die Gleichwertigkeit der Systeme festzustellen ist, indem sie darauf abstellt, dass für die Versicherung ebenso viel Beiträge aufzuwenden sind, wie Beiträge zur Rentenversicherung zu zahlen wären.

Nach der Vorbild-Vorschrift des § 231 Abs. 5 SGB VI reicht auch Vermögen aus, wenn damit gewährleistet ist, dass eine Sicherung für den Fall des Alters, der Invalidität und des Todes vorhanden ist, deren wirtschaftlicher Wert nicht hinter einer Versicherung zurückbleibt, für die ein der gesetzlichen Rentenversicherung entsprechender Beitrag zu entrichten ist.

Dies kann allerdings nur für Übergangsfälle gelten, da eine generelle Befreiung bei Bestehen anderer Sicherungsformen den Solidargedanken verletzen würde.

¹⁵⁵ S. etwa § 165 Abs., 1 S. 2 bis 10 SGB VI.

Ein der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbares System, das auch Selbständige erfasst, sind die berufsständischen Versorgungswerke. Sie sehen eine Absicherung aller drei genannten Risiken vor und orientieren sich beim Beitragsaufwand an der gesetzlichen Rentenversicherung. Für diese ist bereits nach derzeitigem Recht eine Befreiungsmöglichkeit in § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI vorgesehen. Diese Vorschrift verweist nur allgemein auf die berufsständischen Versorgungseinrichtungen, die aber neben dem Alter ebenfalls auch die Risiken der Erwerbsunfähigkeit und des Todes (Hinterbliebenenleistungen) abzusichern haben.

ff) Zeitpunkt der Erfassung

Es ist denkbar, mit der Erwerbstätigenversicherung nur Berufsanfänger zu erfassen, die sich also typischerweise noch keine Alterssicherung aufgebaut haben bzw. derartige Schritte noch nicht vorgenommen haben. Allerdings setzt dann die Wirkung einer Erwerbstätigenversicherung im Sinne einer umfassenden Erfassung der Erwerbsbevölkerung erst nach einer Vorlaufzeit von mehreren Jahrzehnten ein. Man erspart sich aber komplizierte Befreiungsregelungen. Beim Berufsstart besteht Anlass, sich über die eigene Absicherung Gedanken zu machen und eine allgemeine Erwerbstätigenversicherung wäre dann Teil des Entscheidungsprozesses.

Allerdings führt eine unzureichende Absicherung Selbständiger im Alter und bei Invalidität zur Inanspruchnahme der steuerfinanzierten Grundsicherung, geht also zu Lasten der Allgemeinheit. Im Grenzbereich zwischen Arbeitnehmertätigkeit und Selbständigkeit wird die Rechtsform der Selbständigkeit nicht selten dazu benutzt, Kostenvorteile im Sinne von Wettbewerbsvorteilen zu erreichen – so durch die bisher fehlende Einbeziehung in die verpflichtenden sozialen Sicherungssysteme.

Die Entscheidung für ein umfassendes System verpflichtender Rentenversicherung sollte jedoch nicht vorrangig von Wettbewerbsgesichtspunkten abhängig gemacht werden, sondern neben fiskalischen in erster Linie von sozialen Gesichtspunkten. In der historischen Linie des Bismarck'schen Systems liegt es, bei der Einbeziehung vorrangig nach der Schutzbedürftigkeit zu entscheiden. Lediglich die Einführung der Ziffern 9 des § 2 Satz 1 SGB VI war dann von Wettbewerbsgesichtspunkten bestimmt. Diese Schutzbedürftigkeit erfasst nicht nur die Berufsanfänger, sondern auch diejenigen, die sich schon länger im Beruf befinden.

Hinzu kommt, dass in der heutigen Wirtschaft gerade angesichts moderner Erwerbsformen die – oft mehrfachen – Wechsel zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit zunehmen, was dafür spricht, das rentenversicherungsrechtlich zu einem einheitlichen Er-

werbsverlauf zu machen¹⁵⁶. Auch diesem Gedanken würde eine Anknüpfung an den Berufsstart beim Selbständigen nicht ausreichend Rechnung tragen.

Auch bereits länger selbständig Tätige sind deshalb zu erfassen. Es ist lediglich eine angemessene Übergangsregelung vorzusehen, die sicherstellt, dass durch eine Versicherungspflicht im Versicherungsfall auch tatsächlich Ansprüche bestehen, indem man etwa an die fünfjährige Wartezeit für die Regelaltersgrenze anknüpft und nur solche erfasst, die sich noch mehr als fünf Jahre vor der Regelaltersgrenze befinden. Es ist allerdings auch denkbar, dies im Sinne besserer Umsetzbarkeit auf einen fixen und ggf. auch früheren Alterstermin festzulegen.

Es sollte für Selbständige nicht nach dem Vorbild der Handwerkerversicherung (§ 2 Satz 1 Nr. 8 iVm. § 6 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI) nach Ablauf von 18 Jahren oder einem ähnlichen Zeitraum die Möglichkeit einer Befreiung von der Versicherungspflicht bestehen. Mit einer Beitragsleistung von 18 Jahren können insbesondere Selbständige mit niedrigem Einkommen kaum eine oberhalb des Grundsicherungsbedarfs liegende Rentenleistung erwerben.

gg) Umsetzung der Erfassung

Während die Erfassung von Arbeitnehmern durch die Beteiligung und Inpflichtnahme auch der Arbeitgeber praktisch umgesetzt werden kann und insoweit an das Beschäftigungsverhältnis anzuknüpfen ist, muss außerhalb dieses Bereiches nach anderen Wegen zur verlässlichen Erfassung gesucht werden. In Betracht kommt hier der Weg über die Steuerdaten der betreffenden Person, was sich mit der gesetzlichen Rentenversicherung über einen automatischen Datenabgleich realisieren ließe¹⁵⁷, allerdings mit der Konsequenz, dass die Daten bei den Nicht-Arbeitnehmern erst mit dem zeitlichen Verzug der Steuererklärung erhoben werden. Will man hier einen Gleichklang herstellen, so muss mit Schätzungen und späterem Spitzenausgleich gearbeitet werden.

Bei der Einkommensermittlung sollte allein an Einkünfte aus der Erwerbstätigkeit angeknüpft werden. Einkünfte aus Kapitalvermögen bzw. aus Vermietung und Verpachtung sollten ausgeklammert bleiben. Beim System der gesetzlichen Rentenversicherung geht es um die Absicherung der Einkommensausfalls infolge Alter, Invalidität oder Tod. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie aus Kapitalvermögen haben aber keinen unmittelbaren Zusammenhang

¹⁵⁶ S. auch *Rische*, Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung – Ansätze zur Begründung und konkreten Ausgestaltung, RV Aktuell 2008, 7 ff. (10).

¹⁵⁷ S. dazu auch § 31 AO.

mit den Risiken Alter, Erwerbsunfähigkeit und Tod. Diese Einnahmen fließen unabhängig von Alter und Fähigkeit zur Erwerbstätigkeit¹⁵⁸. Wollte man die Nicht-Arbeitnehmer zu Beiträgen auch auf diese Einkommen heranziehen, die Arbeitnehmer aber nicht, so würde sich ein Problem aus Art. 3 Abs. 1 GG ergeben.

b) Herausforderungen der Digitalisierung

Die Digitalisierung verändert die Arbeitswelt¹⁵⁹. Diese Aussage findet sich immer wieder, wenn es um das Thema Digitalisierung im sozialpolitischen Bereich geht. Dabei geht es dann um arbeitsrechtliche ebenso wie um sozialrechtliche Fragen. Kennzeichnend für die Digitalisierung¹⁶⁰ ist die Nutzung ebendieser Technologie, die dazu führt, dass Arbeit mobiler wird, was den konkreten Ort der Arbeitsleistung weniger bedeutsam werden lässt. Durch die Digitalisierung verschwimmen auch die Grenzen zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit¹⁶¹. Die Beschäftigungsformen werden vielfältiger und es kommt zu rechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten, die sich der traditionellen Zuordnung von Arbeitnehmertätigkeit einerseits und selbständiger Tätigkeit andererseits weitgehend entziehen. So ist etwa die Grenzziehung bei Plattform-Arbeit außerordentlich schwierig und der Übergang von der Arbeitnehmertätigkeit zur selbständigen Tätigkeit bei Anwendung der traditionellen Kriterien fließend¹⁶². Hinzu kommt, dass diese Arbeit auch räumliche Barrieren überwindet, indem je nach Art der Arbeit diese von jedem Ort der Erde für einen Auftraggeber an einem beliebigen anderen Ort der Erde erbracht werden kann. Voraussetzung ist zumeist nur eine Server-Verbindung.

Man mag dies als moderne und innovative Form des zukünftigen Arbeitens ansehen. Zugleich gilt aber, dass diese Art der Arbeit nicht selten in prekären Beschäftigungssituationen erbracht wird. Der

¹⁵⁸ So auch *Rische*, Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung – Ansätze zur Begründung und konkreten Ausgestaltung, RV Aktuell 2008, 7 ff. (9); anders *Kreikebohm ua*, Die rentenpolitische Agenda 2030, S. 99 f.

¹⁵⁹ *Bertelsmann-Stiftung*, Arbeits- und Lebensperspektiven in Deutschland – Pfade der Veränderung – Ergebnisse der Arbeit der Expertenkommission „Arbeits- und Lebensperspektiven in Deutschland“, Gütersloh 2015; *Eichborst/Tobsch*, Flexible Arbeitswelten – Bericht an die Expertenkommission „Arbeits- und Lebensperspektiven in Deutschland“, Gütersloh 2014.

¹⁶⁰ S. dazu *Wenke Apt/Bovenshulte/Hartmann/Wischmann*, Foresight-Studie „Digitale Arbeitswelt“ für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht 463, Berlin 2016.

¹⁶¹ S. zur Abgrenzung *Fischels*, Der Arbeitnehmerbegriff, Baden-Baden 2019.

¹⁶² S. dazu etwa *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten für den 71. Deutschen Juristentag Essen 2016, B 99 ff.

Schutz der Sozialversicherungssysteme vermag diese Situationen nicht oder nicht vollständig zu erfassen. Es besteht vielmehr die Gefahr, dass diese Personen, werden sie von den Sozialversicherungssystemen nicht erfasst, nicht selbst in der Lage sind, ausreichend privat vorzusorgen und deshalb in die dauerhafte Abhängigkeit von staatlichen Fürsorgeleistungen geraten.

Deshalb muss es ein Anliegen sein, auch diesen Personenkreis in die Sozialversicherungssysteme einzubeziehen, was dazu Anlass gibt, eine Erfassung vorzusehen, die nicht mehr entscheidend auf die traditionelle Abgrenzung abstellt.

Damit erweist sich die Herausforderung der Digitalisierung als zusätzliches Argument für die Einführung einer Erwerbstätigenversicherung. Zugleich macht sie die Notwendigkeit deutlich, dass nicht zu viele Besonderheiten für Selbständige – wenn überhaupt – vorgesehen werden sollten, da vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen die traditionelle Abgrenzung immer problematischer wird.

Eine andere Frage ist die der grenzüberschreitenden Tätigkeit und der sich daraus ergebenden Konsequenzen, wo das Europarecht zu meist nicht weiterhilft, da es sich nicht auf die EU beschränkt. Hier wird man nur an das Steuerrecht anknüpfen können. Man stößt dann aber auf das Problem, dass ein möglicher Arbeitgeber für Meldepflichten und Beitragszahlungen unerreichbar sein mag. Hier ist jüngst ein Vorschlag gemacht worden, wie man das digitale Arbeiten erfassen kann¹⁶³. Dies soll danach geschehen über eine Art von Quellenabzugsverfahren bei bestehenden Plattformen. Die Umsetzung dieser Idee würde allerdings ein internationales und praktisch weltweites Erfassungssystem voraussetzen, was die Umsetzbarkeit eher unwahrscheinlich macht.

Insgesamt ist insoweit aber festzustellen, dass die Digitalisierung den Arbeitsmarkt erheblich verändern und neue Erwerbsformen mit sich bringen wird. Es ist davon auszugehen, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und abhängiger Beschäftigung schwerer zu ziehen sein wird und als Abgrenzung eines schutzbedürftigen Personenkreises noch weniger tauglich sein wird als bisher schon. Die Herausforderungen der Digitalisierung sind deshalb ein zusätzliches Argument für eine allgemeine Erwerbstätigenversicherung im Bereich der Alterssicherung.

Die sich abzeichnenden Entwicklungen verbieten für die Sozialversicherung und damit hier auch für die Rentenversicherung ein

¹⁶³ *Weber*, Digitale Soziale Sicherung – Entwurf eines Konzepts für das 21. Jahrhundert, Hans-Böckler-Stiftung Working Paper Forschungsförderung Nr. 137 Mai 2019; *ders.*, Ein Konzept für die Digitale Soziale Sicherung in der Plattformarbeit, DRV 2019, 247 ff.

„Weiter so“. Es besteht die Gefahr der Erosion des Sozialversicherungsschutzes, da die Grenze zwischen abhängiger Tätigkeit und Selbständigkeit verschwimmt¹⁶⁴.

Es ist auch anzunehmen, dass das Normalarbeitsverhältnis an Bedeutung verlieren wird und in stärkerem Maß als bisher Teilzeittätigkeiten und auch Zeitarbeit sowie informelle Arbeitsarrangements Verbreitung finden werden¹⁶⁵. Dies verlangt ein höheres Maß an Flexibilität vom sozialen Sicherungssystem, wozu eine allgemeine Erwerbstätigenversicherung einen wichtigen Beitrag leisten wird¹⁶⁶.

c) Abgrenzung zu anderen öffentlichen Alterssicherungssystemen und deren Weitergeltung

aa) Berufsständische Versorgung

Das System der Altersversorgung der verkammerten freien Berufe hat sich zunächst als Selbsthilfesystem in der Zeit der Weimarer Republik entwickelt und geht in seiner jetzigen Ausgestaltung auf die Anfangsjahre der Bundesrepublik zurück¹⁶⁷. Dieses System war von vornherein darauf angelegt, sowohl Arbeitnehmer als auch Selbständige zu erfassen und trug damit dem Umstand Rechnung, dass in diesen Berufen kraft Natur dieser Tätigkeiten Arbeitnehmertätigkeiten und solche als Selbständige in Kombination wie in zeitlicher Abfolge typisch sind. Der Rechtsanwalt beginnt typischerweise seine Tätigkeit als angestellter Anwalt in einer Kanzlei und mag im weiteren Verlauf Partner werden. Der Arzt beginnt als Assistenzarzt in einer Klinik und mag sich dann schließlich als selbständiger Arzt niederlassen. Damit sind die berufsständischen Versorgungswerke auch Systeme, die den Unterschied zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit als Unterscheidungskriterium für Schutzbedürftigkeit schon sehr früh aufgegeben haben. Diese Systeme beruhen auf landesrechtlicher Grundlage und erfassen inzwischen ca. 1 Million Versicherte.

Sie beruhen ebenso wie das System der gesetzlichen Rentenversicherung auf dem Gedanken der Versicherungspflicht und es handelt sich ebenso wie dort um gesetzliche Systeme. Da es hier – anders als etwa in Österreich – um eine der Rentenversicherung entsprechende

¹⁶⁴ Kreikebohm ua, Die rentenpolitische Agenda 2030, S. 85 f.

¹⁶⁵ Kreikebohm ua, Die rentenpolitische Agenda 2030, S. 64 ff.

¹⁶⁶ Zur Altersversorgung bei Digitalisierung s. auch Waltermann, Digitalisierung der Arbeitswelt und Schutz Kleiner Selbständiger durch das Sozialversicherungsrecht, SGB 2019, 425 ff. (428 ff.).

¹⁶⁷ S. dazu näher Jung, Berufsständische Versorgung, in: Cramer/Förster/Ruland, Handbuch zur Altersversorgung – Gesetzliche, betriebliche und private Vorsorge in Deutschland, Frankfurt 1998, S. 151 ff.; Kemmler, Berufsständische Versorgungswerke, in: Ruland/Becker/Axer, Sozialrechtshandbuch, 6. Aufl. 2018, § 22.

Grundsicherung geht, ergibt sich die Notwendigkeit einer Abstimmung mit dem System der gesetzlichen Rentenversicherung.

Der Berührungspunkt zwischen der berufsständischen Versorgung und der gesetzlichen Rentenversicherung besteht im Befreiungsrecht des § 6 SGB VI. Im Übrigen sind die Systeme nicht miteinander koordiniert, dh die gesetzliche Rentenversicherung rechnet zur Erfüllung ihrer Leistungsvoraussetzungen Zeiten, die in der berufsständischen Versorgung zurückgelegt sind, nicht an, so dass bei einem Wechsel zwischen den Systemen Verluste hinsichtlich der Leistungen eintreten können, wenn etwa in der gesetzlichen Rentenversicherung Wartezeiten nicht erfüllt werden können. Es mag sich dann ergeben, dass Beiträge nicht rentenwirksam werden. Entsprechendes kann sich auch hinsichtlich der Rentenhöhe ergeben. Auch die berufsständischen Versorgungswerke sehen insoweit ausdrückliche Koordinierungsregelungen im Verhältnis zur gesetzlichen Rentenversicherung und auch zur Beamtenversorgung nicht vor; allerdings sind dort die Konsequenzen etwa angesichts sehr viel großzügigerer Wartezeitregelungen oft weniger gravierend. Zwischen Beamtenversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung jedoch bestehen entsprechende Regelungen etwa in Gestalt der Nachversicherung nach § 8 SGB VI und von Anrechnungsvorschriften im BeamtVG¹⁶⁸. Nachversicherungsberechtigte können allerdings nach § 186 SGB VI eine Zahlung auch an einen berufsständische Versorgungseinrichtung beantragen.

Hingegen sind die berufsständischen Versorgungswerke auf europäischer Ebene nach der Verordnung (EU) 883/04 koordiniert, so dass bei Wechsel ins europäische Ausland bzw. Wechsel aus dem europäischen Ausland ins Inland derartige Verluste nicht eintreten können¹⁶⁹.

Eine fehlende Verknüpfung von Alterssicherungssystemen untereinander ist aber zugleich auch ein Hinweis, dass die beteiligten Altersversorgungssysteme davon ausgehen, dass die Zugehörigkeit zur berufsständischen Versorgung regelmäßig eine dauerhafte ist, Verknüpfungen mit anderen nationalen Systemen also eher nicht erforderlich sind. Dies ist allerdings angesichts der Umstände, die zur Überarbeitung des Befreiungsrecht für Syndikusanwälte geführt haben¹⁷⁰, nicht mehr unbedingt der Fall. Es kann angesichts des stärker tätigkeitsverknüpften Systems dazu führen, dass vermehrt Wechsel zwischen den Systemen stattfinden, die eine Koordinierung angezeigt erscheinen lassen.

¹⁶⁸ S. auch *Kreikebohm ua*, Die rentenpolitische Agenda 2030, S. 129.

¹⁶⁹ S. dazu *Kabil-Wolf*, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, VO 883/04 Art. 1 Rn. 24.

¹⁷⁰ S. etwa *Steinmeyer*, Das Befreiungsrecht für Syndikusanwälte, NZS 2015, 281 ff.

In Konsequenz dieser Reform ist deshalb über eine bessere Verknüpfung zwischen berufsständischer Versorgung und gesetzlicher Rentenversicherung nachzudenken. Hier geht es weniger um die Anrechnung von Rentenversicherungszeiten bei der berufsständischen Versorgung, sondern eher umgekehrt von Zeiten bei der berufsständischen Versorgung für die Erfüllung von Leistungsvoraussetzungen in der gesetzlichen Rentenversicherung.

bb) Beamtenversorgung

Die Beamtenversorgung ergibt sich grundsätzlich aus der Alimentationspflicht des Dienstherrn, die sich wiederum aus den verfassungsrechtlich geschützten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ergibt. Diese Alimentationspflicht bedeutet, dass es dem Dienstherrn obliegt, Beamte „sowie ihre Familien lebenslang angemessen zu alimentieren und ihnen nach ihrem Dienstrang, nach der mit ihrem Amt verbundenen Verantwortung und nach der Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt und des Berufsbeamtentums für die Allgemeinheit entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und des allgemeinen Lebensstandards einen angemessenen Lebensunterhalt zu gewähren.“¹⁷¹

(1) Einbeziehung von Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung

Eine mögliche Einbeziehung von Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung müsste daraufhin geprüft werden, ob diese – den derzeitigen Art. 33 Abs. 5 GG vorausgesetzt – mit dem Alimentationsprinzip vereinbar wäre. Daraus würde sich auch die Frage ergeben, ob in einem solchen Fall, käme eine Umstellung auf eine Rentenversicherungspflicht grundsätzlich in Betracht, die Rentenversicherung als Grundsicherung zwingend einer Ergänzung um eine Zusatzversorgung bedarf. Anders als bei der Frage der Einbeziehung Selbständiger geht es hier nicht um die Erfassung eines schutzbedürftigen und noch nicht ausreichend abgesicherten Personenkreises. Verglichen mit dem Leistungssystem der gesetzlichen Rentenversicherung enthält die Beamtenversorgung Elemente einer Grundsicherung und einer Zusatzversorgung. Es findet sich lediglich eine Widersprüchlichkeit bei der Nachversicherung nach § 8 SGB VI, wo dieser Doppelfunktion nicht Rechnung getragen wird, wenn eine Nachversicherung allein in der gesetzlichen Rentenversicherung und zu ihren Bedingungen erfolgt.

Das Bundesverfassungsgericht rechnet das Alimentationsprinzip zu den verfassungsrechtlich geschützten hergebrachten Grundsätzen

¹⁷¹ BVerfG v. 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 ua, BVerfGE 139, 64 Rn. 93.

des Berufsbeamtentums¹⁷². Dazu zählt der amtsmäßige Unterhalt für den Beamten und seine Familie sowie die amtsmäßige Versorgung des Beamten und seiner hinterbliebenen Familienangehörigen auf der Grundlage der zuletzt innegehabten Amtsbezüge¹⁷³. Andererseits wird vom Bundesverfassungsgericht der Höchstversorgungssatz von mindestens 75 % der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge nicht zu den hergebrachten Grundsätzen gezählt¹⁷⁴. Dass sich die Bezüge der aktiven und der sich im Ruhestand befindenden Beamten unterschiedlich entwickelten, begegnet hinsichtlich Art. 33 Abs. 5 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da ein dahingehender hergebrachter Grundsatz nicht existiere. Mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums iSd Art. 33 Abs. 5 GG sei der Kernbestand von Strukturprinzipien gemeint, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden seien¹⁷⁵.

Der Gesetzgeber besitzt bei der Konkretisierung der aus Art. 33 Abs. 5 GG resultierenden Pflicht zur amtsangemessenen Alimentierung einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Besoldung sowohl hinsichtlich der Struktur als auch hinsichtlich der Höhe¹⁷⁶. Entsprechendes wird man auch für das Ruhegehalt anzunehmen haben, das aber ebenso im Grundsatz dem Alimentsprinzip zu folgen hat. Aus der amtsangemessenen Besoldung ergibt sich auch eine dem Rechnung tragende Versorgung, wobei der genaue Prozentsatz nicht zwingend vorgegeben ist und auch nicht eine präzise Parallelität der Versorgungsentwicklung mit der Entwicklung der Bezüge aktiver Beamter. Vorgegeben ist allerdings, dass das Ruhegehalt unter Berücksichtigung der sich wandelnden Verhältnisse jeweils einen angemessenen Lebensunterhalt sichert. Angesichts der Geltung des Alimentsprinzips auch für Versorgungsbezüge und der – verfassungsfesten – Anknüpfung an das zuletzt bekleidete Amt¹⁷⁷ ist damit der Spielraum einer Integration von Beamten bei Beachtung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums begrenzt. Es lässt sich feststellen, dass die Leistungsformel der gesetzlichen Rentenversicherung anders anknüpft als die der Beamtenversorgung, indem es einmal um eine Berechnung auf der Basis des Einkommens während des Erwerbslebens geht und ein anderes Mal um eine Berechnung auf der Basis des letzten Amtes. Dies zeigt sich auch hin-

¹⁷² BVerfG v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 ff.

¹⁷³ S. auch Liste bei Sachs/Battis GG Art. 33 Rn. 71.

¹⁷⁴ BVerfG v. 27.9.2005 – 2 BvR 1387/02, NVwZ 2005, 1294.

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 8, 1 (20) = NJW 1958, 1228.

¹⁷⁶ BVerfG v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 ff.

¹⁷⁷ BVerfG v. 20.3.2007 – 2 BvL 11/04, NVwZ 2007, 679.

sichtlich der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung, die der Ausrichtung am letzten Amt mit über der Beitragsbemessungsgrenze liegenden Bezügen entgegenstehen würde. Bei aller Unsicherheit hinsichtlich der Konkretisierung des Maßstabs der Angemessenheit einer Versorgung kann aber davon ausgegangen werden, dass die Angemessenheit sich hier aus einer Kombination von Grundversorgung und Zusatzversorgung ergibt, wie auch der Blick auf die Altersversorgung der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst deutlich macht.

Aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ergibt sich nicht, dass die Altersversorgung zwingend aus dem Staatshaushalt zu finanzieren ist. Bei entsprechender Ausgestaltung des Gehaltssystems dürfte auch eine Beitragsfinanzierung in Betracht kommen. Allerdings müsste ein spezielles Zusatzversorgungssystem hinzukommen, das für die Gesamtversorgung des Beamten dem Alimentsprinzip Rechnung trägt.

Größere Freiheiten hätte der Gesetzgeber natürlich, wenn er mit verfassungsändernder Mehrheit Art. 33 Abs. 5 GG modifiziert.

Geht man aber vom derzeitigen Stand der Verfassung aus, so erweist sich die Integration der Beamten in die gesetzliche Rentenversicherung zwar als denkbar, aber als recht aufwendig. Als Eröffnung einer zusätzlichen Finanzierungsquelle eignet es sich nicht, da der Erfassung die spätere Leistungspflicht gegenübersteht. Akzeptiert man den Umstand, dass die Beamtenversorgung einer Kombination aus zweiter und dritter Säule entspricht, so sollte angesichts der sonstigen Notwendigkeit der Stärkung der Zusatzversorgung das bisherige System grundsätzlich beibehalten werden.

(2) Probleme bei der Nachversicherung

Allerdings zeigt sich aktuell an anderer Stelle ein Systembruch beim Nebeneinander von Beamtenversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung. § 8 SGB VI sieht vor, dass Personen nachversichert werden, die als Beamte oder Richter auf Lebenszeit, auf Zeit oder auf Probe, Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit sowie Beamte auf Widerruf im Vorbereitungsdienst, sonstige Beschäftigte von Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts, versicherungsfrei waren oder von der Versicherungspflicht befreit worden sind, wenn sie ohne Anspruch oder Anwartschaft auf Versorgung aus der Beschäftigung ausgeschieden sind oder ihren Anspruch auf Versorgung verloren haben. Die Berechnung und Durchführung der Nachversicherung erfolgt in diesen Fällen nach §§ 181 ff. SGB VI, wozu § 181 Abs. 1 SGB VI bestimmt, dass die Berechnung der Beiträge nach den Vorschriften erfolgt, die zum Zeitpunkt der Zahlung der Beiträge für versicherungspflichtige Beschäftigte gelten.

Das wiederum bedeutet, dass nur Einkommen bis zur Beitragsbemessungsgrenze berücksichtigt wird und sich die Leistungen nach den Berechnungsvorschriften der gesetzlichen Rentenversicherung richten. Eine ergänzende Nachversicherung in einem Zusatzversorgungssystem findet nicht statt. Ein nachversicherter früherer Beamter erhält also eine Leistung nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze, die bekanntlich auch Leistungsbemessungsgrenze ist und nur in Höhe einer Basissicherung, obwohl die Beamtenversorgung auf eine Kombination aus Basissicherung und Zusatzversorgung gerichtet ist. Das führt im Übrigen auch zu einer Benachteiligung von Beamten gegenüber Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes.

Diese rechtliche Situation ist Gegenstand einer Entscheidung des EuGH geworden¹⁷⁸. Der Gerichtshof befand, dass dies – also das geltende System der Nachversicherung – bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gegen Art. 45 AEUV verstößt. Zugleich stellt das Gericht damit aber auch national das System der Nachversicherung in Frage, indem es auf ein Kernproblem dieses Systems hinweist. Es zeigt sich hier eine Abstimmung zwischen zwei Alterssicherungssystemen, die zwar formal zutreffend erscheint, indem der Dienstherr des ausgeschiedenen Beamten für diesen die Rentenversicherungsbeiträge einzahlt, die sonst angefallen wären, die aber keinen vollwertigen Ersatz für die Versorgungsbezüge des Beamten darstellen. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass dieser Umstand Personen davon abhält, zwischen dem öffentlichen Dienst und der privaten Wirtschaft zu wechseln, was angesichts des gewünschten Wissenstransfers in beiden Richtungen wünschenswert wäre. Es ist deshalb zutreffend, wenn mit Blick auf diese Entscheidung vom „Ende der herkömmlichen Nachversicherung von Beamten“ die Rede ist¹⁷⁹.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 2.3.2000¹⁸⁰ die gesetzliche Versagung einer zusätzlichen Altersversorgung für vorzeitig aus dem Dienst ausgeschiedene Richter auf Lebenszeit – und in Konsequenz auch für Beamte auf Lebenszeit – als mit Art. 33 Abs. 5 GG vereinbar angesehen und auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf die Angestellten des öffentlichen Dienstes verneint und dies mit dem Lebenszeitprinzip und der besonderen Fürsorge bei laufendem Status begründet. Zugleich lässt das Bundesverfassungsgericht – da nicht entscheidungserheblich – dahinstehen, ob eine zusätzliche Altersversorgung für auf ihren Antrag hin entlassene Beamte sinnvoll wäre. Schafft

¹⁷⁸ EuGH v. 13.7.2016 – C-187/15 – Pöpperl ./ Land NRW ECLI:EU:C:2016:550.

¹⁷⁹ So *Ruland*, Das Ende der herkömmlichen Nachversicherung von Beamten – Die Folgen der Entscheidung des EuGH vom 13.7.2016, NVwZ 2017, 422 ff.

¹⁸⁰ BVerfG v. 2.3.2000 – 2 BvR 1508/99, NVwZ 2000, 1036.

man grenzüberschreitend einen Ausgleich, was durch die Entscheidung des EuGH zwingend geworden ist, so kann dies innerstaatlich nicht unterlassen werden¹⁸¹.

Es liegt hier nahe, im Bereich des Beamtenversorgungsrechts einen Ausgleich zu finden, da der Kerngedanke der ist, den ohne Anspruch oder Anwartschaft auf Versorgung Ausgeschiedenen gleichwohl eine – angemessene – Versorgung zu verschaffen, was die gesetzliche Rentenversicherung – inzwischen – nur begrenzt leisten kann. Damit wird auch ein Gleichklang mit der zusätzlichen Altersversorgung im öffentlichen Dienst bei den Arbeitnehmern hergestellt, da diesen die Anwartschaften aus der Zusatzversorgung – insofern den allgemeinen Regeln der betrieblichen Altersversorgung folgend – erhalten bleiben. Eine Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung für diesen Sonderfall erscheint nicht sinnvoll, da diese Ausnahme allgemeine Weiterungen nach sich ziehen dürfte.

Es kommt eine zusätzliche Zahlung des Dienstherrn im Rahmen der Beamtenversorgung in Betracht oder eine Zusatzversorgung im Rahmen der Zusatzversorgungssysteme für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Der EuGH verlangt allerdings nur, Ruhegehalts- bzw. Altersrentenansprüche zuzuerkennen, die jenen von Beamten vergleichbar sind, die trotz eines Dienstherrnwechsels der ruhegehaltstfähigen Dienstzeit entsprechende Ruhegehaltsansprüche behalten. Daraus kann geschlossen werden, dass eine Identität nicht gefordert wird.

Allerdings bestehen sowohl beim Bund¹⁸² als auch in einigen Bundesländern¹⁸³ Regelungen zum Altersgeld, das anstelle der Nachversicherung gewährt wird und sich verbunden mit einem Abschlag von 15 % der Beamtenversorgung annähert; letzterer wird damit gerechtfertigt, dass vorzeitig freiwillig aus dem Dienst ausscheidende Beamte das lebenslange Dienst- und Treueverhältnis von sich aus beendet haben¹⁸⁴. Dies dürfte mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Pöpperl kaum vereinbar sein und die Anforderungen an die Vergleichbarkeit nicht erfüllen. Hinzu kommt, dass das Altersgeldgesetz als Voraussetzung eine altersgeldfähige Dienstzeit von sieben Jahren vorsieht während in der betrieblichen Altersversorgung inzwischen nur noch eine Unverfallbarkeitsfrist von drei Jahren besteht.

Insoweit sind Angleichungen unabweisbar¹⁸⁵.

¹⁸¹ Zu dieser Diskussion siehe auch Ruland, aaO mwN.

¹⁸² Altersgeldgesetz vom 28. August 2013 (BGBl. I 3386).

¹⁸³ Baden-Württemberg, Niedersachsen, Hamburg, Hessen.

¹⁸⁴ BT-Drs. 17/12479, 15.

¹⁸⁵ So auch Ruland NVwZ 2017, 422 ff. (427).

2. Probleme unzureichender Absicherung

a) Mögliche Ursachen

Ein zentrales Thema der heutigen Diskussion sind niedrige Renten. Dies liegt zu einem gewissen Teil in der Situation des Leistungssystems der gesetzlichen Rentenversicherung begründet, zu einem anderen Teil aber auch an dem während des Erwerbslebens bezogenen Einkommen, das entweder angesichts der grundsätzlichen Entgelthöhe oder angesichts von Teilzeittätigkeiten niedrig geblieben ist. Bei einem beitragsorientierten Rentenversicherungssystem ist aber festzustellen, dass dies es von seinem Grundgedanken her nicht leisten kann, niedrige Einkommen während des Erwerbslebens allgemein durch höhere Rentenleistungen zu kompensieren. Es wird allerdings zu ermitteln sein, welche Spielräume sich da ergeben können.

Niedrige Rentenleistungen können ihre Ursache auch in unterbrochenen Erwerbsbiografien haben. Diese Unterbrechungen können Zeiten der Kindererziehung und Pflege aber auch Zeiten der nicht versicherungspflichtigen selbständigen Erwerbstätigkeit sein. Zu Kindererziehung und Pflege ist darauf hinzuweisen, dass im Rentenversicherungsrecht entsprechende Maßnahmen vorgesehen sind, um diese Unterbrechungen zu kompensieren. Hier mag man über Einzelheiten der Ausgestaltung streiten, die Berücksichtigung ist aber auf jeden Fall gegeben. Der Wechsel zwischen unterschiedlichen Tätigkeiten stellt in der Tat ein Problem dar, soweit es um einen Wechsel zwischen versicherungspflichtiger und nicht versicherungspflichtiger Tätigkeit geht. Dies ließe sich lösen, wenn es zu einer Erwerbstätigenversicherung kommt.

Soweit es um niedrige Renten als Folge niedriger Einkommen während des Erwerbslebens geht, wurde in der Vergangenheit und auch noch jetzt versucht, dem mit besonderen Maßnahmen entgegenzuwirken. Es ist etwa zu verweisen auf die Rente nach Mindesteinkommen und nach Mindestentgeltpunkten¹⁸⁶ und jüngst auf die Grundrente¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Vgl. § 262 SGB VI; *Krauß*, in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 3 Rentenversicherungsrecht, München 1999, § 57 Rn 32 ff.; *Torp*, Mindestsicherungselemente in der deutschen Alterssicherung von Bismarck bis Merkel, DRV 2019, 132 ff.

¹⁸⁷ Kritisch dazu *Ruland*, Vorschlag zur Grundrente: ungerecht, ineffizient und teuer, ZWB Wirtschaftsdienst 1019, 189 ff.; *ders.*, Der Kompromiss der Koalition zur Grundrente – der Vorschlag bleibt verfassungswidrig, ineffizient und ungerecht, NZS 2019, 881 ff.; s. grundsätzlich auch *Papier*, Mindestsicherungselemente im System der Alterssicherung. Spielräume und Grenzen aus verfassungsrechtlicher Sicht, DRV 2019, 1 ff.; *Peters-Lange*, Die Herausforderungen an die gesetzliche Rentenversiche-

b) Funktion und Möglichkeiten der Rentenversicherung

Der Beitragsbezug der Rente gehört zu den wesentlichen Kernelementen der gesetzlichen Rentenversicherung und hat auch zum allgemeinen Grundvertrauen in die gesetzliche Rentenversicherung beigetragen. Auf die verfassungsrechtliche Relevanz wurde hingewiesen¹⁸⁸. Systeme, die auf die Lebensleistung abstellen, lösen diesen Bezug. Für eine beitragsbezogene Rente ist die Lebensleistung und erst recht der Respekt davor¹⁸⁹ keine verwertbare Kategorie. Man mag nun mit einer nachvollziehbaren Berechtigung die Betreuung von Kindern oder die Pflege von Angehörigen als Lebensleistung ansehen und sie neben die Erwerbstätigkeit stellen. Warum aber für eine Lebensleistung nun – wie bei der Grundrente – 33 Jahre und nicht etwa 40 oder 45 Jahre oder aber ein kürzerer Zeitraum anzusetzen ist, kann nachvollziehbar nicht begründet werden.

Nimmt man hier nun als Beispiel das Konzept der Grundrente¹⁹⁰, so ergibt sich, dass bei einer Kombination der zeitlichen Voraussetzungen mit den leistungsrechtlichen Elementen die Zielvorstellung einer über der Grundsicherung nach dem SGB XII liegenden Rentenleistung zum Ausdruck kommt. Damit wird dann aber ein Bezug zu einer bedürftigkeitsabhängigen Sozialleistung hergestellt, die durch die so berechnete Rentenleistung vermieden werden soll. Damit aber erweist sich eine solche Leistung als von der Intention getragene, eine Sozialhilfeleistung zu vermeiden, was dann aber wiederum damit begründet wird, dass nach erbrachter Lebensleistung eine Bedürftigkeitsprüfung nicht zumutbar sei, was die Leistung zu einer Sozialhilfeleistung mit vermuteter Hilfsbedürftigkeit macht, wobei einzuräumen ist, dass die Zielgenauigkeit dieser Vermutung ausgesprochen begrenzt ist. Der jüngste Kompromiss einer Bedarfs- statt einer Bedürftigkeitsprüfung, bei der nur Einkommen aber nicht Vermögen geprüft wird, ändert an diesem Befund nichts Entscheidendes, da die Zielgenauigkeit weiter eingeschränkt und der Charakter der „verkappten“ Sozialhilfeleistung bestehen bleibt.

Insgesamt zeigt sich so, dass die Vermischung von Aufgabenstellungen zu Systembrüchen und Widersprüchlichkeiten führt. Die Anknüpfung an eine unbestimmte Lebensleistung erweist sich als

rung in Folge des Wandels in der Arbeitswelt, SGB 2019, 464 ff. (471 f.); zu verfassungsrechtlichen Aspekten *Brosius-Gersdorf*, Aktuelle verfassungsrechtliche Probleme der Rentenversicherung. SGB 2019, 509 ff.

¹⁸⁸ → B 45 ff.

¹⁸⁹ Respektrente als Wort des Jahres 2019!!

¹⁹⁰ Zur Kritik daran siehe *Ruland*, Der Kompromiss der Koalition zur Grundrente – der Vorschlag bleibt verfassungswidrig, ineffizient und ungerecht, NZS 2019, 881 ff.

Quelle von Ungereimtheiten, die nicht nur die Überzeugungskraft eines solchen Ansatzes entscheidend mindern, sondern auch verfassungsrechtlich durchschlagen.

Das System der gesetzlichen Rentenversicherung ist darauf angelegt, für eine durch Beiträge erworbene Rente zu sorgen. Das begründet und rechtfertigt auch den Eigentumsschutz von erworbenen Rentenanwartschaften und -ansprüchen¹⁹¹. Zwar trägt der Bundeszuschuss zur gesetzlichen Rentenversicherung in nicht unerheblichem Maße zur Finanzierung der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung bei, der aber nur zum Teil ein allgemeiner Zuschuss ist (§ 213 Abs. 2 SGB VI) und zum Teil als zusätzlicher Bundeszuschuss (§ 213 Abs. 3 SGB VI) der Abgeltung nicht beitragsgedeckter „versicherungsfremder“ Leistungen dient. Trotz dieser Beträge, die oft einen Erstattungsbezug haben, ist die Rentenversicherung von einer Steuerfinanzierung noch weit entfernt¹⁹². Es besteht deshalb Anlass, den Beitragsbezug der gesetzlichen Rentenversicherung auch weiterhin als gegeben anzusehen.

Das aber bedeutet, dass grundsätzlich auch bei niedrigen Renten am Beitragsbezug festzuhalten ist. Wer während seines Erwerbslebens wenig Beiträge eingezahlt hat, kann damit grundsätzlich auch nur eine entsprechend geringe Rente erwerben. Für den Fall, dass diese Rentenleistung das Niveau der Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII nicht erreicht, muss dieses bedürftigkeitsabhängige System eingreifen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz lässt sich denken für Personen, die vollzeitbeschäftigt mit einem üblich langen Versicherungsverlauf zu einer niedrigen Rente gekommen sind. Hier zeigt sich der Beitragsbezug in einer anderen Weise, als dies bei Teilzeitbeschäftigten der Fall ist oder bei Personen mit kurzen Versicherungsverläufen. Das Rentenversicherungsrecht geht davon aus, dass bei einem typischen vollzeitbeschäftigten Erwerbsverlauf eine angemessene Alterssicherung durch die gesetzliche Rentenversicherung sichergestellt werden soll. Bei Teilzeitbeschäftigungen oder kurzen Versicherungsverläufen kann eben davon nicht ausgegangen werden, wie sich aus der Logik des Beitragsbezuges ergibt. Behandelt man dann Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kürzeren Erwerbsverläufen wie Vollzeitbeschäftigte, so sind System- und Gerechtigkeitsbrüche unvermeidbar, wie die Diskussion um die Grundrente gezeigt hat.

Es ist daher bei der Frage der Abhilfe bei niedrigen Renten anzusetzen bei einer Vollzeittätigkeit während des Erwerbslebens. Ist mit

¹⁹¹ Dazu → B 45.

¹⁹² S. dazu näher *Deutsche Rentenversicherung*, Rentenatlas 2019 – Die Deutsche Rentenversicherung in Zahlen, Fakten und Trends.

einer Vollzeitätigkeit im Rahmen der üblichen Dauer des Erwerbslebens eine über dem Existenzminimum liegende Rentenleistung nicht zu erreichen, so ist auf dieser Basis nach Alternativen zu suchen.

Als Vollzeitätigkeit wird man dann eine Tätigkeit anzusehen haben, die der üblichen tariflichen Arbeitszeit entspricht. Allerdings ist zu konstatieren, dass das Kriterium der Vollzeitätigkeit eine starre Grenze ist, da bereits bei einer Verkürzung der Wochenarbeitszeit begrifflich von einer Teilzeitätigkeit auszugehen ist. Es kann aber gleichwohl ein bestimmter Maßstab an Wochenarbeitszeit vorgegeben werden. Aus den der gesetzlichen Rentenversicherung vorliegenden Daten ergibt sich aber wohl nicht, ob eine Person in Teilzeit oder in Vollzeit gearbeitet hat. Es ließe sich lediglich feststellen, ob eine Person mindestens ein Einkommen erzielt hat, das dem Bezug des Mindestlohns bei Vollzeitätigkeit entspricht. Daraus ergeben sich Indizien, die dafür sprechen, dass das Einkommen nicht nur oder überwiegend durch Teilzeitätigkeit erzielt worden ist.

Der daraus ermittelte Wert kann dann Maßstab für eine – auch beitragsadäquate – Mindestsicherung sein.

c) Reform durch gewichtete Rentenformel

Im Rahmen eines beitragsbezogenen Systems lässt sich auf dieser Basis eine gewichtete Rentenformel denken, wie sie sich im US-amerikanischen System der Rentenversicherung findet¹⁹³. Die amerikanische Rentenformel arbeitet ähnlich wie die deutsche mit einer Orientierung am Durchschnittsverdienst aller Versicherten, zu der das individuelle Einkommen während des Erwerbslebens in Beziehung gesetzt wird. Aus diesen Versicherungsjahren werden dann die 35 besten Jahre zugrundegelegt. Mit diesem Schritt werden dann die Berechnung relevanten Einkünfte während des Erwerbslebens festgelegt und bewertet (Average Indexed Monthly Earnings – AIME). In einem weiteren Schritt wird dann die eigentliche Rentenformel auf dieses Berechnungsergebnis angewendet (Primary Insurance Amount – PIA). Diese ist gekennzeichnet durch sog. bend points, was bedeutet, dass für die Bewertung der Einkommensbeträge diese in drei Gruppen aufgeteilt werden. Die erste Gruppe geht bei Werten für 2019 bis \$ 926, die zweite bis \$ 5.583 und die dritte für Beträge darüber. Für das Einkommen bis \$ 926 werden 90 % dieses Betrages als Rentenleistung angesetzt – also nach Werten von 2019 \$ 833,40. Für den Bereich zwischen \$ 926 und \$ 5.583 werden 32 % angesetzt, was zu \$ 1.490,24 führt und führt den \$ 5.583 übersteigenden Betrag

¹⁹³ Siehe dazu *Congressional Research Service, How Social Security Benefits Are Computed* – updated May 3, 2019, Washington, D.C. 2019.

15 %. Ein solches System orientiert sich grundsätzlich am geleisteten Beitrag, berücksichtigt aber auch die Situation niedriger Einkommen.

Hinter dieser Spezialität des amerikanischen Rentenversicherungssystems steckt der zutreffende Gedanke, dass je höher das Einkommen umso leichter es für den Versicherten ist, sich zusätzlich und weitergehend abzusichern. Dieser Gedanke trifft sich mit den Überlegungen in Deutschland, dass es für Bezieher niedriger Einkommen schwierig ist, sich zusätzlich abzusichern. Deshalb ist dieser Gedanke auch auf die deutsche Situation übertragbar, würde aber zu Modifikationen der deutschen Rentenformel führen müssen. Der Ansatz setzt konsequent beim Einkommen an und wertet niedriges Einkommen rentenrechtlich generell auf, so dass eine Wechselbeziehung zum Beitrag weiterhin besteht. Dies ist dann auch mit dem Äquivalenzprinzip zu vereinbaren, da ein sozialer Ausgleich hier zielgerichtet diejenigen trifft, die mangels ausreichenden Einkommens nicht ausreichend selbst vorsorgen können. Der Beitragsbezug ist auch deshalb gewahrt, weil nach dieser Formel jeder Versicherte für den unteren Einkommensteil die gleiche – hochgewichtete – Leistung erhält. Schließlich kann so dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die deutsche gesetzliche Rentenversicherung nur noch ein reduziertes Rentenniveau leisten kann, was insbesondere Bezieher niedriger Einkommen trifft.

3. Frage der Lebensarbeitszeit

Zu Zeiten Bismarcks – also bei der Schaffung des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung – betrug das Renteneintrittsalter 70 Jahre – bei einer deutlich darunter liegenden durchschnittlichen Lebenserwartung. Das erste Gesetz zur Rentenversicherung hieß nicht von ungefähr „Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung“ und brachte damit bereits zum Ausdruck, dass im Vordergrund die Erwerbsunfähigkeit stand und das Alter 70 mit der gesetzlichen Vermutung der Erwerbsunfähigkeit verbunden ist. Inzwischen liegt die durchschnittliche Lebenserwartung deutlich über dem Renteneintrittsalter und die vermutete Erwerbsunfähigkeit hat auch keine Beziehung zum Renteneintrittsalter mehr. Es ist auch festzuhalten, dass seit der Fixierung des Renteneintrittsalters auf 65 im Jahr 1916 bis zum Altersgrenzenanpassungsgesetz von 2007 die durchschnittliche Lebenserwartung um Jahrzehnte gestiegen ist und aus der vermuteten Erwerbsunfähigkeit längst die erstrebenswerte dritte Lebensphase geworden ist, die man möglichst lange und bei Gesundheit verbringen möchte. Die zeitliche Spanne zwischen Renteneintritt und durchschnittlichem Rentenende ist immer länger ge-

worden – mit unmittelbaren Konsequenzen für die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung. Deshalb geht es auch bei Diskussionen über eine Anhebung des Renteneintrittsalters nicht um eine Verkürzung der Rentenbezugsdauer, sondern nur um die Anpassung an die gestiegene Lebenserwartung, womit für eine im Grundsatz gleichbleibende Rentenbezugsdauer gesorgt wird¹⁹⁴.

a) Anpassungen des Rentenalters

Daraus erklärt sich dann auch die verschiedentlich im Ausland anzutreffende automatische Anpassung des Renteneintrittsalters, die sich an der Rentenbezugsdauer und an der Lebenserwartung orientiert¹⁹⁵. Dies ist in Finnland, Dänemark, Italien, in den Niederlanden, in Portugal und in der Slowakei der Fall.

Dahinter steht die zutreffende Erkenntnis, dass das bestehende Rentenversicherungssystem nur finanzierbar bleibt, wenn der Leistungsumfang strukturell bestehen bleibt, dh von einer gleichbleibenden Rentenbezugsdauer ausgegangen werden kann. Wenn die vergangenen Jahrzehnte bei gleichbleibender Altersgrenze einen deutlichen Anstieg der durchschnittlichen Lebenserwartung mit sich gebracht haben, so wurde die verlängerte Rentenbezugsdauer – verständlicherweise – als sozialer Fortschritt wahrgenommen. Zugleich hat dies aber – neben anderen Faktoren – auch zum Kostenanstieg in der gesetzlichen Rentenversicherung beigetragen und kann auch durch den Nachhaltigkeitsfaktor in der Rentenversicherung nicht ausgeglichen werden. Vielmehr führt dieser in seiner derzeitigen Ausgestaltung bei Verlängerung der Rentenbezugsdauer zu einem – weiteren – Absinken des Rentenniveaus. Es entspricht deshalb der inneren Folgerichtigkeit, perspektivisch das Renteneintrittsalter an der durchschnittlichen Rentenbezugsdauer auszurichten. Es geht dabei nicht darum, das Altersgrenzenanpassungsgesetz zu verschärfen und bereits bis 2030 ein höheres Renteneintrittsalter zu erreichen. Es geht lediglich darum, gemäß der Logik dieses Gesetzes über eine weitere – spätere – Anhebung des Renteneintrittsalters nachzudenken und sie gesetzgeberisch rechtzeitig in die Wege zu leiten. Allerdings ist fraglich, ob eine automatische Anpassung der Altersgrenzen wie in einigen Ländern – insbesondere in Skandinavien – praktiziert, sinnvoll ist. Zwar nimmt dies – da einmal festgelegt – die Problematik eher aus der politischen Diskussion, nimmt aber die

¹⁹⁴ Boersch-Supan, Stellungnahme zur Bundestagsanhörung am 23. Januar 2017 (Thema: Rentenpolitik) <https://www.mpisoc.mpg.de/sozialpolitik-mea/wissen/themen/contentpool-themen/artikel/dynamisierung-des-rentenalters-21/> am 30.12.2019.

¹⁹⁵ Zu Dänemark siehe Hermansen, Ambitious retirement indexation ensures sustainable public finances in Denmark, OECD ECOSCOPE 15.1.2019.

Möglichkeit einer Berücksichtigung bestehender bzw. sich verändernder Rahmenbedingungen. Letztlich sind aber diese Modelle nicht so unterschiedlich voneinander, da auch die skandinavischen Systeme den Planungs- und Erwartungshorizont berücksichtigen müssen.

Dem Verfasser ist bewusst, dass eine Anpassung des Renteneintrittsalters im Sinne einer Erhöhung eine für viele unpopuläre Maßnahme ist. Das hat sich nach dem Altersgrenzenanpassungsgesetz gezeigt und letztlich zur sog. Rente mit 63 geführt. Es ist durchaus verständlich, dass die Lebensplanung von Menschen sich auf einen möglichst langen Ruhestand und ergo frühen Ruhestandseintritt richtet. Es ist auch nachvollziehbar, dass je nach Art der Tätigkeit eine psychische oder physische Ermüdung oder Erschöpfung einsetzt, die den Arbeitnehmer zu einem möglichst frühen Ruhestandseintritt veranlasst. Schließlich wird geltend gemacht, dass ein Renteneintritt vor dem gesetzlichen Renteneintrittsalter mit einer niedrigeren Rente wegen des Zugangsfaktors verbunden ist und die Erhöhung des Renteneintrittsalters deshalb eine „verkappte“ Rentenabsenkung sei.

Es ist zwar verständlich, wenn auf physische oder psychische Erschöpfung oder Ermüdung hingewiesen wird, eine generelle Ausnahme für bestimmte Berufe und Tätigkeiten ist jedoch nicht praktikabel, da dies pauschal kaum festgestellt werden kann. Im Übrigen ist insoweit auf die Erwerbsminderungsrenten zu verweisen, die sich in ihrer Höhe bei Erwerbsminderung kurz vor dem Renteneintrittsalter kaum noch von der Altersrente unterscheiden.

b) Abfederung durch Teilrente

Vielmehr können diese Probleme durch die Teilrente angegangen werden, die allerdings in ihrer derzeitigen Ausgestaltung eher ein Schattendasein fristet. Die Grundidee einer Teilrente besteht darin, dass der Arbeitnehmer die Gelegenheit erhält, die Arbeitszeit zu reduzieren und bereits einen Teil seiner Altersrente zu beziehen. Dadurch lassen sich die mit der Arbeit verbundenen Belastungen reduzieren, was für psychisch oder physisch belastende Tätigkeiten von Bedeutung ist und die durch die Teilzeitarbeit entstehende Einkommensminderung durch die Rentenleistung auffangen.

Die Idee einer Teilrente hat eine lange und zugleich auch wechselvolle Geschichte. Eine der Wegmarken in dieser Historie ist das Altersteilzeitgesetz vom 23. Juli 1996¹⁹⁶, das älteren Arbeitnehmern einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglichen sollte. Dieses Gesetz war in Zeiten erheblicher Arbeitslosigkeit ein Weg zur Verringerung der Arbeitslosigkeit durch Al-

¹⁹⁶ BGBl. I 1078.

tersteilzeit. Deshalb förderte die Bundesagentur für Arbeit durch Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz die Teilzeitarbeit älterer Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit ab Vollendung des 55. Lebensjahres spätestens ab 31. Dezember 2009 verminderten und damit die Einstellung eines sonst arbeitslosen Arbeitnehmers ermöglichten. Dieses Gesetz förderte aber im Ergebnis nicht den gleitenden Übergang in den Ruhestand im Wege einer Teilzeitarbeit; vielmehr wurde weit überwiegend das sog. Blockmodell in Anspruch genommen, bei dem der Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des Zeitraums der Altersteilzeitarbeit seine volle Arbeitszeit leistet und in der zweiten Hälfte von der Arbeit völlig freigestellt wird¹⁹⁷. Das aber ist nur eine andere Form der Frühverrentung. Das sog. Teilzeitmodell, das den Intentionen des Gesetzes deutlich mehr entsprach und eine Reduzierung der Arbeitszeit um 50 % für den gesamten Zeitraum vorsah, wurde nur wenig in Anspruch genommen¹⁹⁸. Das Altersteilzeitgesetz reiht sich damit ein in die Tradition des Vorruhestandsgesetzes von 1984¹⁹⁹, bei dem ebenfalls eine Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit vorgesehen war und das ausdrücklich eine Frühverrentung vorsah und diese an die Bedingung knüpfte, dass der freiwerdende Arbeitsplatz durch einen Arbeitslosen besetzt wird.

Andererseits existiert im SGB VI seit 1992 mit § 42 eine Vorschrift, nach der Versicherte eine Rente wegen Alters in voller Höhe (Vollrente) oder als Teilrente in Anspruch nehmen können. Eine Flexibilisierung sollte dadurch erfolgen, dass die Versicherten durch den Bezug einer Teilrente und einer entsprechenden Einschränkung ihrer Erwerbstätigkeit in den Ruhestand hineingleiten können. Die Teilrente sollte in Höhe von einem Drittel, der Hälfte oder von zwei Dritteln der zustehenden Vollrente bezogen werden können. Diese Teilrente wurde jedoch kaum in Anspruch genommen. Es handelt es sich nur um eine Regelung des Rentenversicherungsrechts, die arbeitsrechtlich nicht flankiert ist. Der Arbeitnehmer kann nur allgemein auf die Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes Bezug nehmen (§ 8 TzBfG).

Die Möglichkeit einer Teilrente findet sich auch nur in der ersten Säule, nicht aber in der betrieblichen Altersversorgung²⁰⁰. Vielmehr

¹⁹⁷ Kritisch dazu und für seine Streichung bereits *Boecken*, Gutachten 62. DJT 1998, B 166 ff.

¹⁹⁸ S. dazu *Wenger*, Altersteilzeit – Beliebt aber nicht zukunftsgerecht, IAB-Kurzbericht 8/2009.

¹⁹⁹ Gesetz zur Förderung von Vorruhestandsleistungen (Vorruhestandsgesetz – VRG) vom 13. April 1984 (BGBl. I 601).

²⁰⁰ S. dazu *Förster/Jurkat*, Einführung der Teilrente in der gesetzlichen Rentenversicherung und ihre Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung, NZS 1992, 87 ff.

sieht § 6 BetrAVG ausdrücklich vor, dass eine vorzeitige Betriebsrente nur bei Bezug einer **Vollrente** in Anspruch genommen werden kann. Wer also die Teilrente nach § 42 SGB VI in Anspruch nehmen will, muss auf die Betriebsrente bis zum Bezug der Vollrente verzichten²⁰¹.

Die Tarifpartner scheinen sich auch – von löblichen Ausnahmen abgesehen²⁰² – eher nicht für derartige Teilrenten engagiert zu haben.

Zum anderen ist diese Möglichkeit der Teilrente nach § 42 SGB VI im Zusammenhang zu sehen mit der Regelung zu den Hinzuverdienstgrenzen nach § 34 SGB VI. Die diesbezügliche Regelung war bis zum sog. Flexirentengesetz²⁰³ ausgesprochen starr. § 34 SGB VI sah in der damaligen Fassung in Absatz 2 vor, dass Anspruch auf eine Rente wegen Alters vor Erreichen der Regelaltersgrenze nur besteht, wenn die Hinzuverdienstgrenze nicht überschritten wird. Das bedeutete, dass auch bei kurzzeitigem und geringem Überschreiten der Hinzuverdienstgrenze an sich die Rente vollumfänglich in Wegfall kommen musste. Der Maßstab galt monatlich. Allerdings wurde dies durch § 115 Abs. 1 SGB VI dahin kompensiert, dass von Amts wegen die den Hinzuverdienst tolerierende niedrigere Teilrente zu gewähren ist²⁰⁴. Dadurch wurde zwar ein Alles oder Nichts vermieden, nicht aber Sprünge in der Rentenhöhe. Wurde der Rentenbezieher infolge dieses Vorgangs in eine niedrigere Teilrentenstufe eingeordnet, so bedurfte es bei späterem Wegfall des Hinzuverdienstes bzw. Reduzierung einer erneuten Antragstellung. Hinzu kam, dass die Einhaltung der Hinzuverdienstgrenzen nur rückwirkend erfolgen konnte, was zu Rentenrückforderungen führen konnte. Es dürfte offenkundig sein, dass ein solches System der Teilrente nicht sonderlich attraktiv ist und deshalb auch nur wenig in Anspruch genommen wurde.

Durch das Flexirentengesetz sind seit dem 1.7.2017 diese Hinzuverdienstgrenzen entfallen und ersetzt worden durch kalenderjährliche Hinzuverdienstgrenzen in Höhe von 6.300 EUR. Bei Übersteigen dieser Grenze wird der Hinzuverdienst zu 40% stufenlos auf die Rente angerechnet und es besteht ein Anspruch auf eine Teilrente. Dies wird dann ergänzt durch den sog. Hinzuverdienstdeckel, der bedeutet, dass dann, wenn die Summe aus gekürzter Rente und Hinzuverdienst über dem bisherigen Einkommen liegt, der darüber lie-

²⁰¹ Kritisch dazu auch *Boecken*, Gutachten 62. DJT 1998, B 194 ff.

²⁰² Etwa der Bereich der Chemie – Tarifvertrag „Lebensarbeitszeit und Demografie“ vom 16. April 2008 in der Fassung vom 27. März 2015.

²⁰³ Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben vom 8.12.2016 – BGBl. I 2838; s. dazu auch *Rolfs*, Die neue Flexirente, NZS 2017, 164 ff.

²⁰⁴ *Freudenberg*, in: Schlegel/Voelzke, juris Praxiskommentar SGB VI, § 34 Rn. 44.

gende Hinzuverdienst zu 100 % auf die verbliebene Teilrente angerechnet wird. Damit soll sichergestellt werden, dass durch den Bezug der Teilrente kombiniert mit Hinzuverdiensten nicht ein Gesamteinkommen erzielt wird, das das bisherige Erwerbseinkommen vor Bezug der Teilrente übersteigt. Allerdings bedingt dieses System der jährlichen Hinzuverdienstgrenze, dass mit einer Prognose zu arbeiten ist, weshalb nach § 34 Abs. 3c SGB VI der voraussichtliche jährliche Hinzuverdienst zu berücksichtigen ist. Dieser ist dann jeweils vom 1. Juli eines jeden Jahres neu zu berechnen, sofern sich dadurch eine Änderung ergibt (Spitzabrechnung). Dies kann dann zu Nachzahlungen bei der Rente oder zu Rückforderungen von zu viel gezahlter Rente führen. Auch hier ist wieder festzustellen, dass ein solches Verfahren zwar für eine präzise Berücksichtigung der Hinzuverdienstgrenzen sorgt, andererseits aber für gewisse Unsicherheiten beim Rentenbezieher, die ihn davon abhalten, von der Möglichkeit der Teilrente Gebrauch zu machen. Andererseits ist hervorzuheben, dass die frühere Stufenregelung aufgehoben und durch eine stufenlose Teilrente von 10 % bis 99 % ersetzt worden ist.

Auch diese Neuregelung wird kritisch bewertet, wobei insbesondere auf die mit der Spitzabrechnung verbundene Komplexität der neuen Teilrentenregelung verwiesen wird²⁰⁵. Der Teilrentenbezieher wird kaum verlässlich abschätzen können, ob er mit einer Nachzahlung oder mit einer Rückzahlungsforderung zu rechnen hat. Der Gesetzgeber ist also wieder zu kurz gesprungen.

Hinzuverdienstgrenzen gelten nur für Altersrenten vor Erreichen der Regelaltersgrenze, nach deren Erreichen der Altersgrenze ein unbegrenzter Hinzuverdienst möglich ist. Der Versicherte soll nicht zu Lasten der gesetzlichen Rentenversicherung einen finanziellen Vorteil erlangen, indem er neben einem früheren Rentenbezug weiterarbeitet und so ein höheres Einkommen als zuvor erzielt und die Rentenversicherung durch den früheren Rentenbezug insgesamt in diesem Fall höhere Rentenausgaben hat. Allerdings wird eine volle Weiterarbeit neben der Rentenleistung eher die Ausnahme sein. Entscheidender aber ist, dass bei einem vorzeitigen Rentenbezug der Zugangsfaktor zu berücksichtigen ist, der so berechnet ist, dass er versicherungsmathematisch exakt den längeren Rentenbezugszeitraum berücksichtigt. Für die gesetzliche Rentenversicherung entstehen also durch den früheren Renteneintritt angesichts dessen – mit Ausnahme der abschlagfreien Rente mit 63 – keine zusätzlichen Kosten. Die Hinzuverdienst-

²⁰⁵ Vgl. Etwa Sozialbeirat, Gutachten 2016, Ziff. 73; kritisch auch *Kreikebohm/Mestwerdt*, Arbeit und Rente: Reicht der arbeits- und sozialrechtliche Rahmen für flexible Übergänge von der Arbeit in den Ruhestand?, RdA 2018, 71 ff. (75 ff.); *Kreikebohm*, Wechselwirkungen zwischen Sozial- und Arbeitsrecht: geltendes Recht und künftige Gestaltungsoptionen für das Themenfeld, ZfA 2016, 499 ff.

grenzen lassen sich also nicht mit dem Hinweis auf die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung rechtfertigen²⁰⁶.

Es kann deshalb auch für die vorgezogene Altersrente auf die Hinzuverdienstgrenzen verzichtet werden. Das würde es den Versicherten ermöglichen, flexibel und gleitend aus dem Erwerbsleben auszuschneiden. Es sollte dadurch flankiert werden, dass eine vorgezogene Altersrente aus der betrieblichen Altersversorgung auch bei einer Teilrente und nicht nur bei einer Vollrente wie im jetzigen § 6 BetrAVG bezogen werden kann. Es mag dann der Gestaltungsfreiheit der jeweils Beteiligten überlassen bleiben, ob die Betriebsrente dann ebenfalls als Teilrente oder aber als versicherungsmathematisch gekürzte Vollrente gewährt wird. Diese Flexibilität erscheint notwendig angesichts der recht unterschiedlichen Höhen von Betriebsrentenleistungen.

Maßgebend für die Umsetzung dieser Möglichkeiten ist allerdings die arbeitsrechtliche Flankierung. § 41 Abs. 1 SGB VI sieht bereits vor, dass der Anspruch des Versicherten auf Rente wegen Alters nicht als Grund anzusehen ist, der die Kündigung durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz rechtfertigen kann²⁰⁷. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz ermöglicht in § 8 die Reduzierung der Arbeitszeit und damit die arbeitsrechtliche Flankierung.

4. Zusammenfassung und Zwischenfazit

Es ergibt sich, dass im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung zwar zahlreiche Optionen bestehen, mit denen das System der demographischen Herausforderung begegnen kann.

So eröffnet die weitere Verlängerung der Lebensarbeitszeit, die einem Trend in der Öffentlichkeit derzeit eher entgegenläuft, Möglichkeiten, die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung zu erleichtern und auch das Rentenniveau zu sichern und ggf. sogar wieder steigen zu lassen. Allerdings muss dies begleitet werden durch verbesserte Möglichkeiten eines gleitenden Übergangs in den Ruhestand, um so auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht jeder bis zum Rentenalter vollumfänglich arbeiten kann und will.

Insgesamt ist aber festzustellen, dass die Möglichkeiten der gesetzlichen Rentenversicherung begrenzt sind. Der Beitragssatz lässt sich nicht weiter anheben, Steuermittel können angesichts der finanziel-

²⁰⁶ Ähnlich *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000, S. 454; zu Zweifeln an der Sinnhaftigkeit von Hinzuverdienstgrenzen auch *Preis*, Gutachten 67. DJT 2008, B 111 f.

²⁰⁷ Dazu auch EuGH v. 28.2.2018 – C-46/17 – *John./.* Freie Hansestadt Bremen – ECLI:EU:C:2018:131; *Giesen*, Befristete Arbeitsverhältnisse im Rentenalter – zum neuen § 41 Satz 3 SGB VI, *ZfA* 2014, 21 ff.; *Waltermann*, Integration von Älteren in das Erwerbsleben – Der Beitrags des Arbeitsrechts, *ZfA* 2017, 43 ff.

len Gesamtdimension der gesetzlichen Rentenversicherung nicht grundsätzlich etwas bewirken und Leistungskürzungen laufen der demographischen Herausforderungen und der Sicherstellung einer angemessenen Altersversorgung gerade zuwider.

Deshalb soll im Folgenden das Potential der Zusatzversorgung untersucht werden.

IV. Funktionswandel der Zusatzversorgungssysteme

1. Das Riester-System

Das Altersvermögensgesetz von 2001 hat auf die Herausforderungen der Demographie geantwortet und zu einer Absenkung des Rentenniveaus im Sinne eines geringeren Rentenzuwachses geführt. Mit dieser Reform war – auch als Antwort darauf – ein Paradigmenwechsel in der Altersvorsorge verbunden, indem die entstandene Lücke geschlossen werden sollte durch eine ersetzende kapitalgedeckte freiwillige und steuergeförderte Zusatzversorgung.

Das Konzept²⁰⁸ besteht aus einer Kombination von einem zusätzlichen Sonderausgabenabzug, der im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung berücksichtigt wird und einer progressionsunabhängigen Zulage. Als zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge gefördert werden sollen Anlageformen, die im Alter eine lebenslange Rente (Leibrente) zahlen und bei denen zu Beginn der Auszahlungsphase zumindest die eingezahlten Beiträge für die Auszahlung zur Verfügung stehen²⁰⁹.

In Konsequenz der ersetzenden Funktion sind die Anforderungen an zu fördernde Maßnahmen auch den Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung vergleichbar ausgestaltet und zeichnen sich durch ein hohes Maß an Sicherheit für den begünstigten Personenkreis aus.

Dieses System verharrt derzeit trotz Verbesserungen in 2005 derzeit auf einem Niveau von 16 Millionen Verträgen, bei denen nicht klar ist, welche dieser Verträge weiter aktiv sind und bespart werden und welche nicht. Dies kann allerdings auch dahingestellt bleiben, da angesichts einer erwerbstätigen Bevölkerung von 44 Millionen (Zahl für 2018) die Verbreitung nur als unzureichend bezeichnet werden kann.

Es ist eine eher semantische Auseinandersetzung, ob die Riester-Rente nun als gescheitert anzusehen ist oder nicht. Eine flächende-

²⁰⁸ BT-Drs. 14/4595.

²⁰⁹ Vgl. zu diesem System *Datz*, Private Altersvorsorge am Beispiel der „Riester-Rente“ – Darstellung und kritische Würdigung aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive, Köln 2003.; zu europarechtlichen Aspekten EuGH vom 6.6.2007 – C-269/07 – Kommission ./ Deutschland, ECLI:EU:C:2009:527.

ckende Verbreitung ist nicht erreicht worden, der Paradigmenwechsel ist aber in der Bevölkerung angekommen. Es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Alterssicherung allein durch die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung nicht ausreicht. Es ist festzustellen, dass der Anteil der Haushalte ohne zusätzliche Altersvorsorge von über 73 % in 2001 inzwischen auf etwa 39 % gesunken ist; andererseits zeigt die Zahl aber gleichwohl, dass die Maßnahmen der Zusatzversorgung – nicht nur der Riester-Rente – einen großen Teil der Haushalte nicht erreichen. Nach wie vor ist auch festzustellen, dass Riester-Verträge unter Haushalten mit niedrigem Einkommen nur wenig verbreitet sind (ca. 20 %), wenn auch festzustellen ist, dass gerade bei diesem Personenkreis unter den Formen der zusätzlichen Vorsorge besonders Riester-Verträge sind, was dafür spricht, dass so auch dieser Personenkreis erreicht wird. Insbesondere bei der jüngeren und mittleren Generation ist das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer Zusatzversorgung gewachsen. Allerdings ist seit 2012 eine Stagnation festzustellen, die sicherlich auch mit den sehr eingeschränkten Renditeaussichten zusammenhängt²¹⁰.

Seit dem Altersvermögensgesetz existiert mit § 154 Abs. 3 S. 2 SGB VI eine Vorschrift im Rentenversicherungsrecht, nach der die Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften geeignete Maßnahmen vorschlagen soll, wenn sich zeigt, dass durch die Förderung der freiwilligen zusätzlichen Altersvorsorge eine ausreichende Verbreitung nicht erreicht werden kann. In der amtlichen Begründung dazu heißt es: *„Die Bundesregierung soll im Übrigen den gesetzgebenden Körperschaften geeignete Maßnahmen vorschlagen, wenn allein durch die Förderung der freiwilligen Altersvorsorge eine ausreichende Breitenwirkung nicht erzielt worden ist. Auf der Grundlage der mit der Förderung erzielten Erfahrungen und der erfassten statistischen Daten wird dann zu prüfen sein, ob anstelle einer freiwilligen eine obligatorische zusätzliche Altersvorsorge notwendig ist.“*²¹¹

Es besteht also Anlass, über die Geeignetheit des Riester-Systems für die Zukunft nachzudenken und möglicherweise geeignete Modifikationen vorzusehen.

Dabei ist zum einen zu untersuchen, welche Personenkreise von einer die gesetzliche Rentenversicherung ergänzenden Zusatzversorgung erfasst werden sollten. Die Riester-Förderung hat angeknüpft an der Verringerung des Zuwachses des Rentenniveaus, was faktisch

²¹⁰ Boersch-Supan, 15 Jahre Riester – Eine Bilanz, Arbeitspapier 12/2016 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, S. 2 f.

²¹¹ BT-Drs. 14/4595, 54.

zu einer Absenkung geführt hat. Deshalb ist der förderfähige Personenkreis begrenzt auf die in der gesetzlichen Rentenversicherung Versicherungspflichtigen sowie ua Beamte²¹², also diejenigen, deren Alterssicherungssysteme von den Dämpfungswirkungen des Altersvermögensgesetzes erfasst worden sind. Derzeit geht es – auch angesichts einer Erwerbstätigenversicherung und der neuen Erwerbsformen nicht zuletzt als Folge der Digitalisierung – nicht mehr allein darum, diese spezifische Versorgungslücke zu füllen, sondern allgemein dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Rentenversicherung allein nicht mehr in der Lage ist, für ein angemessenes Alterseinkommen zu sorgen. Daraus folgt für die Ausgestaltung einer Zusatzversorgung, dass sie umfassend und flächendeckend die Basisversicherung ergänzen muss²¹³.

2. Die betriebliche Altersversorgung

Überlegungen zur zusätzlichen Altersversorgung können nicht länger bei dem Punkt ansetzen, dass die gesetzliche Rentenversicherung allein für ein zumindest auskömmliches Einkommen im Alter sorgen kann und die zusätzliche Altersversorgung deshalb dieses System ergänzt, um ein höheres – dem früheren Einkommen näheres – Alterseinkommen zu erzielen. Eine solche – frühere – Situation erlaubte es, mit dem Umstand zu leben, dass nur ca. 60 % der Arbeitnehmer über eine betriebliche Altersversorgung höchst unterschiedlicher Höhe verfügen; so bewegen sich 35 % der Betriebsrenten für Männer und 48 % der Betriebsrenten für Frauen im Bereich zwischen 50 und 200 EUR monatlich²¹⁴. Dies ist inzwischen angesichts der nunmehr festzuhaltenden Durchschnittszahlen bei der gesetzlichen Rentenversicherung nicht mehr möglich. Es muss deshalb eine möglichst vollständige Abdeckung mit zusätzlicher Altersversorgung erreicht werden. Für die Erhaltung des Lebensstandards im Alter ist eine solide zweite Säule inzwischen unabdingbar.

Die betriebliche Altersversorgung verharrt auf einer Abdeckung von ca. 60 %. Es ist derzeit nicht feststellbar, dass sich insoweit eine positive Dynamik entwickelt. Gründe dafür werden vielfältig genannt. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass die Regelungen zu kompliziert seien, das Betreiben von betrieblicher Altersversorgung zu aufwendig und mit erheblichen Risiken für den Arbeitgeber ver-

²¹² § 10a Abs. 1 EStG.

²¹³ Zu einer ähnlichen Aussage kommen *Hanau/Arteaga*, Wie sieht die Zukunft der betrieblichen Altersversorgung aus? – Tendenzen in der Regierungskommission „Verlässlicher Generationenvertrag“, künftige Funktion der bAV, steuerrechtliche Konsequenzen und neue Rentenkonzeptionen, DB 2019, 2183 ff.

²¹⁴ BMAS Forschungsbericht Nr. 474/Z, Alterssicherung in Deutschland (ASID 2015), S. 33.

bunden sei. Es wird auch geltend gemacht, dass viele Arbeitnehmer nicht wirklich an betrieblicher Altersversorgung interessiert seien²¹⁵. Schließlich ist aktuell auch auf das Problem der Doppelverbeitragung zu verweisen, das die betriebliche Altersversorgung für die Beschäftigten weniger attraktiv macht, da die Versorgungsbezüge aus der betrieblichen Altersversorgung der Beitragspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen und der Bezieher dieser Leistungen den vollen Beitrag zu tragen hat. Um die Attraktivität der betrieblichen Altersvorsorge zu stärken, wird nunmehr für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zusätzlich zur Freigrenze ein Freibetrag eingeführt²¹⁶. Das schafft zwar Erleichterungen, bringt die betriebliche Altersversorgung aber auch nicht entscheidend voran, da es nur einen Teilaspekt betrifft.

a) Problembefund

Die betriebliche Altersversorgung leidet ua an ihrer Komplexität, die zwar von größeren Unternehmen beherrscht werden kann und beherrscht wird, die aber kleine Unternehmen davon abhält, sich auf eine betriebliche Altersversorgung einzulassen. Es finden sich die vier traditionellen Durchführungswege, die sich als solche historisch entwickelt haben und jeweils bereits von erheblicher Komplexität sind. Um die betriebliche Altersversorgung voranzubringen sind diese um den Pensionsfonds erweitert worden, dem aber nur mäßiger Erfolg beschieden war, der aber die Komplexität weiter erhöhte. Kennzeichnend für die deutsche betriebliche Altersversorgung ist auch, dass sie leistungsbezogen ist, die Zusagen des Arbeitgebers also grundsätzlich auf die Gewährung von Rentenleistungen und nicht – wie insbesondere im angelsächsischen Bereich – nur auf die Zahlung von Beiträgen gerichtet ist. Dies hat sich positiv etwa in der Finanzkrise 2007 gezeigt, die im angelsächsischen Bereich zu erheblichen Verlusten für die Arbeitnehmer geführt hat, in Deutschland aber an den Betriebsrentnern und Inhabern von Betriebsrentenanwartschaften praktisch folgenlos vorübergegangen ist. Andererseits führt diese Leistungsorientierung dazu, dass den Arbeitgeber eine Einstandspflicht aus der Zusage trifft (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG), die im schlimmsten Fall ruinös sein kann. Dieses Haftungsrisiko hat Arbeitgeber oft davon abgehalten, eine betriebliche Altersversorgung zuzusagen. Um dem zu begegnen, sind mit der beitragsbezogenen

²¹⁵ TNS Infratest Sozialforschung, Arbeitgeber- und Trägerbefragung zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung (BAV 2015) – erstattet im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Berlin 2016, S. 36 ff.

²¹⁶ Gesetz zur Einführung eines Freibetrages in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Förderung der betrieblichen Altersvorsorge (GKV-Betriebsrentenfreibetragsgesetz – GKV-BRG), v. 21.12.2019 – BGBl. I S. 2913.

Leistungszusage, der Beitragszusage mit Mindestleistung und der Umfangszusage Modifikationen der Leistungszusage vorgenommen worden, was allerdings die Komplexität des Systems nur weiter erhöht hat. Dies gilt auch für die Entgeltumwandlung, die in das auf Arbeitgeberzusagen ausgerichtete System eingefügt wurde, und zwar als arbeitnehmerfinanzierte betriebliche Altersversorgung klassifiziert werden kann, arbeitsrechtlich aber auf eine Arbeitgeberzusage bezogen wird. Es ist dann durchaus verständlich, dass diese Komplexität trotz aller gesetzgeberischen Bemühungen nicht den Durchbruch gebracht hat. Das Haftungsrisiko für den Arbeitgeber ist durch die zusätzliche Zusagearten, die auch als Hybride zwischen Leistungszusage und Beitragszusage bezeichnet werden können, zwar verringert worden, wird aber in der Praxis immer noch als maßgebliches Hindernis bezeichnet.

b) Neuere Lösungsansätze

Es hat lange gedauert, bis die im Ausland weit verbreitete reine Beitragszusage auch Eingang in die deutsche Gesetzgebung fand²¹⁷. Allerdings hat sich der Gesetzgeber auch diesmal – aus verschiedenen Gründen – nicht zur allgemeinen Beitragszusage entschließen können, sondern bettet dies in ein tarifvertragliches Regelungsmodell mit der Intention, dass die Gefahren einer reinen Beitragszusage, bei der den Arbeitnehmer das Investmentrisiko trifft, dadurch reduziert werden können, dass diese reine Beitragszusage nur auf der Basis eines Tarifvertrages eingeführt werden kann. Mit diesem Sozialpartnermodell (§§ 21 ff. BetrAVG)²¹⁸ soll für den Arbeitgeber das Haftungsrisiko ausgeschlossen werden, was dann die Attraktivität auch für kleine und mittlere Unternehmen erhöhen soll. Auch zwei Jahre nach Inkrafttreten ist noch keine wirkliche Bewegung in das Sozialpartnermodell gekommen. Größere Tarifverträge sind bisher nicht abgeschlossen. Es ist lediglich bekannt, dass die Gewerkschaft Verdi und das Versicherungsunternehmen Talanx im Oktober 2019 ein Sozialpartnermodell beschlossen haben. Ein Durchbruch ist das aber noch nicht und eine größere Bedeutung des Sozialpartnermodells ist zwar zu wünschen, aber derzeit nicht abzusehen.

Es scheint Befürchtungen zu geben, dass Haftungsrisiken für den Arbeitgeber auch weiterhin bestehen und die Gewerkschaften scheinbar kritisch zu sehen, dass die Arbeitgeber keine Mindesthöhe der Betriebsrente mehr garantieren müssen. Letzteres zeigt, dass die Tradition der Leistungszusage, die mit irgendeiner Garantie verbunden ist, in Deutschland – noch? – fest verwurzelt ist; es ist allerdings zu

²¹⁷ S. dazu als Reformoption bereits *Steinmeyer*, Gutachten 65. DJT, F 45 ff.

²¹⁸ *ErfK/Steinmeyer*, Kommentierungen §§ 21 ff. BetrAVG.

fragen, ob das Fehlen einer solchen Garantie es aufwiegt, eine zusätzliche Altersversorgung nicht zu haben. Eine Beitragszusage mit Garantie wäre ein Widerspruch in sich und würde in Konsequenz auch die gerade hier nicht erwünschte Einstandspflicht des Arbeitgebers auslösen, die gerade eines der Hindernisse für eine weitere Ausbreitung der betrieblichen Altersversorgung ist. Andererseits sind die Haftungsrisiken weitgehend reduziert und etwaige Haftungsrisiken aus der Anlagepolitik eines solchen Systems sind eher theoretisch.

Die weitere Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung insbesondere auch unter kleinen und mittleren Unternehmen, die Kernziel des Betriebsrentenstärkungsgesetzes ist²¹⁹, kommt nicht voran. Die Aussage, dass Derartiges seine Zeit brauche, erscheint angesichts der inzwischen vergangenen Zeit mehr als Hoffnungswort. Auch diese Reform bringt die betriebliche Altersversorgung bei ihrer Verbreitung nur allenfalls begrenzt weiter und die Aussage des früheren Vorsitzenden der Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung Heribert Karch ist nur zu berechtigt, der zwar dem Betriebsrentenstärkungsgesetz bescheinigt, die richtigen Impulse gesetzt und dazu beigetragen zu haben, dass mehr Geringverdiener eine Direktversicherung abgeschlossen hätten, dennoch sei man Lichtjahre davon entfernt, bis zum Ende des Reformprozesses 2030 die notwendige Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu erreichen. „Bis dahin wären mit den bisherigen Strategien maximal etwa 60 bis 70 % Verbreitung erreichbar, das wären ca. 30 Prozentpunkte Aufwuchs in 30 Jahren, andere entwickelte Länder könnten über uns nur noch den Kopf schütteln.“²²⁰

c) Bewertung bisheriger Lösungsansätze

Auch bei den Riester-Verträgen scheint das System in seiner derzeitigen Ausgestaltung an einer Grenze angekommen ist, die vermuten lässt, dass eine zunehmende Verbreitung des Systems nicht zu erwarten ist.

Zur deutlichen Verstärkung der zweiten Säule sind zum einen deutliche Verbesserungen der Riester-Förderung denkbar – verbunden dann mit der Erwartung bzw. Hoffnung, dass sie aufgrund dessen mehr in Anspruch genommen werden möge. Zum anderen ließe sich an Entsprechendes in der betrieblichen Altersversorgung denken. Es muss weiter auch die Frage gestellt werden, ob das Prinzip der Freiwilligkeit, das das deutsche System durchzieht, in der derzeitigen Ausgestaltung eine Zukunft hat oder ob nicht an dieser Stelle

²¹⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) BT-Drs. 18/11286, 31.

²²⁰ Heribert Karch auf der 81. aba-Jahrestagung 2019 in Bonn – zitiert nach Ass-Compact vom 9.5.2019.

über Modifikationen nachgedacht werden sollte. Diese können in einem Obligatorium aber auch in weniger eingreifenden Maßnahmen wie einem Opting-Out bestehen.

Ausgangspunkt aller in diese Richtung gehenden Überlegungen ist die Einsicht in die Notwendigkeit, eine kapitalgedeckte zusätzliche Altersvorsorge aufzubauen bzw. auszubauen. Dahinter steht der Gedanke, dass auf diese Weise zum Umlageverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung eine kapitalgedeckte Säule hinzukommt, was die Lasten verteilt und die Risiken diversifiziert. Es ist auch festzuhalten, dass kapitalgedeckte Systeme weniger demographiefähig sind als Umlagesysteme.

aa) Verbesserungen bei Riester?

Der Riester-Förderung wird mit einer gewissen Berechtigung ihre Komplexität vorgeworfen, die mit zur Zurückhaltung bei der Inanspruchnahme führen mag. Das mit der Riester-Förderung verbundene Verfahren ist recht bürokratisch und insbesondere das Zulagensystem führt bei Wegfall der Fördervoraussetzungen zu Rückforderungen. Die Folge ist Verdruss bei den Betroffenen, was der Popularität dieser Vorsorgeform nicht zuträglich ist.

Eine der Reformoptionen ist die einer Ausweitung des förderberechtigten Personenkreises. Hier kommen verschiedene „Unteroptionen“ in Betracht, die den jeweiligen Personenkreis betreffen. Die Riester-Förderung kann nicht länger nur im Zusammenhang mit der Absenkung des Rentenniveaus in der gesetzlichen Rentenversicherung gesehen werden²²¹. Dieser Zusammenhang dürfte inzwischen nur noch den Fachleuten offenkundig sein. Wenn jemand heute neu einen Riester-Vertrag abschließen soll, kann man ihn nur mit dem Hinweis darauf motivieren, dass die Altersversorgung durch die gesetzliche Rentenversicherung allein nicht mehr sichergestellt werden kann und es einer Ergänzung bedürfe. Für die Betroffenen sind die Riester-Verträge, wenn sie nunmehr neu abgeschlossen werden, ein Altersvorsorgeprodukt unter mehreren. Entsprechend müssen sie auch heute in der Öffentlichkeit dargestellt werden. Die Problematik unzureichender Altersvorsorge ist nicht auf den derzeit von der Rentenversicherung erfassten Personenkreis beschränkt, was auch für eine allgemeine Erwerbstätigenversicherung spricht. Deshalb sollte der in Frage kommende Personenkreis auch bei der Riester-Förderung weit gefasst werden.

Die Riester-Förderung kann in Zukunft nur dann Zuwächse erfahren, wenn sie sich von der unmittelbaren Verknüpfung mit dem

²²¹ S. dazu *Fassbauer/Petersen/Rieckhoff*, Bedarf die staatliche Förderung der Riester-Rente der Veränderung? – Ausgewählte Reformüberlegungen in der Diskussion, DRV 2018, 119 ff.

AVmG zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung trennt. Dazu gehört auch die Feststellung, dass der Förderrahmen bei diesem System anders als bei der Entgeltumwandlung in der betrieblichen Altersversorgung nicht dynamisiert ist. Dies mag fiskalische Gründe haben, ist aber dem Ziel der weiteren Ausbreitung dieser Vorsorgeform nicht dienlich und verstärkt den Eindruck, dass der Gesetzgeber mit der Riester-Förderung auch weiterhin nur die Korrektur der Absenkung des Rentenniveaus durch das AVmG im Auge hat. Dann aber müsste man sich konsequenterweise mit dem derzeitigen Stand der Riester-Verträge abfinden, da die Reaktion auf eine Entwicklung, die sich vor 18 Jahren zugetragen hat, damit abgeschlossen ist. Für ein zukunftsgerichtetes Altersvorsorgesystem, das auch weiterhin als Element der Altersvorsorge attraktiv sein will und soll, ist eine solche Sichtweise nicht geeignet, was nur dazu führen kann und muss, dass der gesetzliche Förderrahmen hier ebenso wie bei anderen Maßnahmen der Altersvorsorge dynamisiert wird²²².

Das System der Riester-Förderung – sollte es denn weitergeführt werden – muss also zu einem eigenständigen Altersvorsorgesystem weiterentwickelt werden.

bb) Deutschland-Rente

Ein dahingehender Vorschlag ist mit dem Konzept der Deutschland-Rente²²³ gemacht worden, die den Gedanken der Riester-Förderung ebenso aufnimmt wie den der veränderten Rolle dieses Zusatzversorgungssystems. Dieser Vorschlag will insbesondere für die Beschäftigten in den kleineren Betrieben den Zugang zur privaten Altersvorsorge erheblich vereinfachen, die Produkte kostengünstiger und renditestärker machen sowie die Verbreitung der privaten Altersvorsorge (dritte Säule) insgesamt deutlich erhöhen. Dabei würden durch die Deutschland-Rente betriebliche Altersversorgungssysteme (zweite Säule) nicht ersetzt, sondern umgekehrt auch diese gestärkt. Die Deutschlandrente stehe auch dem Konzept des Betriebsrentenstärkungsgesetzes nicht entgegen, sondern füge sich in die Gesamtkonzeption ein.

Das Konzept der Deutschland-Rente spricht Defizite des Riester-Systems an und sieht sie insbesondere in der Kompliziertheit des derzeitigen Riester-Zulagensystems, das unnötige Kosten verursache und deshalb zu einer Schmälerung des Anlageergebnisses führe. Zur Verbesserung der Rendite sollen die Garantievorgaben gelockert werden, um so andere Anlagemöglichkeiten zu eröffnen.

²²² S. dazu auch *Fassbauer* ua, aaO.

²²³ Hessisches Ministerium der Finanzen, Deutschland-Rente – Konzeptpapier, Wiesbaden 2017.

Die Verbreitung dieser Altersvorsorge soll dadurch gestärkt werden, dass sie grundsätzlich als Opt-Out-System ausgestaltet wird. Danach soll jeder sozialversicherungspflichtig Beschäftigte automatisch in einen Riester-Vertrag einzahlen, solange er nicht ausreichend anderweitig auf dem Weg über die betriebliche Altersvorsorge vorsorgt oder sich nicht aktiv gegen eine Einbeziehung entscheidet. Insofern wird an den psychologischen Effekt angeknüpft, dass eine größere Verbreitung erreicht werden kann, wenn sich Personen gegen eine Möglichkeit entscheiden müssen, als wenn sie sich positiv entscheiden und dafür tätig werden müssen. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, einen bestimmten Betrag für jeden Arbeitnehmer vom Lohn in ein Riesterprodukt eines privaten Anbieters oder in den noch zu erläuternden Deutschlandfonds einzuzahlen. Diese Verpflichtung soll dann nicht bestehen, wenn der Arbeitgeber eine betriebliche Altersversorgung eines bestimmten Mindestumfangs betreibt oder der Arbeitnehmer der Einzahlung seiner Beiträge widerspricht.

Ein staatlich organisierter Rentenfonds soll als Standardprodukt dienen und der Arbeitgeber kann ihn auch entsprechend nutzen, sofern der Arbeitnehmer keine Wahl trifft. Dabei soll ein Standardprodukt mit beschränkten Garantien und ein Produkt mit Garantien angeboten werden. Dieser Deutschland-Fonds soll ohne Gewinninteresse auf Selbstkostenbasis arbeiten.

Der Vorschlag bleibt fokussiert auf die durch den Arbeitnehmer finanzierte Riester-Versorgung. Der Verbreitung des Systems wird förderlich sein, wenn der Arbeitnehmer sich nicht von sich aus positiv für eine derartige Zusatzversorgung entscheiden muss, sondern er sich bei einer automatischen Erfassung gegen diese entscheiden muss. Schließlich ist zu begrüßen, dass der Vorschlag die Renditeproblematik anspricht und die bisher obligatorischen Garantien optional in Frage stellt. Ob diese Option aber in größerem Umfang in Anspruch genommen wird, erscheint nicht als gesichert; der Gedanke einer Garantie sowohl in der Ansparphase als auch in der Leistungsphase ist in der deutschen Tradition – anders als im angelsächsischen Bereich – tief verwurzelt.

Der Vorschlag erkennt auch zutreffend, dass dem Arbeitnehmer nicht nur die Entscheidung zugunsten eines solchen Systems erleichtert werden sollte, sondern stellt sich auch der Problematik der Auswahl des Vorsorgeprodukts und verlagert die dahingehende Entscheidung zum Teil auf den Arbeitgeber. Daneben soll dann ein Deutschlandfonds treten, der allerdings nicht notwendig zum Default-Fonds wird, wenn keine Entscheidung getroffen wurde. Dieser Deutschlandfonds soll wohl als nicht-gewinnorientierte Einrichtung Wettbewerb und Kosten positiv beeinflussen.

Daraus ergibt sich hier, dass die Deutschland-Rente zu sehr auf das Riester-System fokussiert ist und die Einordnung in das Gesamtsystem nicht wirklich gelingt. Die Ansätze eines Bedeutungswandels der Zusatzversorgung und einer die bisherige Art der Freiwilligkeit in Frage stellenden Erfassung von Arbeitnehmern erscheinen zutreffend, bedürfen aber einer Generalisierung. Dies betrifft auch den zu erfassenden Personenkreis.

V. Neukonzeption der Zusatzversorgung

1. Funktion der betrieblichen Altersversorgung

Die betriebliche Altersversorgung ist seit ihrer Entstehung geprägt worden durch das Prinzip der Freiwilligkeit, was bedeutet, dass es die Entscheidung des Arbeitgebers ist, ob er eine betriebliche Altersversorgung einrichtet oder nicht. Es obliegt danach auch seiner Entscheidung, wie er dieses System dotiert. Die betriebliche Altersversorgung ist nach ihrer Grundkonzeption eine Leistung des Arbeitgebers, wie sich auch heute noch in der Struktur des Betriebsrentengesetzes zeigt, das in § 1 BetrAVG von einer Leistungszusage des Arbeitgebers als Grundsatz ausgeht. Aus dieser Zusage folgen dann arbeitsrechtliche Verpflichtungen, die dann im Ergebnis zu nicht immer kalkulierbaren Belastungen für den Arbeitgeber führen können.

Der Arbeitgeber wird eine betriebliche Altersversorgung dann betreiben, wenn sie sich für ihn als personalwirtschaftlich und personalpolitisch sinnvoll erweist. Dabei spielt die Gewinnung geeigneter und qualifizierter Arbeitskräfte ebenso eine Rolle wie die Bindung ebensolcher Arbeitskräfte an den Betrieb bzw. das Unternehmen. Es spielen daneben auch steuerliche und ggf. auch bilanzielle Gesichtspunkte eine Rolle.

Ein Arbeitgeber wird alle diese Gesichtspunkte abwägen und auch die Haftungsrisiken berücksichtigen. Dieser Abwägungsprozess erfolgt dann auch hinsichtlich des auszuwählenden Durchführungsweges, wobei es auch hier um den Aufwand, den Ertrag und die Risiken geht.

Das alles macht es vom Grundsatz her verständlich, dass kleine und mittlere Unternehmen Aufwand und Risiko scheuen und Geringverdiener nicht im Zentrum der Motivation der Arbeitgeber stehen²²⁴.

Anders als in anderen Ländern finden sich in Deutschland bis heute nur in begrenzter Zahl Tarifverträge zur betrieblichen Altersver-

²²⁴ Zur Situation der betrieblichen Altersversorgung siehe *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Forschungsbericht Nr. 523 – Trägerbefragung zur Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung (BAV 2017).

sorgung. Wichtige Ausnahmen sind dabei allerdings der öffentliche Dienst und die Bauwirtschaft²²⁵.

Die deutsche betriebliche Altersversorgung ist also von ihrer Grundstruktur nicht geeignet, einen umfassenden Verbreitungsgrad zu erreichen. Bisherige Reformen des Betriebsrentenrechts waren deshalb auch zumeist dahin ausgerichtet, die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu erhöhen oder Hindernisse für die weitere Verbreitung zu beseitigen oder gar den Rückzug aus der betrieblichen Altersversorgung zu verhindern²²⁶.

2. Verbreitung der Systeme

Angesichts der nicht gerade zunehmenden Bedeutung von Tarifverträgen im Wirtschaftsleben erscheint es deshalb problematisch, bei der größeren Verbreitung von betrieblicher Altersversorgung allein auf Tarifverträge zu setzen. Man wird zwar sicherlich noch nicht vom Versagen des Tarifvertragssystems sprechen können, sollte aber gleichwohl in Erwägung ziehen, bei der bedeutsamen Frage der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung auch nach anderen Wegen – eben auch gesetzgeberischer Art – zu suchen.

Da einerseits die gesetzliche Rentenversicherung dauerhaft nicht in der Lage sein dürfte, ein lebensstandardsicherndes Rentenniveau bereitzustellen und andererseits beträchtliche Teile der Bevölkerung ausreichend auch im Sinne einer Lebensstandardsicherung versorgt sind bzw. selbst vorgesorgt haben, geht es um eine Füllung von bestehenden Lücken, die aber angesichts der Gesamtsituation der Altersvorsorge geboten ist.

3. Fragestellung bei Einführung von obligatorischen oder halbobligatorischen Systemen

Stellt man dann in Rechnung, dass freiwillige Systeme offenkundig an ihre Grenzen gekommen sind und eine deutliche weitere Verbreitung von Zusatzversorgungssystemen auf diesem Weg nicht zu erwarten ist, so führt dies in Konsequenz zur Frage von obligatorischen oder halbobligatorischen Systemen²²⁷, um angesichts des ge-

²²⁵ Steinmeyer, Betriebsrentenrechtliche Herausforderungen für Zusatzversorgungskassen, in: Oetker/Preis/Steinmeyer, Soziale Sicherheit durch Sozialpartnerschaft – Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, München 2007, S. 219 ff.

²²⁶ Für die ersten Jahrzehnte s. Steinmeyer, 20 Jahre Betriebsrentengesetz, in: Recht der Arbeit 1995, 343 ff.

²²⁷ S. dazu auch bereits die Diskussion bei Dommermuth/Schiller/Meder, Studie zur gesetzlichen Reform der betrieblichen Altersversorgung, S. 107 ff.; auch bereits Steinmeyer, Gutachten 65. DJT 2004, F 45 ff.

sunkenen Leistungsniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung den Verbreitungsgrad der Zusatzversorgung zu erhöhen. Dafür bietet sich zum einen eine verpflichtende Zusatzversorgung an und zum anderen eine automatische Erfassung verbunden mit der Möglichkeit, dieser Erfassung zu widersprechen. An ausländischen Vorbildern ist für die erstgenannte Alternative insbesondere Schweden zu nennen und für die zweitgenannte Großbritannien²²⁸.

Ein Obligatorium erreicht je nach Ausgestaltung einen weiten Personenkreis und stellt sicher, dass dieser dann auch flächendeckend über eine Zusatzversorgung verfügt. Bei einem Obligatorium muss auch berücksichtigt werden, dass diejenigen, die bereits über eine – entsprechende – Zusatzversorgung verfügen, von diesem Obligatorium ausgenommen werden müssen, also eine geeignete und praktisch umsetzbare Befreiungsregelung vorzusehen ist. Daneben ist bei einem Obligatorium zu entscheiden, ob alle Altersgruppen unmittelbar erfasst werden sollen oder ob dies auf Personen bis zu einem bestimmten Lebensalter oder gar auf Berufsanfänger beschränkt werden sollte.

Bei einem Opting-Out-System wird berücksichtigt, dass ein höherer Verbreitungsgrad erreicht werden kann, wenn der Personenkreis, der erfasst werden soll, nicht selbst initiativ werden muss, um eine Zusatzversorgung einzurichten, sondern er nur initiativ werden muss, wenn er diese Zusatzversorgung nicht will. Es bleibt damit im Ergebnis ein freiwilliges System, in dem der Entscheidungsprozess von der positiven Entscheidung zum Widerspruch verändert wird. Hier ist ein System der Befreiungsmöglichkeiten nicht zwingend vorzusehen, da der grundsätzlich erfasste Personenkreis bei Vorhandensein eigener Zusatzversorgung der konkreten Erfassung eben widersprechen kann.

Bei beiden Herangehensweisen stellt sich die Frage der erfassten Risiken. Es versteht sich von selbst, dass das Risiko Alter zu erfassen ist. Das Risiko der Erwerbsminderung mag ebenfalls erfasst werden, zumal gerade bei Erwerbsminderung das Problem unzureichender Absicherung in besonderer Weise besteht.

Beim Beitrag ist zu entscheiden, in welcher Höhe er anzusetzen ist und wer ihn zu tragen hat. Bei der Leistung geht es darum, ob eine Verrentung vorzusehen ist und ob eine bestimmte Leistungshöhe vorgegeben werden soll oder aber, ob sich die Leistung nach den eingezahlten Beiträgen zuzüglich der erzielten Rendite richtet.

²²⁸ Börsch-Supan/Roth/Wagner, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017.

Ein Obligatorium oder ein Opting-Out-Modell können durch Träger der Sozialversicherung – hier also die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung – durchgeführt werden oder im arbeitsrechtlichen Weg durch die Arbeitgeber bzw. davon unabhängig im Privatversicherungsrecht.

Es muss eine Zusatzversorgung bereitgestellt werden, die sich nicht auf bestimmte Altersvorsorgeprodukte wie die Riester-Verträge beschränkt, sondern ein breites Spektrum enthalten kann, um so auch die Ertragsaussichten nicht unnötig zu beschränken. Dabei kann dies erfolgen durch Organisation über den Arbeitgeber oder unter Einschaltung von Sozialversicherungsträgern. Es soll keine staatlich organisierte zweite Säule werden, sondern ein System, das Lücken füllt und auch weiterhin auf – auch bestehende – private Anbieter setzt.

4. Sozialversicherungsrechtlicher Ansatz

Will man alle Sozialversicherungspflichtigen in ein Obligatorium oder Opting-Out-System einbeziehen, liegt es nahe, an die Versicherungspflicht nach dem SGB VI anzuknüpfen. Bei dem in § 1 SGB VI genannten Personenkreis sollte nur auf die Beschäftigten im Sinne der Nr. 1 (Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind) abgestellt werden und nicht auch auf die in § 1 SGB VI ebenfalls genannten Sondertatbestände. Beim Personenkreis nach § 2 SGB VI (Selbständig Tätige) muss die Frage der Einbeziehung in den Gesamtzusammenhang der Einbeziehung Selbständiger gestellt werden.

Bei Selbständigen, die bisher von keinem System erfasst werden, kann das hier zu untersuchende Obligatorium bzw. Opting-Out-System die Funktion der zusätzlichen Altersversorgung in Ergänzung der gesetzlichen Rentenversicherung nicht erfüllen. Allerdings ist bei vielen Selbständigen davon auszugehen, dass sie über anderweitige Formen der Altersvorsorge verfügen, weshalb beim geplanten Vorhaben der Erwerbstätigenversicherung ja auch über Befreiungstatbestände diskutiert wird. Insofern würde die zusätzliche Altersvorsorge auch unabhängig von der Erwerbstätigenversicherung einen Sinn machen. Geringfügig entlohnte Beschäftigte, die seit 1.1.2017 rentenversicherungspflichtig sind, sollten dem Grundgedanken dieser Änderung gemäß einbezogen werden.

Der zu erfassende Personenkreis sollte insgesamt mit dem Vorhaben der Erwerbstätigenversicherung abgestimmt werden.

Knüpft man an die Sozialversicherungspflicht an, so bietet es sich an, die technische und organisatorische Umsetzung der Deutschen Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversi-

cherung zu übertragen, da diese über die nötigen Informationen über den zu erfassenden Personenkreis verfügt und auch die entsprechenden Kontrollmechanismen hat. Hier ließe sich auch an einen Datenaustausch mit der Finanzverwaltung nach dem Vorbild des § 31 Abs. 2 AO denken. Schafft man also ein Obligatorium, d.h. eine Verpflichtung zum Abschluss eines Vorsorgevertrages, so lässt sich so der in Frage kommende Personenkreis ermitteln. Die Deutsche Rentenversicherung Bund als bundesunmittelbarer Träger der gesetzlichen Rentenversicherung sollte auch für den Einzug der Beiträge zuständig sein und diese dann etwa an einschlägige Versorgungseinrichtungen weiterleiten, für die sich dann der erfasste Personenkreis jeweils individuell entscheiden kann. Dieser Weg dürfte gewisse Präferenzen haben, da er Abläufe vereinfacht.

Sieht man ein Opting-Out-System vor, so ergibt sich im Grundsatz die gleiche Erfassungsproblematik, da zunächst festgelegt und auch überwacht werden muss, wer grundsätzlich zu erfassen ist, um diesem dann die Gelegenheit einzuräumen, dieser Einbeziehung zu widersprechen. Hier geht es dann aber zusätzlich noch um die Frage, gegenüber wem dieser Widerspruch zu erklären ist.

5. Einbeziehung von Beamten?

Die Beamtenversorgung in ihrer gegenwärtigen Form umfasst Elemente der Basissicherung und Elemente der Zusatzversorgung. Das bedeutet, dass hier das Ziel einer angemessenen Alterssicherung auch ohne eine kapitalgedeckte Zusatzversorgung erreicht wird. Das aber bedeutet, dass eine Verpflichtung zum Abschluss einer zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge weder geeignet noch erforderlich ist, ein Obligatorium also mit Art. 2 Abs. 1 GG nicht vereinbar wäre. Auch ein Opting-Out würde hier auf Bedenken stoßen, da Zweifel bestehen, ob dieser weniger tiefe Eingriff hier erforderlich wäre. Es spricht deshalb vieles dafür, die Einbeziehung von Beamten nicht weiter zu verfolgen.

6. Arbeitsrechtliche Anknüpfung

Knüpft man das Obligatorium bzw. Opting-Out-Systeme an das Arbeitsrecht an, so bedeutet dies zugleich eine Beschränkung auf den vom Arbeitsrecht erfassten Personenkreis. Insoweit wäre dann für die Einbeziehung auf § 611a BGB zu verweisen. Von der Anknüpfung an den weitergehenden Personenkreis des § 17 Abs. 1 BetrAVG sollte bei einer arbeitsrechtlichen Lösung abgesehen werden, da dies eine entsprechende Regelung auch im Dienstvertragsrecht voraussetzen würde. Legt man dann die Rechtsprechung des Bundesarbeitsge-

richts zu diesem weiteren Personenkreis zugrunde²²⁹, so ergeben sich angesichts des weiten Begriffs Schwierigkeiten einer praktikablen Regelung. Das aber bedeutet zugleich, dass auf diesem Weg Selbständige nicht erfasst werden können.

Eine arbeitsrechtliche Erfassung kann nur erfolgen durch Auferlegung einer arbeitsvertraglichen Pflicht. Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass jeder bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer einen entsprechenden Altersvorsorgevertrag schließt. Es ist auch denkbar, dass er für jeden seiner Arbeitnehmer einen bestimmten vorgegebenen Beitrag einbehält bzw. selbst entrichtet, der dann etwa an eine Versorgungseinrichtung nach Wahl des Arbeitnehmers geht, mit der ein entsprechender Altersvorsorgevertrag geschlossen wird.

Im Fall eines Opting-Out hat er einen Mechanismus bereitzustellen, der eine automatische Zugehörigkeit zu einem Altersvorsorgesystem sicherstellt, sofern der Arbeitnehmer dem nicht widerspricht. Hier kann an das Vorbild des § 20 Abs. 2 BetrAVG angeknüpft werden, der ein tarifvertraglich eingeführtes Optionssystem bei Entgeltumwandlung vorsieht.

Es ist allerdings noch ein Mechanismus vorzusehen, der dem Arbeitnehmer die freie Wahl einer Versorgungseinrichtung sichert, weil bei einer derartigen „flächendeckenden“ zusätzlichen Altersversorgung die Möglichkeit bestehen muss, während des Erwerbslebens in einer Versorgungseinrichtung zu verbleiben und nicht bei Wechsel des Arbeitsplatzes auch die Versorgungseinrichtung wechseln zu müssen.

7. Privatversicherungsrechtliche Anknüpfung

Beim Ansatz über eine private Pflichtversicherung ergeben sich hier praktische Probleme bei der Erfassung, da diese klassischerweise an bestimmten Situationen, Tatbeständen oder Kriterien anknüpft. So ist etwa die Pflichtversicherung für ein Kraftfahrzeug an die Zulassung eben dieses Kraftfahrzeuges geknüpft und deshalb die Einhaltung der Pflichtversicherung auch kontrollierbar und sanktionierbar. Aus dem Bereich der Personenversicherung ist hier insbesondere auch auf die private Pflegepflichtversicherung nach dem SGB XI zu verweisen, die an das Bestehen einer privaten Krankenversicherung anknüpft und dafür die Privatversicherten und die Unternehmen der privaten Krankenversicherung in die Pflicht nimmt.

Dies ist hier nicht in praktikabler Weise möglich. Man kann zwar an den Arbeitnehmerstatuts anknüpfen, was aber letztlich zu einer bereits oben erörterten arbeitsrechtlichen Anknüpfung führt. Man mag daran denken, Selbständigen eine mit Bußgeld sanktionierte

²²⁹ S. dazu ErfK/Steinmeyer BetrAVG § 17 Rn. 3 ff.

Pflicht aufzuerlegen, entsprechende Altersvorsorgeverträge abzuschließen; eine automatische Erfassung mit Opting-Out ist so aber nicht in praktikabler Weise denkbar. Das Selbstmeldeverfahren nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz (§ 11 KSVG) hat sich dort offenbar als praktikabel erwiesen, da der erfasste Personenkreis ein Eigeninteresse daran hat, von der Künstlersozialversicherung erfasst zu werden. Zwar liegt hier die zusätzliche Altersversorgung im objektiven Interesse des Personenkreises, es kann aber nicht sichergestellt werden, dass sich jeder „freiwillig“ dieser Verpflichtung unterzieht.

Der Weg über eine private Pflichtversicherung scheidet deshalb als Option aus.

8. Die Entscheidung zwischen einem Obligatorium und Opting-Out-Systemen

Eine Grundentscheidung ist, ob die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge als Obligatorium ausgestaltet werden sollte oder als Opting-Out-System. Bei einem Obligatorium ist sichergestellt, dass die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge flächendeckend Verbreitung findet, während es beim Opting-Out auf die – negative – Entscheidung der betreffenden Person ankommt; hier kann nicht verlässlich abgeschätzt werden, in welchem Umfang vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht wird. Allerdings ist hier die Wahrung der Entscheidungsfreiheit als Konsequenz aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in Rechnung zu stellen²³⁰. Die Eingriffstiefe ist beim Obligatorium größer.

Ein Opting-Out mag zu einem höheren Verwaltungsaufwand führen, da es nicht nur um die Erfassung geht, sondern auch um die Abwicklung der Widersprüche gegen die Einbeziehung. Andererseits bedarf es bei einem Obligatorium einer Regelung zur Möglichkeit der Befreiung. Es muss ein System vorgehalten werden, das diese abwickelt, was einen nicht unerheblichen Aufwand bedeuten dürfte. Ein solches System der Befreiung ist bei einem Opting-Out-System nicht erforderlich, da derjenige mit einer anderweitigen Versorgung gegen die Erfassung durch das Opting-Out-System Widerspruch einlegen kann.

Insgesamt erweist sich ein System des Opting-Out als überlegen, wobei in Rechnung zu stellen ist, dass nicht sicher abgeschätzt werden kann, in welchem Umfang vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht wird. Deshalb werden im Folgenden die Möglichkeiten und

²³⁰ S. auch *Börsch-Supan/Roth/Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017, S. 47ff.

Rahmenbedingungen eines Obligatoriums ebenso erörtert wie die von Opting-Out-Systemen.

a) Ausgestaltung eines Obligatoriums

Bei einem Obligatorium muss der insoweit relevante Personenkreis sicher abgegrenzt werden und es muss sichergestellt sein, dass diese Personen zuverlässig zur verpflichtenden Altersvorsorge herangezogen werden können.

Dies kann zum einen durch eine öffentlich-rechtliche Einrichtung wie etwa die Deutsche Rentenversicherung Bund als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung geschehen, wenn sich der erfasste bzw. zu erfassende Personenkreis mit dem Personenkreis der Sozialversicherungspflichtigen deckt.

Bei einer Konstruktion über das Arbeitsrecht kann dies auch durch den Arbeitgeber erfolgen, dem die Pflicht aufzuerlegen wäre, bei jedem seiner Arbeitnehmer eine automatische Erfassung vorzunehmen und je nach Ausgestaltung entweder selbst Beiträge zu entrichten und/oder Beiträge vom Arbeitnehmer einzuziehen. Eine Sanktionierung dieser Verpflichtung kann bei Bedarf über das Ordnungswidrigkeitenrecht erfolgen. Es ist hier auch an ein Meldeverfahren entsprechend § 28a SGB IV zu denken.

b) Ausgestaltung eines Opting-Out-Systems

Bei einem Opting-Out-System ist festzulegen, wie die Einlegung des Widerspruchs zu erfolgen hat. Dies ist jeweils gegenüber der Einrichtung bzw. dem Arbeitgeber vorzunehmen, der die Erfassung vornimmt. Zu erwägen ist hier allerdings, es in geeigneter Weise attraktiv zu machen, von einem Widerspruch abzusehen. Die Erfassung kann wie oben erfolgen.

9. Zeitpunkt der Erfassung

Es ist eine dauerhafte Erfassung erforderlich. Beim Wechsel der Tätigkeit muss deshalb sichergestellt werden, dass auch die neue Tätigkeit erfasst wird.

Von einem Obligatorium sollte – entsprechend der Erwerbstätigenversicherung aus dem relevanten Personenkreis – grundsätzlich jeder erfasst werden, der noch in der Lage ist, eine kapitalgedeckte zusätzliche Altersversorgung aufzubauen. Man mag hier in Rechnung stellen, dass bei besonders kurzer Beitragszeit nur Kleinbeträge erworben werden können, was es bei Einräumung der Möglichkeit der Zahlung freiwilliger Beiträge sinnvoll erscheinen lässt, eine Grenze bei 60 – also drei Jahre vor der frühesten Inanspruchnahme der Rentenleistung – vorzusehen.

Bei einem Opting-Out-System wird man davon ausgehen müssen, dass bei jeder neuen Tätigkeit eine automatische Erfassung erfolgen sollte mit der Möglichkeit des Opting-Out. Personen mit häufigerem Wechsel der Tätigkeit erhalten damit entsprechend häufiger Gelegenheit, sich für bzw. gegen eine zusätzliche Altersvorsorge zu entscheiden. Andererseits erscheint es nicht sinnvoll, nur einmal im Berufsleben eine solche Entscheidung zu verlangen, zumal die Bedeutung und Relevanz von Altersvorsorge umso stärker in das Bewusstsein des Einzelnen rückt, je näher der Ruhestand ist. Es sollte deshalb vorgesehen werden, dass auch bei bestehenden Arbeitsverhältnissen bzw. Tätigkeiten periodisch eine erneute Erfassung mit der Möglichkeit des Opting-Out erfolgt. Erwogen werden sollte auch ein Opting-Out in dem Fall, in dem ein neues System der betrieblichen Altersversorgung in einem Betrieb oder Unternehmen eingerichtet wird.

10. Fragen der Ausgestaltung der zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge

Bei der Finanzierung des Systems kommen eine reine Arbeitnehmerfinanzierung, eine reine Arbeitgeberfinanzierung sowie Mischformen, dh Beiträge sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer in Betracht. Eine Arbeitgeberfinanzierung würde weitgehend den Vorstellungen des Sozialpartnermodells entsprechen, auch wenn dort eine Entgeltumwandlung durch Arbeitnehmer nicht ausgeschlossen wird. Der sog. Riester-Versorgung entspricht es, eine Arbeitnehmerfinanzierung vorzusehen und die jüngsten Entwicklungen bei der Entgeltumwandlung sprechen für eine Beteiligung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern; insoweit ist auf § 1a Abs. 1a BetrAVG (Arbeitgeberzuschuss von 15 % bei Entgeltumwandlung) und § 23 Abs. 2 BetrAVG (Arbeitgeberzuschuss von 15 % bei reiner Beitragszusage in Form der Entgeltumwandlung) zu verweisen.

Es empfiehlt sich, bei einem Opting-Out-System in geeigneter Weise einen Arbeitgeberzuschuss vorzusehen, um die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu fördern, von einem Widerspruch abzusehen.

Die Frage der Höhe des zu erbringenden Beitrags steht in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel einer Erreichung eines bestimmten Sicherungsziels auf der einen Seite und der Belastung von Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Selbständiger auf der anderen Seite. Man mag in Anknüpfung an die sog. Riester-Rente von einem Beitrag in Höhe von 4 % des Arbeitsentgelts bis zur Beitragsbemessungsgrenze ausgehen und beim Selbständigen von einem entsprechenden Betrag, es ließe sich aber auch ein leicht höherer Betrag denken. Zieht man Vergleiche zum Ausland, so ist festzustellen, dass sich auch dort der Beitrag im Wesentlichen in dieser Größenordnung

bewegt²³¹. In Schweden beträgt der Beitrag 2,5 % und in Großbritannien 5 % für den Arbeitnehmer und 3 % für den Arbeitgeber.

Sofern auch Selbständige mit einbezogen werden, kann eigentlich nur eine Finanzierung durch den Selbständigen in Betracht kommen. Die Heranziehung seiner Auftraggeber würde zu einem komplexen System führen, das in ähnlicher Form von der Künstlersozialversicherung bekannt ist und dort zu Umsetzungsschwierigkeiten und auch zu Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit geführt hat²³². Oben wurde darauf hingewiesen, dass eine Heranziehung eines Auftraggebers allenfalls bei Solo-Selbständigen in Betracht kommen könnte²³³.

Es ließe sich schließlich auch denken an staatliche Zuschüsse entsprechend dem Zulagensystem bei der Riester-Rente. Das könnte ein Opting-Out-System stützen, das nur durch Arbeitnehmerbeiträge finanziert wird und bei Personen mit niedrigem Einkommen die Motivation erhöhen würde. Hier könnte an die Bedingungen bei der Riester-Rente angeknüpft werden.

Es sollte grundsätzlich ein System entsprechend der reinen Beitragszusage vorgesehen werden, auch wenn Garantiesysteme mehr Sicherheit bieten, aber zu Lasten der Rendite gehen. Vielmehr sollte die Sicherheit durch Anforderungen an die Versorgungseinrichtungen erreicht werden. Der Charakter einer kapitalgedeckten zusätzlichen Altersversorgung gemäß spricht hier für eine am Beitrag orientierte Leistung. Damit wird auch Befürchtungen um ein neues Haftungsrisiko Rechnung getragen.

Bei der Form der Leistung sind in Deutschland in der betrieblichen Altersversorgung sowohl eine einmalige Zahlung als auch eine Rentenzahlung verbreitet, wenn auch anders als etwa im angelsächsischen Bereich die Tendenz eher in Richtung Rentenleistung – also periodisch zu erbringender Leistung bis ans Lebensende – geht. Das Langlebkeitsrisiko soll also dem begünstigten Personenkreis abgenommen werden. Dem entspricht auch die Vorgehensweise bei der sog. Riester-Rente, bei der nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz – AltZertG – eine Auszahlung grundsätzlich in Form einer lebenslangen Leibrente erfolgt.

Es soll deshalb hier davon ausgegangen werden, dass auch bei der vorliegenden zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge diese in Form einer Leibrente zu gewähren ist, wenn auch darauf hinzuweisen ist, dass die Kalkulation der Abdeckung dieses Langlebkeitsri-

²³¹ S. etwa zu Großbritannien und Schweden *Börsch-Supan/Roth/Wagner*, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017.

²³² S. dazu BVerfG v. 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 ua, NJW 1987, 3115.

²³³ → B 58.

sikos Einfluss auf den Auszahlungsbetrag hat. Daneben ist aber weiterhin die Auszahlung als Kapitalbetrag denkbar.

11. Abzudeckende Versorgungsfälle

Zu erwägen ist neben dem Risiko Alter, bei dem an den Altersgrenzen der gesetzlichen Rentenversicherung anzuknüpfen ist, auch die Abdeckung des Risikos der Erwerbsminderung. Es hat sich erwiesen, dass gerade im Fall der Erwerbsminderung und des Bezugs der Erwerbsminderungsrente insbesondere in jüngeren Jahren diese relativ niedrig ist und eine unzureichende Ergänzung durch zusätzliche Altersvorsorge festzustellen ist, was für eine Absicherung auch der Erwerbsminderung spricht. Bei der Erwerbsminderung handelt es sich aber um ein echtes Risiko, das anders als im Fall der Alterssicherung nicht allein durch die Auszahlung des angesammelten Kapitals in Form einer Leibrente abzudecken ist. Das Risiko der Erwerbsminderung kann sich auch nach kurzer Beitragszeit realisieren und eine Auszahlung lediglich auf der Basis des bis dahin angesammelten Kapitals kann dem Sicherungsziel nicht ausreichend Rechnung tragen. Eine Abdeckung auch dieses Risikos verändert deshalb die Kalkulation des Altersvorsorgeprodukts insbesondere bei einer lebenslangen Rentenleistung erheblich. Die Absicherung ist auf den Tatbestand der vollständigen Erwerbsminderung in Anlehnung an § 43 Abs. 2 SGB VI zu beschränken und nicht auch die teilweise Erwerbsminderung mit einzubeziehen. Es kann deshalb als Alternative zur Rente auch erwogen werden, im Fall der Erwerbsminderung einen Kapitalbetrag auszuzahlen. Da dieser sich nicht an dem bis dahin eingezahlten Kapital orientieren kann, müsste ein Pauschalbetrag definiert werden, der sich etwa an einer fiktiven Beitragsleistung für einen längeren Zeitraum – zB 20 Jahre – orientieren könnte. Nimmt ein solcher Versicherter später eine Altersrente in Anspruch, müsste über eine Anrechnung des gewährten Kapitalbetrags nachgedacht werden, um Fehlanreize zu verhindern.

Entsprechend § 1 BetrAVG kann zusätzliche Altersvorsorge auch die Hinterbliebenensicherung umfassen. Diese auch hier mit zu erfassen, würde weitere Belastungen bei der Kalkulation mit sich bringen und wäre auch je nach Lebenssituation nicht erforderlich. Deshalb sollte sie als Option zugelassen werden – allerdings mit der Konsequenz, dass sich der an den Versicherten zu gewährende Leistungsbetrag deutlich verringern würde.

12. Befreiungsmöglichkeiten beim Obligatorium

Bei einem Obligatorium muss berücksichtigt werden, dass der hier relevante Personenkreis in vielen Fällen bereits über eine anderweiti-

ge zusätzliche Altersvorsorge verfügt. Es ist gerade Ziel des hier vorgestellten Konzepts, für eine weitere Verbreitung zusätzlicher Altersvorsorge zu sorgen, was dann aber auch zugleich beinhaltet, dass diejenigen von dem Obligatorium auszunehmen sind, die bereits über eine entsprechende zusätzliche Altersvorsorge verfügen oder für die eine solche geschaffen wird.

Es muss sich bei den für eine Befreiung in Frage kommenden Vorsorgemaßnahmen um solche handeln, die der Abdeckung der Alterssicherung und des Risikos der Invalidität (Erwerbsminderung) dienen. Insoweit sollte der Klarheit halber eine Beschränkung auf solche Vorsorgemaßnahmen erfolgen, die gerade diesen Risiken gewidmet sind. Insoweit ist dann aber darauf hinzuweisen, dass dies die Komplexität insbesondere dann erhöht, wenn eine bestehende betriebliche Altersversorgung nur eine Alterssicherung vorsieht und die Erwerbsminderung nicht abdeckt. Immobilien sollten deshalb aus der Sicht des Gutachters ausgeklammert bleiben, auch wenn sie im Alter oder bei Erwerbsminderung zur Einsparung von Mietausgaben oder zur Erzielung von Mieteinnahmen dienen können.

Es müsste also um andere Leistungen der zusätzlichen Altersvorsorge gehen, womit insbesondere die betriebliche Altersversorgung nach dem BetrAVG angesprochen ist. Leistungen der ersten Säule dürfen insoweit nicht herangezogen werden. Da es sich vorliegend um ein Obligatorium für eine zusätzliche Altersvorsorge handeln soll, kann auch mit sehr guten Gründen erwogen werden, die Befreiungsmöglichkeit auf Riester-Verträge sowie Systeme der betrieblichen Altersversorgung nach dem BetrAVG zu beschränken. Darunter würde selbstverständlich auch das sog. Sozialpartnermodell nach dem BRSVG fallen (§§ 21 ff. BetrAVG).

Bei der berufsständischen Versorgung, die man der ersten Säule zuzurechnen hat, die aber in der praktischen Auswirkung häufig höhere Rentenleistungen erzielt, die im Vergleich zur gesetzlichen Rentenversicherung ein höheres Rentenniveau sichern, vermag das Obligatorium seinen Zweck nur zum Teil zu erfüllen; es ist faktisch nicht notwendig, was aber nur so lange der Fall ist, wie das System der berufsständischen Versorgung in der Lage ist, höhere Leistungen sicherzustellen. Da aber die berufsständische Versorgung eigenen Regeln folgt und im Leistungssystem von der gesetzlichen Rentenversicherung unabhängig ist, stellt sich die Frage der Niveauabsenkung in der gesetzlichen Rentenversicherung hier naturgemäß nicht und es geht auch nicht um Personen in unteren Einkommensbereichen. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, für diesen Personenkreis und diese Systeme eine generelle Befreiung vorzusehen.

Die Frage, ob bestehende Riester-Verträge eine derartige Befreiungsmöglichkeit eröffnen sollen, wirft zugleich die Frage nach dem

Verhältnis dieser Maßnahme der Altersvorsorge zum Obligatorium auf. Sofern man sich beim Obligatorium zu einem Beitrag entschließt, der dem im Riester-System entspricht, ließe sich eine entsprechende Befreiung denken. Dafür spricht auch, dass der hier vertretene Ansatz die zusätzliche Altersvorsorge insgesamt erfassen soll, wozu eben auch die Riester-Verträge gehören.

§ 231 SGB VI kann für die Frage der Befreiung nur begrenzt herangezogen werden, da er auf das Vorliegen anderer Systeme der ersten Säule (Beamtenversorgung, berufsständische Versorgung) abstellt. Da es hier um ein beitragsorientiertes kapitalgedecktes Altersvorsorgeprodukt geht, sollte – auch zur Vereinfachung des Systems – an den Beitragsaufwand angeknüpft werden.

Bei der Feststellung der Gleichwertigkeit muss die anderweitige zusätzliche Altersvorsorge zumindest dem Umfang der zusätzlichen verpflichtenden Altersvorsorge entsprechen. Das ist bei Beitragsystemen leichter feststellbar, da man insoweit auf die gleiche Beitragshöhe abstellen könnte. Schwieriger wird dies bei reinen Leistungssystemen, wie es bei der ursprünglichen Form der betrieblichen Altersversorgung nach § 1 BetrAVG der Fall ist. Hier müsste eine Umrechnung in den Beitragsaufwand erfolgen, wobei man die Erfahrungen bei der Berechnung wertgleicher Anwartschaften bei der Entgeltumwandlung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) nutzen kann.

Grundsätzlich sollte auf vergleichbare Beiträge abgestellt werden, die aufgewendet werden. Bei Leistungssystemen müsste dann eine entsprechende Umrechnung erfolgen, wie sie etwa § 231 SGB VI vorsieht.

Wird die zusätzliche kapitalgedeckte Altersvorsorge durch einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung durchgeführt, liegt es nahe, diesen mit der Durchführung der Befreiungsprüfung zu betrauen.

Bei einer Umsetzung auf dem arbeitsrechtlichen Weg kann dies durch den Arbeitgeber erfolgen, der aber insbesondere in kleineren Unternehmen damit oft überfordert sein dürfte. Hier dürfte dann deshalb nur eine Lösung helfen, nach der ein Arbeitnehmer die Befreiung vom Obligatorium bei einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung unter Vorlage der bestehenden Vorsorgemaßnahme beantragen kann, was etwa für bestehende Riester-Verträge relevant werden kann. Ein Arbeitgeber mit einer entsprechenden betrieblichen Altersversorgung müsste dann bei der entsprechenden öffentlichen Stelle um eine Befreiung ersuchen. Bei einer arbeitsrechtlichen Lösung ist eine Befreiung auch ohne Einschaltung einer staatlichen Einrichtung denkbar und umso eher möglich, je einfacher der Befreiungsfall zu ermitteln und zu administrieren ist. Es mag dann ausreichen, wenn der Arbeitgeber dies einer geeigneten Stelle notifiziert.

Eine „Teil-Befreiung“ bei Systemen, die unterhalb des Niveaus der verpflichtenden zusätzlichen Altersvorsorge bleiben, sollte zur Vermeidung weiterer Komplexität nicht vorgesehen werden.

Anders als bei der Erwerbstätigenversicherung ist hier die Befreiungsmöglichkeit unabhängig davon, ob das zur Befreiung berechtigte System bereits besteht oder neu eingerichtet wird.

13. Organisation und Ausgestaltung von Versorgungseinrichtungen

Dabei geht es etwa um die Frage, ob die Einziehung von Beiträgen, die Gewährung der Leistungen und die Anlage des Kapitals jeweils getrennt voneinander erfolgen sollten. Hinzu kommt, welche Institution die automatische Erfassung sowie das Obligatorium betreibt und ggf. auch den Widerspruch beim Opting-Out entgegennimmt. Weiterhin geht es um die Frage, ob es um eine einzelne staatlich organisierte Einrichtung gehen soll oder um mehrere miteinander konkurrierende staatliche und/oder private Einrichtungen. Bei mehreren Einrichtungen nebeneinander, von denen eine oder mehrere staatliche Einrichtungen sind, ist der wettbewerbsrechtliche Aspekt zu berücksichtigen. Wird die zusätzliche Altersversorgung arbeitsrechtlich ausgestaltet, so kommt die Einschaltung einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung eher nicht in Betracht. Hier ist das Obligatorium bzw. Opting-Out auf der Ebene des Arbeitgebers zu organisieren.

Die Erfassung sollte bei einer sozialversicherungsrechtlichen Anknüpfung einer staatlichen Stelle und bei einer arbeitsrechtlichen Anknüpfung dem Arbeitgeber übertragen werden. Dies sollte dann mit dem Beitragseinzug kombiniert werden. Die Verwaltung der Gelder und ggf. auch die Auszahlung von Leistungen sollte dann durch eigenständige Einrichtungen erfolgen, wobei die Pensionskassen nach §§ 232ff. VAG und die Pensionsfonds nach §§ 236ff. VAG als Vorbild dienen mögen. Die Existenz nebeneinander bestehender Einrichtungen fördert den Wettbewerb untereinander und sorgt somit für eine entsprechend gute Anlagepolitik.

Für den Fall nebeneinander bestehender Einrichtungen sollte die Wahlmöglichkeit für den erfassten Personenkreis entsprechend geregelt werden. Hier muss es zum einen darum gehen, welche Einrichtung bei Nicht-Ausübung eines Wahlrechts einschlägig ist; dies wird auch unter dem Begriff der Default-Einrichtung diskutiert. Zum anderen muss entschieden werden, ob nach erfolgter Wahl ein Wechsel der Einrichtung möglich ist und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in welchen Zeitabständen.

Sichergestellt werden müsste, dass ein Wechsel des Arbeitsplatzes für das Obligatorium bzw. von Opting-Out-Systemen in der zusätz-

lichen Altersvorsorge unschädlich ist, die Zugehörigkeit also unabhängig von der jeweiligen Tätigkeit ist. Dies muss selbstverständlich auch gelten, soweit es etwa um den Wechsel von einer Arbeitnehmertätigkeit in eine Tätigkeit als Selbständiger geht und umgekehrt. Auf diese Weise können und sollten Wechsel- und Übertragungskosten vermieden werden.

Es ist denkbar, bei einem Obligatorium eine öffentlich-rechtliche Einrichtung – etwa die Deutsche Rentenversicherung Bund – mit der Durchführung und Umsetzung dieses Obligatoriums zu betrauen. Das könnte etwa bedeuten, dass diese den für das Obligatorium in Frage kommenden Personenkreis erfasst, die Beiträge einzieht und diese an Einrichtungen nach Wahl der betroffenen Person weiterreicht. Es ließe sich hier an eine Einschaltung auch von Pensionsfonds oder Pensionskassen denken, die die Anlage und auch Leistungsgewährung übernehmen könnten. Derartige Einrichtungen sind erforderlich, da es angesichts der Vorgabe der Rentenleistungen und der Einbeziehung auch des Risikos der Erwerbsminderung einer versicherungstechnischen Abwicklung bedarf.

Dies ließe sich so auch praktizieren im Fall von Opting-Out-Systemen, bei denen ebenfalls die Erfassung auf diesem Weg funktionieren könnte und der Widerspruch gegen die Einbeziehung ebenfalls bei dieser Stelle eingelegt werden könnte. Falls ein Widerspruch nicht eingelegt werden sollte, könnten hier ebenfalls die Beiträge eingezogen und an eine von der jeweiligen Person benannte Einrichtung weitergeleitet werden.

In beiden Fällen wäre dann zur Umsetzung an mehrere Einrichtungen zu denken, die die zusätzliche Altersvorsorge betreiben, dh die die an sie nach Wahl der jeweils erfassten Personen geleiteten Gelder anlegen. Im Folgenden soll nach den vorangegangenen Überlegungen davon ausgegangen werden, dass die Fonds auch die Auszahlung der Leistungen vornehmen.

Diese Fonds sollten grundsätzlich alle den gleichen Regeln unterworfen werden. Konkurrieren könnten sie in ihrer Performance. Es ist aber auch denkbar, die Wahl zwischen unterschiedlichen Anlagestrategien zu ermöglichen.

Es ist vorzusehen, dass eine der Einrichtungen (Fonds) dann greift, wenn die betreffende Person keine Entscheidung zugunsten eines bestimmten Fonds getroffen hat (Default-Fonds). Dieser Gesichtspunkt gilt für ein Obligatorium wie für Opting-Out-Systeme gleichermaßen. Die Bestimmung des Default-Fonds lässt sich bei einer Organisation über ein staatliches Altersvorsorgeprodukt durch Benennung eines solchen Standard-Fonds lösen; bei einer arbeitsrechtlichen Lösung mag man dem Arbeitgeber insoweit das Bestimmungsrecht einräumen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie dieser Default-Fonds ausgestaltet sein sollte. Dies könnte als staatlich organisierten Fonds geschehen, was aber so zu erfolgen hätte, dass es wettbewerbsrechtlich unbedenklich ist. Es spricht beim Default-Fonds – wie das etwa auch in Schweden der Fall ist – viel für eine staatlich organisierte Ausgestaltung, da diesem Fonds mit einer Automatik die Personen zugeordnet werden, die keine ausdrückliche Wahl getroffen haben. Dieser so ausgestaltete Fonds kann dann auch als Benchmark für konkurrierende privatrechtlich organisierte Fonds dienen und insoweit eine Kostensenkung bewirken. Will man einen Wettbewerb unter Fonds-Anbietern haben, so steht dieser Default-Fonds etwas außerhalb des Wettbewerbs, da ihm automatisch bestimmte Personen zugeordnet werden. In Schweden hat sich insoweit gezeigt, dass dies zu einer dominierenden Stellung des Default-Fonds führt²³⁴. Das verbietet es, damit eine privatrechtliche Einrichtung zu betrauen, da sie wettbewerbsmäßig gegenüber anderen privatrechtlichen Einrichtungen bevorzugt würde.

Eine staatlich organisierte Einrichtung, die das gleiche Geschäft betreibt wie privatrechtliche Anbieter, ist grundsätzlich ebenso zu behandeln wie privatrechtliche Anbieter. Anders ist dies, wenn diese Einrichtung eine besondere Funktion erfüllt, die sie nicht in den Wettbewerb stellt. Das bedeutet dann, dass ein Weg gefunden werden müsste, die Zuweisung zu einem Default Fonds wettbewerbsneutral zu gestalten. Hier könnte man einen staatlich organisierten Default-Fonds so ausgestalten, dass er im Wettbewerb keine immanenten Vorteile hat. So ließe sich daran denken, dass er nicht aktiv gewählt werden kann, sondern nur greift, wenn keine ausdrückliche Wahl eines anderen Fonds erfolgt. Dann obliegt es den privatrechtlich strukturierten Anbietern, sich um den gesamten erfassten Personenkreis zu bemühen und das Geschäft für sich zu gewinnen. Eine solche Vorgehensweise dürfte die wettbewerbsrechtlichen Risiken entscheidend verringern. Denkbar wäre auch, den öffentlichen Fonds den gleichen rechtlichen Bedingungen zu unterwerfen wie die privaten Fonds, was ebenfalls zur Wettbewerbsneutralität beitrüge bzw. sie sogar herstellen würde. Für den staatlichen Fonds würde es dann aber gleichwohl darauf ankommen, im Wettbewerb keine unberechtigten Vorteile zu haben. So darf etwa diese Einrichtung keinen Zugang zu den Daten über den gesamten erfassten Personenkreis haben, wenn dies – wie anzunehmen – die privaten Anbieter nicht haben.

²³⁴ Börsch-Supan/Roth/Wagner, Altersvorsorge im internationalen Vergleich: Staatliche Produkte für die zusätzliche Altersvorsorge in Schweden und dem Vereinigten Königreich, Berlin 2017, S. 17.

Insgesamt ist bei der Einschaltung eines solchen – staatlichen – Default-Fonds das europäische Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV) zu beachten. Da der staatliche Fonds kraft Natur der Sache und damit auch der rechtlichen Konstruktion institutionalisierte Wettbewerbsvorteile hat, indem ihm diejenigen zugewiesen werden, die keine ausdrückliche Wahl getroffen haben, ergibt sich ein wettbewerbsrechtliches Problem. Auch ein öffentlich-rechtlicher Fonds, der und weil er im Wettbewerb mit anderen steht, ist ein Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts²³⁵. Er unterliegt dann auch dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV. Allerdings wird das Problem des europäischen Wettbewerbsrechts dadurch relativiert, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln nur gelten, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Es erweist sich aber, dass die Zuweisung zu einem Default-Fonds notwendige Folge eines Ansatzes ist, der hier geprüft wird und eine Einschränkung über das Wettbewerbsrecht die Erfüllung dieser Aufgabe, die angesichts des Zwecks des Obligatoriums bzw. Opting-Out im allgemeinen Interesse liegt, unmöglich machen würde. Allerdings sollte darauf geachtet werden, dass die Ausgestaltung dieses Fonds dem der konkurrierenden entspricht; das könnte auch dadurch realisiert werden, dass eine privatrechtliche Einrichtung insoweit betraut würde.

Es ließe sich schließlich auch noch denken, ein System vorzusehen, das als staatlich organisiertes Altersvorsorgeprodukt gestaltet ist und ein verpflichtendes Produkt vorsieht. Hier mag dann diese staatliche Einrichtung die Verwaltung und Anlage der Gelder privaten Einrichtungen übertragen, führt aber sowohl die Überwachung des Obligatoriums und Praktizierung des Opting-Out als auch die Gewährung der Leistungen selber durch. Man mag hier noch daran denken, die Überwachung des Obligatoriums und die Praktizierung des Opting-Out von der Durchführung des Altersvorsorgeprodukts zu trennen.

Mit der Schaffung eines staatlichen Altersvorsorgeprodukts könnte eine kostengünstige Alternative geboten werden; insoweit ist auch auf den vergleichbaren Vorschlag eines Staatsfonds bei der Deutschland-Rente zu verweisen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass

²³⁵ *Khan/Sub*, in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 101 Rn. 9; *Steinmeyer*, Wettbewerbsrecht im Gesundheitswesen, 2000, S. 20 ff.

sich ein derartiges staatliches Altersvorsorgeprodukt dem europäischen Wettbewerbsrecht stellen muss, da hier ein staatliches Monopol geschaffen wird, das besonderer Rechtfertigung bedarf. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache Albany Kriterien aufgestellt, die insbesondere sind: Erfüllung einer wesentlichen sozialen Funktion, Gefährdung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben, erhöhter Grad an Solidarität als Kennzeichen des Zusatzrentensystems sowie Festlegung von Mindestanforderungen für anbietende Versicherungsgesellschaften keine Alternative²³⁶.

Für den Fall eines zusätzlichen Altersvorsorgeprodukts auf arbeitsrechtlicher Basis soll hier davon ausgegangen werden, dass dies ohne organisatorische Beteiligung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen geschehen soll, wenn man von der Frage der Befreiung absieht. Das bedeutet eine rein arbeitsrechtliche bzw. privatrechtliche Organisation. Bei der Wahl eines bestimmten Altersvorsorgeprodukts müsste auch hier sichergestellt werden, dass der Wechsel der Tätigkeit die Zugehörigkeit zu einem Altersvorsorgeprodukt überdauern kann; das müsste zumindest bedeuten, dass die betreffende Person die Möglichkeit haben muss, in einem bestimmten Altersvorsorgeprodukt zu verbleiben, es also in geeigneter Weise fortzusetzen.

Im Fall eines Opting-Out kann dies entsprechend § 20 BetrAVG organisiert werden.

Es ist auch eine verpflichtende zusätzliche Altersversorgung im bestehenden System denkbar, sofern die unproblematische Mitnahme oder das Verbleiben beim Wechsel des Arbeitsplatzes oder der Tätigkeit möglich ist. Dies zeigt dann auch, dass eine Umsetzung eine Reihe von Eingriffen in das BetrAVG mit sich bringen mag.

Bei konkurrierenden Fonds ist eine Wechselmöglichkeit unabdingbar. Damit ist aber regelmäßig die Übertragung von Vermögenswerten verbunden, was Aufwand verursacht und ausländische Erfahrungen haben auch gezeigt, dass dann kostspieliger Werbeaufwand betrieben werden mag. Es ist deshalb unabdingbar, die Wechselmöglichkeit an bestimmte Fristen zu binden, um zu häufige und kostspielige Wechsel zu vermeiden.

14. Beibehaltung der staatlichen Förderung

Für die Frage der Beibehaltung der staatlichen Förderung dürfte entscheidend sein, ob die zusätzliche Altersvorsorge als Obligatorium oder in Gestalt eines Opting-Out erfolgen soll. Im ersteren Fall

²³⁶ EuGH 21.9.1999 – C-67/96 – Albany, DB 2000, 826 ff.; siehe auch näher dazu Steinmeyer, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, § 29 Rn. 119 ff.

besteht weniger bis kein Anreizbedarf; es mag lediglich darum gehen, diese zusätzliche Belastung steuerlich zu berücksichtigen oder ein Zuschusssystem bei niedrigen Einkommen vorzusehen.

Anders ist dies bei einem Opting-Out. Die Erfolgsquote würde in einem solchen Fall sicher verbessert, wenn ein steuerlicher Anreiz besteht, für eine solche zusätzliche Altersvorsorge zu optieren. Die Sonderstellung der Riester-Versorgung wäre aber angesichts der veränderten Funktion in Frage zu stellen.

15. Verfassungsrechtliche Umsetzbarkeit

Ein Obligatorium oder Opting-Out-Modelle lassen sich kompetenzrechtlich je nach Ausgestaltung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 „Sozialversicherung“ oder „Arbeitsrecht“ stützen und bei einer privatrechtlichen Anknüpfung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG „privatrechtliches Versicherungswesen“. Der weite Sozialversicherungsbegriff erlaubt kompetenzrechtlich auch ein Obligatorium einer zusätzlichen kapitalgedeckten Altersvorsorge und eine Aufgabenübertragung auf einen Rentenversicherungsträger lässt sich mit Art. 87 Abs. 2 und 3 GG vereinbaren.

Die Einführung eines Obligatoriums oder von Opting-Out-Modellen ist mit der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG angesichts dessen vereinbar, dass diese Maßnahme der Schließung der durch das gesunkene Rentenniveau entstandenen Versorgungslücke dienen soll²³⁷.

²³⁷ S. zur verfassungsrechtlichen Fragestellung *Steinmeyer*, Rechtsgutachten zu verfassungsmäßigen Grenzen für ein Obligatorium und von Opting-Out-Modellen in der zusätzlichen Altersvorsorge, in: Bericht der Kommission Verlässlicher Generationenvertrag, Band II – Materialien, Berlin 2020, S. 220ff.

Thesen

1. Die demographischen Rahmendaten und die damit verbundenen Herausforderungen machen Reformen des bestehenden Alterssicherungssystems unvermeidbar, da unter geltendem Recht die gesetzliche Rentenversicherung allein nicht mehr für ein angemessenes Alterseinkommen sorgen kann und die betriebliche Altersversorgung ebenso wie das Riester-System diese Lücke nicht hinreichend füllen.
2. Bei der Einkommensermittlung für die Beitragsbemessung sollte allein an Einkünfte aus der Erwerbstätigkeit angeknüpft werden, da es bei den Risiken Alter, Erwerbsunfähigkeit und Tod um den Ersatz dieser Einnahmen geht.
3. Angesichts der Veränderungen in der Arbeitswelt ist die Rentenversicherung als Arbeitnehmerversicherung an ihre Grenzen gekommen. Die zusätzliche Erfassung bestimmter Selbständigengruppen im SGB VI ist eher Stückwerk und eine umfassende Erfassung aller Erwerbstätigen deshalb angezeigt.
4. Es sollte bei der Erwerbstätigenversicherung eine umfassende Versicherungspflicht eingeführt werden und nicht etwa die Möglichkeit eines Opt-Out zugunsten privater Vorsorgeformen. Die gesetzliche Rentenversicherung beruht auf dem Grundsatz der Solidarität und es muss auch eine negative Risikoselektion vermieden werden.
5. Es sollten nicht nur Berufsanfänger erfasst werden, sondern auch solche Selbständige, die bereits im Beruf sind, was dann für Übergangsfälle Befreiungsmöglichkeiten erfordert, die sich an § 231 Abs. 5 SGB VI orientieren sollten.
6. Die Digitalisierung stellt auch die Alterssicherung vor neue Herausforderungen; die Erwerbstätigenversicherung trägt dem Rechnung.
7. Bestehende gesetzliche Sicherungssysteme wie die berufsständische Versorgungswerke und die Beamtenversorgung sollten bleiben. Die Koordinierung mit der Rentenversicherung ist zu verbessern.
8. Eine kontinuierliche Anpassung der Altersgrenzen ist langfristig unvermeidbar. Die gesetzliche Rentenversicherung ist dauerhaft nur finanzierbar, wenn die durchschnittliche Rentenbezugsdauer in etwa gleich bleibt.
9. Die Teilrente ist zu verbessern und zu vereinfachen, auch um der längeren Lebensarbeitszeit Rechnung zu tragen. Dies sollte ins-

besondere geschehen durch eine Abschaffung der Hinzuverdienstgrenzen, die angesichts des Zugangsfaktors für die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Rentenversicherung nicht erforderlich sind. Es sollte durch eine Änderung des § 6 BetrAVG flankiert werden.

10. Für Bezieher niedriger Einkommen sind Grundrentensysteme und die Anknüpfung an eine nicht rechtlich fassbare Lebensleistung abzulehnen. Stattdessen sollte innerhalb der Systematik der gesetzlichen Rentenversicherung mit einer „gewichteten“ Rentenformel gearbeitet werden, die Einkommensteile bis zu einer bestimmten Grenze höher bewertet als darüber hinausgehende.
11. Die Zusatzversorgung hat einen Bedeutungswandel erfahren. Die Verknüpfung der Riester-Versorgung mit der Absenkung des Rentenniveaus in 2001 macht nicht länger Sinn und die betriebliche Altersversorgung ist nicht mehr nur eine Ergänzung einer auskömmlichen Grundversorgung.
12. Da der Zusatzversorgung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung eine flächendeckende Erfassung nicht gelingt, sollte ein Obligatorium oder ein umfassendes Opting-Out-System für eine zusätzliche kapitalgedeckte Zusatzversorgung eingeführt werden.
13. Bei einem Obligatorium ist eine Befreiungsmöglichkeit bei bestehender oder neu abgeschlossener betrieblicher Altersversorgung oder Riester-Versorgung vorzusehen.
14. Obligatorium oder Opting-Out können erfolgen durch sozialversicherungsrechtliche oder arbeitsrechtliche Anknüpfung; im ersteren Fall kann die technische Durchführung durch einen Rentenversicherungsträger erfolgen, im zweiten Fall durch den Arbeitgeber.
15. Diese Zusatzversorgung ist zu finanzieren entweder allein durch den Arbeitgeber oder allein durch die Arbeitnehmer bzw. Versicherten oder – vorzugsweise – durch beide.
16. Die Anlage kann erfolgen durch private Fonds und es sollte den Arbeitnehmern bzw. Versicherten eine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden. Für den Fall der Nichtausübung der Wahl ist ein ggf. auch staatlich organisierter Default-Fonds vorzusehen. Diese Fonds, die vom Arbeitgeber bzw. Rentenversicherungsträger zu trennen sind, können auch die Leistungsgewährung vornehmen.
17. Ein Opting-Out-System ist grundsätzlich vorzugswürdig, sofern die flächendeckende Wirkung so erreicht werden kann.

Gutachten C
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

**Wie viel Unmittelbarkeit braucht
unser Strafverfahren?
– Möglichkeiten und Grenzen
von Beweistransfers**

Gutachten C

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Mark Deiters

Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung I:
Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht
Westfälische Wilhelms-Universität Münster



Zitiervorschlag: 73. djt I/C [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 9783406746345

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln

CO₂
neutral

chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhaltsverzeichnis

A. Zwecke der Unmittelbarkeit	C 9
I. Begriff – Thema	C 9
II. Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht	C 14
III. Immunisierung gegen Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens	C 15
IV. Konfrontationsrecht	C 20
V. Idealtypische Modelle	C 21
1. Vorüberlegungen	C 21
2. Konkretisierung der Wahrheitserforschungspflicht	C 22
3. Immunisierung gegen Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens	C 24
4. Konfrontationsrecht	C 25
VI. Fazit	C 27
B. Entstehung und Kritik des geltenden Rechts	C 28
I. Vorüberlegungen	C 28
II. Persönliche Vernehmung und Protokollverlesung	C 28
1. Reichweite des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung	C 28
2. Beweistransfer durch Protokollverlesung	C 32
3. Unvollkommene Konkretisierung der Wahrheitserforschungspflicht	C 33
4. Aufhebung der Unmittelbarkeit durch Konsens	C 35
5. Reform	C 36
a) Widersprüchlichkeit des geltenden Rechts	C 36
b) Ablehnung eines Transferverbots bei drohendem Beweisverlust	C 37
c) Bedeutung des Gebots der persönlichen Vernehmung	C 38
d) Regeln des Beweistransfers	C 41
e) Konfrontationsrecht	C 42
f) Konsentierter Beweistransfer	C 43
III. Ergänzende Beweiserhebung	C 45
1. Regelungsgehalt des § 253 StPO	C 45
2. Ermächtigung zum Vorhalt	C 45
3. Begrenzte Gestattung des ergänzenden Urkundenbeweises	C 46
4. Defizite der gesetzlichen Regelung	C 46
5. Reform	C 48
a) Ergänzende Beweiserhebung	C 48
b) Vorhalt	C 49

IV. Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung	C 50
1. Überblick, Entstehung und offene Fragen	C 50
2. Vermeidung einer erneuten Vernehmung	C 53
a) Konflikt zwischen Zeugenschutz und Wahrheitserforschungspflicht	C 53
b) Problematik der gegenwärtigen Fassung des § 255a Abs. 2 StPO	C 55
c) Reform	C 56
3. Vermeidung von Beweisverlust	C 58
a) Einseitige Konzentration auf Zeugenschutz	C 58
b) Sachwidrige Gleichstellung mit der Verlesung des Protokolls	C 60
c) Reform	C 62
V. Audiovisuelle Vernehmung	C 64
1. Regelungsgehalt des § 247a StPO	C 64
2. Defizite und Reform	C 65
a) Zulässigkeit der audiovisuellen Vernehmung	C 65
b) Vorrang der audiovisuellen Vernehmung	C 66
C. Verbot des Beweistransfers nach Zeugnisverweigerung	C 68
I. Regelungsgehalt des § 252 StPO	C 68
II. Einschränkende Handhabung der Rechtsprechung	C 69
III. Reform	C 71
1. Fragwürdigkeit des historischen Transferverbots	C 71
2. Erweiterte Belehrungspflicht	C 72
3. Beschränkung des Beweistransfers auf richterliche Vernehmung	C 74
4. Zwingende Ermöglichung der Konfrontation	C 75
5. Form des Beweistransfers	C 77
6. Vorhalt	C 78
D. Verbot des Beweistransfers für Erklärungen des Angeklagten	C 80
I. Regelungsgehalt des § 254 StPO	C 80
II. Eingeschränktes Verwertungsverbot	C 80
III. Eingeschränkte Zulassung des Urkundenbeweises	C 81
IV. Reform	C 82
1. Sachentsprechende Geltung der Grundsätze des Zeugenbeweises	C 82
2. Einschränkung des Beweistransfers	C 83
3. Ausgestaltung des Transferverbots	C 85
a) Vorschlag des AE Beweisaufnahme	C 85
b) Kritik und eigener Vorschlag	C 86
c) Ergänzende Beweiserhebung – Vorhalt	C 87
4. Konsentierter Beweistransfer	C 88

E. Thesen	C 90
I. Persönliche und audiovisuelle Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen	C 90
II. Ersetzung der persönlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen	C 91
1. Unmöglichkeit der gerichtlichen Vernehmung	C 91
2. Zeugenschutz	C 92
3. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Erscheinens in der Hauptverhandlung	C 93
III. Ergänzung der persönlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen	C 93
1. Ergänzende Beweiserhebung	C 93
2. Vorhalt	C 94
IV. Beweistransfer nach Zeugnisverweigerung	C 94
V. Beweistransfer bei früheren Aussagen des Angeklagten	C 95
F. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung	C 97
I. Unmittelbarkeit – Transferverbot	C 97
1. Systematik	C 97
2. § 247a StPO-E Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung von Zeugen	C 97
a) Gesetzestext	C 97
b) Begründung	C 98
1. § 250 StPO-E Gebot der persönlichen Vernehmung	C 99
a) Gesetzestext	C 99
b) Begründung	C 99
2. § 251 StPO-E Ersetzung der persönlichen Vernehmung	C 100
a) Gesetzestext	C 100
b) Begründung	C 100
3. § 252 StPO-E Ersetzung der persönlichen Vernehmung nach Zeugnisverweigerung	C 101
a) Gesetzestext	C 101
b) Begründung	C 102
4. § 253 StPO-E Ergänzung der persönlichen Vernehmung	C 103
a) Gesetzestext	C 103
b) Begründung	C 103
5. § 254 StPO-E Ersetzung und Ergänzung der persönlichen Vernehmung des Angeklagten	C 104
a) Gesetzestext	C 104
b) Begründung	C 104
II. Folgeänderungen	C 105
1. § 58a StPO-E Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton	C 105
a) Gesetzestext	C 105

b) Begründung	C 105
2. § 136 StPO-E Erste Vernehmung des Beschuldigten	C 106
a) Gesetzestext	C 106
b) Begründung	C 106

A. Zwecke der Unmittelbarkeit¹

I. Begriff – Thema

Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese nach § 250 Satz 1 StPO in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Eine fast wortgleiche Bestimmung fand sich als § 249 Satz 1 in der am 10.10.1879 in Kraft getretenen Reichsstrafprozessordnung von 1877.² Die Vorschrift normiert, beschränkt auf den Personalbeweis,³ den Grundsatz der Unmittelbarkeit. Während der Grundsatz der Mündlichkeit des Strafverfahrens sicherstellen soll, dass lediglich der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff der Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden darf,⁴ regelt das Prinzip der Unmittelbarkeit die Art und Weise der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung.

In der Terminologie wird verbreitet auch zwischen formeller und materieller Unmittelbarkeit unterschieden.⁵ Unmittelbarkeit ist in formeller Hinsicht bereits dadurch gewahrt, dass das Gericht seine Überzeugungsbildung gemäß § 261 StPO ausschließlich aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpft. Formelle Unmittelbarkeit bezweckt „die Identität des mündlich verhandelten Stoffes mit der Urteilsgrundlage“⁶ und garantiert dadurch, dass die Öffentlichkeit nachvollziehen kann, auf welcher Grundlage das Gericht zu seiner Entscheidung gekommen ist. Insoweit sind Unmittelbarkeit und Mündlichkeit weitgehend deckungsgleiche Grundsätze.⁷ In materieller Hinsicht verlangt der Grundsatz der Unmittelbarkeit hingegen eine bestimmte Form der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung.⁸

Die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen eines Beweistransfers betrifft lediglich die materielle Komponente der Unmittelbar-

¹ Ich danke meiner Mitarbeiterin *Gaby Kirstein* und meinen Mitarbeitern *Stefan Bauhofer*, *Jonas Joosten* und *Yaron Levy*, ohne deren Unterstützung und Diskussionsbereitschaft dieses Gutachten nicht hätte erstellt werden können.

² RGBl. 1877, 253.

³ Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 250 Rn. 1; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 250 Rn. 3; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 187.

⁴ Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 261 Rn. 7; KK-StPO/*Fischer*, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 16.

⁵ LR/*Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 250 Rn. 1; *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 125 mwN.

⁶ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 9.

⁷ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 10.

⁸ KK-StPO/*Fischer*, 8. Aufl. 2019, Einl. Rn. 23.

keit.⁹ Soweit Erkenntnisse des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung durch die Verlesung von Vernehmungsprotokollen oder die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung reproduziert werden sollen, ist die formelle Unmittelbarkeit – abgesehen von dem in dieser Hinsicht problematischen Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO¹⁰ – jedenfalls grundsätzlich nicht berührt.¹¹ Im Folgenden wird Unmittelbarkeit deshalb entsprechend der Themenstellung des Gutachtens ausschließlich als materieller Grundsatz des Beweisrechts thematisiert.

Die Beantwortung der Frage, wie viel Unmittelbarkeit das Strafverfahren in diesem Sinne braucht, setzt zunächst Klarheit darüber voraus, warum das Gesetz den Richter in der Hauptverhandlung beim Personalbeweis grundsätzlich dazu verpflichtet, sich nicht mit einer Reproduktion der bereits im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweise zu begnügen. Daraus ergibt sich zugleich, in welchem Umfang ein Transfer von Ermittlungsergebnissen in die Hauptverhandlung rechtspolitisch vertretbar ist.

Die ausnahmslose Geltung des Unmittelbarkeitsprinzips bedingt eine vollständige Wiederholung der grundsätzlich bereits im Ermittlungsverfahren durchgeführten Sachverhaltserforschung und demzufolge ein vollständiges Verbot des Beweistransfers. Ein striktes Gebot unmittelbarer Beweiserhebung in der Hauptverhandlung hätte deshalb zur Folge, dass das Gericht seiner Verpflichtung zur Erforschung der Wahrheit nicht nachkommen könnte, wenn die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zwar dokumentiert wurden, das Gericht in der Hauptverhandlung aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gehindert ist, das unmittelbare Beweismittel auszuschöpfen. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz gerät damit in Konflikt zur Aufklärungsmaxime, die das Gericht dazu anhält, die Beweisaufnahme von Amts

⁹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 11f.; Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 127ff.

¹⁰ Auf das eingeschränkte Prinzip der Mündlichkeit und daraus folgend den eingeschränkten Unmittelbarkeitsgrundsatz hinweisend Meyer-Gößner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 249 Rn. 17; SSW-StPO/Kudlich/Schubert, 4. Aufl. 2020, § 249 Rn. 35.

¹¹ Das gilt jedenfalls dann, wenn auch die Wiedergabe der Bild-Ton-Aufzeichnung in einer Weise erfolgt, die es auch der Saalöffentlichkeit ermöglicht, den Inhalt der Aufzeichnung zur Kenntnis zu nehmen. Die Autoren des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme (AE Beweisaufnahme) weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass es im gegenwärtigen Recht bislang an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, die eine dem Sinn der formellen Unmittelbarkeit genügende Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung sicherstellt; siehe dazu Eser/Frister u.a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (47ff.). Es wäre deshalb unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ratsam, wenn sich der Gesetzgeber den Vorschlag des § 249a StPO-AE zu eigen machte. Dessen Absatz 1 Satz 2 sieht vor, dass alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit Gelegenheit erhalten müssen, die Bild-Ton-Aufzeichnung optisch und akustisch wahrzunehmen.

wegen auf *alle* Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, § 244 Abs. 2 StPO.

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Gebot der umfassenden Aufklärung einerseits und dem Gebot der unmittelbaren Beweiserhebung andererseits birgt ein rechtspolitisch brisantes Problem. In dem Umfang, in dem sich der Gesetzgeber dazu entschließt, letzterem den Vorrang einzuräumen, nimmt er zugleich in Kauf, dass die Bemühungen um Aufklärung eines Straftatverdachts möglicherweise abgebrochen werden müssen, obwohl ein Rückgriff auf die dokumentierten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens möglich wäre.¹² Ein striktes Gebot der unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung hat damit zur Folge, dass prinzipiell aufklärbare Straftaten im Ergebnis ungeahndet bleiben. Die Gründe, die für eine solche Regelung sprechen, müssen deshalb so gewichtig sein, dass sie das gesellschaftliche Interesse an der Strafverfolgung überwiegen.

Angesichts dieser Ausgangslage kann es nicht erstaunen, dass das Gebot der unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung in der deutschen Strafprozessordnung zu keiner Zeit ausnahmslos gegolten hat. Schon die Reichsstrafprozessordnung von 1877 kannte Ausnahmen für den Fall, dass ein Zeuge, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter aus tatsächlichen Gründen in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden konnte (§ 250 RStPO¹³).

War eine Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht möglich, weil dieser von seinem Schweigerecht Gebrauch machte, erlaubte § 253 RStPO unter bestimmten Voraussetzungen den Rückgriff auf die Dokumentation seiner früheren Angaben.¹⁴ Das Gesetz ließ die Verlesung der Niederschrift einer richterlichen Vernehmung zu und sicherte so die Erhebung des Beweises in der Hauptverhandlung, obwohl die Person selbst persönlich nicht vernommen werden konnte bzw. durfte. Lediglich für den Fall, dass ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht zur Zeugnisverweigerung Gebrauch machte, wurde der Zugriff auf die Dokumentation einer früheren Vernehmung, entsprechend der gegenwärtigen Regelung des § 252 StPO, nicht zugelassen.¹⁵ Dem lag und liegt bis heute der Gedanke zugrunde, dass dem Zeugnisverweigerungsberechtigten grundsätzlich auch im Fall einer früheren Aussage das Recht zugestanden werden soll, sein Zeugnisverweigerungsrecht noch in der Hauptverhandlung wirksam wahrzunehmen.¹⁶

¹² Dies gilt etwa bei dem aus § 252 StPO folgenden unverzichtbaren Beweisverwertungsverbot, BGHSt 10, 77.

¹³ RStPO in der Fassung vom 1.2.1877, RGBl. 1877, 253.

¹⁴ Eine Verlesung der Niederschrift war nach Abs. 1 bei einem Geständnis in einer früheren richterlichen Vernehmung und nach Abs. 2 bei Widersprüchen mit einer früheren Aussage, die nicht anders ausgeräumt werden konnten, zulässig.

¹⁵ Ursprünglich normiert in § 251 RStPO, vgl. RGBl. 1877, 253.

¹⁶ Beispielhaft BGHSt 2, 99 (103 ff.); SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 2; SSW-StPO/Kudlich/Schubert, 4. Aufl. 2020, § 252 Rn. 1; Entstehung des § 251 RStPO (im ersten Entwurf bezeichnet als § 213a) dargestellt bei Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 112 f.

Umgekehrt hat das Gesetz zu keinem Zeitpunkt einen umfassenden Zugriff auf die Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren zugelassen, und zwar auch dann nicht, wenn die unmittelbare Vernehmung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen in der Hauptverhandlung nicht möglich war. Das zeigt, dass die Reproduktion der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht nur ursprünglich¹⁷ skeptisch beurteilt wurde, obwohl die Möglichkeiten eines Beweistransfers zur Vermeidung von Beweisverlust seit 1877 erheblich zugenommen haben. Durch die heute bestehende Möglichkeit, eine Vernehmung im Ermittlungsverfahren nicht nur durch ein schriftliches Protokoll, sondern auch durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung zu dokumentieren, hat sich die Situation noch einmal grundlegend verändert. Zumindest ein Teil der Einwände, die gegen einen Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren geltend gemacht wurden, müssen angesichts dieser 1877 noch nicht bestehenden Möglichkeit einer Reproduktion von Ermittlungsergebnissen überdacht werden.

Der Gesetzgeber hat zwar durch die Einführung der Regelung des § 255a StPO¹⁸ reagiert. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er dabei angesichts der Vorteile, die eine Bild-Ton-Aufzeichnung gegenüber der Dokumentation im Rahmen eines schriftlichen Protokolls bietet, das Potenzial einer Videodokumentation bereits sachgerecht ausgeschöpft hat.¹⁹ Dies gilt insbesondere deshalb, weil die erneute Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung wegen der damit einhergehenden Belastungen grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist und insbesondere Interessen des mutmaßlichen Verletzten auch in den von § 255a Abs. 2 StPO nicht erfassten Fällen adäquat Rechnung zu tragen ist.²⁰ Darüber hinaus kann eine Reproduktion der Ermittlungsergebnisse durch Wiedergabe der Bild-Ton-Aufzeichnung ein geeignetes Mittel sein, auf die Gefahr einer verblässenden Erinnerung von Zeugen zu reagieren.

Angesichts der klassischen Problemlagen des Unmittelbarkeitsprinzips stellt sich aber auch die Frage, ob die gegenwärtige gesetzliche Regelung die Möglichkeiten und Grenzen eines Beweistransfers sachgerecht ausgestaltet. Während der Reichsstrafprozessordnung ein klares System zugrunde lag, ist dieses im geltenden Recht zu-

¹⁷ Löwe, RStPO, 3. Aufl. 1882, § 250 Rn. 1 f.; Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 109.

¹⁸ BGBl. 1998 I 820.

¹⁹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 6; zum höheren Beweiswert der Bild-Ton-Aufzeichnung SSW-StPO/Tsambikakis, 4. Aufl. 2020, § 255a Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 255a Rn. 5.

²⁰ Zu den widerstreitenden Interessen SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 255a Rn. 5.

mindest auf den ersten Blick nicht mehr erkennbar. Im Folgenden werden deshalb zunächst die (zum Teil divergierenden) Grundgedanken, die das Unmittelbarkeitsprinzip rechtfertigen, herausgearbeitet. Dabei soll auch gezeigt werden, dass in der gegenwärtigen Diskussion wesentliche und historisch wirkungsmächtige Legitimationsgründe für den Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung in den Hintergrund geraten sind. Anschließend wird dargestellt, welche Voraussetzungen eine Regelung erfüllen müsste, die jeweils einen Grundgedanken konsequent umsetzt.

Der anschließende Teil B behandelt unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte seit der Reichsstrafprozessordnung von 1877 die derzeit geltenden Regeln des Unmittelbarkeitsprinzips, soweit sie sich aus den §§ 250, 251, 253 und 255a StPO ergeben. Ziel ist es, die Defizite des geltenden Rechts offenzulegen und Leitlinien für eine Reform zu entwickeln. Unberücksichtigt bleiben zunächst die Sonderregeln der §§ 252, 254 StPO. Zusätzlich zu den das Unmittelbarkeitsprinzip allgemein betreffenden Fragen ist insoweit zu entscheiden, ob und in welchem Umfang der Zugriff auf die Ergebnisse früherer Vernehmungen gestattet werden soll, wenn ein dazu berechtigter Zeuge die Aussage erst in der Hauptverhandlung verweigert oder der Angeklagte erst dann von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Rechtspolitisch geht es in diesem Zusammenhang nicht vorrangig um die allgemein mit dem Gebot der persönlichen Vernehmung verfolgten Zwecke, sondern darum, ob der Schutz des Zeugnisverweigerungs- und des Schweigerechts zusätzliche Restriktionen bei einer möglichen Reproduktion früherer Vernehmungen gebietet. Diese Fragen werden in Teil C und D behandelt. In Teil E folgen die Thesen für eine Reform der gesetzlichen Regelung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit; in Teil F werden die Ergebnisse anhand eines ausformulierten und knapp begründeten Gesetzesentwurfs abschließend veranschaulicht.

Nicht behandelt wird die Regelung des § 256 StPO, die eine Verlesung der Erklärungen von Behörden und bestimmten Sachverständigen erlaubt. Die Vorschrift wird rechtspolitisch zwar deshalb als bedenklich eingestuft, weil sie auch Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden erfasst und zum Teil private Gutachten Behördenerklärungen gleichstellt.²¹ Darüber hinaus hat sie nach Auffassung der Rechtspraxis eine Einschränkung des Beweisantragsrechts zur Folge.²² Gleichwohl handelt es sich um eine Vorschrift, die weithin akzeptiert wird und bei der eine Reform derzeit nicht dringlich er-

²¹ Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 256 Rn. 1.

²² Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 256 Rn. 2 mwN; für die Geltung des Beweisantragsrechts SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 256 Rn. 17.

scheint. Soweit das Gutachten eine Reform der §§ 250ff. StPO vorschlägt,²³ geschieht dies deshalb unter der Prämisse der Fortgeltung des § 256 StPO.

II. Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht

Der Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird heute ganz überwiegend ausschließlich darin gesehen, durch Erhebung des Personalbeweises als sachnächstes Beweismittel bei entscheidungsrelevanten Wahrnehmungen einer Person eine möglichst zutreffende Tatsachenfeststellung zu garantieren.²⁴ Das Gericht wird dazu verpflichtet, sich selbst einen persönlichen Eindruck von der Beweisperson und deren Aussageverhalten zu verschaffen,²⁵ damit sich die zur Entscheidung über die Schuld- und Straffrage berufenen Richter ihre Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 261 StPO) nach Möglichkeit nicht auf der Grundlage eines nur mittelbaren Eindrucks von den entscheidungsrelevanten Indizien bilden müssen. Unmittelbarkeit der Beweiserhebung ist bei dieser Interpretation eine notwendige Legitimation für die von Beweisregeln freie richterliche Überzeugung.²⁶

Im Gefüge der Reichsstrafprozessordnung von 1877 hätte sich die damalige Regelung des § 249 Satz 1 RStPO damit (auch) als gesetzlicher Hinweis auf die im Übrigen seinerzeit nicht kodifizierte,²⁷ vom Reichsgericht aber in ständiger Rechtsprechung als selbstverständlich vorausgesetzte gerichtliche Aufklärungspflicht²⁸ deuten lassen. Im geltenden Recht erweist sich § 250 Satz 1 StPO auf der Grundlage der herrschenden Zweckbestimmung dagegen zunächst einmal als redundante gesetzliche Teilkonkretisierung des Inhalts der in § 244 Abs. 2 StPO ohnehin umfassend geregelten Wahrheitserforschungspflicht:²⁹ Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrneh-

²³ Siehe dazu → C 99ff.

²⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 250 Rn. 1; SSW-StPO/Kudlich/Schubr, 4. Aufl. 2020, § 250 Rn. 2; LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 250 Rn. 4; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 250 Rn. 2.

²⁵ KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, § 250 Rn. 1; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 250 Rn. 1.

²⁶ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor § 250 Rn. 9.

²⁷ § 244 Abs. 1 RStPO bestimmte seinem Wortlaut nach lediglich, dass die Beweisaufnahme „auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die anderen Beweismittel zu erstrecken“ sei. Nach welchen Kriterien die dafür seinerzeit nach § 213 RStPO vorrangig zuständige Staatsanwaltschaft Zeugen und Sachverständige zu laden und Beweismittel zu beschaffen hatte, bestimmte die RStPO nicht. § 220 RStPO enthielt lediglich eine ergänzende gerichtliche Befugnis, Beweispersonen zu laden und sonstige Beweismittel herbeizuschaffen.

²⁸ RGSt 1, 189 (190); RGSt 5, 312; RGSt 21, 225.

²⁹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 11f.; ähnlich SSW-StPO/Kudlich/Schubr, 4. Aufl. 2020, § 250 Rn. 4f.

mung einer Person, so ist die Vernehmung dieser Person selbstverständlich stets zugleich im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO für die Entscheidung von Bedeutung. Der Regelungsgehalt des § 250 Satz 1 StPO wäre damit logisch bereits in § 244 Abs. 2 StPO mit enthalten.

Schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts,³⁰ der der Bundesgerichtshof später gefolgt ist,³¹ ging freilich davon aus, dass sich § 250 Satz 1 StPO darauf beschränkt, den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis zu gewährleisten.³² Der Grundsatz der Unmittelbarkeit beschränkt sich bei dieser Sichtweise darauf, dass die Vernehmung einer Beweisperson nicht durch die Verlesung des Protokolls ihrer früheren Vernehmung ersetzt wird. Können mehrere Personen Erhebliches zu einer bestimmten Beweistatsache beitragen, ist die Erhebung des Beweises durch den sach nächsten Personalbeweis infolgedessen nicht durch § 250 Satz 1 StPO garantiert.³³ Die gesetzliche Regelung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes muss dann stets im Zusammenhang mit der in § 244 Abs. 2 StPO normierten Amtsaufklärungspflicht gesehen werden. Aus dieser kann sich im Einzelfall die gerichtliche Verpflichtung ergeben, zum Beweis einer bestimmten Tatsache den sach nächsten Personalbeweis zu erheben.³⁴ Das nach herrschender Meinung zentrale Anliegen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wird infolgedessen rechtspolitisch nicht notwendig vollständig durch die gesetzlichen Regelungen dieses Grundsatzes verwirklicht.

III. Immunisierung gegen Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens

Die Zweckbestimmung der herrschenden Meinung ist für die Erklärung des Unmittelbarkeitsprinzips insoweit defizitär, als sie ein Verbot des Beweistransfers nicht begründen kann. Als bloße Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht hat dieser Grundsatz nicht nur keinen gegenüber der Amtsaufklärungspflicht eigenständigen Regelungsgehalt. Er steht auch unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, dass die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung überhaupt möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist es nicht folgerichtig, dass den Gerichten die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung auch dann verwehrt ist, wenn

³⁰ RGSt 48, 246.

³¹ BGHSt 6, 209 (210); im Ergebnis ebenso schon BGHSt 1, 373 (376).

³² LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 250 Rn. 1.

³³ BGH NStZ-RR 2014, 152; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 250 Rn. 3; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 250 Rn. 3, 42 ff.

³⁴ BGHSt 6, 209; LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 250 Rn. 23; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 250 Rn. 45.

die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung gar nicht möglich ist.³⁵

Diese mit dem Gebot der Unmittelbarkeit grundsätzlich verbundene Konsequenz wird im geltenden Recht zwar durch die Regelung des § 251 StPO deutlich abgemildert. Das geltende Recht ist insoweit aber bereits die Folge einer Entwicklung, in der die ursprüngliche Konzeption des Unmittelbarkeitsprinzips vom Gesetzgeber weitgehend ausgehöhlt wurde.³⁶ Das gegenwärtige Recht bildet die dem reformierten Strafprozess zugrunde liegende Idee der Unmittelbarkeit, mit der insbesondere auf Missstände des früheren Inquisitionsprozesses reagiert wurde, deshalb kaum noch ab. Anderes gilt für die in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 enthaltene Konzeption des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Seinerzeit waren die Ausnahmen vom Gebot der persönlichen Vernehmungen, die eine Reproduktion der Ermittlungsergebnisse im Wege des Urkundenbeweises zuließen, noch sehr restriktiv gefasst.³⁷

Für den Fall, dass „ein Zeuge, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter verstorben oder in Geisteskrankheit verfallen oder [...] sein Aufenthaltsort nicht zu ermitteln“ war, gestattete § 250 Abs. 1 RStPO als Vorläufer der heutigen Regelung des § 251 StPO die Verlesung des Protokolls seiner früheren *richterlichen* Vernehmung. Darüber hinaus konnte nach § 222 RStPO eine kommissarische richterliche Vernehmung angeordnet werden, „wenn dem Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit oder Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen“. In diesen Fällen durfte das Protokoll der Vernehmung in der Hauptverhandlung nach § 250 Abs. 2 RStPO verlesen werden, wenn die Vernehmung durch den beauftragten oder ersuchten Richter „nach Eröffnung des Hauptverfahrens, oder wenn sie in dem Vorverfahren unter Beobachtung der Vorschriften des § 191 erfolgt ist“.

Die Reichsstrafprozessordnung gestattete im Fall des drohenden Beweisverlustes damit nicht in jedem Fall hilfsweise die Reproduktion der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens. Stattdessen beschränkte sie die Möglichkeit des Beweistransfers auf frühere *richterliche* Vernehmungen. War ein Zeuge nur polizeilich oder staatsanwaltschaftlich vernommen worden, durften die Protokolle dieser Vernehmungen nicht verlesen werden. Damit nahm das Gesetz in allen Fällen, in denen eine Beweisperson nicht richterlich vernommen worden war, einen erheblichen Beweisverlust bewusst in Kauf.

³⁵ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 19.

³⁶ Dazu später ausführlich → C 32 ff.; zur gesetzgeberischen Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 23; Frister, FS Fezer, 2008, 211 (215); Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (3).

³⁷ Zu den begrenzten normierten Ausnahmen Löwe, RStPO, 3. Aufl. 1882, § 249 Rn. 3; zu der Entwicklung der Auslegung Grünwald, FS Dünnebier, 1982, 347 (352 ff.); Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (13 f.).

Dem historischen Gesetzgeber ging es bei dieser Regelung augenscheinlich darum, einen Transfer der in den Vernehmungsprotokollen dokumentierten Ergebnisse insbesondere polizeilicher Vernehmungen in die Hauptverhandlung zu unterbinden.³⁸ Das deutet darauf hin, dass nichtrichterliche Vernehmungen nach Auffassung des historischen Gesetzgebers mit spezifischen Risiken für die Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellung verbunden waren, die sich nicht negativ auf die Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung auswirken sollten. Tatsächlich war ein Misstrauen gegen die Ergebnisse nicht öffentlich gewonnener Erkenntnisse in der Zeit vor der Entstehung der Reichsstrafprozessordnung sehr wirkungsmächtig. So kritisierte *Feuerbach* schon 1821 die Dokumentationen nichtöffentlich erfolgter (richterlicher) Untersuchungshandlungen: Wie diese Akten „gewonnen, was hinter ihnen liegt, was ihnen vorausging, was nebenbei geschah oder nicht geschah, als sie angefertigt wurden, von alledem erscheint an ihnen nicht mehr als sie selbst davon zu melden für gut fanden.“³⁹

Die Sorge, der Öffentlichkeit könnte Wesentliches verborgen bleiben, möglicherweise im Einzelfall auch etwas bewusst vorenthalten werden, lässt sich nicht dadurch ausräumen, dass man eine Reproduktion der Ergebnisse des heimlichen Ermittlungsverfahrens in der öffentlichen Hauptverhandlung nur dann zulässt, wenn die nach allgemeiner Einschätzung bessere unmittelbare Vernehmung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich (oder unverhältnismäßig) ist. Vielmehr bedeutet die Wahrheitserforschung durch Beweistransfer zwangsläufig den Verzicht auf eine kritische Würdigung der Ermittlungstätigkeit.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz sollte aus der Perspektive des historischen Gesetzgebers infolgedessen nicht nur sicherstellen, dass das Gericht *nach Möglichkeit* in die Lage versetzt wird, die Aussage im Licht eines eigenen Eindrucks von Person und Aussageverhalten zu würdigen. Durch ihn sollte auch gewährleistet werden, dass die gerichtliche Beweiswürdigung sich nicht auf Aussagen stützt, bei denen die befragten Personen dem weder von der Öffentlichkeit noch den Verfahrensbeteiligten kontrollierten Einfluss der Ermittler ausgesetzt waren,⁴⁰ weil dadurch fehlerhafte, in dem Bemühen um Bestätigung einer Ermittlungshypothese zustande gekommene Aus-

³⁸ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 7; *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (14).

³⁹ *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege, 1821, 100; dazu auch SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 2.

⁴⁰ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 22; *Weigend*, FS Eisenberg, 2009, 657 (660f.).

sagen in der Hauptverhandlung fortwirken könnten.⁴¹ Begnügt sich das Gericht mit der bloßen Reproduktion von Ermittlungsergebnissen, ist es in der Tat kaum denkbar, dass entsprechende Fehlerquellen im Rahmen der Beweismwürdigung berücksichtigt werden.⁴² Damit verlagert sich die faktische Entscheidungsmacht zwangsläufig von den unabhängigen Gerichten zur strafverfolgenden Exekutive. Der Idee des aufgeklärten Strafprozesses, Strafverfolgung und Entscheidungskompetenz funktionell zu trennen,⁴³ läuft das diametral zuwider: Die Strafverfolgungsorgane entscheiden bei einem Transfer der Ermittlungsergebnisse in der Hauptverhandlung – anders als der Inquisitor des früheren Inquisitionsprozesses⁴⁴ – zwar nicht selbst, sie sind aber potenziell in der Lage, zu steuern, was die Gerichte würdigen können.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ist deshalb historisch betrachtet auch Ausdruck der herausgehobenen Bedeutung der öffentlichen Hauptverhandlung. In ihr allein sollte sich entscheiden, ob der Angeklagte einer Straftat für schuldig befunden wird oder aber als unbescholtener Bürger den Gerichtssaal verlassen kann. Das vorbereitende Verfahren dient bei dieser Sichtweise ausschließlich dazu, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Erhebung der öffentlichen Klage zu ermöglichen. Die in ihm gewonnenen Ergebnisse rechtfertigen zwar die Wahrheitserforschung im Rahmen der Hauptverhandlung, sollen diese jedoch nicht beeinflussen. Die Hauptverhandlung als „Kernstück des Strafverfahrens“⁴⁵ wird damit als der allein maßgebliche Ort gekennzeichnet, an dem das Strafrecht seinem Anspruch gerecht wird oder ihn verfehlt. Unmittelbarkeit der Beweiserhebung dient damit in letzter Konsequenz vor allem dem

⁴¹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 22 mit Beispielen für entsprechende Befragungstechniken; zu dem so entstehenden Einfluss der Ermittlungsbehörden auf die gerichtliche Entscheidung Grünwald, FS Dünnebier, 1982, 347 (349).

⁴² Vgl. dazu SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 22. – Ein bloß abstrakter, d. h. nicht auf den Einzelfall bezogener Zweifel, hindert das Gericht grundsätzlich nicht, von der Zuverlässigkeit eines Beweisergebnisses auszugehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht sogar davon aus, dass die Tatgerichte sich durch solche Zweifel nicht von einer entsprechenden Überzeugung abhalten lassen dürfen, vgl. etwa BGH NStZ 1985, 230.

⁴³ KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, § 151 Rn. 1; SK-StPO/Weßlau/Deiters, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 151ff. Rn. 2.

⁴⁴ Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532–1846, S. 154f.; SK-StPO/Weßlau/Deiters, 5. Aufl. 2016, § 151 Rn. 2.

⁴⁵ Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO Vor § 226 Rn. 1; KK-StPO/Gmel, 8. Aufl. 2019, Vor § 226; vgl. aber auch Jabn, ZStW 115 (2003), 815 (823) zu Stimmen in der Strafprozessrechtswissenschaft, „die nicht mehr das Haupt-, sondern das Ermittlungsverfahren als Kernstück und Höhepunkt des Strafprozesses“ verstehen.

Ziel, Fehlverurteilungen zu vermeiden, die in der Regel auf Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren beruhen.⁴⁶

Dass der historische Gesetzgeber der Verlesung von Protokollen *richterlicher* Vernehmungen nicht mit der gleichen Skepsis begegnete und eine Reproduktion der Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens und der gerichtlichen Voruntersuchung zur Vermeidung eines endgültigen Beweisverlustes (§ 251 Abs. 1 RStPO) oder ungewisser Verzögerungen (§ 251 Abs. 2 RStPO) zuließ, steht dazu nur scheinbar in Widerspruch. Da die Vernehmung in diesen Fällen von einer neutralen und unabhängigen Instanz durchgeführt wird, zwang das seinerzeit wirkungsmächtige Misstrauen in Vernehmungen, die von den Strafverfolgungsbehörden durchgeführt wurden, nicht zu einem Verzicht auf die Reproduktion außerhalb der Hauptverhandlung gewonnener Vernehmungsergebnisse. Zwar ist auch die richterliche Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung der Kontrolle der Öffentlichkeit entzogen. Verteidigung und Staatsanwaltschaft war die Anwesenheit aber gestattet.⁴⁷

Für die richterliche Einvernahme eines Zeugen oder Sachverständigen im Rahmen der richterlichen Voruntersuchung folgte dies aus § 191 Abs. 1, 2 RStPO – auch wenn aus heutiger Perspektive problematisch erscheint, dass die Reichsstrafprozessordnung dem Verteidiger bei richterlichen Vernehmungen, anders als bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung (§ 239 Abs. 2 RStPO), kein Fragerecht einräumte.⁴⁸ Für die richterliche Vernehmung im vorbereitenden Verfahren galt § 191 RStPO über den Verweis in § 167 Abs. 2 RStPO entsprechend. Die Anwesenheit bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen war der Verteidigung in diesem Fall aber nur unter der weiteren Voraussetzung gestattet, dass der Beschuldigte bereits richterlich vernommen worden war oder sich in Untersuchungshaft befand.⁴⁹ Die Reichsstrafprozessordnung erlaubte demzufolge auch eine Reproduktion von Vernehmungsergebnissen, wenn dem Verteidiger die Anwesenheit bei der Befragung nicht möglich war. In der Gesamtschau wird man deshalb davon ausgehen müssen, dass das mit der gesetzlichen Regelung der Unmittelbarkeit seinerzeit einhergehende Transferverbot nicht maßgeblich die Gewährleistung effektiver Verteidigung bezweckte,⁵⁰ sondern im Wesentlichen die unabhängige Rolle des Gerichts bei der Wahrheitserforschung stärken sollte.

⁴⁶ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 17.

⁴⁷ Eine Anwesenheit war nur für solche Vernehmungen gestattet, die in der Regel in der Hauptverhandlung nicht wiederholt werden, vgl. Löwe, RStPO, 1. Aufl. 1877, § 191 Rn. 1.

⁴⁸ Löwe, RStPO, 1. Aufl. 1877, § 191 Rn. 3: Der Verteidiger hatte lediglich die Möglichkeit, sich mit seinem Anliegen an den Richter zu wenden, der dann nach freiem Ermessen zu entscheiden hatte, ob dem Anliegen stattzugeben ist. Zu der erst 1974 erfolgten Erweiterung der Rechte der Verfahrensbeteiligten im Rahmen der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren siehe SK-StPO/Woblers/Albrecht, 5. Aufl. 2016, § 168c Rn. 1.

⁴⁹ Löwe, RStPO, 1. Aufl. 1877, § 167 Rn. 2.

⁵⁰ So heute SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 21: „Ermächtigung der Verteidigung“.

IV. Konfrontationsrecht

Ungeachtet der Beweggründe des historischen Gesetzgebers folgt aus dem Grundsatz der unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung eine erhebliche Stärkung der Verteidigungsrechte. Wird ein Zeuge in der Hauptverhandlung vernommen, können der Angeklagte und sein Verteidiger ihn selbst befragen und damit maßgeblichen Einfluss auf den Gang der Beweiserhebung nehmen. Aus heutiger Perspektive handelt es dabei nicht nur um eine rechtspolitisch wünschenswerte Nebenfolge des Gebots der persönlichen Vernehmung. Das Recht des Angeklagten, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, stellt nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK einen wesentlichen Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren dar, das die Vertragsstaaten in ihren jeweiligen Verfahrensordnungen verpflichtend gewährleisten müssen.⁵¹ Dieses Recht bezieht sich nicht nur auf einen Zeugen, der in der Hauptverhandlung tatsächlich vernommen wird. Auch der Zeuge, dessen Wahrnehmung in der Hauptverhandlung reproduziert werden soll, ist erfasst.⁵² Das Konfrontationsrecht ist bei einer mittelbaren Beweiserhebung deshalb nur gewährt, wenn der Zeuge bei der reproduzierten Aussage auch vom Angeklagten und seinem Verteidiger mit Fragen konfrontiert werden konnte.

Nach heutigem Verständnis der vom Fairnessgebot garantierten Verteidigungsrechte ist ein Beweistransfer deshalb grundsätzlich an die Voraussetzung gebunden, dass die Vernehmung im Ermittlungsverfahren eine kontradiktorische Befragung ermöglichte.⁵³ Allerdings hält die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Verwertung einer nicht kontradiktorisch zustande gekommenen Vernehmung dann nicht für ausgeschlossen, wenn eine solche Vernehmung nicht möglich war und diese Situation von der Justiz nicht zu verantworten ist.⁵⁴ Insoweit sei dann allerdings stets besondere Vorsicht bei der Beweiswürdigung geboten. Keinesfalls dürfe das Ergebnis einer nicht kontradiktorischen Vernehmung das alleinige Beweismittel sein.⁵⁵

⁵¹ LR/*Becker*, 27. Aufl. 2019, § 240 Rn. 1; KK-StPO/*Schneider*, 8. Aufl. 2019, § 240 Rn. 1.

⁵² MüKoStPO/*Gaede*, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 246; SK-StPO/*Meyer*, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 477.

⁵³ EGMR, 1991, Serie A, Bd. 194, S. 12 Nr. 34 – Isgro/Italien; zur Notwendigkeit der Konfrontation im Ermittlungsverfahren *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (609); *Beulke*, FS Rieß, 2003, 3 (18).

⁵⁴ EGMR, 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06, Al-Khawaja und Tahery/Großbritannien; Besprechung *Meyer*, HRRS 2012, 117.

⁵⁵ EGMR – Lucà/ITA, Urt. v. 27.2.2001, 33354/96; SK-StPO/*Meyer*, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 504.

Dass die Verwertung einer Aussage im Einzelfall nach der Rechtsprechung des EGMR auch dann zulässig ist, wenn eine kontradiktorische Vernehmung der Beweisperson nicht möglich war, ändert freilich nichts daran, dass eine gerichtliche Entscheidung grundsätzlich nur auf Aussagen gestützt werden *sollte*, bei der das Konfrontationsrecht vollständig gewährleistet wurde. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fordert deshalb aktive Schritte von den Vertragsstaaten, die den Angeklagten in die Lage versetzen, dieses Recht wahrzunehmen.⁵⁶ Damit erwächst aus dem Recht auf ein faires Verfahren unabhängig vom Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung, dem freilich auch durch die Gewährung des Konfrontationsrechts zumindest Rechnung getragen wird,⁵⁷ ein gewichtiges Argument für eine Stärkung des Unmittelbarkeitsprinzips, das auch ein Verbot des Beweistransfers rechtfertigen kann.

V. Idealtypische Modelle

1. Vorüberlegungen

Die konkrete Ausgestaltung des gesetzlichen Unmittelbarkeitsprinzips verlangt eine rechtspolitische Entscheidung, welche der vorgenannten Zwecke verwirklicht werden sollen. Dabei sind Kombinationen möglich. Die Strafprozessordnung hat die gesetzliche Konturierung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit tatsächlich zu keiner Zeit an einem einzigen Zweck allein ausgerichtet.

Das gemeinsame Anliegen aller Unmittelbarkeitskonzeptionen besteht darin, eine möglichst zuverlässige Tatsachenfeststellung in der gerichtlichen Hauptverhandlung zu gewährleisten. Daraus folgt, dass eine gesetzliche Konturierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zunächst gewährleisten muss, dass in der Hauptverhandlung für den Beweis einer bestimmten Tatsache von mehreren zur Auswahl stehenden Beweismitteln das sachnächste und damit *ex ante* zuverlässigste berücksichtigt wird. In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen es angesichts dieser unumstrittenen Zielvorgabe vertretbar ist, eine Reproduktion von Ermittlungsergebnissen in der Hauptverhandlung zuzulassen, hängt dann maßgeblich davon ab, ob und in welchem Umfang es geboten ist, die Hauptverhandlung gegenüber potenziell fehlerhaften Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu immunisieren und dem Angeklagten und seinem Verteidiger die konfrontative Befragung eines Zeugen zu ermöglichen. Um die

⁵⁶ Als notwendiges „ausreichendes Gegengewicht“ bezeichnet in EGMR 19.7. 2012 – 26171/07, NJW 2013, 3225 Rn. 45 – Hümmer/D.

⁵⁷ MüKoStPO/Gaede, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 242; SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 471.

Bandbreite möglicher Lösungen zu veranschaulichen, erscheint es sinnvoll, sich die Konsequenzen der differierenden Modelle idealtypisch vor Augen zu führen. Dadurch wird zugleich ein Maßstab für die Analyse und Kritik des geltenden Rechts gewonnen.

2. Konkretisierung der Wahrheitserforschungspflicht

Geht es bei dem Gebot der unmittelbaren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung im Sinne einer Konkretisierung der Amtsaufklärungspflicht ausschließlich darum, das Gericht im Rahmen seiner Beweisaufnahme stets zur Erhebung des sachnächsten *erreichbaren* Beweismittels zu verpflichten, ist es theoretisch folgerichtig, eine gesetzliche Rangfolge der Beweismittel festzulegen, aufgrund derer das Gericht das zuverlässigste Beweismittel vorrangig zu berücksichtigen hat. Aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz folgt dann ein Verbot der *Ersetzung* der sachnäheren durch andere Formen der Beweiserhebung. Ein Verbot *ergänzender* Beweiserhebung durch Beweissurrogate oder die Unzulässigkeit der Beweiserhebung im Fall der Unreichbarkeit des unmittelbaren Beweises ist bei dieser Deutung nicht indiziert.

Der Klarstellung halber sei darauf hingewiesen, dass sich die Idee der (materiellen) Unmittelbarkeit dabei nicht auf den Personalbeweis beschränkt. Ist der Inhalt eines Schriftstücks von Bedeutung, so folgt aus dem Gebot unmittelbarer Beweiserhebung, dass die Urkunde zum Gegenstand der Beweiserhebung gemacht werden muss, und das Gericht nicht stattdessen den Aussteller der Urkunde oder eine andere Person, die den Inhalt irgendwann zur Kenntnis genommen hat, zu diesem Thema als Zeugen vernimmt.⁵⁸ Ist hingegen nicht der Inhalt, sondern das äußere Erscheinungsbild eines Schriftstücks beweisrelevant, wird das Gebot (materieller) Unmittelbarkeit bestmöglich dadurch verwirklicht, dass das Gericht selbst das Schriftstück in Augenschein nimmt.⁵⁹ Im Fall des in der gesetzlichen Regelung des § 250 Satz 1 StPO allein thematisierten Personalbeweises bedeutet Unmittelbarkeit im Sinne einer Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht, ganz unabhängig von seiner weiteren Ausgestaltung, zunächst einmal nicht mehr, als dass die Vernehmung einer Person das sachnächste Beweismittel darstellt und damit unerlässlich ist, wenn *ihre* Wahrnehmungen für die Aufklärung eines entscheidungserheblichen Sachverhaltes von Bedeutung sind.

Ist eine unmittelbare Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung nicht möglich, muss entschieden werden, welches andere Beweismittel am besten geeignet ist, die beweisrelevante Tatsache aufzuklären. Während in der Zeit der Entstehung der Reichsstrafprozessordnung von 1877 als Ersatz der persönlichen Vernehmung nur die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung oder die Einvernahme der Verhörsperson als Zeuge vom

⁵⁸ SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 249 Rn. 9; MüKoStPO/*Kreicker*, 2016, § 249 Rn. 6.

⁵⁹ SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 249 Rn. 2; MüKoStPO/*Kreicker*, 2016, § 249 Rn. 5.

Hörensagen in Betracht kam, steht heute in bestimmten Fällen auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung zur Verfügung. Da letztere dem Gericht, den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit – die Einhaltung entsprechender Standards bei der Videoaufzeichnung vorausgesetzt⁶⁰ – eine unverfälschte eigene Wahrnehmung nicht nur des Untersuchungsergebnisses, sondern auch der Art der Befragung und des Verhaltens der Beweisperson vermittelt, steht außer Frage, dass die Wiedergabe einer entsprechenden Vernehmungsdokumentation unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung der Verlesung des Vernehmungsprotokolls überlegen ist.⁶¹ Diese wiederum ist – redliche Protokollierung vorausgesetzt – in der Regel für die Reproduktion der im Ermittlungsverfahren bekundeten Wahrnehmungen der Beweisperson das qualitativ bessere Beweismittel als die Vernehmung der Verhörsperson.⁶² Soweit es zum Beweis einer Tatsache auf die Wahrnehmungen einer Person ankommt, die selbst in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann, ist deshalb unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Aufklärung für eine Reproduktion des Untersuchungsergebnisses vorrangig auf die Bild-Ton-Aufzeichnung und, falls eine solche nicht zur Verfügung steht, dann auf das Vernehmungsprotokoll zurückzugreifen.

Die Vernehmung der Verhörsperson ist zum Beweis der früher bekundeten Wahrnehmung der Beweisperson dagegen in der Regel das schlechteste Beweismittel.⁶³ Eine andere Bewertung ist allerdings erforderlich, wenn nicht der Inhalt der Aussage, sondern das Aussageverhalten und die Umstände der Vernehmung beweisrelevant sind. Zu diesen potenziellen Beweistatsachen wird sich das Vernehmungsprotokoll allenfalls teilweise verhalten; dann ist grundsätzlich der Vernehmungsbeamte selbst die sachnächste Erkenntnisquelle. Freilich gilt dies dann nicht ohne Einschränkung, wenn die frühere Vernehmung in Bild und Ton aufgezeichnet wurde. In diesem Fall wird zumindest das Aussageverhalten der Beweisperson bei der Vernehmung besser durch die Wiedergabe dieser Aufzeichnung in der Hauptverhandlung aufklärbar sein.⁶⁴

⁶⁰ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 3; aus rechtsvergleichender Perspektive für die Beschuldigtenvernehmung *Altenhain*, FS Kindhäuser, 2019, 975 ff.

⁶¹ SSW-StPO/*Tsambikakis*, 4. Aufl. 2020, § 255a Rn. 3.

⁶² Dazu ausführlich → C 30 ff.

⁶³ Zum geringeren Beweiswert BGHSt 17, 382 (385 f.); MüKoStPO/*Kreicker*, 2016, § 250 Rn. 46.

⁶⁴ Zum höheren Beweiswert der Bild-Ton-Aufzeichnung gegenüber der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeugen BGHSt 49, 72 (78); für das Verhältnis zwischen Bild-Ton-Aufzeichnung und Vernehmungsprotokoll ist dies überwiegend anerkannt, vgl. SSW-StPO/*Tsambikakis*, 4. Aufl. 2020, § 255a Rn. 3; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 3.

Sieht man den Sinn des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ausschließlich in einer Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht, ergibt sich für den *Inhalt* der zu reproduzierenden Aussage damit, dass als Beweissurrogat der Bild-Ton-Aufzeichnung der Vorrang vor dem Vernehmungsprotokoll und diesem wiederum der Vorrang vor der Vernehmung der Verhörsperson (oder der Vernehmung weiterer Personen, wenn sie bei der Vernehmung zugegen waren) gebührt.⁶⁵ Sind dagegen die *Umstände* während der früheren Vernehmung Beweisthema, ist das sachnächste Beweismittel grundsätzlich eine Bild-Ton-Aufzeichnung, der unter dem Gesichtspunkt materieller Unmittelbarkeit grundsätzlich der Vorrang vor der Vernehmung der Verhörsperson eingeräumt werden sollte. Deren Wahrnehmungen sind subjektiv geprägt. Darüber hinaus können Erinnerungsverzerrungen nicht ausgeschlossen werden.

Das bedeutet nicht, dass die Vernehmung der Verhörsperson nicht ergänzend in Betracht käme. Beschränkt sich der Sinn des Unmittelbarkeitsgrundsatzes darin, zur Aufklärung einer Tatsache nach Möglichkeit das sachnächste Beweismittel zu fordern, gibt es keinen Grund, eine ergänzende Beweiserhebung durch Nutzung eines unter dem Gesichtspunkt der Sachnähe nachrangigen Beweismittels auszuschließen. Das Gericht muss im Rahmen seiner Beweiswürdigung allerdings wie auch sonst den geringeren Beweiswert des entsprechenden Surrogats in Rechnung stellen.

3. Immunisierung gegen Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens

Zu anderen Ergebnissen gelangt man, wenn das Ziel des Grundsatzes unmittelbarer Beweiserhebung darin zu sehen sein sollte, die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung unabhängig von den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zu gestalten, um dadurch zu vermeiden, dass etwaige Fehler des Ermittlungsverfahrens fortwirken. Auch dann ist es zwar selbstverständlich, dass eine Person, deren Wahrnehmungen für die Aufklärung einer entscheidungserheblichen Tatsache von Bedeutung sind, in der Hauptverhandlung selbst zu vernehmen ist. Soweit dies nicht möglich ist, liegt es aber in der Konsequenz einer solchen Konzeption, einen Transfer der Ermittlungsergebnisse nicht zuzulassen.⁶⁶ Zugleich widerspräche es dem Sinn des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, durch eine Reproduktion der Ermittlungsergebnisse ergänzend Beweis zu erheben.

Da es nach diesem Grundgedanken vor allem darum geht, eine Fortwirkung von Fehlern zu vermeiden, die aus der Verfolgerrolle der vernehmenden Personen resultieren kann, bedingt ein solches Modell nicht zwangsläufig ein vollständiges Verbot des Beweistrans-

⁶⁵ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (54f.).

⁶⁶ Vgl. SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 Rn. 15.

fers aus dem Ermittlungsverfahren. Soweit die frühere Vernehmung durch einen Richter erfolgt ist, bestehen diese spezifischen Gefahren jedenfalls nach traditioneller Sichtweise nicht, sodass entsprechende Vernehmungsergebnisse – nach den Wertungen der Reichsstrafprozessordnung von 1877 – zur Vermeidung eines ansonsten drohenden Beweisverlustes in die Hauptverhandlung eingeführt werden können.

Eine aus heutiger Perspektive naheliegende Frage ist, ob die Gründe, die den historischen Gesetzgeber zu einem Verbot des Beweistransfers hinsichtlich der Ergebnisse insbesondere polizeilicher Vernehmungen bewogen haben, bei einer Dokumentation der Vernehmung durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung in gleicher Weise Geltung beanspruchen können. Für den Fall, dass eine Immunisierung der Hauptverhandlung vor potenziellen Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens auch gegenwärtig noch ein bei der Gestaltung des Unmittelbarkeitsprinzips zu berücksichtigender Gesichtspunkt sein sollte, stellt sich deshalb rechtspolitisch die Frage, ob ein Transfer bei ansonsten drohendem Beweisverlust auch durch die Reproduktion einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung abgewendet werden darf, wenn in der Hauptverhandlung eine Bild-Ton-Aufzeichnung dieser Vernehmung wiedergegeben werden kann. Diese Frage ist heute, wie später näher erläutert wird,⁶⁷ insbesondere für die Frage relevant, in welcher Form frühere Aussagen des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

4. Konfrontationsrecht

Die Verteidigungsrechte des Angeklagten und namentlich das Recht zur konfrontativen Befragung von (Belastungs-)Zeugen würden durch eine strikte Geltung des Gebots der unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung ebenfalls bestmöglich verwirklicht. Dies gilt nicht nur, weil in dieser Phase des Strafverfahrens das Fragerecht des Angeklagten und seines Verteidigers umfassend gewährt wird; dieses Recht lässt sich grundsätzlich auch bei Vernehmungen im Ermittlungsverfahren etablieren.⁶⁸ In der Hauptverhandlung kommt aber hinzu, dass das Fragerecht in Kenntnis des vollständigen Ergebnisses der Ermittlungen und des jeweiligen Standes der Beweisaufnahme wahrgenommen werden kann. Das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK ist deshalb grundsätzlich auf eine Konfrontation vor dem erkennenden Gericht angelegt.⁶⁹

⁶⁷ → C 85 ff.

⁶⁸ SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 477; HK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 241; Weigend, FS Eisenberg, 2009, 657 (661); zur Problematik der Konfrontationsmöglichkeit bei nichtrichterlichen Vernehmungen → C 74 f.

⁶⁹ EGMR – Graviano/ITA, Urt. v. 10.2.2005, 10075/02, Rn. 38; Grabenwarter/Pabel EMRK, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 131; SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 477.

Daraus folgt nicht, dass eine frühere Ermöglichung der Konfrontation den Vorgaben der Menschenrechtskonvention grundsätzlich widerspricht. Insbesondere in den Fällen, in denen der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht oder gewichtige Interessen des Zeugen seiner erneuten Vernehmung entgegenstehen, kann eine Konfrontation in einem früheren Verfahrensstadium den Anforderungen der Konvention genügen.⁷⁰ Da das Konfrontationsrecht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht absolut gewährt wird, darf im Einzelfall bei Vorliegen eines gewichtigen sachlichen Grundes auch eine insgesamt nicht konfrontierte Aussage in der Hauptverhandlung reproduziert werden. In diesen Fällen wird vom EGMR aber jedenfalls eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung angemahnt; in der Regel darf das Urteil nicht allein oder maßgeblich auf diese Aussage gestützt werden.⁷¹ Zusätzlich mahnt der Gerichtshof Ausgleichsmaßnahmen an, die das Verfahren in seiner Gesamtheit als fair erscheinen lassen.⁷² Insgesamt erweist sich die Rechtsprechung des EGMR als stark einzelfallorientiert.⁷³ Da es danach für die Frage eines Konventionsverstosses im Rahmen des Art. 6 EMRK stets auf eine Gesamtabwägung ankommt, lassen sich kaum verallgemeinerungsfähige Kriterien finden, die es ermöglichen würden, eine gesetzliche Konzeption der Unmittelbarkeit vollständig daran auszurichten.

Festgehalten werden kann jedoch, dass die unmittelbare Vernehmung potenziell belastender Zeugen in der Hauptverhandlung angesichts des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK in der Regel nicht zur Disposition steht. Für den Fall, dass eine Vernehmung in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht möglich sein wird, ist die Konfrontation in einem früheren Stadium zu ermöglichen. Im Übrigen streitet das Konfrontationsrecht dafür, die Reproduktion von Ermittlungsergebnissen in der Hauptverhandlung restriktiv auszugestalten. Da das Recht auf Konfrontation grundsätzlich verzichtbar ist,⁷⁴ ist ein Beweistransfer unter diesem Gesichtspunkt aber umfassend zulässig, wenn der Angeklagte mit ihm einverstanden ist.

⁷⁰ SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 477, 479, 482 ff.

⁷¹ Dies gilt nach neuerer Rechtsprechung auch für Beweise, die nicht das entscheidende, sondern nur ein wichtiges Beweismittel des Verfahrens sind, EGMR (GK) – Schatschaschwili/GER, Urt. v. 15.12.2015, 9154/10, Rn. 116.

⁷² EGMR – Sapunarescu/GER, Urt. v. 11.9.2006, 22007/03; EGMR – P.S./GER, Urt. v. 20.12.2001, 33900/96, Rn. 23; MüKoStPO/Gaede, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 260.

⁷³ SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 481.

⁷⁴ SK-StPO/Meyer, 5. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 515; MüKoStPO/Gaede, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 253.

VI. Fazit

Die ursprüngliche Idee des Grundsatzes der Unmittelbarkeit bestand entgegen heute ganz überwiegend verkürzten Darstellungen nicht nur darin, dass das Gericht *nach Möglichkeit* dazu verpflichtet werden sollte, sich durch die Vernehmung einer Beweisperson in der Hauptverhandlung eine möglichst zuverlässige Grundlage für die Beweiswürdigung zu verschaffen. Unmittelbarkeit bezweckte auch die Immunsierung der Hauptverhandlung gegen potenzielle Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens. Es ging nicht nur um eine (unvollkommene) Teilkonkretisierung der auch unabhängig von diesem Grundsatz anerkannten gerichtlichen Amtsaufklärungspflicht, sondern auch darum, diese Verpflichtung durch ein grundsätzliches Verbot des Beweistransfers zu limitieren, soweit die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens durch nichtrichterliche Vernehmungen erlangt wurden.

Angesichts der in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten und für die Vertragsstaaten verbindlichen Verfahrensstandards, namentlich des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, stellt sich die Frage der Grenzen eines Beweistransfers heute unabhängig von diesen Erwägungen des historischen Gesetzgebers in neuem Licht, weil daraus ein grundsätzliches Gebot der kontradiktorischen Vernehmung in der Hauptverhandlung folgt.

B. Entstehung und Kritik des geltenden Rechts

I. Vorüberlegungen

Die gegenwärtige gesetzliche Regelung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist das Ergebnis mehrerer Gesetzesnovellen. Eine grundlegende Reform der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften ist seit 1877 nicht mehr erfolgt. Infolge der zahlreichen Änderungen ist die ursprüngliche, der Reichsstrafprozessordnung von 1877 zugrunde liegende Konzeption der Unmittelbarkeit im gegenwärtigen Recht nicht mehr verwirklicht. Zwar begrenzen die Vorschriften der §§ 250ff. StPO auch im geltenden Recht faktisch noch die Aufklärungspflicht. Dabei handelt es sich aber, jedenfalls im Kontext des § 251 StPO, mehr um zufällige Reste der ursprünglichen Unmittelbarkeits-Idee denn um sachlich gerechtfertigte Regelungen. Diese Entwicklung resultierte auch aus einer heute nahezu allgemein anerkannten Interpretation der Reichweite des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung, die das ursprüngliche Konzept des Unmittelbarkeitsprinzips faktisch entwertet und die nachfolgende Entwicklung der gesetzlichen Vorschriften maßgeblich geprägt hat.

II. Persönliche Vernehmung und Protokollverlesung

1. Reichweite des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung

Schon nach § 249 Satz 2 RStPO (heute § 250 Satz 2 StPO) war es unzulässig, die Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen durch die Verlesung der Niederschrift seiner früheren Vernehmung zum Gegenstand der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu machen. Weil der Grundsatz der Unmittelbarkeit auch das Ziel verfolgte, die Beweisaufnahme gegen potenzielle Fehlerquellen nichtrichterlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren zu immunisieren,⁷⁵ hätte es eigentlich nahegelegen, einen Beweistransfer durch die Vernehmung der Verhörsperson über den Inhalt der früheren Vernehmung auszuschließen.⁷⁶ Freilich lässt sich schon den Beratungen über die Regeln der Reichsstrafprozessordnung nicht eindeutig entnehmen, dass dies seinerzeit auch tatsächlich gewollt war.⁷⁷ Während

⁷⁵ → C 15f.

⁷⁶ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 28.

⁷⁷ Vgl. dazu SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 250 Rn. 2.

einige es als selbstverständlich angesehen haben, dass die Vernehmung der Verhörsperson eine Umgehung des gesetzlich angeordneten Verlesungsverbot darstellt,⁷⁸ wurde von anderen betont, dass auch der Vernehmungsbeamte über eigene Wahrnehmungen berichte, indem er bekunde, welche Angaben des Zeugen oder Sachverständigen ihm im Rahmen der Vernehmung mitgeteilt wurden.⁷⁹

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich den zuletzt genannten Standpunkt zu eigen gemacht;⁸⁰ der Bundesgerichtshof hat später im gleichen Sinne entschieden.⁸¹ Das Gebot der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung regele lediglich den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis.⁸² Diese heute von der überwiegenden Ansicht auch in der Literatur geteilte Prämisse⁸³ lässt es als selbstverständlich erscheinen, dass das gesetzliche Verbot der Protokollverlesung nicht auch die Vernehmung der Verhörsperson als Zeugen (vom Hörensagen) ausschließt. Mit dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Praxis vereinbar, wenn man den Regelungsgehalt des § 250 Satz 1 StPO auf das beschränkt, was § 250 Satz 2 StPO nochmals ausdrücklich anordnet.⁸⁴

Dass diese Praxis die Beweisaufnahme gerade nicht gegen potenzielle Fehlerquellen nichtrichterlicher Vernehmungen immunisiert, wird nicht als Problem thematisiert, weil der Sinn des Unmittelbarkeitsprinzips ausschließlich darin gesehen wird, das Gericht dazu zu verpflichten, im Rahmen der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung das sachnächste *erreichbare* Beweismittel zu berücksichtigen.⁸⁵ Dass der Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis diesen Grundsatz nur teilweise verwirklicht, erkennt die herrschende Meinung zwar; dies folge aber aus der Regelung des § 250 Satz 2

⁷⁸ *Schwarze* bei *Hahn*, 1902, wobei hier unklar bleibt, ob sich die Umgehungsargumentation nur auf den Fall des aus dem Gebrauch eines Zeugnisverweigerungsrechts resultierenden Verlesungsverbots bezog oder aber für alle Fälle von Verlesungsverboten gelten sollte.

⁷⁹ *Mayer/Struckmann/Lenz* bei *Hahn*, 859, 1366, 1901.

⁸⁰ RGSt 48, 246.

⁸¹ BGHSt 6, 209 (210); BGHSt 17, 382 (383 f.); BGHSt 22, 268 (270 f.); BGHSt 1, 373 (376).

⁸² So ausdrücklich BGHSt 6, 209 (210).

⁸³ MüKoStPO/*Kreicker*, 2016, § 250 Rn. 3; BeckOK-StPO/*Ganter*, § 250 Rn. 1, 2; KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 250 Rn. 1; HK-GS/*Schorke*, 4. Aufl. 2017, § 250 Rn. 2, 3; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1029; *Beulke*, JA 2008, 758 (758, 762).

⁸⁴ BGHSt 6, 209 (210); *Geppert*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 249; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 422; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1029.

⁸⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 250 Rn. 3; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 915; *Detter*, NStZ 2003, 1 (2 f.).

StPO, die den in § 250 Satz 1 StPO verankerten Grundsatz der persönlichen Vernehmung näher konturiere.⁸⁶

Unabhängig von den gegen diese Deutung methodisch vorgebrachten Bedenken,⁸⁷ ist die damit in der Rechtspraxis maßgebliche Interpretation des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auch dann kaum überzeugend, wenn man seinen Sinn darin erblickt, die gesetzliche Wahrheitserforschungspflicht zu konkretisieren. Beschränkt man die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung auf einen Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis, stellt sich die gesetzliche Regelung gerade auch auf der Grundlage der herrschenden Zweckbestimmung nicht nur als unvollkommene Regelung dar; sie führt zum Teil auch dazu, dass das Gericht gesetzlich verpflichtet wird, das zuverlässigere Beweismittel zugunsten eines weniger zuverlässigen außer Betracht zu lassen.⁸⁸

Zwar ist der Vernehmungsbeamte, soweit die Umstände bei der Vernehmung klärungsbedürftig sind, im Verhältnis zum Protokoll schon deshalb das sachnähere Beweismittel, weil letzteres darüber in der Regel keine Angaben enthalten wird. Soweit es für die Entscheidung auf die Aussage des von ihm vernommenen Zeugen ankommt, kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass es dessen Wahrnehmungen sind, die für die Entscheidung im Sinne des § 244 Abs. 2 StPO von Bedeutung sind und auf denen der Beweis im Sinne des § 250 Satz 1 StPO vorrangig beruht.⁸⁹ Selbst wenn der Vernehmungsbeamte im Vergleich zum Wahrnehmungszeugen in Einzelfällen das *ergiebigere* Beweismittel sein mag, weil er sich – anders als der Wahrnehmungszeuge – bei seiner Vorbereitung auf das Vernehmungsprotokoll stützen kann,⁹⁰ wird dadurch die in der Regel erhöhte Zuverlässigkeit des Protokolls gegenüber der Gedächtnisleistung des Vernehmungsbeamten gerade nicht in Abrede gestellt, sondern bestätigt.

Tatsächlich wird sich der Vernehmungsbeamte – von spektakulären Einzelfällen abgesehen – im Zeitpunkt seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung nur selten daran erinnern können, welchen Inhalt die Aussage des von ihm vernommenen Zeugen hatte. Um in der Hauptverhandlung ergiebig aussagen zu können, ist er deshalb in der Regel darauf angewiesen, sich im Vorfeld seiner Aussage vor Gericht anhand der von ihm seinerzeit gefertigten Vernehmungsniederschrift über den Inhalt der damaligen Vernehmung zu informieren.⁹¹ Die

⁸⁶ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 422.

⁸⁷ *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, 119ff.; *Weigend*, FS Eisenberg, 2009, 657 (663).

⁸⁸ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 27.

⁸⁹ Vgl. LR/*Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 250 Rn. 4a mwN.

⁹⁰ So etwa KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 250 Rn. 11 mwN.

⁹¹ *Jahn StV* 2015, 778 (783).

Rechtsprechung fördert diese Praxis, indem sie dem Vernehmungsbeamten ein entsprechendes Vorbereitungsrecht zugesteht und zum Teil auch eine aus der Zeugenrolle folgende Pflicht zur Vorbereitung annimmt.⁹² Das führt dazu, dass nicht primär die Erinnerungen des Vernehmungsbeamten an die Aussage des von ihm Vernommenen die Grundlage für seine Aussage in der Hauptverhandlung bilden, sondern seine Erinnerung an die Lektüre des Protokolls. Praktisch wird dieses mittelbar über die Aussage des Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung eingeführt und zum Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung gemacht.⁹³

Das gilt auch dann, wenn das Gericht dem Vernehmungsbeamten in der Hauptverhandlung Teile der Vernehmungsniederschrift vorhält. Aussagepsychologisch kann der Zeuge in diesen Fällen nicht verlässlich zwischen der Erinnerung an die ursprüngliche Vernehmungssituation und der Erinnerung an das Protokoll unterscheiden. Selbst wenn dies im Einzelfall anders sein sollte, ist die Beweiserhebung durch die Vernehmung der Verhörsperson unter dem Gesichtspunkt der bestmöglichen Wahrheitserforschung wegen der Fehleranfälligkeit menschlicher Erinnerungen in der Regel das schlechtere Beweismittel.⁹⁴ Nur so erklärt es sich auch, dass die Rechtsprechung es praktisch für notwendig erachtet, § 253 StPO entgegen seinem Wortlaut als Legitimation eines die persönliche Vernehmung ergänzenden Urkundenbeweises durch Protokollverlesung zu deuten.⁹⁵

Das bedeutet nicht, dass das Protokoll den Erinnerungen der Verhörsperson in jedem Einzelfall überlegen sein muss. Richtig ist, dass in besonders gelagerten Einzelfällen die Vernehmung der Verhörsperson besser geeignet ist, die Wahrheit zu erforschen.⁹⁶ Ob dies der Fall ist, lässt sich in der Regel aber zuverlässig erst dann beurteilen, wenn man beide Beweismittel ausgeschöpft hat. Es ist deshalb problematisch, davon auszugehen, dass die Amtsaufklärungspflicht nicht stets die Erhebung sachnäheren Beweises einfordert.⁹⁷ Richtigerweise kann die im Einzelfall mögliche Überlegenheit des bei abstrakter

⁹² BGHSt 1, 4 (8).

⁹³ So auch *Jahn*, FS Wolter, 2013, 963 (969f.).

⁹⁴ So auch *Kloke*, NStZ 2019, 374 (379f.).

⁹⁵ Dazu → C 46.

⁹⁶ Insoweit zutreffend für das Verhältnis vom Wahrnehmungszeugen zum Zeugen vom Hörensagen KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 250 Rn. 11.

⁹⁷ So für das Verhältnis von unmittelbarem zu mittelbarem Beweis die Schlussfolgerung bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 250 Rn. 4; KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 250 Rn. 11; *Detter*, NStZ 2003, 1 (2f.). Im Gegenteil dürfte es vielmehr regelmäßig einen Verstoß gegen die Amtsaufklärungspflicht darstellen, wenn das Gericht das *erreichbare* unmittelbare Beweismittel nicht berücksichtigt und sich auf das mittelbare beschränkt, BGHSt 32, 115 (123); BGH NStZ 2004, 50; KK-StPO/*Krebl*, 8. Aufl. 2019, § 244 Rn. 36; *Beulke* JA 2008, 758 (762).

Betrachtung sachferneren Beweises nach der Amtsaufklärungspflicht nur zu dessen ergänzender Erhebung verpflichtet.⁹⁸ Davon unabhängig rechtfertigt es der Umstand, dass die Verhörsperson gegenüber dem Protokoll ausnahmsweise das bessere Beweismittel darstellen mag, nicht, die Verlesung des Protokolls generell zu verbieten.

Indem sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt hat, die Vernehmung der Verhörsperson sei kein Problem der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung nach § 250 Satz 1 StPO, hat sie nicht nur die ursprüngliche Idee der Unmittelbarkeit als Verbot der Reproduktion nichtrichterlicher Vernehmungen in der Hauptverhandlung unterlaufen. Sie hat auch eine Situation geschaffen, in der es unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung nicht mehr plausibel ist, auf die Verlesung des Protokolls der Vernehmung zu verzichten. Schon wegen der begrenzten Erinnerungsfähigkeit auch des Vernehmungsbeamten erschiene es gerade angesichts der vorherrschend zugrunde gelegten Ratio des Unmittelbarkeitsgrundsatzes demgegenüber sinnvoll, dem Gericht *auch* die Verlesung des Protokolls zu Beweis Zwecken zu gestatten, wenn die Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung nicht möglich ist. Der Rückgriff auf den Vernehmungsbeamten könnte dann im Bedarfsfall ergänzend zur Wahrheitserforschung beitragen.

2. Beweistransfer durch Protokollverlesung

Dass es angesichts der in der Rechtsprechung praktizierten Reproduktion der Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen in der Hauptverhandlung nicht mehr sachgerecht erscheint, auf die Verlesung der Protokolle dieser Vernehmungen zum Zweck der Beweiserhebung zu verzichten, dürfte in der Genese der einschlägigen gesetzlichen Regelungen mitursächlich dafür gewesen sein, dass das in der Reichsstraßprozessordnung für die Protokolle nichtrichterlicher Vernehmungen strikt geltende Verlesungsverbot im Laufe der Zeit auch vom Gesetzgeber erheblich beschränkt wurde. Während das Gebot der persönlichen Vernehmung bis heute unverändert erhalten geblieben ist,⁹⁹ sind die Ersetzungsbefugnisse in § 251 StPO gegenüber dem Rechtszustand von 1877 erheblich erweitert worden.

Die erste inhaltlich bedeutsame Änderung fällt in die Zeit des nationalsozialistischen Gesetzgebers.¹⁰⁰ Dieser erweiterte zum einen die Möglichkeiten der Verlesung von richterlichen Vernehmungspro-

⁹⁸ Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, 249 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1031.

⁹⁹ § 249 (RGBl. I 1877, 253) hatte in der ursprünglichen Fassung von 1877 bis auf kleinere Anpassungen bereits den identischen Wortlaut wie der aktuelle § 250 StPO.

¹⁰⁰ Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege, RGBl. 1943 I, 342.

tokollen in den Fällen, in denen der Staatsanwalt, der Angeklagte und sein Verteidiger mit der Verlesung einverstanden sind. Darüber hinaus eröffnete er erstmals die Möglichkeit der Verlesung von Niederschriften *nichtrichterlicher* Vernehmungen, wenn „ein Zeuge, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter verstorben war oder sonst aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden“ konnte.¹⁰¹ 1950 wurde dieser Rechtszustand durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit¹⁰² im Wesentlichen übernommen. Mit dem Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27.1.1987 schuf der Gesetzgeber dann die Möglichkeit, auch die Protokolle polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen im allseitigen Einverständnis zu verlesen, sofern der Angeklagte – abweichend vom Rechtszustand bei den Protokollen richterlicher Vernehmungen – verteidigt war.¹⁰³ Durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24.8.2004 wurde § 251 StPO nicht nur grundlegend neu strukturiert; seitdem ist die Verlesbarkeit nichtrichterlicher Protokolle – sinnbildlich für ihre gesteigerte Bedeutung – in Absatz 1 geregelt.¹⁰⁴ Darüber hinaus kann seitdem auch auf die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen verzichtet werden, wenn „die Niederschrift oder Urkunde das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betrifft“.¹⁰⁵ Seit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017 gestattet es das Gesetz ferner, das Protokoll der früheren Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen auch dann zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen, „wenn die Verlesung lediglich der Bestätigung eines Geständnisses des Angeklagten dient und der Angeklagte, der keinen Verteidiger hat, sowie der Staatsanwalt der Verlesung zustimmen“.¹⁰⁶ Damit kann in diesen Fällen nunmehr auch beim unverteidigten Angeklagten das Protokoll einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung verlesen werden.

3. Unvollkommene Konkretisierung der Wahrheitserforschungspflicht

Die historische Entwicklung hat das institutionalisierte Misstrauen in nichtrichterliche Vernehmungen damit immer weiter in den Hintergrund gedrängt. Die ursprünglich stark ausgeprägte Differenzie-

¹⁰¹ RGBl. 1943 I 342 (343).

¹⁰² BGBl. 1950 I 455.

¹⁰³ BGBl. 1987 I 475 (476).

¹⁰⁴ BGBl. 2004 I 2198.

¹⁰⁵ BGBl. 2004 I 2198 (2202).

¹⁰⁶ BGBl. 2017 I 3202 (3209).

zung zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Protokollen wurde weitgehend nivelliert. Es gibt nach geltendem Recht nur noch wenige Fälle, in denen der Rückgriff auch auf polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Protokolle gesetzlich nicht zugelassen ist, obwohl das erkennende Gericht an der unmittelbaren Vernehmung der Beweisperson gehindert ist.

Jenseits der besonderen Regeln eines konsentierten Beweistransfers¹⁰⁷ kennt das Gesetz nur noch zwei Konstellationen, in denen das Protokoll einer richterlichen, nicht aber das einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung, die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung ersetzen kann: Zum einen die Verhinderung des Erscheinens in der Hauptverhandlung um lange Zeit (§ 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO) – richtigerweise bei gleichzeitiger Unmöglichkeit einer kommissarischen Vernehmung (vgl. § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO)¹⁰⁸ –, zum anderen die Unzumutbarkeit des Erscheinens wegen großer Entfernung (§ 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO).

Im ersten Fall ist die Beschleunigung des Verfahrens,¹⁰⁹ im zweiten die Verhältnismäßigkeit¹¹⁰ ausschlaggebend dafür, die Verlesung des Protokolls (nur) der richterlichen Vernehmung zuzulassen. Das gegenwärtige Recht lässt ein institutionalisiertes Misstrauen gegen polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungen damit im Ergebnis durchgreifen, wenn kein vollständiger Beweisverlust droht. In der geschichtlichen Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hat sich damit die Vorstellung, es handele sich um eine Konkretisierung der Aufklärungspflicht, weitgehend durchgesetzt. Der Abschluss potenziell unzuverlässiger Beweismittel ist heute kein maßgeblicher Gesichtspunkt mehr. Steht das sachnächste Beweismittel nicht zur Verfügung, darf grundsätzlich auf Beweissurrogate zurückgegriffen werden.

Konsequent ist das geltende Recht in diesem Punkt allerdings nicht. In vereinzelten Fällen ist es den Gerichten auch heute noch verwehrt, den drohenden Beweisverlust durch Verlesung des Protokolls zu verhindern. Das liegt daran, dass die Vorschrift des § 251 StPO seit 1877 zwar mehrere Modifikationen erfahren hat, diesen aber kein stimmiges Gesamtkonzept zugrunde liegt. Zwar lässt sich als leitender Gedanke die Vermeidung von Beweisverlust ausmachen; im Detail ist § 251 StPO aber nicht vollständig an diesem Grundge-

¹⁰⁷ Zu der Möglichkeit eines konsentierten Beweistransfers → C 35 f.

¹⁰⁸ Überzeugend SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 16; anders hingegen Rechtsprechung und herrschende Meinung: BGH NStZ 1985, 561 (562); BGH NStZ 1986, 469 (470); LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 251 Rn. 39 mwN.

¹⁰⁹ SSW-StPO/Kudlich/Schubr, 4. Aufl. 2020, § 251 Rn. 37; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 251 Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 251 Rn. 22.

¹¹⁰ SSW-StPO/Kudlich/Schubr, 4. Aufl. 2020, § 251 Rn. 39.

danken ausgerichtet. So erfasst § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO eindeutig tatsächliche Hindernisse, die der gerichtlichen Vernehmung entgegenstehen und erlaubt dann den Rückgriff auf das Protokoll der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung.¹¹¹ Die Regelung rechtfertigt einen Beweistransfer aber nicht ohne Weiteres auch bei rechtlichen Hindernissen.¹¹² Das ist selbstverständlich, aber im Kontext des § 251 StPO auch nicht klarstellungsbedürftig, wenn die Aussage im konkreten Verfahren insgesamt unverwertbar ist. Im Übrigen wäre ein Verbot des Beweistransfers bei rechtlichen Hindernissen richtigerweise nur bei Anerkennung eines institutionalisierten Misstrauens in nichtrichterliche Vernehmungen sachgerecht. Der Bundesgerichtshof hat trotzdem für den Fall, dass der Zeuge (erst) in der Hauptverhandlung von seinem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 StPO Gebrauch macht, die Verlesung des Protokolls der früheren polizeilichen Vernehmung nicht für möglich gehalten – und zwar auch dann nicht, wenn sich das Auskunftsverweigerungsrecht ausnahmsweise nicht nur auf einzelne Fragen, sondern auf den gesamten Aussagegegenstand erstreckt.¹¹³ Mit Recht wird dagegen eingewandt, dies sei mit dem Grundgedanken des gegenwärtigen § 251 StPO kaum zu vereinbaren¹¹⁴ – zumal es in der Sache wiederum kaum überzeugen kann, dass stattdessen die Vernehmung der Verhörsperson (als unzuverlässigeres Beweismittel) möglich bleibt.

4. Aufhebung der Unmittelbarkeit durch Konsens

Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im Einverständnis der Verfahrensbeteiligten waren in der Reichsstrafprozessordnung noch nicht vorgesehen. Insoweit bietet das geltende Recht für die Reproduktion der Ergebnisse richterlicher Vernehmungen ein in sich schlüssiges Konzept. Das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten bewirkt eine vollständige Aufhebung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO). Das Gericht bleibt aufgrund seiner Verpflichtung zur Amtsaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) aber dazu verpflichtet, einen Sachverständigen oder Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, wenn dies nach seiner Einschätzung zur Erforschung der Wahrheit geboten ist.¹¹⁵ Anderenfalls kann es die Vernehmung unbeschränkt durch die Verlesung der Protokolle

¹¹¹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 18; ebenso zur damaligen Nr. 2 MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 251 Rn. 59.

¹¹² Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 251 Rn. 11 mwN zu beiden Ansichten.

¹¹³ BGHSt 51, 325 (329).

¹¹⁴ LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 251 Rn. 33 ff.

¹¹⁵ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 38.

richterlicher Vernehmungen ersetzen. Wegen dieser umfassenden Ersetzungsbefugnis führt die nach der herrschenden Deutung des § 250 Satz 1 StPO darüber hinaus bestehende Möglichkeit, die jeweilige Verhörsperson in der Hauptverhandlung über den Inhalt der Vernehmung als Zeugen zu hören, nicht zu problematischen Friktionen. Gleiches gilt für die Verlesbarkeit *nichtrichterlicher* Protokolle beim verteidigten Angeklagten (§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO).

Schwieriger ist die Sachlage, wenn die Protokolle nichtrichterlicher Vernehmungen verlesen werden sollen, der Angeklagte aber nicht verteidigt ist. Im Grundsatz geht § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO davon aus, dass vom Gebot der persönlichen Vernehmung nach § 250 Satz 1 StPO dann auch im Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten nicht abgewichen werden kann. Der Gesetzgeber wollte dadurch den nicht verteidigten Angeklagten schützen. Das bedeutet freilich zugleich, dass diesem eine aus seiner Sicht nicht immer vorteilhafte persönliche Vernehmung von Beweispersonen in der Hauptverhandlung aufgezwungen wird. Man kann grundsätzlich daran zweifeln, ob das sachgerecht ist. Zu sinnwidrigen Ergebnissen führt die gegenwärtige Regelung, wenn eine damit auch im Einverständnis der Verfahrensbeteiligten nicht aufhebbare Verlesungssperre angesichts der herrschenden Deutung des § 250 Satz 1 StPO dazu führt, dass das Protokoll nicht verlesen werden darf, die Vernehmung der Verhörsperson aber dann zur Wahrheitserforschung nach § 244 Abs. 2 StPO geboten ist.

5. Reform

a) Widersprüchlichkeit des geltenden Rechts

Rechtspolitisch ist die gegenwärtige gesetzliche Konturierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes angesichts aller denkbaren Zwecke des Gebots der persönlichen Vernehmung damit wertungswidersprüchlich. Das betrifft zunächst die Grenzen eines möglichen Beweistransfers durch Protokollverlesung im Verhältnis zu der unbeschränkt zulässigen Vernehmung der Verhörsperson.¹¹⁶ Bezweckt der Unmittelbarkeitsgrundsatz primär die Erhebung des sach nächsten Beweismittels, steht er unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, dass dieses Beweismittel dem Gericht zumindest potenziell zur Verfügung steht. Ist dies nicht der Fall, liegt es in der Logik der von diesem Grundsatz konkretisierten Wahrheitserforschungspflicht auf das sach nächste *erreichbare* Beweismittel zurückzugreifen. Dem wird

¹¹⁶ Verschärft wird diese Problematik noch dadurch, dass das Gesetz in § 255a Abs. 1 StPO die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Protokollverlesung gleichstellt → C 50ff.

das geltende Recht schon deshalb nicht vollumfänglich gerecht, weil es das Unmittelbarkeitsprinzip sachwidrig auf den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis beschränkt und deshalb das Gebot der persönlichen Vernehmung auch durch die Vernehmung der Verhörsperson als verwirklicht sieht. Unmittelbarkeit stellt sich danach als sachlich unvollkommene Konkretisierung der Amtsaufklärungspflicht dar, die angesichts der gegenwärtigen Fassung des § 251 StPO immer noch mit Resten des in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 angelegten Transferverbots für die Ergebnisse von nichtrichterlichen Vernehmungen gekoppelt ist.

b) Ablehnung eines Transferverbots bei drohendem Beweisverlust

Der Wandel, der sich im Verständnis der Unmittelbarkeit seitdem vollzogen hat, legt es deshalb nahe, die §§ 250, 251 StPO *de lege ferenda* konsequent als Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitsforschungspflicht auszugestalten und Unmittelbarkeit als Gebot des *Vorrangs der persönlichen Vernehmung* zu verstehen, mit dem es grundsätzlich vereinbar ist, die Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen auf andere Weise zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen, wenn das Gericht die Beweisperson aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen in der Hauptverhandlung nicht vernehmen kann. Eine entsprechende Konzeption empfiehlt sich allerdings nur, wenn die mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit ursprünglich verbundene Idee eines Transferverbots für die Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen im Zuge der weiteren Rechtsentwicklung zu Recht weitgehend aufgehoben wurde und der Grundsatz der persönlichen Vernehmung als Konkretisierung der heute in § 244 Abs. 2 StPO ohnehin geregelten Amtsaufklärungspflicht überhaupt eine sinnvolle Funktion hat.

Soweit für ein Reproduktionsverbot der Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen die Möglichkeit einseitiger und machtmisbräuchlicher Vernehmungen geltend gemacht wird, hat die Problematik bei nichtrichterlichen Vernehmungen vor allem wegen der rollenspezifisch bedingten Gefahr einer einseitig auf die Bestätigung der Ermittlungshypothese ausgerichteten suggestiven Befragung Gewicht. Dass Zeugen oder Sachverständige davon unabhängig unter Druck gesetzt werden, um gewünschte Angaben zu erhalten, mag vorkommen, ist aber – anders als bei der Vernehmung des Beschuldigten¹¹⁷ – eher fernliegend. Die skandalösen Fälle, die es auch in der heutigen Zeit gab, betrafen deshalb auch stets die Vernehmung von Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.¹¹⁸ Eine bei der Konturie-

¹¹⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 733.

¹¹⁸ Siehe dazu beispielhaft Velten, GA 2015, 387 ff.

zung strafprozessualer Regeln immer in Rechnung zu stellende Gefahr des Machtmissbrauchs wiegt deshalb im Fall des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises nicht so schwer, dass sie ein Verbot des Beweistransfers rechtfertigt.

Zwar ist einzuräumen, dass die Gerichte bei der Würdigung eines Vernehmungsprotokolls kaum in der Lage sind, Fälle des Machtmissbrauchs zu erkennen, weshalb die Annahme eines geringeren Beweiswertes keine geeignete Kompensation für den Verzicht auf ein Transferverbot darstellt.¹¹⁹ Andererseits mögen Fälle machtmissbräuchlicher *richterlicher* Vernehmungen wegen der neutralen Stellung des Gerichts zwar in geringerem Umfang vorkommen, ausgeschlossen sind sie nicht. Auch deshalb kann der Gefahr eines Machtmissbrauchs im Kontext des § 251 StPO nicht sachgerecht durch ein pauschales Transferverbot begegnet werden. Notwendig ist es demgegenüber, etwaigen Hinweisen auf eine im Einzelfall machtmissbräuchliche Vernehmung umfassend nachzugehen. Dass dadurch nicht alle Fälle aufgedeckt werden können, die dann die richterliche Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung beeinflussen, ist auch in einem Rechtsstaat nicht vollständig zu vermeiden.

c) Bedeutung des Gebots der persönlichen Vernehmung

Ist deshalb entsprechend der Tendenz der Rechtsentwicklung seit 1877 zu empfehlen, den Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis konsequent als Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht auszugestalten, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob dazu angesichts der ohnehin bestehenden Verpflichtung zur Amtsaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO überhaupt ein Bedürfnis besteht.

Der Arbeitskreis Alternativ-Entwurf hat in seinem 2014 vorgestellten AE Beweisaufnahme vorgeschlagen, nach dem allgemeinen Maßstab der Amtsaufklärungspflicht darüber zu entscheiden, „ob die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann.“¹²⁰ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die persönliche Vernehmung einer Beweisperson „aufgrund nachlassender Erinnerung, aber auch anderer Faktoren wie etwa die Art und Weise der Befragung oder einer unterschiedlichen Aussagebereitschaft“ nicht in jedem Fall die beste Möglichkeit darstellt, in der Hauptverhandlung die Wahrheit zu erforschen.¹²¹ Deshalb geht § 250 StPO-AE nicht mehr von einem Gebot der persönlichen Vernehmung aus, sondern lässt in Absatz 1 Satz 1 einen Verzicht auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung auch dann zu, wenn diese „zur Wahrheitserforschung nicht geboten ist.“¹²² Für den Fall, dass das Gericht die unmittelbare Vernehmung aus diesem Grund für verzichtbar hält, können die Verfahrensbetei-

¹¹⁹ Grünwald, FS Dünnebier, 1982, 347 (356 f.).

¹²⁰ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (15).

¹²¹ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (15).

¹²² Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (49).

lichten nach der Konzeption des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme allerdings einen nach allgemeinen Regeln zu beurteilenden Beweisanspruch auf persönliche Vernehmung stellen, § 250 Abs. 1 Satz 3 StPO-AE.¹²³

Im praktischen Ergebnis ist dieser Vorschlag nicht so weit vom geltenden Recht entfernt, wie es auf den ersten Blick scheint. Da im allseitigen Einverständnis schon derzeit ganz überwiegend von einer zur Wahrheitserforschung nicht erforderlichen persönlichen Vernehmung abgesehen werden kann, besteht der Unterschied im Wesentlichen darin, dass das Gericht nach geltendem Recht nur mit der Zustimmung der anderen Verfahrensbeteiligten auf die persönliche Vernehmung verzichten darf. Nach dem Konzept des Alternativ-Entwurfs ist das Gericht dagegen von vornherein nur an die Amtsaufklärungspflicht gebunden, weshalb die Verfahrensbeteiligten die Vernehmung einer Beweisperson mittels eines Beweisanspruchs durchsetzen müssen, aber auch immer durchsetzen können *sollen*, wenn das nach Einschätzung des Gerichts nicht erforderlich ist. Mit Recht betonen die Autoren des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme, dass ihr Entwurf den Verteidigungsinteressen damit theoretisch sogar besser Rechnung trägt als das geltende Recht.¹²⁴ Dies beruht darauf, dass die Rechtspraxis einen Antrag auf persönliche Vernehmung nach geltendem Recht für unzulässig hält, wenn diese nach den §§ 251, 255a Abs. 2 und 256 StPO durch die Reproduktion einer früheren Vernehmung im Wege der Protokollverlesung oder der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung ersetzt werden darf.¹²⁵

Trotzdem erscheint es *de lege ferenda* vorzugswürdig, an dem in § 250 Satz 1 StPO enthaltenen Gebot der persönlichen Vernehmung festzuhalten. Verfahrenspsychologisch kann es einen wesentlichen Unterschied machen, ob das Gericht einen Zeugen grundsätzlich von Amts wegen vernehmen muss oder ob die Verfahrensbeteiligten die persönliche Vernehmung aktiv durchsetzen müssen, wenn sich das Gericht dazu nicht gedrängt sieht. Letzteres kann insbesondere die Verteidigung in einen Konflikt mit dem Gericht zwingen.

Diese Problematik ist mit dem Beweisanspruchsrecht zwar prinzipiell verbunden, wenn es um die Frage geht, ob die Aussage einer bestimmten Person unabhängig von der Art und Weise der Beweiserhebung überhaupt für die Entscheidung von Bedeutung ist. Insofern gibt es allerdings schon theoretisch keine andere Möglichkeit, mit den unterschiedlichen Einschätzungen über die Erforderlichkeit

¹²³ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (49).

¹²⁴ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (21).

¹²⁵ BGH bei Pfeiffer NStZ 1981, 95; LR/Becker, 27. Aufl. 2019, § 244 Rn. 177 m. w. N.

einer Beweiserhebung umzugehen. Das Gericht kann schon zur Vermeidung einer uferlosen Beweiserhebung nicht von Amts wegen dazu verpflichtet werden, auch alle Beweise zu erheben, die es selbst nicht für bedeutsam hält. Wenn man den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einräumen will, eine gegenteilige Einschätzung durchzusetzen, kann dem somit nur im Wege eines Antragsrechtes Rechnung getragen werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Person, deren Wahrnehmungen nach allgemeiner Überzeugung beweisrelevant sind, in der Hauptverhandlung persönlich vernommen werden muss, ist dies prinzipiell anders. Das Gebot der persönlichen Vernehmung führt nicht zu einer uferlosen Beweiserhebung, sondern allenfalls dazu, dass das Gericht zur unmittelbaren Beweiserhebung verpflichtet ist, obwohl die Reproduktion früherer Aussagen *im Einzelfall* ergiebiger sein kann.

Dass die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung – und mehr noch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung¹²⁶ – insbesondere in den Fällen nachlassender Erinnerung zur Aufklärung besser geeignet sein *kann* als die erneute Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung, rechtfertigt es allerdings ebenfalls nicht, den Grundsatz der persönlichen Vernehmung zugunsten einer flexibleren Regelung aufzugeben. Das Gericht muss sich zunächst einmal zuverlässig vergewissern, ob das Protokoll oder die Bild-Ton-Aufzeichnung im Einzelfall tatsächlich besser geeignet ist, die Wahrheit zu erforschen. Dazu ist es in der Regel erforderlich, die Beweisperson zu vernehmen. Erst wenn bei dieser Vernehmung Aufklärungsdefizite offenbar werden, kann das Gericht beurteilen, ob eine *ergänzende* Reproduktion früherer Aussagen zur weiteren Sachaufklärung geboten ist. Soweit in Ausnahmefällen auch *ex ante* zuverlässig feststehen mag, dass ein Zeuge sich nicht mehr erinnern wird, schadet dessen Vernehmung nicht. Wollte man den Grundsatz der persönlichen Vernehmung wegen dieser Ausnahmefälle zur Disposition stellen, nähme man zwangsläufig in Kauf, dass die persönliche Vernehmung auch bei fehlerhafter Einschätzung des Gerichts unterbleibt.

Für die Beibehaltung des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung spricht schließlich, dass das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK konzeptionell eine Konfrontation in der Hauptverhandlung voraussetzt,¹²⁷ weil das Fragerecht des Angeklagten und seines Verteidigers in keinem anderen Verfahrensstadium in gleich optimaler Weise gewährt werden kann.¹²⁸ Erst zu diesem Zeit-

¹²⁶ Dazu später → C 50 ff.

¹²⁷ → C 20.

¹²⁸ Weigend, FS Eisenberg, 2009, 657 (661).

punkt kann die Befragung in Kenntnis der Ergebnisse des abgeschlossenen Verfahrens erfolgen.¹²⁹ Im Ergebnis sollte deshalb an dem in § 250 Satz 1 StPO enthaltenen Gebot der persönlichen Vernehmung festgehalten werden (These 1).¹³⁰ Dessen erläuternde Regelung in § 250 Satz 2 StPO ist dagegen nicht nur überflüssig, sondern auch irreführend. Dass die persönliche Vernehmung nicht durch die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung ersetzt werden darf, ergibt sich logisch bereits aus § 250 Satz 1 StPO. Soweit aus dem Ersetzungsverbot des § 250 Satz 2 StPO von der herrschenden Meinung gefolgert wird, das Gebot der persönlichen Vernehmung erschöpfe sich in einem formalen Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis, resultiert daraus zum Teil eine sachwidrige Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht. Die Vernehmung der Verhörsperson, die bei dieser Deutung das Gebot der persönlichen Vernehmung wahr, kann zur Erforschung der Wahrheit zwar *ergänzend* geboten sein. Die Annahme, dass das Gebot der persönlichen Vernehmung nicht dadurch verletzt werde, dass statt des Wahrnehmungszeugen der Vernehmungsbeamte als Zeuge (vom Hörensagen) vernommen wird, ist in der Sache aber nicht zu rechtfertigen. § 250 Satz 2 StPO sollte deshalb gestrichen werden (These 2).¹³¹

d) Regeln des Beweistransfers

Zur Vermeidung von Beweisverlust ist die Vernehmung der Verhörsperson auch nicht mehr erforderlich, wenn man die Reproduktion nichtrichterlicher Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen künftig umfassend zulässt, sollte das Gericht aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grund an der persönlichen Vernehmung gehindert sein. Diese Konsequenz entspricht nicht nur der Rechtsentwicklung seit 1877, sie ist auch sachlich gerechtfertigt, wenn man die historischen Gründe für ein Verbot der Reproduktion nichtrichterlicher Vernehmungen im Rahmen des Zeugen- und Sachverständigenbeweises, wie dargelegt, nicht für hinreichend gewichtig hält, die gerichtliche Aufklärungspflicht zu begrenzen. Entsprechend der gegenwärtigen Regelung des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO sollte ein Beweistransfer schon unter der Bedingung zulässig sein, dass der Zeuge oder Sachverständige auf absehbare Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann, weil das Verfahren auch dann seinen Fortgang nehmen muss (These 6).¹³²

¹²⁹ LR/Esßer, 26. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Rn. 777, 779.

¹³⁰ → C 90.

¹³¹ → C 90.

¹³² → C 91.

Das Verständnis des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als gesetzliche Konkretisierung der Amtsaufklärungspflicht legt aber nicht nur die Zulässigkeit eines Beweistransfers bei einem ansonsten drohenden Beweisverlust nahe. Sachgerecht erscheint es auch, nicht nur den Vorrang der persönlichen Vernehmung vor einer Reproduktion früherer Aussagen, sondern auch einen Vorrang der jeweils zuverlässigsten Transfermöglichkeit gesetzlich zu regeln. Deshalb sollte der Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme¹³³ aufgegriffen werden, eine Rangfolge der Beweismittel festzulegen, die an die Stelle der persönlichen Vernehmung treten können (These 9).¹³⁴ Dem Protokoll der früheren Vernehmung ist schon deshalb der Vorrang vor der Vernehmung der Verhörsperson einzuräumen, weil letztere wegen der nachlassenden Erinnerung des Vernehmungsbeamten im Vergleich zu einem sachgerecht erstellten Protokoll in der Regel das schlechtere Beweismittel darstellen wird. Dagegen spricht nicht, dass im Einzelfall das Protokoll zur Wahrheitserforschung nicht ausreichen mag, etwa wenn es Lücken oder Unklarheiten aufweist. Dies legt keinen Vorrang der Vernehmung der Verhörsperson nahe, sondern spricht lediglich dafür, die *ergänzende* Vernehmung der Verhörsperson unbeschränkt zuzulassen.

Die Etablierung einer gesetzlichen Vorrangregelung schränkt die Gerichte in ihrer Entscheidung über die Art und Weise der Beweiserhebung deshalb nur insofern ein, als sie auf die Verlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung nicht verzichten dürfen. Ob darüber hinaus auch die Verhörsperson zu vernehmen ist, haben sie auch weiterhin nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht zu entscheiden. Eine gesetzliche Vorrangregel hat einerseits den Vorteil, dass sie den Tatgerichten eine klare Leitlinie an die Hand gibt. Zugleich sind die Verfahrensbeteiligten in der Lage, die Verletzung dieser Regeln effektiv in der Revision rügen zu können, ohne dabei darauf angewiesen zu sein, einen Verstoß gegen die in ihrer Reichweite im Einzelfall deutungsoffene Amtsaufklärungspflicht begründen zu müssen.

e) Konfrontationsrecht

Da die Unmöglichkeit der persönlichen Vernehmung auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einen sachlichen Grund darstellt, ausnahmsweise das Ergebnis einer nicht konfrontierten Vernehmung bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, ist es nicht geboten, den in diesem Fall un-

¹³³ Vgl. § 251 StPO-AE, *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (5, 53 ff.).

¹³⁴ → C 92.

beschränkt zulässigen Beweistransfer davon abhängig zu machen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der früheren Vernehmung mitzuwirken. Die sich bei unterbliebener Konfrontation schon nach gegenwärtiger Rechtsprechung für die Beweiswürdigung ergebenden Folgen sind zur Verwirklichung des Grundsatzes der Verfahrensfairness ausreichend.¹³⁵ Wegen der Bedeutung, die das Konfrontationsrecht auch für die Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellung hat, sind die Gerichte danach zu einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung verpflichtet. Eine Verurteilung darf in der Regel nicht allein oder maßgeblich auf das Ergebnis nicht konfrontierter Aussagen gestützt werden (These 7).¹³⁶

Der weitergehende Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme, dem zufolge eine nicht konfrontierte Aussage nur dann in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf, „wenn im bisherigen Verfahren Gelegenheit zur Befragung des Zeugen nicht gegeben werden konnte oder dazu kein Anlass bestand, weil zu erwarten war, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung zur Verfügung steht“ (§ 253 Abs. 3 Satz 1 StPO-AE),¹³⁷ ist zwar insofern folgerichtig, als die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aktive Schritte zur Gewährung des Konfrontationsrechts einfordert. Dies im Rahmen der Frage einer Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung zu prüfen, würde die Gerichte aber stets zu einem unverhältnismäßigen Aufklärungsaufwand zwingen. Das erscheint nur dann sachgerecht, wenn im Einzelfall tatsächlich konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass das Verfahren insgesamt unfair war. Es sollte aber gesetzlich geregelt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren verpflichtet sind, einen Zeugen richterlich zu vernehmen, wenn absehbar ist, dass dieser in der Hauptverhandlung nicht mehr vernommen werden kann und es dadurch zugleich möglich wird, die Konfrontationsmöglichkeit vor der Hauptverhandlung zu gewähren (These 8).¹³⁸

f) Konsentierter Beweistransfer

Grundsätzlich anderen Regeln folgt die im geltenden Recht bereits weitgehend verwirklichte Möglichkeit, von der persönlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen im allseitigen Einverständnis abzusehen und den Beweis stattdessen durch Verlesung des Protokolls (respektive die hier zunächst noch nicht berücksichtigte

¹³⁵ → C 20 f.

¹³⁶ → C 91.

¹³⁷ *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (12, 62).

¹³⁸ → C 91 f.

Bild-Ton-Aufzeichnung)¹³⁹ einer früheren Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen oder die Vernehmung der Verhörsperson zu erheben. Dabei handelt es sich um Elemente eines Konsensprinzips, aufgrund dessen schützende Formen des Strafprozessrechts zur Disposition der Verfahrensbeteiligten gestellt werden, ohne dass damit der Anspruch auf Erforschung der materiellen Wahrheit aufgegeben wird.¹⁴⁰ Es ist nicht Aufgabe dieses Gutachtens, diese Entwicklung des deutschen Strafverfahrensrechts grundlegend in Frage zu stellen. Da das Gesetz heute ganz allgemein die Verständigung der Verfahrensbeteiligten über den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens zulässt (§ 257c Abs. 1 Satz 1 StPO), ist es im Ausgangspunkt folgerichtig (und vom Gesetzgeber im Rahmen des Verständigungsgesetzes auch als selbstverständlich vorausgesetzt worden),¹⁴¹ dass sich die Verfahrensbeteiligten auch über die Art und Weise einer Beweiserhebung einigen dürfen. Dabei bleibt das Gericht – wie auch bei einer Verständigung – an die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) gebunden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fragwürdig, dass ein konsentierter Beweistransfer beim unverteidigten Angeklagten nur dann zugelassen wird, wenn er geständig ist (§ 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO), obwohl ein Geständnis nach § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO zwar „Bestandteil jeder Verständigung“ sein soll, aber nicht notwendig sein muss. Damit wird dem unverteidigten Angeklagten – wenn auch aus Fürsorge – die Möglichkeit genommen, unabhängig von einem Geständnis auf die für ihn u.U. nachteilige persönliche Vernehmung einer Beweisperson zu verzichten. Es empfiehlt sich deshalb, einen Verzicht auf die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen auch bei dem nicht geständigen unverteidigten Angeklagten zuzulassen (These 5).¹⁴²

Soweit die persönliche Vernehmung nach Einschätzung des Gerichts zur Wahrheitserforschung geboten ist, ändert das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten selbstverständlich nichts an der gerichtlichen Verpflichtung, den Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung persönlich zu vernehmen. Die Vernehmung zentraler Beweispersonen wird in den Fällen des nicht geständigen Angeklagten deshalb in der Regel selbst dann erforderlich sein, wenn die Beteiligten sie nicht wünschen. Das kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass angesichts begrenzter Justizressourcen das Risiko einer zu großzügigen Handhabung der Möglichkeiten eines konsentierten Beweistransfers besteht, in Folge derer die Maßstäbe der Amtsaufklärungspflicht faktisch außer Kraft gesetzt werden. Im Ergebnis erhöht die Möglichkeit eines konsensualen Beweistransfers damit – ebenso wie in weit grundlegenderem

¹³⁹ → C 50 ff.

¹⁴⁰ Zur Vereinbarkeit konsensualer Verfahrenselemente in „ein am Prinzip der materiellen Wahrheit orientiertes Verfahren“ grundlegend *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002, 197 ff., 199.

¹⁴¹ BT-Drs. 16/12310, 13.

¹⁴² → C 90 f.

Maße das Verständigungsverfahren (§ 257c StPO) und alle anderen gesetzlich zugelassenen vereinfachten Verfahrensformen¹⁴³ – das Risiko fehlerhafter Entscheidungen. Da es zugleich praktisch ausgeschlossen ist und angesichts gegenläufiger Interessen auch nicht sinnvoll erscheint, die schützenden Formen des Strafverfahrensrechts in allen Verfahren auch im Fall eines allseitigen Konsenses zu beobachten, lässt sich dieser Gefahr nur dadurch begegnen, dass die Gerichte und insbesondere auch die Staatsanwaltschaft aufgrund ihres „Wächteramtes“ in der Hauptverhandlung¹⁴⁴ diese Problematik in ihren Entscheidungen sorgsam berücksichtigen. Im Kontext des Unmittelbarkeitsprinzips wäre es gleichwohl unverständlich, wenn man das Gebot der persönlichen Vernehmung im allseitigen Einverständnis nur beim verteidigten Angeklagten – und damit in der Regel bei schwerer wiegenden Vorwürfen – aufhebt, während man beim unverteidigten Angeklagten – und damit in der Regel bei weniger schwerwiegenden Vorwürfen – daran strikt festhält.

III. Ergänzende Beweiserhebung

1. Regelungsgehalt des § 253 StPO

Die seit der Reichsstrafprozessordnung von 1877 im Wortlaut unverändert gebliebene Regelung des § 253 StPO¹⁴⁵ gestattet in zwei Fällen die teilweise Verlesung des Protokolls und nach § 255a Abs. 1 StPO auch die teilweise Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung zur „Unterstützung des Gedächtnisses“ eines Zeugen oder Sachverständigen, der in der Hauptverhandlung vernommen wird. In Absatz 1 wird die Verlesung oder Vorführung gestattet, wenn der Zeuge erklärt, sich an eine Tatsache nicht mehr zu erinnern. Gleiches gilt nach Absatz 2, „wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.“ Die Vorschrift unterscheidet, anders als § 251 StPO, nicht zwischen den Protokollen richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen. Zu welchem Zweck das Protokoll der früheren Vernehmung verlesen oder die Bild-Ton-Aufzeichnung vorgeführt werden darf, ist umstritten.

2. Ermächtigung zum Vorhalt

Der Gesetzeswortlaut, der darauf abstellt, dass die Verlesung (oder Vorführung) „zur Unterstützung des Gedächtnisses“ erfolgen darf,

¹⁴³ Zu dieser Problematik und zur gleichzeitig bestehenden Notwendigkeit vereinfachter Verfahren *Bommer/Deiters* u. a., AE Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat, GA 2019, 1 (4ff.).

¹⁴⁴ BVerfGE 133, 168 (220).

¹⁴⁵ Bis 1924 war die Vorschrift allerdings als § 252 RStPO im Gesetz enthalten, RGBl. 1877 I, 253. Seit der Neubekanntmachung der StPO vom 22.3.1924 aufgrund des § 43 der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924 (RGBl. 1924 I, 15; sog. „Lex Emminger“) findet sie sich mit seinerzeit angepasster Rechtschreibung als § 253 in der Strafprozessordnung, RGBl. 1924 I, 347.

legt es insbesondere im Vergleich zu dem Wortlaut des § 254 StPO nahe, dass die partielle Reproduktion der früheren Aussage nicht zu Beweis Zwecken verwendet werden darf. Die Vorschrift wird deshalb in der Strafprozessrechtswissenschaft zum Teil als eine abschließende gesetzliche Ermächtigung zum Vorhalt gegenüber Zeugen und Sachverständigen begriffen,¹⁴⁶ der seinerseits wegen der möglichen psychologischen Wirkung auf die Beweisperson und das Gericht gelegentlich auch als eingeschränkter Urkundenbeweis verstanden wird. Die persönliche Vernehmung dürfe deshalb grundsätzlich auch auf diesem Weg nicht teilweise durch die Verlesung des Protokolls oder die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung ersetzt werden.¹⁴⁷ § 253 StPO stellt auf der Grundlage dieser Deutung eine eng begrenzte Ausnahme von dem aus § 250 Satz 2 StPO folgendem Verbot des (eingeschränkten) Urkundenbeweises dar.

3. Begrenzte Gestattung des ergänzenden Urkundenbeweises

Rechtsprechung und herrschende Lehre sehen in § 253 StPO hingegen eine gesetzliche Legitimation der partiellen Reproduktion von Ermittlungsergebnissen zum Zweck der Beweisaufnahme; als Vorhalt sei die Verlesung von Protokollen ohne gesetzliche Grundlage unbeschränkt zulässig.¹⁴⁸ § 253 StPO ersetzt bei dieser Sichtweise nicht die Vernehmung des in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen oder Sachverständigen, sondern erlaubt den Verzicht auf die ergänzende Vernehmung der Verhörsperson.¹⁴⁹ Einer gesetzlichen Ermächtigung zum Vorhalt bedürfe es schon deshalb nicht, weil er als Vernehmungsbehelf keine Form des Urkundenbeweises darstelle.¹⁵⁰

4. Defizite der gesetzlichen Regelung

In den unterschiedlichen Deutungen des § 253 StPO spiegelt sich der grundlegende Streit um den Sinn des Gebots unmittelbarer Beweiserhebung. Dient die Beachtung dieses Grundsatzes entsprechend der heute herrschenden Meinung lediglich dazu, das Gericht zur Nutzung des sachnächsten *erreichbaren* Beweismittels zu ver-

¹⁴⁶ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 5; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 134.

¹⁴⁷ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 6.

¹⁴⁸ BGHSt 3, 199 (201); BGHSt 11, 338 (340); BGHSt 20, 160 (162); Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 253 Rn. 1; LR/Mosbacher, 27. Aufl. 2019, § 253 Rn. 1.

¹⁴⁹ Wömpner, NStZ 1983, 294 (296); Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 253 Rn. 1.

¹⁵⁰ BGHSt 3, 199 (201); BGHSt 5, 278 (279); BGHSt 11, 159 (160).

pflichten,¹⁵¹ ist es sowohl im Fall der Erklärung eines Zeugen oder Sachverständigen, sich an eine bestimmte Tatsache nicht mehr zu erinnern (§ 253 Abs. 1 StPO), als auch bei einem in dessen Aussage hervortretenden Widerspruch zu seinen früheren Angaben (§ 253 Abs. 2 StPO), folgerichtig, die Dokumentation seiner früheren Vernehmung zum Gegenstand der Beweiswürdigung zu machen. Welche Schlüsse das Gericht aus der ergänzenden Beweiserhebung zieht, ist dann eine Frage der Beweiswürdigung.

Wird der zentrale Zweck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hingegen darin gesehen, die richterliche Beweiswürdigung gegen potenzielle Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens zu immunisieren,¹⁵² darf eine Reproduktion der Ergebnisse früherer Vernehmungen auch insoweit nicht stattfinden. Dass die Vorschrift bei einem solchen Verständnis auch die ergänzende Beweiserhebung durch das Protokoll oder die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren *richterlichen* Vernehmung ausschließt, steht dann freilich in Widerspruch zu der schon in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 enthaltenen Ersetzungsbefugnis, wenn die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung (zumindest auf absehbare Zeit) unmöglich ist oder dem Zeugen wegen großer Entfernung nicht zugemutet werden kann.

Das mag man zwar damit erklären, dass bei einer in der Hauptverhandlung erschienenen Beweisperson deren Aussage bei der Entscheidungsfindung das allein maßgebliche Beweismittel darstellen soll.¹⁵³ Dennoch ist es auch von diesem Standpunkt aus in der gesetzgeberischen Wertung nicht konsequent, die Reproduktion der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zur Vermeidung eines *vollständigen*, aber nicht auch zur Vermeidung eines *partiellen* Beweisverlustes zuzulassen. Wenn das Gesetz zur Vermeidung eines partiellen Beweisverlustes (§ 253 Abs. 1 StPO) – und zum Teil sogar nur zur Vermeidung von Verzögerungen (§ 253 Abs. 2 StPO) – eine eingeschränkte Beweiserhebung durch Vorhalt zulässt, ließe sich das nur mit der Erwägung erklären, einen Beweisverlust nicht akzeptieren zu wollen. Damit wird das nach dieser Auffassung an sich gebotene Transferverbot für die Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen – wenn auch durch eine restriktive Ausnahmeregelung¹⁵⁴ – faktisch unterlaufen. Rechtspolitisch erweist sich die Regelung des § 253 StPO auf der Grundlage dieser, angesichts ihres Wortlauts („zur Unterstützung des Gedächtnisses“) und ihres systematischen Verhältnisses zu § 254 StPO („zum Zweck der Beweisaufnahme“)

¹⁵¹ → C 14f.

¹⁵² → C 15ff.

¹⁵³ So tendenziell SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 6: Die Vernehmung in der Hauptverhandlung ist grundsätzlich das allein legitime Beweismittel.

¹⁵⁴ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 6.

naheliegenden Interpretation, folglich als systemwidrige Kompromisslösung.

Angesichts der immer zahlreicheren Einschränkungen des ursprünglich mit dem Gebot der unmittelbaren Beweiserhebung verbundenen Verbots eines Beweistransfers durch Rechtsprechung und Gesetzgebung¹⁵⁵ erscheint die Auslegung der herrschenden Meinung ungeachtet methodischer Bedenken deshalb in der Sache folgerichtig. Das gilt auch deshalb, weil die Zulassung einer Reproduktion zum Zweck der Beweisaufnahme für die Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellung im Ergebnis nicht die schlechtere Lösung sein muss. Gerade wegen der von einem Vorhalt möglicherweise ausgehenden Suggestivwirkung auf die Beweisperson können etwaige Fehler des Ermittlungsverfahrens durch diesen Behelf bei der Beweiserhebung im Einzelfall sogar stärker fortwirken:

So ist sich das Gericht im Fall einer Bestätigung der vorgehaltenen Aussage durch die Beweisperson möglicherweise nicht bewusst, dass diese auch auf der Suggestivwirkung des Vorhalts beruhen mag, während dem geringeren Beweiswert einer Protokollverlesung nach allgemeinen Grundsätzen im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung getragen werden kann. Dass die persönliche Vernehmung durch den Vorhalt in ihrem Beweiswert ebenfalls gemindert sein kann,¹⁵⁶ ist in der gerichtlichen Praxis deshalb ein viel schwerer fassbares Phänomen. Soweit man nicht bereit ist, einen (partiellen) Beweisverlust zu akzeptieren, kann es deshalb gerade auch zur Vermeidung der Fortwirkung von potenziellen Fehlern im Ermittlungsverfahren die bessere Lösung sein, statt des bloßen Vorhalts den ergänzenden Urkundenbeweis zuzulassen.

5. Reform

a) Ergänzende Beweiserhebung

Geht man im Einklang mit der Rechtsentwicklung seit 1877 davon aus, dass ein pauschales Transferverbot für die Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen nicht sachgerecht ist,¹⁵⁷ muss dies erst recht für eine Protokollverlesung gelten, mit der die persönliche Vernehmung nicht ersetzt, sondern nur ergänzt wird. Demzufolge ist in den Fällen des § 253 StPO die persönliche Vernehmung durch die Verlesung des Protokolls zu ergänzen (These 17),¹⁵⁸ wobei es eine Frage

¹⁵⁵ → C 28 ff., C 32 f.

¹⁵⁶ Zur psychologischen Wirkung des Vorhalts auf die Beweisperson SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 3a; zu den Folgerungen für den Beweiswert SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 10.

¹⁵⁷ → C 28 ff.

¹⁵⁸ → C 93 f.

der Beweiswürdigung darstellt, wie das Gericht die in der Hauptverhandlung fehlende Erinnerung oder den Widerspruch zur früheren Aussage bewertet. Anders als im geltenden Recht ist es bei grundsätzlicher Ablehnung eines Transferverbots freilich nicht sachgerecht, nur eine teilweise Verlesung oder Vorführung zu gestatten.

Zusätzlich muss allerdings das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK berücksichtigt werden, das dem Angeklagten grundsätzlich das Recht gewährt, einen ihn belastenden Zeugen selbst zu befragen oder durch seinen Verteidiger befragen zu lassen. Eine ergänzende Beweiserhebung durch Reproduktion der Ergebnisse früherer, nicht konfrontierter Aussagen entwertet dieses Recht partiell, weil dadurch im Ergebnis auch die nicht konfrontierte Aussage konstitutive Bedeutung für die Entscheidungsfindung erlangen kann. Dies gilt insbesondere für nichtrichterliche Vernehmungen, bei denen die fehlende Konfrontationsmöglichkeit in der Hauptverhandlung in der Regel auch nicht durch eine Befragungsmöglichkeit bei der früheren Vernehmung ausgeglichen wird.

Die Situation, dass sich der Zeuge (nach seiner eigenen Erklärung in der Hauptverhandlung) an eine von ihm früher bekundete Tatsache nicht mehr erinnert oder seine Angaben in der Hauptverhandlung in Widerspruch zu seiner früheren Aussage stehen, kann in Bezug auf das Konfrontationsrecht nicht dem Fall gleichgestellt werden, in dem der Zeuge in der Hauptverhandlung gar nicht vernommen werden kann. Deshalb besteht kein sachlicher Grund, den Beweis auch dann in der Hauptverhandlung zu berücksichtigen, wenn die Konfrontationsmöglichkeit nicht zumindest in einem früheren Verfahrensstadium gewährt wurde. Eine die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung ergänzende Beweiserhebung sollte deshalb grundsätzlich voraussetzen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der früheren Vernehmung mitzuwirken (These 18).¹⁵⁹ Wegen der Disponibilität des Konfrontationsrechts gilt das allerdings dann nicht, wenn der Angeklagte mit der ergänzenden Beweiserhebung einverstanden ist. Der Zustimmung des Verteidigers bedarf es nicht, da ihm das Konfrontationsrecht nicht zusteht.

b) Vorhalt

Es entspricht darüber hinaus der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Protokoll einer früheren Vernehmung einem Zeugen oder Sachverständigen in Teilen als Vernehmungsbeihilf vorgehalten werden darf. Einer gesetzlichen Regelung bedürfte es nicht, weil die Entscheidungsfindung nur auf das gestützt werden

¹⁵⁹ → C 94.

dürfe, was der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung auf den Vorhalt hin aus eigener Erinnerung bestätige.¹⁶⁰

Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass es psychologisch schwierig sei, ein Protokoll, das – wenn auch lediglich als Vorhalt – Gegenstand der Hauptverhandlung war, bei der Beweiswürdigung unberücksichtigt zu lassen, und überdies die Gefahr einer Beeinflussung der Beweisperson bestehe.¹⁶¹ Deshalb erscheint es erforderlich, die Möglichkeiten eines Vorhalts gesetzlich zu regeln. An der Zulässigkeit von Vorhalten aus dem Protokoll der früheren Vernehmung sollte dabei – trotz der nicht zu leugnenden grundsätzlichen Problematik – festgehalten werden (These 19).¹⁶² Im Einzelfall kann es ansonsten praktisch ausgeschlossen sein, einen Zeugen, der zu einer geschlossenen Darstellung des Geschehens nicht in der Lage sein mag, sinnvoll zu befragen.

Anders ist die Zulässigkeit eines Vorhaltes durch Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu bewerten. Ist es bei der Verlesung des Protokolls schwierig, das Gehörte später auszublenden, so dürfte es bei einem audiovisuell vermittelten Eindruck der früheren Aussage ausgeschlossen sein, sich davon bei der Entscheidungsfindung zu lösen.¹⁶³ Auch der Zeuge wird bei einem audiovisuell vermittelten Vorhalt nicht mehr zwischen der Erinnerung an das Geschehen und dem in der Hauptverhandlung Wahrgenommenen unterscheiden können. Eine Unterscheidung zwischen Vorhalt und ergänzendem Beweis ist deshalb im Fall der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung praktisch nicht möglich. Die Zulässigkeit eines entsprechenden Vorhalts führt dann notwendig zur Umgehung der Voraussetzungen der ergänzenden Beweiserhebung. Die Ermächtigung zum Vorhalt durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung empfiehlt sich deshalb nicht (These 20).¹⁶⁴

IV. Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung

1. Überblick, Entstehung und offene Fragen

Durch das sog. Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998¹⁶⁵ ist mit der Einführung des § 255a StPO erstmals gesetzlich geregelt worden,

¹⁶⁰ BGHSt 3, 199 (201); BGHSt 5, 278 (279); BGHSt 11, 159 (160); BGHSt 11, 338 (340); BGHSt 14, 310 (312).

¹⁶¹ Ausführlich SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 253 Rn. 3a; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 136.

¹⁶² → C 94.

¹⁶³ Vgl. dazu SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 13 m.N. auch zur Rechtsprechung.

¹⁶⁴ → C 94.

¹⁶⁵ BGBl. 1998 I 820 (821).

unter welchen Voraussetzungen die Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen dessen persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung ersetzen bzw. ergänzen darf. Der Gesetzgeber hat die Video-Dokumentation seinerzeit in § 255a Abs. 1 StPO – entsprechend dem noch heute geltenden Recht – u.a. für die Anwendung der §§ 251, 253 StPO den Protokollen der früheren Vernehmung gleichgestellt. Darüber hinaus hat er in § 255a Abs. 2 StPO erstmals die Möglichkeit geschaffen, die Vernehmung eines Zeugen unter sechzehn Jahren in Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, gegen das Leben oder wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Hauptverhandlung auch ohne Einverständnis der Verfahrensbeteiligten durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren *richterlichen* Vernehmung zu ersetzen. In § 58a StPO ist zeitgleich eine Ermächtigung zur Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung auf Bild-Ton-Träger geschaffen worden. In dessen Absatz 1 Satz 2 war im Rahmen einer Soll-Vorschrift festgelegt, dass eine Zeugenvernehmung in der Regel aufzuzeichnen ist, wenn ein Zeuge unter sechzehn Jahren (mutmaßlich) durch die Straftat verletzt worden oder zu besorgen ist, „daß der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.“¹⁶⁶

§ 255a Abs. 1 StPO ist bis heute unverändert geblieben. Die Regelung des § 255a Abs. 2 StPO hat der Gesetzgeber hingegen – teils mit sachentsprechender Anpassung des § 58a StPO – mehrfach geändert, zum Teil mit erweiternder Tendenz, im Übrigen als Konsequenz einer Änderung des materiellen Strafrechts: 2004 erfolgte im zuletzt genannten Sinne zunächst eine Anpassung an geänderte Regelungen des Sexualstrafrechts.¹⁶⁷ Ein Jahr später wurde die Möglichkeit der vernehmungersetzenden Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung auf die Vernehmung kindlicher Zeugen in „Verfahren wegen Straftaten gegen die persönliche Freiheit nach den §§ 232 bis 233a des Strafgesetzbuches“ ausgedehnt.¹⁶⁸ 2008 erfolgte eine erneute Anpassung an ein wiederum geändertes Sexualstrafrecht.¹⁶⁹ 2009 erweiterte der Gesetzgeber den Kreis der Zeugen, bei denen die Vorführung

¹⁶⁶ Zeugenschutzgesetz, BGBl. 1998 I 820.

¹⁶⁷ Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.11.2003, BGBl. 2003 I 3007 (3010), in Kraft getreten am 1.4.2004.

¹⁶⁸ Siebenunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz vom 11.2.2005, BGBl. 2005 I 239 (241), in Kraft getreten am 19.2.2005.

¹⁶⁹ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008, BGBl. 2008 I 2149 (2151), in Kraft getreten am 5.11.2008.

einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a Abs. 2 StPO in Betracht kommt, indem er die Altersgrenze von sechzehn auf 18 Jahre an hob.¹⁷⁰ 2013 ließ er eine Anwendung der Vorschrift auch bei erwachsenen Zeugen zu, die (mutmaßlich) Verletzte der tatbestandlich erfassten Straftaten sind, aber „zur Zeit der Tat unter 18 Jahre alt waren“; darüber hinaus betont das Gesetz seitdem den „opferschützenden Charakter der Vorschrift“,¹⁷¹ indem es das Gericht ausdrücklich dazu verpflichtet, „bei seiner Entscheidung auch die schutzwürdigen Interessen des Zeugen zu berücksichtigen.“¹⁷² 2016 musste die Vorschrift zum dritten Mal¹⁷³ und im Jahr darauf zum vierten Mal seit ihrer Einführung an eine Reform des Sexualstrafrechts angepasst werden.¹⁷⁴

Die gegenwärtige Fassung geht auf das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019 zurück.¹⁷⁵ Danach kann die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung auch bei Zeugen ersetzen, die zum Zeitpunkt der Tat erwachsen waren, wenn sie (mutmaßlich) „Verletzte einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ sind. Darüber hinaus muss der Zeuge in diesen Fällen der Aufzeichnung zustimmen (§ 58a Abs. 1 Satz 3 a.E. StPO); deren Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung wird nach § 255a Abs. 2 Satz 1 StPO zudem davon abhängig gemacht, dass der Zeuge der vernehmungsersetzenden Vorführung dieser Aufzeichnung in der Hauptverhandlung nicht unmittelbar nach der aufgezeichneten Vernehmung widersprochen hat. „Dies soll den Zeugen in die Lage versetzen, unter dem Eindruck der Vernehmung seine zuvor erteilte Zustimmung zu überdenken und sein Persönlichkeitsrecht durch die Widerspruchsmöglichkeit effektiv zu nutzen.“¹⁷⁶

Die Entwicklung des § 255a StPO macht vor allem deutlich: Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Bild-Ton-Aufzeichnung einer

¹⁷⁰ Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) vom 29.7.2009, BGBl. 2009 I 2280, in Kraft getreten am 1.10.2009.

¹⁷¹ Gesetzesentwurf (StORMG) BT-Drs. 17/6261, 12 rechte Spalte.

¹⁷² Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26.6.2013, BGBl. 2013 I 1805, in Kraft getreten am 26.6.2013.

¹⁷³ Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016, BGBl. 2016 I 2460 (2464), in Kraft getreten am 10.11.2016.

¹⁷⁴ Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21.1.2015, BGBl. 2015 I 10 (14), in Kraft getreten am 27.1.2015.

¹⁷⁵ BGBl. 2019 I 2121, in Kraft getreten am 13.12.2019.

¹⁷⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, BT-Drs. 19/14747, 35.

Vernehmung bislang nahezu ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes zum Anlass genommen, die Interessen eines Zeugen besser zu schützen, indem er den Gerichten die Befugnis eingeräumt hat, einem dadurch voraussichtlich besonders belasteten Zeugen die Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ersparen. Dabei bedurfte die Regelung seit ihrer Einführung jeweils binnen kurzer Frist entweder der Anpassung an geänderte Vorschriften des materiellen Rechts oder aber einer erweiternden Modifikation, weil die jeweils geltende Fassung nicht in allen Fällen anwendbar war, in denen die Vermeidung einer erneuten Vernehmung nach Einschätzung des Gesetzgebers sinnvoll erschien. Darüber hinaus hat die Praxis die Erwartungen des Gesetzgebers zumeist nicht erfüllt, weshalb mehrere Änderungen des § 255a Abs. 2 StPO – insbesondere auch durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019 – das Ziel verfolgten, die Gerichte zu einer verstärkten Anwendung der Möglichkeit einer vernehmungsersetzenden Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung zu bewegen.¹⁷⁷ Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung muss geklärt werden, ob das Ziel der Vermeidung einer erneuten Vernehmung mit der gegenwärtigen Regelung des § 255a Abs. 2 StPO überhaupt adäquat verwirklicht werden kann oder ob sich grundlegende Änderungen empfehlen, die dem Anliegen des Gesetzgebers besser Rechnung tragen.

2. Vermeidung einer erneuten Vernehmung

a) Konflikt zwischen Zeugenschutz und Wahrheitserforschungspflicht

Dass das Strafverfahrensrecht auf berechnete Interessen des Zeugen Rücksicht nehmen muss, steht heute außer Frage. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei dem Zeugen möglicherweise um das Opfer einer schweren Straftat oder sonst um eine Person handelt, deren Wohl durch die Vernehmung in der Hauptverhandlung ernstlich beeinträchtigt werden kann. Schon das Gutachten von *Weigend* zum 62. Deutschen Juristentag 1998 hat deshalb empfohlen, in diesen Fällen „im Ermittlungsverfahren eine richterliche Vernehmung durchzuführen, bei der der Beschuldigte und sein Verteidiger anwesend sein und Fragen an den Zeugen richten können“ und diese Vernehmung „vollständig auf Video aufzuzeichnen“,¹⁷⁸ um durch ihre Vorführung in der Hauptverhandlung die erneute Befragung zu vermeiden.

¹⁷⁷ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, BT-Drs. 19/14747, 35.

¹⁷⁸ *Weigend*, Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag, C 129.

Das Anliegen des Zeugenschutzes steht insoweit jedoch in einem grundsätzlich unauflösbaren Spannungsverhältnis zur gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht. Die Videodokumentation einer früheren Vernehmung stellt zwar im Vergleich zu der Verlesung des Protokolls oder der Vernehmung der Verhörsperson in der Regel das qualitativ bessere Beweismittel dar; die Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung kann aber trotzdem zur Wahrheitserforschung geboten sein. Das gilt jedenfalls für den Fall, dass „seit der aufgezeichneten Vernehmung neue Umstände oder Beweismittel bekannt geworden sind.“¹⁷⁹ Dann waren weder das Gericht noch die Verfahrensbeteiligten bei der Vernehmung im Ermittlungsverfahren in der Lage, den Zeugen sachgerecht zu befragen.¹⁸⁰ In einer solchen Situation kann eine ergänzende Vernehmung des Zeugen, auch zur Wahrung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, allenfalls unterbleiben, wenn alle Verfahrensbeteiligten sie nicht für erforderlich halten; in diesem Fall ist es freilich auch unabhängig von § 255a Abs. 2 StPO beim verteidigten Angeklagten schon immer möglich gewesen, durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung die erneute persönliche Vernehmung eines belasteten Zeugen in der Hauptverhandlung zu vermeiden.¹⁸¹

Der Versuch des Gesetzgebers, im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019 Vollzugsdefizite bei der Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen dadurch zu beseitigen, dass die Vernehmung im Ermittlungsverfahren nunmehr immer dann aufgezeichnet werden muss (und nicht mehr bloß „soll“), „wenn damit die schutzwürdigen Interessen von Personen, die durch eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 147 bis 184j des Strafgesetzbuches) verletzt worden sind, besser gewahrt werden können“,¹⁸² ändert an dem Spannungsverhältnis zwischen Zeugenschutz und Wahrheitserforschungspflicht nichts. Selbst wenn sich die Erwartung des Gesetzgebers erfüllen sollte und in Zukunft mehr Vernehmungen aufgezeichnet werden,¹⁸³ folgt daraus nicht, dass in diesen Fällen dem Zeugen die erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung auch tatsächlich immer erspart werden kann. Deshalb ist es verfehlt, schon in der Existenz einer Bild-Ton-Aufzeichnung

¹⁷⁹ Weigend, Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag, C 65.

¹⁸⁰ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 4.

¹⁸¹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 12f.

¹⁸² BT-Drs. 19/14747, 25.

¹⁸³ Sicher ist auch das freilich nicht, weil die Verpflichtung zur Aufzeichnung tatbestandlich voraussetzt, dass die Interessen des Zeugen durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können und dies angesichts der kaum möglichen Prognose, ob die erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung tatsächlich vermieden werden kann, auch im Regelfall nicht immer zu bejahen sein dürfte und dem Rechtsanwender im Übrigen einen erheblichen Beurteilungsspielraum einräumt.

einen „opferschonende[n] Mehrwert“¹⁸⁴ zu erblicken; für den Zeugen besteht gerade keine Sicherheit, dass die Vernehmung in der Hauptverhandlung unterbleibt. Die Aufzeichnung kann infolgedessen auch zu einer zusätzlichen Belastung des Zeugen führen, wenn dieser die Vernehmung im Ermittlungsverfahren wegen der Videoaufzeichnung als stärker belastend empfindet.

b) Problematik der gegenwärtigen Fassung des § 255a Abs. 2 StPO

Eine Lösung dieses grundsätzlichen Problems ist nicht möglich. Daraus folgt nicht, dass ein verstärkter Einsatz der Videotechnologie bei der Vernehmung von voraussichtlich zentralen Zeugen nicht sinnvoll sein kann, um eine erneute Vernehmung entbehrlich zu machen. Man muss sich aber von der Vorstellung lösen, dass dem – berechtigten – Anliegen des Zeugenschutzes dadurch immer Rechnung getragen werden kann. Die Aufzeichnung einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren wird in der Regel nicht erst kurz vor Abschluss der Ermittlungen stattfinden können. Schon aus diesem Grund wird es in Verfahren, in denen der Angeklagte die Tat bestreitet, häufig ausgeschlossen sein, einem zentralen Zeugen durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren Vernehmung die erneute Aussage in der Hauptverhandlung zu ersparen.

Kann infolgedessen in streitigen Verfahren dem Anliegen des Zeugenschutzes durch Vermeidung von Mehrfachvernehmungen wegen der nicht einschränkbar gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht nur im Einzel-, nicht aber im Regelfall Rechnung getragen werden, sollte der Gesetzgeber gleichwohl dafür Sorge tragen, dass es den Gerichten in diesen Einzelfällen stets möglich ist, den Zeugen zu schonen. Deshalb kann es sich empfehlen, die gegenwärtige Regelungstechnik des Gesetzes zu überdenken. § 255a Abs. 2 StPO beschränkt die Möglichkeiten des Verzichts auf eine Vernehmung in der Hauptverhandlung auf bestimmte Verfahren und bestimmte Zeugen. Eine solche Regelungstechnik bedingt zwangsläufig, dass die berechtigten Interessen eines Zeugen nur in Konstellationen berücksichtigt werden können, in denen nach Einschätzung des Gesetzgebers die Vernehmung in der Hauptverhandlung *typischerweise* mit erheblichen Belastungen verbunden ist.

Die dadurch bedingten Restriktionen des Anwendungsbereiches von § 255a Abs. 2 StPO wären geboten, soweit anderenfalls eine ausufernde Handhabung befürchtet werden müsste. Das ist angesichts der unabhängig von § 255a Abs. 2 StPO fortbestehenden gerichtlichen Aufklärungspflicht und des Rechts zur Stellung eines

¹⁸⁴ BT-Drs. 19/14747, 25.

Beweisantrages bei neu hinzutretenden Umständen¹⁸⁵ freilich nicht zu erwarten. Stattdessen belegt die Entwicklung der Vorschrift, dass eine Beschränkung auf bestimmte Verfahren schwierig ist, weshalb der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift in vergleichsweise kurzer Zeit mehrfach erweitert hat. Zugleich gestattet die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch dann einen Verzicht auf die persönliche Vernehmung, wenn diese im besonders gelagerten Einzelfall gerade keine unzumutbare Belastung für den Zeugen darstellt.

Die gegenwärtige Regelung des § 255a Abs. 2 StPO führt somit einerseits dazu, dass die Gerichte den Zeugen in atypischen Fällen nicht schützen können, und zwar auch dann nicht, wenn die erneute Vernehmung für den Zeugen in erheblichem Umfang belastend wäre, aber zur Wahrheitserforschung nicht geboten ist. Andererseits dürfen sie in den von § 255a Abs. 2 StPO erfassten Fällen auf eine persönliche Vernehmung des Zeugen auch dann verzichten, wenn dies im Einzelfall zum Schutz des Zeugen gar nicht geboten ist.

c) Reform

De lege ferenda sollte deshalb – auch zur Vermeidung einer ständigen Novellierung des Gesetzes – eine flexiblere Regelung erwogen werden. Es empfiehlt sich, die Vorschrift darauf zu beschränken, den die Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes rechtfertigenden Sachgrund zu normieren und die Entscheidung im Einzelfall der Rechtsprechung zu überlassen (These 10).¹⁸⁶ Dabei erscheint eine Synchronisierung mit den Voraussetzungen der ebenfalls dem Zeugenschutz dienenden Möglichkeit einer audiovisuellen Vernehmung gemäß § 247a Abs. 1 Satz 1 StPO geboten.¹⁸⁷ Da der Zeuge sich bei der audiovisuellen Befragung zwar an einem anderen Ort aufhält, er zugleich aber während der Hauptverhandlung mittels Bild-Ton-Übertragung in Anwesenheit und unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten befragt wird, wahrt diese Vernehmungsmethode die Verteidigungsinteressen besser als die Einführung einer Aussage im Wege der Bild-Ton-Aufzeichnung.¹⁸⁸

Deshalb müssen die Interessen des Zeugen, aufgrund derer ihm in § 255a Abs. 2 StPO nicht nur die Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden, sondern eine erneute Vernehmung insgesamt erspart bleibt, bei systematischer Betrachtung mindestens das gleiche

¹⁸⁵ LR/Mosbacher, 27. Aufl. 2019, § 255a Rn. 15; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 255a Rn. 10.

¹⁸⁶ → C 92.

¹⁸⁷ SK-StPO/Frister, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 18 f.

¹⁸⁸ Zu den geringen Auswirkungen auf die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten und insbesondere des Angeklagten SK-StPO/Frister, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 12.

Gewicht haben, wie die Interessen, die eine zeugenschützende Anordnung der audiovisuellen Vernehmung nach § 247a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 StPO rechtfertigen können. Es liegt deshalb nahe, auf der Grundlage des geltenden Rechts für einen generalisierenden Maßstab im Kontext des § 255a Abs. 2 StPO zu verlangen, dass durch eine erneute Vernehmung die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen besteht (These 11).¹⁸⁹ Damit wäre die hohe Wahrscheinlichkeit massiver Belastungen des Zeugen erforderlich, die weit über das gewöhnliche Belastungsmaß einer Zeugeneinvernahme hinausgehen.¹⁹⁰

Unter diesen Voraussetzungen ist es rechtspolitisch rechtfertigbar, dem Angeklagten die Konfrontationsmöglichkeit in der Hauptverhandlung zu versagen, wenn er bei der früheren Vernehmung die Gelegenheit zur Mitwirkung hatte und sich seitdem keine neuen Umstände ergeben haben, die eine erneute Befragung rechtfertigen. Darüber hinaus kann in den von § 255a Abs. 2 StPO erfassten Verfahren typischerweise ein solches Belastungsmaß *erreichbar* sein. Durchgängig plausibel ist das aber nicht. Bei der im Höchstmaß mit zwei Jahren Freiheitsstrafe bedrohten (einfachen) sexuellen Belästigung nach § 184i Abs. 1 StGB dürfte selbst bei einem verletzten Zeugen, der zur Tatzeit noch nicht 18 Jahre alt war, nicht regelmäßig von einer massiven Belastung auszugehen sein, wenn er in der Hauptverhandlung vernommen wird; für Zeugen, die zur Tatzeit erwachsen waren, gilt dies erst recht.

Zugleich ist es aber denkbar, dass massive Belastungen bei einer von § 255a Abs. 2 StPO (noch) nicht erfassten Straftat gegeben sind. Es ist rational nicht begründbar, nur eine bestimmte Gruppe von Zeugen vor massiven Belastungen zu schützen, auch wenn sie typischerweise besonders schutzwürdig ist, anderen Personen, die im Einzelfall ebenso belastet sein können, diese Möglichkeit aber zu versagen. Umgekehrt muss auch der Gefahr vorgebeugt werden, dass Maßnahmen des Zeugenschutzes zu einer im Einzelfall gar nicht erforderlichen Einschränkung von Verteidigungsrechten führen. Dies ist nur möglich, wenn das Gesetz den sachlichen Maßstab offenlegt, an dem sich die Entscheidung orientieren soll.

Die Autoren des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme plädieren demgegenüber für eine Streichung des § 255a StPO. Dies ist die Konsequenz der von ihnen geforderten Neuausrichtung der gesetzlichen Regeln der Unmittelbarkeit. Das Gericht ist nach den Vorstellungen des Entwurfs von Amts wegen grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, wenn es dies zur Erforschung der Wahrheit nicht für geboten erachtet.¹⁹¹ Dafür sollen die Verfahrensbeteiligten nach

¹⁸⁹ → C 92.

¹⁹⁰ SK-StPO/Frister, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 26 f.

¹⁹¹ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (5, 18).

allgemeinen Regeln im Rahmen des Beweisantragsrechts die persönliche Vernehmung des Zeugen „zur Widerlegung einer in der früheren Aussage [...] bekundeten Tatsache“ erzwingen können. Damit löst der Alternativ-Entwurf allerdings gerade nicht das Problem, das den Gesetzgeber zu der Regelung des § 255a Abs. 2 StPO veranlasst hat. Da dem Zeugen die belastende Aussage in der Hauptverhandlung erspart bleiben soll, wenn sie zur Erforschung der Wahrheit nicht geboten ist, verlangt der Regelungszweck dieser Norm notwendig eine Einschränkung des Beweisantragsrechts. Die Rechtsprechung geht deshalb zu Recht davon aus, dass der Beweisantrag auf persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung in diesen Fällen auf die Wiederholung einer bereits erfolgten Vernehmung gerichtet ist.¹⁹² Dem Antrag kann deshalb nur stattgegeben werden, wenn er sich (nicht ins Blaue hinein)¹⁹³ auf eine neue beweis erhebliche Tatsache bezieht, zu der der Zeuge noch nicht gehört wurde.¹⁹⁴ Gäbe es diese Einschränkung nicht, wäre die Vermeidung von Mehrfachvernehmungen nur im allseitigen Einverständnis realistisch, für die es der Regelung des § 255a Abs. 2 StPO freilich gar nicht bedurft hätte.

3. Vermeidung von Beweisverlust

a) Einseitige Konzentration auf Zeugenschutz

Die Möglichkeit, die Vernehmung einer Beweisperson durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung festzuhalten und diese in der Hauptverhandlung vorzuführen, kann nicht nur dazu genutzt werden, einem Zeugen die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ersparen. Die Videoaufzeichnung ist im Vergleich zu der hergebrachten Methode der Dokumentation durch Protokollierung auch geeignet, die Wahrheitserforschung als zentrales Anliegen des Strafverfahrens zu optimieren, wenn ein Beweistransfer zur Aufklärung des Straftatverdachts erforderlich ist.¹⁹⁵ Es erstaunt deshalb, dass der Gesetzgeber die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung ursprünglich noch nicht einmal stets gestatten wollte, wenn die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung nicht möglich ist oder eine ergänzende Beweiserhebung zur Wahrheitserforschung sachgerecht erscheint. Die Frage, „ob und unter welchen Umständen die Videoaufzeichnung die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung ersetzen darf,“¹⁹⁶ wurde im Entwurf des Zeugenschutzgesetzes vom 11.3.1997 stattdessen zunächst in der Weise beantwortet, dass die „Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung [...] nur insoweit zulässig ist, als die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung zur Erforschung der Wahrheit nicht ausreicht.“¹⁹⁷ Diese im

¹⁹² BGHSt 48, 268 (273).

¹⁹³ Beispielhaft BGH NJW 2011, 1239 (1240).

¹⁹⁴ BGHSt 48, 268 (273); BGH StV 1995, 566 (567).

¹⁹⁵ Weigend, Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag 1998, C 60 mwN.

¹⁹⁶ BT-Drs. 13/7165, 11.

¹⁹⁷ So die im Gesetzesentwurf vorgesehene Formulierung in § 255a StPO, BT-Drs. 13/7165, 3.

Ergebnis nicht eingeführte Beschränkung der Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen sollte vornehmlich den Interessen sog. Opferzeugen dienen,¹⁹⁸ deren Persönlichkeitsrechte durch die Vorführung in der Hauptverhandlung beeinträchtigt werden können.¹⁹⁹

Dass die Frage der Zulässigkeit und Verwertbarkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung auch vom gegenwärtigen Gesetzgeber neben dem primären Gesichtspunkt des Opferschutzes²⁰⁰ vor allem auch unter diesem Gesichtspunkt als problematisch angesehen wird, belegt das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019.²⁰¹ So muss der Zeuge in Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung seitdem nicht nur im Rahmen seiner Vernehmung der Aufzeichnung zustimmen (§ 58a Abs. 1 Satz 3 StPO), er kann die Aufzeichnung auch noch unmittelbar nach der Vernehmung durch seinen Widerspruch unverwertbar machen (§ 255a Abs. 2 Satz 1 StPO). Die Regelung erstaunt vor allem deshalb, weil das Persönlichkeitsrecht des Zeugen jedenfalls dann als nachrangig behandelt wird, wenn das Gericht seine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung für erforderlich hält.

Im Ergebnis kann die gegenwärtige gesetzliche Regelung dazu führen, dass es dem Gericht verwehrt ist, eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung des Zeugen zum Zweck ergänzender Beweiserhebung nach den §§ 253, 255a Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung vorzuführen, wenn er bei seiner Vernehmung erklärt, sich einer Tatsache nicht mehr zu erinnern oder er teilweise seiner früheren Aussage widerspricht. Die Beweiserhebung kann dann nur durch das Protokoll oder die Vernehmung des vernehmenden Richters erfolgen. Das ist mit Blick auf die in der Regel bessere Beweisqualität der Bild-Ton-Aufzeichnung problematisch. Zwar ist es konsequent, die Aufzeichnung der Vernehmung von der Zustimmung des Zeugen abhängig zu machen. Diese Form der Dokumentation erfolgt im Rahmen des § 58a Abs. 1 Satz 3 StPO allein zu dem Zweck, dem Zeugen – soweit möglich – eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ersparen. Nicht überzeugend ist es aber, die Verwendung einer mit Zustimmung des Zeugen erfolgten Aufzeichnung in der Hauptverhandlung an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Zeuge auch nach der Vernehmung noch mit der Aufzeichnung einverstanden ist.

Das stellt eine kaum zu rechtfertigende Einschränkung der Wahrheitserforschung und im Einzelfall auch eine Beeinträchtigung be-

¹⁹⁸ BT-Drs. 13/7165, 11.

¹⁹⁹ BT-Drs. 13/7165, 5 (zu § 58a StPO).

²⁰⁰ BR-Drs. 532/19, 34.

²⁰¹ BGBl. 2019 I 2121, in Kraft getreten am 13.12.2019.

rechtigter Interessen des Angeklagten und der Verteidigung dar, wenn die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung den Angeklagten in der Hauptverhandlung besser entlasten könnte als die trotz des Widerspruchs in jedem Fall ergänzend zur persönlichen Vernehmung nach § 253 StPO mögliche Verlesung des Protokolls oder die Vernehmung des Richters. Dass der Widerspruch nach dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers nur der vernehmungsersetzenden, nicht aber der vernehmungsergänzenden Vorführung der Aufzeichnung nach §§ 253, 255a Abs. 1 StPO entgegensteht,²⁰² lindert dieses Problem zwar, ist aber keine sachgerechte Lösung, wenn man – wie hier vorgeschlagen – grundsätzlich im Rahmen des § 253 StPO eine umfassende ergänzende Beweiserhebung zulassen will.²⁰³ Im Übrigen dürften sich erhebliche praktische Abgrenzungsprobleme ergeben. Dass Anliegen, die Persönlichkeitsrechte des Zeugen durch die Widerspruchsmöglichkeit zu schützen, wird dadurch ohnehin fraglich. Die Verwendung der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung sollte deshalb grundsätzlich nicht an die Voraussetzung geknüpft werden, dass der Zeuge ihr nicht unmittelbar nach der Vernehmung widersprochen hat (These 12).²⁰⁴

b) Sachwidrige Gleichstellung mit der Verlesung des Protokolls

Der Blickwinkel, unter dem der Gesetzgeber die Möglichkeiten der audiovisuellen Dokumentation von Vernehmungen vornehmlich betrachtet, erklärt allerdings, warum die Bild-Ton-Aufzeichnung in § 255a Abs. 1 StPO für die Vorschriften der §§ 251, 252 und 253 StPO trotz ihres in der Regel deutlich höheren Beweiswertes dem Protokoll der früheren Vernehmung lediglich gleichgestellt wird.²⁰⁵ In der Konsequenz ist es dem Gericht nach geltendem Recht verwehrt, die Vernehmung des Zeugen durch die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren Vernehmung zu ersetzen, wenn keiner der Ausnahmetatbestände des § 251 StPO eingreift. Droht im Einzelfall der Verlust des Beweises, ist angesichts des heute ganz vorherrschenden Verständnisses des Unmittelbarkeitsgrundsatzes der Vernehmungsbeamte in der Hauptverhandlung als Zeuge zu hören.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer Entscheidung vom 12.2.2004 mit Recht betont, dass dies nicht überzeugen kann. Die Bild-Ton-Aufzeichnung gebe „die frühere Aussage des Zeugen – einschließlich der nonverbalen Vernehmungsinhalte und der erfolgten Interaktionen – in allen Einzelheiten sehr viel genauer“

²⁰² Claus, NStZ 2020, 57 (63); BT-Drs. 19/14747, 35.

²⁰³ → C 48 f.

²⁰⁴ → C 92.

²⁰⁵ Kritisch zu dieser Gleichstellung auch Weigend, FS Eisenberg, 2009, 657 (668).

wieder, „als der auf der Grundlage seiner Erinnerung aussagende Richter es könnte.“ Ihre Unverwertbarkeit führe „deshalb zu dem mit Blick auf die Qualität der Wiedergabe der früheren Aussage schwer verständlichen Ergebnis, dass die Verwertung des qualitativ höherwertigen Beweismittels untersagt, der Rückgriff auf ein weniger zuverlässiges aber gestattet ist.“ Mit Recht stellt der *3. Strafsenat* des Bundesgerichtshofs weiter fest, dass der „darin liegende Wertungswiderspruch“ sich noch vergrößere, „wenn zur Unterstützung des Gedächtnisses des Richters als Vorhalt nicht nur die Vernehmungsniederschrift verlesen [...], sondern auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung vorgespielt werden darf“.²⁰⁶

Der Wertungswiderspruch besteht nicht nur im Kontext der besonderen Regelung des § 252 StPO, zu der die Entscheidung des *3. Strafsenats* ergangen ist. Er liegt den gesetzlichen Regelungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes insgesamt zugrunde, soweit das Gesetz die Verlesung des Protokolls und infolgedessen über § 255a Abs. 1 StPO auch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nicht gestattet. Das Gleiche gilt etwa auch für den Fall, dass ein Zeuge sich in der Hauptverhandlung auf sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO beruft.²⁰⁷ Damit verschärft die Regelung des § 255a Abs. 1 StPO die Widersprüchlichkeit der gegenwärtigen Deutung der §§ 250f. StPO.²⁰⁸

Das gilt nicht nur, wenn man das Verständnis der heute herrschenden Meinung zugrunde legt, nach der sich den §§ 250f. StPO lediglich der Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis entnehmen lässt. Auch wenn man den Sinn des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (zusätzlich) darin erblickt, einen Beweistransfer von polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen in die Hauptverhandlung zu unterbinden, stellt sich die Situation bei einer Bild-Ton-Aufzeichnung anders dar als bei einem Protokoll. Erstere erlaubt es dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten – unter der Voraussetzung vollständiger und nicht manipulierter Aufzeichnung – den Gang der Vernehmung unverfälscht wahrzunehmen und für die Wahrheitsfindung problematische Vernehmungstechniken im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Die Problematik des Beweistransfers ist deshalb – anders als bei der Verlesung eines Protokolls oder der Einvernahme des Vernehmungsbeamten – in einem solchen Fall zumindest entschärft. Ein genereller Ausschluss von polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen lässt sich deshalb nicht mehr rechtfertigen.

²⁰⁶ BGHSt 49, 72 (78).

²⁰⁷ → C 35.

²⁰⁸ → C 36f.

c) Reform

Vor diesem Hintergrund ist zu empfehlen, in Ergänzung der bereits oben befürworteten Regelung für das Verhältnis von Protokollverlesung und Vernehmung der Verhörsperson²⁰⁹ der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung generell den Vorrang einzuräumen, wenn die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung gar nicht oder jedenfalls nicht auf absehbare Zeit möglich ist (These 9).²¹⁰ Dies dürfte sich im Regelfall zwar schon heute aus der Aufklärungspflicht ergeben,²¹¹ die gesetzliche Festlegung einer entsprechenden Rangfolge schafft jedoch auch hier für die Tatgerichte eine klare Leitlinie und stellt sicher, dass eine vorhandene Videodokumentation nicht etwa wegen eines damit vorhandenen organisatorischen und technischen Aufwandes bei der Beweisaufnahme unberücksichtigt bleibt.

Darüber hinaus bietet die Möglichkeit der audiovisuellen Dokumentation aber auch die Chance, die Aufklärung zu optimieren, wenn eine richterliche Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen zwar grundsätzlich möglich, dieser aber an dem *Erscheinen* in der Hauptverhandlung gehindert ist. Das geltende Recht lässt die Reproduktion der Ergebnisse einer richterlichen Vernehmung insoweit in zwei Fallkonstellationen zu: § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO gestattet die Verlesung des Protokolls einer früheren richterlichen Vernehmung, wenn dem Erscheinen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Nach § 251 Abs. 2 Nr. 2 StPO gilt Entsprechendes, wenn dem Zeugen oder Sachverständigen wegen großer Entfernung unter der Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage ein Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht zugemutet werden kann.

Das Gesetz lässt hier – anders als § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO bei einer zumindest auf absehbare Zeit nicht möglichen gerichtlichen *Vernehmung* – nur die Reproduktion richterlicher Vernehmungen zu, denen traditionell ein gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungen gesteigerter Beweiswert zuerkannt wird.²¹² Das beruht auf der Erwägung, dass eine richterliche Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung noch möglich ist und deshalb kein Anlass besteht, einen drohenden Beweisverlust ggf. auch durch Reproduktion der Ergebnisse nichtrichterlicher Vernehmungen abzuwen-

²⁰⁹ → C 42.

²¹⁰ → C 92.

²¹¹ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 12.

²¹² Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 251 Rn. 20; LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 251 Rn. 6; MüKoStPO/Kreicker, 2016, § 251 Rn. 69, 74.

den.²¹³ Heute ist es unter dem Gesichtspunkt des damit im Gesetz bereits angelegten Zwecks der Aufklärungsoptimierung nicht nur naheliegend, den erforderlichen Beweistransfer auf die Ergebnisse richterlicher Vernehmungen zu beschränken, sondern zusätzlich nur durch Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zuzulassen. Dass dem historischen Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht zur Verfügung stand, rechtfertigt es nicht, die Möglichkeit der besseren Sachaufklärung heute ungenutzt zu lassen und die Verlesung des Protokolls weiterhin als gleichrangiges Surrogat der Beweiserhebung anzuerkennen (These 13).²¹⁴ Darüber hinaus ist kein Grund ersichtlich, die Verwertbarkeit der Bild-Ton-Aufzeichnung zur Stärkung des Konfrontationsrechts nicht auch an die Voraussetzung zu binden, dass der Verteidiger und der Angeklagte Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken (These 15).²¹⁵

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass die Beschränkung des Beweistransfers auf das Beweismittel der Bild-Ton-Aufzeichnung die Gerichte zu einem technischen Mehraufwand zwingt. Dies ist angesichts des Standes der Technik zwar kein grundsätzliches Problem, bedeutet aber nicht unerhebliche Änderungen in der bisherigen Praxis und dürfte in der Übergangszeit auch auf technische Probleme stoßen. Darüber hinaus kann die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung auch zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer führen, wenn alternativ die Reproduktion der Aussage in Form der Verlesung eines auf das Wesentliche konzentrierten Protokolls zur Verfügung steht. In Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, sollte deshalb weiterhin auch die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung zugelassen werden (These 14).²¹⁶ Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, im allseitigen Einverständnis stets alternativ die Verlesung des Protokolls zu gestatten (These 16).²¹⁷ Besteht Einigkeit, dass das Protokoll die Aussage in komprimierter Form sachgerecht wiedergibt, ist die möglicherweise langwierigere Vorführung der Videodokumentation in der Hauptverhandlung nicht notwendig.

²¹³ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 19.

²¹⁴ → C 93.

²¹⁵ → C 93.

²¹⁶ → C 93.

²¹⁷ → C 93.

V. Audiovisuelle Vernehmung

1. Regelungsgehalt des § 247a StPO

Wenn ein Zeuge oder Sachverständiger lediglich am Erscheinen in der Hauptverhandlung gehindert oder ihm dieses nicht zumutbar ist, besteht nicht nur die Möglichkeit, seine frühere Aussage durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung, Protokollverlesung oder Einvernahme der Verhörsperson in die Hauptverhandlung einzuführen. Technisch kommt ebenfalls die Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung in Betracht. Die Beweisperson ist in diesem Fall während ihrer Vernehmung nicht körperlich in der Hauptverhandlung anwesend; ihre Aussage wird aber in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen. Soweit das geltende Recht die Reproduktion einer früheren Aussage nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO zulässt, gestattet § 247a Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 StPO beim Zeugen²¹⁸ durch Verweis auf § 251 Abs. 2 StPO alternativ auch die audiovisuelle Vernehmung, wenn diese nach unanfechtbarer Entscheidung des Gerichts zur Wahrheitserforschung geboten ist. Darüber hinaus stellt der Verweis auf § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO sicher, dass im Einverständnis der Verfahrensbeteiligten die Vernehmung in körperlicher Gegenwart im Sitzungszimmer durch eine audiovisuelle Vernehmung ersetzt werden darf. Abgesehen von den Entscheidungen nach § 246a StPO gilt dies praktisch auch für die Vernehmung eines Sachverständigen; sie darf, anders als die eines Zeugen, aber unabhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO audiovisuell erfolgen.

Damit ermöglicht das geltende Recht bereits weitgehend den Verzicht auf einen zulässigen Beweistransfer, wenn ein Zeuge oder Sachverständiger zwar nicht im Sitzungszimmer anwesend sein kann (oder ihm das nicht zumutbar ist), er aber mittels audiovisueller Übertragung auch in der Hauptverhandlung vernommen werden könnte. Darüber hinaus ist die audiovisuelle Vernehmung nach § 247a Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 1 StPO zulässig, wenn durch die Vernehmung eines Zeugen in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden die dringende Gefahr für eine schwerwiegende Beeinträchtigung seines Wohls besteht. Diese Fallgruppe war der historische Anlass²¹⁹ für die gesetzliche Einführung der audiovisuellen Vernehmung durch das Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998.²²⁰

²¹⁸ SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 30; KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 247a Rn. 12; LR/*Becker*, 27. Aufl. 2019, § 247a Rn. 10.

²¹⁹ Dazu SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 3.

²²⁰ BGBl. 1998 I 820f.

2. Defizite und Reform

a) Zulässigkeit der audiovisuellen Vernehmung

Die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung ist bei der audiovisuellen Vernehmung zwar mangels körperlicher Anwesenheit der Beweisperson eingeschränkt. Wie bei der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung wird dem Gericht, den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit aber ein persönlicher Eindruck vom Aussageverhalten vermittelt. Zusätzlich kann der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung befragt werden, sodass das Konfrontationsrecht vollständig gewahrt bleibt. Die audiovisuelle Vernehmung verwirklicht die mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit verfolgten Zwecke damit weitgehend.²²¹ Es ist deshalb nicht überzeugend, dass das geltende Recht nicht in allen Fällen, in denen die persönliche Vernehmung durch die Reproduktion früherer Aussagen *trotz möglicher Vernehmung* ersetzt werden darf, auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung der audiovisuellen Vernehmung gestattet. Dies gilt insbesondere im Anwendungsbereich des § 255a Abs. 2 StPO.²²² Zwar bezweckt die Regelung primär, dem Zeugen eine erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung insgesamt zu ersparen. Da dieses Ziel – wie dargelegt – aber nicht immer erreichbar ist, kann es unter dem Gesichtspunkt des Zeugenschutzes geboten sein, eine zur Erforschung der Wahrheit gebotene Vernehmung im Interesse des Zeugen zumindest audiovisuell durchzuführen.²²³

Das ist heute nur im allseitigen Einverständnis der Verfahrensbeteiligten möglich (§§ 247a Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2, 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO), wenn in den von § 255a Abs. 2 StPO erfassten Fallgruppen der Verzicht auf eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zwar im schutzwürdigen Interesse des Zeugen liegt (§ 255a Abs. 2 Satz 3 StPO), die Vernehmung aber zur Erforschung der Wahrheit geboten ist und von der Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden keine dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen ausgeht (§ 247a Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 StPO). Es empfiehlt sich deshalb, die audiovisuelle Vernehmung künftig ausnahmslos zu gestatten, wenn das Gesetz einen Beweistransfer zulässt, obwohl eine Vernehmung möglich ist (These 3).²²⁴

²²¹ SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 11; ähnlich auch LR/*Becker*, 27. Aufl. 2019, § 247a Rn. 4; KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 247a Rn. 5.

²²² Dazu SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 19; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 255a Rn. 6.

²²³ Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 255a Rn. 10; LR/*Mosbacher*, 27. Aufl. 2019, § 255a Rn. 14; MüKoStPO/*Krüger*, 2016, § 255a Rn. 36f.

²²⁴ → C 90.

Soweit man dem Vorschlag folgt, § 255a Abs. 2 StPO durch eine generalisierende Zeugenschutzbestimmung zu ersetzen, die den Beweistransfer an die sachlichen Voraussetzungen des § 247a Abs. 1 Satz 1, Halbsatz 2 StPO knüpft (These 11),²²⁵ löst sich das Problem schon auf diesem Wege.

b) Vorrang der audiovisuellen Vernehmung

Eine andere Frage ist, ob es sich darüber hinaus empfiehlt, der audiovisuellen Vernehmung durch entsprechende gesetzliche Regelungen den Vorrang vor einem Beweistransfer durch die Reproduktion früherer Aussagen des Zeugen einzuräumen. Dafür spricht, dass die audiovisuelle Vernehmung der persönlichen Vernehmung nach § 250 Satz 1 StPO am nächsten steht und sie insbesondere das Konfrontationsrecht unangetastet lässt, das im Rahmen früherer Vernehmungen allenfalls unvollkommen gewährt werden kann. Es erschiene deshalb theoretisch folgerichtig, die Reproduktion früherer Aussagen durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung im Verhältnis zur audiovisuellen Vernehmung nur subsidiär zuzulassen, soweit zumindest diese Form der Vernehmung noch möglich ist.²²⁶

Das ist praktisch derzeit allerdings noch nicht realisierbar, auch weil es bei konsequenter Ausgestaltung zugleich bedeuten würde, dass einem Beweisantrag auf audiovisuelle Vernehmung stattgegeben werden müsste.²²⁷ Erstens dürften die technischen Voraussetzungen flächendeckend kaum gewährleistet sein; schon die vom Gesetzgeber jüngst durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens²²⁸ ausgeweiteten Verpflichtungen zur Videoaufzeichnung von Vernehmungen sind mit einem nicht unerheblichen Mehraufwand verbunden.²²⁹ Zweitens ist die audiovisuelle Kommunikation im Justizalltag nicht hinreichend etabliert. Deshalb erscheint es derzeit ausreichend, wenn das Gesetz diese Form der persönlichen Vernehmung immerhin einfordert, „wenn sie zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist“ (§ 247a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 StPO in Bezug auf die Fallkonstellationen des § 251 Abs. 2 StPO). Es spricht viel dafür, dass es

²²⁵ → C 92.

²²⁶ Der Arbeitskreis Alternativ-Entwurf hat diese Konsequenz im AE Beweisaufnahme für die Fälle gezogen, in denen nach seiner Einschätzung die audiovisuelle Vernehmung zur Vermeidung von Gefahren für die Wahrheitsfindung oder den Zeugenschutz geboten ist, vgl. dazu § 247a Abs. 4 StPO-AE in *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (10, 43, 45).

²²⁷ Vgl. SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 21 f.

²²⁸ → Fn. 175.

²²⁹ Stellungnahme des Richterbundes zum Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens, 15/2019, 7.

schon bei dieser gegenwärtigen Gesetzeslage noch gewisse „Vollzugsdefizite“²³⁰ gibt.

Mittelfristig ist jedoch zu erwägen, das Gebot der persönlichen Vernehmung in § 250 Satz 1 StPO, das traditionell als Gebot der Vernehmung in körperlicher Gegenwart eines Zeugen oder Sachverständigen begriffen wird, um ein Gebot der audiovisuellen Vernehmung zu ergänzen, wenn dadurch die Reproduktion früherer Vernehmungen einer Beweisperson in der Hauptverhandlung vermieden werden kann (These 4).²³¹ Langfristig könnte sich dann sogar die Frage stellen, ob die audiovisuelle Vernehmung nicht auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit die traditionelle persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung in geeigneten Fällen ersetzen kann.²³²

²³⁰ So der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens in Bezug auf §§ 58a, 255a Abs. 2 StPO, BT-Drs. 19/14972, 2.

²³¹ → C 90.

²³² Diese Frage lässt sich aber sachgerecht nur beantworten, wenn die Strafjustiz bereits über hinreichende Erfahrungen im Umgang mit audiovisuellen Vernehmungen verfügt.

C. Verbot des Beweistransfers nach Zeugnisverweigerung

I. Regelungsgehalt des § 252 StPO

§ 252 StPO verbietet die Verlesung der Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Der Wortlaut lässt, ebenso wie der des § 251 StPO, die Vernehmung der Verhörsperson zu.²³³ Es herrscht jedoch Einigkeit, dass sich aus § 252 StPO ein Verwertungsverbot ergibt.²³⁴ Es gehe nicht um den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis, sondern um den Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts.²³⁵ § 252 StPO gewähre dem Zeugen grundsätzlich bis zu seiner Aussage in der Hauptverhandlung das Recht, entscheiden zu können, ob er an der Strafverfolgung gegen seinen Angehörigen mitwirken wolle.²³⁶ Schon dem historischen Gesetzgeber ging es darum, den Zeugen vor den Folgen einer voreiligen Aussage im Ermittlungsverfahren zu schützen, deren Tragweite er möglicherweise nicht hinreichend abzuschätzen vermochte.²³⁷

In der Rechtspraxis stößt die sehr weitgehende Rechtsstellung des zur Zeugnisverweigerung berechtigten Zeugen allerdings auf Bedenken.²³⁸ Die gegenwärtige Rechtslage eröffne die Möglichkeit, dass der Zeuge – in der Rechtspraxis sehr häufig die Verletzte eines Sexualdelikts – vom Beschuldigten nach der Aussage im Ermittlungsverfahren unter Druck gesetzt wird und deshalb in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.²³⁹

²³³ RGSt 5, 142 (143 f.); zu der mit dem Wortlaut vereinbaren Auslegung auch schon BGHSt 2, 99 (101); LR/*Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 7b; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 128.

²³⁴ BGHSt 2, 99 (104 f.); BGHSt 29, 230 (231); Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 252 Rn. 12af.; MüKoStPO/*Ellbogen*, 2016, § 252 Rn. 43; SSW-StPO/*Kudlich/Schubert*, 4. Aufl. 2020, § 252 Rn. 16; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 3.

²³⁵ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 2; MüKoStPO/*Ellbogen*, 2016, § 252 Rn. 1; *Frister*, FS Fezer, 2008, 211 (223).

²³⁶ BGH NStZ 2015, 710; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 2; LR/*Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 7; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 128.

²³⁷ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 1.

²³⁸ MüKoStPO/*Ellbogen*, 2016, § 252 Rn. 49.

²³⁹ Auf die Möglichkeit dieser Beeinflussung schon hinweisend BGHSt 2, 99 (109).

Auch jenseits dieser Fallkonstellation erscheine es mit Blick auf berechnete Strafverfolgungsinteressen nicht selbstverständlich, dem Angehörigen, der bei seiner früheren Vernehmung in Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechtes ausgesagt hat, das Recht einzuräumen, dem Gericht noch in der Hauptverhandlung den Zugriff auf sein Wissen zu verwehren.²⁴⁰

II. Einschränkende Handhabung der Rechtsprechung

Vor diesem Hintergrund hat die Rechtsprechung das nach der Ratio des § 252 StPO an sich umfassende Beweisverwertungsverbot schon sehr früh mit einer Ausnahme versehen, wenn der Zeuge vor der Hauptverhandlung richterlich vernommen wurde.²⁴¹ In diesem Fall verbiete der Wortlaut zwar die Verlesung des Protokolls; der Richter könne jedoch in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen werden.²⁴²

Diese Lösung kann auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht überzeugen. Zwar ist zuzugestehen, dass der Wortlaut des § 252 StPO ausdrücklich nur das Verbot der Verlesung des Protokolls verbietet. Wenn man die Vorschrift mit Blick auf ihren allgemein anerkannten Zweck methodisch korrekt als Verwertungsverbot interpretiert, findet sich im Gesetz aber kein tragfähiger Anhaltspunkt für eine Differenzierung zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen.²⁴³ Das Ziel, dem Zeugnisverweigerungsberechtigten trotz früherer Aussage das Zeugnisverweigerungsrecht bis in die Hauptverhandlung hinein wirksam zu erhalten, gebietet auch für die im Ermittlungsverfahren vor einem Richter gemachten Angaben die Annahme eines umfassenden Verwertungsverbots und damit den Verzicht auf Beweiserhebung durch die Vernehmung der Verhörs-person einer richterlichen Vernehmung.²⁴⁴

²⁴⁰ Zu den Grenzen der Dispositionsbefugnis etwa bei Manipulation des Verfahrens durch den Zeugen BGHSt 45, 342 (347f.); zum Konflikt von Dispositionsbefugnis des Zeugen und Interesse an der Wahrheitsfindung LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 7c; KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, § 252 Rn. 12.

²⁴¹ Grundlegend BGHSt 2, 99.

²⁴² Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 252 Rn. 14; KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, § 252 Rn. 22; anders SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 3; kritisch zu der Unterscheidung auch LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 9f.

²⁴³ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 4; LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 9ff.; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, 130.

²⁴⁴ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 4; auf den entgegenstehenden Zweck des § 252 StPO hinweisend MüKoStPO/Ellbogen, 2016, § 252 Rn. 49; kritisch im Hinblick auf die Reichweite der in Betracht kommenden Arten richterlicher Vernehmungen LR/Cirener/Sander, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 10f.; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, 23.

Dass sich aus § 251 StPO die – freilich ohnehin weitgehend eingeebnete – Wertung ergibt, dass den Ergebnissen richterlicher Vernehmungen unter dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellungen ein stärkerer Beweiswert zukommt als den Ergebnissen nichtrichterlicher Vernehmungen, ist in diesem Zusammenhang ein systemwidriges Argument.²⁴⁵ Soweit diese Differenzierung ursprünglich auch dadurch gerechtfertigt gewesen sein mag, dass bei polizeilichen Vernehmungen die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht in gleicher Weise gewährleistet war wie bei richterlichen Vernehmungen, kann dies für die gegenwärtige Auslegung angesichts umfassender gesetzlicher Belehrungspflichten auch bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Belehrungen nicht mehr maßgeblich sein.²⁴⁶

Auch rechtspolitisch vermag die Auffassung der Rechtsprechung nur eingeschränkt zu überzeugen. Zwar ist ihr zuzugestehen, dass sie das in der Praxis überwiegend als zu weitgehend empfundene Verwertungsverbot entschärft. In der Sache ist es freilich wenig plausibel, dass in diesem Fall zwar der Richter als Zeuge über den Inhalt der Vernehmung befragt werden kann, das Vernehmungsprotokoll aber nicht verlesen werden darf, obwohl es hinsichtlich des Inhalts der Aussage in der Regel das zuverlässigere Beweismittel sein dürfte.²⁴⁷ Insoweit sieht sich die Rechtsprechung jedoch mit Recht durch den eindeutigen Wortlaut des § 252 StPO daran gehindert, auch die Nutzung dieses Beweismittels zuzulassen.²⁴⁸

Gleiches gilt, wie die Rechtsprechung auf der Grundlage der *lex lata* mit Recht angenommen hat,²⁴⁹ für eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung, die in § 255a Abs. 1 StPO auch für die Fälle des § 252 StPO dem Vernehmungsprotokoll gleichgestellt wird. Dass es kaum überzeugt, dass zwar der Richter als Verhörsperson, nicht aber die Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf, hat – wie oben bereits eingehend erläutert²⁵⁰ – auch der Bundesgerichtshof betont.²⁵¹ Diese Konsequenz belegt freilich nur, dass die gegenwärtige Rechtspraxis mit Sinn und Zweck des § 252 StPO nicht vereinbar

²⁴⁵ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 420.

²⁴⁶ SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. 2016, § 252 Rn. 4; LR/*Cirener/Sander*, 27. Aufl. 2019, § 252 Rn. 9; MüKoStPO/*Ellbogen*, 2016, § 252 Rn. 47; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, 129; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 420.

²⁴⁷ → C 30 ff.

²⁴⁸ So schon RGSt 5, 142 (143).

²⁴⁹ BGHSt 49, 72.

²⁵⁰ → C 60 f.

²⁵¹ BGHSt 49, 72 (78 f.).

ist und es sich bei der Auslegung der gegenwärtigen Rechtsprechung um eine Rechtsfortbildung *contra legem* handelt.

III. Reform

1. Fragwürdigkeit des historischen Transferverbots

Rechtspolitisch ist angesichts der gegenwärtigen Situation klärungsbedürftig, ob und ggf. in welchem Umfang die Gründe, die den historischen Gesetzgeber zu einem Verbot des Beweistransfers in den Fällen des § 252 StPO veranlasst haben, tragfähig sind. Dass die Rechtsprechung trotz der gegenteiligen gesetzlichen Wertung seit Langem die Ergebnisse einer früheren richterlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung für verwertbar hält, legt es nahe, dass ein solches Verwertungsverbot grundlegenden Einwänden ausgesetzt sein könnte. Tatsächlich sprechen gewichtige Gründe dagegen, die Verwertung früherer Aussagen zu verbieten, wenn von dem Zeugnisverweigerungsrecht erst in der Hauptverhandlung Gebrauch gemacht wird. Die berechtigten Interessen des Zeugen erfordern es nur, dass er informiert über die Wahrnehmung seines Zeugnisverweigerungsrechts entscheiden kann. Dem trägt das Gesetz schon durch die gemäß §§ 161a Abs. 1 Satz 2, 163 Abs. 3 Satz 3 StPO auch bei nichtrichterlichen Vernehmungen geltende Belehrungspflicht des § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO Rechnung. Deren Einhaltung wird durch das allgemein anerkannte Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht²⁵² hinreichend abgesichert.

Ein weitergehender Schutz vor einer übereilten Entscheidung zur Aussage ist demgegenüber besonders rechtfertigungsbedürftig. Ob der Schutz des Angehörigenverhältnisses ein hinreichender Grund dafür ist, dem Zeugen deshalb die Möglichkeit einzuräumen, eine im Allgemeininteresse liegende Verurteilung zu verhindern, obwohl er in Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechts ausgesagt hat, erscheint zweifelhaft. Eine solche Dispositionsbefugnis wird auch dem Verletzten grundsätzlich nur dann eingeräumt, wenn es sich bei der entsprechenden Straftat um ein Antragsdelikt handelt. Dies spricht grundsätzlich zunächst dafür, dem Zeugen nicht die Möglichkeit einzuräumen, seine einmal getroffene Entscheidung zu revidieren.

Dies gilt erst recht, wenn es nicht um das Zeugnisverweigerungsrecht eines Angehörigen, sondern um die Zeugnisverweigerungsrechte von Berufsgeheimnistägern (§§ 53, 53a StPO) oder von An-

²⁵² BGHSt 14, 159 (160); BGHSt 23, 221 (223); Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 52 Rn. 32; MüKoStPO/Percic, 2016, § 52 Rn. 49.

gehörigen des öffentlichen Dienstes aufgrund ihrer Verschwiegenheitspflicht (§ 55 StPO) geht. In diesen Fällen sieht das Gesetz noch nicht einmal eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht vor; die Kenntnis dieses Rechts wird aufgrund der beruflichen Stellung dieses Personenkreises vorausgesetzt.²⁵³ Demzufolge erscheint es in der Sache auch fernliegend, diesen Personenkreis vor einer vorzeitigen Nichtausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes zu schützen. Schon aus diesem Grund sollte die in ihrem Wortlaut derzeit weitergehende Regelung des § 252 StPO auf das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen nach § 52 StPO beschränkt bleiben (These 27).²⁵⁴

Soweit ein Verbot des Beweistransfers bei Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung auch dazu dienen kann, dass „persönliche Aussöhnungen“ nicht durch Strafverfolgung verhindert werden,²⁵⁵ mag dies im Einzelfall wünschenswert sein. Insoweit ist jedenfalls rechtspolitisch aber schon deshalb kein umfassendes Verwertungsverbot veranlasst, weil sich dadurch nicht generell sicherstellen lässt, dass der Angehörige nicht aufgrund anderer Beweise verurteilt wird. Diesem Anliegen ließe sich allenfalls dadurch Rechnung tragen, dass man einem Angehörigen, soweit er selbst Verletzter der Straftat ist, das Recht zubilligt, der Strafverfolgung zu widersprechen.²⁵⁶

2. Erweiterte Belehrungspflicht

Erwägenswert ist aber, den Zeugen dadurch vor einer übereilten Entscheidung zu bewahren, dass man ihn künftig nicht nur über sein Zeugnisverweigerungsrecht, sondern auch darüber belehrt, dass seine Aussage in einer späteren Hauptverhandlung verwertet werden kann. In diesem Sinne wollte der 2. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs die nach der Rechtsprechung zulässige Vernehmung des Richters von einer entsprechend erweiterten („qualifizierten“) Belehrung abhängig machen.²⁵⁷ Ungeachtet der gegenteiligen Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen*²⁵⁸ scheint diese Voraussetzung auf den ersten Blick nicht nur eine folgerichtige Korrektur der über das Gesetz hinausgehenden Rechtsfortbildung der Praxis, sondern auch

²⁵³ SK-StPO/Rogall, 5. Aufl. 2018, § 53 Rn. 31.

²⁵⁴ → C 95; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung, der Vorschlag in § 252 Abs. 1 Satz 1 StPO-AE, siehe *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (55 ff.).

²⁵⁵ Vgl. *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (56).

²⁵⁶ Entsprechende Vorschläge gab es etwa im Rahmen der Reformdiskussion zu § 177 StGB mit Blick auf eine Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung bei bestehender Ehe; siehe dazu LK/Hörmle, 12. Aufl. 2010, § 177 Entstehungsgeschichte m. w. N.

²⁵⁷ BGH NStZ 2015, 710.

²⁵⁸ BGHSt 61, 221 (229 f.).

geeignet, sicherzustellen, dass sich der Zeuge der Tragweite seiner Entscheidung bewusst ist und deshalb an ihr festgehalten werden kann. Im Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme ist deshalb vorgesehen, § 52 StPO insofern zu ergänzen, als „der Zeuge auch darüber zu belehren [ist], dass seine Aussage bei späterer Zeugnisverweigerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf“ (§ 52 Abs. 4 StPO-AE); zugleich soll die Verwertbarkeit der Aussage in einem entsprechend neu zu fassenden § 252 StPO von der Beobachtung dieser Belehrungspflicht abhängig gemacht werden.²⁵⁹

Diese Korrektur wäre rechtspolitisch allerdings nur dann geboten, wenn sie tatsächlich geeignet ist, den Zeugen vor einer übereilten Aussage zu bewahren. Das setzt voraus, dass in nennenswertem Umfang zu besorgen ist, dass der Zeuge sich bei seiner Vernehmung in dem Glauben wähnt, seine Angaben dürften im Fall der späteren Wahrnehmung des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung nicht verwertet werden. Das erscheint eher fernliegend. In der Regel dürfte ein Zeuge, der in Kenntnis seines Zeugnisverweigerungsrechtes Angaben macht, als selbstverständlich voraussetzen, dass seine Aussage auch vor Gericht verwertbar ist – und zwar richtigerweise unabhängig davon, ob er von einem Polizeibeamten, einem Staatsanwalt oder einem Richter vernommen wird.²⁶⁰ Die Gefahr einer aus Sicht des Zeugen voreiligen Aussage besteht bei realistischer Betrachtung nicht deshalb, weil er glaubt, die Aussage habe keine Folgen, sondern weil er möglicherweise seine eigenen Interessen in der Situation der Vernehmung falsch einschätzt. Solange der Zeuge über seine Rechte informiert ist, ist es aber nicht notwendig, ihm wegen eines späteren Sinneswandels die Verwertung der Aussage zu ersparen. Insoweit kann für die Angaben, die der Zeuge im Rahmen einer Vernehmung macht, nichts anderes gelten, als wenn er sich voreilig einer Privatperson offenbart; stellt diese sich später als Zeuge zur Verfügung, ändert der voreilige Entschluss auch nichts daran, dass die Angaben für Zwecke der Strafverfolgung genutzt werden dürfen. Zwar wird das Risiko der Verwertung in diesem Fall deutlich geringer sein, dafür dürfte dem Zeugnisverweigerungsberechtigten die Gefahr der Strafverfolgung in

²⁵⁹ Siehe dazu § 52 Abs. 4 StPO-AE und § 252 Abs. 2 StPO-AE: *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (26 ff., 56 f.).

²⁶⁰ Soweit in der Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* eine erweiterte Belehrungspflicht jedenfalls für die Situation der richterlichen Vernehmung auch deshalb verneint wird, weil dem Zeugen „deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung vor Augen steht, dass er [...], falls er aussagt, diese Angaben vor einem Richter nicht ohne Weiteres wieder beseitigen kann“ (BGHSt 61, 221 [244/245]), wird nicht recht deutlich, worin der diese Annahme begründende Unterschied zur polizeilichen Vernehmung liegen soll.

der Regel nicht in gleichem Maße bewusst sein wie bei einer Vernehmung.

3. Beschränkung des Beweistransfers auf richterliche Vernehmung

Ist das von § 252 StPO angeordnete Transferverbot deshalb schon im Grundsätzlichen gewichtigen Einwänden ausgesetzt, stellt sich rechtspolitisch die Frage, ob es überhaupt sachgerecht ist, an der gegenwärtig praktizierten Differenzierung zwischen nichtrichterlichen Vernehmungen einerseits und richterlichen andererseits festzuhalten. Der Schutz des Zeugnisverweigerungsberechtigten gebietet diese Differenzierung nicht.²⁶¹ Das gilt selbst dann, wenn man den Zeugen vor einer voreiligen Aussage bewahren will. Es ist grundsätzlich auch nicht die Aufgabe des Richters, die Interessen des Zeugen wahrzunehmen und ihm die möglicherweise gravierenden (familiären) Konsequenzen einer Aussage zu verdeutlichen. Diesem Interesse lässt sich durch das Erfordernis einer richterlichen Vernehmung deshalb nicht hinreichend Rechnung tragen. Für die Beweissicherung stellt das Erfordernis einer richterlichen Vernehmung dagegen zunächst einmal eine zusätzliche Hürde dar.

Trotzdem ist es gerade unter dem Gesichtspunkt der Beweissicherung rechtlich geboten, die Möglichkeit des Beweistransfers auch künftig auf die Ergebnisse einer richterlichen Vernehmung zu beschränken. Dabei ist nicht entscheidend, dass richterlichen Vernehmungsergebnissen ein höherer Beweiswert zukommen soll.²⁶² Die Vernehmung durch einen Richter ist aber deshalb notwendig, weil sich nur durch sie die möglichst umfassende Wahrung des Konfrontationsrechtes sicherstellen lässt. Zwar kann dem Angeklagten und seinem Verteidiger – entsprechend dem allerdings auf „geeignete Fälle“ beschränkten Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme²⁶³ – auch bei einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung die Anwesenheit und Mitwirkung gestattet werden. Im Konfliktfall bestehen jedoch unüberwindbare praktische Hindernisse für eine wirksame Gewährung der Konfrontationsmöglichkeit. Ob bestimmte Fragen zurückgewiesen werden müssen, weil sie ungeeignet sind oder nicht zur Sache gehören (vgl. § 168c Abs. 2 Satz 2 StPO), kann weder ein Polizeibeamter noch ein Staatsanwalt ent-

²⁶¹ Vgl. SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 251 Rn. 4.

²⁶² Kritisch zu diesem Argument auch *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 420; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 1288a.

²⁶³ § 163a Abs. 1a StPO-AE, siehe *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (34ff.).

scheiden.²⁶⁴ Die Beurteilung dieser Frage muss einem Richter vorbehalten bleiben, der kraft seiner neutralen und unabhängigen Stellung die Gewähr dafür bietet, dass auch die Verteidigungsinteressen berücksichtigt werden. Im Ergebnis ist deshalb zu empfehlen, einen möglichen Transfer der Ermittlungsergebnisse entsprechend der gegenwärtigen Rechtspraxis auch in Zukunft auf eine frühere richterliche Vernehmung zu beschränken (These 21).²⁶⁵ Zugleich sollte die dieser Rechtspraxis an sich entgegenstehende gesetzliche Regelung in der Formulierung angepasst werden (These 22).²⁶⁶

4. Zwingende Ermöglichung der Konfrontation

In den von § 252 StPO erfassten Fallgestaltungen ist es im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK bei näherer Betrachtung in besonderem Maße geboten, die Befragung durch den Angeklagten und den Verteidiger bereits bei der beweissichernden Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu ermöglichen. Macht der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch, besteht grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, das Konfrontationsrecht auszuüben. Da der Eintritt dieses Falles im Hinblick auf die „wechselhaften persönlichen Beziehungen“²⁶⁷ voraussehbar ist und es in der Regel auch maßgeblich auf die Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten ankommt, hängt zumindest der Beweiswert der früheren Aussage auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁶⁸ davon ab, ob schon bei der früheren Vernehmung die Möglichkeit der Befragung bestand.²⁶⁹ Eine Verurteilung darf auf die nicht konfrontierte Vernehmung nicht maßgeblich gestützt werden,²⁷⁰ sodass der Zweck der Beweissicherung nur dann vollständig verwirklicht wird, wenn bei der richterlichen Vernehmung der Angeklagte und der Verteidiger auch tatsächlich Gelegenheit zur Mitwirkung hatten.

Da die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren gerade wegen der Gefahr durchgeführt wird, dass sich der Zeuge in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, ist es deshalb notwendig, bereits bei der beweissichernden Vernehmung

²⁶⁴ Vgl. dazu *Jahn* ZStW 115 (2003), 815 (832), der gleichwohl für die Etablierung eines Fragerechts auch bei polizeilichen Vernehmungen plädiert.

²⁶⁵ → C 94.

²⁶⁶ → C 95.

²⁶⁷ Vgl. *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (56).

²⁶⁸ → C 20 f.

²⁶⁹ Vgl. BGHSt 55, 70 (75); BGH NStZ 2018, 51 (54).

²⁷⁰ EGMR StV 1991, 193 (194); EGMR MDR 1991, 406 (407); EGMR NJW 2003, 2297; BGHSt 46, 93 (106); BGHSt 51, 150 (155 f.); BGHSt 55, 70 (75); BGH NStZ-RR 2005, 321.

die Konfrontationsmöglichkeit zu gewähren. Es ist zu empfehlen, die Verwertbarkeit der Aussage davon abhängig zu machen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken (These 26).²⁷¹ Für Vernehmungen, deren Ergebnisse zur Vermeidung einer erneuten Befragung in der Hauptverhandlung nach § 255a Abs. 2 StPO in diese transferiert werden können, entspricht das bereits dem geltenden Recht. Die Interessenlage ist insoweit aber vergleichbar, weil auch im Fall des zur Zeugnisverweigerung Berechtigten die richterliche Vernehmung mit dem Ziel des Beweistransfers erfolgt. Dass in den Fällen des § 255a Abs. 2 StPO der Beweistransfer die Vernehmung in der Hauptverhandlung nach dem Willen des Gesetzgebers ersetzen *soll*, während sie im Rahmen des § 252 StPO für den gerade nicht gewünschten Fall der Unmöglichkeit der erneuten Vernehmung vorsorgt, ist kein tragfähiges Differenzierungskriterium.

Das bedeutet allerdings zugleich, dass der Gefahr einer Beeinflussung des Zeugen durch das familiäre oder soziale Umfeld nicht durch eine sofortige richterliche Vernehmung begegnet werden kann. Das gilt auch dann, wenn zu besorgen ist, dass der Beschuldigte selbst Druck ausübt, um den Zeugen davon abzubringen, im Rahmen der richterlichen Vernehmung auszusagen. Trotz vergleichbarer Problematik hat sich der Gesetzgeber aber zu Recht auch im Rahmen des § 255a Abs. 2 StPO dafür entschieden, die Möglichkeit des Beweistransfers davon abhängig zu machen, dass dem Angeklagten und dem Verteidiger Gelegenheit zur Mitwirkung gewährt worden war. Darüber hinaus erscheint es angesichts der Bedeutung des Konfrontationsrechts nicht möglich, dem Zeugen jede Konfrontation mit dem Angeklagten zu ersparen. Soweit eine dringende Gefahr für das Wohl des Zeugen besteht, kann die Vernehmung nach § 168e StPO mittels audiovisueller Übertragung getrennt von den Anwesenheitsberechtigten durchgeführt werden. Im Übrigen lässt sich der Gefahr einer Beeinflussung des Zeugen durch die Beiordnung eines Zeugenbeistandes nach § 68b Abs. 2 StPO und in besonders gelagerten Fällen auch durch die Anordnung von Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr begegnen. Ein Ausschluss der Konfrontationsmöglichkeit ist dagegen normativ nicht zu rechtfertigen. Wegen der Verzichtbarkeit des Konfrontationsrechts kann die frühere Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten aber mit Zustimmung des Angeklagten auch dann eingeführt werden, wenn bei der früheren Vernehmung keine Gelegenheit zur Mitwirkung bestand. Da die Beschränkung des Beweistransfers auf richterliche Vernehmungen damit nach der hiesigen Konzeption im Ergebnis dem Schutz des Angeklagten und nicht des Zeugen dient, sollte es – entgegen der gegenwärtigen Rechtspraxis²⁷² – aber ausgeschlossen werden, dem Zeugen selbst das Recht einzuräumen, über die Verwertung seiner früheren Aussagen zu disponieren.

Rechtfertigt man die Beschränkung eines möglichen Beweistransfers auf die Ergebnisse richterlicher Vernehmungen damit, dass im Fall der Beweissicherung die Möglichkeit der konfrontativen Befragung vor der Hauptverhandlung ermöglicht werden muss, zwingt das nicht dazu, die Regelung des § 252 StPO – entgegen den bisher-

²⁷¹ → C 95.

²⁷² BGHSt 45, 203 (206 ff.); BGHSt 57, 254 (256).

gen Überlegungen – auch auf das Zeugnisverweigerungsrecht von Berufsheimnisträgern (§§ 53, 53a StPO) und Angehörigen des öffentlichen Dienstes (§ 54 StPO) zu erstrecken. Anders als bei Angehörigen ist die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes erst in der Hauptverhandlung in diesen Fällen nicht mit gleicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, sodass schon aus diesem Grund im Regelfall kein Anlass für eine Beweissicherung im Ermittlungsverfahren besteht und die Verwertung einer nicht konfrontierten Aussage auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁷³ sachlich gerechtfertigt ist, wenn die Vernehmung in der Hauptverhandlung wider Erwarten doch nicht möglich ist.

5. Form des Beweistransfers

Eine vom geltenden Recht abweichende Regelung empfiehlt sich auch für die Form des möglichen Beweistransfers. Die gegenwärtige Rechtspraxis kann, wie dargelegt, vor allem auch deshalb nicht überzeugen, weil nach ihr die Aussage des Zeugen nur durch Vernehmung des Richters in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf, ein Rückgriff auf die Bild-Ton-Aufzeichnung oder das Protokoll der früheren Vernehmung nach der eindeutigen Regelung der §§ 252, 255a Abs. 1 StPO aber ausgeschlossen ist. Das ist unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung sachwidrig und zum Schutz des Zeugnisverweigerungsberechtigten nicht veranlasst.

Zur Optimierung der strafprozessualen Sachverhaltserforschung ist es auch hier grundsätzlich geboten, einen Beweistransfer künftig grundsätzlich nur durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung zuzulassen (These 23).²⁷⁴ Die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren kommt praktisch nur dann in Betracht, wenn es sich um einen zentralen Zeugen handelt. Unabhängig davon sollte das Gericht den vernehmenden Richter *ergänzend* befragen können, wenn dies zur Wahrheitserforschung erforderlich ist. Auch hier sollte aus den oben bereits erläuterten Gründen²⁷⁵ in Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist (These 24),²⁷⁶ und im allseitigen Einverständnis die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung zugelassen werden (These 25).²⁷⁷

²⁷³ → C 20 f.

²⁷⁴ → C 95.

²⁷⁵ → C 63.

²⁷⁶ → C 95.

²⁷⁷ → C 95.

6. Vorhalt

Dient die Beschränkung eines möglichen Transfers auf die Ergebnisse richterlicher Vernehmungen damit im Ergebnis nach hiesiger Einschätzung nicht den Interessen des Zeugen, sondern dem Konfrontationsrecht des Angeklagten, hat dies notwendig Auswirkungen auf die Möglichkeit, die vom Zeugnisverweigerungsberechtigten im Rahmen einer – zu Beweis Zwecken nicht verwertbaren – Aussage vor der Polizei oder der Staatsanwaltschaft gemachten Angaben, anderen Personen in der Hauptverhandlung vorzuhalten.

Der Vorhalt gilt bei der Vernehmung von Zeugen als geeigneter Behelf,²⁷⁸ die Erinnerung an die Wahrnehmungen zu reaktivieren²⁷⁹ und (dadurch) die „Richtigkeit und Vollständigkeit der als Beweisgrundlage in Betracht kommenden Sachverhaltsschilderung des Zeugen in der Hauptverhandlung“ zu überprüfen.²⁸⁰ Insoweit ist der Vorhalt, trotz der psychologischen Gefahr, dass die Erinnerung an das Vorgehaltene auch vom Gericht bei der Beweiswürdigung nicht ausgeblendet werden kann, praktisch unverzichtbar.²⁸¹ Soweit eine Reproduktion der früheren Aussage wegen der Wahrnehmung des Zeugnisverweigerungsrechts in der Hauptverhandlung unzulässig ist, kann dessen frühere, zu Beweis Zwecken nicht verwertbare Aussage allenfalls anderen Zeugen oder dem Angeklagten vorgehalten werden. Zur Unterstützung der Gedächtnisleistung ist der Vorhalt einer fremden Aussage allerdings schon grundsätzlich nicht geeignet.

Deshalb haben die Autoren des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme zur Vermeidung einer Umgehung des Verwertungsverbots vorgeschlagen, in § 252 StPO ausdrücklich zu regeln, dass die Aussage des Zeugen, soweit sie zu Beweis Zwecken nicht verwertbar ist, „auch anderen Personen nicht vorgehalten werden darf.“²⁸² Nach der hier vertretenen Auffassung gilt Entsprechendes, weil eine faktisch ergänzende Beweiserhebung durch eine nicht konfrontierte Aussage²⁸³ zu befürchten ist. Trotzdem wird davon abgesehen, eine

²⁷⁸ Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 249 Rn. 28: „kein Urkundenbeweis, sondern Vernehmungsbehelf“.

²⁷⁹ BGHSt 14, 310 (312).

²⁸⁰ BGHSt 34, 231 (235).

²⁸¹ Dazu → C 49f.

²⁸² § 252 Abs. 1 Satz 3 StPO-AE, siehe *Eser/Frister* u.a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (55, 58).

²⁸³ Zur grundsätzlichen Notwendigkeit der Wahrung des Konfrontationsrechtes auch bei ergänzender Beweiserhebung siehe → C 39. Beim Vorhalt handelt es sich zwar grundsätzlich nicht um eine ergänzende Beweiserhebung; soweit eine unverwertbare Aussage anderen Personen vorgehalten wird, besteht aber die Gefahr, dass die mögliche Suggestivwirkung eines Vorhalts zu diesem Zweck gebraucht werden soll.

entsprechende gesetzliche Regelung zu empfehlen. Bei dem in der Sache gebotenen Verbot des Vorhalts handelt es sich um die notwendige Konsequenz eines im Grundsatz anerkannten Beweisverwertungsverbots, das seinerseits bislang nicht im Gesetz geregelt ist. Diese Systematik sollte zur Vermeidung einer widersprüchlichen Kodifikation beibehalten werden.²⁸⁴

²⁸⁴ Demgegenüber hat der Arbeitskreis Alternativ-Entwurf dazu geraten, mit Blick auf die gegenwärtige Auslegung der Rechtsprechung zur Reichweite des aus § 252 StPO folgenden Verwertungsverbotest klarzustellen, dass die Wahrnehmung des Zeugnisverweigerungsrechtes in der Hauptverhandlung nicht nur ein Verlesungsverbot zur Folge hat (*Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 [57]). Diesem Anliegen wird in der hier vorgeschlagenen Neufassung des § 252 StPO (→ C 101 f.) auf anderem Weg Rechnung getragen.

D. Verbot des Beweistransfers für Erklärungen des Angeklagten

I. Regelungsgehalt des § 254 StPO

Macht der Angeklagte in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch, obwohl er sich zuvor im Ermittlungsverfahren eingelassen hat, stellt sich – wie beim Zeugnisverweigerungsberechtigten – die Frage, ob und ggf. wie die Erkenntnisse einer etwaigen früheren Vernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. § 254 StPO gestattet derzeit, anders als § 252 StPO, ausdrücklich die Verlesung des Protokolls einer richterlichen Vernehmung und seit dem am 24.8.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017²⁸⁵ auch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer richterlichen *und* nichtrichterlichen Vernehmung.²⁸⁶ Ob und unter welchen Voraussetzungen aus der Vorschrift ein Verbot des Transfers für Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren folgt, ist auf der Grundlage des geltenden Rechts umstritten.

II. Eingeschränktes Verwertungsverbot

Zum Teil wird angenommen, § 254 StPO ordne – wie die Regelung des § 252 StPO – grundsätzlich ein auf die Aussagen vor der Polizei und der Staatsanwaltschaft beschränktes Verwertungsverbot an. In der Hauptverhandlung dürften deshalb weder die Protokolle früherer nichtrichterlicher Vernehmungen verlesen noch die jeweils vernehmende Person als Zeuge gehört werden. Hat eine richterliche Vernehmung nicht stattgefunden, führte § 254 StPO in seiner ursprünglichen Fassung bei dieser Deutung deshalb insgesamt zu einer Unverwertbarkeit der im Ermittlungsverfahren gewonnenen Angaben.²⁸⁷ Seit der Neuregelung durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens gilt das freilich nicht mehr, soweit eine nichtrichterliche Vernehmung des Beschuldigten nach § 136 Abs. 4 i. V. m. § 163a Abs. 4 StPO in Bild und Ton

²⁸⁵ BGBl. 2017 I 3202 (3210).

²⁸⁶ Meyer-Göfner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, StPO § 254 Rn. 1a unter Verweis auf BT-Drs. 18/11277, 35f.

²⁸⁷ Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 133; SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 254 Rn. 3, 12.

aufgezeichnet wurde. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung wird vom Gesetz heute auch dann gestattet, wenn sie das Ergebnis einer Aussage vor einem Polizeibeamten oder dem Staatsanwalt dokumentiert.

Während die Interpretation des § 254 StPO als eingeschränktes Verwertungsverbot früher allein mit dem Misstrauen in nichtrichterliche Vernehmungen begründet wurde,²⁸⁸ kann diese Sichtweise heute angesichts der umfassenden Verwertung von Erkenntnissen auch aus polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen im Fall der Existenz einer Bild-Ton-Aufzeichnung nicht mehr ohne Weiteres aufrechterhalten werden. Schlüssig lässt sich die Annahme eines eingeschränkten Verwertungsverbotes auf dem Boden des geltenden Rechts nur begründen, wenn man den Sinn der Vorschrift darin erblickt, die Erkenntnisse nichtrichterlicher Vernehmungen in der Hauptverhandlung außer Betracht zu lassen, sofern sich das Gericht kein eigenes Bild vom Gang dieser Befragung machen kann.

III. Eingeschränkte Zulassung des Urkundenbeweises

Die Rechtsprechung²⁸⁹ hat der Vorschrift, unabhängig von der 2017 durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in Kraft getretenen Ergänzung, eine ganz andere Deutung gegeben. Die Vorschrift beruhe, wie § 250 StPO, auf dem Verbot, den Personalbeweis durch den Urkundenbeweis zu ersetzen. Von diesem Grundsatz mache § 254 StPO in seiner ursprünglichen, schon in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 enthaltenen Fassung für Erklärungen des Angeklagten eine Ausnahme, wenn diese in einem richterlichen Protokoll enthalten sind.²⁹⁰

Die heute geltende Fassung erklärt sich dann folgerichtig aus der Erwägung, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung einen vergleichbaren Beweiswert wie ein richterliches Protokoll hat und deshalb ebenfalls als Surrogat der persönlichen Vernehmung in Betracht kommt, wenn der Angeklagte im Ermittlungsverfahren ein Geständnis abgelegt hat und in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch macht (§ 254 Abs. 1 StPO) oder seine Aussage in der Hauptverhandlung zumindest teil-

²⁸⁸ Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 133.

²⁸⁹ BGHSt 1, 337 (339); BGHSt 3, 149 (150); BGHSt 14, 310 (311 f.); BGHSt 22, 170 (171).

²⁹⁰ Deutlich BGHSt 14, 310 (311 f.).

weise in Widerspruch zu seinen früheren Angaben steht (§ 254 Abs. 2 StPO).²⁹¹

Diese Deutung sieht sich zumindest rechtspolitisch gewichtigen Einwänden ausgesetzt, die damit zusammenhängen, dass der von der herrschenden Meinung als Folge des Unmittelbarkeitsgrundsatzes behauptete generelle Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis sachwidrig ist.²⁹² Sie führt deshalb im Ergebnis dazu, dass die Verhörsperson auch bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen stets als Zeuge in der Hauptverhandlung zum Inhalt der früheren Angaben des Beschuldigten vernommen werden kann, die Verlesung des Protokolls aber nur zulässig ist, wenn die Vernehmung durch einen Richter erfolgt ist. Da das Protokoll der früheren Vernehmungen aufgrund des begrenzten Erinnerungsvermögens des Vernehmungsbeamten in der Regel das verlässlichere Beweismittel sein wird, soweit der Inhalt der Vernehmung und nicht deren Begleitumstände bewiesen werden sollen,²⁹³ verhindert das Gesetz auf der Grundlage der Auffassung der Rechtsprechung, dass das Gericht seine Beweiswürdigung auf die im Einzelfall bestmögliche Erkenntnisgrundlage stützt. Berechtigte Interessen des Angeklagten können dies nicht rechtfertigen. Die sich aus seiner früheren Vernehmung ergebenden belastenden Umstände können gleichwohl durch die Vernehmung der Verhörsperson bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Im Ergebnis bietet deshalb auch die vorherrschende Interpretation des § 254 StPO keine brauchbare Grundlage für eine künftige gesetzliche Regelung.

IV. Reform

1. Sachentsprechende Geltung der Grundsätze des Zeugenbeweises

Auf der Grundlage der herrschenden Meinung ist zweifelhaft, ob es künftig der eigenständigen Regelung eines Transferverbots für die vom Angeklagten im Ermittlungsverfahren gemachten Erklärungen überhaupt bedarf. Beschränkt sich der Zweck des § 254 StPO darauf, den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis einzuschränken, indem ausnahmsweise die Verlesung des Protokolls einer früheren richterlichen Vernehmung gestattet wird, ist eine solche Regelung nicht mehr veranlasst, wenn das Unmittelbarkeitsprinzip konsequent an dem Gedanken ausgerichtet wird, dass das Gericht verpflichtet ist, die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung (mindestens) auf das in der Regel zuverlässigste Beweismittel zu erstrecken. Ergibt sich in der Hauptverhandlung zur Erforschung der Wahrheit die Notwendigkeit, auf eine vom Angeklagten im Ermittlungsverfahren gemachte Aussage zurückzugreifen, wäre selbstverständlich auch insoweit die Bild-Ton-Aufzeichnung vorrangig vor

²⁹¹ Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. 2019, StPO § 254 Rn. 1a; KK-StPO/*Diemer*, 8. Aufl. 2019, § 254 Rn. 7a.

²⁹² Siehe dazu die entsprechend geltenden Überlegungen zum Zeugen- und Sachverständigenbeweis → C 30.

²⁹³ → C 30f.

dem Protokoll dieser Vernehmung zu berücksichtigen. Die Vernehmung der Verhörsperson käme darüber hinaus immer dann in Betracht, wenn dies zur Wahrheitserforschung geboten ist. § 254 StPO würde im Ergebnis zum Zweck der Beweiserhebung über ein Gesändnis umfassend die Verwertung früherer Aussagen oder Erklärungen des Angeklagten zulassen und hinsichtlich der Rangfolge der in Betracht kommenden Beweismittel auf die beim Zeugenbeweis geltenden Grundsätze verweisen.

2. Einschränkung des Beweistransfers

Unberücksichtigt bliebe bei einer solchen Konzeption, dass der Angeklagte durch Ausübung seines Schweigerechts berechtigt ist, dem Gericht den Zugriff auf sein Wissen zu versagen und er als Prozesssubjekt in der Lage sein muss, über die Ausübung dieses zentralen Rechts frei entscheiden zu können.²⁹⁴ Insoweit besteht bei ihm eine vergleichbare Interessenlage wie bei dem aufgrund seiner persönlichen Nähe zum Angeklagten zur Verweigerung der Aussage befugten Zeugen. Der ursprünglichen gesetzlichen Regelung des § 254 StPO konnte somit – entgegen ihrer Deutung durch die Rechtsprechung – richtigerweise die Wertung entnommen werden, dass die Ergebnisse früherer nichtrichterlicher Vernehmungen des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht verwertet werden dürfen.²⁹⁵ Dem lag die Erwägung zugrunde, dass dem Beschuldigten entweder bis zu seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung oder bis zu einer richterlichen Befragung im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit gegeben werden sollte, wirksam (d.h. ohne Möglichkeit des Beweistransfers) über die Ausübung seines Schweigerechts entscheiden zu können. Bei einer solchen Deutung geht es entsprechend dem ursprünglich für den Grundsatz der Unmittelbarkeit insgesamt wirkungsmächtigen Leitgedanken²⁹⁶ darum, zu vermeiden, dass potenzielle Fehlerquellen des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung fortwirken.

Dass im Fall der Unmöglichkeit der persönlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ein institutionelles Misstrauen in nichtrichterliche Vernehmungen nicht veranlasst ist und deshalb ein Verbot des Beweistransfers insoweit nicht gerechtfertigt werden kann, ist oben bereits dargelegt worden.²⁹⁷ Folgerichtig ist der nach § 52 Abs. 1 StPO zur Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen berechnete Zeuge nur insoweit schutzbedürftig, als sichergestellt werden muss, dass er sich im Ermittlungsverfahren in Kenntnis dieses Zeugnisverweigerungsrechts frei zur Aussage

²⁹⁴ LR/Becker, 27. Aufl. 2019, § 243 Rn. 62f.

²⁹⁵ SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, § 254 Rn. 2; Grünwald JZ 1968, 752ff.; ders., Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993, 133.

²⁹⁶ → C 15 ff.

²⁹⁷ → C 37f.

entschlossen hat. Soweit hier gleichwohl ein Verbot des Beweistransfers für die Ergebnisse *nichtrichterlicher* Vernehmungen befürwortet wurde, dient dies ausschließlich der Wahrung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK; ein Schutz des Zeugen vor einer übereilten Aussage rechtfertigt es nach hiesiger Einschätzung hingegen nicht, die Verwertung auf die vor einem Richter gemachte Aussage zu beschränken.

Beim Beschuldigten stellt sich die Sachlage anders dar. Er wird im Rahmen einer nichtrichterlichen Vernehmung von Personen befragt, die angesichts des Ermittlungsergebnisses (vorläufig) davon ausgehen, dass er als Täter einer Straftat in Betracht kommt, und die deshalb ein (verständliches) Interesse daran haben, ihn zu überführen.²⁹⁸ Dass sie – wie sich für die Staatsanwaltschaft aus § 161 Abs. 2 StPO ergibt – zur Objektivität verpflichtet sind, vermag an der verfahrenstypischen Rolle und einer daraus resultierenden Voreingenommenheit nichts zu ändern. Der Beschuldigte, der sich in dieser Vernehmung mit dem Vorwurf eines strafbaren Verhaltens konfrontiert sieht, befindet sich nicht nur in einer psychischen Ausnahmesituation, die eine rationale Entscheidung darüber, ob er Angaben zur Sache macht, erheblich erschwert. Er wird darüber hinaus von Personen befragt, die aufgrund ihrer professionellen Erfahrungen in der Lage sind, diese besondere Situation im Einzelfall durch die Art und Weise der Vernehmung – bewusst oder unbewusst – dazu zu nutzen, ein ihre Ermittlungshypothese bestätigendes Geständnis zu erlangen.²⁹⁹

Dies kann durch die Art und Weise der Belehrung über das Schweigerecht oder das Recht auf Verteidigerkonsultation, durch Suggestivfragen, durch vermeintlich gute Ratschläge, aber auch durch rechtswidrige Vernehmungsmethoden geschehen.³⁰⁰ Bei der Reproduktion der Vernehmungsergebnisse besteht für das Gericht die Problematik, dass im Fall der Protokollverlesung und der Vernehmung der Verhörsperson entsprechende Fehlerquellen in der Regel nicht erkennbar sind und bei der Beweiswürdigung deshalb nicht berücksichtigt werden können. Auch im Hinblick auf die dadurch nachweislich im Einzelfall gegebene Gefahr von Fehlurteilen,³⁰¹ besteht deshalb die Notwendigkeit, einen Beweistransfer bei früheren Aussagen des Angeklagten nur unter Bedingungen zu erlauben, die eine größtmögliche Gewähr dafür bieten, dass entsprechende Fehler das Ergebnis der Vernehmung nicht beeinträchtigt haben, oder das erkennende Gericht in der Lage ist, den Wert der Aussage in Kennt-

²⁹⁸ Weigend, FS Eisenberg, 2009, 657 (663).

²⁹⁹ Zu möglichen Vorgehensweisen der Ermittler SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 22.

³⁰⁰ Vgl. dazu SK-StPO/Velten, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250ff. Rn. 22.

³⁰¹ Verschiedene Fälle eindrücklich dargestellt von Velten GA 2015, 387ff.

nis einer möglicherweise problematischen Befragungstechnik realistisch einzuschätzen und dies im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu berücksichtigen (These 28).³⁰²

3. Ausgestaltung des Transferverbots

a) Vorschlag des AE Beweisaufnahme

Die Autoren des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme haben vor diesem Hintergrund eine grundlegende Reform des § 254 StPO vorgeschlagen. Danach soll die Möglichkeit, Aussagen des Angeklagten aus dem Ermittlungsverfahren gegen seinen Willen in die Hauptverhandlung einzuführen, auf drei Fallgruppen beschränkt werden. Ein Beweistransfer soll nur noch möglich sein, wenn die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde (§ 254 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StPO-AE), bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war (§ 254 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO-AE) oder der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und zugleich von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde (§ 254 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StPO-AE). Zusätzlich soll der Beschuldigte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt werden.³⁰³

Mit der zuletzt genannten Voraussetzung knüpft der Alternativ-Entwurf an die Vorschläge zur qualifizierten Belehrung des zur Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen berechtigten Zeugen an. Eine Übernahme dieses Vorschlags erscheint aus den oben bereits erläuterten Gründen auch hier nicht angezeigt. Im Übrigen beruhen die Vorschläge zur Limitierung des möglichen Beweistransfers auf der Erwägung, dass in den genannten Konstellationen „der Inhalt der früheren, unter freiheitssichernden Kautelen erfolgten Aussage so verlässlich dokumentiert ist, dass ohne rechtsstaatliche Bedenken auf sie zurückgegriffen werden kann.“³⁰⁴

³⁰² → C 95 f.

³⁰³ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (65).

³⁰⁴ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (67). Soweit in der Entwurfsbegründung darüber hinaus auf das Anwesenheitsrecht des Verteidigers nach § 168c Abs. 1 StPO hingewiesen wird, ist dieser Umstand, wie der Arbeitskreis selbst sieht (vgl. a. a. O. Fußnote 146), auf der Grundlage des geltenden Rechts nur in den Fällen der notwendigen Verteidigung ein berücksichtigungsfähiger Umstand. Daran hat sich durch das am 13.12.2019 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019 (BGBl. 2019 I 2128) nur insoweit etwas geändert, als nunmehr nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO bei einer richterlichen Vernehmung die Mitwirkung eines Verteidigers immerhin dann stets notwendig ist, wenn diese „auf Grund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“.

Soweit die Vernehmung richterlich erfolgt sei, stellten schon „Sachkunde, Neutralität und Objektivität“ der Vernehmungsperson und darüber hinaus die Protokollierungspflicht nach § 168 StPO sicher, dass die „festgehaltenen Aussagen des Angeklagten auf seinem freien Willen beruhen und zutreffend wiedergegeben sind.“³⁰⁵ Bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen könne es hingegen sein, „dass diese günstigen Bedingungen nicht oder nicht vollständig erfüllt sind“, weshalb die Verwertung der Aussage in der Hauptverhandlung von der Anwesenheit eines Verteidigers abhängig gemacht wird, der nach Einschätzung des Arbeitskreises auch aus der Perspektive des Angeklagten sicherstelle, dass die Aussage auf seinem freien Willen beruht und im Protokoll sachgerecht wiedergegeben wird.³⁰⁶ Entsprechendes gelte, wenn der Beschuldigte bei seiner Vernehmung nach Belehrung auf einen Verteidiger verzichte, die Vernehmung aber auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werde, weil das Gericht und die Verfahrensbeteiligten sich dann „in der Hauptverhandlung selbst ein Bild davon machen können, wie die Vernehmung abgelaufen ist.“³⁰⁷

b) Kritik und eigener Vorschlag

Aus der Perspektive der Ermittlungspraxis mögen die Vorschläge auf den ersten Blick unnötig komplex wirken und eine klare Leitlinie vermissen lassen, wie die Vernehmung des Beschuldigten im Einzelfall zu dokumentieren ist, um einen möglichen Beweistransfer in die Hauptverhandlung sicherzustellen. Bei näherer Betrachtung kann dafür allerdings der Sonderfall der richterlichen Vernehmung außer Betracht bleiben. Die erste Vernehmung des Beschuldigten erfolgt in der Regel durch Beamte des Polizeidienstes. Da diese erste Vernehmung wegen des fortbestehenden Schweigerechts aus der Ermittlungsperspektive für die Beweissicherung von zentraler Bedeutung ist, lassen sich die nach der Systematik des Entwurfs maßgeblichen Wertungen in der Praxis einfach handhaben: Soweit der Beschuldigte nach der ohnehin gemäß §§ 163a Abs. 4 Satz 2, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO erforderlichen Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet, ist die Verwertbarkeit der Aussage davon abhängig, dass die Vernehmung auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet wird; entscheidet sich der Beschuldigte hingegen dafür, sich des Beistandes eines Verteidigers zu vergewissern, reicht die Protokollierung aus.

Diese Differenzierung ist in der Wertung allerdings insofern problematisch, als sie die rechtlich gebotene Qualität der erforderlichen Beweissicherung davon abhängig macht, ob bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war. Aus der Perspektive des Gebots möglichst unmittelbarer Beweiserhebung in der Hauptverhandlung, muss es primär darauf ankommen, welche Dokumentation unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung geboten ist. Vor diesem Hintergrund sollten Vernehmungen des Beschuldig-

³⁰⁵ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (67).

³⁰⁶ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (67).

³⁰⁷ Eser/Frister u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (68).

ten wegen ihrer möglicherweise zentralen Bedeutung für die spätere Hauptverhandlung grundsätzlich in bestmöglicher Form dokumentiert werden. Es empfiehlt sich deshalb, auch die Reproduktion von früheren Aussagen des Angeklagten grundsätzlich nur im Wege der Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu gestatten (These 29).³⁰⁸ Nur dadurch wird es dem Gericht ermöglicht, potenzielle Fehler und Missbräuche bei der früheren Vernehmung zur Kenntnis zu nehmen und diese im Rahmen der Beweiswürdigung in Rechnung zu stellen.

Eine abweichende Beurteilung ist – entgegen den Vorschlägen des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme – auch nicht für die im Rahmen einer richterlichen Vernehmung gemachte Aussage sachgerecht. Zwar mag es zutreffen, dass die Bedingungen zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten bei einer Vernehmung durch einen Richter grundsätzlich besser geeignet sind. Missbrauch ist auch insoweit freilich nicht ausgeschlossen. Jedenfalls ist unter dem Gesichtspunkt bestmöglicher Wahrheitserforschung durch das erkennende Gericht kein Grund ersichtlich, auf eine audiovisuelle Dokumentation zu verzichten.

Auch bei den Voraussetzungen eines Transfers früherer Aussagen des Angeklagten sollte aus den oben bereits erläuterten Gründen³⁰⁹ in Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung zugelassen werden (These 31).³¹⁰

c) Ergänzende Beweiserhebung – Vorhalt

Ist die Möglichkeit des Beweistransfers im Rahmen des § 254 StPO grundsätzlich auf die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu beschränken, muss es unzulässig sein, diese Wertung durch die Vernehmung der Verhörsperson zu unterlaufen. Erhebt das Gericht durch Einführung der Videodokumentation Beweis, kann es aber gleichwohl geboten sein, die Verhörsperson ergänzend als Zeuge zu den *Umständen der Vernehmung* zu befragen;³¹¹ eine ergänzende Befragung *zum Inhalt der früheren Aussage* erscheint hingegen nicht sinnvoll (These 30).³¹² Soweit die Videodokumentation unvollständig ist, verbietet sich nach den hier zugrunde gelegten Wertungen eine darauf bezogene ergänzende Vernehmung des Ver-

³⁰⁸ → C 96.

³⁰⁹ → C 63.

³¹⁰ → C 96.

³¹¹ Anders allerdings § 254 Abs. 1 Satz 3, Halbsatz 2 StPO-AE, siehe *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (65).

³¹² → C 96.

nehmungsbeamten, weil dem Gericht dadurch die Möglichkeit genommen wird, die Art und Weise der Vernehmung selbst zu würdigen.

Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn im erstinstanzlichen Zuständigkeitsbereich des Strafrichters auch die Verlesung des Protokolls einer richterlichen und – über die geltende Rechtslage hinaus – auch das Protokoll einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten gestattet wird. Diese Erweiterung beruht auf der Wertung, dass in diesem Bereich nicht notwendig die gleichen prozessualen Sicherungen veranlasst sind wie in den Verfahren, in denen aufgrund der Art und der Schwere des Vorwurfs die Zuständigkeit des Schöffengerichts, des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts begründet ist. Weil das Protokoll im Gegensatz zur Bild-Ton-Aufzeichnung den Inhalt der Aussage aber nicht authentisch wiedergibt, muss hier die Möglichkeit bestehen, ergänzend zur Protokollverlesung auch den Vernehmungsbeamten nicht nur zu den Umständen, sondern auch zum Inhalt der Aussage zu vernehmen (These 33).³¹³

Soweit es nach vorstehenden Grundsätzen sachgerecht erscheint, die Einführung einer früheren Aussage des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten nicht durch die Verlesung des Protokolls zuzulassen, verbietet es sich, diese anderen Personen vorzuhalten. Insoweit gelten die Ausführungen zu § 252 StPO entsprechend.³¹⁴ Hingegen bestehen keine Bedenken, die Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung des Angeklagten im Rahmen ergänzender Beweiserhebung in die Hauptverhandlung einzuführen. Auch hier wird – aus den bereits bei § 252 StPO erläuterten Gründen³¹⁵ – aber davon abgesehen, eine entsprechende gesetzliche Klarstellung zu empfehlen.

4. Konsentierter Beweistransfer

Ist die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung auch in Verfahren vor dem Schöffengericht, Landgericht oder Oberlandesgericht zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich, sollte das Gericht befugt sein, stattdessen das Protokoll der früheren Vernehmung des Zeugen zu verlesen, wenn der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger damit einverstanden sind (These 32).³¹⁶ Dies folgt notwendig aus der Empfehlung, unter diesen Voraussetzungen die mögliche Vernehmung einer Person in der Hauptverhandlung zur Disposition

³¹³ → C 96.

³¹⁴ → C 78 f.

³¹⁵ → C 78 f.

³¹⁶ → C 96.

der Verfahrensbeteiligten zu stellen.³¹⁷ Gibt das Protokoll nach übereinstimmender Überzeugung aller Beteiligten die Aussage in ggf. komprimierter Form sachgerecht wieder, besteht kein Anlass, die Reproduktion der früheren Vernehmung in der Hauptverhandlung nur durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu gestatten.

³¹⁷ → C 43f.

E. Thesen

I. Persönliche und audiovisuelle Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

1. Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, ist es zur bestmöglichen Erforschung der Wahrheit und zur Gewährleistung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK in der Regel geboten, diese in der Hauptverhandlung zu befragen. An dem Grundsatz der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung (§ 250 Satz 1 StPO) sollte deshalb festgehalten werden.
2. Das Verbot, die persönliche Vernehmung durch die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung zu ersetzen (§ 250 Satz 2 StPO), ist in dem Gebot der persönlichen Vernehmung (§ 250 Satz 1 StPO) enthalten und bedarf keiner gesonderten gesetzlichen Regelung. Der aus § 250 Satz 2 StPO abgeleitete Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis führt im geltenden Recht zu einer sachwidrigen Konkretisierung der gerichtlichen Wahrheitserforschungspflicht, soweit danach in Einzelfällen zwar die Verhörsperson über den Inhalt der Aussage in der Hauptverhandlung vernommen werden darf, das Protokoll oder die Bild-Ton-Aufzeichnung dieser früheren Vernehmung aber nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen. Es empfiehlt sich, § 250 Satz 2 StPO zu streichen.
3. Das Gericht sollte die audiovisuelle Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen künftig auch unabhängig vom Einverständnis der Verfahrensbeteiligten in allen Fällen – insbesondere auch in denen des § 255a Abs. 2 StPO – anordnen können, in denen ein Beweistransfer durch Reproduktion früherer Vernehmung in der Hauptverhandlung gesetzlich zugelassen ist, obwohl der Zeuge in absehbarer Zeit vernommen werden kann.
4. Zur Optimierung der gerichtlichen Wahrheitserforschung und zur Stärkung des Konfrontationsrechts ist mittelfristig zu empfehlen, den Grundsatz der persönlichen Vernehmung um ein Gebot der audiovisuellen Vernehmung zu ergänzen, wenn dadurch die Reproduktion früherer Vernehmungen einer Beweisperson in der Hauptverhandlung vermieden werden kann.
5. Die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung sollte auch beim nicht geständigen unverteidigten Angeklagten durch die Vorführung einer Bild-

Ton-Aufzeichnung oder die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung oder durch die Vernehmung der Verhörsperson ersetzt werden können, wenn die mittelbare Beweiserhebung nach Einschätzung des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit ausreichend ist und die Verfahrensbeteiligten mit ihr einverstanden sind.

II. Ersetzung der persönlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

1. Unmöglichkeit der gerichtlichen Vernehmung

6. Kann ein Zeuge oder Sachverständiger in der Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in absehbarer Zeit gerichtlich vernommen werden, empfiehlt es sich, in konsequenter Fortentwicklung des in § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO bereits weitgehend verwirklichten Rechtsgedankens – vorbehaltlich entgegenstehender Verwertungsverbote – einen Transfer der Ergebnisse richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen in die Hauptverhandlung umfassend zuzulassen. Ein gesetzlich institutionalisiertes Misstrauen gegenüber polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen ist in diesem Zusammenhang nicht veranlasst.
7. Dass bei nichtrichterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren nach geltendem Recht keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung gewährt wird, steht einem Beweistransfer nicht grundsätzlich entgegen. Soweit es nicht vorhersehbar war, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann, ist dies ein sachlicher Grund, der die Einführung einer nicht konfrontierten Aussage in die Hauptverhandlung rechtfertigt. Wegen der Bedeutung, die das Konfrontationsrecht auch für die Zuverlässigkeit der Tatsachenfeststellung hat, sind die Gerichte dann aber zu einer besonders vorsichtigen Beweiswürdigung verpflichtet. Eine Verurteilung darf in der Regel nicht allein oder maßgeblich auf das Ergebnis einer nicht konfrontierten Aussage gestützt werden.
8. Ist absehbar, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und hat seine Aussage voraussichtlich maßgebliche Bedeutung für die Entscheidung, ist er im Ermittlungsverfahren richterlich zu vernehmen, wenn dadurch eine konfrontative Befragung des Zeugen außerhalb der Hauptverhandlung ermöglicht werden kann. In Verfahren, in denen im ersten Rechtszug voraussichtlich die Zuständigkeit des Schöffen-

gerichts, des Landgerichts oder des Oberlandesgerichts begründet ist, ist die Vernehmung auf Bild-Ton-Träger aufzuzeichnen, um einen möglichst zuverlässigen Beweistransfer sicherzustellen. Es empfiehlt sich, § 58a StPO entsprechend anzupassen.

9. Stehen für die Reproduktion der Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung mehrere Beweismittel zur Verfügung, sollte der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung stets der Vorrang vor der Verlesung des Protokolls gebühren. Die Vernehmung der Verhörsperson ist ergänzend in Betracht zu ziehen, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit im Einzelfall geboten ist. Wegen ihres zumeist geringeren Beweiswertes im Hinblick auf den Inhalt der Aussage dürfen Bekundungen des Vernehmungsbeamten aber weder die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung noch die Verlesung des Protokolls der Vernehmung ersetzen. Es empfiehlt sich, die Art und Weise des zulässigen Beweistransfers durch eine entsprechende Rangfolge gesetzlich zu konkretisieren.

2. Zeugenschutz

10. § 255a Abs. 2 StPO sollte durch eine Regelung ersetzt werden, die nicht auf bestimmte Verfahren beschränkt ist, dafür aber den maßgeblichen Abwägungsmaßstab zwischen den Interessen des Zeugen und den durch die Ersetzung der persönlichen Vernehmung eingeschränkten Verteidigungsinteressen konturiert. Dadurch kann den Gerichten einerseits die Möglichkeit gegeben werden, berechtigten Interessen besonders belasteter Zeugen auch in atypischen Fällen Rechnung zu tragen. Andererseits ließe sich durch eine solche Regelung das Risiko einer schematischen Entscheidungspraxis vermeiden, die im Einzelfall eine übermäßige Einschränkung der Verteidigungsinteressen bedeuten kann.
11. In Orientierung an der ebenfalls den Zeugenschutz bezweckenden Regelung des § 247a StPO erscheint es sachgerecht, die an sich mögliche persönliche Vernehmung eines besonders belasteten Zeugen durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung zu ersetzen, wenn durch eine (erneute) Vernehmung in der Hauptverhandlung die Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für den Zeugen besteht und die Wahrheitserforschung die persönliche Vernehmung nicht gebietet.
12. Es empfiehlt sich, die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung in diesen Fällen grundsätzlich nicht davon abhängig zu machen, dass der Zeuge ihr nicht unmittelbar nach der aufgezeichneten Vernehmung widersprochen hat.

3. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Erscheinens in der Hauptverhandlung

13. Stehen dem Erscheinen des Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung für eine längere Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegen (§ 251 Abs. 2 Nr. 2 StPO) oder ist ihm das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zumutbar (§ 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO), sollte die persönliche Vernehmung unter dem Gesichtspunkt einer zeitgemäßen Optimierung der strafprozessualen Wahrheitserforschung grundsätzlich nur durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren *richterlichen* Vernehmung ersetzt werden können.
14. Für Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, bietet es sich zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Aufwandes an, die Möglichkeit der Protokollverlesung zu erhalten.
15. Die Zulässigkeit des Beweistransfers sollte auch in den Fällen der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Erscheinens grundsätzlich davon abhängig gemacht werden, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der früheren Vernehmung mitzuwirken. Da der Beweisperson lediglich das Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht möglich oder zumutbar ist, sie aber richterlich noch vernommen werden kann, ist die Gewährung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK geboten. Davon kann nur abgesehen werden, wenn der Angeklagte dem Beweistransfer zustimmt.
16. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung sollte stets durch die Verlesung des Protokolls ersetzt werden können, wenn dies zur Wahrheitserforschung ausreichend erscheint und der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger damit einverstanden sind. Ein solches Vorgehen bietet sich an, wenn das Protokoll den Inhalt der Vernehmung nach Einschätzung aller Verfahrensbeteiligten in konzentrierter Form sachgerecht zusammenfasst.

III. Ergänzung der persönlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen

1. Ergänzende Beweiserhebung

17. Wird ein Zeuge oder Sachverständiger in der Hauptverhandlung vernommen, empfiehlt es sich, im Einklang mit der gegenwärti-

gen Rechtspraxis eine ergänzende Beweiserhebung durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung oder die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung zuzulassen. Da die gegenwärtige Fassung des § 253 StPO ihrem Wortlaut nach nicht ausdrücklich die Verlesung zu Beweis Zwecken gestattet, sollte die Vorschrift zur Klarstellung entsprechend modifiziert werden.

18. Zur Vermeidung einer Entwertung des Konfrontationsrechts sollte die ergänzende Beweiserhebung künftig davon abhängig gemacht werden, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der zum Zweck der ergänzenden Beweiserhebung einzuführenden Vernehmung mitzuwirken, oder der Angeklagte mit der ergänzenden Beweiserhebung einverstanden ist.

2. Vorhalt

19. Die Möglichkeit eines nicht Beweis Zwecken dienenden Vorhalts durch Verlesung von Teilen des Protokolls einer früheren Vernehmung sollte wegen einer möglichen Beeinflussung des Aussageverhaltens und der Beweiswürdigung gesetzlich geregelt werden. Es ist eine Klarstellung zu empfehlen, in der nach Maßgabe der gegenwärtigen Rechtspraxis die Befugnis enthalten ist, dem Zeugen oder Sachverständigen Teile des Protokolls seiner früheren Vernehmung als Vernehmungsbehelf vorzuhalten. Soweit die früheren Angaben nicht aus seiner Erinnerung bestätigt werden, dürfen sie bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden.
20. Die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen sollte diesem bei seiner persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung wegen der möglichen Suggestivwirkung nicht vorgehalten werden dürfen.

IV. Beweistransfer nach Zeugnisverweigerung

21. Wenn ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 StPO Gebrauch macht, ist entsprechend der gegenwärtigen Rechtslage – jedenfalls zur Wahrung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK – daran festzuhalten, dass das Gericht in der Hauptverhandlung weder die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung vorführen noch das Protokoll dieser Vernehmung verlesen oder den Vernehmungsbeamten zum Inhalt der in dieser Vernehmung gemachten Aussage befragen darf.

22. Es empfiehlt sich, in § 252 StPO klarzustellen, dass die Ergebnisse einer richterlichen Vernehmung des zur Zeugnisverweigerung nach § 52 Abs. 1 StPO berechtigten Zeugen in der Hauptverhandlung zu Beweis Zwecken eingeführt werden dürfen.
23. Der Beweistransfer sollte unter dem Gesichtspunkt einer zeitgemäßen Optimierung der strafprozessualen Wahrheitserforschung auch im Rahmen des § 252 StPO grundsätzlich auf die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung beschränkt sein. § 58a StPO sollte entsprechend angepasst werden.
24. Für Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, bietet es sich zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Aufwandes an, die Möglichkeit der Protokollverlesung zu erhalten.
25. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung sollte auch bei einem zur Zeugnisverweigerung nach § 52 Abs. 1 StPO Berechtigten durch die Verlesung des Protokolls ersetzt werden können, wenn dies zur Wahrheitserforschung ausreichend erscheint und die Verfahrensbeteiligten damit einverstanden sind.
26. Der nach § 252 StPO zulässige Beweistransfer sollte zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen entsprechend der Wertung in § 255a Abs. 2 StPO in Zukunft grundsätzlich voraussetzen, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der früheren Vernehmung mitzuwirken, es sei denn, der Angeklagte stimmt der Verwertung zu. Da in diesen Fällen eine Konfrontation in der Hauptverhandlung nicht mehr möglich ist, muss die Möglichkeit der Befragung angesichts der Bedeutung des Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK bei der beweissichernden Vernehmung gewährt werden.
27. Für Aussagen eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53 Abs. 1, 53a Abs. 1 StPO oder § 54 StPO Gebrauch macht, besteht rechtspolitisch kein Anlass, eine entsprechende Regelung vorzusehen. § 252 StPO ist auf die Fälle der Zeugnisverweigerung nach § 52 Abs. 1 StPO zu beschränken.

V. Beweistransfer bei früheren Aussagen des Angeklagten

28. Es empfiehlt sich, § 254 StPO künftig als eingeschränktes Transferverbot auszugestalten, das seinem Grundgedanken nach auf der Wertung beruht, dass die Reproduktion früherer Erklärungen des Angeklagten bei gewichtigeren Straftatvorwürfen nur in einer Form zugelassen wird, die das erkennende Gericht in die

Lage versetzt, die Aussage auch unter Berücksichtigung der Art und Weise ihres Zustandekommens zu würdigen.

29. Die Reproduktion früherer Aussagen des Angeklagten sollte in Verfahren vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht und dem Schöffengericht künftig auf die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung beschränkt sein.
30. Die Vernehmung der Verhörsperson sollte neben der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung des Angeklagten nur zur ergänzenden Beweiserhebung über die Umstände der Vernehmung zulässig sein.
31. Für Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, bietet es sich zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Aufwandes an, über die gegenwärtige Regelung des § 254 StPO hinausgehend auch die Möglichkeit der Verlesung des Protokolls einer staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmung zu erlauben.
32. Entsprechendes sollte gelten, wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Verlesung des Protokolls einverstanden sind.
33. Soweit das Protokoll einer früheren Vernehmung des Angeklagten zum Zweck der Beweiserhebung verlesen werden darf, empfiehlt es sich, die ergänzende Vernehmung der Verhörsperson auch über den Inhalt der früheren Aussage zu gestatten, da das Protokoll die Aussage nicht in gleicher Weise authentisch wiedergibt wie eine Bild-Ton-Aufzeichnung.

F. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung

I. Unmittelbarkeit – Transferverbot

1. Systematik

Der nachfolgende Gesetzesvorschlag soll die Ergebnisse des Gutachtens veranschaulichen. Soweit möglich, wurde die Struktur des geltenden Rechts beibehalten, um einen direkten Vergleich zu ermöglichen. Zwei zentrale Verschiebungen erscheinen jedoch sinnvoll.

Erstens sollten die Regeln des konsentierten Beweistransfers künftig in § 250 StPO integriert werden. Aus ihnen ergibt sich der Umfang, in dem der Grundsatz der persönlichen Vernehmung als disponibler Rechtssatz ausgestaltet ist. § 251 StPO regelt hingegen vorrangig die Frage, in welchem Umfang ein Beweistransfer zur Vermeidung von Beweisverlust oder zum Schutz berechtigter Interessen der Beweisperson zulässig ist. Da insoweit nach den Ergebnissen des Gutachtens andere Regeln auch hinsichtlich der Form des Beweistransfers sachgerecht sind, erscheint es nicht sinnvoll, beide Fragen in einer Norm zu behandeln.

Zweitens empfiehlt es sich, eine Regelung zum Schutz des Zeugen vor den Belastungen einer Vernehmung in der Hauptverhandlung in die Vorschrift des § 251 Abs. 2 StPO mit aufzunehmen. Dadurch wird § 255a Abs. 2 StPO entbehrlich. § 251 Abs. 2 StPO erfasst schon heute die Fälle, in denen eine richterliche Vernehmung der Beweisperson grundsätzlich möglich ist, sie aber entweder nicht in der Hauptverhandlung erscheinen kann oder ihr das Erscheinen nicht zugemutet werden soll. Es ist sinnvoll, diese Fallgruppe in einer Vorschrift gleichen Regeln zu unterwerfen.

Die Begründung der jeweiligen Gesetzesvorschläge ist bewusst kursorisch gehalten. In ihr werden die Erwägungen des Gutachtens nicht vollständig zusammengefasst. Es geht lediglich darum, die Struktur des Vorschlags und seine wesentlichen Abweichungen vom geltenden Recht zu veranschaulichen. Eine Änderung des § 256 StPO wird – entsprechend der Themenbegrenzung³¹⁸ – nicht empfohlen.

2. § 247a StPO-E Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung von Zeugen

a) Gesetzestext

(1) ¹ Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwart der in der

³¹⁸ → C 13f.

Hauptverhandlung Anwesenden vernommen wird, so kann das Gericht anordnen, dass der Zeuge sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhält.² Die Aussage wird zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen.³ Sie soll aufgezeichnet werden, wenn zu besorgen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.⁴ § 58a Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

(2) Eine solche Anordnung ist auch unter den Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 und § 251 Abs. 2 zulässig, soweit die audiovisuelle Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

(3) Die Entscheidung nach den Absätzen 1 und 2 ist unanfechtbar.

b) Begründung

Absatz 1 regelt unter den gleichen Voraussetzungen wie das geltende Recht die Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung zum Schutz des Zeugen. Die derzeit in Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 enthaltene Möglichkeit, die Reproduktion einer früheren Vernehmung durch audiovisuelle Vernehmung zu vermeiden, ist in Absatz 2 verschoben worden. Bei dieser Regelung geht es nicht um den Schutz des Zeugen, sondern um das Interesse an der Wahrheitserforschung, weshalb eine deutliche Trennung systematisch sachgerecht erscheint. Der nach dem Vorschlag in Absatz 2 enthaltene Verweis auf § 251 Abs. 2 StPO bleibt erhalten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass in den Fällen, in denen ein Zeuge zwar richterlich vernommen werden, aber nicht in der Hauptverhandlung erscheinen kann (oder ihm dies nicht zumutbar ist), wie bisher eine audiovisuelle Vernehmung zulässig bleibt. Anders als im geltenden Recht bezieht sich der Verweis ausdrücklich auch auf die Vernehmung eines Sachverständigen; die bislang in § 247a Abs. 2 StPO enthaltene Sonderregelung wird dadurch überflüssig. Die audiovisuelle Vernehmung eines Sachverständigen wäre künftig nicht mehr in erweitertem Umfang, sondern unter den gleichen Voraussetzungen wie die Vernehmung eines Zeugen zulässig.

Zugleich erstreckt sich der Verweis auf § 251 Abs. 2 StPO im Gesamtgefüge des Entwurfs auch auf die Regelung des § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO, die den gegenwärtigen § 255a Abs. 2 StPO ersetzen soll. Damit kann das Gericht auch ohne Einverständnis der Verfahrensbeteiligten zum Schutz des Zeugen nicht nur die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren Vernehmung vorführen, sondern ihn auch, falls eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist, audiovisuell vernehmen. Durch einen Be-

weisantrag kann die audiovisuelle Vernehmung aber – wie im geltenden Recht – nicht erzwungen werden.

Der ebenfalls in Absatz 2 enthaltene Verweis auf § 250 Abs. 2 StPO-E ist erforderlich, weil die Regeln des konsentierten Beweistransfers nicht mehr in § 251 StPO, sondern in § 250 Abs. 2 StPO-E geregelt werden sollen.

1. § 250 StPO-E Gebot der persönlichen Vernehmung

a) Gesetzestext

(1) Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen.

(2) Die Vernehmung kann durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung, die Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung oder die Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Vernehmung³¹⁹ ersetzt werden, wenn der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger damit einverstanden sind.

b) Begründung

Absatz 1 enthält unverändert den Grundsatz der persönlichen Vernehmung. Das derzeit in § 250 Satz 2 StPO enthaltene Verbot der Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch die Verlesung des Protokolls seiner früheren Vernehmung ist demgegenüber entbehrlich.

Absatz 2 enthält die Regeln eines konsentierten Beweistransfers, die insoweit über das geltende Recht (§ 251 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO) hinausgehen, als der Verzicht auf die persönliche Vernehmung im allseitigen Einverständnis auch bei dem unverteidigten Angeklagten unabhängig von dem Vorliegen eines Geständnisses möglich sein soll. Dass das Gericht an die Amtsaufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO gebunden bleibt und sich daraus die Notwendigkeit der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung ergeben kann, ist schon heute anerkannt und bedarf keiner Klarstellung. Die Aufzählung der möglichen Beweissurrogate macht deutlich, dass die Vernehmung der Verhörsperson dem Gebot der persönlichen Vernehmung – im Gegensatz zu der heute herrschenden Interpretation des § 250 StPO – nicht genügt, soweit sie sich auf den Inhalt der Aussage und nicht auf die Umstände der Vernehmung bezieht.

³¹⁹ Die Formulierung ist aus dem Alternativ-Entwurf (AE) Beweisaufnahme übernommen, dort § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO-AE, *Eser/Frister* u. a., AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (53). Sie stellt sicher, dass in geeigneten Fällen auch eine andere Person als der Vernehmungsbeamte ergänzend vernommen werden kann.

2. § 251 StPO-E Ersetzung der persönlichen Vernehmung

a) Gesetzestext

(1) ¹Ist die gerichtliche Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten nicht in absehbarer Zeit möglich, kann das Gericht die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung vorführen oder das Protokoll derselben früheren Vernehmung sowie eine Urkunde, die eine vom Zeugen oder Sachverständigen erstellte Erklärung enthält, verlesen. ²Die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung hat Vorrang vor der Verlesung des Protokolls einer früheren Vernehmung. ³Das Gericht kann ergänzend eine andere Person über den Inhalt der früheren Aussage in der Hauptverhandlung vernehmen.

(2) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden, wenn

1. dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen,
2. dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann,
3. durch die Vernehmung in der Hauptverhandlung die Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für den Zeugen besteht und der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken, oder der Angeklagte mit der Ersetzung einverstanden ist.

(3) ¹In Verfahren, in denen im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist, kann die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung durch die Verlesung des Protokolls ersetzt werden. ²Entsprechendes gilt, wenn der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger einverstanden sind.

b) Begründung

Absatz 1 lässt die Reproduktion richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen zu. Dabei gestattet die Regelung, über das geltende Recht hinaus, den Beweistransfer uneingeschränkt, wenn die Beweisperson in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann. Dies gilt nach der vorgeschlagenen Regelung insbesondere auch bei rechtlichen Hindernissen – unter dem selbstverständlichen und nicht regelungsbedürftigen Vorbehalt, dass die Aussage im kon-

kreten Verfahren verwertbar ist. Zugleich sieht Absatz 1 Satz 2 und 3 eine Vorrangregelung der in Betracht kommenden Beweissurrogate vor, die das Gericht verpflichtet, zunächst das Beweismittel auszuschöpfen, dem in der Regel der höhere Beweiswert zukommt.

Absatz 2 gestattet die Ersetzung der persönlichen Vernehmung, wenn die Beweisperson zwar gerichtlich vernommen werden, ihr aber das Erscheinen in der Hauptverhandlung entweder für längere Zeit nicht möglich ist oder nicht zugemutet werden. Nummer 1 und 2 entsprechen dem geltenden Recht. Davon abweichend wird jedoch – mit der in Absatz 3 geregelten Ausnahme – im Sinne einer zeitgemäßen Optimierung der strafprozessualen Sachverhaltserforschung nur die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung gestattet. Zugleich wird über das gegenwärtige Recht hinausgehend, aber entsprechend der Regelung des § 255a Abs. 2 StPO, zur Wahrung des Konfrontationsrechts vorausgesetzt, dass der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken. Wegen der Verzichtbarkeit des Konfrontationsrechts ist dies allerdings nicht erforderlich, wenn der Angeklagte dem Beweistransfer zustimmt.

Darüber hinaus sieht der Vorschlag in § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO-E eine Regelung vor, die als generalisierende Zeugenschutzbestimmung den gegenwärtigen § 255a Abs. 2 StPO ersetzen soll. Auf den in § 255a Abs. 2 Satz 4 StPO enthaltenen Hinweis, dass eine ergänzende Vernehmung zulässig ist, wurde bewusst verzichtet; dies ist eine selbstverständliche Folge der in § 244 Abs. 2 StPO bereits gesetzlich geregelten Amtsaufklärungspflicht. Zugleich wurde die seit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019³²⁰ in § 255a Abs. 2 Satz 1 StPO enthaltene Beschränkung, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung in der Hauptverhandlung nur vorgeführt werden darf, wenn der Zeuge dem „nicht unmittelbar nach der aufgezeichneten Vernehmung widersprochen hat“, nicht übernommen. Dabei handelt es sich nach hiesiger Einschätzung um eine sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung der gerichtlichen Pflicht zur Erforschung der Wahrheit.

3. § 252 StPO-E Ersetzung der persönlichen Vernehmung nach Zeugnisverweigerung

a) Gesetzestext

(1) ¹Macht ein vor der Hauptverhandlung vernommener Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, nach § 52 Abs. 1 das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch, kann abweichend von § 251

³²⁰ → C Fn. 175.

Abs. 1 Satz 1 ohne Zustimmung des Angeklagten nur die Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung vorgeführt werden, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken.² Der Richter, der den Zeugen vernommen hat, kann ergänzend vernommen werden.

(2) § 251 Abs. 3 gilt entsprechend.

b) Begründung

Die vorgeschlagene Neufassung entspricht der gegenwärtigen Rechtspraxis, soweit sie einen Beweistransfer (abweichend von der Regelung des § 251 Abs. 1 Satz 1 StPO-E) für den Fall der Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen (§ 52 Abs. 1 StPO) auf die Ergebnisse richterlicher Vernehmungen beschränkt. Anders als im geltenden Recht gilt die Vorschrift aber ausdrücklich nur für das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen. Daraus folgt, dass in den Fällen einer Zeugnisverweigerung gemäß §§ 53, 53a und 54 StPO die Verwertung früherer Aussagen nach § 251 Abs. 1 StPO-E unbeschränkt möglich sein soll.

Abweichend vom geltenden Recht wird die Reproduktion der früheren Aussage im Sinne einer zeitgemäßen Optimierung der strafprozessualen Sachverhaltserforschung auf die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung beschränkt, soweit nicht die Regelung des Absatzes 2 greift. Dies schließt eine ergänzende Befragung des Richters als Verhörsperson nicht aus, wie Satz 2 ausdrücklich klarstellt. Daraus und aus Absatz 2 ergibt sich zugleich, dass das Protokoll der richterlichen Vernehmung nur verlesen werden darf, wenn entweder im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters begründet ist oder die Verfahrensbeteiligten damit einverstanden sind. Darüber hinaus weicht der Vorschlag – in sachentsprechender Übernahme der gegenwärtig bereits bei § 255a Abs. 2 StPO geltenden Rechtslage – von der gegenwärtigen Fassung des § 252 StPO insoweit ab, als die Verwertung der früheren Aussage die Gewährung der Konfrontationsmöglichkeit bei der früheren Vernehmung voraussetzt.

Mit der Zustimmung des Angeklagten können die früheren Aussagen des Zeugen hingegen umfassend in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Aus dieser, sich im Umkehrschluss aus Absatz 1 Satz 1 ergebenden Möglichkeit („ohne Zustimmung des Angeklagten“), ergibt sich zugleich, dass der Zeuge die Verwertung früherer Aussagen – entgegen der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³²¹ – nicht soll gestatten können. Im Ergebnis schützt die Vorschrift in der vorgeschlagenen Fassung nicht den Zeugen,

³²¹ → C Fn. 270.

dessen Interessen durch die notwendige Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht schon bei seiner früheren Vernehmung hinreichend gewahrt sind. Schutzzweck ist die Wahrung des Konfrontationsrechts, die eine Beschränkung des Beweistransfers auf richterliche Vernehmungen gebietet.³²²

4. § 253 StPO-E Ergänzung der persönlichen Vernehmung

a) Gesetzestext

(1) Wird ein Zeuge oder Sachverständiger in der Hauptverhandlung vernommen, kann zum Zweck der Beweiserhebung ergänzend die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren Vernehmung vorgeführt oder das Protokoll seiner früheren Vernehmung verlesen werden, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken, oder der Angeklagte mit der ergänzenden Beweiserhebung einverstanden ist.

(2) Im Übrigen darf einem Zeugen oder Sachverständigen das Protokoll seiner früheren Vernehmung vorgehalten werden.

b) Begründung

Absatz 1 knüpft an die herrschende Deutung des § 253 StPO an und lässt die Reproduktion früherer Aussagen eines Zeugen oder Sachverständigen zum Zweck der ergänzenden Beweiserhebung auch dann zu, wenn der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen wird. Anders als im geltenden Recht dürfen aber nicht nur Teile der Bild-Ton-Aufzeichnung oder des Protokolls vorgeführt bzw. verlesen werden. Die ergänzende Beweiserhebung ist aber – im Unterschied zum geltenden Recht – an die Voraussetzung geknüpft, dass zur Vermeidung einer Entwertung des Konfrontationsrechts der Angeklagte und sein Verteidiger bei der früheren Vernehmung Gelegenheit zur Mitwirkung hatten oder der Angeklagte auf dieses Recht verzichtet.

Absatz 2 enthält eine derzeit im Gesetz nicht vorhandene gesetzliche Regelung des Vorhalts. Gestattet wird nur der Vorhalt durch Protokollverlesung. Im Umkehrschluss ergibt sich die – sachlich wegen einer besonders hohen Suggestivwirkung gebotene – Unzulässigkeit des Vorhalts einer Bild-Ton-Aufzeichnung.

³²² → C 74 ff.

5. § 254 StPO-E Ersetzung und Ergänzung der persönlichen Vernehmung des Angeklagten

a) Gesetzestext

(1)¹ Erklärungen des Angeklagten, die in einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung enthalten sind, können zum Zweck der Beweisaufnahme vorgeführt werden. ²Eine andere Person darf ergänzend nur zu den Umständen der früheren Vernehmung vernommen werden.

(2)¹ § 251 Abs. 3 gilt entsprechend. ²In diesem Fall darf eine andere Person auch zu der früheren Aussage des Angeklagten vernommen werden.

b) Begründung

Absatz 1 Satz 1 gestattet zunächst entsprechend dem geltenden Recht stets die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung eines Angeklagten, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine richterliche, staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Vernehmung handelt. In Abweichung von der Interpretation der Rechtspraxis wird, wie sich im Umkehrschluss aus Satz 2 ergibt, die Vernehmung der Verhörsperson aber grundsätzlich nicht mehr an Stelle der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung zugelassen; sie darf nur noch ergänzend erfolgen und sich auch nur auf die Umstände der Vernehmung erstrecken. Dies beruht auf der Erwägung, dass die Einführung früherer Aussagen des Angeklagten grundsätzlich nur in einer Weise möglich sein soll, die dem *erkennenden* Gericht auch eine Würdigung der Aussage unter Berücksichtigung der Art und Weise der Vernehmung ermöglicht.

Folgerichtig gestattet der Vorschlag die Verlesung eines Protokolls grundsätzlich nicht, und zwar im Gegensatz zum geltenden Recht auch nicht die Verlesung eines *richterlichen* Protokolls. Dies soll aber nur bei Vorwürfen von einigem Gewicht gelten, weshalb nach Absatz 2 Satz 1 über den Verweis auf § 251 Abs. 3 StPO die Verlesung des Protokolls der früheren Vernehmung ermöglicht wird, wenn im ersten Rechtszug die Zuständigkeit des Strafrichters gegeben ist. Das gilt nach dem Regelungsgehalt des § 251 Abs. 3 StPO auch für die Protokolle früherer staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher Vernehmungen. Da das Protokoll die Aussage nicht in gleicher Weise authentisch wiedergeben kann wie eine Bild-Ton-Aufzeichnung, erscheint es entsprechend der Regelung in Absatz 2 Satz 2 dann aber geboten, die Vernehmung der Verhörsperson ergänzend zu gestatten, wenn dies zur Wahrheitserforschung erforderlich ist.

II. Folgeänderungen

1. § 58a StPO-E Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton

a) Gesetzestext

(1) ¹Die Vernehmung eines Zeugen kann in Bild und Ton aufgezeichnet werden. ²Sie ist aufzuzeichnen und als richterliche Vernehmung durchzuführen, wenn

- 1. eine Vernehmung in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht möglich ist und zu erwarten ist, dass die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder dem Schöffengericht stattfindet,*
- 2. ein Zeuge nach § 52 Abs. 1 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist und durch die richterliche Vernehmung eine Befragung des Zeugen durch den Angeklagten und den Verteidiger ermöglicht werden kann,*
- 3. die Aufzeichnung sonst zur Wahrheitserforschung geboten ist,*
- 4. eine Vernehmung in der Hauptverhandlung einen schwerwiegenden Nachteil für das Wohl des Zeugen zur Folge haben kann und der Zeuge der Aufzeichnung zustimmt.*

(2) und (3) wie bisher

b) Begründung

Absatz 1 Nr. 1, 2 und 3 sind Folgeänderungen, die sich aus den vorgeschlagenen Regelungen der §§ 251 Abs. 2, 252 StPO-E ergeben. Auf die im geltenden Recht enthaltene Formulierung, dass die Verpflichtung „nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände“ zu beurteilen ist, wurde verzichtet. Es ist nicht ersichtlich, welcher andere Maßstab gelten soll, sodass es nicht erforderlich erscheint, darauf im Gesetzestext ausdrücklich hinzuweisen. In den enumerativ aufgezählten Fällen des Absatzes 1 Satz 2 ist die Entscheidung über die Aufzeichnung insgesamt als gebundene Entscheidung formuliert. Die Differenzierung des geltenden Rechts, die Aufzeichnung zur Beweissicherung (§ 58a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO) nur im Regelfall, zum Schutz des Zeugen teilweise aber zwingend vorzuschreiben (§ 58a Abs. 1 Satz 3 StPO), ist nicht überzeugend. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob sich diese Differenzierung in der Strafverfolgungspraxis überhaupt adäquat abbilden lässt.

2. § 136 StPO-E Erste Vernehmung des Beschuldigten

a) Gesetzestext

(1) bis (3) *bleiben erhalten*

(4) ¹Die Vernehmung des Beschuldigten kann in Bild und Ton aufgezeichnet werden. ²Sie ist aufzuzeichnen, wenn zu erwarten ist, dass die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder dem Schöffengericht stattfindet.

b) Begründung

Absatz 4 Satz 1 entspricht dem geltenden Recht. Absatz 4 Satz 2 begründet eine über die gegenwärtige Fassung des § 136 Abs. 4³²³ StPO hinausgehende Pflicht zur Aufzeichnung von Vernehmungen des Beschuldigten. Diese Pflicht ist die notwendige Kehrseite der vorgeschlagenen Konzeption des § 254 StPO-E. Die Regelung nimmt die seit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019³²⁴ in § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO enthaltene Wertung und Formulierung auf, nach der unter den Voraussetzungen des Absatzes 4 Satz 2 ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt. Damit verweisen die §§ 254 Abs. 1 und 136 Abs. 4 Satz 2 StPO-E für die Differenzierung zwischen gewichtigeren und weniger gewichtigen Straftatvorwürfen auf einen dem Gesetz bereits bekannten Maßstab.

Dass es insbesondere bei der Vernehmung von Polizeibeamten in Randbereichen zu Fehleinschätzungen hinsichtlich der voraussichtlichen Zuständigkeit führen kann, ist einzuräumen, aber schon dem geltenden Recht der notwendigen Verteidigung immanent. Im Übrigen lässt sich dieser Problematik im Rahmen der hier vorgeschlagenen Regelung wirksam dadurch abhelfen, dass man die Vernehmung in Zweifelsfällen vorsorglich aufzeichnet. Da sich in vielen Fällen eindeutig ergeben wird, dass nur eine Zuständigkeit des Strafrichters in Betracht kommt, führt dies faktisch nicht zu einer umfassenden Aufzeichnungspflicht.

Der Klarstellung halber sei darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte in den von Absatz 4 Satz 2 erfassten Fällen trotz der Wertung des § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO im Zeitpunkt der Vernehmung nicht stets verteidigt ist. § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO sieht dies nur für den Fall vor, dass der Beschuldigte die Beiordnung eines Verteidigers

³²³ Zuletzt geändert durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren vom 9.2.2019, BGBl. 2019 I 2146, in Kraft getreten am 1.1.2020.

³²⁴ BGBl. 2019 I 2128 (2129).

nach Belehrung ausdrücklich beantragt. Die Frage, ob sich dies mit dem Grundgedanken der notwendigen Verteidigung verträgt, ist von der Themenstellung des Gutachtens nicht mehr umfasst.

Gutachten D/E
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche Neuregelungen empfehlen sich zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen?

Gutachten D

Erstattet von

Professor Dr. Martin Kment, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Umweltrecht und Planungsrecht an der Universität Augsburg

Gutachten E

Erstattet von

Professorin Dr.-Ing. Sabine Baumgart

ehem. Lehrstuhl für Stadt- und Regionalplanung (bis 2018),
TU Dortmund



Zitiervorschlag: 73. djt I/D [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 9783406746352

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln

CO₂
neutral

chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

**Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche
Neuregelungen empfehlen sich zu Verkehr,
Umweltschutz und Wohnen?**

Gutachten D

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Martin Kment

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht,
Umweltrecht und Planungsrecht an der Universität Augsburg

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung und Grundlagen	D 11
I. Bedeutung der Städte für das Gelingen der Zukunft	D 11
II. Herausforderungen wachsender Großstädte in Deutschland auf dem Weg in die Zukunft	D 11
1. Bevölkerungszuwachs und Wohnraumversorgung	D 12
2. Soziale Segregation	D 13
3. Effizienter Ressourcengebrauch und Ressourcenschutz	D 13
4. Lebensqualität und Qualität des Wirtschaftsstandorts	D 13
5. Mobilität und Umlandanbindung	D 14
6. Klimaschutz und Klimawandel	D 15
III. Konturen einer nachhaltigen Stadt	D 15
1. Konturenschwäche des Nachhaltigkeitsprinzips	D 15
2. Ganzheitliche urbane Nachhaltigkeitsstrategien	D 16
a) Konzeptionsfülle	D 16
b) Leipzig Charta	D 17
3. Gleichgerichtetheit und Gegensätzlichkeit urbaner Nachhaltigkeitsziele	D 18
4. Austarierungsprozesse: Partizipation und öffentlicher Diskurs	D 19
IV. Ausrichtung des Gutachtens	D 19
1. Untersuchungsgegenstand	D 19
2. Prämissen	D 20
B. Neuausrichtung der urbanen Mobilität	D 21
I. Mobilität der Gegenwart: eine düstere Bilanz	D 21
1. Perspektive der Verkehrsteilnehmer und wirtschaftliche Kosten	D 21
2. Perspektive der Verkehrsbetroffenen	D 22
a) Luftverschmutzung	D 22
b) Lärmbelastung	D 22
c) Flächenverbrauch und Zäsurwirkung	D 23
d) Unfallopfer	D 23
II. Bemühungen um Abhilfe	D 24
1. Ergriffene Maßnahmen	D 24
2. Ernüchternder Befund zur Wirkung der Maßnahmen	D 24
3. Beharrungskräfte und Hindernisse	D 25
III. Alternative Entwicklungslinien zukünftiger Mobilität	D 26
1. Indirekte Steuerungsinstrumente	D 26
2. Unmittelbare hoheitliche Gestaltung des Verkehrs	D 27

3. Instrumentenmix, Digitalisierung, Partizipation	D 28
4. Politische Verantwortung, juristische Unterstützung	D 28
IV. Einführung einer kommunalen Verkehrsplanung und Neuausrichtung des § 45 StVO	D 29
1. Handlungsbedarf	D 29
a) Erfordernis einer ganzheitlichen integrativen Verkehrsplanung auf kommunaler Ebene	D 29
b) Informelle Ansätze und ihre Schwächen	D 30
c) Sonderfall Berlin: Gesetz zur Mobilitätsgewährleistung	D 31
2. Steuerungsdefizite der bestehenden rechtlichen Instrumente ..	D 33
a) Straßenverkehrsrechtliche Anordnungen	D 33
b) Immissionschutzrechtliche Instrumente	D 34
c) Straßenrechtliche Anordnungen	D 35
d) Staatliche Raumordnung und kommunale Bauleitplanung ..	D 35
3. Merkmale einer urbanen Verkehrsplanung	D 37
a) Kommunale Zuständigkeit	D 38
b) Struktur und Bestandteile	D 38
c) Rechtsqualität und Verhältnis zu anderen Planwerken	D 43
d) Sonstiges	D 44
4. Bindungen und Vollzug der urbanen Verkehrsplanung	D 46
a) Allgemeine Regeln	D 46
b) Erforderliche Neuausrichtung der Vollzugsvorschriften – das Beispiel des § 45 StVO	D 47
C. Urbanes Flächenmanagement und Wohnraumversorgung	D 49
I. Einführung	D 49
1. Zielsetzung der urbanen Innenentwicklung	D 49
2. Ausprägungen der Innenentwicklung: Qualitative und quantitative Verdichtung	D 49
3. Priorität der urbanen Entwicklung	D 50
4. Bestehende rechtliche Instrumente zur Verwirklichung der urbanen Innenentwicklung	D 51
II. Datenermittlung, Überwachung und Stadtentwicklungskonzepte	D 52
1. Offenlegung der Flächenpotentiale	D 52
a) Ermittlung und Bewertung der Flächenpotentiale	D 52
b) Aspekte der Bewertung – Schutzbedürftige urbane Freiflächen	D 53
c) Überwachung der Flächenentwicklung	D 54
2. Verbindliche Einführung eines Stadtentwicklungskonzepts	D 54
III. Bewältigung von Nutzungswidersprüchen	D 56
1. Optimierung und Verschlanung der BauNVO	D 57
a) Art der baulichen Nutzung	D 57
b) Maß der baulichen Nutzung	D 61

Inhaltsverzeichnis D 9

2. Lärmschutz in Verdichtungsbereichen	D 63
a) Verworrene Strukturen des deutschen Lärmschutzrechts ...	D 64
b) Vergleich von Anlagen- und Verkehrslärm	D 64
c) Gebotene Vereinheitlichung des Lärmschutzes	D 68
IV. Versorgung der Bürger mit Wohnraum	D 72
1. Besondere Sozialbindung des Eigentums	D 72
2. Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Wohnraum?	D 73
3. Beherrzte Anwendung bestehender Steuerungsmöglichkeiten .	D 74
4. Änderungsvorschläge zum Öffentlichen Baurecht	D 75
a) Gesetzesänderungen im Kontext der Vorhabengenehmi- gung	D 75
c) Erweiterung und Erleichterung der kommunalen Vor- kaufsrechte	D 79
d) Baugebot und Innenentwicklungsmaßnahmenggebiet	D 81
e) Vielfalt von Handlungsoptionen außerhalb des Planungs- rechts	D 82
D. Empfehlungen und Thesen	D 83

A. Einführung und Grundlagen

I. Bedeutung der Städte für das Gelingen der Zukunft

Vor nicht ganz 10.000 Jahren beginnt im Nahen und Mittleren Osten eines der größten Abenteuer der Menschheit. In den Gebieten des heutigen Palästinas, Israels, Iraks und Syriens schließen sich Gruppen von Menschen in Behausungen zusammen und grenzen ihren Lebensmittelpunkt mit einem befestigten Mauerwerk gegenüber der Außenwelt ab.¹ Es sind die Anfänge dessen, was heute bisweilen Millionen ein Zuhause gibt, es ist die Geburtsstunde der Stadt.

Als Lebensraum des Menschen ist die Stadt nicht mehr wegzudenken. Weltweit werden bis zum Jahr 2050 voraussichtlich bis zu 75 % aller Menschen in Städten leben,² wobei der Urbanisierungsdruck in Asien sowie Nord- und Südamerika am stärksten sein wird.³ Auch in der BRD darf ein steter Zuzug in die urbanen Räume erwartet werden, die den Großteil der Bevölkerung aufnehmen.⁴ Dies verdeutlicht, dass uns die Entwicklung in den Städten am Herzen liegen sollte. Sie wird für viele Generationen prägend sein.

II. Herausforderungen wachsender Großstädte in Deutschland auf dem Weg in die Zukunft

Schon heute lassen sich die großen Herausforderungen für das Leben in urbanen Räumen erkennen. Eine Auswahl soll die Bandbreite der Themen überblicksartig verdeutlichen, nicht aber die Individualität der Städte überspielen. Alle dargestellten Entwicklungen basieren auch auf Prognosen, die mit entsprechenden Unsicherheiten verbunden sind; dies ist rechtlich allerdings nichts Ungewöhnliches.⁵

^{*} Alle Internetfundstellen wurden am 1.1.2020 letztmalig aufgerufen und geprüft.

¹ Goldberg in National Geographic, Cities, 4/2019, 7; Schäfers Stadtsoziologie, Stadtentwicklung und Theorie, 2006, S. 26 ff.

² UN HABITAT State of the World's Cities 2010/2011, 2008, S. 12; WBGU Der Umzug der Menschheit, 2016, S. 1 u. 43 ff. geht von zwei Dritteln der Menschheit aus.

³ BMZ Perspektiven der Urbanisierung, 2014, S. 3.

⁴ Kment NJW 2018, 3692; vgl. auch IW: <https://www.iwkoeln.de/presse/pressemitteilungen/beitrag/bevoelkerungsentwicklung-in-den-grossstaedten-wird-es-eng-320583.html>.

⁵ BVerwGE 56, 110 (121 f.); 116, 188 (190 ff.); 123, 261 (274 f.); Kment JZ 2009, 62 (67 ff.).

1. Bevölkerungszuwachs und Wohnraumversorgung

Die Wissenschaft von der Demografie prognostiziert für das Jahr 2024 einen vorläufigen Bevölkerungshöchststand in Deutschland. Von ca. 80,2 Mio. Menschen im Jahr 2010 wird die Bevölkerung dann auf ca. 83,7 Mio. angestiegen sein, um bis zum Jahr 2060 kontinuierlich auf ca. 74,4 Mio. zu schrumpfen.⁶ Der anfängliche Bevölkerungszuwachs wird sich im Wesentlichen in den Ballungsräumen und den florierenden Städten bemerkbar machen; dort hat sich der Bevölkerungsanteil von 2002 bis 2017 um 28 % erhöht.⁷ Zudem ist zu erwarten, dass selbst bei einem einsetzenden gesamtstaatlichen Bevölkerungsrückgang der Zuzug in das urbane Milieu anhält (Urbanisierung).⁸

Das Volumen der Haushalte wird voraussichtlich selbst bei einem Rückgang der Bevölkerungskennziffern zunehmen. So erwartet das Statistische Bundesamt von 2015 bis 2035 einen Zuwachs an Haushalten von 5,9 %, was sich insb. durch den Anstieg an Ein- und Zweipersonenhaushalten erklären lässt.⁹ Weiteren Bedarf an Wohnraum verursacht die zunehmende Alterung der Gesellschaft (Remanenzeffekt)¹⁰ und die steigende Eigentümerquote.¹¹ Welcher konkrete Wohnraumbedarf hieraus abzuleiten ist, fällt schwer zu beziffern. Die Schätzungen gehen von 350.000 bis 400.000 Wohneinheiten für die nächsten Jahre aus.¹²

Konsequenz dieser Entwicklung ist, dass in Deutschland über ein Drittel der Bevölkerung unter einem angespannten Wohnungsmarkt leidet, wobei die Mehrzahl der Betroffenen vorrangig in den Ballungsräumen lebt.¹³ Ursächlich hierfür sind neben wachsenden Bau-

⁶ *StBA* Bevölkerung im Wandel, 2019, S. 17f.

⁷ *BMVI/Infas* Mobilität in Deutschland – Zeitreihenbericht 2002–2008–2017, 2019, S. 10.

⁸ *SRU* Wohnungsneubau langfristig denken, 2018, Tz. 34.

⁹ *StBA* Entwicklung der Privathaushalte bis 2035, 2017, S. 6, 10; *StBA* PM Nr. 067 v. 28.2.17: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2017/02/PD17_067_122.html.

¹⁰ Remanenzeffekt bezeichnet die Neigung, einmal bezogene Wohnungen oder Häuser nicht zu verlassen, selbst wenn die Veränderung der Lebensumstände den Bedarf an Wohnraum mindert; vgl. *SRU* Umweltgutachten 2016, Tz. 294.

¹¹ *Deschermeier/Henger* Die Bedeutung des zukünftigen Kohorteneffekts auf den Wohnflächenkonsum, *IW Trends* 42, 23 (24); *SRU* (Fn. 8) Tz. 33.

¹² *BMUB* Wohnungs- und Immobilienmarkt, 2017, S. 13; *Henger* IW-Wohnungsbedarfsmodell, Vortrag v. 22.3.17: <https://www.wohnungsmarktbeobachtung.de/kommunen/erfahrungsaustausch/ag/nrw/03-2017.03.22/beitrag-iw>; *Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen* Wohnungswirtschaftliche Daten und Trends 2019/2020 – Kurzfassung, 2019, S. 9.

¹³ *SRU* (Fn. 8) Tz. 28.

kosten¹⁴ Grundstücksspekulationen und erhebliche Preissprünge, die durch einen Angebotsmangel in Großstadtlagen ausgelöst werden.

2. Soziale Segregation

Die schwierige Lage auf dem Wohnungsmarkt geht in der Regel vorrangig zu Lasten von Haushalten mit geringerem und mittlerem Einkommen.¹⁵ Tendenziell führt dies zu Verdrängungs- und Entmischungsprozessen, die sozial desintegrativ wirken (soziale Segregation).¹⁶ Die sozial benachteiligten Personengruppen werden häufig an die Ränder der Stadt gedrängt oder in Bereiche, die stärkeren gesundheitsbelastenden Umwelteinwirkungen (Lärm, Luftverschmutzung) ausgesetzt sind oder über geringere Freizeit- und Erholungswerte verfügen.¹⁷

3. Effizienter Ressourcenegebrauch und Ressourcenschutz

Die naheliegende Antwort auf den urbanen Wohnraummangel wäre der Wohnungsneubau oder die Bestandsentwicklung.¹⁸ Allerdings sind die hierzu benötigten Ressourcen nicht unbegrenzt verfügbar. Sofern Flächen verbraucht werden (Freiflächen, Brachflächen, Grünflächen, Baulücken oder untergenutzte Bestandsflächen), sollte mit diesem knappen Gut schonend umgegangen werden. Gleiches gilt für die Wahl der eingesetzten Bauprodukte, die durchaus unterschiedliche ökologische Bilanzen aufweisen.¹⁹ Zudem ist neben den eigentlichen Gebäudekörpern an die mit der Neuerrichtung von Wohneinheiten zu schaffende und zu erhaltende Infrastruktur zu denken.

4. Lebensqualität und Qualität des Wirtschaftsstandorts

Nimmt die Zahl der Bürger einer Stadt zu, muss das vorhandene Angebot der Stadt neu verteilt oder erweitert werden. Dies betrifft nicht nur den klassischen „Gang zur Behörde“, sondern auch die urbane Infrastruktur, die öffentlichen Räume sowie Grün- und

¹⁴ *Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen* Bericht der Baukostensenkungskommission, 2015, S. 35 ff.

¹⁵ *SRU* Klimaschutz im Straßenverkehr, 2017, Tz. 79.

¹⁶ Zum Begriff und städtebaulichen Bezug *Pernice-Warnke ZfBR* 18, 753; *Ramsauer* Steuerung sozialer und ethnischer Segregation durch städtebauliche Planungsinstrumente, 2018, S. 32 ff., 108 ff.

¹⁷ *Pratt/Vadali/Kvale/Ellickson* International Journal of Environmental Research and Public Health 15, 5355 (5356); *Hornberg/Pauli* in Haber ua, Daseinsvorsorge in der Raumentwicklung, 2014, S. 19 (22); *Bunge* in BfS ua, Umweltgerechtigkeit, 2008, S. 5/8.

¹⁸ *Pfeiffer FWS* 13, 114 (118).

¹⁹ *SRU* (Fn. 8) Tz. 76 ff.

Wasserflächen. Bei einem Zuwachs an Bewohnern und Besuchern (Pendler, Touristen) werden diese Gemeinschaftsgüter einem stärkeren Nutzungsdruck ausgesetzt. Deshalb müssen die öffentlichen Räume und Grünflächen qualitativ und quantitativ ausgebaut bzw. aufgewertet werden, um weiterhin als Erholungs- und Naturerlebnisbereiche fungieren zu können, Angebote für Bewegung und soziale Kontakte zu liefern und Gesundheitsförderung und -schutz zu begünstigen.²⁰ Außerdem muss die graue Infrastruktur (etwa Straßen, Abwasser, elektrische Versorgung) ausgebaut werden, um die Funktionstüchtigkeit des Wirtschaftsstandorts sicherzustellen.

5. Mobilität und Umlandanbindung

Mit einer wachsenden Bürgerschaft, steigenden Pendlerströmen und florierendem Tourismus wird die urbane Mobilität zum Krankheitsfall. Nicht nur dass die existierenden Infrastrukturen augenscheinlich an ihre Grenzen stoßen und die Entwicklung neuer Verkehrskonzepte anmahnen,²¹ hinzu kommen auch die durch den Verbrennungsmotor ausgelösten Luft- und Lärmbelastungen. Viele Städte können die europäischen Grenzwerte zur Luftqualität²² nicht mehr einhalten und müssen zum Teil bereits Fahrverbote aussprechen, um dem überhöhten NO_x-Gehalt entgegenzuwirken.²³ Die Abkehr vom motorisierten Individualverkehr (MIV) scheint unumgänglich zu sein. Dies gelingt nur, wenn Alternativen geschaffen werden, um dem Mobilitätsbedürfnis der Menschen gerecht zu werden. Hierzu bedarf es integrierter Mobilitätskonzepte, die den Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) mit Sharing-Angeboten, Fahrrad, E-Roller und Fußverkehr verbinden. Damit sollten Überlegungen zur Rückgewinnung öffentlichen Raums Hand in Hand gehen, die der fließende und ruhende Autoverkehr in großem Maße in Anspruch nimmt.²⁴ Außerdem darf der innerstädtische Verkehr nicht ohne seine außerstädtischen Bezüge gedacht werden. So ist vielen Pendlern, gerade wenn sie aus dünner besiedelten, durch den ÖPNV rudimentär erschlossenen Gebieten kommen, durch die Verbannung des Autos allein wenig geholfen.

²⁰ *Wüstemann/Zhang* in Grunewald ua, *Towards Green Cities*, 2018, S. 47; *SRU* (Fn. 8) Tz. 143 ff.; *BZgA Prävention und Gesundheitsförderung in Deutschland*, Sonderheft 1, 2015; *Coutts/Hahn International Journal of Environmental Research and Public Health* 15, 9768.

²¹ Näher unter → D 21 ff.

²² RL 2008/50/EG; RL 2002/49/EG.

²³ *Scheidler* DAR 2019, 17; *Schink/Fellenberg* NJW 2018, 2016.

²⁴ *SZ* Autofahrer müssen auf Platz in den Städten verzichten v. 17.5.19; *Jacoby/Wappelhorst* in dies., *Potenziale neuer Mobilitätsformen und -technologien für eine nachhaltige Raumentwicklung*, 2016, S. 205 (213); *Hamilton-Baillie Urban Design International* 2008, 130 (131 ff.).

6. Klimaschutz und Klimawandel

Klimaschutz und Klimaanpassung sind nicht nur internationale, europäische und nationale Themen; sie sind längst auf der kommunalen Ebene angekommen.²⁵ Gerade die prosperierenden großen Städte Deutschlands müssen sich ihrer Verantwortung für die Bekämpfung des Klimawandels stellen und zugleich Vorsorge treffen, um auf Klimarisiken vorbereitet zu sein.²⁶ Es geht also nicht mehr nur um die Reduzierung klimafeindlicher Treibhausgase, etwa durch die Verbesserung der Wärmebilanz von Gebäuden – gerade auch im Bestand –,²⁷ sondern auch um die Bekämpfung von Gefahren und Risiken, die in Hitzeperioden oder bei Hochwasser und Stürmen drohen.²⁸

III. Konturen einer nachhaltigen Stadt

Herausforderungen können durchaus auch Chancen eröffnen. Um diese zu nutzen, bedarf es einer klaren und abgestimmten Ausrichtung der involvierten Entscheidungsträger und sonstigen Akteure. Leitstern einer gemeinsamen Anstrengung für eine urbane Zukunft kann das Prinzip der Nachhaltigkeit sein. Hierzu muss man sich allerdings der Konturen der Nachhaltigkeit zuvor vergewissern, das politische Großthema also auf die urbane Ebene herunterbrechen.²⁹ Welche Anforderungen stellt dieser populäre, durchaus nicht ganz unkritisch gesehene Begriff³⁰ an die Stadt der Zukunft?

1. Konturenschwäche des Nachhaltigkeitsprinzips

Die konkreten Anforderungen an eine nachhaltige Stadt der Zukunft lassen sich nicht unmittelbar dem Prinzip der Nachhaltigkeit entnehmen. Zwar wurde ihm im Zuge einer längeren völkerrechtlichen Entwicklung eine bestimmte Grundaussage zugeschrie-

²⁵ *Battis/Kersten/Mitschang* ZG 2010, 246 (247).

²⁶ Städte haben in diesem Bereich durchaus schon viel unternommen; vgl. *Aust* ZUR 2018, 656 (658f.); *Ahlhelm ua* Klimaanpassung in der räumlichen Planung, 2016, S. 14 ff.; *Difu* KommAKlima – Hinweise 1, 2013, S. 2.

²⁷ *Hack* in *Danner/Theobald*, Stand 08/19, Contracting Rn. 108 ff.

²⁸ Zur Klimaadaptation *Diepes/Müller* ZfU 2018, 288; *Faßbender* ZUR 2015, 525; *Kment* (Fn. 5) 62.

²⁹ *Dangschat* Nachrichten der ARL 2019, 8 (9).

³⁰ Dazu *Kabl* in ders., Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 1 ff.; *Frenzel* Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung?, 2005, S. 44 ff.; deutlich: *Hagist/Moog/Raffelbüschen* ZSE 2014, 529 (546): „typisches Wieselwort: Die Verpackung mag schön sein, der Begriff ist jedoch meist inhaltsleer“; ebenso *Felber* in *Pufé*, Nachhaltigkeit, 2014, S. 5: „gleichsam schillernder wie ungreifbarer Leitbegriff der Postmoderne“.

ben;³¹ der Begriff der Nachhaltigkeit ist allerdings stets vage geblieben. Auch der deutsche Gesetzgeber hat „Nachhaltigkeit“ zwar als Begriff in den nationalen Normtext aufgenommen, gleichwohl aber keine weitere verbindliche allgemeingültige Konkretisierung vorgenommen. Daher zeigt die Nachhaltigkeit verschiedene Ausprägungen, meist kontextabhängig.³² Ihre Inhalte changieren zwischen einem – gerade im Umweltschutzrecht anzutreffenden – stark an ökologischen Belangen ausgerichteten Verständnis (sog. eindimensionale Nachhaltigkeit),³³ das insb. den ressourcenschonenden Gehalt der Nachhaltigkeit betont, und einem – insb. im Bereich des Planungsrechts etablierten – breiteren 3-Säulen-Ansatz, der die Verbindung und den Ausgleich von ökologischen, ökonomischen und sozialen Interessen sucht (sog. dreidimensionale Nachhaltigkeit).³⁴ Außerdem wird überwiegend mit der Nachhaltigkeit ein besonderes Zeitmoment der Problemlösung verbunden (Zukunftsbezug), um bei der Entscheidungsfindung durch eine Betrachtung der langfristigen Wirkungen einer geplanten Maßnahme für Generationengerechtigkeit unter Einbeziehung künftiger Generationen zu sorgen.³⁵ Diese intergenerationelle Gerechtigkeit wird typischerweise noch um eine intragenerationelle Gerechtigkeit im Sinne der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse ergänzt.³⁶

In dieser abstrakt gehaltenen Form bleibt die Nachhaltigkeit letztlich zu unbestimmt, um Entscheidungen eigenständig zu programmieren.³⁷ Sie muss zuvor ausgestaltet und in einen Kontext gesetzt werden, bevor aus ihr Handlungsaufträge abgeleitet werden können.

2. Ganzheitliche urbane Nachhaltigkeitsstrategien

a) Konzeptionsfülle

Die erforderliche Präzisierungsbearbeitung hat unterschiedliche politische Papiere, Absichtserklärungen, Strategien und Übereinkünfte,

³¹ Kment Die Neujustierung der Nachhaltigkeit, 2019, S. 7 ff.; Ronellenfitsch NVwZ 2006, 385 (386).

³² Lange in ders., Nachhaltigkeit im Recht, 2003, S. 109 (126 f.).

³³ Vgl. Hahn Umwelt- und zukunftsverträgliche Entscheidungsfindung des Staates, 2017, S. 154 ff.

³⁴ Kersten Das Anthropozän-Konzept, 2014, S. 45; für die Berücksichtigung sogar einer vierten Säule kultureller Interessen votiert Gärditz in Kahl (Fn. 30) S. 137 (140 f.); Kahl/Glaser in Lange (Fn. 32) S. 9.

³⁵ Bosselmann Principle of Sustainability, 2017, S. 54 f.; Roden Urbane Biodiversität als städtebauliches Nachhaltigkeitskonzept, 2017, S. 63 f.; Appel in Kahl, Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, 2016, S. 83; Schomerus in Heinrichs/Michelsen, Nachhaltigkeitswissenschaften, 2014, S. 290 (293 ff.).

³⁶ Battis/Kersten EuR 2009, 3 (10); Menzel ZRP 2001, 221 (224); Huber Strategien für eine ökologische und soziale Erdpolitik, 1995, S. 87 ff.

³⁷ Gärditz in Kahl (Fn. 35) S. 351 (352).

die von der internationalen bis zur nationalen Ebene reichen, zum Gegenstand. Teilweise sind sie als übergreifende Leitbilder konzipiert, wie etwa die UN sustainable development goals³⁸ oder die Nachhaltigkeitsstrategien auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene,³⁹ teilweise adressieren sie aber auch unmittelbar die nachhaltige Stadt, wie die UN-New Urban Agenda⁴⁰ oder die europäische Leipzig Charta.⁴¹ Ergänzend kommen Sektorstrategien hinzu, wie EU-Einzelprojekte zu Mobilität und Transport⁴² oder der Bürgermeisterkonvent für Klima und Energie der EU,⁴³ die partikuläre Ergänzungen bzw. themenspezifische Konkretisierungen liefern. Alle diese Dokumente erzeugen allerdings keine *rechtliche* Verbindlichkeit; sie dürfen jedoch als Belange in behördliche Ermessens- oder Abwägungsentscheidungen einbezogen werden.⁴⁴

b) Leipzig Charta

Eines der wichtigsten Dokumente zur Formung eines urbanen Nachhaltigkeitsverständnisses ist die Leipzig Charta aus dem Jahre 2007. Es handelt sich hierbei um ein von den für Raumentwicklung zuständigen Ministern der EU-Mitgliedsstaaten unterzeichnetes Dokument zu den gemeinsamen Grundsätzen und Strategien für die Stadtentwicklungspolitik auf dem Weg zur nachhaltigen europäischen Stadt. Die Leipzig Charta versteht sich dabei als Gegenpol zu früheren Stadtentwicklungskonzeptionen. So wendet sie sich gegen die grundsätzliche Trennung der urbanen Nutzungen (so noch

³⁸ S. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>; Falke ZUR 2015, 696 (698 f.).

³⁹ BReg Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Aktualisierung 2018: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975292/1559082/a9795692a667605f652981aa9b6cab51/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-aktualisierung-2018-download-bpa-data.pdf?download=1>; Habn (Fn. 33) S. 182 ff.; LReg NRW Gemeinsam für nachhaltige Entwicklung in NRW, 2016: https://www.nachhaltigkeit.nrw.de/fileadmin/user_upload/Nachhaltigkeitsstrategie_PDFs/NRW_Nachhaltigkeitsstrategie_Broschuere_DE_Online_Version_22032017.pdf; StaatsReg BAY Bayerische Nachhaltigkeitsstrategie, 2016: https://www.nachhaltigkeit.bayern.de/strategie/globale_verantwortung_und_vernetzung/index.htm; Deter ZUR 2012, 157 (158).

⁴⁰ Die New Urban Agenda (<http://www.habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-English.pdf>) wurde auf der Konferenz der UN „Housing and Sustainable Urban Development (Habitat III)“ in Quito (Ecuador) am 20.10.16 angenommen.

⁴¹ Leipzig Charta, 2007: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/bauen/wohnen/leipzig-charta.pdf;jsessionid=46EEE6AF576F8F76BFB84BEAF914006B.2_cid373?__blob=publicationFile&v=2.

⁴² ZB Transforming Transport (<https://transformingtransport.eu/>).

⁴³ Aust ZaöRV 2013, 673 (690 ff.).

⁴⁴ Kment NuR 2018, 217 (219); Windoffer DÖV 2014, 654 (659 f.); Köck LKV 2010, 404 (407).

„Charta von Athen“),⁴⁵ gegen die Dominanz des Automobils in der Stadt (Konzept der „autogerechten Stadt“),⁴⁶ gegen einseitige Besitzansprüche Einzelner und gegen ein Urbanitätsbild, das primär auf Dichte setzt.⁴⁷ Deshalb empfiehlt sie „Ansätze einer integrierten Stadtentwicklungspolitik stärker zu nutzen“, indem u.a. qualitätsvolle öffentliche Räume hergestellt und gesichert werden, Infrastrukturnetze modernisiert werden und die Energieeffizienz gesteigert wird. Es ist ihr ein Anliegen, dass Wohnen, Arbeiten und Freizeit in den Städten wieder stärker miteinander vermischt werden.⁴⁸ Dadurch sollen die Städte spannender, lebendiger sowie sozial und ökonomisch stabiler werden. Weiter verlangt die Leipzig Charta, dass städtebauliche Aufwertungsstrategien verstetigt werden, die lokale Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik gestärkt, mehr aktive Innovations- und Bildungspolitik für Kinder und Jugendliche etabliert und ein leistungsstarker und preisgünstiger Stadtverkehr gefördert wird.⁴⁹

3. Gleichgerichtetheit und Gegensätzlichkeit urbaner Nachhaltigkeitsziele

Eine nähere Betrachtung der Zielsetzung der Leipzig Charta verdeutlicht, dass einige ihrer Inhalte durchaus gleichgerichtet sind, andere aber Gegensätze aufweisen.⁵⁰ So dürfte etwa die empfohlene Nutzungsmischung mit Blick auf Lärmbelastungen durchaus Konfliktpotenziale bereithalten, andererseits aber eine Stadt der kurzen Wege mit einem reduzierten Verkehrsaufkommen und mit lokal angesiedelter Wirtschaft fördern. Die angestrebte Innenverdichtung schont Freiflächen im Außenbereich und dient dem Klimaschutz. Andererseits verschlingt sie aber möglicherweise wertvolle Innenbereichsflächen und fördert die Überhitzung der Innenstädte, so dass die Anpassung an den Klimawandel erschwert wird.⁵¹

Einzelne Zielsetzungen einer nachhaltigen Stadt der Zukunft werden somit schnell zu Verbündeten, andere steuern auf einen Konflikt zu. Diese innere Zerrissenheit ist nicht nur prägend für die Gestal-

⁴⁵ Wienhues/Knickmeier FWS 2017, 129; *Le Corbusier* An die Studenten – Die „Charte d’Athènes“, 1962, S. 99f.

⁴⁶ S. dazu auch mit Blick auf die entwicklungsgeschichtliche Einbindung *Canzler/Knie* ZPol 2017, 475 (476 ff.); *dies.* Das Ende des Automobils, 1994, S. 19 ff.

⁴⁷ *Fürst/Himmelbach/Potz* Leitbilder der räumlichen Stadtentwicklung im 20. Jahrhundert, 1999, S. 49 ff.

⁴⁸ S. auch *BMI* Die Leipzig-Charta, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/DE/themen/bauen-wohnen/leipzig-charta/leipzig-charta.html>; *Krautzberger/Stüer* BauR 2019, 1708 (1712).

⁴⁹ Die Leipzig Charta ist Ausgangspunkt weiterer politischer Initiativen, vgl. *BBSR* Zehn Jahre Leipzig-Charta, 2017, S. 13 f.

⁵⁰ *SRU* (Fn. 8) Tz. 60.

⁵¹ *Franßen* ZUR 2017, 532 (535).

tungsherausforderung, die in der zukunftsweisenden Entwicklung der Stadt liegt. Sie ist zugleich prägend für die Nachhaltigkeit an sich. Nicht grundlos wird daher der Nachhaltigkeit nicht nur ein konfliktinhärenter Wertekanon entnommen, sondern in ihr auch ein Aufruf zur kontextuell abhängigen Konfliktlösung entdeckt.⁵²

4. Austarierungsprozesse: Partizipation und öffentlicher Diskurs

Nachhaltigkeit steuert auf einen deliberativen Prozess zu, bei welchem öffentliche Entscheidungsträger und alle gesellschaftlichen Gruppen (inkl. zukünftige Generationen) einzubeziehen sind; dies betont auch die Leipzig Charta. Auf der Grundlage erster Konkretisierungsansätze der Nachhaltigkeit (mittlere Abstraktionsebene)⁵³ sollen gemeinsam konkrete, situationsspezifische Ziele und deren Priorisierung ausgehandelt werden.⁵⁴ Die hieraus resultierenden Zielkonflikte klar zu identifizieren und zu minimieren, ist dabei die Kernherausforderung.⁵⁵

Ein solcher Diskurs kann sogar dazu führen, dass sich die lokalen Akteure von gesetzgeberischen Grundentscheidungen und gesamtgesellschaftlichen Pauschallösungen entfernen und bspw. eine Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen einer weiteren Innenverdichtung der Stadt vorziehen.⁵⁶

IV. Ausrichtung des Gutachtens

1. Untersuchungsgegenstand

Der Umbau unserer Städte zu Städten der Zukunft ist eine Jahrhundertaufgabe und übersteigt die Kräfte des Einzelnen. Daher muss sich auch die vorliegende Untersuchung auf die Betrachtung von Einzelfragen beschränken.⁵⁷ Sie konzentriert sich zunächst auf wachsende Städte mit mindestens 100.000 Einwohnern (Großstädte). In diesem Kontext wird sie sich der Neuausrichtung der Mobilität in der Stadt, der Innenentwicklung unter Beachtung des Umweltschutzes und der Wohnraumversorgung der Stadtbürger widmen. Inner-

⁵² Roden (Fn. 35) S. 67.

⁵³ S. → D 16ff.

⁵⁴ Menzel (Fn. 36) 228; Zilleßen APuZ 1998, 3 (4ff.); Feindt APuZ 1997, 39 (41ff.).

⁵⁵ Glaser Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, 2006, S. 70ff.; UBA Nachhaltige Entwicklung in Deutschland, 2002, S. 1f.; Optielka UPR 2001, 121 (129).

⁵⁶ SZ Freiburger stimmen in Bürgerentscheid für neues Stadtviertel v. 25.2.19; vgl. hierzu und zu weiteren aktuellen Fallbeispielen nachhaltigkeitsrelevanter Bürgerbegehren und Bürgerentscheide *Kabl* VBIBW 2019, 353 (356ff.).

⁵⁷ S. ergänzend die Darstellung von *Baumgart* in diesem Band.

halb dieses Rahmens wird der Fokus auf die Rechtsfragen des Bau- und Planungsrechts sowie des Infrastruktur- und Umweltrechts gelegt werden, wobei selbst bei dieser Verengung eine erschöpfende Analyse aufgrund der Vorgaben zum Gutachtenumfang nicht gewährleistet werden kann. Außerdem kann die Untersuchung nicht den Diskurs zur Konkretisierung der nachhaltigkeitsgetragenen Zielbestimmung vorwegnehmen, wie er als Ausprägung von Nachhaltigkeit erforderlich ist.⁵⁸

2. Prämissen

Bei der Ausarbeitung dieses Gutachtens sollen bestimmte Prämissen zugrunde gelegt werden, welche die Argumentation leiten, aber nicht abschließend binden. Hierzu gehört zunächst die Offenheit für verschiedene Technologien. Da nicht absehbar ist, welche technologischen Errungenschaften sich letztlich durchsetzen werden, soll möglichst keine rechtliche Aussage getroffen werden, die bestimmte andere Technologien ausschließt.

Außerdem will die Untersuchung einen möglichst hohen Grad an Flexibilität sicherstellen, um unerwarteten Änderungen und Entwicklungen nicht im Weg zu stehen (no-regret-Ansatz).⁵⁹ Zudem verschreibt sie sich dem Ziel, nach ressourcenschonenden Lösungen zu suchen, Interdependenzen (auch zum nichtstädtischen Bereich) im Blick zu behalten und dem Aspekt der Umweltgerechtigkeit Beachtung zu schenken.

⁵⁸ S. → D 18f.

⁵⁹ Dazu *Weidlich* NZV 2011, 73 (74).

B. Neuausrichtung der urbanen Mobilität

Die Neuausrichtung der urbanen Mobilität ist eine der zentralen Schlüsselstellen zukünftiger Stadtentwicklung. Im Zentrum steht der motorisierte Individualverkehr (MIV), der einen wesentlichen Teil der Umweltbelastungen in Innenstädten verursacht und dort maßgeblich zur Staubildung beiträgt. Diese Problematik greift die vorliegende Untersuchung auf. Sie verschließt sich gleichwohl nicht der Betrachtung der übrigen Mobilitätspfade, nimmt diese aber in der Regel nur dann in Bezug, wenn sich hieraus Bezüge zum MIV ableiten lassen. Mit dieser Schwerpunktsetzung soll nicht die Verantwortung anderer Mobilitätsformen (LKW, Bus, Schiff, Flugzeug etc.) für Umweltbelastungen und Verkehrsmisereen verschleiert werden; auch kommt damit nicht zum Ausdruck, dass alternative Antriebsformen nicht auch zu verkehrsrelevanten, ökonomischen, sozialen oder ökologischen Problemen führen können.

I. Mobilität der Gegenwart: eine düstere Bilanz

1. Perspektive der Verkehrsteilnehmer und wirtschaftliche Kosten

Die urbane Mobilität der Gegenwart avanciert schon länger zum Sorgenkind des urbanen Lebens.⁶⁰ Dies spüren an erster Stelle die Teilnehmer des MIV selbst: Mit 2.000 Staus pro Tag ganz im gesamtdeutschen Trend liegend⁶¹ rauben Staus etwa in Berlin einem Bürger durchschnittlich 154 Stunden im Jahr, in München sind es 140 und in Hamburg 139 Stunden.⁶² In Relation gesetzt dauert eine Autofahrt damit in diesen drei Städten im Durchschnitt mindestens 30 % länger als eine Fahrt ohne Verkehrsbehinderung beanspruchen würde; in Stoßzeiten fällt das sog. „Staulevel“ naturgemäß sogar noch deutlich drastischer aus.⁶³ Der wirtschaftliche Schaden ist

⁶⁰ BReg Umweltbericht 2019, BT-Drs. 19/13400, 125.

⁶¹ FAZ 459.000 Stunden in Staus verbracht v. 17.1.19.

⁶² Spiegel Online In diesen Städten stehen Sie am längsten v. 12.2.19. Nach einer Erhebung des Kartenherstellers TomTom sollen 2018 zwar Rekordbelastungen vorgelegen haben, gleichwohl wurden Werte unter 113 Stunden ermittelt, wobei Hamburg an der Spitze der betroffenen Städte lag, vgl. Spiegel Online In diesen Städten verlieren Autofahrer die meiste Zeit v. 4.6.19.

⁶³ Spiegel Online (Fn. 62) v. 4.6.19. In diesen Phasen, so schlägt Kreibich in Behrendt/Kreibich, Die Mobilität von Morgen, 1998, S. 13 (18) vor, sollte im Verkehrsfunk nur noch berichtet werden, „auf welchen Wegen es noch Chancen gibt, das Auto als Fahrzeug zu benutzen.“

immens:⁶⁴ Allein in den drei herangezogenen Städten ist er mit insgesamt mehr als 3 Mrd. EUR pro Jahr zu beziffern.⁶⁵

2. Perspektive der Verkehrsbetroffenen

a) Luftverschmutzung

Städtischer Verkehr ist nicht nur für seine Teilnehmer eine Belastung, er ruft auch externe Nachteile hervor.⁶⁶ Die Automotorisierung zeichnet neben spürbaren Auswirkungen auf Umwelt und menschliche Gesundheit zudem verantwortlich für eine verringerte menschliche Lebensqualität.⁶⁷ Ursächlich hierfür sind schädliche Mengen an Treibhausgasemissionen, insb. CO₂-Emissionen,⁶⁸ und die Freisetzung von Schadstoffen wie Stickstoffoxiden (NO_x), Feinstaub und flüchtigen organischen Verbindungen (NMVOC).⁶⁹ Die negativen Wirkungen von Treibhausgasen für den Klimahaushalt der Erde sind hinlänglich bekannt.⁷⁰ Stickstoffoxide können bei akut hohen Belastungen des Menschen Asthmaanfälle auslösen und bei längeren Expositionen Atemwegserkrankungen, wie chronische Bronchitis, hervorrufen.⁷¹ Deutlich gesundheitsschädlicher sind aber Feinstaubbelastungen: „Ganz feine Partikel (Ultrafeinstaub) können über die Lunge in den Blutkreislauf gelangen und auf diesem Weg (...) Gesundheitsstörungen auslösen.“⁷²

b) Lärmbelastung

Neben der Luftbelastung ist der Straßenverkehr auch eine gewichtige Lärmquelle. 75 % aller Deutschen fühlen sich hierdurch gestört.⁷³ Tatsächlich wurden bereits im Jahr 2011 mehr als 2,5 Mio. Betroffene tagsüber überhöhten Lärmbelastungen ausgesetzt; nachts lag der Wert sogar bei ca. 2,9 Mio.⁷⁴ Dies sind 85–90 mal mehr Betroffene als sie der Luftverkehr zu verantworten hat,⁷⁵ wobei der

⁶⁴ *EU-KOM* Eine nachhaltige Zukunft für den Verkehr, 2009, Rn. 33.

⁶⁵ *Spiegel Online* (Fn. 62) v. 12.2.19; bundesweit hat *Ronellenfitsch* (Fn. 31) 387 einen Schaden von 97 Mrd. EUR/Jahr festgestellt.

⁶⁶ Ausführlich *Koch/Ziehm* ZUR 2005, 406 ff.

⁶⁷ *Reutter/Reutter* Autofreies Leben in der Stadt, 1996, S. 2.

⁶⁸ Die CO₂-Werte gehen Hand in Hand mit einem zu hohen Energieverbrauch im MIV, vgl. dazu *BReg* (Fn. 60) 134 f.

⁶⁹ *SRU* (Fn. 15) Tz. 75; *Koch/Ziehm* (Fn. 66) 407.

⁷⁰ *Feldman ua* Observational determination of surface radiative forcing by CO₂ from 2000 to 2010, *Nature* 2015, 339.

⁷¹ *Kebe/Eyer* in Marquardt/Schäfer/Barth, *Toxikologie*, 2013, S. 855 (878); *LANUV NRW* Gesundheitliche Wirkungen von Feinstaub und Stickstoffdioxid, 2010, S. 12 ff.

⁷² *Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina* Saubere Luft – Stickstoffoxide und Feinstaub in der Atemluft, 2019, S. 9.

⁷³ Vgl. <https://www.umweltbundesamt.de/themen/verkehr-laerm/verkehrs-laerm>.

⁷⁴ *UBA* Indikatorenbericht – Daten zur Umwelt 2017, 2017, S. 78.

⁷⁵ Ebda.

Großteil dieser Betroffenen in der Stadt lebt.⁷⁶ Lärmbelastungen verursachen bereits bei geringen Überschreitungen Schlafstörungen, überdies steigt das Risiko von Herz-Kreislauf-Erkrankungen⁷⁷ und die Lebenserwartung sinkt.⁷⁸

c) Flächenverbrauch und Zäsurwirkung

Weiterer Nachteil des Straßenverkehrs ist sein erheblicher Flächenverbrauch, der den des Rad- und Fußgängerverkehrs um etwa das Fünf- bis Zehnfache übersteigt.⁷⁹ Fahrzeuge sind im Durchschnitt lediglich 3 % des Tages im Gebrauch,⁸⁰ was ihnen die Bezeichnung als „Stehzeug“ eingebracht hat.⁸¹ Ruhend dominieren sie das Stadtbild und entziehen der Stadtbevölkerung Flächen, die für andere Nutzungen dringend benötigt werden.⁸² Nicht nur durch seine Präsenz, sondern auch wegen der Zäsurwirkung befahrener Straßen behindert das Automobil u.a. die soziale Interaktion und schränkt Bewegungsmöglichkeiten ein.⁸³ Dies geht insb. zu Lasten von Kindern und älteren Menschen, betrifft aber auch spürbar Bürger mit einer eingeschränkten Mobilität.⁸⁴

d) Unfallopfer

Dem motorisierten Straßenverkehr fallen nach wie vor viele Menschen zum Opfer. Im Jahr 2018 ist ihre Zahl wieder um 3 % gestiegen und liegt bei 3.275 Verkehrstoten deutschlandweit.⁸⁵ Die meisten Unfälle mit Personenschäden ereignen sich dabei in geschlossenen Ortschaften (69 %), wobei von diesen Unfällen 30 % tödlich enden.⁸⁶ Fahrradfahrer werden hierbei zunehmend verletzt.⁸⁷

⁷⁶ *Mitschang ZiBR* 2009, 538 (539) spricht im Jahr 2009 bereits von 15,9 % der Stadtbevölkerung, die unter überhöhten Lärmbelastungen leiden.

⁷⁷ *SRU* (Fn. 15) Tz. 76.

⁷⁸ Die WHO geht davon aus, dass allein in Westeuropa jährlich über 1 Mio. „gesunde“ Lebensjahre durch Tod (YLL = Years of Life Lost) oder gesundheitliche Beeinträchtigungen (YLD = Years Lived with Disability) verloren gehen (sog. DALY = disability-adjusted life year), *Theakston ua* Burden of disease from environmental noise, 2011, S. 101 f.

⁷⁹ *SRU* Verantwortung in einer begrenzten Welt, 2012, Tz. 291; eine noch schlechtere Bilanz für den PKW zieht *VCO* Urbaner Verkehr der Zukunft, 2016, S. 14: zwölf-facher Flächenverbrauch.

⁸⁰ *BMVI/Infas* (Fn. 7) S. 70.

⁸¹ *Kreibich* (Fn. 63) S. 17; *Canzler/Knie* (Fn. 46) S. 68.

⁸² Teilweise wird auch ein flächendeckend illegales Parken geduldet; vgl. *Schütte* ZUR 2018, 65.

⁸³ *SRU* (Fn. 15) Tz. 78.

⁸⁴ *Schütte* (Fn. 82) 65; *SRU* (Fn. 79) Tz. 291 ff.

⁸⁵ *StBA* Verkehr – Verkehrsunfälle 2018, 2019, S. 44.

⁸⁶ *StBA* (Fn. 85) S. 43.

⁸⁷ *StBA* (Fn. 85) S. 45.

II. Bemühungen um Abhilfe

1. Ergriffene Maßnahmen

Bund, Länder und Gemeinden haben in der Vergangenheit unterschiedliche Maßnahmen ergriffen, um den beschriebenen Problemlagen entgegenzuwirken. Im Kern setzen sie auf eine indirekte Verhaltenssteuerung. Über finanzielle Anreize,⁸⁸ etwa Umweltboni, Steuer- oder Gebührentlastungen, möchten sie alternative Antriebsformen wie die Elektromobilität attraktiver machen. Ergänzt wird dieser Ansatz durch verkehrliche Begünstigungen, wie bspw. die privilegierte Nutzung von Busspuren oder bevorrechtigtes Parken von E-Fahrzeugen⁸⁹ oder PKW, die in ein Carsharing eingebunden sind.⁹⁰ Ferner werden Anstrengungen unternommen, die Infrastrukturdefizite alternativer Technologien (Ladeinfrastruktur) auszugleichen und Markthindernisse abzubauen.⁹¹

2. Ernüchternder Befund zur Wirkung der Maßnahmen

Nicht alle der ergriffenen Maßnahmen können zum jetzigen Zeitpunkt bilanziert werden. Gleichwohl ist deutlich erkennbar, dass die Fördermaßnahmen zur Elektrifizierung des Straßenverkehrs bislang kaum Wirkung entfalten konnten: Am 1.1.2019 waren in der BRD über 31 Mio. Benziner und über 15 Mio. Dieselfahrzeuge angemeldet. Demgegenüber waren es lediglich 80.776 Elektrofahrzeuge und 66.997 Hybrid-PKW mit einem Plug-In. Zählt man (fälschlicherweise) die Hybrid-PKW mit Plug-In zu den „reinen“ Elektrofahrzeugen,⁹² liegt der Anteil dieser Gruppe mit 147.773 Fahrzeugen lediglich bei 0,31 % aller in Deutschland angemeldeten PKW (47.095.784) und damit im eigentlich vernachlässigbaren Promillebereich.⁹³ Es

⁸⁸ RL zur Förderung des Absatzes von elektrisch betriebenen Fahrzeugen (Umweltbonus) v. 28.5.19, BÄNZ AT 5.6.19 B1; G zur steuerlichen Förderung von Elektromobilität im Straßenverkehr v. 17.11.16, BGBl. 2016 I, 2498; G zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften v. 11.12.18, BGBl. 2018 I, 2338.

⁸⁹ Vgl. Elektromobilitätsg v. 24.9.15, BGBl. 2015 I, 898; das Gesetz ist gem. § 8 Abs. 2 EmoG zeitlich begrenzt und tritt am 31.12.26 außer Kraft; vgl. zu Einzelheiten *Maslaton/Hauk NVwZ* 2015, 555.

⁹⁰ G zur Bevorrechtigung des Carsharing v. 5.7.17, BGBl. 2017 I, 2230.

⁹¹ LadesäulenVO v. 9.3.16, BGBl. 2016 I, 457; geändert durch Art. 1 der VO v. 1.6.17, BGBl. 2017 I, 1520.

⁹² So *BMVI/BMU* Berichterstattung zum EmoG, 2018, S. 11.

⁹³ Daten des KBA, vgl. https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Umwelt/2019_b_umwelt_dusl.html?nn=663524.

stimmt zwar ein wenig zuversichtlich, dass sich die Zahl der neu angemeldeten Elektrofahrzeuge vom 1.1.2018 bis zum 1.1.2019 um über 50 % erhöht hat und sich bei den privat angeschafften Elektro-PKW typischerweise in Stadtregionen Anhäufungen finden lassen.⁹⁴ Dennoch sind die Gesamtanteile der Elektromobilität deutlich zu niedrig, um von einer Verkehrswende sprechen zu können.⁹⁵ Zum Vergleich: In Deutschland wurden allein im Jahr 2019 nach Angaben des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) über 1 Mio. sog. SUV und Geländewagen neu zugelassen.⁹⁶

Auch bei der Gesamtzahl der zugelassenen PKW gibt es keine Entwarnung. Zwar sank die Zahl der neu zugelassenen Fahrzeuge im Vergleich zum Vorjahr um 0,2 %. Die Gesamtzahl der im Verkehr befindlichen PKW nahm jedoch um 1,3 % zu.⁹⁷ Damit steigt die Verkehrsdichte weiter und der CO₂-Ausstoß ist ungebremst hoch bei zuletzt 159 Mio. t in 2016.⁹⁸

3. Beharrungskräfte und Hindernisse

Die Zahlen zum Verkehrsverhalten der Deutschen legen starke Beharrungskräfte offen. Neben der sozio-kulturellen Verankerung des Automobils⁹⁹ und dem Mangel an attraktiven Alternativen (gerade zu Stoßzeiten)¹⁰⁰ dürfte auch das steigende Mobilitätsbedürfnis der Bevölkerung eine entscheidende Rolle spielen.¹⁰¹ Außerdem sind mehr als 7,7 % der gesamten Wirtschaftsleistung Deutschlands direkt oder indirekt von der Autoindustrie abhängig¹⁰² und ca. 820.000 Personen bei Autobauern und Zulieferern beschäftigt.¹⁰³ Diese wirtschaftliche Bedeutung schlägt in eine politische Stärke um, die

⁹⁴ KBA Höhere private Elektro-Mobilität in Stadtregionen, https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Umwelt/2019_b_kurzbericht_umwelt_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

⁹⁵ S. auch *BMVI/BMU* (Fn. 92) S. 11.

⁹⁶ KBA Neuzulassungsbarometer 11/2019: https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Neuzulassungen/MonatlicheNeuzulassungen/2019/201911_GImonatlich/201911_nzbarometer/201911_n_barometer.html?nn=653844.

⁹⁷ KBA Personenkraftwagen am 1. Januar 2019 nach ausgewählten Merkmalen, https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Bestand/Jahresbilanz/2019_b_barometer.html?nn=2084378.

⁹⁸ *BMVI* Verkehr in Zahlen 2018/2019, 2018, S. 311.

⁹⁹ *Buda/Grötzbach/Monheim* Nachhaltige Mobilitätskultur, 2010, S. 122 ff.; *SRU* Umwelt und Straßenverkehr, 2005, Tz. 116 ff.; *Schmucki* in Koch, Rechtliche Instrumente einer dauerhaft umweltgerechten Verkehrspolitik, 2000, S. 9 (12 ff., 36 ff.); *Reisch* Status und Position, 1995.

¹⁰⁰ *Haack/Dathe* ZRP 2019, 81.

¹⁰¹ *Reimer* EurUP 2019, 371 (373); *Kreibich* (Fn. 63) 18.

¹⁰² *WirtschaftsWoche* So abhängig ist Deutschland von der Autoindustrie v. 27.7.17.

¹⁰³ *BMW* Automobilindustrie, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Branchenfokus/Industrie/branchenfokus-automobilindustrie.html>.

durchaus Verzögerungen bei der Regulierung des Verkehrssektors erklären kann.¹⁰⁴ Weitere Hemmnisse bei der umgehenden Umgestaltung des Verkehrssektors in den deutschen Städten dürften sozio-ökonomische und technische Ungewissheiten sein. Unkenntnis über die technischen Potentiale oder die Umweltbilanz alternativer Antriebstechniken¹⁰⁵ hemmt politische Entscheidungen ebenso wie offene Fragen sozio-ökonomischen Nutzerverhaltens als Reaktion auf verkehrsrelevante staatliche Maßnahmen (Verlagerungseffekte).¹⁰⁶ Zwar werden politische Entscheidungen oft in einem Umfeld der Ungewissheit getroffen,¹⁰⁷ der Grad der Unwägbarkeit und die Tragweite einer politischen Richtungsentscheidung im Verkehrssegment sind aktuell gleichwohl besonders hoch, was wenig förderlich ist.¹⁰⁸

III. Alternative Entwicklungslinien zukünftiger Mobilität

1. Indirekte Steuerungsinstrumente

Der nachdenklich machende Befund zum MIV, der die „Sackgassensituation unserer heutigen Handlungskonzepte“¹⁰⁹ aufzeigt, regt dazu an, über alternative nachhaltige Mobilitätskonzepte in deutschen Innenstädten nachzudenken. Eine Option besteht darin, den Fokus auf die Intensivierung indirekter Steuerungsinstrumente zu legen, mithin den von staatlicher Seite bislang eingeschlagenen Weg¹¹⁰ – wenn auch mit Modifikationen – weiterzuverfolgen.¹¹¹ Damit würde primär auf finanzielle Anreize, etwa erhöhte Steuern für PKW mit Verbrennungsmotoren, Abschaffung des Dieselprivilegs bei der Kraftstoffsteuer, steuerliche Vergünstigungen für alternative Antriebstechniken, „Abwrackprämien“ für Altfahrzeuge oder

¹⁰⁴ Reimer (Fn. 101) 375 – auch zu Relativierungen des Einflusses; s. zudem Schütte (Fn. 82) 65f.; Loske IR 2017, 225 (227f.).

¹⁰⁵ Siehe hierzu den offenen Konflikt zwischen Buchal/Karl/Sinn Ifo Schnelldienst 8/19, 40 und Adam ZNER 2019, 275f. Siehe auch Deutschlandfunk Gut für die Stadtluft, schlecht für die Umwelt? v. 31.7.17, https://www.deutschlandfunk.de/elektroautos-gut-fuer-die-stadtluft-schlecht-fuer-die-umwelt.697.de.html?dram:article_id=392370.

¹⁰⁶ BMVI MKS-Fachworkshop „Neue Mobilitätskonzepte im Personenverkehr“, 2018, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/MKS/Archiv/fachworkshop-mobilitaetskonzepte-personenverkehr.html?nn=214182>.

¹⁰⁷ Reimer (Fn. 101) 375; Reinhardt in Marburger/Reinhardt/Schröder, Bewältigung von Langzeitrisiken im Umwelt- und Technikrecht, 1998, S. 73 (98).

¹⁰⁸ Deutschlandfunk „Wir sind überfüllt“ v. 13.2.19, https://www.deutschlandfunk.de/oepnv-in-deutschen-grossstaedten-wir-sind-ueberfuellt.769.de.html?dram:article_id=440992.

¹⁰⁹ Kreibich (Fn. 63) 25.

¹¹⁰ S. → D 24.

¹¹¹ Zu finanziellen Fehlanreizen: Dangschat (Fn. 29) 10.

eine City-Maut für das Einfahren in die Stadt, gesetzt,¹¹² um die Bevölkerung zu einem neuen Mobilitätsverhalten zu „motivieren.“ In dieselbe Richtung weisen Überlegungen zu weiteren verkehrlichen Begünstigungen alternativer Antriebsarten oder Mobilitätsformen, wie bspw. die privilegierte Nutzung einer eigenen Fahrspur *neben*¹¹³ der Busspur oder der exklusiven Zufahrt zu attraktiven Teilen der Innenstadt. Gleiche Privilegien könnten für Fahrzeuge mit mindestens drei Passagieren gelten oder für Carsharing-Konzepte.¹¹⁴ Schließlich könnten Grünphasen auf den Fahrradverkehr ausgerichtet werden.¹¹⁵

2. Unmittelbare hoheitliche Gestaltung des Verkehrs

Die indirekten Steuerungsinstrumente sind von Modellen zu unterscheiden, die eine Veränderung durch Ge- und Verbote durchsetzen möchten. In diesem Segment gibt es Überlegungen, unmittelbar bei den Fahrzeugen anzusetzen. So könnten sehr strikte Schadstoff- und Lärmgrenzwerte für Otto- oder Dieselmotoren eingeführt oder eine technische Nachrüstung verlangt werden. Noch weiter ginge es, wenn nur noch Fahrzeuge mit Elektro-, Hybrid- oder Wasserstoffzellenantrieb zugelassen würden. Ebenfalls sehr eingriffsintensiv wären eine vollständige Sperrung der Innenstädte für den MIV („autofreie Stadt“)¹¹⁶ oder zonen- oder streckenbezogene Verkehrsverbote. Stark regulierend kann auch die Parkraumbewirtschaftung sein,¹¹⁷ insb. wenn erwogen würde, das Parken auf öffentlichen Straßen und Plätzen ganz abzuschaffen.¹¹⁸ Hierbei könnte man auch zwischen bestimmten Antriebssystemen differenzieren und bspw. Dieselfahrzeuge gezielt ausschließen. Zudem liegt eine Änderung der Stellplatz- und Garagenordnungen nahe.¹¹⁹

¹¹² Schütte (Fn. 82) 65.

¹¹³ Anders die bisherige Möglichkeit, wonach mittels Verkehrszeichen 1024-20 die Busspur auch für Elektrofahrzeuge geöffnet werden kann und damit den ÖPNV zusätzlich behindert.

¹¹⁴ Zum Carsharing Petersen in Behrendt/Kreibich (Fn. 63) S. 241 ff.

¹¹⁵ SZ Grüne Welle für Radler v. 8.9.19.

¹¹⁶ Hierzu etwa SZ So funktioniert eine Stadt ohne Autos v. 21.12.18; Reutter/Reutter (Fn. 67); Sommer in ISB, Autoverkehrsreduzierte Innenstädte/Autofreie Wohngebiete, 1995, S. 207; Tönnies ebenda, S. 175.

¹¹⁷ Kloepfer UmwR, 2016, § 15 Rn. 690; Knoflacher in Mager, Nachhaltige Mobilität, 2011, S. 29/36 ff.; Lehmbrock ua Verkehrssystem und Raumstruktur, 2005, S. 165.

¹¹⁸ VG Wiesbaden Urt. v. 5.9.18 – 4 K 1613/15.WI, Juris Rn. 95; Mielke/Pache/Verbeyen in Koch/Hofmann/Reese, UmwR, 2018, § 14 Rn. 204. Der Erfolg dieser Maßnahme hängt sehr davon ab, in welchem Umfang private Anbieter Parkmöglichkeiten vorhalten; vgl. SRU (Fn. 99) Tz. 580. Die Organisation des Parkraums hat durchaus zu einer Schwächung des ÖPNV geführt, vgl. Knoflacher (Fn. 117) 36.

¹¹⁹ Glotz-Richter in Kreibich/Nolte, Umweltgerechter Verkehr, 1996, S. 133 (144 ff.).

3. Instrumentenmix, Digitalisierung, Partizipation

Alle Lösungsmodelle, sowohl unmittelbare als auch indirekte Steuerungsansätze, können kombiniert werden. Sie müssen mit der Förderung umweltfreundlicherer, bestehender Transportmittel des Umweltverbundes (ÖPNV, Fahrrad, E-Bike oder Fußweg) Hand in Hand gehen, um den Mobilitätsbedarf gerade kurzfristig zu decken. Ergänzend kommt die Entwicklung neuer Mobilitätsformen in Betracht, wie etwa die Errichtung einer Schwebebahn,¹²⁰ Einführung autonom fahrender (Shuttle-)Busse¹²¹ oder bislang nicht verfügbarer, synthetischer und ökologisch unbedenklicher Kraftstoffe.¹²²

Des Weiteren hoffen alle Ansätze auf positive Effekte einer digitalen Welt, etwa durch eine intensivere Vernetzung und autonomes Fahren.¹²³ So könnte zB das Fehlverhalten der Fahrzeugführer verringert und eine absolute Verkehrssicherheit („Vision Zero“) greifbar werden. Die „Fehlerlosigkeit“ des Computers könnte überdies eine Grundlage sein, Mindestabstände zwischen PKW zu verringern oder Fahrstreifen zu verkleinern.¹²⁴

Schließlich sollte jeder Lösungsansatz die Bevölkerung stets über die Folgen eines unveränderten MIV und die Vorzüge einer neuen Mobilität hinreichend informieren, um die Öffentlichkeit bei dem notwendigen Übergangsprozess „mitzunehmen“ und ein breites Umdenken in der Gesellschaft anzuregen.¹²⁵

4. Politische Verantwortung, juristische Unterstützung

Die qualitative Bewertung und daraus abgeleitete Priorisierung der verschiedenen „Ausweg“-Modelle ist nicht Aufgabe der juristischen Untersuchung. Dies ist ein *politischer* Prozess, der nach einem partizipativen Nachhaltigkeitsverständnis im Diskurs mit der Öffentlichkeit zu durchlaufen ist.¹²⁶ Aufgabe dieser Untersuchung kann es aber sein, rechtliche Rahmenbedingungen der politischen Gestaltung auch als Grundlage der gesellschaftlichen Diskussion aufzuzeigen. So können einige Konstanten des „Spielfelds“ definiert werden. Darüber hinaus sollen Vorschläge für gesetzliche Neuerungen unter-

¹²⁰ *Augsburger Allgemeine* Über der A8 nach München schweben – geht das? v. 31.7.19.

¹²¹ *Die Welt* Was Deutschland für die Verkehrswende von Singapur lernen kann v. 9.6.19.

¹²² *Altmaier* Wir müssen bei Wasserstoff die Nummer 1 werden!, FAZ v. 5.11.19.

¹²³ Dazu *Beckmann* Nachrichten der ARL 18, 12.

¹²⁴ *Dudenböffer* Wer kriegt die Kurve? – Zeitenwende in der Autoindustrie, 2016, S. 17.

¹²⁵ Vgl. *Ronellenfitsch* (Fn. 31) 389.

¹²⁶ → D 19.

breitet werden. Ziel ist es, ein rechtliches Gerüst zu konstruieren, um die Vielzahl der Probleme, denkbaren Lösungen, dynamischen Folgeprobleme, Wechselwirkungen und Unsicherheiten in Bahnen zu lenken und so greifbar zu machen.

IV. Einführung einer kommunalen Verkehrsplanung und Neuausrichtung des § 45 StVO

1. Handlungsbedarf

a) Erfordernis einer ganzheitlichen integrativen Verkehrsplanung auf kommunaler Ebene

Die bisherigen Ausführungen haben verdeutlicht, dass es eine Vielzahl von denkbaren Möglichkeiten gibt, die Verkehrsstruktur in den urbanen Räumen zukunftsfähig und nachhaltig zu gestalten.¹²⁷ Ein rechtlicher Mechanismus, um aus der Fülle der theoretischen Optionen reale, positive Effekte zu erzielen, fehlt momentan noch.

Einige der denkbaren Maßnahmen können bundeseinheitlich ergriffen werden, wenn sie etwa bei der Quelle einer Umweltbelastung ansetzen und die Schadstoffwerte eines PKW oder den Lärmpegel eines Motorrads regeln. Überwiegend dürfte jedoch eine intensive Auseinandersetzung mit den verkehrlichen und sonstigen, etwa planerischen, geografischen und ökonomischen Besonderheiten einer jeden Stadt erforderlich sein. Damit gibt es nicht die *eine* Lösung für jede Stadt. Denkbar ist aber ein einheitlicher Lösungsweg, um eine verbindliche Strategie zu finden und diese effektiv umzusetzen: die urbane Verkehrsplanung.¹²⁸

Aufgrund der hohen Komplexität des Themenfeldes, insb. der weitreichenden Interdependenzen, und der Konflikträchtigkeit der Sachmaterie liegt es nahe, die Bewältigung der urbanen Verkehrsproblematik im Wesentlichen auf kommunaler Ebene anzusiedeln und sie – wie bei der Bauleitplanung auch – einem verbindlichen Planungsprozess zu überantworten.¹²⁹ Diese Verbindlichkeit versteht sich zugleich als Gegengewicht zu sozio-kulturellen Verkehrsverständnissen innerhalb der Bevölkerung,¹³⁰ die nicht allein durch indirekte Verhaltenssteuerung in der gebotenen Eile verändert wer-

¹²⁷ → D 26 ff.

¹²⁸ *Baumeister/Schütte* zitiert nach *Ernst ZUR* 2018, 125 (128). *Riedl ua* Mobilität oder Ökologie, 1998, S. 103 beklagen an erster Stelle „organisatorische und planerische Mängel“ im Personenverkehr.

¹²⁹ *Reese ZUR* 18, 321; *Koch* in *Dolde, Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 873 (909).

¹³⁰ → D 25.

den können.¹³¹ Außerdem wird die Funktion der Planung im Sinne der Nachhaltigkeit als Instrument der Auseinandersetzung, Verständigung und Überzeugung¹³² genutzt.

b) Informelle Ansätze und ihre Schwächen

Viele deutsche Städte sind der Mobilitätsaufgabe bereits in der Vergangenheit *informell* nachgekommen und haben Verkehrspläne aufgestellt, um ihrer Verantwortung für eine umfassende, konzeptionelle Lösung der Verkehrsmisere gerecht zu werden. Das Sofortprogramm der Bundesregierung „Saubere Luft 2017–2020“ hat den Fokus zusätzlich auf die kommunale Ebene gerichtet und die Erstellung sog. Green-City-Pläne finanziell unterstützt.¹³³

Eine nähere Untersuchung einzelner dieser Verkehrspläne macht deutlich, dass mitunter sehr ausführlich und detailliert die urbane Verkehrslage analysiert wird. Die Pläne benennen in der Regel zu ergreifende Maßnahmen und befassen sich zudem mit den hierdurch ausgelösten Verlagerungseffekten, auch im Hinblick auf die Zusatzbelastungen für den ÖPNV. Wesentlicher Nachteil aller Pläne ist jedoch, dass sie keine rechtliche Verbindlichkeit für sich in Anspruch nehmen können und deshalb bislang nicht umgesetzt werden müssen,¹³⁴ teilweise stehen sie ausdrücklich unter einem Finanzierungsvorbehalt.¹³⁵ Überdies existieren die Verkehrspläne neben einer Vielzahl weiterer sektoraler Pläne, wie etwa einem städtischen integrierten Energie- und Klimakonzept, einem urbanen Parkraumbewirtschaftungskonzept, einem lokalen Radverkehrskonzept, einem Luftreinhalteplan, einem Lärmaktionsplan und einem Nahverkehrsplan, die idealerweise alle zu einer Gesamtstrategie zusammengeführt werden sollten. Nimmt man noch gesamtplanerische Regionalpläne und Bauleitpläne hinzu, bleibt offen, wie die informelle – also unverbindliche und damit „kraftlose“ – kommunale Verkehrsplanung die vielen Plangebilde, die zum Teil ganz unterschiedliche rechtliche Bindungsgrade entfalten,¹³⁶ aufeinander abstimmen soll. Die Wirklichkeit zeigt, dass dies in der Vergangenheit nicht gelungen ist.

¹³¹ S. *Ronellenfitsch* (Fn. 31) 389, der eine „Akzeptanzverweigerung“ prognostiziert, weil eine verkehrspolitische Maßnahme „als Schikane empfunden wird“.

¹³² *Schmidt-Aßmann* DÖV 1990, 170 (174).

¹³³ S. „Sofortprogramm Saubere Luft 2017–2020“, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/masterplaene-green-city.html>.

¹³⁴ *Reese* (Fn. 129); *Koch/Hofmann/Reese* Lokal handeln: Nachhaltige Mobilitätsentwicklung als kommunale Aufgabe, 2002, S. 47.

¹³⁵ *Stuhm ua* Masterplan Verkehr Essen 2018, 2018, S. 43.

¹³⁶ Ein Luftreinhalteplan kann unionsrechtlich gestärkt erhebliche Einflüsse entwickeln (vgl. *Heitsch* in *Kotulla*, BImSchG, Stand 09/19, § 47 Rn. 64, 69), während ein Plan zur Parkraumbewirtschaftung deutlich weniger Einfluss hat und weitgehend von der tatsächlichen Umsetzung abhängig ist (vgl. *SRU* (Fn. 99) Tz. 456).

Es bleibt aber nicht nur bei einer mangelnden Bindungskraft im Außen. Auch der innere Zusammenhalt des Planwerks, wie er etwa Bauleitplänen eigen ist, fehlt informellen Verkehrskonzepten.¹³⁷ So können konzeptionelle Bausteine – auch aus politischer Opportunität – kurzerhand entfernt oder modifiziert oder vorgesehene Maßnahmen ausgesetzt werden, ohne dass dies rechtliche Folgen nach sich zöge. Zudem verhindert ein informeller Masterplan Verkehr nicht, dass Maßnahmen ergriffen werden, die intern keine Abstimmung gefunden haben, und die kommunale Verkehrsplanung so aus dem Gleichgewicht gerät.¹³⁸ Gerade in der aktuellen Situation, in der Großstädte unter starkem verkehrspolitischen Druck stehen und bei der Überschreitung von Luftbelastungsgrenzwerten bisweilen von Umweltverbänden mittels Umweltverbandsklagen vor sich hergetrieben werden,¹³⁹ sind unabgestimmte ad-hoc-Maßnahmen nicht ausgeschlossen.¹⁴⁰

Daher liegt es nahe, die kommunale Verkehrsplanung zu einem verbindlichen und verpflichtend zu ergreifenden Instrument auszubauen, um die verschiedenen Ansprüche an den Verkehr in einem großen Ansatz integrativ zu lösen.¹⁴¹ Die Verbindlichkeit dieses Planwerks würde nicht nur Rechtssicherheit erzeugen und zwangsläufig viele sektorale Interessen aufeinander ausrichten, sondern auch die bei der Erstellung solcher Planwerke ohnehin eingesetzten Ressourcen effektiv nutzen.

c) Sonderfall Berlin: Gesetz zur Mobilitätsgewährleistung

aa) Inhalt und Struktur

Einen behutsamen Schritt in Richtung einer urbanen Verkehrsplanung ist das Abgeordnetenhaus in Berlin bereits gegangen. Es hat das Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mobilitätsgewährleistung v. 5.8.18 (MobG Berl)¹⁴² auf den Weg gebracht und hiermit eine politische Weiche für eine Mobilitätswende in Berlin gestellt.

Wie die Präambel des MobG Berl verrät, strebt der Gesetzgeber einen integrativen Ansatz an, bei dem nicht nur alle Mobilitätsformen Berücksichtigung finden sollen, sondern auch alle themenrele-

¹³⁷ *Dürr* in Kodal, StR, 2010, Kap. 38 Rn. 37 sieht auch den Richtliniencharakter, geht aber von einer de-facto-Bindung im Sinne einer Selbstbindung aus.

¹³⁸ *SRU* (Fn. 99) Tz. 471.

¹³⁹ S. exemplarisch die Verfahren gegen die Stadt Stuttgart, vgl. BVerwGE 161, 201.

¹⁴⁰ Umso erstaunlicher ist es, dass die Rspr. bei bestimmten straßenverkehrsrechtlichen Maßnahmen eine (unverbindliche) kommunale Verkehrsplanung fordert, vgl. BVerwGE 95, 333 (339f.).

¹⁴¹ *Reese* (Fn. 129).

¹⁴² GVBl 2018, 464.

vanten staatlichen Regeln, Maßnahmen und Tätigkeiten einbezogen werden. Sie alle sollen unter der Grundprämisse des „Vorrang(s) des Umweltverbundes“ neu ausgerichtet werden.

Herzstück des Gesetzes ist der gem. § 16 MobG Berl vorgeschriebene Stadtentwicklungsplan Mobilität und Verkehr (StEP), der die gesetzlichen Ziele der §§ 3–15 MobG Berl konkretisiert, indem er insb. ein Vorrangnetz¹⁴³ für den Straßenverkehr entwickelt und weitere Qualitätsziele erarbeitet.¹⁴⁴ Letztere sind gem. § 16 Abs. 6 S. 1 MobG Berl in Abkehr vom Grundprinzip des Modal Split (Abs. 2 S. 1 Nr. 1) in separaten verkehrsspezifischen Planwerken aufzunehmen, um daraus „Maßnahmen, Anforderungen, Standards und Vorgaben zur Erreichung dieser Ziele zu entwickeln.“ In den nachgeordneten verkehrsspezifischen Planwerken wird man sich gem. § 16 Abs. 6 S. 3 MobG Berl zudem mit „Handlungszielen und Finanzierungsbedarfsschätzungen für die für das jeweilige Verkehrsmittelsystem relevanten Modernisierungs- und Erweiterungsmaßnahmen der Verkehrsinfrastruktur“ beschäftigen und gem. Abs. 6 S. 4 „kurz-, mittel- und langfristige Zielhorizonte“ unterscheiden müssen.

Die mehrschichtige Ausdifferenzierung der Mobilitätsziele und -leitlinien sowie das Übereinander- und Nebeneinanderstellen unterschiedlicher Regelungsebenen (Gesetz, StEP, separate Planwerke) erzeugen Abstimmungsbedürfnisse und werfen Vorrangfragen auf. Eine Lösung sieht § 20 MobG Berl in Beachtens- und Berücksichtigungspflichten, die nach Abs. 4 S. 2 bis in die Bauleitplanung hineinreichen. Da eine planerische Berücksichtigungspflicht jedoch eine Harmonisierung mit einem entgegenstehenden Planinhalt *nicht* garantiert,¹⁴⁵ fühlt sich der Gesetzgeber gezwungen, in §§ 24, 25 MobG Berl eine Konfliktvermeidungspflicht anzuordnen. Allerdings folgt diese nicht dem gängigen planungsrechtlichen Verständnis einer Konfliktbewältigung, wonach vorrangig Konflikte auf den Ebenen zu entschärfen sind, auf denen sie hervorgerufen werden.¹⁴⁶ Vielmehr setzt der Berliner Gesetzgeber auf eine Abwägungslösung, die nach § 24 Abs. 2 S. 2 MobG Berl in die Umsetzungsphase verschoben wird. Dort erst wird der Konflikt zwischen zwei oder mehr unnachgiebigen, sich möglicherweise widersprechenden Planinhalten von der für Verkehr zuständigen Senatsverwaltung aufgelöst; vgl. § 24 Abs. 3, 4, § 25 MobG Berl.

¹⁴³ Auf eine gesetzliche Erläuterung oder Definition des Vorrangnetzes wurde bewusst verzichtet; vgl. AbgH-Drs. 18/0878, 60.

¹⁴⁴ Seifert/Dromgool LKV 2019, 10 (12).

¹⁴⁵ Zum Berücksichtigungsgebot *Durner* in Kment, ROG, 2019, § 4 Rn. 60f., 91f.; *Stüer* Hb Bau- und FachplanungsR, 2015, Rn. 1450.

¹⁴⁶ BVerwG NVwZ 1988, 351 (353); NVwZ-RR 1995, 130 (130f.); NVwZ 2014, 69 Rn. 17.

bb) Bewertung

Das MobG Berl ist ein Schritt in die richtige Richtung,¹⁴⁷ wenn gleich ein kleiner. Erkennbar fehlen den einzelnen Planwerken der unterschiedlichen Gestaltungsebenen die notwendigen Steuerungskräfte. Sie sind im Wesentlichen nur darauf angelegt, Ermessensentscheidungen oder Abwägungsprozesse mit Belangen anzureichern, nicht aber diese auszurichten oder vorzuzeichnen.¹⁴⁸ Verloren in kraftlosen Berücksichtigungswirkungen werden sie daher voraussichtlich nur in der Lage sein, Ziele und Leitlinien in den Raum zu stellen, deren Umsetzung sie aber nicht einfordern können. Dies ist sicher auch der legislativen Kompetenzschwäche des Landesgesetzgebers geschuldet, der verfassungsrechtlich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG iVm Art. 72 Abs. 1, 2 GG beim Straßenverkehr die Vorgaben des Bundes zu respektieren hat.¹⁴⁹

Ferner dürfte es eine Schwäche des MobG Berl sein, dass es seinen integrativen Ansatz nur bei der überspannenden Planung des StEP durchhält. Danach zerfällt die Dachkonstruktion mit § 16 Abs. 6 MobG Berl wieder in separate verkehrsspezifische Planwerke, wo die integrativen, gesamtplanerischen Anteile zu versiegen drohen und den Egoismen des jeweiligen Verkehrsmittels erfahrungsgemäß bald geopfert werden. Den Konflikt der verschiedenen Verkehrsmittel bis in die Tiefe der urbanen Details auszuhalten und dort planerisch und nachhaltig – insb. zukunftsgerichtet – zu bewältigen, wäre zwar mit deutlich mehr Kraftanstrengung verbunden, aber auch ein größerer Ansatz gewesen.

2. Steuerungsdefizite der bestehenden rechtlichen Instrumente**a) Straßenverkehrsrechtliche Anordnungen**

Die hier empfohlene, verbindliche urbane Verkehrsplanung schließt ein regulatorisches Defizit, welches durch andere verkehrsrelevante Instrumente bislang nicht beseitigt werden kann. An erster Stelle betrifft dies das Straßenverkehrsrecht, das keine Planungsinstrumente dieser Qualität zur Steuerung des Straßenverkehrs kennt. Dies gilt namentlich für § 45 StVO, der trotz seines breiten Anwendungsbereichs nicht seinen Grundcharakter als ordnungsrechtliches Instrument verliert¹⁵⁰ und zu seiner Aktivierung stets einer Einzel-

¹⁴⁷ Seifert/Dromgool (Fn. 144) 14; Schütte (Fn. 82) 66.

¹⁴⁸ Seifert/Dromgool (Fn. 144) 14.

¹⁴⁹ BVerfGE 67, 299/314; BVerwGE 109, 29 (35); Kment in Jarass/Pieroth, GG, 2020, Art. 74 Rn. 61.

¹⁵⁰ BVerwGE 34, 241 (243); 95, 333 (339); Joder NVwZ 2019, 1486 (1489); Hübnermann in BHHJ, StVR, 2018, StVO § 45 Rn. 3; Röthel NZV 1999, 63.

fallprüfung bedarf.¹⁵¹ Damit bleibt § 45 StVO grundsätzlich immer auf eine oder eine Summe von Einzelfallanordnungen begrenzt¹⁵² und eignet sich daher nicht dazu, in den Verkehr aufgrund verkehrspolitischer Konzeptionen planerisch gestaltend einzugreifen.¹⁵³

Dies gilt selbst mit Blick auf § 45 Abs. 1b Nr. 5 StVO, der aus der Systematik des § 45 StVO ausbricht, indem er Maßnahmen „zum Schutz der Bevölkerung vor Lärm und Abgasen oder zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung“ erlaubt.¹⁵⁴ Hierin mag man eine Öffnung des Straßenverkehrsrechts für kommunale Mobilitätskonzepte erblicken können.¹⁵⁵ Lässt man einmal beiseite, dass § 45 Abs. 1b Nr. 5 StVO von einer „städtebaulichen“ und nicht von einer verkehrrechtlichen Entwicklung spricht und es zudem nur um eine „Unterstützung“ und nicht originär um die Verwirklichung eines Planwerks geht, so kann der Tatbestand nur an eine bereits *existierende* gemeindliche Verkehrsplanung anknüpfen, sie aber nicht autonom bewirken.¹⁵⁶ Damit wird deutlich, dass § 45 StVO allenfalls das Potential eines Vollzugsinstrumentes einer kommunalen Verkehrsplanung besitzt. In dieser Norm liegt aber ebenso wenig eine integrative, das Stadtgebiet überspannende Verkehrsplanung verborgen wie im Straßenverkehrsrecht insgesamt.

b) Immissionsschutzrechtliche Instrumente

Ähnliches gilt für das besondere Straßenverkehrsrecht des § 40 BImSchG. Die Anordnung des § 40 Abs. 1 BImSchG¹⁵⁷ mag zwar auf eine Luftreinhalteplanung (§ 47 BImSchG) zurückzuführen sein, also an einen Planungsakt anknüpfen.¹⁵⁸ Gleichwohl beschreibt auch

¹⁵¹ BVerwG NVwZ-RR 2018, 12f.; *König* in Hentschel/König/Dauer, StVR, 2019, StVO § 45 Rn. 49f.; *Hornof* VD 2016, 320 (327); aA *Steiner* in MüKo, StVR, 2016, StVO § 45 Rn. 74.

¹⁵² BVerwGE 109, 29 (33) („wenn die rechtssatzmäßigen Voraussetzungen für jede darin enthaltene Straße vorliegen“); *Rebler* UPR 2019, 7 (11); *Mielke/Pache/Verheyen* (Fn. 118) § 14 Rn. 187ff.

¹⁵³ *König* (Fn. 151) § 45 Rn. 27; *Hühnermann* (Fn. 150) § 45 Rn. 3–10c; *Jahn* NZV 1994, 5 (9); *Hermes* DAR 1993, 92 (93f.); *Lorz* DÖV 1993, 129 (138); kritisch *Kloepfer* (Fn. 117) § 15 Rn. 702.

¹⁵⁴ *Mielke/Pache/Verheyen* (Fn. 118) § 14 Rn. 191.

¹⁵⁵ Für planerische Elemente VGH Kassel NJW 1993, 1091 (1092); *König* (Fn. 151) § 45 Rn. 36; aA *Dannecker* DVBl 1999, 143 (145ff.).

¹⁵⁶ BVerwGE 95, 333 (340); VGH Mannheim NZV 1996, 253 (254); NVwZ-RR 2009, 508 (510); *Hermes* (Fn. 153) 94.

¹⁵⁷ S. BVerwG NJW 2018, 2067 (2068f.); *Schäfer* DVBl 2019, 473 (477); *Schink* in Kment, Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht, 2019, S. 121 (130f.).

¹⁵⁸ *Kment* ZUR 2016, 331 (335); *Sparwasser/Engel* NVwZ 2010, 1513 (1514). ZT wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab für die Luftreinhalteplanung angelegt (vgl. etwa *Jarass* BImSchG, 2017, § 40 Rn. 10); dies ist wohl den EU-rechtlichen Ursprüngen der §§ 40, 47 BImSchG geschuldet.

diese Ermächtigung zur Anordnung von verkehrslenkenden bzw. -ausschließenden Maßnahmen keinen integrativen Planungsakt.¹⁵⁹ Sie ist medial auf den Luftkörper verengt und widerspricht daher einem umfassenden Zugang schon vom Ansatz her. Überdies ist sie nicht auf eine *dauerhafte* Verkehrslenkung angelegt;¹⁶⁰ insofern bedürfte es der straßenrechtlichen Einschränkung der Widmung.¹⁶¹

Ganz ähnliche Vorbehalte sind auch der immissionsschutzrechtlichen Planung nach § 47 BImSchG oder § 47d BImSchG entgegenzubringen, die ebenfalls keine integrative Verkehrsplanung betreibt,¹⁶² sondern auf ein Medium, etwa Luft, beschränkt ist. Ein sektorenübergreifender Steuerungsansatz kann von ihr deshalb nicht ausgehen.¹⁶³

c) Straßenrechtliche Anordnungen

Das Straßenrecht verschafft den Gemeinden durchaus ein starkes Instrument, um über die konkrete Ausgestaltung der Widmung einer Straße detaillierte Aussagen zu den Benutzungsregeln der Verkehrswege zu treffen¹⁶⁴ – auch wenn diese nicht allumfassend sind.¹⁶⁵ Gleichwohl ist das Regelwerk des Straßenrechts nicht darauf angelegt, als Trägerverfahren eine integrierte Planung des kommunalen Straßenverkehrs in sich einzubetten. Es mangelt an rechtlichen Maßstäben¹⁶⁶ und verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Planaufstellung.

d) Staatliche Raumordnung und kommunale Bauleitplanung

aa) Raumordnungsplan

Einen sektorenüberspannenden Ansatz weisen Bauleitpläne und Raumordnungspläne auf. Trotz seines gesamtplanerischen Charakters muss der Raumordnungsplan jedoch ausscheiden, da er nicht lokalen, sondern definitionsgemäß (§ 3 Abs. 1 Nr. 7 ROG) überörtlichen Charakter besitzt.¹⁶⁷ Ungeachtet einer denkbaren Verengung

¹⁵⁹ *Jahn* (Fn. 153) 7; auch *SRU* (Fn. 99) Tz. 474 mit Blick auf § 40 Abs. 2 BImSchG.

¹⁶⁰ Dies gilt auch dann, wenn einige Gemeinden versuchen, die Luftreinhalteplanung zu nutzen, um hiermit kommunale Verkehrskonzepte umzusetzen.

¹⁶¹ *Knauff* in *Führ*, BImSchG, 2019, § 40 Rn. 30; *Scheidler* in *Feldhaus*, BImSchR, Stand 07/19, BImSchG § 40 Rn. 30; *Steiner* in *ders./Brinktrine*, *BesVerwR*, 2019, § 4 Rn. 60 ff.; *Storost* in *Ule/Laubinger/Repkewitz*, BImSchG, Stand 02/14, § 40 Rn. C5.

¹⁶² Allgemein eher kritisch bzgl. planerischer Elemente in der Luftreinhalteplanung *Klinger ZUR* 2018, 272 (273).

¹⁶³ Vgl. *Hansmann/Röckinghausen* in *LR*, BImSchG, Stand 06/19, Vorb. §§ 44–47 Rn. 3, § 47 Rn. 7, 21 ff.

¹⁶⁴ *Edhofer/Willmitzer* *BayStrWG*, 2018, Art. 6 Erl. 6; *Dannecker* *Rechtliche Neukonzeption der kommunalen Straßenverkehrsplanung*, 1997, S. 183 ff.

¹⁶⁵ Nicht zu normieren ist etwa eine Einbahnstraße; vgl. *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 55.

¹⁶⁶ *SRU* (Fn. 99) Tz. 475.

¹⁶⁷ *Runkel* in *Spannowsky/Runkel/Goppel*, 2018, *ROG*, § 1 Rn. 64, § 3 Rn. 129; *Lieber NVwZ* 2011, 910 (911).

einzelner Festsetzungen auf das Gebiet einer Gemeinde¹⁶⁸ kann ein Raumordnungsplan urbane Konzepte folglich nicht tragen.

bb) Bebauungsplan

Gegen eine verkehrsbezogene Bauleitplanung sprechen nicht kompetenzrechtliche Gründe wie beim Raumordnungsplan, sondern vielmehr sachliche Erwägungen. Das Baurecht kennt zwar verkehrsrechtlich relevante Belange in § 1 Abs. 6 Nr. 7, 9¹⁶⁹ und § 1a BauGB,¹⁷⁰ die gem. § 1 Abs. 7 BauGB in die planerische Abwägung einfließen. Außerdem liefert es mit § 9 Abs. 1 Nr. 11, 24, 26 BauGB Festsetzungsmöglichkeiten, um Verkehrsflächen, zu deren Herstellung erforderliche Maßnahmen und die zur Emissionsbekämpfung nötigen Vorkehrungen zu treffen.¹⁷¹ Gleichwohl ist damit nicht eine urbane Verkehrsplanung gemeint, selbst wenn das BVerwG mehrfach festgestellt hat, dass „§ 1 Abs. 3 BauGB (...) den Gemeinden die Möglichkeit (eröffnet), im Rahmen der Selbstverwaltung das Festsetzungsinstrumentarium des § 9 BauGB für eine eigene ‚Verkehrspolitik‘ zu nutzen“.¹⁷² Auch die Erkenntnis, dass § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB die Festsetzung von Fußgängerbereichen,¹⁷³ Parkflächen für Autos und andere Fahrzeuge sowie Flächen für das Abstellen von Fahrrädern oder selbst „Wohnen ohne (eigenes) Auto“ ermöglicht,¹⁷⁴ kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass Bebauungspläne nicht für eine integrierte städtische Verkehrs(gesamt)planung geeignet sind.¹⁷⁵ Der Bebauungsplan ist deutlich zu kleinräumig angelegt. Für die urbane Verkehrsplanung wäre es erforderlich, dass er das gesamte verkehrsrelevante Gemeindegebiet einbezieht.¹⁷⁶ Außerdem handelt es sich bei der Bauleitplanung um eine „löchrige“ Planung, die viele Bereiche des kommunalen Raums ausspart und anderen Zulassungsregimen (§§ 34, 35 BauGB) überlässt.¹⁷⁷ Ein integriertes umfassendes Verkehrskonzept ist auf dieser Basis nicht erstellbar und letztlich auch wenig funktionstüchtig.

¹⁶⁸ Kment in ders. (Fn. 145) Einl. B Rn. 46; Runkel (Fn. 167) § 1 Rn. 67.

¹⁶⁹ Söfker/Runkel in EZBK, BauGB, Stand 09/19, § 1 Rn. 147a, 154, 167–169.

¹⁷⁰ Wagner in EZBK (Fn. 169) § 1a Rn. 298.

¹⁷¹ Söfker in EZBK (Fn. 169) § 9 Rn. 102ff.; Jarass/Kment 2017, BauGB, § 9 Rn. 73ff.

¹⁷² BVerwGE 108, 248 (250f.); BVerwG ZfBR 2010, 376 (377); Söfker in EZBK (Fn. 169) § 9 Rn. 102.

¹⁷³ OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 403 (405).

¹⁷⁴ OVG Münster BauR 2002, 1049; Mitschang/Reidt in BKL, 2019, BauGB, § 9 Rn. 65.

¹⁷⁵ Jahn (Fn. 153) 8.

¹⁷⁶ Koch/Hofmann/Reese (Fn. 134) S. 56ff.

¹⁷⁷ Nach § 30 Abs. 3 BauGB ist es möglich, dass in manchen Bereichen neben dem Bebauungsplan die §§ 34, 35 BauGB ergänzend anwendbar sind; vgl. Söfker in EZBK (Fn. 169) § 30 Rn. 31, 34.

cc) Flächennutzungsplan

Der einem Bebauungsplan vorgelagerte Flächennutzungsplan bringt gem. § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB die im vorliegenden Kontext erforderliche räumliche Weite mit. Außerdem liefert er in § 5 Abs. 2 Nr. 3 BauGB einen Ansatzpunkt, um verkehrsrechtliche Darstellungen zu treffen. Dass dort ausschließlich die „örtlichen Hauptverkehrszüge“ genannt sind, also nur bedeutsame Verkehrsflächen zum Gegenstand der Planung gemacht werden,¹⁷⁸ könnte zwar auf eine thematische Verengung hindeuten. Da aber der Darstellungskatalog des § 5 Abs. 2 BauGB nicht abschließend ist („insbesondere“),¹⁷⁹ wäre diese Eingrenzung überwindbar. Gleichwohl spricht ein wesentliches Argument gegen eine integrative und umfassende verkehrspolitische Flächennutzungsplanung: die Schwierigkeit der praktischen, planerischen Umsetzung. Schon jetzt ist die Erstellung eines bodenbezogenen Flächennutzungsplans eine planerische Herkulesaufgabe,¹⁸⁰ der man sich in der Praxis eher notgedrungen als freiwillig nähern dürfte. Dies erklärt auch, weshalb der Gesetzgeber etwa mit dem vereinfachenden, sachlichen und räumlichen Teilflächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2b BauGB den Gemeinden „zu Hilfe gekommen“ ist.¹⁸¹ Die Komplexität der planerischen Abwägungsentscheidung nach § 1 Abs. 7 BauGB¹⁸² mit einer integrierten urbanen Verkehrs(gesamt)planung zusätzlich zu erschweren, scheint daher wenig wünschenswert. Eine urbane Verkehrsplanung sollte also sachgerechterweise *neben* der Bauleitplanung stehen und mit ihr abgestimmt werden und nicht in die Integrationsfalle laufen.

3. Merkmale einer urbanen Verkehrsplanung

Die Idee einer urbanen Verkehrssteuerung ist nicht ganz neu. In Frankreich wird ein solches Modell seit 1982 mit dem „plan de déplacements urbains“¹⁸³ erfolgreich praktiziert;¹⁸⁴ in Deutschland wurde es – in der einen oder anderen Spielart – zwar wiederholt, gleichwohl aber erfolglos vorgeschlagen.¹⁸⁵ Hieraus leitet sich dennoch kein Denkverbot ab.

¹⁷⁸ Mitschang in BKL (Fn. 174) § 5 Rn. 18; Jarass/Kment (Fn. 171) § 5 Rn. 23.

¹⁷⁹ Söfker in EZBK (Fn. 169) § 5 Rn. 20a; Spieß in Jäde/Dirnberger, BauGB, 2017, § 5 Rn. 8.

¹⁸⁰ Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke Städtebaurecht, 2014, S. 181.

¹⁸¹ BT-Drs. 15/2996, 64f.; Mitschang in BKL (Fn. 174) § 5 Rn. 35f.; Jarass/Kment (Fn. 171) § 5 Rn. 4.

¹⁸² Zum Abwägungsgebot Söfker/Runkel (Fn. 169) § 1 Rn. 179–253.

¹⁸³ Loi No. 82–1153 du 30 décembre 1982, JO 31. Dezember 1982, S. 4004.

¹⁸⁴ S. Gniechwitz Städtebaupläne in Frankreich, 2005, S. 157 ff.

¹⁸⁵ SRU (Fn. 99) Tz. 484 ff.; Koch/Hofmann/Reese (Fn. 134) S. 87 ff.; Boos Der kommunale Straßenverkehrsplan, 2001, S. 170 ff.

a) Kommunale Zuständigkeit

Die Ausrichtung der kommunalen Verkehrspolitik entscheidet über ein Herzstück der zukünftigen urbanen Entwicklung. Sie ist daher ein wesentlicher Baustein der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG¹⁸⁶ und vorzugsweise den Städten zuzuordnen.¹⁸⁷ Diese kompetenzrechtliche Zuweisung würde es nicht nur erlauben, andere kommunale Planwerke dynamischer (aus einer Hand) auf die Verkehrsplanung auszurichten.¹⁸⁸ Es würde überdies der Stadtbevölkerung die Möglichkeit geben, im Rahmen von Kommunalwahlen auf die verkehrliche Gestaltung ihres Lebensraums stärker Einfluss zu nehmen, und somit die kommunalen Entscheidungsträger motivieren, im Vorfeld einer Planung – abgesehen von Öffentlichkeitsbeteiligungen – den „breiten“ Bürgerwillen ermitteln zu wollen.¹⁸⁹ Dem diskursiven Charakter der Nachhaltigkeit¹⁹⁰ käme dies sehr entgegen. Verfassungsrechtlich ist zu beachten, dass die Aufgabenzuweisung einer Verkehrsplanung an die Städte gem. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht durch den Bund erfolgen kann, sondern einer landesrechtlichen Regelung bedarf.¹⁹¹

b) Struktur und Bestandteile

aa) Verkehrsrechtliche Erforderlichkeit

Die initiierte Verkehrsplanung sollte in Anlehnung an § 1 Abs. 3 BauGB¹⁹² nach den Maßstäben des neu einzuführenden Merkmals der verkehrsrechtlichen Erforderlichkeit erfolgen, also „sobald und soweit“ die Verkehrssituation in den Städten dies verlangt. Ein solches Merkmal würde nicht nur eine erstmalige urbane Verkehrsplanung gewährleisten, wenn der Bedarf hierfür bestände, sondern auch

¹⁸⁶ BVerwGE 95, 333 (340); 108, 248 (251) („Verkehrspolitik“).

¹⁸⁷ *Schütte* (Fn. 82) 66: „kommunale Verkehrswende“; *Schulze-Fielitz* ZUR 2002, 190 (195); wohl auch *Kloepfer* (Fn. 117) § 15 Rn. 703. Die Bereitschaft der Städte zur Annahme dieser Aufgabe scheint zu bestehen, vgl. *Deutscher Städtetag* Nachhaltige städtische Mobilität, 2018, S. 29.

¹⁸⁸ → D 43f.

¹⁸⁹ Die Umsetzung der Verkehrswende wird vor allem eine intensive Informationspolitik mit Diskussionsbereitschaft vor Ort verlangen, um die Bürger einzubinden. Es dürfen nicht dieselben Fehler wie bei der Energiewende begangen werden, bei der wichtige Großprojekte der lokal „anonymen“ BNetzA übertragen wurden; vgl. *Gär-ditz* ZfU 2012, 249 (271). Zur Öffentlichkeitsbeteiligung iRd Energiewende *Remm ua* ZUR 2014, 281 (283f.).

¹⁹⁰ → D 19.

¹⁹¹ BVerwGE 156, 201 Rn. 28; *Kment* (Fn. 149) Art. 84 Rn. 13f.; *Hermes* in Dreier, Bd. II, 2015, Art. 28 Rn. 73.

¹⁹² Vgl. *Dirnberger* in Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2018, § 3 Rn. 32–59.

relevant werden, wenn eine Verkehrsanalyse (Monitoring) Änderungsbedürfnisse offenlegen sollte.¹⁹³

Das Merkmal der Erforderlichkeit stellt ferner sicher, dass eine Verkehrsplanung aus sachwidrigen Gründen unterbleibt und keine Maßnahmen enthält, die faktisch oder rechtlich nicht durchsetzbar sind.¹⁹⁴ Nicht finanzierbare Projekte würden damit vermieden.

Anders als im Rahmen des § 1 Abs. 3 BauGB müsste die Erforderlichkeit deutlich strenger verstanden werden als lediglich als eine Verpflichtung zur „Konzepttreue“.¹⁹⁵ Eine Verpflichtung zur Planung sollte vielmehr ab Erreichen einer bestimmten Bürgerschaftszahl (etwa 100.000 Einwohner)¹⁹⁶ ausdrücklich normiert zum Regelfall erhoben werden und nicht – wie im BauGB – auf einen Ausnahmefall beschränkt sein.¹⁹⁷ Will die verpflichtete Stadt trotz ihrer Größe und dem prognostisch erheblichen Verkehrsaufkommen von der urbanen Verkehrsplanung absehen, sollte sie dies nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde unter Darlegung der besonderen Umstände erreichen können.

Die Grenzziehung bei 100.000 Einwohnern darf nicht davon abhalten, bei geringeren Bürgerschaftszahlen eine urbane Verkehrsplanung durchführen zu können, wenn eine verkehrsrechtliche Erforderlichkeit aus kommunaler Sicht eintritt oder die kommunale Aufsichtsbehörde diese Planung zur Verbesserung der kommunalen Verkehrssituation einfordert.¹⁹⁸

bb) Legislative Zielvorgaben

Die urbane Verkehrsplanung sollte außerdem durch gesetzliche Planungsgrundsätze ausgerichtet sein, die als Zielvorgaben die Grundtendenz der Verkehrsplanung deutschlandweit einheitlich vorgeben.¹⁹⁹ Hieran könnte die Stadt anknüpfen, um unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten eigene Schwerpunkte bei der Verkehrsplanung zu setzen.

cc) Abwägung

Die urbane Verkehrsphilosophie muss berücksichtigen, dass sie auf eine planerische Abwägung zuläuft, die stets alle tangierten Belange im Blick behalten muss. Dass auch die Bauleitplanung eine

¹⁹³ Monitoring kann zu Änderungen führen: *Battis* in BKL (Fn. 174) § 4c Rn. 7; *Stüer* (Fn. 145) Rn. 1015.

¹⁹⁴ Für den Bebauungsplan *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 1 Rn. 18.

¹⁹⁵ Vgl. BVerwGE 153, 16 Rn. 18.

¹⁹⁶ *Boos* (Fn. 185) S. 200; 50.000; *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 87 verlangen 30.000.

¹⁹⁷ S. demgegenüber in der Bauleitplanung: BVerwGE 119, 25 (30f.).

¹⁹⁸ *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 87, 102f.

¹⁹⁹ *Reese* (Fn. 129) 322.

Abwägung kennt, steht diesem Befund nicht entgegen.²⁰⁰ Die Abwägung ist kein Exklusivrecht des Baurechts. Das Baurecht kann aber Vorbild sein und gerade durch seine ausgereifte Rechtsprechung Maßstäbe liefern.²⁰¹

Bevor Städte zur Abwägung ansetzen, muss ihnen gesetzlich klar vermittelt sein, dass mit der urbanen Verkehrsplanung eine gemeinwohlerträgliche und ausgeglichene (gerechte) Verteilung eines knappen öffentlichen Gutes einhergeht,²⁰² die auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit größere Einschränkungen des Mobilitätsverhaltens erlaubt. Es geht gerade *nicht* darum, auf Grundlage von empirischen Erhebungen ein zukünftiges Verkehrsaufkommen zu prognostizieren und diesem stoisch Platz zu verschaffen, sondern planerisch-kreativ zu agieren und ggf. Mobilitätskapazitäten einzufrieren oder gar zu reduzieren.²⁰³ Dabei tritt jede Verkehrsart nicht nur mit anderen Verkehrsarten in Konkurrenz, sondern der Verkehrsraum steht insgesamt in Konkurrenz zu anderen Nutzungsformen, die etwa Wohn-, Geschäfts-, Erholungs- oder Spielflächen benötigen.²⁰⁴ Letztlich geht es um die Allokation knapper Ressourcen.

Außerdem befreit die Abwägung nicht von der Bindung an das Gesetz und auch nicht von EU-rechtlichen Vorgaben.²⁰⁵ Diese Grenzen sind als äußerer Rahmen der Abwägung zwingend einzuhalten und können durchaus in unterschiedliche Richtungen weisen: Dies betrifft auf der einen Seite der Skala Grundrechte,²⁰⁶ die gerade bei einschneidenden Verkehrsbeschränkungen durchaus für die Einführung von Übergangsregeln und Ausnahmen²⁰⁷ streiten können,²⁰⁸ genauso wie auf der anderen Seite den Mindestschutz von Umweltstandards (Grenzwerte), wie er etwa in der 16. BImSchV²⁰⁹ für Verkehrswege verankert ist oder vom EU-Recht²¹⁰ vorgegeben wird. Sogar die kommunale Selbstverwaltungsgarantie kann

²⁰⁰ Koch/Hofmann/Reese (Fn. 134) S. 57, 61.

²⁰¹ Siehe dazu BVerfGE 79, 174 (198 f.); BVerwGE 34, 301; Hoppe in Isensee/Kirchhof, HbStR, 2006, § 77 Rn. 24 f.

²⁰² Steinbrück ZFV 1999, 98 (102 f.); Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 207 f.; Steiner Verkehrsgerichtstag 1994, 1994, S. 105 (116).

²⁰³ Holz-Rau/Scheiner Nachrichten der ARL 2019, 12 ff.; Salzborn/Klinski ZUR 2019, 577 (578).

²⁰⁴ Holz-Rau/Scheiner (Fn. 203) 14; Boos (Fn. 185) S. 167, 172.

²⁰⁵ Exemplarisch Gierke in BRÜ, BauGB, Stand 07/19, § 1 Rn. 923 für die Luftreinhalteplanung.

²⁰⁶ Röthel (Fn. 150) 65 ff.; Kreibich (Fn. 63) S. 13 ff.

²⁰⁷ Ausnahmen müssen durch Zusatzzeichen kenntlich gemacht werden; vgl. BVerwGE 130, 383 Rn. 20 ff.; Rebler (Fn. 152) 12.

²⁰⁸ Vgl. BVerwGE 161, 201 Rn. 41 f.; Schäfer (Fn. 157) 478.

²⁰⁹ BGBl. 1990 I 1036.

²¹⁰ Luftqualitätsrichtlinie 2008/50/EG, ABl EU L 152/1, Anhang XI, XIII.

betroffen sein.²¹¹ Bei der Bewertung der Implikationen von Grundrechten, Staatszielbestimmungen (Art. 20a GG) oder anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese – jedenfalls in dem hier relevanten Rahmen – nicht absolut geschützt sind. Der Anliegergebrauch nach Art. 14 Abs. 1 GG,²¹² der Automobilgebrauch als Teil der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG²¹³ oder als Ausdruck allgemeiner Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG²¹⁴ sind keine absoluten Maximalpositionen, sondern genauso auf einen Ausgleich angelegt wie andere, häufig gegenläufig ausgerichtete und ebenfalls tangierte Grundrechtspositionen. Als Gegengewichte kommen hier der Gesundheitsschutz von Anwohnern nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG,²¹⁵ der in Art. 20a GG ruhende Auftrag, unsere Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen zu schützen,²¹⁶ oder das Recht der Kinder auf hinreichende Spielbereiche zur geistigen, körperlichen und persönlichen Entwicklung nach Art. 2 Abs. 1 GG (ggf. iVm Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht.²¹⁷

dd) Operationalisierung

Als Ergebnis des Planungsprozesses sollte neben Zielsetzungen und Leitlinien für öffentliche Stellen insb. auch ein Umsetzungskonzept stehen, welches mit messbaren Größen operiert, enge Zielkorridore definiert und gleichzeitig realistische Zeithorizonte wählt. Nur eine mit Kennzahlen versehene, planerische Festsetzung, die bspw. die jährliche Verringerung des MIV um 5 % festschreibt, liefert einen Ansatz zur Kontrolle und ggf. erforderlichen Nachsteuerung.²¹⁸ Damit wird der Rigidität solcher Festlegungen nicht das Wort geredet, im Gegenteil: Urbane Verkehrsplanung betrifft thematisch nicht nur statische Bauwerke, sondern gerade auch Verkehrsflüsse, also Verhalten und Bewegung. Folglich muss sich die urbane Verkehrsplanung Flexibilität und Anpassungsfähigkeit erhalten, ohne in Unverbindlichkeit abzugleiten.²¹⁹ In der Regel wird zudem eine zeitlich gestaffelte Umsetzung erarbeitet werden müssen, um auf Verlagerungseffekte zu reagieren und die unterschiedlichen Umsetzungszei-

²¹¹ VGH Kassel UPR 2019, 194 (196).

²¹² BVerwGE 30, 235 (239); 94, 136 (139f.); *Hobe* DÖV 1997, 323.

²¹³ *Röthel* (Fn. 150) 67f.

²¹⁴ BVerfGE 17, 306 (313f.); BVerwGE 161, 201 Rn. 41. S. zur Diskussion um ein Grundrecht auf Mobilität *Koch* (Fn. 129) S. 884.

²¹⁵ OVG Berl.-Bbg NVwZ-RR 2010, 15 (16) zur staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

²¹⁶ *Epiney* in MKS, GG, 2019, Art. 20a Rn. 43.

²¹⁷ *Di Fabio* in Maunz/Dürig, GG, Stand 08/2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 208ff.

²¹⁸ *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 109.

²¹⁹ *Brohm* Verkehrsberuhigung in Städten, 1985, S. 55 befürchtet einen teilweisen Verlust von Flexibilität und Anpassungsfähigkeit durch verbindliche Planung.

ten der verschiedenen Maßnahmen, einschließlich der Zeitverzögerungen, bis zB notwendige Bauwerke tatsächlich errichtet sind, aufzufangen.²²⁰ Die mitunter zu erwartenden langen Umsetzungszeiten werden nicht nur bei betroffenen Bürgern Durchhaltevermögen erfordern, sondern auch auf Seiten der Politik, die an die Kurzlebigkeit des politischen Tagesgeschäfts gewöhnt und hierauf ausgerichtet ist.

Schließlich steht es nicht im Widerspruch zu einer anpassungsfähigen urbanen Verkehrsplanung, wenn die Städte als Planungsträger verpflichtet werden, Maßnahmen festzusetzen, wie die selbst entwickelte Verkehrsplanung konkret vollzogen werden kann. Hierzu kann es notwendig sein, existierendes Fachrecht zu ändern²²¹ und Festlegungskataloge mit bestimmten Maßnahmenbausteinen gesetzlich vorzusehen.

ee) Sachliche und örtliche Teilpläne

Die Erstellung des integrativen urbanen Verkehrsplans schließt es nicht aus, Teilaspekte sachlich getrennt zu behandeln oder örtlich begrenzt Regelungen vorzusehen. So sind etwa separate Siedlungsstrukturkonzepte, Güterverkehrskonzepte oder Konzepte für den MIV oder Fahrradverkehr denkbar.²²² Diese sog. sachlichen und räumlichen Teilpläne, wie sie etwa § 7 Abs. 1 S. 3 ROG als Typus kennt, folgen grundsätzlich denselben Regeln wie der Gesamtplan (urbaner Verkehrsplan). Sie ergänzen diesen, schreiben ihn fort oder ersetzen ihn sogar partiell.²²³ Sie stehen in der Normenhierarchie auf derselben Stufe wie der urbane Verkehrsplan, so dass mögliche Widersprüche zwischen beiden Plänen nach dem *lex posterior*-Grundsatz zu lösen sind.²²⁴ Umso wichtiger ist es, dass sich sachliche und räumliche Teilpläne in die Gesamtkonzeption des urbanen Verkehrsplans einfügen, um keine unabgewogenen Planungssituationen (Steuerungstorsi) zu erzeugen, die allen Verkehrsplänen, ob teilweise überschriebener Gesamtplan oder Teilplan, die Steuerungskraft (teilweise) nähmen.²²⁵

Der sachliche und räumliche Teilplan steht zum integrativen und übergreifenden Planungsziel der urbanen Verkehrsplanung in einem natürlichen Spannungsverhältnis. Er sollte daher – anders als im Modell des MobG Berl²²⁶ – die Rechtfertigungsbedürftige Ausnahme

²²⁰ Koch/Hofmann/Reese (Fn. 134) S. 110; Boos (Fn. 185) S. 171.

²²¹ Hierzu → D 46 ff.

²²² Koch/Hofmann/Reese (Fn. 134) S. 79, 93.

²²³ BVerwGE 118, 33 (38).

²²⁴ Runkel in EZBK (Fn. 169) § 7 Rn. 23.

²²⁵ Vgl. BVerwGE 118, 33 (39).

²²⁶ → D 32.

bleiben und die Gesamtplanung des urbanen Verkehrsplans nicht erschweren.²²⁷

c) Rechtsqualität und Verhältnis zu anderen Planwerken

aa) Bündelung von kommunalen Verkehrsaufgaben

Der urbane Verkehrsplan sollte innerbehördliche Bindung entfalten und auf einen Vollzug durch das Fachrecht, insb. durch das Straßenverkehrsrecht, angelegt sein.²²⁸ Überdies nimmt er sachgerechterweise die Lärmschutzpläne, Luftreinhaltepläne, Nahverkehrspläne und sonstigen informellen kommunalen Planungen mit Verkehrsbezug in sich auf.²²⁹ Als Rechtsform bietet sich mit Blick auf seine Verbindlichkeit die Satzung an. Sollten Zuständigkeitswechsel etwa bzgl. der Luftreinhalteplanung nötig sein,²³⁰ sollte dies durch den Landesgesetzgeber umgehend erfolgen, um die Bündelung zu ermöglichen.

bb) Verhältnis zur Bauleitplanung

Im Verhältnis zur Gesamtplanung ist der urbane Verkehrsplan in die Konzeption der Raum- und Stadtplanung einzubinden; hier bestehen große Berührungspunkte und gleichgerichtete Interessenlagen.²³¹ Normhierarchisch ist der urbane Verkehrsplan über dem räumlich verengten und kleingliedrigen Bebauungsplan einzuordnen. Letzterer ist hinsichtlich seiner verkehrsbezogenen Festsetzungen am Verkehrsplan auszurichten; eine entsprechende Anpassung des § 1 BauGB mit dem Hinweis auf diese „Unterordnung“ wäre vorzunehmen. Die Abstimmung des Verkehrsplans mit der Bauleitplanung erfolgt zugleich über seine Nachordnung im Verhältnis zum Flächennutzungsplan. In weiter Anlehnung an § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB sollte der Verkehrsplan die verkehrsrelevanten Vorgaben des Flächennutzungsplans in sich aufnehmen. Dies müsste in einem Gesetz zur urbanen Verkehrsplanung vorgesehen werden. Sowohl im Verhältnis zum Flächennutzungsplan wie auch zum Bebauungsplan sind letztlich keine unüberwindbaren Hindernisse zu erwarten, da alle Planwerke in kommunaler Hand liegen. Zusätzliche Flexibilität kann schließlich durch Aufstellungs-, Änderungs-, Ergänzungs- und

²²⁷ Vgl. *Hofmann* in Kment (Fn. 145) § 7 Rn. 9.

²²⁸ Zu Details → D 46 ff.

²²⁹ *Reese* (Fn. 129) 322.

²³⁰ Dies ist etwa in NRW erforderlich. Dort ist die jeweilige Bezirksregierung für die Luftreinhalteplanung zuständig (§ 1 Abs. 1 iVm Nr. 10.6 des Anhangs 2 der ZustVU NRW v. 21.5.19).

²³¹ So verursachen etwa planerisch an Stadträndern verortete Einkaufszentren ein großes Verkehrsaufkommen: *Kreibich* (Fn. 63) S. 32. Vgl. auch *Kutter* Stadtstruktur und Erreichbarkeit in der postfossilen Zukunft, 2019, S. 114 ff.; *Lehmbrock ua* (Fn. 117) S. 163.

Aufhebungsregeln im Sinne des § 8 Abs. 3, 4 BauGB bewirkt werden.

cc) Nachbargemeinden und Raumordnung

Da Verkehrsregelungen stets auch Auswirkungen auf das städtische Umfeld haben, ist eine Abstimmung mit den Nachbargemeinden nach Maßstäben des § 2 Abs. 2 S. 1 BauGB zwingend erforderlich.²³² Überdies muss die Einbindung in eine regionale Strategie sichergestellt sein. Die Beachtung von raumordnungsrechtlichen Zielfestlegungen und die Berücksichtigung von Grundsätzen der Raumordnung obliegen daher gem. § 4 Abs. 1 S. 1 ROG auch dem urbanen Verkehrsplan.²³³ Um die urbane Verkehrsplanung nicht zu konterkarieren, bedarf es der Anwendung eines stark verstandenen Gegenstromprinzips nach § 1 Abs. 3 ROG,²³⁴ das in der Praxis aktiv „gelebt“ wird und zur Berücksichtigung der urbanen Belange auf der Raumordnungsebene anhält.²³⁵

dd) Fachplanungen

Schließlich ist die Abstimmung mit der Fachplanung nötig. Um eine substanzielle Gestaltung der Verkehrsverhältnisse im urbanen Raum zu ermöglichen, sollten die Städte alle Verkehrswege im Stadtgebiet in ihre Planung einbeziehen können. Grenzen sollten allerdings bei Bundesautobahnen, Flughäfen und Fernverkehrsstrecken der Bahn bestehen, die möglichst in ein überregionales Konzept einzubeziehen sind. Die weitere Abstimmung mit dem Fachrecht darf den allgemeinen Regeln folgen.²³⁶

d) Sonstiges

aa) Datenermittlung

Die Erstellung eines Verkehrsplans, der Verbindlichkeit im beschriebenen Maße beansprucht, ist verfahrensrechtlich anspruchsvoll. Er erfordert die Beteiligung aller betroffenen öffentlichen Stellen und eine detaillierte Ermittlung aller planrelevanten naturwissenschaftlich-ökologischen, verkehrstechnischen, planungswissenschaftlichen und soziologischen Daten.²³⁷ Auf Grundlage dieser

²³² Zur interkommunalen Abstimmung: *Battis* in BKL (Fn. 174) § 2 Rn. 22–25; *Söfker* in EZBK (Fn. 169) § 2 Rn. 96–114.

²³³ Zur Bindungswirkung von Zielen und Grundsätzen der Raumordnung *Goppel* in *Spannowsky/Runkel/Goppel* (Fn. 167) § 4 Rn. 22–57.

²³⁴ *Hofmann* in *Kment* (Fn. 145) § 1 Rn. 33 ff.

²³⁵ *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 84.

²³⁶ Zum Verhältnis zwischen Bauleitplanung und Fachplanung *Stüer* (Fn. 145) Rn. 3666 ff.

²³⁷ *Apel* AfK 1998, 62 ff.

Daten wird die zuständige Stadt mit vielen Prognosen arbeiten müssen; insofern gelten die allgemeinen Regeln.²³⁸

bb) Beteiligung

Der Verkehrsplan ist umweltrelevant und daher gem. Art. 3 Abs. 2 SUP-RL unionsrechtlich zwingend einer Strategischen Umweltprüfung zu unterziehen.²³⁹ Dies erzwingt auch eine Öffentlichkeitsbeteiligung, vgl. Art. 6 SUP-RL.²⁴⁰ Diese verfahrensrechtliche Ausgestaltung kann durch das UVPG, insb. §§ 33 ff. UVPG, geleistet werden.

cc) Monitoring und Aktualisierung

Ferner sollte die urbane Verkehrsplanung in regelmäßigen Abständen überwacht werden. Ein Monitoring würde es deutlich erleichtern, Änderungs- und Ergänzungsbedürfnisse aufzuspüren,²⁴¹ die mit Blick auf die sozio-ökonomischen und technischen Ungewissheiten im Verkehrssektor²⁴² sehr wahrscheinlich sind. Ohnehin muss ein urbaner Verkehrsplan, gerade in einer Zeit erheblicher Umbrüche im Verkehrsbereich, dynamisch gehandhabt werden, um auf Veränderungen rechtzeitig zu reagieren. Eine verpflichtende Überarbeitung des Plans nach spätestens 3–5 Jahren wäre sachgerecht und sollte gesetzlich festgeschrieben werden.

dd) Planänderung

Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass die Planänderung im Wesentlichen denselben Regeln unterliegt wie die erstmalige Planaufstellung. Um die Verfahrensbelastung einer Änderung zu reduzieren, ist es erwägenswert, bei Änderungsbedürfnissen, die nicht die Grundzüge der Planung betreffen, sachliche und/oder räumliche Teilpläne aufzustellen,²⁴³ die in Bezug auf den urbanen Verkehrsplan punktuell wirken und die man – in Anlehnung an das vereinfachte Verfahren nach § 13 BauGB und in den Grenzen des EU-Rechts –²⁴⁴ geringeren Verfahrensanforderungen unterwirft. Werden substantielle Änderungen des urbanen Verkehrsplans nötig, ist es zudem denkbar, das Instrument der Aussetzung zu nutzen, um bis zum Abschluss der neuen urbanen Verkehrsplanung unerwünschte Impulse des älteren Planwerks abzumildern. Der Einsatz der (partiellen)

²³⁸ Zur Prognose bei Planungsverfahren BVerwGE 69, 256 (272); 116, 188 (190 ff.); 123, 261 (274 f.); vgl. auch *Kment* (Fn. 158) 338.

²³⁹ Vgl. *Kloepfer* (Fn. 117) § 5 Rn. 593.

²⁴⁰ *Kloepfer* (Fn. 117) § 5 Rn. 597, § 11 Rn. 251.

²⁴¹ Zur Funktion des Monitorings *Stüer* (Fn. 145) Rn. 1011 f.

²⁴² → D 26.

²⁴³ *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 107 f. plädieren für eine Zusammenführung der Änderungen in einem Verkehrsbegeleitplan.

²⁴⁴ Vgl. *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 13 Rn. 6 ff.

Aussetzung wäre dann durch den Planaufstellungsbeschluss gerechtfertigt.

ee) Finanzierung und Verwaltungshelfer

Erstellung und Aktualisierung des urbanen Verkehrsplans erfordern große personelle und finanzielle Anstrengungen. Insofern bestehen bei den Städten bereits viel know how sowie personelle und sachliche Mittel. Allerdings wird eine finanzielle Unterstützung der Städte unverzichtbar sein, um sowohl die Planung zu ermöglichen als auch Maßnahmen umzusetzen. Mit Blick auf die zeitliche Dringlichkeit der Thematik ist es außerdem sachgerecht, die Rechtsfigur des Verwaltungshelfers auch bei der urbanen Verkehrsplanung vorzusehen.²⁴⁵

ff) Umweltverbandsklage

Verkehrsplanungen fallen gem. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwRG in den Anwendungsbereich des Umweltrechtsbehelfsgesetzes.²⁴⁶ Daher muss sich der kommunale Plangeber darauf einstellen, dass Umweltverbände möglicherweise die gerichtliche Kontrolle des urbanen Verkehrsplans anstreben werden.²⁴⁷

4. Bindungen und Vollzug der urbanen Verkehrsplanung

a) Allgemeine Regeln

Der empfohlene urbane Verkehrsplan ist sowohl eine planerische Konzeption als auch ein verbindliches Handlungskonzept. Er richtet sich an alle Träger öffentlicher Verwaltung, nicht aber an die Bürger. Letztere können lediglich durch Maßnahmen, die auf Grundlage des urbanen Verkehrsplans getroffen werden, verpflichtet werden. Sofern der urbane Verkehrsplan konkrete Maßnahmen enthält, Anordnungen trifft oder sonstige Entscheidungen fällt, entfaltet er eine umfassende Bindungswirkung gegenüber den öffentlichen Stellen.²⁴⁸ Damit wirkt er sich auf behördliche Genehmigungen, Anordnungen und Untersagungen unmittelbar aus. Allerdings ist zu beachten, dass der Vollzug von Maßnahmen nur nach Maßgabe der hierfür maßgeblichen Fachgesetze erfolgen kann. Belastet die Maßnahme den Bürger, bedarf sie insb. einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage.²⁴⁹

²⁴⁵ Zum Verwaltungshelfer *Kopp/Ramsauer* VwVfG, 2019, § 1 Rn. 64–66.

²⁴⁶ *Happ* in Eyeremann, VwGO, 2019, UmwRG § 1 Rn. 17.

²⁴⁷ Zur Umweltverbandsklage nach UmwRG *Kloepfer* (Fn. 117) § 8 Rn. 102 ff.

²⁴⁸ Vgl. *Jarass* (Fn. 158) § 47 Rn. 54 f.

²⁴⁹ Diese Zusammenhänge sind aus dem Recht der Luftreinhalteplanung bekannt, vgl. *Jarass* (Fn. 158), § 47 Rn. 55; vgl. *Cancik* in LR (Fn. 163) § 47d Rn. 14c zum Lärmaktionsplan.

Räumt die Ermächtigungsgrundlage den Vollzugsbehörden Ermessensspielräume ein, verbleiben diese lediglich in dem Umfang, in dem der urbane Verkehrsplan Spielräume eröffnet.²⁵⁰ Dies belastet die Beteiligten nicht unzumutbar, da die involvierten Belange bereits planerisch abgewogen wurden. Außerdem fördert diese Umsetzungsstrenge den effektiven Vollzug: Sie vermeidet eine Störung durch die Landesregierung, die ggf. ihre eigenen verkehrspolitischen Überzeugungen gegenüber der Stadt mit Hilfe von Weisungen an die Fachbehörden durchsetzen will, und verkürzt zugleich Verzögerungen durch uneinsichtige staatliche Behördenvertreter, die teilweise verkehrspolitisch unbeschlagen sind oder die Einzelmaßnahmen nicht nachvollziehen können.²⁵¹ Eine Grenze ist aber erreicht, wenn die kommunal angeordnete Maßnahme zur Gefährdung des Straßenverkehrs führt.

b) Erforderliche Neuausrichtung der Vollzugsvorschriften – das Beispiel des § 45 StVO

Die Abhängigkeit der urbanen Verkehrsplanung von den Durchsetzungskompetenzen der tangierten Vollzugsbehörden belegt, dass die Verkehrsprobleme der nachhaltigen Stadt der Zukunft nicht mit der urbanen Verkehrsplanung allein gelöst sind. Es handelt sich um ein Schlüsselement nachhaltiger urbaner Mobilität, dass auch das flankierende Vollzugsfachrecht eine entsprechende Neuausrichtung erfährt. Das kann exemplarisch an § 45 StVO dargestellt werden.

Wie bereits belegt,²⁵² liefert das Straßenverkehrsrecht aktuell überwiegend ordnungsrechtliche Instrumente. Das bedeutet konkret, dass insb. die zentrale Ermächtigungsgrundlage des § 45 StVO nicht dazu geeignet ist, den Fahrzeugverkehr (ausschließlich) aus verkehrspolitischen oder ökologischen Gründen zu beschränken.²⁵³ Verkehrspolitische Anordnungen der urbanen Verkehrsplanung, die gerade nicht ausschließlich in diesen ordnungsrechtlichen Kontext fallen würden, könnten folglich auf Grundlage des § 45 StVO nicht umgesetzt werden.²⁵⁴

Soll eine umfassende urbane Verkehrskonzeption nicht ins Leere laufen, ist demnach eine entsprechende Anpassung des § 45 StVO und eine gleichgerichtete Erweiterung der Ermächtigung zum Erlass

²⁵⁰ S. zum ähnlich bindenden Lärmaktionsplan *Cancik* in LR (Fn. 163) § 47d Rn. 14b; *Hansmann* FS Reh binder, 2007, S. 331 (350).

²⁵¹ Vgl. *Koch/Hofmann/Reese* (Fn. 134) S. 52.

²⁵² → D 33 f.

²⁵³ *König* (Fn. 151) § 45 Rn. 27; *Hühnermann* (Fn. 150) § 45 Rn. 3–10c; *Jahn* (Fn. 153) 9; *Hermes* (Fn. 153) 93 f.; *Lorz* (Fn. 153) 138.

²⁵⁴ *Salzborn/Klinski* (Fn. 203) 578.

dieser Rechtsverordnung in § 6 StVG erforderlich.²⁵⁵ Die Erweiterung sollte so erfolgen, dass die Gestaltungsoptionen der planenden Städte möglichst gefördert und nicht eingeengt werden. Insb. ist es nötig, bei der Realisierung des urbanen Verkehrsplans die Abhängigkeit des § 45 StVO von Gefahrentatbeständen zu lösen, damit das mitunter gefahrenunabhängige Nutzungskonzept durch Aufstellen von Verkehrsschildern oder andere verkehrslenkende Maßnahmen Realität wird.²⁵⁶ Damit ändert sich auch die Grundprämisse des Straßenverkehrsrechts, die herkömmlich von einer grundsätzlich freien Nutzung des Verkehrsraums ausgeht und nur punktuell eingeschränkt wird.²⁵⁷

²⁵⁵ Schütte (Fn. 82) 66.

²⁵⁶ Boos (Fn. 185) S. 174 f.

²⁵⁷ Vgl. König (Fn. 151) § 45 Rn. 26a f.; zur prinzipiellen Nutzungsoffenheit des öffentlichen Raums Siehr Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 204.

C. Urbanes Flächenmanagement und Wohnraumversorgung

I. Einführung

1. Zielsetzung der urbanen Innenentwicklung

Urbanes Flächenmanagement wird seit mehr als einem Jahrzehnt vom Gebot der Innenentwicklung geprägt. Letzteres geht im Wesentlichen zurück auf zwei Änderungen des BauGB in den Jahren 2007²⁵⁸ und 2013.²⁵⁹ Ungeachtet des zeitlichen Versatzes haben beide Gesetzesänderungen dieselben Ziele verfolgt, nämlich die Reduzierung der Flächenneuanspruchnahme im Außenbereich und die Steigerung der Attraktivität der Städte und Gemeinden im Innern.²⁶⁰ Vereint werden die zwillingshaften Handlungsstränge durch ein sie umspannendes Leitprinzip: die nachhaltige Stadtentwicklung.²⁶¹ Dieses Leitprinzip ist im Jahr 2017 durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt näher präzisiert und stärker auf den Menschen bezogen worden.²⁶² Demzufolge sind die städtebaulichen Zukunftsfragen „Themen, die sich unmittelbar in den Städten bemerkbar machen und Einfluss auf das Zusammenleben der Menschen haben.“²⁶³

2. Ausprägungen der Innenentwicklung: qualitative und quantitative Verdichtung

Die urbane Innenentwicklung ist zu einem Schlüsselement der städtischen Nachhaltigkeitsstrategien geworden. Die Gleichgerichtetheit ebenso wie die innere Kontroverse, die bereits das Nachhaltigkeitsprinzip charakterisierte,²⁶⁴ findet sich auch hier im Zusammenspiel von Innenverdichtung und Qualitätssteigerung wieder.²⁶⁵ Denn der Schutz der Freiflächen durch Innenentwicklung (Innen-

²⁵⁸ G zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte v. 21.12.06, BGBl. 2006 I, 3316.

²⁵⁹ G zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.13, BGBl. 2013 I, 1548.

²⁶⁰ BT-Drs. 16/2496, 1; BT-Drs. 17/11468, 1.

²⁶¹ BT-Drs. 16/2496, 1; BT-Drs. 17/11468, 9.

²⁶² BGBl. 2017 I, 1057.

²⁶³ BT-Drs. 18/10942, 2.

²⁶⁴ → D 18f.

²⁶⁵ Vgl. Roden (Fn. 35) S. 80; Troge/Hülsmann/Burger DVBl 2003, 85 (88).

verdichtung) dient dem Klimaschutz, läuft aber durchaus nicht immer geradlinig auf eine Steigerung der Attraktivität und Lebensqualität in den Innenstädten hinaus.²⁶⁶ Eine räumliche Verknappung führt tendenziell eher zu Raumkonkurrenzen und damit zu Nutzungskompromissen, die mitunter qualitätsmindernd sein können.²⁶⁷ Deshalb darf Innenentwicklung nicht rein quantitativ gedacht und strikt „mathematisch“²⁶⁸ die Verdichtung der Nutzungen anstreben, sondern muss sich beim Zugriff auf innerstädtische Baulücken, bei der Räumung und Wiederbebauung von Ruinengeländen, der Reaktivierung ungenutzter Bestände sowie der Nutzungserweiterung oder -intensivierung von Gebäuden auch der Qualität (Vor- und Nachteile) der veränderten Nutzungen im gesamten Aktionsraum – einschließlich der Nachbarschaft und Naturräume – vergewissern. Insofern darf man – auch im Sinne der Leipzig Charta – von einer quantitativen und qualitativen Innenentwicklung sprechen,²⁶⁹ die in Zukunft ein „nachhaltiges Zusammenleben in den Städten“²⁷⁰ gewährleisten soll.

3. Priorität der urbanen Entwicklung

Betrachtet man die städtebauliche Entwicklung der letzten Jahre, wird deutlich, dass die Großstädte nicht im Zentrum der Flächenverbrauchsproblematik stehen. Sie schaffen es, vergleichsweise sparsam mit Flächenpotentialen umzugehen, während hohe Verbrauchswerte gerade bei kleinen Gemeinden, in ländlichen Räumen und bei stagnierender Bevölkerungsentwicklung im Grenzland und in Regionen mit Strukturproblemen aufgetreten sind.²⁷¹ Überdies haben Großstädte häufig nicht mehr die Flächenreserven, um überhaupt noch Bauland oder Gewerbegebiete großzügig ausweisen zu können;²⁷² sie sind für lediglich 6 % des Flächenverbrauchs verantwortlich.²⁷³ Der sorgsame Umgang mit Freiflächen gehört somit nicht zum Hauptproblem der urbanen Zukunft, was gleichwohl

²⁶⁶ S. *Dietrich/Welss* NordÖR 2013, 7 (14) zur „Hafen City“ in Hamburg.

²⁶⁷ Die Innenentwicklungspotentiale variieren von Stadt zu Stadt. Tendenziell sind die Potentiale in den neuen Bundesländern höher; vgl. *Franz* ZfBR 2001, 445 (445).

²⁶⁸ Die Diskussion dreht sich regelmäßig um Flächenmaße (30ha/Tag-Ziel), selten aber um die Qualität der verbrauchten Flächen; vgl. *Diroll/Greim-Diroll* NuR 2019, 91; *Roden* (Fn. 35) S. 127f.; *Schink* UPR 2001, 161 (162).

²⁶⁹ Vgl. etwa *Roden* (Fn. 35) S. 78ff.

²⁷⁰ BT-Drs. 18/10942, 2.

²⁷¹ *Miosga* in Bayerische Akademie Ländlicher Raum, Flächenverbrauch wirksam bekämpfen, 2019, S. 7 (9).

²⁷² *Göppel* in Bayerische Akademie Ländlicher Raum (Fn. 271) S. 16 (17).

²⁷³ *Beckmann/Dosch* in Behnisch/Kretschmer/Meinel, Flächeninanspruchnahme in Deutschland, 2018, S. 3 (14).

nicht bedeutet, dass die deutschen Großstädte ihre Anstrengungen um die knappe Ressource der Freiflächen einstellen sollten.

Eine Diskussion um Flächenverbrauchsobergrenzen und Flächenhandelssysteme²⁷⁴ führt jedoch von den Kernproblemen der nachhaltigen Stadt der Zukunft ebenso weg wie die Diskussion um § 13b BauGB, der sowohl auf EU-rechtliche Vorbehalte stößt als auch durch den konzeptionellen Wertungswiderspruch zur Innenverdichtungsprämisse besticht.²⁷⁵ Die größten Anstrengungen der nachhaltigen Stadt der Zukunft sollten sich vielmehr auf den zweiten Strang der urbanen Innenentwicklung richten: die Qualitätssicherung und -steigerung im verdichteten Stadtgebiet. Eine hohe Lebensqualität in der Stadt ist nämlich nicht nur ein Wert für sich. Sie ist ökonomisch, sozial und ökologisch erstrebenswert, weil sie das städtische Leben attraktiver werden lässt und die Bürger an die Stadt bindet.

Die ökonomischen Vorteile einer attraktiven Stadt liegen auf der Hand: Sie ist u. a. Anziehungspunkt für Firmen und Arbeitnehmer, lockt Besucher an, steigert den Warenverkauf und führt zu höheren Steuereinnahmen. Sozial hilft eine attraktive Stadt auch den schwächeren Mitgliedern der Gesellschaft, indem die Stadtverwaltung etwa einen sozialen Wohnungsbau gegenüber Investoren durchsetzen kann, viele öffentliche Erholungs- und Spielbereiche vorhält sowie Hilfsprogramme (Sorgentelefon, Selbsthilfegruppen etc.) unterhält oder finanziell unterstützt. Auch ökologisch ist eine attraktive Stadt wichtig, achtet sie doch auf hinreichende und gut gepflegte Grün- und Erholungsflächen. Ein unattraktiver urbaner Lebensraum hingegen steigert bei den Stadtbewohnern den Wunsch, Freizeit außerhalb der Stadt zu verbringen oder direkt „im Grünen“ zu wohnen.²⁷⁶ Hierdurch werden nicht nur zusätzliche Pendler- und Freizeitverkehre ausgelöst. Es kommt zudem zu einem tendenziell ressourcenschädigenden Wohnen im Umland bzw. in kleinen Gemeinden.

4. Bestehende rechtliche Instrumente zur Verwirklichung der urbanen Innenentwicklung

Der Bundesgesetzgeber hat in der Vergangenheit eine Vielzahl von gesetzlichen Regelungen in das BauGB aufgenommen, die dem Ziel einer nachhaltigen urbanen Innenentwicklung dienen sollten. Einige dieser Regelungen, wie etwa § 1a Abs. 2 BauGB, zielen direkt auf den Freiflächenschutz ab,²⁷⁷ während andere (vorwiegend) der quali-

²⁷⁴ Vgl. *Kment* (Fn. 44) 217; *Köck/Bovet/Tietz* ZUR 2018, 67.

²⁷⁵ *Mayer* ZfBR 2019, 9; *Mitschang* in ders., Schaffung von Bauland, 2019, S. 89 (96 f.); *Grotefels* UPR 2018, 321; wenig überzeugend VGH München NuR 2019, 421 Rn. 24.

²⁷⁶ *Köck/Bovet/Tietz* (Fn. 274) 68; *SRU* (Fn. 10) Tz. 293 ff.

²⁷⁷ *Otto* ZfBR 2013, 434 f.

tativen Innenentwicklung zugewiesen werden können. Zu Letzteren gehört etwa die Regelung des § 9 Abs. 2a, 2b und 2c BauGB, die eine Gestaltung des unbeplanten Innenraums zulässt, indem sie zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche den Kreis der zulässigen Vorhaben in einem § 34-Gebiet einengt (Abs. 2a), einen einfachen Bebauungsplan zur Steuerung von Vergnügungsstätten im Innenbereich der Stadt zulässt (Abs. 2b) oder es erlaubt, sich der Risiken von Störfallbetrieben planerisch anzunehmen (Abs. 2c). Ebenfalls zu dieser Kategorie zählen die Verfahrenserleichterungen für Bebauungspläne der Innenentwicklung gem. § 13a BauGB, die auf Seiten der zuständigen Stadt die Planungshürden absenken. Als weiteres planerisches Element hat der Gesetzgeber mit § 6a BauNVO das „Urbane Gebiet“ ins Leben gerufen, um den Kommunen „an der Schnittstelle von Städtebaurecht und Immissionsschutzrecht (...) zur Erleichterung des Bauens in stark verdichteten städtischen Gebieten mehr Flexibilität“²⁷⁸ einzuräumen. Finanzielle Unterstützung ist schließlich nach Maßgabe des § 164b BauGB für städtebauliche Sanierungsmaßnahmen möglich.

II. Datenermittlung, Überwachung und Stadtentwicklungskonzepte

Die urbane Innenentwicklung ist keine kopflose Verdichtung des städtischen Innenbereichs. Sie versucht, innerstädtische Flächenpotentiale zu heben, ohne die Qualität des Lebens in der Stadt zu beeinträchtigen, wenn nicht gar die Attraktivität der Stadt zu steigern. Die Flächenpotentiale sollen nicht nur für den Bau von Anlagen oder von Wohneinheiten bereitgestellt, sondern auch in ein Netz von hochwertigen Freiräumen eingebunden werden, in dem Parks und begrünte Plätze möglichst multifunktional das städtische Leben bereichern.²⁷⁹ Man spricht insofern auch von doppelter Innenentwicklung.²⁸⁰

1. Offenlegung der Flächenpotentiale

a) Ermittlung und Bewertung der Flächenpotentiale

Der skizzierte Optimalzustand bei der Ermittlung und Nutzung von ungenutzten Flächenpotentialen setzt vielerlei voraus. An erster

²⁷⁸ BT-Drs. 18/10942, 2.

²⁷⁹ S. auch Köppen/Mitschang BauR 2019, 754 (760); Hellriegel gif im Fokus 2017, 5 (8); Scholz AKP 1/17, 26 (28).

²⁸⁰ SRU (Fn. 8) Tz. 59. Grundlegend zu diesem Begriff: *Deutscher Rat für Landschaftspflege* in ders., Freiraumqualitäten in der zukünftigen Stadtentwicklung, 2006, S. 17.

Stelle das Wissen um die Flächenpotentiale selbst. Dieses zu gewinnen, muss eine vordringliche Aufgabe jeder Stadt sein, da ohne das hinreichende Wissen um die urbanen Rahmenbedingungen eine verantwortungsvolle Innenentwicklung nicht zu gewährleisten ist. Zu erwägen ist daher, gesetzlich eine solche Analyse der Flächenpotentiale für das gesamte Stadtgebiet verbindlich vorzuschreiben²⁸¹ und zudem Parameter der Flächenbewertung vorzugeben.²⁸²

Die hiergegen erhobenen Einwände, etwa eines Verstoßes gegen die Planungshoheit der Städte oder einer unzumutbaren Verzögerung der Bauleitplanung,²⁸³ vermögen nicht zu verfangen. Die Planungshoheit der Kommunen gem. Art. 28 Abs. 2 GG ist nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern verschafft nur im Rahmen der Gesetze eine Rechtsposition. Daher ist es dem Gesetzgeber erlaubt, die Planungshoheit etwa durch Planungsgrundsätze wie § 1 Abs. 5 S. 3 BauGB zu lenken, selbst wenn dadurch ein administrativer Arbeitsaufwand ausgelöst wird. Selbiges muss auch für die Ermittlung und Bewertung von Flächenpotentialen gelten.

Über eine Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG könnte man nachdenken, wenn dieser Arbeitsaufwand die betroffenen Gebietskörperschaften „erdrücken“ würde, so dass eine Ausübung der Planungshoheit letztlich nicht erfolgen könnte. Dass bei einer Ermittlung und Bewertung der Flächenpotentiale Städte an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoßen, ist jedoch auch bei territorial weit ausgedehnten Großstädten nicht ersichtlich.

Zum Einwand der Verzögerung ist festzustellen, dass Unterbrechungen der Bauleitplanung wegen einer im Vorfeld nicht getätigten Datenerhebung Konsequenz einer mangelnden Selbstorganisation des Planungsträgers sind. Ist die flächenbezogene Erhebungs- und Bewertungsarbeit einmal geleistet, verspricht sie im Gegensatz zu Prüfungen, die (immer wieder) durch den Einzelfall ausgelöst werden, auf lange Sicht sogar einen Zeitgewinn, da bei der zukünftigen kommunalen Bauleitplanung stets – ohne weitere Anstrengungen – auf ein belastbares Datenmaterial aufgebaut werden kann.

b) Aspekte der Bewertung – schutzbedürftige urbane Freiflächen

Die Bewertung der freien Flächen sollte unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten erfolgen und im Einklang mit der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie²⁸⁴ neben sozialen und wirtschaftlichen Aspek-

²⁸¹ SRU (Fn. 8) Tz. 65.

²⁸² Zum Teil wird dies schon gemacht; vgl. *Beilein* IZR 2010, 13 (17f.).

²⁸³ *Schrödter* in ders., BauGB, 2015, § 1a Rn. 35.

²⁸⁴ Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/nachhaltigkeitspolitik/eine-strategie-begleitet-uns/die-deutsche-nachhaltigkeitsstrategie>.

ten²⁸⁵ insb. auch die ökologische Bedeutung und Wertigkeit der Fläche etwa unter dem Aspekt der Biodiversität mit einbeziehen.²⁸⁶ Dies ist von großer Bedeutung, da die bauliche Inanspruchnahme urbaner Freiflächen typischerweise die dort über Jahre entstandene Lebenswelt der Tiere und Pflanzen unmittelbar gefährdet und somit ein erhebliches Beeinträchtigungspotential gegenüber der urbanen Biodiversität entfaltet.²⁸⁷ Vergegenwärtigt man sich zusätzlich, dass mitunter in den urbanen Bereichen die Biodiversitätsrate höher ist als im Außenbereich,²⁸⁸ mag dies – auch unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten – zwar nicht dafür sprechen, die urbanen Habitate vollständig von menschlicher Besiedlung zu verschonen, wohl aber mit Blick auf den hohen Artenschwund²⁸⁹ dafür, besonders hochwertige innerstädtische Habitate zu erhalten, sie in das Grün-, Erholungs- und Freiflächenkonzept der Innenentwicklung einzubinden und bei einer Eingriffsnotwendigkeit die Belastung auf das erforderliche Maß zurückzuführen.²⁹⁰ Sind die Biodiversitätsverluste zu hoch, ist über eine Überwindung des gewichtigen, aber nicht strikt verbindlichen Innenverdichtungsgrundsatzes nachzudenken und die Nutzung von minderwertigeren Außenbereichsflächen in Betracht zu ziehen.

c) Überwachung der Flächenentwicklung

Sind die Flächenpotentiale und -wertigkeiten einmal fachgerecht ermittelt, bedeutet dies nicht, dass die Ausgangslage stabil bleibt. Gerade auf der ökologischen Ebene kann es schnell zu Auf- oder Abwertungen kommen, wenn neue Pflanzen oder Tiere sich auf Freiflächen ansiedeln oder von dort abwandern. Daher sollte gesetzlich vorgesehen sein, dass Monitoringpflichten greifen, um eine hinreichende Aktualität des Datensatzes dauerhaft sicherzustellen. So können die ermittelten Daten jeder bauplanerischen Tätigkeit der Stadt dauerhaft zugrunde gelegt werden.

2. Verbindliche Einführung eines Stadtentwicklungskonzepts

Aus den gewonnenen Daten zu den urbanen Flächenpotentialen müssen die richtigen Schlüsse gezogen werden. Sie sollten daher

²⁸⁵ *Böhm ua* Urbanes Grün in der doppelten Innenentwicklung, 2016, S. 18 f.

²⁸⁶ Dazu ausführlich *Böhm ua* (Fn. 285) S. 19 ff.

²⁸⁷ *Roden* (Fn. 35) S. 86 f.

²⁸⁸ *Reichholf* Ende der Artenvielfalt?, 2009, S. 163 ff.; *Knapp ua* Biodiversity and Conservation 2008, 1595 (1596).

²⁸⁹ Vgl. *Weltbiodiversitätsrat (IPBES)* Biologische Vielfalt und Ökosystemleistungen, 2019: 1 Mio. Tier- und Pflanzenarten vom Aussterben bedroht; auf dem Land sind die Arten um 20 % zurückgegangen.

²⁹⁰ Vgl. *Drecker* in Genske/Hauser, Die Brache als Chance, 2003, S. 135 (140 f.).

nicht nur der Aufwertung der Bauleitplanung dienen. Vielmehr wäre es sachgerecht, den Datensatz in ein übergreifendes Stadtentwicklungskonzept einfließen zu lassen, damit die jeweiligen Nutzungen auf den einzelnen Flächen nicht situativ-isoliert ermöglicht werden, sondern in ein ausgleichendes, integratives Gesamtkonzept eingebunden sind.

Vielerorts werden solche Stadtentwicklungskonzepte bereits aufgestellt.²⁹¹ Gleichwohl sind sie nicht zwingend vorgeschrieben und auch bzgl. ihrer Inhalte, Aufstellungsverfahren und Bedeutung divergent. Rechtlich haben sie in § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB bereits in der Gruppe der Planungsleitlinien eine Verortung erfahren. Funktional koordinieren sie im Idealfall ressortübergreifend die gesamtstädtische Entwicklung²⁹² und gehen daher inhaltlich deutlich über die Bauleitplanung hinaus. Gleichwohl finden sie – aufgrund ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit – lediglich Berücksichtigung in der Bauleitplanung,²⁹³ vermögen die Bauleitplanung aber weder zu binden, noch iSd § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB zu rechtfertigen.²⁹⁴ Das Gewicht des Konzepts in der Abwägung orientiert sich nach aktueller Rechtslage daran, wie konsequent es von der Stadt als Ausdruck der Standortpolitik eingehalten wird. Überdies wird es nur dann in das zweigliedrige System der Bauleitplanung eingegliedert, wenn das „informelle“ Planwerk zumindest vom Stadtrat beschlossen und öffentlich bekanntgemacht wurde.²⁹⁵ Materiell muss es zudem den Anforderungen des Abwägungsgebots nach § 1 Abs. 7 BauGB genügen²⁹⁶ und darf nachfolgende Abwägungsentscheidungen der Bauleitplanung nicht verkürzen.

Eine nachhaltige Stadt der Zukunft entwickelt sich nicht zufällig. Sie ist das Ergebnis weiser Voraussicht und großer Anstrengung. Daher wäre es empfehlenswert, Städte dazu anzuhalten, eine substanzielle Stadtentwicklungskonzeption aufzustellen, die die wesentlichen Entwicklungsachsen der Stadt auf der Grundlage hinreichender Datenermittlungen unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten in den Blick nimmt. Dieser Vorschlag zielt nicht darauf ab, der Bauleitplanung eine dritte Ebene voranzustellen. Das Anliegen einer obligato-

²⁹¹ Für Hamburg: *Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt* Perspektiven der Stadtentwicklung für Hamburg, 2014, <https://www.hamburg.de/contentblob/4309812/72bbf7e42477706605e49ed206a8e7a2/data/broschuere-perspektiven.pdf>, und das Innenstadtkonzept Hamburg 2014, <https://www.hamburg.de/contentblob/4374074/264f74889d6ecd358e255a71abb42fd6/data/download-innenstadtkonzept-2014.pdf>.

²⁹² *Gaentzsch* in BK, BauGB, Stand 11/19, § 1 Rn. 8.

²⁹³ BVerwGE 146, 137 Rn. 11; 153, 16 Rn. 13; BVerwG ZfBR 2010, 67 (70).

²⁹⁴ BVerwGE 153, 16 Rn. 13.

²⁹⁵ *Battis* in BKL (Fn. 174) § 1 Rn. 84f.

²⁹⁶ *Söfker/Runkel* (Fn. 169) § 1 Rn. 175; *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 1 Rn. 70.

rischen Stadtentwicklungsplanung liegt vielmehr in der urbanen Selbstvergewisserung über die eingeschlagenen Entwicklungspfade.²⁹⁷ Erweisen sich diese als tragend, wird die Stadtentwicklungsplanung in der bauleitplanerischen Abwägung kontinuierlich an Gewicht gewinnen.

In einer solchen Stadtentwicklungsplanung werden die Flächenpotentiale der Stadt eine wichtige Rolle spielen, da sie Gestaltungsmöglichkeiten repräsentieren. Zugleich wird die Stadtentwicklungsplanung helfen, die Wertigkeit der Flächen mit Blick auf die Entwicklungskonzepte der Stadt einzuschätzen. In diesem Setting wird der Grundsatz der Innenentwicklung des § 1 Abs. 5 S. 3 iVm § 1a Abs. 2 BauGB zunächst dafür sprechen, neue Baugebiete im Außenbereich nur dann auszuweisen, wenn die Innenentwicklungspotentiale ausgeschöpft sind und dies auch belegt ist.²⁹⁸ Allerdings wird er genauso dafür streiten, als qualitativ hochwertig ermittelte Innenbereichsflächen, die zB nicht mit Baukörpern belastet und ökologisch oder als Naherholungsfläche wertvoll sind,²⁹⁹ nicht leichtfertig zu opfern, sondern bewusst weniger wertvolle Außenbereichsflächen neu zu erschließen.³⁰⁰ In diesem Fall setzt sich der Auftrag zur Qualitätssteigerung in den dicht besiedelten Innenstädten gegenüber dem Flächenschutz im Außenbereich durch.³⁰¹

III. Bewältigung von Nutzungswidersprüchen

Die nachhaltige Stadt der Zukunft ist entsprechend der Leitvorstellung der Leipzig Charta ein Ort mit „kompakter Siedlungsstruktur“,³⁰² wobei „das Konzept der Mischung von Wohnen, Arbeiten, Bildung, Versorgung und Freizeitgestaltung in den Stadtquartieren“³⁰³ im Vordergrund steht. Eine dichte, mit unterschiedlichen Nutzungen – und damit Bedürfnissen – durchmischte urbane Siedlungsstruktur wirkt nicht nur befruchtend, sie wirft auch Konflikte auf und bewirkt Spannungen. Ob das aktuelle deutsche Planungs- und Umweltrecht dieser Herausforderung gewachsen ist, wurde in

²⁹⁷ Auch informelle Planwerke entfalten verwaltungsintern zumeist Wirkungen; vgl. Köck NuR 1997, 528 (533).

²⁹⁸ *Jacoby ua* Begrenzung der Flächenneuanspruchnahme in Bayern, 2018, S. 12; *SRU* (Fn. 8) Tz. 65.

²⁹⁹ → D 53f.

³⁰⁰ VGH München NVwZ-RR 2005, 781 (784). Auch aus anderen Gründen kann eine Nutzung von Freiflächen vor der Verdichtung im Innern in Betracht kommen; vgl. *Schrödter* in ders. (Fn. 283) § 1a Rn. 36ff.

³⁰¹ Zur Relativität des Grundsatzes der Innenentwicklung *Schrödter* in ders. (Fn. 283) § 1a Rn. 38.

³⁰² Leipzig Charta 2007, IzR 2010, 315 (317).

³⁰³ Ebda.

der Vergangenheit durchaus in Frage gestellt,³⁰⁴ zuletzt recht öffentlichkeitswirksam durch die sog. „Düsseldorfer Erklärung“.³⁰⁵

1. Optimierung und Verschlinkung der BauNVO

a) Art der baulichen Nutzung

Im Zentrum der Kritik steht immer wieder die BauNVO, weil ihre Vorgaben als zu starr und unflexibel empfunden werden. Auf diese Vorbehalte hat die Bundesregierung bereits 1996, also vor über 20 Jahren, erwidert, die BauNVO „sei durch die verschiedenen Novellierungen so weiterentwickelt worden, daß sie ein flexibles Instrument für die Ermöglichung von fast allen Formen von Nutzungsmischungen einerseits und für die Verhinderung unzumutbarer Störungen andererseits darstellt.“³⁰⁶

aa) Gestaltungsmöglichkeiten

In der Tat decken die Vorgaben der BauNVO bzgl. der Zuordnung unterschiedlicher Nutzungen durchaus vielfältige Optionen ab. Gerade die Gebietstypen des Misch- und Kerngebiets (§§ 6, 7 BauNVO) haben für lange Zeit Verbindungen zwischen unterschiedlichen Nutzungen aufgegriffen.³⁰⁷ Im Jahr 2017 ist das urbane Gebiet nach § 6a BauNVO hinzugetreten, um „planerisch die nutzungsgemischte Stadt der kurzen Wege verwirklichen (zu) können.“³⁰⁸ Es reagiert gerade auf die Gedanken der Leipzig Charta, indem „eine stärkere Verdichtung ermöglicht werden“ soll.³⁰⁹ Und tatsächlich erlaubt § 6a BauNVO nunmehr, Wohnen, Gewerbebetriebe und soziale, kulturelle und andere nicht wesentlich störende Einrichtungen in einem Baugebiet zusammenzuführen.³¹⁰ Das Besondere am urbanen Gebiet ist, dass gem. § 6a Abs. 1 S. 2 BauNVO die Nutzungsmischung nicht gleichgewichtig sein muss³¹¹ und des-

³⁰⁴ Schon vor 50 Jahren stellte die DASL fest, dass die BauNVO „den heutigen Ansprüchen nicht mehr gerecht“ werde und unterbreitete Änderungsvorschläge, Mitteilungen der DASL, 1967, S. 13.

³⁰⁵ Abrufbar unter <https://www.baulinks.de/webplugin/2019/0560.php4>.

³⁰⁶ BT-Drs. 13/6392, 127.

³⁰⁷ Roeser in König/Roeser/Stock, BauNVO, 2019, § 6 Rn. 4, § 7 Rn. 5.

³⁰⁸ BT-Drs. 18/10942, 56.

³⁰⁹ Ebda.

³¹⁰ Der Wortlaut des § 6a BauNVO und die Gesetzesmaterialien sprechen dafür, dass es drei Hauptnutzungen gibt; *Battis/Mitschang/Reidt* NVwZ 2017, 817 (824); *Franßen* (Fn. 51) 533; für zwei Hauptnutzungen *Blebschmidt* in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 6a Rn. 12f.

³¹¹ *Schink* UPR 2018, 167 (168); aA *Decker* KommP Spezial 2017, 110 (111), der einen Anteil von 33,33 % für jede Hauptnutzungsform fordert. Vgl. demgegenüber zum Mischgebiet, wo eine gleichgewichtete Nutzung verlangt wird, BVerwGE 68, 207 (210).

halb – worin ein Kernanliegen besteht –³¹² auch eine überwiegende Wohnnutzung der Annahme eines urbanen Gebiets nicht im Wege steht;³¹³ nur über den erforderlichen Mindestanteil der übrigen Nutzungen wird noch gestritten.³¹⁴ Innerhalb des urbanen Gebiets ermöglicht es § 6a Abs. 4 BauNVO aus städtebaulichen Gründen³¹⁵ und unter Beachtung der Marktbedingungen,³¹⁶ die konkrete Form der Nutzungsmischung zu definieren und bspw. nach Abs. 4 Nr. 3 in Gebäuden einen im Bebauungsplan bestimmten Anteil der zulässigen Geschossfläche für Wohnungen zu reservieren. Sollte selbst auf dieser Grundlage eine Zuordnung der unterschiedlichen Nutzungen nicht gelingen, ist es möglich, mit Hilfe des § 1 Abs. 9 BauNVO „eingeschränkte“ urbane Gebiete zu konstruieren, bei denen bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen für zulässig oder ausnahmsweise zulässig erklärt oder ganz gestrichen werden.³¹⁷ Insb. zum Schutz der Wohnnutzung kann dies hilfreich sein.³¹⁸

Der mit § 6a BauNVO verfolgte Regelungsansatz wurde schließlich durch die ergänzende Änderung von immissionsschutzrechtlichen Grenzwerten abgerundet.³¹⁹ Hierdurch wurde der Schutzstandard der Wohnnutzung abgesenkt.³²⁰ Damit ist es möglich geworden, nicht störende Gewerbebetriebe in das Stadtbild wieder einzugliedern.³²¹ Zielpunkt ist etwa die Ansiedlung von Handwerkerhöfen in der Stadt.

bb) Bewertung und Änderungsbedarf

Die Schwierigkeiten bei der planerischen Bewältigung von Nutzungskonflikten in den Städten liegen zu einem Großteil darin begründet, dass in der Vergangenheit die Vorschriften der BauNVO

³¹² Otto gif im Focus 2017, 10 (15): „Bekämpfung der Wohnraumknappheit“.

³¹³ Roeser (Fn. 307) § 6a Rn. 6; Schink NVwZ 2017, 1641 (1642).

³¹⁴ Vgl. die unterschiedlichen Verteilungsquoten bei Schmidt-Eichstaedt in Spannowsky/Hofmeister, Schutz vor Luftschadstoffen und Lärm durch städtebauliche Planung, 2018, S. 59 (63); Hellriegel (Fn. 279) 7; Otto (Fn. 312) 13. Für einzelfallabhängige Bewertungen Köppen/Mitschang (Fn. 279) 755 f., Uechtritz BauR 2018, 1631 (1634).

³¹⁵ Blechschmidt in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 6a Rn. 68; Köppen/Mitschang (Fn. 279) 758; aA Hornmann in BeckOK, BauNVO, Stand 09/19, § 6a Rn. 63.

³¹⁶ Blechschmidt in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 6a Rn. 68.

³¹⁷ Battis/Mitschang/Reidt (Fn. 310) 824.

³¹⁸ Köppen/Mitschang (Fn. 279) 766.

³¹⁹ Vgl. zur Änderung von TA Lärm (Gewerbelärm) und der 18. BImSchV (Sportstättenlärm) Kricke/Blasius BauR 2018, 749 (750, 753 ff.).

³²⁰ Kritisch Hornmann (Fn. 315) § 6a Rn. 34.4; Franßen DVBl 2018, 480 (485); aA BT-Drs. 18/10942, 32: „ohne dabei das grundsätzlich hohe Lärmschutzniveau zu verlassen.“

³²¹ Krautzberger/Stüer DVBl 2018, 7 (15).

mit immissionsschutzrechtlichen Schutzstandards verknüpft wurden.³²² Diese Standards können für kleinere und mittlere Gemeinden bzw. Kleinstädte eingelöst werden, für deutsche Großstädte aber sind sie überwiegend nicht mehr praktikabel und zeitgemäß. Überdies lebt in der BauNVO immer noch der Geist der Trennung, um städtebauliche Probleme zu lösen, und nicht die Leipzig-Charta-Konzeption der Durchmischung.

Die Einführung des § 6a BauNVO wirkt in dieser Spannungslage versöhnlich. Sie verschafft zumindest Linderung auf Seiten verzweifelnder Planer, die nun nicht mehr notgedrungen überwiegende Wohnnutzungen zu Mischgebieten „umetikettieren“ müssen (sog. Etikettenschwindel),³²³ und so die hohen Schutzstandards des Immissionsrechts unterlaufen. Außerdem ist ihnen die Ansiedlung von nichtstörendem Gewerbe (zB Handwerkerhof) in unmittelbarer Nähe zur Wohnnutzung jetzt erleichtert.³²⁴ Ein Paradigmenwechsel³²⁵ hat sich mit der Einführung des § 6a BauNVO jedoch nicht eingestellt. Dieser wäre wohl erst dann erreicht, wenn man in Großstädten grundsätzlich die Grenzwerte für Immissionen in Gebieten mit relevanter Wohnnutzung herabsetzen würde. Nur so wären die immissionsschutzrechtlichen Grundvoraussetzungen geschaffen,³²⁶ um eine höhere Nutzungsvielfalt und Durchmischung im Sinne der nachhaltigen Stadt der Zukunft auch in Gebieten zu ermöglichen, die (noch) nicht die Voraussetzungen des § 6a BauNVO erfüllen. Dies betrifft häufig noch große Teile des Stadtgebiets.

Noch einschneidender wäre der Umbruch, wenn die umweltrechtlichen Schutzstandards gänzlich von den Gebietskategorien der BauNVO gelöst würden.³²⁷ Hierdurch wäre eine Nutzungsgemischte Stadt jedenfalls planerisch leichter zu erreichen, da die Konfliktlage thematisch entzerrt würde. Fragen zu Nutzungsarten und Immissionen könnten separat beantwortet werden.

Durch eine allgemeine Absenkung immissionsschutzrechtlicher Grenzwerte würden Wohnnutzungen nicht automatisch schutzlos gestellt. Ihnen würden – von planerischer Seite – weiterhin § 50 BImSchG (Trennungsgrundsatz),³²⁸ das Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7

³²² Vgl. 6.1 TA Lärm; § 2 Abs. 1 der 16. BImSchV; § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV.

³²³ BVerwGE 149, 373 Rn. 20.

³²⁴ *Schink* (Fn. 313) 1642.

³²⁵ *Wienhues* NordÖR 2017, 313 (320); skeptisch *Schink* (Fn. 311) 167 ff.

³²⁶ Die Bauleitplanung ist nicht unmittelbar an Grenzwerte der TA Lärm gebunden. Gleichwohl erlangen sie Bedeutung, wenn die Bauleitplanung Vorhaben ermöglichen will, die diese Grenzwerte beachten müssen; vgl. *Wahlhäuser* in Bönker/Bischopink, BauNVO, 2018, ImmissionsschutzR Rn. 50.

³²⁷ Kritisch zur aktuellen Rechtslage *Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen* Arbeitsgruppe Aktive Liegenschaftspolitik, S. 23.

³²⁸ BVerwGE 128, 238 Rn. 14; *Schink* (Fn. 311) 170 ff.; *Grüner* UPR 2014, 161.

BauGB (inklusive des Grundsatzes der Konfliktbewältigung)³²⁹ und – im Einzelfall –³³⁰ das Gebot der Rücksichtnahme nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO³³¹ zur Seite stehen. Alle diese Regelungen, die keine absoluten Schutzpositionen zugunsten Einzelner vermitteln,³³² sondern eine Gegenüberstellung von Belangen erlauben, müssten allerdings als Grundprämisse anerkennen, dass in den städtischen Verdichtungsräumen ein geringerer Schutz vor Immissionen und sonstigen Belästigungen erwartet werden kann als in Kleinstädten oder kleineren Gemeinden.³³³ Bei der Beurteilung des Aussagegehalts des § 15 Abs. 1 BauNVO deutet sich dieses Umdenken heute bereits an.³³⁴

Verfolgt man den Gedanken der Nutzungsvielfalt konsequent weiter, liegt es nahe, Baugebiete mit singulärer Nutzung nicht grundlos länger in die BauNVO aufzunehmen. Es handelt sich nämlich um Elemente einer überholten Planungsphilosophie,³³⁵ die nicht mehr im Einklang mit der Nachhaltigkeitskonzeption der Leipzig Charta steht. Unmittelbar angesprochen ist damit § 3 BauNVO, der mit seiner Konzentration auf das Wohnen gerade das klassische Gegenstück zu einer vielseitigen, bunten Nutzung bildet. Mit einer Wohnkultur der kurzen Wege, bei der Versorgungselemente in unmittelbarer Nähe zum Wohnort angesiedelt sind, um so Ressourcen zu schonen und Verkehrsaufkommen zu reduzieren, ist er nicht mehr in Einklang zu bringen. § 3 BauNVO sollte daher gestrichen werden.³³⁶

Ein Bedürfnis, darüber hinaus die Baugebiete der BauNVO *in toto* in Frage zu stellen,³³⁷ besteht allerdings nicht. Natürlich würde hierdurch eine maximale Flexibilität auf Seiten der Planer erreicht. Diese Freiräume müssen in der Praxis aber auch ausgefüllt werden. Die Arbeit mit Baugebieten ist eine Arbeit mit Typen. Typisierungen verschaffen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit,³³⁸ verringern in der

³²⁹ BVerwG NVwZ-RR 1995, 130 (130f.); *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 1 Rn. 89.

³³⁰ Zum Verhältnis der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB und der Anwendung des § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO: BVerwGE 147, 379 Rn. 14; *Söfker* in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 15 Rn. 20a.

³³¹ *Gaentzsch* ZfBR 2009, 321 (327ff.).

³³² BVerwG NVwZ 2012, 1338 (1343); *Hansmann* in Reh binder/Schink, UmweltR, 2018, § 7 Rn. 68.

³³³ *Schröer* NZBau 2009, 768 (769). Zu weitgehend *Fickert* FS Hoppe, 2000, S. 611 (626f.), der sich gegen eine Nutzungsmischung ausspricht.

³³⁴ OVG Hamburg ZfBR 2008, 283 (284); OVG Bremen Beschl. v. 19.3.15 – 1 B 19/15, 1 B 21/15, Rn. 19f.; *Reidt* in BKL (Fn. 174) Vorb. §§ 29–38 Rn. 69; *Stühler* BauR 2009, 1076 (1087).

³³⁵ *Boeddinghaus* BauR 2010, 998 (998ff.).

³³⁶ So auch die Forderung der „Düsseldorfer Erklärung“ (Fn. 305).

³³⁷ S. *Boeddinghaus* (Fn. 335) 999.

³³⁸ Kritisiert wird mitunter das grobe Raster der BauNVO; vgl. *Berkemann* ZUR 16, 515 (518). Dies sind gleichwohl Abstriche, die der Abstraktion der Regelung geschuldet sind und mit graduellen Unterschieden bei allen Formen von Typisierungen auftreten.

Regel den Planungsaufwand und können auch die Planungsaufgabe vereinfachen.³³⁹ Diese Vorzüge sollten nicht voreilig fallengelassen werden. Bereits die beschriebenen Lockerungen, die das urbane Gebiet nach § 6a BauNVO mit sich bringt, zeigen deutlich, dass sie zusätzliche planerische Kapazitäten in Anspruch nehmen werden.³⁴⁰

b) Maß der baulichen Nutzung

§ 17 BauNVO legt Obergrenzen für die Bestimmung des Maßes der baulichen Nutzung fest. Die von ihm definierten Obergrenzen bilden schon länger nicht mehr das Bedürfnis ab, welches an die Nutzungsdichte von Grundstücken in Städten besteht. Gerade mit Blick auf das Leitbild der Nutzungsgemischten Stadt der kurzen Wege scheint es geboten, zu einer stärkeren Verdichtung zu kommen, um viele verschiedene Nutzungen auf engstem Raum zusammenzuführen.³⁴¹ Selbst die für das urbane Gebiet und Kerngebiet vorgesehene Geschossflächenzahl von 3,0 erweist sich bereits als zu gering angesetzt.³⁴² Im Frankfurter Bankenviertel liegt sie etwa bei über 13,5.³⁴³

Recht offensiv wird aktuell für die Streichung des § 17 BauNVO unter Hinweis auf die städtebaulichen Zwänge in den Metropolen geworben.³⁴⁴ Diese Norm sei nicht nur sachwidrig, sondern auch überflüssig. Problemlos – was zutrifft – könne man allein über die Gebäudehöhe und die überbaubare Grundstücksfläche sowie Mindestabstände zu anderen Grundstücken die Dimensionierung von Nutzungen vorzeichnen.³⁴⁵ Mehr Sympathie erntete in der jüngst eingesetzten *Baulandkommission* der Vorschlag, § 17 BauNVO abzuschwächen und dessen Obergrenzen lediglich als Orientierungswerte zu erhalten.³⁴⁶ Welche Bindungswirkung diese Einordnung mit sich bringen würde, wurde allerdings nicht weiter dargelegt.

Man kann den Kritikern des § 17 BauNVO zugestehen, dass die Obergrenzen für Gebietsfestsetzungen in vielen großen Städten tatsächlich zu niedrig ausfallen. Hier zeigt sich jedoch keine Schwäche

³³⁹ Söfker in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 1 Rn. 4. Gleichwohl fällt die Arbeit mit den Gebietstypen nicht immer nur leicht; insb. Auslegungsfragen bereiten oft Schwierigkeiten; vgl. Bönker in ders./Bischopink (Fn. 326) BauNVO § 1 Rn. 6.

³⁴⁰ Köppen/Mitschang (Fn. 279) 768.

³⁴¹ Kommission „Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik“ (*Baulandkommission*) Handlungsempfehlungen und Dokumentation der Beratungen, 2019, S. 25, 48.

³⁴² Otto (Fn. 312) 13; vgl. auch Schmidt-Eichstaedt (Fn. 314) 67.

³⁴³ Vgl. die Begründung zum geänderten Bebauungsplan der Stadt Frankfurt Nr. 702 Ä2 v. 5.2.2019, S. 19; vgl. Boeddinghaus (Fn. 335) 1002.

³⁴⁴ Düsseldorfer Erklärung: „absolut untauglich“.

³⁴⁵ Boeddinghaus (Fn. 335) 1003.

³⁴⁶ *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 33 f.

der Regelung in ihrer Grundsätzlichkeit, sondern in ihrem Bezug zur Großstadt. Wie bereits bei den Vorgaben zur Art der baulichen Nutzung³⁴⁷ versucht der Gesetzgeber weiterhin, Einheitslösungen für ganz Deutschland zu treffen und Grenzwerte aufzustellen, die in kleinen und mittleren Gemeinden der Republik ebenso gelten sollen wie in den auf eine extreme Verdichtung zusteuernenden Großstädten. Dies kann auf Dauer nicht gut gehen.³⁴⁸

Deshalb spricht vieles dafür, bei den Grenzwerten des § 17 BauNVO (ebenso wie bei den immissionsschutzrechtlichen Grenzwerten) zu differenzieren, sie in den Ballungsräumen Deutschlands deutlich anzuheben und im Übrigen unberührt zu lassen. In den kleineren Städten wird damit der Erklärungszwang von den Plangebnern genommen, weshalb dort nicht auch intensive Nutzungen wie in Großstädten zum Regelfall werden können.³⁴⁹ In beiden Kategorien (Kleinstadt, Großstadt) ist zudem nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall – wie jetzt auch schon – Grenzwerte überschritten werden.³⁵⁰ Die Zulassung einer Abweichung steht im Ermessen der zuständigen Behörde und bedarf eines Ausgleichs; vgl. § 17 Abs. 2 S. 1 BauNVO. Umsichtige Planer haben diesen Entscheidungsspielraum in der Vergangenheit genutzt, um hierdurch eine städteplanerisch sachdienliche und im funktionalen Zusammenhang mit den Überschreitungsfolgen stehende Kompensation für starke Nutzungsverdichtungen zu bewirken.³⁵¹ Dieses Element ginge mit Abschaffung des § 17 BauNVO verloren.³⁵²

Will man sich dem hier aufgezeigten Weg politisch nicht anschließen, sollte man für klare Verhältnisse sorgen und § 17 BauNVO aufheben. Ein Orientierungswerte-Modell bringt demgegenüber keine Fortschritte: Es wird keine Verdichtung über dem Orientierungswert verhindern und lediglich ressourcenbindenden Begründungsaufwand schaffen. Diese „nachträgliche Trauerarbeit“ ist dem Fachkundigen schon aus anderen Zusammenhängen bekannt;³⁵³ sie hat nicht zu Mehrwerten geführt.

³⁴⁷ Vgl. etwa zur Anwendbarkeit des „urbanen“ Gebiets in Gemeinden aller Größen VGH München Beschl. v 28.10.2019 – 1 CS 19.1882, Rn. 6; *Fischer* in BRÜ (Fn. 205) BauNVO § 6a Rn. 2.

³⁴⁸ AA *Krautzberger/Stüer* (Fn. 48) 1717.

³⁴⁹ *Finger* FS Kirchberg, 2017, S. 293 (305).

³⁵⁰ *Jaeger* in BeckOK (Fn. 315) § 17 Rn. 12; *Weigelt* Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht, 2016, S. 115, 336.

³⁵¹ *Söfker* in EZBK (Fn. 169) BauNVO § 17 Rn. 25; *Schilder* in Bönker/Bischopink (Fn. 326) BauNVO § 17 Rn. 19ff.

³⁵² *Krautzberger/Stüer* (Fn. 48) 1717.

³⁵³ Die Terminologie geht zurück auf den Präsidenten des BVerwG, *Eckart Hien*. Sie beschreibt den Umgang mit Ziel- und Grundsatznormen, die meist nur eine *argumentative* Auseinandersetzung einleiten, die in der Praxis häufig darin mündet zu

2. Lärmschutz in Verdichtungsbereichen

„Die Konzentration auf Innenentwicklungspotenziale hat (...) auch in den Blick zu nehmen, dass bei zunehmender Verdichtung in Innenstadtlagen Nutzungskonkurrenzen sowie konfligierende Nutzungsansprüche und damit zunehmend auch Lärmschutzkonflikte auftreten können, insb. bei heranrückender Wohnbebauung.“³⁵⁴ Mit diesem einen Satz arbeitet der Gesetzgeber nicht nur ein Grundproblem der nachhaltigen Stadt der Zukunft heraus. Er gibt auch zu erkennen, dass die zugespitzte urbane Lärmschutzproblematik nicht mehr allein in Fachkreisen diskutiert wird,³⁵⁵ sondern auch bei ihm selbst „angekommen“ ist. Für die Lärmbetroffenen,³⁵⁶ die überwiegend aus ärmeren Bevölkerungsgruppen stammen,³⁵⁷ scheinen dies gute Nachrichten zu sein, ebenso wie für die vielen finanziell Lärmgeschädigten. Schließlich – und dies wird häufig übersehen – kostet die Lärmbelastung nicht nur viele Menschen das Leben,³⁵⁸ sondern jeden Bürger im Durchschnitt bis zu 600 EUR/Jahr,³⁵⁹ was im Regelfall deutlich mehr ist als die jährlichen häuslichen Stromkosten.³⁶⁰

Den Konflikt, der entsteht, wenn man Lärmerzeuger mit Lärmbetroffenen auf engen Räumen zusammenbringt, entschärft man allerdings nicht allein, indem man Grenzwerte absenkt,³⁶¹ hierdurch verdeckt man lediglich das Problem. Ein nachhaltiges Lärmmanagement muss vielmehr darauf ausgerichtet sein, die tatsächliche Lärmgesamtbelastung der Schutzbedürftigen vollumfänglich zu ermitteln und nach Abhilfemöglichkeiten zu suchen, wobei die Interessen aller – auch der Emittenten – einzubeziehen sind.

begründen, weshalb sich die betroffenen Belange gerade *nicht* gegen andere fachliche Präferenzen durchsetzen konnten. Dazu *Stüer/Krautzberger* DVBl 2004, 914 (923f.).

³⁵⁴ BT-Drs. 18/10942, 32.

³⁵⁵ *Schulze-Fielitz* Verw 2014, 243; *Storost* DVBl 2013, 281; *Koch* NVwZ 2000, 490.

³⁵⁶ Gerade in Städten ist die Belastung am größten, Umweltbericht 2019, BT-Drs. 19/13400, 113.

³⁵⁷ *Franßen* (Fn. 320) 482; *Diekmann* NVwZ 2013, 1575.

³⁵⁸ *Spiegel Online* Lärm, der zum Tode führt v. 1.7.96; UBA Stressreaktionen und Herz-Kreislauf-Erkrankungen, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/verkehr-laerm/laermwirkung/stressreaktionen-herz-kreislauf-erkrankungen#textpart-1>.

³⁵⁹ *Franßen* (Fn. 320) 482. Einbezogen sind Gesundheitskosten, Wertverluste an Immobilien und Mietausfälle.

³⁶⁰ Bei dieser Berechnung ist großzügig von einem Stromverbrauch von 1500 kWh pro Jahr und einem durchschnittlichen Strompreis von 29,88 Cent/kWh ausgegangen worden; vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Textsammlungen/Energie/strompreise.html>.

³⁶¹ S. → D 58.

a) Verworrene Strukturen des deutschen Lärmschutzrechts

Das rechtliche Gebilde, das um die Thematik des Lärmschutzes bislang normativ gebaut worden ist, besticht durch eine auffällige Inkonsistenz und Zersplitterung. Allein auf Bundesebene finden sich in unterschiedlichen Regelwerken, wie der TA Lärm,³⁶² der 16. BImSchV, der 18. BImSchV, der privatrechtlichen DIN 18005 oder DIN 45691,³⁶³ der Freizeitlärmrichtlinie³⁶⁴ und in Lärmaktionsplänen nach §§ 47a ff. BImSchG teils verbindliche Vorgaben, teils Orientierungswerte und teils Beurteilungshilfen.³⁶⁵ Der Anwendungsbereich der Schutzvorschriften ist überdies auf bestimmte Lärmarten begrenzt, also sektoral ausgestaltet,³⁶⁶ der gewährte Schutzstandard wegen divergierender Grenzwerte und der uneinheitlichen Berücksichtigung von Vorbelastungen disparat und die zulässigen Lärmschutzmaßnahmen unterschiedlich.³⁶⁷ Teilweise finden sich rechtliche Kanäle, um nachträglich auftretende Lärmsteigerungen zu berücksichtigen, an anderer Stelle ist das Recht hierbei aber „blind“. Die Gesamtmaterie erweist sich als derart komplex, dass sie an dieser Stelle nicht vollständig entfaltet, gleichwohl aber exemplarisch verdeutlicht werden kann.

b) Vergleich von Anlagen- und Verkehrslärm

Brüche in der Systematik und Unwuchten in den Wertungsbilanzen der Lärmbekämpfung zeigen sich etwa im Verhältnis von Verkehrslärmschutz und anlagenbezogenem Lärmschutz, wobei letzterer gerade für Gewerbebetriebe von zentraler Bedeutung ist. Beide Kategorien (Anlagen und Verkehr) sind für das urbane Leben von zentraler Bedeutung, werden aber von unterschiedlichen Regeln geprägt: Für den anlagenbezogenen Lärm erlangt insb. die TA Lärm

³⁶² Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm), GMBI 26/98, 503.

³⁶³ Schallschutz im Städtebau (DIN 18005 Teil 1), MBl NRW 88, 1238 Anhang 2; Geräuschkontingentierung (DIN 45691), <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKÉwiZiLG36KjmAhWpwAIHHXRMCgsQFjABegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.o-sp.de%2Fdownload%2Fflennestadt%2F51215&usq=A0vVaw0eFkIqPdAnruayEgigZDLS>; *Heilshorn/Kobnen* UPR 2019, 81.

³⁶⁴ Freizeitlärmrichtlinie der Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz, 2015: https://www.lai-immissionsschutz.de/documents/freizeitlaermrichtline_1503575715.pdf.

³⁶⁵ Während die TA Lärm, einschließlich der Regeln zu Überschreitungen, etwa nach Nr. 7.2 TA Lärm (vgl. BVerwG NVwZ-RR 2016, 32 Rn. 8 ff.) grundsätzlich verbindlich ist, kann bspw. die DIN 18005 überschritten werden (vgl. BVerwGE 128, 238 Rn. 15).

³⁶⁶ *Schink* NVwZ 2017, 337 (345).

³⁶⁷ *Franßen* (Fn. 320) 476; *Berkemann* (Fn. 338) 515; *Jarass* DVBl 1995, 589.

Bedeutung. Sie konkretisiert die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG angelegten Schutz- und Vorsorgepflichten (Nr. 3.2 und 3.3 TA Lärm) und findet auch bei nichtgenehmigungsbedürftigen Anlagen größtenteils – sofern nicht Sondervorschriften bestehen (vgl. Nr. 1 Abs. 2 TA Lärm) – Anwendung (Nr. 4 TA Lärm).³⁶⁸ Demgegenüber sind für den Verkehrslärm die §§ 41ff. BImSchG einschlägig. Sie werden durch die 16. BImSchV, die Verkehrslärmschutzverordnung, konkretisiert.³⁶⁹

aa) Anwendungsbereiche

Erste Besonderheiten im Verhältnis der beiden Schutzregime zeigen sich bereits hinsichtlich der Anwendungsbereiche. Während das BImSchG Pflichten für alle Anlagen aufstellt, sogar für Altanlagen iSd § 67 Abs. 1, 2 BImSchG,³⁷⁰ ist das Recht zum Verkehrslärmschutz deutlich großzügiger. Nur der Bau und wesentliche Änderungen³⁷¹ öffentlicher Straßen und Schienenwege werden vom „Radar“ der 16. BImSchV erfasst, nicht aber Altfälle oder unwesentliche Änderungen. Bei wesentlichen Änderungen nach Nr. 1 Abs. 2 der 16. BImSchV werden die Lärmschutzvorschriften – abgesehen von Erweiterungen um einen Fahrstreifen oder ein Gleis –³⁷² nur aktiviert, wenn es außerdem zu einem Lärmzuwachs von 3 dB(A) kommt (was einer Verdoppelung des Verkehrsaufkommens entspricht)³⁷³ oder die Maximalwerte von 70 dB(A) (tags) oder 60 dB(A) (nachts) erstmals überschritten oder weiter verschärft werden.³⁷⁴ Bleibt die Lärmbelastung unterhalb dieser Grenzen, kommen die Schutzmechanismen des § 41 BImSchG bzw. der 16. BImSchV nicht zum Zuge,³⁷⁵ außer die Lärmrelevanzschwelle wird durch mehrfache Ausnutzung dieses Privilegs unterlaufen.³⁷⁶

bb) Grenzwerte

Nimmt man sodann einen direkten Vergleich der für Anlagen und Verkehr relevanten Grenzwerte vor, fällt auf, dass auch diese divergieren. So darf nach der TA Lärm – abgesehen von Spezifika wie etwa Geräuschspitzen nach 6.1 Abs. 2 TA Lärm –³⁷⁷ ein bestimmter dB(A)-Grenzwert, der jeweils von konkreten Gebietstypen der BauNVO und Tageszeiten abhängig ist, nicht überschritten werden;

³⁶⁸ BVerwGE 129, 209 Rn. 14.

³⁶⁹ BVerwGE 101, 1 (2).

³⁷⁰ Koch/König in Führ (Fn. 161) § 17 Rn. 19; Jarass (Fn. 158) § 17 Rn. 7.

³⁷¹ Zur Wesentlichkeit Michler in Ziekow, Hb FachplanungsR, 2014, § 10 Rn. 27 ff.

³⁷² Vgl. BVerwG NVwZ 2019, 1597 Rn. 24.

³⁷³ BVerwG NVwZ 1996, 1008 (1009 f.).

³⁷⁴ Zu Einzelheiten Bracher in LR (Fn. 163) § 41 Rn. 35 ff.

³⁷⁵ Jarass (Fn. 367) 591.

³⁷⁶ Jarass UPR 1998, 415 (417).

³⁷⁷ Vgl. Dietrich NVwZ 2009, 144 (146).

bei Verkehrsgeräuschen ist dieser Grenzwert grundsätzlich höher angesetzt. Tagsüber ist gegenüber der TA Lärm eine Erhöhung um 4 dB(A) vorgesehen, nachts liegt sie sogar bei 9 dB(A), wobei eine Steigerung um 10 dB(A) einer Verdoppelung der subjektiv empfundenen Lautstärke entspricht.³⁷⁸ Eine Regelung zu urbanen Gebieten fehlt bislang noch in der 16. BImSchV. Das aufgezeigte Ungleichgewicht zwischen den Grenzwerten ist erstaunlich, da es für den Betroffenen regelmäßig keinen Unterschied macht, aus welcher Quelle sich die Lärmbelastung speist.³⁷⁹

cc) Vorbelastung

Eine weitere Privilegierung des Verkehrslärms wird dadurch erzeugt, dass bei der Beurteilung des Lärmniveaus Vorbelastungen regelmäßig keine Beachtung finden,³⁸⁰ während bei der Vorhabenzulassung – wie es dem akzeptorbezogenen Grundansatz des Immissionschutzrechts entspricht –³⁸¹ der bereits vorhandene Lärmpegel in die Beurteilung des Immissionswerts einfließt. Eine Angleichung des Verkehrs an die allgemeinen Regeln sieht das BVerwG nur dann als erforderlich an, wenn die Nichtberücksichtigung der Gesamtbelastung in eine Grundrechtsverletzung umschlagen würde. Dieses kritische Momentum definiert das Gericht – mangels gesetzgeberischer Konkretisierung – selbst und setzt es bei 70 dB(A) (tags) und 60 dB(A) (nachts) an.³⁸² Der aus den Grundrechten (Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 GG) abgeleitete Grenzwert entspricht damit den Grenzwerten eines Industriegebiets nach TA Lärm und wird folglich nur bei sehr stark frequentierten Straßen und Schienenwegen relevant.³⁸³ Als ernsthaftes Korrektiv, um akustische Grundbedingungen einer lebenswerten Stadt zu gewährleisten, eignet er sich jedenfalls nicht.

dd) Rechtsfolgen bei Grenzwertüberschreitung

Überraschend dürfte es für den unbefangenen Betrachter sein, welche Konsequenzen eine Grenzwertüberschreitung nach sich zieht. Führt diese im Anlagenrecht nach Ausschöpfung der allein zulässigen aktiven Schallschutzmaßnahmen in letzter Konsequenz zur Genehmigungsversagung, muss beim Bau oder einer wesentli-

³⁷⁸ *Stüer* (Fn. 145) Rn. 814.

³⁷⁹ *Jarass* (Fn. 367) 592.

³⁸⁰ BVerwGE 101, 1 (7 ff.); 123, 152 (156 f.); OVG Münster NWVBl 2002, 105 (106 f.); *Neumann/Külpmann* in SBS, VwVfG, 2018, § 74 Rn. 187; aA *Bracher* in LR (Fn. 163) § 41 Rn. 44; *Schink* (Fn. 366) 345; *Storost* UPR 2015, 121 (126); *Hansmann* NuR 1997, 53 (59).

³⁸¹ *Koch* (Fn. 129) S. 902; *Jarass* (Fn. 158) § 3 Rn. 24 zum Begriff der Immission nach § 3 Abs. 2 BImSchG.

³⁸² BVerwGE 134, 45 Rn. 69; NVwZ 2012, 1120 Rn. 30.

³⁸³ *Michler* (Fn. 371) § 10 Rn. 63.

chen Änderung einer öffentlichen Straße oder eines Schienenweges diese Konsequenz nicht befürchtet werden.³⁸⁴ Können nach Ausschöpfung der zumutbaren Möglichkeiten³⁸⁵ die Grenzwerte der 16. BImSchV nicht eingehalten werden, muss nicht einmal über eine geringere Dimensionierung des Verkehrswegs nachgedacht werden.³⁸⁶ Die Betroffenen erhalten gem. § 42 BImSchG lediglich einen zweckgebundenen Aufwendungsersatzanspruch für erforderliche passive Lärmschutzmaßnahmen.³⁸⁷ Zwar bleiben daneben noch weitere Ansprüche von Anwohnern denkbar, etwa aus enteignungs-gleichem Eingriff,³⁸⁸ eine Aufhebung der Genehmigung zum Bau oder zur wesentlichen Änderung der öffentlichen Verkehrswege bewirkt dies aber nicht.

ee) Änderungen der Belastungsintensität

Schließlich blickt das Immissionsschutzrecht bei Verkehrslärm nicht zurück. Lärmniveauveränderungen einmal genehmigter Straßen, die beim kontinuierlichen Anstieg des Verkehrsaufkommens³⁸⁹ absehbar sind, werden nicht weiterverfolgt.³⁹⁰ Eine Sanierung von Straßen, die übermäßige Lärmbelastungen verursachen, ist ebenfalls gesetzlich nicht vorgeschrieben.³⁹¹ Deshalb brauchen öffentliche Verkehrswege anders als genehmigungsbedürftige Anlagen eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG nicht zu fürchten. Die allenfalls freiwillig durchgeführten Sanierungsmaßnahmen orientieren sich bundesweit an unterschiedlichen, wenn überhaupt knapp unterhalb der judikativen Grenze zur Gesundheitsgefährdung liegenden Auslösewerten,³⁹² auch ist die Lärmsanierung hoffnungslos unterfinanziert.³⁹³

³⁸⁴ Kritisch auch *Jarass* (Fn. 367) 591 f.

³⁸⁵ Dies schließt neben baulichen Maßnahmen insb. zur Ausgestaltung des Verkehrswegs, die dem aktiven Lärmschutz dienen (vgl. BVerwGE 110, 370 (381); BVerwG NVwZ 2019, 1597 Rn. 28 ff.), auch Maßnahmen der Verkehrsregelung und Verkehrsbeschränkung mit ein; BVerwG NVwZ 2014, 730 Rn. 55.

³⁸⁶ *Bracher* in LR (Fn. 163) § 41 Rn. 4; *Schulze-Fielitz/Knauff* in *Führ* (Fn. 161) § 41 Rn. 3. Zu Verkehrsbeschränkungen kann es aber kommen; BVerwG NVwZ 2014, 730 Rn. 55.

³⁸⁷ BGH NVwZ 2003, 1286 (1287); *Schulze-Fielitz* in *Führ* (Fn. 161) § 42 Rn. 1; *Franßen* (Fn. 320) 484; *Jarass* (Fn. 158) § 42 Rn. 1.

³⁸⁸ *Bracher* in LR (Fn. 163) § 42 Rn. 7; *Jarass* (Fn. 158) § 42 Rn. 7; *Schmidt-Eichstaedt* in *Kotulla* (Fn. 136) § 42 Rn. 8.

³⁸⁹ S. → D 24 f.

³⁹⁰ *Schink* (Fn. 366) 344.

³⁹¹ *Berkemann* (Fn. 338) 522.

³⁹² *Schink* (Fn. 366) 344.

³⁹³ *Schulze-Fielitz* FS Koch, 2014, S. 463 (466). Zu relativen Entwicklungen und gerade nicht zu absoluten Zahlen äußert sich der Umweltbericht 2019, BT-Drs. 19/13400, 150: „Bundesmittel dauerhaft erhöht“.

c) Gebotene Vereinheitlichung des Lärmschutzes

aa) Mängel der aktuellen Rechtslage

Die deutliche Disparität innerhalb der sektoral verfolgten Lärmbekämpfung fördert ihren Erfolg nicht. Zersplitterte Anwendungsbereiche eröffnen große „blinde Flecken“ bei der sachgerechten Wahrnehmung des Problems. Eingeschränkte Möglichkeiten der Lärmbekämpfung (insb. kein passiver Lärmschutz im Anlagenrecht) lassen moderne Potentiale des Lärmschutzes ungenutzt. Sie mögen das Eigentumsrecht der Betroffenen stärker belasten,³⁹⁴ sind aber in urbanen Ballungsräumen, die auf zunehmende Verdichtung zusteuern, unausweichlich. Sektoral unterschiedliche Grenzwerte und einseitige Privilegierungen bei Überschreitung der ohnehin abgesenkten Grenzwerte lassen sich nur schwer nachvollziehen; jedenfalls nicht von Seiten der Betroffenen. In der Manier des BVerwG, die Privilegierung des Verkehrslärms mit einem Halbsatz allein unter Hinweis auf das öffentliche Interesse an den öffentlichen Verkehrswegen pauschal zu begründen,³⁹⁵ reicht wohl nicht aus, alle Konsequenzen dieser Regelungstechnik juristisch zu rechtfertigen;³⁹⁶ sie findet spätestens in der Gesundheitsverletzung ihre Grenze.³⁹⁷ Die aktuelle Rechtslage hat es begünstigt, dass allein in München bereits im Jahr 2007 über 40.000 Menschen tagsüber einer Verkehrslärmbelastung (Umgebungsärm) von über 70 dB(A) ausgesetzt waren, darunter auch Schulen und Krankenhäuser.³⁹⁸ In Hamburg waren es 2013 ca. 30.000 Bürger³⁹⁹ und in Berlin im Jahr 2017 über 110.000 Personen.⁴⁰⁰ Diese 180.000 Betroffenen allein in den drei genannten Städten hat das Recht allein gelassen; die verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates⁴⁰¹ im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 GG wurde nicht eingelöst.⁴⁰²

bb) Vereinheitlichung der Schutzstandards

Die bisherige Untersuchung zum Recht der Lärmbekämpfung legt es nahe, in den stark lärmbelasteten Städten in allen Genehmigungs- und Planungsverfahren eine strukturelle Gleichbehandlung aller

³⁹⁴ BVerwGE 145, 145 Rn. 24.

³⁹⁵ BVerwGE 145, 145 Rn. 24. *Franßen* (Fn. 320) 486 vermutet eher „politische und finanzpolitische Gründe“.

³⁹⁶ Zweifelnd auch *Jarass* (Fn. 367) 595.

³⁹⁷ So selbst BVerwGE 101, 1 (9f.), 123, 37 (46) zur Rechtfertigung einer Lärmgesamtbetrachtung.

³⁹⁸ Landeshauptstadt München, Lärmaktionsplan München, 2013, S. 25 f.

³⁹⁹ Freie und Hansestadt Hamburg, Lärmaktionsplan Hamburg, 2013, S. 3.

⁴⁰⁰ Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz, Lärmaktionsplan Berlin 2018–2023, Entwurf, 2019, S. 15.

⁴⁰¹ BVerfGE 49, 89 (141 ff.); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (73 ff.).

⁴⁰² *Berkemann* (Fn. 338) 517.

Lärmquellen (zumindest aber von Verkehr und Anlagenrecht) einzuführen und dabei das Schutzkonzept des Anlagenrechts zu nutzen.⁴⁰³ Dass die Unterschiede gerade zwischen Verkehrs- und Anlagenrecht nicht so tiefgreifend sind, belegt bereits Nr. 7.4 TA Lärm, die über die Zurechnung des Verkehrs zu einem Betriebsgrundstück entscheidet.⁴⁰⁴ Sie verdeutlicht, dass man Verkehrslärm auch als Teil eines Vorhabens rechtlich greifen kann. Ohnehin dürfte man Verkehrswege (als Ursache des Verkehrslärms) unter den Vorhabenbegriff des § 3 Abs. 5 BImSchG subsumieren können. Die zu seiner Abtrennung erforderlich gewordene Regelung des § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG („ausgenommen öffentliche Verkehrswege“)⁴⁰⁵ wäre bei einer Vereinheitlichung der Lärmschutzstandards daher als erster Schritt aufzuheben.

cc) Passiver Lärmschutz

Umgekehrt kann das Anlagenrecht vom Recht der Straßenverkehrsimmissionen lernen und den passiven Lärmschutz als zulässiges Mittel nach Ausschöpfung der Potentiale zum aktiven Lärmschutz aufnehmen.⁴⁰⁶ Dies ist neben dem Verkehrslärmschutzrecht⁴⁰⁷ auch in der lärmbewältigenden Bauleitplanung bereits zulässig.⁴⁰⁸ Der passive Lärmschutz würde gerade in den starken Verdichtungsräumen, die auch eine Vermischung von Wohnnutzung und Gewerbe vollziehen sollen, neue Gestaltungschancen eröffnen und technische Neuerungen, wie das sog. „Hamburger Fenster“, welches auch im gekippten Zustand vollen Lärmschutz vermittelt,⁴⁰⁹ effektiv einsetzen.⁴¹⁰

dd) Altfälle und Lärmsanierung

Die Rechtsangleichung bei der Lärmbekämpfung erwiese sich als löchrig, wenn sie weiterhin sektoral erfolgen und sich nicht auf alle wesentlichen Lärmquellen erstrecken würde.⁴¹¹ Daher sollten auch

⁴⁰³ Ähnlich *Jarass* (Fn. 367) 595.

⁴⁰⁴ Zu diesem Themenkreis BVerwGE 101, 157; *Hansmann* in LR (Fn. 163) TA Lärm Rn. 36 ff.

⁴⁰⁵ BVerwG DÖV 1978, 49 (50); *Jarass* (Fn. 158) § 3 Rn. 84 ff.; *Kotulla* in ders. (Fn. 136) § 3 Rn. 76 ff.

⁴⁰⁶ *Kricke/Blasius* (Fn. 319) 754 ff.

⁴⁰⁷ Eine Konkretisierung erfolgt durch die 24. BImSchV.

⁴⁰⁸ BVerwG NVwZ 2007, 831 Rn. 13 ff. Die Festsetzungsbefugnis liegt in § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB.

⁴⁰⁹ *Mundt/Reidt* UPR 2017, 494 (495).

⁴¹⁰ *Reidt* UPR 2013, 166 (169). Ein genereller Wechsel vom Außen- zum Innenbereichsschutz (etwa *Ottl* NVwZ 2019, 204 (205)) soll damit aber nicht eingeläutet werden. Den Außenbereich „aufzugeben“ (vgl. *Franßen* (Fn. 320) 492: „Die Attraktivität der Außenwohnbereiche kann nicht erzielt werden.“), ist ein falsches Signal für eine qualitativ hochwertige Innenverdichtung in einer nachhaltigen Stadt.

⁴¹¹ *Berkemann* (Fn. 338) 522; *Storost* (Fn. 379) 126; *Koch* (Fn. 129) S. 902, 913.

bereits bestandsgeschützte Verkehrswege in den Lärmschutz einbezogen werden. Dies wird vor allem bei stark befahrenen Straßen erhebliche Sanierungsarbeiten und -kosten auslösen,⁴¹² wodurch „föderale Verteilungskämpfe“⁴¹³ drohen.⁴¹⁴ Zur Erfüllung der Sanierungspflichten werden Übergangsfristen gefunden werden müssen, die aber nur solchen Verkehrswegen zugedacht werden sollten, für die in einer sachgerechten Zeitspanne ein Sanierungskonzept mit konkreten zeitlichen Vorgaben vorgelegt wird.

ee) Stärkung der Lärminderungsplanung

Mit einer Umsetzung der angeregten Empfehlungen sollte die Bedeutung der Lärminderungsplanung gem. §§ 47a ff. BImSchG, insb. des Lärmaktionsplans nach § 47d BImSchG, steigen.⁴¹⁵ Sie bietet einen geeigneten instrumentellen Rahmen, um die zukünftige Verbesserung der Lärmsituation (Sanierung) konzeptionell zu begleiten und zeitlich zu koordinieren. Dies wird wichtig sein, wenn etwa verkehrliche Baumaßnahmen die Beachtung von Lärmgrenzwerten erfordern und hierdurch ausgelöste Verlagerungswirkungen in die Lärmbetrachtung einbezogen werden müssen. Der breitere Untersuchungsansatz der Lärminderungsplanung kann insofern von großem Vorteil sein. Da Lärmaktionspläne gem. § 47d Abs. 6 iVm § 47 Abs. 6 BImSchG bei Planungen zu berücksichtigen sind und im Übrigen sogar gegenüber allen öffentlichen Stellen rechtliche Verbindlichkeit entwickeln, besitzen sie durchaus in ihrer Grundanlage eine Steuerungskraft.⁴¹⁶ Diese ist jedoch bislang relativiert, da die Lärmaktionsplanung bei ihrer realen Umsetzung auf die Anordnungsmacht anderer gesetzlicher Regelungen (zB § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVO)⁴¹⁷ und häufig sogar auf den „guten Willen“ anderer Behörden angewiesen ist.⁴¹⁸ Der Effektivität dieses Instruments hat es letztlich auch nicht geholfen, dass die Rechtsprechung Drittbetroffe-

⁴¹² Zur Sanierungsbedürftigkeit *Franßen* (Fn. 320) 483; *Stüer* (Fn. 145) Rn. 908 f.

⁴¹³ *Berkemann* (Fn. 338) 522.

⁴¹⁴ *Koch* (Fn. 129) S. 913 deutet an, dass finanzielle Erwägungen möglicherweise auch auf die Entwicklung der Rspr. Einfluss genommen haben. Überlegenswert ist es, die Sanierungskosten an die Verursacher, die emittierenden Verkehrsteilnehmer, durchzureichen.

⁴¹⁵ Gerade in Ballungsräumen ist es Aufgabe der Lärminderungsplanung, Lärm von Verkehrs-, Gewerbe- und Industrieanlagen zu behandeln, vgl. *Feldmann* UPR 2005, 353. Schon früh wurde eine Verpflichtung des Staates zur Entwicklung und Fortschreibung eines Konzepts zur Beschränkung der Verkehrsimmissionen gefordert; vgl. *Jarass ua* Umweltgesetzbuch-BT, 1994, S. 156, 700.

⁴¹⁶ *Cancik* in LR (Fn. 163) § 47d Rn. 28, 29; *Berkemann* I+E 2018, 130 (138 ff.); aA VGH Kassel Urt. v. 21.8.2009 11 – C 227/08.T Rn. 589; *Heitsch* (Fn. 136) § 47d Rn. 45.

⁴¹⁷ S. auch → D 46 f.

⁴¹⁸ *Cancik* in LR (Fn. 163) § 47d Rn. 14b; *Hansmann* (Fn. 332) § 7 Rn. 66; *Jarass* (Fn. 158) § 47d Rn. 17.

nen⁴¹⁹ und sogar der Gemeinde selbst das Recht versagt hat, gerichtlich die Beachtung und Durchsetzung der Lärminderungsplanung einzufordern.⁴²⁰ Insofern wäre ein gesetzgeberisches Gegensteuern wünschenswert.

ff) Absenkung „ehrlicher“ Lärmgrenzwerte

Eine einheitliche Beurteilung des ausgelösten und insgesamt vorhandenen Lärms nach einheitlichen Standards führt bei allen Projekten – selbst bei der Anlagengenehmigung – zu verschärften Bedingungen. Bei der Anlagengenehmigung etwa wird bei Umsetzung des hier favorisierten Konzepts die Beurteilung der Gesamtlärmbelastung nach Nr. 3.2.1 TA Lärm nicht mehr ohne den Verkehrslärm erfolgen können.⁴²¹ Diese Wahrhaftigkeit über den tatsächlichen Belastungsstand hilft, die Lärmsituation korrekt einzuschätzen und ggf. Abhilfekonzepte zu entwickeln. Überdies könnte darüber nachgedacht werden, im Gegenzug zur Verbreiterung der relevanten Lärmquellen die aktuellen Grenzwerte der TA Lärm allgemein zu lockern. Sie beziehen sich momentan ohnehin nur auf einen Teilausschnitt der Lärmbelastung⁴²² und verhindern bei einer zu ambitionierten Festlegung der Werte die Realisierung einer Stadt mit bunter und vielfältiger Nutzung. Dies gilt gerade in Bereichen der Stadt, in denen eine hohe Wohnnutzungsichte mit Stadtverkehr anzutreffen ist.⁴²³

gg) Lärmerholungsgebiete

Zu einem „ehrlichen“ Lärmmanagement gehört es auch, Lärmbetroffenen auf einer belastbaren Zeitachse geplante Entlastungsmaßnahmen zuzusichern oder andere Ausgleichsmaßnahmen zu schaffen, wenn sofortige Abhilfe nicht möglich ist. So sollte in die Überlegungen zur nachhaltigen qualitätsvollen Stadtentwicklung die Einrichtung, Verbesserung und Erhaltung von „Lärmerholungsgebieten“ einbezogen werden. Dies ist ein weiterer Appell, die Naherholungsbereiche in den Städten auch als Rückzugsort für Menschen zu begreifen, die in ihrem eigenen Wohnumfeld nicht die erforderliche Ruhe finden. Werden diese Bereiche vor Lärmbelastungen möglichst geschützt, werden sie auch zu sozialen Begegnungsräumen einer lebenswerten

⁴¹⁹ BVerwGE 150, 294 Rn. 19, 22; BVerwG NVwZ 2013, 645 Rn. 30; NVwZ 2015, 656 Rn. 56.

⁴²⁰ BVerwG NVwZ 2015, 656 Rn. 56, 59; zT wird aber aus Art. 28 Abs. 2 GG eine Klagebefugnis abgeleitet vgl. OVG Lüneburg 12 LA 68/13 v. 10.1.2014 Rn. 13; *Scheidler* UPR 2019, 1 (4); *Kupfer* NVwZ 2012, 784 (790).

⁴²¹ Bislang bezieht sich die Gesamtbelastung nach 2.4 TA Lärm nur auf die Belastung, „die von allen Anlagen hervorgerufen wird, für die diese Technische Anleitung gilt“; s. *Hansmann* in LR (Fn. 163) TA Lärm Rn. 11.

⁴²² *Jarass* (Fn. 367) 592.

⁴²³ S. auch *Köppen/Mitschang* (Fn. 279) 755.

Stadt. Diese Bedeutung und Schutzbedürftigkeit ist in einem urbanen Verkehrsplan⁴²⁴ ebenfalls zu berücksichtigen.

hh) Monitoring

Schließlich darf der Lärmschutz nicht nur bei der Errichtung von Anlagen, egal welcher Art, enden. Er muss sich – wie im Rahmen des § 5 BImSchG –⁴²⁵ auf die gesamte Betriebs-/Nutzungsphase beziehen⁴²⁶ und ggf. dynamisch angepasst werden, wenn neue Erkenntnisse dies erfordern.⁴²⁷ Anderenfalls bleiben etwa Lärmanstiege unentdeckt, die durch eine Zunahme des Verkehrsaufkommens verursacht werden.⁴²⁸ Eine regelmäßige Kontrolle der Lärmwerte ist daher unverzichtbar;⁴²⁹ Prüfabstände von über 10 Jahren sind jedenfalls unzureichend.⁴³⁰

IV. Versorgung der Bürger mit Wohnraum

Die prosperierenden Städte Deutschlands leiden unter einem Wohnraumnotstand, der vielerorts bereits die mittleren Einkommensgruppen erfasst hat, soziale Segregationsprozesse verstärkt und das Wirtschaftswachstum in den Städten gefährdet.⁴³¹ Die Sorge um die Versorgung der breiten Stadtbevölkerung mit Wohnraum ist allerdings nicht ganz neu: Sie hat den DJT schon im Jahr 1972 beschäftigt.⁴³²

1. Besondere Sozialbindung des Eigentums

Ausgangspunkt der Überlegungen ist damals wie heute die verfassungsrechtlich angelegte Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG. „Es liegt hierin die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat.“⁴³³ Denn wie kaum ein anderes Grundrecht ist Art. 14 GG in einen sozial-politischen Kontext ein-

⁴²⁴ S. → D 37 ff.

⁴²⁵ *Eifert* in Schoch, BesVerwR, 2018, Kap. 5 Rn. 302; *Jarass* (Fn. 158) § 5 Rn. 1; *Kotulla* in ders. (Fn. 136) § 5 Rn. 1.

⁴²⁶ So auch die Forderung von *Schink* (Fn. 366) 345; ebenso *Jarass ua* (Fn. 414) S. 158, 702 (705).

⁴²⁷ Zur Dynamik BVerfG-K NVwZ 2010, 771 (773 f.); BVerwGE 141, 293 Rn. 18; BVerwG NVwZ 2009, 1441 (1442).

⁴²⁸ *Koch* (Fn. 127) S. 913.

⁴²⁹ *Jarass ua* (Fn. 414) S. 158 f., 705 f.

⁴³⁰ So basiert der aktuelle Lärmaktionsplan der Stadt München bspw. auf Lärmdaten von 2007; s. dort S. 25.

⁴³¹ → D 11 ff.

⁴³² *Bielenberg* Empfehlen sich weitere bodenrechtliche Vorschriften im städtebaulichen Bereich? Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 1972, B 1–141.

⁴³³ BVerfGE 21, 73 (83).

gebettet. Deshalb ruft das GG den Gesetzgeber auf, dem Eigentümer im Interesse des Allgemeinwohls die gebotenen Grenzen zu setzen,⁴³⁴ wobei die legislativen Gestaltungsmöglichkeiten proportional zur sozialen Bedeutung der Eigentumsnutzung steigen.⁴³⁵ Der Eigentümer muss Rücksicht nehmen gegenüber der Allgemeinheit und sogar gegenüber einzelnen Dritten, die auf die Nutzung des Eigentumsobjekts zu ihrer Freiheitssicherung und verantwortungsvollen Lebensgestaltung angewiesen sind.⁴³⁶ Dies gilt u. a. bei vermietetem Wohneigentum, gerade bei Sozialwohnungen.⁴³⁷

2. Verfassungsrechtlicher Anspruch auf Wohnraum?

Mit der normativen Direktive des Art. 14 Abs. 2 GG korrespondiert nur in Ausnahmefällen eine staatliche Verpflichtung, Wohnraum Individualpersonen zur Verfügung zu stellen. Droht bei mangelnder Unterkunft eine das Leben gefährdende oder die körperliche Unversehrtheit schwer beeinträchtigende Notlage, etwa im Fall unfreiwilliger Obdachlosigkeit, kann Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Betroffenen helfen.⁴³⁸ Die Anwendung der landesrechtlichen Gefahrenabwehrvorschriften⁴³⁹ wird sich in seinem Lichte zu einem Anspruch auf Zuweisung einer Unterkunft, die „Raum für die notwendigen Lebensbedürfnisse“ lässt, verdichten.⁴⁴⁰ Dies ist aber „kein Anrecht auf eine wohnungsmäßige Versorgung“.⁴⁴¹

Soll das Existenzminimum dauerhaft gesichert werden, entfaltet Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG seine Wirkung und gewährt einen Leistungsanspruch auf eine menschenwürdige Unterbringung.⁴⁴² Gemeint ist allerdings nur ein finanzieller Kostenübernahmeanspruch, kein Anspruch auf Anmietung von Wohnraum.⁴⁴³ Sozialhilfeempfänger werden somit den allgemeinen Schwierigkeiten der Wohnraumsuche, denen alle Bürger unterliegen, gleichermaßen ausgesetzt. Einen darüberhinausgehenden individuellen Leistungsanspruch auf die Bereitstellung von angemessenem Wohnraum, insb. an einem gewünschten Wohnort, kennt die Verfassung nicht. Das Grundrecht aus Art. 11 GG etwa schützt lediglich den Wechsel des

⁴³⁴ BVerfGE 18, 121 (131 f.); 37, 132 (140 f.); 56, 249 (260).

⁴³⁵ BVerfGE 53, 257 (292); 100, 226 (241); 143, 246 Rn. 218.

⁴³⁶ BVerfGE 68, 361 (368); 71, 230 (247); 84, 382 (385).

⁴³⁷ BVerfGE 82, 6 (16); 91, 294 (310); 95, 64 (84 ff.).

⁴³⁸ *Di Fabio* in MD (Fn. 217) Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 45; *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Bd. I, 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 96; *Ruder* NVwZ 2012, 1283 (1284).

⁴³⁹ ZB Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 BayLStVG; § 14 Abs. 1 NRWOBG, § 11 HSOG.

⁴⁴⁰ OVG Münster NVwZ 1993, 202 (203); VGH München BayVBl 1993, 569 (569); beide Urteile aber unter Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG.

⁴⁴¹ VGH München BayVBl 1993, 569 (569).

⁴⁴² *Höfling* in Sachs, GG, 2018, Art. 1 Rn. 33; *Dreier* in ders. (Fn. 437) Art. 1 Rn. 155.

⁴⁴³ VGH Kassel NJW 1994, 471 (471).

Wohnsitzes oder sein Beibehalten,⁴⁴⁴ verdichtet sich aber nicht zu einer entsprechenden staatlichen Leistungspflicht.⁴⁴⁵

Etwas vielversprechender klingen einzelne landesverfassungsrechtliche Bestimmungen, die sich mit dem „Anspruch auf eine angemessene Wohnung“ bzw. dem „Recht auf angemessenen Wohnraum“ befassen.⁴⁴⁶ Ungeachtet des Wortlautes und bisweilen der Systematik⁴⁴⁷ gewähren diese Regelungen jedoch keinen individuellen Anspruch auf Wohnraum gegen das jeweils adressierte Land. Es handelt sich bei den Verfassungsbestimmungen vielmehr um Programmsätze, die sich an den Gesetzgeber richten, aber keinen individuell Berechtigten kennen.⁴⁴⁸

3. Beherrzte Anwendung bestehender Steuerungsmöglichkeiten

Innerhalb des verfassungsrechtlich aufgespannten Rahmens haben der Bundes- wie auch Landesgesetzgeber Vorschriften erlassen, um für Bevölkerungsgruppen mit geringerem Einkommen zusätzlichen Wohnraum neu zu schaffen oder zumindest zu erhalten. Abgesehen von den Zweckentfremdungsvorschriften und politisch umstrittenen Mietpreisbremsen⁴⁴⁹ finden sich deshalb auch im Umwelt- und Planungsrecht bereits erfolgreich eingesetzte Instrumente. Dies sind städtebauliche Sanierungs- (§§ 136 ff. BauGB) und Entwicklungsmaßnahmen (§§ 165 ff. BauGB), Vorgaben zur sozialen Stadt (§ 171 e BauGB) und Erhaltungssatzungen (§§ 172 ff. BauGB).

Erhebliche Potentiale zeigt des Weiteren der städtebauliche Vertrag nach § 11 BauGB. Er besitzt die Besonderheit, dass er in Abkehr von der klassischen „Angebotsplanung“, die durch einen Bebauungsplan typischerweise erzeugt wird,⁴⁵⁰ die Planung auf ein konkretes Vorhaben ausrichtet.⁴⁵¹ Es entsteht zwar keine Bindungsintensität, die mit der des vorhabenbezogenen Bebauungsplans (§ 12 BauGB) vergleichbar ist.⁴⁵² Dennoch wird schnell deutlich, ob der

⁴⁴⁴ BVerfGE 134, 242 Rn. 254; *Wollenschläger* in Dreier (Fn. 437) Art. 11 Rn. 26.

⁴⁴⁵ *Jarass* in ders./Pieroth (Fn. 149) Art. 11 Rn. 9; *Pagenkopf* in Sachs (Fn. 441) Art. 11 Rn. 22; *Schoch* Jura 2005, 34 (36).

⁴⁴⁶ S. hierzu Art. 106 Abs. 1 BayVerf, Art. 28 Abs. 1 BlnVerf; Art. 47 Abs. 1 BbgVerf; Art. 14 Abs. 1 BremVerf, Art. 40 S-AnVerf.

⁴⁴⁷ So in Bayern, Brandenburg und Bremen.

⁴⁴⁸ BbgVerfGH LKV 1994, 443 (444); BlnVerfGH v. 22.5.96 – 34/96; BayVerfGHE 15, 49; VG München v. 30.7.19 – M 22 E 19.3507, Rn. 18.

⁴⁴⁹ Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfG NJW 2019, 3054.

⁴⁵⁰ *Battis* in BKL (Fn. 174) § 1 Rn. 10.

⁴⁵¹ *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 11 Rn. 1.

⁴⁵² § 12 Abs. 1 BauGB ist ein Sonderfall: Ohne den Durchführungsvertrag oder abweichend von ihm kann der vorhabenbezogene Bebauungsplan nicht zustande kommen; OVG Münster ZfBR 2006, 490 (492).

Vorhabenträger umgehend mit der Realisierung des Vorhabens beginnen möchte oder viele Jahre untätig bleibt. Eine Realisierungspassivität des Grundstückseigentümers kann selten im Interesse der Stadt liegen, schafft die Kommune doch die Baurechte mit Blick auf die städtebauliche Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB und hält hierzu außerdem die notwendige Infrastruktur vor.⁴⁵³

Es ist den Städten zu empfehlen, die Bedingungen ihrer städtebaulichen Verträge zu verallgemeinern und zum Gegenstand einer transparenten lokalen Baulandpolitik zu machen. Diese sog. „Baulandmodelle“ schaffen auf Seiten von Investoren Rechtssicherheit und gewährleisten eine gleichmäßige Vorgehensweise, die unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots gem. Art. 3 Abs. 1 GG geboten erscheint.⁴⁵⁴ Inhaltlich sollten sich die Baulandmodelle neben Durchführungsmaßnahmen und Kostenfragen insb. der Förderung einer sozialen Wohnraumversorgung verschreiben, um sozial stabile Bevölkerungsstrukturen in der gesamten Stadt zu ermöglichen. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB erlaubt, Verpflichtungen zum Bau von Wohnraum innerhalb bestimmter Zeiträume vorzusehen oder einen Prozentsatz an mietpreis- und belegungsgebundenen Wohneinheiten zu vereinbaren.⁴⁵⁵ In einigen Städten, wie etwa in Berlin⁴⁵⁶ und München,⁴⁵⁷ wird dies bereits praktiziert.

4. Änderungsvorschläge zum Öffentlichen Baurecht

a) Gesetzesänderungen im Kontext der Vorhabengenehmigung

Um mehr Wohnraum für die Stadtbevölkerung zu generieren, müssen Wohngebäude errichtet oder bestehende Bauwerke erweitert oder einer neuen Nutzung zugeführt werden. Häufig ist hierzu eine Baugenehmigung nötig. Die Anforderungen werden im Anwendungsbereich eines Bebauungsplans u. a. durch die §§ 30, 31 BauGB bestimmt. Sucht man hier nach Optimierungspotentialen, darf zunächst auf die bereits unterbreiteten Anregungen zur Änderung des § 17 BauNVO verwiesen werden ebenso wie auf die beherzte Bekämpfung der Lärmbelastung, die einer Wohnnutzung ebenfalls im Wege stehen kann.⁴⁵⁸

⁴⁵³ *Bunzel* ZfBR 2018, 638 (639) unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 5 BauGB.

⁴⁵⁴ Dies ist letztlich eine Frage der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB; vgl. VGH München MittBayNot 2009, 406 (407).

⁴⁵⁵ BVerwG NJW 1993, 2695 (2696 ff.); BGH NJW 2015, 3169 Rn. 8, 10; *Krautzberger* in EZBK (Fn. 169) § 11 Rn. 138, 151 ff.

⁴⁵⁶ Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen, Berliner Modell der kooperativen Baulandentwicklung, 2018.

⁴⁵⁷ Landeshauptstadt München, Soziale Bodennutzung – der Münchener Weg, 2009.

⁴⁵⁸ S. → D 61 ff.

aa) Lockerung des § 31 Abs. 2 BauGB

Die Bekämpfung der Wohnraumknappheit ist bei den Plangebern aktuell allgegenwärtig und muss gesetzgeberisch nicht betont werden. Allerdings sind die meisten Bauleitpläne noch in einem anderen Zeitgeist entstanden. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob nicht durch eine Erleichterung bei der Anwendung des § 31 Abs. 2 BauGB zusätzliche Potentiale entstehen, die ein Plangeber heute gerne eröffnen würde. Im Zentrum der Betrachtung liegen dabei weniger die Baugebiete, die – sofern es sich nicht um Gewerbe- oder Industriegebiete handelt – ohnehin Wege für Wohnnutzungen eröffnen, als vielmehr das Maß der baulichen Nutzung nach §§ 16ff. BauNVO. Der Ausbau in die Höhe oder die stärkere Ausnutzung der Grundstücke stößt hier oftmals an einschneidende planabhängige Grenzen.

Die *Baulandkommission* hat vor diesem Hintergrund dazu geraten, „in § 31 BauGB ausdrücklich zu regeln, dass die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung Gründe des Wohls der Allgemeinheit sind, um so die Erteilung von Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans zu erleichtern.“⁴⁵⁹ Ferner empfiehlt sie eine „behutsame Lockerung des Tatbestandsmerkmals ‚Grundzüge der Planung‘ (...), (sofern) eine ganz erhebliche Gefährdung der Wohnraumversorgung“ droht.⁴⁶⁰ Gegen beide Empfehlungen sprechen jedoch sachliche Gründe: Zunächst bedarf es keiner gesetzgeberischen Klarstellung, dass die Befriedigung eines dringenden Wohnbedarfs dem Wohl der Allgemeinheit iSd § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB dient; dies ist bereits anerkannt.⁴⁶¹ Gegen die „behutsame Lockerung“ des Tatbestandsmerkmals der Grundzüge der Planung in Fällen einer „ganz erheblichen Gefährdung“ ist des Weiteren einzuwenden, dass inhaltlich schwerlich bestimmt werden kann, was eine „behutsame Lockerung“ oder eine „ganz erhebliche Gefährdung“ ist. Hierzu schweigt auch die *Baulandkommission*. Überdies ist zu bedenken, dass die Grundzüge der Planung den Kernbestand der kommunalen Planung, also die im Bebauungsplan zum Ausdruck kommende städtebauliche Ordnung, schützen.⁴⁶² Letztgenannte ist nicht disponibel und kann nur im Wege der (Um-)Planung modifiziert werden,⁴⁶³ auch um unionsrechtliche Verfah-

⁴⁵⁹ *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 14; weitergehender *Krautzberger/Stüer* (Fn. 48) 1719.

⁴⁶⁰ *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 14.

⁴⁶¹ OVG Lüneburg NVwZ 1992, 188; VGH Mannheim NVwZ 1999, 670; *Roeser* in BK (Fn. 292) § 31 Rn. 13; *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 31 Rn. 17; *Battis/Mitschang/Reidt* NVwZ 2014, 1609 (1612).

⁴⁶² BVerwGE 56, 71 (77ff.).

⁴⁶³ BVerwGE 56, 71 (78f.); 138, 166 Rn. 37; 142, 1 Rn. 22.

rensvorgaben, wie die Strategische Umweltprüfung, zu beachten.⁴⁶⁴ Und schließlich eröffnet die Prüfung, ob die Grundzüge der Planung tangiert sind, einen gewissen administrativen Entscheidungsspielraum. Es muss in Abhängigkeit von der konkreten Planungssituation entschieden werden, ob die tragenden Festsetzungen der Planung tangiert sind.⁴⁶⁵ Hiervon ist umso eher auszugehen, je tiefer die Interessenbalance der Planung durch die Befreiung gestört ist.⁴⁶⁶ Kann sich eine Befreiung schon nicht in diese auf ein Austarieren angelegten Maßstäbe einfinden, wird ihr in der Verwaltungspraxis auch durch eine „behutsame Lockerung“ kein zusätzlicher Vorteil verschafft werden können.

bb) Verschärfung des § 34 BauGB

Bei der Anwendung des § 34 BauGB wird immer wieder darauf hingewiesen, dass der Vorhabenträger sich mit seinem Vorhaben lediglich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muss, das Recht aber keine Möglichkeit vorsehe, den Vorhabenträger an von ihm ausgelösten Infrastrukturkosten zu beteiligen oder – was im vorliegenden Rahmen im Vordergrund stehen soll – eine bestimmte Quote an mietpreis- oder belegungsgebundenen Wohnungen einzufordern.⁴⁶⁷ Diesbezüglich kann bisweilen der Erlass von Bauleitplänen keine Abhilfe bringen, da der Arbeitsaufwand bei der Vielzahl von kleinen § 34-BauGB-Flächen in keinem Verhältnis zum Nutzen steht. Zudem findet sich kein Ansatzpunkt, die Thematik in städtebauliche Verträge einfließen zu lassen, da von Seiten des Vorhabenträgers der Anspruch auf die Baugenehmigung (Gegenleistung) bereits existiert und somit eine Vereinbarung gem. § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB ausscheiden muss.⁴⁶⁸

Als Lösungsmodell empfiehlt u. a. die *Baulandkommission*, „befristet bis zum 31.12.2024 einen neuen § 9 Abs. 2d BauGB einzufügen, der sog. sektorale Bebauungspläne, die sich thematisch auf Festsetzungen für den Wohnungsbau beschränken, ermöglichen soll.“⁴⁶⁹ Diese Lösungsmethode ist in ihrer Grundanlage durchaus erprobt: So kennt das BauGB bereits sektorale Pläne zum Schutz zentraler Versorgungsbereiche (§ 9 Abs. 2a BauGB), zur Steuerung der Ansiedlung von Vergnügungsstätten (§ 9 Abs. 2b BauGB) und zur Vermeidung und Verringerung der Folgen eines Störfalls (§ 9 Abs. 2c BauGB).

⁴⁶⁴ Vgl. *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 246 Rn. 22.

⁴⁶⁵ BVerwG NVwZ 1999, 1110.

⁴⁶⁶ BVerwGE 56, 71 (78); 138, 166 Rn. 37; 142, 1 Rn. 22.

⁴⁶⁷ So etwa *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 26; Deutscher Städtetag, Neuausrichtung der Wohnungs- und Baulandpolitik, 2017, S. 9.

⁴⁶⁸ *Kukk* in Schrödter, BauGB, 2019, § 11 Rn. 73.

⁴⁶⁹ *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 14; *Difu/vbw*, Bodenpolitische Agenda 2020–2030, 2017, S. 19.

Ähnlich ist der sachliche und räumliche Teilflächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2b BauGB angelegt, allerdings inhaltlich nicht so stark präzisiert.⁴⁷⁰ Zudem schon dieser Lösungsansatz die Systematik des § 34 BauGB, da er nicht eine tatbestandliche Ergänzung des § 34 BauGB sucht, die den Genehmigungstatbestand vom (alleinigen) Blick auf das tatsächlich Vorgefundene wegführen würde.⁴⁷¹

Zu bedenken ist allerdings, dass sich der empfohlene sektorale Plan inhaltlich auf „die Sicherung eines Anteils an bezahlbarem Wohnraum sowie an Wohnungen mit Miet- und Belegungsbindungen“⁴⁷² verengt, also eine wohnungspolitische Steuerungsmöglichkeit schaffen soll. In seinem Kern befasst er sich damit nicht mit bodenrechtlichen Spannungslagen, sondern mit Rahmenbedingungen der einheitlichen Nutzungsform „Wohnnutzung“. Die bodenrechtlichen Verhältnisse verändern sich somit nicht, wenn statt in geförderter oder bezahlbarer Wohnnutzung im Eigenheim gewohnt wird. Das angestrebte Steuerungsziel unterfällt kompetenzrechtlich daher nicht dem Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, sondern dem Wohnungswesen, welches nur in engen Grenzen dem Bund obliegt.⁴⁷³

Kommt folglich nur eine landesrechtliche Normierung in Betracht, bietet sich eine gesetzliche Regelung an, die mit deutlich weniger Anstrengungen als die Einführung eines § 9 Abs. 2d BauGB⁴⁷⁴ auskommt und keine bodenrechtliche Ordnung schaffen muss. Der Landesgesetzgeber könnte im gesamten unbeplanten Innenbereich eine feste Quote von mietpreis- und belegenheitsgebundenen Wohnnutzungen ab Überschreiten einer näher zu definierenden Bagatellgrenze⁴⁷⁵ anordnen, wenn neuer Wohnraum – sei es durch eine Errichtung von Wohngebäuden oder eine Nutzungsänderung zu Wohnzwecken – geschaffen werden soll. Zum Schutz der kommunalen Planungshoheit nach Art. 28 Abs. 2 GG würde der Stadt im gleichen Zuge die Befugnis zugesprochen, durch kommunalen Satzungsbeschluss, also gerade nicht durch Erlass von (sektoralen) Bebauungsplänen, die Wirksamkeit der gesetzlichen Grundsatzregelung für Teilbereiche der Stadt aufzuheben oder hinsichtlich der Quoten zu ändern. Gesichtspunkte der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit wären hierbei zu beachten. Eine verfahrens-

⁴⁷⁰ Mitschang ZfBR 2008, 227 (237 f.); Schmidt-Eichstaedt ZfBR 2005, 751 (756).

⁴⁷¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2001, 70 (71).

⁴⁷² *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 28.

⁴⁷³ Zu beiden Kompetenzen s. *Degenhart* in Sachs (Fn. 441) Art. 74 Rn. 73 f., 81; *Wittreck* in Dreier (Fn. 191) Art. 74 Rn. 80 f.; zum Wohnungswesen BVerfGE 3, 407 (416).

⁴⁷⁴ Zu diesem Aspekt *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 27.

⁴⁷⁵ Dies gebieten auch die Erhaltung der Privatnützigkeit des Eigentums und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; vgl. *Shirvani* DVBl. 2020, 172 (177).

rechtliche Vereinfachung des kommunalen Satzungsbeschlusses gegenüber einem sektoralen Bebauungsplan⁴⁷⁶ ist gerechtfertigt, da bei einer Abweichungsentscheidung der Stadt gerade keine Nutzungsarten, Nutzungsmaße oder sonstigen Elemente mit bodenrechtlichem Konfliktpotential geordnet werden müssen. Umweltbelange sind ebenfalls nicht tangiert.

Ein Vorteil der empfohlenen Lösung liegt überdies in ihrer unmittelbaren Geltung, da so auch ohne planerische Aktivitäten eine Steuerungswirkung zugunsten einer Mietpreis- und Belegenheitsbindung ausgelöst wird. Gleichzeitig bleibt ausreichende Flexibilität, um auf städtische Besonderheiten zu reagieren. Eine Zunahme an Wohnraum in der Stadt bleibt allerdings von der privaten Initiative des Vorhabenträgers abhängig.

c) Erweiterung und Erleichterung der kommunalen Vorkaufsrechte

aa) Allgemeines

Vorkaufsrechte ruhen als öffentliche Belastung auf dem Grundstück und räumen der Gemeinde ein gesetzliches Vorkaufsrecht ein.⁴⁷⁷ So soll die Gemeinde in die Lage versetzt werden, ihre Bauleitplanung oder städtebauliche Maßnahmen zu sichern.⁴⁷⁸ Mit einer Erweiterung dieser Befugnisse erhoffen sich einige positive Effekte für den Wohnungsmarkt in den Städten, insb. wenn der städtische Zugriff auf unbebaute Grundstücke umfassender und leichter gelingt.⁴⁷⁹ Allerdings ist das Vorkaufsrecht kein verlässliches Instrument, da es nur zur Anwendung kommen kann, wenn der Eigentümer einen Verkaufsentschluss fasst.

bb) Anwendungsbereich

Erste Reformüberlegungen könnten dahin gehen, den Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts auszuweiten. So könnte entgegen § 24 Abs. 2 BauGB Wohnungseigentum ebenso neu einbezogen werden⁴⁸⁰ wie Grundstücke, die in der Zwangsvollstreckung veräußert werden; letztgenannter Fall wird aktuell gem. § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB iVm § 471 BGB nicht dem Vorkaufsrecht unterworfen.

Weitere wohnraumrelevante Änderungen sind bzgl. § 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB denkbar: Die Regelung ist momentan auf Gebiete mit vorwiegender Wohnbebauung verengt.⁴⁸¹ Durch eine Erstreckung

⁴⁷⁶ Der sektorale Bebauungsplan würde wohl dem vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB unterworfen.

⁴⁷⁷ Paetow in BK (Fn. 292) § 24 Rn. 3.

⁴⁷⁸ Reidt in BKL (Fn. 174) Vorb. §§ 24–28 Rn. 1; Jarass/Kment (Fn. 171) § 24 Rn. 1.

⁴⁷⁹ Bunzel/Niemeyer ZfBR 18, 743 (747f.); Deutscher Städtetag (Fn. 466) S. 10.

⁴⁸⁰ Difu/vhw (Fn. 468) S. 15.

⁴⁸¹ Köster in Schrödter (Fn. 468) § 24 Rn. 33; Reidt in BKL (Fn. 174) § 24 Rn. 14.

des § 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auf alle Gebiete mit allgemein zulässiger Wohnnutzung würden Mischgebiete (§ 6 BauNVO) und urbane Gebiete (§ 6a BauNVO) auch in den Anwendungsbereich der Norm fallen.⁴⁸² Ebenfalls erweiternd dürfte eine Korrektur des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB sein, wenn dort die Begrenzung auf den „Geltungsbereich eines Bebauungsplans“ gestrichen würde. Der Stadt wäre dann die Befugnis eingeräumt, durch Satzung das Vorkaufsrecht auf alle unbebauten Gebiete in ihrem Zuständigkeitsbereich auszuweiten.

cc) Wohl der Allgemeinheit

Die Ausübung des Vorkaufsrechts darf nach § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB (ggf. iVm § 25 Abs. 2 S. 1 BauGB) nur ausgeübt werden, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt. Hierdurch wird eine Einzelfallprüfung ausgelöst, die untersucht, ob mit dem Vorkaufsrecht der in den Auslösetatbeständen verankerte Zweck konkret verfolgt wird.⁴⁸³ Setzt seine Realisierung weitere Schritte voraus, muss mit diesen alsbald zu rechnen sein. Eine mittel- oder langfristige Bodenpolitik kann daher auf Basis von Vorkaufsrechten nicht betrieben werden.⁴⁸⁴

An diesen Befund anknüpfend wird gefordert klarzustellen, „dass zum Wohl der Allgemeinheit auch Wohnbedürfnisse in der Gemeinde zählen“,⁴⁸⁵ um die Rechtsposition von Städten zu verbessern. Mit der Klarstellung ist jedoch nicht viel gewonnen; sie entspricht bereits der Rechtsprechung des BVerwG.⁴⁸⁶ Die viel gehaltvollere Frage im Rahmen des § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB geht deshalb dahin, ob das festgestellte Wohl der Allgemeinheit die Ausübung des Vorkaufsrechts *generell* rechtfertigt. Über diese Klippe hilft allerdings eine abstrakte Klarstellung nicht hinweg, da § 24 Abs. 3 S. 1 BauGB auf eine Prüfung des konkreten Einzelfalls angelegt ist.

dd) Ausschlussstatbestand

Der Katalog des § 26 BauGB erläutert, wann die Ausübung des Vorkaufsrechts prinzipiell nicht gerechtfertigt, also „ausgeschlossen“ ist.⁴⁸⁷ Diese Ausschlussfälle begrenzen das Vorkaufsrecht der Stadt. Im Rahmen des § 26 Nr. 4 BauGB liegt die Begründung für die kommunale Einschränkung darin, dass „das Grundstück entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans oder den Zielen und

⁴⁸² *Kronisch* NVwZ 2019, 1471 (1474f.).

⁴⁸³ VGH München BayVBl 1986, 181 (182); *Reidt* in BKL (Fn. 174) § 24 Rn. 20.

⁴⁸⁴ BVerwG NVwZ 2010, 593 Rn. 5 ff.; *Stock* in EZBK (Fn. 169) § 24 Rn. 64.

⁴⁸⁵ Vorschlag der *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 14.

⁴⁸⁶ BVerwG NVwZ 2010, 593 Rn. 5 ff.

⁴⁸⁷ BVerwG NVwZ 1994, 284 (285); *Stock* in EZBK (Fn. 169) § 26 Rn. 1; *Jarass/Kment* (Fn. 171) § 26 Rn. 1.

Zwecken der städtebaulichen Maßnahmen bebaut ist und genutzt wird (...).“ Bislang nicht abschließend geklärt ist, ob dieser Ausschluss auch greift, wenn der Erwerber des Grundstücks eine Nutzungsänderung anstrebt.⁴⁸⁸ Eine entsprechende klärende Präzisierung des Gesetzgebers wäre wünschenswert.

ee) Verfahrensregeln

Verfahrensrechtlich muss die Stadt gem. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB innerhalb von zwei Monaten gegenüber dem Verkäufer die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Verwaltungsakt erklären. Diese Frist erweist sich in der Praxis als zu knapp bemessen; eine Ausweitung auf drei Monate wäre sachgerecht.⁴⁸⁹ Nicht sachgerecht ist aber die angeregte Streichung des § 24 Abs. 3 S. 2 BauGB.⁴⁹⁰ Auch wenn es sich hierbei nur um eine Ordnungsvorschrift handelt,⁴⁹¹ legt sie in einem gerichtlichen Verfahren Zeugnis über die Beweggründe der Stadt bei Ausübung des Vorkaufsrechts ab;⁴⁹² ohnehin ist ein belastender schriftlicher Verwaltungsakt nach § 39 VwVfG zu begründen.⁴⁹³

d) Baugebot und Innenentwicklungsmaßnahmenggebiet

In der Diskussion um die Schaffung neuen städtischen Wohnraums wird häufig die Vereinfachung der Baugebotsregeln gefordert und sogar über die Einführung von Innenentwicklungsmaßnahmengebieten nachgedacht, welche die bekannten Instrumente des Baugebots, des Vorkaufsrechts und der Enteignung aneinanderreihen.⁴⁹⁴ Beide Instrumente weisen jedoch ein ungünstiges „Kosten-Nutzen-Verhältnis“ auf. Es handelt sich um prüfungsaufwändige und administrativ herausfordernde (also fehleranfällige) Instrumente, die in letzter Konsequenz zwangsweise durchgesetzt werden müssen.⁴⁹⁵ Die Durchführungsdauer liegt beim Innenentwicklungsmaßnahmenggebiet mit 6 bis 10 Jahren – im Einzelfall auch 20 Jahren – sehr

⁴⁸⁸ S. einerseits VG Berlin BeckRS 18, 23813 Rn. 24f.; Paetow in BK (Fn. 292) § 24 Rn. 26; Beckmann BauR 2018, 594 (601) und andererseits Kübling/Winkler DVBl 2019, 1376 (1378ff.); Reidt in BKL (Fn. 174) § 26 Rn. 8; Kronisch NVwZ 2018, 1161 (1163f.).

⁴⁸⁹ Baulandkommission (Fn. 341) S. 14.

⁴⁹⁰ So aber die Empfehlung der Baulandkommission (Fn. 341) S. 14.

⁴⁹¹ Paetow in BK (Fn. 292) § 24 Rn. 22.

⁴⁹² Jarass/Kment (Fn. 171) § 24 Rn. 17a.

⁴⁹³ Stelkens in SBS (Fn. 379) § 39 Rn. 1, 5 auch zu den Gründen für eine Begründung.

⁴⁹⁴ Baulandkommission (Fn. 341) S. 14, 28ff.; Runkel in EZBK (Fn. 169) Vorb. §§ 165–171 Rn. 5; Difu/vbw (Fn. 468) S. 15ff.; Bündnis für bezahlbares Wohnen und Bauen (Fn. 327) S. 21f.

⁴⁹⁵ Shirvani DVBl. 2020, 172 (175, 177); Parzefall NVwZ 2020, 26 (27).

hoch.⁴⁹⁶ Neben der Ressourcenintensität in personeller und sachlicher Hinsicht muss ggf. auch eine Entschädigung für Enteignungen nach §§ 93 ff. BauGB angewendet werden.⁴⁹⁷

Vor diesem Hintergrund bieten sich andere staatliche Mittel, vor allem fiskalische Steuerungsinstrumente eher an.⁴⁹⁸ Durch eine hohe Steuerlast könnte der Anreiz zur Veräußerung unbebauter Innenbereichsgrundstücke in Ballungsräumen schnell und gezielt erreicht werden. Denkbar wäre es sogar, eine erhöhte Steuerschuld an eine städtische Ausweisung von „Gebieten mit besonderem Wohnraumbedürfnis“ zu knüpfen.

e) Vielfalt von Handlungsoptionen außerhalb des Planungsrechts

Die Bewältigung des Wohnungsmangels kann nur im Verbund mit anderen staatlichen Instrumenten gelingen. Änderungen des Öffentlichen Baurechts müssen etwa durch eine aktive Boden- und Liegenschaftspolitik und die Abkehr von der fiskalischen Verwertung staatlichen Grundeigentums begleitet werden.⁴⁹⁹ Hinzukommen sollte eine Neuausrichtung in der Besteuerung von Grund und Boden sowie eine Absenkung der Grunderwerbssteuer.⁵⁰⁰ Ebenfalls überarbeitungsbedürftig sind die Regeln für Baustoffe und den Feuerchutz; sie sind nicht nur Preistreiber, sondern auch unter abfallrechtlichen und klimapolitischen Aspekten neu zu überdenken.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ *Baulandkommission* (Fn. 341) S. 29; *Kötter ua* Planspiel zur Einführung einer „Innenentwicklungsmaßnahme“ („Innenentwicklungsmaßnahmengbiet“) in das Baugesetzbuch, 2018, S. 65.

⁴⁹⁷ Dazu *Scheidler ZfBR* 2019, 126.

⁴⁹⁸ Vgl. *Krautzberger/Stüer* (Fn. 48) 1719: „stumpfes Schwert“.

⁴⁹⁹ *Bunzel ZfBR* 2018, 743 (744); *Difu/vhw* (Fn. 468) S. 8 ff.; *Thiel ZfBR* 2017, 561 (561).

⁵⁰⁰ *Difu/vhw* (Fn. 468) S. 20 ff.

⁵⁰¹ SRU (Fn. 8) Tz. 173 ff.; *Paleari/Lavagna/Campoli* *The International Journal of Life Cycle Assessment* 16, 1.

D. Empfehlungen und Thesen

Die nachhaltige Stadt der Zukunft weckt Phantasien. Es verbirgt sich dahinter aber kein berauschendes Zukunftsbild, sondern ein konkreter Handlungsauftrag an die Gegenwart, damit Zukunft gelingen kann.

Aus der Untersuchung lassen sich folgende Empfehlungen und Thesen ableiten:

1. Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist als Leitbild kontextabhängig und ausgestaltungsbedürftig. Es leitet über in einen öffentlichen Diskurs, in dem die inhärenten Zielkonflikte des Leitbilds zu identifizieren und zu minimieren sind.
2. Die Entwicklung alternativer Mobilitätskonzepte ist eine politische Entscheidung, die juristisch begleitet, nicht aber juristisch geleistet werden kann.
3. Die Einführung einer verbindlichen integrativen urbanen Verkehrsplanung ist ratsam, um individuelle, nachhaltige und zukunftsfähige Verkehrskonzepte in den Städten umzusetzen. Sie ist den Städten durch Landesgesetz zu überlassen und durch bundeseinheitliche, neu einzuführende Regelungen dem Gebot verkehrsrechtlicher Erforderlichkeit zu unterwerfen, legislativ auszurichten und an das Abwägungsgebot zu binden. Bei ihrer Erstellung ist auf eine substanzielle Datengrundlage zu achten; ein Monitoringverfahren sichert ihre Aktualität.
4. Der urbane Verkehrsplan ist mit anderen Planwerken abzustimmen und den Vorgaben des Flächennutzungsplans unterzuordnen. Er bindet alle öffentlichen Stellen, bedarf zu einer Verpflichtung des Bürgers aber einer Ermächtigung durch das Fachrecht.
5. Der Vollzug des urbanen Verkehrsplans verlangt nach Änderungen des Fachrechts; insb. § 45 StVO sollte zukünftig Anordnungen aus verkehrspolitischen oder ökologischen Gründen erlauben.
6. Der Qualitätssicherung im verdichteten Stadtgebiet gebührt höchste Priorität bei der urbanen Innenentwicklung.
7. Städte sind durch eine Änderung des BauGB zu verpflichten, Analysen zu den Entwicklungspotentialen ihrer gesamten Stadtgebietsflächen durchzuführen. Hierzu sind einheitliche Parameter der Flächenbewertung vorzugeben, die ökonomische, soziale und ökologische Kriterien enthalten. Ein Monitoring gewährleistet die Aktualität der Daten.

8. Städte müssen substanzielle Stadtentwicklungskonzepte erstellen, die die wesentlichen urbanen Entwicklungsachsen auf der Grundlage hinreichender Datenermittlungen unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten in den Blick nehmen.
9. Der Regelungsansatz des § 6a BauNVO ist weiterzuführen. Grundlegender wäre eine Trennung der Immissionsschutzwerte von den Baugebietsfestsetzungen im urbanen Raum.
10. An der Gebietstypenkonzeption der BauNVO ist festzuhalten. § 3 BauNVO ist aber zu streichen.
11. Die Grenzwerte zum Maß der baulichen Nutzung nach § 17 BauNVO sind (nur) für die hier betrachteten Großstädte anzuheben. Von einer Umgestaltung der Grenzwerte des § 17 BauNVO zu Orientierungswerten sollte Abstand genommen werden.
12. Lärmquellen in Städten müssen auf der Grundlage eines regelmäßigen Monitorings in allen Genehmigungs- und Planungsverfahren einheitlichen abgestimmten Regeln unterfallen. Einseitige Privilegierungen, etwa zugunsten des Straßenverkehrs in der 16. BImSchV, sind aufzuheben.
13. Passiver Lärmschutz ist als subsidiäre Option grundsätzlich zulässig; dies sollte zB im immissionsschutzrechtlichen Anlagenzulassungsrecht vorgesehen werden.
14. Lärmträchtige Altanlagen, insb. Verkehrswege, sind zu sanieren; Lärmerholungsgebiete sind zu schaffen.
15. Das Instrument der Lärminderungsplanung ist zu stärken.
16. Eine „wahrhaftige“ Lärmermittlung erlaubt, Lärmschutzgrenzwerte gerade bei Wohnnutzungen in Großstädten moderat zu lockern.
17. Art. 14 Abs. 2 GG fordert den Gesetzgeber auf, dem Eigentümer im Interesse des Allgemeinwohls die gebotenen Grenzen zu setzen. Einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Wohnraum gibt es in der Regel nicht.
18. Städte sind aufgerufen, von ihren (planungs-)rechtlichen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Gerade die Verwendung städtebaulicher Verträge kann der Schaffung sozialen Wohnraums dienen.
19. Eine Herabsetzung der Anforderungen des § 31 Abs. 2 BauGB ist nicht zu empfehlen.
20. Durch eine landesgesetzliche Regelung sollten bei der Schaffung von neuem Wohnraum feste Quoten von mietpreis- und belegenheitsgebundenen Wohnnutzungen im unbeplanten Innenbereich festgeschrieben werden. Städte sollten per Satzungsbeschluss hiervon abweichen können.
21. Das Vorkaufsrecht der Städte kann durch eine Ausweitung seines sachlichen Anwendungsbereichs gestärkt werden. Auch kann

§ 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB auf alle Gebiete mit allgemein zulässiger Wohnnutzung erweitert und im Tatbestand des § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB die Begrenzung auf den „Geltungsbereich eines Bebauungsplans“ gestrichen werden.

22. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass bei der Anwendung des § 26 Nr. 4 BauGB eine beabsichtigte Nutzungsänderung auf Käuferseite den Ausschluss des Vorkaufsrechts entfallen lässt.
23. Die Frist des § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB sollte von zwei auf drei Monate verlängert werden.
24. Die baurechtlichen Instrumente müssen durch weitere Regeln aus anderen Rechtsgebieten ergänzt werden, um effektiv Wohnraum zu schaffen. Dies gilt besonders für das Steuerrecht, das bei seinem klugen Einsatz deutlich ressourcenintensiveren Instrumenten mit Enteignungswirkung vorzuziehen ist.

**Die nachhaltige Stadt der Zukunft –
Welche Neuregelungen empfehlen sich
zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen?**

Gutachten E

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professorin Dr.-Ing. Sabine Baumgart

ehem. Lehrstuhl für Stadt- und Regionalplanung (bis 2018),
TU Dortmund

Zitiervorschlag: 73. djt I/E [Seite]

Inhaltsverzeichnis

A. Fragestellung und Aufbau	E 5
B. Erfordernisse einer Transformation in eine nachhaltige Stadt der Zukunft	E 8
I. Aktuelle Herausforderungen für die Städte	E 8
II. Leitlinien einer nachhaltigen Stadt der Zukunft – Referenzrahmen	E 10
C. Aktuelle Handlungsfelder	E 13
I. Verkehr: Mobilität und Teilhabechancen	E 13
1. Räumliche Mobilität	E 13
2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen	E 15
a) Verkehr als technische Infrastruktur	E 15
b) Mobilität als Handlungsfeld	E 16
c) Integrierte Verkehrsentwicklung/öffentlicher urbaner Raum	E 16
3. Kurzfristig strategische Planungsansätze	E 17
a) Städtebauliche/verkehrsplanerische Instrumentierung	E 19
b) Straßenverkehrsrecht	E 21
c) Ordnungsrecht	E 21
4. Folgerungen	E 22
II. Wohnen, Lebensqualität: nachhaltige Flächennutzungsorganisation für eine funktionsfähige Stadt und ihre Teilräume	E 22
1. Aktuelle Herausforderungen der urbanen Flächennutzungsorganisation	E 22
2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen	E 27
a) Nutzungsgemischte Siedlungsstrukturen und Immissionsschutz	E 28
b) Umweltbezogene Gerechtigkeit und Lebensqualität	E 29
c) Kompakte Siedlungsstrukturen und strategisches Flächenmanagement	E 31
3. Kurzfristig strategische Planungsansätze	E 33
a) Städtebauliche planungsrechtliche Instrumentierung	E 33
b) Baunutzungsverordnung	E 35
c) Immissionsschutzrecht	E 36
d) Ordnungsrecht	E 36
4. Folgerungen	E 36
III. Flächeninanspruchnahme, Umweltschutz: Innenentwicklung und Baulandmobilisierung	E 37
1. Bauland – eine umkämpfte Ressource	E 37

2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen	E 39
3. Kurzfristige strategische Planungsansätze	E 40
a) Städtebauliche Instrumentierung	E 40
b) Ordnungsrecht	E 44
c) Ökonomische Instrumente	E 44
4. Folgerungen	E 46
D. Thesen	E 47

A. Fragestellung und Aufbau

Die weltweite Urbanisierung stellt die Stadtpolitik und Stadtplanung vor große Herausforderungen, wenn sie nachhaltig gestaltet und organisiert sein soll. Dabei ist zu bedenken, dass die deutschen Städte zu mehr als 90% bereits gebaut sind, sowohl oberirdisch in Form von Gebäuden als auch unterhalb der Geländeoberfläche als punktuelle und vor allem leitungsgebundene Infrastruktur. Diese Flächennutzung wurde vor allem im Laufe des 19./20. Jahrhunderts durch ökonomische und technologische sowie soziale Entwicklungen der Gesellschaft geprägt sowie auch die Gesellschaft von diesen Entwicklungen verändert wurde. Grund und Boden sind entscheidende, begrenzte und umsichtig zu nutzende Ressourcen, über und durch deren Art und Umfang der Inanspruchnahme die nachhaltige Stadt der Zukunft und der Weg dorthin geprägt werden.

Schauen wir auf Deutschland, gehört zu einer nachhaltigen Stadt der Zukunft die Verteilung, Nutzung und Entwicklung von natürlichen Ressourcen wie Natur, Wasser und Rohstoffen, aber auch der Zugang zu Wohnraum, Arbeits- bzw. Einkommensmöglichkeiten und Mobilitäts- und Energieangeboten, sowie Versorgung und Kultur ebenso wie Kommunikation, Gesundheit und soziale Teilhabe sowie Resilienz gegenüber Klimaveränderungen. Dabei bestehen konkurrierende Anforderungen an die Flächennutzung, die auf den allen Planungsebenen, vom Stadtquartier, Stadtteil, Gesamtstadt bis zur regionalen Ebene zu bearbeiten sind. Stadt- bzw. Raumplanung hat hier die Aufgabe, diese, teils widersprüchlichen, Ansprüche an den Raum aufzunehmen, zusammenzuführen und zu koordinieren und in einen politischen Abwägungsprozess zu überführen bzw. diesen administrativ vorzubereiten. Eine gerechte Abwägung öffentlicher und privater Belange gegen- und untereinander ist ein Planungsgrundsatz im Städtebau, der nicht nur der Bauleitplanung nach Baugesetzbuch zugrunde liegt, sondern alle Planungsverfahren kennzeichnet. Eine der wesentlichen Grundlagen dafür sind eine multi-dimensionale (Raum-)Beobachtung und die Bereitstellung von Daten für die jeweils betroffenen Belange, die es zu ermitteln, zu bewerten und zu gewichten gilt, einschließlich der fachgesetzlichen Ziele und Pläne.

Bewertungs- und Entscheidungsphasen sind in Planungs- und Entscheidungsprozessen häufig miteinander verwoben. Dennoch ist es aufgrund bestehender rechtlicher Anforderungen an die Abwä-

gung¹ erforderlich, die Ebene, auf der entscheidungsvorbereitend Sachverhalte ermittelt werden, von der Prozessebene zu trennen, auf der ermittelte Sachverhalte bewertet und eine Entscheidung mitsamt ihrer Rechtsfolgen durch politisch dafür legitimierte Vertretungskörperschaften getroffen werden. Eine in jedem Falle richtige Bewertungsmethode existiert nicht, sondern es kommt auf die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit der Vorgehensweise an, die im Einzelfall aus den gegebenen Rahmenbedingungen zu beurteilen ist.² Bei der Abwägung geht es um die Einstellung aller Aspekte und Argumente, die nach „Lage der Dinge“ in den Planungsprozess einzustellen sind. Dazu bedarf es demokratischer (fachöffentlicher wie institutionalisierter und unterschiedlich bürgerschaftlich organisierter) Beteiligung, die vielfältig gestaltbar organisiert wird, um eine integrierte Entscheidungsfindung durch gewählte Vertreter der in den jeweiligen Ebenen entscheidenden Politik vorzubereiten. Gesetzliche Vorgaben beziehen sich auf Mindestanforderungen an die Beteiligung der Öffentlichkeit, von Behörden und sonstige Träger öffentlicher Belange.³

Vor diesem Hintergrund wird aus stadtplanerischer Perspektive der Frage nachgegangen, welche Gesetzesänderungen in Deutschland (insbesondere im nationalen Recht) für sinnvoll gehalten werden, um eine in ökologischer, ökonomischer und sozialer Hinsicht (also dreidimensional-integrativ) eine nachhaltige Stadt der Zukunft zu ermöglichen. Im Mittelpunkt stehen das Bau- und Planungsrecht mit seinen städtebaulichen Argumentationslinien; einbezogen wird der Vollzug der Planung in der kommunalen Praxis. Punktuell werden Bezüge zur Raumordnung hergestellt.

Das Gutachten behandelt zunächst im Teil B die Ausgangslage für den Weg zu einer nachhaltigen Stadt der Zukunft mit Blick auf rahmensetzende Herausforderungen für die Transformation zu einer nachhaltigen Stadt. Die Fragestellung – welche Regelungen empfehlen sich angesichts der Herausforderungen von Verkehr, Umweltschutz einschließlich Klimawandel und Wohnen? – werden im Teil C aus stadtplanerischer Perspektive für die vom Deutschen Juristentag 2020 formulierten Themen auf folgende Handlungsfelder fokussiert

– Verkehr: Mobilität und Teilhabechancen (Abschnitt I),

¹ *Stollmann*, Öffentliches Baurecht, 10. Aufl. 2015, Beck Verlag München, S. 85 ff.

² Vgl. die Rechtsprechung des BVerwG zu Bewertungsvorgängen. Das BVerwG hat insbesondere festgestellt (Leitsatz), dass die Gemeinde bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die Eingriffe in Natur und Landschaft erwarten lassen, nicht an standardisierte Bewertungsverfahren gebunden ist, sondern ihr ein Abwägungsspielraum bei der Methodenauswahl zukommt. Vgl. BVerwG NVwZ 1997, 1215.

³ Ua im Baugesetzbuch §§ 3 und 4.

- Wohnen, Lebensqualität: nachhaltige Flächennutzungsorganisation für eine funktionsfähige Stadt und ihre Teilräume (Abschnitt II),
- Wohnen, Flächeninanspruchnahme: Innenentwicklung, Baulandmobilisierung (Abschnitt III).

Diese Struktur und Auswahl der nicht konfliktfreien Handlungsfelder⁴ orientiert sich an aktuell geführten Planungsdiskursen. Abschließend werden Thesen abgeleitet.

⁴ So werden weitere aktuelle Themen wie Stadt als urbaner Metabolismus/urbane Ressourcenströme und Gebäudetypen bzw. Energiekonzepte für den Wohnungsbau nicht betrachtet.

B. Erfordernisse einer Transformation in eine nachhaltige Stadt der Zukunft

I. Aktuelle Herausforderungen für die Städte

Die aktuellen globalen und technologischen Herausforderungen, insbesondere die Entwicklungen im Rahmen der Digitalisierung, aber auch die inzwischen spürbaren Auswirkungen der Klimakrise und der demografischen Veränderungen finden ihren räumlichen Niederschlag vor allem in den Städten. Hier werden bis 2050 etwa zwei Drittel der Weltbevölkerung leben.⁵ Eine Transformation der Infrastruktur, urbaner Lebensqualitäten und des Umweltschutzes ist notwendig, dies gilt vor allem für die Agglomerationen im globalen Süden.⁶

Auch in Deutschland stellen sich die Aufgaben einer urbanen Transformation, jedoch unter anderen Rahmenbedingungen. Räumliche Planung muss auf dynamische Flächennutzungsanforderungen im Bestand reagieren, dies unter den Rahmenbedingungen begrenzter Ressourcen an verfügbaren Flächen, öffentlichen Finanzen für Infrastruktur und personellen fachlichen Nachwuchsendgüssen. Die Determinanten für die Stadtentwicklung sind dabei unterschiedlich mit Blick auf die Stadtgröße, die regionale Lage sowie die öffentlichen Haushalte. In Großstädten (> 100.000 Einwohner) der Agglomerationsräume und in wachsenden Mittelstädten zeigt sich ein hoher Entwicklungsdruck auf die Flächeninanspruchnahme für Siedlungs- und Verkehrsflächen und Nutzungskonflikte am stärksten, mit dem Verwaltung und Politik konfrontiert sind. Zentrale Handlungsfelder der Stadtpolitik sind die Bereitstellung von Wohnraum einschließlich der damit verbundenen Flächennutzungskonflikte bezüglich Umweltschutz und sparsamer Siedlungsflächeninanspruchnahme, Immissionsschutz sowie Mobilitätsoptionen im urbanen Raum, Flächen für urbane Produktion, Flächen für Natur und Umwelt.

Großstädte sind überdies von spezifischen Problemstellungen wie sozialräumlicher Segregation betroffen, gegen die der öffentliche Finanzmitteleinsatz, ua durch die Städtebauförderung eingesetzt wird. In diesen Teilräumen konzentrieren sich oftmals Bevölkerungsgruppen (va einkommensschwach, abhängig von Transfereinkommen,

⁵ Ua WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (2016): Der Umzug der Menschheit: Die transformative Kraft der Städte. Berlin: WBGU, S. 1.

⁶ Ebenda, S. 6 ff.

bildungsfern, vielfach mit Migrationshintergrund) aufgrund von Zugangsproblemen auf dem privaten Wohnungsmarkt. Diese Stadtquartiere übernehmen häufig die Rolle als sog. Ankunftsstadt für Zuwanderer und Asylbewerber.⁷

Gleichzeitig stellen sich große Herausforderungen in Regionen und Städten, die von demographischer Schrumpfung betroffen sind, in Bezug auf die Sicherung der Daseinsvorsorge zur Erhaltung gleichwertiger Lebensverhältnisse und grundsätzlich zur Zukunftsfähigkeit und zu Entwicklungschancen. Klein- und Mittelstädten fehlen für diese Aufgaben häufig Kompetenzen und finanzielle Ressourcen. Dies trifft vielfach auch in ländlich-wachsenden Regionen zu, wird hier jedoch nicht vertieft.

Die Gestaltung von Transformationsprozessen steht im Kontext der Region und kommunaler Selbstverwaltung und setzt demzufolge an Mehrebenen-Governance an, dies mit der Einbeziehung von gesellschaftlichen Mobilisierungspotenzialen in der Stadt, im Stadtteil und im Quartier, um deren Erfahrungen und lokale Expertise für soziale und wirtschaftliche Innovationen zu erschließen. Planungsprozesse sind heute sehr komplex und bedürfen unterschiedlicher Instrumente. Die reine rechtliche Steuerung reicht nicht aus; Planung kann bestenfalls Verhaltensänderungen privater Akteure anregen und motivieren. Die Mobilisierung gesellschaftlichen Engagements und nutzergetriebene Innovationen sowie sozial eingelagertes Wissen erfordern neue Formate für kollektives Lernen und Kompetenzen für die Gestaltung städtischer Räume sowie der damit verbundenen Prozesse. Gleichzeitig werden private Investoren nicht nur aktiv in Planungsprozesse eingebunden (sog. Dritte), sondern lösen diese aus (zB durch Vorhaben- und Erschließungspläne sowie eigene Projekte). Entscheidend ist, dass die fachliche Kontrolle im Rahmen hoheitlicher Aufgaben bei der kommunalen Verwaltung bleibt. Zunehmend erforderliche Fachgutachten erhöhen dabei ua den prozessualen Zeit- und Finanzeinsatz. Dies begründet die immer wieder erhobenen Forderungen nach Beschleunigungsmöglichkeiten von Planungsprozessen.

In Deutschland werden Wohnen, Mobilität und Digitalisierung als die aktuell wichtigsten Aufgabenschwerpunkte in der eigenen Stadt benannt.⁸ Digitalisierung umfasst als Querschnittsaufgabe alle Lebensbereiche der Stadtgesellschaft, der Organisation von Infrastruktur und Flächennutzung sowie die Verwaltungen mit ihren Kernaufgaben.

⁷ Vgl. ua *Saunders*, *Arrival City* 2011, Karl Blessing Verlag, München.

⁸ Vgl. Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg. 2019): *OB-Barometer 2019*, difu Sonderveröffentlichung, Berlin.

II. Leitlinien einer nachhaltigen Stadt der Zukunft – Referenzrahmen

Die Zielsetzung einer nachhaltigen Entwicklung ist im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Artikel 20a, enthalten, und im Weiteren im Raumordnungsgesetz sowie im Baugesetzbuch. Es geht dabei um die Regenerationsfähigkeit von Ressourcen, für die drei Teilstrategien diskutiert werden: Effizienz (weniger Ressourceneinsatz bei gleichen Zielen), Konsistenz (wirtschaftlicher Umgang mit vorhandenen Ressourcen) und Suffizienz (Angemessenheit des Ressourcenverbrauchs). Angesichts der Frage, wie eine große Transformation als Ziel einer nachhaltigen Gesellschaft erreicht und als Entwicklungsprozess ausgestaltet werden kann, wird eine integrierte Betrachtung der Nachhaltigkeitsdimensionen und ihrer zeitlichen Wechselwirkungen als hilfreich erachtet, um sektorales Denken zu überwinden und inter- und transdisziplinäre Zugänge zu erschließen.

In den Raumwissenschaften gibt es unterschiedliche Nachhaltigkeitsverständnisse, auch wenn die Notwendigkeit einer inter- und intragenerativen Gerechtigkeit nicht infrage gestellt wird. Diese anzustreben und zu gestalten ist in ihren Zielsetzungen und Maßnahmen keinesfalls konfliktfrei. So ist es unerlässlich, dass bei deren potenziell stark begrenzendem Charakter für die individuelle Entscheidungsfreiheit oder nicht umkehrbaren Entwicklungen wie Klima- und Umweltschutzmaßnahmen, auch Aspekte des sozialen Friedens bzw. der sozialen Gerechtigkeit berührt sind und beachtet werden müssen. Grundsätzlich kann man festhalten, dass es für eine rechtliche Konkretisierung, die in Diskussionen oft gewünscht wird, weiterer Forschung und öffentlicher Diskurse bedarf.⁹

Die Fraunhofer Gesellschaft identifiziert vier Themenfelder für eine zukunftsfähige Stadt:

- Die *Lebenswerte Stadt* mit Arbeitsplätzen, dem Ausgleich zwischen Arm und Reich, Sicherheit und einem attraktiven öffentlichen Raum,
- Die *Resiliente Stadt* gegenüber Veränderungen der klimatischen, demographischen und wirtschaftlichen Grundlagen,
- Die *Umweltgerechte Stadt* mit einem nachhaltigen Umgang mit Ressourcen,

⁹ Diese Aussagen basieren auf einem Expertenworkshop der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL) zum Thema Nachhaltigkeit am 21.10.2019 in Hannover.

- Die *Innovative Stadt* als Labor der Zukunft für soziale und technische Innovationen.¹⁰

Für eine Operationalisierung der resilienten, also anpassungsfähigen Stadt wird auf Potenziale in Form von Ressourcen und Konnektivität sowie auf Strukturmerkmale verwiesen: *Redundanz* – im Sinne von Puffer und Reservekapazitäten, *Vielfalt*, *Diversität* in ökologischen, sozialen und ökonomischen Strukturen, *Widerstandsfähigkeit* mit Blick auf physische Robustheit (Bauplanung, Bauausführung, Normen und Bauvorschriften) des Gebäudebestands und schließlich *Verlässlichkeit* im Sinne von Funktionssicherheit der einzelnen Komponenten.¹¹

Auch der Wissenschaftliche Beirat Globale Umweltveränderungen (WBGU) sucht nach Wegen in Richtung einer nachhaltigen Entwicklung und formuliert einen sog. normativen Kompass für die Große Transformation zur Nachhaltigkeit in einer digitalisierten Gesellschaft, indem er drei Dimensionen benennt. Dies sind die *Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und Teilhabe* im Sinne von universellen Mindeststandards sowie *Eigenart* als Wert von Vielfalt einschließlich der Bedingung für Wohlbefinden und Lebensqualität. Für das digitale Zeitalter benennt der WBGU zudem die Unantastbarkeit, die Achtung sowie den Schutz der *Würde* explizit als Orientierungshilfe im Sinne der Transformation zur Nachhaltigkeit.¹²

Der im Rahmen eines informellen Treffens der zuständigen Minister für Stadtentwicklung beschlossene Pakt von Amsterdam (2016) adressiert zentrale Themen einer nachhaltigen Stadtentwicklung in Europa. Er beinhaltet den operativen Rahmen für die städtebauliche Entwicklung in der EU und bezieht sich auf die 2007 unter deutscher Ratspräsidentschaft verfasste Leipzig Charta,¹³ die sich aktuell bei der Fortschreibung als Leipzig Charter 2020 in der Abstimmung befindet. Als Arbeitsprinzipien werden integrierte, ortsbezogene Ansätze als Mehrebenen-Governance und öffentliche Beteiligung einschließlich kooperativer Entwicklung unter Einbeziehung öffentlicher Interessen und des Gemeinwohls, aufgeführt.¹⁴

¹⁰ (https://www.morgenstadt.de/de/loesungen/loesungen_staedte/morgenstadt_index.html, Zugriff 23.4.2019).

¹¹ Lucas/Greiving, Resiliente Stadt – Zukunftsstadt. Im Auftrag des Ministeriums für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen (MBWSV). Düsseldorf 2016, S. 11–13.

¹² WBGU – Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (2019): Unsere gemeinsame digitale Zukunft. Zusammenfassung. Berlin: WBGU, S. 3.

¹³ Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (2017): 10 Jahre Leipzig-Charta, Bonn, S. 15.

¹⁴ Leipzig Charter 2020, draft, Version 3.9.2019.

Die 2017 von der Bundesregierung beschlossene Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie 2018 basiert auf den „Sustainable Development Goals“, in denen Bezüge zwischen Stadtentwicklung, Klimaanpassung und einem ganzheitlichen Katastrophenrisikomanagement auf allen Ebenen deutlich heraus gestellt werden. Dies wird hier nicht vertieft.

Des Weiteren sind, auch mit Verweis auf den WBGU, technologische Innovationen einzubeziehen, die alle Lebensbereiche mit vielfältigen Annäherungen an die sog. Smart City umfassen. Sie beziehen sich zum einen auf die Organisation der Infrastruktur, Wasser und Energie, aber auch Dienstleistungs- und Produktionsprozesse, die sich ebenso verändern wie Mobilität mit Automatisiertem Fahren und Elektroautos, einhergehend mit neuen Konzepten für Erreichbarkeit, Nutzungsmischung und Flächennutzungsorganisation des öffentlichen Raums. Zum anderen beinhaltet dies aber auch die individuellen Lebensbedingungen der Stadtbewohnerschaft (Smart Home), deren Mitwirkung an der Gestaltung ihrer Lebensumwelt und der damit verbundenen Entscheidungsprozesse (Smart Governance), einschließlich des Einsatzes dieser Technik für die alltägliche Lebensgestaltung, aber auch elementare Fragen des Datenschutzes. Hinzu kommt die politische Zielsetzung, die Chancen der Digitalisierung im Rahmen der Daseinsvorsorge zu nutzen und ein Recht auf digitale Teilhabe zu formulieren. Dabei werden Fragen zum Standard bei der Netzinfrastruktur (Breitbandausbau) und der Ansprüche bzw. Versorgungsbedürfnisse der Bevölkerung diskutiert und das Recht auf digitale Teilhabe im Rahmen einer generationengerechten kommunalen Entwicklung zu konkretisieren sein.¹⁵

In Anbetracht dieser hohen Komplexität in den Zielebenen, in den Politik- und Handlungsfeldern kann ein Referenzrahmen mit strategischen Ansätzen auf unterschiedlichen Planungsebenen für die selektiv ausgewählten Schwerpunktthemen hier nur grob umrissen werden.

¹⁵ Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (Hrsg. 2019): Smart Cities gestalten. Bonn.

C. Aktuelle Handlungsfelder

I. Verkehr: Mobilität und Teilhabechancen

1. Räumliche Mobilität

Raumbezogene Mobilität von Menschen und Gütern umfasst deren Bewegung im geographisch definierten Raum. Mobilität von Menschen ist für eine soziale und ökonomische Teilhabe mit Blick auf Erreichbarkeiten von Orten der Arbeit, der Versorgung, Kultur und Freizeit sowie der Kommunikation essentiell. Der Modal Split in Deutschland lag 2017 bei 22 % ausschließlich zu Fuß gehen, 11 % Fahrrad fahren und 43 % Pkw-Nutzung sowie 14 % Pkw-Mitfahrer; der öffentliche Verkehr einschließlich Fernverkehr umfasste 10 % des Verkehrsaufkommens. Zwar nahmen Fahrrad und ÖPNV im Vergleich zu 2008 zu, jedoch ist die Pkw-Ausstattung auf mehr als ein Auto je Haushalt gestiegen, außerhalb der Städte noch deutlicher.¹⁶ Mobilität findet im öffentlichen Raum statt, wobei die Verkehrsträger – motorisierter Individualverkehr (Pkw, Motorrad), öffentlicher Nahverkehr, Fahrrad- und Fußverkehr – in unterschiedlichem Maße öffentliche Flächen beanspruchen. Der Transport von Gütern wird hier nur punktuell auf die städtische Versorgung mit Gütern fokussiert.

Die Dominanz der Pkw-Nutzung, wirtschaftlich und städtebaulich begünstigt durch das nach dem Zweiten Weltkrieg formulierte städtebauliche Leitbild der sog. „autogerechten Stadt“, soll zugunsten von multimodalem Verhalten der Verkehrsteilnehmer verändert werden. Es ist unbestritten, dass der motorisierte Individualverkehr an seine Grenzen stößt und eine Verkehrswende den Umweltverbund und damit auch Fuß- und Radverkehr stärken muss und damit eine Multioptionalität auf der Basis internetbasierter Mobilitätsdienstleistungen befördern soll; dies hat durchaus selektiven Charakter mit Blick auf Zugangsmöglichkeiten.¹⁷ Damit ist eine Verminderung des CO²-Ausstosses im Sinne des Klimaschutzes und der Lärmbelastungen sowie potenziell der Flächeninanspruchnahme und

¹⁶ Follmer/Gruschewitz, Mobilität in Deutschland – MID Kurzreport. Studie von infas, DLR, IVT und infas 360 im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (FE-Nr. 70.904/15). Bonn, Berlin 2018. www.mobilitaet-in-deutschland.de, S. 6.

¹⁷ Groth, Multioptionalität: Ein neuer („alter“) Terminus in der Alltagsmobilität der modernen Gesellschaft? In: Raumforschung und Raumordnung 2019; 77(1), S. 17–34.

soziale Teilhabe verbunden.¹⁸ Hinzu kommt, dass körperliche Aktivität nicht nur die menschliche Gesundheit und Mobilität bis ins höhere Alter verbessert, sondern Lebensqualität in den Städten und zur Aufenthaltsqualität in öffentlichen Räumen befördert.

Der Verkehrssektor trägt derzeit wesentlich zur Belastung des Klimas (Treibhausgase, Kohlenmonoxid, Stickoxide und Feinstaub) und der Menschen in der Stadt (Lärm- und Luftbelastung, Gefährdung im Straßenverkehr) bei. Die externen Kosten des Verkehrs in Deutschland werden mit 80,4 Mrd. Euro berechnet (Unfallkosten: 51 %, Klimafolgeschäden: 14 %, Lärm: 12 %, Luftverschmutzung: 10 %, vor- und nachgelagerte Prozesse: 7 %, Natur und Landschaft: 4 % und sonstige Kosten: 2 %).¹⁹ Vor diesem Hintergrund gewinnen der Fahrrad- und Fußverkehr an Bedeutung und ebenso der Umweltverbund mit öffentlichem Nahverkehr, sowie auch Car-Sharing, die das Verkehrsaufkommen und damit die Verkehrs- und Umweltbelastungen reduzieren.²⁰ Jedoch bleibt Car-Sharing bisher eine Nische; nur 4 % aller Haushalte sind bei einem Unternehmen registriert. Ähnlich sieht es bei der Inanspruchnahme von Mieträdern aus.²¹

Der Anstieg der Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP-Dienste) basiert wesentlich auf der Zunahme des Onlinehandels, dessen Marktanteile vom Handelsverband Deutschland e.V. 2019 gegenüber dem stationären Einzelhandel für 2018 auf rund 10,2 % geschätzt werden.²² Diese dynamischen Entwicklungen schlagen sich räumlich unterschiedlich nieder und bedürfen angepasster Strategien (Struktur der Dienstleistungen, Verkehrsträger, Verkehrsinfrastrukturen in Verbindung mit digitalen Lösungen, Konzepte für Wirtschaftsverkehr und Logistik),²³ die hier nicht vertieft werden.

Mobilität findet im öffentlichen Raum statt. Eine nachhaltige Verkehrsmittelstrategie muss bei der Verteilung des öffentlichen Raums gleichermaßen alle Verkehrsträger im Blick haben. Die Mobilität von Fußgängern und Radfahrern wird jedoch massiv eingeengt; dies nicht nur durch unzureichende Fuß- und Fahrradwege (Vernetzung,

¹⁸ Vgl. ua Umweltbundesamt (Hrsg. 2018): Geht doch! Grundzüge einer bundesweiten Fußverkehrsstrategie. Dessau-Roßlau.

¹⁹ Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Bremen 2015: Nachhaltig mobil statt teuer unterwegs. Bremen: S. 26, basierend auf BMU und UBA: Umweltwirtschaftsbericht 2009; Infrac Bundeszentrale für politische Bildung, 2009, www.bpb.de.

²⁰ Ebenda, S. 35.

²¹ Follmer/Gruschewitz, aaO, S. 16.

²² Groth/Kurte, Boom der Lieferverkehre auf der letzten Meile. In: Informationskreis für Raumplanung IfR (Hrsg.): RaumPlanung 202/3/4–2019. Dortmund, S. 23–29.

²³ Flämig/Hesse, Onlinehandel, urbane Logistik und Verkehr. In: Informationskreis für Raumplanung IfR (Hrsg.): RaumPlanung 202/3/4–2019. Dortmund, S. 30–35.

Breite, Zustand), sondern auch durch Einschränkungen anderer Verkehrsteilnehmender, va parkende Pkw. Eine barrierefreie bzw. barrierearme Mobilität von mobilitätseingeschränkten Bevölkerungsgruppen ist so nur schwer möglich. Angesichts zumeist mangelnder ordnungsrechtlicher Kontrollen und moderater Bußgelder ist die Anmietung einer Garage oder die Zahlung von Parkgebühren wenig interessant.

Vor dem Hintergrund heterogener und regional orientierter Lebensstile der Bevölkerung haben sich Mobilitätsmuster verändert. Während die Wegestrecken geringfügig gestiegen sind, bleiben die Unterwegszeiten unverändert.²⁴ Der Modal Split ist in den Bundesländern jedoch sehr unterschiedlich; in den Regionen außerhalb der großen Städte dominiert der Pkw nach wie vor.²⁵

Siedlungs- und Verkehrsplanung wieder stärker miteinander zu denken, gilt deshalb auch für Klein- und Mittelstädte, die mit den politisch unterschiedlich aufgeladenen Facetten von „Heimat“ wieder verstärkt in den Fokus kommen. Dabei bevorzugt die Mehrheit der Bevölkerung diese Stadtgröße aufgrund ihrer Überschaubarkeit als Wohnort.²⁶ Mobilität ist hier eine zentrale Größe in der Lebensqualität der Menschen.²⁷ Angesichts wachsender sog. Schwarmstädte kann eine Stärkung ländlicher Räume hier einen Ausweg bieten und strategisch zu Verkehrsvermeidung, Klimaschutz und Klimaanpassung sowie einem verbesserten Wohnraumangebot beitragen. Das wird hier nicht weiter erörtert.

2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen

Die Dominanz des Autos ist somit zumindest mittelfristig weiterhin gegeben. Aber es zeichnen sich unterschiedliche, noch unzureichend miteinander verknüpfte Politik- und Handlungsfelder für die Verkehrswende ab:

a) Verkehr als technische Infrastruktur²⁸

Verkehrsinfrastruktur ist Teil der urbanen technischen Infrastrukturen, die an aktuelle Herausforderungen im Rahmen von Trans-

²⁴ Follmer/Gruschewitz aaO, S. 8.

²⁵ Ebenda S. 14.

²⁶ Bundesstiftung Baukultur (Hrsg. 2016): Baukulturbericht Stadt und Land 2016/17. Potsdam.

²⁷ Ebenda S. 40.

²⁸ Es wird auf das Thema „Schutz Kritischer Infrastrukturen“ (KRITIS) verwiesen: Die Unterbrechung von Verkehrsstrassen, verursacht durch Instandsetzungstau (s. Leverkusener Rheinbrücke), Extremereignisse (ICE Trasse Hannover-Berlin), Unfälle (Rastatt) oder Überlastung verursacht Kaskadeneffekte, die andere Infrastrukturbereiche auch außerhalb der eigentlich betroffenen Räume beeinträchtigen.

formationsprozessen angepasst werden müssen. Hier werden unterschiedliche Leitbilder diskutiert, die von Verhaltensänderungen/Verzicht auf Konsum (Suffizienz), bis hin zur technischen Optimierung (Effizienz) reichen.²⁹

b) Mobilität als Handlungsfeld

Eine umweltfreundliche Mobilität und die damit verbundenen Anforderungen an die Infrastruktur sind auch auf regionaler Ebene ein wichtiges planerisches Handlungsfeld, insbesondere in Metropol- und Agglomerationsräumen. Eine nachhaltige Raumentwicklung kann nur in enger Verzahnung von Siedlungs- und Verkehrsentwicklung in Form regionaler Verkehrskonzepte und -planungen erfolgen; durch ergänzende informelle Konzepte kann sie eine stärkere Umsetzungsorientierung entfalten.

Dabei bedarf es einer Unterscheidung nach städtisch-urban geprägten Räumen und ländlichen Regionen. So ist längerfristig davon auszugehen, dass es insbesondere in schrumpfenden ländlichen Regionen keine Alternative zum MIV gibt, denn durch das schrumpfungsbedingte Wegbrechen von Schülerverkehren dürfte sich die Situation noch verschärfen. Die Sicherung von Mobilität in Stadt und Land im Rahmen der Zielsetzung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse ist explizites Ziel der Ministerien übergreifenden Kommission.³⁰ Daten- und informationsbasierte Verkehrsangebote einzelner Verkehrsmittel intramodal wie auch intermodal/multimodal (verkehrsmittelübergreifend) gewinnen an Bedeutung, sind aber in integrierte verkehrliche Gesamtkonzepte einzubinden.

Auf der Ebene von Stadt und Quartier werden zukünftig gesamtstädtische bzw. quartiersbezogene Mobilitätskonzepte (incl. Knotenpunkte als urbane Hubs) einhergehend mit einer Neuorganisation öffentlicher Verkehrsflächen erforderlich.

c) Integrierte Verkehrsentwicklung/öffentlicher urbaner Raum

Angesichts der urbanen Flächennutzungskonkurrenzen im öffentlichen Raum liegt ein wesentlicher Fokus auf dem ruhenden Verkehr; „23 Stunden pro Tag steht ein Auto ungenutzt im öffentlichen Raum oder auf einem privaten Parkplatz.“³¹ Im Zuge von Digitalisierung ist eine gesteigerte Nutzung von Sharing-Angeboten denkbar. Jan Gehl, renommierter dänischer Stadtplaner, eröffnet neue

²⁹ Umweltbundesamt (Hrsg. 2018): Diskurse und Leitbilder zur zukunftsfähigen Ausgestaltung von Infrastrukturen. Dessau-Roßlau, S. 45–46.

³⁰ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (Hrsg. 2019): Unser Plan für Deutschland – Gleichwertige Lebensverhältnisse überall, Berlin.

³¹ BSAG (Hrsg. 2019): MobilDialog. Bremen, S. 7.

Perspektiven: „Schauen Sie, wie viele Kinder und alte Menschen auf Straßen und Plätzen unterwegs sind. Das ist ein ziemlich zuverlässiger Indikator. Eine Stadt ist nach meiner Definition dann lebenswert, wenn sie das menschliche Maß respektiert. Wenn sie also nicht im Tempo des Automobils, sondern in jenem der Fußgänger und Fahrradfahrer tickt. Wenn sich auf ihren überschaubaren Plätzen und Gassen wieder Menschen begegnen können. Darin besteht schließlich die Idee einer Stadt.“³² In Großstädten wie Berlin und Hamburg werden 27 Prozent aller Wege komplett zu Fuß zurückgelegt.

Ein integrierter Ansatz für eine aktive Mobilität der Stadtbevölkerung, der ressourcensparend, aber auch sozialverträglich ist, dient einer stärkeren sozialen Teilhabe und der Integration älterer Menschen in einer alternden Gesellschaft, die somit zu einem aktiveren Lebensstil ermutigt werden. Dies erfordert Innovationen insbesondere im Bereich Stadtplanung, Mobilität und Dienstleistungen (z.B. Gesundheitssystem, Sozialsystem, Versorgung), ohne dies hier zu vertiefen.

3. Kurzfristig strategische Planungsansätze

Eine integrierte strategische Planung für eine urbane Mobilität ist inzwischen unumstritten und kennzeichnet aktuelle Konzepte. So enthält das aktuelle Simulationsmodell für die Region Köln/Bonn miteinander verknüpfte Handlungsfelder (klassische Infrastrukturplanung, effiziente Infrastrukturplanung, neue Sharing-Angebote, Integrierte Bauleitplanung und als übergreifende Handlungsfelder Baukultur, Digitalisierung und Regionale Kooperation).³³ Und der Regionalverband Ruhr formuliert in seinem Handlungsprogramm (Stand April 2018) zum Regionalplan „Mehr Metropole Ruhr ... durch eine vernetzte Mobilität“³⁴

Aktuelle Planungsansätze auf der örtlichen Ebene zielen auf eine Reduzierung von Privilegien für den motorisierten Individualverkehr und somit auf eine Stärkung des Rad- und Fußverkehrs im Rahmen des Umweltverbundes und damit auch auf eine Weiterentwicklung des öffentlichen Nahverkehrs. Planwerke wie Verkehrsentwicklungspläne (VEP) und Sustainable Urban Mobility Plans (SUMP) werden mit Blick auf ihre Umsetzungsorientierung aktuell in breiten Akteurskonstellationen in vielen europäischen Städten

³² <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2014/genuss/die-menschen-in-bewegung-setzen>. Zugriff am 15.8.2019.

³³ Bremer/Schneider, Eine Region wird nachhaltig staufrei. In: Vereinigung der Stadt-, Regional- und Landesplanung e. V. (Hrsg.): PlanerIn 3_19. Berlin, S. 35.

³⁴ Regionalverband Ruhr 2018: Handlungsprogramm zur räumlichen Entwicklung der Metropole Ruhr. Essen 2018, S. 37.

diskutiert.³⁵ Auch angesichts der Klimakrise liegt der Fokus auf einer umfassenden Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen Stadt- und Verkehrsentwicklung als zentralem Politik- und Handlungsfeld, das auch Aspekte der Wohnstandortwahl, der Nahversorgung und Daseinsvorsorge sowie des Güterverkehrs (City Logistik) umfasst. Das Argument der gesundheitsfördernden Wirkung des Radfahrens und Zufußgehens trägt dazu bei, wie zB im Verkehrsentwicklungsplan Bremen 2025³⁶ und im Strategieplan Mobilität und Verkehr der Stadt Oldenburg.³⁷ Kommunale Verkehrsentwicklungspläne sind oftmals in eine umfassende Planung integriert, wie Flächennutzungspläne, Stadtentwicklungsplanung oder Regionalplanung und beziehen sich auf sektorale Planungen wie Klimaschutz, Lärmaktions- und Luftreinhaltung sowie Nahverkehrsplanung.³⁸

Zur Umweltentlastung wird ein Vorschlag des Rats von Sachverständigen für Umweltfragen (SRU) von 2005 aufgegriffen, der auf der Grundlage eines Gemeindeverkehrsplanungsgesetzes die verpflichtende Aufstellung eines kommunalen Verkehrsplans umfasst.³⁹ Dieses enthält quantifizierte Ziele, ein Maßnahmen und Umsetzungskonzept sowie eine Erfolgskontrolle, verbindliche Immissionsgrenzwerte für Lärm und Luftschadstoffe und die Verpflichtung zur Aufstellung eines Sanierungsplans, wenn diese überschritten werden, einschließlich ordnungsrechtlicher Vollzugsinstrumente zur Durchsetzung der Planung. Eine Modifikation des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes ist sinnvoll, „die die Planungsautonomie der Gemeinden als Grundvoraussetzung einer den individuellen Gegebenheiten angemessenen integrierten Gesamtverkehrsplanung respektiert“.⁴⁰

Mit Blick auf abzubauen Privilegien des Pkw werden auch international Fragen zur Parkraumbewirtschaftung als Teil des Mobili-

³⁵ Ua im Rahmen einer Veranstaltung des Deutschen Instituts für Urbanistik in Kassel 2018, vgl. difu Deutsches Institut für Urbanistik 1/2019. Berichte. Berlin, S. 27.

³⁶ Der Senator für Umwelt, Bau und Verkehr: Verkehrsentwicklungsplan Bremen 2025. Bremen, 2014. <https://www.bauumwelt.bremen.de/verkehr/verkehrsentwicklungsplan-5586> (Stand: Dezember 2017). Zugriff am 15.8.2019.

³⁷ Stadt Oldenburg: Strategieplan Mobilität und Verkehr. Oldenburg, 2014. <http://www.oldenburg.de/de/microsites/verkehr/strategieplan-mobilitaet-und-verkehr.html> (Stand: Dezember 2017). Online Zugriff am 15.8.2019.

³⁸ Arndt/Drews, Mobilität nachhaltig planen: Erfolge und Hindernisse in deutschen Städten. Ergebnisse einer Umfrage zu kommunalen Verkehrsentwicklungsplänen, difu Sonderveröffentlichung, Berlin 2019, S. 3.

³⁹ Köck/Fischer, Gesundheitsfördernde Stadtentwicklung und Umweltgerechtigkeit als Problem des Städtebau- und Bauplanungsrechts. In: Baumgart/Köckler/Ritzinger/Rüdiger (2018): Planung für gesundheitsfördernde Städte. Forschungsbericht der ARL 08, Hannover, S. 145–165.

⁴⁰ Ebenda, S. 161.

tätsmanagements und einer Umverteilung von öffentlichem Raum diskutiert. Strategisch zielen kommunale Ansätze auf eine Begrenzung von privatem und öffentlichem Parkraum bei gleichzeitiger Bewirtschaftung; allerdings wird eine unzureichende Überwachung bemängelt. Zielführender erscheint dies großflächig im Stadtgefüge: „Neue Dynamik bringt jedoch ein aktuelles Verwaltungsgerichtsurteil aus Wiesbaden. In seiner schriftlichen Begründung zu Fahrverboten in Frankfurt am Main schlägt das Gericht einen konsequenten Schritt zur Einhaltung der Luftschadstoffgrenzwerte vor: „Die Reduzierung beziehungsweise Abschaffung kostenlosen Parkraums dürfte zu einer erheblichen Abnahme des innerstädtischen motorisierten Individualverkehrs, insbesondere des Parksuchverkehrs, und somit zu einer signifikanten Minderung der NO²-Belastung führen ...“, heißt es in der schriftlichen Urteilsbegründung.“⁴¹ Nachhaltige Lösungen für Verkehr in Verbindung mit Gesundheit und Umwelt zu finden, entspricht auch dem Paneuropäischen Programm für Verkehr, Gesundheit und Umwelt (THE PEP), das 2018 von der World Health Organisation (WHO) veröffentlicht wurde, verknüpft mit SDG 11 der Vereinten Nationen.⁴²

a) Städtebauliche/verkehrsplanerische Instrumentierung

Für eine nachhaltige inklusive Mobilität im urbanen Raum sind integrierte Verkehrskonzepte bzw. eine Masterplanung zur Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen Stadt- und Verkehrsentwicklung und dem Fokus auf alle Verkehrsteilnehmer gleichermaßen unabdingbar. Mit der Zielsetzung der Stärkung klimafreundlicher Mobilität sind die Netze und Flächen für Fahrradwege und Fahrradschnelltrassen einschließlich Fahrradstraßen (Priorisierung von Fahrrädern) von zentraler Bedeutung. In Verkehrsentwicklungsplänen oder Mobilitätskonzepten sollten durchgängige Wegenetze vorgesehen und Gestaltungsoptionen für Kreuzungsbereiche erarbeitet werden. Zu berücksichtigen, bzw. anzupassen sind die Richtlinie für die Anlage von Stadtstraßen (RASt 06) und DIN-Normen zur Barrierefreiheit, insbesondere DIN 18024-1 für Straßen, Plätze, Wege, öffentliche Verkehrs- und Grünanlagen sowie Spielplätze.⁴³ Ein vielzitiertes Beispiel ist Kopenhagen/Dänemark

⁴¹ Agora Verkehrswende (2019): Parkraummanagement lohnt sich! Leitfaden für Kommunikation und Verwaltungspraxis www.agora-verkehrswende.de: 7 (VG Wiesbaden Urt. v. 5.9.2018 – 4 K 1613/15.WI.).

⁴² Umweltbundesamt (Hrsg. 2019): Mobilität. Umwelt. Gesundheit. Dessau-Roßlau, S. 29

⁴³ AFOOT-Projektteam (Hrsg. 2019). Aktive Mobilität im Alter fördern. Eine Arbeitshilfe für die Zusammenarbeit zwischen der kommunalen Planungs- und Bauverwaltung und dem Öffentlichen Gesundheitsdienst in Klein- und Mittelstädten.

mit gleichberechtigten Spurbreiten für Fahrräder im Straßenraum zu Lasten des Pkw. Als regionales Referenzprojekt kann der durch zahlreiche Städte führende Radschnellweg 1 (RS1) im Ruhrgebiet (ca. 100 km von Hamm nach Duisburg) gelten, dies mit definierten konkreten Qualitätskriterien.⁴⁴

Elektromobilität⁴⁵ als neue Antriebsart begünstigt zum einen neue Verkehrsmittel wie Segways, E-Roller oder Elektroroboter für Paketdienste, erfordert zum anderen Flächen für entsprechende Infrastruktur, insbesondere Ladesäulen bzw. -stationen, die tlw. auch mit anderen Nutzungen (zB Lounge-Modul) verbunden oder in Laterne- mastern integriert werden. Unabhängig von der planungsrechtlichen Zulässigkeit führt dies zu weiteren Flächennutzungskonkurrenzen im öffentlichen Raum. Stadträumliche Veränderungen sind durch Oberleitungen für Busse zu erwarten, die in einigen Städten (zB Braunschweig) erprobt werden.⁴⁶ Eine Neuaufteilung von Verkehrsflächen ist unumgänglich und wird vor allem zu Lasten des fahrenden und ruhenden Automobilverkehrs umzusetzen sein.

Eine konsequentere Umsetzung von Lärmaktionsplanung und Luftreinehalteplanung (entsprechend Bundesimmissionsschutzgesetz) zielt ebenfalls auf einen nachhaltigen urbanen Verkehr, dies in Verknüpfung mit kommunalen Planungsinstrumenten, wie neben der Verkehrsentwicklungs- und Entwurfsplanung für Instandsetzung im Straßenbau, die ÖPNV-Förderung in erster Linie Stadtentwicklungsplanung, Landschafts- und Grünordnungsplanung, Bauleitplanung und Stadterneuerung.

Planerisch kann auch die Festsetzung eines Parkplatzes, ggf. auch eines Parkhauses als Zwischennutzung (gem. § 9 (2) BauGB) eine Option darstellen, um temporär Flächen für den ruhenden Verkehr bereit zu stellen. Auch für neue Formen des Individualverkehrs wie (E-)Lastenfahrräder, Pedelecs, Dreiräder, E-Roller müssen sichere und wohnungsnaher Stellplätze vorgehalten werden. Bei Lösungen für sog. autofreies Wohnen sollten Flächen freigehalten werden, ohne dass man Stellplätze anlegen muss, sie ggf. jedoch bei Bedarf später herstellen kann.

Bremen und Dortmund 2018. Online Zugriff unter <http://www.aequipa.de/publikationen/arbeitshilfen>, Zugriff am 16.8.2019.

⁴⁴ <http://www.rs1.ruhr/radschnellweg-ruhr-rs1/planen.html>. Zugriff am 16.8.2019.

⁴⁵ Andere Antriebsformen wie Wasserstoff und die Brennstoffzelle werden hier nicht betrachtet.

⁴⁶ *Schröter*, Elektromobilität als Herausforderung für die Stadtgestalt. In: STADT und RAUM Messe und Medien GmbH (Hrsg.): Stadt und Raum 4/2017 Winsen, S. 196–200.

b) Straßenverkehrsrecht

Mit Blick auf eine Verbesserung des Rad- und Fußverkehrs im Sinne einer nachhaltigen Straßen- und Verkehrsentwicklung legte das Deutsche Institut für Urbanistik aktuell umfassende und detaillierte Verbesserungsvorschläge vor, mit folgenden Kernpunkten⁴⁷

- Gleichrangigkeit der Ziele im Straßenverkehrsrecht Sicherung und Ordnung mit Gesundheits- und Klimaschutz sowie Aufenthaltsqualität,
- Verkehrsmittelneutrale Straßenverkehrsordnung, die auch die Leichtigkeit und den fließenden Verkehr für Fahrrad- und Fußverkehr umfasst,
- Eine Neustrukturierung der Straßenverkehrsordnung, die verkehrssteuernde Wirkung entfalten kann, ggf. auch die Erarbeitung eines Mobilitätsgesetzes, das dann alle Steuerungsmöglichkeiten für einen umwelt- und menschengerechten Verkehr vereint.⁴⁸

c) Ordnungsrecht

Stellplätze: Im Kontext von Nachverdichtung wird eine Überarbeitung der örtlichen Stellplatz-Verordnungen bzw. Stellplatzsätzen erforderlich. Der verbindliche Nachweis der Erstellung von Stellplätzen für Pkw und Fahrräder bzw. deren finanzielle Ablösung werden im Bauantragsverfahren geprüft, erhöhen aber die Baukosten im Neubau (und belasten potenziell Mieter) bei einem hohen Parkdruck in den Bestandsgebieten, der dann noch verschärft wird. Gleichzeitig werden in neuen Quartieren städtebauliche Planungen oftmals mit innovativen Mobilitätskonzepten verknüpft; zudem erfährt die Bauverwaltung durch Wegfall der Prüfpflicht eine Entlastung.⁴⁹ In vielen Städten werden auf Antrag Parkausweise für eine Sonderparkberechtigung zum Bewohnerparken auf der Grundlage des Straßenverkehrsgesetzes ausgestellt. Dies löst die defizitäre Verfügbarkeit von Parkplatzflächen im öffentlichen Raum nicht, aber erschwert beabsichtigt die Pkw-Nutzung. Für sichere Radstellplatzanlagen (va Elektrokleinstfahrzeuge) in innerstädtischen Gebieten besteht Regelungsbedarf.

Sondernutzungsrechte: Mit Blick auf eine soziale Teilhabe von mobilitätseingeschränkten Personenkreisen ist eine verbesserte Kon-

⁴⁷ Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg. 2018): Grundlegender Änderungsbedarf im Straßen- und Straßenverkehrsrecht. Berlin.

⁴⁸ Ebenda, S. 4.

⁴⁹ Beerens, Stellplatzortsgesetze überdenken – Mobilität in den Quartieren als eigenständiges Politikfeld entwickeln. In: Bundesarchitektenkammer (Hrsg. 2018): DAB Deutsches Architektenblatt 12/18, Berlin 2018, S. 3–4.

trolle von Sondernutzungsrechten (va von Einzelhandel und Außen-gastronomie) insbesondere auf Gehwegen gefordert.

4. Folgerungen

Eine auf Nachhaltigkeit zielende urbane Mobilität ist nur mit integrierten Konzepten und Planungsstrategien zur Siedlungs- und Verkehrsentwicklung zu erreichen. Entscheidende Begründungen liegen in der Verbesserung des Stadtklimas (Luft- und Lärmreduzierung), der Unterstützung einer bewegungsfördernden Mobilität und dem Anspruch aller Verkehrsteilnehmer und Verkehrsteilnehmerinnen auf eine gefähderungsfreie Nutzung des öffentlichen Raums. Bestehende Regelwerke sollten hinsichtlich ihrer Verkehrsmittelneutralität überprüft werden.

Aktueller Regelungsbedarf ergibt sich für erforderliche Infrastruktur, vor allem Ladestationen, für die Fahrzeuge mit Elektroantrieb und Stellplätze. Die digital unterstützten Möglichkeiten individuell zusammengestellter Mobilitätsdienstleistungen eröffnet vielfältige intermodale Nutzungsoptionen, die intelligent zu verknüpfen sind, aber analoge Teilhabechancen nicht einschränken, sondern eröffnen sollten und städtebaulich/stadtgestalterisch zu integrieren sind. Alle planerischen Strategien bedürfen jedoch der ordnungsrechtlichen Unterstützung durch eine Kontrolle, insbesondere des ruhenden Verkehrs und von Sondernutzungsrechten.

II. Wohnen, Lebensqualität: nachhaltige Flächennutzungsorganisation für eine funktionsfähige Stadt und ihre Teilräume

1. Aktuelle Herausforderungen der urbanen Flächennutzungsorganisation

Das aktuelle städtebauliche Leitbild einer nutzungsgemischten Stadt der kurzen Wege entspricht der Abkehr der funktionsräumlichen Trennung, die 1933 mit der Charta von Athen ihren räumlichen Niederschlag der fordistischen Produktionsweise fand und mit der Leipzig Charta für die europäische Stadt (2007) aufgegriffen wurde. Die Körnung von Nutzungen wird inzwischen einerseits seit dem 19. Jahrhundert gröber (zB Industrie- und Verkehrsflächen), andererseits durchdringen sich die Nutzungen (Wohnen und Arbeiten, Einzelhandel und Logistik, Wohnen und Freizeit). Wohnen, Arbeiten und Umwelt-/Freiraumschutz sind urbane Funktionen, deren

Anforderungen an den Raum sich in einer postindustriell geprägten Gesellschaft dynamisch verändern.⁵⁰

Vielfach spielen Lagekriterien eines urbanen Lebens im Wohnumfeld des nachgefragten Wohnraums (nahräumliche Angebote an Nahversorgung, kulturelles Leben, die Erreichbarkeit von sozialer Infrastruktur und ÖPNV) eine wichtige Rolle. Die gründerzeitlichen Quartiere mit ihrer Nutzungsmischung von Gewerbe in den Erdgeschosszonen und Wohnen in den Obergeschossen bei einer hohen städtebaulichen Dichte sind nach wie vor sehr begehrte Wohnlagen, sowohl für junge Menschen in Ausbildung, Studium und Beruf als auch für urban orientierte Haushalte in der Familienphase. Bei einer barrierefreien bzw. barrierearmen Erreichbarkeit der oberen Geschosse sind diese (städte)baulichen Strukturen auch bei älteren Menschen beliebte Wohnstandorte. Gleichzeitig verschärft sich die Notwendigkeit der Bereitstellung von preiswertem Wohnraum in zentralen Lagen in vielen Großstädten und attraktiven Mittelstädten. Flächennutzungskonkurrenzen mit Steuerungsbedarf zeigen sich insbesondere bei

- Wohnen: Starke Nachfrage nach Wohnstandorten und Wohnungen in unterschiedlichen Segmenten in zentralen Lagen, vielfach auch zur Geldanlage. Dazu gehören auch neue Formen des Wohnens (ua temporäres Wohnen als Appartements mit Rund-um-Service, studentisches Wohnen, Mikro-Appartements, „informelle“ Ferienwohnungen); durch diese Bereitstellung von temporärem Wohnraum entziehen private Vermieter Wohnraum für eine kommerzielle Nutzung, häufig zu Lasten von preisgünstigem Wohnraum.
- Arbeiten: Für neue Formen von Produktion und Dienstleistungen (urbane Produktion, Co-Working, Labs), auch bedingt durch Digitalisierung, besteht Nachfrage nach preiswerten, flexibel nutzbaren Flächen und Räumen mit kurzen Nutzungszyklen.
- Einzelhandel/Freizeit: die wachsende Bedeutung des Einkaufens im Internet führt zu neuen Betriebstypen, bei denen Onlinehandel mit stationärem Einzelhandel verknüpft ist; der unbestimmte Rechtsbegriff der Verkaufsfläche muss hier im Einzelfall definiert werden.⁵¹
- Klimawandel und Klimaanpassung: aktuelle Stadtentwicklungsstrategien müssen sich mit den Auswirkungen des Klimawandels in ihren Konzepten auseinandersetzen und sich im Rahmen von

⁵⁰ Leipzig Charter, draft, Version: 3.9.2019.

⁵¹ *Bishopink*, Rechtsfragen zu Onlinehandel und Raumentwicklung. In: Informationskreis für Raumplanung IfR (Hrsg. 2019): RaumPlanung 202/3/4–2019. Dortmund, S. 47–50.

Risikoprävention und Daseinsvorsorge den mittel- und langfristigen Herausforderungen des Klimawandels frühzeitig stellen. Diese betreffen nicht nur die Menschen und ihre Gesundheit, sondern auch die Umwelt, Gebäude- und (Grün-)Infrastrukturen.

Das Leitbild einer funktionsgemischten Stadt umfasst ein städtebauliches Planungserfordernis für bestehende Gebiete mit Nutzungsmischung. Die gesetzlich geforderte Innenentwicklung (gemäß § 1 (5) BauGB) führt zu Strategien der Nachverdichtung und damit verbunden räumlichen und sozialen Integrationsanforderungen der neuen Stadtbausteine. Für solche Gebiete wurde mit der Novellierung der Baunutzungsverordnung 2017 die Gebietskategorie „Urbanes Gebiet (MU)“ (§ 6a BauNVO) eingeführt.

Es wird deutlich, dass Innenentwicklung ein komplexes Thema für die räumliche Planung und Rechtsanwendung ist. Mit dem Mandat für Bodenschutz – Innenentwicklung vor Außenentwicklung – werden vor allem die Handlungsfelder Klimawandel und -anpassung, Freiraum- und Umweltschutz, Naturschutz, Freizeit und Naherholung, Gesundheit, regionale Landwirtschaft und das Landschaftsbild bzw. der Ortsrand adressiert. Mit dem Mandat für eine menschenwürdige Umwelt orientieren sich städtebauliche Qualitäten wie soziale, kulturelle Bedürfnisse, Nahversorgung, Gesundheitsschutz, -vorsorge und Gesundheitsförderung sowie Freizeit, Naherholung, Bewegung und Aneignung, Naturerleben, Kommunikation auf die Anforderungen und Bedürfnisse der Bevölkerung. Es stehen sich unterschiedliche Interessenlagen gegenüber.

Probleme bereitet in der gebauten Stadt in erster Linie der Immissionsschutz, denn die städtebauliche Nutzung ist dort zumeist historisch gewachsen und nicht unter planungsrechtlichen Vorgaben zur Konfliktbewältigung (vor allem das Trennungsgebot für konfligierende Nutzungen, § 50 BImSchG) gestaltet worden; dies zeigt sich auch mit Blick auf urbane Mobilität. Angesichts des Ressourceneinsatzes für Planverfahren agieren Städte und Gemeinden eher zurückhaltend und regeln im „unbeplanten Innenbereich“ die bauliche Nutzung vielfach über § 34 BauGB als Teil des bauordnungsrechtlichen Baugenehmigungsverfahrens.

Insbesondere Lärmbelastungen stellen für die städtebauliche Planung eine große Herausforderung dar, so dass im Regelfall Schallgutachten als Beurteilungsgrundlage erforderlich sind. Dabei gelten unterschiedliche Regelwerke. Grundlegend ist dabei, dass aktiver Schallschutz an der Lärmquelle Vorrang gegenüber passivem Schallschutz an der schutzbedürftigen Nutzung hat. Schallschutzmaßnahmen sind vielfältig, wie Beschränkungen zur Art der Nutzung, freizuhaltende Schutzflächen, technische Schutzmaßnahmen (zB

Lärmschutzwand) oder bauliche Vorkehrungen zur Vermeidung oder zum Schutz vor Lärm (zB Einhausungen, Schallschutzfenster). Während für städtebauliche Planungen die Orientierungswerte der DIN 18005 der Abwägung unterliegen, ist bei Gewerbelärm auf der Grundlage in der Regel nur aktiver Schallschutz zulässig. In Gemengelage, zB Wohnen neben Gewerbe besteht ein gegenseitiges Gebot der Rücksichtnahme auf der Grundlage der konkreten Schutzwürdigkeit des betroffenen Gebiets. Aus gesundheitlicher Sicht ist eine Trennung in unterschiedliche Regelwerke nicht zielführend; eine Gesamtbetrachtung ist erforderlich.

Immissionen führen zu unterschiedlichen Belastungssituationen für die Bevölkerung, mit denen hinsichtlich einer umweltbezogenen Gerechtigkeit umzugehen ist, denn soziale Ungleichheiten und die Verteilung umweltbezogener Belastungen treffen räumlich zusammen. Ein anschauliches Beispiel ist der Atlas zur Umweltgerechtigkeit in Berlin, in dem deutlich wird, wo Menschen mit einem niedrigeren sozio-ökonomischen Status häufiger mehreren Umweltbelastungen ausgesetzt sind als Menschen mit einem höheren Status.⁵² Mit der Integrierten Berliner Umweltgerechtigkeitskonzeption (IBUK) einschließlich eines neu entwickelten Monitorings auf der Grundlage kleinteiliger sogenannter lebensweltlich orientierter Räume werden Kernindikatoren wie Luft-, Lärm-, thermische Belastung und Grünflächenversorgung mit sozialen Problemdichten in den Quartieren überlagert.⁵³

Die unterschiedlichen Lebensbedingungen in den Quartieren tragen zu einer stadträumlichen Segregation bei. „Wer arm ist, lebt häufiger in einer Umwelt, die krank macht.“⁵⁴ dies ist nachgewiesen. Mit der Zielsetzung einer umweltbezogenen Gerechtigkeit werden aktuell Fragen nach sozial und räumlich ungleich verteilten gesundheitsrelevanten Umweltrisiken aufgeworfen und Strategien zur Vermeidung/Verringerung von Umweltbelastungen als auch zur Reduzierung gesundheitlicher Ungleichheiten formuliert, dies auf der Grundlage der Prinzipien von Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit. Folgt man einem umfassenden salutogenetischen Verständnis

⁵² *Klimieczek*, Umweltgerechtigkeit im Land Berlin – Zur methodischen Entwicklung des zweistufigen Berliner Umweltgerechtigkeitsmonitoring. In: Umwelt und Mensch – Informationsdienst 2/2014, S. 16–22.

⁵³ Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz, Berlin (2019): Die umweltgerechte Stadt. Auf dem Weg zu einer sozialräumlichen Umweltpolitik. Berlin (www.berlin.de/senvvk/umwelt/umweltgerechtigkeit/; Zugriff am 15.7.2019).

⁵⁴ *Troge*, Vorwort „Umweltgerechtigkeit – Umwelt, Gesundheit und soziale Lage“, in: Bundesamt für Strahlenschutz (BfS), Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR), Robert Koch-Institut (RKI), Umweltbundesamt (UBA) (2008): UMID-Themenheft: Umweltgerechtigkeit – Umwelt, Gesundheit und soziale Lage. Berlin, S. 3.

von Gesundheit⁵⁵ ist es sinnvoll, die räumlich abgegrenzten Gebietskulissen mit den Settings, die auf sozialen Systemen im Sinne abgrenzbarer Lebenswelten von Menschen basieren, zu verknüpfen. Bei dem Erkennen von Problemlagen, der Entwicklung von Zielen und der Umsetzung von Maßnahmen zur Gesundheitsförderung, ist eine partizipative Einbindung der Menschen vor Ort geboten, um eine Verknüpfung von Teilhabe und Partizipation und die Befähigung der Menschen zur gesundheitsförderlichen Gestaltung ihrer Lebensräume als Empowerment im Sinne der Stärkung von Ressourcen und Kompetenzen herzustellen.⁵⁶

Neben den Immissionskonflikten ist die Sicherung von urbanem Grün ein zentraler Zielkonflikt bei der Innenentwicklung. Grüne Infrastruktur trägt mit ihren Ökosystemdienstleistungen zum ökologischen Gleichgewicht und zum menschlichen Wohlbefinden bei. Urbane Grün- und Freiflächen stehen nicht nur in Flächennutzungskonkurrenz untereinander (Naherholung versus Naturschutz beispielsweise), sondern auch mit urbaner Landwirtschaft und urbanem Gärtnern. Ein guter Zugang zu Grünflächen reduziert beispielsweise Stress, dies gilt auch bei Kindern und Jugendlichen, die körperlich aktiver sind, wenn sie einen guten Zugang zu Grünflächen und Outdoor-Spielmöglichkeiten haben. Durch Freizeitbeschäftigung der Bevölkerung und Eigenanbau auf städtischen Flächen steigert sich die Pflanzenvielfalt in der Stadt, das Verantwortungsgefühl für städtische Flächen und auch das Erscheinungsbild der Stadt. Temporäre Nutzungen angeeigneter Flächen, zB Urban Gardening als wohnungsnaher Freiflächen zum Naturerleben in der Stadt vermitteln Identität und soziale Bindungen und gehen einher mit nachbarschaftlichem Engagement. Dies wird inzwischen stadtentwicklungsplanerisch auch strategisch eingesetzt. Ebenso tragen Gewässer in der Stadt nicht nur zu Wohlbefinden, sondern auch zur Reduzierung städtischer Wärmeinseln in thermisch belasteten Räumen bei. Das ist von besonderer Relevanz für die Bevölkerung mit hoher Empfindlichkeit gegenüber Hitzestress (zB Ältere, Säuglinge und Kleinkinder, Herz-Kreislauf-Patienten). Gewässerachsen bilden oft wichtige städtische radiale Frischluftschneisen, die eine städtische Überwärmung abmildern. Zudem verbessern gewässerbegleitende und in die Stadtquartiere hineinragende Grünflächen zusätzlich die Austausch- und Entlastungseffekte und damit die Konvektionskühlung.⁵⁷

⁵⁵ „Gesundheit steht für ein positives Konzept, das in gleicher Weise die Bedeutung sozialer und individueller Ressourcen für die Gesundheit betont wie die körperlichen Fähigkeiten.“ (Ottawa-Charta, WHO 1986)

⁵⁶ Vgl. Baumgart/Köckler/Ritzinger/Rüdiger aaO, S. 5–19.

⁵⁷ Kistemann, Gesundheitliche Bedeutung blauer Stadtstrukturen. In: Baumgart/Köckler/Ritzinger/Rüdiger aaO, S. 317–331.

Fragen von Nutzungsvielfalt und Lebensqualität, Flächenentwicklung und Neuinanspruchnahme von Flächen in Verbindung mit Formen der industriellen, handwerklichen, aber auch landwirtschaftlichen Produktion stellen sich nicht nur in Großstädten, sondern auch in Mittel- und Kleinstädten, insbesondere in attraktiven Regionen und an Verkehrsachsen, ohne dies hier zu vertiefen.

Eine resiliente Stadt, die sich der Risikovorsorge, insbesondere aufgrund des Klimawandels widmet, muss die Vorhaltung von Überschwemmungsgebieten und Freiflächen als Retentionsflächen planerisch behandeln (Schlagwort: Schwammstadt). Zu differenzieren ist zwischen Flusshochwasser (fachgesetzlich geregelte Überschwemmungsgebiete) und Starkregen, wo Gemeinden Niederschlag-Abfluss-Modellierungen erstellen und Fließwege/Senken von Bebauung freihalten sollten. Hinzu kommt Dürre als neues Thema mit Folgen für Sortenwahl, Unterhaltung öffentlicher Grünflächen und Trinkwasserversorgung.

Es gilt das Prinzip der Vorsorge vor Umweltschäden und Schadensmöglichkeiten, für die noch keine Gefahr, sondern nur ein Gefahrenverdacht oder ein Besorgnispotenzial besteht. Betrachtet werden theoretisch denkbare und nur begrenzt berechenbare wahrscheinliche Schadensmöglichkeiten, dies unter Einbeziehung zeitlich und räumlich entfernter Gefahren (frühzeitige Vorsorge gegenüber zukünftigen, möglicherweise erst spätere Generationen betreffenden Gefahren gemäß Artikel 20a Grundgesetz). Dabei liegt dem Prinzip der Gefahrenabwehr ein pathogenetisches Verständnis von Gesundheit, also die Vermeidung von Krankheiten, zugrunde, basierend auf (oft unzureichenden) gesundheitsschützenden Mindeststandards/Normen. Darüber hinausgehender Gefahrenschutz bis hin zur gesundheitlichen Vorsorge im Rahmen der gerechten Abwägung innerhalb von Planverfahren ist Aufgabe der staatlichen und kommunalen Planung.⁵⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Funktionsfähigkeit urbaner Stadträume ein entscheidender Beitrag zu nachhaltig lebenswerten Stadtzentren und Quartieren für alle Bevölkerungsgruppen und deren sozialer Teilhabe ist. Die Digitalisierung von Stadtpolitik im Sinne (E-Governance) und die Mitwirkung der Zivilgesellschaft an Erkenntnis- und Wissensgewinn (Citizen Science) können dies unterstützen.

2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen

Die mit der Strategie der Innenentwicklung einher gehenden urbanen Flächennutzungskonflikte lassen Forderungen nach einer

⁵⁸ Baumgart/Köckler/Ritzinger/Rüdiger aaO, S. 5–19.

stärkeren Flexibilisierung der rechtlichen Steuerung von Nutzungen laut werden. Denn die Kategorien der Baunutzungsverordnung (BauNVO) entsprechen vielfach nur eingeschränkt aktuellen heterogenen Lebensmustern und ihren räumlichen Ausprägungen, begünstigt auch durch die Digitalisierung. Neue Formen von Nutzungsmischung werden nicht nur horizontal, sondern auch vertikal angestrebt (u. a. in sog. Hybridimmobilien). Somit werden die Kategorien der BauNVO hinsichtlich ihrer Gebietsbeschränkungen und Dichtewerte zurzeit vermehrt diskutiert, ebenso wie Umweltgerechtigkeit und ein klimagerechtes Flächenmanagement.

a) Nutzungsgemischte Siedlungsstrukturen und Immissionsschutz

Die Zielsetzung verdichteter nutzungsgemischter Stadtquartiere und nachhaltiger Lebensräume betrifft den städtebaulichen Bestand mit Blick auf Gesundheit und Lebensqualität. Eine veränderten Verhältnissen und neuen Entwicklungen angepasste Definition von Anlagen und Gewerbe sollte vorgenommen werden, dies zum einen mit Blick auf City-Logistikunternehmen, zum anderen aber auch mit Blick auf urbane Arbeitsstandorte (wie urbane Produktion, Co-Working, Labs) und bestehendes kleinteiliges Gewerbe, das derzeit tendenziell einem hohen Verdrängungsdruck durch Wohnnutzung ausgesetzt ist. Für diese Stadtbausteine werden preiswerte, flexibel nutzbare Flächen und Räume an gut erschlossenen Standorten gesucht. Dies wird hier nicht weiter ausgeführt.

Problematisch sind Lärmemissionen von Einzelhandelsunternehmen in der Nachtzeit und Freizeitlärm aus der Gastronomie und von Kiosken. Auch werfen neue Formen des Einzelhandels zahlreiche Fragen der rechtlichen Steuerung auf. Für eine nachhaltig tragfähige Sicherung und Entwicklung innerstädtischer oder nachbarschaftlicher Zentren ist es entscheidend, wie die hybriden Formen an stadtverträgliche Standorte gelenkt werden können. Auch dies wird hier nur angedeutet.

Über Fragen zur städtebaulichen Ordnung hinausgehend, bleibt es jedoch grundlegend entscheidend, wie planerisch angestrebte Mischnutzungen von Gebäuden/Flächen, sei es zur Sicherung des Einzelhandelsangebots, sei es zur Entwicklung und Ansiedlung neuer innovativer Arbeitsformen ermöglicht werden können. Eine generelle breit angelegte Diskussion über die städtebaulich-planerischen Grundlagen der Nutzungskategorien der BauNVO könnte angesichts der Digitalisierung aller Lebensbereiche, va auch der Wirtschaft, langfristig sinnvoll sein, wenn sie auch dynamischen Ansprüchen der Stadtentwicklung gerecht werden kann. Insbesondere in gemischt genutzten Quartieren spiegeln sich neue heterogene Le-

bensmuster wider, für die planungsrechtlicher Forschungsbedarf in Bezug auf Lärm besteht.

b) Umweltbezogene Gerechtigkeit und Lebensqualität

Gerechtigkeit ist ein derzeit in unterschiedlichen Zusammenhängen viel diskutierter Begriff. Mit Blick auf den Zugang zu raumbezogenen, sozialen und ökonomischen Ressourcen sind hier vor allem die Chancen zur Teilhabe für unterschiedliche, vor allem sozio-ökonomisch benachteiligte Bevölkerungsgruppen und ihre urbane Lebensqualität zu thematisieren. Umweltbezogene Gerechtigkeit umfasst die Teilkonzepte Chancengerechtigkeit, Verfahrensgerechtigkeit, Verteilungsgerechtigkeit und Ergebnisgerechtigkeit.⁵⁹ Denn „Eine wachsende und verdichtete Stadt darf Mensch und Umwelt nicht zusätzlich belasten. Im Gegenteil: Die Belastungen müssen sinken.“⁶⁰ Auf der Grundlage von Daten zu Umwelt, Gesundheit und sozialer Lage ist es Aufgabe der Planung, Benachteiligungen zu vermeiden, zu minimieren bzw. auszugleichen; damit kann Umweltgerechtigkeit auch die Funktion eines Leitbildes erfüllen.

Für mehrfach belastete Stadträume lässt sich ein Planungsermessen herleiten, wenn die Analyse zur Umweltgerechtigkeit konkrete Stadträume identifiziert und für diese konkrete Ziele ebenso wie mögliche Instrumente aufzeigt.⁶¹ Auch wenn eine Überplanung solcher Gebiete in der Regel nur vor dem Hintergrund konkreter Investitionsabsichten oder mit öffentlichen Fördermitteln des Städtebauförderungsprogramms der städtebaulichen Sanierung bzw. des Stadtumbaus erfolgt, ist es wichtig, eine argumentative Grundlage aufzubauen, um mit der Kopplung von Förderprogrammen, auch solcher benachbarter Ressorts, eine nachhaltige Verbesserung in den betroffenen Quartieren zu erreichen.

Inzwischen wurde Umweltgerechtigkeit als expliziter Begriff in die Verwaltungsvereinbarung des Städtebauförderungsprogramms „Soziale Stadt“ aufgenommen und kann damit bei geplanten Maßnahmen vor Ort den Blick auf Mehrfachbelastungen lenken. Adressiert an Bund und Länder sollten die Themen Gesundheit und Umwelt nicht nur in den Programmgrundlagen der Sozialen Stadt verankert, sondern auch in Partnerprogrammen, wie das 2015 vom

⁵⁹ Köckler/Böhme, Umweltgerechtigkeit im städtischen Raum – soziale Lage, Umweltqualität und Gesundheit zusammendenken, in: Baumgart/Köckler/Ritzinger/Rüdiger S. 87–101.

⁶⁰ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU 2015): Neues Zusammenleben in der Stadt. Berlin https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Nationale_Stadtentwicklung/zusammenleben_staedte_bf.pdf, Zugriff am 24.11.2019.

⁶¹ Köck/Fischer aaO, S. 144–165.

Bundestag beschlossene und auf Finanzmittel der Krankenkassen abzielende Präventionsgesetz, aufgenommen werden. Eine Verschränkung dieser Aufgabe mit den Anforderungen aus Klimaschutz und Klimaanpassung bietet sich dabei unmittelbar an, um fehlende verfügbare persönliche Ressourcen der Bevölkerung zu kompensieren. Für das kommunale Handeln bedeutet dies, Daten und Indikatoren der Gesundheits- und Umweltämter bereits in die Organisationsstruktur zur Abgrenzung der Fördergebiete und später in der Evaluierung einzubeziehen. Für das Verwaltungshandeln bedeutet dies, sich mit neuen Kooperationsformen, der Einbeziehung neuer Stakeholder und Umwelt- und gesundheitsbezogener Fachplanungen in städtebauliche Entwicklungskonzepte sowie der Einrichtung eines Monitoring-Systems auseinander zu setzen.

Fraglich ist, inwieweit aus den gesetzlichen Grundlagen für räumliche Planung das Mandat für eine salutogenetische Maßstabsbildung abzuleiten ist. Aus der Kommentierung, insbesondere zu den §§ 34, 43, 136 und 177 BauGB und unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Belangs der gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse kann zunächst nur auf eine pathogenetische, auf konkrete Gefahren gerichtete Sichtweise sowie ein enges Verständnis von Gesundheit geschlossen werden.⁶²

Die räumliche Planungspraxis unterliegt einer anhaltenden Wandlung mit Blick auf die handelnden Akteure, ihre Aufgaben und ihre Rollenverständnisse und den Umgang mit bürgerschaftlichen Initiativen, das Selbstverständnis der Planer und Planerinnen in Verbindung mit ihrer fachlichen interdisziplinären Expertise sowie mit ihrem oftmals pragmatischen Alltagshandeln.⁶³ In Planungsverfahren auf der kommunalen Ebene stellen die Beteiligung von Öffentlichkeit und die Einbeziehung von fachlicher Expertise wichtige Meilen- und schnell auch Stolpersteine dar. Die Heterogenität der gesellschaftlichen Belange und die Wertvorstellungen, die in Planungsver-

⁶² Das städtebauliche Sanierungsrecht (§ 136 Abs. 3 Nr. 1 BauGB) enthält beispielhafte Beurteilungsmaßstäbe für die Auslegung des Begriffs der gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse (Battis et al. 2014: Rn. 52–54). Gesundheitsbeeinträchtigende Aspekte wurden im Rahmen einer Masterarbeit mit der Analyse von 272 bundesweiten Gerichtsurteilen aller Verwaltungsgerichtsbarkeiten zwischen 1969 und 2014 zum BBauGB bzw. BauGB ab 1970 unterzogen und Themen zu identifizieren, die in der Rechtsprechung in diesem Zeitraum mit Blick auf gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse diskutiert wurden (vgl. Hoffmann, S. (2014): Gesundheitsfördernde Stadtentwicklung – der Rechtsbegriff der ‚gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse‘ im Vergleich mit dem Gesundheitsverständnis der Gesundheitswissenschaften. Unveröffentlichte Master-Thesis an der Fakultät Raumplanung, TU Dortmund).

⁶³ Lamker/Levin-Keitel, Planung im Wandel – von Rollenverständnissen und Selbstbildern. In: Raumforschung und Raumordnung 2019, 77(2), Springer Berlin Heidelberg, S. 107–113.

fahren eingebracht werden, zeugen von hoher Diversität und oftmals Komplexität, die dann zu der Frage nach Art und Umfang der Ermittlung dieser Belange mit der Perspektive auf alltagsweltliche Belange führen.⁶⁴ Methoden für neue Formate zur Erhebung von lebensweltlichen Praktiken sind derzeit in der planungspraktischen, aber auch in der planungstheoretischen Diskussion. Hinzu kommen Fragen nach dem Zugang zur Mitwirkung an Planungsverfahren mit Blick auf Verfahrensgerechtigkeit, wenn eine Teilhabe an solchen Prozessen, insbesondere sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen (aufgrund eines geringen Bildungsstatus, eingeschränkter Sprachkompetenz etc.) erschwert ist. Dazu gehören E-Governance, der Umgang mit Open Data, auch in Verbindung mit Citizen Science, sowie eine verbesserte Zugänglichkeit von Datengrundlagen für Planungs- und Beteiligungsprozesse (Xplan), wie es die Baulandkommission 2019 empfiehlt. Verfahrensgerechtigkeit kann somit zu mehr Verteilungsgerechtigkeit beitragen, dies kann aber je nach Akteurs-Perspektive auf die Ergebnisse planerisch-politischer Entscheidungsprozesse unterschiedlich sein.

c) Kompakte Siedlungsstrukturen und strategisches Flächenmanagement

Kompakte Stadt-, Siedlungs- und Bebauungsstrukturen erzeugen nicht nur immissionsschutzrechtliche Problemlagen, sie dienen auch einer Optimierung der Energieeffizienz im verkehrlichen und im baulichen Bereich gegenüber dispersen und flächenhaften Strukturen. Sie haben das Potenzial zur Verkehrsvermeidung und zur Zurückdrängung des Pkw-Verkehrs innerhalb der Innenstädte und Stadtteilzentren. Planungen der kleinräumigen Nachverdichtung in gemischten Quartieren müssen sich mit Argumenten der zunehmenden Dichte, dem Verlust von Grün- und Freiflächen, verbautem Blick, aber auch der Reduzierung von Stellplätzen und Verkehrserzeugung auseinandersetzen. Gleichzeitig erfordern Strategien zur Anpassung an den Klimawandel eine Sicherstellung von Durchlüftung der Stadt und die nächtliche Abkühlung von Hitzeinseln, auch durch Oberflächenwasser. Grün- und Blauräume in der Stadt zu qualifizieren beinhaltet auch eine Inwertsetzung von Grün- und Freiflächen zur Stadtgestaltung und Landschaftserleben.

Bereits 2013 wurden mit dem „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ ua Möglichkeiten zur Überschreitung der Dichteobergrenzen im § 17 BauNVO gelockert (städ-

⁶⁴ *Kühl*, Planen für Praktiken. Alltagsbezüge in planerischen Abwägungen am Beispiel von urbanem Grün. In: ebenda, S. 131–145.

tebauliche Gründe anstelle besonderer städtebaulicher Gründe). Eine Flexibilisierung der Obergrenzen für Dichte ist jedoch kritisch zu sehen, auch wenn dies aktuell von der Baulandkommission und im Referentenentwurf empfohlen wird.⁶⁵ Eine Analyse der Anwendung des § 17 BauNVO in der konkreten Planungspraxis anhand von stichprobenartig ausgewählten 77 Bebauungsplänen von Innenentwicklungsprojekten aus 23 wachsenden Großstädten, die nach der Novelle der BauNVO 2013 aufgestellt wurden, ergab, dass die Dichte-Obergrenzen bei solchen Projekten oftmals überschritten werden, aber bestehende Regelungen seitens der Planungsverwaltung nicht als Hindernis für eine angemessene Dichte, sondern positiv für eine Regulierung zur Freiflächensicherung bewertet wurden.⁶⁶

Innenentwicklung wird mit der aktuellen Flächennutzungsplanung in der Hansestadt Bremen verfolgt, indem Bauflächen mit zu sichernden Grünfunktionen dargestellt werden und damit ein besonderes Prüferfordernis, va durch die Erstellung eines Bebauungsplus Grünordnungsplanes, impliziert wird. So werden potenziell Aspekte von Gesundheit, Umwelt und Klimaanpassung deutlicher in die Abwägung und die Konzeptentwicklung eingebracht. Darüber hinaus ist eine Reduktion des Flächenverbrauchs und Klimaschutz auch durch geänderte Leitvorstellungen und Angebote für das Wohnen zu koppeln, um die seit den 1950er Jahren verdreifachte Wohnfläche pro Kopf zu senken und mit gemeinschaftlichen und Lebensphasen angepassten Wohnformen Suffizienzstrategien zu eröffnen.

Wirtschaftliche und technologische Rahmenbedingungen haben sich, ebenso wie Akteurskonstellationen in den letzten Jahren geändert und determinieren die gesamte urbane Flächennutzungsorganisation, das methodische Handwerkzeug, Prozesse der Plan- und Entscheidungsvorbereitung sowie der Kommunikation vor, innerhalb und im Anschluss an Planungsprozesse. Dies zeigt beispielsweise die Stadt Hagen bei der Neuaufstellung ihres Flächennutzungsplans: „Das Konzept der sequenziellen Realisierung von Planinhalten ermöglicht es, Ungewissheiten über die Entwicklung bzw. Veränderung des zukünftigen Flächenbedarfs und/oder des klimatischen Wandels zu begegnen, indem nicht von einem einzigen wünschenswerten planerischen Endzustand bzw. städtebaulichen und freiraumplanerischen Ziel ausgegangen wird. Es werden vielmehr eine Reihe möglicher variabler Endzustände antizipiert, die

⁶⁵ Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e. V. (Hrsg. 2019): Kommission Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik“ (Baulandkommission) Handlungsempfehlungen. Berlin. Siehe auch Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (Stand: 12.11.2019).

⁶⁶ *Eichholz/Schoppengerd*, Nachverdichtung versus Dichteobergrenzen? In: Raum-Planung 2_2020, Dortmund, S. 16–23.

nach einer herbeigeführten Entscheidung generell noch erreichbar sind.“⁶⁷ Dies geht mit einer Priorisierung bei der Flächenaktivierung einher eröffnet eine größere planerische Flexibilität in Abhängigkeit von klimabedingten Veränderungen und erfordert außerdem eine kontinuierliche Überwachung gemäß § 4c BauGB. Die Anpassung an den Klimawandel kann somit zu einem städtebaulichen Entwicklungsziel auf der Grundlage eines datenbasierten Handlungserfordernisses formuliert werden.⁶⁸

3. Kurzfristig strategische Planungsansätze

Die Bauleitplanung soll gemäß § 1 Abs. 5 BauGB eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung gewährleisten. Demzufolge sind auch Förderkulissen, wie die der Städtebauförderung, auf diese Anforderungen unter Einbeziehung der Daten der Umweltprüfung darauf auszurichten.

a) Städtebauliche planungsrechtliche Instrumentierung

Unstrittig ist die planungsrechtliche Vorgabe von Innenentwicklung vor Außenentwicklung. Es gilt, die doppelte bzw. dreifache Innenentwicklung, die über eine qualitätsvolle bauliche Nachverdichtung und Aufwertung von differenzierten Formen urbanen Grüns auch Mobilitätskonzepte umfasst, mit einer angemessenen städtebaulichen Dichte im Kontext von Maßnahmen zur Klimaanpassung und Gesundheitsförderung zu stärken. Die Aufstellung von informellen Masterplänen zur klimagerechten Stadtentwicklung ist dafür ein adäquates Instrument.

Informelle Konzepte sind generell geeignet, aktuelle Themen strategisch in die kommunalpolitische Diskussion einzubringen. Die Erstellung sektoraler Konzepte – als wünschenswerte Pflichtaufgabe – bietet dafür Datengrundlagen und Begründungszusammenhänge für politische Entscheidungsprozesse. Analog zu bestehenden Konzepten für Wohnen sind diese auch für Wirtschaftsverkehr, Logistik, Handwerk und Produktion sinnvoll; ebenso sind Milieuschutzsatzungen gemäß § 172 BauGB auch zur Sicherung von Produktionsstandorten zu prüfen. In Einzelhandels- und Zentrenkonzepten gilt es, Onlinehandel bei der Ermittlung von Kaufkraft und Flächenproduktivität zu berücksichtigen.

Flexiblere Planzeichen mit einer dynamischen Erweiterung der Flächenkategorien im Flächennutzungsplan (§ 5 BauGB) sind heute

⁶⁷ Othmer/Becker/Greiving, Strategie zum klimagerechten Flächenmanagement. In: Informationskreis für Raumplanung (Hrsg. 2019): RaumPlanung 201/2–2019, Dortmund, S. 29.

⁶⁸ Ebenda, S. 32–33.

schon möglich; sie sollten motiviert und erprobt werden. Bei der Weiterentwicklung des Festsetzungskatalogs (§ 9 BauGB) sollte eine neue Kategorie „produzierender Gewerbebezweig“⁶⁹ geprüft werden, um mit dem Instrument des Planungsrechts gegen Verdrängung beizutragen und eine digital basierte urbane Produktion, zB auch die Entwicklung von Handwerkerhöfen/Produktionszentren zu ermöglichen. Zur Diskussion steht, inwieweit sog. „Optionsräume“ als eine Kategorie zur Flexibilisierung eingeführt werden, wie diese einer planungs- und bauordnungsrechtlichen Überprüfung zugänglich sein können und in der Abwägung behandelt werden sollen. Auch die Festsetzung von Zwischennutzungen als Baurecht auf Zeit (gemäß § 9 Abs. 2 BauGB) kann zu flexibler Flächennutzung beitragen.

Die mit der Novellierung 2004 in das BauGB aufgenommene Revisionsklausel ist inzwischen wieder entfallen. Der Grundgedanke einer Überwachung im Sinne eines Monitorings der Siedlungs-/Verkehrsflächeninanspruchnahme sollte wieder aufgegriffen werden. Einheitliche Datenstandards der Raumbenutzung auf kommunaler und auch regionaler Ebene wie beispielsweise das Flächenmonitoringsystem RuhrFIS des Regionalverbands Ruhr qualifizieren und stärken diese Aufgabe, die mit Blick auf erhebliche Umweltauswirkungen durch Bauleitpläne (§ 4c BauGB) sichergestellt und systematisiert werden sollte. Auch eine Experimentierklausel zur Lösung von Nutzungskonflikten beim Lärmschutz zwischen Gewerbebetrieben und heranrückender Wohnbebauung kann einen wichtigen Beitrag zur Innenentwicklung an der Schnittstelle zwischen Baugesetz und Immissionsschutzrecht leisten.⁷⁰

Im Besonderen Städtebaurecht erscheint eine Zusammenführung von Stadtumbau und Sozialer Stadt (§ 171 BauGB) in Verbindung mit einem einfachen Verfahren als neuer Gebietstypus sinnvoll, auch im Hinblick auf das Planungsermessen, ua in Gebieten mit Mehrfachbelastungen. Darüber hinaus sollten für die nachfolgende Evaluierung einheitliche Evaluierungskriterien (Bund/Länder) herangezogen werden. Die für kleine Maßnahmen einsetzbaren Verfügungsfonds können für die Gestaltung des öffentlichen Raums gestärkt werden. Für die in diesen Gebieten oftmals bestehenden gewerblichen Leerstände sind innovative Regelungen zur Finanzierung, für den Umgang mit Eigentumsrechten und Genehmigungserfordernissen sowie für den Übergang zu nachfolgenden Nutzungen gefragt.

⁶⁹ Institut für Arbeit und Technik (2017): Produktion zurück ins Quartier? Neue Arbeitsorte in der gemischten Stadt. Gelsenkirchen, Dortmund.

⁷⁰ Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e. V. (Hrsg. 2019): aaO.

Im Hinblick auf eine Qualifizierung von Planverfahren und die Beteiligung der Öffentlichkeit sollten lebensweltliche Ansätze bei Quartiersentwicklung gestärkt werden, indem der Setting-Ansatz, abgeleitet aus Public Health) zu raumbezogenen Kriterien bei der Abgrenzung von Gebietskulissen berücksichtigt wird. Organisatorisch könnte dies ggf. im Format einer sog. Bürgerschaftlichen Stellungnahme⁷¹ erfolgen, die im Rahmen des Beteiligungsverfahrens gemäß § 3 BauGB verfasst wird.

b) Baunutzungsverordnung

Es wird deutlich, dass die Anwendung des „Urbanen Gebiets (MU)“ (§ 6a BauNVO) weiterer Datengrundlagen und strategischer Überlegungen bedarf. Die damit angestrebten zukunftsorientierten Lebensformen sollten hinsichtlich planerischer Leitvorstellungen konturiert und im Sinne eines Leitfadens expliziert werden. Dies könnten quantitative und qualitative Orientierungswerte für die Grünausstattung, in Verbindung mit der Strategischen Umweltprüfung ebenso sein wie eine sorgfältige Prüfung bei der Umwandlung von Gewerbe- in Wohnfläche. Denkbar sind auch weitere untergesetzliche Regelungen in Form einer Verordnung für die Umsetzung der neuen Gebietskategorie oder informelle Arbeitshilfen etc. mit Datenstandards als Voraussetzung zur Beantragung von Städtebauförderungsmitteln.

Die Standortbedingungen von urbaner Produktion und Dienstleistungen sind eine wesentliche Basis für die Funktionsfähigkeit und damit die Nachhaltigkeit der Stadt. Eine gesamtstädtische Strategie zur Unterstützung von urbaner Produktion und eine Weiterentwicklung der Gebietskategorien der BauNVO sollen auf den Erhalt von Produktionsbetrieben im Quartier, also in gemischten Stadtstrukturen, abzielen. Mit dieser Zielsetzung könnte eine Nutzung des Vorkaufsrechts bei bestimmten Gewerbeimmobilien bzw. -brachen sinnvoll sein, so dass die Mietpreisgestaltung auf ein von produzierenden Unternehmen leistbares Maß ausgerichtet sein kann bzw. zB durch städtebauliche Verträge sichergestellt werden könnte.⁷²

Angesichts verschiedener Erscheinungsformen des Onlinehandels wie Pick-up-Stationen, Showrooms oder Lagerverkäufen von Onlinehändlern ist zu prüfen, ob bei der Interpretation des unbestimm-

⁷¹ Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS); Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR 2012): Wettbewerb für junge Planer. Berlin, S. 6 ff.

⁷² Institut für Arbeit und Technik (2017), aaO, S. 161.

ten Rechtsbegriffs der Verkaufsfläche eine Weiterentwicklung notwendig ist. Neue Bewertungskriterien und -maßstäbe und neue Typen von Zentren sollten mit der Zielsetzung einer wohnungsnahen Versorgung gesichert werden. Für gutachterliche Bewertungen werden die Kaufkraftrelevanten Auswirkungen prognostisch einzubeziehen und städtebaulich zu bewerten sein. Derzeit ist noch offen, ob entsprechende Regelungen (analog zu § 11 Abs. 3 BauNVO als eine typisierte Nutzungsart) im Bauleitplanverfahren über bestehende Regelungen zur Feinsteuerung städtebaulich zu begründen sind.⁷³ Hierbei steht zur Überlegung, ob durch die jeweilige Anlage eine Förderung des Verkaufsvorgangs stattfindet und raumordnerisch bzw. städtebaulich unerwünschte Folgewirkungen zu erwarten sind.

c) Immissionsschutzrecht

Die unterschiedlichen Regelungskonzepte und Begrenzungswerte mit ihrer unterschiedlichen Verbindlichkeit im Lärmschutzrechts sollten einer dezidierten Überprüfung, auch hinsichtlich aktueller Erkenntnisse der Lärmwirkungsforschung unterzogen werden, um mehr Anwendungs- und Planungssicherheit zu erreichen.

d) Ordnungsrecht

Die Genehmigung von Zwischennutzungen hat sich inzwischen etabliert; ebenso gibt es Erfahrungen über ihren strategisch planerischen Einsatz. Auf der Grundlage von Leerstandskatastern für Wohn- und Gewerbeimmobilien können sie noch stärker zum Einsatz kommen.

4. Folgerungen

Die europäische Stadt mit ihrem Zentrum und den gemischt genutzten Quartieren wird auch weiterhin das Leitbild für die Stadtentwicklung sein, ist aber einem hohen Entwicklungsdruck von vielfältigen Akteurskonstellationen ausgesetzt. Insbesondere die Digitalisierung und ihre virtuellen Formen von Kommunikation, Arbeiten, Alltagsorganisation motivieren eine zeitlich und räumlich unabhängige Nutzung von Flächen und Gebäuden. Dynamisch sich ändernde Standortanforderungen treffen auf gebaute Stadtstrukturen und eine heterogene Bevölkerung, die sich nur begrenzt städtebaulichen Änderungen in ihrer Umgebung öffnet.

Hier gilt es zum einen den institutionellen Handlungsrahmen für Standortentscheidungen zu flexibilisieren, ohne Qualitätsansprüche

⁷³ *Bishopink*, Rechtsfragen zu Onlinehandel und Raumentwicklung. In: Informationskreis für Raumplanung IfR (Hrsg. 2019), aaO, S. 47–50.

für die gesamtstädtische Entwicklung aus den Augen zu verlieren oder zu reduzieren. Zum anderen sind Datengrundlagen methodisch transparent zu erfassen und zu kommunizieren, um damit rechtssicherere Begründungen für städtebauliche Entscheidungen zu qualifizieren. Weiterhin besteht Anpassungsbedarf von technischen Regelwerken. Handlungsbedarf besteht in Bezug auf die Operationalisierung von neuen Vorgaben für das Verwaltungshandeln und die weitere Umsetzung. Grundsätzlich positiv ist der Vorschlag der Baulandkommission zur Umweltdatenbank zur Bereitstellung von Umweltberichten zu bewerten. Auf dieser Grundlage können ua Standards für die Ausgestaltung der allgemeinverständlichen zusammenfassenden Erklärung der Umweltprüfung entwickelt werden, um zu einer Erhöhung von Verfahrensgerechtigkeit beizutragen.

III. Flächeninanspruchnahme, Umweltschutz: Innenentwicklung und Baulandmobilisierung

1. Bauland – eine umkämpfte Ressource

Die Siedlungs- und Verkehrsfläche hat sich von 40.305 km² (1992, 81 Mio Einwohner) auf 50.799 km² (2016, 82,5 Mio Einwohner) erhöht.⁷⁴ Knapp die Hälfte dieser Flächen ist versiegelt.⁷⁵ Die derzeitige Flächeninanspruchnahme liegt bei einem Zuwachs von durchschnittlich ca. 100 ha (mehr als 1 km²) pro Tag; die Siedlungsfläche wächst um 31,8%, die Verkehrsfläche um 9,8%, zu Lasten der landwirtschaftlich genutzten Fläche.⁷⁶ Auf dem Weg zu einer Flächenkreislaufwirtschaft wurde das seit 2002 angestrebte Ziel von 30 ha (2020) bereits auf 30 ha minus X (2030) verschoben.

Nicht nur mit Blick auf eine regional orientierte Landwirtschaft und eine Nahversorgung mit Lebensmitteln sind diese Inanspruchnahme und die Preissteigerungen ein Problem, sondern ebenso in Bezug auf Ökosystemdienstleistungen, auch für das menschliche Wohlbefinden, die vom Boden erbracht werden. Dazu gehören Versorgungsleistungen durch landwirtschaftliche Produkte, Holz, Wasser oder andere Ressourcen, Regulierungsleistungen durch die Speicherung von organischem Kohlenstoff zum Klimaschutz, kulturelle Leistungen (Tourismus, Naturerbe etc.) und Basisleistungen (oder auch unterstützende Leistungen) als Prozesse innerhalb der Natur

⁷⁴ Bundesstiftung Baukultur (Hrsg. 2018): Besser Bauen in der Mitte. Potsdam, S. 20.

⁷⁵ Ebenda, S. 20.

⁷⁶ <https://www.umweltbundesamt.de/daten/flaeche-boden-land-oekosysteme/flaechen/siedlungs-verkehrsflaeche#textpart-1>, Zugriff am 28.11.2019.

(wie Photosynthese).⁷⁷ Boden erfüllt neben den natürlichen Funktionen und Lebensgrundlagen für Menschen, Tiere und Pflanzen die Funktion für unterschiedliche freiräumliche und gebaute Nutzungen.

Die Baulandpreise sind in allen siedlungsstrukturellen Kreistypen, städtisch wie auch ländlich, in den letzten Jahren deutlich gestiegen, am stärksten in den kreisfreien Großstädten⁷⁸ „Die tiefsten Preise gelten in den ostdeutschen Ländern. In den letzten fünf Jahren stiegen die Baulandpreise um jährlich etwa 5 Prozent.“⁷⁹ Gleiches gilt für die Mietentwicklung.⁸⁰ Die Ausgangslage – unvermehrbarer Grund und Boden, hohe Baulandnachfrage, massiven Flächennutzungskonkurrenzen – ist jedoch regional zu differenzieren. Die Nachfrage nach Flächen konzentriert sich vor allem auf die Zuwandererstädte; dies sind nicht nur die Großstädte, sondern auch die Mittelstädte außerhalb der Metropolräume (bis zu 80%).⁸¹ Die Flächeninanspruchnahme für Siedlungszwecke ist bei der Neubautätigkeit vor allem in schrumpfenden Regionen aufgrund geringerer Dichten (Einfamilienhausgebiete) nicht nur ökologisch, sondern auch ökonomisch aufgrund der erforderlichen Infrastruktur problematisch, wenn auch hinsichtlich der Abhängigkeit der Kommunen von Einkommens- und Gewerbesteuer nachvollziehbar.

Die Hemmnisse der Innenentwicklung sind vielfach beschrieben. Neben geringen Renditeerwartungen am Kapitalmarkt und einer mangelnden Mitwirkungsbereitschaft der Grundeigentümer, auch angesichts unklarer Kosten und wirtschaftlicher Risiken, treffen solche Strategien auf eine fehlende Akzeptanz bei Anwohnern und Politik.

Es gibt zahlreiche Ansätze zum Umgang mit der knappen Verfügbarkeit von Boden für Wohnnutzung, insbesondere für bezahlbaren Wohnraum; inzwischen werden Forderungen nach Boden als Gemeingut laut. Im Fokus steht Artikel 14 Absatz 2 des Grundgesetzes und das Verhältnis von Privatnützigkeit und Sozialpflichtigkeit.⁸²

⁷⁷ Kommission Bodenschutz beim Umweltbundesamt (KBU) (Hrsg. 2019): Das Konzept der Ökosystemleistungen – ein Gewinn für den Bodenschutz. Dessau-Roßlau.

⁷⁸ Berechnungen des BBSR, Datengrundlage des Arbeitskreises der Gutachterausschüsse und Oberen Gutachterausschüsse in Deutschland (AK OGA) für den Immobilienmarktbericht Deutschland 2017. In: Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, 2.7.2019, Berlin.

⁷⁹ <https://heimat.bund.de/atlas/baulandpreise/>, Zugriff am 29.11.2019.

⁸⁰ <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Service/Medien/2019/wohnungsmieten-2019.html>, Zugriff am 28.11.2019.

⁸¹ Bundesstiftung Baukultur, aaO S. 22.

⁸² Ua prägnant formuliert in: Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung e. V. (DASL): Den Boden der Europäischen Stadt. <https://dasl.de/wp-content/uploads/2019/03/190305-Debattenpapier.pdf>, Zugriff am 29.11.2019.

2. Strategisch mittel-/langfristige Planungsanforderungen

Die Flächeninanspruchnahme soll bilanziell bis 2030 auf einen „Netto-Null-Verbrauch“ reduziert werden, 2016 empfohlen vom Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU). Die Europäische Kommission formuliert für 2050 das Ziel, „netto“ keine Flächen mehr in Anspruch zu nehmen, das in Deutschland laut Beschluss des Bundesrats 2011 bereits 2025, spätestens jedoch 2030 erreicht werden soll.⁸³

Innenentwicklung gegenüber Außenentwicklung muss als Maßgabe für eine nachhaltige Stadt weiterhin erhalten bleiben und somit eine Baulandmobilisierung im Rahmen der Flächenkreislaufwirtschaft erfolgen. Kerngedanke ist eine Trennung von Gebäude und Grundstück, um eine Stärkung des Gemeinwohls in Verbindung mit Bodennutzung zu erreichen. Steuerliche und städtebauliche Instrumente wie die Einrichtung eines kommunalen Bodenfonds, befristete Verfügungsrechte wie Erbbaurecht, ein auf einen sozialverträglichen, residual ermittelten Zielwert basierenden Vorkaufsrechts und ein Planungswertausgleich stehen richtigerweise im Fokus. Insbesondere der teilweise Planungswertausgleich wird in manchen Städten mit hoher Nachfrage nach Bauland, vor allem München, seit langem praktiziert. Währenddessen wird das Baugebot als Instrument des Baugesetzbuches (§ 176 BauGB) kaum angewendet, obwohl das Erfordernis eines dringenden Wohnbedarfs der Bevölkerung in § 175 Abs. 2 BauGB als städtebauliche Begründung explizit genannt wird.⁸⁴ Die Novellierung des Baugesetzbuches § 176a: „Städtebauliches Entwicklungskonzept zur Stärkung der Innenentwicklung“ geht in die richtige Richtung.⁸⁵

Dies zielt in die Richtung einer Stärkung der öffentlichen Hand gegenüber privaten Investoren. Für eine nachhaltige städtebauliche Qualitätssicherung und -umsetzung sollte das informelle Planungsinstrumentarium (Stadt(teil) entwicklungskonzepte, Handlungsprogramm) zur Begleitung formeller Planungssicherheit gestärkt werden. Effiziente Planverfahren können so durch stringent geführte Aushandlungsprozesse, zB bei Vorhabenbezogenen Bebauungsplänen mit Durchführungsverträgen bei weitgehender Transparenz für

⁸³ Vgl. Akademie für Raumforschung und Landesplanung (2018): ARL-Positionspapier 111 Begrenzung der Flächenneuanspruchnahme in Bayern. Positionspapier aus der Landesarbeitsgemeinschaft Bayern der ARL. Hannover, URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0156-01116>, S. 5.

⁸⁴ Ebenda, S. 6 unter Verweis auf *Jarass/Kment*, Baugesetzbuch. München 2017, S. 697f.

⁸⁵ Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat 2019, aaO.

die Öffentlichkeit durchgeführt werden. Der Plan- und Genehmigungsvollzug sollte regelmäßig evaluiert werden.

Angesichts eines angestrebten Neubauziels von 1,5 Millionen neuen Wohnungen hat die Kommission Nachhaltiges Bauen (KNB) am Umweltbundesamt 2019 Empfehlungen für einen zukunftsfähigen Wohnungsbau (Material, Grundriss-, architektonische und städtebauliche Gestaltung, nachhaltige Bewirtschaftung) und Qualitätsanforderung für energieeffiziente und erneuerbare Gebäude im kompakten städtebaulichen Bestand auch für ländliche Regionen einschließlich gemischt genutzter Strukturen und Qualitäten in der Gestaltung öffentlicher Räume benannt.⁸⁶

Angesichts der regionalen Disparitäten in Deutschland (Stichwort: abgehängte Regionen) sollen in den peripheren und strukturschwächeren Regionen Klein- und Mittelstädte regionale Funktionen als Anker in der Region übernehmen. Damit ist auch überörtlicher Handlungsbedarf adressiert.

3. Kurzfristige strategische Planungsansätze

Die im Juli 2019 vorgelegten Handlungsempfehlungen zur Verbesserung rechtlicher Rahmenbedingungen, den Instrumenten einer aktiven Baulandbereitstellung sowie Reformüberlegungen zur Bodenpolitik für eine „Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik“ (Baulandkommission) beziehen sich überwiegend auf

- bodenpolitische Strategien der Kommunen für Baulandaktivierung in Verbindung mit dem Einsatz städtebaulicher Instrumente,
- auf kooperative Verfahren und mit Kostenbeteiligung privater Investoren,
- den konsequenteren Einsatz städtebaulicher Instrumente wie Baugebote und Vorkaufsrecht (insbesondere für Schrottimmobilien) und
- eine Vereinfachung und Beschleunigung des Planens und Bauens sowie
- Förderpolitiken des Bundes und der Länder zur Brachflächenaktivierung und
- insgesamt eine stärkere Orientierung auf die Innenentwicklung.⁸⁷

a) Städtebauliche Instrumentierung

Die Wiedernutzung von bereits bebauten Flächen ist seit vielen Jahren ein erprobtes Vorgehen; die Hemmnisse, Potenziale und Stra-

⁸⁶ Kommission Nachhaltiges Bauen am Umweltbundesamt (KNBau) (Hrsg. 2019): Was tun – im Wohnungsbau? Handlungsempfehlungen für den nachhaltigen Wohnungs- und Städtebau. Dessau-Roßlau.

⁸⁷ Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e. V. (Hrsg. 2019): aaO.

tegien im Rahmen der Stadtentwicklung sind bekannt.⁸⁸ In der Roadmap Bodenpolitik wurde bereits 2017 gefordert:

- Verantwortungsvoller Umgang mit öffentlichem Boden – aktive Liegenschaftspolitik ermöglichen (gemeinwohlorientierte Vergabe von Grundstücken der öffentlichen Hand, Einrichtung von Boden und Infrastrukturfonds, Vorfahrt für gezielte Bodenbevorratung, Zwischenerwerb: kommunales Bodeneigentum als Schlüssel für eine gezielte Steuerung der Bodennutzung)
- Handlungsfähigkeit der Kommunen stärken – planungsrechtliche Instrumente schärfen (Weiterentwicklung des kommunalen Vorkaufsrechts, Stärkung der Gemeinwohlziele bei der Wohnungsbautätigkeit im Innenbereich auf der Grundlage von § 34 BauGB, zeitnahe Einführung der Innenentwicklungsmaßnahme)
- Steuerung der Bodenentwicklung zurückgewinnen – Bodenentwicklung besser (be)steuern (Einführung einer Bodenwertsteuer, bundesweite Absenkung des Grunderwerbsteuersatzes auf 3,5 %, Stärkung interkommunaler Zusammenarbeit durch Schärfung der Instrumente der Landes- und Regionalplanung)⁸⁹

„Gleichzeitig sind das Zusammenspiel von Öffentlich und Privat sowie der Mehrebenencharakter von Politik und Verwaltung zu berücksichtigen, um ein effizientes Miteinander zu ermöglichen. Schließlich ist auch eine integrierte und nachhaltige Perspektive gefordert, die den Wechselwirkungen zwischen Wohnungspolitik und Stadtentwicklung, Sozialpolitik, Mobilitätsplanung und Umweltpolitik Rechnung trägt.“⁹⁰

Aus Sicht einer nachhaltigen Innenentwicklung sind einige Empfehlungen der Baulandkommission kritisch zu bewerten, wie eine Flexibilisierung von § 17 BauNVO (Maß der baulichen Nutzung als Orientierungswerte); hier besteht die Gefahr zu hoher städtebaulicher Dichten. Auch die Einführung einer neuen Baugebietskategorie „Dörfliches Wohngebiet“ lässt eine zu große Flächeninanspruchnahme mit geringen baulichen Dichten erwarten anstelle einer Ermutigung angemessener kompakter Bebauung in ländlichen Strukturen.

Die empfohlene Stärkung städtebaulicher Verträge ist zu begrüßen, da sie Aushandlungsprozesse zwischen Gemeinde und Investor

⁸⁸ Ua Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) Forschung für die Reduzierung der Flächeninanspruchnahme und ein nachhaltiges Flächenmanagement (REFINA), Laufzeit 2007–2012 <https://refina-info.de>, Zugriff am 29.11.2019.

⁸⁹ Aring/Coulmas/Rohland, Heute, morgen, übermorgen – Boden- und Wohnungspolitik im Aufbruch! In: vhw – Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V. (Hrsg. 2018): Forum Wohnen und Stadtentwicklung. Schwerpunkt Gemeinwohlorientierung in der Bodenpolitik. Heft 3/2018, Berlin, S. 117.

⁹⁰ Ebenda, S. 117.

eröffnen. Mit Blick auf die Akzeptanz der Bevölkerung sollten zumindest die Regelungsbereiche einer Öffentlichkeitsbeteiligung zugänglich gemacht werden. Die Prüfung eines neuen Instruments zur Aktivierung dispers verteilter innerstädtischer Flächenpotenziale ist grundsätzlich zu befürworten und somit die Einführung eines Innenentwicklungsmaßnahmegebiets (IEM) weiter zu verfolgen.

Der Flächennutzungsplan gilt als gesamtstädtisches Steuerungsinstrument der räumlichen Entwicklung. In diesem Kontext ist die Verlängerung des § 13b BauGB als Empfehlung der Baulandkommission kontraproduktiv. Die Wiedereinführung der Revisionsklausel hätte das Potenzial einer verbesserten Kontrolle der Flächeninanspruchnahme für Siedlungszwecke und die Rücknahme von Bauland motivieren, allerdings aufgrund ihres flächendeckenden Charakters mit sehr hohem Ressourceneinsatz. Durch eine bessere Nutzung der Strategischen Umweltprüfung als strategisches Instrument könnten dennoch die Datengrundlagen für eine vorausschauende Bodenpolitik qualifiziert werden. Auf der Grundlage einer politischen Beschlussfassung könnte dieser Aufwand angesichts der Verfügbarkeit fortgeschrittener Geoinformations-Systeme überschaubar sein, indem für städtische Teilräume als „Hot Spots“ der Planung ein Flächenmonitoring auf der Grundlage einheitlicher Standards, einschließlich der Infrastrukturfolgekosten und eines qualifizierten Innenentwicklungsmanagements, vorgenommen wird.

Auf dieser Basis sollte der Nachweis unzureichender Möglichkeiten der Innenentwicklung vor der Regionalplanung geführt werden müssen, bevor eine Neuausweisung von Bau- und Verkehrsflächen erfolgen kann.⁹¹ Zukunftsweisend ist auch hier das *ruhr*FIS des Regionalverbands Ruhr.⁹²

Um einerseits die Akzeptanz und damit den Vollzug der formellen Planung zu stärken, andererseits aber die strategischen Leitlinien der Stadtpolitik transparent als Bezugsrahmen zu vermitteln, wird erneut auf die Eignung vorlaufender bzw. begleitender informeller Konzepte der Stadtentwicklung für die Siedlungs- und Verkehrsentwicklung verwiesen. Die Grundlage der politischen Beschlussfassung für stadtentwicklungsplanerische Zielsetzungen und eine abgestimmte Baulandentwicklung auf lokaler Ebene unterstützt eine systematische Bodenvorratspolitik und die Vergabepaxis von Grundstücken auf lokaler Ebene für bezahlbaren Wohnraum, vor allem wenn daran Akteure aus der Wohnungswirtschaft beteiligt werden.

⁹¹ Dazu auch ARL-Positionspapier 111, aaO.

⁹² <https://www.rvr.ruhr/themen/regionalplanung-regionalentwicklung/ruhrfis-flaecheninformationssystem/>, Zugriff am 1.12.2019.

Diese Strategie sollte regional begleitet und instrumentell unterstützt werden. Eine interkommunale Abstimmung über gemeinsame Flächenvergabe kann sowohl in Agglomerationsräumen zu einer Reduzierung der Flächeninanspruchnahme beitragen, als auch in Klein- und Mittelstädten. Viele Regelungsmodelle liegen vor (zB Belegungsrechte auf Wohn- oder Gewerbeflächen gegen Zuschüsse zu Grunderwerb, Flächenentwicklung, Infrastruktur, ggf. sozialem Wohnungsbau, interkommunale Wohn- und Gewerbegebiete, Einrichtung eines Boden- und Infrastrukturfonds).

Die Raumordnung hat grundsätzlich die Kompetenz der Festlegung von Flächensparzielen für die Gemeinden. Für Bayern wird beispielsweise eine neue Kategorie „Landschaftliches Vorranggebiet zum Grundwasser-, Boden- und Biotopschutz/-verbund“ als proaktives raumordnerisches Ziel vorgeschlagen.⁹³

Für den unbeplanten Innenbereich wird von der Baulandkommission eine Ergänzung des § 9 Abs. 2d BauGB angeregt, befristet bis 31.12.2024 für sog. sektorale Bebauungspläne mit thematischen Festsetzungen für den Wohnungsbau. Kritisch zu sehen ist die ausschließlich private Ausschöpfung der Wertsteigerung aufgrund bestehender Baurechte in Baulücken, obwohl auch solche Vorhaben oftmals einen zusätzlichen Bedarf an Infrastruktur auslösen können.⁹⁴ Inzwischen werden in den meisten Städten Baulücken für eine Aktivierung je nach Eignung erfasst, so beispielweise in Tübingen in Form einer internetbasierten Baulückenbörse auf der städtischen Homepage und direkter Ansprache der Grundstückseigentümer. Eine Neuordnung in Bestandsquartieren mit Hilfe von Entwicklungsplänen, moderierten und initiierten Abstimmungsprozessen bei einer Grundstücksneuordnung (angepasste Grundstückszuschnitte) und einer Anpassung des Planungsrechts sowie ergänzende Entwicklungsmöglichkeiten auf bestehenden Grundstücken von Wohnungsbaugesellschaften werden mit ihren Vorteilen, Beurteilungskriterien und guten städtebaulichen Beispielen kommuniziert. Damit wird auf individuelle Ansprache mit motivierender Wirkung anstelle städtebaulicher Gebote gesetzt.⁹⁵

Disparitäten in Mobilität und verkehrlicher Erreichbarkeit und bei der Lebensqualität der Menschen verweisen mit Blick auf die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse gemäß Artikel 72 Grundge-

⁹³ ARL-Positionspapier 111 aaO.

⁹⁴ *Reiß-Schmidt*, Wachsende Stadt, entfesselter Bodenmarkt – wo bleibt der soziale Frieden? In: vhw – Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V. (Hrsg. 2018), aaO, S. 120.

⁹⁵ Universitätsstadt Tübingen (Hrsg. 2012): Innenentwicklung in Tübingen. Tübingen. https://www.tuebingen.de/Dateien/broschuere_innenentwicklung.pdf, Zugriff am 2.12.2019.

setz auf einen Handlungsauftrag an die Raumentwicklung (§ 2 Raumordnungsgesetz). Der Beirat für Raumentwicklung plädiert für eine Verankerung gleichwertiger Lebensverhältnisse als explizites Staatsziel im Grundgesetz und eine Ankerfunktion von Klein- und Mittelstädten vor allem in den ländlichen Räumen zur Stabilisierung der Versorgungsleistungen (Bauland, Infrastruktur). Die parallel zur Leipzig Charta erfolgende Fortschreibung der Territorialen Agenda 2020, die eine Leitlinie für die überörtliche Ebene die Förderung einer polyzentrischen und ausgewogenen Raumstruktur verfolgt, verweist in diese Richtung. Um den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu stärken und regionalen Unterschiede abzubauen, kann auch eine Gesetzesfolgenprüfung im Sinne eines Gleichwertigkeitschecks hilfreich sein; die Indikatoren und Maßstäbe dafür müssen entwickelt werden.

b) Ordnungsrecht

Im Rahmen eines strukturierten Innenentwicklungsmanagements lässt sich eine bessere Ausnutzung des städtebaulichen Bestands auch durch Dachausbauten /-aufstockungen erreichen. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass durch diese Maßnahmen kein Wohnraum im unteren, sondern eher im mittleren Preissegment geschaffen wird. Regelungen der Stellplatzverordnung zur Reduzierung der Nachweispflicht erzeugen unvermeidbare Engpässe, die z.B. durch Mehrfachnutzung von privaten Stellplätzen (z.B. Supermärkten) zumindest teilweise ausgeglichen werden könnten. Diese bauordnungsrechtlichen Vorgaben sollten in den Bundesländern entsprechend geprüft werden.

c) Ökonomische Instrumente

Besondere Bedeutung für eine Baulandmobilisierung kommt den ökonomischen Instrumenten zu. Auch unabhängig von notwendigen Änderungen in den steuerlichen Rahmenbedingungen sollte eine strategische Ausrichtung einer Bodenvorratspolitik auf der Grundlage einer politischen Beschlussfassung motiviert werden. Trotz eines in vielen Kommunen nicht ausgeglichenen Haushalts müssen kommunale Baulandstrategien, wie ein Bodenfond oder die Vergabe von öffentlichen Grundstücken im Erbbaurecht auf der Agenda bleiben. Ebenso ist die Vergabe von städtischen Liegenschaften in Form von Konzeptausschreibungen für zukunftsorientierte Nutzungen ein ökologisch und vor allem sozial verträgliches Vorgehen.

Die Verkehrswertermittlung ist von hoher Bedeutung bei der Ausübung eines proaktiven Vorkaufsrechts. Der Vorschlag der

Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung (DASL),⁹⁶ dies auf Basis eines sozialverträglichen residual ermittelten Zielwerts für den Verkehrswert vorzunehmen, ist zu begrüßen. Im Weiteren empfahl die Baulandkommission eine Einbeziehung kommunaler und preisgebundener Immobilien zur lokal angemessenen Bodenpreisgestaltung und einheitlichen Ermittlung des Werteinflusses von Miet- und Belegungsbindungen auf Grundstücken mit gefördertem und preisgedämpftem Wohnraum.

Grundsätzlich ist das Abschöpfen leistungsloser, durch die Allgemeinheit bewirkter Bodenwertsteigerungen (Planungswertausgleich) im Licht einer sozial gerechten Bodennutzung rechtlich vertieft auszuloten. Für die Prüfung der Angemessenheit ist eine partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Stadt, Investoren, der Bauwirtschaft und Eigentümern notwendig; würde diese als Regelfall zu jedem städtebaulichen Vertrag auf der Grundlage vorgegebener Datenstandards und lokal definierter Angemessenheitsgrundsätze vorgenommen, trüge dies zur Rechtssicherheit, Transparenz und damit zu einer Gleichbehandlung von Investoren und deren Akzeptanz bei.⁹⁷ Es spricht viel dafür (va Unabhängigkeit von konkretem Bauvorhaben/Investor), dass nicht das Investitionsvorhaben, sondern die Lagequalität und die dadurch determinierten Ertragschancen heranzuziehen sind.⁹⁸ Die Regelung infrastruktureller Folgekosten bei Genehmigungen im unbeplanten Innenbereich gemäß § 34 BauGB mit Blick auf eine Gemeinwohlbindung sollte geprüft werden, wie von der DASL vorgeschlagen.

In München bestehen aufgrund des hohen Siedlungsdrucks jahrzehntelange Erfahrungen mit sozialgerechter Bodennutzung (SoBoN). Hier werden 30 % des neu geschaffenen Wohnbaurechts für den sozial gebundenen Wohnungsbau für eine soziale Mischung vor allem in Neubaugebieten verwendet. Angesichts eines nach wie vor hohen Nachfragedrucks in München wird dieses Modell um weitere 10 % bei neuen Wohnungsvorhaben als preisgedämpfter Mietwohnungsbau erweitert. Vorgeschlagen wird eine Vermutungsklausel in § 11 BauGB, um „einen Anteil von erheblichen planungsbedingten Bodenwertsteigerungen pauschal als durch die Planung verursachte Kosten oder sonstige Aufwendungen“ zu erfassen.⁹⁹ Im Übrigen haben sich in vielen Bundesländern Folgekostenrechner für Kosten-

⁹⁶ Deutsche Akademie für Städtebau und Landesplanung (DASL): Den Boden der Europäischen Stadt. Berlin Debattenpapier Februar 2019.

⁹⁷ *Faller/Beyer*, Baulandmodelle nach dem Vorbild der Münchener SoBoN. In: vhw – Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V. (Hrsg. 2018), aaO, S. 127–128.

⁹⁸ Ebenda, S. 129.

⁹⁹ *Reiß-Schmidt*, aaO, S. 7.

Nutzenanalysen bei der Neuausweisung von Baugebieten bewährt, indem die Folgewirkungen (Kostenbilanz, Bevölkerungsentwicklung, Auslastung sozialer Infrastruktur) unterschiedlicher Flächenentwicklungsstrategien bzw. einzelner Planungsvarianten bilanziert werden (ua in Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg).¹⁰⁰ Der Handel mit Flächenzertifikaten wird seit langem äußerst kritisch hinsichtlich des bürokratischen Aufwandes, spekulativer Entwicklungen und einer Zertifikatepflichtigkeit nur im Außenbereich diskutiert.

4. Folgerungen

Liegenschaftspolitik ist der entscheidende Hebel für eine nachhaltige Stadtentwicklung und beinhaltet eine zukunftsorientierte Bodenvorratspolitik sowie Steuerungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand bei der Vergabe von Flächen.

Die Forderung nach einer Beschleunigung von Planungsverfahren steht im Widerspruch zu den immer komplexeren inhaltlichen und verfahrensorganisatorischen Anforderungen an die Planung. Planverfahren auf kommunaler und regionaler Ebene sollten dahingehend gestärkt, aber auch qualifiziert werden, dass die soziale Teilhabe aller Bevölkerungsgruppen berücksichtigt wird und um Planungsinstrumente strategischer im Konflikt zwischen Rechtssicherheit einerseits und der Ausschöpfung planerischer Gestaltung andererseits auszurichten.¹⁰¹

¹⁰⁰ Vgl. ua <https://aktion-flaeche.de/folgekosten-rechtzeitig-kalkulieren>, Zugriff am 1.12.2019.

¹⁰¹ Für Anregungen zu dem gesamten Gutachten geht mein Dank an Prof. Dr. S. Greiving, Prof. Dr. S. Grotefels, Prof. Dr. H. Köckler, L. Lemke, F. Schlegelmilch, Prof. Dr. J. Schoppengerd, Dr. A. Rüdiger, Dr. B. Warner, Dr. I. Wiese-von Ofen.

D. Thesen

Aus den komplexen Politik- und Handlungsfeldern werden einige zentrale Thesen abgeleitet.

1. Alle gesetzlichen und untergesetzlichen Regelwerke sind auf ihre Gleichrangigkeit der Ziele für Mobilität, Klimaschutz und menschliche Gesundheit sowie auf Verkehrsmittelneutralität zu überprüfen.
2. Ein zu erarbeitendes Mobilitätsgesetz, die Neustrukturierung der Straßenverkehrsordnung und eine Modifikation des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes sind daraufhin auszurichten.
3. Eine auf Nachhaltigkeit zielende urbane klimafreundliche Mobilität ist nur mit integrierten Konzepten und Planungsstrategien zur Siedlungs- und Verkehrsentwicklung und einer Verbesserung des Stadtklimas (Luft- und Lärmreduzierung) zu erreichen; Dafür sind Standards zu entwickeln, die auch bewegungsfördernde Mobilität unterstützen.
4. Die Erstellung informeller strategischer Stadtentwicklungskonzepte für alle Handlungsfelder, insbesondere zur klimagerechten Stadtentwicklung und zur nachhaltigen Mobilität, bzw. kommunale Verkehrsentwicklungspläne wird gemeindliche Pflichtaufgabe mit definierten Mindeststandards.
5. Für einen nachhaltigen urbanen Verkehr sind Lärmaktionsplanung und Luftreinhalteplanung konsequent in Verknüpfung mit kommunalen Planungsinstrumenten umzusetzen.
6. Innenentwicklung vor Außenentwicklung ist als Maßgabe in den städtebaulichen und ökonomischen Instrumenten weiter zu verankern und erfordert ein integriertes Politikverständnis bei der Entscheidungsfindung.
7. Die Flächennutzungskonflikte im städtebaulichen Bestand sind gemäß den Anforderungen von Klimaanpassung und -schutz sowie der sozialen und umweltbezogenen Lebensqualität aller Bevölkerungsgruppen datenbasiert zu identifizieren. Für die Ermessensentscheidung des Planungserfordernisses sind Mehrfachbelastungen in den Quartieren besonders zu berücksichtigen. Dazu gehört auch die Evaluierung des Urbanen Gebiets (MU) hinsichtlich seines Gebietscharakters in der Praxis, vor unter Berücksichtigung der menschlichen Gesundheit.
8. Mit Blick auf eine konsequente Innenentwicklung ist eine bessere Verschränkung von Städtebaurecht und Lärmschutz in Ver-

bindung mit einer Überarbeitung der Baunutzungsverordnung hinsichtlich der Gebietskategorien und ihres jeweiligen Charakters zu empfehlen.

9. Die Erstellung sektoraler kommunaler Konzepte sollte auch für Handwerk und Produktion sowie ggf. für Wirtschaftsverkehr und Logistik motiviert werden und Milieuschutzsatzungen (§ 172 BauGB) zur Sicherung von Produktionsstandorten erprobt werden.
10. Für die Abgrenzung von Plangebieten und Förderkulissen im Rahmen des Besonderen Städtebaurechts (§§ 136 ff Baugesetzbuch) sind die Einbeziehung von Daten der Umweltprüfung und der Gesundheitsberichterstattung in den Vorbereitenden Untersuchungen (§ 141 Baugesetzbuch) bzw. Städtebaulichen Entwicklungskonzepten (§ 171b Baugesetzbuch) verpflichtend.
11. Flexiblere Planzeichen zur Erweiterung der Flächenkategorien in der Bauleitplanung sind zu erproben. Bei der Weiterentwicklung des Festsetzungskatalogs (§ 9 BauGB) ist eine neue Kategorie „produzierender Gewerbebezweig“ zu erproben. Sog. „Optionsräume“ als eine Kategorie zur Flexibilisierung sind juristisch zu prüfen.
12. Die alle Lebensbereiche umfassende Digitalisierung erfordert eine planungs- und ordnungsrechtliche Befassung mit ihren Auswirkungen und Regelungsbedarfen insbesondere zu Flächenanforderungen von Wohnen und Versorgung, Arbeiten und Freizeit sowie Mobilität.
13. Für E-Governance und Citizen Science sind Chancen einer verbesserten Teilhabe der Bevölkerung und Regelungen für Open Data weiter zu qualifizieren.
14. Für das Monitoring der Siedlungs-/Verkehrsflächeninanspruchnahme sind bundesweit einheitliche Datenstandards der Raumbeobachtung auf kommunaler und regionaler Ebene zu entwickeln. Die Datengrundlagen der Strategischen Umweltprüfung sind für eine vorausschauende Bodenpolitik explizit einzubeziehen. Eine einzurichtende Umweltdatenbank, die auch Standards für die allgemeinverständliche zusammenfassende Erklärung der Umweltprüfung umfasst, wird befürwortet.
15. Boden ist dauerhaft für die Daseinsvorsorge, für sicheres und bezahlbares Wohnen sowie für eine ausgewogene soziale und ökologische Raum- und Stadtentwicklung durch eine Stärkung der Instrumente der öffentlichen Hand gegenüber wohlstandsbedingt gestiegenen Ansprüchen an Wohnen und Wohnumfeld mit Blick auf Suffizienz-Strategien zu sichern.
16. Das Gesetz zur Mobilisierung von Bauland und die Änderung der Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke

(Baunutzungsverordnung BauNVO) als Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (Stand 12.11.2019) werden überwiegend befürwortet. Abgelehnt wird die Flexibilisierung von § 17 BauNVO (Maß der baulichen Nutzung als Orientierungswerte), die Einführung einer neuen Baugebietskategorie „Dörfliches Wohngebiet“ (BauNVO § 5a) mit Blick auf die Obergrenzen des Maßes der baulichen Nutzung und die Verlängerung des § 13b BauGB bis 31.12.2024 (Satzungsbeschluss). Die Baugebietskategorie „Reines Wohngebiet“ (§ 3 BauNVO) sollte gestrichen werden.

17. Die Aushandlung städtebaulicher Verträge ist zu motivieren, insbesondere zur Schaffung von sozialem Wohnraum. Zur Akzeptanzförderung sollten zumindest deren Regelungsbereiche einer Öffentlichkeitsbeteiligung zugänglich gemacht werden.
18. Die Einführung eines Innenentwicklungsmaßnahmegebiets (IEM) sollte weiter verfolgt werden.
19. Mit Blick auf Verfahrensgerechtigkeit sind unterschiedliche Formen der sozialen Teilhabe einschließlich sozialer Medien für alle gesellschaftlichen Gruppen einzusetzen und explizit auch sozial benachteiligte Bevölkerungsgruppen zu adressieren. Das Format einer Bürgerschaftlichen Stellungnahme ist im Rahmen des Beteiligungsverfahrens gemäß § 3 BauGB zu erproben.
20. Gemeinwohl ist als Grundsatz der Boden- und Liegenschaftspolitik sowie im Planungsrecht zu stärken und soll die argumentative Grundlage für eine deutlichere Orientierung für den Umgang mit Boden gegenüber der Baufreiheit bieten. Dies sollte im wissenschaftlichen, philosophischen und gesellschaftlichen Diskurs weitergeführt werden.
21. Das raumordnerische Instrumentarium sollte mit Blick auf eine regionale Steuerung der Siedlungsentwicklung, insbesondere in verdichteten Räumen, für eine stärkere Umsetzungsorientierung geschärft werden. Zur Lösung von Nutzungskonflikten wird eine umfassendere Anwendung des Raumordnungsverfahrens mit stärkerer Bindungswirkung befürwortet.
22. Gleiche Lebenschancen im Sinne der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse für alle Bevölkerungsgruppen bedeutet vor allem den Zugang zu Bildungs- und Kultureinrichtungen, zur gesundheitlichen Versorgung, zu Freiraum zu ermöglichen, ebenso wie Sicherheit und der Schutz der Privatsphäre. Die Infrastrukturentwicklung, vor allem der Ausbau neuer digitaler Kommunikationsmedien, muss sich sowohl auf lokaler als auch auf regionaler Ebene an den Bedürfnissen der Bevölkerung und ihrer Lebensqualität orientieren und bedarf der gemeinsamen Gestaltung und des Ressourceneinsatzes.

Gutachten F
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

**Empfiehl sich eine
stärkere Regulierung von
Online-Plattformen und anderen
Digitalunternehmen?**

Gutachten F

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Rupprecht Podszun

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht,
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf



Zitiervorschlag: 73. djt I/F [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 9783406746369

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln


chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhaltsverzeichnis

A. Herausforderung Plattformökonomie	F 9
I. Forschungsfrage und Gang der Darstellung	F 9
II. Digitale Plattformen	F 10
1. Mehrseitige Märkte und Netzwerkeffekte	F 10
a) Grundlegender Mechanismus von Plattformen	F 11
b) Netzwerkeffekte, Größenvorteile, multi homing, Wechselkosten	F 11
c) Finanzierung der Plattform	F 13
2. Datennutzung, Algorithmen, Künstliche Intelligenz	F 14
3. Vernetzung und integrierte Märkte	F 16
4. Digitale Ökosysteme	F 18
5. Arten von Plattformen	F 19
III. Bisherige rechtliche Reaktion	F 20
1. Einordnung von Plattformen	F 20
a) Vertragsrechtliche Erfassung	F 20
b) Marktabgrenzung	F 22
c) Marktmachtbestimmung	F 24
d) Einordnung als Dienst der Informationsgesellschaft	F 27
e) Einordnung in der Vertikal-GVO	F 28
2. Die Plattformökonomie vor Gericht und in Behörden	F 30
a) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	F 31
b) Missbrauchskontrolle	F 32
c) Fusionskontrolle	F 33
d) Recht des unlauteren Wettbewerbs	F 34
e) Zusammenfassung	F 36
3. Reaktionen der Legislative	F 37
B. Prinzipien für Plattformen	F 40
I. Freier Wettbewerb	F 40
1. Wettbewerb um den Markt	F 41
a) Monopolisierung durch „tipping“ und Basis-Infrastrukturen	F 41
b) Absicherung durch ausschließende Strategien	F 43
c) Konsequenzen	F 44
2. Wettbewerb auf der Plattform	F 45
3. Regulierung statt Wettbewerb?	F 46
II. Faire Vermittlung	F 49
1. Interessenkonflikte von Vermittlern	F 50

2. Risiken der zentralen Steuerung	F 52
3. Auflösung von Interessenkonflikten	F 53
III. Eigenständige Entscheidung	F 54
1. Autonomie der Entscheidenden	F 55
2. Risiken der Entscheidungsübernahme	F 56
3. Gesellschaftliche Grundentscheidung	F 58
C. Rechtsrahmen für digitale Plattformen	F 60
I. Regelungsparameter und Rechtsdurchsetzung	F 62
1. Regulierung als evolutionäres Verfahren	F 62
2. Transparenzvorschriften und Verbote	F 64
3. Behördliche Durchsetzung	F 66
II. Normadressaten	F 68
1. Digitale Plattformen allgemein	F 69
2. Ausnahmen für Newcomer	F 69
3. Marktbeherrschende und marktübergreifend bedeutende Plattformen	F 69
III. Regelungsoptionen für alle Plattformen	F 72
1. Einschränkung der Plattformnutzung	F 72
2. Vertriebsbeschränkungen	F 73
3. Selbstbevorzugung	F 74
4. Rankings	F 75
5. Umgang mit Informationen	F 76
IV. Regelungsoptionen für marktstarke Plattformen	F 77
1. Spezifische Missbrauchstatbestände	F 78
a) Zugang zur Plattform	F 78
b) Leistungslose Übernahme von Kunden	F 78
c) Innovationsbarrieren	F 79
d) Quersubventionierung	F 79
e) Marktstrukturmissbrauch	F 80
2. Verantwortung für außer-wettbewerbliche Ziele	F 81
3. Fusionskontrolle	F 81
a) Veränderung der Aufgreifkriterien	F 82
b) Veränderung der Eingreifkriterien	F 84
4. Auswahlmenüs	F 85
5. Entflechtung oder funktionelle Trennung	F 86
V. Wettbewerb in der Industrie 4.0	F 86
1. Problemstellung	F 87
a) Kartellrechtliche Risiken der Kooperation	F 87
b) Missbrauchsgefahr	F 88
c) Haltung der Kartellbehörden	F 88
2. Kooperation unter dem Schirm einer Freistellungsverord- nung	F 90
a) Modell einer IoT-Gruppenfreistellungsverordnung	F 90

Inhaltsverzeichnis

F 7

b) Anwendungsbereich, Freistellung und Beschränkungen ..	F 91
c) Schutz vor „Tipping“	F 93
d) Zugang zur Plattform	F 93
e) Befristung und Monitoring	F 94
3. Zugang zu Daten	F 94
a) Kein Dateneigentum	F 95
b) Zugangsansprüche	F 96
c) Folgefragen	F 99
D. Die Plattformökonomie als gesellschaftliche Herausforderung	F 102
E. Thesen	F 104

A. Herausforderung Plattformökonomie

Die Digitalisierung hat die Wirtschaft revolutioniert, und es drängt sich die Frage auf, wie das Wirtschaftsrecht darauf reagiert. Im Fokus dieses Gutachtens stehen die Veränderungen durch den Aufstieg digitaler Plattformen.

I. Forschungsfrage und Gang der Darstellung

Schon die Zahlen machen schwindelig: Apple, Microsoft, Amazon und die Google-Muttergesellschaft Alphabet haben zwischen 2018 und 2020 eine Marktkapitalisierung von über 1 Billion US-Dollar erreicht.¹ Der Umsatz von Facebook lag 2018 bei rund 55,84 Mrd. US-Dollar, der Gewinn bei 22,11 Mrd. US-Dollar.² Alphabet wies zum Ende des Jahres 2018 liquide Mittel in Höhe von 109,14 Mrd. US-Dollar aus.³

Diese finanziellen Kennzahlen spiegeln den phänomenalen Erfolg der Silicon Valley-Unternehmen. Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft sind innerhalb kurzer Zeit zu den wertvollsten Unternehmen der Welt geworden, die mit begeisternden Produkten und Leistungen Verbraucher für sich gewonnen und an sich gebunden haben. Sie sind die – zumindest in der westlichen Welt – zentralen Akteure der Internetwirtschaft. Doch eine „Internetwirtschaft“ gibt es nicht mehr, alle Wertschöpfungsprozesse der Wirtschaft sind oder werden digitalisiert und vernetzt. Neben den fünf genannten Konzernen etablieren andere Unternehmen Plattformen in Teilsegmenten der Wirtschaft, ohne die das tägliche Leben und Wirtschaften nicht mehr vorstellbar ist. Dadurch ändern sich die Infrastruktur der Ökonomie und ihre Parameter. Die wirtschaftliche Macht einiger dieser Akteure wird als Bedrohung des freien und fairen Wettbewerbs wahrgenommen. Aus europäischer Perspektive gesellt sich dazu die Sorge, dass „einheimische“ Unternehmen bei

¹ Siehe <https://www.wsj.com/articles/alphabet-becomes-fourth-u-s-company-to-ever-reach-1-trillion-market-value-11579208802>. Vgl. *Gökçe*, Restoring competition in „winner-took-all“ digital platform markets, UNCTAD Research Paper No. 40, 2019, S. 7.

² Siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/217061/umfrage/umsatz-gewinn-von-facebook-weltweit/>.

³ Barmittel und handelbare Wertpapiere; siehe <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/finanzmarkt/google-mutterschiff-alphabet-verdient-praechtig-16024866.html>.

digitalen Themen nicht als Technologieführer wahrgenommen werden.⁴

Empfehlen sich, vor diesem Hintergrund, neue Regeln für Online-Plattformen und andere Digital-Unternehmen?

Drei Punkte sind sogleich festzuhalten:

Erstens kann Wirtschaftsrecht im Rahmen der Europäischen Union nicht in nationalen Kategorien gedacht werden. Es ist eine Prämisse der folgenden Überlegungen, dass ein nationaler Alleingang kaum rechtlich möglich, jedenfalls aber nicht sinnvoll ist.

Zweitens wird die Forschungsfrage im Rahmen dieses Gutachtens aus wirtschaftsrechtlicher Perspektive betrachtet. Der Fokus liegt auf dem Kartellrecht und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs. Im deutschen Verständnis von Wirtschaftsrecht leistet das Wettbewerbsrecht eine Rahmensetzung.

Drittens führt die Beschränkung auf eine wirtschaftsrechtliche Perspektive notwendig dazu, dass viele Themen, die im Zusammenhang mit Plattform-Unternehmen diskutiert werden, nicht direkt adressiert werden: Es geht in diesem Gutachten nicht um die gesellschaftlichen und politischen Verwerfungen, die durch die digitale Transformation ausgelöst werden. Rechtsbereiche wie das Datenschutzrecht, das Immaterialgüterrecht oder das Zivilrecht werden nur reflexartig berührt.⁵

Die Überlegungen werden in drei Schritten vorgestellt: In Kapitel A wird beschrieben, was Plattformen sind und wie sie rechtlich erfasst werden. In Kapitel B werden Prinzipien entwickelt, nach denen neue Regeln für digitale Plattformen zu gestalten sind. In Kapitel C werden Optionen präsentiert, wie solche Regeln aussehen könnten.

II. Digitale Plattformen

Digitale Plattformen sind Marktplätze, auf denen der Betreiber Vermittlungsleistungen auf Basis einer Datenverarbeitung erbringt.

1. Mehrseitige Märkte und Netzwerkeffekte

Betreiber digitaler Plattformen operieren auf mehrseitigen Märkten und nutzen die Möglichkeiten aus, die solche Märkte bieten.

⁴ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Nationale Industriestrategie 2030, 2019, S. 20.

⁵ Dazu *Obly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten zum Deutschen Juristentag 2014; *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum Deutschen Juristentag 2016.

a) Grundlegender Mechanismus von Plattformen

Das Charakteristikum von Plattformen wurde von den Ökonomen *Jean-Charles Rochet* und *Jean Tirole* zu Beginn der 2000er Jahre grundlegend beschrieben:⁶ Eine Plattform verbindet mehrere Marktseiten, wird also als Vermittler (Intermediär) zwischen Angebot und Nachfrage geschaltet.⁷ Die Koordination von Angebot und Nachfrage erfolgt bei digitalen Plattformen unter Einsatz von Algorithmen und Daten. Die ökonomische Leistung besteht primär darin, Such- und Transaktionskosten zu reduzieren: Für Anbieter wie für Nachfrager wird der Zugang zum jeweils anderen erleichtert und erweitert. Ohne Hotelbuchungsplattformen könnten Hotels nicht derart viele potentielle Kunden erreichen, Gäste könnten ohne Plattformen nicht auf eine solche Auswahl an Unterbringungsmöglichkeiten zurückgreifen. Aus der Suche entsteht in der Regel ein „Matching“, ein Zusammenführen von Anbieter und Nachfrager. Es kommt zu einer Transaktion, in der die Plattform als Vermittler gewirkt hat. Diese Transaktion muss nicht zwingend ein entgeltliches Austauschgeschäft sein. Es kann auch Aufmerksamkeit (z.B. bei Werbung in sozialen Netzwerken),⁸ der Kontakt zwischen zwei Nutzern (z.B. auf einer Messaging-Plattform) oder der Austausch von Industriedaten (z.B. bei IoT-Plattformen) vermittelt werden. Geschaffen wird aber stets ein digitales Forum, ein „Marktplatz“, der von einem zentralen Akteur betrieben wird.

Kennzeichnend für digitale Plattformen ist also die Eröffnung eines „Marktplatzes“, auf dem typischerweise der Betreiber die Rolle eines Intermediärs übernimmt, der mit Hilfe von Daten Angebot und Nachfrage koordiniert.

b) Netzwerkeffekte, Größenvorteile, multi homing, Wechselkosten

Netzwerkeffekte sind der wesentliche Wirk- und zugleich Machtmechanismus von mehrseitigen Märkten.⁹ (Positive) Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Wert mit der Anzahl der Nutzer steigt:

⁶ *Rochet/Tirole*, 1(4) Journal of the European Economic Association, 2003, 990 ff.; *Rochet/Tirole*, 37 Rand Journal of Economics, 2006, 645; s.a. *Evans*, 20 Yale Journal on Regulation, 2003, 325.

⁷ Grundlegend *Spulber*, Market Microstructure: Intermediaries and the Theory of the Firm, 1999.

⁸ Vgl. *Evans*, Attention Rivalry Among Online Platforms and its Implications for Antitrust Analysis, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 627 (University of Chicago Law School), 2013.

⁹ Vgl. Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 9 ff. m. w. N.; *Barwise/Watkins*, The Evolution of Digital Dominance, in: Moore/Tambini, Digital Dominance, 2018, S. 26; *Peitz*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2006, 317.

je mehr Zulauf eine Plattform hat, desto erfolgreicher wird sie. So steigt beispielsweise der Wert eines sozialen Netzwerks wie Facebook für jeden beteiligten Nutzer mit der Anzahl der übrigen Nutzer (direkter Netzwerkeffekt). Indirekte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn die Zahl der Nutzer zu einer Wertsteigerung für die Marktgegenseite führt. So ist es beispielsweise für eine Handelsplattform wie eBay vorteilhaft, wenn möglichst viele Händler dort ihre Waren anbieten, da das Nachfrager anzieht. Eine hohe Zahl an Nachfragern ist zugleich für Händler attraktiv. Die Attraktion möglichst vieler Nutzer ist für digitale Plattformen also der entscheidende Erfolgsfaktor.¹⁰ Dieses Ziel können digitale Plattformen quasi ungehindert anstreben, da die Grenzkosten in der Regel niedrig sind: Ein weiterer Nutzer kostet den Betreiber der Plattform so gut wie nichts.¹¹

Der Erfolg verstärkt sich spiralartig: Je mehr Nutzer, desto mehr Nutzer – und in der Regel desto mehr Transaktionen.¹² Das ist die Macht des Netzwerkeffekts. Er wird durch Skaleneffekte, also Größenvorteile, verstärkt, da eine größere Zahl von Nutzern typischerweise die Grenzkosten reduziert und zudem eine verbesserte Datengrundlage bietet, die für die Koordination der Aktivitäten hilfreich ist.

Ist eine Plattform etabliert, hängt ihr weiterer Erfolg davon ab, ob es alternative Plattformen gibt, ob Nutzer mehrere Plattformen parallel nutzen (sog. „multi homing“)¹³ und wie hoch die Wechselkosten für Nutzer sind, die die Plattform verlassen und ihre Bedürfnisse anders stillen möchten.¹⁴ Plattform-Betreiber haben ein kaufmännisches Interesse daran, *multi homing* zu erschweren und die Wechselkosten möglichst hoch zu halten.

Multi homing von Verbrauchern wurde beispielsweise für Datingportale angenommen, nicht aber bei Nutzerprofilen in Berufsnetzwerken.¹⁵ Unternehmen nutzen Plattformen zum Teil aus strategischen Gründen parallel, wenn keine Schranken (etwa aus Vertrag) für die Nutzung bestehen und Zutrittskosten zur Plattform sehr gering sind.¹⁶ *Single homing* ist u. a. typisch für Kunden, die technisch bereits gebunden sind, etwa durch das Betriebssystem auf ihrem Computer.

¹⁰ Vgl. Caillaud/Jullien, RAND Journal of Economics vol. 32(2), 2003, 309 ff.

¹¹ Evans/Schmalensee, 3 (1) Policy International, 165 (2007).

¹² Siehe Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 174.

¹³ Ambrus/Argenziano, 1 (1) American Economic Journal: Microeconomics, 2009, 17, 29.

¹⁴ Vgl. OECD, The Digital Economy, 2012, S. 9.

¹⁵ BKartA, 22.10.2015, B6–57/15, Rn. 96 ff. – *Parship/ElitePartner*; Europäische Kommission, 16.12.2016, M.8124, Rn. 345 – *Microsoft/LinkedIn*. Vgl. *Rochet/Tirole*, 1(4) Journal of the European Economic Association, 2003, 993.

¹⁶ Vgl. *Grave* in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 33.

Ein Wechsel der Plattform kann einfach, aber auch sehr mühevoll oder unrentabel sein, etwa wenn Kontakte, Konversationen und gespeicherte Medien von Facebook zu einem anderen Netzwerk umgezogen werden müssten.¹⁷ Dies gilt erst recht im Fall von vertraglichen Bindungen (z.B. Exklusivitäts- oder Bestpreisklauseln) oder technischen Anforderungen, auf die sich Nutzer ausgerichtet haben. Netzwerkeffekte lassen sich über technische, rechtliche oder kaufmännische Maßnahmen erheblich stabilisieren, indem Wechselkosten tatsächlich oder scheinbar in die Höhe getrieben werden.

c) Finanzierung der Plattform

Bei Plattformen ist es nicht unüblich, dass gegenüber einer Marktseite die Leistung unentgeltlich erbracht wird. So zahlen beispielsweise Nutzer von Instagram jedenfalls kein monetäres Entgelt für die Nutzung des Netzwerks.¹⁸ Die Plattformen haben hiermit die „economics of free“ etabliert, die bewusste Kalkulation kostenloser Leistungen als Element eines mehrseitigen Geschäftsmodells.¹⁹ In der Analyse mehrseitiger Beziehungen entstehen durch die monetäre Unentgeltlichkeit in einer Leistungsbeziehung Schwierigkeiten: Das Zivilrecht ist weitgehend auf einen Interessenausgleich ausgerichtet, der mit Hilfe von gleichartiger Entgeltlichkeit strukturiert wird. Das BGB privilegiert Leistungserbringer, die keine monetäre Gegenleistung erhalten haben, etwa in §§ 521, 599, 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Begründet wird dies mit der mangelnden Schutzwürdigkeit desjenigen, der eine Leistung unentgeltlich erhalten hat.²⁰ Wirtschaftsrechtlich ist ein solches Verständnis von Unentgeltlichkeit allerdings keine tragfähige Annahme mehr: Eine digitale Plattform schenkt ihre Leistungen nicht her, sondern kalkuliert die Unentgeltlichkeit als Parameter im Wettbewerb ein. Anders als im Zivilrecht üblich besteht für eine privilegierte Behandlung kein Anlass.

¹⁷ Art. 20 DSGVO (VO (EU) 2016/679) verleiht einen Anspruch auf Datenportabilität bei personenbezogenen Daten.

¹⁸ Ob die Hingabe von Daten oder Aufmerksamkeit als „Entgelt“ anzusehen ist, ist strittig, vgl. *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555 (557f.); AG Digitaler Neustart der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.5.2017, S. 220ff. m. w. N.; *Grüneberg* in Palandt, BGB, 79. Aufl., 2020, § 312 Rn. 3; *Langbanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218; *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht – Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag 2016, S. 16ff.; *Newman*, Attention Markets and the Law, 2019, University of Miami Legal Studies Research Paper, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3423487>.

¹⁹ *Evans*, Competition Policy International, 2011, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1813193>; vgl. *Gal/Rubinfeld*, 80 Antitrust L.J. 521 (2016).

²⁰ *Koch* in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 521 Rn. 1; ebd. *Häublein*, § 599 Rn. 1; ebd. *Schwab*, § 816 Rn. 63.

Die Plattform kann über verschiedene Wege finanziert werden, zum Beispiel durch Zutrittsgebühren, Provisionen bei Transaktionen, Werbung oder Verkauf von Daten. Es ist allerdings auch eine Erscheinungsform des Silicon-Valley-geprägten Kapitalismus, dass digitale Plattformen über lange Zeit ohne Amortisation betrieben werden können, da anderweitige Finanzquellen zur Verfügung stehen (etwa Quersubventionierung oder Wagniskapital). WhatsApp beispielsweise erzielt keine nennenswerten Umsätze.²¹ Uber hat bislang keine schwarzen Zahlen geschrieben.²² Wachstum statt Profit ist eine der Strategien, die mit Blick auf Netzwerkeffekte eingesetzt werden. Diese Finanzierung geschäftlicher Aktivitäten macht unternehmerisches Tätigwerden eine Zeitlang risikolos und gibt den Akteuren die Zeit, Märkte strukturell zu verändern, ohne dass sie sich auf diesen Märkten finanziell bewähren müssen.

2. Datennutzung, Algorithmen, Künstliche Intelligenz

Die zweite Säule der digitalen Ökonomie, die die Funktionsmechanismen der Märkte transformiert, ist die explodierende Erfassung und Nutzung von Daten und die Wertschöpfung daraus, gelegentlich bezeichnet als „datafication“.²³ Daten sind alle Arten von Informationen. Daten können Informationen sein, die sich auf eine identifizierbare natürliche Person beziehen (personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO). Diese Daten stehen häufig im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion. Für die Industrie sind maschinell erzeugte Daten, die nicht notwendigerweise auf eine Person bezogen sind, wesentlich, etwa Daten zum Betrieb von Maschinen. Unter den Stichworten „Industrie 4.0“ oder „Industrial Internet of Things“ wird die Datennutzung für traditionelle Industrien immer wichtiger, da ihre Anwendungen vernetzt werden.²⁴

Die Koordination auf der Plattform kann umso genauer werden, je mehr Informationen verarbeitet werden. Damit kann die Datennutzung die Spiraleffekte einer erfolgreichen Plattform verstärken. Der Wert der Daten liegt darin, dass sie in berechenbarer, digitalisierter Form Präferenzen und Bedürfnisse von Individuen, Produkte oder Geschehnisse abbilden, die für wirtschaftliche Entscheidungen wichtig sind. Die Welt und ihre Akteure werden berechenbar,²⁵ da-

²¹ Vgl. Europäische Kommission, 13.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Rn. 9.

²² <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1047361/umfrage/weltweites-operatives-ergebnis-von-uber/>.

²³ Begriff nach *Cukier/Mayer-Schoenberger*, *Foreign Affairs*, 2013, 28 ff.

²⁴ Vgl. BMWi, *Industrie 4.0 und Digitale Wirtschaft*, 2015.

²⁵ Sie erstellen ein „Portrait unserer täglichen Aktivitäten“, so *Stucke/Grunes*, *Big Data and Competition Policy*, 2016, 4.33.

durch sind Vernetzungen und Operationen realisierbar, die zuvor nicht möglich waren. Die Rationalisierung der Entscheidungsprozesse und der Wertschöpfungsketten kann voranschreiten, Transaktionskosten werden erheblich gesenkt. Als Begriff hat sich das Schlagwort „big data“ etabliert, das die Bedeutung und Dimension der Nutzung von Daten signalisiert.²⁶ Gemeint ist damit die Kombination von Daten aus verschiedenen Quellen, so dass Zusammenhänge sichtbar und Informationen verfeinert werden,²⁷ z.B. wenn Adressdaten von Kunden mit Daten über den Lebensstandard in der Nachbarschaft, persönliche Präferenzen und das Wetter kombiniert werden. Datennutzung ist zu einem entscheidenden Wettbewerbsparameter geworden.²⁸

Die wirtschaftliche Bedeutung einer geschickten Datennutzung zeigt sich etwa daran, dass Amazon 30% seines Umsatzes mit Empfehlungen erzielt, die Kunden auf Basis vorangegangener Kaufentscheidungen erhalten.²⁹ Der Plattform-Betreiber hat den Vorteil, dass er unmittelbaren Zugriff auf Daten von allen Marktseiten hat. Das ermöglicht eine gezielte Steuerung der Plattform.³⁰

Zum Einsatz kommen bei der Verarbeitung von Daten und bei den Leistungen der Plattform Algorithmen und künstliche Intelligenz (KI). Ein Algorithmus ist eine Abfolge von formalen Anweisungen, wie man ein Problem löst oder eine Funktion berechnet.³¹ Algorithmen können noch als eine Funktion angesehen werden, die durch die Entscheidung eines Menschen in Kraft gesetzt wird.³² Doch dieses Konzept verliert mit dem Aufstieg der KI an Boden. KI bedeutet, dass die Programme in der Lage sind, selbstständig zu lernen und neue Probleme, Lösungen und Funktionen zu entwickeln.³³ Begriffe wie „maschinelles Lernen“ oder „intelligente autonome Ro-

²⁶ Vgl. McKinsey Global Institute, Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity, 2011.

²⁷ Vgl. *Dienst/Falke* in Bräutigam/Rückeret, e-Commerce, 2017, S. 1040.

²⁸ OECD, Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, 10.10.2013, S. 319. Vgl. OECD, Data-driven Innovation, Big Data for Growth and Well-Being, 2015; *Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 2016, 2.01 ff.

²⁹ Vgl. McKinsey Global Institute, Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity, 2011, S. 23.

³⁰ Vgl. *Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 2016.

³¹ Für eine detailliertere Analyse vgl. OECD, Algorithms and Collusion – Background Note, 9.6.2017, DAF/COMP (2017) 4, S. 6 ff.

³² *Andreas Mundt*, Präsident des Bundeskartellamts, brachte dies angesichts des Einwands einer Fluggesellschaft, hohe Ticketpreise seien Folge von Algorithmen, auf die Formel: „Algorithmen werden ja nicht im Himmel vom lieben Gott geschrieben.“ Süddeutsche Zeitung, 28.12.2017, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/nach-air-berlin-pleite-bundeskartellamt-ruegt-lufthansa-1.3806188>.

³³ *Russell/Norvig*, Artificial Intelligence: A Modern Approach, 2010, S. 693.

boter“ werden alternativ verwendet.³⁴ Die Stärke von Algorithmen liegt in der Geschwindigkeit, Genauigkeit und Automatisierung von Entscheidungen. Die Kraft der KI liegt in der Überraschung des Denkens. Algorithmen und KI verändern gemeinsam den Prozess, der früher als Entscheidungsprozess im Unternehmen galt. Die Rolle des Individuums als entscheidendem Subjekt wirtschaftsrechtlicher Aktivitäten wird damit zurückgedrängt.³⁵

3. Vernetzung und integrierte Märkte

Ein dritter fundamentaler Wandel in der Wirtschaft ist die Vernetzung von Personen, Produkten, Dienstleistungen und die daraus folgende Integration von Märkten. Die Vernetzung wird durch überall verfügbare digitale Geräte, ob in Fitnessarmbändern oder als Sensoren an Maschinen, ermöglicht.

Produkte und Leistungen werden „smart“, indem sie mit Sensoren ausgestattet werden und mit anderen Geräten kommunizieren können.³⁶ Auf Basis der einheitlichen „Sprache“ der Daten können verschiedene Produkte, Leistungen, Organisationen und Akteure zusammengeführt werden. Dadurch werden Effizienzen möglich, die es zuvor nicht gab. Beispielsweise kann in einem „smart home“ mit Hilfe von digitalen Geräten eine Vernetzung von Energieversorgung, Haushaltsgeräten, Heizung, Licht und anderen Komponenten erfolgen, die aus der Ferne gesteuert werden kann. Vernetzte Maschinen und Fabriken können weltumspannend automatisiert Daten austauschen und darauf basierend „Entscheidungen treffen“, z.B. über Reparaturen, Liefermengen, Wartung, Uploads, Personalisierungen usw. Es entsteht, rund um das Produkt, eine „Architektur“, die in andere „Architekturen“ eingefügt werden kann.³⁷ Unternehmen modularisieren ihre Produkte und Dienste so, dass sie mühelos in derartige Architekturen eingefügt werden können.³⁸

Die Zusammenführung der Produkte über die datenbasierte Vernetzung führt dazu, dass die Grenzen zwischen bisher völlig eigenständigen Produkten und Leistungen verschwimmen. Wird beispielsweise eine Insulinpumpe digitalisiert, sodass Diabetespatienten ihre Gesundheitsdaten messen und über das Smartphone auf eine sog. e-Health-Plattform übertragen können, wächst die klassische Diabetesbehandlung mit einer datengestützten Gesundheitsana-

³⁴ Vgl. Europäisches Parlament, Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union, *European Civil Law Rules in Robotics*, 2016, S. 8.

³⁵ Vgl. *Gal/Elkin-Koren*, 30 (2) *Harvard Journal of Law & Technology*, 2017, 1 (44).

³⁶ *Porter/Heppelmann*, 92 (11) *Harvard Business Review*, 2014, 64 (67).

³⁷ *Porter/Heppelmann*, 92 (11) *Harvard Business Review*, 2014, 64 (69ff.).

³⁸ *Gawer* in *Gawer, Platforms, Markets and Innovation*, 2009, S. 45 ff.

lyse zusammen.³⁹ Ein Daten-Unternehmen wie die Google-Tochter Verily wird zu einem Akteur, der mit klassischen Anbietern von Medizinprodukten oder Gesundheitsdienstleistungen in eine Art Konkurrenz tritt.⁴⁰ Verily übernimmt Funktionen, die sonst möglicherweise eine Ärztin übernommen hätte. Verily wird auch zu einem wichtigen Partner des Insulinpumpenherstellers, da die bloße „Hardware“ samt Medikament bei einem datafizierten Gesundheitsprodukt nicht mehr ausreicht.

Die Integration von Märkten lässt sich auch leicht im Haushalt darstellen: „Smarte“ Waschmaschinen sind mit Sensoren und digitalen Vorrichtungen ausgestattet. Die notwendige Waschpulverdosis wird automatisch der Wäsche zugegeben. Geht das Waschpulver aus, wird dies von der Maschine gemeldet, Nachschub wird automatisch über einen Online-Shop geliefert.⁴¹ Waschpulver ist – aufgrund der Vernetzung – in diesem Modell kein eigenständiges Produkt mehr, das ein Verbraucher im Supermarkt auswählt, sondern Teil eines Waschmaschinensystems, in dem die Entscheidung, welches Waschpulver zu welchem Preis eingesetzt wird dem Verbraucher entzogen werden kann. Lieferbeziehungen ändern sich und die Märkte für Waschmaschinen und Waschpulver werden integriert.

Die Vernetzung, Konvergenz, Integration von Märkten ist die Folge. Die digitale Vernetzung geht bis hin zu globalen Wertschöpfungsketten, die eine größere Anzahl von Lieferbeziehungen in ein Netzwerk integrieren.⁴² Wer mit wem im Wettbewerb steht und welche horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Wirkungen durch eine geschäftliche Handlung ausgelöst werden, lässt sich immer schwerer sagen. Damit wird ein wesentlicher Baustein wirtschaftsrechtlicher Regulierung, der sachlich und räumlich trennscharf abgegrenzte Markt, in Frage gestellt.⁴³

³⁹ *Teigheder*, Wie neue Technologien das Leben von Diabetikern verändern, Handelsblatt, 8.5.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/technik/digitale-revolution/digitale-revolution-hintergrund-volkskrankheit-diabetes/24279114-2.html>.

⁴⁰ Vgl. Europäische Kommission, 23.2.20216, Case M.7813 – *Sanofi/Google*; dazu *Podszun*, CPI Antitrust Chronicle 2/2018, 50 ff.

⁴¹ *Eidtmann*, Smarte Waschmaschine: Wascherlebnis mit App und WLAN, 3.2.2020, abrufbar unter <https://www.otto.de/updated/ratgeber/das-kann-die-smarte-waschmaschine-77881/>.

⁴² Vgl. *de Backer/Miroudot*, OECD Trade Policy Paper 159: Mapping Global Value Chains (2013).

⁴³ *Porter/Heppelmann*, 92 (11) Harvard Business Review, 2014, 64 (66); *Evans*, Attention Rivalry Among Online Platforms and its Implications for Antitrust Analysis, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 627 (University of Chicago Law School), 2013, S. 42.

4. Digitale Ökosysteme

Die Vernetzung bietet die Möglichkeit zur Bildung „digitaler Ökosysteme“, in denen sich Nutzer aufhalten: Unternehmerische Strategie wird es, Nutzer möglichst lange auf den eigenen Plattformen zu halten und dort möglichst viele Nutzerbedürfnisse zu befriedigen. Um Ausweichmöglichkeiten abzuschneiden, werden die Leistungen miteinander verknüpft und Wechselkosten erhöht.

Digitale Ökosysteme sind dann besonders stark, wenn die Entscheidung für ein Produkt zwangsläufig die Entscheidung für mehrere Folgeprodukte bedeutet. Dies ist offensichtlich beim Smartphone: Die Entscheidung, ein bestimmtes Mobiltelefon, z.B. ein iPhone, zu kaufen, beinhaltet die Entscheidung für ein bestimmtes Betriebssystem (iOS), die Plattform. Diese wiederum kontrolliert die Folgeanwendungen Browser (Safari), Assistenz (Siri), Apps. Es gibt starke Anreize, verbundene Ortungsdienste (Maps), Mediendienste (iTunes), Cloud-Betreiber (iCloud), Fitness- und Gesundheits-Apps (Health) und andere Apple-Produkte wie Macbooks oder die Apple Watch zu nutzen.⁴⁴ Eigene wirtschaftliche Auswahlentscheidungen der Nutzer sind nicht mehr erforderlich oder nicht mehr möglich.⁴⁵ Der Nutzer ist „gefangen“. Solche „lock-in-Effekte“ sind Ziel der Unternehmensstrategie, weil dadurch der Kunde dauerhaft gebunden wird.⁴⁶ Jedenfalls wird die Wechselbereitschaft minimiert, Wechselkosten und Kompatibilitätsprobleme entstehen, wenn auf ein Produkt außerhalb des Ökosystems zugegriffen werden soll. Dadurch verbreitert sich die Gewinnbasis des Betreibers.⁴⁷ Die erste Entscheidung für einen bestimmten Anbieter führt in eine Pfadabhängigkeit,⁴⁸ bei der künftige Entscheidungen erheblich vorgeprägt oder vorweggenommen sind, zum Teil ohne dass diese Systementscheidung den Nutzern im ersten Moment bewusst ist. Das Unternehmen, das das Ökosystem betreibt, ist damit in einer zentralen Kontrollposition und steuert das Verhalten des Nutzers auf verbundenen, integrierten Märkten.

Das Smartphone-Beispiel stammt aus dem Endverbraucherbereich. Es kann leicht auf das Internet der Dinge übertragen werden, wo solche Ökosysteme für B2B-Beziehungen etabliert wer-

⁴⁴ Vgl. *Bräutigam* in *Bräutigam/Rückeret*, e-Commerce, 2017, S. 27f.

⁴⁵ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 141.

⁴⁶ Vgl. *Farrell/Klemperer* in *Armstrong/Porter*, Handbook of Industrial Organization, Vol 3, 2007, S. 1967.

⁴⁷ *Porter/Heppelmann*, 92 (11) Harvard Business Review, 2014, 64 (73).

⁴⁸ Zum Begriff *North*, 84 (3) The American Economic Review, 1994; *Liebowitz/Margolis*, 11 (1) Journal of Law, Economics and Organization, 1995, 205; *Dobusch/Schüßler*, 22 (3) Industrial and Corporate Change, 2013, 617.

den. Dies öffnet das Feld für die angebotsseitige Perspektive: Wie bei Plattformen kann die Integration von Märkten dazu führen, dass Unternehmen Zugang zum Ökosystem benötigen. Ihre Schnittstellen mit anderen Unternehmen führen dazu, dass sie ihr Angebot nicht mehr selbstständig steuern können, sondern in ein Wertschöpfungsnetzwerk eingebunden sind und zu Zulieferern für andere Unternehmen werden. Je stärker das Ökosystem ist, desto leichter wird es sein, Lieferanten „wie ein Korallenriff“ anzuziehen.⁴⁹

5. Arten von Plattformen

Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten von Plattformen sind häufig versucht worden.⁵⁰ Wesentlich verbindendes Element ist, dass eine digitale Plattform mehrere Marktseiten miteinander verbindet und auf dem daraus entstehenden „Marktplatz“ unter Ausnutzung von Daten vermittelt.⁵¹ So unterschiedlich digitale Plattformen im Detail auch sein mögen, so basieren sie doch alle auf diesem Prinzip. Angesichts des grundsätzlichen Ansatzes des Wettbewerbsrechts scheint für dessen Zwecke eine weitergehende Differenzierung zunächst entbehrlich.

Unterschieden werden können Plattformen, die allein im unternehmerischen Geschäft vermitteln (B2P2B), beispielsweise als „Hub“ im Stahlgeschäft oder als Plattform für die Zusammenführung von Telematikdaten. Diese Plattformen unterscheiden sich von solchen, bei denen Endverbraucher Teil der Architektur sind, wie etwa bei Amazon Marketplace oder Booking.com (B2P2C). Plattformen können auch Verbraucher untereinander vernetzen (C2P2C). Als Plattformen gelten auch die sog. „sozialen Netzwerke“, die typischerweise direkte Netzwerkeffekte aufweisen.

Transaktionsplattformen sind solche, die unmittelbar auf den Geschäftsabschluss der Plattformnutzer abzielen (z.B. Uber), während Nicht-Transaktionsplattformen nur einen allgemeinen Austausch vermitteln (z.B. Wahrnehmung von Werbung bei Instagram).⁵² Diese Unterscheidung entspricht weitgehend der Kategorisierung in „Matching“-Plattformen einerseits und Werbeplattformen andererseits.⁵³

⁴⁹ *Ezrahi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 149.

⁵⁰ Zur Differenzierung verschiedener Plattformen siehe *Wismar/Rasek*, Market definition in multi-sided markets, 2017, OECD-Dokument DAF/COMP/WD (2017) 33 FINAL; *Engert*, AcP 218 (2018), 304 (305 ff.). Ein anderes Konzept findet sich bei *Gawer*, Platforms, Markets and Innovation, *Gawer* in *Gawer*, Platform, Markets and Innovations, 2009, S. 45 ff. Vgl. *Niels* JCLE 2019, 327.

⁵¹ Vgl. die Begründung zu § 18 Abs. 2a und 3a GWB in BT-Drs. 18/10207, S. 46 ff.

⁵² *Wismar/Rasek*, Market definition in multi-sided markets, 2017, OECD-Dokument DAF/COMP/WD (2017) 33 FINAL, Ziff. 15.

⁵³ *Wismar/Rasek*, Market definition in multi-sided markets, 2017, OECD-Dokument DAF/COMP/WD (2017) 33 FINAL, Ziff. 16.

Plattformen, die sowohl vermitteln als auch eigene Leistungen anbieten (z.B. Amazon Marketplace), werden als Hybridplattformen bezeichnet. Je nach Verhältnis zum Nutzer kann eine Plattform auch als Kommissionär oder Stellvertreter agieren.⁵⁴

Die öffentliche Diskussion über Plattformen in der Regulierungsdebatte knüpft stark an die Unternehmen Microsoft, Google, Amazon, Facebook und Apple an. Sie haben es geschafft, von einer einzelnen Plattform aus ein starkes digitales Ökosystem zu etablieren und als „Gatekeeper“-Plattformen zu wirken, die den Zugang zu anderen Märkten kontrollieren.⁵⁵

III. Bisherige rechtliche Reaktion

Plattformen sind in zahlreichen Fällen und inzwischen auch in der Gesetzgebung Thema.

1. Einordnung von Plattformen

Digitale Plattformen gehören Unternehmen, also Einheiten, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, indem sie Waren oder Dienstleistungen am Markt anbieten.⁵⁶ Damit sind Plattform-Betreiber Adressaten des Wirtschaftsrechts. Die juristische Erfassung von Plattformen leidet darunter, dass diese in Kategorien sortiert werden müssen, die den neuartigen Elementen von Plattformen nicht wirklich gerecht werden. Rechtliches Arbeiten bedeutet auch, Begriffe für soziale Realitäten zu finden, die diese möglichst zutreffend abbilden.⁵⁷ Wenn digitale Plattformen immer nur behelfsweise mit Begriffen bezeichnet werden, die aus prä-digitalen Zeiten stammen, kann in der Folge die rechtliche Arbeit nicht passgenau fortgesetzt werden. In diesem Abschnitt wird daher dafür plädiert, neue Kategorien für dieses Phänomen zu entwickeln.

a) Vertragsrechtliche Erfassung

Die für Plattformen charakteristische Vermittlungsleistung wird im bestehenden Vertragsrecht nicht abgebildet. Das System des BGB

⁵⁴ Wismer/Rasek, Market definition in multi-sided markets, 2017, OECD-Dokument DAF/COMP/WD (2017) 33 FINAL, Ziff. 17.

⁵⁵ Vgl. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 1; *Spiecker genannt Döhmann*, GRUR 2019, 341 (342).

⁵⁶ St. Rspr., EuGH, 23.4.1991, C-41/90, ECLI: EU:C:1991:161, Rz. 21 – *Höfner und Elser/Macrotron*; EuGH, 17.2.1993, C-159/91, ECLI:EU:C:1993:63, Rz. 17 – *Poucet und Pistre/AGF und Cancava*; s. a. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

⁵⁷ Vgl. etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 8. Aufl. 2015, Rn. 150ff.

ist grundlegend auf Zwei-Personen-Verhältnisse hin ausgelegt. Für die Tätigkeit einer Plattform, deren Verhältnisse zu den unterschiedlichen Marktseiten einander bedingen, ist keine dies adäquat abbildende Rechtsfigur im BGB gegeben. Am ehesten entspricht die Tätigkeit einem Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB), der freilich zu zwei Seiten hin konstruiert werden muss (entgegen dem gesetzgeberischen Normbild in § 654). Der Maklervertrag führt jedoch ein Nischendasein im Zivilrecht, die vier dafür vorgesehenen Normen im BGB, die unverändert seit 1900 in Kraft sind, haben in der Praxis wenig Bedeutung.⁵⁸

Eine Analyse des Marktwächters Digitale Welt ergab ein völlig heterogenes Bild, welchen Vertragstypus Plattformbetreiber selbst angeben.⁵⁹ Eine Arbeitsgruppe der Justizministerien in Deutschland hat für *entgeltliche* Netzwerkverträge verschiedene Möglichkeiten der Typologisierung aufgezeigt, um dann zu schließen, „eine zukunfts feste Regelung, die soziale Netzwerke vertragstypologisch einordnet“, sei kaum möglich.⁶⁰ Dadurch fehlt allerdings dann auch das normative Leitbild, das beispielsweise für eine AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entscheidend wäre.

Noch komplexer wird die Problematik, wenn eine der Leistungen unentgeltlich erbracht wird, da dann die wesentlichen Vertragstypen des BGB (etwa Dienst-, Werk- oder Mietvertrag) gänzlich ausfallen. Der instruktive Versuch der genannten Arbeitsgruppe, Bezugspunkte für eine gegenseitige vertragliche Bindung zwischen unentgeltlich nutzendem Verbraucher und Plattform zu finden, zeigt die Problematik auf.⁶¹

Für ein heute sehr weit verbreitetes Vertragsverhältnis fehlt ein passender juristischer Begriff. Es ist Aufgabe des Rechts, Entwicklungen der Rechtspraxis normativ zu prägen und auf entsprechende Begriffe zu bringen, die den Kern eines (zulässigen) Verhaltens ausdrücken. Daher ist eine Rechtsfigur im BGB zu schaffen, die die Vermittlungsleistung einer digitalen Plattform zu mehreren Marktseiten hin verankert.⁶² Dabei sind zwei Besonderheiten zu berücksichtigen: Zum einen die möglicherweise unentgeltliche Leistungserbringung gegenüber einem Nutzer, ohne dass dadurch die Gegenseitigkeit in Frage gestellt wird, zum anderen die ggf. fehlende vertragliche Bindung zu einer Marktseite. Die Leistungsbeziehungen

⁵⁸ Vgl. *Fischer*, FS Bamberger, 2017, S. 35; *Thomale* JZ 2012, 716.

⁵⁹ Marktwächter Digitale Welt, Vermittlungsplattformen, 2019, S. 30.

⁶⁰ AG Digitaler Neustart der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.5.2017, S. 197.

⁶¹ Siehe AG Digitaler Neustart der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15.5.2017, S. 200 ff.

⁶² Vgl. *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (280 ff.).

wären daher als mehrseitiges Plattform-Netzwerk zu charakterisieren. Damit wären ein Ankerpunkt für weitergehende, systematische Regeln und ein normatives Leitbild für zahlreiche Vertragsverhältnisse der Praxis geschaffen.

b) Marktabgrenzung

Für die kartellrechtliche Einordnung ist entscheidend, auf welchen Märkten Unternehmen tätig sind und wie marktstark sie sind: Zahlreiche kartellrechtliche Regelungen knüpfen an Marktanteile oder Marktmacht an (z.B. § 19 Abs. 1 GWB, § 36 Abs. 1 S. 1 GWB, Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO, Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts). Das setzt eine Marktabgrenzung voraus. Diese soll das komplexe tatsächliche Geschehen der Wirtschaft auf einen juristisch handhabbaren Begriff bringen und die Wettbewerbsbeziehungen erkennen lassen. Auf welchen Märkten wirkt sich etwa die Tätigkeit eines Hotelbuchungsportals aus? Mit wem steht das Portal in Wettbewerb?⁶³

Grundsätzlich werden Märkte anhand der Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager abgegrenzt: Auf demselben Markt sind Unternehmen tätig, deren Produkte oder Leistungen als austauschbar mit den Produkten oder Leistungen des untersuchten Unternehmens anzusehen sind (sog. Bedarfsmarktkonzept).⁶⁴ Angewendet wird zur Ermittlung des Marktes häufig der sog. SSNIP-Test, bei dem ermittelt wird, ob ein Nachfrager bei einer dauerhaften Preiserhöhung um 5–10 % für Produkt A auf Produkt B ausweichen würde.⁶⁵ Ist dies der Fall, zählt Produkt B zum selben Markt wie Produkt A, falls nicht, bildet Produkt A einen eigenen Markt ohne Wettbewerber. Kartellbehörden kommen auf dieser Basis häufig zu kleinteiligen Marktabgrenzungen für einzelne Waren oder Leistungen.

Die Abgrenzung von Märkten mit Plattformen bereitet aus drei Gründen Schwierigkeiten:⁶⁶

- Bei mehrseitigen Plattformen ist mehr als eine Leistungsbeziehung relevant,

⁶³ Vgl. OLG Düsseldorf, 4.6.2019, Kart 2/16 (V), ECLI:DE:OLGD:2019:0604. KART2.16V.00, Rn. 49; Bundeskartellamt, 22.12.2015, B9–121/13 – *Booking.com*, Rn. 6, 131, 135; OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1714 (V) – *HRS*, Rn. 127.

⁶⁴ Vgl. *Kühnen* in LMRKML, GWB, 3. Aufl. 2016, § 18 Rn. 13–15.

⁶⁵ SSNIP = small but significant, non-transitory increase in price; vgl. Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes i.S. des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/03, Rn. 16 ff.; *Wingertes*, WuW 2016, 357.

⁶⁶ *Volmar*, Digitale Marktmacht, 2019, S. 193 ff.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 30 ff.; *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power in the Platform Economy, CERRE Report, 2019.

- das Vertrauen auf preisbasierte Indikatoren (wie im SSNIP-Test) ist fehleranfällig, da unentgeltliche Leistungen nicht erfasst werden, und
- die Grenzen zwischen Märkten verwischen immer stärker, was in der Marktabgrenzung aber kaum abgebildet werden kann.⁶⁷

In der Folge fällt es schwer, die Bedeutung von Plattformen zutreffend abzubilden. Insbesondere ihr marktübergreifendes Potenzial und die konglomeraten Effekte, also Wirkungen für benachbarte Produkte und Leistungen, werden bei Abgrenzung eines einzelnen Produktmarkts kaum erkennbar. Die Marktabgrenzung bleibt auch zu statisch: Sie füllt einen gegenwärtigen Zustand in ein Gefäß, ohne die fließenden Grenzen zu beachten.

Eine unterkomplexe Marktabgrenzung führt die kartellrechtliche Prüfung auf einen falschen Pfad: Ist ein Markt erst einmal bestimmt, orientiert sich die weitere Prüfung daran, sodass die Einschätzung von Marktmacht und Wettbewerbswirkungen verzerrt ist.

Immerhin wurde in der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 2a GWB klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht.⁶⁸ Der SSNIP-Test und das Vertrauen auf preisrelevante Faktoren sind damit zurückgedrängt. Darin liegt auch eine Abkehr von einem „more economic approach“, der darauf ausgerichtet ist, Wirkungsweisen von geschäftlichen Maßnahmen auf Euro und Cent genau zu errechnen.⁶⁹ Auf zahlenmäßige Messbarkeit ausgerichtete wirtschaftsrechtliche Modelle bedürfen der Ergänzung um normative Feststellungen, das ist die Konsequenz von § 18 Abs. 2a GWB.⁷⁰

Zunehmend wird diskutiert, auf die Marktabgrenzung gänzlich zu verzichten und stattdessen Wettbewerbsschädigungen unmittelbar zu ermitteln.⁷¹ Die Hinwendung zu einem solchen Modell würde allerdings eine Abkehr von dem spezifisch ordnungspolitischen Ansatz im Kartellrecht mit sich bringen: Das deutsche Kartellrecht ist als umfassendes Marktordnungsrecht zu verstehen. Der Marktbezug des Kartellrechts ist nicht bloßes Mittel für einen Interventionszweck, sondern Ausgangspunkt eines normativen Verständnisses von Recht, Politik und Ökonomie.⁷²

⁶⁷ *van Gorp/Batura*, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Studie für das ECON Komitee (2015), S. 52.

⁶⁸ Dazu *Podszun* in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 1 Rn. 20 ff.; vgl. *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121–127.

⁶⁹ Grundlegend *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2009, vgl. auch *Heinz*, WuW 2019, 439.

⁷⁰ Vgl. *Podszun* in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 1 Rn. 40 ff.

⁷¹ Vor allem *Kaplow*, 79 (1) Antitrust Law Journal, 2013, 361, *ders.*, 130 (5) Harvard Law Review, 2017, 1303.

⁷² Vgl. *Podszun*, 61(1) Antitrust Bulletin, 2016, 121 (129).

Empfohlen wird, die Marktabgrenzung offener zu gestalten und Instrumente wie den SSNIP-Test mit größerer Zurückhaltung anzuwenden.⁷³ Wirtschafts- und Wettbewerbsfaktoren, die nicht statisch und nicht preisorientiert sind, müssen berücksichtigt werden. In der neuen Bekanntmachung zur Abgrenzung der Märkte, die die EU-Wettbewerbskommissarin angekündigt hat,⁷⁴ sollte demnach die Rolle der Marktabgrenzung dahingehend bestimmt werden, die wirtschaftlichen Verhältnisse umfassend und in ihrer Dynamik zu erfassen. Es sollte klargestellt werden, dass Marktanteile nur eine Momentaufnahme sind, die in der Regel auf einen eng definierten Produktmarkt in zweiseitigen Austauschverhältnissen abzielt, aber keine Hilfestellung für mehrseitige Märkte bieten. In einer Entscheidung zur Marktabgrenzung sind daher immer Aussagen zu nicht-preisbezogenen Aspekten des Wettbewerbs, zur Dynamik des Marktes und zu möglichen Interdependenzen mit anderen Märkten oder Marktsegmenten aufzunehmen.

c) Marktmachtbestimmung

Marktmacht bleibt der entscheidende kartellrechtliche Anknüpfungspunkt. Dies ergibt sich für Deutschland schon aus der Kompetenznorm des Grundgesetzes, Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, demzufolge „die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen“ der kompetenzrechtliche Legitimationsgrund für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist.⁷⁵ Die Definition von wirtschaftlicher Macht bleibt demnach unumgänglich.

Die Marktmacht der Gatekeeper-Plattformen ist häufig auch der Ausgangspunkt rechtspolitischer Diskussionen. Im *Wall Street Journal* heißt es plastisch:

„Wer zum Beispiel eine Marke aufbaut, kann das aktive Facebook-Publikum von einer Milliarde Menschen nicht ignorieren. Jeder, der ein Unternehmen gründet, muss sicherstellen, bei Google gefunden werden zu können.“⁷⁶

Doch wie wird diese Marktmacht juristisch erfasst? Erster Ansatzpunkt für die Bestimmung von Macht ist die Kalkulation von Marktanteilen. Dies bleibt jedoch ein Indikator, der auf zweiseitige, entgeltliche Leistungsbeziehungen zugeschnitten ist. Bei mehrseitigen Märkten spiegeln Marktanteile nicht die wahre Stärke einer Plattform, weil Marktanteile durch die fehlende Berücksichtigung

⁷³ Vgl. Podszun, 61 (1) Antitrust Bulletin, 2016, 121.

⁷⁴ Siehe Vestager, 'Defining markets in a new age', speech at Chillin' Competition Conference, Brussels 9.12.2019.

⁷⁵ Vgl. Maunz in Maunz/Dürig, GG, 2019, Art. 74 Rn. 192.

⁷⁶ Clark/McMillan, „Facebook, Amazon and Other Tech Giants Tighten Grip on Internet Economy“, Wall Street Journal, 5.11.2015.

von Netzwerkeffekten und zusammenhängende Marktseiten, durch ihre Preis- und Stückzahlenfixierung und durch ihre Statik das Bild verzerren.⁷⁷ Bei einer Vermittlungsplattform ist unklar, ob nur auf vergleichbare Online-Dienstleistungen (Hotelbuchungsportale) abgestellt werden sollte, oder ob auch sonstige Online-Angebote (Hotel-Websites) und Offline-Dienste (Zimmervermittlung, Hotel vor Ort) berücksichtigt werden müssen.⁷⁸

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 18 Abs. 3a GWB bei der 9. GWB-Novelle der Marktanteilsfixierung gegengesteuert und weitere Kriterien „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ im Gesetz etabliert, die die Kriterien in § 18 Abs. 3 GWB ergänzen. Zu berücksichtigen sind bei digitalen Plattformen demnach auch

„1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte, 2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, 3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, 4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, 5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.“

§ 18 Abs. 3a kam zum ersten Mal für die Ticketing-Plattform CTS Eventim zum Tragen, über die nach den Ermittlungen des Amtes über 50% der Eintrittskarten für Veranstaltungen in Deutschland abgesetzt werden.⁷⁹ Das Bundeskartellamt untersagte ein Zusammenschlussvorhaben sowie Exklusivbindungen in Verträgen.⁸⁰

Der Gesetzgeber hat mit § 18 Abs. 3a GWB verdeutlicht, dass Netzwerkeffekte, der Zugriff auf Daten, und andere plattformtypische Erscheinungen in der Marktmachanalyse eine erheblich wichtigere Rolle spielen sollen.⁸¹ Art. 2 Abs. 1 FKVO sollte um entsprechende Faktoren ergänzt werden. Insbesondere darf die einseitige Fixierung auf Marktanteile nicht einen eindimensionalen Pfad begründen. Zur Klarstellung sollten § 18 Abs. 4 und 6 GWB, die feste Prozentzahlen als Vorgaben enthalten, gestrichen werden. Das schließt die Berechnung von Marktanteilen nicht aus. Deren Aussagekraft ist aber ständig zu hinterfragen.

⁷⁷ Siehe Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 10.10.2019, S. 29; Wismer/Rasek, 'Market Definition in Multi-Sided Markets', OECD Note DAF/COMP/WD (2017) 33; Lobse, ZHR 2018, 321; Tamke, NZKart 2018, 503; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 32.

⁷⁸ Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, S. 4.

⁷⁹ Bundeskartellamt, 23.11.2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, S. 43.

⁸⁰ Bundeskartellamt, 4.12.2017, B6-132/14-2 – CTS Eventim Missbrauchsverfahren; Bundeskartellamt, 23.11.2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists.

⁸¹ Vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drs. 18/10207, S. 39; Grave in Kersting/ Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2.

Für *safe harbour*-Regelungen, etwa in Art. 3 der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (VO (EU) Nr. 330/2010), die an Marktanteile anknüpfen, bleibt eine Marktanteilsberechnung erforderlich. Die in Art. 7 Buchst. a Vertikal-GVO vorgesehene Berechnung anhand des Absatzwertes stößt bei Internetplattformen an Grenzen, da in vielen Fällen eine Seite der Plattform für Nutzer unentgeltlich ist. Erforderlich ist, das Absatzkriterium um plattformspezifische Referenzwerte zu ergänzen, etwa die Zahl der vermittelten Transaktionen, die Nutzerzahlen oder die Aufenthaltsdauer in einem digitalen Ökosystem. Es bleibt aber das Problem, dass die Marktmacht bei Betrachtung nur einer Seite nicht richtig abgebildet werden kann.⁸² Nach einem erweiterten Verständnis von Marktmacht sind Aspekte wie der Zugang zu Daten, Netzwerkeffekte und Finanzmittel sowie *multi homing* zu berücksichtigen.⁸³ All das vermag ein starrer Wert im Gesetzestext nicht zu leisten, der aber für Unternehmen eine gewisse Rechtssicherheit bietet, an der sich Compliance-Maßnahmen ausrichten können. Aktuell besteht für Plattformen bei *safe harbour*-Regeln Rechtsunsicherheit. Die durch Marktanteils Grenzen vermittelte Rechtssicherheit greift nicht. Dies spricht dafür, starre Marktanteils Grenzen, die für übliche Horizontal- oder Vertikalverhältnisse gedacht sind, in Fällen mit Beteiligung von Plattformen außer Kraft zu setzen und für diese ein eigenes Regelungsregime zu schaffen. Während bei Transaktionsplattformen Umsatzanteile weiterhin ein Indikator für Marktmacht sein könnten, ist für andere Plattformen möglicherweise die auf einer Plattform/Website verbrachte Zeit relevant. Die britische Wettbewerbsbehörde hat die folgenden Aspekte für die Marktmachtbetrachtung bei Plattformen vorgeschlagen:

„share of consumer time spent on the platform; level of reach of consumers; share of digital advertising revenues; control over the rules or standards which apply in the market, and the ability to obtain and control unique data that is applicable outside the market.“⁸⁴

Derartige Faktoren müssten sich in einer neuen Regelung finden, wobei die Anteile an der verbrachten Zeit, die Nutzerzahlen, Reichweite, Werbeumsätze und sonstige Umsätze auch quantitative Messgrößen bereitstellen, die etwa für eine *safe harbour*-Regel genutzt werden können.

⁸² Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 10.10.2019, S. 30.

⁸³ Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, S. 5.

⁸⁴ Competition and Market Authority, Online platforms and digital advertising, Market Study Interim Report, 2019, S. 236.

d) Einordnung als Dienst der Informationsgesellschaft

Die wesentliche Aktivität von Plattformen besteht in der Eröffnung von Marktplätzen, auf denen eine Intermediationsleistung erbracht wird. Zugleich wirken sich die Geschäftsmodelle der Plattformen massiv in den Branchen aus, in denen die bedürfnisbefriedigende Leistung erbracht wird. Beispielfähig dafür sind Uber und Airbnb: Streng genommen führen diese Unternehmen Leistungserbringer (z.B. Anbieter von Personenbeförderung oder Anbieter von Übernachtungsmöglichkeiten) und Nachfrager dieser Leistungen (z.B. Fahrgäste oder Übernachtungsgäste) zusammen. Zugleich hat sich die Branche aber aufgrund des Einschreitens solcher Vermittler geändert. Für das regulatorische Regime stellt sich damit die Frage, ob diese Unternehmen als Vermittler anzusehen sind (und damit als „Dienst der Informationsgesellschaft“ im Sinne der e-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG) oder als Unternehmen, das in der Branche selbst tätig ist, beispielsweise als Verkehrsunternehmen im Fall von Uber. Die Entscheidung der Frage ist relevant für das jeweils anwendbare Regelungsregime.

Der EuGH hat im Fall *Uber* entschieden, dass die Vermittlung untrennbar mit der Verkehrsdienstleistung verknüpft ist und Uber damit dem Regime der Verkehrsregulierung unterworfen werden darf.⁸⁵ Im Fall *Airbnb* hingegen bejaht der EuGH, dass ein Dienst der Informationsgesellschaft vorliege, sodass nationale Anforderungen für Beherbergungsdienstleister nicht auf Airbnb direkt anwendbar sind.⁸⁶ Die unterschiedliche Würdigung wird am unterschiedlichen Einfluss der App-Betreiber festgemacht: Uber nehme entscheidenden Einfluss auf die Verkehrsdienstleistung, die App-Vermittlung sei integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus der Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtleistung. Uber steuert die Fahrten, die über die Plattform vereinbart werden, sehr akribisch – so weitgehend, dass schon in Zweifel gezogen wird, ob Uber-Fahrer noch selbstständige Unternehmer oder bereits abhängig Beschäftigte sind.⁸⁷ Sollte Letzteres der Fall sein, wäre Uber nicht mehr als Plattform zu klassifizieren. Der Grad der Kontrolle der Erbringung der Hauptleistung durch den App-Anbieter sei bei Airbnb geringer.⁸⁸ So werde weder

⁸⁵ EuGH, 20.12.2017, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981 – *Uber Spain*; EuGH, 10.4.2018, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221 – *Uber France*.

⁸⁶ EuGH, 19.12.2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 – *Airbnb*.

⁸⁷ Vgl. die Entscheidung des UK Employment Tribunal, 28.10.2016, 2202551/2015, *Mr Y Aslam, Mr J Farrar and others v Uber BV, Uber London Ltd & Uber Britannia Ltd, Cases 2202551/2015* und weitere, abrufbar unter <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf>.

⁸⁸ EuGH, 19.12.2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112 – *Airbnb*, Rn. 59 ff.

der Mietpreis durch Airbnb festgelegt, noch würden die zugelassenen Vermieter ausgewählt.

Die Folge ist eine erheblich unterschiedliche Behandlung der beiden – für die jeweilige Branche – disruptiven Dienste: Während Uber Dienste dem Personenbeförderungsrecht unterfallen und reguliert werden können, genießt Airbnb den Schutz der Dienstleistungsfreiheit und kann seine Dienste weitgehend unreguliert anbieten. Ob die graduellen Unterschiede zwischen den Geschäftsmodellen der beiden Vermittler eine derart unterschiedliche Behandlung tatsächlich rechtfertigen, ist fragwürdig. Sichtbar wird damit vor allem, dass das bisherige Regelungsregime auf diese Art von Unternehmen nicht eingestellt ist. Es bedarf eines gemeinsamen Ansatzes für Plattformen. Dazu sollte die Europäische Union eine eigene Kategorie für Plattformunternehmen schaffen. Im europäischen Wirtschaftsrecht wäre dazu eine Norm zu etablieren, die für derartige Unternehmen eine Kategorie schafft, die sodann Anknüpfungspunkt für eine regulatorische Ausgestaltung ist. Der richtige Standort für eine Neukategorisierung ist eine überarbeitete e-Commerce-Richtlinie.⁸⁹ Hier ist eine Definition von Plattformunternehmen aufzunehmen, die die datenbasierte Vermittlungsleistung auf einem „Marktplatz“ in den Mittelpunkt rückt und aufzeigt, dass daraus Rückwirkungen für Produkt- und Dienstleistungsmärkte entstehen.

e) Einordnung in der Vertikal-GVO

Die Schwierigkeiten der rechtlichen Einordnung des Plattform-Geschäfts zeigen sich auch bei Anwendung der kartellrechtlichen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (VO 330/2010).⁹⁰

So ist problematisch, ob eine Plattform in einem Vertikalverhältnis zu einem anderen Unternehmen steht, also auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig wird, und ob die Plattform dabei als Anbieter oder Abnehmer auftritt.⁹¹ Die Plattform erbringt im Sinne der Vertikal-GVO nur dann selbst eine Leistung, wenn sie Weiterverkäufer und damit Abnehmer im Sinne der Vertikal-GVO ist. Einzelne Klauseln müssten zudem gem. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Vertikal-GVO Bedingungen für den Bezug oder den Weiterverkauf regeln.⁹²

⁸⁹ Käseberg, Promoting competition in platform ecosystems, VOX CEPR, 12.12.2019.

⁹⁰ Siehe Bundeskartellamt, Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie, Hintergrundpapier, 10.10.2019.

⁹¹ Bundeskartellamt, Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie, Hintergrundpapier, 10.10.2019, S. 9.

⁹² Letzteres ist umstritten, weil Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Vertikal-GVO voraussetzt, dass die Klausel „die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen“, vgl. OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS, Rz. 164 mwN; anders dann OLG Düsseldorf, 4.12.2017, VI-U (Kart) 5/17 – Expedia, Rz. 30ff.

Im *HRS*-Verfahren um Preisparitätsklauseln eines Hotelbuchungsportals ist das OLG Düsseldorf zwar davon ausgegangen, dass das Hotelportal gegenüber den Hotels auf einer vorgelagerten Vertriebsstufe tätig wird. Allerdings regeln, so das OLG, die Preisparitätsklauseln weder die Bedingungen für den Bezug der Vermittlungsleistungen noch für den Weiterverkauf dieser Dienstleistungen durch die Hotelunternehmen.⁹³ Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die Entscheidung im geltenden Recht davon abhängig ist, wie im konkreten Fall die Mitwirkung an der Transaktion und die Übernahme der Verantwortung für die Transaktion einzustufen sind.⁹⁴ Dies kann freilich eine im Einzelnen komplizierte Abgrenzungsfrage sein, da auf die konkrete Funktion der Plattform im spezifischen Kontext abgestellt werden muss.⁹⁵ Plattformen dürften regelmäßig nicht als „echte Handelsvertreter“ im Sinne der Vertikal-GVO anzusehen sein.⁹⁶

Die umfassende Freistellung nach Art. 2 Vertikal-GVO vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen gilt unter Umständen nicht, wenn eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern geschlossen wird. So ist beispielsweise Amazon als Betreiber des Amazon Marketplace Anbieter einer Vorleistung für ein Handelsunternehmen, das auf dieser Plattform verkauft. Zugleich ist Amazon aber auch selbst Verkäufer und damit Wettbewerber des Handelsunternehmens. Damit ist Amazon eine sog. Hybridplattform, die sowohl in einem vertikalen als auch in einem horizontalen Verhältnis zu Händlern steht. In diesem Verhältnis könnte einerseits grundsätzlich gelten, dass – da horizontale Elemente vorliegen – der Vorteil der Gruppenfreistellung nicht greift (Art. 2 Abs. 4 S. 1 Vertikal-GVO). Andererseits kann auch argumentiert werden, dass die Rückausnahme für den Dualvertrieb (Hersteller vertreibt selbst und vertreibt über Händler, Art. 2 Abs. 4 S. 2 Vertikal-GVO) passt. Allerdings sind Plattformen mit ihren Vermittlungsleistungen nicht mit Herstellern vergleichbar, die eigene Produkte über zwei Vertriebskanäle ausspielen.⁹⁷ Aus diesem Grund

⁹³ OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), WuW 2015, 394, Rn. 123 ff. – *HRS-Bestpreisklausel*. Siehe aber OLG Düsseldorf, 4.12.2017, VI-U (Kart) 5/17, WuW 2018, 88 Rn. 30 ff. – *Expedia*.

⁹⁴ Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 10.10.2019, S. 8.

⁹⁵ Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 10.10.2019, S. 9.

⁹⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie, Hintergrundpapier, 10.10.2019, S. 13; *Nolte* in Langen/Bunte, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, Nach Art. 101 AEUV, Rn. 652; Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, S. 3.

⁹⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 10.10.2019, S. 10, 12.

ist eine Privilegierung der Hybridplattformen dem Sinn und Zweck nach nicht gerechtfertigt.

Die Überlegungen im Einzelnen belegen vor allem, dass die Bemühungen um die Einordnung von Plattformen ins hergebrachte Alphabet der Rechtsfiguren scheitern müssen. Dahinter steht aber nicht nur eine Frage der Terminologie. Zur Entscheidung steht mit diesen Fragen zum Anwendungsbereich der Vertikal-GVO jedes Mal, ob die Geschäftsbeziehung zwischen Plattform und Vertragspartner der Plattform eine Privilegierung erhalten soll, die dazu führt, dass wettbewerbsbeschränkende Klauseln erlaubt sind. Solche Privilegierungen werden bei vertikalen Vereinbarungen damit gerechtfertigt, dass der *interbrand*-Wettbewerb (zwischen gleichartigen Produkten verschiedener Wertschöpfungsketten) gestärkt wird, wenn auch zu Lasten des *intra-brand*-Wettbewerbs (zwischen konkurrierenden Anbietern des gleichen Produkts).⁹⁸ Dieses Schema ist linear in einer Kette von Unternehmen gedacht, die mit einer anderen Kette von Unternehmen in Wettbewerb steht. Plattformen arbeiten jedoch ganz anders: Sie sind zentrale Hubs, ordnen sich nicht linear ein, sondern werden in verschiedene Richtungen aktiv. Eine Einordnung in die Vertikal-GVO wird den wettbewerblichen Wirkungen der Plattformen (die sowohl positiv als auch negativ sind) nicht gerecht.

Bei der derzeit anstehenden Überarbeitung der Vertikal-GVO verbieten sich daher simple Einordnungen. Sinnvoll erscheint es, die Beziehungen von Plattformen zu Unternehmen aus dem Anwendungsbereich der Vertikal-GVO herauszunehmen und anderweitig zu regulieren. Für starke Plattformen wird aufgrund der Marktanteils-grenze in Art. 3 Vertikal-GVO diese ohnehin nicht greifen können. Bei anderen Plattformgestaltungen stehen stärker horizontale Elemente im Vordergrund, die jedoch nicht ohne die vertikalen Verbindungen aufgelöst werden können. Die Klassifizierung als horizontal oder vertikal bleibt einem Dualismus verhaftet, der die Wirkungen von Plattformen ausblendet. Die Vertikal-GVO ist daher nicht der richtige Regelungsort für die Rechtsbeziehungen von Plattformen, da diese sich eben mit ihrer Stellung nicht in ein typisches Vertikal-Verhältnis begeben. Soweit eine Regelung erforderlich ist, sollte diese daher in einem gesonderten Rechtsakt vorgenommen werden.

2. Die Plattformökonomie vor Gericht und in Behörden

Gerichte und Behörden hatten inzwischen eine große Zahl von Fällen zu entscheiden, an denen Plattformunternehmen beteiligt waren.

⁹⁸ Ellger in Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2019, Vertikal-GVO Art. 2 Rn. 116f.

a) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

Das Bundeskartellamt entdeckte die digitale Ökonomie relativ früh als Betätigungsfeld. Das Amt griff nicht nur durch die Entscheidung von Fällen ein, sondern auch mit Arbeitspapieren, einem eigenen „Think Tank“ zur digitalen Ökonomie und der Öffentlichkeitsarbeit.⁹⁹

Aus der Fallarbeit ist die Befassung mit Hotelbuchungsplattformen wie HRS, Expedia oder Booking hervorzuheben. Diese verpflichteten die Hotels, dem Hotelportal den jeweils günstigsten Hotelpreis, die höchstmögliche Zimmerverfügbarkeit und die günstigsten Buchungs- und Stornierungskonditionen im Internet einzuräumen. Während die Kartellamts-Untersagung sog. weiter Bestpreisklauseln vom OLG Düsseldorf bestätigt wurde, wurde die Untersagung sog. enger Bestpreisklauseln vom selben Gericht aufgehoben.¹⁰⁰ In den Hotelfällen entstand ein europäischer Flickenteppich, da in verschiedenen Mitgliedstaaten Behörden, Gerichte und sogar Gesetzgeber unterschiedlich auf die Veränderungen im Übernachtungsgewerbe reagierten.¹⁰¹ Bis heute sind die Verfahren zum Teil noch nicht rechtskräftig abgeschlossen; die kartellrechtliche Behandlung der Bestpreisklauseln bleibt auch in der Literatur umstritten.¹⁰²

Bei der Frage, inwiefern Hersteller ihren Vertriebshändlern den Onlinehandel verbieten können oder dafür Auflagen machen können, positionierte sich das Bundeskartellamt auf Seiten der Händler und damit der Plattformen.¹⁰³ Es hielt daran auch nach der *Coty*-Entscheidung des EuGH fest, die den Herstellern größere Spielräume ermöglichte.¹⁰⁴

Ein gänzlich anderes Feld ist die Zusammenarbeit von Unternehmen bei B2B-Plattformen. Hier können kartellrechtliche Probleme

⁹⁹ Siehe etwa Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016.

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), WuW 2015, 394 – *HRS*; OLG Düsseldorf, 4.6.2019, VI-Kart 2/16 (V), WuW 2019, 386 – *Enge Bestpreisklausel II*.

¹⁰¹ Überblick bei *Alfter/Hunold*, WuW 2016, 525; nachfolgend noch LG Köln, 16.2.2017, 88 O (Kart) 17/16.

¹⁰² Siehe etwa *Hamelmann/Haucap/Wey*, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Meistbegünstigungsklauseln auf Buchungsplattformen am Beispiel von HRS, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 72, 2015; *Zimmer/Blaschczok*, JECLAE 2014, 187; *Tamke*, WuW 2015, 594; *Galle*, WuW 2014, 587; *Fiebig*, WuW 2013, 812; *Wiemer*, Meistbegünstigungsklauseln und zweiseitige Märkte, 2019; Siehe auch Bundeskartellamt, Fallbericht, 26.11.2013, B6-46/12 – *Amazon Marketplace*.

¹⁰³ Bundeskartellamt, Fallbericht, 17.7.2019, B2-88/18.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, 6.12.2017, C-230/16, WuW 2018, 27 – *Coty*; Bundeskartellamt, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“: Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach *Coty* und *Asics* – wie geht es weiter?, 2.10.2018.

durch intensiven Informationsaustausch oder durch die dominante Rolle des Betreibers einer solchen industriellen Plattform entstehen. Bislang hat das Bundeskartellamt im Fall *XOM Metals* über eine Prüfung im Stahlgeschäft durch einen Fallbericht informiert.¹⁰⁵ Dieser Bericht gibt erste Maßstäbe für das Aufsetzen solcher Plattformen, die für Projekte im Bereich des Industrial Internet of Things wichtig sind, vor.

Ergänzend bleibt auf die private Rechtsdurchsetzung hinzuweisen. Auch bei den für Kartellsachen zuständigen Landgerichten in Deutschland haben immer mehr Fälle einen Daten- oder Netzbezug. Beispielhaft dafür steht eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg: Es untersagte eine Klausel in der Satzung einer Taxigenossenschaft, die Taxifahrern verbot, ihre Positionsdaten an eine Taxi-App weiterzugeben, wenn der Fahrauftrag zuvor von der Taxigenossenschaft vermittelt wurde.¹⁰⁶ Eine solche Bestimmung hätte das Angebot alternativer Plattformbetreiber, also neuer Marktakteure im Bereich der Taxidienste, stark behindert.

b) Missbrauchskontrolle

Das Bundeskartellamt hat mit seiner *Facebook*-Entscheidung 2019 der Integration der Nutzerdaten aus verschiedenen Diensten bei Facebook eine Grenze gesetzt, die nicht nur datenschutzrechtlich, sondern auch wettbewerblich motiviert ist, da durch sie eine Verstärkung der systemischen Macht erfolgt.¹⁰⁷ Konzeptionell ist das Verfahren allerdings umstritten.¹⁰⁸

Die Europäische Kommission hat drei Rekord-Geldbußen gegen Google verhängt und verschiedene Aspekte des Google-Geschäftsmodells angegriffen: In *Google Shopping* war dies die Bevorzugung eigener Produkte in der Suchliste.¹⁰⁹ In *Google Android* hat die Kommission die Absicherung des Betriebssystems Android sowie das Zusammenwirken mit verschiedenen anderen Google-Diensten durch Exklusivitätsbindungen untersagt und bebußt.¹¹⁰ Der Fall *Google AdSense* bezieht sich auf Exklusivitätsschranken im Werbemodell.¹¹¹

Allen Verfahren ist gemein, dass sie als Missbrauchsverfahren, gestützt auf Art. 102 AEUV bzw. das deutsche Äquivalent in § 19

¹⁰⁵ BKartA, Fallbericht, 27.3.2018, B5-1/18-01.

¹⁰⁶ OLG Nürnberg, 22.1.2016, 1 U 907/14 – *Taxi-Positionsdaten*, WuW 2016, 194.

¹⁰⁷ Bundeskartellamt, 6.2.2019, B6-22/16 – *Facebook*; nachf. OLG Düsseldorf, 26.8.2019, VI-Kart 1/19 (V), WuW 2019, 519 – *Facebook*.

¹⁰⁸ Vgl. *Thomas*, NZKart 2017, 92; *Jäger/Wiedmann*, K&R 2016, 217.

¹⁰⁹ Europäische Kommission, 27.6.2017, AT.39740 – *Google Shopping*.

¹¹⁰ Europäische Kommission, 18.7.2018, AT.40099 – *Google Android*.

¹¹¹ Europäische Kommission, 20.3.2019, AT.40411 – *Google AdSense* (unveröffentlicht).

GWB, nun bei Gerichten anhängig sind, sodass rechtskräftige Entscheidungen auch viele Jahre nach Beginn der Ermittlungen noch ausstehen.¹¹²

Abhilfemaßnahmen, die das problematische Verhalten stoppen könnten, sind schwierig zu gestalten.¹¹³

Gerade die Missbrauchsverfahren haben wichtige Impulse für die Sachverhaltsklärung und die Fortentwicklung des Rechts gegeben. Sie bleiben bislang aber eher Nadelstiche, mit denen die auf der Vermachtung von Märkten basierenden Praktiken noch nicht oder jedenfalls nicht schnell genug begrenzt werden konnten.

c) Fusionskontrolle

Eine einfachere und stärkere Wirkung geht grundsätzlich von den raschen Entscheidungen im Fusionskontrollverfahren aus. Das Bundeskartellamt prüfte u.a. die Zusammenschlussvorhaben der Immobilienplattformen Immowelt/Immonet sowie der Datingportale Parship/ElitePartner.¹¹⁴

Die Silicon-Valley-Unternehmen Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft haben durch externe Zukäufe ihren Zugriff auf verschiedene Produkte und Märkte ausgedehnt. Bundeskartellamt und Europäische Kommission haben diese Expansion kaum geprüft. Von den zahllosen Fusionsaktivitäten unterfielen nur wenige in den vergangenen Jahren der Zusammenschlusskontrolle. Meist scheiterte eine Befassung der Wettbewerbsbehörden daran, dass die Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle nicht erreicht wurden.¹¹⁵ Die Europäische Kommission hat bislang überhaupt erst drei Zusammenschlüsse geprüft, an denen Google beteiligt war.¹¹⁶ Wikipedia nennt – in einer nicht vollständigen Liste – über 220 Zusammenschlüsse, an denen Google [Alphabet] zwischen 2001 und 2019 beteiligt war.¹¹⁷

¹¹² Das OLG Düsseldorf hat im einstweiligen Verfahren die Verfügung des Bundeskartellamts im Facebook-Verfahren gestoppt, siehe OLG Düsseldorf, 26.8.2019, VI-Kart 1/19 (V), WuW 2019, 519 – *Facebook*.

¹¹³ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 118; *Vesterdorf/Fountoukakos*, 9 (1) JECLAP, 2018, 3.

¹¹⁴ Bundeskartellamt, Fallbericht, 20.4.2015, B6–39/15 – *Immowelt/Immonet*; Bundeskartellamt, 22.10.2015, B6–57/15 – *Parship/ElitePartner*.

¹¹⁵ Vgl. *Podszun*, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten für Finanzplatz München Initiative, 2017, S. 34.

¹¹⁶ Europäische Kommission, 13.2.2012, M. 6381 – *Google & Motorola Mobility*; Europäische Kommission, 11.3.2018 M.4731 – *Google & Doubleclick*; Europäische Kommission, 23.2.2016, M.7813 – *Sanofi & Google*.

¹¹⁷ Siehe https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet#List_of_mergers_and_acquisitions.

Der deutsche Gesetzgeber hat gegengesteuert, indem eine transaktionsvolumenbasierte Aufgreifschwelle im GWB eingeführt wurde:¹¹⁸ Zahlt ein Unternehmen einen Kaufpreis von über 400 Millionen Euro für ein anderes Unternehmen, wird davon ausgegangen, dass die Transaktion eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung hat und eine Kontrolle durch die Kartellbehörden geboten ist.

Selbst wenn Fälle ausnahmsweise anmeldepflichtig sind, ist dies aber keine Garantie für ein kartellbehördliches Einschreiten bei den Übernahmen durch die großen Digitalkonzerne, wie etwa die Freigabe des Erwerbs von WhatsApp durch Facebook belegt, bei der auf nur 36 Seiten keine wettbewerblichen Bedenken festgestellt wurden.¹¹⁹

Das Zusammengehen des Google-Gesundheitsunternehmens Verily mit dem Medizinunternehmen Sanofi für ein Joint Venture zeigt beispielhaft, wie die Europäische Kommission 2016 traditionellen Mustern verhaftet war:¹²⁰ Die Unternehmen Sanofi und Google seien auf getrennten Märkten tätig und hätten zwar auf diesen Märkten eine jeweils starke Marktposition. Es komme aber nicht zu horizontalen Überschneidungen, sodass keine wettbewerblichen Bedenken vorlägen. Vor einem eventuellen Verbraucher-*lock-in* schütze zudem der Anspruch auf Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO.

Die Integration der Märkte, die Schwierigkeiten der Datenportabilität bei digitalen Ökosystemen und mögliche konglomerate Effekte wurden in der Freigabeentscheidung zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens so gut wie nicht gewürdigt.¹²¹

So bleibt es dabei, dass insbesondere auf europäischer Ebene zahlreiche relevante Zusammenschlüsse nicht der Fusionskontrolle unterworfen sind, obwohl sie volkswirtschaftlich bedeutsam sind.

d) Recht des unlauteren Wettbewerbs

In mehreren Verfahren war das Verhalten von Plattformen auch Gegenstand der Überprüfung anhand des UWG. So mussten Anbieter wie Uber etwa wegen Verstoßes gegen das Personenbeförderungsgesetz und damit § 3a UWG (Rechtsbruchtatbestand) Tätigkeiten in Deutschland vorübergehend einstellen.¹²² Für eine Ticket-

¹¹⁸ Vgl. § 35 Abs. 1a GWB. Dazu *Meyer-Lindemann* in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 309 ff.

¹¹⁹ Europäische Kommission, 3.10.2014, M.7217 – *Facebook & Whatsapp*.

¹²⁰ Europäische Kommission, 23.2.2016, M.7813 – *Sanofi & Google*; Dazu Podszun, CPI Autitrust Chronicle, Februar 2018.

¹²¹ Zu konglomeraten Effekten s. *Bourreau/de Streeck*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 87.

¹²² BGH, 13.12.2018, I ZR 3/16, GRUR 2019, 198 – *Uber Black II*; LG Frankfurt am Main, 19.12.2019, 3–06 O 44/19, GRUR-RS 2019, 34983.

Verkaufsplattform wurde ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot festgestellt, da der wahre Vertragspartner nicht offengelegt wurde.¹²³ Auch Bewertungen auf Bewertungs- und Vergleichsportalen waren mehrfach Thema der Rechtsprechung.¹²⁴ Das Bundeskartellamt hat 2019 eine Sektoruntersuchung zu Nutzerbewertungen nach § 32e Abs. 5 GWB eingeleitet.¹²⁵

Das UWG ist eine gut geölte Durchsetzungsmaschine, die auch im digitalen Sektor zu Entscheidungen führt. Die Tatbestände sind allerdings ganz überwiegend noch in ihrer Gestaltung und Interpretation an Offline-Erscheinungen geknüpft. Die Übersetzung ins Online-Zeitalter ist zuweilen brüchig.

Plattformen wurden auch als Verantwortliche für Verstöße Dritter wegen Verletzung lauterkeitsrechtlicher Sorgfaltspflichten herangezogen.¹²⁶ Die Haftung des Plattformbetreibers ist nicht abschließend geklärt. Sie wird über lauterkeitsrechtliche Verkehrspflichten konstruiert,¹²⁷ was ein dogmatisch und praktisch problematisches Modell ist.

Die in Deutschland ganz überwiegend private Rechtsdurchsetzung in Einzelfällen gerät an ihre Grenzen, da Ermittlungs- und Durchsetzungsschwierigkeiten zunehmen. Gehen die nach § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierten Institutionen (Verbände, Mitbewerber, Kammern) gegen eine geschäftliche Handlung vor, tragen sie die Beweislast. Das ist beim Einsatz von Daten und Algorithmen eine hohe Hürde (Stichwort: *black box*).¹²⁸ Bloß „auf Verdacht“ können Abmahnungen nicht ausgesprochen werden. Im Verfahren tragen die privaten Parteien das Risiko. Das ist gerade bei umsatzstarken Gegnern oder Abhängigkeitssituationen eine weitere Abschreckung. Behördliche Ermittlungen und Entscheidungen bei Verstößen gegen die Fairness im Wettbewerb sind in Deutschland nicht vorgesehen.

Den digitalen Plattformen kommt auch ein *status-quo-bias*¹²⁹ zugute: Haben sie durch rasches Agieren im Markt erst einmal Prakti-

¹²³ LG München I, 4.6.2019, 33 O 6588/17, ECLI:DE:LGMUEN1:2019:0604.33O6588.17.0A.

¹²⁴ BGH, 19.3.2015, I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 – *Hotelbewertungsportal*; OLG Frankfurt am Main, 22.2.2019, 6 W 9/19, MMR 2019, 313.

¹²⁵ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Pressemitteilung, 23.5.2019.

¹²⁶ OLG Düsseldorf, 18.6.2013, I-20 U 145/12, GRUR-RR 2013, 433 – *Internetportal*. S. a. OLG Köln, 23.9.2014, 6 U 115/14, MMR 2014, 817 zur Frage, ob ein Händler, der auf Amazon verkauft, Teledienstanbieter ist (verneint).

¹²⁷ *Obly*, GRUR 2017, 441 ff.; *Goldmann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 433 ff.

¹²⁸ Instrukтив *Pasqaule*, The Black Box Society, 2015.

¹²⁹ Zum *status quo bias* *Samuelson/Zeckhauser*, 1 Journal of Risk and Uncertainty, 1988, 7.

ken in neuartigen Geschäftsfeldern oder mit neuartigen Geräten etabliert, fällt die Kritik daran schwer, obwohl möglicherweise Verstöße vorliegen. Ein treffendes Beispiel dafür ist die Influencerwerbung, die lange Zeit in sozialen Netzwerken ohne Kennzeichnungspflicht hingenommen wurde, bis die UWG-Maschine auf Touren kam.¹³⁰

Das Vorgehen erinnert dann zuweilen an die „cellophane fallacy“ des kartellrechtlichen Missbrauchsrechts: Demnach kann ein Preis, der auf einem Markt etabliert ist, der durch die Anwesenheit eines mächtigen Unternehmens bereits verzerrt ist, nicht als Vergleichspreis für die Marktdefinition herangezogen werden.¹³¹ Sonst würde sich die Marktverzerrung in der Marktabgrenzung niederschlagen. Im Digitalbereich sind einzelne Unternehmen binnen kürzester Zeit zu außerordentlich starken Marktakteuren geworden. Sie haben in diesem gänzlich neuen Bereich der Wirtschaft die „Standards“ gesetzt. Ihr Verhalten zum Ausgangspunkt für normative Standards zu nehmen, würde den Fehler reproduzieren – Facebook beispielsweise hat die Standards gesetzt, welche Daten von Nutzern gesammelt werden. Wenn nun darauf abgestellt würde, dass in einem bestimmten Datensammelverhalten kein Ausfluss von Marktmacht liegen kann, weil auch kleinere Unternehmen in ähnlicher Weise Daten sammeln, würde nicht berücksichtigt, dass Facebook diese Intensität erst als marktüblich etabliert hat. Es läge ein Sein-Sollens-Fehlschluss vor. Das Verhalten der ersten und besonders starken Marktteilnehmer zum Ausgangspunkt für eine Rechtsetzung zu nehmen, die sich dann „evidenzbasiert“ nennt, geht am normativen Anspruch des Rechts vorbei.

Für manche Segmente wie sprachgesteuerte Transaktionen mit digitalen Assistenten in der Wohnung, datenhungrige Geschäftsmodelle, Bewertungs- und Vergleichsportale fehlen Maßstäbe weitgehend. In digitalen B2B-Beziehungen spielt in Deutschland das UWG kaum eine Rolle, obwohl es im deutschen Modell auch dem Mitwerberschutz verpflichtet ist.

e) Zusammenfassung

Kartellrecht und Lauterkeitsrecht sind die beiden den Wettbewerb ordnenden Rechtsmaterien. Sie setzen den grundlegenden Ordnungsrahmen für die Wirtschaft mit universellem, d.h. branchenübergreifendem Anspruch. Schon aus der Fallpraxis heraus lässt sich

¹³⁰ Troge, GRUR-Prax 2018, 87 ff.; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, GRUR 2018, 1004 (1008).

¹³¹ Der Fehler wird auf einen Zellophan-Fall vor dem US Supreme Court zurückgeführt, 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1264 – *United States v El du Ponte de Nemours*.

feststellen, dass der aktuelle Rechtsrahmen die Herausforderungen der Plattformökonomie nicht vollständig zu bewältigen vermag.

Zwar bieten die generalklauselartig formulierten Tatbestände materiell-rechtlich meist eine Handhabe. Die behördliche Rechtsdurchsetzung durch das Bundeskartellamt und die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission bleibt aber insoweit defizitär, als Verfahren die gewünschten Marktwirkungen nicht oder nicht rechtzeitig erzielen können.¹³² Zudem sind ältere Konzepte – wie der SSNIP-Test – überholt, neuere – wie der Ausbeutungsmissbrauch bei *Facebook* – sehr umstritten.¹³³

Neben solche Probleme treten die „blinden Flecken“: Für die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gem. §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV ist Marktmacht erforderlich. Dadurch können manche Phänomene der Plattformökonomie nicht gut erfasst werden, beispielsweise die Effekte zwischen benachbarten Märkten. Die Marktmachtbestimmung wird der zunehmenden Integration der Märkte, ihrer Prägung durch unentgeltliche Leistungen und dem Einsatz von Daten nicht mehr gerecht. Im Lauterkeitsrecht werden Fälle nicht aufgegriffen, deren Unzulässigkeit nicht von außen erkennbar ist oder bei denen eine Rechtsdurchsetzung für private Akteure zu riskant ist. Für manche Aktivitäten fehlen noch jegliche Fairness-Maßstäbe, zumal die Vorstellung von angemessenem unternehmerischem Auftreten der beruflichen Sorgfalt mitgeprägt wird von Unternehmen, die als erste am Markt tätig sind.

Für die betroffenen Märkte ist die wettbewerbliche Ordnung daher nicht umfassend gewährleistet.

3. Reaktionen der Legislative

Die Gesetzgeber haben mit ersten Maßnahmen reagiert.

2017 wurde in Deutschland die 9. GWB-Novelle verabschiedet, eine erste kartellrechtliche Reaktion des Gesetzgebers auf Verschiebungen durch die Digitalisierung. Ins Gesetz wurden die transaktionsvolumenbasierte Umsatzschwelle für die Fusionskontrolle (§ 35 Abs. 1a GWB), die Klarstellung zu unentgeltlichen Leistungen (§ 18 Abs. 2a) und die neuen Marktmachtkriterien (§ 18 Abs. 3a) aufgenommen. Weitere Neuerungen hat das Bundeswirtschaftsministerium in einem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle 2020 vorgeschlagen.¹³⁴

¹³² Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 98; *Pautke/Schultze*, WuW 2019, 2.

¹³³ Vgl. zum Streitstand *Wolf* in MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, GWB § 19 Rn. 34.

¹³⁴ Referentenentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz (abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf>).

Für das UWG wurden behördliche Ermittlungsbefugnisse für das Bundeskartellamt und das Recht zur *amicus curiae*-Position in zivilrechtlichen Streitigkeiten für die Behörde eingeführt (§§ 32e Abs. 5, 90 Abs. 6 GWB).¹³⁵

Auf europäischer Ebene wurde im Zuge des „New Deal for Consumers“ die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie 2005/29/EG) zum 7.1.2020 geändert (die Umsetzung ins UWG steht noch aus).¹³⁶ Die Richtlinie enthält eine Transparenzpflicht hinsichtlich der Frage, ob der Anbieter auf einer Plattform Gewerbetreibender ist oder nicht (Art. 7 Abs. 4 Buchst. f UGP-RL). Vor allem müssen Online-Marktplätze (nicht Online-Suchmaschinen) die Hauptparameter von Rankings angeben (Art. 7 Abs. 4a UGP-RL) und sicherstellen, dass Bewertungen nur von Verbrauchern stammen, die die Produkte tatsächlich verwendet oder erworben haben (Art. 7 Abs. 6 UGP-RL, Anhang I Nr. 23b und 23c UGP-RL). Als *per-se*-Verstoß gilt es, wenn nicht offengelegt wird, dass eine Platzierung im Ranking erkaufte wurde (Anhang I Nr. 11a UGP-RL).

Mit der 2019 verabschiedeten EU-Verordnung zur Fairness im Verhältnis von Plattformen zu Unternehmen, die über die Plattform anbieten (sog. P2B-Verordnung)¹³⁷ und der Geoblocking-Verordnung von 2018 (VO (EU) 2018/302) liegen erste Würfe vor, die der Einstieg in die Regulierung der Plattformökonomie sind. Die Geoblocking-Verordnung verbietet das Diskriminieren im digitalen Binnenmarkt. Die P2B-Verordnung sieht vor allem Transparenzpflichten vor, die sich auf Regelungsgegenstände erstrecken, die für digitale Ökosysteme wichtig sind, etwa Exklusivitätsbindungen für Lieferanten oder Selbstbevorzugung (siehe unten). Bei der Überarbeitung der AVMD-Änderungsrichtlinie 2018/1808/EU hat die Europäische Union Videoplattformdienste erstmals legaldefiniert (in Art. 1 Abs. 1a aa) und mit einem eigenen Regulierungssystem versehen (Kapitel IXa). Zudem wird eine Gruppe europäischer Regulierungsstellen eingesetzt (ERGA, Art. 30b). Für den Finanzsektor wurde die PSD2-Richtlinie 2015/2366/EU erlassen. Diese ist vor allem wegen des darin vorgesehenen Mechanismus zur Öffnung einer Schnittstelle für Drittdienstleister in Art. 36 interessant, da

¹³⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Vergleichsportale (Bericht), 2019, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Vergleichsportale_Bericht.pdf.

¹³⁶ Vgl. Art. 3 Richtlinie (EU) 2019/2161. Dazu *Alexander*, WRP 2019, 1235.

¹³⁷ Verordnung (EU) 2019/1150 vom 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186/57 v. 11.7.2019. Dazu *Busch*, GRUR 2019, 788ff.; *Polley/Pesch/Tönnies*, WuW 2019, 494.

damit ein wettbewerbliches Schlüsselthema in Datenmärkten geregelt wird (Open Banking).¹³⁸

Zu beobachten ist, dass Intermediäre in allen Rechtsgebieten verstärkt als Verantwortliche herangezogen werden.¹³⁹ Hinzu treten die hergebrachten Regeln des Kartell- und Lauterkeitsrechts.

Erste Ansätze der Gesetzgeber für eine „Plattformregulierung“ liegen damit vor, ein umfassendes und einheitliches Regelungsregime für Plattformdienste ist aber noch nicht erkennbar. Es fehlt, sowohl im BGB als auch im europäischen Regulierungsrecht, noch die systematische Einordnung. Der wesentliche Kern des Geschäftsmodells wird von der Rechtsordnung an vielen Stellen noch nicht anerkannt, die wirtschaftsrechtliche Durchdringung und Regelung ist daher bislang defizitär.

¹³⁸ Vgl. *Wismeyer/Herzog*, NJW 2020, 288 (289); *Colangelo/Borgogno*, Data, Innovation and Transatlantic Competition in Finance, Transatlantic Technology Law Forum – European Union Law Working Papers No. 35, 2018.

¹³⁹ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329; *Paal*, MMR 2018, 567 (Medienrecht); *Wagner* in MüKo, BGB, 7. Aufl. 2017, § 823, Rn. 733 ff. (Deliktsrecht); *Obly*, ZUM 2015, 308 (Immaterialgüterrecht); *Spindler*, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 286 ff. (IT-Sicherheit); *Maultzsch* in *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler*, Plattformen, 2018, S. 223 (Vertragsrecht).

B. Prinzipien für Plattformen

Betreiber digitaler Plattformen werden wirtschaftlich tätig, indem sie Marktplätze zur Verfügung stellen, Intermediationsleistungen erbringen und dazu Daten verwerten. Damit machen sie Märkte an vielen Stellen effizienter. Von (einigen) digitalen Plattformen gehen aber auch Risiken für das Funktionieren von Märkten aus. Das ist der Moment, in dem eine Nachjustierung des Rechts gefordert ist. Wirtschaftsrecht hat die Aufgabe, den rechtlichen Rahmen für funktionierende Märkte zur Verfügung zu stellen: Angebot und Nachfrage sollen im freien Spiel der Kräfte zu einander finden und so die knappen Ressourcen in der Gesellschaft möglichst effizient verteilen.¹⁴⁰ Rechtliche Regelungen sind erforderlich, um diesen Prozess zu organisieren und zu sichern. Das Wirtschaftsrecht ist vor allem gefordert, wenn ein Marktversagen droht oder strukturelle Marktunvollkommenheiten zu beobachten sind.¹⁴¹

Durch die digitale Transformation ist das Wirtschaftsrecht in einen nervösen Selbstfindungsprozess geraten. In unzähligen Studien werden die Verwerfungen durch die Plattformökonomie thematisiert.¹⁴² Nicht immer wird dabei deutlich, welche normativen Prinzipien überhaupt als Leitsterne einer neuen Regelsetzung strahlen sollen. Im Folgenden wird daher dargelegt, welche Risiken für das Funktionieren von Märkten in der Plattformökonomie bestehen (Regelungsbedarf) und welche grundlegenden Wertungen des Wirtschaftsrechts gestärkt werden müssen (Regelungsprinzipien).

I. Freier Wettbewerb

Wettbewerb ist das Rückgrat der Marktwirtschaft. Eine prinzipienorientierte Plattformregulierung muss darauf gerichtet sein, Wettbewerb zu ermöglichen und zu schützen. Wirtschaftlicher Wettbewerb wird definiert als Rivalität von Unternehmen, die mit ihren Angeboten um den Zuschlag des Nachfragers wer-

¹⁴⁰ Vgl. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht Bd. I, 1983, S. 1.

¹⁴¹ Zum Begriff des Marktversagens siehe *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 76 f.

¹⁴² *Schöning/Ritz*, FAZ v. 12.2.2020, abrufbar unter <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2020-02-12/4cb884e453f172247214aeab59774cf5/?GEPC=s5> zählten im ersten Halbjahr 2019 450 politische Vorschläge zur Regulierung der Tech-Branche in 15 Staaten. 26 % der Vorschläge betrafen die Stärkung des Kartellrechts, 22 % die Stärkung von Interoperabilität und Standardisierung, 17 % Zugang zu Daten, 17 % Inhalte von Online-Plattformen (Fake News, Urheberrecht uä).

ben.¹⁴³ Dieser Wettbewerb soll frei sein: Anbietende Unternehmen treten ungehindert und ohne selbstgesetzte oder oktroyierte Beschränkungen gegeneinander an, Nachfrager entscheiden frei. Wettbewerb gilt als „Treiber“ der Marktwirtschaft. Erst durch die Koordination von Angebot und Nachfrage *im Wettbewerb* entsteht der Druck, der Unternehmen zu Effizienz und Innovation bringt. Geschützt wird der freie Wettbewerb durch die Bestimmungen des europäischen und des deutschen Kartellrechts: Unternehmen dürfen sich in ihrem Ringen um den Nachfrager grundsätzlich nicht zu dessen Lasten absprechen; wenn sie wirtschaftlich mächtig sind, dürfen sie ihre Macht nicht missbrauchen; der durch Finanzmittel ermöglichte Zukauf von wirtschaftlicher Macht wird einer ex-ante-Kontrolle unterworfen. Diese Instrumente sind als Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§§ 1, 2 GWB, Art. 101 AEUV), als Verbot des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) und als Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB, FKVO) niedergelegt.

Für das Prinzip des freien Wettbewerbs bestehen in der Plattformökonomie Risiken: Es besteht die Gefahr, dass aufgrund von Netzwerkeffekten Monopolisierungen eintreten. Zudem ist der Wettbewerb auf der Plattform zu sichern. Wird das Wettbewerbsprinzip dauerhaft stark eingeschränkt muss Regulierung neben das Wettbewerbsrecht treten.

1. Wettbewerb um den Markt

Nimmt eine digitale Plattform den Betrieb auf, tritt sie mit anderen Plattformen, aber auch unmittelbaren Anbietern der nachgefragten Leistung in Wettbewerb. Dank der Senkung der Transaktionskosten wird eine Plattform, die es schafft, viele Nutzer anzuziehen, Netzwerkeffekte entwickeln. Je stärker diese Effekte werden, desto rascher wird der Wettbewerb zu einem Wettbewerb um den Markt.

a) Monopolisierung durch „tipping“ und Basis-Infrastrukturen

Wenn *multi homing* ausgeschlossen oder schwierig ist, kommt es ggf. zum „tipping“ des Marktes. „Tipping“ bedeutet, dass im Wesentlichen nur noch eine Plattform in ihrem Segment aktiv ist – sie hat dann den „Wettbewerb *um* den Markt“ gewonnen und wird zur zentralen Koordinationsinstanz von Angebot und Nachfrage.¹⁴⁴ Der

¹⁴³ Vgl. *Fikentscher/Borchardt*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktherrschaft, 1957, S. 15.

¹⁴⁴ *Katz/Shapiro*, 8 (2) *The Journal of Economic Perspectives*, 1994, 106; Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016; *van Gorp/Batura*, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Studie für das ECON Komitee, 2015, S. 67; *Evans/Schmalensee*, 3 (1) *Policy International*, 2007, 164.

Markt ist „gekippt“, „the winner takes it all“. An die Stelle der „unsichtbaren Hand“ tritt der Plattformbetreiber, an die Stelle einer „spontanen Ordnung“ das Zuordnungsdesign durch den Intermediär. Ein Wettbewerb *auf dem* Markt um den besten Preis und die beste Leistung, wie im klassischen Wettbewerbsmodell, findet nur noch in einem geschlossenen System, nämlich auf der Plattform, nach den vom Betreiber der Plattform gesetzten Regeln statt.

Auf das „tipping“ ist die Skalierung des Plattform-Geschäftsmodells (bei ganz geringen Grenzkosten) regelmäßig angelegt: Es werden rasch viele Nutzer gewonnen, dadurch können Netzwerkeffekte und damit verbundene Größeneffekte greifen, die die Plattform stärken; es tritt die oben beschriebene Spiralwirkung ein. An deren Ende kann die weitgehende Monopolisierung des Marktes durch einen Plattformbetreiber stehen. Dies führt zu Abhängigkeiten der Anbieter und Nachfrager. Damit ist eine Fehlstellung für funktionierende Märkte gegeben, die seit *Adam Smith* als Problem für den freien Wettbewerb erkannt wird: Marktmacht.

Beispielhaft lässt sich dies bei der allgemeinen Internetsuche sehen: Google hat als quasi unangefochtener Anbieter eine extreme Machtstellung für den Zugang zwischen Websites und Internetnutzern erlangt. Ein Unternehmen, das bei Google oder einer spezifischen Suchseite nicht auf einem der ersten Plätze rangiert, wird von potenziellen Kunden nicht wahrgenommen. Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung *Google Shopping* zugrunde gelegt, dass 95 % aller Klicks bei einer Google-Suche zu den ersten zehn Suchergebnissen gesetzt werden. Schon der sechste Treffer in der Google-Suchliste wird von nur noch 5 % der Nutzer angeklickt.¹⁴⁵ Unternehmen, die den Zugang zum Kunden über das Internet suchen, müssen sich – angesichts eines Marktanteils von Google bei der Suche von über 90 % – also an Google anpassen. Das Effizienzversprechen des Internets – quasi globale Erreichbarkeit aller Kunden – ist verbunden mit der Abhängigkeit von einem zentralen, profitmaximierenden Intermediär.

In anderen Konstellationen ergibt sich Abhängigkeit bereits durch die Nutzung eines Betriebssystems, das die Basis für alle weiteren elektronischen Aktivitäten ist. Google (mit Android) oder Apple (mit iOS) haben auf Smartphones eine natürliche Machtposition, die ihnen erlaubt, alle weiteren Schritte zu steuern. Sie sind in der Lage, wirtschaftliche Entscheidungen, die via Smartphone getroffen werden, nach Belieben zu kontrollieren. Sie kontrollieren mit dem Betriebssystem eine Basis-Infrastruktur, auf der zahlreiche weitere Leistungen aufbauen.

¹⁴⁵ Europäische Kommission, 27.6.2017, AT.39740, Ziff. 457 – *Google Shopping*.

b) Absicherung durch ausschließende Strategien

Ist der Markt bereits „gekippt“ oder eine Basis-Infrastruktur etabliert, kann das Prinzip des freien Wettbewerbs vom (in der Regel marktbeherrschenden) Plattformanbieter durch ausschließende Strategien und eine Erhöhung der Wechselkosten für Nutzer weiter abgewehrt werden. So bestehen z.B. Anreize, Exklusivität mit Anbietern zu vereinbaren, die diesen die Möglichkeiten nehmen, offline oder auf anderen Plattformen oder zu günstigeren Preisen anzubieten.¹⁴⁶ Andere Mechanismen zur Absicherung sind fehlende Interoperabilität und Datenportabilität: Die aufgelaufenen Daten sind häufig nicht portabel, sie wären also bei einem Wechsel verloren (z.B. die Facebook-Timeline oder die dortige Kommunikation mit anderen Nutzern). Unternehmen können ggf. ihre positiven Bewertungen nicht zu anderen Portalen mitnehmen. Zuweilen sind auch die Kundendaten ihrer Abnehmer für Unternehmen nicht einsehbar, was die eigene Kalkulation und eigenständiges Tätigwerden erschwert.

Die hohen Gewinne, die sich in der Liquidität gerade der GAFAs (Google, Amazon, Facebook, Apple plus Microsoft) spiegeln, machen es zudem möglich, ausschließende wettbewerbliche Strategien zu finanzieren, die die eigene Marktposition noch stärker absichern. Dazu zählt der Aufkauf potentieller Wettbewerber im Zuge sogenannter „killer acquisitions“.¹⁴⁷ Dabei werden für Unternehmen, die potenziell als Wettbewerber gefährlich werden könnten, hohe Kaufpreise geboten. So hat etwa Facebook den Kommunikationsdienst WhatsApp für 17 Mrd. US-Dollar erworben, obwohl WhatsApp kaum Umsätze generierte.¹⁴⁸ Als Kommunikationskanal mit einer sehr hohen Nutzerzahl hätte WhatsApp Facebook jedoch potenziell gefährlich werden können. Verweigern Unternehmen die Übernahme, so ist es für marktmächtige Plattformen häufig aufgrund ihrer finanziellen Mittel und der bestehenden Kundenbeziehungen möglich, durch Nachahmung erfolgreicher Ideen Newcomern den Wind aus den Segeln zu nehmen.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, 4.6.2019, VI-Kart 2/16 (V), WuW 2019, 386 – *Enge Bestpreisklausel II*; BKartA, 20.12.2013, WuW/E DE-V 1953 - *HRS*; EuGH, 13.12.2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, GRUR Int 2013, 285 – *Expedia Inc./Autorité de la concurrence u. a.*

¹⁴⁷ *Cunningham/Eder/Ma*, Killer Acquisitions, 2018, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3241707>; für Beispiele <http://time.com/3815612/silicon-valley-acquisition/>.

¹⁴⁸ Vgl. Kommission, 3.10.2014, M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, Rn. 9.

¹⁴⁹ Hinweise dafür, dass Facebook ein Nachahmer ist, finden sich in mehreren Berichten, z. B. <http://www.businessinsider.de/all-the-times-facebook-copied-snapchat-2017-5?r=US&IR=T> (Facebook und Snapchat) oder <https://www.washingtonpost.com/business/economy/facebooks-willingness-to-copy-rivals-apps-seen-as-hurting->

c) Konsequenzen

Die Gefahren von Marktmacht sind bekannt: Für ein mächtiges Unternehmen bestehen Anreize, die Macht zu missbrauchen, indem beispielsweise Wettbewerber behindert oder Nachfrager ausgebeutet werden. Im Fall von Plattformen lassen sich durch Marktmacht möglicherweise statische Effizienzen generieren, indem Transaktionskosten durch die zentrale, datenbasierte Koordination von Angebot und Nachfrage gesenkt werden. Dynamische Effizienzen allerdings werden typischerweise erschwert, da sie die Marktposition des Betreibers in Frage stellen könnten. Was auf Verbraucherebene als Abhängigkeit von den Vorentscheidungen des eigenen Smartphones erlebbar ist (gegessen wird in den von Google empfohlenen Restaurants, Alternativen dazu sind gar nicht ersichtlich), spiegelt sich auf unternehmerischer Ebene in der Anpassung an die Erfordernisse der Plattform statt an individuelle Kundenwünsche. Die für Innovation entscheidende Diversität von Entwicklungspfaden entfällt.¹⁵⁰

Missbräuche von Marktmacht sind zu verhindern; dies leistet das Kartellrecht. Klauseln, die die Marktposition absichern, z.B. durch Exklusivitätsvereinbarungen, lassen sich mit dem kartellrechtlichen Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen fassen. Zukäufe werden grundsätzlich fusionskontrollrechtlich geprüft.

Bei Plattformen, bei denen der Markt bereits „gekippt“ ist, reichen die bisherigen Mittel des Kartellrechts allerdings nicht mehr, um freien Wettbewerb wiederherzustellen. Anders als in klassischen Märkten ist die Marktposition nämlich kaum mehr bestreitbar, wenn ein „tipping“ erst einmal eingetreten ist. Das Kartellrecht geht aber davon aus, dass grundsätzlich noch freier Wettbewerb möglich ist und – auch nach Phasen vorübergehender Monopolisierung – wieder eintritt. Zwar ist auch die Marktposition beherrschender Plattformen nicht auf ewig festgeschrieben, aber aufgrund der Netzwerkeffekte und der anderen für die Digitalwirtschaft kennzeichnenden Elemente doch sehr gut abgesichert. Regeln für Plattformen müssen daher im Interesse des freien Wettbewerbs versuchen, ein „Tipping“ von vorn herein zu vermeiden, selbst wenn es noch nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung gekommen ist.¹⁵¹ Nachträgliche Korrekturen bleiben wirkungslos.

innovation/2017/08/10/ea7188ea-7df6-11e7-a669-b400c5c7e1cc_story.html?utm_term=.e90e5d128199.

¹⁵⁰ Anerkannt z. B. in Europäische Kommission, 27.3.2017, M.7932 – *Dow/Dupont*, S. 432 ff.; *Kerber* in Drexler/Kerber/Podszun, *Competition Policy and the economic approach*, 2011, S. 183 ff.

¹⁵¹ Vgl. auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 2018, S. 40.

2. Wettbewerb auf der Plattform

Die Plattform stellt einen Marktplatz dar, auf dem Wettbewerb stattfindet. Als Betreiber des Marktes hat die Plattform sicherzustellen, dass freier Wettbewerb möglich ist. Dazu sollen Nachfrager sich für das beste Produkt oder die beste Leistung entscheiden können.

Dies setzt zunächst voraus, dass Anbieter Zugang zur Plattform haben, wenn es für sie keine andere, gleichwertige Möglichkeit gibt, Kunden zu erreichen. Nur wer überhaupt Zugang zur Plattform erlangt, kann in den *on-platform*-Wettbewerb eintreten. Über diesen Zugang wacht als „Gatekeeper“ der Plattformbetreiber. Unternehmen, die Kunden erreichen wollen, müssen seine Konditionen erfüllen. Die Rivalität um die Nachfrageentscheidung des Kunden, Grundidee des Wettbewerbs, entfällt, wenn nur noch ein Plattform-Unternehmen vorhanden ist. Dieses kontrolliert den Markt, indem es den Leistungserbringern Zugang zu Nachfragern eröffnet – allerdings ohne Kontrolle, sodass hier ein „bottleneck“ entstehen kann, also eine Situation, in der der Plattform-Betreiber entscheiden kann, wer überhaupt noch in den Markt eintreten darf. Es besteht ein hoher Anreiz, dass Gewinner und Verlierer nach ihrem Wert für die Betreiber zentraler Plattformen selektiert werden statt dass dem Nachfrager die Entscheidung in einem „Leistungswettbewerb“ der Anbieter überlassen wird. Unternehmen, die die vom Nachfrager letztlich gewünschte Leistung erbringen (z.B. Produzenten des gesuchten Produkts), kämpfen um den Zugang zur Plattform und damit mittelbar zum Kunden. Dies ist ein Wettbewerb um die Gunst des Plattformbetreibers, der am Rande des wirtschaftlichen Spektrums stattfindet. Wettbewerb, dieses „großartigste und genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“,¹⁵² als Kontrollmechanismus für wirtschaftliche Macht wird in die Peripherie verschoben.¹⁵³ Der Wettbewerb um die Gunst des eigentlichen Nachfragers der zu erbringenden Leistung, der im Herzen des klassischen Wettbewerbsmodells stand, findet für diese Unternehmen nur noch statt, wenn sie den Sprung auf die Plattform schaffen.

Auf der Plattform sind leistungserbringende Unternehmen jedoch einem gelenkten System ausgesetzt, dessen Regeln ein zentraler Betreiber festlegt. Auf der Plattform ist es Aufgabe des Betreibers, diese Regeln wettbewerbskonform zu setzen und Kollusionen oder missbräuchliche Verhaltensweisen im Wettbewerb auf seiner Plattform zu unterbinden. Zwar bleiben die Unternehmen, die auf der Plattform

¹⁵² Böhm in Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 2, 22.

¹⁵³ Vgl. Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft (Gutachten für Finanzplatz München Initiative), 2017.

anbieten, für ihr Tun verantwortlich. Eine Mitverantwortung desjenigen, der einen Marktplatz eröffnet, für das was auf dem Marktplatz passiert, ist jedoch eine selbstverständliche Erscheinung im Recht. Ob aus Ingerenz, über die Störerhaftung oder wegen besonderer wettbewerblicher Sorgfaltspflichten eine Verantwortung begründet wird, mag dahinstehen und je nach Ausgestaltung der Plattform differenziert zu beurteilen sein. Der Grundgedanke ist aber derselbe: Wer anderen ein Forum gibt, ihnen dadurch ihr Tun ermöglicht und die grundlegenden Regeln für dieses Forum setzt, ist für dieses Tun zu einem gewissen Grad mitverantwortlich. Die Plattform als Regelssetzer¹⁵⁴ ist daher für den Zugang zur Plattform und den Wettbewerb auf der Plattform in die Pflicht zu nehmen. Teil dieser Regeln muss es dann auch sein, dass der Plattformbetreiber selbst den Wettbewerb nicht durch sein Zutun verzerrt. Missbraucht der Plattformbetreiber seine Macht, die aus der überlegenen Kenntnis der Verhältnisse auf der Plattform resultiert, liegt darin ebenfalls eine unzulässige Verzerrung des Wettbewerbs, da Macht statt Leistung als Hebel eingesetzt wird. Dieses Problem trifft vor allem Hybridplattformen.

Eine solche Verantwortung trifft auch andere Veranstalter von ökonomischen Koordinationsprozessen: Für Märkte und Messen gibt es in §§ 64ff. GewO eigene Regeln, die Tätigkeit von Börsen ist im Börsengesetz geregelt. Wer anderen eine Infrastruktur für Transaktionen bietet, kommt in eine Verantwortungsposition, an die das Recht anschließt. Regeln für den Wettbewerb auf der Plattform sind daher kein überzogener Interventionismus, sondern die konsequente Fortschreibung von Rechtsgrundsätzen.

3. Regulierung statt Wettbewerb?

Wenn sich die Stellung einer Plattform so verfestigt, dass die Wirtschaft in erheblichem Umfang von der Plattform abhängig ist und gesteuert werden kann, genügen die hier skizzierten Mittel und eine eventuelle Stärkung des Kartellrechts möglicherweise nicht mehr. Stattdessen ist eine kartellrechtsnahe Regulierung vorzusehen, die nicht mehr das Ziel verfolgt, den freien Wettbewerb zu schützen, sondern Ergebnisse zu erzielen, „als ob Wettbewerb“ bestünde. Ein derartiger Bedarf liegt bei der Bereitstellung einer Basis-Infrastruktur vor, insbesondere Betriebssystemen, sowie bei den digitalen Ökosystemen, in denen Nutzer gefangen sind.

Dem Wettbewerbsschutz in GWB und UWG ist gemein, dass er stets auf einen konkreten Einzelfall bezogen ist, der – außer im Fall der Fusionskontrolle – im Wesentlichen *ex post* geprüft wird, also

¹⁵⁴ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era (Report), 2019, S. 60ff.; Schweitzer ZEuP 2019, 1.

nachdem der Verstoß eingetreten ist. Prämisse ist, dass selbst abhängige Nutzer noch grundsätzlich die Chance haben, auf Alternativen auszuweichen. Wo aber freier Wettbewerb nicht mehr möglich ist, sind Regelungen *ex ante* vorzusehen, die die größten Gefahren der Dominanz eines Unternehmens abschwächen. Nachträgliche Einzelfallentscheidungen führen zwar im Erfolgsfall für einzelne Unternehmen zu einer Korrektur, lösen die Behinderung aber nicht in der Breite auf. Das Problem wird durch den Fall *Google Shopping* illustriert: Geht man davon aus, dass die Europäische Kommission zu Recht die Selbstbevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes in der Google-Suche untersagt hat, ist damit für andere Anbieter, die von einer Selbstbevorzugung negativ betroffen sind, noch nichts gewonnen. Hier zeigt sich die Schrittmacher-Funktion des Kartellrechts: Es ist hervorragend geeignet, um wettbewerbliche Fehlentwicklungen aufzuzeigen und Maßstäbe zu entwickeln; es schafft aber nur in Einzelfällen Abhilfe. Weitergehende Lösungen bedürfen dann der gesetzgeberischen Intervention.

Legt man den Maßstab des Telekommunikationsrechts an,¹⁵⁵ wann regulierende Eingriffe über den Einzelfall hinaus geboten sind, wird deutlich, wie weitreichend diese Voraussetzungen schon für die digitalen Ökosysteme mit ihren Gatekeeper-Plattformen und Basis-Infrastrukturen erfüllt sind. In § 10 Abs. 2 TKG wird ein regulierendes Eingreifen bejaht für Märkte,

„... die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.“¹⁵⁶

Die drei hier genannten Kriterien sind auf einigen Plattformmärkten greifbar: Durch Netzwerkeffekte entstehen Marktzutrittsschranken, es besteht eine Tendenz zur Monopolisierung, kartellrechtliche Mittel genügen möglicherweise nicht, um auf den B2P2C-Märkten, die von Gatekeepern kontrolliert werden, wieder Wettbewerb herzustellen und Marktmacht bestreitbar zu machen. Dafür spricht die seit mehreren Jahren anhaltende Stärke der Unternehmen in ihren Kernbereichen, zum Beispiel von Google bei Suchmaschinen oder Smartphone-Betriebssystemen oder Facebook bei sozialen Netz-

¹⁵⁵ *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper 2016, S. 56.

¹⁵⁶ Der hier festgelegte Drei-Kriterien-Test geht zurück auf Erw. Gr. 9 der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003, 2003/311/EG, sog. „Märkteempfehlung“. S. a. Plattform Industrie 4.0, *Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen*, 2018, S. 47; *Gersdorf* in *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, § 10 TKG Rn. 30 ff.; *Schütz* in *Geppert/Schütz*, *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 10 TKG Rn. 14 ff.

werken. Sie bilden eine Art Infrastruktur des Internets. Die starken Netzwerkeffekte führen dazu, dass eine Rückkehr zu lebhaftem Wettbewerb vorerst kaum denkbar erscheint. Die Marktmacht wird in andere Bereiche ausgedehnt, sodass ein in sich geschlossenes Ökosystem entsteht, in dem der Betreiber die alleinige Regelsetzungsmacht hat. So entstehen systemische Risiken: Was passiert eigentlich, wenn Google ausfällt? Oder wenn die Kommunikation über Facebook-Anwendungen plötzlich zurückgezogen wird? Die Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft könnten erheblich sein. Es gibt also durchaus Anhaltspunkte dafür, einige große Internetunternehmen in ihren Kernmärkten wie Akteure der klassisch regulierten Sektoren zu behandeln. Auch von Facebook-Chef *Mark Zuckerberg* ist die Äußerung überliefert, man betrachte sich als „utility“, als ein unverzichtbares Versorgungsunternehmen.¹⁵⁷ Dass für Visumsanträge in die USA Konten bei sozialen Netzwerken angegeben werden müssen, zeigt, wie weit fortgeschritten die Einbindung von Plattformen in den Bereich der öffentlichen Versorgung fortgeschritten ist.¹⁵⁸

Für diese Entscheidung ist die institutionenökonomische Überlegung von Interesse, den Interventionsgrad auf Märkten nach ihrer Entwicklungsstufe zu differenzieren. Ausgangspunkt ist zunächst, dass *Joseph Schumpeters* Theorie der kreativen Zerstörung, der zufolge Innovationen Industrien beleben, dadurch relativiert wird, dass es Phasen der Stagnation gibt, in denen Innovationen nicht möglich oder wahrscheinlich sind.¹⁵⁹ Bestehen erhebliche Innovationsbarrieren in Märkten, kommt es möglicherweise nicht zur kreativen Zerstörung, die dynamisierend wirkt. Im von *Ernst Heuß* entwickelten Modell der Marktphasen werden Märkte anhand der Elastizität der Nachfrage differenziert nach Experimentierphase, Expansionsphase, Reifephase, Stagnation und Regression.¹⁶⁰

Die Plattformökonomie hat jetzt eine Phase der Reife oder Stagnation erreicht, die ein stärkeres hoheitliches Eingreifen erforderlich macht:

¹⁵⁷ Vgl. etwa <https://techcrunch.com/2013/09/18/facebook-doesnt-want-to-be-cool/>.

¹⁵⁸ Vgl. https://travel.state.gov/content/travel/en/News/visas-news/20190604_collection-of-social-media-identifiers-from-U.-S.-visa-applicants.html.

¹⁵⁹ *Schumpeter*, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1994, S. 139; vgl. *Malerba/Orsenigo*, 19 (1) *Cambridge Journal of Economics*, 1995, 47.

¹⁶⁰ *Heuß*, *Allgemeine Markttheorie*, 1965, S. 25 ff.; vgl. auch *Cantner/Hanusch*, *Industrie-Evolution*, Arbeitspapier 1998, für einen evolutionären Überblick über die Branchenentwicklung, abrufbar unter <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/70070/2/380881519.pdf>; *Malerba/Orsenigo*, 5 (1) *Industrial and Corporate Change*, 1996, 51; vgl. auch die Innovationszyklen auf Produktebene, etwa bei *Kotler/Keller*, *Marketing Management*, 1967, 14. Aufl. 2012, S. 332 ff.

- Die wesentlichen Internet-Anwendungen für Verbraucher haben die Experimentier- und Expansionsphase abgeschlossen. Der Marktanteil von Google bei Suchdiensten liegt in Deutschland seit 2003 kontinuierlich über 70 % und seit 2007 bei rund 90 %.¹⁶¹ Dies ist keine experimentelle oder expansive Marktphase mehr.
- Mit 271 Millionen Smartphone-Nutzern in Westeuropa im Jahr 2018¹⁶² ist ein weiteres kontinuierliches Wachstum in diesem Segment kaum vorstellbar. Der Markt ist gesättigt.

In dieser Phase der Ausreifung von Märkten ist eine stärkere Kontrolle von Konzentrations- und Behinderungsstrategien, sowie im Moment der Stagnation eines Marktes zusätzlich die Kontrolle von Ausbeutungsstrategien erforderlich.¹⁶³ Kommt es nicht zum wettbewerbsbelebenden Impuls, geht die Stagnationsphase in eine Verfestigung über, die dann nur noch regulatorisch behandelt werden kann. Entscheidend dafür ist die Frage: Kann eine eingetretene Vermachtung des Marktes noch durch Wettbewerbsvorstöße bestritten werden, oder besteht keine Wahrscheinlichkeit, dass dies in einem überschaubaren Zeitraum (fünf Jahre?) geschieht?

Während die von den digitalen Gatekeepern bespielten Märkte in einigen Bereichen bereits stark vermachtet sind und keine bahnbrechenden Innovationen in Aussicht stehen, ist dies in anderen Fällen, etwa im Bereich Industrial Internet of Things, nicht erkennbar. Hier befinden sich die Akteure noch in Experimentier- und Expansionsphasen, sodass der wettbewerbliche Zugriff ein anderer ist. In diesen Fällen geht es darum, Märkte grundsätzlich offen zu halten, also Markteintritte zu ermöglichen (auch durch Infrastrukturmaßnahmen), und – in der Expansionsphase – Fusionen zu kontrollieren, damit es nicht durch Zukäufe zu einer Machtballung kommt.¹⁶⁴

II. Faire Vermittlung

Für das Funktionieren von Märkten ist ein Mindestmaß an Fairness der Marktteilnehmer erforderlich.¹⁶⁵ Der Begriff „Fairness“ ist schwer fassbar, aber er ist der Oberbegriff für Anforderungen, die im Wirtschaftsrecht als selbstverständlich gelten: dass Marktteilnehmer nicht irreführt, nicht unter Druck gesetzt, nicht betrogen oder belästigt werden. Das Fairness-Prinzip wird durch die Plattformwirt-

¹⁶¹ Siehe <https://seo-summary.de/suchmaschinen/>.

¹⁶² <https://www.statista.com/statistics/494554/smartphone-users-in-western-europe/>.

¹⁶³ Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution, 2001, S. 81 mwN.

¹⁶⁴ Vgl. Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution, 2001, S. 81 mwN.

¹⁶⁵ Fikentscher et al., FairEconomy, 2013, S. 149f.

schaft auf die Probe gestellt, da die Plattform-Betreiber als Intermediäre eine Vermittlungsposition zu mehreren Marktseiten innehaben. Sie beanspruchen einerseits häufig eine gewisse Objektivität oder Neutralität ihrer Vermittlungsleistung, sind aber andererseits an der eigenen Profitmaximierung ausgerichtet und steuern dabei die Aktionen mehrerer Marktseiten. Das funktioniert auf Dauer nur, wenn die Intermediation fair bleibt. Dies muss das Wirtschaftsrecht absichern.

1. Interessenkonflikte von Vermittlern

Die Intermediäre auf Plattformen sind in einer Position, die ansonsten im Recht verpönt ist: Sie stehen als Vermittler für beide Seiten ein und haben zudem erhebliche Eigeninteressen. Der in jedem Vertretungsverhältnis angelegte *Prinzipal-Agenten-Konflikt* tritt gleich in doppelter Weise auf. Als Prinzipal-Agenten-Konflikt wird es bezeichnet, wenn der Vertreter (Agent) dank seines höheren Wissens und konkreter Steuerungsmöglichkeiten das von ihm betreute Geschäft des Vertretenen (Prinzipal) zu seinen eigenen Gunsten auf Kosten des Prinzipals beeinflussen kann. Die zugrundeliegenden Informationsasymmetrien zwischen dem wenig wissenden Prinzipal und dem besser informierten Agenten und das Missbrauchspotenzial des Agenten sind bekannte Topoi der Institutionenökonomie und typische Ursachen für Marktunvollkommenheiten.¹⁶⁶

Der Intermediär wirkt in den meisten Fällen als Vermittler sowohl für den Nachfrager, dem er verspricht, gute Angebote zuzuführen, als auch für den Anbieter, dem er verspricht, Nutzer zuzuführen.

Durch die Vermittlung zu beiden Seiten hin entsteht ein Risiko, das im Zivil- und Wirtschaftsrecht lange erkannt ist und durch verschiedene Normen reduziert wird:

- § 181 BGB untersagt das In-sich-Geschäft grundsätzlich. Der Stellvertreter soll nur für einen Geschäftsherrn tätig werden und hat diesem gegenüber umfassende Pflichten.
- Der Maklervertrag geht gem. § 654 BGB vom normativen Leitbild aus, dass der Makler nur für eine Marktseite tätig wird.¹⁶⁷
- § 119 Abs. 3 WpHG verbietet Insiderhandel.
- Die im Börsengesetz umgesetzte Richtlinie MiFiD II (2014/65/EU) sieht in Art. 45ff. mehrere Vorkehrungen vor, damit Leitungsorgane des Marktbetreibers nicht in Interessenkonflikte geraten.
- Anwälte dürfen standesrechtlich grundsätzlich nicht beide Seiten vertreten (§ 43a Abs. BRAO, § 3 BORA).
- § 400 Abs. 5 HGB reguliert den Selbsteintritt des Kommissionärs.

¹⁶⁶ Vgl. *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 2002, S. 35.

¹⁶⁷ Vgl. *Thomale*, JZ 2012, 719.

– § 311 Abs. 3 BGB betont die besondere Vertrauensstellung von unabhängigen Vermittlern.

Es ließen sich weitere Beispiele dafür finden, dass das *Agency*-Problem im Wirtschaftsrecht bekannt ist und reduziert wird.¹⁶⁸ Zwar tritt eine digitale Plattform nicht in ein Treue- oder Stellvertretungsverhältnis zu den Nutzern der Plattform.¹⁶⁹ Insoweit haben Plattformen auch keine grundsätzliche „Interessenwahrungspflicht“.¹⁷⁰ Allerdings dürfen Nutzer der Plattform durchaus erwarten, dass die Vermittlungsleistung mit einem Mindestmaß an Fairness erbracht wird, die Eigeninteressen des Intermediärs nicht die Fremdinteressen der beiden Seiten überlagern und die jeweiligen Fremdinteressen im Ansatz gleich behandelt werden. Das ergibt sich schon aus dem Anspruch des UWG, wenn dieses beispielsweise die Irreführung durch einen Geschäftspartner untersagt.¹⁷¹ Plattformen treten im Ausgangspunkt mit der ggf. impliziten Behauptung an, faire Deals zu vermitteln, das ist gerade ihre ökonomische Existenzberechtigung. So wie schon von einem Verkäufer eigener Waren erwartet wird, dass der Kunde mit einem Mindestmaß an Fairness behandelt wird, so wird erst recht erwartet, dass ein dazwischentretender Vermittler dieses Mindestmaß einhält. Zugleich sind dessen Anreize zu unfairem Verhalten beim Tätigwerden zu beiden Seiten hin besonders hoch, da die Informationsüberlegenheit zu beiden Marktseiten hin besteht und die Einflussmöglichkeiten besonders groß sind. Ein Interessenkonflikt im Dreieck von zwei Fremdinteressen und dem Eigeninteresse des Intermediärs ist strukturell angelegt. Im Einklang mit der wirtschaftsrechtlichen Grundentscheidung, dass Vermittlungsleistungen in fairer Weise erbracht werden müssen, sind für die Plattformökonomie daher Regeln erforderlich, die dieses Minimum garantieren.

Das Modell der Plattformwirtschaft ist insoweit anders strukturiert als das Modell der Wettbewerbswirtschaft: In diesem bestimmt der Nachfrager (ultimativ: der Verbraucher) durch seine freie und gut informierte Entscheidung den Erfolg der anbietenden Unternehmen. Dieser Wettbewerb auf dem Markt wird, so hat es *Adam Smith* modellhaft beschrieben, durch eine unsichtbare Hand gesteuert.¹⁷² Da immer wieder neue Entscheidungen zu treffen sind, bleibt der Wettbewerb dynamisch, Anbieter erhalten neue Chancen, Nachfrager können sich umentscheiden.

¹⁶⁸ Umfassend *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014.

¹⁶⁹ Vgl. *Akman*, (2019) 43 (2) *Fordham International Law Journal* 209.

¹⁷⁰ Vgl. *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 65, 90 ff.

¹⁷¹ Vgl. BGH, 27.4.2017, I ZR 55/16, Rn. 21 ff., GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*.

¹⁷² *Smith*, *The Wealth of Nations* [1776] 2000, IV.9.11.

In der Plattformökonomie schiebt sich zwischen Anbieter und Nachfrager die Plattform, die die Vermittlung und zunehmend die Abwicklung der Transaktion übernimmt. Die Vermittlungsleistung ist als wichtige Innovation zu werten, die zunächst volkswirtschaftlich wünschenswert ist: Das Tätigwerden des Intermediärs führt zu erweiterten Chancen für alle Seiten, da Anbieter mehr Kunden erreichen können, Kunden geringere Suchkosten haben oder Leistungen erhalten, die sie zuvor nicht erhalten hätten.¹⁷³ Prototypisch hat das Oberlandesgericht Düsseldorf dies im Fall *Booking* dargestellt:¹⁷⁴ Hotels sind besser auffindbar, ihre Auslastung kann verbessert werden. Hotelgäste haben auf einfache Weise Zugriff auf eine große Zahl an Hotels, die sie gut miteinander vergleichen können. Das Vermittlungsportal profitiert durch Provisionszahlungen der Hotels.

Die Steuerung der Transaktion übernimmt jedoch die Plattform. Sie präsentiert die Informationen, sie führt konkrete Angebote ein, setzt die Bedingungen der Transaktion und wickelt diese ab (einschließlich all der Werbe-, Manipulations- und *Nudging*-Möglichkeiten während dieses Prozesses). An die Stelle des von einer unsichtbaren Hand gesteuerten dynamischen Wettbewerbs tritt ein vom Vermittler gesteuertes Koordinationsprogramm.

2. Risiken der zentralen Steuerung

Intermediäre als „Makler“ zwischen Leistungserbringer und Nachfrager haben damit die Möglichkeit, sowohl die Nachfrageentscheidung als auch die Angebotsentscheidung zu beeinflussen. Dabei besteht ein hoher Anreiz, die Steuerung zur eigenen Profitmaximierung zu verwenden, statt die für die Parteien beste Entscheidung herbeizuführen. Die *win-win-win*-Situation für Anbieter, Nachfrager und Vermittler kann „umkippen“, insbesondere wenn eine der Parteien von der Intermediationsleistung abhängig wird und die Plattform diese Abhängigkeit ausnutzt.

Die Möglichkeit zur Ausnutzung der Vermittlerstellung entsteht durch die doppelte Informationsasymmetrie zu beiden Marktseiten hin: Der Vermittler weiß sehr viel, die Nutzer wesentlich weniger. Wie ein Agent im Prinzipal-Agenten-Konflikt kann der Agent diese Informationsvorsprünge zu beiden Seiten hin relativ unkontrolliert ausnutzen, da er die Hoheit über die Transaktion auf seiner Plattform behält. Dafür genügt schon die Anordnung von auszuwählenden Produkten in einem Ranking, das der Vermittler frei gestalten

¹⁷³ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 6f.

¹⁷⁴ OLG Düsseldorf, 4.6.2019, VI-Kart 2/16 (V), WuW 2019, 386 – *Enge Bestpreisklausel II*.

kann. In der Folge wird der Einfluss des Kunden als dem eigentlichen Schiedsrichter im Wettbewerb reduziert, der Plattformbetreiber steuert die Leistungserbringung erheblich mit.

Nicht nur Verbraucher begeben sich in diesem System weitgehend in die Hand des Intermediärs. Auch Unternehmen werden von der Plattform geführt, da diese den Zugriff auf die Transaktion überhaupt erst ermöglicht. Durch die Einschaltung eines Intermediärs geht den Leistungserbringern die unmittelbare Kundenschnittstelle verloren.¹⁷⁵ Die für funktionierende Märkte essenziellen Informationen, z.B. Signale zum Bedarf an Gütern, zu Knappheit oder zur Bewertung von Angeboten, werden nicht mehr auf Märkten zugänglich gemacht, sondern im geschlossenen System der Plattform gehalten. Zum Teil werden offenbar wesentliche Informationen nicht einmal mehr den Beteiligten selbst zugänglich gemacht.¹⁷⁶ Auch die Möglichkeit des Neben- und Folgevertriebs kann begrenzt werden, etwa wenn der Vertrieb von Zusatzleistungen wie Versicherungen oder Finanzierungen vom Plattformbetreiber gesteuert werden kann.

Es liegt auf der Hand, dass dies für Unternehmen eine Schwächung ihrer Position ist, da sie den Markt nur noch „vermittelt“ bedienen, den unmittelbaren Zugang zum Kunden aber einbüßen. Wenn der Plattformbetreiber selbst auf dem Markt der Leistungserbringung tätig ist (wie für Hybridplattformen typisch), hat der Plattformbetreiber zudem einen großen Anreiz, die Nachfrage des Kunden auf eigene Produkte zu lenken. Das ist der Preis eines kontrollierten und gelenkten Plattformsystems.¹⁷⁷

3. Auflösung von Interessenkonflikten

Zwar werden Marktteilnehmer nicht umfassend vor Geschäftspartnern geschützt, die sie ausnutzen. Wer sich mit den falschen Partnern einlässt, zahlt dafür den Preis und kann sich bei der nächsten Nachfrageentscheidung für einen anderen Partner entscheiden. Genau dieses wettbewerbliche Sicherheitsnetz greift bei digitalen Plattformen aber aus drei Gründen nicht ohne Weiteres:

- Der Wettbewerb ist ggf. eingeschränkt, wenn es zu einem „tipping“ gekommen ist und Anbieter oder Nachfrager von der Plattform abhängig sind. Alternative Partner stehen also gar nicht zur Wahl.

¹⁷⁵ *Podszun*, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten für Finanzplatz München Initiative, 2017, S. 25 ff.

¹⁷⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung, 17.7.2019, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_19_4291.

¹⁷⁷ *Cohen*, Law for the Platform Economy, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2991261>, stimmt zu, dass Plattformen Märkte abgelöst haben.

- Die Fehlentscheidung, die der Intermediär beeinflusst hat, können die Nutzer der Plattform häufig gar nicht ermessen, da ihre Informationslage vom Plattformbetreiber gesteuert wird. Sie merken im Zweifel gar nicht, dass es bessere Auswahlmöglichkeiten gegeben hätte.
- Selbst wenn Nutzer im Nachhinein mit der erbrachten Leistung unzufrieden sind, wird die Verantwortung dafür eher dem Leistungserbringer als dem Vermittler zugewiesen.

Daher sind für Plattformen eigene Regeln vorzusehen, die dafür sorgen, dass das *doppelte* Agenturproblem begrenzt wird.¹⁷⁸ In der Institutionenökonomie sind verschiedene Auflösungen solcher Prinzipal-Agenten-Konflikte bekannt:¹⁷⁹

- Anreizsetzung für Vermittler zur Leistungssteigerung, entweder indem sie Wettbewerb mit anderen Vermittlern ausgesetzt werden oder Aussicht auf leistungsbezogene Belohnungen haben;
- stärkere Aufsicht durch den Geschäftsherrn oder eine Institution, z. B. eine Behörde;
- Rechte der Prinzipale und Pflichten des Agenten zur Reduzierung von Informationsasymmetrien;
- verstärkte Kooperation von Vermittler und Geschäftsherr;
- kollektives Verhandeln von Geschäftsherren gegenüber dem Vermittler.

Einige dieser Lösungen fallen für Plattformen faktisch aus, insbesondere wenn diese bereits eine Monopolstellung einnehmen. Der Schutz von Restwettbewerb, Informationspflichten und eine verstärkte Aufsicht sind aber Möglichkeiten, Interessenkonflikte zu begrenzen, ohne die Vermittlungsleistung als solche in Frage zu stellen. Für die Regelbildung ist daher das Prinzip der fairen Vermittlung ein normativer Leitwert.

III. Eigenständige Entscheidung

Märkte koordinieren die wirtschaftlichen Entscheidungen der Marktteilnehmer. Das Wirtschaftsrecht sichert diesen Prozess ab. Damit liegt dem wirtschaftsrechtlichen Verständnis in Europa die Annahme zugrunde, dass eigenständig Entscheidungen von den Marktteilnehmern getroffen werden. Der das gesamte Zivilrecht durchziehende Leitgedanke der Privatautonomie gilt auch als Pfeiler des Wirtschaftsrechts – hier als freie Entfaltung der Persönlichkeit

¹⁷⁸ Feasey/Krämer, Implementing Effective Remedies für Anti-Competitive Intermediation Bias, CERRE Report, 2019.

¹⁷⁹ Vgl. Miller in Ménar/Shirley, Handbook of New Institutional Economics, 2008, S. 349ff.

im Bereich der Wirtschaft. Entfällt die eigenständige Entscheidung der Marktteilnehmer zunehmend, lässt sich nicht einmal mehr von einer *Marktwirtschaft* sprechen.

Digitale Plattformen, die mit Datenauswertung und Algorithmisierung agieren und dabei ihre Nutzer immer stärker lenken, überführen den freien Markt in ein System datenbasierter Lenkungs-wirtschaft. Dem steht das Prinzip eigenständiger wirtschaftlicher Entscheidung entgegen.

1. Autonomie der Entscheidenden

Wirtschaftliche Betätigung bedeutet freie Entscheidung des Einzelnen auf Märkten. *Friedrich von Hayek* hat dieses Verständnis des Marktes als Ort der individuellen Entscheidungen geprägt.¹⁸⁰ Die Idee, dass die selbstständige Entscheidung des Einzelnen Ausgangs- und Zielpunkt des Rechts ist, ist aber spätestens seit der Aufklärung das Elixier jeder liberalen Rechtsordnung. Der Schutz der Auswahl- und Entscheidungsfreiheit im Sinne einer „Freiheit als Anderskönnen“¹⁸¹ ist die normative Säule des Wirtschaftsrechts, die in Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 16 GRCh verankert ist. Der Europäische Gerichtshof betont in ständiger Rechtsprechung das „Selbstständigkeitspostulat“: es sei ein Grundgedanke der europäischen Wettbewerbsvorschriften, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer „selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt, eingeschlossen die Wahl der Personen, denen er Angebote unterbreitet und verkauft.“¹⁸²

Die eigenständige Entscheidung, was ein Unternehmer anbietet oder was ein Nachfrager erwirbt, ist nicht voraussetzungslos. Sie wird zum einen durch Infrastrukturen ermöglicht, die staatlich bereitgestellt werden. Hierzu zählen beispielsweise rechtliche Rahmenbedingungen, die Zuweisung subjektiver Rechte, aber auch die staatliche Ermöglichung der Teilhabe an der digitalen Wirtschaft durch den Ausbau entsprechender Technik. Autonome Entscheidungen werden nur getroffen, wenn eine ausreichende Informationsgrundlage gegeben ist und die Entscheidung nicht weitgehend vorgeprägt oder bereits abgenommen ist. Das Wirtschaftsrecht hat es als Aufgabe, die wirtschaftliche Selbstbestimmung zu schützen.¹⁸³ Dabei geht es im vorliegenden Kontext nicht um die

¹⁸⁰ *Hayek*, Die Anmaßung von Wissen, 1996, S. 14.

¹⁸¹ Vgl. *Moore*, Ethics, 1912, Kap. 6; s.a. *Walter*, Neurophilosophie der Willensfreiheit, 1999, S. 193 ff.

¹⁸² EuGH, 16.12.1975, 40/73, Rn. 173/174 – *Suiker Unie*. Siehe auch *Guski*, ZWeR 2019, 272.

¹⁸³ Vgl. *Drexel*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 287.

Richtigkeitskontrolle von Verträgen, sondern um die Möglichkeit, überhaupt zu entscheiden.¹⁸⁴ Diese Souveränität impliziert, dass Individuen nicht zum Objekt werden, sondern stets die Hoheit über wichtige Entscheidungen haben und in dieser Hoheit respektiert werden.¹⁸⁵

Die Autonomie bezieht sich auch auf die informationelle Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Abwehrrecht gegen den Staat bereits konturiert.¹⁸⁶ Die Hoheit über die eigenen Daten ist aber auch eine Voraussetzung für wirtschaftliches Handeln in einer datenbasierten Ökonomie. Wer die Hoheit über seine Daten abgibt und selbst nur noch als „datafiziertes“, also umfassend berechenbares, Objekt in einen Wirtschaftskreislauf einkalkuliert wird, kann sich in einem digital geprägten Wirtschaftsprozess nicht mehr frei entscheiden. Das Marktprinzip funktioniert dann nicht mehr, wenn die Entscheidungsträger nicht einmal mehr die Hoheit über ihre eigenen wesentlichen Entscheidungsparameter, nämlich Daten, haben. Souveräne Entscheidungen setzen die Freiheit voraus, „unberechenbar“ zu sein – geheime Wünsche zu hegen, überraschend zu handeln und von Pfaden abzuweichen.

2. Risiken der Entscheidungsübernahme

In der Plattformökonomie entsteht ein Risiko, dass die Entscheidungssouveränität der Nutzer reduziert wird, indem Auswahl begrenzt wird, Informationen fehlen, Entscheidungen abgenommen werden oder stark vorgeprägt und gelenkt sind. Eine weitere Form von „Entmündigung“ liegt darin, dass digitale Plattformen so programmiert oder gebaut werden, dass ein neurologisch und psychologisch erklärbarer „Suchteffekt“ entstehen kann, der nur schwer zu durchbrechen ist.¹⁸⁷

Zunächst erhöht eine Plattform typischerweise die Auswahlmöglichkeiten für Nutzer. Diese können dank der Zusammenführung verschiedener Angebote und der leichten Vergleichbarkeit informiertere und bessere Entscheidungen bei einer größeren Auswahl von Angeboten treffen.

Allerdings kann eine Plattform diese Entscheidung auch stark prägen. Sie hat dazu Anreize, wenn bei unterschiedlichen Entscheidungen unterschiedliche Profite für sie generiert werden können. So kann beispielsweise ein Vergleichsportal einzelne Angebote unter-

¹⁸⁴ Vgl. *Schubert* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 242 BGB Rn. 497 f.

¹⁸⁵ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, *Digitale Souveränität*, 2018, S. 4.

¹⁸⁶ BVerfG, 15.12.1983, 1 BvR 209/83, NJW 1983, 419.

¹⁸⁷ Vgl. *Eyal*, *Hooked*, 2014; *Montag*, *Homo Digitalis*, 2018, S. 25 ff.

drücken oder schlechter präsentieren. Erkennt der Nutzer die Beschränkung der Auswahl nicht, kann es zu Fehlvorstellungen und zu Entscheidungen auf fehlerhafter Informationsbasis kommen. Auch die Art der Informationen oder ihre Präsentation auf der Plattform können irreführen oder den Nachfrager lenken, ohne dass diesem dies bewusst ist. Entscheidungen können so massiv geprägt werden – allein schon durch eine Positionierung im Ranking auf einer Suchseite.

Besonders stark ist die Einschränkung der freien und informierten Entscheidung, wenn die Entscheidung gar nicht mehr zu treffen ist, etwa wenn der Anbieter des Betriebssystems auf dem Smartphone zahlreiche Folgeentscheidungen (über die Organisation der Mails, des Kalenders, die integrierte Kamera-App usw.) bereits getroffen hat. Die Neigung des Nachfragers, eine voreingestellte Auswahl schlicht zu akzeptieren (wenn diese Wahl überhaupt noch gelassen wird), wird umso größer, je reduzierter die Kommunikation mit dem Nachfrager wird. Das spielt etwa bei der Größe des Bildschirms eine Rolle: Kann auf einem großen Desktopcomputer noch eine Vielzahl von Informationen dargestellt werden, ist diese Fläche auf dem Smartphone erheblich kleiner – vom Uhrendisplay am Armband ganz zu schweigen. Wird nur noch über Audio kommuniziert, etwa mit einem digitalen Assistenten, können kaum mehr Informationen und Alternativen geliefert werden. Auf die Spitze getrieben wird dies bei *smart devices*, bei denen ein Knopfdruck genügt, um dem Plattformbetreiber einen Auftrag zu erteilen.¹⁸⁸

Aufgrund der Datensammlung werden Nutzer immer besser durchschaubar und steuerbar. Sie werden als berechenbare Größe in den Wirtschaftskreis einkalkuliert, sodass in der Folge das Interesse besteht, die Erwartungen erfüllt zu sehen. Das verstärkt wiederum den Anreiz zur Lenkung. Der Plattformbetreiber „weiß“ aufgrund seiner Kenntnisse der Person oder des Unternehmens, der Nutzungshistorie, den Kontakten und Kommunikationswegen und aufgrund des Abgleichs mit anderen Daten, welche Entscheidungen Nutzer zu akzeptieren bereit sind. Zu diesen Entscheidungen können Nutzer gezielt hingeführt werden. Herrschaft über Daten verleiht dann die Möglichkeit der Herrschaft über die wirtschaftlichen Entscheidungen der Person. Diese Gefahr wird auf das Schlagwort gebracht: „You are the product“.¹⁸⁹

Nutzer geben ihre Entscheidungsfreiheiten häufig willentlich ab und genießen die damit einhergehenden Bequemlichkeiten. Ausge-

¹⁸⁸ Vgl. das – untersagte – Geschäftsmodell des Amazon Dash Button, OLG München, 10.1.2019, 29 U 1091/18, MMR 2019, 532 – *Dash-Buttons*.

¹⁸⁹ Der Ursprung dieses Zitats ist unklar.

nutzt werden verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse zu Trägheit (*inertia*) und *biases*, etwa der Default-Effekt.¹⁹⁰ So ist bekannt, dass nur ein geringer Bruchteil von Nutzern die voreingestellte Suche bei Hotelbuchungsplattformen individuell ändert und Filter einschaltet.¹⁹¹ Die Delegation auf Plattformen bzw. ihre Algorithmen bedeutet jedoch stets einen Verlust an Freiheit, der stetig zunimmt und der bei immer besserer Datenauswertung wiederum eine immer stärkere Steuerung des Nutzers zulässt. Selbst wenn Nutzer die „Entscheidungen“ nachvollziehen wollen, die für sie getroffen wurden, ist dies in „black box“-Geschäftsmodellen kaum mehr möglich.

3. Gesellschaftliche Grundentscheidung

Die Zurückdrängung individueller Entscheidungen ist nicht nur eine betriebswirtschaftliche Kalkulation zur Erzielung von Profiten, die möglicherweise nicht erzielt werden könnten, wenn die Marktgegenseite selbstständig entscheiden würde. Es ist auch ein volkswirtschaftliches Programm, das davon ausgeht, dass ein effizientes „Marktdesign“ möglich ist.¹⁹² Die dahinterstehende Idee ist, dass durch die Auswertung von Daten und mit Hilfe ökonomischer Modelle Angebot und Nachfrage passgenau aufeinander abgestimmt werden können. Hierfür steht beispielsweise der mit dem Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Ökonomie geehrte *Alvin Roth* ein, der ein dirigistisches Matching für möglich hält und „smart markets“ auf der Basis von datengestützter Rechenleistung propagiert.¹⁹³ Damit werden Ergebnisse der Ressourcenverteilung durch Berechnung vorgegeben, statt im Markt ausgehandelt. Das Modell ist von einer freien Marktwirtschaft – ob bei den ordoliberalen Ökonomen oder bei *Friedrich von Hayek* („Entdeckungsverfahren“)¹⁹⁴ – weit entfernt und erinnert eher an eine zentralistische Lenkungswirtschaft, mit dem Unterschied, dass nicht mehr der Staat, sondern private Akteure planen.

Die Sicherung einer freien Marktwirtschaft vor privater Steuerung bedarf daher einer rechtspolitischen Positionierung dahingehend, ob weiterhin auf die individuelle Entscheidung des Individuums gesetzt werden soll oder auf ein datenbasiertes privates Zuweisungsmodell im Sinne eines „Marktdesigns“. Mit der Idee der freien Entfaltung

¹⁹⁰ Vgl. *Kahneman/Tversky*, The psychology of preferences, 246 (1) Scientific American, 1982, 160.

¹⁹¹ Vgl. *Ursu*, Marketing Science 2018, 530 (533).

¹⁹² Vgl. z.B. *Roth*, Marketplaces, Markets, and Market Design, 108 (7) American Economic Review, 2018, 1609 ff., *Wambach/Gretschko/Klein*, Die Regeln machen den Unterschied: Marktdesign, 48(4) Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 22 ff.

¹⁹³ *Roth*, Who Gets What – And Why, 2015, S. 225 und passim.

¹⁹⁴ *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 3.

der Persönlichkeit auch in wirtschaftlichen Belangen ist nur das Modell einer Wettbewerbswirtschaft zu vereinbaren, nicht das Modell einer Ressourcenallokation durch datenstarke Operatoren.

C. Rechtsrahmen für digitale Plattformen

Ziel dieses Kapitels ist es, einen Rechtsrahmen für digitale Plattformen zu skizzieren, in dem die Prinzipien des freien Wettbewerbs, der fairen Vermittlung und der eigenständigen Entscheidung gesichert werden.

Es gibt inzwischen einen breiten Konsens in Deutschland und wohl auch in der EU, dass der Rechtsrahmen angesichts der Digitalisierung weiterentwickelt werden muss. Dazu hat sich ein weltweiter „Wettbewerb“ der Ideen zur Plattformregulierung ergeben. Deutschland hat praktisch jedoch eine Pionierrolle eingenommen. Im Kartellrecht hat das Bundeswirtschaftsministerium im Januar 2020 den Referentenentwurf für das GWB-Digitalisierungsgesetz vorgelegt.¹⁹⁵ Vorbereitet wurde der Gesetzentwurf durch eine Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht.¹⁹⁶ Geprägt wurde der Vorschlag aber auch durch andere Studien, insbesondere den Report der Special Advisers der Wettbewerbskommissarin¹⁹⁷ und den Furman Report im Vereinigten Königreich.¹⁹⁸ Weitere wichtige Studien sind in Australien, Japan und den BRICS-Staaten erschienen sowie vom US-amerikanischen Stigler Center.¹⁹⁹ Vorgelegt haben auch Studien von Verbänden wie BDI und Bitkom sowie das Weißbuch Digitale Plattformen des Bundeswirtschaftsministeriums.²⁰⁰ Das Bundeskartellamt

¹⁹⁵ Referentenentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz, 2020.

¹⁹⁶ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.

¹⁹⁷ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (Report), 2019, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Dazu *Heinz*, WuW 2019, 439.

¹⁹⁸ Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report), 2019, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

¹⁹⁹ Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platforms Inquiry, Preliminary Report, 2018, abrufbar unter <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf>; Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019, abrufbar unter <https://research.chicagobooth.edu/stigler/events/single-events/antitrust-competition-conference/resources>; Japan Fair Trade Commission, Report on data and competition policy, 2017, abrufbar unter https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf; BRICS, Digital Era Competition: A BRICS View, 2019, abrufbar unter <http://bricscompetition.org/materials/news/digital-era-competition-brics-report/>.

²⁰⁰ BDI, Die digitale Transformation der Industrie, abrufbar unter https://bdi.eu/media/user_upload/Digitale_Transformation.pdf; BITKOM, Digitalisierung der Wirtschaft, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/sites/default/files/2019-04/>

hat sich nicht nur mit seiner Fallpraxis, sondern auch mit zahlreichen Positionspapieren in die Diskussionen eingeschaltet.²⁰¹ Das 68. Sondergutachten der Monopolkommission von 2015 war zwar schon für die 9. GWB-Novelle prägend, hat aber von seiner Aktualität nichts eingebüßt.²⁰² Für den europäischen Rechtsrahmen hat die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 der Bundesregierung Empfehlungen vorgelegt.²⁰³ Die industriepolitischen Vorstellungen der Bundesregierung wurden in der Nationalen Industriestrategie 2030 gebündelt.²⁰⁴ In „Model Rules“ des European Law Institutes²⁰⁵ und in einem Gutachten für die Verbraucherzentralen werden verbraucherspezifische Aspekte stärker betont.²⁰⁶ Ein regulatorisches Update kommt nicht zu früh.²⁰⁷ Die digitalen Entwicklungen sind aus der Experimentier- und Findungsphase herausgetreten. Die Kennzeichen und Strukturen der Plattformwirtschaft treten – im Jahr 13 des Smartphone, im Jahr 17 der Forschungen von *Rochet/Tirole* und im Jahr 26 von Amazon – greifbar hervor. Die Marktanteile zentraler Akteure wie Google sind seit vielen Jahren stabil. Die technologischen Voraussetzungen für eine umfassende Vernetzung aller wirtschaftlichen Bereiche sind gegeben.

Digitale Plattformen haben Transaktionskosten gesenkt, die Verbraucherwohlfahrt verbessert und einen Modernisierungsschub in vielen Branchen bewirkt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Digitalisierung zu Produktivitätszuwächsen führt.²⁰⁸ Wenn Regeln vorgeschlagen werden, um der Tätigkeit von digitalen Plattformen einen Ordnungsrahmen zu geben, ist das weder ein Misstrauensvotum gegen die betroffenen Unternehmen, noch Ausdruck rückschrittlicher

bitkom_charts_hub_-_digitalisierung_der_wirtschaft_10_04_2019_final.pdf; BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, abrufbar unter <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.html>.

²⁰¹ Siehe Liste des Bundeskartellamts, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Digitale_Wirtschaft/digitale_wirtschaft_node.html.

²⁰² Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung Digitale Märkte, 2015.

²⁰³ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, abrufbar unter https://www.wettbewerbsrecht-40.de/KW40/Redaktion/DE/Downloads/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&t=3.

²⁰⁴ BMWi, Nationale Industriestrategie 2030, 2019.

²⁰⁵ European Law Institute, Model Rules on Online Platforms, 2019; dazu *Busch* in Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler, Plattformen, 2018, S. 37ff.

²⁰⁶ *Busch*, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband, 2019.

²⁰⁷ Zurückhaltend jedoch *Körber*, ZUM 2017, 93.

²⁰⁸ Vgl. *van Ark*, 31 (Fall 2016) International Productivity Monitor, 3, abrufbar unter <http://www.csls.ca/ipm/31/vanark.pdf>.

Prä-Digital-Romantik. Vielmehr geht es um Anpassungen, damit die Ziele von Art. 3 EU-Vertrag verwirklicht werden und die Friktionen mit Prinzipien des Wirtschaftsrechts, wie in Teil B dargestellt, aufgelöst werden. Mit überzogenem staatlichen Interventionismus hat das nichts zu tun. Im Gegenteil: Freiheit auf Märkten entsteht nicht durch Abwesenheit von Regulierung. In einer Wirtschaft, in der keine hoheitlich gesetzten Regeln gelten, setzen sich die Stärksten durch und bestimmen die Regeln. Das wäre mit einem europäischen Rechtsverständnis nicht zu vereinbaren. Wird wirtschaftliche Freiheit nicht durch Regeln strukturiert, besteht die Tendenz zur Zerstörung dieser Freiheit („Freiheitsparadox“).²⁰⁹

I. Regelungsparameter und Rechtsdurchsetzung

Für die Rechtsetzung zu Plattformen stellt sich die Frage, welche Ambition mit entsprechenden Rechtsetzungsprojekten verbunden ist. Im Folgenden wird kein umfassendes Regelungskonzept für die Plattformökonomie vorgestellt. Es werden lediglich Regelungsoptionen zu Schwerpunktthemen aus wirtschaftsrechtlicher Sicht aufgezeigt. Das ist der Thematik auch angemessen. Gleichwohl bedarf die Regelungstechnik einer Vorüberlegung. Schließlich ist auch zu erwägen, wie die Rechtsdurchsetzung erfolgen soll.

1. Regulierung als evolutionäres Verfahren

Am deutschen BGB geschulte Juristinnen und Juristen träumen bei neuen Rechtsetzungsprojekten zuweilen von einem großen, systematischen Kodex, der für Dekaden gilt. Dessen Ausarbeitung würde allerdings erheblich mehr Zeit verlangen als heute für Rechtsetzung zur Verfügung steht und wäre angesichts der Dynamik der Entwicklungen möglicherweise rasch obsolet. Die Regelung digitaler Sachverhalte bleibt ein evolutives Verfahren, bei dem immer neue „Entdeckungen“ gemacht werden.

Ist sich die Rechtsetzung dessen bewusst, wird dem Entscheiden unter Unsicherheit Rechnung getragen: Der Zugriff seitens der Hoheitsträger ist mit dem Risiko des Irrtums belastet. Die Risikoeinschätzung hat sich allerdings geändert: Besseres Wissen über die Funktionsweisen und Praktiken von Plattformen reduzieren die Fehleranfälligkeit, zugleich steigt mit stärkerem Abwarten die Gefahr, dass manche Entwicklungen nicht mehr korrigiert werden können. Wurde bislang primär darauf geachtet, bloß nicht zu aktiv einzugreifen und dadurch Fälle zu erfassen, die gar nicht regelungs-

²⁰⁹ Vgl. *Fikentscher/Hacker/Podszun*, FairEconomy, 2013, S. 51.

bedürftig waren (*false positives*), wird jetzt eher das Risiko gesehen, das durch zu geringe Ordnungseingriffe entsteht (*false negatives*).²¹⁰

Ohne diese Dichotomie grundlegend entscheiden zu müssen, gilt für moderne Regelsetzung, dass sie dynamisiert und flexibilisiert werden müsste. Eine solche „smarte“ Regulierung setzt voraus, dass von Anfang an mitgedacht wird, dass Regelungen sich weiterentwickeln müssen und ein „Experiment“ sind, das scheitern kann oder unerwartete Konsequenzen hat. Dementsprechend sind Alternativpläne und Korrekturmöglichkeiten einzubauen.

Die Digitalisierung bietet der Rechtswissenschaft den Anlass, sich diese schwierige Aufgabe mit neuer Dringlichkeit vorzulegen und am Beispiel der Plattformregulierung zu beantworten: Wie ist das klassische Verständnis von Recht als dauerhaft stabile Struktur mit einer sich rasch wandelnden Lebenswirklichkeit in Einklang zu bringen? Ungeklärte Widersprüche des Rechts brechen damit auf: Das starke Bedürfnis nach Rechtssicherheit wird mit der gleichzeitigen Unsicherheit bei der Anwendung von Recht konfrontiert, die sich etwa in der Unberechenbarkeit des Ausgangs von Gerichtsverfahren niederschlägt. Die Tendenz zur „Juridifizierung“, die einem Bedürfnis nach rechtlicher Regelung nachkommt, trifft auf die Kritik an einengender Überregulierung. Das Beharrungsvermögen des juristischen Standes mit der weitverbreiteten Ablehnung grundlegender Rechtsänderungen trifft auf die gleichzeitige Anerkennung, dass sich Wirtschaft und andere Lebensbereiche durch die Digitalisierung disruptiv verändert haben. Diese Widersprüche können nicht ganz aufgelöst werden. Durch ein evolutionäres Vorgehen bei der Regelsetzung können die Widersprüche aber aufgefangen werden.

Regelsetzung muss sich dazu „vortasten“ und Lösungen nicht festschreiben. Dabei ist es hilfreich, wenn möglichst viele Fälle diskutiert und entschieden werden und diverse rechtliche Pfade ausprobiert werden. Der Diskurs über Regeln mit verschiedenen Inputgebern muss stetig fortgesetzt werden. Diversität und Feedback erhöhen Innovationskraft und Lerneffekte. Vor allem setzt dies aber das Bewusstsein voraus, dass bei einem Projekt wie der Plattform-Regulierung kein monolithischer Block entsteht, der nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens statisch gilt. Regulierung bleibt ein dauernder Prozess.

Elemente, die die Offenheit für eine solche Vorgehensweise stärken, sind zum Beispiel *sunset clauses* und Befristungen in Gesetzen, Evaluationspflichten, Monitoring oder Stakeholderdialoge. Offene Tatbestände und Generalklauseln eröffnen Flexibilität bei sich än-

²¹⁰ Vgl. *Ewald* in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 15 ff.; s. a. *Grimes*, GRUR Int 2020, 3.

dernden Umständen. Denkbar sind auch Optionen in Gesetzen (also Auswahlmöglichkeiten) sowie experimentelle Regeln, die laborartig in einzelnen Regionen oder für einzelne Anbieter getestet werden. Dies wird z.B. durch Reallabore realisiert, für die bestimmte Vorschriften temporär außer Kraft gesetzt werden.²¹¹ Es müsste auch die Möglichkeit zur unkomplizierten Nachjustierung von Gesetzen oder Entscheidungen geben. *Jean Tirole* und andere haben diesen Gedanken aufgegriffen und fordern „regulatory sandboxes“, also Ausprobiermöglichkeiten für Unternehmen in einer Phase ohne Regulierung – wie in einem Sandkasten.²¹² Eine solche Regelung hat großen Charme, wirft aber rechtsstaatliche Probleme auf.²¹³

Die mit einer Öffnung des Rechtssystems und dem Ausprobieren einhergehende Einbuße an Stabilität und Rechtssicherheit ist vermutlich gering, da zumindest in den kritischen Fällen auch im derzeitigen Regelungsregime keineswegs vorhersehbar ist, wie das Recht sich in den nächsten Monaten oder Jahren entwickelt oder wie eine Behörde oder ein Gericht die Sache im streitigen Fall entscheidet. Bei allen offenen Fragen der evolutionären Rechtssetzung sollte der Grundimpuls neuer Regulierung jedenfalls sein: Die Regeln müssen bald adaptiert werden.

2. Transparenzvorschriften und Verbote

Im ersten, umfassender angelegten Akt der Plattformregulierung, der P2B-Verordnung, haben sich die europäischen Gesetzgeber im Wesentlichen darauf beschränkt, Transparenzpflichten zu statuieren. Plattformbetreiber werden in die Pflicht genommen, ihr Vorgehen gegenüber ihren gewerblichen Geschäftspartnern darzulegen, zu begründen oder zu erläutern. Solche Transparenzverpflichtungen sind ein erster wichtiger Schritt, da sie die dem Plattformmodell inhärenten Informationsasymmetrien beseitigen. Sie werden in den meisten Fällen allerdings keine grundsätzliche Veränderung der Verhandlungsbalance oder der Wettbewerbssituation herbeiführen, insbesondere wenn die Angaben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemacht werden oder wenn die Plattform bereits stark ist.

²¹¹ Dies ist z.B. in § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz vorgesehen. Vgl. BMWi, Innovation – Das Handbuch für Reallabore, 2019, S. 71.

²¹² Vgl. *Tirole* in einem Interview mit Quartz, abrufbar unter: <https://qz.com/1310266/nobel-winning-economist-jean-tirole-on-how-to-regulate-tech-monopolies/>; *Zetzsche*, Regulating a Revolution – From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation, 2017, S. 26; *Lange*, FS Schwintowski, 2017, S. 331 ff.; *Krimphove/Rohwetter*, BKR 2018, 494 (für FinTechs).

²¹³ Aus diesem Grund ist Transparenz unbedingt erforderlich, vgl. *Zetzsche*, Regulating a Revolution – From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation, 2017, S. 40.

Regulatorische Transparenzmodelle gehen davon aus, dass die Gegenseite aufgrund der gegebenen Informationen eine bessere Entscheidung treffen kann. Dies setzt voraus, dass die Gegenseite überhaupt Auswahlmöglichkeiten und Verhandlungsmacht hat. Ein solches Modell liegt etwa den Produkt-Informationspflichten gegenüber Verbrauchern zugrunde: Auf Basis der Informationen, z. B. über die Zusammensetzung eines Lebensmittels, sollen Verbraucher ihre Entscheidung aus der vorhandenen Auswahl treffen.²¹⁴ Wo aber de facto gar keine Auswahlmöglichkeit gegeben ist, greifen im Recht regelmäßig Sicherungsmechanismen, die die Ausnutzung des strukturellen Ungleichgewichts zwischen demjenigen, der Informationen stellt, und der Marktgegenseite ungeschehen machen: Inhaltskontrolle von AGB ist das Sicherheitsnetz fehlgeschlagener Transparenzhoffnungen. Die Apathie des Nutzers bei der AGB-Kontrolle ist insofern rational.²¹⁵

Für digitale Plattformen gilt vor diesem Hintergrund, dass ein reines Transparenzmodell in den meisten Fällen nicht ausreichen wird: Eine Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern haben Unternehmen und Verbraucher häufig wegen des *winner-takes-it-all*-Charakters von Plattformmärkten nicht. Ignorieren sie Informationen oder stimmen sie Bedingungen schlicht zu, sei es aus Apathie oder mangels Alternative, greift das Sicherheitsnetz nicht, da Sanktionen oder Verbote ja nicht vorgesehen sind. Apathie ist dann irrational, aber unausweichlich.²¹⁶ Dass einzelne Plattformnutzer mit starken Plattformen in Vertragsverhandlungen auf Augenhöhe über Konditionen der Plattformnutzung treten, ist sowohl für Verbraucher als auch für kleinere und mittlere Unternehmen kaum vorstellbar. Damit ist eine „Friss-oder-Stirb“-Konstellation gegenüber dem Plattformbetreiber gegeben,²¹⁷ die angesichts seiner Intermediärsstellung gerade zu vermeiden ist, da das mit der Intermediation einhergehende Missbrauchspotential auf diesem Weg dann nicht mehr reduziert werden kann. Mit einigen Anbietern, beispielsweise Google, treten Nutzer erst gar nicht in ein näheres vertragliches Verhältnis. Hier ist schon im Ansatz ein Transparenzmodell zur Stärkung der Verhandlungs-

²¹⁴ Dass dies wegen eines „information overload“ in der Praxis gelegentlich gar nicht geht, sei hier nur der Vollständigkeit als weiteres Argument gegen reine Transparenzpflichten erwähnt. Vgl. dazu *Ben-Shabar/Schneider*, More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure, 2014; *Straetmans*, EuCML 2016, 199; *Howells*, The Journal of Law and Society 2005, S. 349; s. a. *Schön*, FS Canaris, 2007, S. 1191 ff.

²¹⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, S. 515; *Eidenmüller*, JZ 2009, 641 (650); *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37.

²¹⁶ Vgl. *Hyman/Franklyn*, Search Bias and the Limits of Antitrust: An Empirical Perspective on Remedies, Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2013-15, 2015, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2260942>.

²¹⁷ Vgl. *Druschel*, GRUR Int 2015, 125 (136).

macht nicht passend. Im europäischen Recht fehlt also die zweite Stufe der Transparenzverpflichtungen: der Eingriff bei gravierenden Ungleichgewichten. Darin liegt ein struktureller Fehler. Es sind daher auch Verbote vorzusehen.

3. Behördliche Durchsetzung

Die im Folgenden vorgestellten Regeln zur Plattformregulierung bedürfen eines Durchsetzungsrahmens. Die Durchsetzung erfolgt in einem modernen hoheitlichen System durch einen „regulatory mix“. Sowohl die unterschiedlichen Instanzen im Mehr-Ebenen-System der EU, als auch verschiedene Regulierungsinstrumente müssen aktiviert werden. Das Spektrum reicht von Ge- und Verboten mit Sanktionen und Haftungsnormen über verhandelte Abhilfemaßnahmen und Informationspflichten zu nicht-bindenden Empfehlungen, Selbstregulierung oder „compliance by design“, indem schon Software so programmiert wird, dass Rechtsverstöße ausgeschlossen sind.²¹⁸ Von einer modernen Gesetzgebung ist zu erwarten, dass sie dieses Instrumentarium (samt seiner zahlreichen Stellschrauben) zur Verfügung stellt und passgenau einsetzt. Eine derart vielschichtige Durchsetzung entspricht der Weiterentwicklung der Ordnungskonzepte, wie sie in der Rechtswissenschaft stattgefunden hat.²¹⁹

In der P2B-Verordnung sind bislang internes Beschwerdemanagement des Plattformbetreibers, Mediation, kollektive Klagemöglichkeiten von Verbänden und Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes vorgesehen (Art. 11–17 P2B-Verordnung).

Daneben wird die behördliche Rechtsdurchsetzung gestärkt werden müssen, damit gerade Plattformbetreibern mit überragender Marktbedeutung nicht die Schwächen eines von ihnen dominierten Durchsetzungssystems und die Beschwerlichkeiten der gerichtlichen Klärung einseitig ausnutzen können. Eine europäische Aufsichtsinstanz, angesiedelt bei der Wettbewerbsdirektion, könnte die nationale Fragmentierung in Rechtsfragen vermeiden.²²⁰

Kartellrechtliche und kartellrechtsnahe Weiterentwicklungen zur Regulierung von Plattformen wären sinnvollerweise bei den erfah-

²¹⁸ Vestager, Algorithms and Competition, Rede, 16.3.2017, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-mGWBh-2017_en; vgl. Vezzoso, Competition by Design, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2986440>.

²¹⁹ Vgl. Michael in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 41; Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation, 2011, Kap. 7; Ottow, Market & Competition Authorities, 2015, S. 162 ff.

²²⁰ Ähnlich de Streeck, Online Intermediation Platforms and Fairness, Université de Namur, 2018, S. 24, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3248723>. Vgl. grundlegend Glöckner, WuW 2019, 546.

renen Wettbewerbsbehörden anzusiedeln. Die Verfahren beim Bundeskartellamt und der Europäischen Kommission sollten jedoch beschleunigt werden, insbesondere durch Überprüfung interner Abläufe und eine straffere Verfahrensführung.²²¹ Der Einsatz von einstweiligen Maßnahmen ist grundsätzlich nicht geeignet, das Kartellrecht schneller zu machen, kann aber in Einzelfällen das Kippen von Märkten durch Erhalt des Status quo verhindern.²²²

Eine Umkehr der Beweislast und die Absenkung des Beweismaßes, wie gelegentlich ins Spiel gebracht,²²³ stoßen nach deutschem Rechtsstaatsverständnis an Grenzen. Auch die Arbeit mit übermäßig vielen Vermutungen entspricht dem Prinzip der Amtsermittlung nicht. Die Betonung ökonomisch-empirischer (in der Regel preisbezogener) Erkenntnisse im Gefolge der Chicago School hat die Kartellrechtsanwendung stellenweise geschwächt. Dieses Erbe wirkt zum Teil noch im fachspezifischen Diskurs nach. Der „more economic approach“ wird erst seit Kurzem kritischer gesehen.²²⁴

Möglicherweise ist die Technologiekompetenz in den Wettbewerbsbehörden noch ausbaufähig, da auch die Effektivität der Abhilfemaßnahmen bezweifelt wird.²²⁵ Hier könnte die Berufung eines „Chief Technologist“ analog zum „Chief Economist“ für eine bessere Erfassung der digitalen Sachverhalte und das gezieltere Design von Abhilfemaßnahmen sorgen.²²⁶

Bei der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts fehlt bislang eine europäische Instanz. Deutschland vertraut fast ausschließlich auf die private Rechtsdurchsetzung mit Abmahnungen, einstweiligen Verfügungen und Klageverfahren. Dies funktioniert in einer Vielzahl von Konstellationen einwandfrei. Gerade bei Unternehmen der Plattformwirtschaft stellt sich jedoch das Problem, dass die nach § 8 Abs. 3 UWG aktivlegitimierten Institutionen kaum von außen beur-

²²¹ Siehe etwa den Vorschlag der Monopolkommission, Policy Brief 4 zur 10. GWB-Novelle, 2020, S. 5f.

²²² Podszun/*Deuschle*, WuW 2019, 618.

²²³ Vgl. Vestager zur Financial Times, „Margrethe Vestager eyes toughening “burden of proof” for Big Tech”, 30.10.2019, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/24635a5c-fa4f-11e9-a354-36acbbb0d9b6>.

²²⁴ Durchschlagend *Khan*, 126 Yale Law Journal, 2017, 710; s. a. *Lübbig*, NZKart 2019, 513; *Grimes*, GRUR Int 2020, 3; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, 2008, S. 537.

²²⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Ziff. 504; *Economides/Lianos*, A Critical Appraisal of Remedies in the E.U. Microsoft Cases, Columbia Business Law Review 2, 2010, 346.

²²⁶ Podszun in der Sachverständigenanhörung zur Novelle, vgl. das Wortprotokoll der 101. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 23.1.2017, Protokoll-Nr. 18/101, S. 29.

teilen können, ob eine geschäftliche Handlung unlauter ist, weil die Geschäftsmodelle schwer durchschaubar sind oder Algorithmen und Datennutzung eine Rolle spielen. Offline-Sachverhalte erschließen sich für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung häufig einfacher. Gegenüber den mit „deep pockets“ gerüsteten Gatekeeper-Plattformen erfordert ein Vorgehen in kritischen, aber nicht eindeutigen, weil neuartigen Konstellationen einen langen Atem, den die privaten Kläger ggf. nicht aufbringen können. Wird das System der privaten Rechtsdurchsetzung – wie etwa durch das Unternehmen Uber²²⁷ – nicht respektiert oder werden dessen Schwächen (etwa die Interpartes-Wirkung von Entscheidungen) geschickt ausgenutzt, gelingen aggressiven Unternehmen unter Umständen rasche Skalierungseffekte, die wegen der damit eingetretenen Netzwerkeffekte kaum rückgängig zu machen sind. Da Schadensersatz- und Gewinnabschöpfungsansprüche im deutschen UWG kaum eine Rolle spielen, kann ggf. sanktionslos ohne Rücksichtnahme auf Fairness im Markt expandiert werden. Der Verletzergewinn bleibt dem unlauter agierenden *first mover* erhalten.

Empfohlen wird daher, die private Rechtsdurchsetzung zumindest für die hier angesprochenen Themen um eine moderate behördliche Rechtsdurchsetzung zu ergänzen.²²⁸ Diese sollte, in Anknüpfung an § 32e Abs. 5 GWB, beim wettbewerbsorientiert arbeitenden, durchsetzungsstarken Bundeskartellamt angesiedelt werden.²²⁹ Auf eine Abstimmung mit der funktionierenden privaten Rechtsdurchsetzung wäre besonderer Wert zu legen.

Eher fernliegend ist der Vorschlag, eine „Digitalagentur“ einzurichten, die als nationale Regulierungsbehörde für das Internet agiert.²³⁰ Dies könnte zu einer für den Wettbewerb gefährlichen Veralterung der Regulierung führen.

II. Normadressaten

Nicht für alle digitalen Plattformen sind dieselben Regeln erforderlich.

²²⁷ Jacobs, „Und trotzdem fährt ein Uber“, 13.12.2018, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/arbeit/2018-12/uber-black-bundesgerichtshof-rechtsverstoss-urteil-folgen>.

²²⁸ Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts – Studie im Auftrag des BMWi, 2018, S. 170 ff.; dies., GRUR 2018, 1004 ff.

²²⁹ Näher zu diesen neuen Befugnissen Podszun/Schmieder in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 85 ff.

²³⁰ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 101; vgl. Brinker, NZKart 2017, 141.

1. Digitale Plattformen allgemein

Die P2B-Verordnung richtet sich an „Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen“ (Art. 1 Abs. 2). Als Online-Vermittlungsdienste werden gem. Art. 2 Nr. 2 Intermediäre angesehen, die es Unternehmen ermöglichen, Transaktionen mit Verbrauchern einzugehen (B2P2C). Als Online-Suchmaschinen werden gem. Art. 2 Nr. 5 allgemeine Suchwebsites eingestuft, die für den Nutzer „grundsätzlich auf allen Websites“ suchen. Reine soziale Netzwerke ohne Transaktionen im weitesten Sinn, B2B-Plattformen mit Verkauf an gewerbliche Nutzer und Peer-2-Peer-Plattformen sind als Adressaten bislang nicht erfasst.²³¹ Die in der Folge skizzierten Verpflichtungen sind nicht immer an eine Transaktion gekoppelt, sodass auch Informationsportale (z.B. Vergleichswebsites) oder soziale Netzwerke erfasst sein können. Die Verpflichtungen richten sich vor allem darauf, die Fairness der Vermittlung sicherzustellen. Das betrifft alle Intermediäre auf mehrseitigen Märkten. Selbst der Betreiber einer im Markt unbedeutenden Plattform hat es als Intermediär in der Hand, Informationen zu steuern und Angebot und Nachfrage zu koordinieren. Für industrielle B2B-Plattformen sind möglicherweise gesonderte Regeln erforderlich.

2. Ausnahmen für Newcomer

Zu erwägen ist, ob für neu in den Markt eintretende, unabhängige Plattformbetreiber eine „Karenzzeit“ vorgesehen wird, in der sie an bestimmte Verpflichtungen nicht gebunden sind.²³² Damit würde der Sorge Rechnung getragen, dass Newcomer durch zu viel Regulierung einen Nachteil gegenüber etablierten Plattformen haben, für die Compliance-Kosten weniger stark ins Gewicht fallen. Dass sie nicht der Regulierung unterfallen, wäre Geschäftspartnern und Verbrauchern jedoch deutlich zu machen. Die Länge einer solchen regulatorischen Karenzfrist könnte beispielsweise ein oder zwei Jahre betragen. Innerhalb dieser Zeit müsste dann eine Anpassung an die rechtlichen Vorgaben erfolgen.

3. Marktbeherrschende und marktübergreifend bedeutende Plattformen

Einzelne Plattformen haben möglicherweise marktbeherrschende Stellungen erreicht. In diesen Fällen ist der Wettbewerb besonders

²³¹ Zum Anwendungsbereich *Polley/Pesch/Tönnies*, WuW 2019, 494 (495); *Busch*, GRUR 2019, 788 (789); *Voigt/Reuter*, MMR 2019, 783 (784).

²³² Vgl. schon jetzt Art. 11 Abs. 5, 12 Abs. 7 P2B-Verordnung.

gefährdet. Unternehmen, die marktbeherrschend sind, haben für das Funktionieren der Märkte eine „besondere Verantwortung“, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont.²³³

Darüber hinaus haben einige Plattformbetreiber eine Marktmacht akkumuliert, die über die Beherrschung eines einzelnen Marktes hinausreicht. Das Bundeswirtschaftsministerium hat im Referentenentwurf für die 10. GWB-Novelle daher eine neue Normadressatenstellung für besondere Missbrauchsverbote vorgeschlagen. Gemäß § 19a Abs. 1 GWB-E sollen Unternehmen erfasst werden können, die in erheblichem Umfang auf mehrseitigen Märkten und mit Netzwerken tätig sind und denen „eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt“. Indizien für eine solche Stellung sollen sich u. a. aus Marktbeherrschung, Finanzkraft oder Zugang zu sonstigen Ressourcen, vertikaler Integration und Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und der Bedeutung des Unternehmens für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten ergeben.

In der Begründung zum Referentenentwurf wird klargestellt, dass es um Unternehmen geht, die „zentrale strategischen Positionen einnehmen.“²³⁴ Damit wird die Brücke zu einem Vorschlag im britischen Furman Report geschlagen („companies with a strategic market status“).²³⁵ An die Feststellung einer derartigen Position werden in § 19a Abs. 2 GWB-E Verbote angeknüpft, die vom Bundeskartellamt ausdrücklich für zukünftiges Verhalten verfügt werden. Damit liegt eine Art kartellrechtsnahe Regulierung vor. Eine ex-ante-Regulierung von Unternehmen, wie sie aus den netzgebundenen Sektoren bekannt ist, kann nur gerechtfertigt werden, wenn die Unternehmen eine Schlüsselposition inne haben, die für übrige Marktteilnehmer zentral ist und die auf absehbare Zeit nicht wettbewerblich bestreitbar ist. In den sonstigen regulierten Sektoren speist sich diese Legitimation typischerweise aus der natürlichen Monopolmacht dank einer spezifischen Infrastruktur – Schienennetz, Stromleitungen oder Telekommunikationskabel. In der Plattformökonomie erreichen führende Unternehmen, also GAF plus Microsoft, derzeit nicht den Status „natürlicher Monopole“. Einzelne Konzerne haben aber als „digitale Gatekeeper“ zentrale strategische Positionen besetzt. Ihre Maßnahmen determinieren in erheblicher Weise die Marktchancen anderer Unternehmen und das Verhalten von Verbrauchern. Der

²³³ St. Rspr. seit EuGH, 9.11.1983, 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rn. 57 – *Michelin*. Siehe *Fuchs/Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 130.

²³⁴ Referentenentwurf GWB-Digitalisierungsgesetz, 2020, S. 75.

²³⁵ Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report), 2019, S. 9.

strategischen Position liegen Kernstücke der digitalen Ökonomie in Europa zugrunde: Betriebssysteme für Handys und Computer; Clouds, in denen Daten gespeichert werden; die Suchmaschine als zentraler Gateway zu anderen Websites sowie das wesentliche Netzwerk für Kommunikation und Identitätsmanagement. Die über diese Elemente vermittelte Marktmacht ist seit Jahren konstant, sie wird ständig ausgebaut und zementiert. Es handelt sich nicht um ein erst kürzlich aufgetretenes Phänomen, das möglicherweise auch wieder verschwindet, so wie es noch in der Experimentier- und Expansionsphase der Internetmärkte typisch war.²³⁶

Ob dies eine Verschärfung des Regelungszugriffs über die allgemeine Plattform-Regulierung hinaus rechtfertigt, hängt an der Prognose: Ist zu erwarten, dass diese Unternehmen ihre Machtstellung innerhalb der nächsten drei bis fünf Jahre signifikant einbüßen oder jedenfalls starkem wettbewerblichen Druck ausgesetzt werden? Der Zeitraum von drei bis fünf Jahren entspricht dem Prognosezeitraum der Fusionskontrolle, für den sich die Aufsichtsbehörden zutrauen, eine derart gesicherte Erkenntnis zu gewinnen, dass sie über strukturelle Maßnahmen eine Entscheidung treffen können.²³⁷ Falls eine Änderung der Wettbewerbsverhältnisse nicht zu erwarten ist oder im Gegenteil die Macht ausgebaut wird, ist es legitim, neben die Fusionskontrolle auch eine Verhaltenskontrolle zu stellen, die im Vorhinein zu verhindern versucht, dass künftig Macht missbraucht wird.

Ariel Ezrachi und *Maurice Stucke* haben die damit in den Blick genommenen Unternehmen als „super platforms“ bezeichnet, die sich gegen wettbewerbliche Angriffe immunisiert haben, sodass ihre wirtschaftliche Macht nicht bestritten werden kann.²³⁸ Angesichts der abschottenden Wirkung von Netzwerkeffekten, Datenmacht und Finanzkraft ist zumindest für einige Unternehmen mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass sie ihre Gatekeeper-Funktion über die nächsten Jahre halten, wenn nicht ausdehnen werden können. Der Ansatz, dem Bundeskartellamt die Befugnis zu verleihen, eine derartige Machtposition festzustellen, ist daher legitimiert. Anders als im Regulierungsrecht, etwa dem TKG, muss dabei die Analyse nicht von konkreten Märkten ausgehen, sondern an Unternehmen ansetzen. Das hat seinen Grund in der Vernetzung der Märkte und der Konvergenz unterschiedlicher Leistungen als

²³⁶ Irrig daher *Evans*, Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights But Not Sleepy Monopolies, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3009438>.

²³⁷ BGH, 19.6.2012, KVR 15/11, WuW/E DE-R 3695 – *Haller Tageblatt*; *Thomas* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 36 GWB Rn. 519.

²³⁸ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 145 ff.

Merkmal der digital geprägten Wirtschaft. Es ist gerade die marktübergreifende Bedeutung, die durch eine klassische Marktabgrenzung nicht abgebildet werden kann, die aber das Gefährdungspotential begründet. Hinzuweisen ist auch auf die in der Begründung klargestellte Befristung einer solchen Feststellung auf fünf bis zehn Jahre.²³⁹

III. Regelungsoptionen für alle Plattformen

Im Folgenden werden einzelne inhaltliche Schwerpunkte genannt, die mit Blick auf die Prinzipien des Wirtschaftsrechts für alle Plattformen durchgesetzt werden sollten, soweit keine Ausnahmeregelung greift, etwa für neue Unternehmen. Diese Regelungsoptionen zielen in erster Linie darauf ab, Fairness zu wahren, „tipping“ zu vermeiden und Wettbewerb auf der Plattform zu ermöglichen. Eine Kernfrage ist, ob die Verpflichtungen in der P2B-Verordnung genügen oder ausgebaut werden müssen. Der Regelungsort – Kartellrecht, Lauterkeitsrecht, eigene Plattformregulierung – ist von nachrangiger Bedeutung.

1. Einschränkung der Plattformnutzung

Der Betreiber einer Plattform darf die Plattformnutzung nur in den Grenzen des Art. 4 P2B-Verordnung einschränken. Insbesondere entstehen Begründungspflichten und ein Fristenregime.

Welche wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausschluss von einer Plattform haben kann, zeigt sich beispielhaft im Fall *Google AdWords* der französischen Kartellbehörde.²⁴⁰ Google hatte den Account des Unternehmens Amadeus ohne Ankündigung unter Berufung auf einen Verstoß gegen die Verhaltensregeln gelöscht. Für das Unternehmen bedeutete dies einen wirtschaftlichen Totalschaden, da Kunden die Amadeus-Seite fast ausschließlich über Anzeigen bei Google aufgesucht haben. Die Autorité de la Concurrence wertete das Verhalten von Google als Verstoß gegen Art. 102 AEUV.

Die Regelung in Art. 4 P2B-VO genügt, da dadurch überraschende Kündigungen unmöglich werden und ein interner „Rechtsbehelf“ vorgesehen ist, um innerhalb einer Frist eine Änderung zu bewirken. Gerade diese interne Abhilfe muss allerdings zügig erfolgen. Ggf.

²³⁹ Referentenentwurf zum GWB-Digitalisierungsgesetz, 2020, S. 77.

²⁴⁰ Autorité de la Concurrence, 31.1.2019, 19-MC-01, abrufbar unter https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2019-09/19mc01_en_final.pdf.

muss der Rechtsweg offenstehen. Für marktmächtige Plattformen ist zu beachten, dass Einschränkungen der Nutzung mit einem Zugangsanspruch der Nutzer kollidieren können.

2. Vertriebsbeschränkungen

In Art. 10 P2B-Verordnung ist eine Verpflichtung statuiert, Einschränkungen des sonstigen Vertriebs zu erklären, die gewerbliche Nutzer einer Plattform treffen können. Solche Einschränkungen können etwa in Exklusivbindungen, Wettbewerbsverboten oder Preisparitäts-/Bestpreisklauseln liegen. Vertriebsbeschränkungen durch Plattformen können zu einer Angleichung des Angebots, zu einer Dämpfung des Wettbewerbsdrucks und einem Rückgang an Vertriebsinnovationen führen. Die Vorschrift könnte von einer Transparenzverpflichtung zu einem Verbot mit Rechtfertigungsvorbehalt umgebaut werden.²⁴¹ Damit würde die Entscheidung, welche Vertriebsstrategie die sinnvollste ist, bei dem die eigentliche Leistung erbringenden Unternehmen verbleiben und nicht von einem Marktplatzanbieter determiniert werden. Das stützt die Souveränität der Entscheidung und die Freiheit des Wettbewerbs. Vor allem würde ein „tipping“ weniger wahrscheinlich.²⁴²

In der bisherigen Rechtspraxis sind insbesondere Fälle bekannt geworden, in denen digitale Plattformen ihren Nutzern verbieten, Produkte oder Dienstleistungen an anderer Stelle zu einem günstigeren Preis anzubieten („Preisparitätsklauseln“, auch „most-favoured-nation Klausel“). Zumindest bei der Verwendung weiter Preisparitätsklauseln ist man sich einig, dass diese den Preiswettbewerb verringern.²⁴³ Die Nutzung von engen Preisparitätsklauseln kann unter Umständen für die Funktionsweise eines Vergleichsportals notwendig sein, da das Trittbrettfahren der Nutzer verhindert wird.²⁴⁴ Eine Berücksichtigung von Effizienzen wäre auf Ebene der Rechtfertigung weiterhin möglich.

²⁴¹ Vgl. die Forderung des Committee on Industry, Research and Energy des Europäischen Parlaments, Opinion vom 23.11.2018, 2018/0112(COD), Amendment 67.

²⁴² Vgl. Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB, Rn. 342 ff.; Hovenkamp, Principles of Antitrust, 2017, Kap. 10.8.

²⁴³ Bundeskartellamt/BMWi, Stellungnahme zur Evaluierung der Vertikal-GVO und der Leitlinien, 2019, S. 3, Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 2019, S. 25; Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, S. 11; OLG Düsseldorf, 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), WuW 2015, 394 – HRS-Bestpreisklausel.

²⁴⁴ OLG Düsseldorf, 4.6.2019, VI-Kart 2/16, WuW 2019, 386 – Enge Bestpreisklausel II. Siehe aber Bundeskartellamt, Hintergrundpapier „Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?“, 2019, S. 26.

Bei marktstarken Plattformen stellen sich Exklusivitätsansprüche und andere Vertriebsbeschränkungen zudem teilweise als missbräuchlich dar.²⁴⁵

3. Selbstbevorzugung

Im Fall *Google Shopping* warf die Kommission Google vor, den eigenen Preisvergleichsdienst in der Suche bevorzugt anzuzeigen und alternative Preisvergleichsdienste durch Schlechterstellung in der Ergebnispräsentation vom Markt zu drängen.²⁴⁶ Eine sachliche Rechtfertigung für die Selbstbevorzugung konnte die Kommission nicht erkennen.²⁴⁷ Im Ergebnis führte die Selbstbevorzugung zu einer leistungsfremden Ausdehnung der Marktmacht von Google auf Drittmärkten.²⁴⁸

In der P2B-Verordnung ist gem. Art. 7 eine Erläuterung der „differenzierten Behandlung“ von eigenen Waren und Dienstleistungen und fremden gefordert. In § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-E wird ein Verbot der Selbstbevorzugung für die Adressaten dieser Regelungen vorgegeben. Zu erwägen ist, ein derartiges Verbot der Bevorzugung allen Plattformbetreibern aufzuerlegen. Mindestens ist aber an Art. 7 P2B-Verordnung festzuhalten und zusätzlich zu den Erläuterungen gegenüber den betroffenen Unternehmen zu fordern, dass Verbraucher erkennbar auf die mögliche Selbstbevorzugung hingewiesen werden. Hinweispflicht und Verbot mit Rechtfertigungsvorbehalt träfen auch sog. „White-Label-Produkte“, bei denen für den Verbraucher nicht erkennbar ist, dass sie in Wirklichkeit wirtschaftlich dem Plattformbetreiber zuzuordnen sind.

Ein Verbot der Selbstbevorzugung (ggf. mit Rechtfertigungsmöglichkeit) dient dem Schutz des freien Wettbewerbs, vor allem aber auch dem Prinzip der fairen Vermittlung. Der Plattformbetreiber maßt sich durch die Steuerung der Informationen, die Präsentation der Produkte und die Koordination von Angebot und Nachfrage eine Vermittlerposition auf Märkten an, die nur dann den Kriterien des fairen Wettbewerbs entspricht, wenn sie nicht einseitig zur eigenen Profitmaximierung auf Kosten der informierten Verbraucherentscheidung ausgenutzt wird: Wenn sich die eigenen Produkte im Leistungsvergleich mit anderen bewähren können, werden sie sich auch

²⁴⁵ OLG Düsseldorf, 3.4.2019, VI-Kart 2/18 (V) – *CTS Eventim*, WuW 2019, 318; Europäische Kommission, 20.3.2019, 40411 – *Google AdSense* (unveröffentlicht).

²⁴⁶ Europäische Kommission, 27.6.2017, 39740, Rn. 589 ff. – *Google Shopping*.

²⁴⁷ Europäische Kommission, 27.6.2017, 39740, Rn. 653 ff. – *Google Shopping*.

²⁴⁸ Vgl. *Höppner*, *Google Search (Shopping): Etablierte Missbrauchskriterien für digitalen Präzedenzfall*, WuW 2017, 421; kritisch *Akman*, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, 2 *Journal of Law, Technology and Policy*, 2017, 301 ff.

bei gleichwertiger Präsentation bewähren können. Werden sie ohne leistungsmäßige Gleichwertigkeit systematisch bevorzugt, setzt sich der nicht so effiziente Anbieter durch. Daran besteht aus wettbewerblicher Sicht ebenso wie aus Sicht der Verbraucher kein Interesse. Das Verbot der systematischen Selbstbevorzugung hat seinen Ursprung im allgemeinen Diskriminierungsverbot.²⁴⁹ Es ist damit in anerkannten rechtlichen Grundsätzen – Nichtdiskriminierung, Chancengleichheit, Auflösung von Interessenkonflikten, unverzerrter Wettbewerb, Verbraucher als Schiedsrichter – verankert.

Hinzu kommt, dass die Bevorzugung eigener Leistungen die Macht des Plattformbetreibers spiralförmig verstärken und damit ein „Tipping“ befördern kann.²⁵⁰ Die Expansionsidee der Ökosysteme besteht gerade darin, die eigenen Leistungen immer stärker, ggf. durch Hebelwirkungen zwischen verschiedenen Märkten und lock-in-Strategien, durchzusetzen und damit Wettbewerb auszuschalten. Dahinter steht die Ausnutzung konglomerater Effekte.²⁵¹ Das mag zunächst Synergien produzieren, lähmt aber mittelfristig dynamische Effizienz.

Eine gleichwertige Präsentation verschiedener Angebote führt in der Umsetzung zu Schwierigkeiten, da weiterhin eine Auswahl erforderlich ist: Auf einem Screen sind nur wenige Angebote darstellbar, sie bedürfen weiterhin der Ordnung. Hier darf es jedenfalls nicht zu einer systematischen Verzerrung zugunsten des Plattformbetreibers kommen.

4. Rankings

Zahlreiche Plattformen haben sich auf die Reihung von Produkten und Leistungen in Rankings spezialisiert, beispielsweise auf Suchseiten, Vergleichs- oder Vermittlungsportalen. Für das effiziente Funktionieren des Marktplatzes ist entscheidend, dass Verbraucher als Schiedsrichter gut informiert entscheiden können und Wettbewerber faire Chancen haben, ihre Leistungen darzustellen.

Das Bundeskartellamt hat in seiner *Sektoruntersuchung Vergleichsportale* die Zustände bei Vergleichsportalen dargestellt.²⁵² Die Studie hat ergeben, dass auf vielen Portalen Angebote, für die das

²⁴⁹ Vgl. aus dem Kartellrecht EuGH, 19.4.2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 – *MEO*; BGH, 12.4.2016, KZR 30/14 – *NetCologne*.

²⁵⁰ Vgl. schon früh *Kühling/Gauß*, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, 751; s. a. die Analyse der Entscheidung Europäische Kommission, 23.2.2016, M.7813 – *Sanofi/Google* in *Podszum*, CPI International Antitrust Chronicle, 2/2018, 50.

²⁵¹ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 35 ff.; *Körber*, Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, WuW 2008, 522 (528) mwN.

²⁵² Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, 2019, Abschlussbericht.

Portal Provisionen erhalten hat, bevorzugt angezeigt werden. Dabei wurden die Verbraucher regelmäßig nicht oder nicht vollständig über das Zustandekommen des Rankings aufgeklärt.²⁵³ Auch in der Rechtsprechung sind Vergleichsportale und ihre Suchparameter immer wieder Gegenstand von Auseinandersetzungen gewesen.²⁵⁴ Handlungsbedarf besteht insbesondere insoweit, als neutral wirkende Rankings ohne klare Kenntlichmachung durch Entgeltzahlungen beeinflusst sind. Auch über die Marktabdeckung sollte Klarheit verschafft werden, wenn die Plattform den Anspruch erhebt, neutral und objektiv im Markt zu wirken.

In Art. 5 P2B-Verordnung sowie Art. 7 Abs. 4a UGP-Richtlinie wird verlangt, dass die Parameter für die Darstellung in Rankings in Grundzügen gewerblichen Nutzern bzw. Verbrauchern offengelegt werden. Insbesondere ist darüber zu informieren, inwiefern durch Zahlungen an den Plattformbetreiber die Position beeinflusst werden kann (s.a. Anhang I Nr. 11a zur UGP-Richtlinie). Diese Vorschriften sollten konsolidiert und für alle entsprechenden Seiten anwendbar gemacht werden. Suchlisten und Rankings mit erkaufte Platzierungen ist die Irreführung von Verbrauchern inhärent. Hier bleibt eine strikte Trennung zwischen Suchergebnis und bezahlter Werbung erforderlich. Je stärker Transaktionen über derartige Seiten angesteuert werden, desto wichtiger wird die zutreffende Informationsgrundlage für das Funktionieren der Märkte.

5. Umgang mit Informationen

In Art. 9 P2B-Verordnung sind detaillierte Transparenzpflichten vorgesehen, welche Informationen und Daten vom Kunden erhoben werden. Der gewerbliche Nutzer hat zunächst keinen Anspruch auf die Herausgabe dieser Daten, auch wenn sie durch ihn selbst generiert sind.²⁵⁵ Ein gewisser Schutz des Plattformbetreibers ist allerdings gerechtfertigt, da dieser sonst stets fürchten müsste, dass der Leistungserbringer Kunden über die Plattform anwirbt und sodann von dieser weglockt. Das würde die Amortisation der Investitionen in die Plattform einem Risiko aussetzen. Zu differenzieren ist aber zwischen dem Schutz vor Trittbrettfahrerei des gewerblichen Nutzers und Trittbrettfahrerei des Plattformbetreibers. Nutzt dieser die Daten, um den gewerblichen Nutzer aus dem Geschäft zu drängen und die eigene Leistungserbringung an dessen Stelle zu setzen, läge

²⁵³ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, 2019, Abschlussbericht, S. 3.

²⁵⁴ Vgl. BGH, 27.4.2017, I ZR 55/16, ECLI:DE:BGH:2017:270417UIZR55.16.0, GRUR 2017, 1265 m. Anm. *Eckel – Preisportal*; OLG München, 6.4.2017, 29 U 3139/16, MMR 2017, 703 – *Versicherungsvergleichsportale*. S.a. *Alexander*, WRP 2018, 765.

²⁵⁵ Verbraucher haben insoweit den Anspruch aus Art. 15 DSGVO.

eine Verdrängung vor, die nicht mit eigenen Leistungsmitteln bewirkt wäre. Der Plattformbetreiber darf daher die Kunden des Plattformnutzers nicht für dieselben Leistungen systematisch zu seinen eigenen Kunden machen. Insoweit wäre ein Verbot zu statuieren, das Anleihen an § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E nimmt. Hier würde zwar ein (grundsätzlich erwünschtes) wettbewerbliches Abjagen von Kunden stattfinden – der Plattformbetreiber würde dazu aber seine eigentlich neutral-partnerschaftliche Stellung als Intermediär gegenüber seinem Geschäftspartner ausnutzen und so in unlauteren Wettbewerb treten.

Informationen sind nicht nur essenziell für die Abwicklung von Transaktionen, sie sind auch konstitutiv für die wirtschaftliche Selbstbestimmung der Marktakteure. Ob vor diesem Hintergrund auch gewerbliche Nutzer Informationen herausverlangen können sollten, ist zu erwägen. Ein exklusiver Zugriff des Plattformbetreibers auf Daten würde dem Zusammenhang von Information und souveräner Entscheidung letztlich nicht gerecht. In § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB-E wird dieses Problem ansatzweise für marktübergreifend bedeutende Unternehmen thematisiert.

IV. Regelungsoptionen für marktstarke Plattformen

Für marktstarke Plattformen gelten zwar die Regeln des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots, das so weit formuliert ist, dass viele Erscheinungen der Plattformökonomie darunter subsumiert werden können. Der Rechtssicherheit sind jedoch Regelbeispiele zuträglich, zumal der Gesetzgeber damit die Regelung der Plattformökonomie stärker demokratisch legitimieren könnte. Im Folgenden werden daher Optionen aufgezeigt, wie §§ 19, 20 GWB ergänzt werden könnten.

Das Bundeswirtschaftsministerium hat vorgeschlagen, für digitale Ökosysteme und Gatekeeper-Plattformen eine kartellrechtsnahe Regulierung vorzusehen (§ 19a GWB-E). Im Unterschied zu anderen Plattformen ist bei den marktübergreifend mächtigen Unternehmen eine Wiederherstellung von Wettbewerb zunächst nicht zu erwarten. Zu erwägen wäre, die Verbote in § 19a Abs. 2 GWB-E nach Feststellung der Adressatenstellung unmittelbar gelten zu lassen, ohne weitere Entscheidung der Kartellbehörde. Diese Unternehmen haben eine so große Verantwortung für das Funktionieren der Märkte, dass ihnen weitere Verpflichtungen zumutbar sind: Sie sind wie Riesen, die schon durch eine einzige Bewegung großen Schaden anrichten können. Dass sie auch große Leistungen vollbringen können, ist unbestritten, dies wird durch die maßvolle Ergänzung ihrer Verhaltenspflichten auch nicht erschwert. Im Folgenden wird daher auch

skizziert, welche weiteren Verpflichtungen für Gatekeeper-Plattformen und digitale Ökosysteme erwogen werden könnten.

Ein wesentlicher Punkt beim Festschreiben besonderer Missbrauchstatbestände ist die Beschleunigung des Verfahrens. Sind Regelbeispiele im Gesetz genannt, entfällt die aufwändige Suche nach Begründungen für neue Schadenstheorien.

1. Spezifische Missbrauchstatbestände

Es wird nicht gelingen, alle denkbaren Einschränkungen durch Plattformen in Normen zu katalogisieren. Umso wichtiger ist die Frage, ob übergreifende spezifische Missbrauchstatbestände geschaffen werden können.

a) Zugang zur Plattform

Zugang zur Plattform kann für den Wettbewerb zur Schlüsselfrage werden: Wer nicht auf einer Plattform vertreten ist, kann in den Wettbewerb auf der Plattform nicht eintreten. Hier kontrolliert der Plattformbetreiber den „Flaschenhals“ des Zugangs. Ist eine Plattform marktbeherrschend, sollten Nutzer grundsätzlich einen diskriminierungsfreien Zugangsanspruch haben, soweit nicht sachliche Gründe dagegen sprechen. Es soll eben nicht der Willkür des dominanten Plattformbetreibers obliegen, die im Wettbewerb erfolgreichen Leistungserbringer zu selektieren. „Schiedsrichter“ im Wettbewerb bleibt der Verbraucher.

b) Leistungslose Übernahme von Kunden

Plattformbetreiber können, gerade wenn sie überlegen sind, Kunden leistungslos an sich ziehen, indem sie den bisherigen Leistungserbringer aus der Geschäftsbeziehung herausdrängen. Dies ist ein Aspekt der Selbstbevorzugungsfälle, aber auch des Umgangs mit Informationen. Saugt ein digitales Ökosystem Kunden systematisch ein und entzieht sie damit den ursprünglichen Leistungserbringern, kommt es zu einer erheblichen Strukturveränderung in der Wirtschaft, die nicht in der überlegenen Leistung, sondern im Auspielen der Intermediationsmacht begründet liegt. Die Konstruktion eines entsprechenden Missbrauchstatbestands auf der Basis von Fällen wie *Amazon*, aber auch *Soda Stream* aus der Offline-Welt scheint denkbar.²⁵⁶ Mit der „Sogwirkung“ hat auch das Bundeskartellamt im Fall *Amazon Geschäftsbedingungen* argumentiert.²⁵⁷ Dem Plattformbetreiber müsste eine Rechtfertigungsmöglichkeit offenstehen.

²⁵⁶ Europäische Kommission, 17.7.2019, 40462 – *Amazon Marketplace* (Eröffnungsbeschluss); BGH, 4.3.2008, KVR 21/07, WuW 2008, 678 Rz. 37 – *Soda Club II*.

²⁵⁷ Bundeskartellamt, 17.7.2019, B2–88/18 – *Amazon Geschäftsbedingungen* (Fallbericht, S. 9).

Ein Beispiel, das sich schon jetzt in Art. 6 P2B-Verordnung in Form einer Transparenzpflicht niedergeschlagen hat, ist der Umgang mit Nebenangeboten oder Nebendienstleistungen, z.B. einer Reise-rücktrittsversicherung bei Buchung einer Reise (als kommerzielle Strategie auch als „upselling“ bekannt.) Für manche Leistungserbringer kann dies ein wichtiges Geschäftsfeld mit hohen Margen sein. Für Plattformbetreiber kann die Erbringung derartiger Nebenleistungen eine Finanzierungsform darstellen. Bei Gatekeeper-Plattformen würde ein Missbrauchstatbestand der leistungslosen Übernahme von Kunden den Umgang mit solchen Nebenleistungen erfassen können. Das Transparenzgebot der P2B-Verordnung würde damit in ein Verbot umgewandelt, Leistungserbringern die Möglichkeit zum upselling zu nehmen, um es selbst zu beanspruchen. Gewerbliche Nutzer behalten damit die Chance, auch in einem stark gelenkten Ökosystem noch Gewinne im Wettbewerb selbst zu generieren, die Auswahl für Verbraucher könnte steigen.

c) Innovationsbarrieren

Hohe praktische Relevanz haben auf vernetzten Märkten insbesondere die Kopplungspraktiken, die die Kommission in *Google Android* in den Mittelpunkt rückte.²⁵⁸ Durch Kopplungspraktiken kann insbesondere der Innovationswettbewerb durch komplementäre Produkte abgeschirmt werden, was die Marktposition festigt, im Gegenzug aber bedeutet, dass Innovationen sich im Zweifel nicht durchsetzen können.²⁵⁹ Wegen der hohen volkswirtschaftlichen Bedeutung von Innovationen, auch als Mittel um verfestigte Strukturen aufzubrechen, könnte eine allgemeine Missbrauchsregel greifen, dass die Errichtung von Innovationsbarrieren durch marktübergreifend mächtige Unternehmen untersagt ist.

Damit wäre insbesondere eine Verpflichtung zu Interoperabilität und Datenportabilität verbunden: Marktstarke Plattformbetreiber dürften den Transfer zu anderen Plattformen oder die Vernetzung nicht stoppen. Ein derartiges Verbot ist in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E vorgesehen.

d) Quersubventionierung

Die Quersubventionierung von Leistungen, die sich in Preisstrategien niederschlägt – zum Beispiel in der dauerhaft nicht-kostendeckenden Zurverfügungstellung von Leistungen – ist im Grundsatz als Missbrauchstatbestand anerkannt.²⁶⁰ Das OLG Frankfurt formu-

²⁵⁸ Europäische Kommission, 18.7.2018, 40099 – *Google Android*.

²⁵⁹ *Page/Childers*, 78 (2) Antitrust Law Journal, 2012, 363, 372 ff.

²⁶⁰ EuG, 20.3.2002, T-175/99, ECLI:EU:T:2002:78, Rn. 64 – *UPS Europe*; Europäische Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwen-

lierte, eine wettbewerbswidrige Quersubventionierung könne vorliegen, wenn Kosten von einem Markt auf einen anderen abgewälzt würden, um auf dem begünstigten Markt mit nicht kostendeckenden Preisen Wettbewerber auszuschalten. Deren Ausscheiden aus dem Wettbewerb sei dann nicht Folge der effizienten Leistungserbringung des im Markt verbleibenden Unternehmens, sondern der Kostenverlagerung.²⁶¹ Das OLG stellte aber auch fest, dass eine Quersubventionierung als solche noch nicht missbräuchlich sei. Erforderlich sei das Hinzutreten weiterer wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.²⁶² Für Markteinführungen oder Investitionen in einen neuen Markt dürfen Gewinne aus anderen Bereichen selbstverständlich auch vom Marktbeherrscher eingesetzt werden.

Bei digitalen Plattformen ist der schwierige Tatbestand der Quersubventionierung bislang nicht geprüft worden, obwohl die enorme Finanzkraft einiger IT-Konzerne marktstrukturverändernde Verhaltensweisen ermöglicht, ohne dass auf diesen Märkten eine Kostendeckung erreicht werden müsste. Wird eine Leistung dauerhaft quersubventioniert oder ohne eigene Amortisation fortgesetzt, besteht die Gefahr, dass ein Grundprinzip nachhaltiger Märkte gefährdet wird: Dass Erfolg leistungsorientiert sein soll. Produkte, die sich nicht am Markt halten können, da sie zum erforderlichen Preis nicht abgesetzt werden können, sollen nicht künstlich am Markt gehalten werden.

e) Marktstrukturmissbrauch

In der Entscheidung *Continental Can* hat der EuGH den Marktstrukturmissbrauch anerkannt, indem er es als missbräuchlich ansah, wenn ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung Verbraucher durch einen Eingriff in die Struktur des Wettbewerbs schädigt.²⁶³ Das soll vorliegen, wenn das Unternehmen „gleichgültig mit welchen Mitteln und Verfahren [die marktbeherrschende Stellung] dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“²⁶⁴

Bei den sog. „super platforms“ liegt die Annahme nahe, dass sie einen Status erreicht haben, in denen Verhaltensweisen zur Fort-

dung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45/7 v. 24.2.2009, Rn. 39.

²⁶¹ OLG Frankfurt am Main, 22.2.2005, 11 U 47/04 (Kart).

²⁶² Vgl. *Busche* in: Kölner Kommentar Kartellrecht, Bd. 3, 2016, Art. 102 AEUV, Rn. 144.

²⁶³ EuGH, 21.2.1973, 6/72 – *Continental Can*. Dazu *Gasser*, Der Marktstrukturmissbrauch in der Plattformökonomie, i. E.

²⁶⁴ EuGH, 21.2.1973, 6/72, Ziff. 26 – *Continental Can*.

schreibung oder Ausdehnung einer monopolartigen Stellung und zur strukturellen Beseitigung von Restwettbewerb führen können. Dies wäre insbesondere für die Bildung digitaler Ökosysteme zu prüfen. Werden hier Systemfunktionen eingeführt, die die zentral-steuernde Rolle des Plattformbetreibers absichern, könnte darin ein Marktstrukturmissbrauch vorliegen. Dies könnte etwa bei der Einführung einer eigenen Währung,²⁶⁵ der Etablierung eigener Kommunikationskanäle oder der Verpflichtung auf interne Konfliktlösungsmechanismen gelten. In allen Fällen würde der Lock-in-Effekt zugunsten der Plattform und zu Lasten hoheitlicher oder wettbewerblicher Kontrolle verstärkt.

2. Verantwortung für außer-wettbewerbliche Ziele

Im Regulierungsrecht, dem sich die kartellrechtsnahe Regulierung in § 19a GWB-E annähert, treten weitere Regelungsziele neben die Wettbewerbsorientierung, etwa die Versorgungssicherheit im Energiewirtschaftsrecht. Für derartige außerwettbewerbliche Ziele werden die Anbieter auf regulierten Märkten sodann in Anspruch genommen. In der Plattformökonomie sind es insbesondere der Datenschutz und die IT-Sicherheit, die als systemrelevante Regelungsziele möglicherweise bei zentralen Akteuren zu verorten wären.

Eine Berücksichtigung solcher Ziele i.R.d. kartellrechtsnahen Regulierung in § 19a GWB-E trifft allerdings auf große Bedenken. Für beide Regelungsmaterien gibt es eigene Regelungsrationalitäten, die den wirtschaftsrechtlichen Fokus des hier vorgeschlagenen Ansatzes verzerren würden.

Das beantwortet freilich noch nicht die Frage, ob Regelungsziele etwa aus dem Datenschutzrecht auch mit Hilfe des Kartellrechts (wie im *Facebook*-Verfahren) oder des Lauterkeitsrechts (über § 3a UWG) durchgesetzt werden können. In beiden wettbewerbsrechtlichen Rechtsmaterien wird Datenschutz nicht um des Datenschutzes willen durchgesetzt, sondern weil datenschutzrechtliche Verhaltensweisen zu wesentlichen ökonomischen Parametern geworden sind. Dass sich dadurch ein gewisses Konkurrenzverhältnis zum Datenschutzrecht ergibt, mag stimmen, ist aber nicht ungewöhnlich, wie etwa die Parallelität zwischen Wettbewerbsrecht und Medienrecht zeigt.

3. Fusionskontrolle

Einige bedeutende Plattformunternehmen haben ihre Positionen zum Teil durch Zukäufe abgesichert. So hat Facebook durch den Erwerb von Instagram und WhatsApp aufstrebende Kommunikations-

²⁶⁵ Vgl. zu Libra *Ukrow*, EuZW 2019, 726 und 763.

und Identitätsplattformen in den Konzern integriert. Potenzieller Wettbewerb wurde damit abgewehrt. In der ökonomischen Fachdiskussion wird das Phänomen als „killer acquisition“ diskutiert.²⁶⁶

a) Veränderung der Aufgreifkriterien

Die Fusionsaktivitäten der großen Digitalkonzerne können häufig nicht fusionskontrollrechtlich erfasst werden, da die Zielunternehmen die Aufgreifschwelle der Fusionskontrolle nicht erreichen. Es kommt also nicht einmal zu einer Prüfung, ob durch das Vorhaben eine „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ i.S.v. § 36 GWB, Art. 3 FKVO eintritt. So war weder der Erwerb von WhatsApp, noch der von Instagram bei Bundeskartellamt oder Europäischer Kommission anmeldepflichtig.²⁶⁷ Dass diese Zusammenschlussaktivitäten nicht der Fusionskontrollpflicht unterliegen, ist ein sichtbares Zeichen dafür, dass das System dysfunktional ist, weil die Behörden ihrer fusionskontrollrechtlichen Kernaufgabe, Zusammenschlüsse von volkswirtschaftlicher Bedeutung einer Vorabkontrolle zu unterwerfen, nicht einmal im Ansatz nachkommen konnten.²⁶⁸

In Deutschland wird eine Prüfung durch die transaktionsvolumenbasierte Schwelle in § 35 Abs. 1a GWB seit der 9. GWB-Novelle in gewissem Rahmen sichergestellt. Die Änderung ist eine Reaktion auf das Versagen der Aufgreifschwelle im Fall *Facebook/WhatsApp*.²⁶⁹ Seither sind Zusammenschlüsse unabhängig von den Umsätzen des Zielunternehmens anmeldepflichtig, wenn ein Kaufpreis von 400 Mio. EUR überschritten wird. Die Special Advisers der EU-Kommissarin haben sich in ihrem Bericht zurückhaltend hinsichtlich der Einführung einer derartigen Aufgreifschwelle im europäischen Rahmen gezeigt. Zunächst sollten die nationalen Erfahrungen abgewartet werden.²⁷⁰ Die Ausfüh-

²⁶⁶ Grundlegend *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions, 2019, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3241707>; die Autoren haben für den Pharmasektor insoweit Erkenntnisse ermittelt, die deutlich darauf hinweisen, dass entsprechende Fusionen einer gezielten Strategie zur Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs dienen. Vgl. *Lemley/McCreary*, Exit Strategy, Stanford Law and Economics Olin Working Paper #542, 2019, S. 78ff., abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506919; *Nicolai van Gorp/Olga Batura*, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Studie für das ECON Komitee (2015), S. 59; *Bourreau/de Streeck*, Big Tech Acquisitions, CERRE 2020.

²⁶⁷ Zu einer Prüfung der Kommission kam es nur aufgrund einer Verweisung aus drei Mitgliedsstaaten, unter deren Fusionskontrollregime der Fall fiel, an die Kommission, siehe Europäische Kommission, 3.10.2014 – M.7217–*Facebook/WhatsApp*.

²⁶⁸ Vgl. *Motta/Peitz*, Big Tech Mergers, 2020, S. 32, abrufbar unter <https://www.crcr224.de/en/research-output/discussion-papers/discussion-papers#DP147>.

²⁶⁹ BT-Drs. 18/10207 S. 71.

²⁷⁰ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 10.

rungen im Tätigkeitsbericht 2017/2018 des Bundeskartellamts lassen keine Verwerfungen erkennen, sondern haben immerhin dazu geführt, dass der wichtige Zusammenschlussfall *Microsoft/GitHub* geprüft werden konnte.²⁷¹ Eine Einführung einer solchen Transaktionsvolumenschwelle auf europäischer Ebene scheint nun vertretbar.²⁷²

Alternativ könnten die Normadressaten des § 19a GWB-E einer Anzeigepflicht unterworfen werden. Darauf aufbauend wäre den Wettbewerbsbehörden sodann die Möglichkeit zu geben, in einem kurzen Zeitraum nach der Notifikation den Fall aufzugreifen. Damit würde sich die Fusionskontrolle von Umsatzschwellen und der Transaktionsvolumenschwelle unabhängig machen. Ein derartiges Modell hat auch der Furman Report vorgeschlagen.²⁷³ Die US-Federal Trade Commission hat in Anerkennung eines fusionskontrollrechtlichen Systemversagens 2020 rückwirkend die großen Tech-Konzerne aufgefordert, ihre Fusionsaktivitäten von 2010 bis 2019 umfassend darzustellen.²⁷⁴

Das wichtigste Gegenargument gegen eine Erweiterung der Aufgreifschwelle ist die Sorge vor einer „Anti-Exit-Gesetzgebung“: Startups, die mit dem Ziel gegründet würden, von potenten Akteuren übernommen zu werden, hätten geringere Anreize, ihr Startup zu entwickeln und könnten nur erschwert den Marktaustritt schaffen, wenn der Exit mit bürokratischen Hürden belastet wäre.²⁷⁵ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass es keine Knappheit an Investitionen für einen Exit solcher Startups gibt. Ob das Lauern auf einen raschen Exit

²⁷¹ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2017/2018, BT-Drs. 19/10900, S. 25. *Microsoft/GitHub* wurde an die Europäische Kommission verwiesen, die trotz hoher Marktanteile von GitHub ohne Bedingungen freigab, vgl. Europäische Kommission, 19.10.2018, M.8994 – *Microsoft/GitHub*.

²⁷² Für die Einführung einer strengeren Fusionskontrolle in den USA siehe *Shapiro*, *International Journal of Industrial Organization* 61, 2018, 739.

²⁷³ *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report)*, 2019, S. 95; ebenso *Motta/Peitz*, *Big Tech Mergers*, 2020, S. 33, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/discussion-papers#DP147>.

²⁷⁴ FTC, Pressemitteilung vom 11.2.2020, abrufbar unter <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>.

²⁷⁵ Vgl. *Stange/Zipperle*, *Venture Capital Magazin* 2016, 40; *Wirminghaus*, *Widerstand gegen ‚Anti-Exit-Gesetz‘ wächst*, 2016, abrufbar unter: www.gruenderszene.de/allgemein/fusionskontrolle-widerstand-politiker; etwas zurückhaltender auch *Bundesverband Deutsche Startups e.V.*, *Stellungnahme zum RefE*, 7.7.2016, *Fusionskontrolle bei der Übernahme von Startups*, 29.1.2016, S. 2 f., abrufbar unter https://deuschestartups.org/wp-content/uploads/2019/06/20160129_Stellungnahme_Fusionskontrolle-1.pdf. Siehe aber *Pohlmann/Wismann*, *NZKart* 2016, 555, 559.

überhaupt eine aner kennens würdige Erwägung ist, kann dahinstehen.²⁷⁶

b) Veränderung der Eingreiffkriterien

Das materielle Prüfkriterium (erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) ist so offen formuliert, dass in einem geeigneten Fall eine sog. „killer acquisition“ ggf. untersagt oder mit Auflagen versehen werden könnte. Eine solche Behinderung kann auch darin liegen, dass potentieller Wettbewerb ausgeschaltet wird²⁷⁷ oder die Möglichkeit entsteht, nachhaltigen Einfluss auf benachbarte Märkte zu erhalten.²⁷⁸ Gerade die Praxis der Europäischen Kommission in den jüngsten Fällen von Akquisitionen der großen Digitalkonzerne lässt allerdings nicht erkennen, dass die Wettbewerbsaufsicht diesen Spielraum genutzt hätte. So wurden 2018 die Fälle *Microsoft/GitHub*, *Apple/Shazam* und *Alphabet/ResMed* trotz zum Teil hoher Marktanteile der Zielunternehmen und konglomerater Aspekte ohne Bedenken freigegeben.²⁷⁹

Soll ein langer juristischer Findungsprozess für die Entwicklung neuer Schadenstheorien vermieden werden, könnte für Unternehmen, die in den Anwendungsbereich von § 19a GWB-E fallen, ein neuer Untersagungsgrund konkretisiert werden. Als erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne der Fusionskontrollvorschriften könnte es demnach gelten, wenn Unternehmen erworben werden, die aufgrund ihrer Nutzerbasis oder ihrer Technologie potenziell in der Lage sind, zukünftig Wettbewerbsdruck aufzubauen. Diese Gefahr besteht insbesondere, wenn das Zielunternehmen in einem benachbarten Bereich tätig ist.²⁸⁰

Zudem sollte die Bezugnahme im SIEC-Test auf die Entstehung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf eine marktübergreifend bedeutsame Stellung erweitert werden. Dies ist systematisch mit Blick auf § 19a Abs. 1 GWB-E erforderlich, da dieser auch erfüllt sein kann, wenn keine Marktbeherrschung vorliegt.

²⁷⁶ Kritisch *Lemley/McCreary*, Exit Strategy, Stanford Law and Economics Olin Working Paper #542, 2019, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3506919.

²⁷⁷ *Bechtold/Bosch*, GWB, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 22.

²⁷⁸ *LMRKM/Kahlenberg*, GWB, 3. Aufl. 2016, § 36 Rn. 73.

²⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission, 1.10.2018, M.8991 – *Alphabet/ResMed*; Europäische Kommission, 19.10.2018, M.8994 – *Microsoft/GitHub*; Europäische Kommission, 12.11.2018, M.8788 – *Apple/Shazam*.

²⁸⁰ Vgl. *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 11; *Shapiro*, 61 International Journal of Industrial Organization, 2018, 740.

Vorgeschlagen wird auch, die Beweislastverteilung oder das Beweismaß anzupassen und so den Wettbewerbsbehörden entgegenzukommen.²⁸¹ Die australische Wettbewerbsbehörde etwa erwägt eine widerlegbare Vermutung zu Lasten der Fusionsparteien, dass bestimmte Fusionen zu einer Wettbewerbsminderung führen.²⁸² Das wirft allerdings rechtsstaatliche Bedenken auf. Sind Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle nicht in der Lage, einen überzeugende Untersagungs begründung zu liefern, sind entweder ihre Ressourcen zu verstärken oder es liegt kein überzeugender Fall vor.

4. Auswahlmenüs

Der Wettbewerb auf der Plattform wird davon beeinflusst, welche Startchancen Anbieter vorfinden. Eine wesentliche Lenkung des Nachfrageverhaltens und eine faktische Beschränkung des Zugangs stellt es dar, wenn bestimmte Angebote durch Voreinstellungen privilegiert werden. Dies ist z.B. bei der Vorinstallation von Programmen auf einem Handy der Fall. Um verschiedenen Anbietern einen gleichen Zugang zum Kunden zu ermöglichen, sollten dominante Anbieter verpflichtet werden, in regelmäßigen Abständen Auswahlmenüs anzubieten. Der Nachfrager müsste dann (ggf. aufs Neue) entscheiden, welches Produkt gewählt werden soll. So sollte z.B. bei Neuinstallation eines Smartphones der Nutzer eine Auswahl an Browser-Apps zur Verfügung gestellt bekommen.

Diese Abhilfemaßnahme hat die Europäische Kommission im *Microsoft Browser*-Fall implementiert, um die Dominanz des Internet Explorer auf Microsoft-Geräte zu brechen.²⁸³ Die Europäische Kommission stützte dies damals auf den Vorwurf einer nach Art. 102 AEUV unzulässigen Kopplung von Betriebssystem und Browser. Derartige Kopplungen stellen sich für die zunehmend vernetzten Märkte dauernd. Für einen Plattformmarkt ist dabei nicht entscheidend, ob ein eigenes oder ein fremdes Produkt bevorzugt wird, denn der Intermediär soll die souveräne Konsumentenentscheidung gerade nicht vorbestimmen. Auswahlmenüs bei Neuinstallation oder die eigenhändige Auswahl von Filtereinstellungen bei Rankings (ohne Vorgabe des Plattformbetreibers) sind Maßnahmen, die zwar für Nutzer „unbequem“ wären, die „selbstverschuldete Unmündigkeit“ im digitalen Raum aber abmildern würde.

²⁸¹ Motta/Peitz, Big Tech Mergers, 2020, S. 34, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/discussion-papers#DP147>.

²⁸² Australian Competition & Consumer Commission, Digital Platforms Inquiry, 2019, S. 109.

²⁸³ Europäische Kommission, 16.12.2009, COMP/C-3/39.530, S. 16 – *Microsoft (Kopplung)*.

5. Entflechtung oder funktionelle Trennung

Im Regulierungsrecht ist es nicht unüblich, Unternehmensteile funktionell zu trennen oder zu entflechten. Es könnte somit die Forderung aufkommen, in einer Plattformregulierung für marktmächtige Konzerne eine Trennung der Geschäftseinheiten (etwa nach dem Vorbild von § 40 TKG) vorzusehen. Hier braucht nicht die Diskussion geführt zu werden, ob derartige Maßnahmen schon nach § 32 Abs. 2 GWB als „ultima ratio“ möglich sind.²⁸⁴ Entflechtungen oder funktionelle Trennungen sind, wenn sie konfrontativ gegen Unternehmen durchgesetzt werden müssen, außerordentlich langwierig und komplex. Es besteht dafür bei digitalen Plattformen bislang auch kein Anlass, da es mildere Mittel gibt, die einer eventuell problematischen Situation besser gerecht werden.

- Das Verbot der Selbstbevorzugung nimmt den Plattformen die Möglichkeit, Hebelwirkungen zwischen Intermediation und Produktangebot zu erzielen.
- Die Trennung verschiedener Datenbestände, wie vom Bundeskartellamt im *Facebook*-Verfahren verfügt, könnte eine geeignete Abhilfemaßnahme mit ähnlicher Wirkung wie eine funktionelle Trennung sein.
- Die Öffnung von Schnittstellen (wie im *Microsoft*-Fall), Interoperabilitäts- und Portabilitätsverpflichtungen brechen Verfestigungen auf und können Zugang ermöglichen, der sonst abgeschottet wäre.

Vor diesem Hintergrund ist aktuell eine ausdrückliche Entflechtungsbefugnis nicht geboten.

V. Wettbewerb in der Industrie 4.0

Während die öffentliche Diskussion stark auf die GAFKA-Unternehmen und den Schutz von Verbrauchern fokussiert ist, steht für die europäische Wirtschaft die Frage im Vordergrund, wie in Zukunft im industriellen Bereich die Zusammenarbeit über Plattformen organisiert werden kann. Industrie 4.0, Industrial Internet of Things (IIoT), B2B-Plattformen, Datenpools sind Schlagworte, die diesen Bereich umreißen.²⁸⁵ Ein Beispiel für die Zusammenarbeit ist das vernetzte Fahren, bei dem zahlreiche Akteure – Autohersteller (einschließlich ihrer Zulieferer), Verkehrsdienstleister, Städteplaner, öf-

²⁸⁴ *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 32 GWB Rn. 36.

²⁸⁵ Vgl. mit vielen Anwendungsbeispielen BDI, Deutsche digitale B2B-Plattformen, 2019, abrufbar unter <https://bdi.eu/media/publikationen/#/publikation/news/deutsche-digitale-b2b-plattformen/>.

fentliche Verwaltung, IT-Unternehmen – zusammenwirken. In anderen Bereichen werden Fabriken untereinander sowie mit Logistik, Wartung, Handel usw. vernetzt, zum Teil branchenweit. Hier sind durch Vernetzung und Digitalisierung sowohl produktive als auch dynamische Effizienzsteigerungen möglich. Die Aufgabe des Wirtschaftsrechts ist es auch hier, freien Wettbewerb, Fairness der Vermittler und Entscheidungshoheit der Marktteilnehmer zu gewährleisten. Anders als in den bislang diskutierten Fällen ist das Recht hier aber weniger in seiner einschränkenden als in seiner ermöglichenden Funktion gefragt.

1. Problemstellung

Für die Zusammenarbeit von Unternehmen im industriellen Bereich ist eine enge Kooperation erforderlich, bei der es im Wesentlichen um den Austausch von Daten geht. Auf diese Weise können datenbasierte Wertschöpfungsnetzwerke entstehen.

Die Hebung solcher Effizienzen stößt jedoch auf Schwierigkeiten: Unternehmen benötigen ggf. Zugang zu Daten, um überhaupt in IoT-Aktivitäten einsteigen zu können. Hier könnten weiterreichende Regeln helfen, indem Zugangsansprüche konturiert, kartellrechtliche Risiken minimiert und immaterialgüterrechtliche Probleme gelöst werden.²⁸⁶ Neben der rechtlichen Infrastruktur wäre auch eine technische Infrastruktur zu schaffen, z.B. durch offene Schnittstellen, Standards und europäische Clouds.

a) Kartellrechtliche Risiken der Kooperation

Einer weitgehenden Kooperation stehen kartellrechtliche Bedenken entgegen, insbesondere wenn Wettbewerber involviert sind: Es besteht die Gefahr, dass es zu einer Dämpfung des Wettbewerbsdrucks kommt, wettbewerbssensitive Informationen ausgetauscht oder Absprachen unter dem Dach einer IoT-Zusammenarbeit getroffen werden. Gerade angesichts der Härte, mit der die Kartellbehörden in den vergangenen Jahren den Informationsaustausch von Unternehmen verfolgt haben, ist das Risiko gegeben, dass der Austausch bestimmter Informationen in einem B2B-Setting zu einer Kartellgeldbuße führt oder Unternehmen vor dem Aufbau von Datenpools zurückschrecken.²⁸⁷

Dieses Risiko wird nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des EuGH erhöht, der in *Eturas* entschieden hat, dass eine Kartellbeteiligung schon in der stillschweigenden Hinnahme einer Änderung in

²⁸⁶ Dazu *Conde Gallego/Drexel*, IIC 2019, 135; *Podszun*, II C 2019, 720.

²⁸⁷ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 59ff.

einem automatischen Online-Buchungssystem vorliegen kann.²⁸⁸ In *VM Remonts* wurde vom EuGH klargestellt, dass auch das Fehlverhalten eines externen Dienstleisters zugerechnet werden kann.²⁸⁹ Beide Entscheidungen sind gerade für die Auslagerung von Funktionen im digitalen Kontext erhebliche Risikofaktoren, da sie eigentlich eine kaum zu leistende Kontrolle externer Dienstleister und rechnergestützter, automatisierter Verfahren verlangen. Für Unternehmen bestehen daher Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Aktionsspielräume.²⁹⁰

Je mehr Akteure beteiligt sind und je besser die Zusammenarbeit organisiert wird, desto wahrscheinlicher ist die Festlegung von Standards. Diese sind einerseits wettbewerbsfördernd, andererseits beschränken sie Innovationsmöglichkeiten, da alternative, möglicherweise bessere Lösungen keine Chance mehr am Markt haben.²⁹¹

b) Missbrauchsgefahr

Ein weiteres Problem entsteht durch die Rolle des Plattform-Betreibers: Wie bei anderen Plattformen droht auch hier ein Kippen des Marktes („Tipping“), bei dem der Plattform-Betreiber eine Machtposition erlangen kann, die ihm missbräuchliches Verhalten ermöglicht. Die wettbewerblichen Vorteile, die durch die Kooperation möglich werden, könnten so wieder entfallen; beteiligte Unternehmen könnten ausgenutzt werden, ohne sich noch aus der Abhängigkeitssituation befreien zu können.

c) Haltung der Kartellbehörden

Das Bundeskartellamt hat im Fall *XOM Metals* eine B2B-Plattformkooperation des Unternehmens Klöckner geprüft. Zu dem Fall wurde keine Entscheidung veröffentlicht, da nach Prüfung das Verfahren eingestellt wurde. Hinweise für die Praxis gibt damit nur ein dreiseitiger sog. Fallbericht, in dem das Bundeskartellamt seine Offenheit für effizienzsteigernde Kooperationen mit dem Ziel verbesserter und kostengünstiger Produkte und Produktionsabläufe betont.²⁹² Die Prüfung habe aber jeweils marktbezogen zu erfolgen. Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörde müsse die Plattform so konzipiert sein, dass Anbieter keinen Zugriff auf die Daten ihrer

²⁸⁸ EuGH, 21.1.2016, C-74/14 ECLI:EU:C:2016:42 – *Eturas*.

²⁸⁹ EuGH, 21.7.2016, C-542/14 ECLI:EU:C:2016:578 – *VM Remonts*.

²⁹⁰ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 59 ff.

²⁹¹ Vgl. *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1184); Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf Technologietransfer-Vereinbarungen (2014/C 89/03), S. 46 ff.

²⁹² Bundeskartellamt, 27.2.2018, B5-1/18-001 – *XOM Metals* (Fallbericht).

Wettbewerber haben, damit nicht über die Plattform eine erleichterte Abstimmung möglich ist oder der Wettbewerbsdruck gedämpft wird. Zudem ist sicherzustellen, dass der Plattformbetreiber (hier Klöckner) zwischen dem Betrieb der Plattform und dem sonstigen Geschäft trennt, kein wettbewerbswidriger Informationsaustausch und keine unfaire Einflussnahme vorkommen. Dies schließt auch gesellschaftsrechtlich vermittelte Auskunftsrechte aus. Ein weiterer Fall einer Agrar-Plattform („Unamera“) ist 2020 nach ähnlichen Grundsätzen entschieden worden, auch hier liegt jedoch kein Entscheidungstext vor.²⁹³

Im Rahmen einer fusionskontrollrechtlichen Prüfung hat das Bundeskartellamt die Übernahme des Navigationsdienstleisters HERE als Gemeinschaftsunternehmen verschiedener Autohersteller akzeptiert. HERE wurde von Daimler, BMW und Audi, also führenden deutschen Automobilherstellern, gekauft; es soll zum Daten-Hub des vernetzten Fahrens ausgebaut werden.²⁹⁴ Auch die spätere Einbeziehung von Intel, NavInfo und Tencent wurde gebilligt.²⁹⁵ Damit ist eine Plattform entstanden, an der zahlreiche verschiedene Unternehmen partizipieren, ohne dass Auflagen gemacht wurden – etwa eine Öffnung für Dritte.

Die Europäische Kommission hat es als politisches Ziel formuliert, die Nutzung von Daten für Industrieunternehmen zu erleichtern und eine entsprechende Strategie anzustreben.²⁹⁶ Die Position der Kommission in Bezug auf den Datenaustausch ist jedoch ambivalent, da die Grenzziehung zum kartellrechtlich unzulässigen Informationsaustausch schwerfällt und der Ausschluss einzelner Unternehmen als Diskriminierung im Sinne von Art. 102 AEUV gewertet werden könnte. Maßgeblich sind dafür derzeit die Horizontal-Leitlinien für die Beurteilung der Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern.²⁹⁷ Diese Leitlinien verlangen im Allgemeinen, sich nicht-diskriminierend zu verhalten (d.h. alle Marktteilnehmer müssen Zugang haben). Als kritisch wird der Austausch aktueller, spezifischer Daten, die nicht aggregiert oder anonymisiert sind, angesehen. Damit sind gerade Big-Data-Anwendungen in Plattform-

²⁹³ Bundeskartellamt, Keine Einwände gegen Start einer digitalen Agrarplattform, Pressemitteilung, 5.2.2020.

²⁹⁴ Bundeskartellamt, BMW, Daimler and Audi can acquire Nokia's HERE mapping service, Pressemitteilung, 6.10.2015.

²⁹⁵ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt clears participation of Intel and NavInfo in HERE mapping service, Pressemitteilung, 24.1.2017.

²⁹⁶ Europäische Kommission, Communication, Building a European Data Economy, 10.1.2017, COM(2017) 9 final, S. 4.

²⁹⁷ Europäische Kommission, Communication, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements, Official Journal C11, 14.1.2011, S. 1.

Konstellationen mit einem Kartellrisiko verbunden. Die Leitlinien basieren auf der Entscheidung *Asnef-Equifax* des EuGH zum Austausch von Daten zwischen Banken in Spanien, die so die Kreditwürdigkeit von Schuldern ermitteln wollten.²⁹⁸ In der Entscheidung von 2006 war insbesondere etabliert worden, dass Daten nur in aggregierter, anonymisierter Form weitergegeben und andere Unternehmen nicht von der Nutzung ausgeschlossen werden dürfen.

2. Kooperation unter dem Schirm einer Freistellungsverordnung

Die Rechtsunsicherheit für B2B-Plattformen in der Industrie 4.0 sollte abgemildert werden, damit sich die wettbewerblichen Impulse, die von einer vernetzten Zusammenarbeit ausgehen, entfalten können. Dabei ist einschränkend zu bemerken, dass die Zusammenarbeit in innovativen, datengetriebenen Geschäftsmodellen weiterhin experimentell bleibt: Es ist ein offenes Entdeckungsverfahren, wozu die Zusammenarbeit unter Nutzung von Daten, Algorithmen und künstlicher Intelligenz führt. Daher ist die Forderung, dass Unternehmen möglichst exakt nachweisen, welche Effizienzgewinne sie erzielen werden, überzogen. Die diesbezüglichen Anforderungen in der Mitteilung der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (heute Art. 101 Abs. 3 AEUV) führen faktisch zur Unmöglichkeit des Effizienznachweises.²⁹⁹

a) Modell einer IoT-Gruppenfreistellungsverordnung

Angesichts der Bedeutung solcher Kooperationen für die Innovationsförderung und den Wettbewerb wird empfohlen, einen eigenen Rechtsrahmen zu schaffen, der solche Kooperationen vereinfacht. Dazu wären mindestens die Horizontalleitlinien der Kommission zum Datenaustausch zu überarbeiten. Sinnvoller erscheint allerdings eine eigene Regelung in einer Plattform- oder IoT-Gruppenfreistellungsverordnung.³⁰⁰ Das bietet sich schon deshalb an, weil die Verhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen nicht ausschließlich horizontal von Interesse sind, sondern auch vertikal und konglomerat. Die Konvergenz der verschiedenen Marktstufen und Märkte ist gerade Kennzeichen der vernetzten Wirtschaft. Ein Den-

²⁹⁸ EuGH, 23.11.2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734 – *Asnef-Equifax*.

²⁹⁹ In der Mitteilung heißt es z.B., es müsse der „Wert der Einsparungen so genau wie möglich berechnet oder geschätzt und eingehend beschrieben werden, wie der Betrag berechnet wurde.“ Siehe Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08), Rn. 56.

³⁰⁰ Ähnlich *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 98.

ken in der traditionellen Trias von horizontal, vertikal und konglomerat wird den wettbewerblichen Einflüssen daher immer weniger gerecht.

Noch weitergehend als der Vorschlag einer IoT-Gruppenfreistellungsverordnung wäre ein befristetes, generelles Aussetzen der Kartellrechtsanwendung für IoT-Anwendungen, um den Unternehmen eine Phase des Ausprobierens zuzugestehen. Das wäre eine „regulatory sandbox“. Diese Phase würde zeitlich befristet und durch ein Monitoring begleitet, sodass sich nach einer Probephase von etwa fünf Jahren genauer einschätzen ließe, welche ermöglichenden und begrenzenden Regeln erforderlich sind.

b) Anwendungsbereich, Freistellung und Beschränkungen

Im Rahmen einer IoT-Gruppenfreistellungsverordnung könnten – im Vergleich zur regulatory sandbox – die „roten Linien“ genauer definiert werden. Zunächst wäre festzulegen, welche Arten von Vereinbarungen in den Anwendungsbereich einer solchen Verordnung fallen sollen. Hier lassen sich zwei Arten von B2B-Plattformen unterscheiden:³⁰¹ Auf der einen Seite stehen Transaktionsplattformen, die primär als Marktplätze fungieren. Auf der anderen Seite stehen IoT-Plattformen, die zwar Elemente von Transaktionen enthalten können, die aber in erster Linie die Produktion vernetzen, neue Dienstleistungen ermöglichen und auf Innovationen ausgelegt sind. Das Einsatzfeld ist mit dem Begriff Industrial Internet of Things zu umreißen. Zwischen beiden Arten von Plattformen wäre nach ihren jeweiligen Schwerpunkten zu differenzieren.

In beiden Fällen, Transaktionsplattformen wie auch IoT-Plattformen, scheint eine vorübergehende regulatorische Zurückhaltung legitim, da keine unmittelbare Verbraucherschädigung droht (die Unternehmen arbeiten im Bereich der Industrie zusammen), die Unternehmen in einer gewissen antagonistischen Haltung zueinander stehen, die Märkte noch entwicklungs offen sind und Effizienzen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV, um dessen Konkretisierung es in Gruppenfreistellungsverordnungen geht, wahrscheinlich sind.³⁰² Bestimmte Effizienzen können vor dem Hintergrund von IoT-Anwendungen auch nur durch eine derartige plattformbasierte Zusammenarbeit gehoben werden (Unerlässlichkeit). Das Kriterium des Art. 101 Abs. 3 AEUV, das am wenigsten deutlich greifbar ist, ist das der Weitergabe der erzielten Vorteile an Verbraucher. Unmittelbar

³⁰¹ Vgl. BMWi, Die volkswirtschaftliche Bedeutung von digitalen Plattformen im Verarbeitenden Gewerbe, 2019, S. 17 ff.

³⁰² Zu dessen Kriterien *Ellger* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 125 ff.

mag dies nicht ersichtlich sein. Nach traditioneller Lesart wird aber der Wettbewerb dafür sorgen, dass Kostenvorteile oder Innovationen auch an Verbraucher weitergegeben werden. Eine solche Weitergabe findet jedoch nicht statt, wenn eine Monopolisierung eintritt oder die beteiligten Unternehmen die Verwendung der gemeinsam erzielten Fortschritte kollusiv verwenden. Daher gilt es, sowohl Monopolisierungen zu vermeiden als auch Absatz- und Weiterverwendungsbeschränkungen entgegenzuwirken.

Bei der Fokussierung auf vernetzte Industrieanwendungen stellt sich das Problem des Schutzes personenbezogener Daten in wesentlich geringerem Maße, da die relevanten Daten für solche Plattformen v. a. Industrie- und Maschinendaten sein dürften. Zugleich sollten Transaktionsplattformen mitgeregelt werden, um auch hier die Unsicherheit in der Zusammenarbeit zu beseitigen.

Die Kooperation von Unternehmen über solche Plattformen wäre grundsätzlich freizustellen.

Zugleich wäre zu definieren, welche Grenzen der Zusammenarbeit gesetzt werden. Für Transaktionsplattformen hat das Bundeskartellamt im Fall *XOM Metals* die ersten Parameter gesetzt: Es muss darum gehen, Preisabsprachen über die Plattform zu verhindern und durch *Chinese Walls* ggf. auch den Betrieb der Plattform samt der damit verbundenen Steuerungsmöglichkeiten von anderen Bereichen des eigenen Unternehmens zu trennen. Darüber hinaus sollten derartige Plattformen nicht zu vielen Vorgaben ausgesetzt sein. Insbesondere wären die strengen Anforderungen der *Asnef-Equifax*-Rechtsprechung hinsichtlich der Art der Daten zu lockern: Ein Austausch aggregierter, anonymisierter oder historischer Daten ergibt vor dem Hintergrund der (2006 für den EuGH so noch nicht absehbaren) Möglichkeiten zur B2B-Digitalkooperation keinen Sinn.

In Anknüpfung an die Praxis des Bundeskartellamts wäre sicherzustellen, dass der Betreiber der Plattform seine Funktion nicht missbraucht, um als Gatekeeper zu fungieren oder sich selbst Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen. Dazu müsste jeder Plattformbetreiber, der von der Freistellung profitieren kann, einen Kodex vorlegen, der die „Governance“ der Plattform beschreibt. In diesem Kodex wäre insbesondere darzustellen, welche Rechte und Pflichten der Betreiber der Plattform hat, wie dieser mit Informationen umgeht, welche Interessenkonflikte bestehen, welche Vorkehrungen gegen eine Ausnutzung solcher Interessenkonflikte getroffen werden, welches Zugangsregime besteht und welche Rechte Nutzer der Plattform haben. Der Kodex wäre in Form einer Selbstverpflichtung zentral zu hinterlegen. Dies würde für den Konfliktfall einen Maßstab vorgeben. Zugleich würde die Sammlung entsprechender Kodi-

zes einen Überblick über die – weiterhin experimentellen – Modelle am Markt geben.

Ein solches Governance-Modell wäre einer strikten Vorgabe in einer eventuellen IoT-Verordnung vorzuziehen, da es Marktlösungen ermöglicht: Es ist dann Sache der Unternehmen, sich für ein Plattform-Modell zu entscheiden, welches sie transparent über die Rechte und Pflichten informiert. So kann sich die jeweils vorteilhafteste Lösung durchsetzen.

Dieser auf den ersten Blick zurückhaltende Regulierungsansatz ist zum einen der Hoffnung geschuldet, dass so Innovationen aus der Datenzusammenführung generiert werden können, zum anderen der Erkenntnis, dass das gesamte Segment sich noch in einer Experimentierphase befindet. Das unterscheidet die IoT-Plattformen von den bereits etablierten B2C-Plattformen.

c) Schutz vor „Tipping“

Aus den Erfahrungen mit dem „Tipping“ in anderen Bereichen könnte überlegt werden, im Gegenzug für die Freistellung drei Verpflichtungen vorzugeben: Den Nutzern der Plattform dürften keine Exklusivitätsbindungen auferlegt werden, sie müssten das Recht zur Mitnahme ihrer Daten zu einer anderen Plattform erhalten (Datenportabilität), die Daten müssten in Formaten bereit gestellt werden, die zu anderen Anwendungen interoperabel sind (Interoperabilität).³⁰³ Wenn das gewährleistet ist, ist die Gefahr, dass sich binnen kurzer Zeit aufgrund von Netzwerkeffekten marktbeherrschende Plattformen bilden, abgeschwächt. Die drei Bedingungen können die Wechselbereitschaft von Unternehmen oder *multi homing* erhöhen. Eine politische und technische Aufgabe ist es, die Interoperabilität weiter zu fördern. Je besser Daten zwischen verschiedenen Anwendungen transportiert werden können, desto weniger stark besteht die Gefahr einer Datenmonopolisierung durch einen Anbieter.

d) Zugang zur Plattform

Die Frage des Zugangs zur Plattform ist essentiell für deren Funktionieren. In der *Asnef-Equifax*-Rechtsprechung sind „Clublösungen“ nicht vorgesehen. Der Zugang zum Informationsaustausch muss demnach interessierten Unternehmen diskriminierungsfrei gewährt werden.³⁰⁴ Es kann aber auch Plattformmodelle geben, die gerade darauf angelegt sind, die Kompetenzen einiger weniger Teil-

³⁰³ Anhand des Beispiels von Kundenbewertungen *De Franceschi* in Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, Plattformen, 2018, S. 9, 33; *Janal* in Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlar, Plattformen, 2018, S. 171, 209.

³⁰⁴ EuGH, 23.11.2006, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Rn. 60 – *Asnef-Equifax*.

nehmer zu bündeln und zu einem starken Angebot zu vereinen – so wie in der klassischen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung Einschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs hingenommen werden, um einen starken Inter-brand-Wettbewerb (Markenwettbewerb) zu ermöglichen. IoT-Plattformen sollten daher auch als Hubs für bestimmte Anbieter ausgestaltet werden können.

Dafür wäre zunächst zu fordern, dass der Zugang zur Plattform im Governance-Kodex transparent dargelegt wird, damit für Nutzer absehbar ist, mit wem sie sich in Zukunft auf der Plattform treffen. Klarzustellen wäre auch, dass Plattformen nicht verpflichtet sind, besonders starken Unternehmen, insbesondere solchen mit überragender Marktstellung, Zugang zu vermitteln. Es besteht aus wettbewerblicher Sicht kein Anlass, beispielsweise die europäische Chemieindustrie zu verpflichten, Google Zugang zu einer IIoT-Plattform zu verschaffen, um ein plakatives Beispiel zu wählen.

Erreicht eine freigestellte Plattform besondere Marktmacht, ist allerdings aus wettbewerblicher Sicht erforderlich, dass mindestens solche Unternehmen, die von der Plattform abhängig sind, diskriminierungsfreien Zugang zu dieser erhalten. Damit müsste gerade der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen angestrebt werden. Zu diesem Zeitpunkt wäre dann allerdings die Experimentier- und Expansionsphase in diesem Segment auch abgeschlossen.

e) Befristung und Monitoring

Die Freistellungsverordnung für IoT-Plattformen wäre zeitlich zu befristen, damit dieses Experiment, das von den europäischen Kartellbehörden beobachtet werden sollte, sodann evaluiert werden kann. Die Transparenz wäre durch das Registrieren der Governance-Kodices gewährleistet. Es sollte klar sein, dass nach diesem Zeitraum auch eine Änderung der Konditionen einschließlich einer stärkeren Begrenzung der Rolle des Plattformbetreibers in Betracht kommt.

3. Zugang zu Daten

Für IoT-Anwendungen, vernetzte Produkte und Dienstleistungen und die Wertschöpfung in Netzwerken ist der Zugang zu Daten eine Schlüsselfrage.³⁰⁵ Falls es bestimmten Unternehmen nicht gelingen

³⁰⁵ Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Big Data, 2016; s.a. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 128; *Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 2016; *Telle*, WRP 2016, 814; *Körber*, NZKart 2016, 303 (348); *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363; *Lundqvist* in *Bakhoun/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyte*, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, 2018, S. 191; *Kerber*, JCLE 2019, 381.

sollte, Zugang zu wichtigen Daten zu erhalten, wird es in manchen Sektoren unmöglich werden, überhaupt auf dem Markt tätig zu werden. Es kommt zu *Hold-up*-Problemen, also zum Zurückhalten von Investitionen und Innovationen.³⁰⁶ Dies gilt etwa für das vernetzte Fahren, aber auch für Smartphone-gesteuerte Anwendungen (z.B. für das *smart home*, wenn das Handy der Schlüssel zu den Anwendungen in der eigenen Wohnung wird). Relevante Informationen können in Zeiten von „big data“ alle möglichen Informationen sein, vom Verschleißzustand einer Maschine über das Körpergewicht einer Person bis zum Wasserstand des Rheins. Gerade die Zusammenführung vieler verschiedener Informationen macht die Bedeutung moderner Datenverarbeitung aus.

Der deutsche Gesetzgeber hat erstmals in der 9. GWB-Novelle mit § 18 Abs. 3a GWB anerkannt, dass der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ein entscheidender Faktor für Marktmacht sein kann, auch wenn im Einzelnen kaum bestimmbar sein mag, welche Daten in welcher Form die Wettbewerbssituation wie genau beeinflussen.³⁰⁷ Die Frage des Anspruchs auf Zugang zu Daten bleibt aber eine Schlüsselfrage.

a) Kein Dateneigentum

Wenn der Zugang zu Daten erleichtert werden soll, ist es kontraproduktiv, ein „Eigentumsrecht“ an Daten einzuführen, das – in Anlehnung an Immaterialgüterrechte – die Hoheit über Daten einer bestimmten Person zuweist.³⁰⁸ Eine exklusive Zuweisung von Rechten an Daten an eine bestimmte Person ist weder wirtschaftlich noch rechtlich geboten.³⁰⁹

Die Unterschiede zwischen dem Sacheigentum, das ohne Zweifel einer eindeutigen Zuweisung bedarf, und „Dateneigentum“ liegen auf der Hand: Informationen sind nicht-rival, können also von mehreren Personen ohne Wertverlust parallel genutzt werden, sie erschöpfen sich nicht. Anders als bei Immaterialgüterrechten (z.B. Urheberrecht, Patent) gibt es keine spezifische Schutzidee, die in einer Information verkörpert ist. Informationen entstehen laufend, häufig ohne bewusstes Zutun der beteiligten Personen und nicht als bewusster schöpferischer Akt. Die Datengenerierung als solche gibt

³⁰⁶ Vgl. Kerber/Schwalbe in MüKoUWG, 2. Auflage 2015, Einleitung Rn. 458.

³⁰⁷ Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 128.

³⁰⁸ So aber Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, 2017, S. 104ff., abrufbar unter <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/eigentumsordnung-mobilitaetsdaten.pdf>.

³⁰⁹ MPI für Innovation und Wettbewerb, Data Ownership and Access to Data, Position Statement 16 August 2016. S. aber Amstutz, AcP 218 (2018), 438 (521 ff.).

damit weder aus dem Gedanken der „tragedy of the commons“,³¹⁰ noch aus dem Gedanken der Belohnung heraus Anlass für ein Exklusivitätsrecht. Sobald Daten weiter verfeinert oder zusammengestellt werden, greifen schon jetzt Schutzrechte, z. B. das Datenbank-Recht nach §§ 87a ff. UrhG. Ausschließlichkeitsrechte würden im Zweifel Informationsmonopole aufbauen, die dem Wettbewerb und Innovationen im Wege stehen. Es würde nicht einmal den individuellen Nutzer in seiner Verhandlungsmacht stärken, wenn dieser eine ausschließliche Position erhielte: Zu erwarten wäre, dass in den meisten Anwendungsfällen die Nutzungsrechte schlicht durch Zustimmung zu AGB eingeräumt würden, ohne dass dafür eine adäquate Kompensation geleistet wird. Beharrt ein Nutzer jedoch auf seinem Ausschließlichkeitsrecht, wird er entweder von der Partizipation gänzlich ausgeschlossen oder bringt ein IoT-System an seine Grenzen, wenn dieses – wie der vernetzte Verkehr – darauf angewiesen ist, dass alle Beteiligten kooperieren.

b) Zugangsansprüche

Wie der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten organisiert werden soll, ist umstritten. Die SPD hat mit der Forderung nach einem „Daten-für-alle“-Gesetz für Aufsehen gesorgt, mit dem der Zugang zu Daten erheblich erleichtert werden sollte.³¹¹ Die Forderung besteht aus drei Kernpunkten:

- „Nutzung von nicht-persönlichen Daten als Gemeingut;
- Aufbrechen von Datenmonopolen durch eine Datenteilungspflicht für marktdominante Unternehmen;
- Schaffen von Anreizen zum Datenteilen und Etablierung und Ermöglichung eines sicheren europäischen Datenraums unter Wahrung des Datenschutzes“³¹²

Damit bündelt der Vorschlag die drei am häufigsten diskutierten Themen des Datenzugangs.

Zugang zu öffentlichen Daten (Public Sector Information)

Die Nutzung von nicht-persönlichen Daten als Gemeingut bezieht sich in den Forderungen der SPD auf sog. kollektive Daten, die als „Gemeingut“ angesehen werden können. Gemeint sind damit aggregierte, anonymisierte Daten, etwa Geodaten oder Mobilitätsda-

³¹⁰ Zum Begriff *Fairfield*, *Virtual Property*, 85 B. U. L. REV. 1047 (2005), S. 1069.

³¹¹ Siehe *Nables*, *Digitaler Fortschritt durch ein Daten-für-Alle-Gesetz*, Diskussionspapier, 12.2.2019, abrufbar unter <https://www.spd.de/aktuelles/daten-fuer-alle-gesetz/>.

³¹² *Nables*, *Digitaler Fortschritt durch ein Daten-für-Alle-Gesetz*, Diskussionspapier, 12.2.2019, abrufbar unter <https://www.spd.de/aktuelles/daten-fuer-alle-gesetz/>, S. 5.

ten. Solche Daten sind typischerweise Daten, die durch öffentliche Stellen erhoben werden, von diesen aber nicht ohne weiteres komplett zur Verfügung gestellt werden. Die entsprechende Diskussion zum Zugang zu diesen Daten wird unter den Stichwörtern *Open Government Data/Public Sector Information* geführt.³¹³ Die Europäische Union hat in kurzer Zeit mehrfach in diesem Feld legislative Initiativen ergriffen, zuletzt durch die Richtlinie (EU) 2019/1024 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors.³¹⁴ Deutschland hat die entsprechenden Fragen bislang im Informationsweiterverwendungsgesetz geregelt, das nunmehr richtlinienkonform weiterzuentwickeln ist. Die Richtlinie enthält Mindestverpflichtungen zur Bereitstellung öffentlicher Daten. Für eine Förderung des Wettbewerbs sollte die öffentliche Hand stärker als bisher dazu verpflichtet werden, solche Daten diskriminierungsfrei (und unter Wahrung des Schutzes persönlicher Daten) zur Verfügung zu stellen. Die Nutzung solcher Daten kann die Plattformökonomie beflügeln.

Aus wettbewerblicher Sicht problematisch ist, wenn die öffentliche Hand hier in Konkurrenz zur privaten Datenerhebung tritt und möglicherweise durch ihr Verhalten private Geschäftsmodelle torpediert. Gerichte haben hier zum Teil verneint, dass die öffentliche Hand, die selbst mit Informationsangeboten tätig wird, ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts ist oder eine geschäftliche Handlung im Sinne des Lauterkeitsrechts vollzieht.³¹⁵ Diese Rechtsprechung verkennt die Marktwirkungen, die von Datenmärkten und vom Datenzugang ausgeht. Sie sollte revidiert werden.

Zum anderen stellt sich die Frage der Nachhaltigkeit einer Bereitstellung, wenn die öffentliche Hand geringe Anreize hat, die Daten zu erheben, zu aktualisieren und zu pflegen. Hier lässt die Richtlinie Raum für Experimente zur Lizenzierung. Die Forderung nach einem Zugang zu *Public Sector Information* wird durch eine progressive, wettbewerbsorientierte Umsetzung ins deutsche Recht verwirklicht.³¹⁶

³¹³ Siehe grundlegend die Beiträge in *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker*, Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung, 2016.

³¹⁴ ABl. vom 26.6.2019, L 172/56. Die Richtlinie ist gem. Art. 17 bis zum 17.7.2021 umzusetzen. Sie ersetzt die Richtlinien 2003/98/EU und 2013/37/EU.

³¹⁵ EuGH, 12.7.2012, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 – *Compass-Datenbank*; OLG Köln, 13.7.2018, 6 U 180/17, GRUR-RR 2018, 461 – *WarnWetter-App* (s. aber BGH, 12.3.2020, I ZR 126/18). Kritisch zur erstgenannten Entscheidung *Drexel*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-03, S. 25 ff.; *Lundqvist*, IIC 2013, 79, 88 ff.; *Podszun* in *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker*, Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung, 2016, S. 335, 352.

³¹⁶ Siehe zur Vorgängerregelung *Podszun* in *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker*, Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung, 2016, S. 335 ff.

Zugangsansprüche gegenüber marktmächtigen Unternehmen

Das Bundeswirtschaftsministerium hat im Referentenentwurf für das GWB-Digitalisierungsgesetz kartellrechtliche Zugangsansprüche in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E (Daten als *essential facility*) und § 20 Abs. 1a GWB-E (Daten als Grund für eine Abhängigkeitssituation, aus der heraus Behinderungsverbote folgen) normiert. Wenn diese Regelungen in Kraft treten, sind explizit Datenzugangsansprüche sektorübergreifend im Kartellrecht normiert und legitimiert als Abwehr des Missbrauchs von Marktmacht.³¹⁷ Schon bisher wurde in einzelnen Fällen ein Datenzugangsanspruch über Kartellrecht gewährt.³¹⁸ Die neuen Regeln reichen darüber aber weit hinaus und sind insofern die konsequente Anerkennung, dass der Zugang zu Daten ein entscheidender Wettbewerbsparameter sein kann, der bei Ausschluss des Zugangs zu marktverschließenden Effekten führen kann. Diese Marktzutrittsbarriere würde durch diese Ansprüche aufgebrochen.

Neben den kartellrechtlichen Ansprüchen stehen ggf. sektorspezifische Datenzugangsregeln.³¹⁹ So gibt es für den Kfz-Sektor Regeln, wie unabhängige Werkstätten Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen erhalten können.³²⁰ Sektorspezifische Regelungen haben den Vorteil, dass sie Branchenerfordernisse berücksichtigen können, die beim Kartellrecht, das auf Universalität angelegt ist, nur in der gerichtlichen Praxis über unbestimmte Rechtsbegriffe in den Normen Berücksichtigung finden können. Die Entwicklung branchenspezifischer Lösungen ist gerade im Hinblick auf Folgefragen der bloßen Anspruchsgewährung zu begrüßen. Zugleich bergen sie die Gefahr, dass tradierte Vorstellungen von bisher erfolgreichen Unternehmen zu stark den Datenzugangsanspruch prägen und disruptive Fortschritte abgewehrt werden. Zudem ist angesichts der

³¹⁷ Kerber, WuW 2020, I. E.

³¹⁸ BGH, 6.10.2015, KZR 87/13, NZKart 2015, 535 (541) – *Porsche-Tuning*; vergleichbar sind auch die Fälle des Zugangs zu Immaterialgüterrechten, die letztlich auch Informationen darstellen, grundlegend in EuGH, 29.4.2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health* sowie EuGH, 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – *Huawei/ZTE*.

³¹⁹ Vgl. die Beispiele der Europäischen Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, 10.1.2017, SWD(2017) 2 final, S. 12ff. Zur Diskussion auch weiterer Modelle Drexler, NZKart 2017, 415 (419).

³²⁰ Vgl. bislang Art. 6 Euro 5/6-Verordnung (VO 715/2007), ab 1.9.2020 Art. 61 ff. VO (EU) 2018/858; siehe BGH, 26.1.2016, KZR 41/14, WuW 2016, 433 – *Jaguar Verlagswerkstatt*; EuGH, 19.9.2019, C-527/18, ECLI:EU:C:2019:762; EuZW 2019, 902 m. Anm. König – *Gesamtverband Autoteile-Handel/KIA*; s.a. die Empfehlung von GEAR 2030 – High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union – Final report, 18.10.2017, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/docsroom/documents/26081>.

Vernetzung immer weiterer, auch fernliegender Sektoren eine Art Schirm-Norm, die branchenübergreifend Zugang vermitteln kann, erforderlich. Dies leisten die in der GWB-Novelle vorgesehenen Vorschriften.

Anreize zur Datenteilung/sicherer europäischer Datenraum

Der dritte politische Impuls aus dem Daten-für-Alle-Gesetz ist die Setzung von Anreizen zur Datenteilung samt der Etablierung eines „europäischen Datenraums“, in dem die rechtlichen und technischen Rahmenbedingungen für Data Sharing gegeben sind. In ihrer Mitteilung über den „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“³²¹ hat die Kommission mehrere nicht-legislative Maßnahmen vorgeschlagen, wie z.B. Leitlinien für die gemeinsame Nutzung von Daten, technologische Verbesserungen und Musterverträge. Als gesetzgeberische Maßnahmen schlug die Kommission Änderungen des Vertragsrechts, Zugangsverpflichtungen im öffentlichen Interesse, das Recht eines Datenerzeugers auf nicht-personenbezogene oder anonymisierte Daten sowie Zugangsverpflichtungen gegen Entgelt vor. Die Verordnung (EU) 2018/1807 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union ist ein Baustein dieses Projekts. Damit werden wesentliche flankierende Maßnahmen für die Entwicklung der Industrie 4.0 unternommen.

c) Folgefragen

Der bloße Anspruch auf Zugang bleibt ein „zahnloser Tiger“, wenn die Folgefragen dieses Anspruchs nicht gelöst sind oder zeitnah geklärt werden können. Ausjudiziert werden müssen z.B. die Kompensation (also die finanzielle Vergütung für die Gewährung), der genaue Umfang der Datenbereitstellungspflicht, die Verpflichtung zu Updates, die technischen Maßnahmen und eventuelle Beschränkungen, z.B. wegen Geschäftsgeheimnissen, persönlichen Daten, Immaterialgüterrechten, Lizenzierungsbedingungen oder anderen Aspekten. All diese Aspekte (und weitere) haben das Potenzial, jahrelange Rechtsstreitigkeiten auszulösen. Das ist aus kartellrechtlicher Perspektive jedenfalls die Schlussfolgerung angesichts der ausufernden, komplexen Judikatur zu Zugangsansprüchen zu Immaterialgüterrechten. Das Design eines wettbewerblichen, funktionierenden Zugangsregimes bleibt damit eine erhebliche Herausforderung.³²² Für die Regulierung muss klar sein, dass ein kartell-

³²¹ Europäische Kommission, Communication, Building a European Data Economy, 10.1.2017, COM(2017) 9 final.

³²² Vgl. *Schweitzer*, GRUR 2019, 569; *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data in Europe, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, No. 16-13, 2016, S. 70ff.; *Lowven*, ZWeR 2019, 154.

rechtlicher Zugangsanspruch als solcher in der Praxis wenig nutzen wird. Umso wichtiger ist die flankierende Regelung von Interoperabilität und Standardisierung seitens der Europäischen Kommission.³²³

Zu erwägen ist, Datenzugangsansprüche dadurch wirksam zu machen, dass verfahrensrechtliche Lösungen zur Klärung der Folgefragen geschaffen werden. Hierzu gibt es in zweierlei Hinsicht Bedarf: Erstens ist zu klären, welche Daten überhaupt offengelegt werden können. Datensätze können personenbezogene oder re-identifizierbare Daten enthalten. Es können auch Geschäftsgeheimnisse in Daten enthalten sein oder aus Daten herausgelesen werden können, die nicht von einer Weitergabe umfasst sein sollen. Um dieses Problem zu lösen, haben sich bereits in einzelnen Branchen Clearingstellen oder Datentreuhänder etabliert, die die Vermittlung übernehmen und ggf. Daten anonymisieren.³²⁴ Solche Clearingstellen könnten auch darauf achten, dass der Datenaustausch nicht zu einer Abstimmung der Parteien über wesentliche Wettbewerbsparameter führt.

Zweitens werden in vielen Fällen die zu zahlende Vergütung, die Lizenzbedingungen oder technische Fragen streitig sein. Solche Fragen sind in gerichtlichen Verfahren, die sich möglicherweise über Jahre hinziehen, nicht richtig aufgehoben. Die Streitigkeiten um Patentlizenzen haben aufgezeigt, wie beschwerlich dieser Weg ist und wie stark dadurch auf allen Seiten Kräfte gebunden werden. Eventuelle *Hold-up*-Probleme werden eher verschärft als gelöst. Stattdessen könnte ein Ombudsperson eingeschaltet werden, die in einem zügigen Schlichtungsverfahren diese Fragen verbindlich entscheidet. Die Ombudspersonen könnten sektorspezifisch zuständig werden. Es müsste zudem eine sektorenübergreifende Auffangstelle geben.

Wie diese Modelle der erleichterten Rechtsdurchsetzung in der Praxis auszugestalten sind und wie sie am besten funktionieren, ist eine Frage des „Experiments“, das in verschiedenen Sektoren getestet wird.³²⁵ Der Gesetzgeber sollte aber eine Verpflichtung vorsehen, dass bei Stellung eines kartellrechtlichen Zugangsanspruchs ein derartiges Abwicklungsregime verpflichtend gilt, wenn es für den entsprechenden Sektor etabliert ist. Dazu wären Verfahrensordnungen zu schaffen (möglicherweise auf Basis eines Musters, das von den

³²³ Europäische Kommission, Communication, Building a European Data Economy, 10.1.2017, COM(2017) 9 final.

³²⁴ Vgl. Blankertz, Designing Data Trusts – Stiftung Neue Verantwortung, 2020; Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report), 2019; Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 2019, S. 43.

³²⁵ Anhaltspunkte vermittelt beispielsweise das Zusagenpaket im Echtzeit-Data-feed-Fall Europäische Kommission, 20.12.2012, 39.654 – *Reuters Instrument Code*.

Wettbewerbsbehörden entwickelt wird). Die besonders heikle Frage der Vergütung ist am FRAND-Maßstab zu messen, der aus dem Immaterialgüterrecht bekannt (wenn auch nicht wirklich bewährt) ist.³²⁶ Seit der *Huawei*-Entscheidung des EuGH ist für die Ermittlung der Lizenzgebühr in streitigen Fällen ein Verhandlungspfad vorgesehen, der für das Datenzugangsrecht adaptiert werden könnte.³²⁷

³²⁶ FRAND steht für fair, reasonable and non-discriminatory. Vgl. *Hoehn/Lewis*, Interoperability, Remedies, FRAND Licensing and Innovation, 34 *European Competition Law Review* 101, 2013.

³²⁷ EuGH, 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – *Huawei/ZTE*; *Kellenter/Verhauwen*, GRUR 2018, 761; *Franz/Podszun*, ZWeR 2017, 205.

D. Die Plattformökonomie als gesellschaftliche Herausforderung

In diesem Gutachten wurden aus der Perspektive des Wirtschaftsrechts die Anforderungen skizziert, die sich durch die Plattformökonomie stellen. Digitale Plattformen revolutionieren die Wirtschaft mit dem Modell eines Vermittlers auf mehrseitigen Märkten, der datenbasiert „Transaktionen“ koordiniert. Wirtschaftliche Aktivitäten verlagern sich zunehmend in geschlossene Foren, in denen die Regeln von einem Betreiber gesetzt werden. Durch Netzwerkeffekte entstehen marktstarke Stellungen; bei einigen Unternehmen drängt sich der Eindruck auf, dass sie marktübergreifend von übertragender Bedeutung für den Wettbewerb sind. Wirtschaftsrecht, das das Funktionieren der Märkte sichern soll, steht vor großen Herausforderungen, da zwar erhebliche Effizienzen generiert werden und neue Geschäftsmodelle und Ideen sich Bahn gebrochen haben. Zugleich wird der Wettbewerb auf diesen Marktplätzen stark gelenkt, für Vermittler bestehen hohe Anreize, sich unfair zu verhalten, und die Entscheidungsautonomie des Wirtschaftsteilnehmers – Grundidee des marktwirtschaftlichen Modells – wird durch die Datifizierung des Individuums und seine zunehmende Steuerbarkeit in Frage gestellt.

Wenn es nicht gelingt, einen Rechtsrahmen zu setzen, der Unternehmen und Verbrauchern die freie Entfaltung ermöglicht, aber auch die nach dem Freiheitsparadox nötigen Grenzen zieht, besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft ihren Ordnungsanspruch in der Wirtschaft verliert. Denn auch in einer globalisierten und vernetzten Welt sind es letztlich die demokratisch bestimmten Institutionen, die eine rechtsstaatliche, freiheitliche und soziale Ordnung gewährleisten müssen. Sie sind es, die sich dem „Gesetz des Stärkeren“ entgegenstemmen müssen. Autonom agierende Ökosysteme ohne effektive Kontrolle oder eine Komplizenschaft zwischen privater und staatlicher Datenauswertung werden diesem Anspruch nicht gerecht.³²⁸ Dieser hoheitliche Gewährleistungs- und Ordnungsanspruch ist bedroht, wenn Plattformen ihre eigenen Regeln setzen und Prozesse nicht mehr von außen nachvollziehbar sind. Die Special Advisers der EU-Kommission haben die Regelsetzungskapazität von Plattformen kritisch thematisiert („platforms as regulators“).³²⁹ *Schweitzer*

³²⁸ Vgl. *Zuboff*, *The Age of Surveillance Capitalism*, 2019.

³²⁹ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, *Competition policy for the digital era* (Report) 2019, S. 60.

spricht von digitalen Plattformen „als privaten Gesetzgebern“, *Wernicke/Mehmel* erkennen eine „Privatisierung des Rechts“.³³⁰

Wirtschaftsrecht, das die Freiheit des Einzelnen sichert, ist insofern einerseits Abwehrrecht gegen den Staat, aber es verlangt auch, dass der Staat vor privaten Anmaßungen schützt. Dazu müssen notfalls Verbraucher aus ihren Bequemlichkeiten herausgerissen werden – wie jedes Freiheitsrecht ist auch die wirtschaftliche Selbstbestimmung zuweilen mit Anstrengungen verbunden. An anderer Stelle können die Gesetzgeber durch ihre Eingriffe die wirtschaftliche Weiterentwicklung ermöglichen und befördern – das wird besonders deutlich am Beispiel der IoT-Kooperationen. Hoheitliche Interventionen wirken also nicht einseitig freiheitsbeschränkend.

Der hier formulierte Anspruch ist keineswegs revolutionär oder progressiv. Er steht vielmehr am Beginn des modernen Kartellrechts. Als Senator *John Sherman* die Einführung des US-amerikanischen Kartellrechts im Senat rechtfertigte, bemühte er das Bild einer Abkehr von der Monarchie:

„If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation and sale of any of the necessaries of life. If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity.“³³¹

Der deutsche Gesetzgeber formulierte zur Einführung der Fusionskontrolle 1973 in der Gesetzesbegründung:

„In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar.“³³²

In beiden historischen Aussagen findet sich nicht nur der Gedanke, dass wirtschaftliche Macht aus ökonomischen Gründen problematisch ist, sondern auch aus politischen. Den Gleichklang von wirtschaftlicher Freiheit und gesellschaftlicher Verantwortung gilt es wiederzuentdecken. Regelsetzung für die Plattformökonomie ist daher nicht nur ein wirtschaftsrechtliches Projekt.

³³⁰ *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 ff.; *Wernicke/Mehmel*, ZEuP 2020, 1. S.a. *Kettmann/Schulz*, Setting Rules for 2.7 Billion, 2020.

³³¹ *John Sherman*, Rede im Senate of the United States, 21.3.1890.

³³² BT-Drs. VI/2520, S. 16.

E. Thesen

1. Digitale Plattformen bieten ein Forum für mehrere Marktseiten, in dem der Betreiber als Vermittler datenbasiert Angebot und Nachfrage koordiniert. Dabei muss es nicht zu einer monetär entgeltlichen Transaktion kommen. Der Erfolg von Plattformen wird maßgeblich durch Netzwerkeffekte und die Nutzung von Daten bestimmt. Eine übermäßige Ausdifferenzierung von verschiedenen Plattformmodellen für Regulierungszwecke ist nicht geboten.
2. Erbringt eine Plattform ihre Leistungen zu einer Marktseite hin kostenfrei, liegt in der Regel dennoch ein gegenseitiges Geschäft vor. Der Zusammenhang zwischen den Marktseiten darf in der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Würdigung, z.B. im Rahmen der Marktabgrenzung, nicht künstlich auseinandergerissen werden.
3. Plattformen können sich auf verschiedenen Wegen finanzieren. Es ist eine Erscheinungsform des Silicon-Valley-Kapitalismus, dass digitale Plattformen über lange Zeit ohne eigene Amortisation betrieben werden. Dadurch können Märkte strukturell verändert werden, ohne dass sich die Akteure finanziell bewähren müssen.
4. Für mehrseitige Leistungsbeziehungen im Netzwerk einer Plattform gibt es bislang keine Rechtsfigur, die das komplexe Mehrpersonenverhältnis adäquat abbildet. Damit fehlen ein gesetzliches Normbild und ein Ankerpunkt für weitergehende, systematische rechtliche Regeln. Das gilt sowohl für das Zivilrecht als auch für das europäische Regulierungsrecht.
5. Die zunehmende Vernetzung in der Wirtschaft führt zur Integration von Märkten. Eine Abgrenzung von horizontalen, vertikalen oder konglomeraten Beziehungen und Wirkungen lässt sich kaum mehr vornehmen.
6. Die traditionelle Marktabgrenzung setzt zu sehr auf preis- und umsatzbasierte Instrumente und bildet daher dynamische Effizienzen und die Vernetzung von Märkten nicht zutreffend ab. Marktanalysen werden unterkomplex, wenn auf Marktanteile abgestellt wird. Für Plattformen sind daher Regeln wie die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung in der derzeitigen Form nicht passend. Sind quantifizierbare Parameter aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig, ist – neben den Umsatzanteilen – auf verbrachte Zeit, Nutzerzahlen und Reichweite abzustellen.

7. Einige Unternehmen bilden, ausgehend von einer erfolgreichen Plattform, digitale Ökosysteme, in denen Nutzer sich so lange wie möglich aufhalten sollen. Dazu werden immer mehr Leistungen integriert und im eigenen System erbracht. Die Wechselkosten zu anderen Anbietern steigen für Nutzer des Ökosystems, es kommt zu *lock-in*-Effekten.
8. Von digitalen Plattformen gehen Risiken für das Funktionieren von Märkten aus, die durch wirtschaftsrechtliche Regeln aufzufangen sind. Regelungsbedarf für die Plattformökonomie besteht vor allem mit Blick auf den Schutz des freien Wettbewerbs, das Prinzip der Fairness von Vermittlern und die Möglichkeit zur souveränen Entscheidung der Marktteilnehmer.
9. Netzwerkeffekte können zum „tipping“ von Märkten führen, sodass nur noch eine Plattform am Markt tätig ist („winner takes it all“-Prinzip). In diesen Fällen entsteht Marktmacht, die nur noch schwer zu bestreiten ist. Sie kann durch ausschließende Strategien, z.B. Exklusivbindungen oder den Wegkauf von potentiellen Wettbewerbern, abgesichert werden.
10. Der Plattformbetreiber hat eine Verantwortung für den Wettbewerb auf der Plattform. Je stärker die Plattform ist, desto wichtiger wird die Zugangsgewährung. Auf der Plattform darf Wettbewerb nicht durch Kollusion beschränkt werden. Der Plattformbetreiber darf auch nicht durch seine eigene starke Stellung den Wettbewerb verzerren.
11. Wenn sich Marktstrukturen so verfestigt haben, dass auf absehbare Zeit nicht mehr mit Wettbewerb zu rechnen ist, gerät die Kartellrechtsdurchsetzung an Grenzen. In der Plattformökonomie ist eine kartellrechtsnahe Regulierung für Betreiber digitaler Ökosysteme und Inhaber von Basis-Infrastrukturen (z.B. Betriebssysteme) erforderlich.
12. Plattformbetreiber haben ein eigenes Profitmaximierungsinteresse. Sie werden jedoch auch als Vermittler zu mehreren Marktseiten hin tätig und können dadurch in Interessenkonflikte geraten, insbesondere wenn sie Hybridplattformen betreiben. Durch Informationsasymmetrien kann ein doppelter Prinzipal-Agenten-Konflikt entstehen. Plattformbetreiber haben dann Anreize, ihren Informationsvorsprung und die Steuerungsmöglichkeiten für Transaktionen zum eigenen Vorteil auszunutzen. Das widerspricht der Neutralität, die von ihnen erwartet wird und dem Rechtsprinzip, dass Vermittler ein Mindestmaß an Fairness wahren lassen müssen.
13. Die verfassungsrechtlich geschützte wirtschaftliche Entfaltung der Persönlichkeit setzt voraus, dass Entscheidungen selbst getroffen werden und nicht vorherbestimmt sind. Darauf baut eine

Marktwirtschaft auf. In der Plattformökonomie besteht das Risiko, dass Entscheidungen auf Basis einer umfassenden Datenauswertung und Informationssteuerung den Nutzern der Plattform immer stärker vorgegeben oder ganz abgenommen werden. Das Modell der Koordination von Angebot und Nachfrage durch eine unsichtbare Hand wird dann ersetzt durch eine gelenkte Zuweisung („Marktdesign“).

14. Eine umfassende „Plattformregulierung“ wird nicht gelingen. Vielmehr ist ein tastendes Vorgehen bei der Rechtsetzung erforderlich, das Spielräume für Adaptionen lässt. Möglicherweise sind „regulatory sandboxes“ in experimentellen Marktphasen sinnvoll. Zugleich werden Transparenzvorschriften in einigen Konstellationen nicht genügen. Sie müssen um Verbote ergänzt werden.
15. Die Plattformregulierung wird in einem „regulatorischen Mix“ im Mehrebenensystem der EU durchgesetzt werden müssen. Neuer Behörden bedarf es nicht. Soweit neue behördliche Befugnisse erforderlich sind, sollten diese den Wettbewerbsbehörden übertragen werden.
16. Während für Newcomer Regeln nur eingeschränkt gelten sollten, sind für marktbeherrschende Plattformen und digitale Unternehmen mit marktübergreifend überragender Bedeutung für den Wettbewerb besondere kartellrechtliche und regulatorische Anforderungen denkbar.
17. Grundsätzlich sollten alle Plattformbetreiber verpflichtet werden, den Wettbewerb auf ihren Plattformen fair und frei auszugestalten. Zudem sollten Vorkehrungen gegen „tipping“ für alle Plattformen getroffen werden. Dazu sind insbesondere Regeln erforderlich für Vertriebsbeschränkungen, Selbstbevorzugung, die Präsentation in Rankings und den Umgang mit Informationen der Plattformnutzer.
18. Plattform-spezifische Missbrauchstatbestände, die den Zugang zur Plattform, die leistungslose Übernahme von Kunden, die Schaffung von Innovationsbarrieren, Quersubventionierung und Marktstrukturmissbrauch betreffen, würden Verfahren beschleunigen und Rechtssicherheit geben. Das Fusionskontrollregime könnte für besonders mächtige Unternehmen verschärft werden. Plattform-Nutzer sollten häufiger Auswahlentscheidungen treffen müssen, um nicht wirtschaftlich entmündigt zu werden.
19. Für B2B-Kooperationen in der Industrie 4.0 ist die Schaffung eines Rechtsrahmens, z.B. in Form einer Gruppenfreistellungsverordnung, sinnvoll. Zudem ist der Zugang zu verbessern, indem die öffentliche Hand Daten zur Verfügung stellt, Datenzu-

gangsansprüche verankert werden und die Folgefragen solcher Ansprüche auf verfahrensrechtliche Weise gelöst werden.

20. Gesetzgeber haben mit Blick auf die Plattformökonomie nicht nur eine wirtschaftsrechtliche Aufgabe, sondern auch eine gesellschaftliche Verantwortung.

Gutachten G
zum 73. Deutschen Juristentag
Hamburg 2020/Bonn 2022

**Verhandlungen des
73. Deutschen Juristentages**

Hamburg 2020/Bonn 2022

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band I

Empfehlen sich Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?

Gutachten G

zum 73. Deutschen Juristentag

Erstattet von

Professor Dr. Fabian Wittreck

Leiter des Instituts für öffentliches Recht
und Politik sowie Akademischer Leiter des unirep,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster



Zitiervorschlag: 73. djt I/G [Seite]

Die Gutachten wurden zum 73. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 18. September 2020 in Hamburg stattfinden sollte, erstattet. Aufgrund der Corona-Pandemie musste die Tagung abgesagt werden und findet nunmehr anstelle des bislang für diesen Zeitraum vorgesehenen 74. Deutschen Juristentages vom 21. bis 23. September 2022 in Bonn statt. Die Gutachter erhalten Gelegenheit zur Aktualisierung der Gutachten im Jahr 2022.

www.beck.de

ISBN 9783406746376

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Umschlaggestaltung: nach dem Entwurf von rulle & kruska gbr,
Nikolaus Rulle, Köln



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung: Internationale Einschätzungen der Unabhängigkeit der deutschen Rechtsprechung	G 7
II. Begriffsbestimmungen und rechtlicher Rahmen nach Verfassungs- und Europarecht	G 13
1. Richterliche Unabhängigkeit oder Unabhängigkeit der Dritten Gewalt?	G 13
a) Sachliche Unabhängigkeit	G 15
b) Persönliche Unabhängigkeit	G 27
c) Institutionelle Unabhängigkeit?	G 32
2. Die Besetzung von Rechtsprechungsämtern	G 34
a) Ersternennung für ein Rechtsprechungsamt	G 34
b) „Beförderung“ auf ein einflussreicheres Rechtsprechungsamt	G 35
c) Die Entfernung aus dem Rechtsprechungsamt als negative Besetzungsentscheidung	G 36
III. Der status quo der Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern in Deutschland	G 37
1. Das Grundmodell der Ersternennung durch die Exekutive	G 37
2. Faktische Kooptationsmodelle	G 38
3. Richterwahlausschüsse in den Ländern	G 40
4. Beurteilungs- und Beförderungswesen	G 44
5. Verfahren der Besetzung herausgehobener Rechtsprechungspositionen	G 47
a) Oberste Bundesgerichte	G 47
b) Bundesverfassungsgericht	G 51
c) Landesverfassungsgerichte	G 53
d) Europäische und Internationale Gerichte	G 55
6. Verfahren zur Entfernung aus Rechtsprechungspositionen	G 59
a) Der Status als Proberichterin oder -richter	G 60
b) Richterinnen und Richter auf Zeit	G 63
c) Disziplinar- und nicht rechtsprechungsbezogene Strafverfahren	G 65
d) Verurteilung wegen Rechtsbeugung	G 66
e) Richteranklage	G 67
f) Entfernung aus dem Amt nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG	G 69
g) „Amtsarztprivileg“ und weitere informelle Mechanismen	G 69

IV. Der „Instrumentenkasten“ einer möglichen Neu-Regelung der Besetzungsverfahren	G 70
1. Richterinnen- und Richterwahl durch das Volk	G 71
2. Losentscheid über Rechtsprechungsposten	G 72
3. Modelle einer Selbstverwaltung der Dritten Gewalt.....	G 76
4. „Judicial Selection Committees“ und vergleichbare Mechanismen.....	G 80
a) Externe Expertise und Unabhängigkeit.....	G 81
b) Erfasste Rechtsprechungsämtter	G 82
c) Besetzung und Bestellung des Expertise-Gremiums.....	G 82
d) Verhältnis des Gremiums zu den demokratisch legitimierten Entscheidenden	G 84
5. Weitgehende Abschaffung der justizinternen Hierarchie (Modell der Neuen Richtervereinigung)	G 84
6. Änderung des Rekrutierungsmusters der deutschen Justiz.....	G 85
V. Die denkbaren „Garantieleistungen“ von Besetzungsverfahren	G 86
1. Sachliche und persönliche Unabhängigkeit.....	G 86
2. Qualität.....	G 88
3. Immunisierung gegenüber dem parteipolitischen Prozess	G 90
VI. Schluss: Von der möglichen Unmöglichkeit, Rechtsinstitute zu regeln, die auf vor- und außerrechtlichen Voraussetzungen beruhen	G 90
Zentrale Thesen	G 92
Anlage: Richterwahlausschüsse in den Ländern	G 96

I. Einführung: Internationale Einschätzungen der Unabhängigkeit der deutschen Rechtsprechung

Wer die Frage stellt, ob in Ansehung der Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern in Deutschland erkennbarer Reformbedarf *sub specie* Schutz der richterlichen Unabhängigkeit besteht,¹ ist gut beraten, die Frosch- oder – vielleicht etwas weniger mokant – Binnenperspektive zu verlassen und Rat bei auswärtigen Beobachtern zu suchen. Allerdings fallen diese externen Einschätzungen in charakteristischer Weise gespalten, ja konträr zueinander aus: Während vergleichende wissenschaftliche Untersuchungen zur Rechtsstaatlichkeit, zur Korruptionsresilienz oder speziell zur Unabhängigkeit der deutschen Justiz diese jeweils europa- und weltweit in der Spitzengruppe verorten,² gelangen verschiedene Gremien des

^{*} Der Gutachter legt Wert auf die Feststellung, dass ihm dieser Titel vom Deutschen Juristentag [sic] vorgegeben worden ist. Im Text ist im folgenden durchgehend von Rechtsprechungsämtern oder von Richterinnen und Richtern die Rede. – Der Gutachter dankt ferner den studentischen und wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seines Instituts herzlich für ihre wie stets überobligatorische und wertvolle Unterstützung bei der Recherche und der Vervollständigung des Fußnotenapparates.

¹ Das nachstehende Gutachten beruht u. a. auf folgenden einschlägigen Vorarbeiten des Verfassers: *Fabian Wittreck*, Die Bayerische Justizverwaltung, in: BayVBl. 2005, 385 ff., 428 ff.; *ders.*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006; *ders.*, Flexibilisierung des Richtereinsatzes, in: Dokumentation 15. Deutscher Verwaltungsrichtertag, Weimar 2007, 2008, 63 ff.; *ders.*, Durchschnitt als Dienstpflicht? Richterliche Erledigungszahlen als Gegenstand der Dienstaufsicht, in: NJW 2012, 3287 ff.; *ders.*, Die Justiz im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzgarantie, Erledigungsdruck und Alimentsmiserie, in: *Betrifft Justiz* 118 (2014), 67 ff.; *ders.*, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, in: *VVDStRL* 74 (2015), 115 ff.; *ders.*, Kommentierung von §§ 15–39 VwGO, in: Klaus F. Gärditz (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 2. Aufl. 2018, 71 ff.; *ders.*, German judicial self-government: institutions and constraints, in: *German Law Journal* 19 (2018), 1931 ff.; zuletzt *ders.*, Garantien der Unabhängigkeit im Rechtsvergleich, in: Matthias Neumayr (Hrsg.), *Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Nach außen und nach innen*, 2019, 83 ff. – Ferner fließen Erkenntnisse jüngerer vom Verfasser betreuter einschlägiger Dissertationen ein: *Martin Minkner*, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und Italien*, 2015; *Alexander von Bernstorff*, *Die Gerichtsverwaltung in Deutschland und England*, 2018; *Lea C. Faissner*, *Die Gerichtsverwaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Frankreich und Deutschland*, 2018; *Saskia Michel*, *Gerichtsverwaltung und Court Management in Deutschland und in den USA*, 2020, i. E.

² Siehe etwa den „Rule of Law Index“ des „World Justice Project“ (ohne sich damit Ziele oder Kriterienkataloge der Organisation umstandslos zu eigen machen zu wollen): Die deutschen Gerichte belegen in der Kategorie „Civil Justice System“ weltweit Platz 3, in der Kategorie „Criminal Justice System“ immerhin Rang 7: *The World Justice Rule of Law Index 2019*, 2019, 28 f. (nähere Daten: ebd., 77; die besten Werte erzielt das deutsche Justizsystem danach in der Kategorie „no improper government influence“); vgl. ferner das EU-Justizbarometer 2019 (<https://ec.europa.eu/info/sites/>

Europarates bzw. solche aus seinem Umfeld zu nachgerade vernichtenden Ergebnissen.³ An prominenter Stelle stehen hier der sogenannte Konsultativrat Europäischer Richter (kurz CCJE), aber auch die Parlamentarische Versammlung wie der Ministerrat des Europarates, die sich dessen Voten jeweils zu eigen gemacht haben.⁴ Selbst in Publikationen der Europäischen Kommission ist unter Bezug auf diese nach Genese, Form wie Inhalt eher fragwürdigen Dokumente neuerdings recht schneidig von „well established European standards“ die Rede.⁵

info/justice_scoreboard_2019_en.pdf), das zu dem Ergebnis gelangt, dass das Vertrauen der Befragten in die Unabhängigkeit der deutschen Justiz hoch ist und sie insofern einen Platz in der Spitzengruppe einnimmt (S. 27 ff.).

³ Dies gilt namentlich für die verschiedenen Stellungnahmen des „Consultative Council of European Judges“ (CCJE); vgl. dazu dessen Homepage (<https://www.coe.int/en/web/ccje/home?>; zuletzt abgerufen am 17.2.2020) sowie aus der wissenschaftlichen Literatur nur Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 211 ff.; Jörg P. Terbechte, Judicial Ethics for a Global Judiciary – How Judicial Networks Create their own Codes of Conduct, in: German Law Journal 10 (2009), 501 ff.; Daniela Piana, Judicial Accountability in New Europe, 2011, 56 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 26 ff. – Handliche Zusammenstellung der verschiedenen Dokumente in: Stephan Gass/Regina Kiener/Thomas Stadelmann (Hrsg.), Standards on Judicial Independence, 2012, 34 ff. – Siehe ferner (wenn auch eher unkritisch) das damalige deutsche Mitglied Otto Mallmann, Stellungnahmen des Consultative Council of European Judges (CCJE) zu aktuellen Themen, in: ZRP 2009, 151 ff.; vgl. auch Eric Alt, Europäische Tendenzen: Herausforderungen und notwendige Entscheidungen, in: KritV 91 (2008), 360 (361 f.) sowie Julia Laffranque, Judicial Independence in Europe: Principles and Reality, in: Nils A. Engstad/Astrid L. Frøseth/Bård Tønder (Hrsg.), The Independence of Judges, 2014, 127 (129 ff.). – Daneben begegnet das „Europäische Netzwerk [sic; der Anglizismus ist völlig entbehrlich, da ‚Netz‘ im Deutschen ausreichen würde] der Justizverwaltungsrate (ENCJ)“, das selbst von wohlmeinenden Kommentatoren offen als „Interessensverbund“ etikettiert wird: Martin Petrasch Das Europäische Netzwerk der Justizverwaltungsrate (ENCJ), in: DRiZ 2008, 331 (331).

⁴ Vgl. die Resolution 1685 (2009) der Parlamentarischen Versammlung (Allegations of politically-motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states, Rz. 5.4.1: Deutschland wird aufgerufen „[to] consider setting up a system of judicial self-administration, taking into account the federal structure of the German judiciary, along the lines of the judicial councils existing in the vast majority of European states, as a matter of securing the independence of the judiciary in future“; dazu Peter Schneiderhan, Die Unabhängigkeit der Justiz als Verteidigungslinie gegen politisch motivierte Einflussnahme auf das Strafrechtssystem – die Resolution der parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 30.9.2009, in: DRiZ 2010, 251 ff.) sowie zuletzt die Empfehlung des Ministerkomitees MC/Rec(2012)12 „On judges: independence, efficiency and responsibilities“ v. 17.10.2010, Anhang, Rz. 27 („Not less than half the members of such councils [judicial councils, F.W.] should be judges chosen by their peers from all levels of the judiciary and with respect for pluralism inside the judiciary.“).

⁵ Commission, Scoreboard 2019 (Fn. 2), 49: „However, well established European standards, in particular the Recommendation CM/Rec(2010)12 [sic], recommend that not less than half the members of [Councils for the Judiciary] should be judges chosen by their peers from all levels of the judiciary and with respect for pluralism inside

Dementsprechend begegnet auch in der deutschen Diskussion immer wieder der – in der Sache vollends aberwitzige – Vorwurf, die deutsche Justiz wäre wegen ihrer Organisationsstruktur, namentlich des Einflusses der Justizministerien, heute ein Hindernis für den Beitritt zur Europäischen Union.⁶ In das gleiche Horn hat unlängst das Verwaltungsgericht Wiesbaden gestoßen, das sich (in wohlgemerkt eher unbehelflicher Weise) in einem Vorlagebeschluss nach Art. 267 AEUV selbst seiner Unabhängigkeit zu entkleiden versucht hat.⁷ Die letztgenannte Position ist dabei ein plastisches Beispiel für das Phänomen der sog. Pfadabhängigkeit,⁸ lässt sie sich doch nur durch eine keineswegs evidente Prämisse erklären: Die genannten Institutionen und Autorinnen/Autoren legen ein Konzept der *institutionellen* Unabhängigkeit der Dritten Gewalt zugrunde, dem nur Genüge getan werde, wenn diese über Selbstverwaltungsorgane verfüge, in denen Richterinnen und Richter, die von ihresgleichen gewählt werden, eine Mehrheit innehätten⁹ (als Blaupause oder Idealtypus dienen hier „Justizverwaltungsräte“ nach dem Muster des italienischen *Consiglio Superiore della Magistratura*).¹⁰

Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob ein derartiges Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit tatsächlich aus dem deut-

the judiciary“ – Vgl. dazu *Klaus F. Gärditz*, Europäisches Justizverfassungsrecht?, in: DRiZ 2019, 424 ff.

⁶ So etwa *Schneiderhan*, Unabhängigkeit (Fn. 4), 254 sowie *Ruben Franzen*, Was spricht eigentlich für die institutionalisierte Unabhängigkeit der Dritten Gewalt?, in: *Betrifft Justiz* 136 (2018), 185 (186); differenzierter *Elisabeth Kreth*, Steter Tropfen höhlt den Stein, in: DRiZ 2013, 236 (239): „Die Justiz in Deutschland ist derzeit nicht so organisiert, wie dies von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats in der Resolution 1685 (2009) gefordert wird.“

⁷ VG Wiesbaden, Beschluss v. 28.3.2019, 6 K 1016/15.WI, AnwBl. 2019, 425.

⁸ Dazu aus der genuin rechtswissenschaftlichen Literatur zuletzt *Teresa Weber*, Die föderale Kompetenzverteilung als Beispiel der Pfadabhängigkeit, in: DÖV 2016, 761 (761 ff.) sowie *Markus Ogorek*, Pfadabhängigkeit und strukturelle Flexibilität des Staatskirchenrechts, in: DÖV 2017, 575 (575 ff.).

⁹ Aus der deutschen Diskussion zuletzt – deutlich unterhalb aller noch halbwegs akzeptablen wissenschaftlichen Standards und frei von Kenntnissen der gegenwärtigen Debatten (die nun einmal gewisse Grundfertigkeiten im *Öffentlichen* Recht voraussetzen) – *Hans-Ernst Böttcher*, Selbstverwaltung der Justiz. Oder die Vollendung der Gewaltenteilung, in: Michael Plöse u. a. (Hrsg.), „Worüber reden wir eigentlich?“ Festgabe für Rosemarie Will, 2016, 469 (471 u. ö.; hier disqualifiziert sich spätestens die infame Redeweise vom vermeintlich derzeit obwaltenden „*Führerprinzip*“ selbst [Hervorhebung i. O., F. W.]); auf etwa gleichem Niveau *Wilhelm Tappert*, Unabhängige Justiz ohne Selbstverwaltung?, in: DRiZ 2018, 234 ff. Siehe speziell zum letztgenannten Beitrag die luzide Replik von *Udo Schneider*, Legendenbildung statt sachlicher Diskussion?, in: BDVR-Rundschreiben 4/2018, 13 ff.

¹⁰ Siehe dazu zuletzt die material- und gedankenreiche Studie von *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 550 ff.; *Simone Benvenuti/Davide Paris*, Judicial Self-Government in Italy: Merits, Limits and the Reality of an Export Model, in: *German Law Journal* 19 (2018), 1641 ff.

schen oder europäischen Recht folgt. Die Frage ist – soviel vorweg – zu verneinen. Der grundlegende Denkfehler der genannten Institutionen und Publizierenden besteht letztlich in der Verwechslung oder wenigstens Vermengung von richterlicher Unabhängigkeit im Sinne der Abschirmung konkreter Rechtsprechungspersonen gegen vermeidbare Einflussnahmen auf ihre Rechtsprechungstätigkeit und einem Konzept von institutioneller „Unabhängigkeit“ der Dritten Gewalt, das auf der Absolutsetzung eines Verständnisses von Gewaltenteilung beruht, das eher der politischen Theologie als dem *acquis* des gemeineuropäischen Verfassungsrechts entstammt. Denn hier wäre noch eingehend darzulegen, dass eine Einflussnahme der Exekutive *per se* schädlich, eine Einflussnahme von der Judikative zuzurechnenden Personen hingegen wesentlich unschädlich ist¹¹ (ganz zu schweigen von naiven Phantasien einer gänzlich „einflussfreien“ Ausübung von Hoheits- oder Staatsgewalt, die es leider in jüngere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes geschafft haben¹² und an der dort versammelten Urteilskraft doch erheblich zweifeln lassen). Wer jemals aufmerksam die Rechtsprechung zu Verletzungen der richterlichen Unabhängigkeit durch deutsche Präsidien (immerhin nach den §§ 21aff. GVG Gremien unabhängiger richterlicher Selbstverwaltung)¹³ oder verschiedene europäische Justizverwaltungsräte studiert hat,¹⁴ kommt aus dem Staunen über derlei Unbe-

¹¹ Als wesentlich ungefährlich gilt – warum eigentlich? – offenbar auch die Legislative. Siehe nur die Pressemitteilung der Neuen Richtervereinigung vom 27.5.2019 (abrufbar unter https://www.neue.de/fileadmin/user_upload/bundesvorstand/pdfs/BuVo-2019-05_NRV_PM_Justizstrukturen_Deutschland-2.pdf, zuletzt abgerufen am 17.2.2020): „Es sollte das Ziel sein, die Justiz aus dem Einflussbereich der Exekutive herauszulösen und hierarchiearme Verwaltungsstrukturen mit direkter parlamentarischer Verantwortung aufzubauen.“

¹² Siehe zuletzt EuGH, Entscheidung v. 19.11.2019, Rs. C 585/18, C 624/18 u. C 625/18 – *A. K. / Krajowa Rada Sądowictwa u. a.*, Rn. 121: „Der erste, das Außenverhältnis betreffende Aspekt erfordert, dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner [sic] Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten“.

¹³ Aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung: OVG Hamburg, Entsch. v. 25.6.2018 – 3 Bs 73/18, in: NVwZ 2018, 793 (Ls. 1): „Entscheidungen des Präsidiums bei der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplanes verletzen die richterliche Unabhängigkeit, wenn sie sich als eine dem Disziplinarrecht vorbehaltene Reaktion auf ein dienstliches Fehlverhalten darstellen (sog. verdeckte Disziplinarmaßnahme)“; siehe dazu knapp *Momme Buchholz*, Anmerkung, in: jurisPR-InsR 17/2018 Anm. 1; vgl. ferner *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 185 mwN zu problematischen Fällen aus der älteren Judikatur.

¹⁴ Siehe EGMR (GK), Entscheidung v. 6.11.2018, 55391/13, 57728/13 u. 74041/13 – *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* einerseits – sowie EuGH (GK), Urteil v.

darftheit nicht heraus: Die Radizierung eines Amtsträgers oder einer Amtsträgerin im – ohnehin eher virtuellen – Schema der Gewaltenteilung sagt über seine oder ihre individuelle Neigung oder institutionelle Prädisposition zur Gefährdung der individuellen richterlichen Unabhängigkeit schlicht und einfach gar nichts aus. Vielmehr gilt: Wann immer Amtspersonen – aus welchen Motiven und auf welchen Wegen auch immer – Einfluss auf andere Amtspersonen und deren Amtsführung nehmen können, obwaltet die alte Kartographenweisheit: *Hic sunt leones*.¹⁵

Ausgehend von dieser Einsicht ist das folgende Gutachten dergestalt aufgebaut, dass es zunächst versucht, in Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung der deutschen und europäischen Gerichte den gegenwärtigen Stand des Begriffs (präziser: der Begriffe) der richterlichen Unabhängigkeit zu klären (II.1). Es schließen sich Überlegungen dahingehend an, was unter der „Besetzung von Rechtsprechungsämtern“ zu verstehen ist – dabei ist eminent wichtig, neben der Eingangs- auch die sog. Exit-Option in den Blick zu nehmen (II.2). Darauf folgt eine Darstellung des *status quo* der verschiedenen Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern und der Entfernung aus denselben (III.). Anschließend werden unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Untersuchungen wie rechtspolitischer Erwägungen denkbare Neuregelungen vorgestellt und bewertet (IV.). Am Schluss stehen eine kritische Analyse der möglichen „Garantieleistungen“ solcher Schraubenstellungen (V.) sowie die eher skeptische Gesamteinschätzung, dass gerade die gegenwärtige Entwicklung in Polen belegt, dass Garantien der richterlichen Unabhängigkeit wie der Besetzung von Rechtsprechungsämtern von vor- und außerrechtlichen Bedingungen abhängen, die sich der gesetzlichen Regulierung weitgehend entziehen und anderweitig gepflegt und gedüngt werden müssen (VI.).

Dabei ist gleich zu Anfang auf ein substantielles methodisches Problem des Gutachtens hinzuweisen, das sich als „anekdotische Evidenz“ auf den Punkt bringen lässt: Es liegen zur bundesdeutschen Justiz Daten zuhauf vor – allein der Blick in die jährlichen Berichte des Statistischen Bundesamtes sowie die Justizministerien des Bundes und der Länder führt hier eher zur Übersättigung als zum Erkenntnisgewinn.¹⁶ Dem steht eine nicht zu übersehende Lü-

19.11.2019, Rs. C 585/18, C 624/18 u. C 625/18 – A. K. ./. *Krajowa Rada Sądownictwa u. a.*, Rn. 114 ff. andererseits; näher → G 3 (II.1).

¹⁵ Lesenswerte literarische Verarbeitung unlängst in *Katerina Poladjan*, Hier sind Löwen, 2019.

¹⁶ Siehe zuletzt etwa *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege. Zivilgerichte (Fachserie 10, Reihe 2.1 – 2018), 2019 sowie *dass.*, Rechtspflege. Verwaltungsgerichte (Fachserie 10, Reihe 2.4 – 2018), 2019 (beide sowie weitere Informationen abrufbar unter

cke *in puncto* wissenschaftlicher Evaluation gegenüber.¹⁷ Schon die schlichte Frage, ob in den verschiedenen Zweigen der Dritten Gewalt nun „Erledigungsdruck“,¹⁸ lediglich eine gewisse „Erledigungserwartung“¹⁹ oder gar Leerlauf herrscht,²⁰ lässt sich so pauschal redlicherweise nicht beantworten. Denn individuelle Berichte von Richterinnen und Richtern reichen – je nach Region und Gerichtszweig – von der Aussage, dass man das Dezernat mit „25 Stunden pro Woche bequem im Griff habe“, bis hin zu Horrorerzählungen, wonach unter massivem Verzicht auf basalste Qualitätsanforderungen 60 bis 70 Stunden pro Woche die Norm seien, um die Akten „irgendwie“ vom Tisch zu schaffen.²¹ Hier sorgen weder die vom Deutschen Richterbund in Auftrag gegebenen Umfragen²² noch die Statistiken der Justiz für Aufklärung, da sie auf Differenzierung ver-

https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=81B3748A64C3294B5FD203695B4D81F6.internet711#sprg235918 (zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

¹⁷ Näher mwN Wittreck, Dritte Gewalt (Fn. 1), 118 m. Fn. 9.

¹⁸ Der Begriff wohl erstmals bei Kurt Rudolph, Prozessflut und Erledigungsdruck, in: DRIZ 1992, 6; zuletzt Thomas Bellay, Die Ressourcen der Justiz: Erledigungsdruck bei den Gerichten, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Abschied von der Wahrheitssuche, 2012, 63 ff. – Vgl. ferner Ruben Franzen, Der Druck der Überforderung: Wenn Richter überfordert sind mit dem Anspruch, nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen ..., in: Betrifft Justiz 113 (2013), 18 ff.

¹⁹ Zu dieser feinen Differenzierung nur Fabian Wittreck, Funktionen und Leistungen richterlicher Ethik, in: Dokumentation 17. Deutscher Verwaltungsjuristenkongress Münster 2013, 2014, 271 (276, 282).

²⁰ Immerhin verzeichnen die Berichte des Statistischen Bundesamtes seit Jahren einen Rückgang der neu eingegangenen Verfahren: Bundesamt, Zivilgerichte (Fn. 16), 12 f. Aus der Literatur zur Sachfrage die Beiträge in Armin Höland/Caroline Meller-Hannich (Hrsg.), Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz. Mögliche Ursachen und Folgen, 2016 sowie Gerhard Wagner, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, 91 ff., 113 ff.

²¹ Einige repräsentative neuere Stellungnahmen: Udo Hochschild, Von den Möglichkeiten der deutschen Exekutiven zur Beeinflussung der Rechtsprechung, in: ZRP 2011, 65 ff.; Ulrich Engelfried, Geänderte Richterbilder – notwendige Veränderung oder Missbrauch der dritten Gewalt?, in: Betrifft Justiz 116 (2013), 166 (169); Ruben Franzen, Nach Zahlen richten: zu den rechtlichen Rahmenbedingungen exekutiver Steuerung, judikativer Geschäftsverteilung und legislativer Justizkonsolidierung, in: Betrifft Justiz 116 (2013), 194 ff.; ders. Richten nach Zahlen. 1. Eine zahlentheoretische Betrachtung über das Vergleichen, Ordnen und Verteilen; zugleich eine Auseinandersetzung mit unserem Personalerfassungssystem, in: Betrifft Justiz 119 (2014), 151 ff.; Guido Kirchhoff, Die Belastung von Richtern und Staatsanwälten ist zu hoch und eine Gefahr für den Rechtsstaat, in: Betrifft Justiz 117 (2014), 12 f.; Frank Schreiber/Frank Nolte, Ein Richter scheidet aus dem Justizdienst aus, in: Betrifft Justiz 117 (2014), 16.

²² Erkennbar interessegeleitet etwa der Roland Rechtsreport 2014 (Sonderbericht: Das deutsche Rechts- und Justizsystem aus der Sicht von Richtern und Staatsanwälten), abrufbar unter http://www.drj.de/cms/fileadmin/docs/Rechtsreport/ROLAND_Rechtsreport_2014_Sonderbericht_Richter_und_Staatsanwaelte.pdf (zuletzt abgerufen 17.2.2020). – Knappe Hinweise zu einer weiteren Erhebung der Neuen Richtervereinigung Hessen bei Kirchhoff, Belastung (Fn. 21), 13.

zichten und bei nüchterner Betrachtung jeweils als auf eigene Weise interessegeleitet einzustufen sind.²³ Gleiches gilt für einzelne Publikationen zum Thema, die teils effekthascherisch daherkommen, wenigstens aber in ihrer Perspektive auf einen Zweig der Gerichtsbarkeit, eine Landesjustiz oder schlimmstenfalls ein spezifisches Gericht beschränkt sind.

II. Begriffsbestimmungen und rechtlicher Rahmen nach Verfassungs- und Europarecht

Die Frage, ob sich zum Zwecke der Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit Änderungen des Verfahrens zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern empfehlen, setzt zuallererst eine Vergewisserung über das Verständnis von „Unabhängigkeit“ im allgemeinen und den daraus ableitbaren Vorgaben speziell für Besetzungsverfahren voraus (1.). Daran muss sich eine Analyse der gegenwärtigen Besetzungsverfahren anschließen, die überhaupt erst möglichen Reformbedarf aufzeigen kann (2.).

1. Richterliche Unabhängigkeit oder Unabhängigkeit der Dritten Gewalt?

Die Diskussion über den Schutz „der“ richterlichen Unabhängigkeit²⁴ krankt gegenwärtig häufig daran, dass begrifflich nicht hinrei-

²³ Aus der jüngeren Literatur: *David Jungbluth*, Die Qualität der Arbeit ist zweitrangig, in: *Betrifft Justiz* 117 (2014), 17 ff.; *Joachim Wagner*, Ende der Wahrheitssuche. Justiz zwischen Macht und Ohnmacht, 2017; *Jens Gnisa*, Das Ende der Gerechtigkeit. Ein Richter schlägt Alarm, 2. Aufl. 2017; *Patrick Burow*, Justiz am Abgrund. Ein Richter klagt an, 2018; schon sprachlich grenzwertig *Stephan Zantke*, „Wenn Deutschland so scheiße ist, warum sind Sie dann hier?“ Ein Strafrichter urteilt, 6. Aufl. 2019; zuletzt *Thorsten Schleif*, Urteil: Ungerecht. Ein Richter deckt auf, warum unsere Justiz versagt, 3. Aufl. 2020 (dazu oftmals sehr plausibel, aber auf wiederum charakteristische Weise überrissen *Thomas Fischer*, Verkaufsschlager Justizversagen. Richter Knallhart über dem Abgrund. Der Volkszorn bringt nicht nur dümmliche Antworten auf intelligente Fragen hervor, sondern auch verzweifelte Amtsrichter. Gut, dass es mutige Verlage gibt! Eine Rezension, in: *Spiegel-Online* v. 21.11.2019, <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/justizversagen-richter-knallhart-ueber-dem-abgrund-kolumne-a-1297412.html> [zuletzt abgerufen am 17.2.2020]; aus Anwaltsicht *Burkard Benecken*, Schreiend ungerecht. Alltägliche Justizskandale in Deutschland – wie sich das System gegen Unschuldige und Opfer richtet, 2019.

²⁴ Zusammenfassend und m.N. zur älteren Literatur – außer den Kommentierungen zu Art. 97 GG, § 1 GVG bzw. §§ 25f. DRiG – *Wittreck*, *Verwaltung* (Fn. 1), 174 ff.; neuere monographische Literatur: *Anja Seibert-Fohr* (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, 2012; *Shimon Shetreet/Christopher Forsyth* (Hrsg.), *The Culture of Judicial Independence. Conceptual Foundations and Practical Challenges*, 2012; *Engstad/Frøseth/Tønder*, *Independence* (Fn. 3); vgl. ferner *Martina Künnecke*,

chend klar zwischen der Unabhängigkeit der einzelnen Richterinnen und Richter (bzw. der Spruchkörper, in denen sie zusammengefasst

The Accountability and Independence of Judges: German Perspectives, in: Guy Canivet/Mads Andenas/Duncan Fairgrieve (Hrsg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, 2006, 217 ff.; Stephanie Holzwarth u. a. (Hrsg.), *Die Unabhängigkeit des Richters*, 2009; Alexander Rieger, *Verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlagen richterlicher Unabhängigkeit*, 2011; Teng-C. Yang, *Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit. Aus der Perspektive der Ausdifferenzierung des Rechts betrachtet*, 2013; Rudolf Bernhardt, *Die Unabhängigkeit des Richters – eine Verfassungsvoraussetzung?*, in: Michael Anderheiden u. a. (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*, 2013, 643 ff.; Winfried Schubert, *Richterliche Unabhängigkeit heute: Reflexionen und Reaktionen*, in: Mathias Habersack u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Stülz*, 2014, 555 ff.; Ingeborg Tepperwien, *Richterliche Unabhängigkeit: Anspruch und Grenzen*, in: Friedrich Dencker/Gregor Galke/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolksdorf*, 2014, 577 ff.; Dirk Zeller, *Maßnahmen der Gerichtsverwaltung – Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit?*, 2014; Lothar Michael, *The independence of meritorious elites: The government of judges and democracy*, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law*, 2014, 1 (6 ff.); Nikolaus Bosch, *Sachliche und persönliche Unabhängigkeit von Gerichtspersonen*, in: JURA 2015, 56 ff.; Lothar Jünemann, *„Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung“. Die Beurteilung richterlicher Tätigkeit im Spannungsverhältnis zur Richterlichen Unabhängigkeit – Ein Beitrag aus deutscher Sicht*, in: Thomas Stadelmann/Stephan Gass/Richard McCombe (Hrsg.), *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung. Die Beurteilung richterlicher Tätigkeit im Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit im europäischen Vergleich*, 2015, 55 (57 ff.); Minkner, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 197 ff.; Reinhard Gaier, *Richterliche Unabhängigkeit*, in: BRAK-Mitteilungen 2016, 16 ff.; Udo Schneider, *Richterliche Ethik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung*, 2017, 328 ff.; Franz Jürgen Säcker, *Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung*, in: NJW 2018, 2375 ff.; Marle Müller u. a. (Hrsg.), *Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im Öffentlichen Recht*, 2018; Georg Schmidt, *Die richterliche Unabhängigkeit – eine Bestandsaufnahme*, in: *Die Verwaltung* 51 (2018), 227 ff.; v. Bernstorff, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 70 ff.; Faissner, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 44 ff.; zuletzt vergleichend Emmanuel Jeuland (Hrsg.), *Court Management/Gestion du tribunal*, 2020, 85 ff., 90 ff. – Für die Schweiz (außer den Kommentaren zu Art. 30 BV) klassisch Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960; derzeit maßgeblich Regina Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, 2001 (aktualisiert in *dies.*, *Judicial Independence in Switzerland*, in: Seibert-Fohr, *Independence*, ebda., 403 ff.); zuletzt Anne Mirjam Schnewly, *Tangiert die politische Orientierung der Richter/innen in der Schweiz ihre Unabhängigkeit?*, in: Müller, *Abhängigkeit*, ebda., 17 ff. sowie Michele Luminati, *Das Richterbild in der Schweiz. Richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand*, in: ZSR 138/2 (2019), 201 ff.; historisch aufschlußreich Matthias Kradolfer, *Justitia „Emancipation“ – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848*, 2011. – Für Österreich – außer den Kommentaren zu Art. 87 B-VG – instruktiv Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), *Rechtsstaat und Unabhängigkeit. Festgabe für Erwin Felzmann*, 2007; Eckart Ratz, *Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, in: ÖJZ 2016, 429 ff.; Christoph Altmann, *Richterliche Unabhängigkeit: Inhalt – Reichweite – Bedrohungen*, 2017; Ewald Wiederin, *Gedanken über die richterliche Unabhängigkeit*, in: Neumayr, *Unabhängigkeit* (Fn. 1), 1 ff.;

werden) und der Unabhängigkeit „der Rechtsprechung“ oder „der Justiz“ unterschieden wird. Beide Garantien gehen aber nicht denknotwendig miteinander einher; sie bedingen sich auch nicht etwa gegenseitig, sondern sind bei Lichte betrachtet strikt zu trennen:²⁵ Sachliche und persönliche Unabhängigkeit haben – der Verfasser bekennt sich hier offen zu ketzerischem Gedankengut – nichts, aber auch gar nichts mit Gewaltenteilung zu tun. Nach deutschem wie europäischem Recht ist daher zwischen sachlicher (a), persönlicher (b) und institutioneller Unabhängigkeit sauber zu differenzieren (c). Die letztgenannte Spielart ist dem bundesdeutschen Recht in dieser Form fremd und lässt sich auch aus dem europäischen Recht keineswegs verbindlich ableiten.

a) Sachliche Unabhängigkeit

Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind Richterinnen und Richter „unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen“; einfachgesetzlich wird diese Garantie in den §§ 25f. DRiG, § 1 GVG oder § 1 VwGO wiederholt bzw. teils näher ausbuchstabiert;²⁶ es kommen jeweils landesverfassungsrechtliche Verbürgungen hinzu.²⁷ Die sachliche Unabhängigkeit korrespondiert mit der Bindung an das Gesetz und nur das Gesetz, die neben Art. 97 Abs. 1 GG aus Art. 20 Abs. 3 GG sowie in Ansehung der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 3 GG folgt. Sie schließt im Kern Weisungen aus, wie in einer Rechtssache zu verfahren und zu entscheiden ist.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat seine bisherige Rechtsprechung in seiner jüngsten Entscheidung zum Thema wie folgt zusammengefasst:²⁹

„[56] a) Die in Art. 97 Abs. 1 GG garantierte sachliche Unabhängigkeit der Richter soll sicherstellen, dass die Gerichte ihre Entscheidungen allein an Gesetz und Recht ausrichten (vgl. BVerfGE 107, 395 [402f.]). Auch soll das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Objektivität und Sachlichkeit der Gerichte gefestigt werden. Die sachliche Unabhängigkeit betrifft im Ausgangspunkt das Verhältnis der Richter zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt, insbesondere der Exekutive, gegen die die Unabhängigkeitsgarantie historisch erkämpft worden ist. Die Gewährleistung

Markus Thoma, Unabhängigkeit der Rechtsprechung nach außen und innen, ebda., 17 ff. sowie zuletzt *Christoph Brem*, Richterliche Unabhängigkeit: Grenzen der Dienstaufsicht, in: ÖJZ 2019, 849 ff.

²⁵ Näher *Wittreck*, Unabhängigkeit (Fn. 1), 91 ff.

²⁶ Siehe im ersten Zugriff *Jürgen [jetzt Johanna] Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richterrecht, 6. Aufl. 2009, Vorbemerkung vor und Kommentierung zu §§ 25, 26 DRiG (S. 410 ff.; 7. Aufl. angekündigt für 2020); *Otto R. Kissel/Herbert Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 1 ff.; *Klaus F. Gärditz*, in: ders., VwGO (Fn. 1), § 1 Rn. 2 ff., 21 ff.

²⁷ Im Überblick *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 13.

²⁸ Pointiert *Wiederin*, Gedanken (Fn. 24), 2 (näher 3 ff.).

²⁹ BVerfGE 148, 69 (90 f., Rn. 56 ff.).

der sachlichen Unabhängigkeit wirkt aber auch innerhalb der Gerichtsbarkeit und im Innenverhältnis eines Kollegialgerichts (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Februar 1996 – 2 BvR 136/96 –, juris, Rn. 17; Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, 183 ff.). Darüber hinaus wird Art. 97 Abs. 1 GG auch als auf den Schutz vor privater und gesellschaftlicher Einflussnahme gerichtet verstanden (Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 97 Rn. 45 f.).

[57] b) Die Garantie der sachlichen Unabhängigkeit bedeutet im Wesentlichen, dass die Richter nur an das Gesetz gebunden, also frei von Weisungen sind (vgl. BVerfGE 14, 56 [69]; 26, 186 [198]; 27, 312 [319]). Darüber hinaus ist der Exekutive grundsätzlich auch jede andere Form der vermeidbaren Einflussnahme auf die rechtsprechende Gewalt untersagt. Hierher zählen mittelbare, subtile und psychologische Einflussnahmen. Zu vermeiden ist deshalb jede Einflussnahme (-befugnis) der Exekutive, die zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gerichte nicht erforderlich ist (vgl. BVerfGE 26, 79 [93 f.]; 55, 372 [389]).

[58] Das Ziel, die Gesetzesbindung der richterlichen Entscheidung zu sichern, bestimmt die Reichweite des Schutzes vor Weisungen und anderen Einwirkungen, die sich als – sei es auch mittelbare – Einflussnahme auf die richterliche Entscheidung darstellen. Auch Einwirkungen, die nicht schon für sich genommen eine unberechtigte Einflussnahme auf das richterliche Entscheidungsverhalten darstellen, aber die Gefahr einer solchen Einflussnahme mit sich bringen, können den ‚bösen Schein‘ der Abhängigkeit begründen und das Vertrauen in die Objektivität und Sachlichkeit der Gerichte beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 12, 81 [97]; vgl. auch VerfGH NW, Urteil vom 9. Februar 1999 – 11/98 –, juris, Rn. 56 f.).“

Diese Zusammenfassung ist bei näherem Hinsehen und kritischer Prüfung weniger eindeutig, als es den Anschein haben mag (das gilt namentlich dann, wenn man die in Bezug genommenen Gerichtsentscheidungen und Literaturstellen mit einbezieht). Unzweideutig ist lediglich der Ausschluss von regelrechten Weisungen an Richterinnen und Richter (allerdings ist schon hier der Vorbehalt anzubringen, dass sowohl im gewöhnlichen Instanzenzug als auch in der anschließenden Überprüfung im bundes- oder landesverfassungsgerichtlichen Verfahren sehr wohl recht präzise Vorgaben formuliert werden können, wie in einer Rechtssache weiterhin zu verfahren ist).³⁰ Dieser notwendige Vorbehalt verweist auf das grundlegende Problem der Verknüpfung des Gebots der sachlichen Unabhängigkeit mit der Maxime der Gewaltenteilung. Dass dieser von jener näher ausbuchstabiert oder konkretisiert wird,³¹ lässt sich zwar allent-

³⁰ Eingehend dazu *Michael Reinhardt*, *Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung*, 1997. – Allerdings werden sowohl der Instanzenzug als auch die verfassungsgerichtliche Überprüfung als ihrerseits an Art. 97 Abs. 1 GG gebundene genuin richterliche Kontrolle ganz einhellig für unabhängigkeitsverträglich gehalten: Siehe nur BVerfGE 78, 123 (126); VGH Mannheim VBIBW 2016, 330 (331) sowie *Andreas Voßkuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, 266 ff.; *Christian Hillgruber*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), *Grundgesetz*, Art. 97 (2008), Rn. 53. Vgl. dazu zuletzt die detaillierten „Regieanweisungen“ für den BGH in BVerfG, Beschluss v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 143 ff. – *Recht auf Vergessen I*.

³¹ Die geläufige Redeweise davon, die Unabhängigkeit sei „Ausfluss“ der Gewaltenteilung, kommentiert der Verfasser in der Vorlesung gerne dahingehend, dass die Stu-

halben lesen,³² ist aber bei Lichte betrachtet irgendwo zwischen Allgemeinplatz und Binsenweisheit angesiedelt. Denn diese Form der Kontextualisierung ist für die konkrete Anwendung oder Auslegung von Art. 97 Abs. 1 GG nicht hilfreich oder verunklart sie eher. Das belegt die gerade zitierte Zusammenfassung mit aller Deutlichkeit. Es mag richtig sein, dass in historischer Perspektive die richterliche Unabhängigkeit der Exekutive abgetrotzt worden ist.³³ Diese an sich valide Reminiszenz führt aber zu einem nicht unerheblichen Wertungswiderspruch: Gilt es nun, die Rechtsprechung gegen Exekutive (und sekundär noch Legislative) oder gegen *jede* „Form der vermeidbaren Einflussnahme“³⁴ abzuschirmen? Stellt man konsequent auf den zuletzt genannten Ansatz ab – so die Herangehensweise des vorliegenden Gutachtens –, dann ist gleichgültig, welcher Gewalt oder welchem gewaltenverschränkenden Gremium (hier gilt für sog. Justizverwaltungsräte nichts Anderes als für deutsche Richterwahlausschüsse auf Bundes- oder Landesebene) die- oder derjenige zuzuordnen ist, von der oder dem dieser Einfluss ausgeht (unvermeidbar sind in dieser Perspektive allein der Instanzenzug und die sich evtl. anschließende verfassungsgerichtliche Prüfung als originäre Selbstkontrolle der Dritten Gewalt). Eine „vermeidbare Einflussnahme“ oder ein „böser Anschein“ können dabei – eine regelrechte „Telefonjustiz“, Manipulationen der Altersgrenze³⁵ oder seitens des Politbüros „bestellte Urteile“ nach dem Muster der Deutschen „demokratischen“ Republik³⁶ sind erkennbar keine drängenden Gegen-

dierenden sich im Falle der Feststellung von Ausfluss an den Urologen oder die Urologin ihres Vertrauens wenden, den Begriff im genuin rechtswissenschaftlichen Kontext aber als greifbar inadäquat meiden sollten.

³² Siehe nur BVerfGE 148, 69 (88, Rn. 50); aus der Literatur statt aller pointiert *Säcker*, Unabhängigkeit (Fn. 24), 2375 u. passim.

³³ Siehe BVerfGE 148, 69 (90, Rn. 56). Maßgebliche Literatur *Gustav Aubin*, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen österreichischen Rechte, 1906, 8ff.; *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 2ff., 41ff.; *Regina Ogorek*, Richter und Politik – aus historischer Sicht, in: Werner Hoppe/Werner Krawietz/Martin Schulte (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1992, 333 (334ff.); *Michael Kotulla*, Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert, in: DRiZ 1992, 285 (286ff.); *Thomas Ormond*, Richterwürde und Regierungstreue, 1994, 45ff.; *Reinhardt*, Jurisdiktion (Fn. 30), 98ff.; vgl. zusammenfassend *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 45ff.

³⁴ BVerfGE 148, 69 (90, Rn. 57).

³⁵ Dazu zuletzt im Falle Polens EuGH, Entscheidung v. 5.11.2019, C-192/18, *Kommission ./. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 111ff.; zur deutschen Rechtslage nur BVerfGE 139, 64 sowie aus der Literatur *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), Art. 97 Rn. 55.

³⁶ Eingehend *Heike Amos*, Justizverwaltung in der SBZ/DDR. Personalpolitik 1945 bis Anfang der 50er Jahre, 1996; instruktiv auch *Eberhard Wendel*, Ulbricht als Richter und Henker, 1996; siehe ferner mwN *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 73ff.

wartprobleme der deutschen Dritten Gewalt³⁷ – bei nüchterner Sichtung von Rechtsprechung und Literatur von folgenden Mechanismen oder Institutionen ausgehen:

- Einfluss vermittelt in der Eingangs- oder Zugangsphase zu Rechtsprechungsamtern zunächst die Entscheidung darüber, wer überhaupt RichterIn oder Richter wird bzw. anschließend „befördert“ wird (→ II.2.b). dass hier eine Auswahl stattfindet, mag eingedenk des Art. 33 Abs. 2 GG „unvermeidbar“ sein (wenn man nicht Zuflucht zum Los nehmen will, → IV.2); zugleich ist nicht von der Hand zu weisen, dass die damit verbundene Auswahlmacht Einfluss vermittelt und ein Missbrauchsrisiko in sich trägt.
- Einfluss vermitteln während der laufenden Rechtsprechungstätigkeit die Zuweisung von konkreten Fällen (also die Geschäftsverteilung),³⁸ die dienstliche Beurteilung der Richterinnen und Richter und weitere faktische Weichenstellungen für die richterliche „Karriere“ (wie die Abordnung an ein Obergericht oder die Betrauung mit Aufgaben der Pressearbeit oder sonstigen Gerichtsverwaltung)³⁹ sowie schließlich die Entscheidung über den Zugriff auf Ressourcen⁴⁰ oder für verbindlich erklärte Arbeitsmethoden.⁴¹

³⁷ Ähnlich in der Einschätzung *Frauke Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen an Legitimität und Effektivität?, in: VVDStRL 74 (2015), 169 (217f.).

³⁸ Dazu *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 355 ff. sowie im Detail *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 24), § 21e Rn. 78 ff.; aus der monographischen Literatur noch *Dieter Remus*, Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter, 2008, 125 ff. sowie *Kerstin Bohn*, Der gesetzliche Richter als rechtsstaatstragendes Prinzip in europäischen Staaten, 2011, 19 ff.; vgl. ferner *Rainer Drees*, Prognoseentscheidungen des Präsidiums bei Änderungen der Geschäftsverteilung, in: Jan Bockemühl/Bernd von Heintschel-Heinegg/Ricarda Lang/Axel Nagler (Hrsg.), Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag am 15. Februar 2017, 65 ff.; *Michael Lotz*, Flexibilisierung des Richtereinsatzes, in: Beate Czerwenka/Matthias Korte/Bruno M. Kübler (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Marie Luise Graf-Schlicker, 2018, 73 ff.; *Christine Nordmann*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Arbeit im Präsidium, in: SchlHA (A) 2018, 123 ff., 163 ff., 208 ff.; rechtsvergleichend *Peter Dyrchs u. a.*, Case assignment in German courts: North-Rhine Westphalia, in: Philip M. Langbroek/Marco Fabri (Hrsg.), The Right Judge for Each Case. A study of case assignment and impartiality in six European judiciaries, 2007, 215 ff.; *Attila Badó/Carine Guemar*, Le dispositif de distribution automatique des dossiers. Une garantie moderne de l'indépendance des juges, in: Revue internationale de droit comparé 67 (2015), 567 ff. sowie Jeuland, Management/Gestion (Fn. 24), 97 ff., 104 ff.

³⁹ Zur karrierefördernden Wirkung beider Maßnahmen mwN *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 421 ff.

⁴⁰ Das gilt naturgemäß für die Zuteilung von Mitteln, aber auch den Zugriff auf Daten; vgl. hier für die sog. Netzklage hessischer Richter BGH MMR 2012, 128 f.; siehe dazu die Anmerkungen von *Ralf Köbler*, DRiZ 2012, 162 ff. (der Verfasser ist als Ministerialdirigent im Hessischen Justizministerium tätig) sowie *Brigitte Kamphausen*,

- Möglicherweise vermeidbaren Einfluss vermitteln schließlich die verschiedenen Optionen, Richterinnen und Richtern im Wege der Dienstaufsicht oder des Disziplinarwesens⁴² förmlich zu vermitteln, dass ihre Rechtsprechungstätigkeit nicht den Vorstellungen

BGH v. 6.10.2011 – RiZ(R) 7/10. Richterliche Unabhängigkeit trotz Betriebs eines EDV-Netzes?, in: JR 2012, 381 ff.; die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil hat das Bundesverfassungsgericht nicht angenommen: BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2013, 2102. Das Dienstgericht des Bundes hatte allerdings nur noch eingeschränkt zu entscheiden, nachdem das Urteil des Hessischen Dienstgerichtshofs für Richter (20.4.2010 – DGH 4/08, juris) teilweise rechtskräftig geworden war (unterstrichen von *Werner Schwamb*, NJW-Aktuell 5/2012, 10). Der Dienstgerichtshof hatte insofern festgestellt (Rn. 52): „Eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch das von der HZD [Hessische Zentrale für Datenverarbeitung] administrierte EDV-Netz ist dann anzunehmen, wenn diese Maßnahme die Antragsteller in der Weise betrifft, dass nicht mehr allein die Ordnung oder die ‚Art der Ausführung eines Amtsgeschäfts‘ (§ 26 Abs. 2 DRiG) tangiert ist, sondern der Kernbereich der richterlichen Tätigkeit [...]. Ein Einblick der Dienstaufsicht oder anderer staatlicher Stellen in von einem Richter oder in seinem Auftrag von anderen Bediensteten im Rahmen seiner Recht sprechenden Tätigkeit bis zur abschließenden Entscheidung angefertigten Dokumente, wie Verfügungen, Beschlüsse, Notizen und Entwürfe (richterliche Dokumente), würde eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit darstellen. Denn zum Kernbereich richterlicher Spruchstätigkeit zählen auch die die Endentscheidung vorbereitenden Handlungen und Entscheidungen [...]. Die Dienstaufsicht darf folglich auf den sachlichen Inhalt dieser richterlichen Tätigkeit keinen Einfluss nehmen [...]. Wenn aber der Dienstaufsicht ein sachlicher Einfluss auf solche vorbereitenden Entwürfe und Entscheidungen untersagt ist, so darf sie auch von deren Inhalt nicht eigenmächtig Kenntnis nehmen. Eine Kenntnisnahme von noch nicht für die Öffentlichkeit bestimmten richterlichen Dokumenten würde die erste Stufe einer möglichen Einflussnahme bedeuten und ist – wenn sie dem Richter bekannt würde – schon als solche geeignet, Einfluss auf den Kernbereich richterlicher Tätigkeit zu nehmen.“ Die Entscheidung des DGH bespricht *Bernhard J. Scholz*, IT-Standardisierung und richterliche Unabhängigkeit, in: DRiZ 2011, 78 ff. – Vgl. zu weiteren IT-relevanten Streitfragen *Michael Bertrams*, Eingriff in die Unabhängigkeit der Dritten Gewalt durch Zentralisierung der IT-Organisation unter dem Dach der Exekutive, in: NWVBl. 2010, 209 ff.; *Miriam Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz. Technik, Recht, Realisierung, 2012, 46 ff.; *Jürgen Treber*, Virtuelle Justizkommunikation ante portas. Das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten, in: NZA 2014, 450 ff.; *Carsten Schürger*, Einführung der E-Akte – Revolution am Richter Arbeitsplatz?, in: DRiZ 2014, 92; *Uwe Berlitz*, Die elektronische Akte. Rechtliche Rahmenbedingungen der elektronischen Gerichtsakte, in: JurPC 2008, 1 ff. sowie *ders.*, Rechtsprechungsübersicht zu e-Justice und e-Government 2017/18, in: JurPC 2018, 146 ff.; zuletzt *Andreas Wiebe*, Spannungsverhältnis Datenschutzrecht und Justiz: Anwendungsbereich, Verantwortlichkeit, richterliche Unabhängigkeit, in: NJW 2019, 2734 ff. sowie *Walter Schramm*, Die Einführung der elektronischen Akte in Deutschland. Ein Aufruf zum geistigen Widerstand gegen potemkinsche Dörfer, in: Betrifft Justiz 140 (2019), 163 ff.

⁴¹ Knappe Zusammenfassung bei *Kissel/Mayer* (Fn. 24), § 1 Rn. 76.

⁴² Dazu im ersten Zugriff *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 447 ff.; *Claudius Fischer*, Disziplinarrecht und Richteramt, 2012, 23 ff.; *Bernhard J. Scholz*, Das Richteramtsrecht, in: *Walter Seitz/Helmut Büchel* (Hrsg.) Beck'sches Richterhandbuch, 3. Aufl. 2012, 1001 (Rn. 182 ff.).

vorgesetzter Stellen entspricht (zu – eher theoretischen – weiteren denkbaren Sanktionen → III.6).⁴³ Besondere Aufmerksamkeit beansprucht hier der nunmehr wieder vor dem Bundesgerichtshof anhängige Fall *Schulte-Kellinghaus*, der grundlegende Fragen der richterlichen Unabhängigkeit dahingehend aufwirft, wer darüber zu entscheiden hat, wieviel Zeit ein Richter oder eine Richterin für einen Fall aufwenden darf.⁴⁴

Eingedenk des auf den *Zugang* zu Rechtsprechungsämtern beschränkten Gutachtauftrags verbietet sich an dieser Stelle eine Rekapitulation der teils recht kleinteiligen Rechtsprechung zu den exakten Grenzen dieser „vermeidbaren Einflussnahme“.⁴⁵ Im Zentrum

⁴³ Dass es dafür gute Gründe geben könnte, belegt zuletzt das ganz offenbar nur durch eine verfestigte ausländerfeindliche Einschätzung sowie substantiell unterdurchschnittliche Rechts- (und – schlimmer noch – Geschichts-)kenntnisse zu erklärende Urteil des VG Gießen vom 9.8.2019 – 4 K 2279/19, Openjur 2019, 34096; vgl. dazu nur die Pressemitteilung der Neuen Richtervereinigung (Landesverband Hessen) vom 3.12.2019: <https://www.neurichter.de/details/artikel/article/zum-urteil-des-verwaltungsgerichts-giessen-vom-9-august-2019-655.html>.

⁴⁴ Gerichtliche Entscheidungen: LG Karlsruhe (Richterdienstgericht Baden-Württemberg), Urteile v. 4.12.2012 – RDG 6/12 u. a.; OLG Stuttgart (DGH Baden-Württemberg), Urteile v. 17.4.2015 – DGH 2/13 u. a.; BGH (Dienstgericht des Bundes), Urteile vom 7.9.2017 – RiZ (R) 2/15 u. a.; zuletzt OLG Stuttgart (DGH Baden-Württemberg), Urteile v. 21.5.2019 – DGH 1/18 u. a. Vgl. dazu im Vorfeld *Fabian Wittreck*, Durchschnitt als Dienstpflicht? Richterliche Erledigungszahlen als Gegenstand der Dienstaufsicht, in: NJW 2012, 3287 ff.; zur ersten Entscheidung knapp *ders.*, Erledigungszahlen unter (Dienst-)Aufsicht?, in: DRiZ 2013, 60 f. (dazu die erkennbar interessengeleitete Replik von *Heike Forkel*, Erledigungszahlen unter [Dienst-] Aufsicht!, in: DRiZ 2013, 132 f.); *Carsten Schütz*, Durchschnitt soll doch Dienstpflicht sein, in: *Betrifft Justiz* 112 (2012), 378; *Michael Dudek*, Richter sein 2013 – Kommentar eines Rechtsanwalts zum Disziplinarverfahren gegen einen Richter am OLG, in: *Betrifft Justiz* 113 (2013), 11 ff.; *Annemarie Schwintuchowski*, Faires Verfahren nicht für Richter? Das Disziplinarverfahren gegen einen Richter am Oberlandesgericht wegen Unterschreitung des durchschnittlichen Erledigungssumms, in: *Betrifft Justiz* 113 (2013), 14 ff.; *Guido Kirchhoff*, Erledigung als Dienstpflicht – Disziplinarmaßnahmen wegen Unterschreitung durchschnittlicher Erledigungszahlen – Anmerkung aus Sicht eines Praktikers, in: *Betrifft Justiz* 114 (2013), 63 ff.; *Franzen*, Zahlen (Fn. 21), 198 f.; *Christoph Strecker*, Vorhalt und Ermahnung, in: *Betrifft Justiz* 132 (2017), 191 ff.; *Carsten Schütz*, Von Karlsruhe nach Stuttgart und zurück, in: *Betrifft Justiz* 123 (2015), 151 f.; zuletzt *Jonas Hyckel*, Der Richter und sein Tempo – Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit durch Vorhalt von Rückständen, in: LKV 2018, 353 ff. (alle dezidiert kritisch) sowie – eher referierend – die Anmerkung von *B. Wittkowski*, in: NJW 2018, 162. – Vgl. allerdings *Alexander Thiele*, Die Unabhängigkeit des Richters – Grenzenlose Freiheit? – Das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Dienstaufsicht. Zugleich Anmerkung zum Urteil des baden-württembergischen Richterdienstgerichts vom 4.12.2012, RDG 6/12, in: *Der Staat* 52 (2013), 415 ff. *Thieles* Zustimmung zur dienstgerichtlichen Entscheidung wird leider um den Preis erkaufte, dass er einerseits der (strittigen) Sachverhaltschilderung einer Seite vergleichsweise unkritisch folgt und andererseits fragwürdige Festlegungen trifft.

⁴⁵ Dazu eingehend *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 174 ff. sowie *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 24), § 1 Rn. 63 ff.

soll vielmehr die kritische Analyse der gerade umrissenen möglichen Instrumente und Konstellationen stehen.

Das gilt dem Grunde nach auch für die europäische Perspektive. Denn die hier skizzierte deutsche Rechtsprechung zu Art. 97 GG bzw. seinen einfachrechtlichen Pendanten ist zuletzt durch Entscheidungen europäischer und internationaler Gerichte ergänzt und zumindest möglicherweise modifiziert worden. Einerseits hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg in mehreren Entscheidungen die Anforderungen an ein „unabhängiges Gericht“ iSv Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK präzisiert. Konkret verlangt die Konvention demzufolge die Weisungsfreiheit und Unabsetzbarkeit von Richterinnen und Richtern⁴⁶ sowie ihren Schutz gegen rechtsförmliche wie tatsächliche Einmischungen von außen. Die Große Kammer hat die bisherige Rechtsprechung 2018 zusammengefasst und dabei klargestellt, dass die Konvention die Mitgliedstaaten nicht auf ein bestimmtes Konzept der Gewaltenteilung festlegt (schon zuvor hatte das Gericht ausdrücklich festgestellt, dass die Ernennung von Richterinnen und Richtern durch die Exekutive als solche unschädlich sei⁴⁷)⁴⁸:

„144. In order to establish whether a tribunal can be considered to be ‚independent‘ within the meaning of Article 6 § 1, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence (see *Findlay v. the United Kingdom*, 25 February 1997, § 73, Reports

⁴⁶ EGMR, Entscheidung v. 22.10.1984, 8790/78, *Skrammek ./. Österreich*, EuGRZ 1985, 336 (340); siehe dazu *Ben Olbourne*, Independence and Impartiality: International Standards for National Judges and Courts, in: Law and Practice of International Courts and Tribunals 2 (2003), 97 (107 ff.); *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 210 f.; Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 204 ff.; *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 30 ff.; *Lydia Friederike Müller*, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK. Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratsstaaten, 2015, 21 ff.; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 34 ff.; *Matthias Weller*, Europäische Mindeststandards für Spruchkörper: Zur richterlichen Unabhängigkeit, in: Christoph Althammer/Matthias Weller (Hrsg.), Europäische Mindeststandards für Spruchkörper, 2017, 3 (18 ff.); v. *Bernstorff*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 53 f.; *Jörg Luther*, Judicial Independence in the Council of Europe and the European Court of Human Rights, in: Ernst Hirsch Ballin/Gerhard von der Schyff/Marten Stremler (Hrsg.), European Yearbook of Constitutional Law 1 (2019), S. 197 ff.

⁴⁷ EGMR, Entscheidung v. 28.6.1984 – 7819/77, 7878/77, *Campbell and Fell ./. Großbritannien*, Rn. 79.

⁴⁸ EGMR (GK), Entscheidung v. 6.11.2018, 55391/13, 57728/13 u. 74041/13 – *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*. Siehe dazu aus der Anmerkungsliteratur *Eduard C. Schöpfer*, Anm. zu EGMR: Fairness von Disziplinarverfahren gegen Richterinnen. Entscheidungsbesprechung von Eduard Christian Schöpfer zum Urteil v. 6.11.2018 – 55.391/13, 57.728/13, 74.041/13, in: NLMR 2018, 504 ff.

of Judgments and Decisions 1997-I, and Tsanova-Gecheva, cited above, § 106, 15 September 2015). The Court observes that the notion of the separation of powers between the executive and the judiciary has assumed growing importance in its case-law (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV). However, neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction (see *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98 and 3 others, § 193, ECHR 2003-VI).“

Zuletzt hat der Gerichtshof in einer vielbeachteten Entscheidung festgestellt, dass zumindest gravierende Verstöße gegen die nationalen Regeln zur Vergabe von Rechtsprechungsämtern eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK darstellen, da das Gericht in diesem Falle nicht „auf Gesetz beruhe“. ⁴⁹ Es hat damit wohlgermerkt keine konventionsrechtlichen Anforderungen an die Ernennung von Richterinnen und Richtern formuliert, sondern lediglich die Einhaltung einzelstaatlicher Regeln menschenrechtlich sanktioniert (strukturell insofern nicht unähnlich zur deutschen Rechtsprechung zum EuGH als gesetzlichem Richter iSv Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, falls deutsche Gerichte ihre Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV verletzen). ⁵⁰ Allerdings hat die Kammer angedeutet, dass ein enger Konnex zur richterlichen Unabhängigkeit bestehe und auch deren Verletzung dazu führen könne, dass ein Gericht nicht „auf Gesetz beruht“. ⁵¹

„103. Finally, the Court recalls that ‚the notion of the separation of powers between the executive and the judiciary has assumed growing importance in its case-law‘ (*Ramos Nunes de Carvalho E Sá v Portugal* [GC], nos. 55391/13, 57728/13 and 74041/13, § 144, 8 November 2018). The same applies to the ‚importance of safeguarding the independence of the judiciary‘ (*Baka v. Hungary* [GC], no. 20216/12, § 165, 23 June 2016). Therefore, on the basis of the above-mentioned principles, and taking account of the object and purpose of the requirement that a tribunal be always established by law, and its close connection to the fundamental principle of the rule of law, the Court must look behind appearances and ascertain whether a breach of the applicable national rules on the appointment of judges created a real risk that the other organs of Government, in particular the executive, exercised undue discretion undermining the integrity of the appointment process to an extent not envisaged by the national rules in force at the material time.“

⁴⁹ EGMR, Entscheidung v. 12.3.2019, 26374/18 – *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*. Vgl. dazu als erste Anmerkung *Leszek Bosek/Grzegorz Żmij*, Richterwahl und europäisches Recht – zugleich ein Beitrag zur Situation in Polen, in: *Europarecht* 54 (2019), 522 ff. – Die Kammerentscheidung ist inzwischen bei der Großen Kammer anhängig.

⁵⁰ Siehe BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 82, 159 (192 ff.); sowie zuletzt Beschluss v. 19.7.2016 – BvR 470/08 (Rn. 51 ff.); aus der Literatur *Fabian Dietl*, Verfassungswidrigkeit der diskriminierenden Preisgestaltung durch ein kommunales Freizeitbad, in: *IR* 2016, 261 f.

⁵¹ EGMR (Fn. 49), Rn. 103.

Aus dieser von deutschen Organen bekanntlich „zu berücksichtigenden“ Judikatur ergibt sich mithin kein von der Interpretation von Art. 97 Abs. 1 GG abweichender Befund.⁵²

Auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg hat sich in einer Reihe von jüngeren und jüngsten Entscheidungen zur richterlichen Unabhängigkeit geäußert;⁵³ er rekurriert dabei auf Art. 47 S. 2 Grundrechtecharta,⁵⁴ Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV⁵⁵ sowie auf Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. 2002, L 190, 1) in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 (ABl. 2009, L 81, 24) geänderten Fassung (Rahmenbeschluss 2002/584).⁵⁶ Eingedenk der letztgenannten Norm hat das Gericht die deutschen Staatsanwaltschaften wegen der Weisungsbefugnis der Justizministerien nicht als unabhängige „Justizbehörde“ i.S.d. Richtlinie eingestuft, da sie nicht den folgenden Anforderungen entsprach:⁵⁷

⁵² Ähnlich in der Einschätzung Müller, Unabhängigkeit (Fn. 46), 26; Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, Bd. I, Kap. 14 Rn. 41, 63 ff.; Schulze-Fielitz (Fn. 27), Art. 97 Rn. 9; weitere Nachweise bei Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 210 f.

⁵³ Siehe zusammenfassend Bernhard Wegener, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV Rn. 48 ff.; Matthias Pechstein/Philipp Kubicki, in: Matthias Pechstein/Carsten Nowak/Ulrich Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV/GRC/AEUV, Bd. I, 2017, Art. 19 EUV Rn. 58 ff.; Weller, Mindeststandards (Fn. 46), 5 ff.; Frank Montag/Andreas v. Bonin, Die Entwicklung des Unionsrechts bis Mitte 2019, in: NJW 2019, 3758 (3578 f.).

⁵⁴ Näher im ersten Zugriff Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 19 ff. sowie v. Bernstorff, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 67 f.

⁵⁵ Dazu im ersten Zugriff Kathrin F. Balthes, Die demokratische Legitimation und die Unabhängigkeit des EuGH und des EuG, 2011, 22 ff.; C. Krenn, Self-government at the Court of Justice of the European Union. A bedrock for institutional success, in: German Law Journal 19 (2018), 2007 (2024); Gernot Sydow/Fabian Wittreck, Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I, 1. Aufl. 2019, Kap. 12 Rn. 37.

⁵⁶ Dazu mwN Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 34 f.

⁵⁷ EuGH, Entscheidung v. 27.5.2019, Rs. C-508/18 u. C-82/19 PPU, OG/PI, Rn. 74. Vgl. dazu aus der Anmerkungsliteratur Winfried Kluth, Systemische Mängel im deutschen Rechtsstaat wegen fehlender Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften? in: NVwZ 2019, 1175 ff.; Matthias Ruffert, Europarecht: Europäischer Haftbefehl von deutscher Staatsanwaltschaft. Deutschen Staatsanwaltschaften fehlt zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls die hinreichende Unabhängigkeit, in: JuS 2019, 920 ff.; Klaus F. Gärditz, Unionsrechtliches Ende der weisungsabhängigen Staatsanwaltschaft?, in: Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht 2019, 133 ff. sowie zuletzt Tristan Barczak, Die Staatsanwaltschaft als „Justizbehörde“. Ein Grenzgang zwischen Zweiter und Dritter Gewalt, 2020, i. E.

„Infolgedessen muss die ausstellende Justizbehörde der vollstreckenden Justizbehörde die Gewähr bieten können, dass sie angesichts der nach der Rechtsordnung des Ausstellungsmitgliedstaats bestehenden Garantien bei der Ausübung ihrer der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls innewohnenden Aufgaben unabhängig handelt. Diese Unabhängigkeit verlangt, dass es Rechts- und Organisationsvorschriften gibt, die zu gewährleisten vermögen, dass die ausstellende Justizbehörde, wenn sie die Entscheidung trifft, einen solchen Haftbefehl auszustellen, nicht der Gefahr ausgesetzt ist, etwa einer Einzelweisung seitens der Exekutive unterworfen zu werden.“

Ferner hat das Gericht in seiner Entscheidung vom November 2019 zur offensichtlich missbrauchsanfälligen polnischen Regelung zur Altersgrenze für Richterinnen und Richter ausgeführt:⁵⁸

[108] Das Erfordernis richterlicher Unabhängigkeit, dessen Beachtung die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in Bezug auf die nationalen Gerichte sichern müssen, die – wie die polnischen ordentlichen Gerichte – über Fragen zu entscheiden haben, die mit der Auslegung und der Anwendung des Unionsrechts verknüpft sind, umfasst zwei Aspekte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 71).

[109] Der erste, das Außenverhältnis betreffende Aspekt erfordert, dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, so dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entscheidungen beeinflussen könnten (Urteile vom 27. Februar 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 72).

[110] Der zweite, das Innenverhältnis betreffende Aspekt steht mit dem Begriff der Unparteilichkeit in Zusammenhang und bezieht sich darauf, dass den Parteien des Rechtsstreits und ihren jeweiligen Interessen am Streitgegenstand mit dem gleichen Abstand begegnet wird. Dieser Aspekt verlangt, dass Sachlichkeit obwaltet und neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht (Urteile vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 73).

Zentral dürfte für die weitere deutsche Diskussion sein, wie der Passus „dass die betreffende Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein“ zu interpretieren ist oder – präziser gesagt – vom Europäischen Gerichtshof interpretiert werden wird.⁵⁹ Folgt man penibel dem Wortlaut der Entscheidung, dürfte in Deutschland praktisch nur das Bundesverfassungsgericht in diesem eng verstandenen Sinne unabhängig sein (vom Europäischen Ge-

⁵⁸ EuGH, Entscheidung v. 5.11.2019, Rs. C-192-18, *Kommission ./. Republik Polen*, ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 108 ff.

⁵⁹ Weichenstellende Wirkung dürfte die Entscheidung über die Vorlage des VG Wiesbaden haben (oben Fn. 7).

richtshof selbst – bössartiger Hinweis – ganz zu schweigen, siehe sogleich unter → II.1.b). Denn die bundesdeutschen Gerichte sind in ihrer eigentlichen Rechtsprechungstätigkeit ganz unzweifelhaft weisungsunabhängig – dies gilt für die Rechtslage (*law in the books*) wie für die Praxis (*law in action*) gleichermaßen.⁶⁰ Ebenso klar ist aber, dass sie den Justiz- oder anderweitig zuständigen Ministerien in vieler Hinsicht „hierarchisch verbunden oder [...] untergeordnet sind“. Es verwundert nicht, dass die einschlägigen Entscheidungen – nicht ganz frei von triumphalem Gestus – von Verfechtern einer Selbstverwaltung der Dritten Gewalt als Wasser auf die eigenen Mühlen oder Korn in der eigenen Scheuer verbucht werden.⁶¹ Dem dürfte allerdings ein nicht unerheblicher Denkfehler zugrunde liegen. Zunächst stellen die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes bei allem schuldigen Respekt leider normlogischen Unfug dar – in „völliger Autonomie“ handelt vielleicht der christliche Schöpfergott,⁶² aber (hoffentlich) keine Institution, die sich (wohlgemerkt in einer rechtsstaatlichen Demokratie) als Menschenwerk begreifen lässt. Unter dem Grundgesetz (wie unter der Geltung der Verträge der Union) kann schon begriffsnotwendig kein Organ „völlig unabhängig“ sein. Es gelten – auch nach Unionsrecht – die Kriterien demo-

⁶⁰ So selbst das VG Wiesbaden in seinem Vorlagebeschluss (oben Fn. 7, Rn. 120): „In Deutschland ist allerdings nur die Richter [sic] funktionell unabhängig“.

⁶¹ So aus der Rechtsprechung namentlich das VG Wiesbaden (oben Fn. 7, Rn. 127): „Bereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme auf die Gerichte (durch Ausstattung, Personalzuweisung usw. durch das Justizministerium) kann eine Gefahr des Einflusses auf die Entscheidungen der Gerichte um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen bewirken (dies schon durch einen vermeintlichen Erledigungsdruck über eine vom Ministerium betriebene Belastungsstatistik Pebbsy, die über eine tatsächliche Belastung der Richte [sic] nur spärlich etwas aussagt, wenn man die Zeitvorgaben der durchschnittlichen Erledigung für Gerichtsentscheidungen als Ministerium selbst bestimmt und bestimmte Verfahren die ebenfalls zu bearbeiten sind, in der Statistik erst gar nicht erfasst – zB bei Kostenerinnerungen). Zum einen kann es hier einen ‚vorausseilenden Gehorsam‘ der Gerichte/Richter im Hinblick auf die Entscheidungspraxis und Verfahrensgestaltung (Erledigungsdruck) geben. Zum anderen erfordert es aber die Rolle der Gerichte als Hüter des Rechts, dass ihre Entscheidungen, also sie selbst, über jeglichen Verdacht der Parteilichkeit erhaben sind (in diesem Sinne EuGH, Urteil vom 9.3.2010, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Az. C-518/07, EU:C:2010:125, Rn. 36) und bei der Entscheidungsfindung nicht unter Druck gesetzt werden dürfen.“ – Aus der Literatur *Harry Addicks*, Neuer Schwung aus Europa? Aktuelles zur Selbstverwaltung/Autonomie der rechtsprechenden Gewalt, in: *Betrifft Justiz* 140 (2019), 157 ff.

⁶² Auch das ist für Kennerinnen und Kenner der einschlägigen Debatten keineswegs ausgemacht. Denn die Scholastik hat eingehend debattiert, ob Gott nicht ungeachtet seiner Allmacht an die von ihm selbst gesetzten Regeln der Rationalität gebunden ist. Vgl. statt aller bündig *Thomas Pröpper*, Art. Allmacht Gottes, in: *Walter Kasper* (Hrsg.), *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. I, 1993, Sp. 412 (414f.).

kratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Bindung;⁶³ beide müssen von anderen Organen kontrollierbar sein und im Extremfall auch zu Konsequenzen für die angeblich „völlig unabhängigen“ Amtswalterinnen und -walter führen können. Im übrigen gilt: Auch die Gerichte, die sich wie in Italien der zweifelhaften Gunst eines sog. Systems richterlicher Selbstverwaltung erfreuen, sind in Sachen Besetzung, Beförderung und Disziplin einer „Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet“ – nämlich dem berühmt-berüchtigten *Consiglio Superiore della Magistratura*.⁶⁴ Es wäre nun noch eingehend und nachvollziehbar darzulegen, dass dieser durch den richterlichen Einfluss auf seine Zusammensetzung wesentlich anders agiert als eine Stelle, die sich der Exekutive oder Legislative zuordnen lässt – ein solcher Versuch ist bislang nicht unternommen worden, und er wäre nach Lage der Dinge auch zum Scheitern verurteilt,⁶⁵ weil die implizit zugrundeliegende Behauptung einen Glaubenssatz, aber kein mit der herkömmlichen Dogmatik des öffentlichen Rechts halbwegs belastbar zu belegendes Ergebnis rechtswissenschaftlicher Erkenntnis formuliert.⁶⁶ Stellt man schließlich in Rechnung, dass auch der Europäische Gerichtshof in derselben Entscheidung unterstreicht, dass die konkrete Ausgestaltung der Gerichtsverfassung unzweifelhaft in die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt,⁶⁷ so ergibt sich mit einiger Deutlichkeit, dass man das vom Gerichtshof formulierte Kriterium der „völligen Autonomie“ einschränkend dahingehend auslegen muss, dass die „Funktionen“ der jeweiligen Stelle nur ihre *Rechtsprechungsfunktionen* im engeren Sinne umfasst. Andernfalls müsste „völlige Autonomie“ nämlich wie folgt verstanden werden: Die unabhängigen „Stellen“ wären erstens zur Selbstergänzung ohne jede Ingerenz-

⁶³ Siehe nur *Armin v. Bogdandy/Christoph Krenn*, On the democratic legitimacy of Europe's judges. A principled and comparative reconstruction of the selection procedures, in: Michal Bobek (Hrsg.), *Selecting Europe's Judges*, 2015, 162 (166 ff.); *Krenn*, *Self-government* (Fn. 55), 2007 ff.

⁶⁴ Instrukтив für Portugal EGMR (Fn. 48), Rn. 151 ff. und dazu näher → IV.3. Die Entscheidung widmet sich gerade der Frage, ob das portugiesische Pendant zum CSM durch seine Disziplinarbefugnisse sowie den Vorsitz des Präsidenten des Obersten Gerichts die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter gefährdet (im Ergebnis verneint).

⁶⁵ Siehe *Violaine Autheman/Sandra Elena*, *Global Best Practices: Judicial Councils. Lessons Learned from Europe and Latin America*, 2004, 16 f.; *Linn Hambergren*, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, 2002, 15 ff. sowie insbesondere die vergleichende Studie von *Nuno Garoupa/Tom Ginsburg*, *Guarding the guardians. Judicial councils and judicial independence*, in: *The American journal of comparative law* 57 (2009), 103 ff.; ebda., 130: „Our preliminary conclusion, then, is that there is no evidence that judicial councils promote independence.“

⁶⁶ Näher *Wittreck*, *Dritte Gewalt* (Fn. 1), 156.

⁶⁷ EuGH (Fn. 58), Rn. 102 f.

möglichkeit berufen, unterlägen zweitens keinerlei Aufsicht oder Disziplinarwesen und entschieden drittens über ihre Finanzausstattung und Besoldung nach eigenem Ermessen. dass alle genannten Einflussmöglichkeiten in sämtlichen modernen Rechts- und Verfassungsstaaten (wie übrigens der Europäischen Union) – bei aller Vielfalt und Abstufung im Detail – nicht den Organen der Rechtsprechung allein überantwortet werden, sondern mehr oder minder sorgfältig kalibrierten Systemen der Kooperation von Erster, Zweiter und Dritter Gewalt obliegen, sollte dem Gerichtshof wie sonstigen Advokaten „völliger Autonomie“ zu denken geben. Ingerenzmöglichkeiten der Ersten und Zweiten Gewalt auf die *Organisation* der Rechtsprechung sind im Lichte des Gewaltenteilungsgrundsatzes keine Anomalien, sondern dessen selbstverständlicher Ausdruck, weil auch die Rechtsprechung Macht ausübt und nicht ohne die vielzitierten „checks and balances“ auskommt – der Europäische Gerichtshof dürfte derzeit *das* paradigmatische Beispiel für massive Machtausübung wie für basalen Balancierungsbedarf sein.⁶⁸

b) Persönliche Unabhängigkeit

Die in Art. 97 Abs. 2 GG gewährleistete persönliche Unabhängigkeit schützt als „Auxiliargarantie“ die Richterinnen und Richter gegen Konsequenzen, die ihre in sachlicher Unabhängigkeit gefällten Entscheidungen andernfalls in Form von Versetzung, Absetzung oder Kürzung der Bezüge haben könnten.⁶⁹ Versteht man sachliche Unabhängigkeit im Kern als Weisungsfreiheit, so lässt sich die persönliche Unabhängigkeit auf den Nenner der „Konsequenzfreiheit“ oder auch „Sanktionsfreiheit“ bringen – andere Organe oder Institutionen dürfen (einmal mehr unabhängig von der Zuordnung zu Legislative, Exekutive, Judikative oder auch zu einer wie auch immer gearteten „Gewaltenmixtur“) auf richterliche Entscheidungen nicht in einer Weise reagieren können, die Richterinnen und Richtern eine Rechtsprechung nahelegt, die sich an den tatsächlichen oder möglichen Erwartungen der Inhaberinnen und Inhaber von Ämtern in

⁶⁸ Instrukтив die Beiträge in Maurice Adams/Henri de Waele/Johan Meussen/Gert Straetmans (Hrsg.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, 2013 (das Buch gewinnt nicht zuletzt deshalb an Aussagekraft, weil seine Kritik nicht aus dem mitunter etwas selbstverliebt umgerührten Schmortopf der bundesdeutschen Debatte um die demokratische Legitimation geschöpft wird); vgl. ferner Mark Dawson/Bruno De Witte/Elise Muir (Hrsg.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, 2013.

⁶⁹ Näher zum folgenden Rolf Gröschner, *Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des Grundgesetzes*, 2005, 19 ff.; Wittreck, *Verwaltung* (Fn. 1), 178 ff.; Minkner, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 217 ff.; Faissner, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 20 f.; Schulze-Fielitz (Fn. 27), Art. 97 Rn. 48 ff.; Kissel/Mayer, *GVG* (Fn. 24), § 1 Rn. 141 ff.

diesen Organen orientiert. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts:⁷⁰

„[64] b) Der Schutz der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG stellt eine grundlegende rechtsstaatliche Anforderung an das Gerichtswesen dar. Die Vorschrift hat den Zweck, die sachliche Unabhängigkeit der Richter abzusichern (vgl. BVerfGE 14, 56 [69]), indem diese vor dienstrechtlichen Konsequenzen in Gestalt von Amtsenthebung, Entlassung, Versetzung oder Beurlaubung bewahrt werden, mit denen richterliche Entscheidungen sanktioniert werden könnten. Zudem wird verhindert, dass die Rechtsuchenden einem Gericht mit Misstrauen begegnen, weil dessen Richter im Hinblick auf den Bestand ihres Richteramtes von der Exekutive abhängig sind. Das gilt umso mehr, wenn das Gericht über Verwaltungsakte gerade derjenigen Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, die ihrerseits über Versetzung und Abberufung des Richters befindet oder maßgebenden Einfluss darauf hat (vgl. BVerfGE 4, 331 [346]). Die sachliche Unabhängigkeit ist nur effektiv, wenn ein Richter nicht befürchten muss, dass seine Rechtsprechung negative Auswirkungen auf sein Amt haben wird (vgl. Wittreck, DRiZ 2007, 356 [359]).

[65] c) Der in Art. 97 Abs. 2 GG gewährleistete Schutz der persönlichen Unabhängigkeit erstreckt sich auf jede Maßnahme, die materiell einer Entlassung, dauernden oder zeitweisen Amtsenthebung oder Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand gleichkommt. Der Schutz besteht auch gegenüber Maßnahmen der gerichtlichen Selbstverwaltung (vgl. BVerfGE 17, 252 [259ff.]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 28. November 2007 – 2 BvR 1431/07 –, juris, Rn. 17; vgl. auch BGHZ 67, 159 [163f.]).“

Dabei liegt auf der Hand, dass die persönliche Unabhängigkeit primär durch solche Maßnahmen oder Rechtsinstitute tangiert werden kann, die sich als nachträgliche Einwirkungen auf den einmal eingeräumten Status eines Rechtsprechungsamtes präsentieren (→ III.6).

Als evident kritisch hat sich *sub specie* persönlicher Unabhängigkeit danach in allererster Linie die Möglichkeit der Wiederwahl der Inhaberinnen und Inhaber namentlich herausgehobener Rechtsprechungsposten herausgestellt, die auf internationaler Ebene weiterhin bei den verschiedenen Spruchkörpern des Gerichtshofes der Europäischen Union begegnet (vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 3 S. 2 u. 3 EUV bzw. Art. 253 UAbs. 1 2. Hs., UAbs. 4 AEUV)⁷¹ und früher auch für die Richterinnen und Richter des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte galt.⁷² Hier sind die Vertragsparteien 2004 der einhelligen Kritik gefolgt und haben auf eine neunjährige Amtszeit ohne die Möglichkeit der Wiederwahl umgestellt (Art. 23 Abs. 1 S. 1

⁷⁰ BVerfGE 148, 69 (94, Rn. 64f.).

⁷¹ Danach werden die Richterinnen und Richter auf sechs Jahre ernannt; ihre Wiederernennung ist ausdrücklich zulässig. Kritisch aus der Literatur Claus D. Classen, in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 97 Rn. 2b; Eckhard Pache, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 19 EUV Rn. 29; Michael Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 253 AEUV Rn. 7; Sydow/Wittreck, Verfassungsrecht I (Fn. 55), Kap. 12 Rn. 25, 37.

⁷² Vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 2 EMRK a.F.; zur Kritik zusammenfassend Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 231 f. (vgl. noch Fn. 75).

u. 2 EMRK nF).⁷³ Denn es ist mit Händen zu greifen, dass eine RichterIn oder ein Richter angesichts der anstehenden „Verlängerung“ des eigenen Amtes zumindest darüber nachsinnen könnte, ob die mitverantworteten Entscheidungen die Zustimmung der für die Wiederernennung Verantwortlichen finden könnten⁷⁴ (namentlich in Sachen EGMR lassen sich hier in der Vergangenheit vergleichsweise klare Fälle der Sanktionierung einer Rechtsprechung oder doch wenigstens der deutlichen Drohung mit einer solchen verzeichnen;⁷⁵ in Ansehung des EuGH ist für Deutschland demgegenüber schlicht ein grob fahrlässiger Umgang mit den für die Bundesrepublik vorgesehenen Posten zu beklagen, die lange als reine parteipolitische Verteilungsmasse behandelt worden sind, anstatt den Richterinnen und Richtern durch eine lange Amtszeit zu ermöglichen, mäßigen oder gar maßgeblichen Einfluss auf das Gericht und seine Entscheidungen aufzubauen).⁷⁶

In der Bundesrepublik begegnet die Möglichkeit/Notwendigkeit der Wiederernennung nur bei einer Reihe von Landesverfassungsgerichten,⁷⁷ ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern (vgl. etwa für

⁷³ Siehe jetzt *Jens Meyer-Ladewig/Hugo Fuentes*, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan v. Raumer (Hrsg.), EMRK-Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 21 Rn. 4f. sowie *Başak Çali/Stewart Cunningham*, Judicial Self-Government and the sui generis Case of the European Court of Human Rights, in: German Law Journal 19 (2018), 1977 (1979 ff.). – Zu verbleibenden Problemen luzide *David Kosar*, Selecting Strasbourg Judges. A Critique, in: Bobek, Selecting (Fn. 63), 120 (122 ff.).

⁷⁴ Zuletzt BVerfGE 148, 69 (126 ff., Rn. 139 ff.).

⁷⁵ Näher *Martin Schubarth*, Der europäische Richter – ein unabhängiger Richter? Mit Hinweisen zum schweizerischen Recht, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, 2002, 93 (100 ff.); *Jean-François Flauss*, Libres propos sur l'indépendance des juges à la Cour européenne des droits de l'homme, in: Jürgen Bröhmer u. a. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress, 2005, 949 (951 ff.); zusammenfassend *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 229 ff. sowie *Koen Lemmens*, (S)electing Judges for Strasbourg. A (Dis)appointing Process?, in: Bobek, Selecting (Fn. 63), 95 ff.

⁷⁶ Konkret haben die folgenden deutschen EuGH-Richter unter der Geltung der gegenwärtigen Regeln jeweils nur eine Amtszeit amtiert: *Kai Bahlmann* (1982–1988), *Manfred Zuleeg* (1988–1994), *Günther Hirsch* (1994–2000) und *Ninon Colneric* (2000–2006). Dass *Thomas v. Danwitz* seit 2006 amtiert, belegt – hoffentlich – das Ende eines schmerzlichen Lernprozesses auf Seiten der Verantwortlichen.

⁷⁷ Instruktive Auflistung in BVerfGE 148, 69 (129 f., Rn. 148). Näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 498 ff.; *Klaus F. Gärditz*, Landesverfassungsrichter. Zur personalen Dimension der Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: JöR 61 (2013), 449 ff. sowie die Beiträge in *Werner Reutter* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichte: Entwicklung – Aufbau – Funktionen, 2017. – Kritisch mwN zum Problem der Vereinbarkeit von Wiederernennungen mit dem Prinzip richterlicher Unabhängigkeit etwa *Franz Knöpfle*, Richterbestellung und Richterbank, in: Christian Starck/Klaus Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. I, Geschichte, Organisation, Rechtsvergleichung, 1983, 231 (262); für zulässig hält die Möglichkeit der Wiederwahl der Mitglieder des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes hingegen *Heinrich A. Wolff*, in: Josef F. Lindner/Markus Möstl/ders., Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 68 Rn. 23.

die Verwaltungsgerichtsbarkeit § 25 VwGO)⁷⁸ sowie den zu Recht heftig umstrittenen Richterinnen und Richtern auf Zeit nach §§ 8, 11 DRiG i. V. m. § 18 VwGO nF (siehe näher → III.6.b). Hier hat das Bundesverfassungsgericht aus angebbaren Gründen den § 18 VwGO gegen seinen Wortlaut dahingehend verfassungskonform ausgelegt, dass eine wiederholte Bestellung nach Ablauf der Amtszeit ausgeschlossen ist.⁷⁹

Auch *in puncto* persönlicher Unabhängigkeit ist nunmehr die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes mit zu berücksichtigen. In seiner bereits angeführten Entscheidung vom November 2019 fasst das Gericht diese wie folgt zusammen:^{79a}

„[111] Diese Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit setzen voraus, dass es Regeln insbesondere für die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit dieser Einrichtung für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen (Urteile vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 66 sowie die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 74).

[112] Wie sich ebenfalls aus einer ständigen Rechtsprechung ergibt, erfordert die unerlässliche Freiheit der Richter von jeglichen Interventionen oder jeglichem Druck von außen bestimmte Garantien, die geeignet sind, die mit der Aufgabe des Richtens Betrauten in ihrer Person zu schützen, wie z. B. die Unabsetzbarkeit (Urteile vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 75).

[113] Der Grundsatz der Unabsetzbarkeit erfordert insbesondere, dass die Richter im Amt bleiben dürfen, bis sie das obligatorische Ruhestandsalter erreicht haben oder

Zur verfassungsgerichtlichen Bewertung vgl. BVerfGE 40, 356 (362 ff.); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Juli 1998 – 1 BvR 2470/94 –, juris, Rn. 40.

⁷⁸ Näher *Reinhard Klenke*, Zur Wahl der ehrenamtlichen Richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: NVwZ 1998, 473 ff.; *Maira M. S. Baderschneider*, Der Bürger als Richter, 2010, 46 f., 81, 244; *Fabian Wittreck*, in: Gärditz, VwGO (Fn. 1), § 25 Rn. 2 ff.

⁷⁹ BVerfGE 148, 69 (Ls. sowie 131, Rn. 151): „Die Vorschrift ist daher so zu verstehen, dass die wiederholte Ernennung eines Beamten auf Lebenszeit zum Richter auf Zeit ausgeschlossen ist. Dies gilt sowohl dann, wenn die Bedarfssituation, die Anlass für den Einsatz des Beamten als Richter auf Zeit war, entsprechend der ursprünglichen Prognose fort dauert, als auch dann, wenn sie entgegen dieser Prognose länger anhält oder wenn am Ende seiner Amtszeit die Situation eines nur vorübergehenden Personalbedarfs in einem anderen sachlichen Zusammenhang auftritt.“; dazu aus der Anmerkungsliteratur im ersten Zugriff nur *Stefan Muckel*, Verwaltungsrichter auf Zeit grundsätzlich verfassungsgemäß, in: JA 2018, 715 (717).

^{79a} Vgl. oben Fn. 68 sowie nunmehr EuGH, Entscheidung v. 8.4.2020, Rs. C-781/19 R, Kommission u. a. ./ Republik Polen (Disziplinarammer).

ihre Amtszeit, sofern diese befristet ist, abgelaufen ist. Dieser Grundsatz beansprucht zwar nicht völlig absolute Geltung, doch dürfen Ausnahmen von ihm nur unter der Voraussetzung gemacht werden, dass dies durch legitime und zwingende Gründe gerechtfertigt ist und dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird. So ist allgemein anerkannt, dass Richter abberufen werden können, wenn sie wegen Dienstunfähigkeit oder einer schweren Verfehlung nicht mehr zur Ausübung ihres Amtes geeignet sind, wobei angemessene Verfahren einzuhalten sind (Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 76).

[114] Insoweit ergibt sich speziell aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass das Unabhängigkeitserfordernis verlangt, dass die Vorschriften, die für Disziplinarmaßnahmen und damit für die eventuelle Abberufung derjenigen gelten, die mit der Aufgabe des Richtens betraut sind, die erforderlichen Garantien aufweisen, um jegliche Gefahr zu verhindern, dass solche Maßnahmen als System zur politischen Kontrolle des Inhalts von Gerichtsentscheidungen eingesetzt werden. Somit bilden Regeln, die insbesondere festlegen, welche Verhaltensweisen Disziplinarvergehen begründen und welche Sanktionen konkret anwendbar sind, die die Einschaltung einer unabhängigen Instanz gemäß einem Verfahren vorsehen, das die in den Art. 47 und 48 der Charta niedergelegten Rechte, namentlich die Verteidigungsrechte, in vollem Umfang sicherstellt, und die die Möglichkeit festschreiben, die Entscheidungen der Disziplinarorgane vor Gericht anzufechten, eine Reihe von Garantien, die wesentlich sind, um die Unabhängigkeit der Justiz zu wahren (Urteil vom 25. Juli 2018, Minister for Justice and Equality [Mängel des Justizsystems], C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 67, sowie vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 77).

[115] In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung des Grundsatzes der Unabsetzbarkeit ist eine Ausnahme von diesem Grundsatz nur dann statthaft, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig ist und sofern sie nicht geeignet ist, bei den Rechtsunterworfenen berechnete Zweifel an der Unempfänglichkeit der betreffenden Gerichte für äußere Faktoren und an ihrer Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen aufkommen zu lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Juni 2019, Kommission/Polen [Unabhängigkeit des Obersten Gerichts], C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 79).“

Mit ähnlicher Stoßrichtung äußert sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. In seiner – soweit ersichtlich – letzten einschlägigen Entscheidung hat er zur persönlichen Unabhängigkeit iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK ausgeführt:⁸⁰

„By way of general observation, the Court reiterates that in determining in previous cases whether a body could be considered as ‘independent’ – notably of the executive and of the parties to the case – it has had regard to such factors as the manner of appointment of its members, the duration of their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence (see, for example, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, § 78, Series A no. 80, and *Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II). The irremovability of judges by the executive during

⁸⁰ EGMR (Große Kammer), Entscheidung v. 18.7.2013, 2312/08 34179/08, *Maktouf u. a. ./.* Bosnien-Herzegowina, Rn. 49. Siehe dazu aus der Besprechungsliteratur *Vojislav Damjanovic*, Nullum crimen sine lege praevia: Das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK vor dem EGMR im Fall Maktouf und Damjanovic gegen Bosnien und Herzegowina, in: ZIS 2014, 629 ff.

their term of office is in general considered as a corollary of their independence and thus included in the guarantees of Article 6 § 1 (see Campbell and Fell, cited above, § 80). Although the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), appointment of judges by the executive or the legislature is permissible, provided that appointees are free from influence or pressure when carrying out their adjudicatory role (see *Flux v. Moldova* [no. 2], no. 31001/03, § 27, 3 July 2007).“

c) Institutionelle Unabhängigkeit?

Die dritte Facette der Unabhängigkeit ist inzwischen dem Grunde nach Glaubenssache. Denn zunächst ist der rechtsvergleichende Befund klar: In Deutschland, Österreich und der Schweiz fehlen auf Bundesebene erkennbar solche Bestimmungen, die *explizit* eine institutionelle Unabhängigkeit der Dritten Gewalt einfordern (in der Schweiz mag auf Kantonebene dort anderes gelten, wo sich etwa das Tessin oder Genf am italienischen resp. französischen Modell orientieren).⁸¹ Jedenfalls fehlt überall ein Pendant zum stolzen Art. 104 Abs. 1 der Verfassung der italienischen Republik:⁸²

„Die Richter bilden einen selbständigen und von jeder anderen Gewalt unabhängigen Stand.“

Zwar enthalten alle drei Referenzverfassungen (wie die nachgeordneten Landes- und Kantonsverfassungen) das wenigstens implizite Bekenntnis zur gemeineuropäischen oder besser gemeinwestlichen Idee der Gewaltenteilung (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 94 B-VG sowie Art. 144 BV).⁸³ Allerdings ist mit diesem Hinweis nicht viel gewonnen, denn in der konkreten Konturierung und Ausbalancierung dieser Gewalten (oder auch ihrer Verschränkung) geht jede Verfassung eigene Wege, die vom Appell an die ideengeschichtlichen Heroen *Montesquieu* und *Locke* weder gebündelt noch geklärt werden. So lassen sich in allen drei Verfassungsurkunden argumenta-

⁸¹ Vgl. Art. 79 Abs. 1 KVerf. Tessin zum *Consiglio della magistratura* sowie Art. 117 Abs. 1 KVerf. Genf (2012; „Die Selbstständigkeit der richterlichen Gewalt ist gewährleistet.“). Siehe ferner Art. 125 ff. KVerf. Genf zum „Aufsichtsrat der Gerichte“. Aus der Literatur *Spartaco Chiesa*, *Il Consiglio della magistratura del Canton Ticino: ruolo e limiti d'intervento*, in: Carlo L. Caimi/Flavio Cometta/Guido Corti (Hrsg.), *Il Ticino e il diritto*, 1997, 267 ff.; *Pierre Heyer*, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 1996, 331 (335 ff.).

⁸² Zusammenfassend *Minkner*, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 430 ff. sowie zuletzt *Benvenuti/Paris*, *Self-Government* (Fn. 10), 1641 ff.

⁸³ Statt aller bündig *Christian Starck*, *Art. Gewaltenteilung*, in: Görres-Gesellschaft/Verlag Herder (Hrsg.), *Staatslexikon*, 8. Aufl., Bd. 2, 2018, Sp. 1314 ff. – Für Österreich *Bernd Wieser*, *Zur materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung*, in: *JBl.* 2009, 351 (352 ff.); für die Schweiz näher *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl. 2016, § 46 (S. 427 ff.).

tive Anker für eine institutionelle Unabhängigkeit im Sinne einer institutionellen Scheidung der Dritten Gewalt von Legislative und Exekutive finden – sie stehen aber stets ausdrücklich vorgesehenen Ingerenzmöglichkeiten gegenüber, die man als „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ denunzieren müsste,⁸⁴ um zu einem „reinen“ Modell der institutionellen Unabhängigkeit vordringen zu können (ganz zu schweigen von den Möglichkeiten der Dritten Gewalt, durch Verfahren der Wahlprüfung, der Normenkontrolle oder der verschiedenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzoptionen ihrerseits auf Bestand wie Akte der übrigen Gewalten einzuwirken).

Das sei am Beispiel der bundesdeutschen Verfassung näher erläutert: Art. 92 GG hält etwas biedermeierlich fest, dass die rechtsprechende Gewalt „den Richtern anvertraut“ ist (den Richterinnen wohl auch). Das könnte im Rahmen der Wortlautauslegung noch im Sinne einer institutionellen Unabhängigkeit gedeutet werden.⁸⁵ Die nachfolgenden Bestimmungen gehen aber durchweg von einem Modell der Gewalten*verschränkung* aus:⁸⁶ Einerseits ist etwa das Bundesverfassungsgericht berufen, Gesetze der Legislative zu verwerfen, sofern sie dem Grundgesetz widersprechen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 GG). Andererseits suchen sich Bundestag und Bundesrat ihre Kontrolleure gezielt aus (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG), und dieses Modell wird in Art. 95 Abs. 2 GG auf die übrigen Bundesgerichte erstreckt.⁸⁷

Das heißt konkret: Die Ernennung von Richterinnen und Richtern ist in Deutschland traditionell Sache der Exekutive; je höher die Rechtsprechungsämter angesiedelt sind, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass das Parlament mitwirkt (bei Spitzenpositionen in der Tendenz wiederum mit qualifizierter Mehrheit). Während der Richterwahlausschuss auf Bundesebene (→ III.5.a) nur vom Parlament gewählte Akteure und solche der Exekutive vereinigt, wirken in denen auf Landesebene auch Mitglieder aus Richter- und Anwaltschaft mit (→ III.3). So oder so ist die reine Selbstergänzung der Dritten Gewalt – zumindest auf dem Papier (vgl. aber → III.2) – ausgeschlossen;⁸⁸ vielmehr führt der Zugang zu Rechtsprechungsämtern stets über Institutionen, die entweder der Ersten

⁸⁴ So für Deutschland tatsächlich *Heinrich Weber-Grellet*, Eigenständigkeit und Demokratisierung der Justiz, in: ZRP 2003, 145 (148).

⁸⁵ So zuletzt ausdrücklich *Schneider*, Ethik (Fn. 24), 330; vgl. auch BVerfGE 148, 69 (88f., Rn. 51).

⁸⁶ Wie hier *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GGK III (Fn. 27), Art. 95 Rn. 24f., 38.

⁸⁷ Knapp *Sydow/Wittreck*, Verfassungsrecht I (Fn. 55), Kap. 6 Rn. 6, Kap. 12 Rn. 7.

⁸⁸ Zum Verbot der sog. Kooptation statt aller *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 149ff.; differenzierend *Axel Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 254ff.

oder Zweiten Gewalt oder aber hybriden Organen zuzurechnen sind.

Eine andere Einschätzung lässt sich auch nicht aus den verschiedenen Vorgaben des europäischen Rechts ableiten – wenn man denn europäisches *Recht* als geltendes Recht und nicht als interessengeleitete Rechtsbehauptung versteht. Das schließt namentlich die eher im Modus des Raunens vorgetragenen „Standards“ aus, die hier deutlich als das demaskiert werden müssen, was sie im Kern sind: Produkte richterlicher Lobbyarbeit oder eben Funktionärsphantasien. Ein nur notdürftig verdecktes Zitierkartell kann aus teils offensichtlich konventions-, unions- und verfassungswidrigen sowie erkennbar eigen-nützigen Rechtsbehauptungen kein geltendes Recht machen.⁸⁹ Das gilt insbesondere für die verschiedenen vollmundigen Stellungnahmen des CCJE, dessen grundlegender Webfehler mit Händen zu greifen in seiner Zusammensetzung begründet ist – ein Gremium, das ausschließlich aus Richterinnen und Richtern sowie aus solchen Personen besteht, die sich ihrerseits als Repräsentation der Richterschaft verstehen, muss zwangsläufig auf die Wirklichkeit der Dritten Gewalt einen Blick entwickeln, der von Wahrnehmungsführungen dominiert wird. Die „Stellungnahmen“ des CCJE sind daher als nicht nur rechtlich weitgehend irrelevant, sondern zumindest in einigen zugespitzten Einzelforderungen als positiv schädlich für Ansehen, Organisation und Unabhängigkeit der Dritten Gewalt einzustufen.

2. Die Besetzung von Rechtsprechungsämtern

Eine Analyse des möglichen Reformbedarfs der Verfahren zur Besetzung von Ämtern im Rahmen der Dritten Gewalt setzt nach diesen Präliminarien zunächst die Erarbeitung eines heuristischen Rasters voraus: Zu unterscheiden sind die Ersternennung (a), die spätere „Beförderung“ (b) sowie – wichtig namentlich für die persönliche Unabhängigkeit im Sinne von Art. 97 Abs. 2 GG – die (eher theoretische) Möglichkeit der Entfernung aus dem Rechtsprechungsamt (c). Alle drei Besetzungsmodi erfordern allerdings Unterdifferenzierungen.

a) Ersternennung für ein Rechtsprechungsamt

Die „Ersternennung“ umfasst begrifflich sowohl Massenverfahren⁹⁰ als auch die Besetzung von prominenten Spitzenpositionen; sie

⁸⁹ Näher zu diesem eingestandenermaßen harschen Urteil zuletzt mwN näher Wittreck, Unabhängigkeit (Fn. 1), 88 ff.

⁹⁰ Im ersten Zugriff Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 413 ff.; Tschentscher, Legitimation (Fn. 88), 300 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 262 ff.; Georg Grünstäudl, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich, 2018, 127 ff.

wirft mithin in Sachen Unabhängigkeit ganz unterschiedliche Probleme auf. Im Zentrum steht natürlich die Gewinnung von Richterinnen und Richtern im Eingangsamts (Besoldungsgruppe R1), die ausschließlich die Gerichte der Länder betrifft. Mit Ausnahme des Bundespatentgerichts⁹¹ sowie der Finanzgerichte⁹² werden nach deutscher Tradition typischerweise junge Absolventinnen und Absolventen des Assessorexamens rekrutiert, weshalb ausschlaggebend die Prognose ist, ob sie iSv Art. 33 Abs. 2 GG fachlich und persönlich für das Rechtssprechungsamt geeignet sind (zum Probestatus näher → III.6.a).

Begrifflich muss als „Ersternennung“ aber auch die Betrauung mit einem Richteramt gelten, die im Wege des – in der deutschen Justiz leider eher seltenen (→ IV.6) – „Seiteneinstiegs“ erfolgt. Die Bandbreite reicht vom Wechsel aus der Anwalt- oder Beamtschaft in ein Amt der Besoldungsstufe R2 oder höher bei den Instanzgerichten der verschiedenen Jurisdiktionszweige bis zur Wahl von Professorinnen und Professoren (seltener: Personen aus dem politischen Raum und/oder der Anwaltschaft) zu Mitgliedern der Verfassungsgerichte des Bundes und der Länder sowie der europäischen Gerichte (→ III.5). Es liegt auf der Hand, dass gerade die letztgenannten Ernennungsvorgänge *sub specie* Legitimation und Unabhängigkeit anderen Gesetzmäßigkeiten (und Gefährdungen) unterliegen als das „Massengeschäft“.

b) „Beförderung“ auf ein einflussreicheres Rechtssprechungsamt

Richterinnen und Richter pflegen gemeinhin Wert darauf zu legen, dass sie nicht „befördert“ werden – es heißt korrekt „Ernennung eines Richters für ein Amt mit höherem Endgrundgehalt als dem eines Eingangsamts“ (§ 75 Abs. 1 S. 1 DRiG). Gleichwohl soll im folgenden plastisch von „Beförderung“ die Rede sein. Auch hier sind wiederum verschiedene Konstellationen zu unterscheiden, die jeweils eigene Unabhängigkeitsfragen aufwerfen.

Hierher gehört zunächst das „Regelavancement“ innerhalb der Justiz der Länder; hier stehen im Zentrum der Aufmerksamkeit (teils des Argwohns) zwei Mechanismen: Betroffen ist zum einen das Beurteilungswesen, das als rationale Grundlage derartiger Beförderungsentscheidungen dienen sollte (näher → III.4). Eine vergleichbar kritische Rolle spielt in der Mehrzahl der Länder die sog. Erprobung (auch „Drittes Staatsexamen“ genannt) beim Obergericht oder im

⁹¹ Dazu näher mwN *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 321 ff.

⁹² Zu deren Besetzung nur *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 328 f. sowie *Manfred Schmid*, in: Walter Hübschmann/Ernst Hipp/Armin Spitaler (Begr.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung. Kommentar, § 14 FGO (2019), Rn. 6 ff.

Ministerium;⁹³ sie steht nur *pars pro toto* für eine Vielzahl von informellen Mechanismen der Karrieresteuerung, die verbreitet wenigstens als intransparent, oft auch unfair wahrgenommen werden (angefangen von der Betrauung mit dem Amt eines Präsidialrichters oder einer Präsidialrichterin über die Pressearbeit bis hin zur Abordnung zur wissenschaftlichen Mitarbeit an den obersten Bundesgerichten). Besondere Beachtung darf in diesem Kontext die Personalauswahl für Leitungämter in der Justiz beanspruchen, die sich regelmäßig durch ein Überwiegen der (weisungsgebundenen) Verwaltungstätigkeit auszeichnen und noch dazu deutlich stärker politischen Ingerenzen ausgesetzt sind.⁹⁴

Technisch zählt als „Beförderung“ auch die Wahl zur Bundesrichterin oder zum Bundesrichter; sie unterliegt nicht zuletzt durch die Einschaltung des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG einem Sonderregime (→ III.5.a). Schließlich verdienen noch die Vergabe von „Leitungsposten“ innerhalb der Bundesgerichte sowie die Wahl von Bundesrichterinnen oder Bundesrichtern an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG Erwähnung.⁹⁵

c) Die Entfernung aus dem Rechtsprechungsamt als negative Besetzungsentscheidung

Bekanntlich herrscht Demokratie nicht schon dann, wenn Wahlen stattfinden (was die Einwohnerschaft der Russländischen Föderation oder der Türkei unschwer bestätigen könnte). Zum Schwur kommt es erst, wenn das Volk Amtsträgerinnen und Amtsträger *abwählen* kann – und diese dann auch tatsächlich ihren Posten räumen. Diese eminent wichtige „Exit-Option“ ist in Ansehung der Rechtsprechung nun aus guten Gründen prekär: Das Grundgesetz geht in Art. 97 Abs. 2 GG sowie den flankierenden Bestimmungen des Richtergesetzes davon aus, dass Rechtsprechungsämter im Grundsatz auf Lebens(arbeits-)zeit verliehen werden und dabei den vollen Schutz der persönlichen Unabhängigkeit genießen;⁹⁶ prominente Ausnahmen sind die Verfassungsgerichte des Bundes und der Län-

⁹³ Dazu im ersten Zugriff mwN *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 213 ff. – Aus der Rechtsprechung zuletzt OVG Berlin-Brandenburg, Entscheidung v. 30.9.2019 – OVG 4 S 55.19, DRiZ 2020, 26.

⁹⁴ Namentlich die Spitzen der Obergerichte in den Flächenländern lassen sich nur noch stark eingeschränkt als „Richterinnen“ oder „Richter“ ansprechen; sie sind in der Sache Leiterinnen bzw. Leiter von Mittelbehörden; dazu knapp *Wittreck*, Self-Government (Fn. 1), 1939.

⁹⁵ Dazu nur (jeweils mwN) *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 310 f.; *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 257.

⁹⁶ Zuletzt BVerfGE 148, 69 (100 ff., Rn. 78 ff.); aus der Kommentarliteratur *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 10 Rn. 1 ff.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 27), Art. 97 Rn. 49 ff.; *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 24), § 1 Rn. 142 ff.

der, ehrenamtliche Richterinnen und Richter⁹⁷ sowie die Richterinnen und Richter auf Zeit nach § 18 VwGO bzw. §§ 8, 11 DRiG (näher → III.6.b).

Geht man von diesem Grundmodell aus, so müssen im Rahmen der sich anschließenden Analyse des *status quo* der Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern auch diejenigen Instrumente beleuchtet werden, die ausnahmsweise unter Einschränkung oder gar Aufhebung der persönlichen Unabhängigkeit die Entfernung aus einem Rechtsprechungsamt ermöglichen (näher → III.6).

III. Der *status quo* der Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern in Deutschland

Die Namhaftmachung von Reformbedarf setzt die Vergewisserung über den womöglich zu reformierenden Stand der Dinge voraus. Dieser wird dadurch charakterisiert, dass Richterinnen und Richter in Deutschland traditionell von der Exekutive ausgesucht und ernannt werden (1.). Faktisch ist dieses Modell allerdings in der Fläche Kooptationsmechanismen gewichen, nach denen Angehörige der Dritten Gewalt neue Angehörige derselben selbst auswählen (2.). In der Hälfte der Bundesländer kommen Richterwahlausschüsse hinzu, die sich als gewaltenverschränkende Institutionen begreifen lassen (3.). Bei der Besetzung von Ämtern jenseits der Eingangsämter spielt das Beurteilungswesen eine ebenso prominente wie oftmals argwöhnisch beobachtete Rolle (4.). Es kommt eine Vielzahl von Besetzungsverfahren hinzu, die sich für herausgehobene Rechtsprechungsämter an Ober- und Verfassungsgerichten herausgebildet haben (5.). Schließlich sind noch diejenigen Verfahren zu untersuchen, die besondere Relevanz für die persönliche Unabhängigkeit iSv Art. 97 Abs. 2 GG aufweisen, weil sie ausnahmsweise eine Versetzung oder gar eine Entfernung aus einem Rechtsprechungsamt ermöglichen (6.).

1. Das Grundmodell der Ersternennung durch die Exekutive

In rechtsvergleichenden Darstellungen wird regelmäßig unterstrichen (oder kritisch konnotiert), dass deutsche Richterinnen und Richter mehrheitlich von der Exekutive ausgewählt und ernannt werden.⁹⁸ Tatsächlich schreibt die Mehrzahl der Landesverfassungen

⁹⁷ Vgl. bereits oben Fn. 78.

⁹⁸ Siehe etwa *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 286 ff. oder *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 413 ff.; vgl. ferner *Grünstäudl*, Richterauswahl (Fn. 90), 127 ff.; zuletzt *Philip Langbroeck/Mirjam Westenberg*, Court administration and quality work in judiciaries

auf dem Papier die Rechtslage des Konstitutionalismus fort, nach der die Ernennung aller staatlichen Funktionsträger eine typische monarchische Prerogative war.⁹⁹ Als Beispiel möge die nordrhein-westfälische Landesverfassung dienen, nach deren Art. 58 S. 1 die Landesregierung die Landesbeamten ernennt.¹⁰⁰ Gegen die von Art. 98 Abs. 1 GG angeordnete kategoriale Unterscheidung zwischen Beamten- und Richteramt¹⁰¹ sind davon nach einhelliger Auffassung auch Richterinnen und Richter erfasst;¹⁰² zugleich haben praktisch alle Länder (wenn sie auf einen Richterwahlausschuss verzichten, → III.3) von der Möglichkeit Gebrauch gemacht (vgl. Art. 58 S. 2 NRWVerf.), diese Ernennungsbefugnis auf das Justizministerium zu übertragen. Das gleiche Bild begegnet auf Bundesebene: Sofern nicht der Richterwahlausschuss nach Art. 95 Abs. 2 GG (→ III.5.a) zuständig ist, obliegt die Ernennung und „Beförderung“ der Bundesrichterinnen und Bundesrichter allein dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz bzw. dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales.¹⁰³ Allerdings wird sich im folgenden zeigen, dass dieses „Normalbild“ nur noch in einzelnen Bundesländern in Reinform begegnet – das Schulbeispiel ist Bayern¹⁰⁴ – wohingegen sich in der Mehrzahl der Länder Mischformen herausgebildet haben.

2. Faktische Kooptationsmodelle

Gerade in der Diskussion zur „Selbstverwaltung der Dritten Gewalt“ fungiert die „Kooptation“ als eine Art Gottseibeiuns – die Selbstergänzung der Richterschaft erscheint in dieser Perspektive geradezu als Paradigma einer Fehlsteuerung, bei der wenigstens das

in four European countries. Empirical exploration and constitutional implications, 2018, 75 ff.

⁹⁹ Statt aller *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, 2. Aufl. 1998, 16 ff. sowie *Dirk Ehlers*, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl. Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen, 1998, 58 ff.; instruktiv auch *Barbara Dölemeyer*, Wahl oder Ernennung? Zur Diskussion um die Richterwahl in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: Wilhelm Brauner (Hrsg.), Wahlen und Wahlrecht, 2001, 103 ff.

¹⁰⁰ Näher *Peter J. Tettinger*, in: Wolfgang Löwer/ders. (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002, Art. 58 Rn. 9 ff.; *Andreas Heusch*, in: ders./Klaus Schönenbroicher (Hrsg.), Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2. Aufl. 2010, Art. 58 Rn. 4.

¹⁰¹ Statt aller BVerfGE 148, 69 (90, Rn. 55); *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GGK III (Fn. 27), Art. 98 Rn. 19, 22 ff.

¹⁰² Für NRW *Tettinger* (Fn. 100), Art. 58 Rn. 9; für Bayern etwa *Christian Steib*, in: Theodor Meder/Winfried Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 94 Rn. 1.

¹⁰³ Näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 288.

¹⁰⁴ Siehe *Wittreck*, Justizverwaltung (Fn. 1), 428 f.

Gesetz der Ähnlichkeit obwaltet.¹⁰⁵ Gleichwohl werden bei nüchternen Betrachtung in Deutschland Richterinnen und Richter in hoher Dichte von ihresgleichen ausgewählt, obwohl in der Bundesrepublik Institutionen einer Selbstverwaltung der Dritten Gewalt an sich fremd respektive wenigstens rar sind.¹⁰⁶

An erster Stelle ist darauf hinzuweisen, dass Personalentscheidungen in den Justizministerien regelmäßig von Richterinnen und Richtern getroffen werden, die dorthin abgeordnet werden, aber ihrer Sozialisation nach der Dritten Gewalt zuzuordnen sind.¹⁰⁷ Gleiches gilt für die Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte, die derartige Entscheidungen entweder durch Abordnungen resp. Beurteilungen „vorspuren“ oder selbst treffen; auch sie mögen eingedenk ihrer Weisungsabhängigkeit in der Verfassungstheorie der Exekutive zuzuordnen sein,¹⁰⁸ verstehen sich aber im Kern als Rechtsprechungsorgane und wissen, dass sie letztlich ihrer „Gewaltgemeinschaft“ Rede und Antwort zu stehen haben.¹⁰⁹

Erst recht gilt das für diejenigen Länder, die – wie Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen – die Ernennungsbefugnis im Wege der Subdelegation auf die Obergerichte übertragen haben. Hier entscheiden – teils nach Einzelgesprächen, teils nach sog. Assessment-Centern¹¹⁰ – letztlich Richterinnen und Richter darüber, wer Zugang zu einem Rechtsprechungsamt erhält. dass die Beteiligten dabei *formaliter* der Exekutive zuzuordnen und (theoretisch) weisungsgebunden sein mögen, wirkt sich allerdings nicht in messbarer Weise auf den Auswahlprozess aus.

Gleiches gilt schließlich für den Prozess der Auswahl der Bundesrichterinnen und -richter (näher → III.5.a). Denn hier hat sich die informelle Vereinbarung durchgesetzt, dass solche Kandidatinnen und Kandidaten, die von den Präsidialräten der obersten Bundesgerichte iSv Art. 95 Abs. 1 GG für „ungeeignet“ gehalten werden, im Wahlverfahren nach Art. 95 Abs. 2 GG schlicht ausgeschieden werden.¹¹¹ In der Sache handelt es sich dabei um einen Fall der negativen Kooptation – die amtierenden Bundesrichterinnen und -richter

¹⁰⁵ Siehe nur *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), Vor § 8 Rn. 7.

¹⁰⁶ Näher *Wittreck*, Self-Government (Fn. 1), 1032ff.; ältere Darstellung bei *Wilhelm Brandt*, Die gerichtliche Selbstverwaltung, Diss. iur. Münster 1970.

¹⁰⁷ Siehe *Wittreck*, Self-Government (Fn. 1), 1039f.

¹⁰⁸ Unterstrichen von *Wittreck*, Self-Government (Fn. 1), 1939.

¹⁰⁹ Der möglicherweise mokant wirkende Begriff ist angelehnt an *Mischa Meier*, Geschichte der Völkerwanderung, 2019.

¹¹⁰ Näher für NRW *Gero Debusmann*, Drum prüfe, wer sich ewig bindet, in: DRiZ 2003, 263ff.; siehe aus der Außenperspektive *Grünstäudl*, Richterauswahl (Fn. 90), 201ff.

¹¹¹ *Joachim Wieland*, Verfassungsfragen der Bundesrichterwahl, in: Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag am 5. September 2017, 2017, 213 (217).

haben letztlich ein Vetorecht über Neuzugänge in ihren Reihen. Wer auch nur umrisshafte oder rudimentäre Kenntnisse in der Institutionensoziologie hat, erkennt auf Anhieb den Webfehler: Hier besteht zumindest – im Sinne des Polizeirechts – die konkrete Gefahr, dass nach dem Gesetz der Ähnlichkeit kooptiert wird.

3. Richterwahlausschüsse in den Ländern

Art. 98 Abs. 4 GG ermöglicht den Ländern die Einrichtung von Richterwahlausschüssen;¹¹² dem sind die Länder Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen,¹¹³ Hamburg,¹¹⁴ Hessen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein in wohlgekannt ganz unterschiedlicher Ausprägung nachgekommen (vgl. dazu die Übersicht in der Anlage);¹¹⁵ Reformvorstöße in Nordrhein-Westfalen¹¹⁶ und Niedersachsen¹¹⁷ sind im Sande verlaufen. Die Variationsbreite betrifft die Zusammensetzung, die Bestimmung der richterlichen Mitglieder (sie erfolgt teils noch kraft Amtes, teils durch direkte Wahl der Kolleginnen und Kollegen, teils durch eine Kombination von richterlicher Nominierung und parlamentarischer Auswahl aus einer so zustandegewonnenen „Shortlist“), das Aufgabentableau (es reicht von der praktisch flächendeckenden Mitwirkung an Personalmaßnahmen über die Ersteinstellung, die Beschränkung auf die „Beförderung“ bis hin zur Beschränkung auf kontroverse Personalmaßnahmen)¹¹⁸ sowie

¹¹² Siehe aus der Literatur *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 396 ff. mwN aus der älteren Literatur; Hierzu – neben den Kommentierungen von Art. 95 Abs. 2 bzw. Art. 98 Abs. 4 GG – noch *Thorsten E. Dietrich*, Richterwahlausschüsse und demokratische Legitimation, 2007; *Klaus F. Gärditz*, Richterwahlausschüsse für Richter im Landesdienst. Funktion, Organisation, Verfahren und Rechtsschutz, in: ZBR 2011, 109 ff.; *ders.*, Richterwahl im Vergleich: Polen und Deutschland, in: DRiZ 2018, 20 ff.; *Hans-Josef Graefen*, Probleme der Richterwahl, in: Hans-Herbert v. Arnim (Hrsg.), Volkssouveränität, Wahlrecht und direkte Demokratie, 2014, 127 ff.

¹¹³ Hierzu zuletzt *Hans Wrobel*, Richterwahl und demokratische Legitimation. Kurzer Versuch über politisches Wollen und rechtliches Können der Bremischen Bürgerschaft (Landtag), in: NordÖR 2016, 50 ff.

¹¹⁴ Zuletzt *Heiko Morisse*, Die Ernennung der Richter in Hamburg seit der Trennung von Justiz und Verwaltung, in: Volker Friedrich v. Drecktrah/Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtsprechung und Justizhoheit, 2016, 243 (251 f.).

¹¹⁵ Siehe dazu *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 396 ff.; *Gärditz*, Richterwahlausschüsse (Fn. 112), 112 ff.; zuletzt *Wittreck*, Self-government (Fn. 1), 1938 f.

¹¹⁶ Siehe dazu *Böckenförde*, Verfassungsfragen (Fn. 99), 34 ff. sowie *Ehlers*, Richterwahl (Fn. 99), 13.

¹¹⁷ Siehe den Vorstoß der niedersächsischen Justizministerin *Niewisch-Lennartz* und dazu mwN *Carsten Schütz*, Parlamentarischer Rat – reloaded. Es lohnt sich nicht nur in Niedersachsen, das Volk bei der Richterwahl zu beteiligen – Zur Einführung von Richterwahlausschüssen, in: Betrifft Justiz 116 (2013), 181 ff.

¹¹⁸ Dies in Baden-Württemberg: Siehe § 43 Abs. 6 LRiG. Näher dazu *Fabian Wittreck*, Der Präsidialrat als „Garant einer unabhängigen Dritten Gewalt“? Der Entwurf zur Änderung des baden-württembergischen Landesrichtergesetzes, in: ZRP 2013, 72 (73).

die Ausgestaltung der „gemeinsamen“ Entscheidung von Landesjustizminister oder -ministerin.¹¹⁹

Die genannten Länder haben sich – soviel vorab – damit auf einen erkennbaren justizpolitischen Holzweg begeben. Die mit Art. 98 Abs. 4 GG verknüpfte Hoffnung war die einer „Demokratisierung“ der Justiz, verstanden als eine Eingangskontrolle dahingehend, dass niemand RichterIn oder Richter wird, obwohl sie/er entweder dem Obrigkeitsstaat wilhelminischer Prägung oder – schlimmer noch – dem NS-Regime und seinem Gedankengut verhaftet ist.¹²⁰ Es dürfte außer Zweifel stehen, dass dieses Ziel erreicht worden ist – die bundesdeutsche Justiz mag gegenwärtig allerlei Probleme haben; sie ist aber weder auf dem rechten Auge blind¹²¹ noch in dem Sinne obrigkeitshörig, dass sie ungeprüft staatlichen Belangen dem Vorrang vor den Individualrechten der Bürgerinnen und Bürger gibt.¹²²

¹¹⁹ Nicht mehr von Art. 98 Abs. 4 GG gedeckt sein dürfte die traditionsreiche Regelung in Bremen: Hier sind drei Senatsmitglieder (darunter dasjenige für Justiz und Verfassung) lediglich Mitglieder des Ausschusses, haben aber keine Vetoposition inne. Näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 402, 404f. sowie *Heinzgeorg Neumann*, in: ders. (Hrsg.), Die Verfassung der Freien Hansestadt Bremen. Kommentar, 1996, Art. 136 Rn. 3; vermittelnd *Hans Wrobel*, in: Andreas Fischer-Lescano u. a. (Hrsg.), Verfassung der Freien Hansestadt Bremen. Handkommentar, 2016, Art. 136 Rn. 4, 8: Eingedenk des Art. 98 Abs. 4 GG müssten Justizsenator oder Justizsenatorin mit der Mehrheit gestimmt haben. Zur auf die Verfassung von 1854 zurückreichenden Tradition des Ausschusses nur *Andreas Rehder*, Die Verfassung der Freien Hansestadt Bremen von 1920, 2016, 216.

¹²⁰ Zum historischen Hintergrund mwN *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 69ff., 648ff.; *ders.*, Dritte Gewalt (Fn. 1), 144ff. – Jüngere Darstellungen: *Jörg Requate*, Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz. Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik, 2008, 28ff.; *Hubert Rottleuthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010 sowie zuletzt Manfred Görtemaker/Christoph Safferlin (Hrsg.), Die Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013.

¹²¹ Aufmerksamkeit heischen allerdings Richterinnen und Richter (vornehmlich letztere), die mit dem Gedankengut der AfD sympathisieren und dies auch offen „ausleben“; vgl. nur aus der Berichterstattung über den Richter am Landgericht Dresden *Jens Maier* (mittlerweile MdB) *Ronja Ringelstein*, Jens Maier, AfD-Mitglied und Richter. Richter muss man aushalten – dieser ging zu weit, in: Der Tagesspiegel v. 23.1.2017 (<https://www.tagesspiegel.de/politik/jens-maier-afd-mitglied-und-richter-richter-muss-man-aushalten-dieser-ging-zu-weit/19286064.html>); zuletzt abgerufen am 17.2.2020). Besorgniserregend auch das eher hermetische Weltbild in der Entscheidung des VG Gießen zum NPD-Plakat „Migration tötet“: Urteil vom 9.8.2019 – 4 K 2279/19, Openjur 2019, 34096.

¹²² Namentlich Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger würden womöglich in Ansehung gerade der süddeutschen Rechtsprechung hier Wasser in den Wein schütten. Zu den regional unterschiedlichen „Straftarifen“ unlängst instruktiv die Studien von *Volker Grundies*, Gleiches Recht für alle? Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionierungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Frank Neubacher/Nicole Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016,

Offen bleibt allerdings die Frage, ob dies ein Verdienst der Richterwahlausschüsse in den Ländern ist. Sie dürfte *grosso modo* zu verneinen sein. Ganz im Gegenteil sprechen gute Gründe dafür, diese Institutionen abzuschaffen, da sie in Sachen Bestenauslese iSv Art. 33 Abs. 2 GG wie in Sachen Unabhängigkeit iSv Art. 97 GG mit Händen zu greifen dysfunktional sind.

Das gilt zunächst für die Bestenauslese. Hier legen sowohl vereinzelte Entscheidungen¹²³ als auch wissenschaftliche Analysen¹²⁴ wie Stellungnahmen von „Insidern“ nahe,¹²⁵ dass die Funktionslogik von real existierenden Richterwahlausschüssen sich *cum grano salis* auf „Paketlösungen“ reduzieren lässt, die an die Stelle einer echten Bestenauslese die offene Berücksichtigung von Partikularinteressen setzt. Denn zum einen begreifen ganz offensichtlich die von den jeweiligen Landesparlamenten gewählten Mitglieder die Posten in der Justiz als Teil der „Verteilungsmasse“, die im Kern nach Proporzgesichtspunkten eben zu verteilen ist.¹²⁶ In institutionssoziologischer Perspektive ist zum zweiten ebenso offensichtlich, dass die – entweder von der Richterschaft direkt gewählten oder zur Bestätigung durch das Parlament nominierten – richterlichen Mitglieder diesbezüglich keineswegs als Korrektiv fungieren, sondern je nach Zuordnung zum „linken“ oder „rechten“ Lager (heißt: Deutscher Richterbund oder Neue Richtervereinigung; im Einzelfall mögen an die Stelle der Verbände auch lokale oder regionale Fortkommensverbände treten) Bündnisse eingehen, die derartige Paketlösungen nicht

511 ff.; *ders.*, Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Analyse, in: Dieter Hermann/Andreas Pöge (Hrsg.), *Kriminalsoziologie. Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, 2018, 295 ff.

¹²³ Zuletzt hat das OVG Schleswig eine Entscheidung des Richterwahlausschusses beanstandet und sich dabei von der Leitentscheidung BVerfGE 143, 22 zum Richterwahlausschuß auf Bundesebene mit gut nachvollziehbaren Gründen abgegrenzt: Beschluss v. 21.10.2019 – 2 MB 3/19, Rn. 35 ff.

¹²⁴ Materialreich nun namentlich *Fabian Wesselmann*, Die Politik der Bundesrichterberufung. Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG, in: JöR 67 (2019), 301 ff.; siehe ferner *Grünstäudl*, Richterauswahl (Fn. 90), 181 ff.

¹²⁵ Zum Problem der parteipolitischen Durchdringung der Justiz gilt einmal mehr, dass gesicherte Daten praktisch fehlen. Instruktive Einzelaufnahmen bei Horst Häuser (Hrsg.), *Ämterpatronage. Artikel 33, jeder Deutsche hat gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt*, 1997 (Arbeitsstagung der Neuen Richtervereinigung); *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 329 ff.; *Stefan Machura*, Der Einfluss der Parteien auf die dritte Gewalt, in: Ralf Walkenhaus/*ders.* (Hrsg.), *Staat im Wandel. Festschrift für Rüdiger Voigt*, 2006, 263 ff. sowie *Emanuel V. Towfigh*, *Das Parteien-Paradox*, 2015, 132 ff.; für Furore hat seinerzeit insbesondere *Ulrich Vultejus*, Parteizugehörigkeit der Bundesrichter, in: DRiZ 1995, 393 gesorgt.

¹²⁶ In der Einschätzung wie hier *Christian Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 98 (2010), Rn. 51 sowie *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 666.

kategorisch verhindern, sondern bloß nach Verbands- oder Gruppeninteressen modifizieren.¹²⁷

Dieser Befund stellt auch die häufig unreflektiert angenommene positive Wirkung auf die Unabhängigkeit der von den Personalentscheidungen Betroffenen¹²⁸ offen in Frage. Denn ein Richterwahlausschuss verbreitert bloß das personale Substrat der potentiellen persönlichen Abhängigkeiten. Nicht anders als ein Gremium richterlicher Selbstverwaltung verschieben derlei Ausschüsse lediglich das „Oberwolfproblem“.¹²⁹ An die Stelle der potentiell übergreifigen oder eine eigene Agenda verfolgenden Personalreferentin im – allein entscheidenden – Justizministerium oder Obergericht treten mehrere potentiell übergreifige „Strippenzieherinnen“ im Wahlausschuss. Deren bloße Zuordnung zu Legislative, Anwaltschaft oder Judikative ändert am Dilemma der denkbaren Orientierung der Auszuwählenden oder zu Befördernden an den Erwartungen oder auch nur imaginierten Erwartungen der Auswählenden – nichts. Im besten Falle können sich derlei Einflüsse neutralisieren oder in der „Ausschussöffentlichkeit“ kritisch erörtert werden (Stichwort Transparenz). Im schlimmsten Falle führt das Setting nur zur Verunklarung und Vernebelung von möglichen Einflusschnaisen, wobei über den Erfolg „grauer Eminenzen“ jedweder Couleur die gewachsene Kultur des Gremiums und seine konkrete personelle Zusammensetzung entscheiden, aber kaum oder doch nur eingeschränkt die rechtlichen Vorgaben zu seinen Mitgliedern, seinen Kompetenzen und seinem Verfahren.

Weniger Probleme werfen Richterwahlausschüsse hingegen in Sachen demokratischer Legitimation auf. Die einschlägigen Anforde-

¹²⁷ Siehe *Ingo Hurlin*, Wer wird RichterIn [sic] in Schleswig-Holstein?, in: Neue Richtervereinigung (Hrsg.), *Mitwirkung – Mitbestimmung*, 1992, 49 (50f.); *Ulrich Vultejus* Der Zugang zum Richterberuf, in: AuR 1995, 251 (254); beide beschreiben etwa für Schleswig-Holstein entsprechende Allianzen zwischen SPD und Grünen mit der Neuen Richtervereinigung (NRV) sowie der bürgerlichen Parteien mit den vom Deutschen Richterbund „portierten“ Ausschussmitgliedern. – Eine Reform des Richterwahlausschusses in Hessen wurde etwa von sozialdemokratischer Seite offen damit begründet, dass die „zu über 80 % konservativ und der CDU nahestehend geblieben[en]“ Richter und ihre Vertreter im Ausschuss „in jedem Fall unseren politischen Gegnern zugerechnet werden“ müssten: *Theo Rasehorn*, Der Richterwahlausschuss als gesellschaftspolitisches Problem der Justiz, in: Christian Broda u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann*, 1985, 401 (410).

¹²⁸ Sie begegnet etwa bei *Reinhard Wilke*, in: Johannes Caspar u. a. (Hrsg.), *Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Kommentar*, 2006, Art. 43 Rn. 31 oder *Claus D. Classen*, in: Huber/Voßkuhle, GG III (Fn. 71), Art. 98 Rn. 10.

¹²⁹ Die Wendung vom „Oberwolf“ bei *Horst Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus (2001), in: Matthias Jestaedt/Stanley L. Paulson (Hrsg.), *Staatsrecht in Demokratie und Diktatur*, 2016, 185 (249). Sie spielt an auf das bekannte *dictum* von *Thomas Hobbes* „Homo homini Lupus“ (es findet sich in der Widmung zu „De Cive“ [1642/47]; vgl. jetzt Lothar R. Waas [Hrsg.], *Vom Bürger. Vom Menschen*, 2017, 3 [Rz. 2]).

rungen für Richterwahlausschüsse auf Landesebene hat das Oberverwaltungsgericht Schleswig in seiner jüngsten Entscheidung wie folgt zusammengefasst:¹³⁰

„Das Grundgesetz schweigt zu der Frage, ob und welche Anforderungen an einen Richterwahlausschuss im Sinne des Art. 98 Abs. 4 GG zu stellen sind. Eine Übertragung der Struktur des Bundesrichterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG kommt von vornherein nicht in Betracht, da die Beteiligung der Landesminister im Bundesrichterwahlausschuss Ausdruck eines föderalen Elements ist, das sich auf die Landesebene nicht übertragen lässt. Die Einsetzung eines Richterwahlausschusses im Sinne des Art. 98 Abs. 4 GG dient der Verbreiterung der Legitimationsbasis der ausgewählten Richter (vgl. zu Art. 95 Abs. 2 GG: BVerfG, Beschluss vom 20. September 2016 – 2 BvR 2453/15 –, BVerfGE 143, 22–38, Rn. 26, juris); allein der Wille, den Anforderungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG selbstzweckhaft zu beschränken, wäre ein von vornherein unzulässiges Ziel.

Ist Bezugspunkt der Einrichtung eines Richterwahlausschusses ausschließlich die Möglichkeit zur verbreiterten Legitimationsvermittlung, so ist maßgeblich, ob der Richterwahlausschuss nach seiner landesrechtlichen Ausgestaltung diese Funktion zu leisten vermag, er also selbst hinreichend demokratisch legitimiert ist (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 1. Oktober 1987 – 2 BvR 1178/86 –, BVerfGE 77, 1–64, Rn. 98, juris). Hieran besteht für den Richterwahlausschuss nach dem Schleswig-Holsteinischen Landesrecht kein Zweifel. Sämtliche Mitglieder des Wahlausschusses werden vom Landesparlament mit qualifizierter Mehrheit gewählt (§ 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 LRiG). 2/3 der Mitglieder des Richterwahlschusses müssen Abgeordnete des Landestages [sic] sein (Art. 52 Abs. 2 Satz 2 LVerf). Auch die Einbeziehung von gruppenbezogenen Mitgliedern (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 LRiG) aus der Richterschaft, der Anwaltschaft und – im Bereich der Arbeits- oder der Sozialgerichtsbarkeit – von Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist legitimationsfördernd (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1968 – 2 BvL 16/67 –, BVerfGE 24, 268–277, Rn. 24 und 2, juris). Das Gebot der Geschlechterparität (§ 11 Abs. 2 LRiG) begründet kein Legitimationsdefizit, sondern erfüllt den Verfassungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.“

Das ist allerdings nur eine hinreichende, keine notwendige *sachliche* Legitimation für die Existenz dieser Gremien. Sie mögen demokratische Legitimation vermitteln, dienen aber weder der Unabhängigkeit der Gewählten noch der Bestenauslese. Das spricht *in summa* für eine Änderung des Art. 98 Abs. 4 GG, die dem Spuk ein Ende bereitet.¹³¹

4. Beurteilungs- und Beförderungswesen

Das Beurteilungs- und Beförderungswesen stellt sich in Ansehung der richterlichen Unabhängigkeit iSv Art. 97 GG in zweierlei Hinsicht als potentiell „vermeidbare Einflussnahme“ (→ II.1.a) dar.¹³²

¹³⁰ OVG Schleswig, Beschluss v. 21.10.2019 – 2 MB 3/19, Rn. 42f.

¹³¹ Sie dürfte nach ganz überwiegender Auffassung notwendig sein: *Schulze-Fielitz* (Fn. 101), Art. 98 Rn. 42; Hans D. Jarass/*Bodo Pieroth*, Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 98 Rn. 4; *Classen* (Fn. 128), Art. 98 Rn. 10.

¹³² Näher zum folgenden *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 313f., 437ff. (mwN); *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 257f., 305ff.; *Jünemann*, Unabhängigkeit (Fn. 24), 59ff.; *Nana K.A. Baidoo*, Die dienstliche Beurteilung und ihre Kontrolle

Zum einen werden dienstliche Beurteilungen – zu Recht – als Maßnahmen der Dienstaufsicht iSv § 26 Abs. 3 DRiG eingestuft,¹³³ da die negative Bewertung einer bestimmten Handhabung der Rechtsprechungstätigkeit implizit als Aufforderung verstanden werden kann, zukünftig die Staatsgewalt iSv Art. 92 GG anders auszuüben¹³⁴ (erneut gilt, dass es gleichgültig ist, welcher Gewalt das Organ zuzuordnen ist, das diese Bewertung vornimmt; als Beispiel möge die Zuweisung neuer Aufgaben durch das Präsidium genügen).¹³⁵ Relevant für das vorliegende Gutachten ist zum anderen die mögliche mittelbare Wirkung, die vom Beurteilungs- und Beförderungswesen für die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter ausgeht. Stellt man in Rechnung, dass dienstliche Beurteilungen erstens entscheidende Weichenstellungen für die mögliche „Beförderung“ in ein höher besoldetes und einflussreicheres Rechtsprechungsamt vornehmen und zweitens perfekt dazu geeignet sind, Erwartungen zu kommunizieren, wie ein Rechtsprechungsamt nach Ansicht der über das Avancement entscheidenden Stelle sinnhaft auszuüben ist (einmal mehr gilt: hier ist in Sachen „Einflußnahme“ zwischen einer rechtstechnisch der Exekutive zuzuordnenden Gerichtspräsidentin, einem hohen Ministerialbeamten und dem Mitglied eines Justizverwaltungsrates kein rational begründbarer Unterschied zu erkennen), so ist die Unabhängigkeitsrelevanz mit Händen zu greifen. Das gilt – drittens – erst recht dann, wenn die Beurteilung wie im Falle von Richterinnen und Richtern auf Probe (→ III.6.a) mögliche Grundlage einer frühzeitigen Beendigung des Amtes und damit des denkbar massivsten Eingriffs in die persönliche Unabhängigkeit ist.

Das Beurteilungswesen wird unter Justizangehörigen wie in der Wissenschaft wohl mehrheitlich als notwendiges Übel eingestuft.¹³⁶ Typische Monita sind die mangelnde gesetzliche Normierung¹³⁷ (an deren Stelle treten untergesetzliche Regelwerke wie Richtlinien oder

durch Gerichte, 2018, 10 ff. u. passim; *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 24), § 1 Rn. 89 ff. – Rechtsvergleichend Jeuland, Management/Gestion (Fn. 24), 111 ff., 119 ff.

¹³³ Ganz hM: BGH, Entscheidung v. 10.8.2001 – RiZ (R) 5/00, NJW 2002, 359 (360); *Jünemann*, Unabhängigkeit (Fn. 24), 57; *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 24), § 1 Rn. 93.

¹³⁴ Aus der Rechtsprechung nur BGHZ 57, 344 (348) oder BGHZ 181, 268; lakonisch *Ingo Mittenzwei*, Richterliche Unabhängigkeit und ihre Grenzen, in: Festschrift für Egon Scheider, 1997, 361 (374): „Jede Beurteilung enthält – Lernfähigkeit des Beurteilten unterstellt – Weisungen für die Zukunft.“

¹³⁵ Vgl. oben Fn. 13.

¹³⁶ Nachweise solcher Stimmen bei *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 437 m. Fn. 1055. – Aus der aktuellen richterlichen Literatur nur *Schleif*, Urteil (Fn. 23), 60 ff.

¹³⁷ Eine Ausnahme ist etwa § 14 LRiStaG NRW; siehe dazu näher *Nadine Absenger/Andreas Priebe*, in: Nadine Absenger u. a., Richter- und Staatsanwältegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. Basiskommentar zum LRiStaG, § 14 Rn. 1 ff. sowie *Baidoo*, Beurteilung (Fn. 132), 128 ff.

Verwaltungsanweisungen),¹³⁸ die fehlende Vergleichbarkeit (insbesondere über Landesgrenzen hinweg), fehlende Transparenz sowie der basale Mangel an Fairness. Zweifel an der Sachgerechtigkeit der obwaltenden Verfahren nähren insbesondere Gerichtsentscheidungen, die belegen, dass entweder zur Vermeidung von innergerichtlichen Konflikten einheitlich „Kuschelnoten“ vergeben werden¹³⁹ oder aber „strategische“ Beurteilungen erfolgen, die vorab bereits getroffene Personalentscheidungen lediglich „unterfüttern“¹⁴⁰ (bzw. solche Bewerbungen, die dergestalt „vorgespurte“ Beförderungen der Sache nach gefährden könnten, gezielt ausmanövrieren und damit in der Sache sanktionieren. Ein schlagender Beleg für die letztgenannte Praxis (wie für die verbreitete Frustration im Rechtsstab) ist eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe aus dem Jahre 2015.¹⁴¹

¹³⁸ Als Beispiel statt aller der Runderlaß des Hessischen Ministeriums der Justiz v. 10.11.2017 (2051 – Z/A6 – 2016/14393 – Z/A2), JMBL 2018, 52. Siehe im Überblick Jünemann, Unabhängigkeit (Fn. 24), 60 ff.; speziell zu Bayern jetzt Faissner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 258 ff.

¹³⁹ Beißend BayVGH BayVBl. 2004, 397 (401): „Diese Häufung herausragender Richterpersönlichkeiten gerade an einem einzigen Gericht überrascht auf den ersten Blick“. – Weitere Hinweise auf derlei Gefälligkeitsbeurteilungen bei Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 440 m. Fn. 1078.

¹⁴⁰ In der Terminologie der Rechtssoziologie müßte man von der Unterscheidung von „Herstellung“ und „Darstellung“ der Personalentscheidung sprechen; dazu statt aller Barbara Stollberg-Rilinger, Einleitung, in: dies./André Krischer (Hrsg.), Herstellung und Darstellung von Entscheidungen, 2010, 8 (11) sowie Susanne Baer, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2107, § 8 Rn. 34 ff.

¹⁴¹ Sie hat in Baden-Württemberg aus guten Gründen Furore gemacht: VG Karlsruhe (Urt. v. 29.10.2015 – 2 K 3639/14, DRiZ 2016, 74), da sie eine sog. Anlassbeurteilung wegen mit Händen zu greifender Befangenheit der beurteilenden Gerichtspräsidentin für rechtswidrig erklärte, weil diese den letztlich unterlegenen Bewerber angerufen und ihm zu verstehen gegeben hatte, dass ihre Beurteilung im Falle der Aufrechterhaltung der Bewerbung so ausfallen werde, dass die Bewerbung aussichtslos sei. Ein Passus der Entscheidung verdient im Wortlaut zitiert zu werden (Rn. 29): „Im vorliegenden Fall muss zudem unabhängig hiervon zur Auslegung des objektiven Erklärungswerts der Äußerungen der Präsidentin berücksichtigt werden, dass unter den Richterinnen und Richtern in der baden-württembergischen Justiz die Vorstellung weit verbreitet ist, die Vergabe von Ämtern erfolge in der Regel in einer Weise, dass sich zunächst die Personalverantwortlichen des Justizministeriums zusammen mit den Gerichtspräsidenten auf einen Richter einigten, der eine Stelle erhalten solle und dem Ausgewählten daraufhin mitgeteilt werde, für ihn werde demnächst eine Stelle ausgeschrieben. Erst im Anschluss hieran erfolge die öffentliche Ausschreibung der Stelle. Eine Bewerbung anderer – also nicht bereits durch die Personalverantwortlichen von der Stellenausschreibung in Kenntnis gesetzter – Richter sei für diese regelmäßig nicht ratsam: Einerseits sei eine solche von vornherein ohne Erfolg, weil die im Rahmen des Auswahlverfahrens zu erstellenden Anlassbeurteilungen entsprechend der bereits vor der Ausschreibung getroffenen Auswahlentscheidung erstellt würden, andererseits werde eine nicht zuvor durch die Personalverantwortlichen erbetene Bewerbung regelmäßig mit Nachteilen beim weiteren beruflichen Fortkommen sank-

5. Verfahren der Besetzung herausgehobener Rechtsprechungspositionen

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Besetzung solcher Rechtsprechungsämter, die erstens eine überdurchschnittliche Machtfülle vermitteln, zweitens im Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen und drittens der gesteigerten Gefahr der parteipolitischen Einflussnahme ausgesetzt sind (wobei neben den politischen Parteien andere interessierte Akteure nicht vollständig ausgeblendet werden sollten).¹⁴² Näherer Betrachtung bedürfen die Bestimmung der Richterinnen und Richter der obersten Bundesgerichte iSv Art. 95 Abs. 1 GG (a), des Bundesverfassungsgerichts (b),¹⁴³ der Landesverfassungsgerichte (c) sowie die deutschen Mitglieder internationaler resp. europäischer Gerichte (d).

a) Oberste Bundesgerichte

Die Richterinnen und Richter der fünf obersten Bundesgerichte iSv Art. 95 Abs. 1 GG werden nach Abs. 2 der Norm gemeinsam vom zuständigen Bundesministerium und einem Richterwahlausschuss gewählt, der zur einen Hälfte aus vom Bundestag gewählten Mitgliedern (näher § 5 RiWahlG) sowie zur anderen Hälfte aus den jeweils zuständigen Ministerinnen und Ministern der Länder besteht (sog. Mitglieder kraft Amtes, § 3 RiWahlG).¹⁴⁴ Das Verfahren ist –

tioniert. Begründet wird diese Vorstellung insbesondere mit dem Hinweis darauf, dass bereits im Rahmen der Einführungslehrgänge das Justizministerium neu eingestellten Proberichtern mitteilt, sie sollten sich nicht auf Lebenszeitstellen bewerben, solange ihnen nicht das Ministerium mitgeteilt habe, dass die für sie bestimmte Stelle nun ausgeschrieben sei. Verwiesen wird zudem auch darauf, dass es für die Besetzung von Beförderungsposten in der Landesjustiz meist nur einen einzigen Bewerber gebe und jeder Richter auch aus eigener Erfahrung – sei es im Rahmen der Lebenszeiternenennung oder bei Beförderungen – den Anruf des Ministeriums kenne, es werde nun ‚für ihn eine Stelle ausgeschrieben‘, ohne dass sich dann im Besetzungsverfahren weitere Bewerber zeigten. Schließlich höre man immer wieder von Kolleginnen und Kollegen, die sich informell nach den Möglichkeiten der Bewerbung um eine ausgeschriebene Stelle bei den Personalverantwortlichen erkundigten und denen mitgeteilt worden sei, sie seien für die ausgeschriebene Stelle ‚nicht vorgesehen‘, seien ‚noch nicht dran‘ bzw. es bestünden ‚andere Pläne‘.“ Vgl. dazu *Andreas Müller*, Beförderungen in der Südwest-Justiz. Wenn Richter am Recht zweifeln, in: *Stuttgarter Zeitung* v. 7.2.2016, <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.befoerderungen-in-der-suedwest-justiz-wenn-richter-am-recht-zweifeln.b67ba90e-938c-4158-bba0-edbf15cf8e89.html> (zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

¹⁴² Instrukтив *Michael Stolleis*, Konzertierter Rufmord. Die Kampagne gegen Horst Dreier, in: *Merkur* 8/2008, 717 (718 f.).

¹⁴³ Bündig zuletzt *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*, Richterwahl in Deutschland, WD 3 – 3000 – 011/19, 2019, S. 3 f.

¹⁴⁴ Während die Länder – mit Ausnahme Bayerns – inzwischen durchweg die Zuständigkeit bei den Justizministerien (iSv Rechtspflegeministerien) gebündelt haben,

wenn auch lückenhaft – näher ausbuchstabiert im Richterwahlgesetz.¹⁴⁵ Ergänzend kommen die Vorschriften der §§ 54ff. DRiG über die Beteiligung der Präsidialräte der obersten Bundesgerichte hinzu.¹⁴⁶ Das Verfahren ist unlängst vom Bundesverfassungsgericht dem Grunde nach bestätigt, dabei aber an primär verfahrensrechtliche Kautelen gebunden worden.¹⁴⁷

Das Wahlverfahren ist Gegenstand eines eigenen Beitrags und soll daher hier nur cursorisch bzw. im Sinne einer Problemanzeige gewürdigt werden.¹⁴⁸ In der Theorie stellt es ein hohes Maß an demokratischer Legitimation der Bundesrichterinnen und -richter sicher:¹⁴⁹ Die vom Bundestag gewählten Mitglieder des Ausschusses verfügen aufgrund ihrer Direkt- oder Listenwahl über eine personelle Legitimation erster Ordnung, wohingegen die zuständigen Bundesministerinnen/Bundesminister wie ihre Pendanten auf Landesebene in aller Regel – je nach Regelung in der Landesverfassung – auf

begegnet auf Bundesebene noch die Zuständigkeitsspaltung zwischen dem Bundesjustizministerium (BGH, BVerwG und BFH) sowie dem Bundesministerium für Arbeit etc. (BAG, BSozG). Näher Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 101 ff.; ders., Auftakt zu einer neuen Runde: Die Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten. Anmerkungen zu den neuesten Gesetzesinitiativen zur Zusammenführung der Gerichte der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit in den Ländern, in: DVBl. 2005, 211 ff. Zusammenfassung der weiteren rechtspolitischen Vorstöße wie der Literatur dazu bei *dems.*, Dritte Gewalt (Fn. 1), 123 f. m. Fn. 31 ff.

¹⁴⁵ Im ersten Zugriff Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 305 f., 307 ff.; Jürgen [jetzt Johanna] Schmidt-Räntsch, in: ders., DRiG (Fn. 26), Kommentar zum Richterwahlgesetz, 1105 ff.; Christine Nordmann, Modernisierung der Bundesrichterwahl mit Frauenquote, in: ZRP 2012, 139 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 253 ff.; Klaus F. Gärditz, Reformbedarf bei der Bundesrichterwahl?, in: ZBR 2015, 325 ff.; Wieland, Verfassungsfragen (Fn. III), 213 ff.; Faissner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 308 ff.; zuletzt Konrad Duden, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, in: JuS 2019, 859 (862 ff.) sowie Wesselmann, Politik (Fn. 124), 301 ff. Vgl. ferner Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Prinzip der Bestenauslese bei der Bundesrichterwahl, WD 3 – 3000 – 166/18, 2018, 3 ff.

¹⁴⁶ Dazu näher mwN Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 292 ff.; Schmidt-Räntsch, DRiG (Fn. 26), §§ 54 ff. (819 ff.); Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 247 f.

¹⁴⁷ BVerfGE 143, 22; vgl. dazu aus der Anmerkungsliteratur Klaus F. Gärditz, Anmerkung zu BVerfGE 143, 22, in: NJW 2016, 3429; Michael Sachs, Staatsorganisationsrecht: Bestellung der Bundesrichter, in: JuS 2017, 89 ff.; Marion Eckertz-Höfer, Die Stärkung des Leistungsgrundsatzes bei der Bundesrichterwahl, in: RuP 53 (2017), 99 ff.; Harald Ebertz, Die Berufung der Bundesrichter – leise Verdrängung des Grundsatzes der Bestenauslese? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.9.2016 (2 BvR 2453/15), in: RiA 2017, 197 ff.

¹⁴⁸ Näher das Referat von Matthias Stauch.

¹⁴⁹ Näher Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JZ 2002, 673 (676 f.); Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 305 f., 307 ff.; Tschentscher, Legitimation (Fn. 88), 320 f.; Jürgen Schmidt-Räntsch, in: ders., DRiG (Fn. 26), Vorbemerkung zum RiWahlG Rn. 2; Klaus Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, in: JZ 2015, 529 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 147 ff.; Faissner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 319 f.

eine Legitimation zweiter (Wahl/Bestätigung durch das Landesparlament)¹⁵⁰ oder dritter Ordnung verweisen können (dies im Falle der Auswahl durch die ihrerseits direkt vom Parlament gewählte Spitze der Regierung, vgl. Art. 63 Abs. 1 u. 2, 64 Abs. 1 GG).¹⁵¹

In der Praxis weist das Verfahren gleich mehrere gravierende Schwachstellen auf, die sowohl die Qualität der Personalauswahl iSv Art. 33 Abs. 2 GG als auch die Unabhängigkeit der so Ausgewählten iSv Art. 97 GG in Frage stellen bzw. teils erhebliche Möglichkeiten des Missbrauchs eröffnen.¹⁵²

Das beginnt mit der Zusammenstellung der Listen der potentiellen Bundesrichterinnen und -richter nach § 10 S. 1 RiWahlG. Als „Namensgeber“ fungieren in erster Linie die Landesjustizverwaltungen, die dabei ganz überwiegend formfrei agieren; nur vereinzelt werden Interessensbekundungsverfahren genutzt, um ein Minimum an Transparenz sicherzustellen.¹⁵³ Gänzlich informell erfolgen die Vorschläge aus dem Kreis der parlamentarischen Mitglieder des Ausschusses; hier obwaltet ganz offenbar die – grenzwertig aleatorische – Maxime „Wer kennt wen woher?“¹⁵⁴

Zweite Einbruchsstelle für irrationale bzw. interessengesteuerte Entscheidungen ist die Beteiligung der Präsidialräte der obersten Bundesgerichte, wobei nach Einschätzung von sachkundigen Beobachtenden die Gremien der einzelnen obersten Bundesgerichte unterschiedlich sachgerecht oder sachfremd agieren.¹⁵⁵ Namentlich in der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist eine ausgeprägte Neigung zur Auswahl nach dem „Gesetz der Ähnlichkeit“ zu konstatieren, wobei die vorherige Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter oder wissenschaftliche Mitarbeiterin am jeweiligen Gericht ganz offenbar als der „Goldstandard“ in Sachen „Passgenauigkeit“ fungiert.¹⁵⁶ Da auf

¹⁵⁰ So in Bayern (vgl. Art. 45 BayVerf. und dazu *Josef Franz Lindner*, in: ders./Mösl/Wolff, Verfassung [Fn. 77], Art. 45 Rn. 10); zusammenfassend *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, 443 ff.

¹⁵¹ So außer im Bund etwa in Nordrhein-Westfalen: Art. 52 Abs. 3 S. 1 NWVerf. und dazu *Peter J. Tettinger*, in: Löwer/ders., Kommentar (Fn. 100), Art. 52 Rn. 39 ff.

¹⁵² Speziell zur Frage der Benachteiligung von Richterinnen *Eva Schübel*, Chancengleichheit beim Zugang zu den obersten Bundesgerichten?, in: NJW 2014, 1355 ff. sowie *dies.*, Frauen in Roben – auf dem Weg nach oben, in: djbZ 2014, 116 ff.

¹⁵³ So etwa in Schleswig-Holstein; näher *Schmidt-Räntsch* (Fn. 26), Vorbemerkung Rn. 7, 11; *Eva Schübel*, Die Mauschelei muss ein Ende haben, in: NJW 2015/9, Editorial; *Wesselmann*, Politik (Fn. 124), 317 ff.

¹⁵⁴ Kritisch wie hier *Wesselmann*, Politik (Fn. 124), 318 f. (ernüchternd ebda., Fn. 104); zurückhaltender *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 10 RiWahlG Rn. 2 f.

¹⁵⁵ Näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 292 ff.; *Faissner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 315 f.; zuletzt *Wesselmann*, Politik (Fn. 124), 320 ff.

¹⁵⁶ Siehe *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 314. Instruktiv hierzu die Studien von *Wolfgang Spellbrink*, Das Bundessozialgericht aus dem Blickwinkel der Rechtssoziologie – oder wie wird man Bundesrichter?, in: Matthias v. Wulffen/Otto E. Krasney (Hrsg.),

der Grundlage informeller Absprachen solche Bewerberinnen und Bewerber, die von den Präsidualräten als „nicht geeignet“ eingestuft worden sind, vom Richterwahlausschuss nicht berücksichtigt werden,¹⁵⁷ haben wir es hier mit einem klaren Fall sog. negativer Kooptation zu tun.¹⁵⁸ Zumindest einzelne oberste Bundesgerichte verhindern aktiv Neuernennungen, die in welcher Weise auch immer aus dem bisherigen Personaltableau „herausfallen“ würden. Man mag das als wohliges Schmoren im eigenen Saft bezeichnen. Zum Schutz richterlicher Unabhängigkeit trägt es soviel bei wie ein weidendes Rind zum Klimaschutz.

Es bleibt als letzter Irrationalitätsfaktor der eigentliche Wahlvorgang im Ausschuss, den das Bundesverfassungsgericht im Grunde genommen als rechtliche „Black Box“ geadelt hat.¹⁵⁹ Denn offenkundig treffen hier Fragen der fachlichen Eignung iSv Art. 33 Abs. 2 GG auf verschiedene Proporz erwägungen: Während sich eine Berücksichtigung der landsmannschaftlichen Herkunft immerhin noch auf Art. 36 Abs. 1 S. 1 GG stützen mag (aber schon für sich genommen in durchaus erheblicher Spannung zum Grundsatz der Bestenauslese stehen kann),¹⁶⁰ lässt sich dies für die allenthalben zu beobachtenden parteipolitischen „Paketlösungen“ auch unter Rücksicht auf Art. 21 Abs. 1 GG nicht guten Gewissens behaupten.¹⁶¹ Es

Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 875 ff.; *ders.*, Wie sehen Bundesrichter ihren Karriereprozess und das Wahlverfahren – Ergebnisse einer Umfrage am Bundessozialgericht, in: DRiZ 2005, 23 ff. Siehe zuletzt *Stephan Barton*, Richterbiografien von der Stange – Konfektionsware und Accessoires. Bundesrichter im Spiegel von Pressemitteilungen, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, 945 (948 f.).

¹⁵⁷ So *Wesselmann*, Politik (Fn. 124), 335 f. Eingehend mwN *Hans H. Bowitz*, Zur Bedeutung des Votums des Präsidualrats bei der Bundesrichterwahl, in: DÖV 2016, 638 ff.

¹⁵⁸ An sich ausgeschlossen nach *Schmidt-Räntsch* (Fn. 26), Vorb. Rn. 6.

¹⁵⁹ Ausweislich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist der Ausschuss zwar an den Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gebunden; mangels eines wie auch immer gearteten Begründungszwangs handelt es sich allerdings um eine Art Naturalobligation: BVerfGE 143, 22 (35, Rn. 33); kritisch aus der Besprechungsliteratur *Eckertz-Höfer*, Leistungsgrundsatz (Fn. 147); 101; *Ebertz*, Bundesrichter (Fn. 147), 207. – Insbesondere senkt die Entscheidung die potentiell unabhängigkeitsschützende Wirkung der Konkurrentenklage praktisch gegen Null; siehe dazu eingehend das Referat von *Miriam Messling*. Bedenkenswerte Überlegungen bei *Klaus Rennert*, Erweiterte erstinstanzliche Zuständigkeiten des BVerwG im richterlichen Konkurrentenstreit, in: DVBl. 2015, 481 ff.

¹⁶⁰ Siehe dazu außer den Kommentierungen von Art. 36 Abs. 1 GG noch *Marcus C. F. Pleyer*, Föderative Gleichheit, 2005, 199 ff.

¹⁶¹ Kritisch wie hier *Geert W. Mackenroth*, Die Qual der Wahl, in DRiZ 2001, 214; *Werner Schmidt-Hieber/Ekkehard Kiesswetter*, Parteigeist und politischer Geist in der Justiz, in: NJW 1992, 1709 ff.; näher zur „A- und B-Runde“ *Wesselmann*, Politik (Fn. 124), 322 ff.; siehe auch *Faissner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 316 ff. (mwN).

kommt hinzu, dass die Fragmentierung der bundesdeutschen Parteienlandschaft hier notwendig Folgen zeitigen wird. Während bislang die ehemals „großen“ Parteien plausiblerweise noch dahingehend Rücksicht auf die Gegenseite in dem Sinne genommen haben, dass nur Kandidatinnen und Kandidaten präsentiert wurden, die wenigstens bei großzügiger Betrachtung fachlich noch halbwegs satisfaktionsfähig waren, ist zu befürchten, dass namentlich kleinere politische Akteure mit entsprechend dünnerer Personaldecke Personen „portieren“, die fehlende fachliche Eignung durch Linientreue kompensieren. Folgt man aber der unbarmherzigen Logik der parteipolitischen Radizierung der obersten Rechtsprechungsämter, so müssen auch solche Gestalten letztlich zu den obersten Bundesgerichten zugelassen werden und dort ihre mehr oder minder segensreiche Wirkung entfalten.

Nicht weniger zweifelhaft ist zuletzt die Eignung des Verfahrens zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit. Genau genommen geht diese gegen Null. Denn es schafft und kultiviert gerade die Abhängigkeiten, die Art. 97 GG verhindern will.

b) Bundesverfassungsgericht

Das Verfahren zur Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts ist unlängst reformiert worden¹⁶² und gegenwärtig erneut Gegenstand einer Debatte um die „Wetterfestigkeit“ des Grundgesetzes.¹⁶³ Denn während Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG nur davon spricht, dass die Mitglieder des Gerichts je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt werden, präzisieren erst auf der Ebene des einfachen Rechts § 6 Abs. 1 S. 2 und § 7 BVerfGG, dass diese Wahl mit Zweidrittelmehrheit zu erfolgen hat.¹⁶⁴ Diese qualifizierte Mehrheit, die nach ganz einhelliger Auffassung sicherstellt, dass lediglich solche Bewerberinnen und Bewerber präsentiert wer-

¹⁶² Siehe Neuntes Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 24.6.2015 und dazu *Meinhard Schröder*, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, in: ZG 30 (2015), 150ff. sowie *Duden*, Wahl (Fn. 145), 861f.; im Vorfeld kontrovers *Jerzy Montag*, Reform der Bundesverfassungsrichterwahlen? Pro: Weder demokratisch legitimiert noch transparent, in: RuP 47 (2011), 140 sowie *Fabian Wittreck*, Reform der Bundesverfassungsrichterwahlen? Contra: Die Richterwahl hat sich bewährt und ist entwicklungs offen, in: RuP 47 (2011), 141.

¹⁶³ Statt aller luzide *Klaus F. Gärditz*, Richterwahl im Vergleich: Polen und Deutschland, in: DRiZ 2018, 20 (23).

¹⁶⁴ Konkret reicht im Bundestag die Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, die mindestens der Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Bundestages iSv Art. 121 GG entsprechen muß, wohingegen im Bundesrat die „harte“ Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen iSv Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG notwendig ist. Näher dazu *Philipp Wittmann*, in: Tristan Barczak (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 6 Rn. 57 sowie § 7 Rn. 14.

den, die erstens hinreichend qualifiziert und zweitens parteipolitisch nicht zu exponiert sind (bzw. sich in einer Art „Kompromisskorridor“ bewegen),¹⁶⁵ sollte, so die Überlegung, in den Art. 94 GG transferiert werden, um darüber hinaus zu garantieren, dass eine (einfache) Parlamentsmehrheit nicht nach Änderung des BVerfGG das Gericht majorisiert – das Muster Polen drängt sich auf.¹⁶⁶

Von dieser Frage der richtigen Regelungsebene ist diejenige nach dem empirischen Befund des Wahlverfahrens zu unterscheiden (iSv *law in action*).¹⁶⁷ Bekanntlich liegen der Vergabe der Posten seit jeher Absprachen der „großen“ Parteien zugrunde. Anlässlich der Wahl des designierten Präsidenten *Harbarth* ist dieser informelle „Schlüssel“ 2018 nochmals angepasst worden. Während ursprünglich Union und SPD für beide Senate eine „Halbteilung“ vorgesehen hatten, die nur im Wege von Koalitionsabsprachen auch die Berücksichtigung der jeweiligen „Juniorpartner“ FDP und Bündnis 90/Die Grünen vorsah, ist die zwischenzeitlich avisierte Formel, jeden fünften vom Bundesrat zu wählenden Posten den Grünen einzuräumen, im Angesicht der Nachfolge des Richters *Eichenberger* dahingehend geändert worden, dass Union und SPD pro Senat je drei Posten reklamieren können, FDP und Grüne hingegen je einen.¹⁶⁸ Wie lange sich AfD und Linke mit diesem Arrangement oder Kartell abfinden werden und müssen, muss die Zukunft weisen¹⁶⁹ – der alte Satz der politischen Theorie, dass ein Parlament die Bevölkerung abbilden solle wie eine Karte das Land, trifft auf das Gericht so jedenfalls nicht mehr zu.

Zugleich muss man einräumen, dass das bisher praktizierte Wahlverfahren durchaus bemerkenswerte Ergebnisse erzielt hat. Im Zu-

¹⁶⁵ Siehe etwa *Nicole Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des United States Supreme Court, 2016, 183 ff.; vgl. noch *Rüdiger Voigt*, Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Hinsicht, in: Robert C. van Ooyen/Martin H.W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2006, 65 (74 ff.). – Kritischer Zungenschlag bei *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 246 ff.

¹⁶⁶ Siehe nochmals – mwN und bemerkenswert nüchtern – *Gärditz*, Richterwahl (Fn. 163), 20 ff.

¹⁶⁷ Dazu etwa *Christine Landfried*, Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: van Ooyen/Möllers, Bundesverfassungsgericht (Fn. 165), 229 (233 ff.).

¹⁶⁸ Siehe *Christian Drath*, Grüne müssen warten. Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen, in: LTO-Online v. 1.6.2018 (abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/richterwahlen-bverfg-vorschlag-gruene-erst-nachfolger-vosskuhle/>; zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

¹⁶⁹ Instruktiv *Peter Graf Kielmansegg*, Die Verfassungsrichterwahl – auch ein Fall für den Bundespräsidenten. Der Paradigmenwechsel im Parteiensystem und das Vorschlagsverfahren für das Bundesverfassungsgericht, in: FAZ Nr. 177 v. 2.8.2018, S. 7.

sammenwirken mit einer vom Gericht offenbar sorgsam gepflegten Kultur der „Emanzipation durch richterliche Sozialisation“ hat es ein direktes „Durchschlagen“ der Vorschlagsrechte der politischen Parteien auf die Rechtsprechung weitgehend verhindert. Zwar kommt die jüngste einschlägige Studie zu dem Ergebnis, dass sich namentlich in Sondervoten und in Vier-zu-Vier-Entscheidungen eine parteipolitische Radizierung nachweisen lasse, diese aber keineswegs dominiere.¹⁷⁰ Tatsächlich ist weiterhin die Zahl der Fälle erfreulich hoch, in denen sich Richterinnen und Richter von den sie „portierenden“ Parteien sagen lassen mussten, „das habe man sich so nicht vorgestellt“.¹⁷¹

c) Landesverfassungsgerichte

Die Verfahren der Wahl zu den Landesverfassungsgerichten weisen eine ebenso große Variationsbreite auf wie die Kompetenzausstattung dieser Gerichte und ihre praktische Bedeutung.¹⁷² Das Kaleidoskop reicht hier vom ebenso traditionsreichen wie selbstbewussten Bayerischen Verfassungsgerichtshof¹⁷³ bis hin zu Spruchkörpern wie dem Landesverfassungsgericht der Freien und Hansestadt Hamburg, das als „Feierabendgericht“ erstens kaum wahrgenommen wird und zweitens vereinzelt auch erkennbare Schwierigkeiten mit der halbwegs sachgerechten rechtlichen Erfassung der ihm vorgelegten Fälle hat.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Zusammenfassend *Benjamin G. Engst*, Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter. Eine quantitative Untersuchung, in: JZ 2017, 816 ff.

¹⁷¹ Siehe Beispiele bei *Voigt*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 165), 176.

¹⁷² Zusammenfassend *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 493 ff.; näher jetzt die Beiträge von *Gärditz*, Landesverfassungsrichter (Fn. 77), 449 ff. sowie in *Reutter*, Landesverfassungsgerichte (Fn. 77). – Jüngere Einzeldarstellungen – neben den Kommentaren zu den Landesverfassungen: *Werner Reutter*, Richterinnen und Richter am Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, in: LKV 2019, 14 (15 f.); *ders.*, Richterinnen und Richter am Berliner Verfassungsgerichtshof, in: LKV 2018, 489 (489 ff.).

¹⁷³ Zuletzt BayVerfGH, Entscheidung v. 3.12.2019 – Vf. 6-VIII-17 u. a. – *Bayerisches Integrationsgesetz*; aus der Literatur zuletzt die Gesamtwürdigung von *Michael Weigl*, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, in: *Reutter*, Landesverfassungsgerichte (Fn. 77), 53 ff.

¹⁷⁴ Zugegeben böseartig. Allerdings hat sich das Gericht in seiner Entscheidung zum Volksbegehren „Rettet den Volksentscheid“ auch alle Mühe gegeben, professionelle (beim offen affirmativen Rekurs auf *Carl Schmitt* [!] wohl auch moralische) Standards in einer Weise zu unterschreiten, die jeder Beschreibung spottet. Näher die Anmerkung von *Fabian Wittreck*, in: *Lars P. Feld/Peter M. Huber/Otmar Jung/Hans-Joachim Lauth/ders.* (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie 2014–2016*, 2018, 298 ff.; ähnlich vernichtend die Kritik von *Thomas Groß*, Hat das Hamburgische Verfassungsgericht die Diktatur des Volkes verhindert?, in: JZ 2017, 349 ff. sowie die eingehende Analyse von *Arne Pautsch*, Verfassungsändernde Volksgesetzgebung und ihre Bindung an die „identitätsstiftenden und -sichernden Grundentscheidungen der Ver-

Als Grundmodell hat sich in der Bundesrepublik die Wahl durch das Landesparlament mit qualifizierter Mehrheit herausgebildet, die – nicht anders als beim Bundesverfassungsgericht – in der Regel sicherstellt, dass lediglich solche Personen für Rechtsprechungsämter vorgeschlagen werden, die erstens nicht erkennbar unterqualifiziert sind und sich zweitens parteipolitisch oder weltanschaulich in einem Korridor bewegen, der sie für die jeweils „andere“ Seite noch als vermittelbar ausweist.¹⁷⁵ Markante Abweichungen von diesem Modell finden sich in den Ländern, die entweder Richterinnen und Richter der ordentlichen oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu Mitgliedern kraft Amtes erklären¹⁷⁶ oder eine Wahl durch den Landtag mit einfacher Mehrheit vorsehen.¹⁷⁷

Wie bereits angedeutet, ist das eigentliche Problem die Möglichkeit der Wiederwahl der Richterinnen und Richter der Landesverfassungsgerichte, die in zahlreichen Landesverfassungen oder Ausführungsgesetzen ausdrücklich vorgesehen ist.¹⁷⁸ Denn es sind durchaus Berichte von Richterinnen und Richtern der Landesverfassungsgerichte zu verzeichnen, denen nach einzelnen Entscheidungen von Vertretern derjenigen politischen Parteien, die ihre Wahl ursprüng-

fassung“ – Neues zum Rangverhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie nach der Entscheidung des Hamburgischen Verfassungsgerichts vom 13. Oktober 2016?, in: Nadja Braun Binder/Lars P. Feld/Peter M. Huber/Klaus Poier/Fabian Wittreck (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie* 2018, 2019, 13 ff.

¹⁷⁵ Zu diesem Mechanismus oben Fn. 165.

¹⁷⁶ So bis zur Verfassungsreform von 2016 Nordrhein-Westfalen (dort setzte sich der Verfassungsgerichtshof nach Art. 76 Abs. 1 NWVerf. a. F. aus der Präsidentin oder dem Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts sowie den beiden lebensältesten Gerichtsspitzen der Oberlandesgerichte zusammen; vgl. dazu näher *Thomas Mann*, in: Löwer/Tettinger, *Verfassung* [Fn. 100], Art. 76 Rn. 6 ff. sowie jetzt zur Neuregelung *Stefan Thierse/Karina Hohl*, *Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen*, in: Reutter, *Landesverfassungsgerichte* [Fn. 77], 243 ff.). In Bayern sieht Art. 68 Abs. 2 lit. a BayVerf. vor, dass sich der Verfassungsgerichtshof in bestimmten Fällen aus dem Präsidenten/der Präsidentin eines bayerischen Oberlandesgerichts sowie drei Berufsrichterinnen oder -richtern zusammensetzt, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit angehören; diese werden unter den in Frage kommenden Personen vom Landtag gewählt. Näher mwN *Heinrich A. Wolff*, in: Lindner/Möstl/ders., *Verfassung* (Fn. 77), Art. 68 Rn. 18 ff.

¹⁷⁷ So namentlich Bayern (Art. 68 Abs. 3 S. 1 BayVerf.) und Hessen (Art. 130 Abs. 2 HessVerf.). Dies wird in beiden Ländern kritisiert und hat in Bayern bereits ein – allerdings erfolgloses – Volksbegehren nach sich gezogen; siehe dazu BayVerfGHE 53, 23 – *Unabhängige Richterinnen und Richter in Bayern*. Namentlich der Hessische Staatsgerichtshof galt vor diesem Hintergrund lange als ein Gericht, das klar entlang politischer Bruchlinien entschied; siehe nur *Sigrid Koch-Baumgarten*, *Der Staatsgerichtshof in Hessen zwischen unitarischem Bundesstaat, Mehrebenensystem und Landespolitik*, in: Reutter, *Landesverfassungsgerichte* (Fn. 77), 175 (184).

¹⁷⁸ Die Literatur – namentlich die Kommentare zu den Landesverfassungen – ist hier erstaunlich unkritisch. Lapidar etwa *Wolff* (Fn. 176), Art. 68 Rn. 23: „verfassungsrechtlich nicht unzulässig“.

lich „portiert“ haben, hinreichend deutlich signalisiert worden ist, dass „man sich das etwas anders vorgestellt habe“.¹⁷⁹ Derartige Missfallenskundgebungen stellen aber wenigstens die Frage in den Raum, ob die dergestalt zunächst „Portierten“ und dann Kritisierten im Vorfeld der nächsten anstehenden Wahl noch unabhängig in dem Sinne sind, dass keine „vermeidbare Einflussnahme“ (→ II.1.a) auf ihre Rechtsprechungstätigkeit zu besorgen ist. Man mag angesichts der in den meisten Bundesländern durchaus überschaubaren Relevanz der Landesverfassungsgerichtsbarkeit achselzuckend darauf verweisen, dass das hier namhaft gemachte Problem sich an der Bagatellgrenze bewegt. Stellt man allerdings den Vergleich mit den verschiedenen europäischen Rechtsprechungsämtern an (dazu sogleich), so bleibt ein mit Händen zu greifender Wertungswiderspruch. Denn hier wurde bzw. wird aus guten Gründen angezweifelt, ob die Möglichkeit oder wohl besser Gefahr der (Nicht-)Wiederwahl die Unabhängigkeit der betroffenen Richterinnen und Richter nicht grundlegend in Frage stellt.

d) Europäische und Internationale Gerichte

Aus der Vielzahl der für die Bundesrepublik relevanten inter- und supranationalen Gerichte¹⁸⁰ sollen im folgenden nur die Rechtsprechungsämter am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (aa) sowie am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (bb) näher beleuchtet werden.

aa) Gerichtshof der Europäischen Union

Die verschiedenen Spruchkörper des Gerichtshofs der Europäischen Union iSv Art. 19 EUV, Art. 251 ff. AEUV haben in verschiedenen jüngeren Entscheidungen sowohl ihre Bedeutung für den europäischen Einigungsprozess im Allgemeinen als auch ihre Eindringtiefe in die nationalen Rechtsordnungen im Besonderen unterstrichen¹⁸¹ – dass sich dabei namentlich der Gerichtshof auch nach Auskunft von Sachkennerinnen und Sachkennern vom Wortlaut wie von der gut dokumentierten Genese der Verträge ebenso wenig hat beeindruckt lassen wie vom Zuständigkeitsregime der Union, bele-

¹⁷⁹ In Anlehnung an das bekannte *dictum* von Konrad Adenauer: vgl. Oliver Lembcke, Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer – vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität, in: van Ooyen/Möllers, Bundesverfassungsgericht (Fn. 165), 151 (155 ff.).

¹⁸⁰ Im Überblick Ruth Mackenzie/Kate Malleson/Penny Martin/Philippe Sands, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, 2010; Wilhelm A. Schabas/Shannonbrooke Murphy (Hrsg.), *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, 2017.

¹⁸¹ Aus der Literatur zum Topos vom Gerichtshof als „Motor der Integration“ nur Sydow/Wittreck, *Verfassungsrecht* (Fn. 55), Kap. 12 Rn. 15 (mwN).

gen neben den Entscheidungen zum deutschen Religionsverfassungsrecht¹⁸² gerade die bereits angesprochenen Urteile zur mitgliedstaatlichen Gerichtsverfassung.¹⁸³ Die Kontroverse unterstreicht allerdings – ganz unabhängig von der Positionierung in der Sachfrage – die herausragende Bedeutung der Frage, wer Richterin oder Richter an den Gerichten der Europäischen Union wird (die in der Praxis kaum minder wichtigen Generalanwältinnen und Generalanwälte iSv Art. 19 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 EUV, Art. 252 AEUV bleiben im folgenden außer Betracht).¹⁸⁴

Nach Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 EUV werden die Richterinnen und Richter von den Regierungen der Mitgliedstaaten im gegenseitigen Einvernehmen für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt;¹⁸⁵ nach Satz 3 der Norm ist die Wiederernennung ausdrücklich möglich (vgl. auch Art. 253 Abs. 4 bzw. Art. 254 Abs. 2 S. 4 AEUV), was die bereits skizzierte Frage aufwirft, ob die diesem Regime unterworfenen Richterinnen und Richter gerade im Vorfeld dieser Entscheidung über die faktische „Verlängerung“ ihres Amtes als unab-

¹⁸² Hier sind namentlich die Rechtssache „Egenberger“ (EuGH, Entscheidung v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – *Vera Egenberger ./. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*; dazu nur *Thomas Klein*, Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung bei kirchlichen Arbeitgebern. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nach den Urteilen in den Rs. Egenberger und IR, in: ZESAR 18 [2019], 18 ff.; inzwischen ist eine Verfassungsbeschwerde der evangelischen Kirche beim Bundesverfassungsgericht anhängig, wohingegen die katholische Kirche in der folgenden Sache von einer solchen abgesehen hat) sowie der sog. Düsseldorfer Chefarztfall zu nennen: Dem Chefarzt des Krankenhauses eines katholischen Trägers wurde nach Scheidung und Wiederheirat gekündigt, wogegen sich der Mediziner vor den Arbeitsgerichten wehrte und letztinstanzlich Recht bekam. Auf die Verfassungsbeschwerde des Trägers hin hob das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts auf und verwies den Fall dorthin zurück (BVerfGE 137, 273). Auf dessen Vorlage nach Art. 267 AEUV hat der EuGH die Position des Bundesverfassungsgerichts in der Sache verworfen: EuGH, Urt. v. 11.9.2018, Rs. C-68/17 (IR/JQ); siehe dazu im ersten Zugriff nur *Claus D. Classen*, Das kirchliche Arbeitsrecht unter europäischem Druck, in: EuR 53 (2018), 752 ff. Die Entscheidung fordert in gleich mehrfacher Hinsicht zur Kritik heraus; insbesondere der Umgang mit Art. 17 AEUV ist je nach Perspektive hemdsärmelig oder handwerklich armselig. Vgl. aus der Literatur zur Sachfrage noch *Felix Hammer*, Ein Kompendium des Staatskirchenrechts und des kirchlichen Arbeitsrechts von höchster Stelle. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Düsseldorfer Chefarzt-Fall vom 22.10.2014, in: Kirche & Recht 20 (2014), 145 ff.; *Georg Neureither*, Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer – neue Variationen eines alten Themas, in: NVwZ 2015, 493 ff.

¹⁸³ Vgl. → II.1.a und b.

¹⁸⁴ Siehe nur *Siegbert Alber*, Die Generalanwälte beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: DRiZ 2006, 168 ff.

¹⁸⁵ Näher dazu *Derk Stebert*, Die Auswahl der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1997; *Volker Epping*, Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaft, in: Der Staat 36 (1997), 349 (361 ff.); vgl. oben Fn. 53.

hängig einzustufen sind; sie ist im Ergebnis zu verneinen (vgl. → II.1.b). *Materialiter* „sind Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für die Unabhängigkeit bieten“ (Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 AEUV) und entweder „in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Juristen [scil. oder Juristinnen] von anerkannt hervorragender Befähigung sind“ (Art. 253 Abs. 1 1. Hs. AEUV für den Gerichtshof) oder „über die Befähigung zur Ausübung hoher richterlicher Tätigkeiten verfügen (Art. 254 Abs. 2 S. 1 AEUV für das Gericht).

Die Ernennung „im gegenseitigen Einvernehmen“ wird gleich zweifach modifiziert. Unionsrechtlich folgt dies aus Art. 255 AEUV, der einen Ausschuss aus „sieben Persönlichkeiten“ vorsieht, der vor der Ernennung eine Stellungnahme zur Eignung der auszuwählenden Richterinnen oder Richter abgibt;¹⁸⁶ obwohl diese *formaliter* nicht bindend ist, hat sie nicht zuletzt infolge der hochrangigen Besetzung des Gremiums in der Praxis eine faktische Ausschlusswirkung dahingehend entfaltet, dass Personen, die der Ausschuss als ungeeignet einstuft, anschließend nicht mehr ernannt werden.¹⁸⁷ Dabei dürfte schon an dieser Stelle hervorzuheben sein, dass sich dieser Befund in anderen „Versuchsanordnungen“ nur eingeschränkt reproduzieren lassen dürfte: Es treffen hier auf der einen Seite im Ausschuss herausgehobene Reputation – Mitglied ist derzeit u.a. der noch amtierende Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Andreas Voßkuhle* – und auf der anderen Seite mediale Aufmerksamkeit aufeinander; es kommt das Bewusstsein zumindest der Mehrzahl der Regierungen der Mitgliedstaaten hinzu, dass eingedenk der stetig steigenden Bedeutung des Gerichtshofes eine „Personalie“ vorliegt, bei der die Präsentation von fachlich nicht satisfaktionsfähigen Kandidatinnen und Kandidaten positiv schädlich ist bzw. nicht dem wohlverstandenen nationalen Eigeninteresse entspricht.¹⁸⁸ Ganz im Gegenteil können praktisch nur solche Persönlichkeiten Einfluss auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes ausüben, die erstens länger als eine Amtszeit dort verbleiben und zweitens das nötige fachliche Gewicht mitbringen.

¹⁸⁶ Dazu näher die Kommentierungen zu Art. 255 AEUV.

¹⁸⁷ Vgl. dazu den letzten Jahresbericht des Ausschusses: Ausschussbericht für 2017/2018, abrufbar unter curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/5eme_rapport_dactivite_du_c255_-_en_final_-_public.pdf, S. 13 f. (zuletzt abgerufen am 17.2.2020: danach wurden 18 % der nominierten Personen beanstandet und danach nicht ernannt).

¹⁸⁸ Dass auch die Bundesrepublik hier einen schmerzhaften Lernprozess durchlaufen musste, belegt der Umstand, dass mit Ausnahme des amtierenden Richters *Thomas von Danwitz* (im Amt seit 2006) praktisch alle deutschen Richterinnen und Richter nach einer Amtszeit abberufen oder ersetzt wurden (oben Fn. 76); kritisch *Sydow/Wittreck*, Verfassungsrecht (Fn. 55), Kap. 12 Rn. 27.

Bundesrechtlich ist das nach Unionsrecht bestehende Vorschlagsrecht der Bundesregierung nach § 1 Abs. 3 RiWahlG dahingehend eingeschränkt, dass diese für den Vorschlag des Einvernehmens des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG bedarf (näher § 10 Abs. 1 S. 2 RiWahlG).¹⁸⁹

bb) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg hat in einer Vielzahl von jüngeren Judikaten dokumentiert, dass er nicht nur Detailkorrekturen an seiner Auffassung nach konventionswidrigen behördlichen wie gerichtlichen Entscheidungen der Mitgliedstaaten des Europarates anbringt, sondern grundlegende Weichenstellungen für die Rechtsordnungen derjenigen Staaten vornimmt, die sich seiner Rechtsprechung wirksam unterworfen haben – die Stichworte „Piloturteile“ und „systemische Mängel“¹⁹⁰ mögen hier ebenso genügen wie der Hinweis auf die Entscheidungen in der Rechtssache „Lautsi“, die durchaus die Frage in den Raum gestellt haben, ob aus der Menschenrechtskonvention ein europaratseinheitliches Religionsverfassungsrecht vom Straßburger Reißbrett folgen muss.¹⁹¹ Mithin steht auch hier mit Macht die Frage im Raum, wie die Richterbank in Straßburg zu besetzen ist.

¹⁸⁹ Knapp *Schmidt-Räntsch* (Fn. 26), RiWahlG § 1 Rn. 5.

¹⁹⁰ EGMR, Entscheidung v. 2.9.2010, Rs. 46344/06 – *Rumpf ./. Deutschland*, NJW 2010, 3355 und dazu *Jens Meyer-Ladewig*, ebd., 3358f.; eingehend zur dabei angewandten Technik des „Piloturteils“ *Marten Breuer*, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, in: EuGRZ 2012, 1ff. sowie – kritisch – *Markus Fyrnys*, Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, in: Armin v. Bogdandy/Ingo Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking*, 2012, 329ff. – Konsequenz der *Rumpf*-Rechtsprechung ist die Einführung der §§ 198ff. GVG (Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren v. 24.11.2011; BGBl. I 2302); siehe dazu *Christoph Althammer/Daniel Schäuble*, Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer. Das neue Gesetz aus zivilrechtlicher Perspektive, in: NJW 2012, 1ff.; *Bernhard J. Scholz*, Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer, in: SGB 2012, 19ff.; *Friederike Lummel*, Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, in: Ad Legendum 2012, 223ff.; *Peter Bub*, Die „unangemessene Verfahrensdauer“ im Sinne von § 198 Abs. 1 GVG, in: DRiZ 2014, 94ff.; *Wolfgang Schlick*, Amtshaftung und Entschädigung bei überlangen Gerichtsverfahren, in: FS Tolksdorf (Fn. 24), 549ff. sowie *Christiane Schmaltz* Die überlange Dauer von Gerichtsverfahren im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Yvonne Becker/Friederike [V.] Lange (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Bd. 3, 2014, 583ff.

¹⁹¹ EGMR, Urt. v. 18.3.2011, Nr. 30814/06 – *Lautsi u. a./Italien II*, NVwZ 2011, 737 (737ff. = KirchE 57, 230) und dazu die (zustimmenden) Besprechungen von *Christian Walter*, Religiöse Symbole in der öffentlichen Schule – Bemerkungen zum Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im

Nach Art. 22 EMRK erfolgt die Wahl durch die Parlamentarische Versammlung des Europarates, die mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus einer Dreierliste auswählt, die vom einzelnen Mitgliedstaat nach innerstaatlich näher zu bestimmenden Regeln vorgelegt wird; Art. 21 Abs. 1 EMRK fordert dabei, dass die Vorgeschlagenen „hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf“ sind; nach Abs. 2 der Norm sollen sie ferner das 65. Lebensjahr nicht vollendet haben.¹⁹² Seit 2010 bestimmt Art. 23 Abs. 1 EMRK eingedenk der allzu berechtigten Kritik (→ II.1.b), dass die Wahl einmalig für neun Jahre erfolgt (Satz 1) und eine Wiederwahl nicht zulässig ist (Satz 2). Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass in den immerhin 47 Mitgliedstaaten des Europarates die Bandbreite der Internalisierung rechtsstaatlicher Grundsätze eine gewisse Variationsbreite aufweist, was im Rahmen der Bestellung der Richterinnen und Richter bereits zu durchaus kuriosen Situationen geführt hat. „Spitzenreiter“ dürfte der gescheiterte Versuch des Justizministers eines Balkanstaates sein, die eigene Ehefrau als Richterin zu inthronisieren;¹⁹³ auch der unlängst in Sachen Korruption resp. lebendiger Pressefreiheit unangenehm aufgefallene Inselstaat Malta musste sich bereits zuvor Nachfragen gefallen lassen, ob sich unter der zugegeben überschaubaren Bevölkerung wirklich keine präsentable *Juristin* befinde.¹⁹⁴

6. Verfahren zur Entfernung aus Rechtsprechungspositionen

Wie eingangs skizziert, sind in negativer Perspektive auch die verschiedenen Möglichkeiten, Personen aus Rechtsprechungsämtern zu entfernen, auf ihre Unabhängigkeitsrelevanz hin zu untersuchen (→ II.1.b). Dabei wird sich – dies als These vorab – allerdings herausstellen, dass die deutsche Rechtsordnung gegenwärtig nur solche

Fall Lautsi, in: EuGRZ 2011, 673 (673 ff.); *Jean-Marc Piret*, A Wise Turn to Judicial Restraint, in: Religion and Human Rights 6 (2011), 273 ff.; *Jessica Giles*, Case Note Lautsi v. Italy, in: Oxford Journal of Law and Religion, Advance Access published January 5, 2012, 1–2.

¹⁹² Näher *Kosař*, Selecting (Fn. 73), 127 ff., 136 ff. Instruktiv auch *Daniel Terris/Cesare P.R. Romano/Leigh Swigart*, The International Judge, 2007, 15 ff.

¹⁹³ Siehe *N[orbert] P. Engel*, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: EuGRZ 2003, 122 (133).

¹⁹⁴ Siehe EGMR, Gutachten über Rechtsfragen betreffend die Liste der Kandidaten für die Wahl zum Richter des EGMR vom 12.2.2008, NJW 2009, 2109; dazu *Kira Heyden/Antje v. Ungern-Sternberg*, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot. Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, in: EuGRZ 2009, 81 ff.; vgl. ferner *Mark A. Sammut/Kevin Aquilina*, Malta at the European Court of Human Rights. 1987–2012, 2012.

Handlungsoptionen bereitstellt, die auf evidente und schwerste Verfehlungen reagieren und in diesem Sinne keine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit darstellen. Ganz im Gegenteil ist zu fragen, ob in der Praxis durchaus zu beobachtendes individuelles Fehlverhalten nicht das „Radar“ dieses Instrumentariums unterfliegt, was vielleicht nicht die Unabhängigkeit, womöglich aber die Akzeptanz oder wenigstens den Ruf der deutschen Dritten Gewalt untergräbt.

a) Der Status als Proberichterin oder -richter

Das Deutsche Richtergesetz sieht den Status als Richterin oder Richter auf Probe vor (siehe §§ 8, 12, 13, 22 DRiG).¹⁹⁵ Damit korrespondiert Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG, der lediglich die „endgültig angestellten“ Richterinnen und Richter schützt.¹⁹⁶ Alle Bestimmungen ziehen die wohl notwendige Konsequenz aus der gängigen Praxis der bundesdeutschen Justizverwaltungen, für Rechtsprechungsämter in erster Linie solche Personen zu rekrutieren, die gerade die zweite Staatsprüfung absolviert haben. Da alle denkbaren Einstellungsverfahren (→ II.2) letztlich nur Prognosen (bei nüchterner Betrachtung wohl lediglich Hoffnungen) in Ansehung der fachlichen wie persönlichen Eignung der Ausgewählten erlauben, ist es auf der einen Seite konsequent, den von Art. 97 Abs. 2 GG vorausgesetzten Status der Unabsetzbarkeit bzw. der Inamovibilität erst nach einer Phase der praktischen Erprobung zu vergeben. Auf der anderen Seite ist klar, dass der Status als Proberichter oder -richterin in einem mit Händen zu greifenden Spannungsverhältnis zur persönlichen Unabhängigkeit steht¹⁹⁷ – letztlich entscheidet über das weitere Schicksal des oder der Betroffenen die Gerichtsverwaltung und damit eine Institution der Exekutive (je nach Land unter Mitwirkung richterlicher Gremien sowie des jeweiligen Richterwahlausschusses; → III.3, III.5.a).

Das Richtergesetz sieht dabei erstens eine zeitliche Höchstgrenze von fünf Jahren (§ 12 Abs. 2 S. 1 DRiG), zweitens eine Mindestdauer von drei Jahren (§ 10 Abs. 1 DRiG) sowie drittens Entlassungsmöglichkeiten mit gestuften Begründungsvoraussetzungen vor (§ 22 Abs. 1–3 DRiG) vor.¹⁹⁸ Die Bundesländer verzichten teils gänzlich auf konkretisierende Regelungen hierzu.¹⁹⁹ Sofern sich entsprechende Bestimmungen finden, überwiegt die Befristung auf dreieinhalb

¹⁹⁵ Siehe dazu – außer den Kommentierungen zum DRiG (oben Fn. 26) – noch Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 179; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 223.

¹⁹⁶ Dazu statt aller Schulze-Fielitz (Fn. 27), Art. 97 Rn. 49ff.; Classen (Fn. 71), Art. 97 Rn. 36.

¹⁹⁷ Deutlich Schmidt-Räntsch, DRiG (Fn. 26), § 22 Rn. 2.

¹⁹⁸ Näher Schmidt-Räntsch, DRiG (Fn. 26), § 22 Rn. 5ff.

¹⁹⁹ So Bayern, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt.

Jahre (so Berlin und Brandenburg [jeweils § 23 Abs. 1 LRiG], Bremen [§ 7 Abs. 2 LRiG], Hessen [§ 21 LRiG], Schleswig-Holstein [§ 23 Abs. 2 LRiG] und Thüringen [§ 61 LRiG]). Baden-Württemberg und das Saarland normieren lediglich prozedurale Vorkehrungen, indem sie die Verlängerung der Probezeit über eine Mindestdauer hinaus (Baden-Württemberg: 24 Monate gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 LRiStAG; Saarland: 18 Monate gem. § 38 LRiG) der Beteiligung des Präsidialrats unterwerfen.

Der Status als RichterIn oder Richter auf Probe ist in der Literatur immer wieder vehement kritisiert worden;²⁰⁰ er stelle wahlweise eine Verletzung von Art. 97 Abs. 1 oder 2 GG²⁰¹ oder aber der Europäischen Menschenrechtskonvention dar.²⁰² Ganz überwiegend erkennen Rechtsprechung und Literatur aber die sachliche Notwendigkeit an, Richterinnen und Richtern erst dann die volle Garantie der persönlichen Unabhängigkeit angedeihen zu lassen, wenn sich abzeichnet, dass sie nicht erkennbar ungeeignet für das Rechtsprechungsamt sind.²⁰³

§ 22 DRiG differenziert dabei nach der fristgebundenen Entlassung ohne besonderen Grund (Abs. 1; immerhin bis zum 24. Monat nach der Ernennung), der Entlassung wegen mangelnder Eignung (Abs. 2 Nr. 1; bis zum Ablauf des dritten oder vierten Jahres nach der Ernennung) sowie der Entlassung wegen eines Verhaltens, das bei Richterinnen und Richtern auf Lebenszeit eine im gerichtlichen Verfahren zu verhängende Disziplinarmaßnahme zur Folge hätte (Abs. 3). Auch im Falle des Absatzes 1 bedarf es nach der einschlägigen Rechtsprechung eines sachlichen Grundes,²⁰⁴ der allerdings nach der Systematik der Norm unter der Schwelle der Absätze 2 und 3 anzusiedeln ist. Auf der Seite des oder der Betroffenen reichen mithin bereits ernstliche Zweifel an der fachlichen oder persönlichen Eignung, mangelnde Fachkenntnisse oder mangelndes Einfühlungsvermögen.²⁰⁵ Auf der Seite des Dienstherrn lassen sich gesunkener

²⁰⁰ Siehe *Felix Merth*, Stolpersteine auf dem Weg zur Unabhängigkeit. Wunde Punkte im Leben des Richters auf Probe, in: *Betrifft Justiz* 92 (2007), 168 ff.

²⁰¹ Immerhin als „verfassungsrechtlich bedenklich“ stuft *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 8 Rn. 6a den Status nach § 12 DRiG ein.

²⁰² So namentlich *Rainer Lippold*, Der Richter auf Probe im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *NJW* 1991, 2383 (2385 f., 2389) sowie *Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 97 Rn. 9.

²⁰³ Siehe BVerfGE 14, 156 (162 ff.); *Jost v. Glasenapp*, Besonderheiten des Rechtsschutzes gegen die Entlassung von Proberichtern und Proberichterinnen, in: *NordÖR* 2016, 1 (1 f., 5 f.); *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 26), § 1 Rn. 149.

²⁰⁴ BGHZ 78, 93 (98); BGH NJW-RR 2007, 279 (281); *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 22 Rn. 8.

²⁰⁵ BGH DRiZ 1974, 388 (388); DRiZ 1976, 23 (23 f.); DGH München NVwZ-RR 1991, 154 (154), BGH DRiZ 1997, 67 (68); aus der Literatur *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 22 Rn. 8.

Personalbedarf (derzeit eher fernliegend) oder die Verminderung des Geschäftsanfalls anführen.²⁰⁶

Soweit ersichtlich, veröffentlichen die Justizverwaltungen der Länder keine Statistiken, aus denen die Zahlen der *nicht* auf Lebenszeit ernannten Proberichterinnen und Proberichter hervorgehen. Die Einschätzungen von mit derlei Fragen Befassten wie die publizierten Entscheidungen zu streitig gewordenen Entlassungen aus dem Richterverhältnis auf Probe legen aber die Vermutung nahe (sie wird durch die gegenwärtige Konkurrenzsituation der Justiz gegenüber anderen Interessierten am Pool der Absolventinnen und Absolventen der Zweiten Staatsprüfung noch unterstrichen),²⁰⁷ dass die Filterfunktion der Probezeit in etwa derjenigen der universitären Zwischenprüfung entspricht²⁰⁸ und sich mithin darauf beschränkt, Personen „auszusieben“, die erstens schwerste und zweitens auch evidente Eignungsmängel aufweisen. Das mögen die jüngsten von der Rechtsprechung gebilligten (oder im Einzelfall auch gerügten) Entlassungen illustrieren;²⁰⁹ sie belegen auf der einen Seite den Ausnahmecharakter der Entlassung sowie auf der anderen Seite, dass die Richterdienst- und Verwaltungsgerichte hier offenbar effektiven Rechtsschutz gewährleisten:

Bestätigt hat der BGH die Entlassung einer Staatsanwältin auf Probe wegen „erhebliche[r] Mängel“ der von ihr verfassten dienstlichen Verfügungen etc.²¹⁰ Umgekehrt hat das Dienstgericht beim LG Düsseldorf eine Entlassung „kassiert“, weil sich in den dienstlichen Beurteilungen des Betroffenen die zuvor in mehreren Personalgesprächen niedergelegten Monita nicht niedergeschlagen hatten.²¹¹ Auch die Entlassung eines Staatsanwalts wurde gerügt, weil die mangelnde Eignung für diesen Beruf iSv § 22 Abs. 2 Nr. 1 DRiG nichts über die Eignung zum Richteramt aussage.²¹²

Demgegenüber sind keine Entscheidungen zu verzeichnen, die auch nur die Frage thematisieren, ob Proberichterinnen oder -richter

²⁰⁶ So *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 22 Rn. 8.

²⁰⁷ Zur gegenwärtigen Arbeitsmarkt- bzw. Konkurrenzsituation näher *Schleif*, Urteil (Fn. 23), 22 ff.

²⁰⁸ Die Durchfallquoten variieren naturgemäß nach Universitäten bzw. Fakultäten, betragen aber etwa in Münster drei bis fünf Prozent: *Fabian Wittreck*, Das Eigentliche ist unsichtbar, in: *Ad Legendum* 2012, 59 (61 m. Fn. 10).

²⁰⁹ Instruktive Übersicht unter <https://dejure.org/gesetze/DRiG/22.html#Rspr> (zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

²¹⁰ BGH, Urteil v. 5.10.2005 – RiZ (R) 4/04, Rn. 17: „Die Antragstellerin habe die Akten in vielen Fällen nicht, zumindest nicht richtig und vollständig, gelesen. Ihr schriftliches Ausdrucksvermögen überzeuge nicht. Sätze würden vielfach nicht zu Ende geführt oder wiesen grammatikalische Fehler auf. Unter diesen Umständen bestehen offenkundig zumindest erhebliche Zweifel an der Eignung der Antragstellerin.“

²¹¹ DG beim LG Düsseldorf, Entscheidung v. 3.3.2017, Az. DG-1/2017; bestätigt durch DGH beim OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.6.2017, Az. 1 DGH 2/17.

²¹² DG beim LG Düsseldorf, Urteil v. 19.3.2012, Az. DG-1/2007.

von Vorgesetzten zum Zwecke der Einwirkung auf ihre Rechtsprechung unter Druck gesetzt worden sind (*sachliche* Unabhängigkeit) oder ob von dem Instrumentarium der Entlassung bzw. Versetzung in einer Weise Gebrauch gemacht worden ist, die sich als Sanktion für die jeweilige Rechtsprechungstätigkeit deuten ließe (*persönliche* Unabhängigkeit). Das Fehlen einschlägiger Judikatur belegt dabei wohlgemerkt nicht, dass derlei Fälle nicht vorkommen – es ist hochgradig plausibel, dass die Betroffenen gerade wegen ihres ungesicherten Status‘ zurückhaltend sein könnten, als übergriffig empfundenes Verhalten vor den Richterdienstgerichten zu rügen.

b) Richterinnen und Richter auf Zeit

Der Status als Richterin oder Richter auf Zeit wird vom Deutschen Richtergesetz in § 8 vorausgesetzt und in § 11 DRiG näher dahingehend konturiert, dass er lediglich unter bundesgesetzlich bestimmten Voraussetzungen sowie zu ebenfalls bundesgesetzlich bestimmten Aufgaben zulässig ist. Die Bestimmungen spielten lange Zeit ein Nischendasein und galten praktisch nur für die Richterinnen und Richter der Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit (→ III.5.b bzw. III.5.c; siehe ferner §§ 69f., 84 DRiG) sowie für Hochschullehrerinnen und -lehrer, die auf Zeit Ämter in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten übernommen haben (vgl. dazu § 16 VwGO bzw. § 11 Abs. 4 SGG).²¹³ Neue Prominenz hat dem Amt die vielzitierte „Asylkrise“ verschafft; durch das „Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz“²¹⁴ wurde in den §§ 17f. VwGO n.F. die Möglichkeit geschaffen, an den Verwaltungsgerichten „[z]ur Deckung eines nur vorübergehenden Personalbedarfs“ (§ 18 S. 1 VwGO) auf Lebenszeit ernannte Beamtinnen und Beamte für die Dauer von mindestens zwei Jahren zu Richterinnen und Richtern auf Zeit zu ernennen. Das Institut ist sogleich zum Gegenstand in-

²¹³ Knapp *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 11 Rn. 2 sowie *Fabian Wittreck*, in: Gärditz, VwGO (Fn. 1), § 16 Rn. 6f. Näher *Edzard Schmidt-Jortzig*, „Ordentliche Professoren des Rechts“ als Richter an den Verwaltungsgerichten, in: Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert v. Mutius (Hrsg.), Festschrift Menger, 1985, 359ff. sowie *Paul Stelkens/Nicolai Panzer*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), VwGO, § 16 (2009), Rn. 12 (dort insb. statistische Angaben zum Verhältnis von Ernennung auf Zeit bzw. auf Lebenszeit); für die Sozialgerichtsbarkeit *Wolfgang Keller*, in: Jens Meyer-Ladewig (Begr.), SGG, 12. Aufl. 2017, § 11 Rn. 5f. – In der Finanzgerichtsbarkeit erlaubt § 14 Abs. 1 FGO lediglich die Ernennung auf Lebenszeit.

²¹⁴ Vom 20.10.2015 (BGBl. I 1722; vgl. im Vorfeld BT-Drs. 18/6185, 56f.); siehe dazu *Winfried Kluth*, Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz – Zielsetzungen, wesentliche Inhalte, Kritikpunkte, in: ZAR 2015, 337 (340); *Klaus Remmert*, Asylgesetzgebung auf dem Prüfstand, in: DVBl. 2016, 457 (458).

tensiver rechtswissenschaftlicher Wechselrede geworden;²¹⁵ gerügt wurden die generell fehlende Unabhängigkeit der Betroffenen,²¹⁶ die zu kurze Mindestamtsdauer²¹⁷ sowie die damit einhergehende fehlende gesetzliche Bestimmung der Amtszeit.²¹⁸ Tatsächlich wirft die kurze Amtszeit – ungeachtet des Umstands, dass Sicherungen der richterlichen Unabhängigkeit gem. §§ 27 Abs. 1, 30 Abs. 1, 31 und 32 DRiG ausdrücklich auch für Richterinnen und Richter auf Zeit gelten – nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Fragen auf. Denn die (womöglich relativ kurzfristige) Rückkehr der Betroffenen in ihre „Stammbehörde“ legt die Überlegung nahe, wie man dort – nicht zuletzt im Sinne weiterer Karriereperspektiven – über die Rechtsprechung denkt und urteilt, die im Rechtsprechungsamt auf Zeit ergangen ist. Diese Überlegung dürfte die zeitweise Ernennung genau der Beamtinnen und Beamten sicher ausschließen, die an sich besonders qualifiziert wären, um die „Schwemme“ an Asylverfahren abzarbeiten, nämlich Bedienstete des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge. Denn sie müssten zum einen über Entscheidungen des „eigenen“ Hauses urteilen und zum anderen nach ihrer Rückkehr gewärtigen, an ihren richterlichen Entscheidungen gemessen zu werden. Das führt nicht umstandslos zur technischen Befangenheit iSv § 54 Abs. 3 VwGO bzw. § 42 ZPO, setzt die betroffenen Gerichtspersonen aber doch unter eine unguete institutionelle Spannung.

²¹⁵ Siehe – außer den Kommentaren zu §§ 17 f. VwGO (hier statt aller *Fabian Wittreck*, in: Gärditz, VwGO [Fn. 1], § 18 Rn. 2 ff.) – noch *Jost Hüttenbrink*, Neue Strukturen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 2016, 751 (753); *Joachim Kronisch*, Praktische Fragen beim Einsatz von Richtern auf Zeit am Verwaltungsgericht, in: NJW 2016, 1623 ff.; *Joachim Kronisch*, Richter auf Zeit am Verwaltungsgericht, in: DVBl. 2016, 490 ff.; *Christian Maierhöfer*, Der „Richter auf Zeit“ nach § 18 VwGO idF des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes – Verfassungsrechtlich bedenklich?, in: NVwZ 2015, 1655 ff.; *Christine Steinbeiß-Winkelmann*, Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Überlasten, Zuständigkeitsverlusten und Funktionswandel, in: NVwZ 2016, 713 (713 f.).

²¹⁶ Dieser Vorwurf kommt teils eher diffus daher; er findet sich namentlich bei *Hüttenbrink*, Strukturen (Fn. 215), 753; Gegen-Kritik bei *Maierhöfer*, Richter (Fn. 215), 1655 f.

²¹⁷ Sie dürfte namentlich gegen die Vorgaben des Art. 6 EMRK verstoßen, der nach der einschlägigen Straßburger Rechtsprechung schon eine Amtsdauer von vier Jahren als konventionswidrig ausweist (vgl. → II.1.b): EGMR, Entsch. v. 3.5.2007, 39429/98 – *İrfan Bayrak ./. Türkei*, Rn. 38; aus der Literatur *Kluth*, Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (Fn. 214), 340; *Josef Ruthig*, in: Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 18 Rn. 4; *Christiane Kimmel*, in: Herbert Posser/Heinrich A. Wolff (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2014, § 18 Rn. 3.

²¹⁸ Vgl. BVerfGE 27, 355 (362 f.): „Der Gesetzesvorbehalt [...] bezieht sich darüber hinaus [...] auf die Dauer der Amtszeit der Richter“. Aus der Literatur kritisch *Maierhöfer*, Richter (Fn. 215), 1656; *Ruthig* (Fn. 217), § 18 Rn. 4; *Wittreck* (Fn. 1), § 18 Rn. 7 f.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner einschlägigen Entscheidung vom 22. März 2018 einen anderen Akzent gesetzt und im Kern die vom Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossene Möglichkeit der mehrfachen Ernennung für ein Rechtsprechungsamt auf Zeit gerügt.²¹⁹ Hingegen hat es die Regelung in § 18 VwGO ansonsten für verfassungskonform erklärt.

c) Disziplinar- und nicht rechtsprechungsbezogene Strafverfahren

Zur Entfernung aus dem Rechtsprechungsamt können ferner Disziplinarverfahren sowie solche Strafverfahren führen, die an sich keinen Bezug zum Richteramt aufweisen.²²⁰ In beiden Fällen ist sichergestellt, dass die Exekutive (Gerichtsverwaltung oder Staatsanwaltschaft) das Verfahren lediglich einleiten kann, wohingegen die eigentliche Sachentscheidung von Kolleginnen und Kollegen des oder der Betroffenen in richterlicher Unabhängigkeit getroffen wird. Dies sind im Disziplinarverfahren nach §§ 62 Abs. 1 Nr. 1, 64 Abs. 2 DRiG das Dienstgericht des Bundes, für die Länder nach §§ 78 Nr. 1, 79 Abs. 3 DRiG die Dienstgerichte der Länder bzw. als Revisionsgericht dasjenige des Bundes. Für die ordentlichen Gerichte gelten §§ 21 Abs. 3, 24 Nr. 1–3 DRiG i. V. m. § 45 StGB. Die in § 24 Nr. 4 DRiG i. V. m. Art. 18 GG vorgesehene Möglichkeit der Entlassung nach Feststellung der Grundrechtsverwirkung durch Anspruch des Bundesverfassungsgerichts iSv §§ 13 Nr. 1, 36ff. BVerfGG ist bislang nicht praktisch geworden; daran dürfte sich aus angebbaren Gründen nichts ändern.²²¹

Während die Europäische Kommission warnend festgestellt hat, „Disciplinary proceedings regarding judges are among the most sensitive situations in relation to judicial independence“,²²² ist die Unabhängigkeitsrelevanz des deutschen Disziplinarrechts als vergleichsweise marginal einzustufen. Die Zahl der einschlägigen Entscheidungen ist ausgesprochen übersichtlich, und es handelt sich praktisch sämtlich um Vorgänge, die nicht mit der Rechtsprechungstätigkeit der Betroffenen in Verbindung stehen. Im Zentrum stehen vielmehr Fälle von Alltagsversagen (der „Klassiker“ sind Trunkenheitsfahrten),²²³ grobes Fehlverhalten, das wie sexuelle Übergriffe

²¹⁹ BVerfGE 148, 69 (69, 126 ff., Rn. 139 ff.).

²²⁰ Näher zum folgenden Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 447 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 307 f. (jeweils mwN).

²²¹ Näher Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 28 f., 54 ff.; Thomas Kliegel, in: Barczak, BVerfGG (Fn. 164), § 36 Rn. 4.

²²² Commission, Scoreboard 2019 (Fn. 2), 47.

²²³ Aus der einschlägigen Rechtsprechung (ohne konkreten Justizbezug) BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NVwZ 2003, 73 ff.; BVerwG, NJW 2001, 1080 ff., VGH München, Entsch. v. 19.7.2010 – 3 CS 10.887.

oder der Besitz von Kinderpornographie zumindest nicht justizspezifisch ist, oder Verhaltensweisen, die man unter „Machtmissbrauch“ oder „Amtsmissbrauch“ verbuchen könnte, ohne dass sich dieser wiederum in der eigentlichen Rechtsprechungstätigkeit niederschlägt.²²⁴

d) Verurteilung wegen Rechtsbeugung

Nach § 339 StGB wird ein Richter, „welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, [...] mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft“.²²⁵ Als Verbrechen iSv § 11 Abs. 1 StGB führt die Verurteilung wegen Rechtsbeugung nach § 24 Nr. 1 DRiG *ipso facto* zum Verlust des Amtes²²⁶ und berührt insofern die persönliche Unabhängigkeit.

Sichtet man die einschlägigen Kriminalstatistiken²²⁷ wie die publizierte Rechtsprechung,²²⁸ so wird allerdings rasch deutlich, dass der Rechtsbeugungsparagraph keine wie auch immer geartete echte Bedrohung für die persönliche (oder sachliche) richterliche Unabhängigkeit darstellt. Vielmehr wird in institutionensoziologischer Perspektive klar, dass hier ein aus anderen Kontexten vertrauter Mechanismus obwaltet.²²⁹ Wird von außerhalb des Systems der Vorwurf des gravierenden Fehlverhaltens gegen ein Mitglied der Gruppe (oder sollte man offen von Herde sprechen?) erhoben, so

²²⁴ Ebenso paradigmatisch wie unproblematisch war zuletzt hier die Entlassung eines Staatsanwalts, der während der Proberichterzeit seine Befugnisse im Kern zum „Stalking“ genutzt und dem Opfer dabei auch offen mit seiner Macht gedroht hatte: BGH NVwZ-RR 2019, 525; siehe dazu knapp *Peter Badura*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Art. 33 (2019), Rn. 30.

²²⁵ Zusammenfassend zum Stand der Debatte und Literatur bis 2005 *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 156 ff.; siehe aus der jüngeren Literatur noch *Jens Lehmann*, Der Rechtsbeugungsvorsatz nach den neueren Entscheidungen des BGH, in: NStZ 2006, 127 ff.; *Helmut Satzger*, Der Rechtsbeugungstatbestand als Hindernis für die richterliche Unabhängigkeit?, in: JURA 2017, 606 ff.

²²⁶ Statt aller *Schmidt-Räntsch*, DRiG (Fn. 26), § 24 Rn. 4.

²²⁷ Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik. Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch 2018, Bd. 4, 147 ff. verzeichnet den § 339 StGB unter den Amtsdelikten nicht einmal; vgl. noch aus der Kommentarliteratur *Martin Uebele*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. V, 3. Aufl. 2019, § 339 Rn. 3; *Lothar Kublen*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. III, 5. Aufl. 2017, § 339 Rn. 8.

²²⁸ Im ersten Zugriff – außer den Kommentierungen zu § 339 StGB – die jüngere Zusammenfassung von *Michael Heuchemer*, Die Bedeutung der Rechtsbeugung in der Strafverfolgungspraxis, in: NZWiSt 2018, 131 ff.

²²⁹ Er ist gut dokumentiert für die Polizei: Siehe *Thomas Feltes*, Polizeiliches Fehlverhalten und Disziplinarverfahren – ein ungeliebtes Thema. Überlegungen zu einem alternativen Ansatz, in: Die Polizei 2012, 285 ff., 309 ff.

schart sich diese zunächst instinktiv um die angegriffene Person und verteidigt diese. Erst dann, wenn offenkundig wird, dass das „schwarze Schaf“ so kohlrabenschwarz ist, dass es auf den Rest der Gruppe abzufärben droht, setzt ein bemerkenswerter, um nicht zu sagen zauberhafter Prozess der kollegialen Genetik ein.²³⁰ Aus dem bloßen schwarzen Schaf wird der sprichwörtliche Sündenbock, der in die Wüste getrieben wird.²³¹ Das belegt ein cursorischer Blick auf die seit der Jahrtausendwende publizierten Entscheidungen:

Im September 2000 hat der Bundesgerichtshof den Freispruch zugunsten des Direktors eines Amtsgerichts beanstandet, der zugunsten seiner Tochter eine verwaltungsprozessuale einstweilige Anordnung erlassen und sich damit über Grundregeln der Zuständigkeit wie des Ausschlusses von Gerichtspersonen hinweggesetzt hatte.²³²

2009 hatte der Bundesgerichtshof den Fall eines Betreuungsrichters zu entscheiden, der in über 50 Fällen freiheitsentziehende Maßnahmen wie die Fixierung genehmigt hatte, ohne die Betroffenen zuvor angehört zu haben; in vielen Fällen hatte er die entsprechenden Protokolle gefälscht (und flog u. a. deshalb auf, weil er nach Aktenlage Personen „angehört“ hatte, die bereits verstorben waren ...). Dieser dreiste Versuch, sich das Leben leichter zu machen, wurde vom Landgericht Stuttgart wie vom obersten deutschen Strafgericht – zu recht – unter den § 339 StGB subsumiert.²³³

Zuletzt hat ein hessischer Fall für Furore gesorgt. Ein Proberichter hatte 2012 einen Angeklagten, der sich wegen exhibitionistischer Handlungen (§ 183 StGB) zu verantworten hatte, kurzzeitig in die Gewahrsamszelle geführt und so zu einem Geständnis sowie – ihm offenbar wichtiger – zu einem Einverständnis zu einer Therapie „motiviert“. Der Vorfall blieb zunächst ohne Folgen, wurde aber inzwischen nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom Landgericht Kassel als Rechtsbeugung eingestuft.²³⁴

e) Richteranklage

Nach Art. 98 Abs. 2 GG können Bundesrichterinnen und -richter ihres Amtes enthoben oder versetzt werden, wenn sie „im Amte

²³⁰ Derselbe Prozess soll sich dem Vernehmen nach auch im Wissenschaftsbetrieb beobachten lassen.

²³¹ In Anlehnung an Lev. 16, 8–21: „Für die beiden Böcke soll er Lose kennzeichnen, ein Los ‚für den Herrn‘ und ein Los ‚für Asasel‘. Aaron soll den Bock, für den das Los ‚für den Herrn‘ herauskommt, herbeiführen und ihn als Sündopfer darbringen. Der Bock, für den das Los ‚für Asasel‘ herauskommt, soll lebend vor den Herrn gestellt werden, um für die Sühne zu dienen und zu Asasel in die Wüste geschickt zu werden. [...] Aaron soll seine beiden Hände auf den Kopf des lebenden Bockes legen und über ihm alle Sünden der Israeliten, alle ihre Frevel und alle ihre Fehler bekennen. Nachdem er sie so auf den Kopf des Bockes geladen hat, soll er ihn durch einen bereitstehenden Mann in die Wüste treiben lassen und der Bock soll alle ihre Sünden mit sich in die Einöde tragen.“

²³² BGH NStZ-RR 2001, 243.

²³³ BGH, Beschluss v. 24.6.2009, Az. 1 StR 201/09, HRRS 2009 Nr. 725.

²³⁴ BGH NZStrR 2013, 106; Landgericht Kassel, Entscheidung v. 27.6.2017 – 11 KLS 3600 Js 37702/09 (juris); dazu die Anmerkung von *Bernd Hecker*, in: JuS 2012, 1042 ff. sowie die kritischen Kommentare von *Guido Kirchhoff*, Kein-Urteil-Schelte, in: *Betrifft Justiz* 118 (2014), 102 ff. und *dems./Carsten Schütz*, Böswillige Vernichtung einer Existenz, in: *Betrifft Justiz* 133 (2018), 40 f.

oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes“ verstoßen.²³⁵ Art. 98 Abs. 5 S. 1 GG erlaubt den Ländern, diese Vorkehrung auf ihren Hoheitsbereich zu erstrecken; davon haben Baden-Württemberg (Art. 66 Abs. 2 LVerf.), Brandenburg (Art. 111 LVerf.), Bremen (Art. 138 LVerf.), Hamburg (Art. 63 Abs. 3 LVerf.), Hessen (Art. 127 Abs. 4 LVerf.), Mecklenburg-Vorpommern (Art. 77 LVerf.), Niedersachsen (Art. 52 LVerf.), Nordrhein-Westfalen (Art. 73 LVerf.), Rheinland-Pfalz (Art. 132 LVerf.), Sachsen (Art. 80 LVerf.), Sachsen-Anhalt (Art. 84 LVerf.), Schleswig-Holstein (Art. 43 Abs. 4 LVerf.) und Thüringen (Art. 89 Abs. 3 LVerf.) Gebrauch gemacht.²³⁶ Die Richteranklage gehört damit – neben Art. 9 Abs. 2, Art. 18 sowie Art. 21 Abs. 2–4 GG – zu den Instrumenten der sog. wehrhaften Demokratie.²³⁷

Die Richteranklage ist nur vor dem Hintergrund der offen feindseligen Haltung der deutschen Richterschaft gegenüber der Weimarer Republik sowie ihrer – vorsichtig formuliert – liebedienerischen Attitüde gegenüber dem NS-Regime zu verstehen. Den Mitgliedern der verfassungsgebenden Versammlungen auf Bundes- wie Landesebene war nach 1945 nur allzu deutlich bewusst, dass die Justiz in den Jahren von 1919 bis 1945 jämmerlich versagt und insbesondere

²³⁵ Näher dazu – außer den Kommentaren zu Art. 98 GG – die Darstellungen von *Günter C. Burmeister*, Die Richteranklage im Bundesstaat – Verschuldenserfordernis, Verfahrensvorgaben und landesrechtliche Gestaltungsspielräume, in: DRiZ 1998, 518 ff.; *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 159 ff.; *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 285 f.; *Hagen K. A. Diederich*, Die Richteranklage, 2020, i. E.

²³⁶ Dazu im Überblick *Helmut Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GGK III (Fn. 27), Art. 98 Rn. 18, 22, 36; vgl. näher die einschlägigen Kommentare zum Landesverfassungsrecht: *Jens Hofmann*, in: Volker M. Haug (Hrsg.), Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 2018, Art. 66 Rn. 20 ff.; *Hasso Lieber*, in: ders./Steffen J. Iwers/Martina Ernst, Verfassung des Landes Brandenburg, 2012, Art. 111 Nr. 1 ff. (S. 678 ff.); *Hans Wrobel*, in: Fischer-Lescano u. a., Verfassung (Fn. 119), Art. 138 Rn. 1 ff.; *Klaus David*, Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, 2. Aufl. 2004, Art. 63 Rn. 36 ff.; *Karl R. Hinkel*, Verfassung des Landes Hessen, 1999, Art. 127 (S. 219); *Joachim Kronisch*, in: Claus D. Classen/Rainer Litten/Maximilian Wallerath (Hrsg.), Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 2. Aufl. 2015, Art. 77 Rn. 1 ff.; *Gert A. Neubäuser*, in: Volker Epping u. a. (Hrsg.), Hannoverscher Kommentar zur Niedersächsischen Verfassung, 2012, Art. 52 Rn. 1 ff.; *Thomas Mann*, in: Löwer/Tettinger, Verfassung (Fn. 100), Art. 73 Rn. 1 ff.; *Siegfried Jutzi*, in: Lars Brocker/Michael Droege/ders. (Hrsg.), Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2014, Art. 132 Rn. 1 ff.; *Harald Baumann-Hasske*, in: ders./Bernd Kunzmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Aufl. 2011, Art. 80 Rn. 1 ff.; *Andreas Reich*, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, 2. Aufl. 2004, Art. 84 Rn. 1 ff.; *Wilke* (Fn. 128), Art. 43 Rn. 59 ff.; *Klaus von der Weiden*, in: Joachim Linck u. a. (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Thüringen, 2013, Art. 89 Rn. 28 ff.

²³⁷ Zusammenfassend statt aller *Wolfgang Löwer*, Wehrhafte Demokratie, in: Christian Hillgruber/Christian Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine gelückte Verfassung?, 2010, 65 ff.

den NS-Machthabern jeden auch nur implizit geäußerten Wunsch von den Augen abgelesen hatte – wobei der jeweilige Normwortlaut im Rahmen der sprichwörtlichen „unbegrenzten Auslegung“ (*Bernd Rütters*) im Grunde keine Rolle spielte. Die beiden Antworten auf diese Einsicht – die Richteranklage wie die Richterwahlausschüsse (→ III.3 bzw. III.5.a) als Instrumente der Beglaubigung der „demokratischen Gesinnung“ der Richterinnen und Richter – sind von der Richterschaft dementsprechend erbittert und mit allen Zeichen der tief empfundenen höchstpersönlichen Beleidigung bekämpft worden.²³⁸ Die anfängliche Empörung steht in einem deutlichen Kontrast zur tatsächlichen Bedeutung – bislang ist in der Bundesrepublik keine Richteranklage erhoben worden, und es steht auch nicht zu erwarten, dass dies in absehbarer Zeit geschieht. Der „Nettoeingriff“ in Art. 97 Abs. 2 GG geht mithin gegen Null.

f) Entfernung aus dem Amt nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG

Nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG kann das Plenum des Bundesverfassungsgerichts mit Zweidrittelmehrheit (Abs. 2 u. 4) den Bundespräsidenten ermächtigen, einen Richter oder eine Richterin des Gerichts wegen einer „groben Pflichtverletzung“ zu entlassen.²³⁹ Das Verfahren ist bislang weder ernstlich erwogen worden noch zur Anwendung gelangt; es ist davon auszugehen, dass dies auch fürderhin so bleibt. Vielmehr dürften Fehlritte, die ein Mitglied des Bundesverfassungsgerichts handgreiflich „unmöglich“ machen (man denke an die bereits oben unter → III.6.c erwähnten Verfehlungen), aller Erfahrung aus anderen Sparten der Justiz nach dergestalt „geahndet“ werden, dass dem oder der Betroffenen der gesichtswahrende Rücktritt unter Verweis auf „gesundheitliche Gründe“ nahegelegt (und dann auch vollzogen) wird. Eine realistische Gefährdung der persönlichen Unabhängigkeit iSv Art. 97 Abs. 2 GG geht damit nicht einher, da eine derartige „Ansprache“ einen breiten Konsens im Gericht voraussetzt, dass der oder die Betroffene die Grenzen der kollegialen Solidarität deutlich überschritten hat.

g) „Amtsarztprivileg“ und weitere informelle Mechanismen

Die vorstehenden Überlegungen machen deutlich, dass Richterinnen und Richter in Deutschland nach der Probezeit praktisch unabsetzbar sind – alle genannten Mechanismen schlagen erst dann an, wenn die Schwelle zum groben und evidenten Missbrauch der Amtsbefugnisse offensichtlich überschritten ist. Anders formuliert: Die

²³⁸ Näher mwN nochmals *Wittreck*, Dritte Gewalt (Fn. 1), 144 ff.

²³⁹ Bündig jetzt *Dirk Diehm*, in: Barczak, BVerfGG (Fn. 164), § 105 Rn. 3 ff.

richterliche Gruppensolidarität gerät exakt in dem Augenblick an ihre Grenze, in der offenkundig wird, dass – wie bereits beschrieben – das „schwarze Schaf“ zum Sündenbock wird oder besser taugt.²⁴⁰ Höchst plastisches Anschauungsmaterial liefert hier die „causa Deckert/Orlet“.²⁴¹ Nach gelinde gesagt fragwürdigen Einlassungen zur moralischen Dignität eines wegen der Leugnung des Holocausts Angeklagten und dadurch verursachter öffentlicher Empörung wurde der verantwortliche Richter dienstunfähig krank ...

IV. Der „Instrumentenkasten“ einer möglichen Neu-Regelung der Besetzungsverfahren

Fragt man vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen, welche rechtspolitischen Optionen sich für die Vergabe von Rechtsprechungsämtern in theoretischer wie rechtsvergleichender Perspektive ergeben, so sind – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die folgenden zu erörtern: An erster Stelle steht die unmittelbare Volkswahl der Richterinnen und Richter (1.). Daran schließt sich die gegenwärtig in der Politikwissenschaft intensiv diskutierte Losentscheidung an (2.). Vertrauter dürfte die Debatte um eine Selbstverwaltung der Dritten Gewalt durch sog. Justizverwaltungsräte sein (3.). Davon zu unterscheiden sind Modelle, die bei der Auswahl von Richterinnen und Richtern auf Gremien spezieller Expertise setzen (4.). Schließlich bleiben Überlegungen, entweder den hierarchischen Aufbau der deutschen Gerichtsbarkeit ganz grundsätzlich einzuebnen (5.) oder wenigstens das Rekrutierungsmuster der Justiz zu überdenken (6.). Bewusst außer Betracht bleibt die in diesem Kontext immer wieder erwogene „Stärkung“ der verschiedenen richterlichen Mitbestimmungsrechte bzw. -organe;²⁴² dies geschieht eingedenk der Grundthese des Gutachtens, dass sachliche wie persönliche Unabhängigkeit iSv Art. 97 Abs. 1 u 2 GG nichts mit Gewaltenteilung zu tun haben und daher von (anderen) Richterinnen und Rich-

²⁴⁰ Siehe bereits oben Fn. 231.

²⁴¹ Umfangreiche Nachweise bei Wittreck, Dritte Gewalt (Fn. 1), 146 m. Fn. 135.

²⁴² Die unglückliche Aufspaltung in Richter- und Präsidialräte (dazu schon → bei III.5.a) nach den §§ 49ff. DRiG sorgt hier für eine gewisse Übermöblierung. Siehe im ersten Zugriff Herbert Willems, Rechtsstellung und Aufgaben des Präsidialrats, in: DVBl. 2003, 370ff.; Wittreck, Dritte Gewalt (Fn. 1), 292ff. (Gerichte des Bundes), 361ff. (Gerichte der Länder); Stephan Roller, Delegation von Gerichtsverwaltungsaufgaben und richterliche Beteiligung, in: DRiZ 2012, 242ff., 277ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 244ff. (Bund), 272ff. (Länder); aus der landesrechtlichen Literatur jetzt die Kommentierungen von Ingrid Heinlein, Roland Neubert, Felix Helmbrecht und Harry Addicks, in: Absenger u.a., Basiskommentar LRiStaG (Fn. 137), §§ 15ff., 31ff., 52ff.

tern ebenso gefährdet und verletzt werden können wie von sonstigen Amtspersonen (→ II.).

1. Richterinnen- und Richterwahl durch das Volk

Die Wahl von Richterinnen und Richtern durch das Volk begegnet in modernen demokratischen Verfassungsstaaten im wesentlichen in einzelnen Kantonen der Schweiz²⁴³ sowie in zahlreichen Bundesstaaten der USA.²⁴⁴ Sie stellt in Sachen demokratischer Legitimation von Rechtsprechungsämtern unzweifelhaft den „Goldstandard“ dar – die gewählten Personen können guten Gewissens behaupten, dass ihre Amtsführung dem Anspruch des „government of the people, by the people, for the people“ entspricht, den *Abraham Lincoln* in seiner Ansprache zur Einweihung des Soldatenfriedhofes im pennsylvanischen Gettysburg formuliert hat.²⁴⁵

Gleichwohl ist auch in der schweizerischen wie US-amerikanischen Literatur das Unbehagen an dieser Konstruktion mit Händen zu greifen. Denn in der Sache laufen alle gegenwärtig praktizierten Modelle darauf hinaus, dass Richterinnen und Richter sich erstens vor der Wählerinnen- und Wählerschaft für ihre Rechtsprechung zu verantworten haben²⁴⁶ – sind sie insbesondere hart genug mit solchen Personen „umgesprungen“, die nach Auffassung der Mehrheitsgesellschaft randständig und strafwürdig sind? Schwerer wiegt, dass der notwendige Wahlkampf erstens Positionierungen quasi erzwingt, die mit der Unparteilichkeit bei der anschließenden Ausübung des Rechtsprechungsamtes zumindest in einem Spannungsverhältnis stehen. Zweitens hängt die Flanke von Richterinnen- und Richterwahlen *vis-à-vis* der Parteipolitik bildlich gesprochen in der Luft – in der Schweiz ist für viele Rechtsprechungsämter die Parteimitgliedschaft praktisch obligatorisch.²⁴⁷ Drittens und letztens gehen mit einem Wahlkampf zwangsläufig

²⁴³ Näher mwN *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 273 ff. sowie *Grünstäudl*, Richterauswahl (Fn. 90), 227 ff.

²⁴⁴ Näher *Wittreck*, Verwaltung (Fn. 1), 623 ff.; *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 278 ff.; *Michel*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1); *Adam Bonical/Maya Sen*, The politics of selecting the bench from the bar. The legal profession and partisan incentives to introduce ideology into judicial selection, in: *The journal of law & economics* 60 (2017), 559 ff.; *Charles Gardner Geyb*, Who is to judge? The perennial debate over whether to elect or appoint America's judges, 2019.

²⁴⁵ Dazu eingehend und gedankenreich *Klaus Jünemann*, Government of, by, for the people. Zur Archäologie eines klassischen Zitats, in: *JZ* 2013, 1128 ff.; zum Hintergrund *Allen C. Guelzo*, Gettysburg, 2013, 475 ff. sowie *Georg Schild*, Gettysburg 1863, 2017, S. 139 ff.

²⁴⁶ Bündige Zusammenstellung der maßgeblichen Argumente jüngst bei *Gardner Geyb*, Who (Fn. 244), 77 ff.

²⁴⁷ So die Ergebnisse von *Grünstäudl*, Richterauswahl (Fn. 90), 232 ff.

Wahlkampfkosten einher, die gebieterisch die Frage nach der Kontrolle der entsprechenden Finanzströme bzw. den mit ihrer Bereitstellung notwendig verbundenen Einflussmöglichkeiten stellen. Hier mag erschwerend hinzukommen, dass sowohl in der Schweiz als auch in den USA die staatliche Kontrolle der Politikfinanzierung weniger ausgeprägt ist als in der Bundesrepublik;²⁴⁸ aber selbst unter den Auspizien des eher rigiden Systems der deutschen Parteienfinanzierung²⁴⁹ bleiben hier Fragezeichen oder genauer gesagt Lücken offen.

2. Losentscheid über Rechtsprechungsposten

Die bloße Erwähnung des Losentscheids mag frivol, skurril oder wenigstens deplaziert wirken, wenn es um die Erstellung eines Gutachtens für den traditionsreichen Deutschen Juristentag geht. Gleichwohl hat die Auswahl von Richterinnen und Richtern per Los nicht allein eine lange Tradition,²⁵⁰ sondern fügt sich auch in eine lebhaftere politikwissenschaftliche Diskussion ein, ob die Auswahl durch das Los nicht positive Gemeinwohlfekte herbeiführt, indem sie Entscheidungsgremien generiert, die sich weder an einer „Partei-disziplin“ noch (insbesondere) an der Notwendigkeit einer kurzfristigen Wiederwahl orientieren, sondern in der Lage sind, sachorientiert über langfristige Gemeinwohlanliegen wie den Klimaschutz zu debattieren und/oder zu entscheiden.²⁵¹

²⁴⁸ In den USA hat bekanntlich der *Supreme Court* Beschränkungen für Parteispenden als unvereinbar mit dem 1. Verfassungszusatz verworfen: U.S. Supreme Court, 21.1.2010, No. 08–205 – *Citizens United v. Federal Election Commission*; U.S. Supreme Court, 2.4.2014, No. 12–536 – *McCutcheon et al. v. Federal Election* und dazu eingehend *Jörg Hebenstreit*, Wahlkampffinanzierung und Demokratie in den USA, 2020. Auch die Finanzierung direktdemokratischer Initiativen wird nicht staatlicherseits kontrolliert, sondern von Akteuren der Zivilgesellschaft wie „followthemoney.org“ transparent gemacht; siehe *Hermann K. Heußner*, Direkte Demokratie in den US-Gliedstaaten in den Jahren 2010 und 2011 – Ein Überblick, in: Lars P. Feld u. a. (Hrsg.), *Jahrbuch für direkte Demokratie* 2012, 2013, 181 (217f.). – Für die Schweiz instruktiv *Martina Caroni*, Geld und Politik. Die Finanzierung politischer Kampagnen im Spannungsfeld von Verfassung, Demokratie und politischem Willen, 2009, 55 ff.

²⁴⁹ „Rigide“ dabei wohl gemerkt nicht als materiell kleinlich verstanden – kritisch zum „Schluck aus der Pulle“ unter der Großen Koalition 2018 (Änderung des ParteiG durch Gesetz v. 10.7.2018, BGBl. I 1116) statt aller *Alexander Hobusch*, Üppige Erhöhung der Parteien- und Fraktionsfinanzierung – zwei Fälle für Karlsruhe?, in: *Zeitschrift für Parteienwissenschaften* 25 (2019), 51 ff.

²⁵⁰ Sie beginnt – soweit ersichtlich – im antiken Griechenland: Zur athenischen Praxis knapp *Gerhard Thür*, Art. Dikastes, in: Hubert Cancik/Helmuth Schneider (Hrsg.), *Der Neue Pauly*, Bd. 3, 1997, Sp. 569.

²⁵¹ Die Literatur ist insbesondere im angelsächsischen Raum nur noch schwer überschaubar; neuere Zusammenfassungen bei *Pierre-Étienne Vandamme/Antoine Verret-Hamelin*, A Randomly Selected Chamber: Promises and Challenges, in: *Journal of*

Zugleich ist darauf hinzuweisen, dass der intuitiv einleuchtende Einwand, der Losentscheid sei im Wortsinne aleatorisch und damit begrifflich irrational, mit dem geltenden öffentlichen Recht abzugleichen wäre, das namentlich im Wahl- und Parlamentsrecht wie selbstverständlich Losentscheide vorsieht; man denke an den Stichentscheid bei der Wahl der Vizepräsidentinnen und -präsidenten des Deutschen Bundestages (§ 2 Abs. 2 S. 6 GOBT), bei der Entscheidung zwischen Wahlkreisbewerberinnen und -bewerbern (§ 5 S. 2 BWahlG) sowie die Entscheidung der Bundeswahlleitung, sofern in der ersten Verteilung der Zweitstimmen die Rundung verschiedene Ergebnisse zulässt (§ 6 Abs. 2 S. 4 2. Hs. BWahlG). Auch dem Verfahrensrecht des Bundesverfassungsgerichts ist der Losentscheid nicht fremd; nach § 15 Abs. 2 S. 2 BVerfGG werden einem nicht beschlussfähigen Senat in dringlichen Angelegenheiten Richterinnen und Richter des anderen Senats zugelost.²⁵² Auf Landesebene möge der Hinweis auf § 50 Abs. 2 S. 6 sowie Abs. 3 S. 6 GO NRW genügen.²⁵³

Bei der Besetzung von Rechtsprechungsämtern begegnet der Losentscheid in historischer, vergleichender wie einfachrechtlicher Perspektive vornehmlich bei ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern. Prominent sind die athenischen Geschworenengerichte in der Zeit der sog. Isokratie, die allerdings ob ihrer Größe deutliche funktionale Parallelen zum Diskurs- und Entscheidungsverhalten parlamentarischer Versammlungen aufwiesen.²⁵⁴ Nach geltendem deutschen Gerichtsorganisationsrecht werden Schöffen zwar auf der Grundlage einer Liste von einem speziellen Ausschuss gewählt, die Reihenfolge ihrer Heranziehung zum Sitzungsdienst aber durch das Los bestimmt (näher § 45 Abs. 2 u. 3 GVG).²⁵⁵

Fragt man nach der plausiblerweise zu vermutenden Wirkung von Losentscheiden über Rechtsprechungsämter, so entsteht ein gespaltenes Bild. Die Entscheidung durch das Los könnte tatsächlich richterliche Unabhängigkeit fördern, indem sie den Auswählenden den

Public Deliberation 13/1 (2017), Article 5 oder *David Owen/Graham Smith*, Sortition, Rotation, and Mandate: Conditions for Political Equality and Deliberative Reasoning, in: *Politics & Society* 46 (2018), 419ff. Aus der deutschen Debatte prominent *Anja Röcke*, Losverfahren und Demokratie. Historische und demokratietheoretische Perspektiven, 2005 sowie *Hubertus Buchstein*, Demokratie und Lotterie. Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU, 2009.

²⁵² Näher dazu *Annette Braun*, in: Barczak, BVerfGG (Fn. 164), § 15 Rn. 11 ff.

²⁵³ Dazu statt aller *Johannes Hellermann*, Kommunalrecht, in: *Johannes Dietlein/ders.*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 115ff. (bes. Rn. 125).

²⁵⁴ Eingehend *Justus H. Lipsius*, Das Attische Recht und Rechtsverfahren, Bd. I, 1905, 134ff.

²⁵⁵ Statt aller *Kissel/Mayer*, GVG (Fn. 26), § 45 Rn. 7ff.

Einfluss auf die Auszuwählenden entweder ganz nimmt oder – je nach Gestaltung – diesen zumindest substantiell mindert. Damit geht einher, dass die oben als potentiell problematisch markierte Orientierung von einsteigs- oder aufstiegswilligen Richterinnen und Richter an den Präferenzen der für die Personalauswahl Verantwortlichen wegfällt oder wenigstens minimiert wird – eine Lostrommel hat keine Präferenzen, die sich antizipieren ließen. Zugleich sorgten Losentscheide – wiederum in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung – für eine deutlich zuverlässigere Isolierung gegenüber dem parteipolitischen Prozess.²⁵⁶

Dem steht gegenüber, dass ein Losentscheid grundsätzlich „qualitätsblind“ ist. Die durch das Los erfolgende Auswahl von (hauptamtlichen) Richterinnen und Richtern aus der Grundgesamtheit derjenigen, die über die Befähigung zum Richteramt iSv §§ 5–7 DRiG verfügen, wäre mit dem Grundsatz der Bestenauslese iSv Art. 33 Abs. 2 GG erkennbar nicht vereinbar;²⁵⁷ Gleiches gilt für die auf demselben Wege erfolgende Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern für Beförderungsämtler aus der Grundgesamtheit der gesamten Richterschaft. Hier kommt der entscheidende Unterschied zwischen einem Rechtsprechungsamt, das zumindest unter den Auspizien kontinentaleuropäischer Rechtswissenschaft spezialisierten Sachverstand voraussetzt, und rein politischen Ämtern zum Tragen, für die Überlegungen zur Auswahl der Entscheidenden qua Los zumindest bereichsspezifisch einigen Charme haben mögen.²⁵⁸ Denkbar sind natürlich gestufte Systeme, die – vergleichbar der Papst- oder Patriarchenwahl in der Koptischen Kirche²⁵⁹ – zunächst eine „händische“ Auswahl von qualitativ geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern vornehmen (mit allen bereits geschilderten Problemen, die das für die richterliche Unabhängigkeit mit sich bringt), und erst auf der Grundlage dieser „shortlist“ das Los werfen lassen.

Deutlich interessanter und praktikabler wäre ein Modell, das den Losentscheid mit der Idee eines Auswahl Ausschusses (→ IV.5) kom-

²⁵⁶ Prägnant zum Problem *Towfigh*, Parteien-Paradox (Fn. 125), 149 ff.

²⁵⁷ Statt aller *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 73, 123 ff.

²⁵⁸ Vgl. zu den verschiedenen Entwürfen → IV.2.

²⁵⁹ Siehe dazu *Néophyte Edelby*, Règlement de la candidature et de l'élection du Patriarche de Coptes Orthodoxes, in: Proche Orient Chrétien 8 (1958), 30 ff.; *Otto F. A. Meinardus*, Election Procedures for the Patriarcal Throne of Alexandria, in: Ostkirchliche Studien 16 (1967), 132 ff., 304 ff.; *N. N.*, Règlement de l'élection du patriarche d'Alexandrie, in: Proche Orient Chrétien 11 (1961), 254 ff.; *Saad M. Saad/Nadine M. Saad*, Electing Coptic Patriarchs: A Diversity of Traditions, in: Bulletin of Saint Shenouda the Archimandrite Coptic Society 6 (2001), 20 ff. sowie zum Kontext *Mark N. Swanson*, The Coptic Papacy in Islamic Egypt 641–1517 (The Popes of Egypt 2), 2010.

biniert. Wie dargelegt, verschiebt jedes Auswahlgremium nur das Problem der möglichen Orientierung der Auszuwählenden an den Präferenzen der Auswählenden (→ III.3) – wenn sie denn vorab bekannt und länger im Amt sind. Denkbar wäre ein Modell, nach dem etwa für die jährlich stattfindende Auswahl der Richterinnen und Richter der obersten Bundesgerichte aus einem vorher zu bestimmenden Pool möglicher Amtspersonen *ad hoc* ein Ausschuss durch Losentscheid bestimmt wird, dessen Zusammensetzung noch unbekannt ist, wenn die in den Ländern zuständigen Organe Listen möglicher Kandidatinnen und Kandidaten zusammenstellen. Denkbare Angehörige wären – in Orientierung an den verschiedenen *Selection Committees* – solche aus der Verfassungs- sowie der übrigen Bundesgerichtsbarkeit, der Anwaltschaft, der Wissenschaft, der Politik (oder vielleicht auch ein *quivis ex populo*?). Sofern das Verfahren und die Radizierung der Grundgesamtheit, aus der ausgelost wird, durch ein Parlamentsgesetz hinreichend bestimmt ist und der Gesetzgeber auch nachvollziehbare Gründe für den Sachverstand der berücksichtigten Gruppen darlegen kann, wäre ein solches Verfahren auch in Sachen demokratischer Legitimation unproblematisch (i. Ü. wären Bundespräsident bzw. Bundespräsidentin vor der allfälligen Ernennung zu einer Missbrauchskontrolle berufen).²⁶⁰ Der (durchaus ernst gemeinte) Vorschlag dürfte zwei Einwände provozieren (ganz abgesehen davon, dass die politischen Parteien ihm kaum zustimmen werden, da sie buchstäblich ihre Felle werden davonschwimmen sehen). Richtig ist zunächst, dass eine derartige Auswahl Zufallsmehrheiten provozieren kann (wobei man dies wiederum durch die Zahl der Auszulosenden steuern könnte); theoretisch denkbar ist etwa ein zufällig nur aus Katholiken gebildeter Ausschuss, der nun rigoros Konfessionslose, Muslime und Protestanten aussortiert. Abgesehen von der angesprochenen Missbrauchskontrolle ist dem mit dem Hinweis zu entgegnen, dass es extrem unwahrscheinlich ist, dass sich eine derartige einseitige Zusammensetzung in den Folgejahren wiederholt. Ernster zu nehmen ist der Einwand, dass die Landesjustizverwaltungen die von ihnen präsentierten Bewerbungen weiterhin durch strategische Beurteilungen „optimieren“ können. Allerdings wäre ein derartiger Auswahl Ausschuss auch nicht auf das bloße arithmetische Abarbeiten solcher Noten beschränkt, sondern frei, sich etwa nach Bewerbungsgesprächen ein eigenes Qualitätsurteil iSv Art. 33 Abs. 2 GG zu bilden. Angesichts der Unsicherheit über die Zusammensetzung wäre ferner das intersubjektiv nachvollziehbare Setzen auf echte Qualität die einzige plausible Strategie für die Landesjustizverwaltungen, „ihre“ Kandidatinnen und Kandidaten zum

²⁶⁰ Analog zu BVerfGE 143, 22 (34, 36f., Rn. 32, 35).

Erfolg zu führen. Jedenfalls der höchst bedenkliche „Qualitätsrabbatt“, der sich derzeit durch die diskrete Präsentation eines Parteibuches realisieren lässt, wäre nicht mehr zielführend.

3. Modelle einer Selbstverwaltung der Dritten Gewalt

Die deutsche Reformdebatte um eine Selbstverwaltung der Dritten Gewalt wird weiterhin ganz maßgeblich von den Richterverbänden geführt²⁶¹ und hat bisher nur am Rande das politische Feld er-

²⁶¹ Zusammenfassung der älteren Debatten bei Wittreck, *Verwaltung* (Fn. 1), 642 ff., 655 ff. Vgl. seitdem die Beiträge von Hans-Jürgen Papier, *Zur Frage der Selbstverwaltung der Dritten Gewalt*, in: Festschrift für Detlef Merten, 2007, 185 ff.; ders., *Zur Frage der Selbstverwaltung der Dritten Gewalt*, in: BDVR-Rundschreiben 2007, 8 ff.; ders., „Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz“ – eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr einer Politisierung gefeit, in: ZRP 2009, 125 f.; Edgar Isermann, *Selbstverwaltung der Justiz – aber ohne neue Institutionen*, in: RuP 46 (2008), 30 ff.; Hans-E. Böttcher, *Weg von napoleonischen und wilhelminischen Modellen!*, in: KritV 91 (2008), 417 ff.; Claus D. Classen, *Richterliche Selbstverwaltung. Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen*, in: *Betrifft Justiz* 95 (2008), 333 ff.; Lars Lütgens, *Das Selbstverwaltungsprojekt der Dritten Gewalt*, in: ZRP 2009, 82 ff.; Daniel Gruber, *Das Selbstverwaltungsprojekt der Dritten Gewalt*, in: ZRP 2009, 123 f.; Barbara Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt*, in: NJW 2009, 3079 ff.; Christoph Sennekamp, *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus! Demokratieprinzip und Selbstverwaltung der Justiz*, in: NVwZ 2010, 213 ff.; Alexander Rieger, *Verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlagen richterlicher Unabhängigkeit. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Debatte um eine Selbstverwaltung der Justiz*, 2011, 126 ff.; Lars Schmidt, *Quo vadis Selbstverwaltung der Justiz?*, in: NJW-aktuell 10/2011, 14; Roman Poseck, *Selbstverwaltung der Justiz – Zukunft oder Irrweg?*, in: Festschrift für Christean Wagner, 2013, 177 ff.; monographisch Katharina Fuchs, *Verfassungsmäßigkeit und Umsetzbarkeit von Modellen für eine selbstverwaltete Justiz*, 2013. – Vgl. aus der österreichischen Paralleldebatte Ludwig Adamovich, *Justizverwaltung und Gewaltenteilung*, in: *Vereinigung der Österreichischen Richterinnen und Richter* (Hrsg.), *Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat*, 2006, 37 ff.; ders., *Über die Verwaltung der Dritten Gewalt*, in: Siegfried Magiera/Karl-Peter Sommermann/Jacques Ziller (Hrsg.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive*, 2008, 189 (191 ff.); Ewald Wiederin, *Brauchen wir einen unabhängigen Bundesstaatsanwalt oder einen Rat der Gerichtsbarkeit?*, in: JRP 2012, 430 ff. sowie zuletzt Markus Vašek, *Selbstverwaltung der Justiz und Demokratieprinzip*, in: Mülder u. a., *Abhängigkeit* (Fn. 24), 103 ff. – Schweizerische Stimmen: Markus Metz, *Das Spannungsverhältnis zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht: Gedankensplitter eines „Beaufichtigten“*, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/3; Etienne Poltier, *Le pouvoir judiciaire „s’administre lui-même“*, in: *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/3. – Allgemeine bzw. übergreifende rechtsvergleichende Darstellungen in KritV 91 (2008), 360 ff., 389 ff., 423 ff. sowie bei Nuno Garoupa/Tom Ginsburg, *The Comparative Law and Economics of Judicial Councils*, in: *Berkeley Journal of International Law* 27 (2009), 53 ff.; Mareike Jeschke, *Modelle einer selbstverwalteten Dritten Gewalt in Europa*, in: KritV 93 (2010), 233 ff. – Siehe jetzt auch die umfassende rechtsvergleichende Darstellung des italienischen Selbstverwaltungssystems der Dritten Gewalt aus der Feder von Minkner, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 607 ff.

reicht²⁶² – es kommen wissenschaftliche Diskurse hinzu.²⁶³ Im Kern geht es um zwei Projekte. Die „große Lösung“ umfasst die Selbstverwaltung der gesamten Justiz einschließlich der Staatsanwaltschaft²⁶⁴ – hierfür haben der Deutsche Richterbund²⁶⁵ und die Neue Richtervereinigung²⁶⁶ Gesetzentwürfe vorgelegt. Während der Richterbund sein Projekt eines mehrheitlich vom Parlament gewählten Justizverwaltungsrates hauteng nach dem Schnittmuster des Modells der demokratischen Legitimation geschneidert hat,²⁶⁷ geht die NRV

²⁶² Erste Sondierungen sind in Hamburg sowie Schleswig-Holstein vorgenommen worden: *N. N.*, Reformpläne in Schleswig-Holstein und Hamburg, in: *Betrifft Justiz* 95 (2008), 330 ff.; näher (der damalige Justizsenator) *Till Steffen*, Autonomie für die Dritte Gewalt – Erwartungen aus der Politik, in: *KritV* 91 (2008), 354 ff.; vgl. dazu *Geert Mackenroth*, Selbstverwaltung der Justiz – Zwischenbilanz in Frageform, in: *DRiZ* 2009, 79 (81 ff.). Auf Bundesebene hat dem Bundestag ein Gesetzentwurf der Fraktion „Die Linke“ vorgelegen, der in der Sache auf den Entwurf der NRV zurückging (Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, BT-Drs. 17/11701 sowie Entwurf eines Gesetzes zur Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, BT-Drs. 17/11703; vgl. dazu die Expertenvoten zur Anhörung im Rechtsausschuß unter <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoeerungen/Archiv> sowie *Kreth*, Tropfen [Fn. 6], 236 ff.). Gegenwärtig enthalten mehrere Koalitionsverträge auf Landesebene Absichtserklärungen oder Prüfaufträge in Richtung einer Stärkung der Autonomie der Justiz (namentlich Hessen sowie zuletzt Thüringen), die der Verfasser aber durchweg als nur bedingt werthaltig einschätzt.

²⁶³ Zuletzt *Peter-Alexis Albrecht*, Institutionelle Autonomie der Dritten Gewalt als eine Funktion machtskeptischer Gewaltenteilung, in: *Frank Saliger u. a.* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, 2017, 3 ff. sowie die Beiträge in: *Wie viel Autonomie braucht eine Unabhängige Justiz? Experten beklagen zu großen Einfluss der Exekutive und fordern auch für Deutschland ein Modell der Selbstverwaltung*, in: *DRiZ* 2018, 229 ff.; ferner *Peter-Alexis Albrecht* (Hrsg.), *Autonomie für eine dritte Gewalt in Europa*, 2018 (in der Sache eine Zusammenstellung älterer Beiträge).

²⁶⁴ Speziell hierzu *Gerhard Altvater*, Die Rolle der Staatsanwaltschaft in einer selbstverwalteten Justiz, in: *NStZ-Sonderheft* 2009, 4 ff.

²⁶⁵ Siehe die Stellungnahme unter <http://www.drj.de/cms/index.php?id=552>; dort auch das pdf mit dem „Entwurf für ein Landesgesetz zur Selbstverwaltung der Justiz (Landesjustizselbstverwaltungsgesetz – LJSvG)“. Vgl. dazu *Christoph Frank*, Selbstverwaltung der Justiz: Ein Modell auch für Deutschland, in: *KritV* 91 (2008), 405 ff.; *Heinrich Weber-Grellet*, Selbstverwaltung der Justiz – Zwei-Säulen-Modell des Deutschen Richterbundes, in: *ZRP* 2007, 153 ff.; *ders.*, Weitere Schritte auf dem Weg zur Selbstverwaltung der Justiz, in: *DRiZ* 2012, 2 ff., 46 ff.; *Kreth*, Tropfen (Fn. 6), 238 f.

²⁶⁶ Monographisch *Mario Cebulla/Werner K. Kannenberg*, *Selbstverwaltung der Judikative. Die Gesetzentwürfe der Neuen Richtervereinigung*, 2012; siehe ferner *Horst Häuser*, *Selbstverwaltung der Gerichte: vertikal versus horizontal*, in: *KritV* 91 (2008), 410 ff. – Vergleichend *Thomas Schulte-Kellinghaus*, *Die Gesetzentwürfe des Deutschen Richterbundes und der Neuen Richtervereinigung zur Selbstverwaltung der Justiz – Ein Vergleich im Überblick*, in: *KritV* 93 (2010), 256 ff.; *Fuchs*, *Verfassungsmäßigkeit* (Fn. 261), 137 ff.; *Minkner*, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 256 ff.

²⁶⁷ Vgl. nochmals Fn. 265. Das „Zwei-Säulen-Modell“ ruht auf zwei Organen, dem Justizwahlausschuß (JWA; §§ 2–9 LJSvG) und dem Justizverwaltungsrat (JVR; §§ 10–20 LJSvG). Der JWA soll aus neun von ihren Kolleginnen und Kollegen gewählten Justizangehörigen und neun Landtagsabgeordneten bestehen; den Vorsitz führt der

die Sache grundsätzlicher an: Sie will das Beförderungssystem durch ein einheitliches Richteramt ersetzen und Leitungämter nur noch auf Zeit vergeben. Zugleich sieht sie Gremien vor, die zu zwei Dritteln von Richtern gewählt werden.²⁶⁸ Als „kleine Lösung“ begegnet die Abschaffung des externen Weisungsrechts der Justizminister gegenüber der Staatsanwaltschaft, die hier nicht weiterverfolgt werden soll.²⁶⁹

Landtagspräsident, der damit gleichzeitig die personelle Legitimation des Gremiums sicherstellt (zugleich bedürfen dessen Beschlüsse der doppelten Mehrheit im Sinne der oben unter → III.3 dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Der JWA wählt den JWR sowie dessen Spitze (Justizpräsident/in); dieses Gremium übernimmt *cum grano salis* die bislang vom Justizministerium ausgeübten Gerichtsverwaltungsaufgaben.

²⁶⁸ Konkret verknüpft das Modell die Aufwertung der Präsidien der einzelnen Gerichte mit der völligen Nivellierung der bisherigen Hierarchie der verschiedenen Richterämter: Richterinnen und Richter werden einheitlich eingestuft, Unterschiede in der Besoldung ergeben sich nur noch aus dem Lebensalter (jetzt: der Erfahrung). Führungspositionen werden auf Zeit vergeben (typischerweise durch Wahl der Richterinnen und Richter des betreffenden Gerichts). Institutionell überwölbt wird dieses „basisdemokratische“ Modell durch einen Richterwahlausschuss und einen Justizrat (jeweils auf Bundes- und Landesebene). Während im erstgenannten zwei Drittel der Mitglieder durch Parlamentswahl unmittelbar legitimiert sind (ihnen steht ein Drittel gegenüber, das von Richter-, Staats- und Rechtsanwaltschaft lediglich autonom legitimiert wird), drehen sich die Verhältnisse beim Justizrat (der wiederum im Kern die Aufgaben des bisherigen Justizministeriums übernimmt) um: Er besteht etwa auf Landesebene aus 20 Personen, die von Mitgliedern der Landesjustiz gewählt werden, denen aber nur zehn vom Parlament benannte Personen gegenüberstehen.

²⁶⁹ Sie wird wiederum gefordert von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates: Resolution 1685 (2009), Rz. 5.4.3 (to „abolish the possibility for ministers of justice to give the prosecution instructions concerning individual cases“) und dazu *Schneiderhan*, Unabhängigkeit (Fn. 4), 254; aufgenommen hat diesen Impuls die Landtagsfraktion der „Piraten“ in NRW: LT-Drs. 16/5281 „Politisches Weisungsrecht gegenüber Staatsanwälten abschaffen – selbstverwaltete Justiz ermöglichen – Gewaltenteilung stärken“; dazu statt aller kritisch die Stellungnahme von *Hinnerk Wißmann* (abrufbar unter http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/GB_I/I.1/Ausschuesse/A14_-_Rechtsausschuss/Anhoerungen.jsp). – Vgl. aus der deutschen Diskussion *Hans-H. Günter*, Das Berufsbild des Staatsanwalts in Deutschland an der Schwelle zum neuen Jahrhundert, in: DRiZ 2002, 55 ff. (sehr weitgehend, teils hypertroph); *Erardo C. Rautenberg*, Die Abhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft, in: GA 153 (2006), 356 ff.; *Klaus Pfortner* Die deutsche Staatsanwaltschaft: Marionette der Politik? Unabhängigkeit muss sein!, in: KritV 91 (2008), 455 ff.; *Gerhard Altvater* Die Emanzipation der Staatsanwaltschaft als Beitrag zur Unabhängigkeit der Justiz, ebd., 462 ff.; *Andrea Titz*, Weisungsfreie Staatsanwälte – *conditio sine qua non* für eine selbstverwaltete Justiz?, in: KritV 93 (2010), 260 ff.; *Heinz Stötzl*, Was „unabhängige Staatsanwaltschaft“ heißen kann, ebd., 268 ff.; *Mario Cebulla/Werner K. Kammenberg*, Der Staatsanwalt als Organ der Dritten Gewalt, in: dies., Selbstverwaltung (Fn. 266), 11 ff.; *Sebastian Dette*, Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, in: DRiZ 2014, 213; *Erardo C. Rautenberg*, Die deutsche Staatsanwaltschaft: „Objektivste Behörde“ mit viel Macht, aber geringem Ansehen – Was ist zu tun?, in: DRiZ 2014, 214 ff.; zur parallelen Debatte in Österreich nochmals *Wiederin* (Fn. 261); angesichts der italienischen Erfahrungen mit einer unabhängigen Staatsanwaltschaft kritisch *Minkner*, Ge-

Die verfassungsrechtliche Bewertung muss differenziert ausfallen. Das Grundgesetz räumt dem verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Gewaltenteilung einigen Spielraum ein, so dass eine Selbstverwaltung zwar nicht geboten, aber auch nicht ausgeschlossen ist.²⁷⁰ Das Modell des Richterbundes bedarf hier nur kleinerer Korrekturen und wäre nach einer entsprechenden Grundgesetzänderung wohl verfassungskonform.²⁷¹ Anderes gilt für das Projekt der NRV – ein Entscheidungsgremium, das zu zwei Dritteln aus von Richtern gewählten Organwaltern besteht, wäre in dieser Form nicht zulässig.²⁷²

In rechtspolitischer Perspektive bleibt die Frage, ob das Projekt seine Ziele erreichen kann. Zunächst wirkt die Hoffnung, ein „Justizpräsident“ könne beim Haushaltsgesetzgeber mehr „herausschlagen“ als der Justizminister,²⁷³ zumindest spekulativ.²⁷⁴ Wichtiger ist die Sorge, dass der Kern des Modells einen Denkfehler enthält: Die Selbstverwaltung soll angeblich dem Schutz der Unabhängigkeit dienen. Dass sie dies tatsächlich tut, hat sich aber in internatio-

richtsverwaltung (Fn. 1), 663 ff. – Als ein Argument begegnet hier auch der Verweis auf die in der Entstehung befindliche europäische Staatsanwaltschaft nach Art. 86 AEUV, die als unabhängige EU-Behörde ausgestaltet sein soll. Näher *Silke Nürnberger*, Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung, in: ZJS 2009, 494 ff. sowie jetzt monographisch (und erschöpfend) Katalin Ligeti (Hrsg.), Towards a Prosecutor for the European Union, Bd. 1, 2013; Bd. 2, 2014; *Edward Schramm*, Auf dem Weg zur Europäischen Staatsanwaltschaft, in: JZ 2014, 749 ff.

²⁷⁰ Gleichsinnig aus der neueren Diskussion etwa *Poseck*, Selbstverwaltung (Fn. 261), 185. Weitergehend weiterhin *Thomas Groß*, Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht, in: KritV 91 (2008), 347 (351), der den *status quo* als „[p]rinzipienwidrig“ einstuft.

²⁷¹ Konkret sieht das Modell derzeit eine Abwahl der Justizorganwalter entweder gar nicht oder nur mit Zweidrittelmehrheit vor (vgl. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 2 S. 2 LJSvG: die parlamentarischen Mitglieder des JWA werden mit Zweidrittelmehrheit gewählt und scheiden bei der Wahl eines Nachfolgers aus; für die aus der Justiz entstammenden Mitglieder des JWA fehlen entsprechende Regelungen). Diese Abwahlmöglichkeit (nur) mit Zweidrittelmehrheit verkennt aber den Unterschied zwischen parlamentarischer Verantwortlichkeit im Sinne von (politischem) Rückhalt bei der Mehrheit der Abgeordneten und der Möglichkeit der Volksvertretung, auf handhafte Rechtsverletzungen oder persönliche Verfehlungen zu reagieren. Die qualifizierte Mehrheit begegnet daher aus guten Gründen bei der Präsidenten- oder Richteranklage (Art. 61 Abs. 1 S. 3, 98 Abs. 1 S. 2 GG; vgl. auch § 105 Abs. 4 BVerfGG zur Entlassung von Richtern des Bundesverfassungsgerichts), nicht aber beim Misstrauensvotum (vgl. Art. 67 Abs. 1, 68 Abs. 1 GG). Unproblematisch ist – soweit ersichtlich – die Möglichkeit zur Abwahl der Mitglieder des JVR, die in Parallele zur Wahl mit einfacher (allerdings „doppelter“) Mehrheit abgewählt werden können (lies §§ 9 Abs. 2, 11 Abs. 1, 12 Abs. 2 LJSvG).

²⁷² Wie hier *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 267, 275.

²⁷³ Gegen-Kritik bei *Weber-Grellet*, Weitere Schritte 2 (Fn. 265), 48: Der Einwand „verkennt das Anliegen des Projekts“.

²⁷⁴ Wie hier pointiert *Papier*, Frage (Fn. 261), 197 sowie *Classen*, Selbstverwaltung (Fn. 261), 338.

nalen Vergleichsstudien nicht nachweisen lassen,²⁷⁵ und das hat auch gute Gründe: Die größten Gefahren für die individuelle richterliche Unabhängigkeit gehen von anderen (aufsichtsführenden) Richterinnen und Richtern aus.²⁷⁶ Dass es einen kategorialen Unterschied macht, ob diese ihr Amt aus der Hand der Exekutive oder aus der Gesamthand von Parlament und Richterkollegen erhalten haben, wäre noch darzutun (→ I. bzw. II.1). Die bislang dokumentierten Fälle der Verletzung der Unabhängigkeit durch Präsidien²⁷⁷ lassen zweifeln. Und mit der weitgehenden Abschaffung der richterlichen Hierarchie (→ IV.5) beseitigt die NRV zwar die Gefahr, dass die Rücksicht auf Karrierechancen sich auf richterliches Entscheidungsverhalten zumindest auswirken kann.²⁷⁸ Aber auch hier gilt, dass die Übertragung eines Leitungsamtes auf Zeit nicht begriffsnotwendig ausschließt, dass die Befugnisse übergriffig ausgeübt werden.

4. „Judicial Selection Committees“ und vergleichbare Mechanismen

Einen anderen Weg als die süd- und westeuropäischen Selbstverwaltungsprojekte gehen diejenigen Staaten und Institutionen, die entweder alle oder wenigstens herausgehobene Rechtsprechungsämter nur nach Einschaltung eines Gremiums mit besonderer Expertise vergeben.²⁷⁹ Dabei ist einmal mehr die Bandbreite der möglichen

²⁷⁵ Siehe *Violaine Autheman/Sandra Elena*, *Global Best Practices: Judicial Councils. Lessons Learned from Europe and Latin America*, 2004, 16f.; *Linn Hammergren*, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, 2002, 15ff. sowie insbesondere *Nuno Garoupa/Tom Ginsburg*, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in: *American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 103 (130): „Our preliminary conclusion, then, is that there is no evidence that judicial councils promote independence.“ Gleichsinnig zur italienischen Richterschaft *Minkner*, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 458, 644.

²⁷⁶ Näher *Wittreck*, *Verwaltung* (Fn. 1), 183. Zustimmend etwa *Isermann*, *Selbstverwaltung* (Fn. 261), 31; *Kramer*, *Selbstverwaltung* (Fn. 261), 3082.

²⁷⁷ Siehe etwa BVerfGE 17, 252 (262); BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), DRiZ 1991, 100 (100); BVerwGE 50, 11 (13ff.); 67, 222 (225); BGH NJW 1991, 425; DGH Frankfurt/M. DÖD 1988, 220; VG Frankfurt/M. LKRZ 2014, 378 (dort allerdings Rechtsverletzung verneint). Zu Übergriffen der Präsidien und Rechtsschutz dagegen *Wittreck*, *Verwaltung* (Fn. 1), 185, 357f. (mwN).

²⁷⁸ Siehe dazu nur *Carsten Löbber*, *Ohne Furcht und Hoffnung – Zu den personellen und strukturellen Voraussetzungen einer Selbstverwaltung der Justiz*, in: *KritV* 91 (2008), 434ff.

²⁷⁹ Dieses Modell begegnet namentlich in Großbritannien sowie auf europäischer Ebene; siehe zur „Judicial Appointments Commission“ *Kate Malleon*, *Appointment, discipline and removal of judges: fundamental reforms in the United Kingdom*, in: *Hoong Phun Lee* (Hrsg.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, 2011, 117 (118ff.); *Shimon Shetreet/Sophie Turenne*, *Judges on Trial*, 2. Aufl. 2013, 102ff. sowie jetzt *v. Bernstorff*, *Gerichtsverwaltung* (Fn. 1), 254ff., 288ff. sowie zum Ausschluß nach Art. 255 AEUV knapp *Sydow/Wittreck*, *Verfassungsrecht I* (Fn. 55), Kap. 12 Rn. 26;

Gestaltungen groß,²⁸⁰ wobei die entscheidenden „Stellschrauben“ die vom Verfahren erfassten Rechtsprechungsämter (b), die Zusammensetzung und Bestellung des Gremiums (c) sowie dessen Verhältnis zu den für die Letztentscheidung verantwortlichen und demokratisch legitimierten Entscheidungsträgerinnen und -trägern sind (d). Zuvor sind allerdings die möglichen Leistungen einer solchen Konstellation für die richterliche Unabhängigkeit zu analysieren (a).

a) Externe Expertise und Unabhängigkeit

Stellt man in Rechnung, dass jegliche Entscheidung über eine „Beförderung“ innerhalb eines Rechtssystemes eine Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit dahingehend ist, dass beförderungswillige Richterinnen und Richter wenigstens darüber spekulieren *könnten*, welche Erwartungen die über ein solches Avancement entscheidenden Personen entweder hegen oder doch hegen könnten, so folgt aus der Einschaltung einer weiteren Institution in den Prozess im Grunde lediglich eine Verschiebung des Problems – hier gilt für Selbstverwaltungsorgane (→ IV.3), Richterwahlausschüsse (→ III.3 bzw. III.5.a) oder Gremien besonderer Expertise im Kern nicht anderes: Solange bekannt ist, wer über die Beförderung entscheidet, steht die Frage im Raum, welche Rechtsprechung den Entscheidenden genehm oder besonders genehm sein könnte. Wirklich durchbrechen ließe sich dieser Konnex nur durch Losentscheidung (→ IV.2) oder eine Anonymisierung der Entscheidenden – eine Konsequenz, die sich wiederum schlecht mit der demokratischen Legitimation wie der öffentlichen Verantwortung der Betroffenen verträgt.

Allerdings lassen sich – abhängig von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall – durchaus unabhängigkeitsrelevante Leistungen der Einschaltung von Gremien besonderer Expertise plausibel machen oder benennen. Das gilt zum einen für die zumindest teilweise Trennung der Entscheidung über die „Beförderung“ von den sonstigen Möglichkeiten der Einwirkung auf die Rechtsprechung. Das deutsche System der Gerichts- und Justizverwaltung ist gegenwärtig dadurch gekennzeichnet, dass die Fäden für die Beförderungsvorentscheidungen (dienstliche Beurteilungen und Erprobung; → III.4), negative Beförderungsvorentscheidungen (Maßnahmen der Dienstaufsicht bzw. Disziplinarmaßnahmen; → III.6.c) sowie die positiven Beförderungsvorentscheidungen in einer Hand zusammenlaufen (näm-

eingehend *Jean-M. Sauvé*, Selecting the European Union's judges. The practice of the Article 255 Panel, in: Bobek, Selecting (Fn. 63), 78 ff.

²⁸⁰ Vgl. dazu näher das Referat von *Anne Sanders*, dem hier nicht vorgegriffen werden soll.

lich dem Justizministerium bzw. dem von diesem Beauftragten). Die Einschaltung eines Gremiums besonderer Expertise, das lediglich über die mögliche „Beförderung“ entscheidet, ohne in Beurteilung und Dienstaufsicht eingebunden zu sein, verspricht insofern einen (durchaus bescheidenen) Gewinn an Unabhängigkeit, als sich nicht die Frage stellt, wie seine Mitglieder im Justizalltag auf „Kleinigkeiten“ reagieren, die im Zweifelsfall gar nicht zu ihrer Kenntnis gelangen.

Das Gremium nach Art. 255 AEUV markiert einen anderen denkbaren Effekt derartiger Institutionen. Hier bewirkt offenbar die Heranziehung von Personen herausgehobener Expertise wie herausgehobener Selbsteinschätzung, dass es den anschließend zur eigentlichen Entscheidung berufenen Amtsträgerinnen und Amtsträgern erkennbar schwer fällt, das Resultat der Beratungen des Gremiums zu ignorieren oder zu übergehen. Zugleich sollte klar sein, dass dieser Befund nicht in der Fläche reproduzierbar ist. Schon auf europäischer Ebene ist erkennbar, dass hier die Resultate für den Europäischen Gerichtshof iSv Art. 253 AEUV anders ausfallen als für die nachgelagerten Instanzgerichte der Union iSv Art. 254 AEUV (siehe den nächsten Punkt).

b) Erfasste Rechtsprechungsämter

Das Gremium nach Art. 255 AEUV belegt sehr deutlich, dass die Besetzung von Rechtsprechungsämtern von der Öffentlichkeit sehr unterschiedlich wahrgenommen und bewertet wird. Während die Vergabe der Posten am Bundesverfassungsgericht, am Europäischen Gerichtshof oder am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aus guten Gründen als „Politikum“ verhandelt und entsprechend kritisch beäugt wird, bleibt die Ernennung von Richterinnen und Richtern am Amtsgericht Üchtelstücht regelmäßig unter dem Radar der öffentlichen Aufmerksamkeit. Daraus dürfte sich die Schlussfolgerung ziehen lassen, dass die Einbeziehung externer und von der herkömmlichen Gerichtsverwaltung getrennter Expertise erst ab einem näher zu bestimmenden „Schwellenwert“ positive Effekte generieren wird. Ob man diesen bereits bei den Obergerichten der Länder oder aber bei den obersten Bundesgerichten ansetzt, ist dabei eine Frage der Praktikabilität und Zweckmäßigkeit.

c) Besetzung und Bestellung des Expertise-Gremiums

Eingedenk der überkommene Maxime „*quis iudicabit?*“ stellt sich ferner die Frage, wer über die Zusammensetzung eines entsprechenden Auswahl- oder Beratungsgremiums zu entscheiden hat. Dabei ist zwischen der Rechtsgrundlage eines solchen Gremiums

und der konkreten personellen Zusammensetzung zu unterscheiden. In beiden Fällen sind die Vorgaben der richterlichen Unabhängigkeit wie der demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt zu beachten.

Die Rechtsgrundlage wäre in Bundes- oder Landesverfassung oder aber in den RichterGesetzen des Bundes oder des jeweiligen Landes zu schaffen (in Betracht käme ferner ein eigenes Gesetz nach dem Vorbild des Richterwahlgesetzes des Bundes). Die parlamentarische Verabschiedung garantierte zugleich die institutionelle wie – je nach den für die Auswahl enthaltenen Vorgaben – die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation des Gremiums. Der im Wortsinn springende Punkt bleibt die *personelle* demokratische Legitimation der Mitglieder eines entsprechenden Gremiums. Dabei dürfte nochmals zu unterscheiden sein, ob es lediglich Entscheidungen anderer Stellen vorbereitet (so der Ausschuss nach Art. 255 AEUV) oder diese letztlich trifft. Im ersten Fall wäre nach der einschlägigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine geminderte Legitimation möglich, da die uneingeschränkte demokratische Legitimation nur für staatliches Handeln mit Entscheidungscharakter notwendig ist.²⁸¹ Im zweiten Fall wäre eine lückenlose „Legitimationskette“ zu fordern, die sowohl durch eine Bestellung durch das Parlament als auch durch eine Bestellung durch ihrerseits legitimierte und parlamentarisch verantwortliche Vertreterinnen und Vertreter der Exekutive gewährleistet wäre. Die vom CCJE geforderte Wahl durch Richterinnen und Richter²⁸² würde hingegen eine solche ebenso wenig gewährleisten wie eine Auswahl etwa durch die Anwaltschaft.

Sub specie Unabhängigkeit ist – soviel vorab – in theoretischer wie praktischer Perspektive keine Gestaltung in Sicht, die letzte Sicherheit gibt. Solange Personen über die Auswahl von Personen entscheiden, werden persönliche Elemente eine Rolle spielen und die auf das Ausgewähltwerden spekulierenden Spekulationen über die von den Auswählenden bei der Auswahl angelegten Kriterien und Präferenzen anstellen. Allerdings lassen sich eingedenk der Erfahrungen mit real existierenden Auswahlgremien und Erkenntnissen der Verhaltensforschung durchaus Maximen formulieren, die für oder gegen bestimmte Gestaltungen sprechen.

Es ist zunächst evident, dass richterlicher Sachverstand in einem solchen Gremium nicht fehlen darf. Allerdings belegen die Erfahrungen mit Präsidien, Präsidialräten und Richterwahlausschüssen (sowie ausländischen Gremien), dass kraft Amtes amtierende hoch-

²⁸¹ BVerfGE 93, 37 (std. Rspr.); aus der Literatur (jeweils mwN) Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 115 ff.; Tschentscher, Legitimation (Fn. 88), 148 ff., 189 ff.; Minkner, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 48 ff.

²⁸² Siehe oben Fn. 3.

rangige Richterinnen und Richter Auswahl- und sonstige Leitungsbefugnisse zu vermengen neigen und daher wohlgerne institutionell ungeeignet sind, die spezifisch richterliche Expertise in den Auswahlprozess einzubringen. Auch eine Wahl durch die Richterschaft erfolgt aller bislang publizierten Erfahrung nach entlang den Bruchlinien der Verbands- oder Parteizugehörigkeit²⁸³ und trägt damit unsachliche Elemente in das Auswahlverfahren hinein. Vorzugswürdig wäre hier tatsächlich ein Losentscheid, der unter den ranghöchsten Richterinnen und Richtern der jeweils betroffenen Landes- oder Bundesgerichtsbarkeit erfolgt und dabei Vertreterinnen und Vertreter der Gerichtsverwaltung bewusst ausschließt.

Namentlich die Erfahrungen der deutschen Richterwahlausschüsse belegen, dass Angehörige der Parlamente zwar unmittelbare demokratische Legitimation mitbringen mögen, aber auch die deutliche und schwer zu unterdrückende Neigung, Rechtsprechungsposten als Teil der „Verteilungsmasse“ anzusehen. Sie sind daher strukturell in einem Expertisegremium fehl am Platze. Hingegen bieten sich Personen aus der Rechtswissenschaft wie der Anwaltschaft an.

d) Verhältnis des Gremiums zu den demokratisch legitimierten Entscheidenden

Auch bezüglich des letzten Punktes bieten sich verschiedene Gestaltungen an. Im Kern geht es um die Frage, ob das Gremium nur eine Empfehlung abgibt, an die anschließend Parlament, Wahlausschuss oder Ministerium nicht gebunden ist (evtl. kombiniert mit dem Zwang, eine Abweichung zu begründen, oder eine solche Abweichung mit qualifizierter Mehrheit vorzunehmen), oder ob das Gremium tatsächlich die Auswahlentscheidung trifft, die dann – evtl. nach einer Missbrauchsprüfung – vom Bundes- oder Ministerpräsidenten durch Ernennung zu vollziehen wäre. Angesichts der dargelegten Proporzeffekte, die sich bei der Beteiligung von parteipolitisch gebundenen Akteuren einstellen, neigt der Verf. der letztgenannten Lösung zu.

5. Weitgehende Abschaffung der justizinternen Hierarchie (Modell der Neuen Richtervereinigung)

Im Rahmen der Selbstverwaltungsdebatte (→ IV.3) ist bereits der Vorschlag der Neuen Richtervereinigung umrissen worden, ein einheitliches Amt des „Richters“ oder der „Richterin“ zu schaffen und

²⁸³ Das ist evident in Frankreich und Italien; siehe näher die Darstellungen von *Minkner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 405 ff. sowie von *Faissner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 29 ff., 166. Aber auch in Deutschland lassen sich entsprechende Befunde in den Richterwahlausschüssen verzeichnen: → III.3.

Leitungspositionen nur noch auf Zeit zu vergeben und mit Zulagen zu vergüten.²⁸⁴ Hier muss der Hinweis genügen, dass auch dieses Modell nur die „weitreichende“ Abschaffung der justizinternen Hierarchie bewirken kann. Das Problem dürften dabei weniger die nur auf Zeit besetzten Leitungämter sein, sondern vielmehr der von den verschiedenen Prozessordnungen wie dem Gerichtsverfassungsgesetz vorgegebene Instanzenzug – ein Amt am Bundesgerichtshof oder am Bundesverwaltungsgericht verschafft nun einmal mehr Macht und mehr Einfluss als der Posten an einem Amts- oder Landgericht;²⁸⁵ dies gilt insbesondere für die Möglichkeit, Entscheidungen der dortigen Kolleginnen und Kollegen zu prüfen und gegebenenfalls zu verwerfen. Selbst wenn man eine einheitliche Besoldung als erstens zulässig²⁸⁶ und zweitens gegeben unterstellt, dürfte die Attraktivität der verschiedenen Rechtsprechungsämter noch einmal deutlich auseinanderfallen und wirft – mit allen Konsequenzen für die Unabhängigkeit – die Gretchenfrage auf, wer diese Zuordnungsentscheidung trifft.

6. Änderung des Rekrutierungsmusters der deutschen Justiz

Traditionell rekrutiert die deutsche Justiz gerne „frisch vom Baum“ – Hauptzielgruppe sind die Absolventinnen und Absolventen des Zweiten Staatsexamens, die sich in einzelnen Bundesländern sogar mit Ausschlussfristen für die Bewerbung um ein Rechtsprechungsamt konfrontiert sehen.²⁸⁷ Konsequenz sind vergleichsweise junge Richterinnen und Richter, die womöglich schon mit Mitte zwanzig ohne die Möglichkeit der Rückversicherung bei erfahrenen Kolleginnen oder Kollegen Strafsachen zu entscheiden haben.²⁸⁸ Obwohl gegenwärtig in einzelnen Ländern ein – zu begrüßender –

²⁸⁴ Oben Fn. 268.

²⁸⁵ Grenzwertig unsensibel der Bundesgerichtshof: Entsch. v. 24.1.2018, 1 StR 36/17, veröffentlicht in BGHSt 63, 75 (Rn. 10), der tatsächlich von einem „Gericht geringeren Ranges“ spricht.

²⁸⁶ Die Vorstellung, eine Richterin am Bundesgerichtshof genauso zu besolden wie einen Richter am Amtsgericht, dürfte mit der bisherigen Rechtsprechung kollidieren, die davon ausgeht, dass mit einer höheren Verantwortung auch eine höhere Besoldung einhergehen muss: BVerfGE 114, 258 (293); 139, 64 (118, Rn. 111).

²⁸⁷ Dies ist traditionell der Fall in Bayern: Hier muss eine Bewerbung „regelmäßig“ binnen drei Jahren nach dem Termin der mündlichen Prüfung im Zweiten Staatsexamen erfolgen: Siehe die „Bewerbungsmodalitäten“ unter <https://www.justiz.bayern.de/berufe-und-stellen/richter-und-staatsanwaelte/> (zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

²⁸⁸ Vgl. die Reportage von *Philipp Awounou*, Katrin ist 26 – und schickt Straftäter ins Gefängnis (<https://www.bento.de/politik/beruf-richterin-katrin-ist-26-und-schickt-straftaeter-in-den-kaerker-a-787dc4f1-4384-4290-ae02-48a2abf3d708>; zuletzt abgerufen am 17.2.2020).

Trend zu verzeichnen ist, auch Bewerberinnen und Bewerber zu berücksichtigen, die bereits Berufserfahrung als Anwälte erworben haben,²⁸⁹ bleibt ein markanter Unterschied zur englischen Praxis, gerade für höhere Richterämter gezielt solche Bewerberinnen und Bewerber anzusprechen, die eine erfolgreiche Laufbahn als Anwalt oder Anwältin absolviert haben und das entsprechende Prestige mit einbringen (wobei einzuräumen ist, dass sich auch in Großbritannien die Anzeichen dafür mehren, dass die Justizlaufbahn nach kontinentalem Vorbild zu einem bürokratischen *cursus honorum* mutiert).²⁹⁰ Eine vergleichbare Rekrutierung von erfahrenen Anwältinnen und Anwälten gerade für die oberen Instanzgerichte hat zwar nur mittelbar Unabhängigkeitsrelevanz, vermindert aber die dargelegte Gefahr der negativen Kooptation durch die Personalauswahl nach dem Gesetz der Ähnlichkeit (→ III.3 und III.5.a). Konkret nachdenken sollte man über verstärkte Heranziehung von Personen aus der Anwaltschaft für die obersten Bundesgerichte: Was spricht eigentlich – in Anlehnung an die „Richter-Richter“ am Bundesverfassungsgericht – dagegen, in den Senaten etwa des Bundesgerichtshofs verbindlich Anwalts-Richterinnen und -Richter mit einer näher zu bestimmenden Berufserfahrung vorzusehen?²⁹¹

V. Die denkbaren „Garantieleistungen“ von Besetzungsverfahren

Abschließend steht damit die Frage im Raum, was Besetzungsverfahren in Sachen Unabhängigkeit überhaupt leisten können. Dabei dürfte zwischen richterlicher Unabhängigkeit im engeren Sinne (1.), Qualität (2.) und der Immunisierung gegenüber der Parteipolitik zu unterscheiden sein (3.).

1. Sachliche und persönliche Unabhängigkeit

Zum ersten Punkt ist schlicht Demut angesagt: Es dürfte kein Verfahren der Besetzung von Rechtsprechungsämtern geben, dass *per se* oder als solches sicherstellt, dass die auf diese Weise in das Amt beförderten Personen anschließend in sachlicher wie persönlicher Un-

²⁸⁹ Der Wechsel zur rein männlichen Form erfolgt bewusst; wenigstens in einzelnen OLG-Bezirken dient die Rekrutierung von Bewerbern mit Berufserfahrung als Anwalt nämlich auch ganz offensichtlich der Ausbalancierung von männlichen und weiblichen Aspirantinnen und Aspiranten auf ein Rechtsprechungsamt.

²⁹⁰ Siehe mwN Wittreck, Verwaltung (Fn. 1), 588f.; näher jetzt v. Bernsdorff, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 275 ff.

²⁹¹ Zum *status quo* nur Barton, Richterbiografien (Fn. 156), 948: „Wer irgendwann einmal die Anwaltsrobe getragen hat, erhält später nicht die rote Robe.“

abhängigkeit entscheiden (können). Es mag in umgekehrter Perspektive Verfahren geben, die in der Theorie wie in der Praxis mit einiger Sicherheit die Unabhängigkeit der Betroffenen gefährden. Dies gilt namentlich für alle Verfahren der Bestätigung oder Wiederwahl, die letztlich darauf hinauslaufen, dass die Wählerinnen und Wähler bzw. die für die Bestätigung Verantwortlichen prüfen, ob der Richter oder die Richterin das Amt „richtig“ ausgefüllt hat („richtig“ verstanden im Sinne der Interessen derjenigen, die ihn oder sie gewählt oder mit dem Amt beauftragt haben). Das aber ist das Gegenteil von persönlicher Unabhängigkeit – nämlich die Furcht oder wenigstens Sorge, wegen der konkret in sachlicher Unabhängigkeit getroffenen Entscheidungen das eigene Amt zu verlieren. Hier gilt namentlich in Ansehung von Erfahrungen aus den USA²⁹² und der Schweiz:²⁹³ *vestigia terrent*.²⁹⁴

Im Übrigen aber dürfte gelten, dass jedem Verfahren der ursprünglichen Personalauswahl bzw. der anschließenden Beförderung das Risiko innewohnt, dass diejenigen, die ausgewählt bzw. befördert werden wollen, darüber nachdenken werden, welche Präferenzen die Auswählenden in Sachen Richterinnen- oder Richterpersönlichkeit oder im schlimmsten Fall der Ausrichtung der Rechtsprechung haben oder wenigstens haben könnten. Dieser „Erwartungs-Verhaltens-Zusammenhang“ lässt sich vielleicht verdünnen, kaum aber vollständig durchtrennen (außer durch die Auswahl durch das Los, die aber aus den dargelegten Gründen unzulässig und auch untunlich sein dürfte: → IV.2 und 4). Denn zunächst einmal ist dieser Konnex gewaltenteilungsneutral, also völlig unabhängig davon, ob die Auswählenden nun *formaliter* oder *materialiter* der Legislative, Exekutive oder Judikative angehören. Hier ist weder in der Theorie intersubjektiv nachvollziehbar dargelegt noch in der Praxis plausibel belegt, dass etwa der bloße Umstand, dass die Entscheidenden selbst richterliche Unabhängigkeit genießen, eine strategische oder interessenorientierte Auswahl sowie in der Folge derselben Anpassungsstrategien der Betroffenen ausschließen könnte – die Fälle der „Kaltstellung“ von Richterinnen und Richtern durch Präsidien (→ I.) sowie die ganz offenbar nach dem Gesetz der Ähnlichkeit funktionierende Mitwirkung

²⁹² Konkret lässt sich hier nachzeichnen, dass namentlich in „Wiederwahlkämpfen“ sowohl Interessengruppen eine dominierende Rolle spielen als auch eine „Notenvergabe“ für die bisherige Amtsführung erfolgt. Näher *Gardner Geyb, Who* (Fn. 244), 85 ff. sowie jetzt eingehend *Michel, Gerichtsverwaltung* (Fn. 1).

²⁹³ Hier sind Vorfälle aktenkundig, in denen von einzelnen Parteien „portierte“ Richterinnen und Richter regelrecht einbestellt worden sind, um ihnen klar zu machen, dass ihre bisherige Rechtsprechung nicht den Erwartungen entsprach: vgl. *Grünstäudl, Richterauswahl* (Fn. 90), 320 f.

²⁹⁴ Wörtlich: „Die Spuren schrecken“.

der Präsidialräte einzelner oberster Bundesgerichte (→ III.5.a) sprechen hier Bände. Die Forderung nach richterlicher Selbstverwaltung ist insofern reine Augenwischerei – zumindest in Sachen *persönlicher* wie *sachlicher* Unabhängigkeit (näher → IV.3).

Wenigstens verdünnen lässt sich der Zusammenhang von Erwartung und (möglicher) Verhaltensanpassung, indem entweder eine Funktionentrennung stattfindet, also die verschiedenen Aufgaben, die potentiell unabhängigkeitssingerent sind (namentlich Auswahl, Dienstaufsicht und „Beförderung“) in die Hände unterschiedlicher Institutionen gelegt werden (bis zu einem gewissen Grade funktioniert die deutsche Gerichtsverwaltung schon heute nach diesem Muster, da sie neben der – allerdings dominierenden – Gerichtsverwaltung „Verursachungsbeiträge“ der Präsidien, Präsidialräte und Richterdienstgerichte sowie [landesabhängig] der Richterwahlausschüsse verzeichnet).²⁹⁵ Eine solche Ausdifferenzierung reduziert die Gefahr der Verhaltensanpassung, indem sie die Zahl der handelnden Personen vergrößert, an deren Erwartungen sich Richterinnen und Richter zumindest orientieren könnten. Sie bringt allerdings auch die Gefahr von Reibungsverlusten und Doppelarbeit mit sich.

Der deutlichste Verdünnungsgewinn würde entweder mit dem Entwurf der Neuen Richtervereinigung (einheitliche Rechtsprechungsämter und Vergabe von Führungspositionen auf Zeit) oder dem oben umrissenen Modell einhergehen, zwar nicht die Richterinnen und Richter, wohl aber die Mitglieder der Auswahlkommissionen auszulösen (→ IV.2 bzw. IV.4).

2. Qualität

Wie dargelegt, weisen die in Deutschland obwaltenden Auswahl- und Beförderungssysteme je eigene Schwächen in Sachen Qualitätssicherung bzw. in Sachen Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG auf; diese Systeme lassen sich optimieren, aber kaum so ausgestalten, dass eine Qualitätsauswahl auf stets und allerorts gleichbleibend hohem Niveau sichergestellt wird. Ähnlich wie *sub specie* Unabhängigkeit lassen sich allerdings solche institutionellen Vorkehrungen bzw. Verfahrensausgestaltungen namhaft machen, die positiv schädlich sind. Als solche hat das Gutachten die Einschaltung von Richterwahlausschüssen sowie die Ausgestaltung der Mitwirkung der Präsidialräte namentlich der Bundesgerichte benannt (→ III.3 bzw. III.5.a). Umgekehrt hat der Verfasser nach wie vor einige Sympathie für die Praxis der bayerischen Justizverwaltung, sich bei der Ersteinstellung von Richterinnen und Richtern – vorbehaltlich erkennbarer persönlicher Defizite wie eingeschränkter Kommunikations- oder Empa-

²⁹⁵ Näher dazu Wittreck, Self-Government (Fn. 1).

thiefähigkeit – strikt an der Note des Zweiten Staatsexamens zu orientieren.²⁹⁶ Das provoziert zwei naheliegende Einwände: Erstens dürfte allen, die am rechtswissenschaftlichen Prüfungswesen beteiligt sind, die Relativität der Aussagekraft von Noten schon für die allgemeine juristische Leistungsfähigkeit der so Bewerteten handgreiflich vor Augen stehen. Zweitens ist offensichtlich, dass der Beruf des Richters oder der Richterin eine ganze Reihe von Fähigkeiten erfordert, die über das professionelle Lösen von Klausuren sowie die erfolgreiche Präsentation in einer mündlichen Prüfung substantiell hinausgehen. Zugleich eröffnet eine solche wertende Berücksichtigung (holzschnittartig formuliert) „sozialer“ Kompetenzen aber den Auswählenden erhebliche Beurteilungsspielräume, die sich als Einfallstor etwa für parteipolitische Erwägungen (man mag hier „Partei“ durch jede andere identitätsbildende Gruppenzugehörigkeit von „katholisch“ bis „vegan“ ersetzen) bestens eignen – und das schließt das bayerische Modell einigermassen zuverlässig aus.

Damit steht zugleich die Frage im Raum, ob sich ein wissenschaftlich belastbarer Konnex zwischen Qualität und Unabhängigkeit herstellen läßt. Hier neigt der Verfasser zur Skepsis. Es mag plausibel sein, dass ein Richter oder eine Richterin, dem oder der nur allzu bewußt ist, dass er bzw. sie von einer einflussreichen Person (sei es ein Mitglied eines Richterwahlausschusses, eine Gerichtspräsidentin oder ein Mitglied eines Selbstverwaltungsorgans) ungeachtet der fehlenden oder zumindest im Vergleich zu den Mitbewerberinnen und -bewerbern deutlich abfallenden Qualifikation in ein Rechtsprechungsamt „gehievt“ worden ist, eine stärkere Neigung verspürt, in der weiteren Rechtsprechungstätigkeit aus Dankbarkeit oder Furcht mehr Rücksichten auf die (womöglich wiederum imaginierten) Interessen dieser Person zu nehmen als eine Person, die selbstbewusst davon ausgeht, dass ihr Erfolg das Ergebnis einer korrekten Bestenauslese im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG ist. Ebenso mag plausibel sein, dass ein Auswahlverfahren, welches tatsächlich allein oder doch – für alle Beteiligten wahrnehmbar – zuallererst auf Qualität basiert, den Spielraum für die oben beschriebenen Anpassungsprozesse merklich verengt: Wer weiß, dass nur das Angebot von Qualität dem eigenen Fortkommen dient, hat keine Anreize, dieselbe durch signalisierte Fügsamkeit oder ideologische Familienähnlichkeit zu ergänzen oder gar zu substituieren. Schließlich ist zu erwarten, dass Rechtsprechungspersonen, die gut ausgebildet und sich der eigenen Qualität bewusst sind, weniger empfänglich dafür sollten, von dieser Qualität (verstanden als unparteilicher Orientierung am Gesetz und

²⁹⁶ Dazu *Wittreck*, Dritte Gewalt (Fn. 1), 418 sowie *Tschentscher*, Legitimation (Fn. 88), 344; zuletzt *Faissner*, Gerichtsverwaltung (Fn. 1), 256 f.

nur am Gesetz) Abstriche zu machen, indem sie im weitesten Sinne ideologischen „Beifang“ in ihren Entscheidungen dulden oder diese auf dem Altar einer womöglich von der Gerichtsspitze insinuierten Erledigungskultes zu opfern. Wenn man die vielzitierte „innere Unabhängigkeit“ aber letztlich richtig als persönlichen Habitus, Tugend oder ethischen Kompass deutet, belegen nur allzu viele historische (wie wohl auch gegenwärtige) Beispiele, dass Qualität im Sinne von Intelligenz und Kompetenz derlei Persönlichkeitsmerkmale weder garantiert noch notwendig mit ihnen korreliert.

3. Immunisierung gegenüber dem parteipolitischen Prozess

Vergleichsweise zuverlässig vermögen Besetzungsverfahren schließlich den genuin parteipolitischen Einfluss auf die Auswahl der Inhaberinnen und Inhaber von Rechtsprechungsämtern auszuschließen oder wenigstens zu mindern. So führen – in Theorie wie Praxis validiert – qualifizierte Mehrheiten für die Wahl von herausgehobenen Rechtsprechungsämtern dazu, dass lediglich Kandidatinnen und Kandidaten präsentiert werden, die der jeweils „anderen“ Seite wenigstens vermittelbar sind (→ III.5.a). Wichtiger dürfte die Verhinderung von sog. Paketlösungen sein, weshalb hier für die ersatzlose Abschaffung der insofern völlig dysfunktionalen Richterwahlausschüsse auf Landesebene votiert wird. Denn die Mitwirkung von parteipolitisch gebundenen Parlamentarierinnen und Parlamentariern führt nicht allein zur Inkaufnahme von Qualitätsminderungen, wenn sich anderweitig niemand finden lässt, den man „portieren“ könnte, sondern legt Richterinnen und Richtern auch nahe, zumindest die Nähe zu Parteien zu suchen bzw. „Linientreue“ unter Beweis zu stellen, die weder ihrer Unabhängigkeit dient noch der Dritten Gewalt im Ganzen gut tut.

VI. Schluss: Von der möglichen Unmöglichkeit, Rechtsinstitute zu regeln, die auf vor- und außerrechtlichen Voraussetzungen beruhen

Wenn gegenwärtig über den Zustand der Justiz diskutiert wird, steht stets Polen als warnendes Beispiel im Raum.²⁹⁷ Der Verfasser des vorliegenden Gutachtens erinnert sich lebhaft an eine Zusam-

²⁹⁷ Jüngste Beiträge: *Wojciech Piątek*, Die Herabsetzung des Ruhestandalters im Lichte des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit, in: NJ 2019, 423 ff.; *Ingo Werner*, In stürmischen Zeiten klaren Kurs gehalten, in: DRiZ 2019, 416 f.; *Christoph Möllers*, Reflexion über den Rechtsstaat, in: ZRP 2020, 20 ff.; *Matthias Schröter*, Raubbau am Rechtsstaat – Schweigemarsch in Warschau, in: DRiZ 2020, 46 f.; vgl. auch die folgende Fn., sowie zuletzt die Entscheidung des EuGH v. 8.4.2020 (Fn. 79a).

menkunft von Forscherinnen und Forschern in Prag, bei der eine Kollegin aus Polen ihn und einen Kollegen aus Österreich deutlich darauf aufmerksam machte, dass das gerade Vorgetragene in etwa (und damit in ganz und gar beunruhigender Weise) dem Programm der gegenwärtigen polnischen Regierung entspreche.²⁹⁸ In der Tat ist das Spannungsverhältnis von demokratischer Legitimation und richterlicher Unabhängigkeit letztlich unauflösbar: Richterinnen und Richter üben eine (mitunter erhebliche) Macht aus, die letztlich auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden können muss.²⁹⁹ Gleichzeitig müssen diese Entscheidungsträgerinnen und -träger gegen den aktuellen Volkswillen dergestalt isoliert werden, dass die jeweilige Mehrheit nicht ungebremst und ungefiltert auf die Justiz Zugriff nehmen kann. Das Parlament mag Sachgesetze ändern, muss aber daran gehindert werden, entweder konkrete Rechtsprechungspersonen für ihre Judikatur zu sanktionieren oder das institutionelle Setting zugunsten der augenblicklichen Mehrheit zu ändern. Während der letzte Punkt noch rechtstechnisch über qualifizierte Mehrheiten sichergestellt werden kann, dürfte das Recht daran scheitern, eine politische Kultur herauszubilden, die Entscheidungsträgerinnen und -träger davor zurückschrecken lässt, die ihnen im Wege demokratischer übertragenen Kompetenzen letztlich einseitig auszuüben oder zu missbrauchen (was in Polen erkennbar geschieht). Letztlich gilt die beunruhigende Einsicht: Staat und Union können die richterliche Unabhängigkeit garantieren, nicht aber die vor- und außerrechtliche Voraussetzungen, auf denen sie aufruht.³⁰⁰

²⁹⁸ Gleichsinnig etwa *Anne Sanders/Luc von Danwitz*, Selecting Judges in Poland and Germany. Challenges to the Rule of Law in Europe and Propositions for a new Approach to Judicial Legitimacy, in: *German law journal* 19 (2018), 769 (816).

²⁹⁹ Siehe nur *Carlo Guarnieri/Patricia Pedersoli*, The Power of Judges, 2002 sowie die Studie von *Britta Rehder*, Rechtsprechung als Politik. Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland, 2011.

³⁰⁰ Luzide zur deutlich vom Normtextbestand zu trennenden „Kultur der Unabhängigkeit“ *Anne Sanders*, Ein Stress-Test der Rechtsstaatlichkeit, in: *ZRP* 2017, 230 (230). Vertiefend *Eirik Holmøyvik/dies.*, A stress test for Europe’s judiciaries, in: *European yearbook of constitutional law* 1 (2019), 289ff.

Zentrale Thesen

1. In internationalen wissenschaftlichen Studien schneidet die deutsche Justiz in Sachen Unabhängigkeit regelmäßig überdurchschnittlich gut ab. Zu anderen Ergebnissen kommen lediglich interessierte Stellungnahmen wie diejenigen des *Consultative Council of European Judges* (CCJE), die eine Prämisse der *institutionellen* Unabhängigkeit der Rechtsprechung wohlgemerkt voraussetzen, aber nicht begründen. Diesen Dokumenten fehlt es allerdings sowohl an Kohärenz als auch an rechtlicher Verbindlichkeit.
2. Richterliche „Unabhängigkeit“ ist nach deutschem wie europäischem Verfassungs- und Dienstrecht als sachliche und persönliche Unabhängigkeit der in der Rechtsprechung tätigen Personen und Spruchkörper zu verstehen. Ein Konzept der institutionellen Unabhängigkeit ist der deutschen wie der europäischen Rechtsordnung hingegen fremd und weist insbesondere keinerlei notwendige Korrelation mit der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der in der Rechtsprechung tätigen Amtsträgerinnen und Amtsträger auf.
3. Die „Besetzung“ von Rechtsprechungsämtern umfasst die Ernennung für ein solches Amt, die Auswahlentscheidung, die mit einer „Beförderung“ in ein höheres Rechtsprechungsamt einhergeht, sowie in negativer Perspektive – namentlich wegen der damit verbundenen Einschränkung oder präziser Aufhebung der persönlichen Unabhängigkeit – auch die Möglichkeiten, sich eines Amtsträgers oder einer Amtsträgerin der Judikative später wieder zu entledigen.
4. Das Grundmodell der Ernennung von Richterinnen und Richtern durch die Exekutive weicht in zahlreichen Bundesländern einer faktischen Kooptation, die die Auswahl des Rechtspersonal in die Hände von Richterinnen und Richtern legt, die kraft ihrer bereichsspezifischen Weisungsabhängigkeit *formaliter* der Exekutive zuzurechnen sein mögen, nach Sozialisation und Denkungsart aber *materialiter* Teil der Judikative sind und bleiben.
5. Die nach Art. 98 Abs. 4 GG möglichen Richterwahlausschüsse in den Ländern haben die in sie gesetzten Hoffnungen einer „Demokratisierung“ der Justiz nicht erfüllt. Sie gefährden Unabhängigkeit wie Unparteilichkeit der Rechtsprechung durch sachfremde partei- wie verbandspolitische Einflussnahme und

sollten in der bestehenden Form abgeschafft oder grundlegend reformiert werden.

6. Das Beurteilungs- und Beförderungswesen mitsamt den damit einhergehenden informellen Steuerungsmechanismen wird nicht allein von vielen Richterinnen und Richtern als intransparent, unfair und teilweise aleatorisch wahrgenommen, sondern ist in der Tat über weite Strecken nur eingeschränkt geeignet, den Anforderungen einer Bestenauslese iSv Art. 33 Abs. 2 GG zu genügen.
7. Bei der Besetzung hochrangiger Rechtsprechungspositionen kristallisiert sich als „Goldstandard“ die Wahl durch Legislativorgane mit einer Zweidrittelmehrheit heraus, der nach dem Muster des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) die Sichtung durch eine hochrangig besetzte unabhängige Expertinnen- und Expertenkommission vorausgeht.
8. Mit Ausnahme des Status als Proberichterin oder -richter stellen sich die in Deutschland möglichen Szenarien der Beendigung eines Rechtsprechungsamtes sämtlich als Reaktionen auf schwerstes und evidentes Fehlverhalten dar und sind in diesem Sinne nicht als relevante oder gar problematische Einschränkungen der persönlichen Unabhängigkeit zu werten. Die Unwägbarkeiten des Beurteilungs- und Beförderungssystems sorgen gleichwohl in einem hierarchisch strukturierten Justizsystem dafür, dass ungeachtet dieser faktisch uneingeschränkten Amtssicherheit die persönliche Unabhängigkeit zumindest für „aufstiegswillige“ Justizangehörige eine offene Flanke der sachlichen bleibt.
9. Eingedenk der teils eindeutig negativen Erfahrungen in den USA wie in der Schweiz ist die Volkswahl der Richterinnen und Richter *sub specie* Unabhängigkeit insbesondere dann klar abzulehnen, wenn sie auf eine vergleichsweise kurzfristige Bestätigungsentscheidung hinausläuft, die in der Sache eine politische Sanktionierung der Rechtsprechung darstellt.
10. Die in der Politikwissenschaft derzeit intensiv diskutierte Losentscheidung über öffentliche Ämter schließt zwar parteipolitische Einflussnahme zuverlässig aus, sichert aber weder bei der Ersternennung noch bei Beförderungsentscheidungen die notwendige Qualität der Rechtsprechung. Dies zehrt auch den möglichen Unabhängigkeitsgewinn auf, der dadurch entstehen würde, dass das „Schielen“ auf die Präferenzen derjenigen wegfällt, die über Beförderungen entscheiden. Denkbar und zielführend wäre hingegen die Besetzung eines *ad hoc* zusammengesetzten Auswahlgremiums per Losentscheid.
11. Von den gegenwärtig in Deutschland diskutierten Modellen einer mehr oder minder vollständigen Selbstverwaltung der Dritten

Gewalt ist dasjenige des Deutschen Richterbundes in Sachen persönlicher wie sachlicher Unabhängigkeit der individuellen Gerichtspersonen ergebnisneutral. Weder die in Deutschland längst implementierten Elemente richterlicher Selbstverwaltung noch der internationale Rechtsvergleich legen in empirischer Perspektive nahe, dass die Selbstverwaltung einer weiterhin hierarchisch strukturierten Justiz richterliche Unabhängigkeit steigert (oder schwächt).

12. Bessere Ergebnisse erzielen offenbar mit hochrangiger Expertise besetzte Gremien, die wie im Falle des Europäischen Gerichtshofes Kandidatinnen und Kandidaten auf ihre fachliche Eignung hin prüfen und evtl. auch öffentlich befragen. Zugleich belegt der Ausschuss zur Eignungsprüfung nach Art. 255 EUV, dass die Betonung auf „hochrangig“ liegt – die Bereitschaft der anschließend über die Besetzung tatsächlich entscheidenden Stellen, auf das Votum eines solchen Gremiums zu hören, hängt offenbar entscheidend vom *standing* seiner Mitglieder ab, was dafür spricht, dass die Anwendbarkeit auf Spitzenämter beschränkt sein dürfte, bei der Auswahl bspw. von Vorsitzendenposten am Landgericht aber an Grenzen stoßen dürfte.
13. Auch das Selbstverwaltungsmodell der Neuen Richtervereinigung setzt insofern an der richtigen Stelle an, als es mit der Einführung eines einheitlichen Amtes der Richterin oder des Richters die strukturelle Gefährdung beseitigt, die von jedem Beförderungssystem ausgeht. Allerdings ist es in der konkreten Ausgestaltung verfassungswidrig und verschiebt einmal mehr das Problem nur, weil weiterhin die Frage im Raum steht, wer über die Vergabe von Leitungsfunktionen auf Zeit und insbesondere über die Zuordnung zu den verschiedenen (und damit auch verschiedenen einflussreichen) Instanzgerichten entscheidet.
14. Der derzeit in einzelnen Ländern bereits zu beobachtende Übergang von der ausschließlichen Rekrutierung von noch „formbaren“ Absolventinnen und Absolventen des Zweiten Staatsexamens hin zur Ernennung von Richterinnen und Richtern etwa mit anwaltlicher Berufserfahrung ist generell zu begrüßen, da er das einseitig auf „Funktionieren“ und „Erledigen“ ausgerichtete Sozialisationsmuster der deutschen Justiz aufbricht, stellt für sich genommen aber keine Garantie richterlicher Unabhängigkeit dar.
15. Es gibt kein Verfahren zur Besetzung von Rechtsprechungsämtern, das theoretisch wie empirisch valide die sachliche wie persönliche Unabhängigkeit von Gerichtspersonen sichert. Wohl gibt es Verfahren, die das besonders schlecht können, an erster Stelle die Ernennung auf Zeit mit der Möglichkeit der Wiederernennung.

16. Besetzungsverfahren können hingegen Qualität sichern. Das gelingt etwa der bayerischen Praxis der strengen Orientierung an den Staatsexamina in der Erstbesetzung mit Abstand am besten. Allerdings besteht (leider) kein notwendiger Zusammenhang zwischen Qualität und Unabhängigkeit, wobei sich jedoch wenigstens Sekundäreffekte verzeichnen lassen.

Anlage: Richterwahlausschüsse in den Ländern

Land	Rechtsgrundlagen	Abgeordnete	Richter/innen	Anwält/innen	Aufgaben	Bemerkungen
Baden-Württemberg	§§ 46 ff. LRiStAG	6	6 ständige + 2 nichtständige	1	Entscheidung über Berufung in ein Richteramt sowie Versetzung; nur nach Nichteinigung von Ministerium und Präsidialrat	Richterliche Mitglieder werden unmittelbar von der Richterschaft gewählt
Berlin	§§ 11 ff. LRiG	8	2 ständige + 1 nichtständige	1	Entscheidung über Einstellung, erstmalige Berufung in ein Richteramt auf Lebenszeit, Beförderung, Versetzung von Präsident/innenstellen sowie Vizepräsident/innenstellen im Wege der Versetzung und Beförderung	Wahl eines weiteren nichtständigen Mitglieds; Vertreter/in der Staatsanwaltschaft; anstelle der Abgeordneten können sonstige Personen, die nicht Berufsrichter/in oder Staatsanwalt/in im Dienste des Landes Berlin oder Brandenburgs sind, gewählt werden
Brandenburg	Art. 109 LVVerf.; §§ 12 ff. LRiG	8	2 ständige + 1 nichtständige	1	Entscheidung über Einstellung, Anstellung, Beförderung und Versetzung; Wahl der Präsident/innen der obersten Landesgerichte	
Bremen	Art. 136 LVVerf.; §§ 7 ff. LRiG	5	3		Wahl der Richter/innen auf Lebenszeit	Weitere Mitglieder: 3 Vertreter/innen des Senats;

Land	Rechtsgrundlagen	Abgeordnete	Richter/innen	Anwält/innen	Aufgaben	Bemerkungen
Hamburg	Art. 63 LVVerf.; §§ 14ff. LRiG		2 ständige + 1 nichtständige/r	2	Vorschlag für Ernennung der Berufsrichter/innen	Richterliche Mitglieder werden unmittelbar von der Richterschaft gewählt; zur Beratung werden ein Rechtsanwalt sowie weitere Personen (nach Gerichtszweigen variierend) hinzugezogen Weitere Mitglieder: 3 Senatoren oder Staatsräte, 6 bürgerliche Mitglieder (von der Bürgerschaft gewählt); Berufung der richterlichen Mitglieder vom Senat auf Vorschlag der Richterschaft
Hessen	Art. 127 LVVerf.; §§ 8ff. LRiG		5		Mitentscheidung, ob ein Bewerber persönlich und fachlich für das Richteramt geeignet ist und die Gewähr dafür bietet, dass er sein Amt im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses ausüben wird	Weitere Mitglieder: 7 vom Landtag berufene Mitglieder und im jährlichen Wechsel der Präsident einer der beiden Rechtsanwaltskammern des Landes;

Land	Rechtsgrundlagen	Abgeordnete	Richter/innen	Anwält/innen	Aufgaben	Bemerkungen
Rheinland-Pfalz	Art. 102 LVVerf.; §§ 14ff. LRiG	8	2 ständige + 2 nichtständige	1	Entscheidung über Auswahl der Bewerber/innen für die Anstellung und Beförderung eines Richters/einer Richterin auf Leihenszeit; entsprechend für Beförderung	jeder Gerichtszweig ist mit einem richterlichen Mitglied vertreten; richterliche Mitglieder werden unmittelbar von der Richterschaft gewählt Richterliche Mitglieder werden unmittelbar von der Richterschaft gewählt
Schleswig-Holstein	Art. 50 LVVerf.; §§ 10ff. LRiG	8	2 ständige + 1 nichtständige/r	1	Entscheidung über Anstellung, Beförderung und Versetzung	Weitere Mitglieder: 4 zusätzliche Abgeordnete des Landtags, wenn über eine Anstellung, Beförderung oder Versetzung in der Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeit zu entscheiden ist; je ein/e Vertreter/in der Arbeitgeber/innen, wenn über eine Anstellung, Beförderung oder

Land	Rechtsgrundlagen	Abgeordnete	Richter/innen	Anwält/innen	Aufgaben	Bemerkungen
						<p>Versetzung in der Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeit zu entscheiden ist; von den parlamentarischen und ständigen richterlichen Mitgliedern müssen jeweils die Hälfte Frauen und Männer sein; Frauen und Männer stellen jeweils die Hälfte der Mitglieder des Richterwahlausschusses</p>

